

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang  
Oktober 2001  
ISSN 1434-3460

19/2001

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 15, 25, 220 Abs. 3; BGB §§ 1371, 1931 – Erbstatut eines Schweizers mit letztem Wohnsitz in Deutschland; Qualifikation des pauschalisierten Zugewinnausgleichs

RSG §§ 4, 6, 8; GrdstVG §§ 2 Abs. 1 S. 3, 9, 12; BGB §§ 504 ff., 506 – Genehmigung eines Vertragsentwurfs nach GrdstVG

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

HaustürWG §§ 2, 3; BGB §§ 705 ff.; VerbrKrG § 7 Abs. 2

S. 3 a. F. – Haustürwiderrufsrecht bei Beteiligung an Publikums-GbR

BGB §§ 273, 404, 468, 765, 631; § 7 MaBV – MaBV-Bürgschaft sichert auch Ansprüche wegen Minderflächereber Art. 1 § 1; BGB § 1353 Abs. 1 S. 2 – Besorgung von Rechtsangelegenheiten des Ehegatten kein Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz

### Aktuelles

Steuerabzug bei Bauleistungen – Folgen für Bauträgervertrag

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**EGBGB Art. 15, 25, 220 Abs. 3; BGB §§ 1371, 1931**

**Erbstatut eines Schweizers mit letztem Wohnsitz in Deutschland; Qualifikation des pauschalisierten Zugewinnausgleichs**

### I. Sachverhalt

Ein **schweizerischer Erblasser** verstarb mit letztem **Wohnsitz in Deutschland**. Der Erblasser war kinderlos. Die nächsten Angehörigen sind die deutsche Ehefrau des Erblassers und dessen drei Geschwister. Die Ehe wurde 1973 in Deutschland geschlossen, wo die Ehegatten seither lebten.

### II. Frage

1. Nach welchem Erbrecht bestimmt sich die Erbfolge, wenn ein schweizerischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstirbt?

2. Zu welcher Quote erbt der überlebende Ehegatte neben Geschwistern des Erblassers bei gesetzlicher Erbfolge?

### III. Rechtslage

#### 1. Das auf die Erbfolge anwendbare Recht

##### a) Erbstatut aus deutscher Sicht

Für die Rechtsnachfolge von Todes wegen verweist das deutsche IPR gem. **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** auf das Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Mithin erfolgt die Verweisung für die Rechtsnachfolge nach einem schweizerischen Staatsangehörigen auf das schweizerische Recht. Diese Verweisung stellt gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB eine Gesamtverweisung unter Einschluss des schweizerischen IPR dar. Deshalb ist zunächst zu prüfen, ob das schweizerische IPR eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht.

##### b) Schweizerisches IPR

Das schweizerische IPR knüpft das Erbstatut an den letzten Wohnsitz des Erblassers an (Art. 91 Abs. 1 schweizerisches IPRG):

#### Art. 91 IPRG Schweiz

(1) Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist.

(2) Soweit nach Artikel 87 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig sind, untersteht der Nachlass eines Schweizers mit letztem Wohnsitz im

Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, der Erblasser habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten.

(Riering, IPR-Gesetze in Europa, 1997, Nr. 8)

Art. 87 IPRG sieht eine Zuständigkeit schweizerischer Gerichte oder Behörden nur dann vor, soweit ausländische Behörden sich nicht mit dem Nachlass befassen oder bei entsprechender Zuständigkeits- oder Rechtswahl.

Die **h. M.** nimmt an, dass es aus Sicht des deutschen IPR durch Art. 91 Abs. 1 IPRG zu einer **Rückverweisung auf das deutsche Recht** kommt, die das deutsche IPR nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch annimmt (IPRG-Kommentar-Heini, Zürich 1993, Art. 91 IPRG Rn. 9; Kzywon, BWNotZ 1989, 153, 156; Schnyder, IPRG-Kommentar, Basel 1996, Art. 91 IPRG Rn. 19; Lorenz, in: Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Schweiz, Stand: 1.1.1993, Grdz. Rn. 14; Lorenz, DNotZ 1993, 148, 152; Siehr, FS für Paul Piotet, Bern 1990, S. 531, 540; a. A. von Overbeck, IPRax 1988, 329, 332 f.).

### c) Erbstatut aus schweizerischer Sicht

Bei der Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen mit Auslandsberührung sollte nach Möglichkeit auch geprüft werden, welches Erbstatut aus Sicht der betroffenen ausländischen Rechtsordnungen anzuwenden ist – und ob die getroffenen Verfügungen auch aus Sicht des ausländischen Rechts wirksam wären.

Prüft man hier das Erbstatut aus schweizerischer Sicht, so könnte man zunächst in Art. 91 Abs. 1 IPRG Schweiz eine Verweisung auf das deutsche Recht und in Art. 25 Abs. 1 EGBGB eine Rückverweisung auf das schweizerische Recht sehen. Dann käme man im Ergebnis zu einer Anwendung schweizerischen Erbrechts und damit zu einer **Entscheidungsdivergenz** gegenüber der Sicht des deutschen Rechts. Dies war nach Inkrafttreten des schweizerischen IPRG vor allem in der deutschen Literatur vertreten worden.

Die neuere schweizerische Literatur geht aber praktisch einhellig davon aus, dass Art. 91 Abs. 1 IPRG i. S. der *foreign court theory* zu verstehen sei. Danach sei das Recht anzuwenden, welches die ausländischen Wohnsitzbehörden anwenden würden. Damit würde das schweizerische Nachlassgericht ebenso wie das deutsche entscheiden und deutsches materielles Erbrecht anwenden (Bucher, ZBGR 1988, 153; Heini, in: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG-Kommentar, Art. 91 IPRG Rn. 3; Kuhn, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, Zürich 1998, S. 87 m. w. N.; Siehr, FS Paul Piotet, S. 546 f.; zurückhaltender Schnyder, in: Honsell/Vogt/Schnyder, IPRG-Kommentar, Art. 91 IPRG Rn. 6; a. A. etwa von Oertzen, ZEV 2000, 495).

### d) Ergebnis

Es kommt damit im vorliegenden Fall hinsichtlich des gesamten beweglichen wie unbeweglichen Vermögens deutsches materielles Erbrecht zur Anwendung.

## 2. Erbrecht des überlebenden Ehegatten

### a) Deutsches Erbrecht

Geht man von der Anwendbarkeit deutschen materiellen Erbrechts aus, so ist der überlebende Ehegatte gem. § 1931 Abs. 1 BGB zunächst neben den Geschwistern des

Erblassers als Verwandten zweiter Ordnung zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Fraglich ist allerdings, ob sich der Erbteil der überlebenden Ehefrau gem. § 1931 Abs. 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB um  $\frac{1}{4}$  auf  $\frac{3}{4}$  erhöht.

### b) Erbrechtliche oder güterrechtliche Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs im Todesfall

In der Literatur ist umstritten, ob der Zugewinnausgleich durch Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten gemäß § 1371 Abs. 1 BGB **güterrechtlich oder erbrechtlich qualifiziert** werden muss. Im erstgenannten Fall würde die Vorschrift nur zur Anwendung gelangen, wenn deutsches Ehegüterrecht berufen wäre, im zweiten nur dann, wenn deutsches Erbstatut gilt. Die ganz **h. M.** qualifiziert die Bestimmung ehегüterrechtlich (BayObLGZ 1975, 155; OLG Karlsruhe NJW 1990, 1421; LG Memmingen IPRax 1985, 42; LG Bonn IPRspr. 1984, 15; Palandt/Heldrich, 60. Auflage 2001, Art. 15 EGBGB Rn. 26; Erman/Hohloch, 10. Aufl. 2000, Art. 15 EGBGB Rn. 37; Soergel/Schurig, 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rn. 40). Nur einer Mindermeinung zufolge ist § 1371 BGB allein erbrechtlich zu qualifizieren (Raape, IPR, 5. Aufl. 1961, S. 336; Rittner, DNotZ 1958, 181, 189). Nach einer dritten Meinung schließlich ist erforderlich, dass sowohl deutsches Güterrecht wie deutsches Erbrecht anwendbar ist (Doppelqualifikation; vgl. Schotten, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rn. 287; MünchKomm-Birk, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rn. 156; MünchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB Rn. 114; OLG Düsseldorf IPRspr. 1987 Nr. 105). Nach der ganz überwiegenden Auffassung stellt sich daher die Frage, ob die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach den Vorschriften des BGB gelebt haben.

### c) Güterstatut bei zwischen 1953 und 1983 abgeschlossenen Ehen

Für die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen worden sind, bestimmt **Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB**, dass die güterrechtlichen Wirkungen einer gemischt-nationalen Ehe bis zum 8.4.1983 vorrangig dem Recht unterliegen, dem die Ehegatten sich unterstellt haben oder von dessen Anwendung sie ausgegangen sind, insbesondere nach dem sie einen Ehevertrag geschlossen haben. Damit lässt Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB eine **formlose konkludente** – u. U. auch fingierte – **Rechtswahl** zu (BGH FamRZ 1988, 41). Bei der danach gebotenen Ermittlung der Vorstellungen der Parteien sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, z. B. gewöhnlicher Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der Ehegatten, Ort der Heirat, Belegenheit ihres Vermögens, Erklärungen gegenüber Behörden oder Gerichten, evtl. auch Orientierung an der seinerzeitigen Rechtspraxis, die von der Weitergeltung des Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. (Geltung des Mannesrechts) ausging (Palandt/Heldrich, Art. 15 EGBGB Rn. 9 m. w. N.). Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten sich einer bestimmten Rechtsordnung unterstellt haben bzw. von einer bestimmten Rechtsordnung ausgegangen sind.

Kommt Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB nicht zum Zuge, so gilt subsidiär das Recht des Staates, dem der **Ehemann bei der Eheschließung angehörte** (Art. 220

Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB). Verfassungsmäßige Bedenken gegen diese Regelung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgestellt (BGH FamRZ 1986, 1200, 1202; BGH FamRZ 1987, 680). Die Verweisung auf das Recht des Ehemannes gilt jedoch **nur bis zum 8.4.1983**. Für die Zeit danach ist Art. 15 EGBGB n. F. anzuwenden (Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB).

**Achtung:** Haben die Ehegatten eine konkludente **Rechtswahl** nach Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB getroffen, so gilt das gewählte Güterrecht **auch über den 8.4.1993 hinaus** fort (vgl. Palandt/Heldrich, Art. 15 EGBGB Rn. 11).

Soweit keine Rechtswahl nach Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB vorliegt, galt demgemäß für die Zeit nach dem 8.4.1983 nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Güterrecht, wenn die Ehegatten am 9.4.1983 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, wovon hier auszugehen ist.

Ist deutsches Güterrecht anwendbar, so lebten die Ehegatten mangels ehevertraglicher Vereinbarungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Bei lediglich güterrechtlicher Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB wäre der **pauschalierte Zugewinnausgleich durchzuführen**. Auch wenn man § 1371 Abs. 1 BGB nur dann anwenden wollte, wenn deutsches Recht auch als Erbstatut zur Anwendung berufen ist (sog. Doppelqualifikation), käme man hier zu keinem anderen Ergebnis, da im vorliegenden Fall das deutsche Recht auch als Erbstatut berufen ist.

---

## **RSG §§ 4, 6, 8; GrdstVG §§ 2 Abs. 1 S. 3, 9, 12; BGB §§ 504 ff., 506** **Genehmigung eines Vertragsentwurfs nach GrdstVG**

### **I. Sachverhalt**

Ein Landwirt möchte eine **landwirtschaftliche Fläche** an einen **Nichtlandwirt** veräußern. Das Geschäft ist nach § 2 GrdstVG **genehmigungspflichtig**. Die Kaufvertragsparteien fürchten, dass der Kaufvertrag nach § 9 GrdstVG nicht genehmigt wird und dass das Siedlungsunternehmen sein Vorkaufsrecht nach § 12 GrdstVG i. V. m. § 4 RSG ausübt.

### **II. Frage**

Inwieweit kann beim Verkauf landwirtschaftlicher Flächen bereits vor Vertragsbeurkundung abgeklärt werden, ob die beabsichtigte Veräußerung genehmigungsfähig ist?

### **III. Rechtslage**

#### **1. Vorsorge im Kaufvertrag**

a) Die Beteiligten erwägen eine Klausel, wonach der Vertrag nicht zur Durchführung kommen soll, falls das Vorkaufsrecht ausgeübt wird.

b) Eine derartige Klausel wäre jedenfalls im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Siedlungsunternehmen nicht wirksam, denn der einmal eingetretene Vorkaufsfall kann im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten ohne dessen Mitwirkung nicht mehr beseitigt werden. § 506 BGB bestimmt, dass eine im Kaufvertrag mit dem Dritten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts vereinbarte auflösende Bedingung dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist, ebenso ein dafür vorgesehenes Rücktrittsrecht (BGHZ 67, 395 = DNotZ 1977, 349 = NJW 1977, 762) oder die sonstige Abhängigkeit des Kaufvertrags von der Ausübung des Vorkaufsrechts. Eine **unzulässige Umgehung von § 506 BGB** liegt vor, wenn die Beteiligten die Wirksamkeit des Kaufvertrags von der Wirksamkeit eines darin enthaltenen Vorkaufsverzichts abhängig machen – es sei denn, der Vorkaufsberechtigte hätte vor Vertragsschluss den Verzicht und damit die Genehmigung in Aussicht gestellt (BGHZ 110, 230 = DNotZ 1990, 730 = NJW 1997, 1473).

Eine derartige Vereinbarung über eine Bedingung oder ein Rücktrittsrecht wäre lediglich **dem Erstkäufer gegenüber wirksam** (BGH NJW 1987, 890). Dem Erstkäufer gegenüber empfiehlt sie sich sogar zur Absicherung des Verkäufers (vgl. etwa Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2001, A VIII Rn. 24 ff.; Hertel, in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rn. 493, 531 ff.).

Auch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber wären hingegen die Bedingungen, Rücktrittsrechte etc., die nicht von der Ausübung des Vorkaufsrechts abhängen, wirksam (sofern keine Umgehung vorliegt).

c) Eine Umgehung des Vorkaufsrechts durch entsprechende Vertragsgestaltung ist daher nicht möglich.

#### **2. Antragsrücknahme im Verfahren auf Genehmigung nach GrdstVG**

a) Das **Genehmigungserfordernis nach dem Grundstücksverkehrsgesetz** und das **Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz** (RSG) sind dergestalt miteinander verzahnt, dass das Vorkaufsrecht nach § 4 Abs. 1 RSG materiell-rechtlich voraussetzt, dass die Genehmigung nach § 9 GrdstVG zu versagen wäre. Verfahrensrechtlich erfolgt die Verknüpfung dadurch, dass die Genehmigungsbehörde in Fällen, in denen nach dem RSG das Vorkaufsrecht ausgeübt werden könnte, vor der Entscheidung über die Genehmigung den Vertrag nach § 12 GrdstVG der Siedlungsbehörde zur Herbeiführung einer Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts vorlegen muss.

Entsprechend kann die grundsätzlich **einmonatige Entscheidungsfrist** für die Genehmigung nach Grundstücksverkehrsgesetz durch Zwischenbescheid auf bis zu drei Monate verlängert werden (§ 6 Abs. 1 S. 2 GrdstVG). Bei Ausübung des Vorkaufsrechtes gilt die Genehmigung als für das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten erteilt (§ 6 Abs. 1 S. 3 HS. 2 RSG) – und auch beschränkt auf dieses Rechtsverhältnis.

b) Die Koppelung des Genehmigungsverfahrens mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes hat zur Folge, dass die Ausübung des Vorkaufsrechtes nur im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens stattfinden kann. Sobald die **Rücknahme des Genehmigungsantrages** wirksam erklärt ist, ist für eine Ausübung des Vorkaufsrechtes kein Raum mehr (BGH RdL 1959, 159; ebenso BGH DNotZ 1965, 412 = NJW 1964, 1667 = Rpfleger 1964, 259 = RdL 1964, 125).

Dem Recht der Beteiligten, den Genehmigungsantrag zurückzunehmen, ist jedoch eine zeitliche Grenze gesetzt; es erstreckt sich nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Genehmigungsverfahrens. Mit dem **Zugang der Mitteilung über die Vorkaufsrechtsausübung** entfällt für die Vertragsteile die Möglichkeit, den Genehmigungsantrag mit Wirkung gegen den Vorkaufsberechtigten zurückzunehmen (BGH DNotZ 1965, 412 = NJW 1964, 1667; Ehrenforth, RSG/GrdstVG, 1965, § 4 RSG Anm. 4e, S. 184 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 4003 Fn. 101 m. w. N.).

### 3. Vorabgenehmigung eines Vertragsentwurfs nach GrdstVG

a) § 2 Abs. 1 S. 3 GrdstVG sieht ausdrücklich vor, dass eine Genehmigung auch vor der Beurkundung des Rechtsgeschäfts erteilt werden kann. Dies ist ein in der Praxis häufiges und sogar empfehlenswertes Verfahren, da damit vorab – und, wie noch zu zeigen sein wird, ohne das Risiko des Eingreifens eines siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechtes – die Genehmigungsfähigkeit des Vertrages geklärt werden kann (vgl. etwa Flik, BWNotZ 1995, 44; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 4002).

Dabei besteht in der Literatur Einigkeit darüber, dass ein Anspruch der Beteiligten auf eine Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit besteht (also diesbezüglich grundsätzlich kein Ermessen der Behörde gegeben ist) wenn der **zur Genehmigung eingereichte Vertragsentwurf** alle für die Entscheidung im Genehmigungsverfahren wesentlichen Einzelheiten enthält (wobei er sinnvollerweise mit dem später zu beurkundenden Vertrag wörtlich übereinstimmen sollte, um Unsicherheiten über die Wirkung der Genehmigung des Entwurfes auch für den später abgeschlossenen Vertrag zu vermeiden).

Formell ist für das Verfahren auf Vorabgenehmigung lediglich **Schriftlichkeit** erforderlich. Dabei führen *Pikalo/Bendel* (GrdstVG, 1963, § 2 GrdstVG, F IV 1 aa), S. 329) ausdrücklich aus, dass es einer Unterzeichnung des zu genehmigenden Entwurfs durch die vorgesehenen Vertragsbeteiligten nicht bedarf. In allen anderen uns zugänglichen Kommentierungen wird die Frage nicht ausdrücklich angesprochen (Ehrenforth, RSG und GrdstVG, 1965, § 2 GrdstVG Rn. 8, S. 369 – 375; Lange, GrdstVG, 1962, § 2 GrdstVG Rn. 3a, S. 93 – 94; Treutlein/Crusius, Kommentar zum GrdstVG, 1963, § 2 GrdstVG Rn. 2e, S. 13/14; Vorwerk/v. Spreckelsen, GrdstVG, 1963, § 2 GrdstVG Rn. 24 – 30, S. 35 – 37). Daraus wird man wohl zu schließen haben, dass auch die übrigen Kommentatoren eine Unterschrift unter dem Vertragsentwurf nicht für erforderlich halten.

b) Außerdem führt die Literatur aus, dass bei bloßer Vorlage eines Vertragsentwurfs eine Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung eines Vorkaufsrechtes

nach § 4 RSG (und damit auch die Vorlage an die Siedlungsbehörde durch die Genehmigungsbehörde nach § 12 GrdstVG) nicht erfolge (Flik, BWNotZ 1995, 44, 46; Schöner/Stöber, Rn. 4155; Pikalo/Bendel, § 12 GrdstVG, Rn. E I 2b). Denn der Vorkaufsfall werde erst durch den Abschluss eines Kaufvertrages ausgelöst.

c) Die einzige uns ersichtliche **Möglichkeit, keinen Vorkaufsfall auszulösen**, ist daher, **bereits für den bloßen Vertragsentwurf eine Genehmigung zu beantragen** – und bei deren Versagung vom Abschluss des Vertrags abzusehen.

## Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

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

**BGB §§ 633, 640, 164, 177; AGBG §§ 9, 11 Nr. 10  
Abnahme des Gemeinschaftseigentums bei  
Bauträgerkauf durch Sachverständigen**  
Fax-Abruf-Nr.: **11229**

**GmbHG §§ 7, 8, 11  
Bargründung einer GmbH und Tochter-GmbH;  
Versicherung der Geschäftsführer über die bewirkten  
Leistungen**  
Fax-Abruf-Nr.: **1381**

**EGBGB Art. 25, 26; BGB §§ 2274 ff.  
England, Erbvertrag**  
Fax-Abruf-Nr.: **1477**

**EGBGB Art. 25, 26; BGB §§ 2300, 2346 ff.  
Schottland; Erbvertrag; Pflichtteilsverzicht**  
Fax-Abruf-Nr.: **1478**

**EGBGB Art. 21, 25; BGB §§ 1822 Nr. 2, 2042 ff.  
Türkei; Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft  
bei Beteiligung minderjähriger türkischer  
Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in  
Deutschland**  
Fax-Abruf-Nr.: **1479**

## Rechtsprechung

**HaustürWG §§ 2, 3; BGB §§ 705 ff.; VerbrKrG  
§ 7 Abs. 2 S. 3 a. F.  
Haustürwiderufsrecht bei Beteiligung an  
Publikums-GbR**

a) **Auf ein Geschäft, durch welches sich ein Anleger in einer Haustürsituation über einen Treuhänder mittelbar an einer Publikums-BGB-Gesellschaft beteiligt, findet das HaustürWG Anwendung.**



b) Der Widerruf kann, wenn eine ordnungsgemäße Belehrung über den Fristbeginn fehlt und aufgrund der treuhänderischen Beteiligung noch laufend Beiträge zu leisten sind, auch noch nach Ablauf von zehn Jahren erklärt werden; jedenfalls auf solche Haustürgeschäfte, die keine Kreditgeschäfte sind, ist § 7 VerbrKrG nicht entsprechend anwendbar.

c) "Anderer Teil" i. S. v. § 3 Abs. 1 HaustürWG ist für den Fall einer mittelbaren Beteiligung eines Anlegers an einer Publikums-BGB-Gesellschaft diese selbst.

d) Der auf das HaustürWG gestützte Widerruf einer über einen Treuhänder vermittelten Beteiligung an einer Publikums-BGB-Gesellschaft führt zur Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitrag.

e) Den in diesem Falle nach § 3 HaustürWG entstehenden Rückgewähranspruch kann der Widerrufende nicht nur gegenüber der Publikums-BGB-Gesellschaft, sondern auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geltend machen (vgl. Senatsurteil v. 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, ZIP 2001, 330).

BGH, Urt. v. 2. 7.2001 – II ZR 304/00  
Kz.: L I 7 – § 2 HaustürWiG  
Fax-Abruf-Nr. 1090

#### Problem

Im Rahmen eines unangemeldeten Vermittlerbesuches in seiner Privatwohnung unterschrieb der Kläger 1989 einen "Beteiligungsantrag" zum Erwerb eines Anteils an einem geschlossenen Immobilienfond, der von einer Treuhandgesellschaft treuhänderisch für ihn erworben werden sollte. Der Kläger zahlte lediglich einen Teil der geschuldeten Beitragsraten und widerrief 1999 seinen Beteiligungsantrag unter Hinweis auf das Haustürwiderrufsgesetz.

#### Entscheidung

Der BGH bejahte ein Widerrufsrecht nach § 1 HaustürWG und damit einen Rückzahlungsanspruch aus § 3 Abs. 1 HaustürWG. Der Widerruf war auch 10 Jahre nach der Verpflichtungserklärung noch möglich. Die **einwöchige Widerrufsfrist** des § 1 Abs. 1 HaustürWG war **nicht angelaufen**, da der Kläger nicht ordnungsgemäß nach § 2 Abs. 1 HaustürWG belehrt worden war. In einem von ihm unterschriebenen Belehrungstext über ein "Rücktrittsrecht" fehlte jedenfalls die notwendige Angabe zum Beginn der Einwochenfrist. Eine entsprechende Anwendung des § 7 VerbrKrG, wonach das Widerrufsrecht spätestens ein Jahr nach Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers erlischt, lehnte der BGH ab.

Für die Rückabwicklung wandte der BGH bei der Beteiligung an einer Publikums-BGB-Gesellschaft die Grundsätze über den **fehlerhaften Gesellschaftsbeitrag** an. Der Rückgewähranspruch könne auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geltend gemacht werden.

**BGB §§ 273, 404, 468, 765, 631; § 7 MaBV  
MaBV-Bürgschaft sichert auch Ansprüche  
wegen Minderfläche**

1. Sind die Vergütungsansprüche zu einem notariellen Vertrag über den Verkauf eines Grundstücks mit einem dort zu erstellenden Gebäude nur Zug um Zug gegen Aushändigung einer den Anforderungen des § 7 MaBV genügenden Bürgschaft zu erfüllen, kann ein Dritter, dem die Vergütungsansprüche abgetreten wurden, gleichwohl mit dem Auftraggeber eine eigenständige (eingeschränkte) Sicherungsabrede mündlich wirksam vereinbaren. Der Auftraggeber darf die Erfüllung des Vergütungsanspruchs jedoch verweigern, bis er die dem notariellen Vertrag entsprechende Bürgschaft erhalten hat.

2. Sind die Voraussetzungen für die Rückgabe der aufgrund der mündlichen (eingeschränkten) Sicherungsabrede erteilten Bürgschaft gegeben, kann der Auftraggeber die Rückgabe nicht unter Berufung darauf verweigern, er habe die nach dem Hauptvertrag geschuldete Sicherheit nicht erhalten.

3. Eine den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaft deckt jedenfalls auch Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers, die sich daraus ergeben, dass die Fläche des zu errichtenden Gebäudes geringer als vereinbart ist, und bereits vor Abnahme geltend gemacht worden sind.

BGH, Urt. v. 19.7.2001 – IX ZR 149/00  
Kz.: L I 2 – § 7 MaBV  
Fax-Abruf-Nr.: 1091

#### Problem

Die Beklagten erwarben mit einem Bauträgervertrag drei Grundstücke mit noch fertigzustellenden Gebäuden. Die Kaufpreisansprüche wurden vom Bauträger an ein Subunternehmen abgetreten, das die Gebäude errichtete. Nach dem Bauträgervertrag war der Kaufpreis gegen Stellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV fällig.

Nachdem der Bauträger selbst keine Bürgschaft stellte, veranlasste die Zessionarin ihre Bank zur Stellung einer Bankbürgschaft. In der Bürgschaft heißt es: "Die Bürgschaft dient zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Käufers auf Rückgewähr oder Auszahlung des vorgenannten Betrages, die die (Zessionarin) erhalten hat ... Diese Bürgschaft erlischt nach Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers im Grundbuch an vereinbarter Rangstelle, nach Sicherung der Freistellung der o. g. Vertragsobjekte von allen Grundpfandrechten, die nicht übernommen werden sollen, und nach Übergabe derselben an den Käufer. Danach ist die Bürgschaftserklärung umgehend an uns zurückzugeben."

Die Erwerber beanstandeten, dass die errichteten Gebäude eine Mietfläche von lediglich 2000 qm anstelle der vereinbarten 2400 qm hätten und wollen deshalb gegen die Bürgin vorgehen. Die Zessionarin verlangt Rückgabe der Bürgschaft.

## Entscheidung

Nach dem Vortrag der Zessionarin lag der von ihrer Bank gestellten Bürgschaft eine **eigenständige Sicherungsabrede** mit dem Erwerber zugrunde; diese erfasste die Ansprüche wegen der Flächendifferenz nicht.

Der BGH hielt eine solche Sicherungsabrede für möglich und zulässig. Lediglich der Bauträger selbst sei den Beschränkungen der MaBV unterworfen und durfte Gegenleistungen des Erwerbers erst nach Stellung einer § 7 MaBV entsprechenden Bürgschaft entgegennehmen. Diese Beschränkung galt hingegen nicht für die Zessionarin der Kaufpreisforderung. Allerdings musste diese bei Vereinbarung der Sicherungsabrede mit dem Erwerber **deutlich machen, dass eine andere als die nach dem Bauträgervertrag geschuldete Bürgschaft gestellt** werden sollte. Denn eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichere auch einen Rückzahlungsanspruch infolge des in einer Flächendifferenz liegenden Mangels, jedenfalls wenn dieser bereits vor Abnahme geltend gemacht wurde.

(Zur Frage, inwieweit auch Gewährleistungsansprüche durch eine Bürgschaft nach § 7 MaBV abgesichert sind, vgl. BGH DNotZ 1999, 482 = NJW 1999, 1105 sowie das Gutachten DNotI-Report 2000, 13).

---

## RBerG Art. 1 § 1; BGB § 1353 Abs. 1 S. 2 Besorgung von Rechtsangelegenheiten des Ehegatten kein Verstoß gegen Rechtsberatungsgesetz

**Rechtsangelegenheiten eines Ehegatten sind für den anderen im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG jedenfalls dann nicht fremd, wenn ihre Besorgung auf der Pflicht zur ehelichen Bestandsleistung beruht (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB).**

BGH, Urt. v. 26.7.2001 – III ZR 172/00  
Kz.: L I 8 – § 1 RBerG  
Fax-Abruf-Nr.: 1093

## Vorbemerkung

Das Urteil des **BGH v. 28.9.2000** (DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70 = DNotI-Report 2000, 192) hat der Praxis wieder bewusst gemacht, dass nicht nur bei einer prozessualen, sondern auch bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung ein Verstoß gegen das RBerG vorliegen kann. Die Entscheidung hatte insbesondere für die Gestaltung von Immobilienfonds unter Einschaltung von Treuhändern erhebliche Verunsicherung verursacht. Für die rechtsgeschäftliche Vertretung durch Familienangehörige lässt sich hingegen aufgrund der nachfolgend dargestellten Entscheidung eine gewisse Entwarnung geben.

## Problem

Die Ehegatten hatten vereinbart, dass der Ehemann seine Frau in Streitigkeiten innerhalb einer Familienkommanditgesellschaft mit verschiedenen Verwandten der Ehefrau gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Es ging um einen Streitwert von über 25 Mio. DM. Als Honorar waren – je nach Dauer des Prozesses – 300.000 bzw. 500.000 DM vereinbart. Nunmehr ging es

um die Frage, ob darin ein Verstoß gegen das RBerG vorlag (und deshalb kein Vergütungsanspruch bestand).

## Entscheidung

Der BGH nahm an, dass der Ehemann **geschäftsmäßig** Rechtsangelegenheiten seiner Ehefrau besorgt habe. Denn für die Geschäftsmäßigkeit kann nach ständiger Rechtsprechung eine einmalige Tätigkeit mit Wiederholungsabsicht genügen. Hierfür sprach vorliegend insbesondere die Honorarvereinbarung

Der BGH verneinte jedoch das Vorliegen einer **fremden Rechtsangelegenheit**. Er entschied dies jedenfalls für den Fall, dass – wie hier – eine Hilfeleistung eines Ehegatten für den anderen durch die eheliche Beistandspflicht geboten sei (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB) und sachgemäß nicht ohne gleichzeitige Rechtsbesorgung gewährt werden könne.

## Aktuelles

## Steuerabzug bei Bauleistungen – Folgen für Bauträgervertrag

Nach dem **Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe** (BGBl. 2001 I, S. 2267) muss ab 1.1.2002 jeder Unternehmer, an den Bauleistungen erbracht werden, von seiner Gegenleistung (Zahlung) einen **Steuerabzug von 15% an das Finanzamt abführen** (§ 48 EStG), sofern der Leistende nicht eine Freistellungsbescheinigung vorlegt (§ 48b EStG). Dies ist mit der Kapitalertragsteuer – “Zinsabschlagsteuer” – vergleichbar. Vom Steuerabzug ausgenommen sind Gegenleistungen unter 5.000 Euro bzw. 15.000 Euro, soweit der Leistungsempfänger ausschließlich steuerfreie Umsätze ausführt.

Zum Steuerabzug verpflichtet ist nach § 48 Abs. 1 EStG grundsätzlich jeder **“Unternehmer” i. S. d. § 2 UStG**, also insb. jeder Gewerbetreibende oder **freiberuflich Tätige** – unabhängig davon, ob tatsächlich eine Umsatzsteuerpflicht besteht, also z. B. Ärzte, aber auch **Vermieter**. Nach einem vom Bundesfinanzministerium herausgegebenen Merkblatt ist weitere Voraussetzung, dass der Unternehmer die Bauleistungen “für sein Unternehmen” bezieht. Damit wäre beim Erwerb zu eigenen Wohnzwecken kein Steuerabzug erforderlich.

Nach dem Gesetzeswortlaut gilt der Steuerabzug wohl auch für **Bauträgerverträge**. Probleme bereitet dies insbesondere, wenn die Bank in ihrer Freistellungserklärung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV mehr als 85% des Kaufpreises als Ablösesumme verlangt. Dann ist eine Abwicklung des Bauträgervertrages nur möglich, wenn als **zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung** eine **Freistellungsbescheinigung des Finanzamtes nach § 48b EStG** vereinbart wird. Denn bei Vorliegen einer derartigen Freistellungsbescheinigung ist kein Steuerabzug erforderlich. Jedoch kann das Finanzamt die Freistellungsbescheinigung widerrufen. Sicherheit für den Erwerber kann hier wohl nur erreicht werden, wenn entweder das Finanzamt eine (möglichst unwiderrufliche) projektbezogene Freistellungsbescheinigung erteilt (denn dann ist dem Leistungsempfänger eine Aufhebung der Freistellung mitzuteilen, § 48b Abs. 4 EStG) oder wenn die abzulösende Bank das Risiko übernimmt.



## Postvertriebsstück: B 08129

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

Der Steuerabzug ist auf alle ab dem **1.1.2002 erbrachten Zahlungen** anzuwenden (§ 52 Abs. 56 EStG) – auch wenn der Werkvertrag oder Bauträgervertrag bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen wurde. Daher müssen Erwerber **auch bei bereits abgeschlossenen Bauträgerverträgen** ggf. Steuerabzüge vornehmen, sofern keine Freistellungsbescheinigung des Finanzamtes vorgelegt wird.

Das **Merkblatt** des Bundesfinanzministeriums ist unter **Fax-Abruf-Nr.: 5012** abrufbar, die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/4658) unter **Fax-Abruf-Nr.: 5013** (beide Dokumente auch im Internet). Ein Anwendungserlass der Finanzverwaltung ist für Anfang November angekündigt. Folgende Aufsätze zu dem neuen Gesetz sind bisher erschienen: Sticken/Martin, DB 2001, 1441; Schroen, NWB 2001, 2755 = Fach 3, S. 11683.

### Literaturhinweise

**Waldner, Wolfram, Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarungen für die notarielle und anwaltliche Praxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2001, 179 Seiten, 58,- DM**

Erstmals liegt ein Werk vor, das sich mit Vereinbarungen unter **Ehegatten und nicht verheirateten Partnern** gleichermaßen befasst. Aufgrund dieses weitgespannten Bogens verfolgt der Autor nicht den Anspruch, jede Detailfrage wissenschaftlich zu durchdringen. Wie schon der

Titel verrät, ist das Buch auf praktische Verwertbarkeit zugeschnitten. Auf zusammenhängende Vertragsmuster wird dabei zwar verzichtet. Hilfreiche Formulierungsbeispiele in großer Zahl unterstreichen jedoch die praxisbezogene Ausrichtung des Buches. Ein weiterer Pluspunkt ist vor allem die anschauliche Sprache, die neben der Darstellungsweise (stete Anknüpfung an **praxistypische Lebenssachverhalte**) eine effiziente Umsetzung der theoretischen Grundlagen in die Beratungs- und Beurkundungspraxis erlaubt.

Berücksichtigt sind bereits die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur **Inhaltskontrolle von Eheverträgen** sowie das am 1.8.2001 in Kraft getretene **Lebenspartnerschaftsgesetz**. In der Natur der Sache liegt es aber, dass diese aktuellen Fragen nur gestreift werden konnten.

**Notarassessor Dr. Markus Allstadt**

**G. Bachmann**, Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa – Dargestellt am Beispiel des britischen Reformprozesses und der Europäischen Privatgesellschaft, ZGR 2001, 351

**J. Damrau/J. Mayer**, Zur Vor- und Nachvermächtnislösung beim sog. Behindertentestament, ZEV 2001, 293

**European Company Law Review**, "Corporate Governance - Europäische Perspektiven", Symposium zum 60. Geburtstag von Klaus J. Hopt am 1./2. September 2000 in Mainz, ZGR 2001, 215

**T. Fehrenbach**, Altlasten in der Gestaltungspraxis gewerblicher Mietverträge, ZfIR 2001, 623

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

#### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: 09 31/3 55 76-0      Telefax 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: dnoti@dnoti.de      internet: <http://www.dnoti.de>

#### Hinweis:

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

#### Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

#### Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die

Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg