

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar Achim Falk,
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,
Karlsruhe

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

5-6/2005

Oktober
Seiten 97-128

Inhalt

Abhandlungen

Fischer

**Das Stiftungsrecht unter besonderer
Berücksichtigung der landesrechtlichen
Anwendung in Baden-Württemberg
und steuerrechtlicher Aspekte** 97

Maurer

**Die rechtsgeschäftliche Vertrags-
übernahme** 114

Mohr

**Altlastenklauseln in Grundstücksverträgen
und Notarhaftung** 125

Buchbesprechungen 128

Das Stiftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der landesrechtlichen Anwendung in Baden-Württemberg und steuerrechtlicher Aspekte

(von Dirk Fischer, Notaranwärter in Herbertingen-Hundersingen)

I. Vorbemerkungen

A. Begriff

Weder im BGB noch in den Landesstiftungsgesetzen findet sich eine Definition des Begriffes Stiftung. Allgemein versteht man jedoch unter einer Stiftung im Rechtssinne, also gem. der §§ 80 ff BGB, eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen von einem Stifter oder mehreren Stiftern bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll.¹

Die Stiftung ist demnach eine juristische Person ohne Gesellschafter oder Mitglieder. Dies unterscheidet sie von anderen juristischen Personen oder Körperschaften wie z.B. Gesellschaften oder Vereinen.

B. Gesetzliche Grundlagen

Das Stiftungsrecht ist nicht bundeseinheitlich geregelt.

In den §§ 80 ff BGB mit Verweisen auf das Vereinsrecht ist nur die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts geregelt. Ergänzt werden diese Regelungen durch landesgesetzliche Vorschriften, vor allem in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie z.B. der Anerkennungsverfahren, der Stiftungsaufsicht oder der Ausgestaltung der Stiftungsverfassung.

Für das Land Baden-Württemberg ist das Stiftungsgesetz für Baden-Württemberg (StiftG) vom 04. Oktober 1977 (GBl. S. 408), zuletzt geändert am 16. Dezember 2003 (GBl. S. 720) als Reaktion auf die Reform des Stiftungsrechts im BGB, maßgebend. Der Geltungsbereich des Baden-Württembergischen StiftG umfasst nach § 1 StiftG ausschließlich rechtsfähige Stiftungen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts mit dem Sitz in Baden-Württemberg. Nichtrechtsfähige Stiftungen unterliegen somit keiner Spezialgesetzgebung und werden demnach über die allgemeinen Gesetze geregelt.²

Für Steuerfragen gelten darüber hinaus noch vor allem §§ 14, 51 ff AO (Abgabenordnung), Bestimmungen des EStG (Einkommensteuergesetz), des KStG (Körperschaftsteuergesetz) und des ErbStG (Erbrechtssteuergesetz).

C. Destinatäre

Die Empfänger der Zweckzuwendungen werden Destinatäre genannt.³ Wenn die Stiftungssatzung der Stiftung kein Ermessen in der Vermögenszuwendung lässt und objektive Kriterien hierzu aufgestellt sind, besteht ein klagbarer Rechtsanspruch auf die Zuwendung, ansonsten bleiben

die Vermögenszuwendungen im Ermessen der Stiftung oder der in der Stiftungssatzung hierzu bestimmten Organe.⁴

In der Satzung kann der Rechtsanspruch der Destinatäre auf die Zuwendungen ausgeschlossen werden; damit wird der Handlungsspielraum für den Vorstand erweitert und er wird dadurch in die Lage versetzt, im Sinne der Stiftung zu handeln und nicht im Sinne der Destinatäre. Diese Zielvorstellungen müssen nämlich nicht zwangsläufig identisch sein, die Stiftung muss weiter in die Zukunft orientiert handeln als die Destinatäre dieses unter Umständen gestatten würden. Ohne Rechtsanspruch können sie nur über die Rechtsaufsicht der Stiftungsbehörde⁵ zu ihrem „Recht“ gelangen. Im Hinblick auf die Fortführung des Stifterwillens durch den Vorstand der Stiftung erscheint dies sachgerecht.⁶

Fraglich ist auch, in wieweit die Destinatäre Einfluss auf die Stiftungsverwaltung nehmen können.⁷ Dieses wird überwiegend verneint mit Hinweis auf die Autonomie der Stiftung und seiner Organe.⁸ Da die Stiftungsorgane sich in ihrem Handeln an dem Stifterwillen zu orientieren haben, der über die Satzung festgeschrieben ist, ist es selbstverständlich möglich, dass der Stifter in der Satzung dennoch Kontrollinstanzen vorsieht, er kann auch den Destinatären Befugnisse zuweisen.

D. Abgrenzung einzelner Stiftungsarten

Zu unterscheiden ist insbesondere die öffentlich-rechtliche von der privatrechtlichen Stiftung.

Dabei kann die öffentlich-rechtliche Stiftung nur durch Gesetz oder Verwaltungsakt entstehen und setzt somit hoheitliches Handeln voraus.⁹

Privatrechtliche Stiftungen werden demgegenüber durch Willenserklärungen von Personen errichtet.

1. Öffentlich-rechtliche Stiftungen

a) Öffentlich-rechtliche Stiftung i.e.S.

Bei der öffentlich-rechtlichen Stiftung i.e.S. handelt es sich um eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine Stiftung. Dabei dürfen öffentlich-rechtliche Stiftungen gem. § 17 Abs. 2 StiftG nur errichtet werden, wenn eine Stiftungs-

⁴ Vgl. BGHZ 99, S. 344.

⁵ Vgl. §§ 8 ff StiftG.

⁶ Vgl. hierzu Anlage D, § 3 letzter Satz.

⁷ Diesbezüglich zur Rechtsstellung der Destinatäre einer Familienstiftung und deren Einflussmöglichkeiten auf die Verwaltung der Stiftung vgl. BGH Urteil v. 22.01.1987 III ZR 26/85 in MDR 1987 S. 740.

⁸ Zur ausführlichen Diskussion über die Rechte der Destinatäre vor allem im Hinblick auf Informations- und Kontrollbefugnisse vgl. Wernicke, ZEV 2003, S. 304 ff mit weiterem Verweis auf Schwintek, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts, 2001.

⁹ Vgl. § 17 I StiftG.

¹ Vgl. BayObLG NJW 1973, S. 249.

² Beispielhaft sei der Treuhandvertrag für die treuhänderische nichtrechtsfähige Stiftung genannt.

³ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., 2001, § 85 Rn 4.

aufgabe für die Allgemeinheit von einem ganz besonderen Interesse ist.

Die Stiftungen des öffentlichen Rechts bedürfen nicht der Gemeinnützigkeit im Sinne der Abgabenordnung, da sie gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG als juristische Personen des öffentlichen Rechts ohnehin nur dann der Körperschaftsteuer und den anderen Steuern unterliegen, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art unterhalten.

Im Land Baden-Württemberg gibt es nur sehr wenige Stiftungen dieser Art.¹⁰

Die größte öffentlich-rechtliche Stiftung i.e.S. ist die Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“, die finanzielle Entschädigungsleistungen für ehemalige Zwangsarbeiter in Höhe von jährlich ca. 1,4 Mrd Euro gewährt.

b) Kommunale Stiftung

Kommunale Stiftungen sind öffentlich-rechtliche Stiftungen, die bei kommunalen Körperschaften oder Anstalten, insbesondere den Gemeinden angesiedelt sind.¹¹ Diese Stiftungen betreuen vor allem örtliche kommunale Aufgaben und erfahren erleichterte Bekanntmachungsmöglichkeiten.¹² Nach Auflösung der kommunalen Stiftung fällt das Stiftungsvermögen abweichend vom § 88 S. 2 BGB gem. § 31 Abs. 2 StiftG an die kommunale Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts.

c) Kirchliche Stiftung

Gem. § 22 StiftG sind kirchliche Stiftungen rechtsfähige Stiftungen, die entweder überwiegend kirchlichen Aufgaben dienen oder sich sinnvoll nur in organisatorischer Zuordnung zu einer Religionsgemeinschaft erfüllen lassen. Über § 80 III BGB ist es dem Landesgesetzgeber überlassen, kirchlichen Stiftungen den rechtlichen Rahmen zu geben. So ist z.B. für kirchliche Stiftungen in Baden-Württemberg gem. § 28 StiftG das Kultusministerium die Stiftungsbehörde.

Charakteristisches Merkmal der kirchlichen Stiftungen ist, dass sie sowohl der Kirche gehören als auch mit dieser organisatorisch zusammenhängen. Kirchliche Stiftungen finden sich beispielsweise im Bereich von Krankenhäusern oder als sog. Pfründestiftungen. Die Besonderheit der kirchlichen Stiftungen liegt darin, dass sie nicht der staatlichen Stiftungsaufsicht unterliegen, sondern gem. § 25 StiftG der Aufsicht nach kirchlichem Recht durch die zuständige Kirchenbehörde.

2. Privatrechtliche Stiftungen

a) Rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts¹³

Die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts ist in den §§ 80 ff BGB und in den Landesstiftungsgesetzen geregelt. Sie ist rechtsfähig gem. § 80 Abs. 1 BGB kraft Stiftungsgeschäft und Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes und kann damit selbständig im Rechts- und Geschäftsverkehr auftreten. Sie ist nicht mitgliedschaftlich organisiert und verwirklicht als Vermögensmasse den vom Stifter bestimmten Zweck.

¹⁰ Eine der jüngsten öffentlich-rechtlichen Stiftungen in Baden-Württemberg, die Stiftung „Zentrum für Kunst und Medientechnologie Karlsruhe“, wurde im Jahr 1989 von dem Land Baden-Württemberg und der Stadt Karlsruhe errichtet.

¹¹ Vgl. § 31 StiftG.

¹² Vgl. § 31 Abs. 3 StiftG.

¹³ Die rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts wird ausführlich in Abschnitt II und III dieser Abhandlung dargestellt.

Als solche Vermögensmasse ist sie reine Verwaltungsorganisation.¹⁴

b) Treuhänderische Stiftung

Die treuhänderische Stiftung ist im Gegensatz zur rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts nicht rechtsfähig, sie wird auch als unselbständige Stiftung oder auch als fiduziarische Stiftung¹⁵ bezeichnet. Unter einer unselbständigen Stiftung versteht man die Zuwendung von Vermögenswerten an einen Rechtsträger (Treuhänder) mit der Maßgabe, die ihr zugewendeten Vermögenswerte dauerhaft zur Verwirklichung des vom Stifter bestimmten Zwecks zu verwenden; dieses können sowohl natürliche wie auch juristische Personen sein. Wenn der durch die Satzung festgelegte Stiftungszweck auf Dauer angelegt ist, welches dem Grundgedanken der Stiftung ja entspricht, „sollte ein möglichst unsterblicher Stiftungsträger gewählt werden, also z.B. eine juristische Person, vorzugsweise des öffentlichen Rechts. In Frage kommen etwa Gemeinden, öffentlich-rechtliche Universitäten“¹⁶, Städte, Banken, Sparkassen und sonstige Verbände und Körperschaften, die auf Dauer angelegt sind.

Wenn die Treuhandfunktion selbst von einer Stiftung wahrgenommen wird, spricht man von einer Trägerstiftung. Diese muss dann rechtsfähig sein, um für die unselbständige Stiftung handeln zu können. Mittelbar über die Trägerstiftung unterliegt dann auch die unselbständige Stiftung der staatlichen Rechtsaufsicht durch die Stiftungsbehörde.

Will sich der Stifter nicht schon zu Lebzeiten seines Vermögens entäußern, hat er auch die Möglichkeit, eine unselbständige Stiftung von Todes wegen zu errichten.

Qualitativ handelt es sich bei der Errichtung einer unselbständigen Stiftung von Todes wegen um eine Erbeinsetzung oder Vermächtniszugewendung unter Auflage nach §§ 2192 ff BGB.

Wird die unselbständige Stiftung unter Lebenden errichtet, liegt eine Schenkung unter Auflage gem. § 525 BGB vor. Bei einer gemeinnützigen unselbständigen Stiftung könnte gem. § 525 Abs. 2 BGB auch die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage verlangen, allerdings ist hierbei zu beachten, dass eine behördliche Aufsicht durch die Stiftungsbehörde nicht vorhanden ist, dasselbe gilt nach § 2194 Abs. 2 BGB bei der Errichtung von Todes wegen.

Vorsicht ist auch auf einer anderer Ebene geboten. Die treuhänderische Stiftung basiert nämlich nicht auf einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung wie bei der rechtsfähigen Stiftung, sondern kommt nur durch den Treuhandvertrag mit dem Treuhänder zustande. Der Treuhänder muss dem Treuhandvertrag mit der Stiftungssatzung zustimmen. Demnach sollte der Stifter unbedingt den Treuhandvertrag zu Lebzeiten mit dem Treuhänder abschließen, um sicher sein zu können, dass die Stiftung auch wirklich entsteht.

Diese Art der Stiftung bietet sich vor allem für kleinere Vermögen an, für dessen Verwaltung nicht der Aufwand einer rechtsfähigen Stiftung betrieben werden soll. Da die §§ 80 ff BGB nicht anwendbar sind, ist weder der auf Dauer angelegte Bestand der Stiftung zwingend, noch dass der

¹⁴ Vgl. BGHZ 99, S. 344,350.

¹⁵ Vgl. Langenfeld/Neuhof, Münchner Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbband, 3. Aufl. 1992, Kap. XVII S.877.

¹⁶ Schmidt, ZEV 2003, S. 316.

Vermögensstock erhalten bleiben muss. Zu bedenken ist, dass wegen der fehlenden Stiftungsaufsicht ein gewisses Vertrauen in den Treuhänder vorhanden sein muss, da ein Destinatär wegen § 2194 BGB keinen eigenen Anspruch auf Vollziehung der Auflage hat.

Die unselbständige Stiftung kommt mangels Anerkennungsverfahren bereits durch einen Vertrag mit dem Treuhänder zustande. Als Bestandteil dieses Vertrages regelt eine Satzung die Einzelfragen zur Stiftungsverwaltung. Die Hauptpflichten bestehen regelmäßig darin, dass der Treuhänder zur vom übrigen Vermögen gesonderter Verwaltung des treuhänderischen Vermögens entsprechend dem vom Stifter durch Satzung festgelegten Zweck verpflichtet ist, während der Stifter das Stiftungsvermögen an den Treuhänder zu übereignen hat. Ein Mindestvermögen ist nicht erforderlich, da es an dem Anerkennungsverfahren fehlt, in dem die Stiftungsbehörde streng auf eine ausreichende Vermögensausstattung achtet.

Aber auch ohne Kontrolle sollte sich der Stifter mit dem Stiftungszweck immer an seinem eingesetzten Stiftungsvermögen orientieren.

c) Unternehmensstiftung

Die Stiftung im Unternehmensbereich ist eine besondere Form der Stiftung des bürgerlichen Rechts. Sie ist somit auch rechtsfähig gem. §§ 80 ff BGB nach Stiftungsgeschäft und Anerkennung durch die zuständige Behörde.

Ausgehend von der Zweckrichtung wird bei der Unternehmensstiftung unterschieden zwischen der Unternehmensträgerstiftung und der Beteiligungsträgerstiftung.¹⁷

Die Unternehmensträgerstiftung betreibt ein Unternehmen unmittelbar selbst.

Die Beteiligungsträgerstiftung ist im Gegensatz hierzu nur beteiligt an einer Kapital- oder Personengesellschaft. Als solche ist die Stiftung Allein- oder Mitgesellschafterin in dem betreffenden Unternehmen.

Die Bund-Länder Arbeitsgruppe Stiftungsrecht geht von mindestens 200 unternehmensverbundenen Stiftungen in Deutschland aus, wertet sie aber wegen ihrer Unflexibilität im Wirtschaftsleben als unattraktiv.¹⁸ Die Arbeitsgruppe konnte keinen Missbrauch durch die Entscheidung für die Rechtsform der Stiftung feststellen, in weiten Bereichen wie dem Steuerrecht und den Pflichten zur Rechnungslegung oder Offenlegungspflichten sind Stiftungen dem Recht der Kapitalgesellschaften mittlerweile angeglichen, so dass sich kein Vorteil ergibt, damit auch keine Missbrauchsgefahr zu erkennen ist.¹⁹

Schon 1998 entschied der BFH, dass eine Stiftung auch dann gemeinnützig und damit auch steuerbegünstigt sein kann, wenn der von ihr gehaltene Geschäftsbetrieb, der selbst steuerpflichtig ist, das gesamte Vermögen der Stiftung ausmacht und die Stiftung die vom wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erzielten Mittel zeitnah für gemeinnützige Zwecke einsetzt.²⁰ Damit hat der BFH die allgemeine

Zulässigkeit der Unternehmensstiftung schon festgestellt, bevor der Gesetzgeber das Stiftungsrecht reformiert hat.

Immer häufiger wird in diesem Zusammenhang die Unternehmensform der Stiftung & Co. KG empfohlen, da neben der Haftungsbeschränkung und der Trennung von Herrschaftsmacht und Gesellschafterstellung, auch die Sicherung der Unternehmenskontinuität sowie die Mitbestimmungsfreiheit als Vorteil gesehen wird.²¹ Problematisch zeigt sich diese Gestaltung im Hinblick auf die nachhaltige und dauernde Sicherung des Stiftungszwecks gem. § 80 Abs. 2 BGB. Wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung der Komplementär-Stiftung nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB ist das Stiftungsvermögen einem erheblichen unternehmerischen Risiko ausgesetzt. Allerdings müssen weitere Tatbestände hinzukommen, die zu einer Ablehnung der Anerkennung führen, da der handelnde Vorstand der Stiftung & Co. KG ja derselbe handelnde Vorstand ist wie von der Stiftung selbst.²²

Möglich ist auch die Kombination von Unternehmensstiftung mit Familienstiftung unter Beachtung der steuerrechtlichen Vorschriften hinsichtlich einer Gemeinnützigkeit. Werden für diese Kombination tatsächlich zwei Stiftungen errichtet, wird dieses als „Doppelstiftung“²³ bezeichnet. Dabei sichert die Familienstiftung die Versorgung von Angehörigen und den Stifter selbst, während die Unternehmensstiftung die übrigen Erlöse für steuerbegünstigte Zwecke einsetzt. Der Clou ist, dass die Familienstiftung über eine Stimmrechtsmehrheit das Unternehmen kontrolliert und der Stifter auf diese Art weiterhin das Unternehmen führen kann. Unter bestimmten Umständen sehen verschiedene Landesstiftungsgesetze²⁴ die Verweigerung der Genehmigung vor, doch auf Grund der Bundesrechtsrahmengesetzgebung sind diese Regelungen gem. Art. 72 Abs. 1 GG in den Landesstiftungsgesetzen nunmehr unwirksam.

d) Familienstiftung

Auch die Familienstiftung ist eine besondere Form der Stiftung des bürgerlichen Rechts. Die Familienstiftung ist ebenso rechtsfähig gem. §§ 80 ff BGB nach Stiftungsgeschäft und Anerkennung durch die zuständige Behörde.

Nach ihrem Stiftungszweck dient sie ausschließlich oder aber zumindest dem überwiegenden Interesse der Mitglieder einer bestimmten oder mehrerer Familien.²⁵ Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht hat 2001 einen Bestand von 543 Familienstiftungen ermittelt.²⁶ Zu bedenken ist aber, dass es reine Familienstiftungen kaum gibt. Die Unterstützung der eigenen Familie ist meist Nebenzweck zum eigentlichen Stiftungszweck, um bei Vermögensübertragung an die Stiftung dennoch die Versorgung der eigenen Familie aus der Stiftung sicher zu stellen.

Beachtlich ist, dass die Familienstiftungen in den Landesgesetzen völlig unterschiedlich bewertet werden.

¹⁷ Vgl. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage 2000, Rn. 1007.

¹⁸ Vgl. Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, Abschlussbericht vom 19.10.2001, in „www.bmj.bund.de“ in der Rubrik „Themen/Wirtschaft und Recht“ (hier blättern), S. 47.

¹⁹ Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, S. 50. Vgl. auch KapCoRiLiG – v. 24.02.2000 (BGBl. I 154 I, NotBZ 2000, 280) bezüglich der Gleichstellung bei Personengesellschaften, in denen nur die Stiftung aber sonst keine natürliche Person persönlich haftende Gesellschafterin ist.

²⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 15.07.1998, BFHE 186, S. 546.

²¹ Vgl. Wochner BB 1999, S. 1441 ff, 1442.

²² Vgl. Schwarz, ZEV 2003, S. 313, beispielhaft für eine Ablehnung sei genannt, dass weitere Komplementäre in der KG handlungsbefugt sind.

²³ Vgl. Nissel, Das neue Stiftungsrecht, Berlin 2002, Rn 174.

²⁴ So z.B. StiftG Brandenburg § 6 Abs. 2c oder StiftG Nordrhein-Westfalen § 4 Abs. 1c, Baden-Württemberg hat keine diesbezüglichen Regelungen im StiftG.

²⁵ Vgl. preußisches Stiftungsrecht in Art. 1 § 1 Abs. 1 pr. AGBGB vom 20.09.1899, so auch in etlichen Landesstiftungsgesetzen, z.B. § 21 Abs. 1 Stiftungsgesetz Hessen.

²⁶ Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, Anlage 9.

Z.B. finden sich in den Landesstiftungsgesetzen von Baden-Württemberg oder Saarland keine besonderen Regelungen bezüglich Familienstiftungen. In vielen Ländern wie z.B. Bremen, Rheinland-Pfalz oder Hessen besteht für Familienstiftungen nur eine beschränkte Stiftungsaufsicht. In Brandenburg sind nach Landesgesetzgebung Familienstiftungen sogar nicht genehmigungsfähig.²⁷

Nach dem Landesstiftungsgesetz Baden-Württemberg sind Familienstiftungen anerkennungsfähig, denn gem. § 13 Abs. 3 StiftG sind Familienstiftungen von den Anzeigepflichten des § 13 Abs. 1 StiftG befreit. Im Umkehrschluss kann daraus gefolgert werden, dass Familienstiftungen in Baden-Württemberg anerkennungsfähig sind.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht hat nunmehr festgestellt, dass Argumente gegen die Abschaffung der Familienstiftung unzutreffend sind und empfohlen, es bei der Zulässigkeit der Familienstiftung zu belassen.²⁸ Dieses wurde vom Gesetzgeber dadurch berücksichtigt, dass nur gemeinwohlgefährdende Zwecke unzulässig sind (§ 80 Abs. 2 BGB), nicht aber privatnützige, dadurch bleibt die Familienstiftung zulässig, welches nun nicht mehr streitig ist.

e) „Stiftungs- GmbH“ und andere

Außer den oben genannten Stiftungen gibt es auch Gesellschaften oder Vereine, die in ihren Namen den Zusatz „Stiftung“ aufnehmen, um ihre Gemeinwohlorientierung nach außen kenntlich zu machen. Diese dürfen sich dann den Zusatz „Stiftung“ geben, wenn sie einen dauerhaften Stiftungszweck, eine stiftungsgemäße Organisation und eine ausreichende Vermögensausstattung haben.²⁹ Trotzdem unterliegen diese „Stiftungs-GmbHs“ und anderen Gesellschaftsformen dem Gesellschaftsrecht bzw. die Vereine dem Vereinsrecht und eben nicht dem Stiftungsrecht.³⁰ Hieraus resultiert aber auch die Schwäche der Stiftungs-GmbH. Die Gesellschaftsmitglieder können die Gesellschaft nämlich auch auflösen und damit dem Stiftungszweck zuwiderhandeln.

Vorteil dieser Art einer gemeinnützigen Organisation ist aber, dass sie der staatlichen Rechtsaufsicht und Kontrolle entzogen ist. Das Vermögen gehört hierbei aber den jeweiligen Inhabern der Mitgliedschafts-/Gesellschaftsrechte und nicht der Stiftung selbst.

D. Gründe für die Errichtung von Stiftungen

Die Stiftung rückt als Instrument der Vermögensnachfolgeplanung, insbesondere als Anhängsel sozialen und kulturellen Engagements, zunehmend in den Blickpunkt des Interesses.

Steigende Vermögen, besonders auch die steigende Zahl vermögender Alleinstehender oder Personen ohne Abkömmlinge, lassen Stiftungen als Form der Vermögensnachfolge

zunehmend an Bedeutung gewinnen. So wechseln in den kommenden Jahren in rund 1,7 Millionen Erbfällen etwa 1,3 Billionen Euro an Geld- und Sachvermögen den Besitzer.³¹

Bei Fragen der Unternehmensnachfolge bietet die Gründung einer Stiftung, eventuell begleitend zu anderen Maßnahmen der Unternehmensnachfolge, gute Lösungsmöglichkeiten. Gerade auch bei großen Unternehmensvermögen kann die gemeinnützige Stiftung die eventuell existenzbedrohende Erbschaftssteuerlast abwenden.

Bei der Familienstiftung will der Stifter das Vermögen vor Zersplitterung bewahren und so das Familienvermögen zusammenhalten. Über eine Kombination des Teilungsverbots gem. § 2044 BGB mit der Dauertestamentsvollstreckung gem. § 2209 BGB kann ähnliches erreicht werden, allerdings mit dem Nachteil der grundsätzlichen Beschränkung auf 30 Jahre (§ 2210 BGB). Die Familienstiftung bietet hier eine dauerhafte Alternative, um das Einkommen der Familie über viele Generationen hinweg zu sichern.

Bei der Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung besteht der Wunsch, das Vermögen langfristig zu sichern und der Allgemeinheit dauerhaft zu erhalten. Darüber hinaus können auch rein subjektive Gründe den Ausschlag geben wie z.B. persönliche Betroffenheit, Dankbarkeit oder seinen Namen „unsterblich“ zu machen.

Wird eine gemeinnützige Stiftung kombiniert mit einer Familienstiftung bleibt sie gem. § 58 Nr. 5 AO steuerbegünstigt, wenn sie höchstens ein Drittel ihres Einkommens dazu verwendet, um den Stifter und seine Angehörigen angemessen zu unterhalten. Als Nebeneffekt entfallen die Pflichtteilsansprüche bezüglich des auf die Stiftung übertragenden Vermögens.

Lediglich Pflichtteilsergänzungsansprüche können innerhalb der Zehn-Jahresfrist gem. § 2325 BGB gegen das Stiftungsvermögen geltend gemacht werden.

Beachtlich ist hierzu ein Urteil des BGH³² zur Qualifizierung von Zuwendungen an eine gemeinnützige Stiftung bezüglich Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Der BGH hob damit ein Urteil des OLG Dresden³³ auf. Das OLG Dresden sah Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen nicht als Schenkung i.S. des § 2329 BGB, sondern als treuhänderisch gebundenes Vermögen, dass sich nur im Rahmen eines Durchgangserwerbs bei der Stiftung befand. Durch den Stiftungszweck sei die Zuwendung nicht zur beständigen Vermögensbereicherung gem. § 516 BGB geeignet, so dass kein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gem. § 2329 BGB bestünde. Der BGH stellte den Schutz der Pflichtteilsberechtigten nun in den Vordergrund und stellt fest, dass die Zuwendung eine pflichtteilsergänzende Schenkung i.S. §§ 2325, 2329 BGB ist.

Steuerbegünstigungen, die durch steuerbegünstigte Zwecke ausgelöst werden, sind zwar eine starke Motivation für den Stifter, dürfen aber auch nicht überbewertet werden, da sich das Steuerrecht stetig ändert, während die Stiftungssatzung weitgehend unabänderlich bleibt. Zwar können Alternativen

²⁷ Vgl. § 6 Abs. 2 d, Abs. 3 c StiftG Brandenburg, seit dem Stiftungsreformgesetz vom 01.09.2002 Anerkennung statt Genehmigung. Allerdings ist dieses Versagen auf Grund des bundesrechtlichen Anspruchs auf Anerkennung spätestens seit dem Stiftungsreformgesetzes gem. Art. 72 Abs. 1 GG (konkurrierende Gesetzgebung) nicht mehr landesrechtlich möglich, insoweit ist der landesrechtliche Passus unwirksam.

²⁸ Vgl. Abschlussbericht v. 19.10.2001, S. 44-47.

²⁹ Vgl. BayObLG in NJW 1973, S. 249.

³⁰ Die größte deutsche Stiftungs-GmbH ist die Robert Bosch Stiftung GmbH mit einem Vermögen von über 5 Mrd Euro. Beispielhaft für die Vereinsform sei der „Wüstenrot Stiftung Gemeinschaft der Freunde Deutscher Eigenheimverein e.V.“ genannt.

³¹ Vgl. Brandmüller, Gewerbliche Stiftungen, 2. Auflage 1998, S. 26.

³² Vgl. BGH v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, kommentiert in DNotIReport 4/2004, in der Entscheidung wurde die Sache an das OLG Dresden zurückverwiesen.

³³ Vgl. OLG Dresden v. 02.05.2002 – 7 U 2905/01, kommentiert in DNotIReport 20/2002, bei der betreffenden Stiftung handelt es sich um die Stiftung Frauenkirche Dresden, die nur auf Zeit, nämlich bis zur Fertigstellung errichtet ist.

im Hinblick auf veränderte Besteuerung in der Stiftungssatzung berücksichtigt werden, auf alle Szenarien jedoch eine Antwort durch die Satzung geben zu wollen, erscheint dann wohl doch ziemlich unwahrscheinlich und realitätsfern.

II. Gründungsvoraussetzungen der Stiftung bürgerlichen Rechts

Gem. § 80 Abs. 1 BGB sind zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung der Errichtungsakt mit Stiftungsgeschäft und Stiftungssatzung sowie die Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes erforderlich, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll.

A. Stiftungsgeschäft

Das Stiftungsgeschäft beinhaltet sämtliche vom Stifter im Hinblick auf die künftige Stiftung getroffenen Bestimmungen. Um Rechtsfähigkeit erlangen zu können, muss das Stiftungsgeschäft gem. § 80 Abs. 2 BGB den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB genügen, insbesondere Form, Stiftungszweck und Satzungsinhalte bestimmen die Anerkennungsfähigkeit.

1. Form des Stiftungsgeschäfts

Das Stiftungsgeschäft ist als Rechtsgeschäft unter Lebenden eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung³⁴ und bedarf gem. § 81 Abs. 1 S. 1 BGB der Schriftform, damit muss es gem. § 126 BGB eigenhändig unterschrieben sein. Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen kann gem. § 83 BGB auch in einer Verfügung von Todes wegen³⁵ enthalten sein und unterliegt somit diesen erbrechtlichen Formvorschriften.³⁶

Die notarielle Beurkundung des Stiftungsgeschäfts ersetzt gem. § 126 Abs. 4 BGB deren schriftliche Form. Im Zuge der Reform des Stiftungsrechts wurde im Gesetzentwurf der F.D.P. Fraktion die notarielle Beurkundung als Form vorgesehen bei Abschaffung der staatlichen Genehmigung.³⁷ Nach breiter Kritik wurde der Gesetzesentwurf dahingehend abgeändert, dass die notarielle Beurkundungspflicht wieder entfiel.

Sofern zu dem der Stiftung gewidmeten Vermögen jedoch Grundbesitz oder grundstücksgleiche Rechte gehören, bedarf das Stiftungsgeschäft nach überwiegender Auffassung der Kommentarliteratur der notariellen Beurkundung, während die stiftungsrechtliche Literatur die Schriftform als ausreichend erachtet.³⁸ Der stiftungsrechtlichen Literatur hat sich das OLG Schleswig-Holstein in einem Urteil³⁹ angeschlossen. Das Stiftungsgeschäft ist zwar kein Vertrag, doch gilt der Schutzzweck des § 311 Abs. 1 BGB nach Kommentarliteratur auch für einseitige Rechtsgeschäfte. Dieses wird durch das Urteil des OLG Schleswig-Holstein ausdrücklich verneint, es wird sogar soweit gegangen, dass der Notar für die Beurkundung der Auflassung, der es in jedem Fall für die Eigentumsumschreibung im Grund-

buch gem. §§ 873, 925 BGB bedarf, nach staatlicher Genehmigung (nach neuem Recht Anerkennung) der Stiftung nur eine 1/2 Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Ziff. 6 KostO erheben darf. Dieses Urteil begründet sich in der Auffassung, dass das schriftliche Stiftungsgeschäft als Urkunde i.S. des § 38 Abs. 2 Ziff. 6 KostO ausgelegt wird.

Für die Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen genügt unstreitig ebenfalls die Schriftform, da es sich bei dem Stiftungsgeschäft um keine vertragliche Vereinbarung handelt (vgl. § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Die anschließende Abtretung bedarf dann der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

Nach § 82 S. 2 BGB gehen Rechte, zu deren Übertragung der formlose Abtretungsvertrag genügt, mit der Anerkennung (gem. § 82 S. 1 BGB) auf die Stiftung über, sofern sich nicht aus dem Stiftungsgeschäft ein anderer Wille des Stifters ergibt. Der Rechtsübergang erfolgt danach kraft Gesetzes. Rechte, die auf die Stiftung übergehen sollen, zu deren Übertragung der formlose Abtretungsvertrag nicht ausreicht, müssen in einem besonderen Übertragungsakt auf die Stiftung übereignet werden. Dazu gehört z.B. auch die Eigentumsübertragung an einem Grundstück (§§ 873, 925 BGB) oder einem GmbH-Geschäftsanteil (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

2. Erklärung der Vermögenswidmung

Inhalt des Stiftungsgeschäftes ist die verbindliche Erklärung des Stifters, einen bestimmten Teil seines Vermögens auf Dauer der Erfüllung der vom Stifter vorgegebenen Zwecke zu widmen (Zweckvermögen). Vor der Stiftungsreform war der Stifter gem. § 82 BGB (alt) nur verpflichtet, das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen zu übertragen. Nunmehr ist diese verbindliche Erklärung gem. § 81 Abs. 1 S. 2 BGB normative Voraussetzung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit. Die Dauer des Zwecks wird dadurch gewährleistet, dass das Vermögen nicht verbraucht wird, sondern dessen Erträge zur Zweckerreichung dienen. Damit muss gewährleistet werden, dass die Vermögensausstattung in einem angemessenen Verhältnis zum vorgegebenen Zweck der Stiftung steht.

Bei einem angenommenen Grundstockvermögen von 100.000 € und einem angenommenen Jahreszinsfuß von 5 % fallen jährlich 5.000 € Zinsen an, bleibt monatlich ein Ertrag von ca. 417 €, der zur Förderung des Stiftungszwecks höchstens verwendet werden kann. Dabei bleiben andere Faktoren wie Verwaltungskosten und Bankgebühren noch unberücksichtigt.

Ebenso muss das zu erwartende Volumen von Zustiftungen oder sonstiger Zuwendungen Dritter berücksichtigt werden.

Ergänzend zur Erklärung der Vermögenswidmung im Stiftungsgeschäft werden nach § 81 Abs. 1 Nr. 4 BGB Regelungen zum Vermögen der Stiftung in der Stiftungssatzung verlangt.

3. Bestimmung des Stiftungszwecks

Der Stiftungszweck ist der Kern der Stiftung. Der vom Stifter bestimmte Stiftungszweck legt das Handeln dauerhaft fest.

Der Stifter kann die von ihm verfolgten Stiftungszwecke inhaltlich frei festsetzen, solange sie nicht das Gemeinwohl gefährden (§ 80 Abs. 2 BGB).⁴⁰ Der Stifter ist insbesondere nicht auf die Förderung des Gemeinwohls festgelegt,

³⁴ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 80 Rn 1.

³⁵ Zulässig sind einseitiges Testament, gemeinschaftliches Testament und auch der Erbvertrag.

³⁶ Zur Zulässigkeit der verbindlichen Stiftungerrichtung beim Erbvertrag sowie zum vertraglichen Stiftungsgeschäft ausführlich, im Ergebnis bejahend, bei Muscheler, ZEV 2003, S. 41 ff.

³⁷ Vgl. BT-Drucksache 14/336 vom 28.01.1999 mit Änderungsantrag BT-Drucksache 14/3043 vom 22.03.2000.

³⁸ Dieses ist jedoch sehr streitig, hierzu vgl. Wochner in DNotZ 1996, S. 770 ff mit heftiger Kritik an der Urteilsbegründung des OLG Schleswig-Holstein hinsichtlich systemwidriger Gesetzesauslegung um einen gewolltes Urteil zu begründen.

³⁹ Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Beschl. vom 01.08.1995 – 9W 50/95.

⁴⁰ Vgl. Urteil des BVerwG v. 12.02.1998, BVerwGE 106, S. 177-186. Die „Republikaner-Stiftung“ wurde als gemeinwohlgefährdend nicht genehmigt.

damit sind unter anderen auch Familienstiftungen und Unternehmensstiftungen allgemein zulässig. Durch diese Gesetzesänderung ist ein jahrelanger dogmatischer Streit über die Zulässigkeit privatnütziger Zwecke, der sich auch in den Landesstiftungsgesetzen widerspiegelt hat, beendet.

Der Stiftungszweck muss in der Regel auf Dauer angelegt sein, einzelne Ausnahmen sind aber auch zulässig, z.B. die Stiftung zum Wiederaufbau der Dresdner Frauenkirche. Der Stifter kann auch eine Mehrzahl von Stiftungszwecken bestimmen. Werden mehrere Stiftungszwecke nebeneinander verfolgt, kann die Satzung zwischen Haupt- und Nebenzwecken unterscheiden. Die Stiftungszwecke können aber auch zeitlich nacheinander verfolgt werden. Hierbei sollte aber stets beachtet werden, dass der Stiftungszweck in einem angemessenen Verhältnis zum Vermögen der Stiftung stehen muss.

Der Stiftungszweck ist nach der Anerkennung der Stiftung der Disposition sowohl des Stifters als auch der Stiftungsorgane entzogen. Zweckänderungen sind nur unter engen Voraussetzungen und nur mit Genehmigung der Stiftungsbehörde möglich.⁴¹

Der Stiftungszweck sollte folglich mit besonderer Sorgfalt formuliert werden. Durch eine klare Festlegung des Stiftungszwecks kann der Stifter die Stiftung entsprechend seinem Willen dauerhaft prägen und vor Missbrauch, Verschwendung und ähnlichem von Seiten der Stiftungsorgane oder sonstiger Dritter schützen. Weiterhin soll der Stiftungszweck den Stiftungsorganen einen eindeutigen und klar abgegrenzten Auftrag geben, um Rechtsunsicherheit, Willkür der Stiftungsverwaltung und ein Verzetteln der Stiftungsleistungen zu verhindern.⁴² Um eine Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse zu ermöglichen, sollte der Stiftungszweck deshalb auch weit genug und allgemein gefasst sein. Detailregelungen können in der Satzung selbst, besser aber noch in Geschäftsordnungen der Stiftungsorgane außerhalb der Satzung niedergelegt werden. Diese können nämlich dann auch ohne Einschaltung der Stiftungsaufsichtsbehörde innerhalb des gesetzlichen und satzungsgemäßen Rahmens den Bedürfnissen der Stiftung entsprechend jederzeit geändert oder angepasst werden.

Die überwiegende Mehrzahl der Stiftungen (ca. 94 %) verfolgt gemeinnützige und mildtätige Zwecke. Gefördert werden dabei vor allem soziale Zwecke (ca. 33 %), Bildung und Erziehung (ca. 20 %), Kunst und Kultur (ca. 15 %), Wissenschaft und Forschung (ca. 10 %), Umwelt- und Naturschutz (ca. 5 %).⁴³

B. Gesetzlicher Inhalt der Stiftungssatzung

1. Name der Stiftung

Jede Stiftung muss einen Namen haben, unter dem sie im Rechtsverkehr auftritt, dieser ist gem. § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB in der Satzung zu benennen.

Der Stifter ist in seiner Namenswahl grundsätzlich frei. Häufig wird der Name des Stifters in die Bezeichnung der Stiftung aufgenommen, z.B. die Gustav Werner-Stiftung mit Sitz in Reutlingen. Im Namen der Stiftung kann auch der Stiftungszweck zum Ausdruck gebracht werden wie z.B. die

deutsche Kinderkrebsstiftung oder die Stiftung Warentest. Ein Rechtsformzusatz ist gesetzlich nicht vorgesehen, in der Praxis aber empfehlenswert. Eine Verwechslung mit den Namen bereits bestehender Stiftungen sollte möglichst vermieden werden.⁴⁴

Es sind sogar Phantasienamen zulässig wie z.B. die Stiftung Hänsel & Gretel⁴⁵.

Geschützt wird der Name der Stiftung über § 12 BGB, §§ 30, 37 HGB, § 5 MarkG.

Da es aber an einem öffentlichen Register mangelt, kann die Stiftungsbehörde nur dann die Anerkennung verweigern, wenn ihr entsprechende Kenntnisse für eine Irreführung des Namens vorliegen.⁴⁶

2. Sitz der Stiftung

Wegen § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB gehört die Regelung über den Sitz der Stiftung zum notwendigen Inhalt der Stiftungssatzung. Mit der Bestimmung des Stiftungssitzes wird festgelegt, welches Landesstiftungsgesetz für die selbständige Stiftung anwendbar ist und welche Behörde für die Erteilung der staatlichen Anerkennung zuständig ist. Im Hinblick auf die unterschiedliche Anerkennungspraxis der Stiftungsbehörden kommt der Wahl des Sitzes somit eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. In der Praxis wird als Sitz der Stiftung auch bewusst ein „stiftungsfreundliches“ Bundesland gewählt.

Der Sitz der Stiftung ist in der Satzung ausdrücklich zu bestimmen. In der Regel ist der Stiftungssitz am Verwaltungsort der Stiftung. Rechtssitz und Verwaltungssitz können aber auch auseinanderfallen. Der in der Satzung bestimmte Sitz muss dann aber zumindest irgendeinen Bezug zur Stiftungstätigkeit aufweisen (z.B. durch die Ansässigkeit von Stiftungsorganen). Ein rein fiktiver Satzungssitz ist nicht anzuerkennen.

Eine spätere Sitzverlegung stellt eine Satzungsänderung dar, die von dem zuständigen Stiftungsorgan beschlossen und von der Stiftungsaufsichtsbehörde anerkannt werden muss. Bei der Verlegung des Sitzes der Stiftung in ein anderes Bundesland ist zusätzlich die Anerkennung des aufnehmenden Bundeslandes erforderlich.

3. Zweck der Stiftung⁴⁷

Soll die Stiftung steuerbegünstigt sein, muss der Stiftungszweck und die Art und Weise seiner Verwirklichung in der Satzung so genau bestimmt sein, dass das Finanzamt allein durch die Prüfung feststellen kann, dass die Stiftung ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke verfolgt (§§ 59, 60 AO).⁴⁸

Steuerbegünstigt im Sinne der AO sind gemeinnützige Zwecke (§ 52 AO), mildtätige Zwecke (§ 53 AO) und kirchliche Zwecke (§ 54 AO).⁴⁹

Um die Steuerbegünstigungen herbeizuführen, die an etliche weitere Voraussetzungen geknüpft sind, empfiehlt sich eine frühzeitige Abstimmung mit den zuständigen Finanzbehörden. Hinweise zu möglichen steuerbegünstig-

⁴¹ Vgl. Landesstiftungsgesetze, z.B. § 14 Abs. 2 StiftG. § 87 BGB behandelt nur die selbständige Zweckänderung der Stiftungsbehörde bei Unmöglichkeit oder Gemeinwohlgefährdung des Stiftungszwecks.

⁴² So die Vorgabe des BGH für den Stiftungszweck, vgl. BGHZ 68, S. 142.

⁴³ Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, S. 38.

⁴⁴ Wegen der fehlenden Verweisung in § 86 BGB ist § 57 Abs. 2 BGB nicht anwendbar.

⁴⁵ Zweck dieser Stiftung ist die Fürsorge für missbrauchte Kinder.

⁴⁶ Vgl. hierzu BGHZ 8, S. 318, 321.

⁴⁷ Vgl. oben unter Gliederungspunkt II A 3, „Bestimmung des Stiftungszwecks“.

⁴⁸ Vgl. hierzu BMF Schreiben vom 10.09.2002 (IV C 4 – S 0171 93-02) – Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung, Regelung zu § 59.

⁴⁹ Näheres hierzu unter Gliederungspunkt IV „Stiftungssteuerrecht“.

ten Zwecken gibt es bei den Stiftungsbehörden und den Steuerbehörden.

4. Vermögen der Stiftung

Entsprechend § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BGB ist eine Regelung über das Vermögen der Stiftung in die Satzung aufzunehmen.

Das Stiftungsvermögen ist für eine Stiftung unverzichtbar, deshalb muss zur Erreichung eines dauerhaften Zweckes ein Grundstockvermögen vorhanden sein, aus dessen Erträgen zumindest die laufenden Verwaltungsausgaben getragen werden.

Somit darf das der Stiftung gewidmete Vermögen nicht selbst für die Erfüllung des Stiftungszwecks verbraucht werden.

Gem. § 7 Abs. 2 StiftG ist das Stiftungsvermögen zu erhalten und auch getrennt vom übrigen Vermögen zu halten.

Die Stiftungsbehörden der Länder verlangen in der Regel ein Mindestvermögen von EURO 50.000,- so auch die Innenverwaltung des Landes Baden-Württemberg.

In der Praxis sollte die Errichtung einer selbständigen Stiftung wegen des damit verbundenen Personal- und Verwaltungsaufwands in der Regel gleichwohl nur dann empfohlen werden, wenn ertragbringendes Vermögen von mindestens 250.000 Euro vorhanden ist.

Zum Stiftungsvermögen können sowohl Sachen als auch Rechte aller Art gehören (z.B. Bargeld, Wertpapiere, Grundbesitz, Baudenkmäler, Kunstsammlungen, Unternehmensbeteiligungen, Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte). Stiftungen sind aber nur dann anerkenungsfähig, wenn das eingebrachte Vermögen ausreichend ertragbringend ist oder sonstiges ertragbringendes Vermögen vorhanden ist. Dies ist insbesondere bei der Einbringung von Sachvermögen zu berücksichtigen. Zweckmäßig ist es somit, auch für die Prüfung der Finanzbehörden bezüglich möglicher Steuervergünstigungen, das eingebrachte Sachvermögen in der Satzung möglichst genau festzuhalten.

Nach der Art der Vermögensausstattung wird zwischen Kapitalstiftungen und Anstaltstiftungen unterschieden.

Kapitalstiftungen erfüllen ihren Zweck durch die aus dem Grundstockvermögen erwirtschafteten Erträge.

Bei Anstaltstiftungen wird der Stiftungszweck durch das Stiftungsvermögen unmittelbar selbst verwirklicht (z.B. der Betrieb eines Krankenhauses).

Spenden oder Zustiftungen dürfen hierbei nicht notwendiger Bestandteil einer Stiftung sein, da diese Einnahme der Stiftung nicht gesichert ist.

Sinnvoll kann auch sein, dass der Stifter eine Bestimmung über den Vermögensanfall für den Fall des Erlöschens der Stiftung trifft.⁵⁰

Gem. § 88 S. 1 BGB fällt das Stiftungsvermögen bei Auflösung der Stiftung an die in der Satzung bestimmten Personen. Fehlt es an einer Satzungsbestimmung, fällt das Vermögen gem. § 88 S. 2 BGB an den Fiskus des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz hat, insoweit das Bundesland über das Landesstiftungsgesetz nichts anderes bestimmt hat. In Baden-Württemberg fiel das Vermögen gem. § 15 StiftG an das Land Baden-Württemberg, nach Änderung

des Stiftungsgesetzes wurde § 15 StiftG aufgehoben, da Baden-Württemberg es nunmehr bei der bundesrechtlichen Lösung des neuen § 88 S. 2 BGB belässt.

Bei der Auflösung einer Stiftung muss gem. §§ 88 S. 3, 47-53 BGB mit Ausnahme des seltenen Falles, dass das Vermögen, mangels einer Satzungsbestimmung, an den Fiskus des Landes Baden-Württemberg fällt, eine Liquidation stattfinden. Sie gehört noch zu den Aufgaben des Stiftungsvorstandes. Dieser hat die Auflösung der Stiftung gem. §§ 88 S. 3, 50 BGB öffentlich bekannt zu machen und dabei die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Auskehrung des restlichen Vermögens an den Anfallsberechtigten darf gem. §§ 88 S. 3, 51 BGB frühestens ein Jahr nach der öffentlichen Bekanntmachung über die Auflösung erfolgen. Zusätzlich macht die Stiftungsbehörde gem. § 16 StiftG das Erlöschen der Stiftung im Staatsanzeiger bekannt. Fällt das Vermögen an den Fiskus des Landes Baden-Württemberg, so ist gem. §§ 88 S. 3, 46 BGB es tunlichst unter Berücksichtigung des Stiftungszwecks zu verwenden.

5. Bildung des Vorstands der Stiftung

Für Stiftungsvorstände finden die Vorschriften über den Vereinsvorstand über § 86 BGB entsprechende Anwendung. So vertritt der Vorstand die Stiftung gem. §§ 86, 26 BGB gerichtlich und außergerichtlich.

Der Stifterwille wird regelmäßig durch den Vorstand verwirklicht, so dass der Stifter, falls er sich nicht selbst einen Posten im Vorstand zuerkannt hat, gar keinen Einfluss mehr hat. Dadurch, dass sich der Stifterwille mit der Anerkennung der Stiftung verselbständigt hat, kann er, selbst wenn er Mitglied des Vorstandes ist, nur nach den Vorgaben der Stiftungssatzung handeln.

Gem. § 6 Abs. 1 Ziff. 5 StiftG (vor Reform) musste die Stiftungssatzung Bestimmungen über die Organe der Stiftung enthalten.

Darüber hinaus wurde in § 6 Abs. 2 StiftG (vor Reform) noch gefordert, dass Regelungen über Zahl, Berufung, Amtsdauer und Abberufung der Mitglieder der Stiftungsorgane (Ziff. 1), Geschäftsbereich und Vertretungsberechtigung der Stiftungsorgane (Ziff. 2), sowie Einberufung, Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung der Stiftungsorgane (Ziff. 3) in der Satzung enthalten sein sollen. Diese ergänzende Regelungsdichte wurde mit der Neuregelung des Landesstiftungsgesetzes aufgehoben, so dass die Satzungserfordernisse der Bundesvorschriften Anwendung finden.⁵¹ Der Stifter kann demzufolge bewusst Regelungen offen lassen, letztendlich hängt die Notwendigkeit zur Regelungsdichte aber von der Größe und Aufwendigkeit der Stiftung ab. Da jegliche Satzungsänderungen der Genehmigung der Stiftungsbehörde bedürfen (§ 6 S. 1 StiftG)⁵², sollte der Stifter schon bei Errichten der Stiftungssatzung mit Weitblick die erforderlichen Regelungen treffen und auf unnötige verzichten. Sollten die Verhältnisse sich derart ändern, dass Satzungsänderungen unumgänglich werden, kann gem. § 6 S. 2 StiftG die Stiftungsbehörde die Satzungsänderung vornehmen, zu Lebzeiten des Stifters aber nur mit dessen Zustimmung.⁵³

⁵¹ Vgl. Gesetzesbegründung zum neuen § 6 StiftG, Drucksache 13/2622 vom 18.11.2003, es heißt dort, „die Satzungserfordernisse sind nun bundeseinheitlich und abschließend geregelt“.

⁵² § 6 Abs. 4 StiftG nach altem Recht.

⁵³ Nach dem Gesetz zur Änderung des Stiftungsgesetzes bleibt der § 6 IV als § 6 erhalten. Nur die Absätze I-III entfallen. Vgl. Drucksache 13/2622 vom 18.11.2003.

⁵⁰ Vgl. hierzu Anlage D § 10 (Auflösung/Vermögensanfall).

Unerheblich soll sein, wie das Vertretungsorgan bezeichnet wird. Möglich sind auch Bezeichnungen wie z.B. Direktorium, Verwaltungsrat oder Kuratorium.

C. Anerkennung der Stiftung

Gem. § 80 Abs. 2 BGB ist die Stiftung als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB entspricht, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, sowie der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet. Damit besteht nunmehr ein Rechtsanspruch auf Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Anerkennung.⁵⁴

Ob eine Stiftung wertvoll für die Gesellschaft ist, ist für die Erlangung der Rechtsfähigkeit unerheblich, darauf wird dann erst durch das Steuerrecht und der dadurch geschaffenen Möglichkeiten zu steuerlichen Vergünstigungen abgestellt. Somit wird auch der reinen Familienstiftung der Weg in die Rechtsfähigkeit ermöglicht.

Die Anerkennung wird gem. § 80 Abs. 1 BGB durch die zuständige Behörde des jeweiligen Bundeslandes erteilt.⁵⁵

In Baden-Württemberg ist grundsätzlich das jeweilige Regierungspräsidium Stiftungsbehörde (§ 3 Abs. 1 StiftG).⁵⁶

Folgende Unterlagen sind in Baden-Württemberg der Stiftungsbehörde vorzulegen, um die Anerkennung zu erlangen:

- das Stiftungsgeschäft,
- die Stiftungssatzung,
- bei laut Satzung gemeinnützigen Stiftungen eine vorläufige Gemeinnützigkeitsbescheinigung des Finanzamtes.⁵⁷

Die bundesdurchschnittliche Verfahrensdauer zur Erlangung der Genehmigung (altes Stiftungsrecht) betrug zwischen 1990 und 2000 193 Kalendertage, wovon 149 Kalendertage durch Wartezeiten auf Grund fehlender Unterlagen zustande kamen.⁵⁸

Baden-Württembergs Regierungspräsidien lagen bei dieser Untersuchung am oberen Rand der Betrachtungen mit durchschnittlich 208 Kalendertagen Verfahrensdauer und 181 Kalendertagen Wartezeiten. Die Wartezeiten werden von der Arbeitsgruppe als akzeptabel bewertet, da es sich vielfach um die „dauerhafte Hingabe von Millionenvermögen“⁵⁹ handelt.

Hinsichtlich der Änderung des Stiftungsgesetzes und dem Wechsel vom Genehmigungsverfahren zum Anerkennungsverfahren dürfte es in Zukunft zu einer Verkürzung der durchschnittlichen Verfahrensdauer kommen. Dennoch sollte das Augenmerk vorrangig auf einer angemessenen und zukunftsorientierten Satzung liegen und diesbezüglich

⁵⁴ Dieser Rechtsanspruch wird bekräftigt durch den Wortwechsel von „Genehmigung“ hin zur „Anerkennung“, der auch in der Änderung des Landesstiftungsgesetzes, Drucksache 13/2622 vom 18.11.2003, zum Ausdruck kommt.

⁵⁵ Vgl. Wachter, Stiftungen, Köln 2001, S. 379-388. Dort ist eine detaillierte Übersicht der zuständigen Behörden der jeweiligen Bundesländer zu finden.

⁵⁶ Gem. § 3 Abs. 2 und 3 StiftG können ausnahmsweise auch das Wissenschaftsministerium oder ein anderes Ministerium Stiftungsbehörde sein.

⁵⁷ Dieses sind ungeschriebene Verfahrensgrundsätze der Stiftungsbehörden. Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, Anlage 13. Die Arbeitsgruppe begrüßt die vorläufige Gemeinnützigkeitsbescheinigung des Finanzamtes als behördliche Serviceleistung, kritisiert aber die Vorlage derselben als notwendige Voraussetzung für die Anerkennung der Stiftung (S. 22 des Abschlussberichts).

⁵⁸ Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, Anlage 11 und S. 20.

⁵⁹ Abschlussbericht vom 19.10.2001, S. 20.

die sachkompetente Beratung der Stiftungsbehörden in Anspruch genommen werden.

Die Anerkennung einer steuerbegünstigten Stiftung ist gebührenfrei. Die Stiftung trägt lediglich die entstehenden Auslagen der Stiftungsbehörde, insbesondere die Kosten der öffentlichen Bekanntmachung im Staatsanzeiger. Für das Verfahren zur Anerkennung einer privatnützigen Stiftung als rechtsfähig werden Gebühren nach dem jeweiligen Landesgebührengesetz erhoben.

Ist das Stiftungsgeschäft zu Lebzeiten getätigt worden und wird die Stiftung dann erst nach dem Tode des Stifters anerkannt, dies gilt sowohl für die Stiftung von Todes wegen wie auch für die Stiftung unter Lebenden, wird gem. § 84 BGB die Stiftungserrichtung durch Gesetzesfiktion auf die juristische Sekunde vor dem Todeszeitpunkt des Stifters vorverlegt.⁶⁰

D. Widerruf des Stiftungsgeschäfts

Vor Stellung des Antrags auf Anerkennung der Stiftung kann das Stiftungsgeschäft gem. § 81 Abs. 2 S. 1 BGB durch den Stifter mittels einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf ist formlos möglich, da es sich bei dem Stiftungsgeschäft um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.

Stirbt der Stifter unmittelbar nach Abschluss des Stiftungsgeschäfts, kann der Erbe den Antrag auf Anerkennung der Stiftung stellen. In diesem Fall bleibt es eine Stiftung unter Lebenden. Stellt der Erbe den Antrag nicht, ist dieses als Widerruf zu werten.

Hat der Stifter einen Bevollmächtigten (zum Beispiel einen Rechtsanwalt oder einen Steuerberater; nicht aber einen Notar) mit der Anerkennung beauftragt und stellt der Bevollmächtigte den Antrag erst nach dem Tod des Stifters (§§ 672, 168 S. 1 BGB), kann der Erbe das Stiftungsgeschäft durch Erklärung gegenüber der Behörde noch widerrufen. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Stifter den das Stiftungsgeschäft beurkundenden Notar mit der Anerkennung beauftragt hat (§ 81 Abs. 2 S. 3 Fall 2 BGB). In diesem Fall steht den Erben kein Widerrufsrecht zu.

Im Falle der notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts ist ein Widerruf auch dann noch möglich, wenn der Stifter den Notar mit der Anerkennung beauftragt hat, solange dieser den Antrag aber noch nicht gestellt hat.

Der Stifter kann nach der Stellung des Antrags auf Anerkennung bei der zuständigen Behörde das Stiftungsgeschäft nur durch eine einseitige, amtsempfangsbedürftige Willenserklärung widerrufen (§§ 81 Abs. 2 S. 2, 130 Abs. 3 BGB).

Vom Widerruf des Stiftungsgeschäftes ist der Widerruf des Antrags auf Anerkennung zu unterscheiden. Dieser ist in der Regel, aber nicht zwingend, mit dem Widerruf des Stiftungsgeschäfts verbunden. Der Stifter kann beispielsweise nur den Antrag auf Anerkennung widerrufen, um die Entstehung der Stiftung und damit auch die Verpflichtung zur Vermögensübertragung nach § 82 S. 1 BGB zu verschieben.

Stirbt der Stifter nach Abschluss des Stiftungsgeschäftes, aber vor Erteilung der Anerkennung, geht das Widerrufsrecht auf die Erben über (§§ 1922, 2038 ff. BGB).

⁶⁰ Diese Fiktion wirft im Einzelfall viele Fragen auf. Vgl. hierzu mit vielen weiteren Hinweisen Muscheler, DNotZ 2003, S. 661 ff.

Den Erben steht jedoch kein Widerrufsrecht zu, wenn der Stifter selbst (oder ein Bevollmächtigter) die Anerkennung noch beantragt hat (§ 81 Abs. 2 S. 3 Fall 1 BGB).

Nach der Anerkennung der Stiftung kann auch der Stifter das Stiftungsgeschäft nicht mehr widerrufen. Die Stiftung ist nunmehr selbst rechtsfähig geworden. Möglich ist dann allenfalls noch eine Anfechtung nach §§ 119 ff BGB des Stiftungsgeschäfts durch den Stifter.

Ferner können Gläubiger des Stifters oder ein bestellter Insolvenzverwalter die Vermögenswidmung noch anfechten (§§ 129 ff. InsO, §§ 1 ff. AnfG).

Das Widerrufsrecht ist unverzichtbar und kann nicht ausgeschlossen werden. Dies gilt zumindest für die einseitigen Stiftungsgeschäfte. Beim vertraglichen Stiftungsgeschäft, sei es durch zwei- oder mehrseitigen Vertrag oder aber durch Erbvertrag, kann das Widerrufsrecht dennoch ausgeschlossen werden.⁶¹

Wird die Stiftung von mehreren Stiftern errichtet, kann das Stiftungsgeschäft von jedem Stifter einzeln nach vorstehenden Grundsätzen widerrufen werden, es sei denn die Stifter haben sich vertraglich zum Stiftungsgeschäft verpflichtet und der Widerruf ist wirksam ausgeschlossen worden.

Das Stiftungsgeschäft ist beim Widerruf einzelner Stifter dann im Zweifel insgesamt unwirksam (§ 139 BGB analog).

E. Die Stiftung von Todes wegen

1. Allgemeines

In der Zeit von 1990-1999 wurden 3633 rechtsfähige Stiftungen errichtet, davon waren 446 Stiftungen (12 %) durch Verfügung von Todes wegen errichtet worden.

In Baden-Württemberg waren es 70 von 580 Stiftungen.⁶²

Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen kann in jeder Verfügung von Todes wegen vorgenommen werden.⁶³ Dabei gelten die allgemeinen Vorschriften des Erbrechts.

Eine Stellvertretung ist beim Stiftungsgeschäft von Todes wegen somit anders als beim Stiftungsgeschäft unter Lebenden unzulässig (§§ 2064, 2065 BGB). Bei Willensmängeln greifen die erweiterten Anfechtungsvorschriften des Erbrechts ein (§§ 2078 ff. BGB).

Die Erben sind zum Widerruf des Stiftungsgeschäfts nicht berechtigt (§ 81 Abs. 2 S. 3 BGB gilt nur für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden). Ein Widerruf kommt nur nach den allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen in Betracht (§§ 2253 ff., 2271 ff., 2290 ff. BGB).

Durch Schenkungsversprechen von Todes wegen nach § 2301 BGB kann eine Stiftung nicht begründet werden.

Stiftungen von Todes wegen werden erst nach Eröffnung der letztwilligen Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht gem. § 2260 BGB anerkannt. Die anerkannte Stiftung von Todes wegen kann die Erbschaft oder das Vermächtnis nicht ausschlagen, da dies den Wegfall ihrer Existenzgrundlage zur Folge hätte.

Grundsätzlich kann eine Stiftung von Todes wegen entstehen durch Erbeinsetzung, Vermächtniseinsetzung oder durch Vollzug einer Auflage.

Hierbei ist folgendes zu beachten:

Da die Stiftung von Todes wegen den erbrechtlichen Formerfordernissen folgt, muss das gesamte Stiftungsgeschäft mit der Stiftungssatzung beim Testament gem. § 2247 Abs. 1 BGB handschriftlich durch den Stifter selbst erfolgen, oder aber bei Beurkundung durch den Notar.

Wird eine Stiftung als Alleinerbin eingesetzt, erwirbt sie das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§§ 1922, 84 BGB). Bei der Erbeinsetzung darf die Bestimmung des Stiftungszwecks, des Stiftungsvermögens und der Begünstigten nicht Dritten überlassen werden (§ 2065 Abs. 2 BGB).

Bei der Einsetzung einer Stiftung als Miterbin ist die Auseinandersetzung unter den Erben ausgeschlossen, bis die Entscheidung über die Anerkennung der Stiftung wirksam geworden ist (§ 2043 Abs. 2 Fall 3 BGB).⁶⁴

Dies ist insofern problematisch, als der genaue Wert des Erbanteils und damit die Anerkennungsfähigkeit der Stiftung ihrerseits unter Umständen erst nach der Erbauseinandersetzung bestimmt werden kann. Aus diesem Grunde sollte der Stifter einzelne Vermögensgegenstände, z.B. ein bestimmtes Wertpapierdepot oder bestimmte Grundstücke im Rahmen einer Teilungsanordnung gem. § 2048 S. 1 BGB genau benennen, die die Stiftung erhalten soll.

Die Einsetzung einer Stiftung als Vorerbin nach § 2105 BGB ist in der Praxis regelmäßig problematisch, da sie, falls der Zeitraum bis zum Eintritt des Nacherbfalls sehr kurz bemessen ist, regelmäßig nicht anerkannt wird. Eine Anerkennung kommt nur dann in Frage, wenn der Stiftungszweck zeitlich auch begrenzt ist.⁶⁵

Eine Stiftung kann auch als Nacherbin gem. §§ 2100 ff BGB eingesetzt werden. Ihre Einsetzung als Nacherbin wird aber nach § 2109 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft im Hinblick auf eine Stiftung kommt vor allem dann in Betracht, wenn vor der bedachten Stiftung eine natürliche Person, meist wohl ein Familienangehöriger, auf Zeit begünstigt werden soll. Gerade bei Eltern mit Kindern ohne eigenen Nachwuchs, bei behinderten oder bei verschuldeten Kindern ist der Wunsch häufig, das Vermögen zunächst dem Kind zukommen zu lassen, nach dessen Ableben jedoch eine Stiftung zu errichten. In diesem Fall tritt die Stiftung jedoch nur dann als Nacherbin ein, wenn die Kinder (Vorerben) tatsächlich ohne Nachkommenschaft sterben, es sei denn, der Erblasser hat etwas anderes bestimmt (§ 2107 BGB). Die Anerkennung der Stiftung setzt voraus, dass der Vorerbe von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen nicht befreit ist. In der Praxis wird deshalb die Anerkennung erst nach Eintritt des Nacherbfalls erteilt.

Die Einsetzung der Stiftung als Ersatzerbin nach § 2096 BGB ist ebenso möglich, allerdings wird auch in diesem Fall die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde erst nach Eintritt des Ersatzerbfalles erfolgen.

⁶⁴ Durchschnittlich dauerte ein Verfahren 2001 bis zur Genehmigung ca. 193 Kalendertage, vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, Anlage 11.

⁶⁵ Gegen die Möglichkeit der Einsetzung einer Stiftung als Vorerbin spricht sich Langenfeld aus, da der Vermögenserwerb zeitlich nur begrenzt ist, vgl. Langenfeld, ZEV 12/2002, S. 482, Fn 4. Die Begründung kann so pauschaliert nicht überzeugen, da es auch zeitlich begrenzte Stiftungen gibt, die dann durch Zweckerreichung aufgelöst werden.

⁶¹ Vgl. Muscheler, ZEV 2003, S. 46.

⁶² Vgl. Abschlussbericht vom 19.10.2001, Anlage 9.

⁶³ Siehe auch Anlage A als Muster für ein Stiftungsgeschäft von Todes wegen in einem Testament.

2. Praktische Hinweise

Um sich nicht bereits zu Lebzeiten von dem Vermögen zu trennen, wird von den Stiftern eine Stiftungserrichtung von Todes wegen oftmals der Stiftung unter Lebenden vorgezogen.

Aus praktischer Sicht ist diesem Gedankengang nicht zu folgen. Im extremsten Fall kann eine lückenhafte oder unklare Regelung im Testament oder Erbvertrag die Errichtung der Stiftung sogar verhindern.

Da das Stiftungsgeschäft von Todes wegen gem. § 83 S. 1 BGB in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist oder aus einer solchen besteht, gelten die erbrechtlichen Formvorschriften (z.B. §§ 2229 ff BGB). Daher ist dringend notarielle Beurkundung, aber mindestens rechtskundige Beratung anzuraten. Vor allem beim eigenhändigen Testament gem. § 2247 Abs. 1 BGB ist zu beachten, dass nicht nur das Stiftungsgeschäft selbst, sondern auch die gesamte Stiftungssatzung handschriftlich zu verfassen und zu unterschreiben ist, ansonsten könnte die Stiftungserrichtung wegen Formunwirksamkeit scheitern. Auf Grund der hohen Fehlerwahrscheinlichkeit hat der Gesetzgeber zwar über § 83 S. 2 BGB eine Nachbesserungsmöglichkeit durch die Stiftungsbehörde vorgesehen, um den Stiftungszweck doch noch zu verwirklichen⁶⁶, aber da der Stifter in diesem Zeitpunkt schon gestorben ist, kann sein Wille nur gemutmaßt werden. Aus diesem Grund sind die Stiftungsbehörden teilweise befugt, das Stiftungsgeschäft in den durch den Stifterwillen gezogenen Grenzen zu ändern oder zu ergänzen, ja sogar eine vollständige Satzung zu geben.

Sind Mängel der Satzung im Anerkennungsverfahren noch behebbar, könnten diese im steuerrechtlichen Bereich jedoch verheerende Auswirkungen haben. Deshalb ist dringend geboten, Stiftungszweck und bestimmte Modalitäten⁶⁷ mit der Steuerbehörde abzustimmen.

Im Interesse der tatsächlichen Verwirklichung des Stifterwillens ist eine stufenweise Gründung der Stiftung empfehlenswert:

Der Stifter errichtet die Stiftung bereits zu Lebzeiten mit einem kleinen Vermögen (z.B. 50.000 Euro Barvermögen). Die nun bereits entstandene Stiftung setzt der Stifter dann in einer letztwilligen Verfügung als Erbin bzw. Vermächtnisnehmerin ein. Der Vorteil dieser Gestaltung liegt darin, dass der Stifter noch selbst die stiftungsrechtliche Anerkennung und die steuerrechtliche Anerkennung erwirkt. Darüber hinaus hat er die Gewissheit, dass seine Stiftung entstanden ist.

Zum anderen erfährt der Stifter noch zu Lebzeiten die öffentliche Anerkennung und Befriedigung, die mit der Errichtung einer Stiftung verbunden ist.

Sofern ein Stifter eine Stiftung gleichwohl von Todes wegen errichten möchte, sollte die Anerkennungsfähigkeit der künftigen Stiftung vorab mit der Stiftungsbehörde abgestimmt werden.

Der Stifter sollte in jedem Fall Testamentsvollstreckung anordnen, weil sich dieses zur Sicherung der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen empfiehlt.

Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers können auch gem. § 2203 BGB auf das Herbeiführen der Anerkennung der Stiftung und die Vermögensübertragung beschränkt werden. Dem Testamentsvollstrecker kann auch als Dauervollstrecker nach § 2209 BGB die Aufgabe zugewiesen werden, die Stiftungssatzung entsprechend den Anforderungen der Behörde abzufassen und zu verändern sowie den Vorstand der Stiftung zu überwachen.

Erfolgt die Vermögensausstattung der Stiftung durch Vermächtnis oder Auflage, kann dem Testamentsvollstrecker die Ausführung der dem Erben bzw. dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschränkungen übertragen werden (§§ 2203 bzw. 2223 BGB). Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker Weisungen zur Ausführung einzelner Maßnahmen erteilen (§ 2216 Abs. 2 S. 1 BGB). Sofern die Befugnis des Testamentsvollstreckers auch die fortdauernde Mitwirkung bei der Tätigkeit der Stiftung umfasst, endet sie als Dauervollstreckung spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall (§ 2210 BGB). Ist der Testamentsvollstrecker selbst Vorstand der Stiftung, gilt die Frist des § 2210 BGB nicht.

Dem Testamentsvollstrecker ist der Abschluss von In-sich-Geschäften grundsätzlich analog § 181 BGB untersagt. Ist der Testamentsvollstrecker zugleich als Stiftungsvorstand gesetzlicher Vertreter der Stiftung, sollte er insoweit vom Verbot des § 181 BGB ausdrücklich befreit werden.

Als Alternative zur Testamentsvollstreckung bietet sich die Erteilung einer trans- oder postmortalen Vollmacht, möglichst in beurkundeter Form, an.

Auch der Testamentsvollstrecker selbst kann auf diese Weise bevollmächtigt werden, dadurch kann er ohne zeitliche Verzögerung über den Nachlass verfügen.

3. Nachlassgericht und Stiftungsbehörde

Nach altem Stiftungsrecht (§ 83 BGB alt) hatte das Nachlassgericht die erforderliche Genehmigung einzuholen, es sei denn, Erben oder ernannte Testamentsvollstrecker hätten die Stiftungsbehörde um die Genehmigung der Stiftung ersucht.

Es war jedoch langjährige Praxis der Nachlassgerichte, der Stiftungsbehörde nur das Stiftungsgeschäft mitzuteilen, danach hat die Stiftungsbehörde von Amts wegen entgegen dem Gesetzeswortlaut über die Genehmigung entschieden.⁶⁸ Andernfalls wäre das Nachlassgericht im Genehmigungsverfahren, welches sich nach Verwaltungsverfahrenrecht richtet, Verfahrensbeteiligte gewesen.

Durch das Stiftungsrechtsreformgesetz vom 15. Juli 2002 ist dem Nachlassgericht nunmehr durch § 83 S. 1 BGB die Pflicht auferlegt worden, Stiftungsgeschäfte von Todes wegen der Stiftungsbehörde mitzuteilen, sofern nicht Erben oder Testamentsvollstrecker sich um die Anerkennung bemühen. Damit ist die Gesetzesformulierung der Verwaltungspraxis gefolgt.

III. Stiftungsverzeichnisse und Vertretungsnachweis

A. Stiftungsverzeichnis

Die Arbeitsgruppe Stiftungsrecht hatte vor allem auch zu entscheiden, ob die Stiftungsrechtsreform sich vom Genehmigungsverfahren/Anerkennungsverfahren ganz ab-

⁶⁶ Auch scheint der Gesetzgeber sehr daran interessiert, das zu stiftende Vermögen, das in Teilen recht erheblich ist, in einen gemeinnützigen Zweck fließen zu lassen.

⁶⁷ Beispielhaft sei genannt, dass das Stiftungsvermögen bei Auflösung der Stiftung steuerbegünstigten Zwecken zufließen muss, ansonsten wird rückwirkend eine Steuer fällig.

⁶⁸ Vgl. Nissel, Das neue Stiftungsrecht, Berlin 2002, Rn 152.

wendet und stattdessen ein Registrierungsverfahren mit Einführung eines Stiftungsregisters schafft. In Übereinstimmung mit der Mehrheit der angehört Sachverständigen und Verbände kam sie zum Ergebnis, „dass lediglich das Anliegen auf Klarstellung eines Rechtsanspruchs gerechtfertigt ist, aber keine überzeugenden Gründe für die Einführung eines Registrierungsverfahrens sprechen.“⁶⁹

Damit gibt es kein zentrales Stiftungsregister.

In Baden-Württemberg haben die Regierungspräsidien gem. § 4 Abs. 1 StiftG sogenannte Stiftungsverzeichnisse für das jeweilige Regierungspräsidium geschaffen und stellen diese allerdings nur auf freiwilliger Basis nach vorheriger Zustimmung durch die Stiftung auch ins Internet der Öffentlichkeit zur Verfügung. Eingetragen werden im Verzeichnis gem. § 4 Abs. 2 StiftG:

- a) Name und Anschrift der Stiftung (Ziff. 1),
- b) Sitz und Zweck der Stiftung (Ziff. 2 und 3),
- c) Vertretungsberechtigung und Zusammensetzung des vertretungsberechtigten Organs (Ziff. 4) sowie
- d) der Tag der Verleihung der Rechtsfähigkeit und die verleihende Behörde (Ziff. 5).

Einsicht in das schriftliche Stiftungsverzeichnis bei dem Regierungspräsidium ist nach § 4 Abs. 4 S. 1 StiftG nunmehr jedem ohne Einschränkung gestattet.⁷⁰

B. Nachweis der Vertretungsbefugnis beim Grundbuchamt

Gem. § 4 Abs. 4 S. 2 StiftG begründet ein Eintrag im Stiftungsverzeichnis keine Vermutung der Richtigkeit. Damit ist ein öffentlicher Glaube wie beim Erbschein oder der Grundbucheintragung generell ausgeschlossen. Aber auch eine positive oder negative Publizität wie bei den Registern ist dadurch ausgeschlossen.

Stellt sich nun die Frage des Nachweises der Vertretungsbefugnis beim Grundbuchamt, aber auch in anderen Fällen.

Das BayObLG hat hierzu festgestellt, dass im Grundbuchverfahren der Nachweis der gesetzlichen Vertretung einer katholischen Pfarrpfündestiftung durch urkundliche Erklärung der kirchlichen Aufsichtsbehörde erbracht werden kann.⁷¹

Grundsätzlich gilt für die Form eines Vertretungsnachweises § 29 GBO.

Da nun die Stiftungsverzeichnisse keine Vermutung der Richtigkeit beinhalten, kann der Notar auch keine Vertreterbescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNotO ausstellen.

Der Vertretungsnachweis kann aber anerkanntermaßen durch Vorlage der Stiftungssatzung geführt werden, allerdings unter der Voraussetzung, dass diese in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist und die Vertretungsberechtigten dort namentlich benannt worden sind.

Alternativ wird in der Praxis in den meisten Fällen eine von der Stiftungsbehörde ausgestellte Vertretungsbescheinigung vorgelegt und mangels anderer Nachweismöglichkeiten auch allgemein anerkannt.⁷²

IV. Stiftungssteuerrecht

A. Begriffe zur Steuerbegünstigung

Ob eine Stiftung steuerbegünstigt ist, richtet sich nach ihrem Zweck. In § 52 AO sind die steuerbegünstigten Zwecke definiert, sie sind damit rechtsformneutral und gelten ebenso für andere Rechtsformen wie die Stiftung. Dort heißt es: „Gewährt das Gesetz eine Steuervergünstigung, weil eine Körperschaft ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke (steuerbegünstigte Zwecke) verfolgt, so gelten die folgenden Vorschriften. Unter Körperschaften sind die Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes zu verstehen.“

Unter die Vermögensmassen fallen hier auch Stiftungen.

1. Gemeinnütziger Zweck

Gem. § 52 Abs. 1 AO sind gemeinnützige Zwecke definiert als selbstlose Förderung „der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet“.

Das Gesetz enthält eine Negativdefinition zu der Frage, wann eine Förderung der Allgemeinheit vorliegt. Nach § 52 Abs. 1 S. 2 AO ist eine Förderung der Allgemeinheit nämlich dann „nicht gegeben, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugute kommt, fest abgeschlossen ist, zum Beispiel Zugehörigkeit zu einer Familie oder zur Belegschaft eines Unternehmens, oder infolge seiner Abgrenzung, insbesondere nach räumlichen oder beruflichen Merkmalen, dauernd nur klein sein kann.“

Die Aufzählung des § 52 Abs. 2 AO der gemeinnützigen Zwecke ist nicht abschließend. Weiterführende Aufzählungen von möglichen gemeinnützigen Zwecken finden sich im AEAO⁷³ zu § 52 AO.

Insbesondere werden als gemeinnützige Zwecke anerkannt die Förderung von Sozialem (33 %), Bildung und Erziehung (20 %), Kunst und Kultur (14 %), Wissenschaft und Forschung (10 %), Natur und Umweltschutz (5 %).⁷⁴

2. Mildtätiger Zweck

Unter mildtätigen Zwecken versteht man die selbstlose Unterstützung von Personen, die infolge ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes oder aus wirtschaftlichen Gründen bedürftig sind (§ 53 AO).

Da die Mildtätigkeit nicht an die Förderung der Allgemeinheit anknüpft, sondern an einen hilfsbedürftigen Personenkreis, wären demnach auch Familienstiftungen, deren Leistungen auf bedürftige Angehörige beschränkt sind, als mildtätig anzuerkennen. Dem ist das BMF aber entgegengetreten und hat diese Möglichkeit des steuerbegünstigten Bedenkens der Verwandten ausgeschlossen, da die Förderung der Verwandten im Vordergrund stehe und nicht die Förderung von Hilfsbedürftigen.⁷⁵

Bei Personen, die das 75. Lebensjahr vollendet haben, wird persönliche Hilfsbedürftigkeit ohne Nachprüfung angenommen.⁷⁶

Beispiele für mildtätige Zwecke sind Krankenpflege, Altenheime, Katastrophenhilfe, aber auch Telefonseelsorge.

⁶⁹ Abschlussbericht vom 19.10.2001, S. 14.

⁷⁰ Seit Änderung des Stiftungsgesetzes ist in Baden-Württemberg es nicht mehr erforderlich, ein berechtigtes Interesse glaubhaft zu machen. Für Einsicht in das kirchliche Stiftungsverzeichnis ist demgegenüber gem. § 27 StiftG nach wie vor das berechnete Interesse glaubhaft zu machen.

⁷¹ Vgl. BayObLG Beschluss vom 22.05.2001, NJW-RR 2001, S. 1237. Vgl. hierzu auch Vertretungsnachweis einer Behörde, DNotIReport 12/2000.

⁷² Vgl. DNotIReport 4/2002.

⁷³ Vgl. AEAO vom 15.07.1998, (BStBl. I S. 630), zuletzt geändert durch BMF-Schreiben vom 10. September 2002, IV C 4 – S 0171 – 93/02.

⁷⁴ Abschlussbericht vom 19.10.2001, S. 38.

⁷⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 10.09.2002 IV C 4-S 0171-93/02, AEAO Tz. 3 zu § 53 AO.

⁷⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 10.09.2002 IV C 4-S 0171-93/02, AEAO Tz. 4 zu § 53 AO.

Im Einkommensteuerrecht besteht dabei folgende Abgrenzung zwischen Gemeinnützigkeit und Mildtätigkeit:

Ausgaben für gemeinnützige Zwecke sind bis zu 5 v.H. des Gesamtbetrages der Einkünfte abzugsfähig (§ 10 b Abs. 1 S. 1 EStG) und Ausgaben für mildtätige Zwecke sind bis zu 10 v.H. des Gesamtbetrages der Einkünfte abzugsfähig (§ 10 b Abs. 1 S. 2 EStG).

3. Kirchlicher Zweck

Als kirchlicher Zweck gilt gem. § 54 AO die Förderung einer Religionsgemeinschaft, die eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Nach § 54 Abs. 2 AO zählt auch die Verwaltung des Kirchenvermögens dazu.

„Bei Religionsgemeinschaften, die nicht Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, kann wegen Förderung der Religion eine Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft in Betracht kommen“ (AEAO zu § 54 AO), soweit sie nicht den Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland überschreiten.

4. Selbstlosigkeit

Selbstlos handelt eine Stiftung dann, wenn sie „dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke – zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke“ verfolgt (§ 55 AO).⁷⁷

Neben dem allgemeinen Verbot der vorrangigen Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke (§ 55 Abs. 1 Nr. 2-4 AO) gehört zur Selbstlosigkeit auch der Grundsatz der gemeinnützigen Mittelverwendung (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO). Danach müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Mittel der Körperschaft dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO),
- die Mitglieder dürfen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder keine sonstigen Zuwendungen erhalten, insbesondere auch keine Gewinnanteile (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 2 AO),
- die Körperschaft darf „keine Person durch Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen“ (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO),
- Grundsatz der Vermögensbindung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 AO).

Eine weitere Voraussetzung für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit ist gem. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO die zeitnahe Mittelverwendung. Die Einhaltung des Gebots der zeitnahen Mittelverwendung ist von der gemeinnützigen Stiftung nachzuweisen. Ergibt sich der Nachweis nicht unmittelbar aus ihrem Jahresabschluss, so ist eine Nebenrechnung, die sog. Mittelverwendungsrechnung, aufzustellen, aus der sich die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen ersehen lässt. Die Form der Mittelverwendungsrechnung ist nicht vorgeschrieben.

Sollte die gemeinnützige Körperschaft in einem Veranlagungsjahr gegen das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung verstoßen, wird ihr regelmäßig nicht sofort die Gemeinnützigkeit aberkannt, sondern die Finanzverwaltung setzt ihr nach § 63 Abs. 4 AO eine Frist für die Verwendung der zu Unrecht angesammelten Mittel. In jedem Fall darf die gemeinnützige Stiftung nicht gezwungen werden, angesammelte Mittel zu verschleudern, dieses verstieße gegen das Gebot der sparsamen und effizienten Mittelverwendung,

⁷⁷ Vgl. auch BMF-Schreiben vom 10.09.2002 IV C 4-S 0171-93/02, AEAO zu § 55 AO.

welches sich aus § 55 Abs. 1 Nr. 1. S. 1 und Nr. 3 AO ergibt. Schließlich erfordern gerade größere gemeinnützige Projekte wie z.B. der Bau eines Krankenhauses Zeit, um die erforderlichen Mittel anzusammeln und die Projekte durchzuführen.

5. Ausschließlichkeit

Ausschließlichkeit liegt nach § 56 AO vor, wenn nur steuerbegünstigte satzungsmäßige Zwecke verfolgt werden.

Im Rahmen des § 58 Nr. 5 AO ist es als Ausnahme vom Prinzip der Selbstlosigkeit und der Ausschließlichkeit aber dennoch zulässig, einen Teil, jedoch höchstens ein Drittel des Stiftungseinkommens zur Unterhaltung der Familie und Grabpflege zu verwenden, ohne die Steuervergünstigungen zu verlieren. So kann der Stifter seine nächsten Angehörigen dauerhaft bedenken ohne sie als Erben oder Vermächtnisnehmer einzusetzen.

„Der Begriff des nächsten Angehörigen ist enger als der Begriff des Angehörigen nach § 15 AO. Er umfasst:

- Ehegatten,
- Eltern, Großeltern, Kinder, Enkel (auch falls durch Adoption verbunden),
- Geschwister,
- Pflegeeltern, Pflegekinder“ (Ziff. 6 AEAO zu § 58 Nr. 5 AO).

Dabei ist nach Ziff. 7 AEAO zu § 58 Nr. 5 AO der Maßstab für die Angemessenheit des Unterhalts der Lebensstandard des Zuwendungsempfängers.

Um die Steuervergünstigungen nicht zu riskieren, sollte die Stiftungssatzung keinen festen Betrag für die Angehörigen ausweisen, sondern die Zuwendungen an einen Prozentsatz der jährlichen Überschüsse knüpfen, der unterhalb der Drittelgrenze liegen muss.⁷⁸

Falls ein Zuwendungsempfänger nicht unter den Begriff des nächsten Angehörigen fällt, sollte er als Mitstifter auftreten, dann sind Zuwendungen an ihn unterhalb der Grenze des § 58 Nr. 5 AO nämlich schadlos.

B. Steuervergünstigungen

Erfüllt eine Stiftung die Voraussetzungen zur Steuerbegünstigung nach § 52 AO, so wird sie weitreichend steuerrechtlich privilegiert. Zahlreiche Steuergesetze gewähren solchen Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen Steuervergünstigungen, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgen.

Steuervergünstigungen⁷⁹ finden sich unter anderen auch in

- a) § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG (Körperschaftssteuerbefreiung),
- b) § 3 Abs. 1 Nr. 6 GewStG (Gewerbsteuerbefreiung),
- c) § 3 Abs. 1 Nr. 3 b) GrStG (Grundsteuerbefreiung),
- d) § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG (Erb- und Schenkungssteuerbefreiung),
- e) § 4 Nr. 16, 18, 20-25, 27 UStG (Befreiung von bestimmten Umsatzsteuern),
- f) §§ 3, 4 GrEStG (Grunderwerbsteuerbefreiung),
- g) § 3 Nr. 5 Buchst. a KraftStG (Kraftfahrzeugsteuerbefreiung).

⁷⁸ Vgl. hierzu BFH, BStBl. II 1998, S. 758. In diesem Urteil wurde das Festlegen eines bestimmten Betrages als unschädlich angesehen, jedoch reagierte die Verwaltung mit einem Nichtanwendungserlass, also diesen Einzelfall nicht zu verallgemeinern, vgl. BMF vom 06.11.1998, BStBl. 1998, S. 1446, siehe auch ZNotP 2001, S. 276 f.

⁷⁹ Meist sind die Steuervergünstigungen nicht pauschal erteilt, sondern an ganz bestimmte Bedingungen geknüpft, z.B. keine Grundsteuerbefreiung nach § 5 GrStG, wenn Grundstück zu üblichen Wohnzwecken genutzt wird.

Leistungen gemeinnütziger Körperschaften unterliegen schließlich dem ermäßigten Umsatzsteuersatz (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 a) UStG).

Neben direkten Steuervergünstigungen fördert der Gesetzgeber die Tätigkeit gemeinnütziger Körperschaften durch den sog. Spendenabzug. Nach § 10 b EStG sind freiwillige Zuwendungen an gemeinnützige Körperschaften unter bestimmten Voraussetzungen abzugsfähig und seit dem 01. 01.2002 sind über den neu eingeführten § 10 b Abs. 1 a) EStG Zuwendungen an Stiftungen zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke anlässlich der Neugründung einer Stiftung im Jahr der Zuwendung und in den folgenden neun Veranlagungszeiträumen noch einmal bis zu einem Betrag von 307.000 € zusätzlich wie Sonderausgaben abziehbar.

Entsprechende Regelungen finden sich auch bei der Körperschafts- und Gewerbesteuer (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG, § 9 Nr. 5 GewStG).

Es ist stiftungsrechtlich und bei steuerbegünstigten Stiftungen auch steuerrechtlich geboten, dass die Erträge des Stiftungsvermögens weitgehend für die Stiftungszwecke zeitnah verwendet werden, und zwar grundsätzlich spätestens im Folgejahr nach dem Mittelzufluss. Die Bildung von Rücklagen sowie die Vermehrung des Stiftungskapitals aus den Erträgen ist steuerrechtlich in begrenztem Umfang zulässig (§ 58 Nr. 6, 7 a AO). Grundsätzlich sind diese Möglichkeiten auch stiftungsrechtlich durch entsprechende Regelungen in der Stiftungssatzung zugelassen.⁸⁰ Der Stifter kann aber auch andere Bestimmungen treffen.

C. Besteuerung von Familienstiftungen

Inländische Familienstiftungen, die wesentlichen Interessen einer oder bestimmter Familien dienen, unterliegen der sogenannten Erbersatzsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Die Steuer entsteht gem. § 9 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG in Zeitabständen von je 30 Jahren seit dem Zeitpunkt des ersten Übergangs von Vermögen auf die Stiftung. Auf diese Weise wird alle 30 Jahre ein Erbgang fingiert. Dabei wird anlehnd an eine fiktive Erbfolge auf zwei Kinder abgestellt und ein doppelter Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gewährt.⁸¹

Die der Steuer zugrundeliegende Steuerklasse bemisst sich gem. § 15 Abs. 2 ErbStG nach dem Verwandtschaftsverhältnis des laut Stiftungssatzung entferntesten Berechtigten zum Stifter.

Werden die Berechtigten über eine Satzungsänderung neu bestimmt, ist äußerste Vorsicht geboten, da die Finanzverwaltung hierbei von einer Aufhebung der bisherigen Familienstiftung und Errichtung einer neuen Familienstiftung ausgeht, welches eine Neubesteuerung auslöst und zwar grundsätzlich erst mal nach der ungünstigen Steuerklasse 3.⁸²

Ein Vorteil kann sein, dass die Erbersatzsteuer verrentet werden kann, indem sie gem. § 24 S. 1 ErbStG in 30 gleiche jährliche Teilbeträge bestehend aus Tilgung und Zins, aufgeteilt wird. Dabei wird von einer Verzinsung von 5,5 vom Hundert ausgegangen (§ 24 S. 2 ErbStG).

V. Schlussbetrachtungen

Das Stiftungsrecht wird weitgehend von steuerrechtlichen Überlegungen geprägt; je größer die Substanz des Stiftungsvermögens um so mehr tritt in den Vordergrund,

die Vermögenserträge umfassend, ohne Verluste durch Steuerzahlungen, zur Verwirklichung des Stiftungszwecks zu verwenden.

Stiftungen mit verhältnismäßig geringen Stiftungsvermögen werden vielfach als unselbständige treuhänderische Stiftungen errichtet. Dieses ist auch sachgerecht, um Ertragsminderungen durch Ausgaben für die Verwaltung zu reduzieren. So können sich auch große Stiftergemeinschaften unter einem Dach, das dann eine Trägerstiftung ist, vereinigen.

Durch die Änderung des Stiftungsrechts wird der Stifter in seinen Rechten gegenüber den Behörden gestärkt, durch das neue Anerkennungsverfahren ist ihm ein Rechtsanspruch gegeben. Der Gesetzgeber möchte durch diese Verfahrensänderung mehr Vermögen für gemeinnützige und mildtätige Zwecke ausgegeben wissen mit dem Ziel, sich aus diesen Bereichen finanziell zurückziehen zu können. Maßgeblich für die Zielerreichung des Staates ist und bleibt aber die Steuerbegünstigung solcher Mittelverwendung.

Die Zahlen der Stiftungerrichtung sprechen eine eindeutige Sprache. Die Tendenz zeigt eine stetige Steigerung der jährlichen Stiftungerrichtung. Im Jahre 2002 wurden 789 neue rechtsfähige Stiftungen gegründet. Insgesamt sind es Ende 2002 schon 11.292 rechtsfähige Stiftungen.⁸³

Auf Grund der Schwierigkeit des Rechtsgebiets mit der Pflicht zum weit vorausschauenden Planen bezüglich der Stiftungssatzung wird die Beratung durch die Rechtsanwender wie Steuerberater und Notare immer wichtiger. Idealerweise sollte der Stiftungswillige sich Rat beim Steuerberater und beim Notar holen, begleitend die Beratung durch die Stiftungsbehörde in Anspruch nehmen und die Steuerbegünstigung letztendlich durch die Steuerbehörde absegnen lassen. Da das Stiftungsrecht jedoch ein Randgebiet der Jurisprudenz darstellt, besteht die Schwierigkeit für den Stiftungswilligen vor allem darin, einen geeigneten und erfahrenen Berater zu finden. So bleibt den meisten doch nur der Gang zur Stiftungsbehörde und der Steuerbehörde, die aber auch nicht umfassend beraten können, vielleicht auch nicht wollen, denn es ist kaum denkbar, dass über die Zuwendungsmöglichkeiten an Familienangehörige oder etwa Sonderkonstruktionen wie die „Stiftung & Co KG“ beraten wird. Dieses ist für den Staat kontraproduktiv.

Letztendlich lässt sich festhalten, dass Stiftungen immer beliebter werden und sich die Steuerberater und Notare darauf einstellen sollten, indem sie auch auf diesem Gebiet kompetent und sachgemäß im Sinne des Kunden beratend zur Verfügung stehen. Durchdachte Stiftungssatzungen mit möglichst variablen Inhalten und doch möglichst genauer Orientierung am Stifterwillen sorgen dafür, dass spätere Streitigkeiten ausbleiben und der Stifterwillen tatsächlich auch nach seinem Tode seine Wirkungen unbeschadet entfaltet.

Anlage A

Stiftungsgeschäft von Todes wegen

Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen wird hier beispielhaft in einem Testament dargestellt, im gemeinschaftlichen Testament sind die relevanten Abschnitte entsprechend §§ 2265 ff BGB abzuändern. Ist das Stiftungsgeschäft von Todes wegen in einem Erbvertrag enthalten, ist dieser samt Stiftungsgeschäft und Satzung gem. § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB nur wirksam, wenn er zur Niederschrift eines Notars geschlossen wird.

⁸⁰ Vgl. hierzu Anlage D § 5 Ziff. 3 (Mittelverwendung/Rücklagen).

⁸¹ Zur Zeit beträgt der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 205.000,- Euro.

⁸² Vgl. hierzu Thomas Wachter, MittBayNot 2000, S. 164.

⁸³ Datenbank deutscher Stiftungen 2003.

Beispiel für testamentarisches Stiftungsgeschäft:

Testament

Hiermit errichte ich,,
geboren am,
wohnhaft in, -straße,
mein Testament.

Frühere Verfügungen von Todes wegen

Ich bin in meiner Freiheit, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, durch frühere Verfügungen von Todes wegen nicht beschränkt.

Alle etwa bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen widerrufe ich hiermit vorsorglich.

Erbeinsetzung

Ich errichte von Todes wegen als rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts die „.....-Stiftung“.

Zweck der Stiftung ist

Zur Erfüllung dieses Zweckes setze ich die-Stiftung zu meiner Alleinerbin ein.

Testamentsvollstreckung⁸⁴

Testamentsvollstreckung über meinen Nachlass wird angeordnet.

Der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers liegt vor allem in der Begleitung des Anerkennungsverfahrens der Stiftung.⁸⁵ Hierzu ist er befugt, im Rahmen einer Dauer- vollstreckung, die nachfolgende Satzung, soweit dies zur Anerkennung durch die Stiftungsbehörde oder zur Anerkennung des steuerbegünstigten Zweckes durch die Steuerbehörden nach Auffassung der zuständigen Behörden erforderlich ist, zu ändern bzw. zu ergänzen.

Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Der Testamentsvollstrecker ernennt den Vorstand der Stiftung⁸⁶, der aus folgenden Personen bestehen soll⁸⁷:

- a)
- b)
- c)

Er ist auch befugt, bei Wegfall eines oder mehrerer dieser Vorstandsmitglieder oder auch im Falle der Ablehnung des Amtes, in eigenem Ermessen Ersatzpersonen zu bestellen.

Als Testamentsvollstrecker ernenne ich

Herrn/Frau, geb. am, wohnhaft

Ersatzweise ernenne ich

Herrn/Frau, geb. am, wohnhaft

⁸⁴ Eine Testamentsvollstreckung ist dringend geboten, um etwaigen Problemen im Anerkennungsverfahren vorzubeugen, besonders wichtig aber beim Erreichen steuerbegünstigter Zwecke und Erfüllung von Satzungsanforderungen der Steuerbehörden.

⁸⁵ Liegt die Stiftungerrichtung in einer Vermächtnisanordnung, sollte der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers unbedingt um die Vermögensübertragung erweitert werden.

⁸⁶ Der Aufgabenkreis kann erweitert werden um die Ernennung weiterer Organe.

⁸⁷ Der Testierer kann auch den Testamentsvollstrecker selbst zum Vorstandsmitglied auswählen.

Wiederum ersatzweise ersuche ich das Nachlassgericht, einen geeigneten Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Der Testamentsvollstrecker hat das Recht, einen geeigneten Nachfolger zu bestimmen.

Stiftungssatzung

Ich gebe der Stiftung die angefügte Satzung⁸⁸ vom (Datum).

.....
Ort Datum

.....
Unterschrift (Vor- und Familienname)

Anlage B

Stiftungsgeschäft unter Lebenden

Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf gem. § 81 Abs. 1 S. 1 BGB der Schriftform.

Beispiel für ein

Stiftungsgeschäft unter Lebenden

Errichtung der Stiftung

Hiermit errichte ich,,
geboren am,
wohnhaft in, -straße,
die folgende Stiftung.

Die Stiftung soll den Namen-Stiftung⁸⁹ führen und ihren Sitz in haben.

Sie soll Rechtsfähigkeit durch Anerkennung erlangen.

Weitere Einzelheiten sind gemäß beiliegender Stiftungssatzung geregelt, welche Bestandteil dieses Stiftungsgeschäfts ist.

Zweck der Stiftung ist

.....

Vermögenswidmung⁹⁰

Ich verpflichte mich hiermit rechtsverbindlich, folgende Vermögensgegenstände der Stiftung zur Erfüllung ihres Zwecks als Grundstockvermögen⁹¹ zu übertragen:

- a)
- b)
- c)

⁸⁸ Entweder ist die Stiftungssatzung direkt ins Testament an dieser Stelle einzufügen, oder als Anlage zum Testament zu nehmen. Sie unterliegt denselben Formerfordernissen wie das Testament selbst (eigenhändig geschrieben und unterschrieben mit Datum).

⁸⁹ Der Zusatz „-Stiftung“ ist nicht nötig aber sinnvoll zur Identifizierung und Abgrenzung zu anderen Organisationsformen.

⁹⁰ Bei der Vermögenswidmung ist eine möglichst genaue Bezeichnung der Vermögensgegenstände erforderlich, um die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde zu erreichen.

⁹¹ Beispielhaft seien genannt Barvermögen, Grundstücke, Unternehmensbeteiligungen, Wertpapiere, Forderungen. Zu beachten ist, dass die Stiftung von den Vermögenserträgen lebt, das Grundstockvermögen sollte daher Erträge wie Mieteinnahmen oder Zinsen einbringen.

Bestimmung des Vorstands⁹²

Organ der Stiftung als gesetzlicher Vertreter ist der Stiftungsvorstand.

Als Vorstandsmitglieder berufe ich:

- a) Stifter als Vorstandsvorsitzender
- b) als stellvertretender Vorsitzender
- c)
- d)

.....
 Ort Datum

.....
 Unterschrift des Stifters

Anlage C

Treuhandvertrag für unselbständige Stiftung

**§ 1
 Vorbemerkungen**

Der Stifter, geboren am,
 wohnhaft in,-straße,
 möchte
 (Schlagwortartiger Zweck der Stiftung)⁹³
 fördern und gründet hiermit zu diesem Zweck eine unselbständige Stiftung.

Der Name der Stiftung lautet „.....-Stiftung“.

**§ 2
 Stiftungsvermögen**

Der Stifter verpflichtet sich, folgende Vermögensgegenstände unentgeltlich an (Name und Adresse des Treuhänders) zu übereignen:

- a) Übergabe am/bis zum
- b) Übergabe am/bis zum
- c) Übergabe am/bis zum

Das Stiftungsvermögen wird unter der Auflage übertragen, das Stiftungsvermögen der Stiftung zu erhalten und dessen Erträge zur Erfüllung des Stiftungszwecks gem. beiliegender Satzung zu verwenden.

Die Verwaltung der Stiftung richtet sich ebenso nach beiliegender Satzung.

**§ 3
 Treuhänder**

Der Treuhänder verwaltet das ihm anvertraute Stiftungsvermögen gem. beiliegender Satzung unter dem Namen „.....-Stiftung“ getrennt von seinem übrigen Vermögen.

⁹² Die Anzahl der Vorstandsmitglieder sollte sich nach Art und Größe der Stiftung bestimmen.
⁹³ Z.B. die finanzielle Unterstützung von Schülern einkommensschwacher Eltern. Zur Steuerbegünstigung wäre aber hier ratsam, die vorläufige Gemeinnützigkeitsbescheinigung beim zuständigen Finanzamt einzuholen.

Anlage D

**Einfache Stiftungssatzung (steuerbegünstigt)
 für eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts
 mit einem Organ**

Präambel⁹⁴

**Motive für die Stiftungerrichtung,
 gegebenenfalls Entstehungsgeschichte der Stiftung.**

**§ 1
 Name, Rechtsform und Sitz der Stiftung**

- 1. Die Stiftung trägt den Namen „.....-Stiftung“.
- 2. Die-Stiftung ist eine rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in

**§ 2
 Stiftungszweck**

- 1. Zweck der Stiftung ist die Förderung der Schüler des Gymnasiums in
 - 2. Die Stiftung erfüllt ihren Zweck insbesondere durch folgende Maßnahmen:
 – Förderung von Arbeitsgemeinschaften im naturwissenschaftlichen Bereich, insbesondere durch Bezuschussung der Beschaffung von Ausstattung, Material und geeigneter Räumlichkeiten,
 –
- Die Stiftung darf auch andere Maßnahmen durchführen, die geeignet sind, den Zweck der Stiftung zu fördern, insbesondere auch anderen Organisationen zur Zweckverwirklichung Mittel zur Verfügung stellen.

**§ 3
 Gemeinnützigkeit⁹⁵**

- 1. Die Stiftung verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung.
- 2. Die Stiftung ist ausschließlich selbstlos tätig mit der Ausnahme von § 3 Nr. 3 und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke.
- 3. Mein behinderter Sohn XY⁹⁶ soll solange er lebt 25 % der Einkünfte der Stiftung⁹⁷ zur Gewährung eines angemessenen Lebensunterhalts erhalten. Sollte die Freigrenze des § 58 Nr. 5 AO gesenkt werden, sind die Zuwendungen entsprechend zu senken.
- 4. Es darf keine natürliche oder juristische Person durch Ausgaben, die dem Stiftungszweck fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden. Die Satzung begründet keine Rechtsansprüche auf Leistungen der Stiftung.

⁹⁴ Eine Präambel ist nicht notwendig, sondern hat nur erläuternden Charakter.
⁹⁵ Um Steuervergünstigungen zu erlangen, muss die Stiftungssatzung die Gemeinnützigkeit herausstellen. Soll die Stiftung privatnützig sein, kann § 3 entfallen. Bei mildtätigen oder kirchlichen Zwecken ist der § 3 entsprechend umzugestalten. Es ist dringend anzuraten, bei der Formulierung sich eng an die Wortwahl der Abgabenordnung zu halten, um eine Anerkennung durch die Steuerbehörden nicht zu gefährden.
⁹⁶ Die Unterstützung naher Angehöriger schadet nach derzeitiger Gesetzeslage nicht.
⁹⁷ Ein prozentualer Anteil ist wegen der Unsicherheit, ob die Einkünfte gleich hoch bleiben, dringend anzuraten, ein Drittel stellt derzeit die maximale Obergrenze dar. Um die Steuervergünstigungen auf Dauer zu erhalten, sollte die Satzung entsprechend abänderbar sein bei der Bedenkung der nahen Angehörigen.

§ 4

Grundstockvermögen der Stiftung

1. Das Grundstockvermögen der Stiftung besteht bei Erri-
chtung aus einem Sparkonto bei der Bank mit
einem Guthaben von 200.000 €.
2. Das Grundstockvermögen ist in seinem Bestand dauernd
und ungeschmälert zu erhalten. Vermögensumschichtungen
in andere Anlageformen sind im Sinne §§ 1806, 1807 BGB
(Art der Geldanlage des Vormunds für sein Mündel) zulässig.
3. Zustiftungen sind zulässig.
4. Zuwendungen ohne Zweckbestimmung und ohne Auf-
lagen können dem Grundstockvermögen zugeführt werden.

§ 5

Mittelverwendung/Rücklagen

1. Mittel der Stiftung dürfen nur für satzungsmäßige Zwecke
verwendet werden.
2. Die Stiftung erfüllt ihren Zweck aus den Erträgen des
Stiftungsvermögens und Zuwendungen, die nicht vom
Zuwendenden zur Aufstockung des Grundstockvermögens
bestimmt wurden.
3. Es dürfen Rücklagen gebildet werden, soweit dies zur
Anerkennung der Steuerbegünstigung zulässig ist.

§ 6

Rechnungslegung/Geschäftsjahr

1. Die Stiftung führt ein Vermögensverzeichnis und eine
einfache Einnahmen/-Ausgabenrechnung.⁹⁸
2. Das Geschäftsjahr der Stiftung ist das Kalenderjahr.

§ 7

Organ der Stiftung

1. Organ der Stiftung ist der Stiftungsvorstand.
2. Die Tätigkeit des Stiftungsvorstands ist ehrenamtlich,
anfallende Auslagen werden jedoch ersetzt.⁹⁹

§ 8

Stiftungsvorstand¹⁰⁰

1. Der Stiftungsvorstand besteht aus Mitgliedern.¹⁰¹ Die
Mitglieder werden auf unbestimmte Zeit bestellt. Ein
Mitglied scheidet aus dem Vorstand aus, wenn es das
65. Lebensjahr überschritten hat oder bei freiwilliger
vorheriger Amtsniederlegung. Ausscheidende Mitglieder
bleiben bis zur Bestellung ihrer Nachfolger im Amt.
2. Ein Mitglied kann nur aus wichtigem Grund aberufen
werden. Das betroffene Mitglied des Vorstands hat bei der
Beschlussfassung diesbezüglich kein Stimmrecht.
3. Der Nachfolger eines ausscheidenden Mitglieds wird von
den übrigen Vorstandsmitgliedern benannt.
4. Der Stiftungsvorstand wählt aus seiner Mitte einen
Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden,

⁹⁸ Bei größeren Stiftungen mit aufgesplittetem Grundstockvermögen kann
sich auch eine Bilanzierung in Anlehnung der §§ 266 ff HGB empfehlen.

⁹⁹ Je nach Aufwand der Tätigkeit sollte die Vergütung gestaltet werden,
diese kann dann z.B. an die Aufwandsvergütung von Betreuern,
Testamentsvollstreckern oder Nachlasspflegern angeknüpft werden, um
sie flexibel und angemessen zu halten.

¹⁰⁰ In vielen Mustern zu Stiftungssatzungen sind die Regelungen über den
Vorstand sehr ausführlich gehalten (z.B. Muster einer Stiftungssatzung des
Regierungspräsidiums Freiburg), auch Beschlussfassung und Einberufung
zu den Sitzungen sind erschöpfend geregelt. Dies birgt die Gefahr, die
Stiftung zu lähmen, da bei geänderten Rahmenbedingungen der Vorstand
kaum reagieren kann. Es empfiehlt sich daher, näheres in einer Geschäfts-
ordnung zu regeln. Die erste Geschäftsordnung kann vom Stifter vor-
gegeben werden.

¹⁰¹ Die Anzahl kann fest (z.B. 2) oder auch flexibel (z.B. 2-5) gewählt werden.

der den Vorsitzenden in allen Angelegenheiten bei dessen
Verhinderung vertritt.

5. Der Stiftungsvorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und
außergerichtlich und hat die ihm nach dem Gesetz und der
Satzung übertragenen Aufgaben.

6. Jedes Vorstandsmitglied ist im Außenverhältnis allein
vertretungsberechtigt, im Innenverhältnis ist der stellver-
tretende Vorsitzende verpflichtet, nur im Falle der Verhin-
derung des ersten Vorsitzenden von seiner Vertretungs-
befugnis Gebrauch zu machen.

7. Der Vorstand hat sich selbst eine Geschäftsordnung für
weitere Regelungen zu geben.

§ 9

Satzungsänderung

Satzungsänderungen sind grundsätzlich zulässig. Sie
bedürfen der einstimmigen Zustimmung des Vorstands. Die
Änderung des Stiftungszwecks ist nur zulässig, soweit des-
sen Erreichung rechtlich oder tatsächlich unmöglich oder
sinnlos geworden ist.

Soweit sich die Zweckänderung auf die Steuerbegünsti-
gungen auswirken können, ist eine vorläufige Gemein-
nützigkeitsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde
einzuholen.

§ 10

Auflösung/Vermögensanfall

Die Stiftung ist grundsätzlich auf Dauer angelegt.
Sollte der Stiftungszweck aber dauerhaft nicht erreichbar
sein, oder sollten die Ausgaben¹⁰² dauerhaft die Einnahmen
übersteigen, kann der Vorstand durch einstimmigen
Beschluss die Stiftung auflösen.

Bei Auflösung der Stiftung fällt das Stiftungsvermögen an
....., ersatzweise an jeweils mit
der Auflage, es ausschließlich und unmittelbar für steuer-
begünstigte Zwecke im Sinne der Abgabenordnung zu
verwenden.¹⁰³

Anlage E

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEAO	Anwendungserlass zur Abgaben- ordnung
AnfG	Anfechtungsgesetz
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Zeitschrift Betriebsberater
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof

¹⁰² Der Begriff Kosten sollte vermieden werden, da er zu weit gefasst ist,
so umfasst er z.B. die Personalkosten, auch wenn diese wegen Ehren-
amtlichkeit sich in der Ausgabenrechnung nicht widerspiegeln.

¹⁰³ Nach der Abgabenordnung ist es absolut erforderlich bezüglich einer
Steuerbegünstigung, dass auch nach Auflösung der Stiftung das Stif-
tungsvermögen einer steuerbegünstigten Organisation zugeführt wird,
ansonsten müssen alle steuerrelevanten Vorgänge betreffend der Stiftung
voll nachversteuert werden, dieses kann dann leicht zu einer Aufzehrung
des gesamten Stiftungsvermögens führen.

BFHE	Sammlungen der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BNotO	Bundesnotarordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtserlass
bzw.	beziehungsweise
DNotIReport	Informationsdienst des deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
ErbStG	Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
e.V.	eingetragener Verein
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GBl	Gesetzblatt des Landes Baden-Württemberg
GBO	Grundbuchordnung
gem.	gemäß
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GrStG	Grundsteuergesetz
H.	Heft
HGB	Handelsgesetz
i.e.S.	im engeren Sinn
InsO	Insolvenzordnung
KapCoRiLiG	Kapitalgesellschaften- und Co - Richtlinien-Gesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KostO	Kostenordnung
KraftStG	Kraftfahrzeugsteuergesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
MarkG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
Mrd	Milliarden

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungsreport Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Pr. AGBGB	preußisches Ausführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
Rn.	Randnummer
S.	Seite oder Satz
StiftG	Stiftungsgesetz Baden-Württemberg
UStG	Umsatzsteuergesetz
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Ziff.	Ziffer

Anlage F

Literaturverzeichnis

Brandmüller, Gewerbliche Stiftungen, 2. Auflage 1998;

Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, Abschlussbericht vom 19.10.2001, in „www.bmj.bund.de“ in der Rubrik „Themen/Wirtschaft und Recht“ (hier blättern);

Langenfeld/Neuhof, Münchner Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbband, 3. Aufl. 1992;

Langenfeld, Die letztwillige Stiftung, ZEV 2002, S. 481;

Muscheler, Das vertragliche Stiftungsgeschäft, ZEV 2003, S. 41;

Muscheler, § 84 BGB und die lebzeitige Stiftungsgründung, DNotZ 2003, S. 661;

Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage 2000;

Nissel, Das neue Stiftungsrecht, 2002;

Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001;

Schmidt, Vermögenszuwendung und Festlegung des Stiftungszwecks bei der Errichtung unselbständiger Stiftungen von Todes wegen, ZEV 2003, S. 316;

Schwarz, Zur Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Familien- und Unternehmensstiftung, ZEV 2003, S. 306;

Wachter, Aktuelle Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, MittBayNot 2000, S. 162;

Wachter, Stiftungen – Zivil- und Steuerrecht in der Praxis, 2001;

Wernicke, Vorstandskontrolle in der Stiftung, ZEV 2003, S. 301;

Wochner, Rechtsfähige Stiftungen – Grundlagen und aktuelle Reformbestrebungen, BB 1999, S. 1441;

Wochner, Anmerkungen zum Urteil des OLG Schleswig v. 01.08.1995, 9W 50/95 DNotZ 1996, S. 770.

Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme

(von Bezirksnotar Frank Maurer, Notariat Güglingen)

A. Einleitung und Abgrenzung von der gesetzlichen Vertragsübernahme

Unter einer Vertragsübernahme, die auch als Vertragseintritt bezeichnet wird, versteht man die Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen¹.

Sie bedeutet die vollständige Auswechslung einer Vertragspartei bei einem bestehenden Vertragsverhältnis. Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme ist von der gesetzlichen Vertragsübernahme wie folgt abzugrenzen:

a) gesetzliche Vertragsübernahme:

Mehrere gesetzliche Bestimmungen regeln als Schutzvorschriften die Vertragsübernahme als Rechtsfolge eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Als Beispiele sind insbesondere zu nennen²:

- § 566 BGB (§§ 578, 566; §§ 581 II, 566 BGB): der rechtsgeschäftliche Erwerber des vermieteten Grundstücks/Wohnraums tritt kraft Gesetzes mit dem Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch in den Mietvertrag auf der Vermieterseite ein³.

- § 613 a BGB: der rechtsgeschäftliche Erwerber eines Betriebes oder Betriebsteils tritt kraft Gesetzes in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein⁴.

- § 69 VGG: der rechtsgeschäftliche Erwerber der versicherten Sache tritt in den bestehenden Versicherungsvertrag.

b) rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme:

Im BGB sind die Abtretung einzelner Forderungen in den §§ 398 ff und die Übernahme einzelner Schulden in den §§ 414 ff geregelt. Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme jedoch ist nicht kodifiziert, gleichwohl haben Rechtsprechung und Lehre im Wege der Rechtsfortbildung den allgemein anerkannten Grundsatz geschaffen, dass die rechtsgeschäftliche Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses zulässig ist⁵.

An der Vertragsübernahme sind die ausscheidende und die eintretende Vertragspartei sowie die verbleibende Vertragspartei des zu übernehmenden Vertrages als Dritter beteiligt.

Rechtsfolge der Vertragsübernahme ist ein Übergang sämtlicher vertraglicher Gläubiger- und Schuldnerpositionen en bloc von der ausscheidenden Vertragspartei auf die eintretende Vertragspartei mit der Wirkung, dass die vertraglichen Beziehungen nunmehr nicht mehr zwischen dem Dritten und der ausscheidenden Vertragspartei sondern zwischen dem Dritten und der eintretenden Vertragspartei bestehen.

B. die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme im Einzelnen

1. Definition und Rechtsfolgen der rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme

Vertragsübernahme bedeutet die Übertragung der vollständigen Vertragsposition, die die ausscheidende Vertragspartei kraft Rechtsgeschäfts mit dem Dritten erworben hat. Es findet eine vollständige Auswechslung der Person auf der Seite einer Vertragspartei statt⁶.

Anhand des folgenden Falles soll die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme im weiteren beispielhaft erläutert werden:

Der verheiratete Ehemann kauft vom Bauträger eine projektierte Eigentumswohnung zum Zwecke der Kapitalanlage. Vor Fertigstellung des Objekts und Erfüllung des Bau-trägervertrages lassen sich die Ehegatten scheiden. Im Rahmen der Scheidungsvereinbarung soll die Ehefrau die erworbene Eigentumswohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzen und anstelle des Ehemannes vom Bauträger Eigentum erwerben.

Nach erfolgter Vertragsübernahme wird die Ehefrau anstelle ihres Ehemannes Erwerber der ursprünglich von ihm erworbenen projektierten Eigentumswohnung und nimmt vollumfänglich dessen Erwerberposition ein. Die Vertragsposition umfasst sämtliche Hauptleistungspflichten, Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten, und zwar hinsichtlich der gesamten Gläubigerstellungen und Schuldnerstellungen.

Der Vertrag wird in der Gesamtheit seiner Rechte und Pflichten inhaltlich unverändert zwischen dem eintretenden Vertragspartner und dem Dritten fortgesetzt⁷. Die Vertragsübernahme ist, wie auch die Abtretung eines Anspruchs gemäß § 398 ff BGB und die Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB, ein abstraktes Rechtsgeschäft. Sie lässt sich jedoch nicht als eine Bündelung von Abtretungen und Schuldübernahmen begreifen.

Eine solche Auffassung würde vor allem dem Willen der Parteien nicht gerecht, einen vollständigen Subjektwechsel im Rahmen eines gegebenen Vertrages anzustreben. Die Vertragsübernahme ist daher mit der heute herrschenden Meinung als ein eigenes, einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen; allerdings wirkt sich die Unterscheidung nur dort aus, wo es darauf ankommt, dass der Vertrag mehr ist als die Summe seiner Teile (nämlich der Einzelverbindlichkeiten), etwa bei Pflichten, die gerade aus dem Synallagma entspringen, und bei der Frage der Ausübbarkeit von Gestaltungsrechten⁸.

2. Kausalgeschäft

a) Schenkung

Die Vertragsübernahme als abstraktes Rechtsgeschäft erfordert ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft. Soll die Vertragsübernahme unentgeltlich erfolgen, so liegt beispielsweise ein gemäß § 518 BGB und unabhängig vom

¹ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 398 Rdnr. 10.

² weitere Beispiele: § 1251 BGB; §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG; § 563 BGB; § 651b BGB; §§ 151 Abs. 2, 177 VVG.

³ Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Auflage 2004, § 566 Rdnr. 16.

⁴ Palandt/Putzo, BGB, 63. Auflage 2004, § 613a Rdnr. 18.

⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 398 Rdnr. 38 mit weiteren Nachweisen.

⁶ Münchner Kommentar/Möschel, BGB, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung Rdnr. 7.

⁷ Münchner Kommentar/Möschel, BGB, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung Rdnr. 8.

⁸ Münchner Kommentar/Möschel, BGB, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen.

Schenkungsgegenstand stets notariell zu beurkundendes Schenkungsversprechen als Teil des Schenkungsvertrages zugrunde⁹. Zuwendungsgegenstand und somit Gegenstand des Schenkungsvertrages ist die Parteienstellung des zu übernehmenden Vertrag¹⁰.

Dies gilt auch, soweit die ausscheidende Partei ihre Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis an den Dritten mangels Fälligkeit noch nicht erfüllt hat, so wenn beispielsweise der Käufer der projektierten Eigentumswohnung mangels Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen des Bauträgervertrages¹¹ noch keine Kaufpreisrate bezahlt hat und die Kaufpreisverpflichtung für den Vertragsübernehmer in voller Höhe besteht.

In diesem Fall ist die Taxierung des Wertes der Zuwendung, insbesondere im Hinblick auf die Anordnung oder Nichtanordnung einer Ausgleichs- und Anrechnungspflicht gemäß §§ 2050 III, 2315, 2316 BGB schwierig¹². Der Ausgleichs- und Anrechnungsbetrag sollte deshalb wenn möglich mit Einverständnis der anderen Ausgleichs- und Pflichtteilsberechtigten einverständlich angesetzt werden¹³. Ansonsten kann bei Vorliegen nur eines geringen Zuwendungswertes auf die Anordnung der Ausgleichung und Anrechnung verzichtet werden¹⁴.

Eine Haftung des Schenkers kommt nur nach § 523 BGB für Rechtsmängel, mangels Sachschenkung aber nicht nach § 524 BGB in Betracht. Im Übrigen gelten die sonstigen Schenkungsvorschriften, insbesondere die gesetzlichen Rückforderungsrechte gemäß §§ 528 und 530 BGB. Eine Rückübertragung der Parteistellung scheidet jedoch aus, sobald die Übereignungsverpflichtung zwischen der eintretenden Vertragspartei und dem Dritten erfüllt wurde und somit anstelle der schuldrechtlichen Vertragsposition des eintretenden Vertragspartners das Eigentum an der verkauften Sache getreten ist. Die eintretende Vertragspartei als Beschenkte ist somit gemäß § 818 Abs. 2 BGB der ausscheidenden Vertragspartei als Schenker zum Wertersatz verpflichtet¹⁵. Soll ein rechtsgeschäftliches Rückforderungsrecht beispielsweise für den Fall der Scheidung und aus anderen Gründen vorbehalten werden, ist die Erfüllung dieses Rückforderungsrechts bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Veräußerungsvertrages gemäß § 275 BGB unmöglich. Es empfiehlt sich eine Regelung der Frage, ob sich die Herausgabe vollständig oder zu Bruchteilen auf das Surrogat (das erworbene Eigentum) erstreckt oder ob eine Geldzahlungsverpflichtung vereinbart werden soll.

Kriterium für die Höhe der Herausgabe- oder Zahlungsverpflichtung ist der Wert der Zuwendung, insbesondere, in

welcher Höhe die ausscheidende Vertragspartei im Rahmen eines Kaufvertrages die ihr obliegende Kaufpreiszahlungsverpflichtung erfüllt hat. Auch für Aufwendungen der eintretenden Vertragspartei empfiehlt es sich, wie auch bei Übergabeverträgen mit vorbehaltenem Rückforderungsrecht, eine Regelung zu treffen.

b) vorweggenommene Erbfolge

Auch im Wege der vorweggenommenen Erbfolge kann die Übertragung der Vertragsposition erfolgen. Solche regelmäßig als Übergabevertrag bezeichneten Rechtsgeschäfte sind nicht typisiert sondern beispielsweise als reine Schenkung, gemischte Schenkung, Schenkung unter Auflage oder Ausstattung gestaltbar¹⁶. Liegt der unentgeltlichen Übertragung der Vertragsposition ein Schenkungsvertrag zugrunde, bedarf das Schenkungsversprechen gemäß § 518 BGB der notariellen Beurkundung, handelt es sich um eine Ausstattung, ist diese formlos vereinbar¹⁷. Weiter sind die Ausgleichung, Anrechnung, Mängelhaftung und das vertragliche Rückforderungsrecht wie bei der Schenkung zu klären.

c) Scheidungsfolgenvereinbarung

Erfolgt die Verpflichtung zur Übertragung der Vertragsposition im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung, bedarf diese als Teil der gesamten Scheidungsvereinbarung der Form der notariellen Beurkundung¹⁸.

Auch hier ist zu prüfen, wie hoch der Wert der Vertragsübernahme ist, also beispielsweise, welche Kaufpreislagen vom Ehemann entsprechend des Baufortschritts an den Bauträger bereits bezahlt sind und welche Ratenhöhe künftig von der Ehefrau als eintretende Vertragspartei zu bezahlen sind. Dieser Betrag ist als Vermögensposition bei der Vermögensauseinandersetzung zu berücksichtigen. Hat der Ehemann den Erwerb des Bauträgerobjekts finanziert, ist auch noch die Frage der Schuldübernahme der Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der finanzierenden Bank gemäß §§ 415, 416 BGB oder auch hier eine Vertragsübernahme des Kreditvertrages zu berücksichtigen.

Eine Haftung für Rechtsmängel ist ebenfalls zu vereinbaren; sie wird sich an der nachstehend genannten Rechtsmängelhaftung beim Rechtskaufvertrag orientieren.

d) Kaufvertrag

Hat die eintretende Vertragspartei an den ausscheidenden Vertragspartner eine Gegenleistung in Geld zu entrichten, liegt regelmäßig ein Rechtskaufvertrag gemäß § 453 Abs. 1 BGB vor. Nach dieser Vorschrift finden die Vorschriften über den Sachkauf gemäß §§ 433 ff BGB entsprechend Anwendung. Kaufgegenstand ist die Vertragsposition der ausscheidenden Vertragspartei aus dem Rechtsverhältnis mit dem Dritten¹⁹. Die ausscheidende Vertragspartei ist

⁹ Der Schenkungsvertrag setzt als objektives Tatbestandsmerkmal die Bereicherung des Empfängers (hier: eintretende Vertragspartei als Erwerber) aus dem Vermögen des anderen (hier: ausscheidende Vertragspartei als Veräußerer) und subjektiv die Einigung beider über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraus, vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Auflage 2004, § 516 Rdnr. 1.

¹⁰ Zuwendung aus dem Vermögen ist die Hingabe eines Vermögensbestandteils von einer Person zugunsten einer anderen Person, vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Auflage 2004, § 516 Rdnr. 5.

¹¹ vgl. §§ 3, 7 Makler- und Bauträgerverordnung

¹² Dieselbe Problematik stellt sich für die Bewertung eines Übernahmerechts, bei dem der Erblasser dem Vermächtnisnehmer ein Übernahmerecht zum Preis von 100 % des Verkehrswertes zuwendet.

¹³ Dies erfolgt im Wege des gegenständlich beschränkten Erb- und Pflichtteilsverzichts, der im Rahmen des Vertragsübernahmevertrages von den Ausgleichs- und Anrechnungsbegünstigten erklärt wird.

¹⁴ soweit der Kaufpreis geringer als der Verkehrswert ist, stellt dieser Vermögensvorteil den Wert der Zuwendung und somit die Höhe der Ausgleichs- und Anrechnungspflicht dar.

¹⁵ Palandt/Weidenkaff, BGB, 63. Auflage 2004, §§ 528 Rdnr. 6 und 530 Rdnr. 3.

¹⁶ Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Auflage 2004, Einleitung vor § 1922 Rdnr. 7; als weitere rechtliche Gestaltungsmittel der vorweggenommenen Erbfolge sind auch die Errichtung und Umwandlung von Familiengesellschaften und Güterstandsvereinbarungen denkbar.

¹⁷ zur Abgrenzung von Schenkung und Ausstattung vergleiche Schmid, BWNNotZ 1971, 29 ff.

¹⁸ vgl. Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen/Langenfeld, 4. Auflage 2000, § 2 IV Rdnr. 35 zur Form der Scheidungsvereinbarung.

¹⁹ die Frage, ob die Vertragsposition gemäß § 453 Abs. 1 BGB ein Recht oder ein sonstiger Gegenstand darstellt, ist nur von untergeordnetem Interesse, da die Rechtsfolgen für beide Kaufgegenstände infolge Verweisung auf die Sachkaufvorschriften identisch sind.

als Verkäufer verpflichtet, der eintretenden Vertragspartei als Käufer gemäß §§ 453, 433 BGB die verkaufte Vertragsposition zu verschaffen. Auch für den Rechtskauf gilt die Trennung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft²⁰. Der Kaufvertrag bedarf nicht der Form der notariellen Beurkundung gemäß § 311 b BGB, da durch den Kaufvertrag nur eine Übertragungs- und eine Erwerbsverpflichtung bezüglich der Vertragsposition, nicht jedoch für ein Grundstück begründet wird²¹.

Auf die weiteren Ausführungen unter Ziff. 3 zur Form der Vertragsübernahme wird verwiesen. Weiter hat der Verkäufer dem Käufer die Vertragsposition gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB frei von Rechtsmängeln zu übertragen. Eine Haftung für Sachmängel des Verkäufers scheidet aus, da die verkaufte Vertragsposition als solche nicht zum Besitz einer Sache berechtigt und somit § 453 Abs. 3 BGB Sachmängelrecht nicht anwendbar ist²².

Die Vertragsposition ist frei von Rechtsmängeln, wenn keine Rechte Dritter oder nur die im Rechtskaufvertrag als dessen Bestandteil übernommenen Rechte bestehen²³. Wie auch beim GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrag als weiteres Beispiel für einen Rechtskauf ist hier insbesondere die rechtsgeschäftliche Verpfändung gemäß § 1273 BGB und Pfändung der Vertragsposition gemäß § 857 ZPO zu nennen, wobei auch hier gemäß § 1274 BGB bzw. § 851 ZPO die Zustimmung des Dritten erforderlich ist²⁴.

Aber auch die Verpfändung und Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs oder sonstiger einzelner Gläubigeransprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und der ausscheidenden Vertragsposition stellen einen Rechtsmangel der verkauften Vertragsposition dar.

Diese Verpfändung und Pfändung des eigenen Rechts erfordert nicht die Zustimmung des Dritten. Weiter ist zu beachten, dass die veräußerte Vertragsposition bis zur Wirksamkeit der Abtretung durch Vertrag zwischen der ausscheidenden Vertragspartei und dem Dritten durch Aufhebungsvertrag vernichtet oder durch Vertragsnachtrag abgeändert werden kann²⁵. Durch entsprechende Regelung ist die Haftung der ausscheidenden Vertragspartei für den Bestand und Zustand der Vertragsposition, wie diese der eintretenden Vertragspartei dargelegt wurde, sicherzustellen.

Wie bereits bei der Scheidungsvereinbarung dargelegt, ist für die Kaufpreisbemessung entscheidend, welche Leistungen von der ausscheidenden Partei an den Dritten bereits erbracht sind. So wird sich der Kaufpreis für die

Vertragsübernahme regelmäßig an der Höhe der vom ausscheidenden Käufer des Bauträgerobjektes an den Bauträger (Dritter) bezahlten Kaufpreistraten orientieren, im Einzelfall davon eventuell nach unten oder oben abweichen. Für die restlichen Raten hat die eintretende Vertragspartei nach wirksamer Vertragsübernahme dem Dritten gegenüber unmittelbar einzustehen.

In diesem Zusammenhang ist auch aufzuklären, welche weiteren Verpflichtungen der ausscheidende Käufer zu erfüllen hat. Unverzichtbar sind somit die Vorlage des zugrundeliegenden Vertrages sowie die gesamte Darstellung der bereits geleisteten Zahlungen, Stellung vertraglich vereinbarter Sicherheiten sowie eventueller Schadensersatzansprüche und Verzugszinsansprüche des Dritten gegen die ausscheidende Partei.

Da nicht nur eine gesamte Vertragsübernahme sondern kraft privatautonomer Vereinbarung auch eine gegenständliche Beschränkung der Vertragsübernahme möglich ist²⁶, ist somit zu prüfen, ob beispielsweise eine Nichtübernahme der Verzugsansprüche gewollt ist.

Da für die wirksame Vertragsübernahme die Zustimmung des Dritten erforderlich ist (siehe nachstehend Ziff. 3), ist es ratsam, bereits im Vorfeld der Vertragsübernahme mit dem verbleibenden Vertragspartner die Möglichkeiten der Genehmigungserteilung auszuloten. Soweit eine Übernahme von Schadensansprüchen und Verzugszinszahlungen durch die übernehmende Partei erfolgt, wird dies regelmäßig bei der Kaufpreisbemessung Berücksichtigung finden und den Kaufpreis entsprechend mindern.

3. Übertragung der Vertragsposition

Die Vertragsübernahme ist ein einheitliches eigenständiges Rechtsgeschäft und nicht etwa Abtretung aller Gläubigeransprüche gemäß § 398 ff BGB und Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten gemäß §§ 414, 415 BGB. Es handelt sich auf Seiten des ausscheidenden sowie des verbleibenden Vertragsteils um ein abstraktes Rechtsgeschäft über das Schuldverhältnis als Ganzes.

Die Vertragsübernahme erfordert die Mitwirkung aller Beteiligten, entweder durch Abschluss eines „dreiseitigen Vertrages“ oder in der Form eines Vertrages zwischen ausscheidendem und eintretenden Vertragspartner unter Zustimmung gemäß § 182 BGB in Form der Einwilligung oder Zustimmung der anderen Vertragspartei (Dritter)²⁷.

Diese Möglichkeiten sind auch bei der Übertragung eines GbR-Anteils und eines OHG-Anteils gegeben. Die Einwilligung des Verbleibenden (Dritter) kann auch im Fall der Vertragsübernahme bereits im Vertrag mit dem Ausscheidenden für den Fall der Übernahme dieses Vertrages erklärt werden. Sie kann auf die Übernahme durch nur bestimmte Personengruppen beschränkt werden, wie es häufig für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen geschieht²⁸. In der notariellen Praxis wird der zweiseitige Vertrag mit der noch einzuholenden Genehmigung des Dritten die Regel sein.

Die Vertragsübernahme kann auch gemäß § 158 BGB bedingt vereinbart werden. Insbesondere wenn der Vertragsübernahme ein Kaufvertrag als Kausalgeschäft

²⁰ Palandt/Putzo, BGB, 63. Auflage 2004, § 453 Rdnr. 11.

²¹ Palandt § 313 Rdnr. 6 für die formfreie Verpflichtung zur Abtretung eines Eigentumsverschaffungsanspruchs; ebenso Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Auflage 2004 Rdnr. 3106 mit weiteren Nachweisen: „Wird lediglich der Eigentumsverschaffungsanspruch veräußert, hat der Verkäufer also mit Abtretung der Ansprüche seine Verpflichtungen erfüllt und ist er somit nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet, so wird für diesen Rechtskauf die Anwendbarkeit des § 311 b BGB überwiegend abgelehnt.“. A.A. Staudinger/Wufka Rdnr. 26 zu § 313 BGB (a.F.), Wolfsteiner Rpfleger 1976, 120; Ertl, DNotZ 1977, 81(84); Huhn/Rpfleger 1974, 2.

²² als Beispiele für den Rechtskauf, die auch zum Besitz einer Sache berechtigten, seien das Erbbaurecht gemäß §§ 1 ff Erbbaurechtsverordnung, der Sachnießbrauch gemäß §§ 1030 ff BGB und das Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB genannt.

²³ Palandt/Putzo, BGB, 63. Auflage 2004, § 453 Rdnr. 6.

²⁴ es gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass Rechte nur so, wie sie übertragen werden können, auch verpfändet oder gepfändet werden können.

²⁵ beispielsweise einvernehmliche Erhöhung des Kaufpreises oder Verringerung der Leistungspflichten des Dritten, die sich zulasten der eintretenden Vertragspartei auswirkt.

²⁶ Münchner Kommentar/Möschel, BGB, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung Rdnr. 7.

²⁷ Staudinger/Busche, BGB, 1999, Einleitung zu §§ 398 ff, Rdnr. 201 mit weiteren Nachweisen.

²⁸ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 I (Seite 193).

zugrunde liegt, kann die Wirksamkeit der Vertragsübernahme aufschiebend bedingt von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig sein.

Nach endgültig wirksamer Vertragsübernahme hat der eintretende Vertragspartner im Umfang der Vertragsübernahme die Schuldnerpflichten aus dem übernommenen Vertrag wie dort geregelt an den Dritten zu erbringen. Umgekehrt kann er von diesem alle dem ausscheidenden Vertragspartner ursprünglich zustehenden Rechte geltend machen. So erfolgt beispielsweise die Auflassung von dem Dritten direkt an die eintretende Vertragspartei ohne Zwischenerwerb durch die ausscheidende Vertragspartei. Im Übrigen gelten grundsätzlich bei der vertraglichen Gesamtnachfolge die Rechtsfolgen der §§ 398 ff, 414 ff BGB entsprechend. Dem Dritten verbleiben damit entsprechend § 404 BGB regelmäßig auch die Einwendungen, die gegen die ausscheidende Vertragspartei begründet waren²⁹.

4. Verpflichtung zur Mitwirkung an der Vertragsübernahme

Im Einzelfall können die Beteiligten zur Mitwirkung an einer Vertragsübernahme verpflichtet sein. So kann bei einem grundstücksbezogenen Liefervertrag wie beispielsweise dem Bierlieferungsvertrag festgehalten sein, dass im Fall der Grundstücksveräußerung (Gaststätte) der Abnehmer für den Eintritt des Erwerbers in den Lieferungsvertrag zu sorgen hat³⁰.

Umgekehrt kann in dem zu übernehmenden Vertrag auch die Verpflichtung des Dritten zur Zustimmung enthalten sein³¹. Unter besonderen Umständen liegt in der Verweigerung der Genehmigung durch den Dritten eine unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB³².

5. Form der Vertragsübernahme und der Zustimmungserklärung

Zur Form der Vertragsübernahme findet sich in der einschlägigen Literatur das Zitat eines BGH-Urteils³³, wonach die Vertragsübernahme der Form des übernommenen Vertrages bedarf³⁴. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet wie folgt: „Hat der Vermieter eines Grundstücks dem Mieter in dem schriftlich abgeschlossenen Verträge das Recht eingeräumt, Substituten (Ersatzmieter) zu benennen, die auf Zeit in die Rechtstellung als Mieter eintreten, während der bisherige Mieter für die Dauer der Substitution die Bürgschaft für die Erfüllung der Mieterpflichten zu übernehmen hat, so bedarf der Vertrag zwischen Mieter und Substituten für längere Zeit als ein Jahr der Schriftform (Ergänzung zu BGHZ 65,49)“. In der Urteilsbegründung führt der BGH aus, „dass es in der Tat nicht einzusehen (ist), weshalb die Änderung eines Mietverhältnisses in einem so wesentlichen Punkte wie der Identität der Vertragsparteien nicht formbedürftig sein soll“. Die Anwendung der Schriftform auf die abstrakte Vertragsübernahme ist für diesen Fall aufgrund des Mieterschutzes folgerichtig.

In den unter Abschnitt E genannten Beispielen zum Grundstücksrecht würde diese wortgetreue Anwendung des Urteils jedoch bedeuten, dass für den Vollzugsakt der Vertragsübernahme die Form des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts, nämlich die notarielle Beurkundung gemäß § 311 b BGB erforderlich ist.

Nörr³⁵ führt aus, dass die Frage, ob der Übernahmevertrag der Form bedarf, sich nicht aus der Rechtsnatur der Vertragsübernahme als Nachfolgegeschäft, sondern von Fall zu Fall aus dem von der Formvorschrift verfolgten Zweck ergibt. Weiter schreibt er: „Wechselt beispielsweise beim Grundstückskaufvertrag der Käufer, so bedarf der Übernahmevertrag der Form des § 313 BGB (jetzt § 311 b BGB).“ Für die Begründung verweist Nörr auf die vorgenannte BGH-Entscheidung³⁶ und fügt in der Fußnote seines Zitates an, dass die Begründung, „es sei nicht einzusehen, weshalb die Änderung eines Mietverhältnisses in einem so wesentlichen Punkte wie der Identität der Vertragsparteien nicht formbedürftig sein soll“ wenig bringe³⁷.

Der Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann nicht gefolgt werden. Die Anwendung der Formvorschriften von Kausalverträgen auf abstrakte Rechtsgeschäfte bedeutet eine Vermischung der Vorschriften für das Kausalgeschäft einerseits und des Erfüllungsgeschäftes andererseits.

Nach dem Abstraktionsprinzip und der Gesetzesgliederung sind diese Rechtsgeschäfte jedoch sorgfältig zu trennen. Auch aus den Formvorschriften zugrunde liegenden Funktionen der Beratung und des Schutzes der Übereilung ergibt sich kein Bedürfnis, die abstrakte Vertragsübernahme notariell zu beurkunden. Eine Formvorschrift für die Vertragsübernahme ist gesetzlich nicht vorgegeben.

Eine direkte oder analoge Anwendung des § 925 BGB scheidet aus, da die Vertragsposition weder dem Grundeigentum noch dem Anwartschaftsrecht hieran gleichsteht. Da die Vertragsposition zwar keine Summe der Abtretung aller Gläubigerrechte und Übernahme sämtlicher Schuldnerstellungen darstellt, dieser aber wirtschaftlich gleich kommt, ist konsequenterweise die abstrakte Vertragsübernahme wie die Abtretung und Schuldübernahme auch grundsätzlich formfrei möglich.

Es sei noch angemerkt, dass in der notariellen Praxis dieses Formproblem eher theoretischer Art ist, da regelmäßig die Vertragsübernahmeerklärung in dem notariell beurkundeten Kausalgeschäft enthalten und somit mitbeurkundet ist und somit auch die strengste Formvorschrift erfüllt.

Die Zustimmung in Form der Einwilligung oder Genehmigung bedarf materiellrechtlich keiner Form³⁸. Zur Umschreibung der Vormerkung ist die Bewilligung des Dritten als mittelbar Betroffener gemäß § 19 GBO jedoch in Form des § 29 GBO notwendig³⁹.

²⁹ Staudinger/Busche, BGB, 1999, Einleitung zu §§ 398 ff, Rdnr. 206.

³⁰ BGH WM 1978, 214, 216.

³¹ BGH LM § 705 BGB Nr. 17.

³² BGH NJW 1961, 453; OLG Düsseldorf BB 1966, 755.

³³ BGHZ 72, 394.

³⁴ Staudinger/Busche, BGB, 1999, Einleitung zu §§ 398 ff, Rdnr. 201 mit weiteren Nachweisen; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 398 Rdnr. 39.

³⁵ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 I (Seite 197).

³⁶ BGHZ 72, 394.

³⁷ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 I (Seite 197) Fußnote 45.

³⁸ Staudinger/Busche, BGB, 1999, Einleitung zu §§ 398 ff, Rdnr. 201; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, 39. A.A. Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 I (Seite 197). Ist das verkaufte Grundstück vermietet, verlangt Nörr beim Käuferwechsel die Zustimmung des Verkäufers entgegen § 182 Abs. 2 BGB in Schriftform nach § 566 a.F. BGB (jetzt § 550 BGB).

³⁹ Dies ist vergleichbar mit der gemäß § 399 BGB eingeschränkten Abtretbarkeit des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs, der hypothekarisch gesicherten Forderung oder der Grundschuld. Auch in diesen Fällen ist zur Umschreibung der Vormerkung bzw. Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung oder der Grundschuld die Bewilligung des durch § 399 BGB geschützten Dritten erforderlich.

6. Umschreibung der Eigentumsvormerkung

Eine originäre Eigentumsvormerkung kann für die eintretende Vertragspartei nicht bestellt werden. Ist für die ausscheidende Vertragspartei eine Eigentumsvormerkung eingetragen, so kann diese jedoch auf die eintretende Vertragspartei umgeschrieben werden. Der gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch geht im Zeitpunkt der Vertragsübernahme als Bestandteil der Vertragsposition auf die eintretende Vertragspartei über, die Vormerkungsberechtigung folgt dieser analog § 401 BGB.

Soweit keine Einwilligung des Dritten vorliegt, ist die Wirksamkeit der Vertragsübernahme bis zum Zugang der Zustimmungserklärung gemäß §§ 182, 130 BGB an die ausscheidende oder eintretende Vertragspartei schwebend unwirksam⁴⁰. Bereits jetzt kann die Umschreibung der Vormerkung im Grundbuch aufgrund Bewilligung des Vormerkungsberechtigten auf Antrag umgeschrieben werden, allerdings quasi aufschiebend bedingt durch die Zustimmungserteilung.

Ab Zugang der Genehmigungserklärung ist die Vertragsübernahme rückwirkend auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vertragsübernahme wirksam. Der Schwebезustand ist rückwirkend beendet.

Der bei der Umschreibung der Vormerkung angebrachte Vorbehalt der Zustimmung zur Vertragsübernahme durch den Dritten ist auf Antrag nach Vorlage der Genehmigungserklärung und Bewilligung des Dritten in der Form des § 29 GBO zu löschen.

7. Verweigerung der Zustimmung zur Vertragsübernahme

Falls der Dritte die Zustimmung zur Vertragsübernahme verweigert, ist zu regeln, ob überhaupt und ggf. welche Art des Ersatzes für die fehlgeschlagene Vertragsübernahme gewählt wird. Ohne eine solche Bestimmung ist dies im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln.

Für den Fall der Verweigerung der Zustimmung können sämtliche Gläubigerrechte gemäß § 398 BGB ohne Mitwirkung des Dritten auf den neuen Vertragspartner übertragen werden. Da jedoch die Schuldübernahme der Zustimmung des Gläubigers gemäß § 415 BGB bedarf, wird diese regelmäßig wohl wie die Zustimmung zur Vertragsübernahme verweigert werden. In diesem Fall kann vereinbart werden, dass diese als Erfüllungsübernahme gemäß §§ 415 Abs. 3, 329 BGB gilt. Die Erfüllungsübernahme wirkt freilich nicht im Außenverhältnis sondern begründet für den „ausscheidenden“ Vertragspartner (der mangels Zustimmung gerade nicht ausscheidet und somit seine erworbene Vertragsposition behält) einen Befreiungsanspruch gegen den „eintretenden“ Vertragspartner. Ist eine hilfsweise Erfüllungsübernahme nicht gewollt, muss diese vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Weiterhin ist zum Zwecke der Rechtsklarheit und Beendigung des Schwebезustandes ein Rücktrittsrecht für beide Vertragsparteien sinnvoll für den Fall, dass die Genehmigung der Vertragsübernahme nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erklärt wurde.

⁴⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 158 Rdnr. 3: „Keine Bedingung im Sinne von § 158 ff BGB ist die Rechtsbedingung. Sie ist die gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes. Bis zur Erteilung der Genehmigung besteht ein Schwebезustand“.

8. Fehlerhaftigkeit des Übernahmevertrages

Wie jedes Rechtsgeschäft kann auch der abstrakte Übernahmevertrag nach den allgemeinen Regelungen wie beispielsweise fehlende Geschäftsfähigkeit, Dissens, oder Verstoß gegen § 138 BGB fehlerhaft sein.

An der Vertragsübernahme sind drei Parteien beteiligt. Für die Anfechtung nach §§ 119 und 123 BGB spielt es keine Rolle, ob der Anfechtende Vertragspartner des Übernahmevertrages oder Zustimmungserklärender ist. Der in den §§ 122 Abs. 1, 123 Abs. 2 und 143 Abs. 2 BGB genannte Dritte kann somit nicht nur Zustimmungserklärender sondern auch Vertragspartei des Übernahmevertrages sein. Bei der Vertragsübernahme sind stets die beiden anderen als Erklärungsempfänger anzusehen, auch wenn einer von ihnen als Zustimmungserklärender beteiligt ist.

Daher ist der Übernehmende, wenn er den Übernahmevertrag wegen Irrtums über den Inhalt des zu übernehmenden Vertrags gemäß § 119 Abs. 2 BGB anfechtet, den beiden anderen Teilen nach § 122 BGB auch dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn einer von ihnen im Wege der Zustimmung mitgewirkt hatte⁴¹. Täuschender nach § 123 kann sowohl die Vertragspartei als auch der Zustimmungserklärende sein. Die Anfechtungserklärung gemäß § 143 Abs. 2 BGB hat jeweils gegenüber den beiden anderen Beteiligten zu erfolgen, auch wenn einer von ihnen im Wege der Zustimmung beteiligt war. Dies gilt auch für die Anfechtung der Zustimmungserklärung⁴². Ein nach § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft liegt nur dann vor, wenn alle drei Beteiligten mit der Simulation einverstanden sind⁴³. Ein aus der Person des Ausscheidenden z.B. wegen dessen Geschäftsunfähigkeit unwirksamer Übernahmevertrag lässt sich unter Umständen in einen Neuabschluss zwischen Verbleibendem und Eintretenden umdeuten⁴⁴.

9. Die Fehlerhaftigkeit des der Vertragsübernahme zugrunde liegenden Kausalgeschäftes

Auch wenn nur in einer Vereinbarung sowohl das Grundgeschäft als auch die abstrakte Vertragsübernahme selbst enthalten sind, ist nach dem Abstraktionsprinzip des BGB zu unterscheiden, ob die Vertragsübernahme oder das ihr zugrunde liegende Kausalgeschäft fehlerhaft ist.

Ist das zwischen Ausscheidenden und Eintretenden beabsichtigte Grundgeschäft nicht oder fehlerhaft geschlossen, so kann die bereicherungsrechtliche Abwicklung gemäß §§ 812 ff BGB, sofern nicht die Zustimmung des Verbleibenden zu erreichen ist, nicht mittels Rückübertragung des Vertrages (gegen Herausgabe der Gegenleistung) erfolgen. Vielmehr ist nach § 818 Abs. 2 BGB der Wert des Vertrages zu ersetzen⁴⁵ (vgl. hierzu auch die Ausführungen Ziff. 2a dieses Abschnitts).

10. Übernahme eines Verbraucherdarlehensvertrages

Ein Verbraucherdarlehensvertrag liegt gemäß § 491 BGB dann vor, wenn ein entgeltlicher Darlehensvertrag (genauer: Gelddarlehensvertrag⁴⁶) zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) als Darlehensgeber und einem Verbraucher (§ 13

⁴¹ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 IV (Seite 198).

⁴² BGHZ 96,302 und BGH MDR 196, 643

⁴³ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 IV (Seite 199).

⁴⁴ Vgl. BGH WM 1979, 279.

⁴⁵ Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 V (Seite 199).

⁴⁶ in Abgrenzung zu einem Sachdarlehensvertrag gemäß § 607 ff BGB.

BGB) als Darlehensnehmer geschlossen wird. Für diese Verträge gelten, vorbehaltlich den Ausnahmebestimmungen des § 491 Abs. 2 und 3 BGB, die Regelungen §§ 492 bis 498 ergänzend zu den Bestimmungen des Gelddarlehensvertrag nach §§ 488 bis 490 BGB⁴⁷. Betrifft die Vertragsübernahme einen Verbraucherdarlehensvertrag, gelten die Schutzvorschriften der §§ 491 ff BGB, insbesondere § 495 BGB, auch zu Gunsten des Übernehmers⁴⁸. Das auf §§ 312 oder 495 BGB beruhende Widerrufsrecht besteht weiter und zwar auch dann, wenn der Übernehmer kein Verbraucher ist⁴⁹.

Auf den Schuldbeitritt zu einem Darlehensvertrag sind die §§ 491 bis 498 BGB entsprechend anwendbar, denn das Schutzbedürfnis des Beitretenden ist größer als das des Darlehensnehmers, weil der Beitretende trotz voller Mitverpflichtung keine Rechte gegen den Darlehensgeber erlangt⁵⁰. Gleiches gilt für die befreiende Schuldübernahme.

Zur Vertragsübernahme, Schuldbeitritt und Schuldübernahme unter Berücksichtigung des Verbraucherkreditgesetzes sei auf Kurz, DNotZ 1997, 552 ff zum Urteil des BGH vom 28.1.1997 (DNotZ 1997, 568) verwiesen.

C: steuerliche Folgen der Vertragsübernahme

1. Grunderwerbsteuer

Mit Urteil vom 22. Januar 2003⁵¹ hat der BFH entschieden, dass sich ein Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs.1 Nr.5 bzw. Nr.7 GrEStG zwischen der ausscheidenden und der eintretenden Vertragspartei verwirklicht, wenn dieser durch Vertragsübernahme als neuer Käufer in einen noch nicht vollzogenen Grundstückskaufvertrag eintritt. Dieser zwischen Ausscheidenden und Eintretenden verwirklichte Erwerbsvorgang schließt bezüglich dieses Grundstücks einen Rechtsträgerwechsel vom Grundstücksverkäufer auf den neuen Käufer (Eintretender) aus. In der Begründung führt der BFH aus, dass die Vertragsübernahme von der Gestaltung „Aufhebung und Neuabschluss“ zu unterscheiden ist. Der nach wie vor gegen den Verkäufer gerichtete Übereignungsanspruch ist in der Person des Vertragsübernehmers nicht originär entstanden. Vielmehr hat der Vertragsübernehmer den Anspruch derivativ vom Vertragsübergeber erworben.

Der derivative Erwerb solcher Ansprüche aber, die auf Übereignung von Grundstücken gerichtet sind, unterfällt der Nr. 5 bzw. der Nr. 7 des § 1 Abs. 1 GrEStG.

Wie auch bei der Veräußerung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ist zwischen Grundstücksverkäufer und Grundstücks Käufer der Grunderwerbsteueratbestand des

§ 1 Abs.1 Ziff.1 GrdEStG und zwischen dem Käufer als ausscheidende Vertragspartei und dem in diesen Grundstücksvertrag Eintretenden der Grunderwerbsteueratbestand § 1 Abs.1 Ziff. 5 bzw. 7 GrdEStG erfüllt.

2. Erbschafts- und Schenkungssteuer

Ist der zugrunde liegende Vertrag noch nicht vollständig erfüllt, so ist beim Tod des Verkäufers das Grundstückseigentum noch im Nachlass. Das Eigentum vererbt sich nach §§ 1922, 2032 BGB auf den oder die Erben. Der Eigentumsverschaffungsanspruch geht als Nachlassverbindlichkeit auf den oder die Erben über, der Gegenleistungsanspruch vererbt sich als Aktivposten ebenfalls auf den oder die Erben. Diese Positionen sind als Bestandteile in der Veräußererposition bzw. Erwerberposition enthalten.

Stirbt der Erwerber, so vererbt sich dessen Eigentumsverschaffungsanspruch auf die Erben, die Gegenleistungsverpflichtung geht auf die Erben über. Entsprechend ist eine schenkweise Verfügung der Vertragsposition wie vorstehend dargestellt möglich und somit auch die Frage der Schenkungssteuer zu prüfen.

Gemäß § 1 Ziff. 1 ErbStG unterliegt der Erwerb von Todes wegen der Erbschaftssteuer. Der Eintritt der persönlichen Steuerpflicht ist in § 2 ErbStG geregelt. Gemäß § 3 Abs.1 Ziff.1 ErbStG gelten unter anderem der Erwerb durch Erbfall gemäß § 1922 BGB und durch Vermächtnis gemäß §§ 2147 ff BGB als Erwerb von Todes wegen. Die Erbschaftssteuer ist also eine Erbanfallsteuer, die gemäß § 10 Abs.1 ErbStG die Bereicherung, die dem einzelnen Erwerber auf Grund des Erbfalls zufällt, erfasst. Abweichend von § 2032 BGB geht, um an die individuelle Bereicherung anzuknüpfen, der Nachlass nicht als ungeteiltes Ganzes über, sondern jeder Miterbe wird so gestellt, als ob er in Höhe seiner erbrechtlichen Quote beteiligt wäre⁵². Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entsteht die Steuer beim Erwerb von Todes wegen grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers.

Der Schenkungssteuer unterliegen gemäß § 1 Abs.1 Ziff. 2 ErbStG die Schenkungen unter Lebenden. Als Schenkung unter Lebenden gilt gemäß § 7 Abs.1 Ziff.1 ErbStG jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Hierunter fallen insbesondere die Schenkung und die Ausstattung.

Gemäß § 9 Abs.1 Ziff. 2 ErbStG entsteht die Steuer bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Zuwendung. Wird somit die Vertragsposition im Wege der Schenkung unter Lebenden zugewandt, so entsteht die Schenkungssteuer mit Wirksamkeit der abstrakten Vertragsübernahme, regelmäßig also mit Genehmigung dieser durch den Dritten.

Besondere Beachtung verdient nun die Frage der Bewertung des Grundeigentums, des Eigentumsverschaffungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts bei einem noch nicht erfüllten Grundstückserwerbsvertrag.

a) zur Schenkungssteuer:

Das Finanzgericht Baden-Württemberg hatte in zwei Entscheidungen die Frage zu entscheiden, was bei der schenkweisen Übertragung eines von der Schenkerin ange-

⁴⁷ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 27. Auflage 2002 § 17 IV (Seite 203): „Bis zum 31.12.2001 enthielt das BGB für die rechtliche Bewältigung aller Formen von Kreditgewährungen der Banken, Bausparkassen und Privaten nur die §§ 607ff., während die Besonderheiten des Verbraucherkredites im damaligen Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) geregelt waren. Zwischen den §§ 607ff. a.F. und dem VerbrKrG fehlte eine systematische Verbindung. Deshalb hat sich das Verbraucherkreditrecht mit der Zeit zu einem ausgesprochenen Sonderrecht entwickelt. Um zu verhindern, dass sich dieses Recht noch weiter vom allgemeinen Darlehensrecht entfernte, wurde das VerbrKrG durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB integriert“.

⁴⁸ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 398 Rdnr. 39.

⁴⁹ BGH 129, 275, NJW 96, 2156.

⁵⁰ Hierzu und im folgenden: Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 27. Auflage 2002 § 17 IV Rdnr. 38 (Seite 204); noch zum VerbrKrG BGHZ 133, 71; 134,94; BGH 2000, 1902.

⁵¹ DStrR 2003 Heft 23, 935 unter Aufgabe der Rechtsprechung im Urteil des BFH vom 26.9.1990 II R 107/87, BFH/NV 1991, 482.

⁵² Wachenhausen, Das neue Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, 1997 § 2 A. I. Fußnote 2.

kaufen, grundbuchlich jedoch noch nicht auf sie umgeschriebenen Grundstücks Gegenstand der Besteuerung ist⁵³. In beiden Fällen hatte die Schenkerin das später von ihr weiter übertragene Grundstück von einem Dritten entgeltlich erworben. Nach Eintragung einer Eigentumsvormerkung zu Gunsten der Schenkerin hatte diese auch bereits den vollen Kaufpreis bezahlt.

Noch bevor allerdings die Auflassung erklärt worden war, schloss sie folgende Rechtsgeschäfte ab: In der rechtskräftigen Entscheidung (Az.: 9 K 43/97) verschenkte sie das noch zu erwerbende Grundvermögen im Wege eines Sachschenkungsvertrages und übertrug das Eigentum weiter. In der nicht rechtskräftigen Entscheidung (Az.: 9 K 53/96) trat die Schenkerin ihren Eigentumsverschaffungsanspruch durch notariellen Vertrag schenkweise ab.

Die Auflassungen wurden jeweils nach dem Schenkungsvertrag vorgenommen, im ersten Fall vom Dritten an die Schenkerin und von dieser sodann an den Beschenkten, im zweiten Fall unmittelbar von dem Dritten zu Gunsten der Beschenkten.

Das Finanzgericht sah diese Differenzierung im Wortlaut der Urkunden als maßgeblich an. Im Fall des Sachschenkungsvertrages (Az.: 9 K 43/97) nahm es im Hinblick auf die ausdrückliche und letztlich gemäß § 185 BGB wirksame Übertragung des Eigentums (Kettenauflassung) eine unmittelbare Grundstücksschenkung an.

In dem anderen Fall ging es davon aus, es sei ausdrücklich ein Eigentumsverschaffungsanspruch übertragen worden. Hierbei handele es sich um eine Forderung, die bei der Bemessung der Schenkung mit dem gemeinen Wert nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 BewG zu erfassen sei.

Für die Bewertung des schenkweise übertragenen Eigentumsverschaffungsanspruch gelten also die erbschaftssteuerlich günstigeren Regelungen über Grundbesitz gemäß § 12 Abs. 3 ErbStG, §§ 145 ff BewG gerade nicht.

b) zur Erbschaftssteuer:

Bei einem vergleichbaren Fall zu der Frage der Erbschaftssteuer wurde dem BFH folgender Fall vorgelegt⁵⁴:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte ist die Nichte und Alleinerbin der am 23.7.1997 verstorbenen Erblasserin (E). E hatte 1994 eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 343.000,- DM erworben.

Der Kaufpreis war bis Ende 1996 vollständig bezahlt. Die Auflassung wurde vor dem Tod der Erblasserin (am 3.6.1997) erklärt; die Eigentumsumschreibung erfolgte erst danach (am 4.8.1997). Nachlassgegenstand war also nicht das Grundstück sondern laut Urteil der Eigentumsverschaffungsanspruch und das Anwartschaftsrecht am Grundstück⁵⁵.

Das zuständige Finanzamt sah als Gegenstand des Erwerbs nicht das Wohnungseigentum sondern den auf dessen Verschaffung gerichteten Anspruch an, den es mit dem gemeinen Wert, d.h. hier mit dem Nennwert des Kaufpreises bewertete.

⁵³ Urteil vom 18.9.1998 9 K 43/97, rechtskräftig, EFG 2001, 276 und Urteil vom 18.9.1999, 9 K 53/96, Az. BFH: II R 10/99, EFG 2001, 378. Hierzu und im folgenden: Geck/Messer, ZEV-Report Steuerrecht, ZEV, 231.

⁵⁴ BFH, Urteil vom 22.5.2002 – II R 61/99; ZEV 2002, 372ff.

⁵⁵ Dies wird im Urteil so geprüft, obwohl nicht ausgesagt wurde, ob zugunsten der Erblasserin eine Eigentumsvormerkung eingetragen wurde oder ob der Eigentumsänderungsantrag vor dem Tod der Erblasserin beim Grundbuchamt eingegangen ist. Von dem Bestehen eines dinglichen Anwartschaftsrechtes kann jedoch ausgegangen werden.

Den Einspruch, mit dem die Klägerin beantragte, als Wert der Eigentumswohnung nicht den gemeinen Wert (343.000,- DM), sondern den vom Lagefinanzamt durch Bescheid festgestellten Grundstückswert (Bedarfswert gemäß § 138 Abs. 5 BewG) in Höhe von 127.000,- DM der Besteuerung zu Grunde legen, weil das Wohnungseigentum noch vor dem Tod der E an diese aufgelassen worden sei, wies das Finanzamt als unbegründet zurück.

Das Finanzgericht Baden-Württemberg (Az.: 9 K 317/98) setzte die Erbschaftsteuer entsprechend dem Antrag der Klägerin, der Besteuerung den Bedarfswert für die Eigentumswohnung zu Grunde zu legen, herab. Gegenstand des Erwerbs der Klägerin sei das der E zustehende Anwartschaftsrecht, das mit keinem höheren Wert angesetzt werden dürfe als das mit dem Bedarfswert zu bewertende Vollrecht. Dem Erwerb dieses Rechts komme im Verhältnis zu dem ebenfalls auf die Klägerin übergegangenen Anspruch der E auf Eigentumsverschaffung vorrangige Bedeutung zu, weil die Verkäuferin der Eigentumswohnung noch vor dem Tod der E alles ihr Mögliche getan haben, um den Leistungserfolg herbeizuführen.

Mit der vom Finanzgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Revision rügt das Finanzamt die Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. §§ 10 und 12 ErbStG, der §§ 873, 1922 BGB und der §§ 9, 138 ff BewG. Entscheidend sei, dass E bei ihrem Tod noch nicht Eigentümerin der Wohnung gewesen sei. Das Anwartschaftsrecht könne nicht dem Grundstückseigentum gleichgestellt werden. Das Finanzamt beantragte, das Urteil des Finanzgericht Baden-Württemberg aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Das BMF ist auf Anforderung des BFH dem Verfahren beigetreten.

c) Vorlage des BFH an das BVerfG:

Der BFH hat anlässlich dieser Frage der Bewertung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts mit Urteil vom 22.5.2002 (Az.: II R 61/99) den Streitfall an das Bundesverfassungsgericht wie folgt vorgelegt: „Der BFH hält § 19 Abs. 1 ErbStG i. d. F. des JStG 1997 i. V. m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 6 Satz 4 ErbStG, § 12 ErbStG sowie §§ 13a, 19a ErbStG, dabei § 12 ErbStG i. V. m. den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für verfassungswidrig, weil die Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage beim Betriebsvermögen, bei den Anteilen an Kapitalgesellschaften sowie beim Grundbesitz (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens) gleichheitswidrig ausgestaltet sind“.

Der BFH führt aus, dass es für die Entscheidung des Streitfalles im Sinne von Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG auf die Gültigkeit des § 19 ErbStG ankommt. Für die Wertermittlung ist nach § 11 ErbStG der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer maßgebend. Das ist bei Erwerben von Todes wegen der Zeitpunkt des Todes des Erblassers gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

Gegenstand des Erwerbs von Todes wegen ist hier nicht das Wohnungseigentum sondern der Eigentumsverschaffungsanspruch und das Anwartschaftsrecht. Diese erworbene Rechtsposition ist mit dem gemeinen Wert gemäß § 9 Abs. 1 BewG zu bewerten. Weiter führt der BFH aus, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch nicht Grundbesitz im Sinne des § 19 BewG ist und dass der Ansatz des Steuerwerts (Grundbesitzwert) nur beim Erwerb des Voll-

rechts (Eigentum) gerechtfertigt ist. Auch ein Anwartschaftsrecht reicht für den Ansatz des Grundbesitzwerts nicht aus.

Der BFH hält die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge für verfassungswidrig, weil die Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage beim Betriebsvermögen, beim Anteil an Kapitalgesellschaften sowie beim Grundbesitz (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens) gleichheitswidrig ausgestaltet sind.

Nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der Bewertung der gemeine Wert zu Grunde zu legen.

Dieser wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei der Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 Abs. 2 BewG). Hiervon bestimmt das Erbschaftssteuerrecht folgende Sonderregelungen für die Bewertung:

– für das Betriebsvermögen (§ 12 Abs. 5 ErbStG i. V. m. §§ 95 bis 99, 103, 104 und 109 Abs. 1 und 2 und § 137 BewG sowie die Verweisung in § 95 Abs. 1 Satz 1 BewG auf § 15 Abs. 1 und 2 EstG; §§ 13a und 19a ErbStG)

– für nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften (§ 12 Abs. 2 ErbStG i. V. m. § 11 Abs. 2 BewG)

– für den Grundbesitz (einschließlich des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens) und der Betriebsgrundstücke (§ 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. §§ 140 ff. und 145 ff. BewG; §§ 13a und 19a ErbStG).

Der BFH ist von einem Verstoß der Tarifvorschrift des § 19 ErbStG gegen Art. 3 GG überzeugt und führt für die privilegierte Bewertung des Betriebsvermögens, der nicht notierten Anteile an Kapitalgesellschaften und des Grundvermögens zahlreiche Gründe an⁵⁶.

Mit Beschluss vom 17.7.2003⁵⁷ hat der BFH entschieden, dass, soweit der II. Senat des BFH in dem vorgenannten Vorlagenbeschluss vom 22.5.2002 § 19 Abs. 1 ErbStG i. d. F. des JStG 1997 i. V. m. weiteren Vorschriften des ErbStG und BewG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für verfassungswidrig hält, eine Aussetzung der Vollziehung der auf diesen Vorschriften beruhenden Steuerbescheiden nicht in Betracht kommt.

d) Entscheidung des BVerfG steht noch aus:

Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht bislang noch aus.

Für schenkungssteuerpflichtige Zuwendungen ist somit anzuraten, nicht den Eigentumsverschaffungsanspruch bzw. die Erwerberposition zu verschenken und zu übertragen sondern das Grundstück als solches im Wege der Sachschenkung und ggf. im Wege der Kettenauflassung oder noch sicherer, im Wege der Auflassung nach erfolgter Zwischeneintragung des Schenkers zu übertragen.

D. Alternativen zur Vertragsübernahme

Als alternative Gestaltungsmöglichkeiten kommen insbesondere die Aufhebung samt Neuabschluss sowie die Kettengeschäfte in Form der Weiterveräußerung des Vertragsgegenstandes als solches im Wege des Sachüber-

tragungsvertrages, der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und der Übertragung des Anwartschaftsrechts in Betracht.

1. Aufhebung und Neuabschluss

Möglich ist, dass der ursprüngliche Vertrag durch einen Aufhebungsvertrag ex nunc aufgehoben wird und die neuen Vertragspartner einen originären Vertrag neu abschließen. Während bei der Vertragsübernahme der ursprüngliche Vertrag mit dem neuen Vertragspartner fortgeführt wird, entfällt bei der Aufhebung dieser ursprüngliche Vertrag und damit auch sämtliche gegenseitige Rechte und Pflichten. Da auch der Eigentumsverschaffungsanspruch des Verkäufers erlischt, entfaltet eine bisher zugunsten des Käufers im Grundbuch eingetragene Eigentumsvormerkung kraft ihrer Akzessorietät keine Wirkung mehr. Die Vormerkung erlischt und das Grundbuch wird unrichtig⁵⁸. Bislang dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksame Verfügungen werden und bleiben wirksam.

Eine Aufhebung und Neuvernahme scheidet deshalb aus, wenn der Schutz des Vormerkungsberechtigten nach § 888 BGB auf den Vertragsübernehmer übergehen muss, da drohende oder bereits erfolgte vormerkungswidrige Verfügungen eine ordnungsgemäße Erfüllung des neu abschließenden Vertrages beeinträchtigen würden.

Der Aufhebungsvertrag ist, auch soweit das aufzuhebende Rechtsgeschäft formbedürftig ist, grundsätzlich formlos vereinbar. Die Aufhebung des Grundstücksvertrages ist jedoch gemäß § 311 b BGB insbesondere dann notariell zu beurkunden, wenn für den Erwerber bereits ein Anwartschaftsrecht entstanden ist, da aufgrund des Aufhebungsvertrages eine Rücküberweisungs- und Rückerwerbsverpflichtung für das dem Vollrecht Eigentum insoweit gleichstehende Anwartschaftsrecht begründet wird⁵⁹.

Der Veräußerer und der neue Erwerber können durch den Neuabschluss die Leistung und Gegenleistung sowie die Vertragsmodalitäten völlig neu und unabhängig von den Regelungen des Altvertrages gestalten. In diesem Fall wird keine vertragliche Regelung zwischen dem ursprünglichen Vertragspartner und dem neuen Vertragspartner vereinbart. Die Mitwirkung des Dritten ist auch hier, zwar nicht in Form einer Zustimmung, so doch beim Neuabschluss mit dem neuen Erwerber erforderlich.

Bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages zwischen Veräußerer und ursprünglichen Erwerber ist wie auch beim Neuabschluss zwischen Veräußerer und den neuen Erwerber jeweils der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Ziff. 1 GrdEStG erfüllt.

Wird der ursprüngliche Erwerbsvertrag rückgängig gemacht, bevor das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist, so wird auf Antrag die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Rückgängigmachung durch Vereinbarung innerhalb von 2 Jahren ab Entstehung der Steuer stattfindet (§ 16 Abs. 1 Ziff. 1 GrdEStG).

⁵⁶ BFH ZEV 2002, 378 ff.

⁵⁷ ZEV 2002, 431 ff.

⁵⁸ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Auflage 2004 Rdnr. 1539.

⁵⁹ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311b Rdnr. 40. Weiter ist die Aufhebungsvereinbarung zu beurkunden, wenn die Auflassung beurkundet und der Eigentumswechsel im Grundbuch bereits vollzogen ist. Dieser Sachverhalt stellt aber aufgrund Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs keine zur Vertragsübernahme alternative Vertragsgestaltung dar.

2. Kettengeschäfte

Auch die Kettengeschäfte stellen eine Übertragungsmöglichkeit der im Erstvertrag erworbenen Sache dar, um wirtschaftlich zu erreichen, dass letztlich die neue Vertragspartei Eigentümer dieser Sache wird. Soll wie in dem vorgenannten Beispiel die vom Ehemann erworbene projektierte Eigentumswohnung im Rahmen der Scheidungsvereinbarung auf die Ehefrau übertragen werden, ist anstelle der Vertragsübernahme auch denkbar, dass sich der Ehemann in der Scheidungsvereinbarung verpflichtet, entweder

a) den an der Sache bestehenden Eigentumsverschaffungsanspruch und in diesem Beispiel zusätzlich den Werkherstellungsanspruch

b) ein an der Sache bestehendes Anwartschaftsrecht, oder

c) die Sache als solche

an die Ehefrau zu übertragen. Unterscheidungskriterium ist somit der Vertragsgegenstand.

Allen diesen nachgenannten Gestaltungen liegt zugrunde, dass eine Übertragung des eigenen Rechts erfolgt und eine Zustimmung des Dritten (hier: Bauträger) grundsätzlich gerade nicht erforderlich ist. Sollte im Vorfeld feststehen, dass die Zustimmung zur Vertragsübernahme nicht erteilt werden wird, ist eine dieser Möglichkeiten auszuwählen, sofern nicht trotzdem die oben genannte Hilfskonstruktion (erfüllungshalber Abtretung sämtlicher Gläubigeransprüche und Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten im Wege der Erfüllungsübernahme) gewünscht wird.

a) Übertragung des Eigentumsverschaffungsanspruch und des Werkherstellungsanspruchs:

Auch hierbei handelt es sich um einen Rechtskaufvertrag gemäß § 453 BGB. Vertragsgegenstand ist zum einen der im Bauträgervertrag entstandene Eigentumsverschaffungsanspruch, zum anderen der ebenfalls dort entstandene Werkherstellungsanspruch.

Der Rechtskaufvertrag bedarf nach überwiegender Meinung nicht der Form des § 311 b BGB⁶⁰, ist somit formlos möglich. Die Erfüllung dieser Verpflichtung erfolgt gemäß § 398 BGB durch Abschluss eines Abtretungsvertrags, soweit die Abtretung dieser Ansprüche nicht im Bauträgervertrag gemäß § 399 BGB ausgeschlossen ist. Auch der Abtretungsvertrag ist formlos möglich und bedarf somit nicht der Form des § 311 b⁶¹. Eine Zustimmung des Veräußerers ist nicht erforderlich. Die Abtretung kann aufschiebend bedingt durch die Entgeltzahlung bzw. auflösend bedingt durch die Nichtzahlung des Entgelts bis zu einem bestimmten Termin sein.

Die eingetragene Eigentumsvormerkung kann gemäß § 401 BGB, § 22 GBO unter Vorlage der Berichtigungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten oder Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO umgeschrieben werden. Zu weiteren Ausführungen dieser Gestaltungsmöglichkeit

für die Veräußerung eines durch Grundstückskaufvertrag begründeten Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Formulierungsbeispielen sei auf Schmidt in Münchner Vertragshandbuch⁶² und Zeiß in BWNotZ 1980, 15 ff verwiesen.

b) Übertragung des Anwartschaftsrecht:

Ein Anwartschaftsrecht an Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten entsteht für den Auflassungsempfänger nicht bereits mit bindender Auflassung, sondern erst dann, wenn entweder sein Eigentumsverschaffungsantrag beim Grundbuchamt eingeht oder zu seinen Gunsten im Grundbuch eine Eigentumsvormerkung eingetragen ist⁶³.

Erst mit diesem weiteren alternativen Tatbestandsmerkmal ist der Schutz des Erwerbers vor Verlust der Verfügungsbefugnis und vor vertragswidrigen rechtsgeschäftlichen und zwangsweisen Verfügungen gemäß § 17 GBO, § 878 BGB bzw. §§ 883, 878 BGB gegeben. Damit erlangt die Rechtsstellung des Erwerbers bereits eine Bestandskraft, die der des Eigentums nahe kommt. Das Anwartschaftsrecht wird deshalb als ein dem Vollrecht Eigentum ähnliches Recht, wenn auch als Minus gegenüber dem Vollrecht aufgefasst⁶⁴.

Dies hat beispielsweise zur Folge, dass die Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb des Anwartschaftsrechts gemäß § 311 b BGB der notariellen Beurkundung bedarf⁶⁵.

Die Übertragung des Anwartschaftsrechts erfolgt auch hier, im Gegensatz zur Vertragsübernahme, grundsätzlich ohne Zustimmung des Veräußerers im Wege der Auflassung nach § 925 BGB⁶⁶. Die Übertragung darf gemäß § 925 Abs. 2 BGB von keiner Bedingung oder Befristung abhängig gemacht werden. Beim Anwartschaftsrecht aufgrund Eintragungsantrag des Erwerbers bleibt der Erwerberschutz gemäß § 17 GBO erhalten, weil der Antrag als solcher als Antrag auf Eintragung des Zweiterwerbers (Erwerber des Anwartschaftsrechts) gilt⁶⁷. Beim Anwartschaftsrecht aufgrund Auflassungsvormerkung ist zum Fortbestand des Erwerberschutzes aus §§ 883 ff BGB auch die (im Zweifel miterfolgte⁶⁸) Abtretung des Übereignungsanspruchs erforderlich⁶⁹. Die Übertragung des durch Auflassungsvormerkung entstandenen Anwartschaftsrechts ist jedoch nur mit Zustimmung des Eigentümers möglich, wenn der schuldrechtliche Anspruch nach § 399 BGB nicht abtretbar ist, da die Ansprüche aus der Vormerkung dann nicht abtretbar sind⁷⁰. Schmidt⁷¹ führt aus, dass die praktische Nutzenanwendung der Übertragung des Anwartschafts-

⁶² Münchner Vertragshandbuch Band 5 Bürgerliches Recht/Schmidt, 5. Auflage Abschnitt I 26 Seite 269 ff.

⁶³ Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 925 Rdnr. 24. Nach OLG Düsseldorf, (DNotZ 1981, 130) ist anstelle einer Vormerkungseintragung bereits die Eintragungsbewilligung des Veräußerers und der Eingang des Vormerkungsantrags des Erwerbers beim Grundbuchamt für die Begründung des Anwartschaftsrechts ausreichend.

⁶⁴ Münchner Kommentar/Kanzleiter, BGB, 4. Auflage 2004, § 925 Rdnr. 36.

⁶⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311 b Rdnr. 6.

⁶⁶ Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 935 Rdnr. 26.

⁶⁷ hierzu und im Folgenden: Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 935 Rdnr. 26. Der Übereignungsanspruch ist nicht bereits mit der Entstehung des Anwartschaftsrechts, sondern erst mit Eigentumserwerb durch Auflassung und Eintragung erfüllt und solange noch existent und übertragbar.

⁶⁸ Reincke/Tiedtke, NJW 1982, 2285.

⁶⁹ Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 935 Rdnr. 26 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁰ Münchner Vertragshandbuch Band 5 Bürgerliches Recht/Schmidt, 5. Auflage 2003, I. 27 Anmerkung 4 (Seite 279)

⁷¹ Münchner Vertragshandbuch Band 5 Bürgerliches Recht/Schmidt, 5. Auflage 2003, I. 27.

⁶⁰ BGH DNotZ 1984, 319; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311 b, Rdnr. 6. A.A. Ertl DNotZ 1977, 81. Weitere Nachweise vergleiche Schöner/Stöber HRP Rdnr. 3106 Fußnote 26. § 311 b Abs. 1 ist aber anzuwenden, wenn der Vertrag für den Zessionar eine Erwerbsverpflichtung hinsichtlich des Grundstücks begründet. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, die für den Fall der Nichtveräußerung oder des Nichterwerbs ins Gewicht fallende wirtschaftliche Nachteile vorsehen und so einen Zwangs zur Veräußerung oder zum Erwerb begründen (so Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311 b Rdnr. 13; BGH 76, 46).

⁶¹ BayOLG DNotZ 1977, 107; Reiß, MittBayNot 1974 1974, 75 sowie Wolfsteiner, Rechtspfleger 1976, 120; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311 b Rdnr. 6; aA Huhn Rpfleger 1974, 2.

rechtes des Auflassungsempfängers nur gering ist, weil eine sinnvolle Abtretung nur die des schuldrechtlichen Anspruchs auf Eigentumsverschaffung mit sich bringt. Aus diesem Grunde bettet er die Übertragung des Anwartschaftsrechts in einen Grundstückskaufvertrag ein und regelt, dass die Anwartschaftsrechtsübertragung zur Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht an dem verkauften Grundstück nicht an Erfüllung Statt sondern nur erfüllungshalber erfolgt. Weiterhin sollte auch erfüllungshalber die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nebst Umschreibung der Eigentumsvormerkung erfolgen.

c) Verpflichtung, die noch zu erwerbende Sache zu übertragen:

Diese Gestaltung entspricht bei Kettenkaufverträgen der Vereinbarung eines Sachkaufvertrages als Weiterveräußerungsvertrag. Vertragsgegenstand ist beispielsweise die (fertig gestellte) Eigentumswohnung. Diese Sachübertragungsverpflichtung kann grundsätzlich nur erfüllt werden, wenn beispielsweise der Ehemann als Veräußerer auch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Die zugunsten des Ehemanns im Grundbuch eingetragene Vormerkung kann nicht auf die Ehefrau umgeschrieben werden, da bei dieser Gestaltung gerade keine Übertragung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gemäß § 398 BGB mit der Rechtsfolge des Übergangs der Vormerkung kraft Gesetzes gemäß § 401 BGB stattfindet. Für die Ehefrau kann aufgrund der zwingenden Identität des Eigentümers der verkauften Sache und des Schuldners des gesicherten Anspruchs auch keine originäre Vormerkung eingetragen werden⁷². Entbehrlich ist die Zwischeneintragung des Ehemanns im Grundbuch als Eigentümer nur, wenn die Eintragung der Ehefrau im Wege der Kettenauflassung erfolgen soll. Hierzu wird die Auflassung des Ehemanns an die Ehefrau beim Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt. Weiter wird die Auflassung des Bauträgers an den Ehemann, deren Vollzug gerade nicht beantragt wird, vorgelegt. Der Ehemann verfügt als Nichtberechtigter, die Einwilligung des berechtigten Bauträgers als Eigentümer in diese Verfügung des Nichtberechtigten zur Weiterveräußerung ist gemäß § 185 regelmäßig in seiner Auflassung enthalten⁷³.

Auch sind Regelungen nicht nur über Rechts- sondern auch über Sachmängel zu treffen. Weiterhin hat die Ehefrau nur Ansprüche gegen den Ehemann, nicht aber gegen den Bauträger, soweit nicht die Rechts- und Sachmängelansprüche des Ehemanns gegen den Bauträger an die Ehefrau aufschiebend bedingt mit Eigentumserwerb der Ehefrau abgetreten werden, was regelmäßig erfolgen sollte, insbesondere wenn Sachmängelansprüche noch nicht verjährt sind.

Es ist somit ersichtlich, dass diese Gestaltung zur Erfüllung die Abwicklung des vorhergehenden Rechtsgeschäfts erfordert und somit bei diesem Beispiel die getrennten Ehegatten länger als wahrscheinlich beabsichtigt über diesen Vertrag aneinander bindet. Von Vorteil ist diese

Gestaltungsart jedoch, wenn die Zustimmung des Dritten verweigert wird.

3. Abtretung und Schuldübernahme

Die Abtretung aller Gläubigeransprüche einerseits und die Schuldübernahme aller Verbindlichkeiten andererseits als Einzelrechtsgeschäfte als Alternative zur Vertragsübernahme scheiden aus, wenn der Wille des Ausscheidenden und des Eintretenden auf Übernahme der Vertragsposition en bloc gerichtet ist. Da auch die Schuldübernahme wie die Vertragsübernahme auch der Zustimmung des Dritten bedarf, ist bei Verweigerung der Zustimmung zur Vertragsübernahme nur die Ersatzlösung der sicherungshalber erfolgenden Abtretung und Erfüllungsübernahme nach §§ 415 Abs. 3, 329 BGB sinnvoll.

E. Beispiele aus der notariellen Praxis

Eine Vertragsübernahme kommt nur in Betracht, wenn das zu übernehmende Vertragsverhältnis bereits begründet, aber noch nicht erfüllt ist, da ansonsten die zu übernehmende Vertragsposition noch nicht beziehungsweise infolge Erfüllung gemäß §§ 362 ff BGB nicht mehr besteht⁷⁴. Das Erfordernis für eine Vertragsübernahme wächst insbesondere dann, wenn zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft ein längerer Zeitraum besteht. Während in den Fällen der gesetzlichen Vertragsübernahme (siehe oben A lit.a)) der Vertragseintritt nur auf der Seite des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners, also des Mieters, Arbeitnehmers oder Versicherten vom Gesetzgeber im Rahmen dieser Schutzvorschriften geregelt ist, ist die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme auf beiden Seiten denkbar.

Als Beispiele der notariellen Vertragspraxis sind folgende Fälle zu nennen:

1. Fallgruppen der Vertragsübernahme auf Erwerberseite

a) Liquiditätsprobleme des Erwerbers:

Der Kaufpreis für das gekaufte Familienheim kann vom Erwerber wegen Finanzierungsschwierigkeiten oder Liquiditätsproblemen nicht bezahlt werden. Der Vater des Erwerbers möchte diesen Kaufvertrag anstelle seines erwerbenden Sohnes übernehmen und das Objekt nach Übergabe dem Sohn zu Wohnzwecken zur Verfügung stellen. Eine Darlehensgewährung an den Sohn oder die Stellung von Sicherheiten in Form von Grundschulden, Schuldversprechen, Bürgschaften oder sonstigen Real- und Personalsicherheiten ist nicht gewünscht oder möglich.

b) Teilflächenverträge

Auch bei Teilflächenkaufverträgen, insbesondere bei Straßenmessverträgen, liegt oftmals aufgrund langer Bearbeitungszeiten für die Erstellung des Veränderungsnachweises eine lange Zeitspanne zwischen Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes und Erfüllung gemäß §§ 873, 925 BGB. Soweit im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge, beispielsweise im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder eines Veräußerungsvertrages das Hauptgrundstück veräußert wird, dem das zu bildende Zuflurstück zuge-

⁷⁰ Münchner Vertragshandbuch Band 5 Bürgerliches Recht/Schmidt, 5. Auflage 2003, I. 27 Anmerkung 4 (Seite 279)

⁷¹ Münchner Vertragshandbuch Band 5 Bürgerliches Recht/Schmidt, 5. Auflage 2003, I. 27.

⁷² Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, § 883 Rdnr. 14.

⁷³ Palandt/Bassenge, BGB, 63. Auflage 2004, Einführung vor § 925, Rdnr. 22. Die Auflassung des Veräußerers an den Ersterwerber enthält aber nicht die Einwilligung zur Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts für den Zweiterwerber, wenn die Kaufpreisforderung des Veräußerers noch offen ist.

⁷⁴ sonst wird eine anfänglich oder nachträglich unmögliche Leistung gemäß §§ 311 a, 275 BGB mit der Rechtsfolge des Schadensersatzes gemäß § 280 ff BGB begründet.

schrieben werden soll, ist auch hier eine Vertragsübernahme rechtsgeschäftlich zu vereinbaren.

c) Erwerb von Betriebsvermögensgegenständen

Soweit ein bebautes oder unbebautes Grundstück für den ursprünglichen Erwerber notwendiges oder gewillkürtes Betriebsvermögen werden soll und das gesamte Betriebsvermögen zwischenzeitlich im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auf den Unternehmensnachfolger übertragen wurde, ist eine Vertragsübernahme für diesen Grundstückserwerbsvertrag vorzunehmen.

Auch soweit es sich um bewegliches Betriebsvermögen, beispielsweise den Kauf von noch herzustellenden Produktionsmaschinen handelt, ist eine Vertragsübernahme zu vereinbaren. Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob im Rahmen von § 139 BGB aufgrund eines einheitlichen Rechtsgeschäfts⁷⁵ die Beurkundung der Vertragsübernahme auch für vertraglich erworbenes bewegliches Betriebsvermögen erforderlich ist⁷⁶.

Bei Betriebsübergabeverträgen werden regelmäßig im Rahmen von Abtretungsverträgen die betrieblichen Forderungen an den Übernehmer abgetreten und dieser zur Schuldübernahme, hilfsweise zur Erfüllungsübernahme nach § 415 Abs. 3 BGB für die Betriebsverbindlichkeiten verpflichtet. Die Frage, ob diese Konstruktion der Vertragsübernahme gleichsteht oder diese ersetzt, wird nachstehend erörtert.

2. Fallgruppen der Vertragsübernahme auf Veräußererseite

Bei den vorgenannten Fällen der Vertragsübernahme auf der Erwerberseite handelt es sich bei der schuldrechtlichen Hauptleistungspflicht des Erwerbers regelmäßig die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung. Hinsichtlich dieses Geldanspruchs kann sich der Erwerber als Schuldner nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 BGB berufen, da er unabhängig von einem Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat⁷⁷.

Bei den Fällen der Vertragsübernahme auf Veräußererseite hingegen ist die Erfüllbarkeit der Leistungsverpflichtung des Veräußerers und deren Unmöglichkeit der Leistungsverpflichtung eines der Hauptkriterien und schränkt die Anwendungsbeispiele hierfür deutlich ein. Dennoch sind folgende Fälle praxisrelevant:

a) Unternehmenskauf

Als Beispiel ist neben dem gewöhnlichen Unternehmenskauf auch der Fall des Unternehmenskaufs im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz zu nennen.

Wenn dem Bauträger aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten die Insolvenz droht, werden diese Unternehmen oftmals im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz von einem Konkurrenten, einer Nachfolgegesellschaft oder, soweit es sich um ein Unternehmen innerhalb einer Konzernstruktur handelt, von der Muttergesellschaft oder einer Schwester-gesellschaft übernommen⁷⁸. Soweit es sich bei diesem

zu übernehmenden Unternehmen nicht um ein Einzelkaufmännisches Unternehmen sondern um eine Gesellschaft handelt, ist es möglich, das Unternehmen als Ganzes nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge (sog. „Asset-Deal“) zu veräußern sondern die Geschäftsanteile zu übertragen (sog. „Share-Deal“) und im Rahmen einer Kapitalerhöhung neues Kapital in die Gesellschaft einzulegen. Erfolgt die Übertragung als „Share-Deal“, bleibt die übertragende Gesellschaft Vertragspartner und eine Vertragsübernahme ist nicht erforderlich. Gleiches gilt im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme gemäß §§ 4 ff UmwG.

Erfolgt jedoch die Übertragung als „Asset-Deal“, so soll, wenn beispielsweise ein Bauträgervertrag abgeschlossen wurde, die übernehmende Gesellschaft neuer Vertragspartner des Käufers im Bauträgervertrag werden. Dies geschieht durch Vereinbarung einer Vertragsübernahme zwischen dem ausscheidenden Unternehmer und ein-tretenden Unternehmer. Die Übertragung des Grundstückseigentums von der ursprünglichen Bauträgergesellschaft auf die übernehmende Bauträgergesellschaft geschieht regelmäßig in Erfüllung der im Übertragungsvertrag geschaffenen Veräußerungsverpflichtung.

Im Rahmen eines „Asset-Deal“ ist die Vertragsübernahme auch für den Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse, Mietverträge, Lieferverträge, Leasingverträge, Versicherungsvereinbarungen und Bezugsverträge⁷⁹ vorzusehen, soweit keine gesetzliche Vertragsübernahme erfolgt.

b) Teilflächenvertrag

Eine Vertragsübernahme kommt auch in Betracht, wenn der Veräußerer der Teilfläche im Wege der Einzelrechtsnachfolge beispielsweise im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge das Grundstück, von dem der Vertragsgegenstand abzuschreiben ist, auf einen Abkömmling überträgt. Im Übrigen kann insoweit auf die oben genannten Ausführungen zu Teilflächenverträgen (Ziff. 1 lit. b) dieses Abschnitts) verwiesen werden⁸⁰.

F. Formulierungsvorschlag

Unter Fortführung des Beispiels der Vertragsübernahme im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung kann wie folgt formuliert werden:

„§ 5 Übertragung der Käuferposition aus dem Bauträgervertrag

1. Der Ehemann hat mit Urkunde vom 15. März 2004 des beurkundenden Notars, Urkundenrolle Nr. 250 aus 2004 die im Grundbuch von Stuttgart, Grundbuchblatt 10500 BV Nr. 1 eingetragene Eigentumswohnung (es folgt Beschrieb gemäß § 28 GBO) von der Heinrich Müller Wohnbau GmbH (nachstehend auch „Bauträgergesellschaft“ genannt), Stuttgart zum Preis von 188.000,- Euro erworben. Auf diese Urkunde, die in Urschrift vorliegt und vollinhaltlich bekannt ist, wird verwiesen. Auf ein Vorlesen und Beifügen wird verzichtet. Der Ehemann erklärt, dass Vertragsänderungen und Vertragsergänzungen nicht erfolgten.

⁷⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 139 Rdnr. 5.

⁷⁶ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 311 b Rdnrn. 25 ff und 32 ff hinsichtlich des Umfangs des Formzwangs, insbesondere bei Unternehmenskaufverträgen sowie gemischten und zusammengesetzten Verträgen.

⁷⁷ Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage 2004, § 275 Rdnr. 4 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁸ zu den Risiken und der Vertragsgestaltung vgl. Wessels „Unternehmenskauf im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz“ ZIP 2004 Seite 1237 ff.

⁷⁹ so beispielsweise für einen zwischen Brauerei und Gaststättenveräußerer abgeschlossener Bierlieferungsvertrag.

⁸⁰ als weitere Beispiele der Vertragspraxis sind zu nennen die Übernahme von Handelsvertreterverträgen, Kraftfahrzeugkaufverträgen mit längeren Lieferfristen, Lieferverträge, Übertragung von Bauparverträgen. Siehe auch Nörr in: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Handbuch des Schuldrechts, 2. Auflage 1999, § 19 I (Seiten 189 und 190).

Das vorgenannte Grundbuchblatt liegt in beglaubigter Abschrift vor. Die Eintragungen im Bestandsverzeichnis sowie in den Abteilungen I, II und III sind den Erschienenen bekannt.

Die Bauträgergesellschaft hat gegenüber den Eheleuten mündlich erklärt, dass sie die Genehmigung zur Vertragsübernahme erteilen wolle.

2. Der Ehemann erklärt, dass bislang nur der Rohbau noch nicht fertig gestellt ist und er entsprechend dem Bautenstand bisher % des Kaufpreises, also Euro vertragsgemäß und rechtzeitig an den Bauträger bezahlt habe. Die vom Bauträger über diesen Betrag hierfür erstellte Quittung nebst Bestätigung des Bautenstandes und Erklärung, dass bislang keine Verzugsansprüche gegen den Ehemann bestehen und Vertragsänderungen und Vertragsergänzungen nicht vorgenommen wurden ist bekannt und wird als Anlage zu dieser Urkunde genommen; hierauf wird verwiesen.

3. Der Ehemann verpflichtet sich hiermit, die mit vorgenannter Urkunde vom 15. März 2004 des beurkundenden Notars, Urkundenrolle Nr. 250 aus 2004 begründete Käuferposition über die im Grundbuch von Stuttgart, Grundbuchblatt 10500 BV Nr. 1 eingetragene Eigentumswohnung (es folgt Beschrieb gemäß § 28 GBO) an die Ehefrau voll umfänglich und ohne Einschränkungen zu übertragen. Die Ehefrau nimmt diese Verpflichtung an.

4. Die Ehefrau hat für die Vertragsübernahme und den bereits vom Ehemann gezahlten Kaufpreisteil in Höhe von ... Euro keine Gegenleistung oder Ersatz an diesen zu erteilen. Dieser Betrag ist bei der vorgenannten Regelung über den Zugewinnausgleich nebst Abgeltungsklausel bereits vollständig berücksichtigt.

5. Der Ehemann haftet der Ehefrau dafür, dass die Käuferstellung besteht, dass keine Rechte Dritter zulasten der Käuferstellung bestehen und dass der vorgenannte Kaufpreisteil an die Heinrich Müller Wohnbau GmbH schuldtilgend entrichtet wurde.

Weiter haftet der Ehemann dafür, dass der vorgenannte Bauträgervertrag nicht ohne Zustimmung der Ehefrau bis zur Erteilung der Genehmigung zu Lasten der Ehefrau ergänzt oder abgeändert wird.

6. Der Ehemann und die Ehefrau sind sich darüber einig, dass die vorgenannte Käuferposition hiermit vollinhaltlich und unbeschränkt auf die Ehefrau übergeht. Den Beteiligten

ist bekannt, dass die Wirksamkeit dieser Vertragsübernahme der Genehmigung der Heinrich Müller Wohnbau GmbH bedarf.

Der Notar wird nach Hinweis auf die Kostenfolge beauftragt und ermächtigt, diese Genehmigung in der Form des § 29 GBO von der Bauträgergesellschaft einzuholen und entgegenzunehmen und mit dem nach genannten Antrag beim Grundbuchamt zum Vollzug einzureichen.

Die Eheleute bewilligen, die Ehefrau beantragt auf ihre Kosten die im Grundbuch von Stuttgart Blatt 10500 in Abt. II unter Nr. 1 eingetragene Eigentumsvermerkung auf die Ehefrau im Wege der Grundbuchberichtigung umzuschreiben.

7. Bis zur Genehmigung und im Falle ihrer endgültigen Verweigerung übernimmt die Ehefrau sämtliche Verbindlichkeiten des Ehemanns gegen die Heinrich Müller Wohnbau GmbH erfüllungshalber. Aufschiebend bedingt durch die Verweigerung der Genehmigung werden sämtliche Gläubigeransprüche, insbesondere des Eigentumsverschaffungsanspruchs, des Ehemanns gegen die Heinrich Müller Wohnbau GmbH unter Hinweis auf die §§ 407 ff BGB abgetreten.

Die Vollmacht Ziff. 9 dieser Urkunde umfasst auch sämtliche materiellrechtlichen und formellrechtlichen Erklärungen der Ehegatten, die im Falle der Verweigerung der Genehmigung der Vertragsübernahme zur Umschreibung der vorgenannten Auflassungsvermerkung im Wege der Grundbuchberichtigung auf die Ehefrau auf der Grundlage der aufschiebend bedingten Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs erforderlich werden.

8. Den Erschienenen ist die rechtliche Bedeutung dieser Vertragsübernahme, auch im Fall der Verweigerung der Genehmigung, bekannt. Die Ehefrau weiß, dass sie mit Zugang der Genehmigung der Bauträgergesellschaft beim Notar mit Wirkung von heute an sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Bauträgervertrag inne hat.

Ein Rücktrittsrecht wollen sich die Beteiligten nach Belehrung ausdrücklich nicht vorbehalten.

Diese Regelung hat auch vollinhaltlich Bestand, wenn unsere Ehe nicht durch Scheidung aufgelöst wird.

9. (Es folgt die Vollzugsvollmacht für die Ehefrau oder die Notariatsangestellten)."

Altlastenklauseln in Grundstücksverträgen und Notarhaftung

(von Rechtsanwalt Hellmuth Mohr, Bürgermeister a. D., Reutlingen)

1. Fragestellung¹

Die industrielle und gewerbliche Entwicklung der Wirtschaft in Deutschland während des Zeitraums der letzten 150 Jahre hat auch im Boden ihre Spuren hinterlassen. Der aktuelle Schutzbedarf hat sich aber erst mit dem Umweltrecht etwa ab dem Jahr 1970 entwickelt. Wenn man deshalb aus heutiger Sicht die Verantwortung für diese Schäden der Vergangenheit mit den einfachen Mitteln des Polizei- bzw. des Bodenschutzrechts regeln will, dann kann

das im Hinblick auf die Verursachung oft nur zu ungerechten Lösungen führen. Hinzu kommt, dass die Länder bei der Beratung des neuen Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG)² zur Vermeidung eigener Sanierungslasten das Ziel verfolgten, die Sanierungspflichten der bisherigen Störer nach dem Polizeirecht auszuweiten³. Die Sanierungspflicht verjährt nach h. M. auch nicht und kann auch kaum durch das Verhalten der Behörde verwirkt werden⁴.

² Vom 17.3.1998, BGBl. I S. 502

³ Nachweise über das Gesetzgebungsverfahren bei Sanden/Schoeneck, BBodSchG Kurzkommentar, Heidelberg, Einführung Rn. 24 ff.

⁴ Bsp. VGH München Beschl. v. 22.3.2001, NVwZ 2001, 821: Auch das „Untertauchenlassen“ des Handlungsstörers durch Untätigkeit der Behörde steht der späteren Verpflichtung des Zustandsstörers nicht im Wege.

¹ Der Aufsatz greift einen Aspekt aus einem weitergehenden Vortrag vor dem Württemberg. Notarverein auf, den der Autor im Juni im Rahmen einer Fortbildungsveranstaltung in Leinfelden-Echterdingen und Bad Schussenried im Juni 2005 gehalten hat. Das Manuskript wurde im August 2005 abgeschlossen.

Die Literatur aus Anlass des In-Kraft-Tretens des BBodSchG am 1.3.1999 hat sich mit diesen Fragen schon beschäftigt⁵. Die Probleme hieraus speziell für den sog. Alteigentümer nach § 4 Abs. 6 BBodSchG und den Zustandstörer nach der Entscheidung des BVerfG vom 16.2.2000⁶ wurden vom Verfasser ebenfalls in dieser Zeitschrift schon behandelt⁷. Hierauf soll deshalb nur in Kürze nochmals eingegangen werden. Die Folgerungen von Altlastenklauseln auf die Belehrungspflicht des Notars gegenüber dem Käufer und seine Haftung beim Unterlassen einer solchen Belehrung stehen im Mittelpunkt der Abhandlung.

2. Die 1998 neu geschaffene Ewigkeitshaftung des Alteigentümers

Aus dem bereits erwähnten Fiskalinteresse der Länder heraus wurde eine zusätzliche Haftung geschaffen, die alle Eigentümer erfasst, die am 1.3.1999 – Datum des In-Kraft-Tretens des Gesetzes – oder danach im Grundbuch standen. Im Gegensatz zur Zustandsstörerhaftung des Eigentümers ist diese Haftung also mit der Umschreibung auf einen neuen Eigentümer im Grundbuch nicht beendet. Bei natürlichen Personen dauert sie bis zu deren Tod, bei juristischen bis zu deren Erlöschen. Der Gesetzgeber hat diese Haftung allerdings durch zwei Voraussetzungen des guten Glaubens abgemildert, von denen jede alleine die Haftung ausschließt. Die erste bezieht sich auf den Zeitpunkt des eigenen Erwerbs durch den späteren Alteigentümer selbst. Wenn er zu diesem Zeitpunkt darauf vertrauen konnte, dass keine Bodenbelastungen vorhanden sind, dann entfällt seine Ewigkeitshaftung. Das Gesetz verlangt aber auch, dass dieses Vertrauen „schutzwürdig“ sein muss. Die Haftung kann aber auch zudem dann entfallen, wenn er im späteren Zeitpunkt der Weiterveräußerung die Bodenbelastung nicht kannte oder kennen musste.

3. Die Haftung des Zustandsstörers nach der Entscheidung des BVerfG vom 16.2.2000

Die Entscheidung des BVerfG hat einen Schutz des Zustandsstörers vor zu hohen Sanierungskosten wieder geschaffen, den die Länder im Bundesrat ebenfalls aus Fiskalinteressen aus dem Gesetzesentwurf gestrichen haben. Wegen des rechtsstaatlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll der Zustandsstörer regelmäßig nur in Höhe des Verkehrswertes nach der Sanierung haften. Im Zusammenhang mit den hier zu prüfenden Haftungsfolgen sind folgende Ausführungen des BVerfG von Bedeutung⁸:

Eine den Verkehrswert übersteigende Belastung kann zumutbar sein, „wenn der Eigentümer das Risiko der entstandenen Gefahr bewusst in Kauf genommen hat. Auch dann, wenn und soweit Risikoumstände beim Erwerb eines Grundstücks....zwar erkennbar waren...., der Eigentümer aber in fahrlässiger Weise die Augen davor verschlossen hat, kann dies dazu führen, dass eine Kostenbelastung über die Höhe des Verkehrswerts hinaus zumutbar ist. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit kann der Grad der Fahrlässigkeit erheblich sein“⁹.

Auch bei einer zumutbaren Belastung über den Verkehrswert hinaus „kann sie nicht auf die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Eigentümers bezogen werden. Dem Eigentümer ist nicht zumutbar, unbegrenzt für die Sanierung einzustehen, das heißt auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück steht. Dagegen kann es zumutbar sein, Vermögen zur Sanierung einzusetzen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine funktionale Einheit darstellt, etwa wenn dieses Bestandteil eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes oder sonstigen Unternehmens ist. Das gilt insbesondere für Grundvermögen, das zusammen mit dem sanierungsbedürftigen Grundstück eine solche Einheit bildet. Aber auch der Zugriff auf dieses sonstige Vermögen darf nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. Wird auf Grund der mit der Sanierung verbundenen Kostenbelastung die Fortführung des Unternehmens oder Betriebs gefährdet, ist bei der Abwägung das in Art. 14 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes zu beachten, weil sich die Belastung für den Betroffenen faktisch wie eine Enteignung ohne angemessene Entschädigung auswirkt“¹⁰.

4. Die Auswirkung von Altlastenklauseln auf die Haftung des Alteigentümers und des Zustandsstörers

Unter dem BBodSchG ist inzwischen in der Literatur mehrfach die Möglichkeit erörtert worden, dass entsprechende Klauseln die oben bei 2. und 3. dargelegte Gutgläubigkeit des Käufers als Zustandsstörers beseitigen können¹¹. Auch das BVerfG hat in einem Beschluss vom 24.8.2000¹² bestätigt, dass der Gewährleistungsausschluss für etwa auftretende Ölschäden in einem Kaufvertrag in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu einer unbeschränkten Zustandsstörerhaftung führen kann und zwar ohne dass es auf die Grundsätze der Entscheidung vom 16.2.2000 zur fahrlässigen Unkenntnis ankommt. Schon vor der Entscheidung des BVerfG, aber unter Bezugnahme auf die hierzu vorausgegangene Entscheidung des BVerwG zur Nichtzulassung der Revision im Kaninchenfellfall¹³ hat der VGH Baden-Württemberg in einem Urteil vom 10.3.1994¹⁴ ebenfalls eine mögliche Haftungsbeschränkung für Zustandstörer auch für den Fall einer Fehlinformation durch den Verkäufer ausgeschlossen. Unstreitig hatten die Käufer im Kaufvertrag Kenntnis von Bodenbelastungen erhalten.

Die Risiken von Klauseln zur Gewährleistung, zum Ausschluss des Rückgriffs nach § 24 Abs. 2 BBodSchG oder ähnlicher Regelungen sollen nachfolgend genauer dargestellt werden.

4.1 Altlastenklauseln ohne konkrete Bezugnahme auf einen Schaden

Nach der oben getroffenen Unterscheidung begründet eine solche Formulierung keine Haftung für den Alteigentümer oder den Zustandsstörer. Da der Notar nicht ohne Hinweise durch eine Vertragspartei nach Altlasten fragen muss, handelt es sich hier um den Regelfall, wo der Verkäufer jegliche Gewährleistung ausschließt und versichert, dass ihm

⁵ S. Kersten, Das Bundes-Bodenschutzgesetz und seine Auswirkungen auf Gewährleistungsregelungen im Grundstückskaufvertrag, BWNotZ 4/2000, S. 73

⁶ 1 BvR 242/91 und 1 BvR 315/99, BVerfGE 102, 1 = NJW 2000, 2573

⁷ Zu rechtlichen Risiken und Nebenwirkungen von Altlastenklauseln in Kaufverträgen, BWNotZ 5-6/03, S. 111

⁸ Zu weiteren Einschränkungen der Haftung s. Mohr a. a. O. (Fn. 7) S. 113.

⁹ BVerfG a. a. O. B. II. 2. c) ee) betr. die sog. Kaninchenfellentscheidung aus Südbaden. Entschieden wurde auch der sog. Schießplatzfall aus Bayern, dazu jetzt Numberger NVwZ 2005, 529.

¹⁰ Wie Fn. 9 B. II. 2. c) ff)

¹¹ Knopp/Albrecht, Bodenschutz- und Altlastenklauseln, Heidelberg, 2. Aufl. 2003, S. 11 Fn. 16; Knopp NJW 2000, 905, 907; v. Westerholt NJW 2000, 931, 933.

¹² 1 BvR 83/97, NVwZ 2001, 65

¹³ Beschluss vom 14.12.1990, NVwZ 1991, 475

¹⁴ Az. 10 S 1415/92, VBIBW 1995, 64

auch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten nicht bekannt sind¹⁵. Diese Nichtwissensklausel ist notwendig, um dem Käufer den Einwand der Arglist auch unabhängig von Altlasten zu erleichtern. Unschädlich sind auch weitergehende Formeln, die lediglich über die Zusicherung hinaus die Gewährleistungsregeln für den Fall der Unrichtigkeit der Zusicherung konkretisieren¹⁶.

4.2. Altlastenklauseln mit Bezugnahme auf einen Schaden

Die enge Verzahnung zwischen dem Kauf- und dem Bodenschutzrecht ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die Schutzbedürftigkeit des Bodens im Unterschied etwa zu Wasser nicht absolut, sondern nutzungsbezogen ist. Daraus ergibt sich wegen der ebenfalls von der Nutzung abhängigen Verwendbarkeit der Kaufsache bei der Bestimmung eines Sachmangels nach § 434 BGB die Notwendigkeit für den Verkäufer, die Eignung des Grundstücks im Vertrag festzulegen. Wenn der Verkäufer dabei von einem Gewerbegrundstück spricht, um sich etwa vor der Erwartung des Käufers auf eine Wohnnutzung zu schützen, dann kann damit schon die Grenze zur fahrlässigen Kenntnis einer Altlast überschritten werden¹⁷. Entlasten kann sich ein Käufer dann nicht, wenn es sich um eine typisch den Boden belastende Tätigkeit handelte, z. B. Maschinenbau, Gaswerk oder Deponie¹⁸. Helfen kann dem Käufer dagegen eine gewerbliche Nutzung, die auch nach den einschlägigen Katalogen der Umweltbehörden zur Einstufung der Grundstücke bei der früheren historischen Untersuchung eine Bodenbelastung ausschloss¹⁹.

Als Beleg dafür, dass der Übergang von der unbedenklichen zur risikoreichen Formulierung im Kaufvertrag schnell erfolgen kann, sei auf die Regelung über die Freistellung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen durch den Verkäufer im Beck'schen Formularbuch Immobilienrecht²⁰ verwiesen, wo neben einem unschädlichen Gewährleistungsausschluss nach Ziffer 4.1. auch eine Freistellung des Käufers durch den Verkäufer bezüglich solcher Ansprüche vorgesehen ist. Wie sprichwörtlich kein Rauch ohne Feuer so ist auch keine öffentlich-rechtliche Freistellung von Ansprüchen aus § 4 Abs. 3 BBodSchG ohne fahrlässige Kenntnis einer möglichen Altlast denkbar. Das gleiche gilt natürlich auch, wenn der Käufer eine entsprechende Freistellung übernimmt²¹.

Dem Käufer wird mit gutem Grund wegen der Zustandsstörerhaftung empfohlen, vor dem Erwerb eigene Nachforschungen anzustellen²². Das Risiko liegt aber auf der

Hand, wenn dabei auch nur ein Verdacht bekannt wird. Dem Käufer kann also nur geraten werden, seine Nachforschungen zunächst so diskret anzustellen, dass die Behörde nichts davon erfährt, bis ein entlastendes Ergebnis bekannt ist. Ähnlich ist die Situation bei einem Verkäufer, der der drohenden Haftung als Alteigentümer wenigstens durch die Dokumentation seines guten Glaubens im Verkaufszeitpunkt etwa nach erfolgter Sanierung oder bloßer Nutzungsänderung entgehen will, weil er früher im Zeitpunkt des eigenen Erwerbs nicht schutzwürdig nach § 4 Abs. 6 BBodSchG war, und der deshalb hierzu ein Gutachten in Auftrag gibt²³. Auch er muss wegen des Haftungsrisikos zunächst diskret handeln. Nur ein einwandfrei entlastendes Gutachten kann dann Teil seines Kaufvertrags werden.

Auch bei der Kaufpreissumme stellen sich ähnliche Fragen. Wenn der Kaufpreis auch ohne ausdrückliche Begründung im Hinblick auf mögliche Sanierungskosten oder auch nur das Risiko „günstig“ ist, besteht für den Käufer ein Rechtfertigungsproblem bezüglich seines guten Glaubens²⁴. Auch bei dem oben bei 4.1. dargestellten unverfänglichen Gewährleistungsausschluss wird die Sache für den Käufer wieder gefährlich, wenn als Prämie für den Risikoabschluss zu Gunsten des Verkäufers eine entsprechende Reduzierung des Kaufpreises vereinbart wird²⁵.

Ein in der Praxis oft übersehenes Risiko ist die Bodenbelastung nach Vertragsabschluss und vor Gefahrübergang, besonders bei nicht verschlossenen Immobilien, wo auch Dritte Zugang haben können. Dagegen kann zwar eine Bodenuntersuchung zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs helfen, bei einem Altlastenbefund aber mit den Folgen für den Käufer.

Wenn die Parteien ausdrücklich die Sanierungsrisiken zu Lasten des Verkäufers als dem Verursacher vertraglich regeln, dann hat dieser ein Interesse, dass der Anspruch des Käufers auf Ausgleich der Sanierungskosten aus § 24 Abs. 2 BBodSchG ausgeschlossen wird, um seine doppelte Belastung durch Kürzung des Kaufpreises und die spätere Inanspruchnahme nach § 24 Abs. 2 zu vermeiden. Es liegt auf der Hand, dass die Regelung eines Anspruchs, der auf der Verursachung einer Altlast durch den Verkäufer beruht, den Käufer bezüglich seiner Haftung schutzlos macht.

Im Zusammenhang mit einem Gewährleistungsausschluss ist bei § 24 Abs. 2 auch die Entscheidung des BGH vom 2.4.2004²⁶ zu beachten. Danach bedeutet ein Gewährleistungsausschluss – nicht nur bei Verträgen nach dem 1.3.1999 – nicht ohne weiteres einen Ausschluss des Anspruchs aus § 24 Abs. 2. Mit einem im Sinne von Ziffer 4.1 neutralen Ausschluss bleibt zwar das Risiko der Haftungserweiterung gebannt, das Risiko der Inanspruchnahme des Verkäufers bleibt aber auch bestehen. Nur wenn der Kaufpreis ohne Berücksichtigung eines Altlastenrisikos gebildet worden ist, ist dieses Ergebnis vertretbar.

Schließlich ist es auch offensichtlich, dass die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen durch den Verkäufer an den Käufer²⁷ im Zusammenhang mit dem Ausschluss der eigenen Gewährleistung für den guten Glauben schädlich ist, wenn die abgetretenen Ansprüche sich auf Altlasten beziehen.

¹⁵ Muster bei Kersten a. a. O. (Fn. 5), S. 78; Sorge, MittBayNot 1999, S. 232, 236; Schürmann, MittRhNotK 1994, 1, 19 f. Auch die konkrete Erwähnung von Öltanks oder Munitionsrückständen – Beispiel in Beck'sches Formularhandbuch Immobilienrecht, Muster A. I. 12. § 4 Ziffer 1 – schadet als solche nicht, da aus der bloßen Erwähnung konkreter Risiken noch nicht auf deren tatsächlichen Existenz geschlossen werden muss. Ähnlich früher noch Beck'sches Formularhandbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 6. Auflage 1995, Muster III. B. 1. § 6 b zur Versicherung, dass keine Verfüllung vorliegt, bei der immer ein Risiko der unerlaubten zusätzlichen „Entsorgung“ erfolgt ist. Die entsprechende Formulierung in der 8. Auflage 2005 enthält nur noch eine Klausel ohne eine konkrete Bezugnahme.

¹⁶ Bsp. bei Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, Muster A. I. 10. in § 8 Abs. 6: Beseitigungspflicht und Schadensersatz, wenn dennoch Altlasten usw. bestehen.

¹⁷ Meißner, ZfIR 1999, 407, 409

¹⁸ Muster einer Erwähnung einer konkreten gefährlichen Nutzung bei Pützenbacher NJW 1999, 1137, 1141. Zu den deponietypischen Risiken der falschen Verfüllung s. OLG Düsseldorf NJW 1996, 3284.

¹⁹ In Baden-Württemberg erstellte die Landesanstalt für Umweltschutz die entsprechende Liste.

²⁰ A. a. O. (Fn. 16)

²¹ Muster z. B. S. 85, 88 und Beck'sches Formularhandbuch Immobilienrecht a. a. O. (Fn. 15) Muster A. I. 12 in § 4 Ziffer 3.

²² Z. B. Steffen/Popp, ZNotP 1999, 303, 307, 311

²³ Hinweis z. B. durch Sorge a. a. O. (Fn. 15), S. 238

²⁴ Frenz, BBodSchG Kommentar, München 2000 § 4 VI, Rn. 89

²⁵ Körner, ZfIR 2001, 889, 892

²⁶ NJW-RR 2004, 1243; NJW 2004, 3563 nur LS; NVwZ 2004, 1267. Zur Rechtslage vor dieser Entscheidung Körner a. a. O. (Fn. 25), S. 896 auch zur anders lautenden Gesetzesbegründung.

²⁷ Sorge a. a. O. (Fn. 15), S. 241

5. Die Belehrungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG und seine Haftung

Nicht ins Blaue hinein, aber auf entsprechende Hinweise muss der Notar die Regelungsmöglichkeiten zu Altlasten ansprechen und hierzu zu belehren²⁸. Zu Haftungsrisiken hat der Notar belehren, da sie unmittelbare Rechtsfolgen des Vertrages sind. Das ist u. a. für den Fall der gesellschaftsrechtlichen Haftung entschieden²⁹. Gleiches gilt für die Haftungsrisiken nach der AO (§§ 75 ff.) bei einer Betriebsveräußerung. Für die Haftung in den Fällen der Zustandsstörers und Alteiligentümers kann nichts anderes gelten, da der einschlägige § 4 Abs. 3 BBodSchG schon nach überkommenem polizeirechtlichen Verständnis eine Haftung durch Gesetz begründet³⁰. Dagegen handelt es sich hier nicht nur um eine nicht zwangsläufig geschuldete Betreuungspflicht nach § 24 BeurkG oder um eine sog. erweiterte Belehrungspflicht analog zu § 14 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Da die entsprechende ausschließliche Belehrung des Käufers über seine möglichen Haftungsrisiken diesen häufig zu Zweifeln führen, ob er den Vertrag abschließen soll, ist darauf zu verweisen, dass die Pflicht nach § 17 BeurkG nicht durch die Neutralitätspflicht des Notars einge-

schränkt wird. Die Aufklärung des Käufers stellt also keine Pflichtverletzung gegenüber dem Verkäufer dar, selbst wenn dieser sich nicht über die Aufklärung des Käufers freuen wird. Diese mögliche Belastung der Geschäftsbeziehung zum Verkäufer ist dem Notar zuzumuten, auch wenn der Verkäufer häufiger zur Protokollierung beim Notar erscheint als der Käufer.

Letztes Schlupfloch aus einer möglichen Notarhaftung ist zumindest noch auf Zeit das Fehlen des Verschuldens. Zwar muss sich der Notar auch mit einem ihm zunächst nicht vertrauten Rechtsgebiet auseinandersetzen und sich vertraut machen³¹. Zur Entlastung kann man gegenwärtig noch daran denken, die allgemeine Kenntnis der einschlägigen Haftungsfragen bei Notaren zu verneinen, da sie noch nicht in den allgemein zugänglichen Nachschlagewerken abgehandelt werden, sondern nur in den wenigen zitierten Abhandlungen. Eine entsprechende Rechtsprechung des BGH liegt zur Kenntnis des Verstoßes gegen das RBERG in den Fällen vor, wo Notare zu weitgehende Treuhändervollmachten in den sog. Schrottimmobilienfällen vor dem Jahr 2000 – erste einschlägige BGH-Entscheidung – protokolliert haben³².

²⁸ Literaturnachweise bei Sorge a. a. O. (Fn.15), S. 236

²⁹ BGH 16.11.1995, WM 1996, 78 zur Haftung für die Einzahlung der neuen Stammeinlagen nach § 24 GmbHG

³⁰ Die polizeirechtliche Literatur spricht vom Störer, Verursacher, Verantwortlichen.

³¹ BGH 9.7.1992, WM 1992, 1662, 1665

³² Zuletzt BGH 11.1.2005, XI ZR 272/03, NJW 2005, 1190 zurückgehend auf BGHZ 145, 265, 275.

Buchbesprechungen

Erben und Vererben. Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge. Von Notar a. D. Justizrat Professor Dr. Hans-Armin Weirich. Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Herne. 5. Auflage 2004. 640 Seiten geb. 56,00 €. ISBN 3 482 50695 7.

Das in verständlicher Sprache geschriebene Handbuch erfuhr 6 Jahre nach dem Erscheinen der 4. Auflage eine auf den neuesten Stand der Gesetze, Rechtsprechung und Literatur gebrachte Neuauflage. Berücksichtigt ist bereits die Novellierung des ErbStG durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004. Alle neueren Erkenntnisse der Rechtsprechung und Wissenschaft wurden eingearbeitet. Wie die früheren Auflagen verbindet auch die Neuauflage wissenschaftliche Aussagen mit guter Allgemeinverständlichkeit, so dass das Werk nicht nur dem im Erbrecht bewanderten Juristen sondern auch dem interessierten Laien eine wertvolle Hilfe darstellt. Grund dafür ist die vom Verf. meisterlich bewerkstelligte Einführung in die umfangreiche Systematik des Erbrechts, die nicht Selbstzweck ist, sondern die Grundlage für die Darstellung des vielfältigen Instrumentariums für die praktische Rechtsgestaltung. Die Gliederung der Voraufgabe wurde im wesentlichen beibehalten:

- Erbschaft und Erbe
- Die verantwortungsbewusste Gestaltung der Erbfolge
- Lebzeitige Vorbereitungen und Verfügungen zur Vermögensnachfolge
- Die Erbschafts- und Schenkungssteuer
- Muster für Verfügungen von Todes wegen.

Das Geheimnis des außerordentlichen Erfolgs des Handbuchs liegt darin, dass der Autor als langjährig erfolgreich tätiger Notar und Wissenschaftler es hervorragend versteht, die wissenschaftliche Systematik eines Lehrbuches mit der Darstellung des erbrechtlichen und rechtsgeschäftlichen Instrumentariums für die praktische Umsetzung der Vermögensnachfolge zu verknüpfen.

Zum Schmunzeln regen an die eingestreuten Spruchweisheiten sowie die Karikatur „La lecture du testament“ des frz. Malers und Lithographs Louis-Leopold Boilly zu Beginn des Buchs. Mit der Neuauflage verfügen Juristen, Steuerberater und Vermögensverwalter über einen praxisorientierten, keine Frage offen lassenden Ratgeber. Den rat-suchenden Erben und Erblassern dient das Werk als allgemeine Planungs- und Entscheidungshilfe.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 07 11/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 07 21/9 26-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61–63, 71404 Korb (Tel. 07 151-3 03-0, Fax 07 151-3 59 68).