

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

3/1997 · Februar 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1010 - Benutzungsregelung zur Absicherung eines Bbauungsrechtes;
andere Gestaltungsmöglichkeiten

EGBGB Art. 14 ff.; Art 25 f. - Frankreich: Ehe- und Erbvertrag, Gütertrennung,
Erbverzicht

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 313 - Beurkundungsbedürftigkeit eines Fertighausvertrages

BNotO § 19; ZPO §§ 794, 732 - Amtspflichtverletzung bei Erteilung einer voll-
streckbaren Ausfertigung

BNotO § 19; BGB § 130 - Übersendung einer Fälligkeitsmitteilung

BGB § 883; ThürKO § 67 - Eintragung einer Auflassungsvormerkung trotz

fehlender rechtsaufsichtlicher Genehmigung

SachRBerG § 78; ZPO § 867 - Eintragung einer Sicherungshypothek auf
Grundstücks- und Gebäudeeigentum

KSStG § 8 Abs. 3 S. 2; BGB § 181; GmbHG § 35 Abs. 4 - Genehmigung von In-
sich-Geschäften eines GmbH-Geschäftsführers

GrESStG § 5 Abs. 2 - Grunderwerbsteuervergünstigung bei Übergang von
Grundstücken auf eine Gesamthand

Aktuelles

Einkommensteuerrechtliche Bedeutung von wiederkehrenden Leistungen im
Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen -
Rundschreiben des BMF v. 23.12.1996

Drittes Forum Elektronischer Rechtsverkehr der Bundesnotarkammer am 13.
März 1997

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1010

Benutzungsregelung zur Absicherung eines Bbauungsrechtes; andere Gestaltungsmöglichkeiten

I. Sachverhalt

Die Firma M ist Alleineigentümerin eines Grundstücks, auf dem sich bisher zwei Gebäude befinden, welche gewerbsmäßig vermietet sind. M möchte nun einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück an einen Kapitalanleger veräußern, der anteilmäßig auch in die bestehenden Mietverhältnisse eintreten soll. Nach Bildung der Miteigentümergeinschaft stellt sich folgendes Problem: M will auf dem Grundstück auf eigene Kosten und ohne Mitsprache und wirtschaftliche Beteiligung des Kapitalanlegers weitere Gebäude zur Vermietung errichten, deren Zahl und Größe heute noch nicht bekannt ist. Eine Aufteilung nach dem WEG soll jedoch nicht erfolgen.

II. Frage

1. Kann ein entsprechendes Bbauungsrecht der M durch eine Miteigentümergeinschaftsvereinbarung nach § 1010 BGB gesichert werden?

2. Ist es möglich, dem Kapitalanleger im Hinblick auf die beabsichtigten Investitionen der M entweder zunächst nur einen geringeren Miteigentumsanteil als den gekauften aufzulassen,

oder kann - alternativ - an dem Miteigentumsanteil des Kapitalanlegers schon jetzt eine Rückauflassungsvormerkung für den Teil eingetragen werden, der wertmäßig den späteren Investitionen der M entspricht?

3. Welche anderen Gestaltungsmöglichkeiten gibt es?

III. Rechtslage

1. Fraglich ist zunächst, ob das Recht eines Miteigentümers, Teile des gemeinschaftlichen Grundstücks ohne Zustimmung und finanzielle Beteiligung des weiteren Miteigentümers zu bebauen, Gegenstand einer **Verwaltungs- und Benutzungsregelung im Sinne der §§ 1010 Abs. 1, 745 Abs. 2 BGB** sein kann.

a) Verwaltungsentscheidungen bzw. -vereinbarungen im Sinne der §§ 1010 Abs. 1, 745 BGB können sowohl Verwaltungsmaßnahmen als auch die Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes umfassen (MünchKomm-Schmidt, BGB, 2. Aufl. 1986, §§ 744, 745 Rn. 3). Zur Verwaltung in diesem Sinne gehören alle Maßnahmen, die dem gemeinschaftlichen Interesse aller Teilhaber innerhalb der ungeteilten Gemeinschaft dienen (Palandt/Thomas, BGB, 56. Aufl. 1997, § 744 Rn. 2). Die Benutzung im Sinne des § 743 Abs. 2 BGB dient dagegen dem Interesse der einzelnen Teilhaber (MünchKomm-Schmidt, a.a.O., §§ 744, 745 Rn. 4). Wie der Gegenstand zu nutzen ist, müssen die Teilhaber durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluß (§ 745 Abs. 1 BGB) regeln (Staudinger/Huber, BGB, 12. Aufl. 1986, § 743 Rn. 31).

b) **Gegenstand einer Verwaltungs- bzw. Benutzungsregelung** in diesem Sinne kann auch die tatsächliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, etwa durch bauliche Maßnahmen, sein (vgl. BGH NJW 1953, 1427: Errichtung eines Behelfsheims; OLG Düsseldorf MDR 1970, 416: Umbau). Daher kann u. E. das Recht eines Miteigentümers, das gemeinschaftliche Grundstück eigenständig zu bebauen, Gegenstand einer Verwaltungs- bzw. Benutzungsregelung im Sinne der §§ 1010, 745 BGB sein. § 745 Abs. 3 S. 1 BGB besagt zwar, daß eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht beschlossen oder verlangt werden kann. Eine Bebauung kann jedenfalls dann eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes sein, wenn sie die äußere Gestalt oder die wirtschaftliche Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Gegenstandes erheblich ändert (Staudinger/Huber, a.a.O., § 745 Rn. 11 f.; MünchKomm-Schmidt, a.a.O., §§ 744, 745 Rn. 20). Das Verbot des § 745 Abs. 3 S. 1 BGB betrifft aber nur Mehrheitsbeschlüsse, da die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck den einzelnen Miteigentümer vor aufgedrängten Veränderungen schützen soll (vgl. MünchKomm-Schmidt, a.a.O., §§ 744, 745 Rn. 18; Staudinger/Huber, a.a.O., § 745 Rn. 11). Dagegen können die Miteigentümer durch einstimmigen Beschluß die Verwaltungs- und Benutzungsregelung in den Grenzen des § 138 BGB beliebig abändern (Palandt/Thomas, a.a.O., § 744 Rn. 2). Eine Miteigentümerversammlung, wie sie im vorliegenden Fall in Betracht kommt, steht einem einstimmigen Beschluß gleich (MünchKomm-Schmidt, a.a.O., §§ 744, 745 Rn. 12).

c) **Allerdings erscheint eine Lösung des konkreten Falles mit Hilfe einer Miteigentümerversammlung problematisch:** Zum einen soll sich die zukünftige Bebauung nur auf einzelne, räumlich aber noch nicht feststehende Teile des Grundstücks erstrecken. Insoweit ist zu beachten, daß eine Benutzungsregelung im Sinne des § 1010 BGB, die sich nur auf Grundstücksteile erstrecken soll, dem **Bestimmtheitsgebot** genügen muß. Erforderlich ist, daß die Grundstücksteile, auf die sich die Benutzung (bzw. hier Bebauung) erstreckt, entweder in der Eintragungsbewilligung verbal (etwa mit Hilfe der Himmelsrichtungen und von Maßangaben) genau beschrieben werden oder die betroffenen Flächen in eine in der Eintragungsbewilligung in Bezug genommene allgemein zugängliche Karte (Lageplan, Skizze u. ä.) eingezeichnet werden (OLG Hamm, Beschl. v. 19.2.1973, Rpfleger 1973, 167 f.; Haegele/Schöner/Stöber, 10. Aufl. 1993, Rn. 1467). Im vorliegenden Fall wäre daran zu denken, sämtliche Grundstücksteilflächen, die bisher nicht bebaut sind, als Gegenstand des Bauungsrechts festzulegen. Wir dürfen aber darauf hinweisen, daß das OLG Hamm in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 19.2.1973 (a.a.O., 169) die Auffassung vertreten hat, daß dem Bestimmtheitsgebot nicht genügt sei, wenn in der Benutzungsregelung von der Errichtung von „mindestens sieben und höchstens acht Garagen“ die Rede sei. In diesem Fall sei nämlich der Umfang der Belastung des einzelnen Miteigentumsanteils durch die Garagen nicht eindeutig festgelegt. Es erscheint daher fraglich, ob ein Bauungsrecht mit einer unbestimmten Zahl zukünftiger Gebäude hinreichend bestimmt ist.

Zum anderen verursacht die Miteigentümlösung **Folgeprobleme:** Die Gebäudeerrichtung soll ausschließlich auf Kosten der M erfolgen. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist

aber **umstritten, ob eine von § 748 BGB abweichende Regelung der Lasten- und Kostentragung durch die Miteigentümer gem. § 1010 Abs. 1 BGB in das Grundbuch eingetragen werden kann** (dagegen OLG Hamm, a.a.O., 168 f. mit dem Hinweis, daß eine Verdinglichung der Pflicht zur Lasten- und Kostentragung in § 748 BGB nicht vorgesehen sei; dafür BayObLG MittRhNotK 1992, 220; LG Bonn MittRhNotK 1994, 81 f. und Teile der Literatur). Ferner stellt sich das Problem, daß nach einer eventuellen Gebäudeerrichtung im Sinne einer angemessenen wirtschaftlichen Beteiligung der Miteigentümer am gemeinschaftlichen Grundstück die heutigen Miteigentumsanteile wieder verändert werden müßten. Die in der Frage angesprochenen Lösungsmöglichkeiten (Auflassung eines geringeren als des gekauften Miteigentumsanteils an den Kapitalanleger oder - alternativ - Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung hinsichtlich eines Teils des erworbenen Miteigentumsanteils) dürften rechtlich zulässig sein. Bei der Auflassung eines geringeren Miteigentumsanteils als des schuldrechtlich erworbenen ergibt sich die Zulässigkeit u. E. schon aus dem Abstraktionsprinzip. Danach kann es keinen rechtlichen Bedenken begegnen, wenn der Verkäufer mit Einverständnis des Käufers seine kaufvertragliche Übereignungspflicht zunächst nur teilweise erfüllt, indem er zunächst nur einen geringeren Miteigentumsanteil übereignet (vgl. zur Zulässigkeit der Teilleistung bei entsprechender Parteivereinbarung Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 266 Rn. 6). Schuldrechtlich bleibt der Verkäufer in diesem Fall verpflichtet, die noch fehlende Teilleistung zu dem vertraglich vereinbarten Zeitpunkt zu erbringen. Die - alternativ erwogene - Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung zugunsten des Veräußerers am Miteigentumsanteil des Erwerbers ist ebenfalls grundsätzlich möglich (vgl. BayObLGZ 60, 160). Auch insoweit stellt sich jedoch das Problem, daß die Größe des bedingt zurückzuübertragenden Miteigentumsanteils noch nicht feststeht. Nach h. M. dürfte es allerdings genügen, wenn der vormerkungsgesicherte Anspruch insoweit bestimmbar ist, als er von einem der Vertragspartner oder einem Dritten später gem. §§ 315, 317 BGB festzulegen ist (vgl. BGH NJW 1957, 98; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 883 Rn. 7).

2. Wie den vorstehenden Ausführungen zu entnehmen ist, erscheint eine Gestaltung der vorbezeichneten Art unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Wir dürfen daher nachfolgend **alternative Gestaltungen prüfen, die das wirtschaftlich gewollte Ziel erreichen könnten.** Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Vorschrift des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB (**Scheinbestandteil**). Danach wird ein Gebäude nicht wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, wenn es in Ausübung eines dinglichen Rechts, wie z. B. einer Grunddienstbarkeit, eines Nießbrauchs oder eines Erbbaurechts, errichtet wird (vgl. RGZ 106, 51; OLG Frankfurt DNotZ 1992, 678). Die gewollte rechtliche und wirtschaftliche Alleinzuständigkeit der M für die zukünftige Bebauung wäre also zu erreichen, wenn an dem gemeinschaftlichen Grundstück ein entsprechendes dingliches Recht zugunsten der M bestellt werden kann:

a) Die **Bestellung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB)** oder einer **beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB)** ist zwar grundsätzlich auch für den

(Mit-)Eigentümer des belasteten Grundstücks möglich (BGH NJW 1988, 2362 zur Grunddienstbarkeit; LG Lüneburg NJW-RR 1990, 1037 zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit). Im vorliegenden Fall kann die Bestellung einer Dienstbarkeit aber deshalb problematisch sein, weil die Dienstbarkeit nur die Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen sichern kann. Eine Dienstbarkeit zum Bau eines Gebäudes könnte allerdings unzulässig sein, da sie dem anderen Miteigentümer die Nutzung der überbauten Fläche vollständig entzieht (so wohl Palandt/Bassenge, a.a.O. § 1018 Rn. 15; Staudinger/Ring, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1018 Rn. 44).

b) Auch durch **Bestellung eines Nießbrauchs (§§ 1030 ff. BGB)** kann das Recht der M, das belastete Grundstück auf eigene Kosten beliebig zu bebauen, nicht dinglich abgesichert werden. Denn nach h. M. ist § 1037 Abs. 1 BGB nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar (Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1375; KG DNotZ 1992, 675). Ein Bebauungsrecht kann daher jedenfalls dann nicht Inhalt eines Nießbrauchs sein, wenn die Bebauung das belastete Grundstück wesentlich verändern würde (vgl. LG Köln MittRhNotK 1986, 24: Ein Recht des Nießbrauchers, Gebäude beliebig umzubauen oder zu vergrößern, kann nicht Inhalt des Nießbrauchs sein).

c) In Betracht kommt daher u. E. nur die **Bestellung eines Erbbaurechts** zugunsten der M. Mit dem Erbbaurecht ist zwar das ganze Grundstück belastet (KG NJW-RR 1992, 214). Die **Belastung eines realen Teils** des Grundstücks wäre nur nach vorheriger Abschreibung des Grundstücksteils (§ 7 Abs. 1 GBO) möglich. Zulässig ist es jedoch, das das gesamte Grundstück belastende Erbbaurecht in seiner **Ausübung auf einen realen Grundstücksteil zu beschränken** (OLG Hamm Rpfleger 1972, 171). Das Erbbaurecht kann auch vom Eigentümer des belasteten Grundstücks für sich selbst bestellt werden (BGH MittBayNot 1982, 127; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1686). Im vorliegenden Fall könnte also zugunsten der M ein Erbbaurecht bestellt werden, dessen Ausübung auf die bisher nicht bebauten Grundstücksteile begrenzt wird. Neu errichtete Gebäude werden dann wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, nicht des belasteten Grundstücks. Allerdings kann gem. § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauVO das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden. Sollte der am belasteten Grundstück beteiligte Kapitalanleger zu Finanzierungszwecken Grundpfandrechte am Grundstück bestellen wollen, könnten sich aus der erstrangigen Belastung mit dem Erbbaurecht Probleme ergeben.

EGBGB Art. 14 ff., Art. 25 f.

Frankreich: Ehe- und Erbvertrag, Gütertrennung, Erbverzicht

I. Sachverhalt

Ein deutscher Staatsangehöriger und eine französische Staatsangehörige wollen in Deutschland, wo sie seit über zwanzig Jahren ihren Wohnsitz haben, heiraten und einen Ehevertrag mit Vereinbarung der Gütertrennung schließen. Des weiteren soll ein gegenseitig verpflichtender Erbvertrag abgeschlossen werden, in dem die Eheleute jeweils die (aus erster Ehe stammende) Tochter der Ehefrau zur Alleinerbin einsetzen. Dem Ehemann soll im Wege des Vermächnisses ein Nieß-

brauch an dem im Eigentum der Ehefrau stehenden und in Deutschland belegenen Grundbesitz eingeräumt werden. Grundbesitz in Frankreich ist nicht vorhanden. Im übrigen wollen die Eheleute einen gegenseitigen Erb- und Pflichtteilsverzichtvertrag abschließen.

II. Frage

1. Welches Güterrechtsstatut ist, ggf. kraft Rechtswahl, anwendbar? Ist danach die Vereinbarung einer Gütertrennung wirksam?

2. Kann nach dem maßgeblichen Erbstatut ein Erbvertrag mit den genannten vertragsmäßigen Verfügungen abgeschlossen werden?

3. Ist nach dem maßgeblichen Erbstatut ein gegenseitiger Erb- und Pflichtteilsverzicht zwischen den Ehegatten zulässig?

III. Rechtslage

1. Güterrechtsstatut, Gütertrennung

a) Gemäß Art. 15 EGBGB richten sich die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe nach dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB unterstellt die allgemeinen Ehwirkungen bei gemischt-nationalen Ehen dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Abzustellen ist auf den gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Eheschließung. Darüber hinaus haben die Ehegatten aber gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB die Möglichkeit, für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe das Recht des Staates zu wählen, dem einer von ihnen angehört bzw. in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland können die Parteien für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe also deutsches Recht wählen und auf der Basis dieser Rechtswahl den Güterstand der Gütertrennung gem. § 1414 BGB vereinbaren. Mangels einer Rechtswahl wäre hier ebenfalls deutsches Güterrecht anwendbar.

b) In Frankreich, Luxemburg und in den Niederlanden ist am 01. Dezember 1992 das **Haager Übereinkommen vom 14. März 1978 betreffend das auf den ehelichen Güterstand anzuwendende Gesetz** in Kraft getreten. Das Abkommen bestimmt das auf dem Gebiet des ehelichen Güterstandes geltende Gesetz, wenn ein ausländisches Element vorhanden ist. Es basiert weitgehend auf dem Grundsatz der Parteiautonomie, indem es den Parteien ermöglicht, vor der Eheschließung das anwendbare Recht zu wählen. Gem. Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens **können die Eheleute das Recht des Staates wählen,**

- dessen Staatsangehöriger einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ist,

- in dem einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder

- in dem einer der Ehegatten nach der Eheschließung seinen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

Nach jeder dieser drei Alternativen wäre hier also eine Rechtswahl auf das deutsche Güterrecht auch aus Sicht des

französischen Rechts möglich. Gem. Art. 11 des Übereinkommens muß die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen oder unzweifelhaft aus den Regelungen eines Ehevertrags hervorgehen. Bei **Fehlen einer Rechtswahl** knüpft Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens primär an den ersten gemeinsamen Aufenthalt der Ehegatten nach der Eheschließung und subsidiär an das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten an. Auch danach käme also mangels einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten deutsches Recht wegen des ersten gemeinsamen Aufenthaltsorts der Ehegatten in Deutschland zur Anwendung. Hinsichtlich der **Form des abzuschließenden Ehevertrags** bestimmt Art. 12 des Übereinkommens, daß dieser in jedem Fall schriftlich verfaßt sein und das Datum sowie die Unterschriften der Ehegatten enthalten muß. Im übrigen verweist die Vorschrift wegen der Formgültigkeit auf das materielle Güterrechtsstatut (hier deutsches Recht) oder auf das Recht des Staates, in dem der Vertrag abgeschlossen wurde (Ortsform, hier ebenfalls deutsches Recht). Demnach steht auch aus Sicht des französischen IPR der Vereinbarung einer Gütertrennung gem. § 1414 BGB auf der Grundlage des deutschen Rechts nichts entgegen. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß auch das französische materielle Güterrecht den Wahlgüterstand der Gütertrennung kennt und in Art. 1536 ff. Code civil (C.C.) ausführlich regelt (*séparation de biens*).

2. Erbstatut, Erbvertrag

a) Gem. **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem **Heimatrecht des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes**. Hinsichtlich der Gültigkeit und der Bindungswirkung einer Verfügung von Todes wegen ist jedoch gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB auf die **Staatsangehörigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung (unwandelbar) abzustellen (hypothetisches Erbstatut)**. Damit verweist die Vorschrift hinsichtlich der französischen Erblasserin grundsätzlich auf französisches Recht, gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB einschließlich der französischen Vorschriften über das IPR; das französische IPR ist daher insbesondere auf eine Rückverweisung (*Renvoi*) auf deutsches Recht zu untersuchen. Eine **Rückverweisung** ist allerdings gem. Art. 4 Abs. 2 EGBGB generell ausgeschlossen, wenn der Erblasser bereits gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht wählt. Im Hinblick darauf, daß die Ehefrau in Deutschland Immobilienvermögen besitzt, kommt im vorliegenden Fall eine derartige - allerdings in jedem Fall auf das Immobilienvermögen beschränkte - Rechtswahl durchaus in Betracht, wodurch es allerdings - sofern im übrigen französisches materielles Erbrecht zur Anwendung kommt - bereits kraft Rechtswahl zu einer Nachlaßspaltung kommen würde.

b) Im **französischen internationalen Erbrecht herrscht der Grundsatz der Nachlaßspaltung**, wonach bewegliches Vermögen nach dem Recht des letzten Aufenthaltsorts des Erblassers (*domicile*) und **unbewegliches Vermögen nach der *lex rei sitae*** (vgl. Art. 3 Abs. 2 C.C.) vererbt wird (Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, 3. éd. 1993, Rn. 221 ff.; Staudinger/Dörner, BGB, 13. Aufl. 1995, Anh. zu Art. 25 f. EGBGB Rn. 155; Ferid/Firsching/Lichtenberger, *Internationales Erbrecht, Frankreich*, Grdz. C I Rn. 6, jeweils m.w.N.). **Eine Rechtswahl ist auch für Immobilienvermögen nicht zugelassen** (Staudinger/Dörner,

a.a.O.; Revillard, a.a.O., Rn. 253). Nachdem die französische Erblasserin nur in Deutschland Immobilienvermögen besitzt, käme es insoweit zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht, auch wenn eine gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB vorgenommene Rechtswahl aus französischer Sicht nicht anerkannt wird.

Für das (in Frankreich oder Deutschland belegene) **bewegliche Vermögen** kommt es allerdings nur dann zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht, wenn die Erblasserin auch tatsächlich mit letztem Aufenthalt in Deutschland verstirbt, was aus jetziger Sicht noch nicht beurteilt werden kann. Soweit ersichtlich, fehlt im französischen internationalen Erbrecht eine dem Art. 26 Abs. 5 EGBGB entsprechende Bestimmung, wonach für die Frage der Gültigkeit und ggf. der Bindungswirkung einer testamentarischen Verfügung auf das hypothetische Erbstatut zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung abzustellen ist. Für den Fall, daß die Erblasserin mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich verstirbt, käme daher für ihren Mobiliarnachlaß französisches Recht zur Anwendung.

c) **Die Frage der Zulässigkeit und der Bindungswirkung eines Erbvertrags (sowie eines gemeinschaftlichen Testaments) ist erbrechtlich zu qualifizieren und fällt somit unter den Anwendungsbereich der Art. 25 f. EGBGB**. Dabei ist für jeden Vertragspartner - nach wohl h. M. kumulativ, nach a. A. jeweils gesondert - zu überprüfen, welches materielle Erbrecht anwendbar ist und ob dieses vertragsmäßige bzw. gegenüber einer anderen Person bindende Verfügungen von Todes wegen für zulässig erachtet. Im Ergebnis sind die Unterschiede zwischen einer kumulativen und einer gesonderten Prüfung gering, auch wenn eines der beteiligten Erbstatute den Erbvertrag (bzw. das gemeinschaftliche Testament) für unzulässig erachtet. Bei einer kumulativen Prüfung (so z. B. Palandt/Heldrich, BGB, 56. Aufl. 1997, Art. 25 EGBGB Rn. 13; MünchKomm-Birk, BGB, 2. Aufl. 1990, Art. 26 EGBGB Rn. 95 ff., 98; Schotten, *Das IPR in der notariellen Praxis*, 1995, Rn. 315, 319; Kropholler, IPR, 2. Aufl. 1994, S. 385/386; Riering, ZEV 1994, 226) ergäbe sich die Nichtigkeit auch der vertragsmäßigen Verfügung desjenigen Erblassers, dessen Heimatrecht die bindende Verfügung zuläßt, bereits aus kollisionsrechtlichen Gründen, während nach gesonderter Prüfung (so Staudinger/Dörner, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 310, 335; Soergel/Schurig, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 26 EGBGB Rn. 37; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 28.10.1991, FamRZ 1992, 608 = NJW-RR 1992, 588) diese Folge nach deutschem Erbrecht gem. § 2298 Abs. 1 BGB (Erbvertrag) bzw. gem. § 2270 Abs. 1 BGB (wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament) erst auf materiell-rechtlicher Ebene ebenfalls eintreten würde.

d) **Das französische Erbrecht verbietet das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag**. Dies ergibt sich aus den Art. 968 und 1130 Abs. 2 C.C. Zwischen Ehegatten ist zusätzlich noch ein gesondertes Verbot in Art. 1389 C.C. normiert:

Art. 968

Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de

disposition réciproque et mutuelle.

Art. 1130

Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Art. 1389

Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions.

Übersetzung:

Art. 968

Ein Testament kann nicht von zwei oder mehreren Personen in einer und derselben Urkunde errichtet werden, sei es zum Vorteile eines Dritten oder als eine wechselseitige Verfügung.

Art. 1130

Zukünftige Sachen können Gegenstand einer Verbindlichkeit sein.

Man kann jedoch auf eine noch nicht angefallene Erbschaft nicht verzichten, auch nicht irgendeinen Vertrag über eine solche Erbschaft schließen, selbst nicht mit Zustimmung desjenigen, um dessen Erbschaft es sich handelt.

Art. 1389

Unbeschadet der Freigebigkeiten, die nach den Formen und in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig sind, können die Ehegatten keinen Vertrag oder Verzicht vereinbaren, der eine Änderung der gesetzlichen Erbordnung zum Gegenstand hat.

(Ferid/Firsching/Lichtenberger, Frankreich, a.a.O.)

Jedenfalls hinsichtlich des Erbvertrags ist anerkannt, daß die Verbote der Art. 1130 Abs. 2 und Art. 1389 C.C. materiell-rechtlichen Charakter haben. Sofern also die französische Ehefrau - z. B. im Zuge einer Scheidung der Ehe - in ihr Heimatland zurückkehrt, wäre von einer Unwirksamkeit des Erbvertrags - jedenfalls soweit nicht der in Deutschland belegene Grundbesitz betroffen ist - auszugehen. Damit könnte die Erblasserin den Erbvertrag insoweit elegant durch bloßen Aufenthaltswechsel bis zum Zeitpunkt des Todes „kündigen“.

e) Auch wenn im Ergebnis hinsichtlich des gesamten Nachlasses der französischen Erblasserin deutsches Erbrecht Anwendung findet, wäre die Gültigkeit des Erbvertrags aus französischer Sicht zweifelhaft, **da die Unzulässigkeit des Erbvertrags nach französischem Erbrecht teilweise dem internationalen ordre public zugerechnet wird, der sich auch gegenüber einem ausländischen Erbstatut durchsetzt**; dies wird von der französischen Rechtsprechung jedenfalls insoweit vertreten, als es sich um die Rechtsnachfolge in in Frankreich belegenes (bewegliches wie unbewegliches) Vermögen handelt (vgl. Revillard, a.a.O., Rn. 269 unter Hinweis auf trib. civ. Seine, 10 juillet 1885, Clunet 86, 208; Paris, 26 janvier 1888, Clunet 88, 390; trib. civ. Seine, 5 juillet 1939, Rev. crit. 1939,

450). Diese sehr weite Auffassung des französischen ordre public wird allerdings in der Literatur vielfach kritisiert, insbesondere weil die *institution contractuelle* gem. Art. 1091 ff. C.C. deutlich mache, daß jedenfalls zwischen Ehegatten auch nach französischem Recht bindende Verfügungen auf den Todesfall nicht schlechthin ausgeschlossen seien (vgl. Revillard, a.a.O., Rn. 269 m.w.N. aus der Literatur). Die *institution contractuelle* ist allerdings der Regelung im Ehevertrag vorbehalten und folgt, obwohl auf den Todesfall gerichtet, den Regeln über die Schenkung unter Lebenden mit der Besonderheit, daß sie unter Ehegatten während der Ehe nach Art. 1096 C.C. frei widerrufen werden kann (vgl. hierzu Ferid/Firsching/Lichtenberger, a.a.O., Frankreich Grdz. F Rn. 174). Demnach dürfte u. E. jedenfalls für den Fall, daß die Erblasserin mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstirbt, die Wirksamkeit des Erbvertrages nach der in der französischen Literatur vordringlichen Meinung nicht am französischen ordre public scheitern, selbst wenn allgemein davon auszugehen ist, daß die in Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB angeordnete Rückverweisung nur in den Grenzen des ordre public der fremden Rechtsordnung geschehe, womit es im Ergebnis zur Anwendung eines ausländischen ordre public auch im Inland kommt (so MünchKomm-Birk, a.a.O., Art. 6 Rn. 62 ff.; Ferid, IPR, 3. Aufl. 1986, Rn. 3-39; vgl. auch Tiedemann, Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika, S. 38, sowie Luderitz, MittRhNotK 1976, 543 ff.).

3. Erbverzicht

a) Der Erb- und Pflichtteilsverzicht wird, da er sich verändernd auf die zu erwartende gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge auswirkt, erbrechtlich qualifiziert und unterfällt somit dem Anwendungsbereich der Art. 25 f. EGBGB. Der Erbverzicht wird daher grundsätzlich dem Heimatrecht des Erblassers gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterstellt, sofern nicht eine auch insoweit zulässige Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB vorliegt (vgl. Palandt/Heldrich, a.a.O., Art. 25 EGBGB Rn. 13 m.w.N.). Auf das Heimatrecht des Verzichtenden kommt es dabei nicht an. Maßgeblicher Anknüpfungzeitpunkt für die Gültigkeit des Erbverzichtsvertrags ist analog Art. 26 Abs. 5 EGBGB der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags, so daß sich eine danach eintretende Änderung der Staatsangehörigkeit des Erblassers nicht mehr im Sinne eines Statutenwechsels auswirken kann; die Vorschrift ist nach h. M. auf den Erbverzicht analog anzuwenden (vgl. Palandt/Heldrich, a.a.O., Art. 26 EGBGB Rn. 7 und Art. 25 EGBGB Rn. 13, 14, jeweils m.w.N.). Demnach gilt hinsichtlich des auf den Erbverzicht anwendbaren Rechts das oben unter 2. zum Erbvertrag Gesagte entsprechend. Der Erbverzicht der französischen Ehefrau gegenüber ihrem deutschen Ehemann beurteilt sich also nach deutschem Recht und ist gem. §§ 2346 ff. BGB möglich. Umgekehrt ist auch für die französische Ehefrau als Erblasserin der ihr gegenüber erklärte Erbverzicht grundsätzlich sowohl hinsichtlich der in Deutschland belegenen Immobilie als auch hinsichtlich des übrigen Vermögens bereits kraft Rückverweisung durch das französische IPR nach deutschem Recht zu beurteilen, jedenfalls sofern die Ehefrau tatsächlich mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstirbt.

Aber auch hier kommt eine Rückverweisung nach wohl h. M. nur im Rahmen des ausländischen ordre public in Betracht. Auch die im französischen Recht geltende Unzulässigkeit von

Erbverzichtsverträgen wird weitgehend dem französischen *ordre public* zugerechnet. Die Unzulässigkeit des Erbverzichts folgt außer aus den bereits genannten Bestimmungen der Art. 1130 Abs. 2 und Art. 1389 C.C. auch aus Art. 791 C.C., der folgenden Wortlaut hat:

Art. 791.

On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.

Übersetzung:

Art. 791

Man kann selbst in einem Ehevertrag auf die Erbschaft einer noch lebenden Person nicht verzichten und auch nicht die eventuellen Rechte veräußern, welche man etwa an einer solchen Erbschaft haben könnte.

(Ferid/Firsching/Lichtenberger, a.a.O.)

Hinsichtlich der Unsicherheiten über die Reichweite des französischen *ordre public* zur Unzulässigkeit des Erbverzichtsvertrages kann auf das zum Erbvertrag Gesagte verwiesen werden, da nach französischem Verständnis der vorweggenommene Verzicht auf eine noch nicht angefallene Erbschaft ebenfalls dem Begriff des *pacte successoral* unterfällt (vgl. Revillard, a.a.O., Rn. 269). Allerdings kann hier nicht das Argument der Zulässigkeit einer *institution contractuelle* angeführt werden, da diese nur Zuwendungen unter Ehegatten auf den Todesfall zuläßt, ein Erbverzicht aber nach dem Wortlaut des Art. 791 C.C. auch nicht zwischen Ehegatten im Rahmen eines Ehevertrags vereinbart werden kann.

Soweit also die Erbfolge nach der französischen Erblasserin nicht kraft Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB dem deutschen Recht unterstellt wird (hier kommt es mangels Rückverweisung auch nicht zu einer inzidenten Überprüfung des französischen *ordre public*, Art. 4 Abs. 2 EGBGB), ist der Abschluß eines zweiseitig bindenden Erbvertrags mit gegenseitigem Erbverzicht u. E. mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Wird diese Gestaltungsform von den Beteiligten dennoch gewünscht, sollte der Notar, wie dies bereits durch § 17 Abs. 3 BeurkG allgemein vorgesehen ist, in der Urkunde über diese Unsicherheiten belehren, wobei der Notar allerdings zur Anwendung gelangendes ausländisches Recht nicht kennen muß (Formulierungsvorschläge und Hinweise für eine Rechtswahl zur Bestimmung des Erbstatuts bei Schotten, a.a.O., Rn. 360 ff).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise

und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

ZPO §§ 733, 724; BeurkG § 52

Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen über Teilbeträge
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1119

SachRBERG § 97

Beweis, Kostenvorschuß im Vermittlungsverfahren nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz
Dokumentennr. Fax-Abruf: 1610

Italien: gemeinschaftliches Testament, Schlußerbfolge

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1414

Rechtsprechung

BGB § 313

Beurkundungsbedürftigkeit eines Fertighausvertrages

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen einem Fertighausvertrag und einem Grundstückskaufvertrag ist gegeben, wenn der Fertighausvertrag nach dem Willen einer Partei mit dem Erwerb des Grundstücks „stehen und fallen“ soll. Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner ihn anerkennt oder ihn zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind.

OLG Köln, Urt. v. 10.06.1996 - 18 U 213/95

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 532

Problem

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob ein **Fertighausvertrag der Beurkundung bedarf**, wenn er im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wird. Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß eine für sich allein nicht formbedürftige Vereinbarung auch dann notariell zu beurkunden sei, wenn sie mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhänge. Das sei dann der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig seien, daß sie **miteinander „stehen und fallen“ sollten** (BGH DNotZ 1971, 410; DNotZ 1976, 683). Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lasse und der andere Partner ihn erkenne oder zumindest hinnehme, könne ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich sei, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt

sein. Ob ein **einheitliches Rechtsgeschäft** in diesem Sinne vorliege, könne sich aus einer Reihe von **Indizien** erschließen lassen. Der BGH hat im Urt. v. 06.12.1979 (NJW 1980, 829) den rechtlichen Zusammenhang zwischen Bauwerkvertrag über ein Fertighaus und Grundstückskaufvertrag im konkreten Fall verneint. Das OLG Koblenz (NJW-RR 1994, 295) verneinte ebenfalls in einem vergleichbaren Fall einen solchen Zusammenhang. Das OLG Hamm (DNotI-Report 1995, 128) ging aufgrund der Wertung einer Reihe von Indizien davon aus, daß zwischen Fertighausvertrag und Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bestanden habe. Das OLG Köln hatte nun ebenfalls diese Frage des rechtlichen Zusammenhangs zu entscheiden.

Entscheidung

Das OLG Köln war der Auffassung, daß für den Verknüpfungswillen der Parteien eine Reihe von Umständen gesprochen hätten, durch die die Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der jeweils getrennt abgeschlossenen Verträge widerlegt worden sei. In den Vertragsbedingungen zum Fertighausvertrag war der Erwerb eines Grundstücks ausdrücklich zur Voraussetzung für die Leistung des Fertighaus Herstellers gemacht worden. Nach der Werbung des Herstellers durften die Käufer davon ausgehen, daß ihnen das erforderliche Grundstück verschafft wird. In der Werbung hieß es: „Top-Baugrundstücke hält unser Grundstücksexperte in fast allen Lagen im Großraum G. bereit.“ Danach sei davon auszugehen, daß die Fertighausherstellerin es übernommen hatte, dem Beklagten ein geeignetes Grundstück für den Bau des Fertighauses zu beschaffen. Darüber hinaus sprach für einen Verknüpfungswillen, daß die Finanzierung mit öffentlichen Mitteln erfolgen sollte und deshalb zum Fertighausvertrag eine Zusatzvereinbarung getroffen wurde, wonach dem Käufer für den Fall, daß der Antrag auf Bewilligung öffentlicher Mittel abgelehnt werden sollte, ein Rücktrittsrecht zugestanden wurde. Schließlich sprach für den Verknüpfungswillen auch der Umstand, daß in dem Fertighausvertrag kein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart wurde, daß der Grundstückserwerb scheitern sollte, da die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes in der Rechtsprechung sonst als Indiz gegen einen Verknüpfungswillen gewertet wird (vgl. BGHZ 76, 43, 49 f.; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 295, 296).

BNotO § 19; ZPO §§ 794, 732

Amtspflichtverletzung bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung

Erteilt der Notar unzulässig eine vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde, hat der Notar zwar seine Amtspflicht verletzt. Gleichwohl entfällt aber seine Haftung gem. § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB, weil gem. § 732 ZPO Einwendungen gegen die Zulässigkeit der erteilten Klausel vor dem Amtsgericht geltend gemacht werden können. Demgegenüber ist die Berufung auf Rechtsunkenntnis verwehrt.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.10.1996 - 18 U 5/96

Kz.: L III 1 - § 19 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abdruck: 533

Problem

Die **Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung** setzt zunächst das Vorliegen eines Antrages voraus. Der Antrag muß von einer durch einen Vollstreckungstitel legitimierten Person gestellt werden. Darüber hinaus hat der Notar bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung stets zu prüfen, ob die zwingenden Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegeben sind. Erforderlich ist daher zunächst das Vorliegen eines **gültigen Vollstreckungstitels** mit einem **vollstreckungsfähigen Inhalt**. Dabei ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob bei der Beurkundung der Unterwerfungserklärung keine Mußvorschriften des Beurkundungsgesetzes verletzt worden sind und ob der Titel nicht durch gerichtliche Entscheidung oder Parteivereinbarung ganz oder zum Teil aufgehoben worden ist (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 35.1 ff.; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl., § 52 Rn. 4). Schließlich hat der Notar zu prüfen, ob **Vollstreckbarkeit** und **Vollstreckungsreife** vorliegen. Im vorliegenden Fall war fraglich, ob ein wirksamer Vollstreckungstitel vorlag. Die notarielle Urkunde bezeichnete als Gläubiger des Anspruchs eine „GbR“.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, daß der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hätte versagen müssen, denn bei ordnungsgemäßer Prüfung hätte er feststellen können und müssen, daß die von ihm errichtete Urkunde kein zur Vollstreckung geeigneter Titel gewesen sei, **weil der Gläubiger des titulierten Anspruchs nicht hinreichend bestimmt gewesen sei**. Jeder Titel, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, muß den Gläubiger des Anspruchs hinreichend bestimmt bezeichnen (KG DNotZ 1975, 718). Hinreichend bestimmt ist die Parteibezeichnung nur, wenn keine Zweifel an der Identität und Stellung der Partei aufkommen können und sich aus der Parteibezeichnung für jeden Dritten die betreffende Partei ermitteln läßt. Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, daß hier der Gläubiger des Anspruchs mit der Bezeichnung „GbR“ nicht hinreichend bezeichnet sei. **Gesellschaften bürgerlichen Rechts seien nicht rechtsfähig und könnten deshalb auch nicht Inhaber eines vollstreckbaren Anspruchs sein**. Der Anspruch könne immer nur allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen. Wer die Gesellschafter einer GbR zu einem bestimmten Zeitpunkt sind oder waren, kann jedenfalls dann, wenn es sich, wie in diesem Fall, um eine Vielzahl von Gesellschaftern handelt, praktisch nicht oder nicht mit der notwendigen Sicherheit ermittelt werden. Trotz dieser Amtspflichtverletzung ist das OLG Düsseldorf der Auffassung, daß die Haftung nach § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB entfalle, da der Kläger nicht von seinem Recht nach § 732 ZPO, Klauselklage vor dem Amtsgericht zu erheben, Gebrauch gemacht habe.

BNotO § 19; BGB § 130

Übersendung einer Fälligkeitsmitteilung

Es besteht keine Amtspflicht für den Notar, eine Fälligkeitsmitteilung per Einschreibebrief gegen Rückschein oder im Wege der Zustellung durchzuführen.

LG Saarbrücken, Urt. v. 09.08.1996 - 9 O 6/96

Kz.: L I 1 - § 130 BGB

Problem

Die Beurteilung der notariellen Fälligkeitsmitteilung in einem Kaufvertrag hängt davon ab, wie diese im Kaufvertrag geregelt ist. Die Formulierung im Vertragstext kann so erfolgen, daß die Mitteilung des Notars die Fälligkeit erst auslöst (**konstitutive Mitteilung**). Möglich ist auch eine Formulierung, nach der die Fälligkeit unabhängig von einer Mitteilung eintritt, wenn bestimmte Voraussetzungen, die im Vertrag im einzelnen genannt sind, eintreten. Der Notar kann es dann übernehmen, die Beteiligten von der Fälligkeit in Kenntnis zu setzen (**deklaratorische Mitteilung**; vgl. zur Unterscheidung von deklaratorischer und konstitutiver Mitteilung Amann, in: Brambring/Jerschke, Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, S. 46). Bei einer deklaratorischen Mitteilung tritt also Verzug und damit auch Zinszahlungspflicht des Käufers unabhängig davon ein, ob ihm tatsächlich die Fälligkeitsmitteilung zugeht. Bei der konstitutiven Mitteilung besteht die Problematik, daß, wenn der Käufer den Zugang der Mitteilung bestreitet, der Nachweis der Fälligkeit kaum geführt werden kann. Ein einfacher Brief oder ein Einschreibebrief erzeugt als solcher nicht den Anscheinsbeweis für den Zugang (BGHZ 24, 308, 313). Etwas anders gilt beim Einschreiben mit Rückschein. Hat der Empfänger den Rückschein unterschrieben zurückgesendet, so besteht der Beweis des ersten Anscheins für den Zugang (Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 130 Rn 142; OLG Hamm NJW-RR 1987, 342). Am sichersten ist allerdings die Zustellung durch Gerichtsvollzieher nach § 132 BGB. Es stellt sich nun die Frage, ob eine Amtspflicht für den Notar besteht, eine solche Benachrichtigung per Einschreibebrief gegen Rückschein oder im Wege der Zustellung durchzuführen.

Entscheidung

Das LG Saarbrücken war in einem Fall einer konstitutiven Fälligkeitsmitteilung der Auffassung, daß die Übersendung der Fälligkeitsmitteilung mittels eines einfachen Briefes keine Amtspflichtverletzung begründe. Denn die Benachrichtigung vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen des Kaufpreises sei an keine Formvorschrift gebunden. Es bestehe daher keine Amtspflicht für den Notar, eine solche Benachrichtigung per Einschreiben gegen Rückschein oder im Wege der Zustellung durchzuführen (so auch Haug, Amtshaftung des Notars, 1989, S. 192).

BGB § 883; ThürKO § 67

Eintragung einer Auflassungsvormerkung trotz fehlender rechtsaufsichtlicher Genehmigung

Bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Gemeinde zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, so darf das Grundbuchamt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht wegen Fehlens der rechtsaufsichtlichen Genehmigung ablehnen.

LG Gera, Beschl. v. 18.11.1996 - 5 T 598/96

Kz.: L I 1 - § 883 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 535

Problem

Veräußert eine Gemeinde ein Grundstück, so sehen zahlreiche Gemeindeordnungen vor, daß der Kaufvertrag der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde bedarf (hier § 67 Abs. 3 Nr. 2 ThürKO). Es ist umstritten, ob, solange die Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Gemeinde nicht vorliegt, die Auflassungsvormerkung eingetragen werden kann (vgl. Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 1492).

Entscheidung

Nach ständiger Rechtsprechung und h. M. in der Literatur kann zur **Sicherung künftiger Ansprüche eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet wird, daß ihre Entstehung nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten, des Auflassungsempfängers, abhängt**. Wie künftige Ansprüche werden auch schwebend unwirksame Ansprüche behandelt. Vormerkungsfähig ist ein schwebend unwirksamer Anspruch dann, wenn für den Verpflichteten bereits eine rechtliche Bindung mit Abschluß des Rechtsgeschäftes vor endgültiger Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes besteht (Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1491). Es ist nun fraglich, ob ein Vertrag, der der rechtsaufsichtlichen Genehmigung bedarf, eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Eintragung einer Vormerkung darstellt. Bereits das OLG Dresden bejahte dies (DNotI-Report 1995, 158). Das LG Gera schließt sich dieser Entscheidung an. Die Frage, ob eine behördliche Genehmigung, die zur endgültigen Eintragung des Rechts benötigt werde, schon für die Eintragung der Vormerkung erforderlich sei, müsse von Fall zu Fall nach dem Zweck der Genehmigung entschieden werden. Allein maßgebend sei, ob für den Verpflichteten bereits eine rechtliche Bindung mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes vor Erteilung der Genehmigung bestehe oder ob diese rechtliche Bindung erst mit der Erteilung der Genehmigung eintreten solle. Nach Überzeugung des LG Gera stellt ein Grundstückskaufvertrag, der noch der Genehmigung der kommunalen Aufsichtsbehörde bedarf, bereits eine ausreichende Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung dar. Denn die Gemeinde sei schon vor und nicht erst mit der Erteilung der Genehmigung an den Vertrag gebunden (so auch LG Schwerin MittBayNot 1995, 468; Böhlinger, NJ 1996, 231). Die Rechtsaufsichtsbehörde sei auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt. Die Gemeinde habe damit zwar keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, jedoch immerhin einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde. Die Gemeinde habe folglich nach Treu und Glauben während der Dauer des Schwebezustandes alles zu unterlassen, was die Erteilung der Genehmigung gefährden könnte, so daß die Vormerkungsfähigkeit bereits zu bejahen sei.

SachRBERG § 78; ZPO § 867

Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grundstücks- und Gebäudeeigentum

§ 78 SachRBerG ist auch anwendbar, wenn ein Erwerb des Grundstückseigentums durch den Gebäudeeigentümer vor Inkrafttreten des SachRBerG geschah, sei es durch Rechtsgeschäft, durch Erbfolge oder durch Zwangsvollstreckung.

§ 867 Abs. 2 ZPO steht der einheitlichen Belastung des getrennt gebuchten Grundstücks- und Gebäudeeigentums mit einer einheitlichen Sicherungshypothek nicht entgegen.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.08.1996 - 8 Wx 213/96
Kz.: L VI 10 - § 78 SachRBerG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 536

Problem

§ 78 Abs. 1 SachRBerG enthält nach überwiegender Meinung ein absolut wirkendes **gesetzliches Verfügungsverbot**, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern in einer Person vereinigen. Eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstücks ohne das Gebäude ist nicht mehr zulässig (vgl. Nachweise DNotI-Report 23/1994, 3). Der Anwendungsbereich des § 78 SachRBerG ist allerdings unklar (vgl. zuletzt Krauß, VIZ 1996, 691). Umstritten ist zunächst die Frage, ob das Verfügungsverbot nur anwendbar ist, wenn ein Hinzuerwerb des Grund und Bodens auf der Grundlage des SachRBerG erfolgte. Dieser Auffassung neigt das OLG Dresden (Rpfler 1996, 102 = DNotI-Report 1995, 222) zu. Die zweite Frage ist, ob getrenntes Gebäude- und Grundstückseigentum mit einer Sicherungshypothek belastet werden kann. Nach h. M. erlaubt das SachRBerG nur die Begründung einer Gesamthypothek; Einzelgrundpfandrechte selbst mit demselben Kapitalbetrag, Nebenrechten und gleichen Bedingungen zugunsten desselben Gläubigers sind nicht mehr eintragbar. Nach § 867 Abs. 2 ZPO ist allerdings eine Gesamthypothek im Rahmen der Zwangsvollstreckung nicht zulässig (vgl. Schreiben des BMJ, OV-Spezial 9/1995, S. 141).

Entscheidung

Anders als das OLG Dresden ist das OLG Brandenburg der Auffassung, daß **§ 78 SachRBerG für jeden Fall des Hinzuerwerbs des Grund und Bodens durch den Gebäudeeigentümer anwendbar sei**, unabhängig davon, ob dies im Rahmen der Sachenrechtsbereinigung oder außerhalb geschehe. Auch dann, wenn ein Erwerb vor dem Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden habe oder durch Erbfolge oder Zwangsversteigerung erfolge, sei die Vorschrift anwendbar (ebenso Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Stand: Juni 1996, § 78 Rn. 1 a). Die Problematik der Zwangshypothek ist nach Auffassung des OLG Brandenburg durch eine **einschränkende Auslegung des § 867 Abs. 2 ZPO zu lösen**. Der Sinn und Zweck des § 78 SachRBerG erfordere eine einschränkende Auslegung, so daß in diesen Fällen ausnahmsweise die Eintragung einer Gesamthypothek am Gebäude und am Grundstück auch bei einer Sicherungshypothek zulässig sei (ebenso LG Leipzig Rpfler 1996, 482; a. A. LG Chemnitz Rpfler 1995, 456).

KStG § 8 Abs. 3 S. 2; BGB § 181; GmbHG § 35 Abs. 4 Genehmigung von In-sich-Geschäften eines GmbH-Geschäftsführers

Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist rechtswirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, wenn die Befreiung nach Abschluß von In-sich-Geschäften in der Satzung geregelt und im Handelsregister eingetragen wird. Die In-sich-Geschäfte sind dann als nachträglich genehmigt anzusehen. Das steuerrechtliche Rückwirkungsverbot steht dem nicht entgegen, vorausgesetzt, den In-sich-Geschäften liegen klare und von vornherein abgeschlossene Vereinbarungen zugrunde.

BFH, Urt. v. 23.10.1996 - I R 71/95
Kz.: L IX 5 - § 8 Abs. 3 KStG

Dokumentennr.: Fax-Abruf: 537

Problem

Der BFH hatte zu entscheiden, ob der Abschluß eines gem. §§ 181, 177 BGB schwebend unwirksamen Anstellungsvertrages zwischen dem Alleingesellschafter und der GmbH zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führte. Im zivilrechtlichen Ausgangspunkt kann sich der Alleingesellschafter einer GmbH, der zugleich ihr alleiniger Geschäftsführer ist, das **Selbstkontrahieren nur in der Satzung oder durch Satzungsänderung gestatten** (BGHZ 33, 189; 87, 60; 114, 167). In der Satzung war unter namentlicher Nennung jedoch lediglich der Rechtsvorgänger des Alleingesellschafters von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden. Nachdem der Alleingesellschafter die Anteile vom Rechtsvorgänger übernommen hatte, berief er diesen als Geschäftsführer ab und bestellte sich selbst zum neuen Geschäftsführer. Zugleich schloß er namens der GmbH mit sich selbst einen Anstellungsvertrag ab. Erst 5 1/2 Jahre später wurde die Satzung dahingehend geändert, daß sich die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB allgemein auch auf den oder die Geschäftsführer bezog. Das Finanzamt und die Vorinstanz hatten die aufgrund des gem. §§ 181, 177 BGB schwebend unwirksamen Anstellungsvertrages geleisteten Geschäftsführervergütungen als verdeckte Gewinnausschüttungen an den Alleingesellschafter angesehen.

Entscheidung

Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH kann eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an einen beherrschenden Gesellschafter erbringt, für die eine zivilrechtlich wirksame Vereinbarung fehlt. In diesem Sinne hatte der BFH bislang auch eine unter Verletzung des § 181 BGB getroffene Vereinbarung steuerrechtlich nicht anerkannt (siehe nur BFHE 164, 255, 256). Der BFH bestätigte diese Rechtsprechung, sah den Abschluß des gem. §§ 181, 177 BGB schwebend unwirksamen Anstellungsvertrages jedoch mit der späteren satzungsmäßigen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB als gem. § 184 BGB genehmigt an. In Abweichung von früheren Urteilen erkannte der BFH die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB auch steuerrechtlich an. Die während des Schwebezustandes geleisteten Geschäftsführervergütungen stellten daher keine verdeckten Gewinnausschüttungen dar.

GrEStG § 5 Abs. 2

Grunderwerbsteuervergünstigung bei Übergang von Grundstücken auf eine Gesamthand

1. Die Steuervergünstigung nach § 5 GrEStG 1983 ist zu versagen, wenn der Einbringende entsprechend einem im Einbringungszeitpunkt bereits bestehenden Plan im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand seine Gesellschafterstellung auf einen anderen übertragen bzw. sich durch eine beabsichtigte Neuaufnahme von Gesellschaftern seine vermögensmäßige Beteiligung verringern soll. Für einen solchen Plan reichen die einseitigen Absichten oder allein die Vorstellungen des grundstückseinbringenden Gesellschafters nicht aus; vielmehr bedarf es insoweit einer Einbindung auch der Gesamthand bzw. der übrigen Gesamthänder durch Vereinbarungen bzw. sonstige Absprachen.

2. Gibt der grundstückseinbringende Gesamthänder innerhalb eines kürzeren Zeitraums nach der Grundstückseinbringung seine Beteiligung tatsächlich auf bzw. verringert er seine Beteiligung, besteht die (widerlegbare) Vermutung, daß das Ausscheiden bzw. die Verringerung der Beteiligung auf einem bereits im Einbringungszeitpunkt vorhandenen Plan beruhte. Diese Vermutung kann der Steuerpflichtige dadurch widerlegen, daß er Tatsachen nachweist, die einen anderen Geschehensablauf möglich erscheinen lassen.

BFH, Urt. v. 30.10.1996 - II R 72/94

Kz.: L IX 4 - § 5 Abs. 2 GrEStG

Dokumentennr. Fax-Abwurf: 538

Problem

Durch das **Jahressteuergesetz 1997** wurde u. a. in § 1 Abs. 2 a GrEStG ein neuer Grunderwerbsteuerpflichtiger Tatbestand dergestalt eingefügt, daß die vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, innerhalb von fünf Jahren als ein auf die Übereignung des Grundstücks an eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft gilt. Im hier vorliegenden Fall hatte eine GbR-Gesellschafterin Grundstücke am 01.03.1989 eingebracht und bereits am 29.03.1989 ihre 95%ige Beteiligung wieder an einen Dritten (ihre 100%ige Tochter) veräußert. Dadurch kann nach Ansicht des BFH auch nach der bisherigen Rechtslage die Übertragung der Gesellschafterstellung schon für den Einbringungs Vorgang zur Versagung der Steuervergünstigung des § 5 GrEStG führen, wenn die Übertragung der Gesellschafterstellung im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang entsprechend einem bereits bestehenden Plan durchgeführt wird.

Entscheidung

Nach der ab 01.01.1997 geltenden Rechtslage wäre im hier vorliegenden Fall wohl sogar zweimal Grunderwerbsteuer angefallen. Zunächst beim Einbringungs Vorgang ohne Anwendung des § 5 Abs. 2 GrEStG und dann ein zweites Mal bei der Veräußerung der 95%igen Beteiligung an der GbR nach dem neuen § 1 Abs. 2 a GrEStG.

Nach § 5 Abs. 2 GrEStG wird grundsätzlich beim Übergang eines Grundstücks von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Die Steuervergünstigung beruht nach Ansicht des BFH aber auf der

Erwägung, daß trotz des durch den Einbringungs Vorgang herbeigeführten Rechtsträgerwechsels eine Besteuerung in dem Umfang unterbleiben soll, in dem sich die Berechtigung des einbringenden Gesamthänders an dem Grundstück fortsetzt. Die Änderung der Rechtszuständigkeit führe wirtschaftlich zu keiner Veränderung, soweit der bisherige (das Grundstück in die Gesamthand einbringende) Gesamthänder über seine Gesamthandsberechtigung auch weiterhin am Grundstückswert beteiligt bleibe.

Der BFH betont daher, daß § 5 GrEStG nicht anwendbar sei, wenn die gesamthänderische Mitberechtigung des grundstückseinbringenden Gesamthänders im maßgeblichen Zeitpunkt der Einbringung des Grundstücks durch Vereinbarungen oder Absprachen mit der Gesamthand bzw. den Gesamthändern so eingeschränkt sei, daß in wirtschaftlicher Hinsicht eine weitere Beteiligung dieses Gesamthänders am Grundstückswert nicht bestehe. Denn in solchen Fällen sei der grundstückseinbringende Gesamthänder nicht in der Weise (vollwertig) am Vermögen der Gesamthand beteiligt, an die das Gesetz die Steuervergünstigung knüpfe. Nach Meinung des BFH gilt dasselbe für die Fälle, in denen der Einbringende entsprechend einem bereits im Einbringungszeitpunkt bestehenden Plan im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand seine Gesellschafterstellung auf einen anderen übertragen soll oder sich durch eine beabsichtigte Neuaufnahme von Gesellschaftern die vermögensmäßige Beteiligung des Gesellschafters verringern soll.

Aktuelles

Rundschreiben des BMF v. 23.12.1996: Einkommensteuerrechtliche Bedeutung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen

Die vorweggenommene Erbfolge wird seit dem Beschluß des Großen Senats v. 05.07.1990 (BStBl 1990 II 847 = NJW 1991, 254) grundlegend anders behandelt (vgl. Priester, DNotZ 1991, 507). Der Große Senat entschied, daß bei der Übertragung des der Einkünfteerzielung dienenden Privatvermögens im Wege der vorweggenommenen Erbfolge die zugesagten Versorgungsleistungen durch den Übernehmer weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten darstellen. Steuerlich bedeutete dies: Der Übergeber hat wiederkehrende Bezüge (§ 22 Nr. 1 EStG), der Übernehmer kann die Versorgungsleistungen in voller Höhe als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehen, wenn diese als dauernde Last zu qualifizieren sind. Die Rechtsprechung des BFH hat allerdings dieses Institut der Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen wieder durch zusätzliche Anforderungen eingeschränkt. Das übertragene Vermögen muß

für eine generationenübergreifende dauerhafte Anlage geeignet und bestimmt sein und dem Übernehmer zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen werden (**existenzsichernde Wirtschaftseinheit**). Wertpapiere und ertragloses Vermögen fallen daher nicht hierunter. Außerdem muß davon auszugehen sein, daß nach überschlägiger Berechnung die Versorgungsleistungen nicht höher sind als der langfristig erzielbare Ertrag des übergehenden Vermögens. Da im einzelnen die Kriterien dieses Instituts durch die BFH-Rechtsprechung nicht ganz einfach zu beurteilen sind, hat das BMF mit obigem Rundschreiben für die Steuerverwaltung eine ausführliche Anleitung gegeben. Der Erlaß kann im Fax-Abruf-Dienst angefordert werden.

Dokumentennr. Fax-Abruf: 121

Drittes Forum Elektronischer Rechtsverkehr der Bundesnotarkammer am 13. März 1997

Die Bundesnotarkammer veranstaltet am 13.03.1997 ihr drittes Forum Elektronischer Rechtsverkehr, das über die aktuellen Rechtsetzungsüberlegungen im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs aus deutscher und europäischer Sicht informieren wird sowie aktuelle Projekte und Fragen aufgreift, die von praktischem und grundsätzlichem Interesse sind. Folgende Themen stehen auf dem Programm: Signatur und Signaturverordnung, zivilrechtliche und zivilprozeßrechtliche Aspekte, elektronischer Rechtsverkehr in der EU, EDV und Notariat, Podiumsdiskussion: Zukunftsperspektiven der ECV und ihre Auswirkungen auf das öffentliche Amt des Notars.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Die Teilnahme ist kostenfrei. Veranstaltungsort: Hotel Holiday Inn Crown Plaza, Habsburger Ring 9-13, 50674 Köln.

Weitere Informationen bei: Bundesnotarkammer, Burgmauer 53, 60677 Köln, Tel. 0221/25 68 23, Fax. 0221/25 68 08

Literaturhinweise

Brambring/Jerschke (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1997, 1341 Seiten, DM 188,-

Das Beck'sche Notar-Handbuch hat sich in der notariellen Praxis zum absoluten Standardwerk innerhalb kürzester Zeit entwickelt. Bei der Lösung von Beurkundungs- und Gestaltungsfragen gilt der erste Blick sicherlich dem Beck'schen Notar-Handbuch. Hier finden sich eine Vielzahl von Gestaltungsanregungen und Hilfestellungen in allen Bereichen notarieller Tätigkeit. Es ist erfreulich, daß die lang erwartete zweite Auflage nunmehr vorliegt. Besondere Berücksichtigung haben bei der Neuauflage die Besonderheiten des Grundstücksrechts in den neuen Bundesländern und das neue Umwandlungsrecht gefunden. Auch die Darstellungen zum Familienrecht sind weitgehend neu gefaßt. Dieses Werk darf in keinem Notariat fehlen.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg, Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333