Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart
in Verbindung mit dem
Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt Seite

Lehmann, Der Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung 129
Gehweiler, Steuerrechtsecke XV 131
Traunecker, Die Steuervergünstigungen nach §§ 5, 6, 7 GrEStG 133
Rechtsprechung 141
Buchbesprechungen 150

7/2000
Oktober/November

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V. Stuttgart, in Verbindung mit dem Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Oktober/November | 66. Band | Nr. 7/2000

Der Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung eines vertragsmäßig Bedachten

Von Notar Rudolf Lehmann, Saarbrücken

I. Vorbemerkung

In dem Artikel "Damit der letzte Wille auch geschehe" hat der FOCUS[1] "Zehn Tipps für das richtige Testament" gegeben, von denen einer lautet: "Vorsicht vor einem Erbvertrag: Sie können ihn nach der Unterzeichnung nur noch einvernehmlich mit dem Partner ändern." In die gleiche Kerbe schlägt Groll[2], wenn er in dem Leitfaden "Vererben mit Sinn und Verstand", herausgegeben vom Deutschen Forum für Erbrecht e. V., München, dessen Präsident Groll ist, folgendes ausführt: "Der Abschluss eines Erbvertrags wurde (daher) schon oft bereut ... Letztlich sollte der Erbvertrag (aber) die Ausnahme bleiben. Die Notare mögen den Rat verzeihen und sich damit trösten, dass dieser Leitfaden manchen Leser vielleicht überhaupt erst auf die Möglichkeit eines Erbvertrags aufmerksam macht! ... vom Erbvertrag kommt man in der Regel nicht mehr los ... Es bleibt (folglich) dabei: Im Zweifel lieber Hände weg vom Erbvertrag!" Diese Äußerungen, mögen sie auch wenig differenzierend sein, stimmen nachdenklich und regen dazu an, am Beispiel des Vorbehalts der Beschränkung und Beschwerung eines vertragsmäßig Bedachten nochmals[3] aufzuzeigen, wie auf einer sicheren und – was ebenso wichtig ist – dem Publikum auch leicht vermittelbaren gesetzlichen Rechtsgrundlage der Erbvertrag flexibel gestaltet werden kann.

II. Die Beschränkung und Beschwerung als Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten

Für eine erbvertragliche[4] Verfügung, die vertragsmäßig[5] sein kann (§ 2278 Abs. 2 BGB) und auch so getroffen[6] ist, gilt, dass eine spätere Verfügung unwirksam ist, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist der Fall, wenn die spätere Verfügung die vertragsmäßige Verfügung ganz oder teilweise aufhebt. Als teilweise Aufhebung muss auch eine Beschränkung durch die Einsetzung eines Vor- oder Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung und eine Beschwerung mit einem Vermächtnis oder einer Auflage gelten. Diese Wertung ergibt sich aus dem Gesetz: Gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB stellen Beschränkungen und Beschwerungen eine Minderung des Erbteils dar, die einer teilweisen Aufhebung der Erbeinsetzung gleichkommt.
Nach der Auffassung des BGH[7] soll allerdings eine Teilungsanordnung nicht beeinträchtigend sein, weil sie an der Bindungswirkung des Erbvertrags nicht teilnehme. Diese Begründung trägt nicht, weil es keine gesetzliche Regelung gibt, die besagt, dass eine Verfügung, die nicht vertragsmäßig sein kann (§ 2278 Abs. 2 BGB), auch nicht beeinträchtigend ist; das eine hat mit dem anderen nichts zu tun. Eine Teilungsanordnung ist[8] beeinträchtigend, weil sie in die gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln und damit in die vertragsmäßig geschützten Rechte der Miterben eingreift. Ist das etwa nicht der Fall, wenn beispielsweise

- die Auseinandersetzung ausgeschlossen wird oder
- bestimmt wird, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll, oder
- einem Miterben ein bestimmter Nachlassgegenstand zugewiesen wird oder
- bestimmt wird, dass ein Nichtmiterbe bei der Versteigerung eines Grundstücks nicht bieten darf?

Die Beschränkung und Beschwerung eines vertragsmäßig Bedachten sind nur wirksam, wenn sie im Erbvertrag vorbehalten sind. Es dürfte eine Binsenwahrheit[9] sein, dass ein derartiger Vorbehalt zulässig ist, so dass sich nur die Frage stellt, wo genau er seine Rechtsgrundlage hat.

III. Der Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung als Rücktrittsvorbehalt

1. Die gesetzliche Grundlage des Vorbehalts

Wer – gebotenermaßen, versteht sich – die Rechtsgrundlage für den Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung im Gesetz sucht, findet sie auch dort. Aus der Erwägung nämlich, dass

- der Rücktritt aufhebend wirkt, was sich aus § 2297 Satz 1 BGB, § 2298 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 2299 Abs. 3 BGB ergibt, und
- die Beschränkung und Beschwerung teilaufhebend wirken, was sich aus § 2306 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ergibt,

ist zu folgern, dass der Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung ein Vorbehalt zum teilweisen Rücktritt gemäß § 2293 BGB ist. Das passt zur Rechtslage beim gemeinschaftlichen Testament, wo die Beschränkung und Beschwerung eines wechselbezüglich Bedachten, dessen Stellung der eines vertragsmäßig Bedachten gleicht, als teilweiser Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung beurteilt werden[10].

2. Die Form der Ausübung des Vorbehalts

Zu Lebzeiten des anderen Vertragschließenden erfolgt die

---

1 21/2000
2 Dr. jur. Klaus Michael Groll, Lehrbeauftragter der Ludwig-Maximilians-Universität München für Familien- und Erbrecht.
3 Lehmann, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag – ein abwegiges Gestaltungsmittel?, BWNotZ 1999,1
4 Erbvertragliche Verfügung bedeutet nur, dass die Verfügung in einem Erbvertrag enthalten ist.
5 Anstelle dieses gesetzlichen Begriffs (§§ 2278, 2279 Abs. 1, 2288 Abs. 1, 2289 Abs. 1 Satz 1, 2290 Abs. 1 Satz 1, 2291 Abs. 1 Satz 1, 2294, 2295, 2297, 2298 Abs. 1, 2299 Abs. 2 Satz 2 BGB) sollte kein anderer Begriff verwandt werden.
6 Eine Verfügung, die gemäß § 2278 Abs. 2 BGB vertragsmäßig sein kann, kann auch einseitig getroffen werden (§ 2299 Abs. 1 BGB). Es ist Amtspflicht, zu erforschen, ob das eine oder das andere gewollt ist; das Ergebnis ist klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben (§ 17 BeurkG). Im Erbvertrag muss mindestens eine vertragsmäßige Verfügung enthalten sein.
7 NJW 1982,441 (442).
8 .entgegen der Auffassung von J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel, Testament und Erbvertrag, 3. Auflage, 1999, § 2289 Rdnr. 35 ...
9 Motive V 332: "Dem vertragsmäßigen Vorbehalte nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, besteht kein Anlass. Es würde damit ohne Grund die Vertragsfreiheit eingeengt. Jeder Vorbehalt muss zulässig sein, sofern ein solcher nur nicht den Vertrag selbst inhaltslos macht. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen und bedarf daher keines besonderen Ausdruckes."
10 Staudinger-Kanzleiter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, 1998, § 2271 Rz. 16; J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel § 2271 Rdnr. 19; Palandt-Edenhofer, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, 1999, § 2271 Rdnr. 4.

Ausübung des Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalts zweiaktig[11]: Zum einen muss die beschwerende oder beschränkende Verfügung von Todes wegen in der Form errichtet werden, die für die gewählte Verfügung von Todes wegen gilt; zum anderen ist dem anderen Vertragschließenden gegenüber in notariell beurkundeter Form zu erklären, dass die vorbehaltene beschränkende oder beschwerende Verfügung, die in Abschrift zum Inhalt der Niederschrift (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) gemacht werden sollte, errichtet worden ist (§ 2296 Abs. 2 BGB).
Nach dem Tod des anderen Vertragschließenden erfolgt die Ausübung des Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalts allein durch das Testament, in dem die Beschränkung oder Beschwerung verfügt wird (§ 2297 Satz 1 BGB). Ist der Erbvertrag ein zweiseitiger Erbvertrag – beispielsweise ein Ehegattenerbvertrag mit vertragsmäßiger gegenseitiger Erbeinsetzung und vertragsmäßiger Schlusserbeneinsetzung – erlischt zwar gemäß § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB der Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalt mit dem Tod des anderen Vertragschließenden. Das ist aber nicht zwingend; die Vertragschließenden können etwas anderes bestimmen (§ 2298 Abs. 3 BGB). Sie haben daher nicht nur die Möglichkeit, den Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalt nicht mit dem Tod des anderen Vertragschließenden erlöschen zu lassen; sie können sogar, was überwiegend auch gewollt sein dürfte, vereinbaren, dass er erst mit dem Tod des anderen Vertragschließenden entsteht[12].

3. Die Wirkung der Ausübung des Vorbehalts auf den Erbvertrag

Sowohl für den Fall der Ausübung des Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalts zu Lebzeiten des anderen Vertragschließenden als auch für den Fall der Ausübung nach dessen Tod ist beim zweiseitigen Erbvertrag zu bedenken, dass durch die Ausübung der ganze Erbvertrag aufgehoben wird (§ 2298 Abs. 2 Satz 1 BGB), wenn die Vertragschließenden nichts anderes bestimmt haben (§ 2298 Abs. 3 BGB). Es dürfte immer gewollt sein, dass durch die Ausübung des Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalts der Erbvertrag nur im Umfang der verfügten Beschränkung oder Beschwerung aufgehoben werden soll; das kann aber nicht der Auslegung[13] überlassen werden, sondern muss sich klar und unzweideutig aus der Niederschrift ergeben (§ 17 BeurkG).

IV. Der Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung als sog. Änderungsvorbehalt

1. Die Existenzberechtigung des Vorbehalts

Die Auffassung, dass der Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalt ein Rücktrittsvorbehalt ist, ist nicht neu. Wein[14] hat sie bereits im Jahr 1916 gegen die damals herrschende Meinung[15] vertreten, die sich bis heute leider nicht geändert hat:

Auf der Grundlage einer Entscheidung des BGH[16] ist es allgemeine Meinung in Rechtsprechung[17] und Literatur[18], dass ein Vorbehalt anderweitiger Verfügung – der Beschränkungs- und Beschwerungsvorbehalt ist ein solcher[19] – kein Rücktrittsvorbehalt, sondern ein im Gesetz nicht geregelter sog. Änderungsvorbehalt ist.
Für diesen Änderungsvorbehalt gibt es jedoch keine Existenzberechtigung, weil alles, was durch ihn gestaltet werden soll, durch den Rücktrittsvorbehalt gestaltbar ist; das könnte notfalls anhand der Erbverträge, mit denen sich die einschlägigen Entscheidungen[20] befassen, und anhand der Gestaltungen demonstriert werden, wie sie beispielsweise von Herlitz[21], J. Mayer[22] und Basty[23] für den Änderungsvorbehalt reklamiert werden.

Zudem herrscht beim Änderungsvorbehalt Gestaltungsunsicherheit, was folgende Stimmen belegen:

- Hier ist alles umstritten[24].
- Vorsicht bei der Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts[25].
- Die Beratungspraxis steht vor ungeklärten Problemen[26].

Wer genau wissen will, wie der Änderungsvorbehalt mit steigender Tendenz problematisiert wird, kann das im Protokoll über ein Podiumsgespräch beim Deutschen Notartag 1989[27] und bei J. Mayer[28], Weiler[29], D. Nolting[30], Herlitz[31], Ritter[32], Dohr[33] und Basty[34] nachlesen; er wird dann an der Feststellung nicht vorbeikommen, dass hier ein ziemliches Durcheinander herrscht[35]. Die Formel "Der Rücktrittsvorbehalt kassiert,

11 Staudinger-Kanzleiter § 2296 Rn. 14: „Will der Erblasser eine vertragsmäßige Verfügung einseitig ändern, so muss er, falls er dazu befugt ist, u. U. sowohl die Vorschriften des § 2296 beachten, als auch eine neue Verfügung von Todes wegen in einer der hierfür vorgesehenen Formen errichten. Soweit die Änderung eine teilweise Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung darstellt, ist sie als Rücktritt anzusehen und bedarf der Form des § 2296; soweit der Erblasser zugleich eine Neuregelung der erbrechtlichen Verhältnisse herbeiführen will, enthält seine Anordnung eine Verfügung von Todes wegen, die in der dafür vorgesehenen Form getroffen werden muss."
12 In diesem Fall kann § 2296 Abs. 2 BGB überhaupt nicht zur Anwendung kommen.
13 J. Mayer (Dittmann-Reimann-Bengel § 2298 RdNr. 14) verkennt das, wenn er ausführt: "Bei jedem zweiseitigen Vertrag ist daher im Wege der Auslegung (sic) eingehend zu prüfen, inwieweit bei Rücktritt von einzelnen Teilen des Erbvertrags dies auch zur Unwirksamkeit der anderen Verfügungen führen soll ...". Die eingehende Prüfung muss bei der Herstellung des Erbvertrags vorgenommen werden; wer das unterlässt, verletzt § 17 BeurkG und riskiert, die Kosten der anderweitigen Prüfung dieser Frage zu tragen.
14 Der vorbehaltene Rücktritt vom Erbvertrag, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1916, 123 (124).
15 Es kann nur spekuliert werden, wie es zu dieser herrschenden Meinung kam: War es vielleicht von Anfang an eine eher laienhafte, weil gesetzesferne Bewältigung des Abänderungsproblems?
16 BGHZ 26, 204 = NJW 1958, 498: Die – nach der Meinung von J. Mayer (Dittmann-Reimann-Bengel § 2278 RdNr. 29) kargen – Ausführungen des BGH helfen bei der Herstellung eines abänderbaren Erbvertrags wenig; man sollte daher die Suche nach dem vom BGH angesprochenen "eigentlichen Wesen" des Erbvertrags, das nicht "entkleidet" werden darf, aufgeben.
17 OLG Düsseldorf OLGZ 1966, 68; LG Koblenz JurBüro 1968, 254; BGH NJW 1982, 441; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 165 = DNotZ 1986, 551 = MittBayNot 1986, 32 = BWNotZ 1986, 167; BHG WM 1986, 1221 = MittBayNot 1986, 265; BayObLG FamRZ 1989, 1353 = DNotZ 1990, 812 = MittBayNot 1989, 322; BayObLG NJW-RR 1991, 586 = FamRZ 1991, 1359; BayObLG FamRZ 1992, 724; BayObLG DNotZ 1996, 316 = MittBayNot 1996, 112; BayObLG NJW-RR 1997, 1027; BayOLG FGPrax 1999, 229.
18 v. Lübtow, Erbrecht, 1971, S. 426; C. Nolting, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1985, S. 98 ff.; Hülsmeier, Der Vorbehalt abweichender Verfügungen von Todes wegen beim Erbvertrag, NJW 1986, 3115; Buchholz, Zur bindenden Wirkung des Erbvertrags, FamRZ 1987, 440; Mayer, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag – erbrechtliche Gestaltung zwischen Bindung und Dynamik, DNotZ 1990, 755; Soergel-Wolf, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage, 1992, § 2278 Rz. 7 und § 2289 Rz. 12; Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rdnr. 262; Weiler, Änderungsvorbehalt und Vertragsmäßigkeit der erbvertraglichen Verfügungen, DNotZ 1994, 427; D. Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, Duncker & Humblot, Berlin, 1994; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, 1995, § 25 VI 4; Brox, Erbrecht, 16. Auflage, 1996, Rdnr. 160; Herlitz, Abänderungs- und Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag, MittRhNotK 1996, 153; Münch-Komm-Musielak, 3. Auflage, 1997, § 2278 Rdnr. 13 ff.; Weirich, Erben und Vererben, 4. Auflage, 1998, Rz. 463; Langenfeld, Testamentsgestaltung, 2. Auflage, 1998, Rdnr. 210; Ritter, Der Konflikt zwischen einer erbrechtlichen Bindung aus erster Ehe und einer Verfügung des überlebenden Ehegatten zugunsten eines neuen Lebenspartners, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, S. 179 ff.; Dohr, Überwindung der aufgrund gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags entstandenen erbrechtlichen Bindungswirkung, MittRhNotK 1998, 387; Staudinger – Kanzleiter § 2278 Rn. 11 ff., § 2289 Rn. 17; J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel vor §§ 2274 RdNrn. 8 ff., § 2278 RdNrn. 13 ff.; Palandt-Edenhofer § 2289 Rdnr. 8; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2000, Rn 763, 764; Basty, Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament, MittBayNot 2000, 73.
19 Im Grunde genommen ist der Vorbehalt, den ganzen Erbvertrag aufzuheben, auch ein Vorbehalt anderweitiger Verfügung, weil durch die Aufhebung des Erbvertrags die volle Testierfreiheit wiedererlangt wird.
20 Fußnote 17.
21 Fußnote 18.
22 Fußnote 18.
23 Fußnote 18. Basty (a. a. O. Fußnote 24) bleibt den Beweis für seine Behauptung schuldig, dass der Rücktrittsvorbehalt, obwohl er nach seiner (richtigen) Meinung dogmatisch weniger problematisch (richtiger: dogmatisch unproblematisch) ist, in der Praxis oft zu überkonstruierten Lösungen führt. Wenn diese Behauptung richtig wäre, müsste sie gleichermaßen auch für den Änderungsvorbehalt gelten, da in Ansehung der Formulierung des Inhalts des Vorbehalts zwischen Rücktrittsvorbehalt und Änderungsvorbehalt kein Unterschied bestehen kann.
24 Nieder BWNotZ 1996, 20.
25 Weiler DNotZ 1996, 59.
26 Palandt-Edenhofer § 2289 Rdnr. 8.
27 DNotZ Sonderheft 1989, 143 ff.
28 Fußnote 18.
29 Fußnote 18.
30 Fußnote 18.
31 Fußnote 18.
32 Fußnote 18.
33 Fußnote 18.
34 Fußnote 18.
35 Kennzeichnend dafür ist die Bildung neuer Begriffe wie Totalvorbehalt, Totalabänderungsvorbehalt, isolierter Totalvorbehalt, Totalrevision, spezifizierter Änderungsvorbehalt, spezifischer (!) Änderungsvorbehalt, Änderungsvorbehalt mit Beschränkung der Änderungsbefugnis, Partialvorbehalt, erbvertraglicher Rest, erbvertragsmäßiger Rest, notwendiger Bindungsrest, bindender Rest, notwendiger Rest der erbvertraglichen Bindung, Kern- und Randbereich der vertragsmäßigen Verfügung, unantastbare Mindestposition, Bindung durch Formalien.

der Änderungsvorbehalt reformiert"[36] schafft, abgesehen davon, dass sie eine mit dem gesetzlichen Programm[37] der Gestaltung des Rücktrittsvorbehalts nicht in Einklang zu bringende willkürliche Einschränkung von dessen Anwendungsbereich[38] propagiert, keine Ordnung. Es stellen sich nach wie vor Fragen, wie beispielsweise:

– Worin besteht der Unterschied zwischen einem spezifizierten Rücktrittsvorbehalt[39] und einem spezifizierten Änderungsvorbehalt[40]?
– Unter welchen Voraussetzungen kann die Auslegung mitunter[41] ergeben, dass der Vorbehalt, vom Erbvertrag abweichende Verfügungen zu treffen, kein Änderungsvorbehalt, sondern ein Rücktrittsvorbehalt ist? Soll es zur gemäß § 17 BeurkG gebotenen Verhinderung dieser Auslegung vielleicht entscheidend darauf ankommen, wie der Vorbehalt im Erbvertrag bezeichnet ist, ob ausdrücklich als Rücktrittsvorbehalt oder einfach nur als Vorbehalt[42]?
– Warum soll ein Unterschied zwischen einem Vorbehalt bestehen, der zur unbedingten Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung berechtigt, und einem Vorbehalt, der zur Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung nur berechtigt, wenn der Erblasser in einer bestimmten Weise von seiner durch die Aufhebung wiedergewonnenen Testierfreiheit Gebrauch macht?

Der Umstand, dass der Änderungsvorbehalt derlei Fragen provoziert, muss als Beitrag zur Nichtakzeptanz des Erbvertrags bewertet werden.

2. Die Form der Ausübung des Vorbehalts

Die Anhänger des Änderungsvorbehalts sind fast ausnahmslos[43] der Meinung, dass § 2296 Abs. 2 BGB nicht anzuwenden ist, wenn der Änderungsvorbehalt zu Lebzeiten des anderen Vertragschließenden ausgeübt wird[44]. Diese Meinung ist mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Die Änderung einer vertragsmäßigen Verfügung ist immer eine ganze oder teilweise Aufhebung[45] derselben, für welche Aufhebung, wenn sie vorbehalten ist, das Gesetz die Form des § 2296 Abs. 2 BGB vorschreibt; an dieser zwingenden Vorschrift[46] führt[47] kein Weg vorbei.
Eigentlich wird gegen die Anwendbarkeit von § 2296 Abs. 2 BGB nur folgendes Argument vorgebracht: „Die Auffassung von der Formbedürftigkeit der Ausübungserklärung bedeutet für die Betroffenen einen nicht unerheblichen Kostenaufwand sowie praktische Probleme für den Zugang der Ausübungserklärung ..."[48]. Ist das[49] nicht eine petitio principii? Und außerdem: Kann es wirklich ernst gemeint sein, eine notarielle Formvorschrift wegen der mit ihr verbundenen Kosten in Frage zu stellen?

V. Zusammenfassung

Der Hersteller eines Erbvertrags muss sich entscheiden, wie er den Vorbehalt der Beschränkung und Beschwerung eines vertragsmäßig Bedachten qualifiziert. Er wird sich auf der allein richtigen, jedenfalls aber auf der sicheren Seite befinden, wenn er den Vorbehalt als Rücktrittsvorbehalt begreift und ihn auch ausdrücklich[50] so im Erbvertrag bezeichnet. Der Änderungsvorbehalt sollte reformiert werden; das geschähe am besten dadurch, dass er – posthum Wein[51] zur Ehre – kassiert würde; dagegen kann eigentlich nur noch Morgenstern'sche Logik sprechen.

36 J. Mayer in Dittman-Reimann-Bengel § 2278 RdNr. 16, § 2293 RdNr. 6.
37 Motive V 343: "Der Erblasser kann sich den Rücktritt für den ganzen Erbvertrag oder auch nur für eine einzelne vertragsmäßige Verfügung vorbehalten, schlechthin oder nur für gewisse Fälle, bedingt oder unbedingt, befristet oder unbefristet."
38 ... der allerdings in der notariellen Praxis nicht voll genutzt zu werden scheint: Lehmann, Der Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag – ein wenig genutztes Gestaltungsmittel, NotBZ 2000, 85.
39 J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel § 2293 RdNr. 13.
40 J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel, § 2278 RdNr. 26.
41 J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel § 2278 RdNr. 34. Die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung BayObLG MittBayNot 1989, 322 = FamRZ 1989, 1353 = DNotZ 1990, 812 war ein Lichtblick und lässt hoffen.
42 Beim Hinweis auf BayObLG MittBayNot 1989,322 = FamRZ 1989, 1353 = DNotZ 1990, 812 verrät Basty (a. a. O. Fußnote 35) nicht, warum die Abgrenzung des Änderungsvorbehalts zu einem Rücktrittsvorbehalt problematisch sein kann, wenn die Bindungswirkung zeitlich dahingehend beschränkt wird, dass ein Ehegatte erst nach dem Tod des anderen abweichend verfügen kann. Diese Gestaltung ist unproblematisch, wenn man – tertium non datur – entweder eine Schlusserbeneinsetzung wählt, die bis zum Tod des anderen Vertragschließenden vertragsmäßig und ab dann einseitig ist, oder in Ansehung der vertragsmäßigen Schlusserbeneinsetzung einen Rücktrittsvorbehalt wählt, der erst mit dem Tod des anderen Vertragschließenden entsteht. Man muss das nur exakt formulieren; hier – wie kaum sonstwo – stellt die ars notarii Höchstanforderungen.
43 Nur D. Nolting, Fußnote 18, S. 215, Hohmann MittBayNot 1995, 442 und Mikisch MittBayNot 1996, 115 sind der Meinung, dass § 2296 Abs. 2 BGB auf den Änderungsvorbehalt anzuwenden ist.
44 Waldner, Das Testament des Unternehmers, 1997, Seite 62, definiert den Änderungsvorbehalt durch die Nichtanwendbarkeit von § 2296 Abs. 2 BGB: "Der Abänderungsvorbehalt ist das Recht, ohne Mitwirkung des anderen Teils (also z. B. auch heimlich) an den getroffenen Bestimmungen etwas zu ändern."
45 Die von D. Nolting, Fußnote 15, konstruierte vertragsmäßige Verfügung, die im Umfang des Änderungsvorbehalts kein Recht des vertragsmäßig Bedachten entstehen lässt, ist gesetzlich nicht zu begründen und führt zudem unweigerlich in die nahezu chaotische Diskussion über die Grenzen des Änderungsvorbehalts (Stichwort: Musielak'sche Testfrage); der Rücktrittsvorbehalt dagegen kennt keine Grenzen.
46 Staudinger-Kanzleiter § 2296 Rn. 13.
47 ... trotz BayObLG DNotZ 1996, 316 = MittBayNot 1996, 112, wo offensichtlich das Formproblem nicht gesehen worden ist.
48 J. Mayer in Dittmann-Reimann-Bengel § 2278 RdNr. 35.
49 Ähnlich Bengel, ZEV-Jahrestagung, München-Berlin, 22./23.10.1999 - 21./22.01.2000: „Allerdings ist der Weg über den Rücktrittsvorbehalt deshalb in der Praxis sehr unbeliebt, weil der Rücktritt durch notariell beurkundete Erklärung erfolgen muss (§ 2296 Abs. 2 BGB). Hier wird der Formzwang häufig als Hindernis empfunden ...". Da muss man sich fragen: Wie ist es möglich, dass in der notariellen Praxis die notarielle Form als Hindernis empfunden wird? Kann die Beliebtheit einer Formvorschrift relevant für ihre Anwendbarkeit sein? Ist § 2296 Abs. 2 BGB nicht genauso liebenswert wie etwa § 313 BGB oder § 29 GBO?
50 Wer das präzis macht, leistet auch einen Beitrag zum Abbau des herben Vorurteils des BayObLG (FamRZ 1997, 1243 = NJW-RR 1997, 835 = MittBayNot 1997, 235; FGPrax 1999, 229), wonach es keinen Erfahrungssatz dahin gibt, dass notarielle Texte immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind.
51 Fußnote 14.

Steuerrechtsecke (XV)

von Wolfgang Gehweiler[1]

Der nachfolgende Beitrag schließt an an die in dieser Zeitschrift erschienenen „Steuerrechtsecken" und stellt, wie immer, eine subjektiv geprägte Auswahl der aktuellen Neuerungen im Steuerrecht dar.

I. „DM 630,– Gesetz"

Das Bundesverfassungsgericht hat den Antrag mehrerer Zeitungsverlage und Zustellgesellschaften auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bzgl. des am 1. 4. 1999 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse als unzulässig abgewiesen. Die Antragsteller begehrten, das Inkrafttreten des DM 630,– Gesetzes auszusetzen, weil sie sich in ihrem Grundrecht auf Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt fühlten, da das Gesetz ohne Übergangsregelungen in Kraft getreten sei. Aufgrund der gravierenden Änderungen der Rechtslage sei es nicht mehr sichergestellt, dass der vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasste Vertrieb der Zeitungen in den nächsten Monaten gewährleistet werden könne.

Das Bundesverfassungsgericht verwarf den Antrag als unzulässig, weil die Antragsteller nicht in der erforderlichen Weise dargelegt haben, dass sie gerade durch das Fehlen

1 Lehrbeauftragter an der Notarakademie Stuttgart im Fachbereich Steuerrecht

einer Übergangsregelung in ihrem Grundrecht auf Pressefreiheit verletzt sind. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass das DM 630,– Gesetz das Grundrecht der Pressefreiheit berührt, weil gerade in diesem Gewerbe geringfügig Beschäftigte eingesetzt werden. Es erschien dem Bundesverfassungsgericht nicht zweifelhaft, dass die unverzügliche Inkraftsetzung des Gesetzes für die Antragsteller mit erheblichen Anpassungsschwierigkeiten verbunden ist und auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes auch keine Reaktionsmöglichkeit für die Antragsteller blieb, sich auf die neue Gesetzeslage einzustellen. Allerdings sieht das Gericht keinen Anschein, dass die Zeitungszustellung auf Grund der Neuregelung bereits zusammengebrochen wäre oder in den nächsten Wochen und Monaten zusammenzubrechen droht.[2]

II. Einkommensteuer

1. Familienverträge

Der BFH entschied mit Urteil vom 21. 1. 1999[3], dass das Fehlen der Arbeitszeitregelung in einem Angehörigenarbeitsvertrag schriftlicher Art nicht rechtfertigt, die Durchführung des Vertrages in Frage zu stellen, insbesondere dann, wenn die Gehaltszahlungen geflossen sind. Weder das Fehlen einer Arbeitsplatzbeschreibung noch die Festschreibung der Wochenarbeitsstunden rechtfertigen eine Ablehnung als Betriebsausgabe durch das Finanzamt.

2. Gewerblicher Grundstückshandel

2.1. Das Wahlrecht zugunsten der Einnahmen/Überschuss/Rechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG kann nur zum Beginn des Gewinnermittlungszeitraumes ausgeübt werden. Die Aufzeichnungen von Einnahmen und Werbungskosten, die im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anzusetzen wären, genügt hierfür nicht.[4]

2.2. Der BFH entschied mit Urteil vom 18. 5. 1999, dass Objekte im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten sog. 3-Objekt-Grenze zur Abgrenzung einer privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel nicht nur Ein-, Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen, sondern auch Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten sein können. Es kommt weder auf die Größe und den Wert des einzelnen Objektes, noch auf dessen Nutzungsart an.[5]
Entgegen der Verwaltungsmeinung[6] geht der Bundesfinanzhof davon aus, dass es bei der Anschaffung und Veräußerung von nur 3 Objekten in 5 Jahren regelmäßig weder auf die Größe und den Wert des einzelnen Objektes noch auf dessen Nutzungsart ankommen kann. Dass im Zusammenhang mit der 3-Objekt-Grenze in erster Linie Wohneinheiten angeführt und diese ihrerseits doch Ein- und Zweifamilienhäuser sowie Eigentumswohnungen interpretiert werden, ändert nichts daran. Der Begriff des Objektes wird dadurch nicht abschließend, vielmehr nur beispielhaft erfasst; Großbauten, insbesondere Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten, werden nicht ausgeschlossen!
Zu einem anderweitigen, engeren Objektbegriff und damit Großbauten nicht einbeziehendem Verständnis besteht keine Veranlassung.

3. Entfall des § 2b EStG

Nach dem Referentenentwurf eines Steuerbereinigungsgesetzes 1999 ist vorgesehen, den durch das Steuerentlastungsgesetz 1999 eingefügten § 2b EStG ersatzlos zu streichen. Die Neuregelung wird auf Grund ihrer Unbestimmtheit und der völlig verunglückten Gesetzesformulierung von der herrschenden Meinung im Schrifttum für verfassungswidrig gehalten.[7]

III. BFH Entlastungsgesetz

Mit Beschluss vom 26. 4. 1999[8] entschied der Bundesfinanzhof, dass Partnerschaftsgesellschaften nicht vor dem BFH vertretungsberechtigt sind, da die Partnerschaft im BFH-Entlastungsgesetz, wie auch die GmbH, die KG und die OHG, nicht explizit aufgeführt sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine Partnerschaft nach § 49 Abs. 1 Steuerberatungsgesetz als Steuerberatungsgesellschaft anerkannt und damit nach § 3 Nr. 1 Steuerberatungsgesetz zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen befugt ist. Vertretungsberechtigt wären nur die Partner im eigenen Namen, was nach § 6 Abs. 3 Partnerschaftsgesetz i. V. m. § 112 HGB eine entsprechende Einwilligung der anderen Partner bedarf; es bedarf weiterhin ihrer Zulassung als Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer.

IV. Handelsblatt

Aufwendungen für den Bezug der Zeitung „Handelsblatt" sind bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten abziehbar, wenn ein konkreter, tatsächlicher Bezug zur Einkunftserzielung besteht.[9]

V. Schmunzelecke

Gardinen

Die durch einen beruflich veranlassten Umzug angefallenen Aufwendungen für Gardinen sind nach Ansicht des Finanzgerichtes Köln keine Werbungskosten und daher nicht abzugsfähig. Revision ist eingelegt, und beim BFH wegen „grundsätzlicher Bedeutung" zugelassen.[10]

VI. Steuerberatungsgesetz

1. Abschlussvermerk

Erteilt der Steuerberater im Rahmen der Erstellung von Jahresabschlüssen lediglich eingeschränkte Abschlussbescheinigungen, haftet er Dritten gegenüber nur entsprechend dem Wortlaut der jeweiligen Abschlussbescheinigung. Das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen wies in seinem rechtskräftigen Urteil vom 11. 11. 1997 die Klage eines Kreditinstitutes zurück, durch die ein Steuerberater für einen durch den Kunden/Mandanten erlittenen Kreditausfall haftbar gemacht werden sollten. Der Steuerberater hatte die Jahresabschlüsse des Kreditnehmers erstellt, mit deren Hilfe sich die Bank ein Bild über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers verschaffen wollte.

Es stellte sich heraus, dass der Kreditnehmer eine bilanzielle Überschuldung durch Manipulation seiner Warenbestandslisten und durch den Ansatz fiktiver Forderungen verschleiert hatte. Mit den erteilten eingeschränkten Abschlussvermerken („..... aufgrund der vorgelegten Buchführung und Unterlagen sowie der erteilten Auskünfte .....") wollten die Steuerberater nach Ansicht des OLG jedoch nicht die Richtigkeit der Buchführung des Kreditnehmers und auch keine vollständige Prüfung einzelner Bilanzpositionen bestätigen.[11]

2 Beschluss vom 20. 4. 1999 – DStR aktuell 17/1999 VIII
3 Entscheidungsdienst des DStR 1999 Seite 457 ff.
4 BFH-Urteil vom 9. 2. 1999 – DStR aktuell 27/1999 Seite VI
5 Vgl. DStR 1999 Seite 1263 ff.
6 Vgl. Schreiben des Bundesfinanzministeriums BStBl. 1990 Teil I Seite 884 Teil-Ziff. 9
7 Vgl. Schmidt – Kommentar zum Einkommensteuergesetz 18. Auflage 1999 § 2b Rand-Ziff. 1
8 DStR 1999 Seite 758 ff.
9 Urteil des niedersächsischen Finanzgerichtes vom 9. 12. 1998, Entscheidungsdienst des Deutschen Steuerrechtes 1999 Seite 331 ff.
10 Entscheidungsdienst des DStR 1999 Seite 462 ff.
11 Vgl. DStR aktuell 24/1999 Seite X

VII. Zivilrecht

1. BGBMBH

Mit Urteil vom 27. 9. 1999[12] hatte der BGH darüber zu befinden, ob die Beklagten als Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Mietschulden der Gesellschaft persönlich einzustehen hatten oder den Vermieter auf das Vermögen der Gesellschaft verweisen durften. Dieser Mietvertrag war auf Seiten der Beklagten unter der Bezeichnung „GbRmbH" abgeschlossen worden. Da die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten nach den gesetzgeberischen Konzept grundsätzlich auch persönlich einzustehen haben, ist nie bezweifelt worden. Doch entfällt eine solche Haftung nach einer Ansicht schon dann, wenn die von den Gesellschaftern beschlossene Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen für den Vertragspartner erkennbar ist, nach anderer Ansicht erst dann, wenn diese Beschränkung mit dem Vertragspartner vereinbart wird. Heftig umstritten war die Frage, ob die Haftungsbeschränkung schon durch firmenähnliche Zusätze zu der Bezeichnung der Gesellschaft wie „..... GbRmbH ....." oder „..... GbR mit beschränkter Haftung ..." oder „..... GbR ohne persönliche Gesellschafterhaftung ...." oder ähnliches auf dem Briefbogen der Gesellschaft, auf Rechnungen etc., erreicht werden kann.

Mit o. g. Urteil hat der BGH nunmehr entschieden, dass die Gesellschafter für die im Namen der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten kraft Gesetzes auch persönlich haften. Diese Haftung kann nicht durch einen Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen, verdeutlichenden Hinweis beschränkt werden. Erforderlich ist vielmehr eine entsprechende individuelle getroffene Abrede der Parteien im Rahmen des zwischen Ihnen geschlossenen Vertrages.

12 Az: II ZR 371/98 - Betriebsberater 1999 Seite VI

Die Steuervergünstigungen nach §§ 5, 6 und 7 GrEStG

von Bärbel Traunecker, Notaranwärterin in Laupheim

Gliederungsübersicht

A. § 5 GrEStG Übergang auf eine Gesamthand
I. Allgemeines
II. Definitionen
1. Gesamthand
2. Miteigentümer/Alleineigentümer
3. Grundstück
4. Übergang eines Grundstücks
III. Beteiligung am Vermögen der Gesamthand
IV. Ermittlung der Steuerbefreiung
V. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 3 GrEStG
VI. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 1 VI GrEStG
VII. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 1 Abs. 2a Satz 5 GrEStG
VIII. Besondere Voraussetzungen für die Steuervergünstigung nach § 5 GrEStG
IX. Änderungen durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002

B. § 6 GrEStG Übergang von einer Gesamthand
I. Allgemeines
II. Beteiligung an der Gesamthand
III. Auseinandersetzungsquote
IV. Verhältnis des § 6 GrEStG zu §§ 3, 4 GrEStG
V. Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand → § 6 III GrEStG
VI. Sperrfrist des § 6 IV GrEStG
VII. Einschränkung des § 6 IV GrEStG

C. § 7 GrEStG Umwandung von gemeinschaftlichem Eigentum in Flächeneigentum
I. Allgemeines
II. Definitionen
1. „Gehören"
2. „Teilung"
3. „Wert"
4. „Grundstück"
III. Stufen der flächenweisen Aufteilung
IV. Berechnung der Steuervergünstigung
V. § 7 I GrEStG
VI. § 7 II GrEStG
VII. Begründung von Wohnungseigentum nach WEG

D. Literaturverzeichnis

A. § 5 GrEStG Übergang auf eine Gesamthand

I. Allgemeines

(1) Geht ein Grundstück von mehreren Miteigentümern auf eine Gesamthand (Gemeinschaft zur gesamten Hand) über, so wird die Steuer nicht erhoben, soweit der Anteil des einzelnen am Vermögen der Gesamthand Beteiligten seinem Bruchteil am Grundstück entspricht.

(2) Geht ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand über, so wird die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist.

§ 5 GrEStG ist eine Steuervergünstigungsvorschrift, welche den Übergang eines Grundstücks von mehreren Miteigentümern (§ 5 I GrEStG) bzw. von einem Alleineigentümer (§ 5 II GrEStG) auf eine Gesamthand insofern von der Besteuerung nach § 1 GrEStG befreit, als der übertragende Eigentümer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist, so dass nur der „Mehrerwerb" des Grundstücksüberganges von der Grunderwerbsteuer erfasst wird.[1]
Es handelt sich hierbei um die Korrektur der nach § 1 GrEStG entstehenden Steuerverpflichtung, welche mangels wirtschaftlicher Änderung der Beteiligung des übertragenden Grundstückseigentümers ungerechtfertigt wäre, da der Grunderwerbsteuertatbestand verwirklicht wird, obwohl die das Grundstück übertragenden Personen an der Personengesellschaft gesamthänderisch gebunden sind und die Gesamthandsgemeinschaft ja bürgerlich-rechtlich nicht selbständig ist.[2]

1 Urt. v. 24. 9. 85 (BStBl. II 85, 714)
2 Urt. v. 16. 1. 91 (BStBl. II 91, 376)

II. Definitionen

1. Gesamthand

Zunächst ist zu prüfen, wann es sich im Sinne des § 5 GrEStG (entsprechend auch für § 6 GrEStG) um eine Gesamthand handelt.

Erfasst werden die Gesamhandgemeinschaften, unabhängig davon, ob sie selbständige Rechtsträger sind, da diese grunderwerbsteuerrechtlich wie besondere Rechtsträger behandelt werden. Erforderlich ist, dass ein oder mehrere Rechte verschiedenen Personen dergestalt zustehen, dass sie lediglich „zur gesamten Hand" die Rechtsherrschaft darüber ausüben können.

Demzufolge fallen hierunter:

- OHG (§ 105 HGB)
- KG (GmbH & Co.KG) (§ 161 HGB)
- GbR (§ 705 BGB)
- Partnerschaft (§ 1 PartGG)
- Erbengemeinschaft (§ 2032)
  (auch bei einem Erbteilskauf, obwohl der Erbteilskäufer zwar nicht Erbe, jedoch auch Mitglied der Erbengemeinschaft und dadurch der Gesamthand wird)[3]
- eheliche Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB)
- fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483 BGB)[4]

  } die Grunderwerbsteuer ist für jeden gesondert zu ermitteln und anzufordern[5]

Keine Gesamthandsgemeinschaften sind:

- Juristische Personen
  - * AG
  - * KgaA
  - * GmbH
  - * VvaG
  - * eingetragene Vereine
  - * Stiftungen
  - * Genossenschaften
  - * Körperschaften/Anstalten/Stiftungen des öffentlichen Rechts
- stille Gesellschaften (auch wenn diese typisch ausgestaltet sind)[6]
- herrschende und abhängige Unternehmen
- Bruchteilsgemeinschaften
- organschaftlich verbundene juristische Personen.[7]

2. Miteigentümer/Alleineigentümer

Hierunter fallen:

- natürliche Personen
- Kapitalgesellschaften.

Gesamthandsgemeinschaften sind unter § 6 III GrEStG zu subsumieren, finden im Rahmen des § 5 GrEStG als übertragender Eigentümer/Miteigentümer somit keine Berücksichtigung, ebenso bei doppelstöckigen Gesamthandsgemeinschaften.

3. Grundstück

Grundstücke i. S. von §§ 5, 6 GrEStG entsprechen der in § 2 GrEStG getroffenen Definition, d. h.:

- Grundstücke im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches
- Erbbaurechte
- Miteigentumsanteile[8]
- Sondereigentumsrechte
- Gebäude auf fremden Boden.

4. Übergang eines Grundstücks

§§ 5, 6 GrEStG zielen im Gegensatz zu § 1 GrEStG nur auf den Rechtserfolg ab, somit ist es unerheblich ob mit einem rechtsgeschäftlichen Erwerb auch ein gesetzlicher Erwerb zusammentrifft. Ein Beispiel hierfür ist der Erwerb eines Grundstücks durch eine Gesamthandsgemeinschaft, an der ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte beteiligt ist, wenn Veräußerer dessen Ehepartner ist.
Ein Übergang liegt nur vor, wenn die Gesamthand Eigentümerin des Grundstücks wird.
Unter § 5 GrEStG fallen auch die Vorgänge im Rahmen des § 1 III Nr. 3 und 4 GrEStG, d. h. beim Übergang aller Anteile einer Gesellschaft, welche Eigentümerin eines Grundstücks ist, auf die Gesamthand.
Die in § 1 III Nr. 1 und 2 GrEStG genannten grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgänge fallen jedoch nicht unter § 5 GrEStG.

III. Beteiligung am Vermögen der Gesamthand

§ 5 GrEStG stellt nicht darauf ab, ob der das Grundstück in die Gesamthand einbringende Gesellschafter vor dem Grundstücksübergang auf die Gesamthand schon Mitglied der Gesamthand ist oder dies erst mit der Einbringung wird. Erforderlich ist allerdings, dass dieser spätestens mit Wirksamkeit des Erwerbsvorganges seine Beteiligung an der Gesamthand erlangt. Gemäß § 38 AO muss diese Beteiligung also vorliegen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.[9]
Erforderlich ist eine unmittelbare dingliche Mitberechtigung des übertagenden Allein-/Miteigentümers des Grundstücks am Gesamthandsvermögen. Demzufolge genügt eine mittelbare Beteiligung nicht, d. h. eine schuldrechtliche Mitberechtigung wie sie bei stillen Gesellschaftern[10] oder bei einer Unterbeteiligung bestehen, ist nicht ausreichend für die Anwendung des § 5 GrEStG.
Lediglich mittelbar beteiligt ist zum Beispiel auch ein Gesellschaftsanteil, welcher treuhänderisch gehalten wird, da nur der Treuhänder, nicht aber der Treugeber am Gesamthandsvermögen dinglich beteiligt ist.[11]
Möglich sind vom Gesetz abweichende Vereinbarungen unter den Gesellschaftern, wonach nicht alle Gesellschafter an dem eingebrachten Grundstück beteiligt sein sollen. Entsprechend diesem Beteiligungsverhältnis am Grundstück richtet sich die Steuerbefreiung nach § 5 GrEStG. Allerdings müssen diese Vereinbarungen zivilrechtlich wirksam, ernsthaft gewollt sein und tatsächlich durchgeführt werden.
Trotz des Erfordernisses der Unmittelbarkeit der dinglichen Mitberechtigung fällt unter § 5 GrEStG auch der Fall, dass der das Grundstück übertragende Eigentümer dergestallt beteiligt ist, dass er ein Gesamthänder an derjenigen Gesamthandsgemeinschaft ist, welche wiederum Gesamthänder an der Gesamthand ist, auf welche das Grundstück übertragen wird.

Nicht unter § 5 II GrEStG fallen:

- Verschmelzungen
- Aufspaltungen
- Abspaltungen

▷ wenn eine Kapitalgesellschaft/eingetragene Genossenschaft übertragender Rechtsträger und eine Personenhandelsgesellschaft übernehmender Rechtsträger ist,

3 BGHZ 56, 115; BGHZ 86, 379
4 Urt. v. 17. 7. 75 (BStBl II 76, 159)
5 s. Pahlke/Franz § 5 Rdnr. 2
6 BFH BStBl II 1975, 363; 1976, 697; 1980, 357; 1984, 160
7 BFH BStBl II 1974, 697
8 BFH BStBl II 1959, 98
9 Urt. v. 14. 3. 79 (BStBl II 81, 225)
10 Urt. v. 11. 12. 74 (BStBl II 75, 363)
11 BFH BStBl II 1975, 152

da der übertragende Rechtsträger nicht an der übernehmenden Gesamthandsgemeinschaft beteiligt ist, sondern lediglich die Anteilsinhaber.

IV. Ermittlung der Steuerbefreiung

Es ist ein Vergleich aufzustellen zwischen dem Anteil am Grundstück vor der Übertragung (bei § 5 II GrEStG also 1/1) und dem Anteil des Gesamhänders am Gesamthandsvermögen.

Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen lässt sich wie folgt ermitteln:

Bei der Erbengemeinschaft und Gütergemeinschaft bzw. fortgesetzten Gütergemeinschaft richtet sich der Anteil am Grundstück nach dem Auseinandersetzungsanteil, und zwar bei § 6 GrEStG unabhängig davon, ob die Grundstücksübertragung anlässlich der (teilweisen) Auseinandersetzung oder vorher stattfindet. Grundsätzlich entspricht dies bei der Erbengemeinschaft dem Erbteil, wobei sich durch Ausgleichungspflichten eine andere Aufteilung ergeben kann; nicht jedoch durch vertragliche Vereinbarungen, welche für die Erhebung der Grunderwerbsteuer unbeachtlich sind.[12] Bei der Gütergemeinschaft ist hinsichtlich des Anteils die Bestimmung des § 1476 II BGB zu berücksichtigen, bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft ggf. ausgleichungspflichtige Vorempfänge.

Bei einer GbR, OHG oder KG wird folgendermaßen verfahren:

Vorrangig sind Vereinbarungen unter den Gesamthändern beachtlich, so z. B. die Festlegung von unveränderlichen, festen Kapitalanteilen / feste Anteilsquoten / „Bruchteile", wenn diese Vereinbarungen handelsrechtlich wirksam, ernstlich gewollt und tatsächlich durchgeführt werden.[13]
Maßgeblich ist der rechnerische, verhältnismäßige Anteil des Gesamthänders an dem auf den Grunderwerbsteuer-Stichtag zu ermittelnden Reinvermögens der Gesamthand, welches nicht identisch ist mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen i. S. von § 719 I BGB, § 105 II HGB. Die nach § 39 II AO aufgeführten Zurechnungsposten finden hierbei keine Anwendung.
Sind also keine Vereinbarungen getroffen worden, so leitet sich der Anteil bei handelsrechtlichen Gesellschaften von den Kapitalanteilen ab. Bei der OHG bemisst sich dies aus dem Geldwert der Einlage zuzüglich dem Gewinnanteil, abzüglich des Verlustanteils und der Entnahmen. Eventuell ist aber auch ein fiktives, ggf. vereinbartes Abfindungsguthaben im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs maßgeblich.
Sonst ist eine besondere Vermögensaufstellung hinsichtlich des Reinvermögens der Gesellschaft und dem Vermögensanteil des Gesellschafters zu fertigen.
Bei veränderlichen Kapitalanteilen ist ein negatives Kapitalkonto nicht allein entscheident, vielmehr sind auch offenbar werdende stille Reserven mitzuberücksichtigen.
Trotz Überschuldung der Gesellschaft finden die §§ 5 und 6 GrEStG Anwendung. Ausschlaggebend ist das Verhältnis, in dem die Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Beteiligten in allen vermögensmäßigen Beziehungen zu den Mitgliedschaften der anderen Beteiligten stehen:

- Substanzwert
- Ertragswert + stille Reserven
- Verkehrswert des Grundstücks
- Firmenwert des Unternehmens.

▷ die jeweiligen Kapitalkonten sind dann gegenüberzustellen!

Ergibt sich hiernach ein negatives Kapitalkonto, so ist nach dem BFH für den übertragenden Gesamthänder dessen Anteil am Gesamthandsvermögen in Höhe von Null anzusetzen.[14]

Unerheblich für die Berechnung des Anteils am Gesamthandsvermögen sind künftige Ertragsentwicklungen infolge des Stichtagsprinzips.

Hinsichtlich jedes Erwerbsvorgangs ist eine gesonderte Einzelbetrachtung vorzunehmen.

V. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 3 GrEStG

Trotzdem steuerrechtlich die Gesamthandsgemeinschaft als selbständiger Rechtsträger behandelt wird, finden personenbezogene Steuerbefreiungen hinsichtlich der Gesamthänder Anwendung.

Zunächst ist zu prüfen, ob der Erwerbsvorgang nach § 3 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist, sonach werden die Steuervergünstigungen gemäß § 5 GrEStG (bzw. § 6 GrEStG) berücksichtigt.

Bei den Erwerbsvorgängen nach § 1 III GrEStG ist zu unterscheiden:

- § 1 III Nr. 1 und 2: Hierbei gibt es keine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 GrEStG[15]
- § 1 III Nr. 3 und 4: § 3 GrEStG findet Anwendung.

VI. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 1 VI GrEStG

Werden mehrere Erwerbsvorgänge nach § 1 GrEStG verwirklicht im Sinne eines Haupt- und Ersatztatbestands, so wird die Grunderwerbsteuer gem. § 1 VI nur insoweit erhoben, als die Bemessungsgrundlage für den späteren Rechtsvorgang den Betrag übersteigt, von dem beim vorausgegangenen Rechtsvorgang die Steuer berechnet worden ist.
Hierbei ist je § 5 GrEStG mitzuberücksichtigen, sofern dessen Voraussetzungen bei dem jeweiligen Rechtsvorgang vorliegen. Die sich hieraus ergebende Differenz unterliegt dann der Steuer.

VII. Verhältnis § 5 GrEStG zu § 1 Abs. 2a Satz 5 GrEStG

Bei einem vollständigen Wechsel aller Gesellschafter nach der Grundstückseinbringung, war bis zum 31. 12. 1996 zweimal die volle Grunderwerbsteuer zu erheben (zum einen für die Einbringung, da sich Allein-/Miteigentum nicht an dem Gesellschaftsvermögen fortsetzt und zum anderen für den Wechsel aller Gesellschafter).
Seit dem 1. 1. 1997 ist zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung § 1 IIa. GrEStG neu in das Gesetz eingefügt. Nach dessen Satz 5 gilt folgendes:

Für die Einbringung wäre grundsätzlich die Grunderwerbsteuervergünstigung nach § 5 GrEStG zu berücksichtigen, aber infolge des Gesellschafterwechsels fällt diese Befreiung weg.
Nun wird die Steuer beim Gesellschafterwechsel so berechnet, dass sich die Grunderwerbsteuer um den Differenzbetrag ermäßigt, welcher der Steuervergünstigung nach § 5 GrEStG bei der Einbringung entsprochen hätte.

VIII. Besondere Voraussetzung für die Steuervergünstigung nach § 5 GrEStG

Erforderlich ist, dass der einbringende Gesamthänder aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses nicht nur sachenrechtlich am Grundstück beteiligt ist, sondern vielmehr wirtschaftlich an allen mit dem Grundstück verbundenen Wertveränderungen, Chancen und Risiken teilnimmt. Unerheblich sind einseitige Pläne, Absichten oder Vorstellungen des einbrin-

12 BFH Urt. v. 15. 12. 65
13 Urt. v. 31. 5. 72 (BStBl II 72, 833)
14 BFH: Urt. v. 24. 6. 81 (BStBl II 82, 2)
15 Urt. v. 31. 3. 82 (BStBl II 82, 424)

genden Gesamthänders, da die Mitwirkung aller Gesamthänder erforderlich ist.

Der BFH hat eine solche vollwertige Beteiligung in folgenden Fällen verneint:

- wenn und soweit die Beteiligung entsprechend einem im Einbringungszeitpunkt bereits bestehenden Plans im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand die Gesellschafterstellung auf einen anderen übertragen bzw. durch die Neuaufnahme von Gesellschafter sich dessen vermögensmäßige Beteiligung verringert.[16]

Ein in diesem Sinne vorgefasster Plan erfordert eine Vereinbarung oder sonstige Abrede unter den Gesamthändern, also die Einbindung der Gesamthand/Gesamthänder zum Plan. Nicht ausreichend sind demzufolge einseitige Absichten oder Vorstellungen des grundstückseinbringenden Gesellschafters.
Grundlegend für die Anwendung des § 5 GrEStG ist der Zeitpunkt der Entstehung der Leistungspflicht, somit der Zeitpunkt der Grundstückseinbringung und nicht die tatsächliche spätere Veränderung der gesamthänderischen Mitberechtigung. Letztere hat somit keine rechtliche Bedeutung, jedoch in tatsächlicher Hinsicht, so dass beim Vorliegen einer relativ kurzen Zeit zwischen der Grundstücksübertragung und der Beteiligungsveränderung, die Vermutung dafür spricht, dass dies auf Grund eines gemeinsamen Planes im Einbringungszeitpunkt beruht. Diese Vermutung ist allerdings durch die Steuerpflichtigen widerlegbar.

Ein sachlicher Zusammenhang liegt vor, wenn der Einbringende seine Beteiligung in Verwirklichung des Plans tatsächlich aufgibt oder verringert. In zeitlicher Hinsicht besteht ein Zusammenhang, sofern sich die mit dem Grundstück verbundenen Risiken und Chancen weder regelmäßig verwirklichen, noch üblicherweise von den Beteiligten auch nur wertmäßig ermittelt werden, was durch den BFH in Fällen entschieden wurde, als die Gesellschafterstellung innerhalb von 12 bzw. 15 Monaten übertragen wurde.

Veränderungen der Gesellschafterstellung können auf Grund des Ausscheidens des Gesamthänders aus der Gesamthandsgemeinschaft, Verminderung seiner Beteiligung oder aufgrund Hinzutretens eines weiteren Gesellschafters erfolgen. Bei Verschmelzungen/Spaltungen als planmäßigem Vorgang in diesem Sinne findet § 5 GrEStG somit auch keine Anwendung, es sei denn die Spaltung führt zu einer mehrstufigen gesamthänderischen Mitberechtigung. Ebenfalls keine Veränderung des Gesellschafterstellung in diesem Sinne ist ein Formwechsel, da hierbei vollständige Identität zwischen den Gesamthandsgemeinschaften besteht.

- wenn eine gesellschaftsvertragliche Abrede besteht, wonach er wirtschaftlich so gestellt wird, dass er während der Dauer der Beteiligung und bei Beendigung über das Gesamthandsvermögen nicht wie ein Eigentümer anteilig an den Wertveränderungen des Grundstücks beteiligt ist.[17]

Hierunter fällt zum Beispiel der Fall, dass beim Ausscheiden des Gesamthänders diesem lediglich ein Fixbetrag zusteht, welcher der Höhe nach seinem nominellen Gesellschaftsanteil entspricht.
Ebenso, sofern ab einem gewissen Betrag des Gesellschaftsvermögens ein weiterer Gesellschafter in die Gesamthandsgemeinschaft eintreten soll und zwar unter Erhöhung des Gesellschaftsvermögens und Vereinbarung, wonach dieser wirtschaftlich so gestellt wird, als wenn er von dem Zeitpunkt der Grundstückseinbringung an der Gesamthand beteiligt gewesen wäre.

16 insbes. Urt. v. 30. 10. 96 (BStBl II 97, 87)
17 Urt. v. 9. 11. 88 (BStBl 98, 201) u. Urt. v. 16. 1. 91 (BStBl II 91, 374)

IX. Änderungen durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002

Neu hinzugefügt ist folgender Absatz 3 (mit Wirkung ab 1. 1. 1999):

(3) Die Absätze 1 und 2 sind insoweit nicht anzuwenden, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert.

Hierdurch wurde entsprechend §§ 6, 7 GrEStG eine Sperrfrist zur Vermeidung von Steuerumgehungen geschaffen, siehe also Ausführungen zu §§ 6, 7 GrEStG.
Es kommt also auf einen bereits im Einbringungszeitpunkt bestehenden Plan, welcher im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung auf die Gesamthand, gerichtet auf Verringerung der vermögensmäßigen Beteiligung durch Übertragung auf einen anderen oder Neuaufnahme von Gesellschaftern, ist, nicht an; d. h. aber auch, dass eine Widerlegung der Vermutung (wie oben ausgeführt) nicht mehr möglich ist.
Allein das Vorliegen der Voraussetzungen nach diesem neu eingefügten Absatz führt zur Versagung der Steuervergünstigung bzgl. der Änderung.

B. § 6 GrEStG Übergang von einer Gesamthand

I. Allgemeines

(1) Geht ein Grundstück von einer Gesamthand in das Miteigentum mehrerer an der Gesamthand beteiligter Personen über, so wird die Steuer nicht erhoben, soweit der Bruchteil, den der einzelne Erwerber erhält, dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Wird ein Grundstück bei der Auflösung der Gesamthand übertragen, so ist die Auseinandersetzungsquote maßgebend, wenn die Beteiligten für den Fall der Auflösung der Gesamthand eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote vereinbart haben.

(2) Geht ein Grundstück von einer Gesamthand in das Alleineigentum einer an der Gesamthand beteiligten Person über, so wird die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Erwerber am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Geht ein Grundstück bei der Auflösung der Gesamthand in das Alleineigentum eines Gesamthänders über, so gilt Absatz 1 Satz 2 entsprechend.

(3) Die Vorschriften des Absatzes 1 gelten entsprechend beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand.

(4) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 gelten insoweit nicht, als ein Gesamthänder – im Fall der Erbfolge sein Rechtsvorgänger – innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden erworben hat. Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 gelten außerdem insoweit nicht, als die vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Auflösung der Gesamthand vereinbart worden ist.

§ 6 GrEStG ist das Pendant zu § 5 GrEStG, behandelt also den umgekehrten Fall, dass ein Grundstück, welches der Gesamthandsgemeinschaft gehört, von mehreren an der Gesamthandsgemeinschaft beteiligten Personen in Miteigentum (§ 6 I GrEStG) oder in das Alleineigentum einer dieser Personen (§ 6 II GrEStG) übergeht bzw. von einer Gesamthand erworben wird, an der dieselben Personen beteiligt sind (§ 6 III GrEStG).
Vom Ergebnis her ist die Grunderwerbsteuer nur insoweit zu erheben, als die Gesamthänder ein „Mehr" erwerben, als

ihnen zuvor zustand, hierfür maßgeblich ist der Anteil der Personen an der Gesamthand insgesamt, somit nicht allein bezogen auf den Grundbesitz der Gesamthand.
§ 6 GrEStG gilt grundsätzlich für alle steuerbaren Tatbestände des § 1 GrEStG und findet bei allen Übertragungen von Grundstücken auf die Gesamthänder durch die Gesamthandsgemeinschaft Anwendung, gleichgültig ob diese auf einem Rechtsgeschäft oder einem behördlichen Akt basieren.
Die Gesamthandsberechtigung derjenigen Person, auf welche das Grundstück übertragen werden soll, muss vor dem Grundstückserwerb bestehen.
Miteigentum mehrerer Personen im Sinne von § 6 I GrEStG liegt auch vor, wenn ein Gesellschafter und Dritte das Grundstück erwerben. Voraussetzung ist also nicht, dass es sich bei den erwerbenden Miteigentümern ausschließlich um Personen handelt, welche an der Gesamthandsgemeinschaft beteiligt sind.
Entsprechend der zu § 5 GrEStG getroffenen Definition hinsichtlich des Begriffs „Grundstück" genügt für die Anwendung von § 6 II GrEStG, dass ein Gesellschafter einen Miteigentumsanteil des Grundstücks erwirbt und der restliche Miteigentumsanteil weiterhin der Gesamthand gehört.
§ 6 II GrEStG wird auch dann angewendet, wenn der Anteil eines Gesellschafters durch Anwachsung (§ 142 HGB bzw. § 738 I (1) BGB) dem allein verbleibenden Gesellschafter verbleibt, nicht jedoch bei Übertragung eines einzelnen Erbteils, da hierbei kein Übergang des Grundstücks von der Gesamthand auf den neuen Erbteilsinhaber stattfindet. In letzterem Fall führt dies somit zu einem grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang gem. § 1 I Nr. 3 (1) GrEStG.
Entsprechende Anwendung von § 6 II GrEStG findet bei Übergang zur Einmann-GmbH & Co.KG statt. Für die Berechnung der Steuervergünstigung spielt jedoch nur die Beteiligung als Gesellschafter der Kommanditgesellschaft und nicht derjenigen bei der GmbH eine Rolle.
Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 6 GrEStG ist, dass der Gesamthand das Grundstück, welches übertragen werden soll, gehört. „Gehören" in diesem Sinne richtet sich nicht nach dem Bewertungsgesetz oder dem BGB, bedeutet also nicht, dass die Gesamthand Eigentümer sein muss. Ausreichend ist demzufolge, die Verwirklichung eines Erwerbsvorganges gem. § 1 GrEStG sowie das Vorliegen aller evtl. zur Wirksamkeit erforderlichen Genehmigungen und zwar im Falle der Auflösung der Gesamthandsgemeinschaft spätestens bis zur Vollbeendigung (s. Ziffer III), d. h. ausreichend ist das Vorliegen der oben genannten Voraussetzung im Zeitpunkt des Bestehens einer Abwicklungsgesellschaft.

II. Beteiligung an der Gesamthand

Erforderlich für die Anwendung von § 6 GrEStG ist je die unmittelbare dingliche Mitberechtigung des Erwerbers am Gesamthandsvermögen. Ebenso ausreichend wie in § 5 GrEStG ist auch hierbei die Beteiligung an einer Gesamthand, welche ihrerseits an einer Gesamthandsgemeinschaft, welcher ein Grundstück gehört, angehört.
Für die Berechnung der Grunderwerbsteuer ist ein Vergleich zwischen dem Anteil am Vermögen der Gesamthand, wobei die Beteiligung am Gewinn und Verlust unerheblich ist, und auch, wenn die Gesamthand überschuldet ist und die Anteile aller Gesellschafter negativ sind sowie dem Miteigentumsanteil des Erwerbers am Grundstück aufzustellen. Stichtag für die Ermittlung des Vermögensanteils ist der Tag, an dem der der Steuer unterliegende Erwerbsvorgang verwirklicht wird, d. h. der Tag, an dem die Vertragsteile im Verhältnis zueinander gebunden sind. Nicht ausschlaggebend ist im Gegensatz zu § 5 GrEStG der Zeitpunkt der Steuerentstehung. Die Vereinbarung, dass ein Gesellschafter rückwirkend ausscheiden soll, ist hierbei ohne Auswirkung.

III. Auseinandersetzungsquote

- Erbengemeinschaft
- eheliche Gütergemeinschaft

▷ maßgeblich ist der Auseinandersetzungsanteil (keine andere Vereinbarung möglich)

- OHG
- KG
- GmbH & Co.KG
- GbR
- Partnerschaftsgesellschaft

▷ maßgeblich ist grds. der rechnerische, verhältnismäßige Anteil des Gesamthänders am Reinvermögen der Gesamthand, ausnahmsweise der Auseinandersetzungsanteil bei Auflösung der Gesamthand (und zwar auch im Falle des § 6 III GrEStG)

Auflösung der Gesamthand bedeutet die Aufgabe des Erwerbszwecks der Gesamthandsgemeinschaft und die Umwandlung derselben in eine Abwicklungsgesellschaft. Dies tritt mit Lösung aller Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern untereinander und der Gesellschaft sowie zwischen der Gesellschaft und Dritten ein. Auseinandersetzung bedeutet somit die Lösung der vermögensmäßigen Bindungen der Gesellschafter. Mit Beendigung der Abwicklung und Auseinandersetzung tritt die sog. Vollbeendigung der Gesellschaft ein.
Unter § 6 GrEStG fallen Erwerbsvorgänge zwischen Auflösung und Vollbeendigung der Gesellschaft.
Grundsätzlich entspricht der Auseinandersetzungsanteil dem Anteil am Vermögen der Gesamthand, jedoch können Vereinbarungen zwischen den Gesamthändern bestehen, wonach eine andere Auseinandersetzungsquote bei Auflösung der Gesamthand anstelle des Anteils am Vermögen der Gesamthand Platz greifen soll.

IV. Verhältnis des § 6 GrEStG zu §§ 3, 4 GrEStG

Wie schon bei den Ausführungen zu § 5 GrEStG ausgeführt, können sowohl die Steuerbefreiungsvorschriften nach §§ 3 und 4 GrEStG als auch die der §§ 5, 6 GrEStG nebeneinander zur Anwendung kommen und zusammenwirken (siehe hierzu Ausführungen zu § 5 GrEStG)

V. Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand ▷ § 6 III GrEStG

§ 6 III GrEStG liefert dasselbe Ergebnis, wie wenn zunächst das Grundstück von der Gesamthand in Miteigentum auf die an der Gesamthand beteiligten Personen und anschließend von diesen auf eine weitere Gesamthand, an der wiederum alle Personen beteiligt sind, übertragen wird. Um diese Schritte zur Vermeidung einer Grunderwerbsteuer zu vermeiden, gibt es § 6 III GrEStG. Insbesondere findet dieser Absatz in den Fällen des Erwerbs von Grundstücken innerhalb sogenannter doppelstöckiger Gesamthandsgemeinschaften Anwendung.
§ 6 III GrEStG wirkt sich aber auch bei Erwerbsvorgängen gem. § 1 Abs. 2a GrEStG aus, so dass bei wesentlichen Änderungen im Gesellschafterbestand ein Übergang des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft fingiert wird. In gleicher Weise wie bei § 5 GrEStG gilt die vom BFH getroffene Rechtsprechung hinsichtlich eines vorgefassten Planes in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung (siehe hierzu die zu § 5 GrEStG gemachten Erläuterungen).
Besteht also dasselbe Anteilsverhältnis der Personen, welche an den beiden Gesamthandsgemeinschaften beteiligt sind, also bei vollständiger Identität der Gesamthänder der übertra-

genden und der erwerbenden Gesamthand, so ergibt sich völlige Steuerfreiheit. Ansonsten wird eine Grunderwerbsteuer nur hinsichtlich der Differenz erhoben.
Bei einer Erbengemeinschaft genügt es auch, wenn eine mittelbare Beteiligung im Durchgriff durch eine andere Erbengemeinschaft besteht (Erben und Erbeserben), wenn ein Grundstück von dieser auf eine Gesamthand, an der dieselben Personen beteiligt sind, übertragen wird.

§ 6 III GrEStG findet somit keine Anwendung bei Identität des Rechtsträgers, somit bei:

- Strukturwechsel einer Personengesellschaft
- Formwechselnder Umwandlung[18]

Dagegen findet § 6 III GrEStG Anwendung in allen Fällen, bei denen die Gesamthandsgemeinschaften als nicht identisch gelten können, somit insbesondere bei:

- übertragenden Umwandlungsformen nach dem Umwandlungsgesetz 1995
- Verschmelzungen
- Spaltungen
- Vermögensübertragungen[19]
- Auflösung einer Gesellschaft und Gründung einer neuen Gesellschaft

VI. Sperrfrist des § 6 IV GrEStG

Wechsel im Personenstand bzw. Änderungen der Beteiligungsverhältnisse der Gesamthänder unterliegen grds. nicht der Grunderwerbsteuer, eine Ausnahme bildet jedoch § 1 Abs. 2a GrEStG. Diese Tatsache wäre eine Möglichkeit zur Steuerumgehung, zum Beispiel durch Eintritt der das Grundstück erwerbenden Person in die Gesamthandsgemeinschaft vor Übertragung des Grundstücks.

Daher keine Steuervergünstigung, wenn:

- Der Gesamthandsanteil innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben wird.
- Vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquoten innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang vereinbart wurden.

Auf eine Absicht der Steuerumgehung kommt es nicht an, ausschlaggebend ist lediglich das Vorliegen der genannten Voraussetzungen.

Damit keine Steuervergünstigung gewährt werden kann, muss es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handeln, d. h. ändert sich das Beteiligungsverhältnis oder die Auseinandersetzungsquote kraft Gesetzes, so gilt hierfür keine 5-Jahres-Frist und die Steuervergünstigungen gem. § 6 Abs. 1 bis 3 GrEStG finden uneingeschränkt Anwendung.
Eine solche rechtsgeschäftliche Vereinbarung kann nicht einseitig getroffen werden, sondern bedarf der Mitwirkung aller Gesamthänder. Nicht erforderlich ist die Beachtung einer Form. Ausreichend ist, dass ein rechtsgeschäftliches Handeln zu einem Rechtsübergang führt, unerheblich ob dieser zivilrechtlich aufgrund „Rechtsgeschäft" oder „kraft Gesetzes" stattfindet. Demzufolge fallen Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz 1995 unter die Kategorie „rechtsgeschäftlich", trotzdem es sich um eine Gesamtrechtsnachfolge bei der Verschmelzung oder um eine Teilrechtsnachfolge bei der Spaltung handelt, denn Hintergrund ist jeweils eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Gesellschafter.

Keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung liegt bei Erbfolgen vor, demnach ist der Erbe wie der bislang an der Gesamthand beteiligte Erblasser zu behandeln, d. h. eine bereits zu Lebzeiten des Erblassers abgelaufene Frist, wird dem Erben zugerechnet.
Keine Änderung der Beteiligungsverhältnisse stellt die Zuschreibung von Gewinnen bzw. die Abschreibung von Verlusten/Entnahmen zu den Kapitalanteilen dar, sofern keine abweichende andere Gewinn- und Verlustverteilung vereinbart wird.
Maßgeblich für die 5-Jahres-Frist ist zunächst einmal hinsichtlich des Beginns der Frist der Zeitpunkt des Anteilserwerbs bzw. der Vereinbarung der abweichenden Auseinandersetzungsquote, wobei es hierbei je auf die bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit ankommt. Unter „Erwerbsvorgang" i. S. von § 6 IV GrEStG versteht man den Übergang des Grundstücks auf den Gesamthänder, d. h. die Verwirklichung des Erwerbsvorganges nach § 1 GrEStG.
Während dieser 5-Jahres-Frist muss eine unmittelbare dingliche Mitberechtigung am Vermögen der Gesamthand bestehen, damit § 6 Abs. 1 bis 3 zur Anwendung kommen können. Ausnahmsweise genügt auch eine mittelbare Beteiliugng an der Gesamthand, und zwar in dem Fall, dass Gesamthänder widerum eine Gesamthandsgemeinschaft ist, an der die erwerbenden Personen beteiligt ist.
Eine Steuerbefreiung tritt insoweit ein, als bei einer Vereinbarung, welche wie oben genannt die Steuerbefreiung ausschließt, keine Änderung eintritt.

Bsp.: Beteiligungsverhältnis 1/3, vereinbart innerhalb 5 Jahren wird 2/3 ▷ hinsichtlich 1/3 tritt Steuerbefreiung ein!

VII. Einschränkung des § 6 IV GrEStG

§ 6 IV GrEStG ist bedeutungslos, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse an der Gesamthand seit dem Grundstückserwerb durch dieselbe, nicht geändert haben.
Auch wenn die Gesamthand noch keine 5 Jahre vor dem Erwerbsvorgang bestand, ist oben genannter Sachverhalt ebenfalls erfasst.
Ebenfalls unabhängig von der 5-Jahres-Frist ist der Fall, dass bereits bei Erlangung der Gesellschafterstellung Grunderwerbssteuer zu entrichten ist, also wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG vorliegen, denn dann finden § 6 Abs. 1 bis 3 GrEStG uneingeschränkt Anwendung! Es handelt sich hierbei schließlich nicht um eine Steuerumgehungsmöglichkeit.
Allerdings findet § 6 IV GrEStG auch hierbei Anwendung, wenn eine abweichende Auseinandersetzungsquote vereinbart wird.
Ebenso bedeutungslos ist § 6 IV GrEStG für den Erbteilskäufer, sein Erwerb unterliegt nämlich gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG auch der Grunderwerbsteuer. Hierbei gilt jedoch auch die 5-Jahres-Frist, falls eine Vereinbarung getroffen wird, wonach sich der Umfang der gesamthänderischen Mitberechtigung ändern soll.
§ 6 IV GrEStG findet keine Anwendung, wenn durch besondere Befreiungsvorschriften keine Grunderwerbsteuer zu entrichten ist, so ist zum Beispiel der bisherige Ablauf der 5-Jahres-Frist beim Rechtsvorgänger gem. § 3 Nr. 4, 6 dem Rechtsnachfolger zuzurechnen, es wird also die Zeit der dinglichen Mitberechtigung zugerechnet.

Zusammenfassend kann gesagt werden:

Bestand zunächst die Gesamthand und wurde von dieser dann das Grundstück erworben und ergab sich seither keine Veränderung der Beteiligung bzw. Beteiligungsverhältnisse, so kommt es auf die 5-Jahres-Frist nicht an und § 6 Abs. 1 bis 3 GrEStG finden uneingeschränkt Anwendung. Änderte sich

18 BFH: Beschluss vom 4. 12. 1996
19 a. A.: Pahlke/Franz: Umwandlung durch Vermögensübertragung § 6 GrEStG (-)

dagegen der Gesellschafterbestand oder die Beteiligungsverhältnisse, so ist auf die 5-Jahres-Frist abzustellen, jedoch mit der Maßgabe, dass unverändert bestehende Beteiligungsanteile weiterhin gem. § 6 Abs. 1 bis 3 GrEStG von der Besteuerung auszunehmen sind und dass evtl. eine Zurechnung über § 3 GrEStG stattfindet.

C. § 7 GrEStG Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Flächeneigentum

I. Allgemeines

(1) Wird ein Grundstück, das mehreren Miteigentümern gehört, von den Miteigentümern flächenweise geteilt, so wird die Steuer nicht erhoben, soweit der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Bruchteil entspricht, zu dem er am gesamten zu verteilenden Grundstück beteiligt ist.

(2) Wird ein Grundstück, das einer Gesamthand gehört, von den an der Gesamthand beteiligten Personen flächenweise geteilt, so wird die Steuer nicht erhoben, soweit der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Wird ein Grundstück bei der Auflösung der Gesamthand flächenweise geteilt, so ist die Auseinandersetzungsquote maßgebend, wenn die Beteiligten für den Fall der Auflösung der Gesamthand eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote vereinbart haben.

(3) Die Vorschriften des Absatzes 2 gelten insoweit nicht, als ein Gesamthänder – im Falle der Erbfolge sein Rechtsvorgänger – seinen Anteil an der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren vor der Umwandlung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Die Vorschrift des Absatzes 2 Satz 2 gilt außerdem insoweit nicht, als die vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Auflösung der Gesamthand vereinbart worden ist.

§ 7 GrEStG gewährt Steuerbefreiung in den Fällen, in denen ein Grundstück bislang in Miteigentum mehrerer Personen (§ 7 I GrEStG) stand oder zum Vermögen einer Gesamthandsgemeinschaft (§ 7 II GrEStG) gehörte, wenn das Grundstück flächenmäßig dergestalt geteilt wird, dass den Miteigentümern bzw. Gesamthandsbeteiligten eine reale Grundstücksfläche zugeteilt wird, welche ihrem Anteil (Miteigentumsanteil bzw. Anteil am Gesamthandsvermögen/Auseinandersetzungsquote) entspricht.
Im Grunde genommen handelt es sich bei diesen Änderungen der dinglichen Berechtigung um gegenseitige Tauschverträge, welche gemäß § 1 I i. V. m. § 1 V GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegen. Jedoch werden solche Flächenteilungen, also die Teilungstauschverträge nach dem Grunderwerbsteuergesetz als ein einziger einheitlicher und eigenständiger Erwerbsvorgang behandelt.

II. Definitionen

1. „Gehören"

Gehören in diesem Sinne entspricht der Definition zu § 5 GrEStG, das heißt es kommt darauf an, wem das Grundstück grunderwerbsteuerlich zuzuordnen ist.
Daher fällt unter den Begriff „gehören" nicht, wenn über ein Grundstück oder Vermögen eine Verfügungssperre verhängt ist und die Sperre den Übergang der Verwertungsbefugnis (siehe § 1 II GrEStG) zugunsten eines anderen bewirkt hat.

2. „Teilung"

Unter Teilung versteht man den rechtswirksamen Abschluss eines schuldrechtlichen Teilungsvertrages (§ 1 I Nr. 1 GrEStG), der dingliche Vollzug der Teilung ist also nicht ausschlaggebend. § 7 GrEStG findet außerdem keine Anwendung bei Abtretung eines Teilungsanspruchs.

3. „Wert"

Gemeint ist hierbei der gemeine Wert gem. § 9 BewG bzw. der Teilwert nach § 10 BewG. Nicht zu berücksichtigen ist somit der Einheitswert.

4. „Grundstück"

Unter Grundstücken sind die in § 2 GrEStG genannten Grundstücke zu verstehen.
Die in § 7 zu gewährende Steuervergünstigungen sind jeweils für jedes einzelne Grundstück gesondert zu prüfen, es findet also hinsichtlich des Grundbesitzes keine „Gesamtschau" statt. Es sei denn es handelt sich bei mehreren Grundstücken um eine sogenannte „wirtschaftliche Einheit", dann werden diese gem. § 2 GrEStG wie ein Grundstück behandelt.

Voraussetzung für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit ist:

- mehrere Grundstücke gehören derselben Gesamthand (Miteigentümergemeinschaft)
- mehrere Grundstücke bilden eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 2 BewG.

Maßgeblich ist hierfür entsprechend dem Bewertungsgesetz die Verkehrsanschauung, d. h. die örtliche Gewohnheit, tatsächliche Übung, Zweckbestimmung und wirtschaftliche Zusammengehörigkeit, welche sich aus subjektiven und objektiven Merkmalen zusammensetzen, wobei letztere vorrangig sind.
Die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen einer Gesamthand bedeutet nicht automatisch, dass es sich um eine wirtschaftliche Einheit handeln muss.

Ein Grundstück kann auch aus mehreren wirtschaftlichen Einheiten bestehen. Ausreichend für die Anwendung von § 7 GrEStG ist, wenn jeder Miteigentümer/Gesamthänder eine wirtschaftliche Einheit erhält, nicht erforderlich ist somit die Teilung der wirtschaftlichen Einheiten.

III. Stufen der flächenweisen Aufteilung

Die Aufteilung erfolgt – hier exemplarisch am Fall des § 7 I GrEStG – durch notariell zu beurkundenden Teilungsvertrag und vollzieht sich in zwei Stufen:

(1) Ein Grundstück im bürgerlich-rechtlichen Sinn wird in mehrere selbständige Grundstücke, ebenfalls im bürgerlich-rechtlichen Sinn, geteilt.

Hierbei fällt keine Grunderwerbsteuer an; an den Eigentumsverhältnissen ändert sich nichts, denn Eigentümer der Grundstücke sind weiterhin die Miteigentümer.

(2) Hinsichtlich jedes „Teil-Grundstücks" werden die Miteigentumsanteile der anderen, das Teil-Grundstück nicht übernehmenden Miteigentümer auf den künftigen Alleineigentümer übertragen.

Wie oben bereits ausgeführt, entsprechen diese Übertragungen einem gegenseitigem Tausch.

Erforderlich ist die planmäßige Durchführung der beiden Stufen in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang. Nicht Voraussetzung ist das unmittelbare Aufeinanderfolgen der beiden Stufen; es genügt die Absicht der Übertragung dieser Teil-Grundstücke auf die Miteigentümer, nicht jedoch, dass bereits im Zeitpunkt der ersten Stufe feststeht, wer welches Grundstück erhalten soll.

Ausreichend für die Anwendung von § 7 GrEStG ist auch, wenn die Teilung durch mehrere aufeinanderfolgende Verträge erfolgt.

IV. Berechnung der Steuervergünstigung

Grundsätzlich auszugehen ist von der Gegenleistung, welche die das Teil-Grundstück übernehmende Person (Miteigentümer oder Gesamthänder) erbringt (§ 8 GrEStG).
Sodann kann die nicht zu erhebende Grunderwerbsteuer (= X) mit Hilfe der nachstehenden Formel errechnet werden:

$$\frac{X}{\text{GrEStG aus der Gegenleistung}} = \frac{\text{Wert des Anteils am Grundstück (berechnet nach dem Miteigentumsanteil/Anteil am Vermögen der Gesamthand insgesamt)}}{\text{Wert des übernommenen Grundstücksteils nach der Auseinandersetzung (Realteilung)}}$$

Um dann die zu entrichtende Grunderwerbsteuer zu ermitteln, muss lediglich die eben errechnete nicht zu erhebende Grunderwerbsteuer von der aus der Gegenleistung ermittelten Grunderwerbsteuer subtrahiert werden, also:

$$\frac{\text{Steuer aus der Gegenleistung}\quad ./.\ \text{nichtzuerhebende Steuer (= X)}}{= \text{zu entrichtende Grunderwerbsteuer.}}$$

V. § 7 I GrEStG

§ 7 I GrEStG befreit von der Grunderwerbsteuer insofern, als der Wert des Miteigentumsanteiles am Grundstück vor der Teilung und der Wert des Teil-Grundstücks nachher gleich hoch ist. Ausschlaggebend ist somit ausschließlich der Wert und nicht die Größe des Teil-Grundstückes.
Nicht erforderlich ist, dass das Teil-Grundstück in das Alleineigentum eines Miteigentümers gelangt, vielmehr kommt § 7 I GrEStG auch zur Anwendung, wenn an den aufgeteilten Grundstücksflächen wieder Miteigentum besteht.

Bsp.:

A, B, C, D – je zu 1/4	⇨	A, B – je 1/2	+	C, D – je 1/2

Nicht erforderlich ist außerdem, dass die Aufteilung ausschließlich unter Miteigentümern erfolgt. So genügt es, wenn nur ein Miteigentümer ein Teil-Grundstück allein erwirbt, die restlichen Teil-Grundstücke aber unmittelbar auf Dritte, jedoch für Rechnung der anderen Miteigentümer, aufgelassen werden. Voraussetzung ist jedoch ein einheitlicher Entschluss zur Teilung des gesamten Grundstücks.[20]
Bedeutung hat § 7 I GrEStG insbesondere bei Erbauseinandersetzungen. Hierbei wird i. d. R. die Erbengemeinschaft dergestalt auseinandergesetzt, dass dem jeweiligen Erben am Grundstück ein Miteigentumsanteil entsprechend seiner Erbquote eingeräumt wird. Dieser Übergang ist gem. § 3 Nr. 3 GrEStG von der Grunderwerbsteuer frei. Bei einer späteren flächenweisen Teilung findet dann § 7 I GrEStG Anwendung.

VI. § 7 II GrEStG

§ 7 II GrEStG ist angelehnt an § 6 II GrEStG.

Eine Grunderwerbsteuer wird hierbei insofern nicht erhoben, als der Wert des Teil-Grundstücks dem Anteil des Erwerbers am Gesamthandsvermögen entspricht bzw. bei Auflösung der Gesamthand dessen Auseinandersetzungsquote.
Nicht maßgeblich ist der Wertanteil am gesamten Grundbesitz der Gesamthand, sondern derjenige am Gesamthandsvermögen insgesamt.

Die Gesamthandsberechtigung muss vor dem Erwerb eines der Gesamthand gehörenden Grundstückes bestehen, um zur Anwendung von § 7 II GrEStG zu kommen.
Die flächenweise geteilten Grundstücksflächen müssen den Gesellschaftern nicht unbedingt zu Alleineigentum übertragen werden, ausreichend ist vielmehr auch Miteigentum und Gesamthandseigentum (eventuell aber auch durch Überlagerung von § 6 II, III GrEStG).

Bsp.:

A, B, C, D – in Gesamthandsgemeinschaft –	⇨	A, B – in GbR –	+	C, D – in GbR –

Wenn ein Gesamthänder aus der Gesamthandsgemeinschaft ausscheidet und hierfür einen realen Teil eines zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücks als Abfindung erhält und der Rest des Grundstücks in Gesamthandseigentum verbleibt, so ist hierfür ebenfalls die Steuervergünstigung nach § 7 II GrEStG zu gewähren.
§ 7 II GrEStG findet auch für den Fall Anwendung, dass ein Grundstück einer Gesamthand dergestalt geteilt wird, dass hinsichtlich einem Gesamthänder in Natur geteilt wird, hinsichtlich der Restfläche zugunsten der übergrigen Gesamthänder das Grundstück verkauft wird.

Ein weiterer Fall des § 7 II GrEStG ist die sogenannte Baulandumlegung. Hierbei werden Grundstücke in eine Umlegungsgemeinschaft eingebracht (GbR), für diese Einbringung gilt § 5 GrEStG. Falls es sich nach der Umlegung um ein Grundstück im Sinne des Grunderwerbsteuergetzes handelt, findet bei Übertragung der durch die Umlegung neu entstehenden Grundstücke auf die Umlegungsteilnehmer Grunderwerbsteuerbefreiung statt, sofern sich die Beteiligungsverhältnisse nicht geändert haben.
Nicht anwendbar ist dagegen § 7 II GrEStG in Fällen der Bestellung eines Erbbaurechts, da es sich hierbei nicht um reales Flächeneigentum handelt, sondern um ein grundstücksgleiches Recht.

Bsp.: A und B sind Eigentümer eines Grundstücks in GbR. Soll nun eine „Teilung" dergestalt erfolgen, dass A Alleineigentümer und im Gegenzug zugunsten von B ein Erbbaurecht an demselben Grundstück bestellt werden soll, so handelt es sich nicht um eine Teilung i. S. von § 7 GrEStG!

VII. Begründung von Wohnungseigentum nach WEG

§ 7 GrEStG findet auch Anwendung bei der Begründung von Wohnungseigentum. Jedoch ist die Befreiungsvorschrift verbraucht, wenn die Aufteilung einmal vertraglich konkretisiert wird, d. h. bei Änderung einer bereits vertraglich festgelegten Aufteilung und zwar unabhängig davon, ob bürgerlich-rechtlich Sondereigentum bereits entstanden ist!
Ausreichend für die Anwendung von § 7 GrEStG ist, wenn die Teilung durch mehrere aufeinanderfolgende Verträge erfolgt, sofern dem Teilungsvorgang ein einheitlicher Entschluss zugrunde liegt und dies in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang erfolgt.
Ebenso gilt die Steuervergünstigung nach § 7 GrEStG bei Aufteilungen nach § 8 WEG, wenn die Übertragungen auf die Miteigentümer bzw. auf die Gesamthänder in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der Aufteilung erfolgen.
Auch hierbei genügt nach der Rechtsprechung des BFH, wenn teilweise in Natur und teilweise für Rechnung der Miteigentümer/Gesamthänder geteilt wird.
Fraglich ist, ob die in Wohnungseigentum aufgeteilten Wohnungseigentumsrechte eine wirtschaftliche Einheit darstellen.

20 BFH 1979

Dies ist nach den oben bereits genannten Kriterien zu prüfen. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Erfordernis der wirtschaftlichen Einheit ist die Fassung des Teilungsentschlusses.

D. Literaturverzeichnis:

- Boruttau/Egly/Sigloch: Grunderwerbsteuergesetz Kommentar (14. Auflage)
- Pahlke/Franz: Grunderwerbsteuergesetz Kommentar (1995)
- Hofmann: Grunderwerbsteuergesetz Kommentar (6. Auflage)
- Crezelius, Georg: Steuerrecht II: Die einzelnen Steuerarten (2. Auflage)
- Dietz, Dr. Gottfried: Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung der Übertragung von Anteilen an Grundstücksgesellschaften (DStR 1992 S. 489 ff.)
- Gehweiler, Wolfgang: Steuerrechtsecke (VIII) (BWNotZ 1998 S. 18 ff.)
- Grotherr, Dr. Siegfried: Grunderwerbsteuerliche Probleme bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen (BB 1994 S. 1970 ff.)
- Martin, Dr. Suse: Grunderwerbsteuer bei Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften und Erbteilen (DB 1985 S. 2169 ff.)
- Möllinger, P.: Die flächenweise Teilung von Grundstücken nach § 23 GrEStG Bad.-Württ. v. 2. 8. 1966 → jetzt: § 7 GrEStG (BWNotZ 1970 S. 149 ff.)
- Viskorf, Hermann-Ulrich: Die Gesamthandsgemeinschaft als grunderwerbsteuerrechtlich vorteilhaftes Instrument der Mobilisierung von Grundstücken (DStR 1994 S. 6 ff.)
- Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 24. Juni 1998 (MittBayNot 1998 S. 383 ff.)

Rechtsprechung

KostO § 41 Abs. 2

Es verstößt nicht gegen das durch § 41 Abs. 2 KostO eingeräumte Ermessen, wenn der Notar für die Beurkundung einer Vorsorgevollmacht, deren Verwendbarkeit von einer Bedingung abhängig ist, nur den halben Wert des Vermögens als Geschäftswert zugrundelegt. § 20 Abs. 2 KostO ist insoweit nicht entsprechend anwendbar.

OLG Stuttgart, Beschl.v. 15. 3. 2000 – 8 W 183/98

Aus den Gründen:

1. Die 1921 geborene Kostenschuldnerin ließ eine Vorsorgevollmacht beurkunden, die dem Bevollmächtigen zum einen eine umfassende Vertretungsmacht in Vermögensangelegenheiten einräumt (Ziff. I 1 der Urkunde), zum andern ihn berechtigt, sie bei der Bestimmung ihres Aufenthalts, ihres Wohnsitzes sowie in anderen persönlichen Angelegenheiten, insbesondere bei der Entscheidung über jede Maßnahme zur Behandlung von Krankheit, auch bei Lebensgefahr, zu vertreten (Ziff. I 2).

In Ziff. I 4 ist u. a. verfügt:
„Die Vollmacht gilt nur, wenn der Bevollmächtigte eine Ausfertigung dieser Urkunde besitzt; eine Abschrift genügt nicht. ..."

In Ziff. II ist bestimmt:
„Ich bitte, mir für mich und für Herrn ... zwei unbeglaubigte Abschriften dieser Urkunde zu erteilen. Ich behalte mir die Erteilung einer Ausfertigung vor. Der Bevollmächtigte kann eine Ausfertigung dieser Urkunde nur beantragen, wenn durch Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses nachgewiesen wird, dass ich geschäftsunfähig bin oder dass Zweifel an meiner Geschäftsfähigkeit bestehen. In diesem Fall soll das Vormundschaftsgericht wegen § 1896 Abs. 3 BGB informiert werden."

Da die Kostenschuldnerin als Wert ihres Vermögens 540 000,– DM angegeben hatte, stellte der Notar für die Beurkundung aus dem Geschäftswert von 270 000,– DM eine Gebühr in Höhe von 307,05 DM brutto in Rechnung.

Anlässlich einer Geschäftsprüfung beanstandete der Bezirksrevisor (unter Berufung auf ein Schreiben des Justizministeriums des Landes Baden-Württemberg vom 11. 10. 1994 [5604-I/131] die Berechnung der Gebühr nur aus dem halben Wert des Vermögens, weshalb der Notar die Sache unter Aufrechterhaltung seiner Ansicht auf die von ihm erbetene Weisung der vorgesetzten Dienstbehörde zur Überprüfung seiner Kostenrechnung dem Landgericht vorlegte.

Das Landgericht hat die Kostenrechnung des Notars dahin abgeändert, dass die Kostenschuldnerin an den Notar insgesamt 537,50 DM zu zahlen hat, da der volle Wert des Vermögens zu Grunde zu legen sei (§ 38 VI 4 KostO). Es hat zur Begründung ausgeführt, die Ermessensentscheidung des Notars gem. § 41 II KostO sei hier auf jeden Fall ermessensfehlerhaft unabhängig davon, ob man dem Gericht gegenüber einer solchen Ermessensentscheidung nur eine eingeschränkte oder eine volle Prüfungskompetenz zubillige. Es hat die weitere Beschwerde zugelassen, weil eine obergerichtliche Entscheidung zur Frage der Geschäftswertberechnung nicht ersichtlich sei.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Kostenschuldnerin, die der Notar unter Beifügung seiner Stellungnahme im landgerichtlichen Verfahren vorgelegt hat.

2. Die weitere Beschwerde der Kostengläubigerin ist auf Grund der Zulassung im angefochtenen Beschluss des Landgerichts statthaft und auch zulässig (§ 156 II und IV KostO).

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Dass das Landgericht den Vorsorgecharakter der erteilten Vollmacht als bei der Ermessensentscheidung gem. § 41 II KostO unbeachtlich angesehen hat, hält der rechtlichen Nachprüfung (§§ 156 II 4 KostO, 550 ZPO) nicht Stand.

a) Gem. § 41 II KostO richtet sich der Gegenstandswert bei einer nicht nur für den Einzelfall erteilten Vollmacht nach dem Umfang der erteilten Ermächtigung und nach dem Vermögen des Vollmachtgebers. Dabei ist anerkannt, dass als bedeutsamer Umstand im Rahmen des Umfangs der Vollmacht auch eine Befristung der Vollmacht anzusehen ist (Rohs/Wedewer, KostO, (Stand Dezember 1999), Rn. 11; Korintenberg/Bengel/Reimann, KostO, 14. Aufl., Rn. 9 f, je zu § 41 KostO). Dies gilt auch bei einer Generalvollmacht, bei der ansonsten der Geschäftswert mit dem Vermögen des Vollmachtgebers anzusetzen ist. Rohs/Wedewer (a. a. O.) nenen als Einschränkung des Umfangs ausdrücklich den Fall einer Bevollmächtigten für die Zeit einer Reise oder einer Erkrankung, wobei Letzteres rechtlich als Bedingung einzuordnen ist. Bengel (a. a. O.) befürwortet bei einer Altersvorsorgevollmacht ausdrücklich einen Abschlag von 20-30%.
Das Landgericht Osnabrück (FamRZ 1997, 832; zustimmend zitiert bei Hartmann, KostenG, 29. Aufl., Rn. 6 zu § 41 KostO) hat im Fall einer Vorsorgevollmacht eine Geschäftswertfestsetzung des Notars unterhalb der Hälfte des Vermögens des Vollmachtgebers ausdrücklich gebilligt.

Das Bayerische Oberste Landesgericht (DNotZ 1985, 565) hat bei einer Handelsregistervollmacht für eine unbestimmte Zahl von Anmeldungen nach altem Recht – insoweit galt § 41 II KostO jedoch mit gleichem Wortlaut wie heute – ausgeführt, dass der Geschäftswert nach den Werten der voraussichtlichen Handelsregisteranmeldungen und deren Wahrscheinlichkeit zu schätzen sei. Dieser müsse nicht ohne weiteres den vollen Wert aller Geschäftsanteile erreichen (ähnlich nunmehr OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 439 = FGPrax 1999/75, zum neuen Recht).

Dem schließt sich der Senat an.

b) Soweit das Landgericht demgegenüber auf § 20 KostO abstellt, liegt dieser Regelung eine andere gesetzliche Ausgangslage zu Grunde, deren Tragweite das Landgericht verkannt hat.

Nach § 20 I 1 KostO bestimmt sich der Geschäftswert beim Sachkauf grundsätzlich nach dem Kaufpreis. Es entspricht heute ganz herrschender Meinung, dass hierbei auch eine vereinbarte Bedingung mitzuberücksichtigen ist – und zwar mit einem Zu- oder Abschlag je nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem mit einem Bedingungseintritt zu rechnen ist (BayObLGZ 1964, 294; Rohs, Rpfl. 1960, 242; Bengel, a. a. O., Rn. 8 zu § 20 KostO m. w. N.)

Dagegen wird eine analoge Anwendung von § 20 II KostO auf aufschiebende oder auflösende Bedingungen, von denen das Rechtsgeschäft als solches abhängt, bei Kaufverträgen abgelehnt mit der Erwägung, dass der Gesetzgeber die diesbezügliche Problematik ausweichlich § 20 II KostO gekannt, im Rahmen von § 20 I KostO

jedoch keine entsprechende Regelung geschaffen habe (Bengel, a. a. O., Rn. 9; Bay ObLGZ 1986, 235).

Nach Ansicht des Senats können die zu § 20 KostO entwickelten Grundsätze nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, denn für die für einen allgemeinen Kreis von Geschäften erteilte Vollmacht enthält § 41 II KostO eine spezielle Regelung. Bei einer solchen Vollmacht wirkt sich eine für die Benutzung der Vollmacht vorgesehene Bedingung nicht auf das Zustandekommen der Vollmacht als solcher aus; vielmehr hängt es von der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts ab, in welchem Umfang ein Gebrauchmachen zu erwarten ist.

Daher kommen allein die zu § 41 II KostO entwickelten Grundsätze zum Zuge.

c) Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung ist der Ansatz des vollen Vermögenswerts als Geschäftswert der Vollmacht, der der Erhöhung der Kostenrechnung des Notars durch das Landgericht zugrunde liegt, rechtsfehlerhaft.

Die Vollmacht ist insgesamt als Vorsorgevollmacht für den Fall ausgestaltet, dass später ein Fürsorgebedürfnis bei der Vollmachtgeberin eintritt. Dieses besteht nach dem Inhalt der Vollmacht allerdings nicht nur dann, wenn die Vollmachtgeberin geschäftsunfähig wird oder Zweifel an ihrer Geschäftsfähigkeit entstehen, sondern auch für den Fall körperlicher Gebrechlichkeit, für den sich die Vollmachtgeberin die Verfügungsbefugnis über die Vollmacht vorbehalten hat.

Soweit das Landgericht ausgeführt hat, dass bereits die Ausstellung der Vorsorgevollmacht als solcher einen eigenen Vermögenswert darstellt, weil – ähnlich einer Versicherung– mit der bedingten Vollmacht dafür gesorgt wird, dass bei späterem Fürsorgebedürfnis den persönlichen Wünschen des Vollmachtgebers so weit wie möglich Rechnung getragen wird, kann nach Auffassung des Senats dieser Wert im Rahmen einer Schätzung gem. § 30 KostO im Regelfall nicht mit dem Wert des vollen Vermögens des Vollmachtgebers angesetzt werden. Auch im Fall eines Betreuungsverfahrens wird dem erkennbaren persönlichen Willen des Betreuten bei den Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts regelmäßig Rechnung getragen. Andererseits können einem durch Vorsorgevollmacht Bevollmächtigten gegenüber Einschränkungen durch das Vormundschaftsgericht verfügt werden (§§ 1896 III KostO). Im übrigen gelten seit Inkrafttreten des Betreuungsänderungsgesetzes 1998 auch für eine Bevollmächtigten gem. § 1906 V BGB weitere Einschränkungen.

Da die Wahrscheinlichkeit, dass die Vollmachtgeberin auf die Benutzung der Generalvollmacht angewiesen sein wird, nicht höher eingeschätzt werden kann als deren Gegenteil, ist der Ansatz eines Geschäftswerts in Höhe der Hälfte des Vermögens für die Ausstellung einer Vorsorgevollmacht durch den Notar unabhängig davon nicht ermessensfehlerhaft, ob man den Gerichten eine volle oder nur eingeschränkte Prüfungsbefugnis bezüglich des Ermessens des Notars einräumt. Da im vorliegenden Fall vom Durchschnitt abweichende Umstände weder festgestellt noch für deren Vorliegen Anhaltspunkte ersichtlich sind, war eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht als Tatsacheninstanz nicht erforderlich. Vielmehr konnte die Bestätigung der ursprünglichen Kostenrechnung des Kostengläubigers unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung vom Senat selbst ausgesprochen werden.

d) Keiner Stellungnahme bedarf es im vorliegenden Fall zu der Frage, ob im Rahmen einer späteren Erteilung einer Ausfertigung der Vollmacht gegebenenfalls eine weitere Gebühr zu erheben ist oder etwa gar eine Gebührenergänzung auf der Grundlage eines höheren Geschäftswerts.

Dasselbe gilt für die Frage, ob bei Erteilung einer Ausfertigung auf Antrag des Bevollmächtigten wegen der hierbei vorgesehen notariellen Überprüfung des Eintritts der geregelten Voraussetzungen eine halbe Gebühr gem. § 147 KostO zu erheben ist, wie Perau (MittRhNotK 1996, 300, Fußn. 184) durchaus erwägenswert annimmt.

Mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 15. 3. 2000, 8 W 183/98

1. Die Entscheidung betrifft die Anwendung des § 41 Abs. 2 KostO bei einer *Vorsorgevollmacht im engeren Sinne:* Die Vollmacht steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Bevollmächtigte eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde besitzt; eine Abschrift genügt nicht. Die Ausfertigung kann auf Antrag des Vollmachtgebers erteilt werden oder auf Antrag des Bevollmächtigten, wenn dieser dem Notar durch ärztliches Zeugnis nachweist, dass der Bevollmächtigte geschäftsunfähig ist oder dass Zweifel hierüber bestehen. Zum Verfahren im einzelnen Bühler BWNotZ 1990, 3, zustimmend MüKo-Schwab, 3. Aufl, § 1896 Rz 147; Bauer in HK-BUK § 1896 BGB Rz 185; Palandt-Diederichsen, 59. Aufl., Einf. vor § 1896 BGB Rz 8, kritisch Perau MittRhNotK 1996, 285/297 und Müller DNotZ 1997, 100/110. Vollmachten dieser Art werden vor allem von Alleinstehenden gewünscht, um sicherzustellen, dass der Bevollmächtigte erst handeln kann, wenn der „Vorsorgefall" (Betreuungsfall) tatsächlich eingetreten ist.

Auf Grund der Entscheidung des OLG Stuttgart ist die vom Justizministerium Baden-Württemberg in seinem Schreiben vom 22. 10. 1994 an den Präsidenten des Landgerichts Stuttgart, 5604-I/131, vertretene Ansicht, bei Vorsorgevollmachten sei als Geschäftswert stets das Aktivvermögen des Vollmachtgebers anzunehmen, insoweit hinfällig, als es sich um Vorsorgevollmachten im engeren Sinne handelt.

2. Der entschiedene Fall gab dem Gericht keinen Anlass, sich näher mit der Frage zu befassen, wie eine spätere Erteilung einer Ausfertigung der Vollmacht auf Antrag des Vollmachtgebers oder nach Eintritt des Vorsorgefalls auf Antrag des Bevollmächtigten kostenrechtlich zu behandeln sei.

3. Die Erteilung einer Ausfertigung einer Urkunde erfolgt gebührenfrei, weil dafür in der KostO keine Gebühr vorgesehen ist (Rohs-Wedewer § 132 KostO Rz 1 u. 2). Beantragt deshalb der *Vollmachtgeber* bei einer Vorsorgevollmacht im engeren Sinne, die im Sinne der Entscheidung des OLG Stuttgart gebührenprivilegiert beurkundet worden ist, später die Erteilung einer Ausfertigung und setzt er damit die Vollmacht in Kraft, so würde er bei gebührenfreier Erteilung der Ausfertigung einen ungerechtfertigten Kostenvorteil gegenüber dem Vollmachtgeber erlangen, der sofort nach Beurkundung der Vollmacht deren Ausfertigung beantragt hat (Vorsorgevollmacht im weiteren Sinne); hier ist nach § 41 Abs. 2 KostO das volle Aktivvermögen als Geschäftswert anzunehmen, weil es sich bei der Vorsorgevollmacht im weiteren Sinne in der Regel um eine zeitlich und sachlich unbeschränkte Generalvollmacht handelt (Rohs-Wedewer § 41 KostO Rz 11).

Dieses unbefriedigende Ergebnis kann dadurch vermieden werden, dass bei Erteilung einer Ausfertigung die Beurkundungsgebühr insoweit *nachgefordert* wird, als dem Geschäftswert nicht das volle Aktivvermögen zu Grunde gelegt worden ist. Beispiel: Beträgt bei einer Vorsorgevollmacht im engeren Sinne das volle Aktivvermögen 1 Mio. DM, so handelt der Notar nach OLG Stuttgart nicht ermessensfehlerhaft, wenn er der Beurkundungsgebühr einen Geschäftswert von 500 000 DM (Hälfte des Aktivvermögens) zu Grunde legt (Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO: 430 DM ohne MWSt). Beantragt der Vollmachtgeber später eine Ausfertigung der Vollmacht, so ist die Gebühr aus einem Geschäftswert von 1 Mio. DM zu ermitteln und beträgt damit 805 DM (ohne MWSt); die Differnz zwischen den beiden Beträgen von 350 DM (zuzüglich MWSt) ist nachzuerheben.

Die Nachforderung ist, solange die Gebühr nicht verjährt ist, ohne weiteres möglich; § 15 KostO gilt für Notare nicht (Rohs-Wedewer § 143 KostO Rz 3). Nach eingetretener Verjährung ist es arglistig, gegen die Nachforderung die Einrede der Verjährung geltend zu machen, wenn der Kostenschuldner, auch ohne sein Verschulden, dazu beigetragen hat, dass die Verjährungsfrist verstrichen ist (Rohs-Wedewer § 143 KostO Rz 5a unter Bezugnahme auf OLG Hamm Rpfleger 1962, 26). Der Arglisteinwand würde deshalb bei Geltendmachung der Verjährung gegenüber einer Nachforderung im vorgenannten Sinne ebenfalls durchgreifen, weil der Kostenschuldner (Vollmachtgeber) den Grund für die Nachforderung, spätere Ausfertigung einer Vorsorgevollmacht im engeren Sinne, selbst veranlasst hat.

4. Beantragt der *Bevollmächtigte* die Ausfertigung einer Vorsorgevollmacht im engeren Sinne, so muss der Notar auf Grund einer Anordnung des Vollmachtgebers im Sinne von § 51 Abs. 2 BeurkG prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausfertigung vorliegen (z. B. ärztliches Zeugnis darüber, dass der Vollmachtgeber geschäftsunfähig ist oder dass dies zweifelhaft ist). Nachdem hierfür keine ausdrückliche Gebühr bestimmt ist, erhält der Notar nach § 147 Abs. 2 KostO eine halbe Gebühr (Perau MittRhNotK 1996, 300 Fn. 184); das OLG Stuttgart (a. a. O.) hält dies für „durchaus erwägenswert".

Der Geschäftswert ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei dem Notar ein sehr weiter Spielraum eingeräumt ist (Rohs-Wedewer § 147 Rz 21). Deshalb kann vom Notar berücksichtigt werden, dass bei der ursprünglichen Gebührenfestsetzung für die Vorsorgevollmacht im engeren Sinne dem Geschäftswert nur die Hälfte des Aktivvermögens zu Grunde gelegt worden ist und dass dem Vollmachtgeber durch die nachträgliche Ausfertigung der Vollmacht kein Kostenvorteil entstehen soll; der Geschäftswert beträgt daher mindestens die Hälfte des Aktivvermögens im Zeitpunkt der Erteilung der Ausfertigung. Hinzu kommt noch eine weitere Quote dieses Vermögens, etwa 10 bis 20%, für die betreuende Tätigkeit des Notars bei der Erteilung der Ausfertigung (z. B. Prüfung des ärztlichen Zeugnisses).

5. Bei dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall hat der Vollmachtgeber den Notar weiter beauftragt, die Ausfergigung der Vollmacht dem zuständigen Vormundschaftsgericht mitzuteilen, damit dort die Bestellung eines Auftragsbetreuers i. S. v. § 1896 Abs. 3 BGB geprüft werden kann; die Bestellung setzt einen konkreten Überwachungsbedarf voraus, vgl. dazu Bühler BWNotZ 1999, 25/27 und Krauß BWNotZ 1999, 86/89.

Krauß (a. a. O. S. 90) vertritt die Ansicht, das Vormundschaftgericht müsse bei der Entscheidung über eine Betreuerbestellung nicht nur die Wirksamkeit einer vom Betroffenen erteilten Vollmacht prüfen, sondern auch „das daneben bestehende Grundverhältnis und dessen Inhalt". Eine Betreuung sei im Sinne von § 1896 Abs. 2 BGB nur dann nicht erforderlich, wenn neben der Vollmacht ein ausreichendes Grundverhältnis bestehe.

Auch wenn auf Grund des Abstraktionsprinzips Vollmacht und Grundverhältnis von einander zu trennen sind (Palandt-Heinrichts, 59. Aufl., Einf. vor § 164 Rz 2) und in Sonderfällen auch eine sog. isolierte Vollmacht (ohne Grundgeschäft) denkbar ist (Palandt a. a. O. § 167 Rz 4), so ist doch in der Regel davon auszugehen, dass der Vollmacht als Grundverhältnis ein Auftrag (bei unentgeltlicher Geschäftsbesorgung) oder eine Geschäftsbesorgung i. S. v. § 675 BGB zu Grunde liegt (Palandt-Sprau a. a. O. Einf. vor § 662 Rz 7). Nach Flume (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 50 Ziff. 1) liegt eine isolierte Vollmacht nicht in der Absicht des Vollmachtgebers. Flume führt weiter aus: „Wenn eine Vollmacht nur für einen Eventualfall erteilt wird – dies kommt insbesondere bei Generalvollmachten vor – und Vollmachtgeber und Bevollmächtigter noch gar keine Vorstellung davon haben, ob und in welcher Weise von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden soll, entspricht der Vollmacht ein Eventualauftrag." Diese Äußerung trifft die Situation bei der Erteilung von Vorsorgevollmachten. Hier wird regelmäßig neben der Vollmacht stillschweigend ein „Eventualauftrag" für den Vorsorgefall erteilt. Deshalb kann das Vormundschaftsgericht zumindest bei nicht professionellen Bevollmächtigten davon ausgehen, dass neben der Vollmacht ein Auftrag als Grundverhältnis besteht. Eine weitere Aufklärung des Grundverhältnisses durch das Vormundschaftsgericht ist nicht geboten.

Dennoch muss das Vormundschaftsgericht bei der Entscheidung, ob eine Vollmacht die Betreuerbestellung entbehrlich macht, nicht nur Art, Umfang und Wirksamkeit der Vollmacht prüfen, sondern auch, ob der Bevollmächtigte Gewähr für die korrekte Wahrnehmung des Auftrags bietet (MüKo-Schwab, 3. Aufl., § 1869 BGB Rz 29a). Bestehen darüber ernstliche Zweifel, etwa wegen einer offensichtlichen Interessenkollision, so können die Angelegenheiten des Betroffenen von seinem Bevollmächtigten möglicherweise nicht *ebenso gut* im Sinne von § 1896 Abs. 2 BGB, wie durch einen Betreuer wahrgenommen werden. Das Vormundschaftsgericht muss dann prüfen, ob eine Betreuerbestellung trotz vorliegender Vollmacht notwendig ist oder ob ein Betreuer nur für den Bereich bestellt werden muss, in dem die Interessenkollision auftritt, oder ob nach § 1896 Abs. 3 BGB die Bestellung eines Überwachungsbetreuers genügt. Bei professionell tätigen Bevollmächtigten ist die Bestellung eines Überwachungsbetreuers häufig angezeigt, weil sie ein größeres Vermögen verwalten oder weil ihr Vergütungsanspruch geklärt werden muss.

In der Praxis werden die Vormundschaftsgerichte mit diesen Fragen eher selten befasst, weil sie vom Tätigwerden eines vorsorglich Bevollmächtigten keine Kenntnis erhalten. Deshalb sollen die Notare bei der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht im Rahmen des § 17 BeurkG darauf hinweisen, dass sich eine Regelung des Grundverhältnisses empfiehlt, wenn die Auftragsvorschriften nicht ausreichen, und dass die Überwachung des Grundverhältnisses sichergestellt werden sollte. Dies kann durch Bevollmächtigung einer weiteren Person zur Überwachung des Hauptbevollmächtigten geschehen. Sonst sollte der Notar § 1896 Abs. 3 BGB ansprechen, wonach das Vormundschaftsgericht bei einem Überwachungsbedarf einen Überwachungsbetreuer bestellen muss. Um eine entsprechende Prüfung sicherzustellen, empfiehlt es sich, bei der Beurkundung den Vorsorgevollmachten im engeren Sinne zu bestimmen, dass die Erteilung einer Ausfertigung auf Antrag des Bevollmächtigten (nach Eintritt des Vorsorgefalls) dem Vormundschaftsgericht angezeigt werden muss.

Bei Vorsorgevollmachten im weiteren Sinne greift dieser Sicherungsmechanismus nicht, weil die Ausfertigung der Vollmacht sofort erteilt wird. Hier sollte der Bevollmächtigte bedenken, dass er wegen der ihm obliegenden auftragsrechtlichen Treuepflicht über gewichtige Vorgänge informieren, beraten und Weisungen einholen muss und dass ihm bei Verletzung der Benachrichtungspflicht (§ 666 BGB) Schadensersatz droht (Bühler BWNotZ 1999, 25/28 m. W. n.). Kann der Vollmacht-/Auftraggeber einen Überwachungsbedarf nicht mehr selbst oder durch einen weiteren Bevollmächtigten erfüllen, so sollte der Bevollmächtigte auch im eigenen Interesse beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Überwachungsbetreuers anregen.

Bezirksnotar a. D. M. Bühler

BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1

a) Bestellt der Verkäufer eines Grundstücks zu Gunsten eines Gläubigers des Käufers eine Grundschuld an dem Kaufgrundstück, ohne daß die Zahlung des Kaufpreises gewährleistet ist, erbringt er eine ungesicherte Vorleistung.

b) Weiß ein Urkundsbeteiligter, dass er eine ungesicherte Vorleistung erbringt, kann der Urkundsnotar im Einzelfall dennoch verpflichtet sein, die Beteiligten über naheliegende Möglichkeiten zur Vermeidung oder Verminderung des Risikos zu beraten.

BGH, Urt. v. 15. 4. 1999 – IX ZR 93/98 –

Zum Sachverhalt:

Der Kläger und Dr. B. K. waren je zur Hälfte Eigentümer des im Grundbuch von H. Bl. ... eingetragenen bebauten Grundstücks. Das auf Bl. ... eingetragene unbebaute Nachbargrundstück gehörte dem Kläger allein. Das Grundstück von Bl. ... war unter anderem in Abteilung III unter den laufenden Nr. 1 bis 6 mit Grundschulden von jeweils 150 000 DM zu Gunsten des Klägers belastet. Das Grundstück von Bl. ... war unbelastet.

Mit Kaufvertrag vom 15. Juni 1989, den der verklagte Notar beurkundete, verkauften der Kläger und Dr. K. (nachfolgend: die Verkäufer) die Grundstücke lastenfrei an die S. A. P. GmbH & Co. A. und P. KG in Gründung (im folgenden: KG oder Käuferin). Die Käuferin beabsichtigte, das vorhandene Gebäude zu einem Alten- und Pflegeheim umzubauen. Der Kaufpreis für beide Grundstücke zusammen betrug 1 420 000 DM. Davon sollte der Kläger 733 500 DM erhalten. Die Käuferin verfügte über keine Eigenmittel. Der 75 Tage nach Abschluss des Vertrages fällige Kaufpreis sollte durch die Einlagen der anzuwerbenden Kommanditisten aufgebracht werden.

Als im Herbst 1989 bei der Käuferin Liquiditätsprobleme auftraten, bot ihr die W. H. AG (im Folgenden: WHB) an, den Umbau unter Absicherung durch eine erstrangige Grundschuld über nominal 5,8 Mio. DM an dem Kaufobjekt zu finanzieren. Die Verkäufer teilten der Käuferin mit Schreiben vom 9. September 1989 mit, sie seien bereit, ihr – unter anderem durch Stundung einer Restkaufpreisforderung – entgegenzukommen. Der gestundete Betrag sollte nach einem bestimmten Aufteilungsschlüssel aus den eingehenden Kommanditeinlagen getilgt werden. Bis dahin sollten die für den Kläger eingetragenen Grundschulden – im Range nach der nunmehr für die WHB einzutragenden Grundschuld – als Sicherheit einstweilen bestehen bleiben.

Am 13. September 1989 schlossen die Kaufvertragsparteien zur Urkunde des Beklagten einen den Kaufvertrag ändernden Vertrag. Darin verpflichtete sich die Käuferin, 171 500 DM am 15. Oktober 1989 und 50 000 DM am 15. November 1989 an den Kläger zu zahlen. Den ihm hernach noch zustehenden Restbetrag stundete der Kläger bis zum 31. Dezember 1990 unter der Voraussetzung, dass die Käuferin auf dem Kaufgrundstück ein Alten- und Pflegeheim errichtete. Für den Fall, dass der Kaufpreis bis zum 31. Dezember 1990 nicht gezahlt wurde, sollten die Regelungen des ursprünglichen Kaufvertrages wieder gelten.

Am gleichen Tag beurkundete der Beklagte die Bestellung einer Gesamtgrundschuld auf beiden Grundstücken zugunsten der WHB in Höhe von 5,8 Mio. DM, wobei der Kläger und Dr. K. die Eintragung dieser Grundschuld im Range vor den zu Gunsten des Klägers eingetragenen Grundschulden beantragten. Die Grundschuld Nr. 1 wurde am 4. Oktober 1989 gelöscht. Die Grundschulden Nr. 2 bis 6, deren Löschung der Kläger bereits im Rahmen des Kaufvertrages bewilligt hatte, blieben zunächst eingetragen.

Im Herbst 1990 mußte die Käuferin bzw. deren Betreibergesellschaft, die S. A. P. B. mbH, neue Kredite aufnehmen. Am 31. Oktober 1990 bestellten die Verkäufer eine weitere Gesamtgrundschuld in Höhe von 1,9 Mio. DM zu Gunsten der WHB und am 7. Dezember 1990 eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 800 000 DM zu Gunsten der L. K. (nachfolgend: LKK). Dabei traten die Verkäufer sämtliche ihnen jetzt oder in Zukunft gegen die Gläubiger vor- oder gleichrangiger Grundschulden zustehenden Ansprüche an die LKK ab. Am 2. Januar 1991 wurden die in Abteilung III Nr. 3 bis 6 für den Kläger eingetragenen Grundschulden gelöscht. Am selben Tage wurden die Grundschulden über 1,9 Mio. DM und 800 000 DM eingetragen.

Nachdem die Käuferin insgesamt 328 500 DM an den Kläger entrichtet hatte, wurde sie zahlungsunfähig. Die WHB betrieb aus ihrer Grundschuld über 5,8 Mio. DM die Zwangsversteigerung der beiden Grundstücke. Diese wurden am 18. Februar 1994 einem Dritten zugeschlagen. Nach Abzug der Kosten entfiel der Versteigerungserlös auf die WHB und die LKK. Die für den Kläger noch eingetragene Grundschuld Nr. 2 wurde nicht berücksichtigt. Die Käuferin, deren Komplementär-GmbH und die Betreibergesellschaft sind vermögenslos.

Der Kläger begehrt wegen seines noch offenen Anteils am Restkaufpreisanspruch von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe von 404 000 DM. Seine Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit seiner Revision verfolgt er sein Begehren weiter. Das Rechtsmittel des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückweisung.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine etwaige Amtspflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit der Bestellung der Grundschuld über 5,8 Mio. DM für die WHB habe sich nicht ausgewirkt, weil der Kläger sich des mit der Bestellung der Grundschuld verbundenen Risikos voll bewusst gewesen sei. Ihm sei bekannt gewesen, dass die Käuferin über keinerlei Eigenmittel verfügt habe und dass das Darlehen über 5,8 Mio. DM nicht zur Zahlung des Kaufpreises, sondern ausschließlich für Investitionen in das Grundstück habe verwendet werden sollen. Er habe gewusst, dass die Grundschuld die erste Rangstelle erhalten werde und dass im Falle einer Zwangsversteigerung zunächst die WHB befriedigt werden würde. Er habe zwar gehofft, dass das Grundstück dank der darauf mit Hilfe der Darlehensvaluta getätigten Investitionen an Wert gewinnen werde, so dass im Falle einer Verwertung auch noch der Restkaufpreis gedeckt sei. Dennoch sei er sich des Risikos bewusst gewesen, das Grundstück zu verlieren, ohne den Restkaufpreis zu erhalten, falls die erhoffte Wertsteigerung nicht eintrat. Ein Fehlverhalten des Beklagten bei der Bestellung dieser Grundschuld sei auch deswegen nicht schadensursächlich geworden, weil der Versteigerungserlös ausgereicht hätte, wenn nicht neben der Grundschuld über 5,8 Mio. DM noch die weitere über 800 000 DM hätte bedient werden müssen. Auf eine dingliche Absicherung des Kaufpreisanspruchs, deren rechtliche Möglichkeit zweifelhaft erscheine, habe der Beklagte nicht hinwirken müssen, weil der Kläger auf eine derartige Absicherung gerade verzichtet habe, um der WHB die erste Rangstelle zu verschaffen. Eine Vereinbarung des Inhalts, dass die Darlehensvaluta von der WHB erst nach Bezahlung des Kaufpreises an die Käuferin ausgezahlt werden dürfe, hätte dem Willen aller Beteiligten widersprochen. Falls es von dem Beklagten pflichtwidrig gewesen sei, nicht darauf hingewirkt zu haben, dass die von den angeworbenen Dritten geleisteten Kommanditeinlagen auf ein Notaranderkonto gezahlt wurden, sei auch diese Unterlassung nicht schadensursächlich geworden. Unter Zugrundelegung der Regelung, die in dem Schreiben vom 9. September 1989 enthalten gewesen sei, wären dem Kläger nur 20 000 DM zugeflossen. Tatsächlich habe er aus den Kommanditeinlagen aber weit mehr, nämlich mindestens 107 000 DM, erhalten.

Falls es bei der Bestellung der Grundschuld über 800 000 DM für die LKK zu Pflichtverletzungen des Beklagten gekommen sei, hätten auch diese nicht zu dem geltend gemachten Schaden geführt. Denn ohne diese Grundschuld hätte die LKK den entsprechenden Kredit nicht ausgezahlt und ohne diesen hätte das Altenheim nicht in Betrieb genommen werden können. Dann wäre das Projekt schon in einem früheren Stadium gescheitert. Die Behauptung des Beklagten, seinerzeit hätten in der Zwangsversteigerung allenfalls 5 Mio. DM erlöst werden können, habe der Kläger nicht widerlegt. Dann hätte er ebenfalls nichts erhalten, weil der Erlös allein der WHB – aufgrund ihrer Grundschuld über 5,8 Mio. DM – zugeteilt worden wäre.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Der Beklagte hat schuldhaft den Belehrungspflichten (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) nicht genügt, die den Urkundsnotar betreffen, wenn die Beteiligten eine ungesicherte Vorleistung der einen Seite vereinbaren.

a) Falls ein Urkundsbeteiligter eine ungesicherte Vorleistung erbringen soll, die als solche nicht ohne Weiteres erkennbar ist, trifft den Notar gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine doppelte Belehrungspflicht. Er hat nach der Rechtsprechung des Senats über die Folgen zu belehren, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (BGH, Urt. v. 21. März 1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; v. 27. Oktober 1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; v. 2. Juli 1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; v. 15. Januar 1998 – IX ZR 4/97, WM 1998, 783, 784).

Zwar hat der Senat in einem vergleichbaren Fall dem Notar zugebilligt, er habe keinen Anlass zu der Vermutung gehabt, dem Grundstücksverkäufer, der zu Gunsten des Käufers eine Grundschuld für ein nicht der Kaufpreisfinanzierung dienendes Darlehen bestelle, drohe ein Schaden, mit dem er nicht rechne; eine Pflicht, Sicherungsmöglichkeiten aufzuzeigen, hat der Senat damals verneint, weil die Pflicht zur Unparteilichkeit vorgehe (BGH, Urt. v. 3. Juli 1986 – IX ZR 51/85, WM 1986, 1283, 1285 m. Anm. Reithmann WuB VIII A. § 14 BNotO, 1.86). Zum Zeitpunkt dieser Entscheidung hat der Senat die Pflicht zur Belehrung über die Gefahren ungesicherter Vorleistungen aber noch nicht der Rechtsbelehrungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, sondern der erweiterten Belehrungspflicht analog § 14 BNotO zugerechnet. Dieser Standpunkt ist seit dem Jahre 1987 aufgegeben (vgl. BGH, Urt. v. 29. Oktober 1987 – IX ZR 181/86, WM 1988, 337, 340; v. 21. März 1989 – IX ZR 155/88, WM 1989, 822, 824 m. Anm. Reithmann EWiR 1989, 533; v.

6. Oktober 1988 – IX ZR 142/87, WM 1988, 1752, 1754 m. Anm. Ganter EWiR 1989, 13).

b) Der Kläger hat eine ungesicherte Vorleistung erbracht.
Ursprünglich war eine Vorleistung zwar nicht vorgesehen gewesen. Nach § 4 Buchst. c des Kaufvertrages vom 15. Juni 1989 war Voraussetzung für die Zahlung der Käuferin, dass die lastenfreie Eigentumsumschreibung gewährleistet war. Nach § 5 sollte die Übergabe der Kaufgrundstücke am Tage der Kaufpreiszahlung erfolgen. Die Eigentumsumschreibung sollte erst veranlasst werden, nachdem die Kaufpreiszahlung nachgewiesen war.

Mit der Beurkundung der Stundungsvereinbarung vom 13. September 1989 und der Grundschuldbestellung vom selben Tage wurde diese Sicherung aber außer Kraft gesetzt. Von nun an riskierte der Kläger, sein Eigentum auf Grund von Verwertungsmaßnahmen des Grundschuldgläubigers zu verlieren, ohne sicher sein zu können, dass er den Kaufpreis erhielt. Bestellt der Veräußerer eines Grundstücks eine wertausschöpfende Grundschuld zu Gunsten eines Gläubigers des Erwerbers, kommt dies einer Übereignung an diesen nahe, weil sich der Erwerber den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks bereits jetzt zu Nutze macht. Diese Vorleistung des Veräußerers ist ungesichert, wenn die Zahlung des Kaufpreises durch den Erwerber an den Veräußerer nicht gewährleistet ist. Hier war dies nicht der Fall, weil die einzige Sicherheit des Klägers, seine Eigentümergrundschulden, zum einen wegen ihres Rangs und zum anderen deswegen untauglich war, weil der Eigentümer aus einer ihm zustehenden Grundschuld nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann (§ 1197 Abs. 1 BGB).

c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wusste der Kläger zwar, dass er im Begriff war, eine ungesicherte Vorleistung zu erbringen. Solange aber nicht auszuschließen war, dass er das Risiko als unvermeidlich ansah, musste ihn der Beklagte über Sicherungsmöglichkeiten belehren, die sich aus dem Inhalt des Geschäfts ergaben, für den Notar erkennbar sowie für den anderen Vertragsbeteiligten zumutbar waren.

d) Im vorliegenden Fall bestand die naheliegende Möglichkeit, den Kläger mit Hilfe der Einzahlungen zu sichern, die auf die Kommanditanteile der noch zu werbenden Gesellschafter geleistet werden sollten. Zu diesem Zweck hätten die Anteile auf ein Notaranderkonto eingezahlt werden können. Sich darauf einzulassen, war für die Käuferin jedenfalls dann zumutbar, wenn von Anfang an abgesprochen war, dass die Verkäufer aus den Kommanditanteilen befriedigt werden sollten. Davon geht das Berufungsgericht aus. Es meint jedoch, dass der Restkaufpreisanspruch des Klägers gleichwohl nicht erfüllt worden wäre, weil ihm nach dem Inhalt des Schreibens der Verkäufer an die Käuferin vom 9. September 1989 lediglich 20 000 DM zugeflossen wären. Dieses Schreiben war aus mindestens zwei Gründen kein Hindernis, die Kommanditeinlagen für eine Sicherung und Befriedigung des Klägers einzusetzen. Zum einen enthielt es auch nach dem Vortrag des Beklagten keine abschließende Vereinbarung über die Verwendung der Kommanditeinlage. Denn nach seiner Darstellung wurde nach dem Zugang jenes Schreibens zwischen den Vertragsparteien weiterverhandelt. Diese Verhandlungen führten – so hat der Beklagte vorgetragen – zu der am 13. September 1989 beurkundeten Stundungsvereinbarung, die sich wesentlich von dem Inhalt des Schreibens vom 9. September 1989 unterscheidet. Zum zweiten wäre eine außerhalb der notariell beurkundeten Stundungsvereinbarung fortdauernde Übereinkunft mit dem Inhalt des Schreibens vom 9. September 1989 gemäß § 313 Satz 1 BGB formnichtig gewesen, weil sie den notariellen Kaufvertrag ändern sollte, ohne selbst notariell beurkundet zu sein.

Falls das Berufungsgericht das Schreiben vom 9. September 1989 lediglich als Indiz dafür wertete, dass der Kläger bereit gewesen ist, der Käuferin entgegenzukommen, und dass er deshalb eine Anregung des Beklagten, sich die Zahlungen der Kommanditisten zu sichern, nicht oder jedenfalls nicht weitergehend als in dem Schreiben konzipiert aufgegriffen hätte, könnte dem ebenso wenig zugestimmt werden. Das Entgegenkommen der Verkäufer sollte in jedem Falle zeitlich beschränkt nur bis zum 31. Dezember 1990 gelten. So lange wollten der Kläger und der Miteigentümer Dr. K. ihre Forderungen stunden. Zumindest auf die in dem genannten Zeitpunkt vorhandenen und die später eingezahlten Kommanditeinlagen hätte der Kläger zugreifen können. Dass er davon abgesehen hätte, ist nach der Lebenserfahrung nur für den Fall anzunehmen, dass der Beklagte ihm eine für ihn noch günstigere Alternative vorgeschlagen hätte.

Der Sicherung und Befriedigung des Klägers aus den Kommanditeinlagen hätte auch der Kapitalaufbringungsgrundsatz nicht entgegengestanden. Nach allgemeiner Meinung ist die Forderung einer GmbH auf Einzahlung der Stammeinlage jedenfalls dann abtretbar (§ 398 BGB) und verpfändbar (§ 1274 BGB), wenn der Gesellschaft eine werthaltige Gegenleistung zufließt (BGHZ 69, 274, 282; BGH, Urt. v. 15. Juni 1992 – II ZR 229/91, NJW 1992, 2229; Hachenburg/Ulmer, GmbHG § 19 Rdnr. 118, 120; Rowedder, GmbHG 3. Aufl. § 19 Rdnr. 59; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. S. 1115 ff). Nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kann auch die Unterscheidung zwischen der nach § 7 Abs. 2 GmbHG vor der Anmeldung einzuzahlenden Mindesteinlage und der Resteinlage (dazu Scholz/Schneider, GmbHG 8. Aufl. § 19 Rdnr. 147; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 14. Aufl. § 19 Rdnr. 26) keine Rolle mehr spielen (BGH, Urt. v. 15. Juni 1992 a. a. O.). Für eine GmbH & Co. KG können die Anforderungen nicht strenger sein (vgl. Lutter/Hommelhoff, § 30 GmbHG Rdnr. 41). Im vorliegenden Fall hätte die Käuferin dafür, dass sie an den Kläger die Einlagenforderungen abtrat, eine vollwertige Gegenleistung insofern bekommen, als ihr durch die Auflassungsvormerkung begründetes Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an den Grundstücken im selben Umfang werthaltig wurde. Im selben Maße baute die Käuferin ihre Kaufpreisverbindlichkeit ab.
Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob dem Beklagten die Absicht der Käuferin, den Kaufpreis mit Hilfe der Kommanditeinlagen zu finanzieren, bekannt oder zumindest erkennbar war. Im Rahmen des Revisionsverfahrens kann die Erkennbarkeit demgemäß nicht ausgeschlossen werden.

e) War die Sicherungsmöglichkeit erkennbar gegeben, hätte der Beklagte den Urkundsbeteiligten in dieser Richtung sachdienliche Vorschläge unterbreiten müssen. Dass er dies getan habe, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und der Beklagte nicht vorgetragen.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht verneint werden. Insgesamt wurden Kommanditeinlagen in Höhe von 1,7 Mio. DM an die Käuferin gezahlt. Daraus hätte der Restkaufpreis ohne Weiteres aufgebracht werden können. Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob der Kläger einen Hinweis des Beklagten, dass jener durch die Einzahlungen der Kommanditisten gesichert werden könne, aufgegriffen hätte. Dabei mag dem Kläger der Anscheinsbeweis (sog. Vermutung beratungsgerechten Verhaltens) zu Gute kommen. Weiter ist festzustellen, ob sich die Käuferin einem entsprechenden Sicherungsbegehren des Klägers gebeugt hätte und ab welchem Zeitpunkt bzw. in welcher Höhe die Einzahlungen diesem Zweck unterstellt worden wären. Je nachdem muss weiter festgestellt werden, in welchem Umfang Einzahlungen, die dieser Zweckbestimmung unterlegen hätten, tatsächlich geleistet worden sind. Falls das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Käuferin – trotz der Absprache, die Verkäufer aus den Kommanditeinlagen zu befriedigen – diese nicht als Sicherheit zur Verfügung gestellt hätte, ist festzustellen, ob der Kläger auch dann an dem Geschäft festgehalten oder von diesem Abstand genommen hätte. Falls das Berufungsgericht die sonstigen Voraussetzungen einer Haftung des Beklagten bejahen sollte, wird es noch der Frage nachgehen müssen, ob dem Kläger eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zusteht (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO).

BGB §§ 518, 1643, 1821 Abs. 1 Ziff. 5

Der Erwerb eines Wohnungseigentums durch einen Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die den einzelnen Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen gegenüber den sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft sind. Dies trifft zu, wenn die Gemeinschaftsordnung dem einzelnen Miteigentümer

eine Beteiligung am Wiederherstellungsaufwand auferlegt, die über die gesetzliche Bestimmung des § 22 Abs. 2 WEG hinausgeht.

LG Heidelberg Beschl. v. 9. 6. 2000 – 6 T 31/00

Aus den Gründen:

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes Heidelberg vom 18. April 2000 ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.
Das Grundbuchamt hat zu Recht die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die minderjährigen Erwerber verlangt. Die Entscheidung des Grundbuchamtes steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der überwiegend in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung (vgl. hierzu BGH Z 78, 28 ff.; Bärmann-Pick-Merle, § 1 Rz. 45; Bauer/von Oefele, I. 145; BayOLG, Rechtspfleger 98, 70//71), dass der Erwerb von Wohnungseigentum jedenfalls dann nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil mit sich bringt; wenn die den einzelnen Wohnungseigentümer aufgrund der Vereinbarungen der bisherigen Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen gegenüber den sich aus dem Gesetz ergebenen Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft worden sind. In den vom Bundesgerichtshof und dem Bayerischen Obersten Landgericht entschiedenen Fällen ergaben sich diese Verpflichtungen insbesondere aus einer Verschärfung der gesetzlichen Verpflichtung, wie es sich aus § 22 Abs. 2 WEG ergibt. Im vorliegenden Fall liegen die Verhältnisse genauso. Auch hier erlegt die Gemeinschaftsordnung in § 6 dem einzelnen Miteigentümer eine Beteiligung an dem Wiederherstellungsaufwand auf, die über die gesetzliche Bestimmung des § 22 Abs. 2 WEG hinausgeht.

Mitgeteilt von Notar Dr. Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

19 T 168/00 und 19 T 169/00
Leitsatz (des Einreichers)

1. Das Schonvermögen für den Rückgriff der Staatskasse bei der Betreuervergütung (§ 1836c Nr. 2 BGB) liegt im Regelfall derzeit bei DM 4 500,– (§ 1 Abs. 1 Nr. 1b BSHG-VO)

2. Wenn die Schongrenze nahezu erreicht ist, erfolgt im Einzelfall kein Rückgriff der Staatskasse, wenn dies unzumutbar wäre, insbesondere wenn der Betroffene zu Ausgaben verpflichtet ist, die er nicht aus laufenden Einnahmen bestreiten kann.

LG Stuttgart, Beschluß vom 26. 5. 2000

Sachverhalt:

Die Entscheidung des Landgerichts wurde in Abstimmung mit allen Beteiligten (Bezirksrevisor, Betreuer und Verfahrenspfleger) herbeigeführt. Grund hierfür war die Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 25. 10. 1999 (10 T 243/99), die so verstanden werden kann, dass allgemein von einem Schonvermögen von derzeit DM 8 000,– auszugehen sei. Im vorliegenden Fall kam noch dazu, dass der Betroffene Einkünfte erzielt und das Vermögen des Betroffenen immer um die Schongrenze (von DM 4 500,–) herum pendelt – insbesondere durch die Abschöpfung von Mehrbeträgen durch den Kostenträger (Landeswohlfahrtsverband) und durch ausserordentliche Ausgaben, die immer wieder damit „konkurrieren".
Der Vermögensstand des Betroffenen hatte sich auf DM 4 745,69 reduziert (zum Zeitpunkt der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts DM 5 133,23). Dem Betroffenen standen nach Darlegung des Betreuers u. a. noch folgende Ausgaben bevor (hervorgerufen durch einen Wohnungs-Nießbrauch zu seinen Gunsten): Steuerschuld, Wohngeld, Gebäudebrandversicherung, Grundsteuer, Privathaftpflicht (zusammen ca. DM 1 500,00).

Entscheidung (auszugsweise):

Gemäss § 1836c Nr. 2 BGB hat der Betreute sein Vermögen nach Massgabe des § 88 BSHG einzusetzen. Nach § 88 II Nr. 8 BSHG ist dem Betreuten sonach ein kleiner Barbetrag zu belassen. Was kleinere Barbeträge im Sinne dieser Vorschrift sind, ist in der Verordnung zur Durchführung des § 88 II Nr. 8 des BSHG, die auf der Grundlage des § 88 IV BSHG erlassen wurde, geregelt. Gemäß § 1 I Nr. 1 dieser Verordnung hat dem Hilfesuchenden bei der Hilfe zum Lebensunterhalt ein Betrag von DM 2 500,00 zu verbleiben, bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen ein Betrag in Höhe von DM 4 500,00 und im Falle des § 67 und des § 69a II BSHG ein Betrag in Höhe von DM 8 000,00.
Nachdem § 1836c Nr. 1 BGB, der regelt, in welcher Höhe der Betreute Einkommen einzusetzen hat, auf die Einkommensgrenzen für die Hilfe in besonderen Lebenslagen abstellt, ist auch bei der Ermittlung des Schonvermögens nach § 1836c Nr. 2 BGB das Schonvermögen bei Hilfen in besonderen Lebenslagen gem. § 1 I Nr. 1 b) BSHG-VO, das DM 4 500,00 beträgt, zugrunde zu legen.
Anhaltspunkte dafür, dass wie die Beschwerdeführer meinen, im Regelfall einer Betreuung von einem Schonvermögen in Höhe von DM 8 000,00 auszugehen ist, sind nicht ersichtlich. Diese Vermögensgrenze ist nach §1 I Nr. 1b) BSHG-VO nur in den dort besonders genannten Fällen, gem.§ 67 BSHG im Falle der Blindheit oder im Falle des § 69a III BSHG bei Schwerstpflegebedürftigen, vorgesehen, somit also nicht in jeder besonderen Lebenslage, wie sie nach § 1836c Nr. 1 BGB eine Betreuung im Regelfall darstellt.
Die Staatskasse kann dennoch zumindest derzeit vom Betroffenen auch nicht die teilweise Erstattung der verauslagten Betreuervergütung verlangen, da bei der Ermittlung des beim Betroffenen vorhanden Vermögens entgegen der Auffassung des Vormundschaftsgerichts nach Auffassung der Kammer die vom Betreuer aufgezählten Ausgaben, deren Anfall in absehbarer Zeit bevorsteht, zu berücksichtigen sind. Dass der Betroffene diese Kosten nicht aus seinem laufenden Einkommen begleichen kann, ist nicht anzuzweifeln.

Mitgeteilt und bearbeitet von Andreas Feissler, Sindelfingen

Kommentar des Einsenders:

Das Schonvermögen beträgt derzeit im Regelfall DM 4 500,–. Schrammt das Vermögen an dieser Grenze entlang oder steuert es darauf zu, kann das Vormundschaftsgericht guten Gewissens einen „Zumutbarkeitsfaktor" berücksichtigen und alles aus der Staatskasse bewilligen – ohne einen (teilweisen) Rückgriff beim Vermögen, wenn absehbar ist, dass sonstige Ausgaben anstehen, die das Vermögen unterhalb die Schongrenze drücken würden. Diese sinnvolle Ansicht des Landgerichts entlastet das Vormundschaftsgericht von der fast nicht machbaren Ermittlung des ganz präzisen aktuellen Vermögensstandes, welcher sich ständig verändert.

BeurkG § 17; BNotO § 19

Erklären Beteiligte, sie wollten eine im Aufteilungsplan mit einer bestimmten Nummer bezeichnete Eigentumswohnung mit dem dort angegebenen Miteigentumsanteil kaufen, so braucht der Notar regelmäßig nicht die Wohnungsgröße zu ermitteln.

BGH, Urt. v. 11. März 1999 – IX ZR 260/97

Tatbestand:

Die Kläger verlangen vom beklagten Notar Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzung anlässlich der Beurkundung eines Kaufvertrages über Wohnungseigentum.
Die unter der Firma „IFD" handelnden Bauträger H. und B. errichteten 1991 eine Wohnanlage. Diese sollte nach der ursprünglichen Planung in zwölf Eigentumswohnungen geteilt werden. Danach sollte folgendes Eigentum an den – benachbarten – Wohnungen Nr. 11 und 12 im Dachgeschoss begründet werden:

„11. Miteigentumsanteil von 7.751/100, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Dachgeschoss gelegenen Wohnung in Größe von 56,79 qm, die zu ihr gehörigen Räume sind in dem anliegenden Aufteilungsplan mit Nr. 11 bezeichnet, nebst einem Kellerraum, ebenfalls mit Nr. 11 bezeichnet.

12. Miteigentumsanteil von 9.587/100, verbunden mit dem Sonder-

eigentum an der im Dachgeschoss gelegenen Wohnung in Größe von 70,24 qm, die zu ihr gehörigen Räume sind in dem anliegenden Aufteilungsplan mit Nr. 12 bezeichnet, nebst einem Kellerraum, ebenfalls mit Nr. 12 bezeichnet."

Die amtliche Bescheinigung gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG („Abgeschlossenheitsbescheinigung") vom 27. November 1991 erstreckte sich nur auf elf Wohnungen gemäß „den beiliegenden Aufteilungsplänen", in der angefügten Zeichnung war die Wohnung, die in der früheren Zeichnung der Bauträger mit Nr. 12 bezeichnet war, mit der Nr. 11 – ebenso wie die Wohnung Nr. 11 selbst – versehen.

Die – vom Beklagten beurkundete – Teilungserklärung vom 18. Dezember 1991 bezog sich auf elf Eigentumswohnungen und lautet bezüglich der Wohnung Nr. 11:
„18712/100000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung A., Flur 9, Flurstück 268/6, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 11 des Aufteilungsplanes, gelegen im Dachgeschoss und den Kellern mit den Nr. 11 + 12."

Früher geschlossene, vom Beklagten beurkundete Kaufverträge über Eigentumswohnungen erhielten u. a. folgende – vom Beklagten beurkundete – Ergänzung:

„Weiterhin besteht Einigkeit dahingehend, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Kreisausschusses des Landkreises G. und die Teilungserklärung vom 18. 12. 1991 in Abänderung der Anlagen zu dem Vertrag vom 10. 7. 91 UR: ... nur 11 statt 12 Wohneinheiten ausweisen, ohne dass hierbei eine Veränderung der Miteigentumsanteile und der an die Erwerber verkauften Wohnung eingetreten ist."

Am 23. März 1993 beurkundete der Beklagte einen Vertrag, durch den die Bauträger (künftig: Verkäufer) an die Kläger, die auf dem Nachbargrundstück selbst eine Wohnanlage errichteten, folgendes Wohnungseigentum für 265 800 DM veräußerten:

„Miteigentumsanteil von 18712/100000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, 2 Kellerräumen, im Aufteilungsplan mit Nr. 11 bezeichnet, im Dachgeschoss gelegen."

Diese Eigentumswohnung wird in einer „Berechnung der Wohn- und Nutzfläche nach DIN 283" mit einer Größe von 51,77 qm ausgewiesen. Der Kaufpreis wurde entrichtet. Die Kläger wurden als Eigentümer dieser Wohnung im Grundbuch eingetragen.

Die Kläger machen geltend, sie hätten Wohnungseigentum von insgesamt 127,03 qm gekauft, aber nur Eigentum an der Wohnung Nr. 11, die tatsächlich 53,61 qm groß sei, erlangt, nicht aber an der ebenfalls gekauften, 55,86 qm großen und von ihnen vermieteten Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12. Um diesen Rechtserwerb zu verwirklichen, erwirkten die Kläger eine neue amtliche Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 3. August 1994, die sich auf zwölf Eigentumswohnungen gemäß „den beiliegenden Aufteilungsplänen" erstreckt. Ein Teil der übrigen Wohnungseigentümer verweigert eine entsprechende Änderung der Teilungserklärung.

Die Verkäufer gaben inzwischen eidesstattliche Versicherungen gemäß § 899 ZPO ab.

Die Kläger haben die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihnen alle gegenwärtigen und zukünftigen Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang mit dem durch den Beklagten beurkundeten Kaufvertrag vom 23. März 1993 entstanden sind oder entstehen werden. Das Landgericht hat diesen Klageantrag – und rechtskräftig eine andere Klageforderung – abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben bezüglich der Schäden, die daraus entstanden sind oder noch entstehen, dass der Beklagte bei der Beurkundung des Kaufvertrages nur die im Aufteilungsplan mit Nr. 11 bezeichnete Wohnung benannt und nicht für die Entstehung von Sondereigentum der Kläger an den beiden von ihnen erworbenen Wohnungen gesorgt habe. Die Revision, mit der der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts erstrebt, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

Das Feststellungsbegehren der Kläger, das als Prozesserklärung vom Revisionsgericht ausgelegt werden darf (vgl. BGH, Urt. v. 31. Mai 1995 – VIII ZR 267/94, NJW 1995, 2563, 2564), ist mit Rücksicht auf die Klagebegründung dahin zu werten, dass die Kläger Ersatz desjenigen Schadens verlangen, der ihnen in Folge angeblich unwahrer und unvollständiger Angaben des Beklagten bei der Beurkundung des Kaufvertrages dadurch entstanden sein soll, dass ihr Wohnungseigentum Nr. 11 diejenigen Räume und Gebäudebestandteile, -einrichtungen und -anlagen, die der Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 zugeordnet waren, nicht umfasse.

Die Kläger haben das erforderliche rechtliche Interesse daran, dass, falls der Beklagte haften sollte, dessen Ersatzpflicht alsbald festgestellt wird (§ 256, Abs. 1 ZPO; vgl. BGH, Urt. v. 29. April 1993 – IX ZR 109/92, NJW 1993, 2181, 2182; v. 14. Dezember 1995 – IX ZR 242/94, WM 1996, 548, 549).

Die Vorinstanzen haben – entgegen der Ansicht der Revision – im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der eingeklagte Schadensersatzanspruch nicht gemäß der Einrede des Beklagten verjährt ist (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m. §§ 839, 852 BGB).

Entgegen der Meinung des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat die dreijährige Verjährungsfrist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht mit der Beurkundung des Kaufvertrages am 23. März 1993 begonnen. Zu diesem Zeitpunkt ist frühestens ein Schaden der Kläger in Folge einer Amtspflichtverletzung des Beklagten eingetreten (vgl. BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 650).

Die Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB für einen Anspruch auf Ersatz eines solchen Schadens beginnt erst dann, wenn der Geschädigte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt (vgl. dazu BGHZ 102, 246, 248 f; BGH, Urt. v. 2. Juli 1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071, 2074). Der Beklagte, der den Eintritt der Verjährung darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGH, Urt. v. 30. Januar 1980 – VIII ZR 237/78, WM 1980, 532, 534), hat nicht vorgetragen, dass die Kläger diese Kenntnis früher als drei Jahre vor der verjährungsunterbrechenden Klagezustellung (§§ 209 Abs. 1, 211 BGB) am 4. Juni 1996 erhalten haben. Die Kläger haben nach ihrem Vorbringen eine solche Kenntnis erst seit 1994.

III.

Das Berufungsgericht hat angenommen, der beklagte Notar habe durch eine schuldhafte Amtspflichtverletzung die Kläger geschädigt, weil er eine „fehlerhafte Protokollierung" des Kaufvertrages bzw. „pflichtwidrige Falschbeurkundung" vorgenommen habe und in Folge dessen die Kläger nur Eigentum an der Wohnung Nr. 11 mit einer Fläche von 51,77 qm erlangt hätten (§ 19 BNotO). Aus seinem Beurkundungsgespräch mit den Klägern habe der Beklagte entnehmen müssen, dass diese zwei Wohnungen kaufen wollten. Dabei habe ihm die Unklarheit der Lage bekannt werden müssen. Deswegen habe der Beklagte für die Vorlage der Teilungserklärung und der Abgeschlossenheitsbescheinigung sorgen und gewährleisten müssen, dass der Inhalt des Aufteilungsplans, auf den die Vertragsurkunde verweise, das von den Klägern erworbene Eigentum richtig bezeichne. Der Beklagte habe den Erwerb der beiden Wohnungen in eine juristisch korrekte Form gießen müssen.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision rügt mit Erfolg, dass die tatrichterliche Feststellung, der Beklagte habe die Kläger durch eine schuldhafte Pflichtverletzung geschädigt, wesentlichen Prozessstoff außer acht lässt (§ 286 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hat schon den Klagevortrag nicht fehlerfrei gewertet.
Die Kläger haben behauptet: Sie hätten von den Verkäufern eine Zeichnung erhalten, die im Dachgeschoss die Wohnungen Nr. 11 und 12 ausgewiesen habe. Der Beklagte habe 1991 für die Wohnung Nr. 11 eine Fläche von 56,79 qm und einen Miteigentumsanteil von 7.751/100, für die Wohnung Nr. 12 eine Fläche von 70,24 qm und einen Miteigentumsanteil von 9.587/100 ermittelt. Teilungserklärung und Abgeschlossenheitsbescheinigung seien ihnen – den Klägern – vor Abschluss des Kaufvertrages nicht vorgelegt worden. Der Beklagte habe bei der Beurkundung dieses Vertrages nicht darauf hingewiesen, dass statt der ursprünglich geplanten Flächen der Wohnungen Nr. 11 und 12 nur eine Wohnfläche von 51,77 qm amt-

lich genehmigt worden sei. Der Verkäufer H. und der Beklagte hätten damals erklärt, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung für zwölf Wohnungen nicht erteilt worden sei, weil nicht genügend Abstellplätze vorhanden seien; deswegen seien die Wohnungen Nr. 11 und 12 zu einer Wohnung Nr. 11 mit unveränderter Fläche zusammengefasst worden; die Begründung von Sondereigentum an der Wohnung Nr. 12 sei ein reines Zeitproblem.

a) Danach haben die Kläger entgegen der Wertung des Berufungsgerichts nicht zwei Wohnungen kaufen wollen, sondern – auf Grund der behaupteten Erklärungen des Beklagten und des Verkäufers bei Vertragsschluss – die Eigentumswohnung Nr. 11, die auch die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 umfassen sollte.

b) Bei verständiger Würdigung dieses Vorbringens haben die Kläger einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNot O schlüssig dargelegt.

Nach § 17 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben; bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Diese Prüfungs- und Belehrungspflicht soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet, die den wahren Willen der Beteiligten wiedergibt (BGH, Urt. v. 19. Oktober 1995 – IX ZR 104/94, WM 1996, 30, 31).

Durch eine schuldhafte Verletzung dieser Belehrungspflicht des Beklagten sind die Kläger nach ihrem Vorbringen dann geschädigt worden, wenn – entgegen der behaupteten Erklärung des Beklagten bei der Beurkundung des Kaufvertrages – die Wohnungen Nr. 11 und 12 nicht zu einer Eigentumswohnung Nr. 11 zusammengefasst worden sein sollten. Dann hätten die Kläger mit dem Wohnungseigentum Nr. 11 nicht zugleich dasjenige der Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 erworben. Vielmehr bestünde an dieser Wohnung dann im Zweifel entsprechend der allgemeinen Regel des § 1 Abs. 5 WEG Gemeinschaftseigentum (vgl. BGHZ 130, 159, 169); die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum bedürfe der Zustimmung der Wohnungseigentümer (vgl. § 4 WEG; BayObLGZ 1991, 313, 316; Pick, in: Bärmann/Pick/Merle, WEG 7. Aufl. § 7 Rdnr. 66).

2. Außerdem hat das Berufungsgericht Vortrag des Beklagten rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt.

Dieser hat behauptet: Er habe an der Berechnung der Miteigentumsanteile und der Wohnfläche nicht mitgewirkt. Eine weitere oder andere Wohnung als die im Aufteilungsplan bezeichnete Eigentumswohnung Nr. 11 sei nicht Gegenstand des Kaufvertrages und der Verhandlungen anlässlich der Beurkundung gewesen. Das Wohnungseigentum Nr. 11 hatten die Kläger gemäß dem Aufteilungsplan erworben. Von einer zusätzlichen Wohnung im Dachgeschoss habe er – der Beklagte – nichts gewusst. Vorstellungen über einen bestimmten Zuschnitt und eine bestimmte Größe des Kaufgegenstandes hätten die Kläger bei der Beurkundung nicht geäußert. Die von den Klägern behaupteten Erklärungen, die der Verkäufer H. und er – der Beklagte – bei Vertragsschluss abgegeben haben sollten, würden bestritten. Den Klägern sei kein Schaden entstanden.

Bei Richtigkeit dieses Vorbringens hat der Beklagte keine Amtspflicht gegenüber den Klägern verletzt. Zwar kann der Notar den Willen der Vertragspartner nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufgeklärt hat; der Notar darf sich aber regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen (BGH, Urt. v. 19. Oktober 1995, a. a. O.). Unter den konkreten Umständen des von ihm behaupteten Sachverhalts brauchte der Beklagte einer Erklärung der Vertragspartner, die Kläger wollten die im Aufteilungsplan bezeichnete Eigentumswohnung Nr. 11 mit dem dort angegebenen Miteigentumsanteil kaufen, nicht mit Zweifeln und Bedenken zu begegnen, die eine weitere Sachaufklärung – etwa bezüglich der Wohnungsgröße – erforderlich machen konnten. Der Beklagte wusste damals, dass die Vertragspartner als Bauträger branchenkundig und deswegen in der Lage waren, eine so einfache Bezeichnung des Kaufgegenstandes richtig zu verstehen. Insoweit geht der Vorwurf des Berufungsgerichts, der Beklagte habe versäumt, den Verkäufern die Vorlage der Teilungserklärung und der amtlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung aufzugeben, schon deswegen ins Leere, weil sich die Bezeichnung des Wohnungseigentums im Kaufvertrag mit derjenigen in diesen Urkunden deckt. Sofern das Berufungsgericht mit seiner Formulierung, es habe „die Beibringung einer dem Miteigentumsanteil von 18.712/100000 entsprechenden Teilungserklärung" veranlasst werden müssen, gemeint haben sollte, es müsse ein bestimmtes Verhältnis zwischen dem Sondereigentum und dem damit verbundenen Miteigentumsanteil bestehen, so wäre diese Ansicht unzutreffend (BGH, Urt. v. 18. Juni 1976 – V ZR 156/75, NJW 1976, 1976).

3. Danach hätte das Berufungsgericht, soweit es den vom Beklagten bestrittenen Klagevortrag als schlüssig für einen Schadensersatzanspruch aus § 19 BNotO erachtet hat, den angebotenen Beweis zu den streitigen Erklärungen des Beklagten anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages erheben müssen; dies hat es verfahrensfehlerhaft unterlassen. Beweispflichtig für eine Amtspflichtverletzung des Beklagten sind die Kläger (vgl. BGH, Urt. v. 16. Juni 1988 – IX ZR 34/87, WM 1988, 1639, 1642).

Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, es habe sich auf Grund der ausführlichen Erörterungen im Verhandlungstermin zu einer Sachentscheidung ohne Beweisaufnahme in der Lage gesehen, hat es keine nachprüfbaren Umstände mitgeteilt, die seine gerügte Feststellung stützen können.

4. Soweit das Berufungsgericht einige der von den Klägern geltend gemachten Schadensposten auf eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten zurückgeführt hat, fehlt dafür – gemäß der Revisionsrüge – nach den vorstehenden Ausführungen eine tragfähige Grundlage.

IV.

Zu Recht beanstandet die Revision auch die Ansicht des Berufungsgerichts, den Klägern stehe kein Schadensersatzanspruch gegen die Verkäufer zu, weil den Beteiligten die tatsächlichen Umstände im wesentlichen bekannt gewesen seien.

Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO haftet ein Urkundsnotar aus einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung nur dann, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann. Der Anspruchsteller – also die Kläger – haben das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit darzulegen und zu beweisen. Negative Anspruchsvoraussetzungen sind diejenigen Ersatzmöglichkeiten, die demselben Tatsachenkreis entsprungen sind, aus dem sich die Schadenshaftung des Notars ergibt, und begründete Aussicht auf Erfolg bieten. Ist eine solche andere Ersatzmöglichkeit nicht auszuschließen, so ist die Klage gegen den Notar als zur Zeit unbegründet abzuweisen (BGH, Urt. v. 19. Oktober 1995, a. a. O. 32). Auch eine früher bestehende, schuldhaft versäumte Ersatzmöglichkeit kann die Notarhaftung wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung ausschließen (BGH, Urt. v. 22. Juni 1995 – IX ZR 122/94, WM 1995, 1883, 1885).

1. Nach ihrem eigenen Vorbringen können die Kläger einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer H. aus § 463 BGB oder aus einem Verschulden bei Vertragsabschluss haben (vgl. BGHZ 60, 319, 320 ff; 114, 263, 266 ff; BGH, Urt. v. 3. Juli 1992 – V ZR 97/91, NJW 1992, 2564, 2565), weil dieser anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages den Klägern wahrheitswidrig erklärt haben soll, das Wohnungseigentum Nr. 11 umfasse auch die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12.

2. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob ein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer H. begründete Aussicht auf Erfolg bietet. Nach dem Klagevortrag ist H. vermögenslos; unstreitig hat dieser im November 1996 die eidesstattliche Versicherung gemäß § 899 ZPO abgegeben. Soweit der Beklagte dennoch Vermögen dieses Verkäufers behauptet hat, ist es zweifelhaft, ob ein Schadensersatzanspruch gegen H. in angemessener Zeit durchgesetzt werden könnte und deswegen die Verfolgung eines solchen Anspruchs den Klägern zuzumuten ist. Auf eine unsichere, im Ergebnis zweifelhafte andere Ersatzmöglichkeit darf ein haftpflichti-

ger Notar den Geschädigten nicht verweisen (BGH, Urt. v. 22. Juni 1995, a. a. O.).

V.

Für das weitere Berufungsverfahren wird auf folgendes hingewiesen:

1. Es wird vorrangig zu prüfen sein, ob die Kläger den geltend gemachten Hauptschaden erlitten haben, der darin bestehen soll, dass sie angeblich kein Eigentum an der Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 erlangt haben. Nach dem vom Senat beigezogenen Grundbuchauszug scheint der Aufteilungsplan – entsprechend der Zeichnung zur amtlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 27. November 1991 und im Gegensatz zu der ursprünglichen Zeichnung – dafür zu sprechen, dass das Wohnungseigentum der Kläger mit der Nr. 11 des Aufteilungsplans sich auf die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 erstreckt. Sollte sich dies als richtig erweisen, werden die Kläger ihr Klagebegehren und dessen Begründung überprüfen müssen.

2. a) Erstreckt sich das Wohnungseigentum Nr. 11 der Kläger nicht auf die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12, so wird zunächst zu klären sein, ob der Beklagte – gemäß dem bestrittenen, unter Beweis gestellten Vorbringen der Kläger – seine Amtspflicht bei Beurkundung des Kaufvertrages vom 23. März 1993 durch unwahre oder unvollständige Angaben schuldhaft verletzt hat. Für die Richtigkeit dieses Vorbringens kann es sprechen, dass nach der vom Beklagten beurkundeten Teilungserklärung vom 18. Dezember 1991 zum Wohnungseigentum Nr. 11 Keller „mit den Nrn.: 11 + 12" gehörten und „Stellplatz 11 + 12" zugeordnet wurden, dass diese Angaben durch die vom Beklagten errichtete Urkunde vom 16. Juni 1992 – unter Wegfall der Bezeichnung Nr. 12 – berichtigt worden sind und dass in den vom Beklagten beurkundeten Ergänzungen zu Wohnungskäufen, die vor der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 27. November 1991 geschlossen worden waren, darauf hingewiesen wurde, dass diese die Wohneinheiten von 12 auf 11 beschränkt habe.

b) Sollte sich eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten ergeben, so wäre zu prüfen, ob ein Ursachenzusammenhang zwischen einer solchen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden der Kläger besteht (§ 287 ZPO); dafür tragen die Kläger die Darlehens- und Beweislast (vgl. BGH, Urt. v. 19. Oktober 1995, a. a. O. 32; v. 21. November 1996 – IX ZR 220/95, WM 1997, 325, 326).

Dazu haben die Kläger behauptet, bei Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten hätten sie den Kaufvertrag nicht in der vorliegenden Form bzw. gar nicht geschlossen. In diesem Zusammenhang wird zu prüfen sein, ob der Beweis des ersten Anscheins für ein beratungsgemäßes Verhalten des Geschädigten deswegen erschüttert ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 27. Mai 1993 – IX ZR 66/92, WM 1993, 1513, 1516), weil die Kläger mit dem Wohnungserwerb – nach ihrem Vorbringen sonst uneinbringliche – Forderungen gegen die Verkäufer verwirklichen wollten.

c) Sollte der Beklagte wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung haften, so wird festzustellen sein, ob – gemäß den vorstehenden Ausführungen – eine anderweitige Ersatzmöglichkeit wegen eines Schadensersatzanspruchs gegen die Verkäufer mit wirtschaftlich begründeter Erfolgsaussicht besteht.

d) Dass den Klägern ein schadensursächliches Mitverschulden (§ 254 BGB) im Bereich ihrer Eigenverantwortung vorzuwerfen sei, hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. BGHZ 91, 243, 260) bisher nicht vorgetragen.

3. Es ist nicht auszuschließen, dass die Kläger hilfsweise andersartige Schadensersatzanprüche geltend machen wollen.

Sie haben eine Zeichnung vorgelegt, die nach dem Klagevortrag zur amtlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 27. November 1991 gehört; in dieser Zeichnung scheint – anders als in der früheren Zeichnung der Verkäufer, die Wohnungen mit den Nrn. 11 und 12 auswies – der gesamte Bereich dieser beiden Wohnungen nur mit der Nr. 11 bezeichnet zu sein. Dies spricht dafür, dass die beiden Wohnungen zu einer Eigentumswohnung Nr. 11 zusammengefasst worden sind. Handelt es sich – dies ist weder vorgetragen noch festgestellt worden – bei dieser jüngeren Zeichnung um den Aufteilungsplan i. S. d. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, so scheinen Teilungserklärung, Aufteilungsplan und Grundbucheintragung darin übereinzustimmen, dass sich das von den Klägern erworbene Eigentum an der Wohnung Nr. 11 auf die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 erstreckt (vgl. BGHZ 130, 159, 166). Dass die Abgrenzung eines solchen Wohnungseigentums von fremdem Sondereigentum und vom Gemeinschaftseigentum beeinträchtigt sei (vgl. dazu BGHZ 130, 159, 166; BayObLGZ 1980, 226, 228 ff; 1981, 332, 335), ist nicht behauptet worden.

a) Möglicherweise wollen die Kläger geltend machen, ihr Wohnungseigentum Nr. 11, das die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 umfasse, sei beeinträchtigt, weil nur eine Wohnfläche von 51,77 qm „amtlich genehmigt" worden sei.

Ein solcher Schaden ist den Klägern jedoch nicht dadurch entstanden, dass – gemäß dem Klagevortrag – eine von den Bauträgern erstellte „Berechnung der Wohn- und Nutzfläche nach DIN 283" eine zu geringe Wohnfläche ausweist und als Anlage der amtlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 27. November 1991 zu den Grundakten gelangt ist. Das Wohnungseigentum bestimmt sich nach der Grundbucheintragung in Verbindung mit der Teilungserklärung, dem Aufteilungsplan und – in beschränktem Umfang (vgl. BGHZ 110, 36, 39 f) – nach der Abgeschlossenheitsbescheinigung (vgl. BGHZ 130, 159, 166; BayObLGZ 1980, 226, 228 ff; 1982, 263, 266 f; BayObLG NJW-RR 1990, 657, 659). Die Kläger haben nicht behauptet, dass diese Urkunden eine falsche Wohnflächenangabe enthielten. Eine unrichtige Berechnung der Wohn- und Nutzfläche des Wohnungseigentums in einer Unterlage, die als Anlage der Eintragungsbewilligung zu den Grundakten gelangt ist (§ 7 Abs. 4 WEG), betrifft einen tatsächlichen Umstand, auf den sich die Rechtsvermutung des § 891 BGB und der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892 BGB nicht erstrecken (BayObLGZ 1976, 106, 109; 1987, 410, 411; BayObLG DNotZ 1980, 745, 746; OLG Oldenburg Rpfleger 1991, 412; 1992, 387; Demharter, Grundbuchordnung 22. Aufl. § 2 Rdnr. 26). Eine solche rein tatsächliche Größenangabe fällt nicht unter § 22 GBO und kann jederzeit ohne Einhaltung der Form des § 29 GBO berichtigt werden (BayObLGZ 1987, 410, 412; OLG Oldenburg Rpfleger 1991, 412; Demharter, a. a. O., § 22 Rdn. 23).

b) Sollte sich das Eigentum der Kläger an der Wohnung Nr. 11 auf die Wohnung mit der früheren Bezeichnung Nr. 12 erstrecken, so kann das Klagevorbringen auch dahin verstanden werden, dass die Kläger Schadenersatz verlangen, weil kein getrenntes, selbständiges Eigentum an diesen Wohnungen begründet worden ist.

Eine Aufteilung des Wohnungseigentums in zwei abgeschlossene Wohneinheiten bedarf nach dem Gesetz nicht der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer, wenn eine solche Unterteilung durch die Teilungserklärung oder eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer von deren Zustimmung – oder von derjenigen eines Dritten – abhängig sein sollte, so darf die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund versagt werden (BGHZ 49, 250, 253, 256 ff; vgl. BGHZ 73, 150, 153 ff zur Veräußerung eines durch Unterteilung entstandenen Wohnungseigentums). Aus dieser Rechtslage kann sich eine – von den Klägern behauptete – Äußerung eines Verkäufers und des Beklagten bei Vertragsabschluss erklären, die Begründung von Sondereigentum an der früher als Nr. 12 bezeichneten Wohnung sei ein reines Zeitproblem.

c) Soweit die Kläger dem Beklagten vorwerfen, sie hätten entgegen ihren Vorstellungen eine zu geringe Wohnfläche erworben, kann ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten dann in Betracht kommen, wenn die Kläger anlässlich der Beurkundung eine bestimmte Erwartung hinsichtlich der Wohnungsgröße geäußert haben und der Beklagte sodann wider besseres Wissen die Kläger nicht wahrheitsgemäß aufgeklärt haben sollte. Diese Haftungsvoraussetzung haben die Kläger bisher nicht substantiiert dargelegt. Die Vertragsurkunde beschreibt den Kaufgegenstand ohne Größenangabe und schließt die Gewährleistung für eine bestimmte Größe des gekauften Wohnungseigentums aus (§§ 1, 3, 4 des Kaufvertrages).

d) Die Kläger können ihr Vorbringen und Begehren noch während des weiteren Berufungsverfahrens klarstellen.

GmbHG §§ 53, 55, EGBGB Art. 11, Art. 37

Bei beurkundungspflichtigen, gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, die die Satzung der Gesellschaft betreffen, ist die Einhaltung der Ortsform nicht ausreichend. Der von einem Schweizer Notar in Basel beurkundete Beschluss einer Kapitalerhöhung einer GmbH ist unwirksam.

LG Mannheim, Beschl. vom 27. 7. 1998 – 24 T 2/98

Aus den Gründen:

I.

Einzige Gesellschafterin der I. GmbH ist die I. AG mit Sitz in U. Am 12. 2. 1997 hielt die I. AG in Basel/Schweiz eine Gesellschafterversammlung der I. GmbH ab, wobei u. a. eine Kapitalerhöhung des bisherigen Stammkapitals der Gesellschaft von 50 000,– DM auf 2 000 000,– DM beschlossen wurde. Ein Notar mit Sitz in Basel beurkundete diesen Beschluss.
Der Geschäftsführer der I. GmbH hat die Änderung zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Das Amtsgericht hat die Eintragung abgelehnt, da die Beurkundung nicht durch einen deutschen Notar erfolgte.

II.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist die Beschwerdeführerin beschwerdeberechtigt (vgl. BGH GmbHR 1989, 25 ff., 26). Die Kammer hat im Hinblick auf die Stellung der für die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren auftretenden Firma (Alleingesellschafterin der Beschwerdeführerin) von einem Nachweis der Bevollmächtigung abgesehen. Gleiches gilt für die Berechtigung der im Namen der Bevollmächtigten auftretenden Mitarbeiter deren Rechtsabteilung.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

1. Nach Art. 11 I EGBGB bestimmt sich die Frage der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts alternativ nach dem Recht, dem das zu Grunde liegende Geschäft unterliegt (Geschäftsrecht), oder nach dem Recht des Ortes der Vornahme des Rechtsgeschäfts (Ortsrecht).

Danach ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es entweder die Formerfordernisse des Ortsrechts oder des Geschäftsrechts erfüllt.

a. Dabei ist zunächst umstritten, ob auch im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge die Beachtung des Ortsrechts ausreichend ist (für diese Auffassung z. B. Palandt, BGB, 57. Aufl. Rdz. 1 zu § 11 EGBGB; OLG Düsseldorf NJW 1989, 2200; OLG München NJW-RR 98, 758; dagegen z. B. Lichtenberger, Deutsche Notarzeitung 1986, 644 ff., 653; Schervier, NJW 92, 593 ff.; Goette, Deutsches Steuerrecht 96, 709 ff.; OLG Karlsruhe RIW 79, 567; LG Augsburg BB 98, 120; LG Kiel, Betriebsberater 98, 120; offengelassen von BGH NJW 1981, 1160).

Die Kammer schließt sich der Auffassung an, wonach bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, die die Satzung der Gesellschaft betreffen, die Ortsform nicht ausreichend ist. In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung des IPR (Gesetz vom 25. 7. 1986) ist ausgeführt, dass § 11 *nicht* die Form von Vorgängen, die sich auf die Verfassung von Gesellschaften und juristischen Personen beziehen, regelt (BT-Drucksache 10/504, 49; Lichtenberger a. a. O.; Schervier a. a. O., 594).
Art. 37 Nr. 2 EGBGB enthält darüber hinaus die ausdrückliche Bestimmung, dass die Vorschriften über das Schuldrecht nicht auf Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht Anwendung finden. Zwar steht Art. 37 in einem anderen Unterabschnitt des EGBGB als Art. 11, dennoch spricht auch diese Regelung dafür, das Ortsrecht in Fällen der vorliegenden Art nicht ausreichen zu lassen (vgl. Schervier a. a. O., 594).

Gegen die Zulassung der Ortsform spricht letztlich auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hat für den Fall der Änderung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH maßgebend auf die besondere Richtigkeitsgewähr und die Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundungspflicht hingewiesen (GmbHR 89, a. a. O., 29).
Die in §§ 53, 55 GmbHG angeordnete notarielle Beurkundungspflicht für Satzungsänderungen, insbesondere auch von Kapitalerhöhungsbeschlüssen, wäre bei Geltung des Ortsrechts – je nach dessen Inhalt – jedoch nicht gewährleistet.

Hieraus folgt nach Auffassung der Kammer, dass die Beachtung des Ortsrechts bei gesellschaftsrechtlich relevanten Vorgängen deren Wirksamkeit nicht begründen kann.

b. Dann stellt sich die Frage, ob die nach deutschem Gesellschaftsrecht notwendige Beurkundung auch von einem ausländischen Notar erfüllt werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (BGH NJW 1981 a. a. O.). In dieser Entscheidung hat der BGB die Gleichwertigkeit für einen in Zürich ansässigen Notar bejaht (für notarielle Beurkundung in Basel darüber hinaus OLG München a. a. O. und LG Nürnberg/Fürth NJW 92, 633). Zur Begründung hat der BGH u. a. ausgeführt, dass die in § 17 BeurkG vorgesehene Prüfungs- und Belehrungsfunktion verzichtbar sei. Dem stehen jedoch die o. g. Darlegungen in der späteren Entscheidung des BGH (GmbHR 89, 25 ff.) entgegen. Aus den Grundsätzen dieser letztgenannten Entscheidung, die allerdings nicht zur Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen Stellung nimmt, ergibt sich nach Auffassung der Kammer, dass die Gleichwertigkeit einer ausländischen Beurkundung nicht lediglich nach formellen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, sondern auch inhaltlich im Hinblick auf die vom Bundesgerichtshof genannten Kriterien Prüfungs- und Belehrungsflicht, sowie Richtigkeitsgewähr – die im Inland durch die Haftung des Notars bzw. der Anstellungskörperschaft abgesichert ist – zu erfolgen hat.

Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Einhaltung dieser Kriterien bei Beurkundungen durch ausländische Notare jedoch nicht sichergestellt ist, genügt eine Beurkundung im Ausland den Formerfordernissen der §§ 53, 55 GmbHG nicht (so auch Lichtenberger, Schervier, Goette, LG Augsburg jeweils a. a. O.).

Mitgeteilt von Notar Dr. Rastätter, Heidelberg

Buchbesprechungen

Firsching/Graf, Nachlaßrecht, 8. vollständig überarbeitete Auflage 2000, mit Diskette, Verlag C.H. Beck, 700 Seiten. In Leinen. ISBN 3-406-45536-0; 128,– DM.
Der Verfasser, Dr. Hans Lothar Graf, Vorsitzender Richter am Landgericht München I, weist in seinem Vorwort darauf hin, daß nicht zuletzt die notarielle Praxis eingehender behandelt wurde. Das mag zutreffen, gleichwohl liegt der Schwerpunkt des Buches bei der Tätigkeit des Nachlaßgerichts und darin besteht auch seine besondere konkurrenzlose Stärke.
Genannt sei hierbei insbesondere die umfassende Darstellung des Erbscheinsverfahrens. Ganz vorzüglich ist der instruktive Anhang (RdNr. 4.196 ff.) betr. Einzelheiten zur Ermittlungspflicht und die Ausführungen über das rechtliche Gehör und die Anhörungspflichten (RdNr. 4.208 ff.).
Sehr gut ist auch die reichhaltige Darstellung ausländischen Erbrechts, wie das Beispiel Österreich (RdNr. 2.113) zeigt. Gut dargestellt ist auch das Verfahren zur Entlassung des Testamentsvollstreckers (RdNr. 4.481 ff). Bedenken bestehen lediglich hinsichtlich des Ratschlages, den Beschluß kurz zu begründen. Bei den sogenannten unechten Streitsachen des Nachlaßgerichts, wie Erbschein, TV-Zeugnis und TV-Entlassung, sollte die Begründung nach der tatsächlichen und nach der rechtlichen Seite ausführlich sein, um den Beschluß beschwerdefest zu machen.
§ 14 Heimgesetz hat große Bedeutung erlangt. Die Ausführungen in RdNr. 1.61. lit.b) sind ausführlich und geben eine schnelle Orientierung über dieses recht heikle Rechtsgebiet.
Nicht zugestimmt werden kann den Ausführungen über die Sittenwidrigkeit der gängingen Behindertentestamente. Der Verfasser steht hier konträr zum BGH. Bei der Darstellung der Überschuldung ist noch auf die KO verwiesen, die inzwischen durch die InsolvenzO abgelöst wurde.

Einige Kritikpunkte im einzelnen:

Das Abkürzungsverzeichnis des Werkes ist nicht auf dem neuesten Stand. Es fehlt die BWNotz, obwohl im Text natürlich Fundstellen in der BWNotZ genannt sind. Angegeben ist noch WürttNotV, obwohl die Zeitschrift seit dem 1. 1. 1955 als BWNotZ firmiert. Überhaupt sind so manche technische Fehler störend. Siegfried Schmidt's grundlegender Aufsatz zur Vor- und Nacherbfolge (BWNotZ 1966, 139) wird öfters zitiert, dabei aber Schmidt einmal mit dt, dann aber mit d geschrieben. Der seit Jahren unter Demharter firmierende Kommentar zur GBO wird weiterhin unter der alten Bezeichnung Horber/Demharter zitiert. Derartiges sollte bei dem marktführenden Verlag C. H. Beck eigentlich nicht vorkommen.

RdNr. 1.26 ff. enthält noch das alte Erbrecht des nichtehelichen Kindes vor Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes und ist daher nicht ganz aktuell. Bei RdNr. 4.241 wird übersehen, daß der Präsident des Landgerichts den Notar gem. § 18 BNotO von der Schweigepflicht entbinden muß, die Erben haben nach h. M. insoweit keine Befreiungsbefugnis. Bei RdNr. 4.284 erstreckt sich der Nacherbenvermerk im Erbschein auf einen einzelnen Nachlassgegenstand, was mit dem Prinzip der Universalsukzession nicht zu vereinbaren ist.

Bei RdNr. 4.470 vermißt man bei den Fragen, die sich in Bezug auf das Testamentsvollstreckerzeugnis bei Beendigung des Amtes des TV stellen, in den Schrifttumsangaben den grundlegenden Aufsatz von Bestelmeyer ZEV 1997, 316.

Bedauerlich ist überhaupt, daß die ZEV nicht ausgewertet wurde. Aber vielleicht ist das bei einer „nur" überarbeiteten Auflage zu viel verlangt.

Fazit: Das Werk ist für jedes Nachlaßgericht unentbehrlich. Es leistet aber auch dem Notar, der nicht wie der Baden-Württembergische Amtsnotar zugleich Nachlaßrichter ist, gute Dienste.

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ., Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen, Ludwigsburg

Eylmann/Vaasen (Hrsg.) Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz. Bearbeitet von Notar Wolfgang Baumann, Wuppertal, Notar Hans Custodis, Köln, Rechtsanwalt und Notar Horst Eylmann, Notar Norbert Frenz, Rechtsanwalt und Notar Klaus-Dieter Hartmann, Notar a. D. Christian Hertel, Notar a. D. Peter Limmer, Notar Walter Schmitz-Valckenberg, Notar a. D. Timm Starke, Rechtsanwalt und Notar Johannes Stockebrand, Notar Hans-Dieter Vaasen, Notar Axel Wilke. Verlag C. H. Beck 2000. XXII, 1156 Seiten. Leinen. DM 218,– DM, ISBN 3-406-44569-1

Mit der Kommentierung der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes in einem Band beschreibt der Verlag einen neuen Weg. Die Zusammenfassung macht aber Sinn; denn die berufsrechtlichen Vorschriften der BNotO und die beurkundungsrechtlichen Bestimmungen des BeurkG grenzen die Tätigkeit des Notars von anderen Berufsträgern auf dem Rechtsberatungsmarkt deutlich ab. Gleichzeitig gehören BNotO und BeurkG zum Handwerkszeug eines jeden Notars. Etwa 2/3 des Buchs ist der Kommentierung der Bundesnotarordnung gewidmet. Die Kommentatoren haben an der Reformgesetzgebung der BNotO maßgeblich mitgewirkt oder sie als Präsidenten der Bundesnotarkammer und einzelner Landesnotarkammern kritisch begleitet. Darüberhinaus sind Herausgeber und Kommentatoren exponierte Vertreter sowohl des Nurnotariats als auch des Anwaltsnotariats und gewährleisten dadurch eine ausgewogene Kommentierung vor dem Hintergrund der Berufswirklichkeit beider Notariatsformen. Die Verf. widmen den am 8. 9. 1998 in Kraft getretenen, umfangreichen Neuregelungen der BNotO und des Beurkundungsrechts besonderes Augenmerk, namentlich dem Zugang zum Notariat, den Möglichkeiten beruflicher Zusammenschlüsse und der Amtsführung der Notare sowie der Verschärfung der notariellen Mitwirkungsverbote und im Bereich des BeurkG dem neuen § 17 Abs. 2a betreffend die Gestaltung des Beurkungsverfahrens und den §§ 54a ff, wo die formellen und materiellen Voraussetzungen für die notarielle Verwahrung nunmehr eine zusammenfassende Regelung erfahren haben, welche die fragentarische Regelung der DONot ablöst. Da die Richtlinien der Notarkammern bei Druckregelung noch nicht in allen Kammerbezirken verabschiedet waren, wurden die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer im Textanhang 1 abgedruckt. Anstatt der gleichfalls noch nicht erlassenen Dienstordnung für Notare ist in den Anhang 2 der Entwurf der Dienstordnung (Stand Juni 1999) aufgenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Herbst 1999 berücksichtigt.

Das Buch, das in erster Linie als Praxishilfe konzipiert ist, aber das wissenschaftliche Fundament keinesfalls vernachlässigt, wendet sich vornehmlich an Notare, Rechtspfleger und die Gerichte und wird seinen Platz in ihren Bibliotheken als zuverlässiger Führer durch das notarielle Berufsrecht einnehmen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Karlsruhe

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht. Bearbeitet von Prof. Dr. Georg Crezelius, Prof. Dr. Volker Emmerich, Notar Prof. Dr. Hans Joachim Priester, Prof. Dr. Karsten Schmidt, Prof. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dr. h. c. Klaus Tiedemann, Prof. Dr. Harm Peter Westermann, RA Dr. Heinz Winter. 9. neubearbeitete und erweiterte Aufl., 2000. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln. I. Band (§§ 1-44, Anhang Konzernrecht), 2159 Seiten, 398 DM. Band II in Vorbereitung für 2000.

Die 9. Auflage des „Scholz" bestätigt wiederum den bisherigen hohen Rang des Kommentars. Wie schon in den früheren Auflagen gelingt es den Bearbeitern, das anfallende Material übersichtlich zu erfassen und die aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre praxisnah, aber gleichwohl auf anspruchsvollem wissenschaftlichen Niveau darzustellen. In die Neuauflage sind nun auch die zahlreichen Änderungen, die das GmbH-Recht in den letzten Jahren erfahren hat, zuverlässig eingearbeitet. Das betrifft nicht nur neue Gesetze wie das KonTraG, das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz, das Gesetz über die Einführung des Euro und die Insolvenzordnung, sondern auch das Handelsrechtsreformgesetz, welches nicht nur das Firmenrecht grundlegend veränderte, vielmehr auch eine neue Regelung über den Sitz der Gesellschaft einfügte und die Modalitäten um die Erreichung der Gesellschafterliste neu fasste. Insgesamt ist die neue Auflage des „Scholz" wiederum ein mit größter Sorgfalt, überlegener Sachkenntnis und hohem wissenschaftlichen Anspruch erstellter Kommentar, der sowohl dem Praktiker präzise Antworten gibt, als auch dem Rechtswissenschaftler niveauvolle Problemdarstellungen liefert. Das Werk ist auch in außergewöhnlichen Problemlagen eine verlässliche Hilfestellung. Die angebotenen Lösungen sind praxisgerecht und in ihrer Qualität richtungsweisend. Auch Rechtsfragen, die nicht im Brennpunkt der Diskussion stehen, bleiben beim „Scholz" nicht „links liegen". Die Neuauflage ist ein unverwechselbares Meisterwerk juristischer Kommentierkunst.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Lutter: Kommentar zum Umwandlungsgesetz. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h. c. Marcus Lutter. Bearbeitet von Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Reinhard Bork, RA Dr. Christian E. Decher, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Prof. Dr. Walther Hadding, RA Dr. Wilhelm Happ, Prof. Dr. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Ulrich Hübner, Prof. Dr. Detlev Joost, Prof. Dr. Martin Karollus, RA Dr. Gerd Krieger, Prof. Dr. Lothar Kuhlen, RA Prof. Dr. Dr. h. c. Marcus Lutter, Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Notar Prof. Dr. Peter Rawert, RA Prof. Dr. Harald Schaumburg, RA Dr. Harry Schmidt, Prof. Dr. Arndt Teichmann, RA Dr. Martin Winter. 2. überarbeitete und erweiterte Aufl. 2000. Verlag Dr. Otto Schmid KG, Köln. 2 Bände, 3001 Seiten. 348 DM.

Das Umwandlungsgesetz hat die Umwandlungsmöglichkeiten insgesamt in ganz starkem Maße ausgeweitet. Spaltung und Ausgliederung wurden als neue Rechtsinstrumente geschaffen, Vereine und Kommanditgesellschaften können fusionieren. Für jede Umwandlung sind auch die Fragen der Steuer und des Steuerrechts von herausragender Bedeutung. Das Werk berücksichtigt all dies in gebührendem Umfang und zwar im Kontext mit der für den Leser relevanten Form der Umwandlung. Eingearbeitet sind in der Neuauflage sämtliche Gesetzesänderungen wie EuroEG, HRefG, Gesetz zur Änderung des UmwG. Die vielen neuen Gerichtsentscheidungen wurden eingehend erörtert. Neu aufgenommen wurde ein Entscheidungsregister. Es ermöglicht dem Benutzer einen leichteren Zugang zu den Entscheidungen und

vermeidet Mehrfachzitate. Mit dem „Lutter" hat der Praktiker eine zuverlässige Hilfe bei der Beratung und Vertragsgestaltung an der Hand. Die schwierigen und vielfältigen Probleme des Umwandlungsrechts finden in dem trefflich gelungenen Werk ihre Lösung. Dank seiner klaren, verständlichen und ebenso gut durchdachten Argumentation hilft die Neuauflage, das Rechtsgebiet auch an seinen vielen komplizierten Stellen zu durchschauen. Alles in allem: der neue „Lutter" ist wiederum eine runde Sache.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1231 Seiten DIN A 5, geb. DM 198,–, ISBN 3-504-32478-3.

Kapitalaufnahme-Erleichterungsgesetz, Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im unternehmerischen Bereich, vor allem aber das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG), das EuroEG und die InsO machen eine Neuauflage gegenüber der 1985 erschienenen Vorauflage (vgl. Besprechung BWNotZ 1996) notwendig. Zwei der profiliertesten Gesellschaftsrechtler bürgen dafür, dass alle für das GmbH-Recht relevanten neuen Gesetze und die aktuelle Judikatur (bis 1. 10. 1999) nicht nur eingefügt, sondern auch richtungsweisend und praxisgerecht erläutert werden. beibehalten wurden die Zeitangabe der Textentstehung bei jedem Paragraphen mit Judikaturhinweisen zu Reformteilen oder Wortgleichheit mit dem AktG sowie die praktischen Beispiele und die kompakte und übersichtliche Darstellung. Die Fußangeln des neuen Firmenrechts (§ 4 einschließlich der Probleme mit Allerweltsnamen, Abkürzungen, Zahlen, fremdsprachigen Elementen und Ablehnung von Bildzeichen sowie des Namensschutzes und unl. Wettbewerbs), des Firmensitzes (Ablehnung des Doppelsitzes bei Neugründung) und der Gesellschafterliste (§ 40) aber auch die vielfältigen Auswirkungen des EuroEG (§ 86 einschließlich Glättung und Probleme der Disproportionalität) und der InsO (§§ 32a und b und § 64) sind vollständig kommentiert. Die Bedeutung der Vorgesellschaft (§ 11, Haftung einschließlich der Unterbilanzhaftung, Aufgabe der Gründungsges.) und den Pflichten und der Haftung der Geschäftsführer (§ 6 und Anhang zu § 13) u. a. wurden aktualisiert. Auch für so umstrittene Fragen wie Voraussetzungen, Wirkung und Zeitpunkt des Ausscheidens bei Einziehung eines Geschäftsanteils oder Ausschlusses eines Gesellschafters wird der Meinungsstand zuverlässig dargestellt und ein eigener Standpunkt und Lösungsvorschlag begründet.

Dass die Kommentierung der wegen Fristablauf bedeutungslos gewordenen Anpassungsvorschriften in den neuen Bundesländern entfiel, ist richtig; so könnten die 30 Seiten Textanhang (AktG, HGB) entfallen, bevor der „Kurzkommentar" überquillt; das Entscheidungsregister ist bei der Vielfalt der Veröffentlichungsmöglichkeiten hilfreich. Das Werk ist jedem/r Berater/in, Notar/in und mit GmbH-Sachen befassten Rechtspfleger/in ein zuverlässiges, vorzügliches Hilfsmittel.

Dieter Epple, Bezirksnotar a. D., Asperg

Schippel, Bundesnotarordnung, Kommentar, 7. neu bearbeitete Auflage 2000, 802 Seiten, in Leinen. Verlag Franz Vahlen, ISBN 3-8006-2478-8, 248,– DM.

Notar a. D. Professor Helmut Schippel, Ehrenpräsident der Bundesnotarkammer, einer der ganz großen Persönlichkeiten in der Geschichte des deutschen Notariats, hat leider das Erscheinen der 7. Auflage nicht mehr erlebt. Das Werk stellt, wie der Präsident der Bundesnotarkammer, Dr. Hans-Dieter Vaasen, in seinem Geleitwort feststellt, sein Vermächtnis dar. Neben dem Verstorbenen haben kommentiert: Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Dr. Reiner Lemke, Richter am BGH, Dr. Karl Haug, Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter und Rechtsanwalt und Notar a. D. Dr. Richard Vetter.

Durch die Verweisung in § 20 LFGG (neugefasst durch das Gesetz vom 20. 12. 1999, Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1999, 662) gelten die zentralen Normen der BNotO (Allgemeine Amtspflichten) – in § 20 LFGG ist, wohl in Folge eines Redaktionsversehens von „Allgemeiner Berufspflicht" die Rede – wurde von Schippel kommentiert. Ausführlich werden die Fälle dargestellt, in denen der Notar nicht rechtmäßige Amtshandlungen abzulehnen hat, z. B. bei nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäften. Auch die Ablehnung bei erkennbar unredlichen Zwecken ist sehr instruktiv dargestellt. Hier würden die Grenzfälle erfasst, bei denen der Notar den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht erheben will, seine Mitwirkung ihm aber im Hinblick auf die Stellung seines Berufes in der Rechtspflege nicht zugemutet werden kann. Sehr streng ist Schippel beim außerberuflichen Verhalten, übermäßiger Wirtshausbesuch oder Umgang mit moralisch minderwertigen Personen schmälern die Wertschätzung des Notarstandes. Werbung ist gemäß § 29 BNotO nun nicht mehr generell verboten, darf aber nie der eines Gewerbetreibenden gleichen, insbesondere ist jede vergleichende Werbung untersagt. § 31 BNotO regelt das Kollegialitätsgebot, dies sei im Kern nicht anderes, als der Ausdruck eines selbstverständlichen Gebotes der Höflichkeit und Sachlichkeit im Umgang mit den Mitmenschen.

Reithmann kommentiert § 24 BNotO, auch diese Bestimmung gilt für den Amtsnotar. Die Beratungs- und Betreuungstätigkeit ist ausführlich und prägnant dargestellt. Planende Beratung sei mehr und mehr erwünscht, auch auf steuerlichem Gebiet. Hier wären allerdings genaue Ausführeungen am Platze gewesen, wie weit die steuerberatende Tätigkeit des Notars gehen kann. Das Steuerberatungsgesetz verweist nämlich seinerseits wieder auf die BNotO.

Auch die ausgleichende Beratung, besonders durch Moderation und Mediation, falle unter § 24 BNotO. Das Vertretungsrecht des Notars vor Gerichten und Verwaltungsbehörden gehört zu seinem Amt und findet lediglich dort seine Grenze, wenn sich, etwa in einem Erbscheinsverfahren vor dem Nachlassgericht, auf der gleichen rechtlichen Ebene ein anderer Beteiligter mit widerstreitenden Interessen meldet.

Bei der Kommentierung des § 1 BNotO ist Schippels klares Bekenntnis wegweisend, dass die Übertragung eines öffentlichen Amtes auf den Notar beweist, dass er Funktionen ausübt, die auf dem Aufgabenbereich des Staates, und zwar der Justiz, abgeleitet sind. Er nimmt Zuständigkeiten wahr, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestattet sein müssen.

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ.
Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen, Ludwigsburg

Staub, Handelsgesetzbuch. Großkommentar, 4., neubearbeitete Auflage. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer. 19. Lieferung: §§ 114-122. Bearbeiter Ulmer, 1999. Verlag Walter de Gruyter, Berlin.

Auch die 19. Lieferung ist wieder voll auf die Belange der Praxis, aber auch der Wissenschaft ausgerichtet. Sie behandelt die wichtigen Vorschriften über die Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter einer OHG, arbeitet Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften des Selbstorgans und etwaige Interessenkollisionen heraus, erläutert das Einstimmigkeitsprinzip und seine Ausnahmen bei Beschlussfassungen der Gesellschafter, geht auf Stimmrechtsausschlüsse und die Rechnungslegung sowie Ergebnisverwendung unter Beachtung auch steuerrechtlicher Aspekte ein, befasst sich mit dem Informations- und Kontrollrecht als individuelles Mitgliedschaftsrecht und mit der Treupflicht der Gesellschafter. Stets berücksichtigt sind die Neuerungen der Handelsrechtsreform 1998 und auch Veränderungen, die durch den Einsatz neuer Medien im Handelsrecht bedingt sind. Die 19. Lieferung informiert wieder wie gewohnt zuverlässig und kompetent.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum:
Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar, 73525 Schwäbisch Gmünd, Uhlandstraße 3 (Tel. 0 71 71/60 25 58), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21 / 59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind zu richten an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51). Bezugspreis jährlich DM 75,–. Einzelnummer DM 10,–. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21 / 35 00-0, Fax 0 73 21 / 35 00 15).