

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang  
März 2015  
ISSN 1434-3460

5/2015

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 16 – „Tausch“ mit Bauträger; Grundstücksmodell; Anteilsmodell; Rückübertragung bebauten Wohnungseigentums an den Alteigentümer; grunderwerbsteuerliche Beurteilung

BGB § 2353 – Erbscheinsantrag bei „gegenständlich beschränkter Nacherbfolge“

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 – Zwei-Wochen-Frist bei freiwilliger Grundstücksversteigerung

GrEStG § 3 Nr. 2 u. 6; ErbStG § 7; AO § 42 – Grundstücksübertragung zwischen Geschwistern aufgrund schenkungsvertraglicher Verpflichtung – interpolierende Betrachtungsweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GrEStG § 16

#### „Tausch“ mit Bauträger; Grundstücksmodell; Anteilsmodell; Rückübertragung bebauten Wohnungseigentums an den Alteigentümer; grunderwerbsteuerliche Beurteilung

##### I. Sachverhalt

Der Alteigentümer verkauft ein Grundstück an einen Bauträger. Im Gegenzug räumt der Bauträger dem Alteigentümer das Eigentum an einer von ihm auf dem Grundstück errichteten Wohnung ein.

Die Beteiligten erwägen folgende Gestaltungsalternativen:

1. Der Alteigentümer teilt sein Grundstück gem. § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum auf. Alle mit der Aufteilung gebildeten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten werden nach Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher an den Bauträger verkauft. Der Bauträger errichtet nach dem Eigentumserwerb die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten entsprechend der durch den Alteigentümer bereits erfolgten Aufteilung und überträgt eine Wohnung an den Alteigentümer.

2. Der Alteigentümer teilt sein Grundstück gem. § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum auf. Er verkauft alle Miteigentumsanteile an den Bauträger mit Ausnahme des Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, die der Bauträger für ihn errichtet.

Dass ein Miteigentumsanteil am Grundstück auf den Bauträger übertragen wird und anschließend die Aufteilung gem. § 3 WEG erfolgt, wird vom Bauträger aus Kostengründen nicht gewünscht.

##### II. Fragen

1. Wie werden die Gestaltungsalternativen grunderwerbsteuerlich behandelt?

2. Ist § 16 GrEStG einschlägig?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Grundstücksmodell

Veräußert der Alteigentümer das Grundstück an den Bauträger zu **Alleineigentum**, löst dies Grunderwerbsteuer für das **gesamte Grundstück** aus (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). Überträgt der Bauträger nach der Aufteilung einen Miteigentumsanteil an den Alteigentümer zurück (**sog. Grundstücksmodell**), fragt sich, ob eine Änderung der Steuerfestsetzung gem. **§ 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG** in Betracht kommt. Hiernach wird die Steuer sowohl für den Rückwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerb nicht festgesetzt, wenn der **Rückwerb des veräußerten Grundstücks** innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet.

Nach Auffassung des **BFH** liegt ein Rückwerb am veräußerten Grundstück i. S. v. § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG nicht vor, wenn der Alteigentümer an einen Bauträger ein Grundstück veräußert, der **Bauträger** es dann in Wohnungseigentum aufteilt und die neu gebildete Wohneinheit innerhalb der Zweijahresfrist auf den Alteigentümer überträgt. Die durch Teilung des Grundstücks in Wohnungseigentum und

Teileigentum neu entstandenen **Miteigentumsanteile** seien mit dem **veräußerten Grundstück weder identisch noch teilidentisch** (BFH, Beschl. v. 19.2.2014 – II B 106/13, BFH/NV 2014, 901 = BeckRS 2014, 94843 = DNotI-Report 2014, 110; a. A. zuvor die Literatur, vgl. Gottwald, GrEStG, 4. Aufl. 2013, Rn. 999; Spiegelberger/Wälzholz, in: Spiegelberger/Spindler/Wälzholz, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 2008, Kap. 3 Rn. 136; Albrecht, MittBayNot 1998, 418 f.).

Es besteht daher nicht mehr die Möglichkeit, Miteigentumsanteile nach Aufteilung des Grundstücks durch den Bauträger an den Alteigentümer grunderwerbsteuerfrei zurückzuübertragen.

## 2. Modifiziertes Grundstücksmodell – Gestaltungsalternative 1

Die erste Gestaltungsalternative des vorliegenden Sachverhalts unterscheidet sich von dem Fall des BFH. Die **Aufteilung** erfolgt nicht durch den Bauträger, sondern bereits **durch den Alteigentümer**. Alle mit der Aufteilung gebildeten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten werden nach Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher an den Bauträger verkauft. Der Bauträger errichtet dann das Gebäude und überträgt das bebauete Wohnungseigentum (Miteigentumsanteil mit Sondereigentum) an den Alteigentümer zurück.

Fraglich ist, ob damit die für § 16 Abs. 2 GrEStG geforderte „Identität“ zwischen veräußertem und zurückerworbenem Grundstück vorliegt.

### a) Identität: Miteigentumsanteil als Grundstück i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 GrEStG

In der bereits erwähnten Entscheidung vom 19.2.2014 hat sich der BFH maßgeblich darauf gestützt, dass **Wohnungseigentum** nach § 2 WEG durch die vertragliche Einräumung von Sondereigentum oder durch **Teilung** begründet werde. Für jeden Miteigentumsanteil werde nach § 7 Abs. 1 S. 1 WEG (ggf. i. V. m. § 8 Abs. 2 S. 1 WEG) von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Wohnungsgrundbuch, Teileigentumsgrundbuch) angelegt. Übereinstimmend mit dieser **zivilrechtlichen Beurteilung bilde daher jeder Miteigentumsanteil ein selbständiges Grundstück** i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 GrEStG (BFH/NV 2014, 901 Rn. 14 = DNotI-Report 2014, 110).

Diese Argumentation dürfte auch für die steuerliche Beurteilung der vorliegenden Gestaltungsvariante ausschlaggebend sein. Verkauft wird nicht das Alleineigentum. **Gegenstand** der Übertragung sind mehrere **Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten**. Wohnungseigentumsrechte entstehen mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Über jedes Recht kann getrennt verfügt werden (BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.2.2015, § 8 WEG Rn. 6). Die Wohnungseigentumsrechte sind somit vom Moment ihrer Entstehung an taugliche Verfügungsobjekte. Dafür ist es unerheblich, ob das Gebäude bereits errichtet ist (Bärmann/Klein/Armbrüster, WEG, 12. Aufl. 2013, § 8 Rn. 32-34). Werden die Verträge nach Grundbuchvollzug der Aufteilung geschlossen, handelt es sich bei den **Miteigentumsanteilen** um **selbständige Grundstücke** i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 GrEStG.

Demzufolge dürfte die für § 16 Abs. 2 GrEStG erforderliche **Identität** insoweit bestehen, als der Bauträger den **Miteigentumsanteil** mit dem Sondereigentum auf den

Alteigentümer **zurücküberträgt**. Stellt man wie der BFH auf den einzelnen Miteigentumsanteil als Grundstück ab, erscheint diese Betrachtungsweise konsequent.

Der Identität dürfte auch nicht entgegenstehen, dass der Bauträger nicht sämtliche, sondern nur einen Miteigentumsanteil auf den Alteigentümer überträgt. Die Anwendung von § 16 Abs. 2 GrEStG kommt in dem Umfang in Betracht, in dem der Erwerb rückgängig gemacht wird (vgl. BFH, Urt. v. 27.4.2005 – II R 4/04, BFH/NV 2005, 1629 = BeckRS 2005, 25008248 – zur Rückübertragung einer Teilfläche; Boruttau/Loose, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 16 Rn. 216).

### b) Rückübertragung eines bebauten Grundstücks

Ebenso wenig dürfte der Umstand die Anwendung von § 16 Abs. 2 GrEStG ausschließen, dass der **Miteigentumsanteil unbebaut** an den Bauträger veräußert wurde. Nach Auffassung des **BFH** wird die Identität i. S. d. § 16 Abs. 2 GrEStG nicht beeinträchtigt, wenn ein **unbebautes Grundstück veräußert**, darauf ein Gebäude errichtet und das **bebaute Grundstück zurückübertragen** wird (BFH, Urt. v. 14.1.1976 – II R 149/74, BStBl II 1976, 347 = BeckRS 1976, 22000129; Urt. v. 27.4.2005 – II R 4/04, BFH/NV 2005, 1629 = BeckRS 2005, 25008248). Zwar habe sich die Nämlichkeit des zurückübereigneten Grundstücks dadurch verändert, dass sich das Grundstückseigentum nunmehr auf die in der Zwischenzeit mit dem Grund und Boden verbundenen Bauteile erstrecke (§§ 93, 94, 946 BGB). Es bleibe aber dabei, dass dasselbe Grundstück i. S. d. bürgerlichen Rechts (§ 2 GrEStG) zurückübereignet werde, das zuvor vom Rückerwerber übereignet worden sei. Das gilt nach dem BFH selbst dann, wenn der rückerwerbende Eigentümer für inzwischen vorgenommene **Wertänderungen einen Ausgleich** an den **ursprünglichen Erwerber** zu leisten hat. Diese Rechtsprechung ist zwar explizit nur zu § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG ergangen. Ihrer Ratio nach muss sie aber auch für § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG gelten (Boruttau/Loose, § 16 Rn. 215). Die Anwendung von § 16 Abs. 2 GrEStG dürfte somit auch nicht ausgeschlossen sein, weil das Sondereigentum erst mit der Errichtung des Gebäudes entsteht. Maßgeblich für die steuerliche Betrachtungsweise ist der jeweilige Miteigentumsanteil.

### c) Zwischenergebnis

Wir gehen daher davon aus, dass die Rückübertragung des bebauten Wohnungseigentums auf den Alteigentümer nach **§ 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei** möglich ist. Hinweisen möchten wir allerdings auf das Risiko, dass bei einer solchen Gestaltung unter Umständen eine **Steuerumgehung (§ 42 AO)** geprüft werden könnte. Hiergegen lässt sich jedoch anführen, dass die Anwendung von § 16 Abs. 2 GrEStG gerade auf einer am Zivilrecht orientierten Betrachtungsweise beruht und jeweils der identische Miteigentumsanteil (und damit das identische Grundstück i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1) übertragen wird. Will man Rechtssicherheit erhalten, müsste eine verbindliche Auskunft nach § 89 Abs. 2 AO eingeholt werden.

## 3. Anteilsmodell – Gestaltungsalternative 2

In der zweiten Gestaltungsalternative **veräußert** der Alteigentümer **sämtliche Miteigentumsanteile** mit Ausnahme des von ihm **zurückbehaltenen Miteigentumsanteils (sog. Anteilsmodell; eingehend Hertel, in: DAI-Skript Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015, S. 104 ff. – mit Formulierungsbeispiel).**

Bei dieser Fallgestaltung fällt **Grunderwerbsteuer** nur für die **Wohnungseigentumseinheiten** an, die an den Bauträger übertragen werden, nicht aber für die zurückbehaltenen Wohnungseigentumseinheiten (§ 2 Abs. S. 1 GrEStG; vgl. Gottwald, MittBayNot 2015, 1, 13; Albrecht, DNotZ 1997, 269, 281).

Allerdings unterliegen dann die Bauleistungen, die der Bauträger an den bisherigen Eigentümer erbringt, der Umsatzsteuer, da die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG nur für Umsätze eingreift, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen. Diese Steuerfreiheit wird nur gewährt, wenn wie beim **Grundstückmodell** das bebaute Grundstück an den bisherigen **Eigentümer zurückübertragen** wird (vgl. hierzu auch Gottwald, MittBayNot 2015, 1, 13).

#### 4. Vergleich der Gestaltungsalternativen

Welche der beiden Alternativen unter umsatzsteuerlichen und grunderwerbsteuerlichen Gründen die wirtschaftlich günstigere Alternative ist, muss im **jeweiligen Einzelfall** geprüft werden.

Beim „**Anteilmodell**“ erbringt der Bauträger an den Eigentümer **Bauleistungen**, die der Umsatzsteuer unterliegen. Er kann dann zwar auch die Vorsteuer geltend machen, die er für die von ihm bezogenen Leistungen abführen muss. Die Umsatzsteuer wird sich aber in dem Umfang preiserhöhend auswirken, in welchem keine Vorsteuerbeträge des Bauträgers gegengerechnet werden können. Dies gilt z.B. für die Umsatzsteuer auf Kosten, für die beim Bauträger kein Vorsteuerabzug möglich ist (z.B. für bei ihm entstandene Löhne und Gehälter) oder aber für die Umsatzsteuer, die auf die eigene Wertschöpfung des Bauträgers erhoben wird (Gottwald, MittBayNot 2015, 1, 13).

Beim „**modifizierten Grundstückmodell**“ fällt beim Rückkauf **keine Umsatzsteuer** an, da der Rückkauf grunderwerbsteuerbar und die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG einschlägig ist. Die Anwendung von § 16 GrEStG führt nicht dazu, dass die Leistung des Bauträgers nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG umsatzsteuerpflichtig würde (Albrecht, MittBayNot 1998, 418, 419; Sölch/Ringleb/Möblang, UStG, 73. Erg.-Lfg. 2014, § 4 Nr. 9 lit. a Rn. 5; Klenk, in: Rau/Dürwächter/Flick/Geist, UStG, 129. Erg.-Lfg. 2007, § 4 Nr. 9 Rn. 118; Gottwald, Rn. 1001). Da der Bauträger steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG erbringt, hat er keinen Vorsteuerabzug für die von ihm bezogenen Leistungen (§ 15 Abs. 2 UStG), d. h. die Vorsteuer wird dann als Kostenfaktor miteinkalkuliert. Diese Alternative kann wirtschaftlich günstig sein, wenn beim Bauträger nur geringe Vorsteuerbeträge entstanden sind. Des Weiteren muss bei dieser Alternative dann aber auch noch die grunderwerbsteuerliche Belastung miteinbezogen werden, falls für die Rückübertragung § 16 GrEStG keine Anwendung finden sollte.

Die vorgehenden umsatzsteuerlichen Ausführungen gelten nur für den Fall, dass der **Bauträger** die **Leistungen** an einen **Leistungsempfänger** erbringt, **der selbst nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt** ist. Ist dagegen der Leistungsempfänger zum Vorsteuerabzug berechtigt, wird die Umsatzsteuer i. d. R. keinen Kostenfaktor darstellen.

## BGB § 2353

### Erbscheinsantrag bei „gegenständlich beschränkter Nacherbfolge“

#### I. Sachverhalt

Ehefrau und Tochter haben nach dem Ableben des Ehemannes bzw. Vaters dessen notarielles Testament vorgelegt, welches folgenden Inhalt hat: Zur alleinigen Erbin des gesamten Vermögens wird die Ehefrau eingesetzt; „hinsichtlich des Grundvermögens ist sie jedoch nur Vorerbin“. „Nacherbin des Grundvermögens“ soll die gemeinsame Tochter sein. Der Nacherbfall soll eintreten, sobald die Tochter das 21. Lebensjahr vollendet hat. Mit Eintritt des Nacherbfalls erhält die Ehefrau ein lebenslanges Altenteilsrecht. Der Wert der Immobilie macht ca. 90 % des Gesamtnachlasswertes aus. Es soll nunmehr ein Erbscheinsantrag beurkundet werden (§ 2353, 2355, 2356 Abs. 2 S. 1 BGB).

#### II. Fragen

1. Muss der Erbschein Erbquoten im Hinblick auf den Erbteil der Ehefrau und der Tochter enthalten?

2. Muss der Erbscheinsantrag so formuliert werden, dass sich die Nacherbfolge auf den Grundbesitz beschränkt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. „Gegenständlich beschränkte Nacherbfolge“

Hinsichtlich der Anordnung der Nacherbfolge ist zunächst anerkannt, dass sich die Nacherbfolge nicht auf die gesamte Erbschaft beziehen muss. Es steht dem Erblasser frei, die Nacherbschaft nur in Höhe einer bestimmten Quote anzuordnen (§ 2087 Abs. 1 BGB, vgl. BayObLG NJW 1958, 1683, 1684; Staudinger/Avenarius, BGB, Neubearb. 2013, § 2100 Rn. 6). Demgegenüber ist eine **Sondernacherbfolge** in einen **Einzelgegenstand** wie z. B. eine Immobilie nach ganz h. M. unzulässig (OLG Hamm NJW-RR 2000, 78, 79; Rozak, ZEV 2005, 14; Staudinger/Avenarius, § 2100 Rn. 8; Otte, NJW 1987, 3164; a. A. Schrader NJW 1987, 117, 118).

Eine „gegenständlich beschränkte Nacherbfolge“ kann im Ergebnis zulässigerweise dadurch erreicht werden, dass der Person, die zum Vorerben berufen wird, alle Nachlassgegenstände mit Ausnahme derjenigen, für die die Vor- und Nacherbfolge gedacht ist, als **Vorausvermächtnis** zugewendet werden; das Vorausvermächtnis unterliegt als solches gem. § 2110 Abs. 2 BGB nicht der Nacherbfolge (Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 9 Rn. 45; Rozak, ZEV 2005, 14, 15 [auch zur Gestaltungsmöglichkeit durch Vor- und Nachvermächtnis]; vgl. auch Staudinger/Avenarius, § 2110 Rn. 4 ff.; Gutachten DNotI-Report 2013, 113). Ist eine derartige rechtliche Konstruktion in einer letztwilligen Verfügung nicht ausdrücklich angeordnet, sondern hat der Erblasser nur Nacherbfolge in einen bestimmten Nachlassgegenstand angeordnet, so muss im Wege der **individuellen Testamentsauslegung** unter Berücksichtigung aller, auch außerhalb der Urkunde liegender Umstände ermittelt werden, ob nicht tatsächlich insgesamt eine Vor- und Nacherbschaft sowie zusätzlich ein Vorausvermächtnis bezüglich aller Nachlassgegenstände, die nicht Grundbesitz sind, gewollt war. Alternativ kommt die Beschränkung der Nacherbeneinsetzung auf einen Bruchteil in Betracht (vgl. dazu etwa Kössinger, § 10 Rn. 76).

Auch wenn das Auslegungsergebnis nach dem Sachverhalt nicht feststeht, spricht viel dafür, dass der Ehefrau das gesamte Vermögen im Wege des Vorausvermächtnisses mit Ausnahme des der Nacherbfolge unterliegenden Grundstücks zugewendet wurde (vgl. OLG München, Beschl. v. 1.10.2014 – 31 Wx 313/14, RNotZ 2015, 31, 32).

## 2. Fassung des Erbscheins

a) Grundsätzlich gilt, dass der Erbschein lediglich ein Zeugnis über die bestehende erbrechtliche Rechtslage geben kann (vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2353 Rn. 1, 22).

Es ist **nicht möglich**, eine Vor- und Nacherbfolge in Quoten auszudrücken und **gleichzeitig zu bestimmen**, dass sich die **Nacherbschaft** ausschließlich auf einen **bestimmten Vermögensgegenstand** erstrecken soll. Wegen des Grundsatzes der Universalsukzession ist es u. E. unzulässig, anhand der vom Erblasser als „gebunden“ anzusehenden Nachlassgegenstände einen entsprechenden Vor- und Nacherbteil gleichsam auszurechnen und diesen sodann in Erbquoten am Nachlass auszudrücken. Daher kann u. E. auch in einem **Erbschein** bzw. Erbscheinsantrag **eine gegenständliche Beschränkung des Erbrechts als solche nicht aufgenommen werden**. Eine auf Einzelgegenstände beschränkte Vor- und Nacherbschaft ist nicht möglich.

Das **OLG München** hat diese Auffassung kürzlich bestätigt (Beschl. v. 1.10.2014 – 31 Wx 313/14, RNotZ 2015, 31). Das Testament des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts legte das OLG zunächst dahingehend aus, dass sich das Recht der Nacherben auf das im Testament benannte Hausgrundstück beschränken sollte. Die Nacherbfolge erstrecke sich nicht auf das bewegliche Vermögen und nicht auf die übrigen Grundstücke. Damit sei zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die Ehefrau das übrige Vermögen im Wege des Vorausvermächtnisses erworben habe. Im Erbschein könne der Umfang der Nacherbfolge durch **Angabe des betreffenden Vermögensgegenstandes** eindeutig bestimmt und abgegrenzt werden. Die zusätzliche Angabe eines **anteiligen Wertverhältnisses** sei demgegenüber **überflüssig** und irreführend. Der Erblasser habe für die Nacherbfolge nur auf bestimmte Vermögensgegenstände abgestellt und nicht auf deren anteiligen Wert am Gesamtvermögen. Demgegenüber sei es nicht vertretbar, bei einer Beschränkung der Rechte des Nacherben auf einen bestimmten Nachlassgegenstand im Erbschein stets sowohl den Gegenstand selbst als auch dessen quotalen Anteil am Nachlasswert anzugeben (OLG München RNotZ 2015, 31, 32).

b) Ungeachtet dieses logisch zwingenden Ergebnisses geht jedoch *Graf* (in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 4.283 f.) davon aus, dass es eine „Nacherbfolge am Grundstück“ geben kann. In einem mit der zuvor zitierten Überschrift versehenen Muster eines Erbscheinsantrages heißt es: „Bezüglich eines X-teils des Nachlasses ist Nacherbfolge angeordnet. Das Recht des Nacherben erstreckt sich nur auf das Anwesen Z Nr 35“ (Graf, Rn. 4.284). *Graf* bezieht sich dabei auf eine **Entscheidung des BayObLG** (Beschl. v. 17.12.1965 – BReg. 1 a Z 70/65, BayObLGZ 1965, 457 = NJW 1966, 662). In dieser Entscheidung finden sich jedoch widersprüchliche Ausführungen. Das BayObLG konzidiert zunächst, dass eine **Nacherbfolge nur** hinsichtlich des **ganzen Nachlasses** oder eines quotenmäßigen **Bruchteils** angeordnet werden kann, **nicht aber hinsichtlich eines einzelnen Nachlassgegenstandes**. Sei dem alleinigen

Vorerben ein Nachlassgegenstand als unbeschränktes Vorausvermächtnis zugewendet, sei im Erbschein anzugeben, dass sich das Recht des Nacherben nicht auf diesen Gegenstand erstrecke (BayObLGZ 1965, 457, 463). Den naheliegenden **verfahrensrechtlichen Schluss zieht das Gericht dann jedoch nicht**, sondern formuliert den fraglichen Passus des Erbscheins wie vorstehend zitiert als echte gegenständlich beschränkte Nacherbfolge auf einen **bestimmten Bruchteile** (BayObLGZ 1965, 457, 465 = NJW 1966, 662).

Ob diese – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebene Entscheidung zur Grundlage für die Erteilung eines Erbscheins gemacht werden kann, der ein Ergebnis ausweist, das materiell-rechtlich nicht möglich ist, erscheint uns sehr zweifelhaft. Der o. g. Beschluss des OLG München weist nunmehr jedenfalls in eine andere Richtung. So stellt das OLG München ausdrücklich klar, dass sich aus der Anregung des BayObLG zur Fassung des Erbscheins im damals entschiedenen Fall nicht herleiten lasse, dass bei einer Beschränkung der Rechte des Nacherben auf einen bestimmten Nachlassgegenstand im Erbschein **stets sowohl der Gegenstand als auch dessen quotaler Anteil am Nachlasswert anzugeben sei** (RNotZ 2015, 31, 32). Im Gegenteil seien Vorausvermächtnis einerseits und Beschränkung der Nacherbfolge auf einen Bruchteile andererseits zwei unterschiedliche Fallgestaltungen, die jeweils unterschiedliche Angaben im Erbschein erforderlich machen würden. Die Umrechnung des Vorausvermächtnisses in einen Bruchteile des Nachlasswerts vermenge die beiden Fallgestaltungen (OLG München, a. a. O.).

Was die **Fassung des Erbscheins** angeht, schließt sich das OLG München der Ansicht des BayObLG an (BayObLGZ 1965, 457, 465). Der Erbschein könne den Umfang des Vorausvermächtnisses positiv oder negativ ausweisen. Der Erbschein könne daher lauten: „Die **Nacherbfolge** bezieht sich **nur auf** ...“ (OLG München RNotZ 2013, 31, 33). Unseres Erachtens ist dies **missverständlich**, weil sich dieses Ergebnis einer positiven Erstreckung der Vor- und Nacherbfolge auf nur einen Gegenstand mit den Mitteln des Erbrechts gerade nicht erreichen lässt. Vorzugswürdig ist daher eine negative Formulierung: „Von der **Nacherbfolge** **ausgenommen** ist **das gesamte Vermögen mit Ausnahme von** [...]“.

## 3. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich eine gefestigte Rechtsprechung hinsichtlich der Frage, wie der Erbschein bei sog. „gegenständlich beschränkter Nacherbfolge“ zu fassen ist, bislang nicht herausgebildet hat. Die Rechtslage muss daher als unsicher bezeichnet werden.

Im Einklang mit der Rechtsprechung des OLG München (RNotZ 2015, 31) erscheint es nicht überzeugend, bei einer Beschränkung der Rechte des Nacherben auf einen bestimmten Nachlassgegenstand im Erbschein sowohl den Gegenstand als auch dessen quotalen Anteil am Nachlasswert anzugeben.

Vielmehr sollte sowohl der Erbscheinsantrag des Vorerben als auch derjenige des Nacherben ausdrücklich angeben, dass sich das Recht der Nacherben nicht auf die durch Vorausvermächtnis vermachten Gegenstände bezieht (zu Einzelheiten s. auch Kroll-Ludwigs, Anm. zu OLG München, DNotZ 2015 [im Erscheinen]).

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

**BGB §§ 1021, 1090; BayStrWG Art. 3, 6, 53, 54  
Verkauf eines Grundstücks mit öffentlichem Weg an eine Privatperson; Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten des öffentlichen Weges**  
Abruf-Nr.:

**BauGB § 172 Abs. 1 S. 4  
Erhaltungssatzung; Änderung der Teilungserklärung; Genehmigungspflicht bei nachträglicher Begründung von Wohnungseigentum (hier: Unterteilung einer bestehenden Wohnungseigentumseinheit)**  
Abruf-Nr.:

**GBO § 52; BGB §§ 158 Abs. 1, 2205  
Testamentsvollstreckervermerk bei aufschiebend bedingter Anordnung der Testamentsvollstreckung**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2  
Zwei-Wochen-Frist bei freiwilliger Grundstücksversteigerung**

„**Unechte freiwillige Grundstücksversteigerungen**“, bei denen der Vertrag nicht mit dem Zuschlag, sondern erst aufgrund eines nach der Versteigerung abgeschlossenen Kaufvertrages zustande kommt, rechtfertigen keine Ausnahme von der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BGH, Urt. v. 24.11.2014 – NotSt (Brfg) 3/14

### Problem

Bei **Verbraucherverträgen**, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 unterliegen, soll der beurkundende Notar bzw. dessen Sozium dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts vor der Beurkundung zur Verfügung stellen. Dies soll im Regelfall **zwei Wochen** vor der Beurkundung erfolgen (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG). Die Zwei-Wochen-Frist steht nicht zur Disposition der Beteiligten (BGHZ 196, 166 Rn. 20 = DNotZ 2013, 552 = DNotI-Report 2013, 62). Wiederholte grobe Verstöße gegen die Pflicht des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG sind ein **Amtsenthaltungsgrund** (§ 50 Abs. 1 Nr. 9 lit. b BNotO). Ein Abweichen von der Zwei-Wochen-Frist kommt in Betracht, wenn ein **sachlicher Grund** hierfür vorliegt. Außerdem muss der vom Gesetz bezweckte **Übereilungs- und Überlegungsschutz** auf andere Weise

als durch Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein (BGH, a. a. O.; KG DNotZ 2009, 47, 48).

In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt sich der BGH mit der Problematik, ob ein Abweichen von der Zwei-Wochen-Frist bei freiwilligen **Grundstücksversteigerungen** in Betracht kommt. Der Rechtsausschuss des Bundestages hat in seiner Beschlussempfehlung zum Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes in notariellen Beurkundungsverfahren (BGBl. 2013 I, S. 2378) dargelegt, dass bei „freiwilligen Grundstücksversteigerungen“ eine begründete Ausnahme vom Regelfall der Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG möglich ist (BT-Drucks. 17/13137, S. 4).

Freiwillige Grundstücksversteigerungen kommen in **zwei Varianten** vor: Bei der „**echten freiwilligen Grundstücksversteigerung**“ kommt der **Vertrag** nach § 156 BGB mit der Erteilung des **Zuschlags** zustande (Muster bei Langenfeld/Volmer, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, BR I, 7. Aufl. 2013, I. 20). Die „**unechte freiwillige Grundstücksversteigerung**“ zeichnet sich dadurch aus, dass das Versteigerungsverfahren lediglich der **Ermittlung** des endgültigen **Käufers** dient. Im Anschluss an das Versteigerungsverfahren wird ein Kaufvertrag mit dem Käufer beurkundet (vgl. hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 71-77; BGH DNotZ 1999, 342, 344 f.).

Der Kläger ist Notar. Auf seine Anfrage teilte ihm die Beklagte (dienstaufsichtführende Behörde) mit, dass die Beurkundung von **unechten freiwilligen Grundstücksversteigerungen**, die von Versteigerern mit Besitz einer Erlaubnis nach § 34b GewO nach den Vorschriften der VerstV durchgeführt werden, **keine Ausnahme** vom Regelfall der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG rechtfertige. Hiergegen wendet sich der Kläger. Die Klage wurde vom OLG abgewiesen.

### Entscheidung

Die Berufung vor dem BGH war ohne Erfolg.

Die vom Kläger erhobene **Feststellungsklage** sei zwar zulässig, da zwischen dem Kläger und der Beklagten als dienstaufsichtführender Behörde ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis bestehe. Vor dem Hintergrund des **Amtsenthaltungsgrundes** in § 50 Abs. 1 Nr. 9 lit. b BNotO verfüge der Kläger auch über ein qualifiziertes **Feststellungsinteresse**.

Die Klage sei aber **unbegründet**. Der Kläger sei **nicht berechtigt**, Beurkundungen einer **unechten freiwilligen Grundstücksversteigerung ohne Einhaltung der zweiwöchigen Frist** des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG vorzunehmen.

Mit der Änderung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes habe der Gesetzgeber im früheren Recht vorhandene Schutzlücken im Hinblick auf die Einhaltung der zweiwöchigen Frist zwischen Erhalt eines Urkundenentwurfs und dem Beurkundungstermin schließen wollen. Wie nach bisheriger Rechtslage komme ein **Abweichen** von der Regelfrist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG nur in Betracht, wenn im Einzelfall **nachvollziehbare Gründe**

– auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – **es rechtfertigten**, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung sei hierfür ein **sachlicher Grund**. Dafür müsse der vom Gesetz bezweckte **Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise** als durch Einhaltung der Regelfrist **gewährleistet** sein. Die Beurkundungspraxis des klagenden Notars stelle keinen ausreichenden sachlichen Grund dar. Die Möglichkeit, das Muster des später zu beurkundenden Vertrages auf der Homepage des Notars vorzuhalten, biete keine äquivalente Sicherung. Zum einen könnten, „**etwa im Hinblick auf den noch offenen Kaufpreis**“, nicht alle für den Vertrag **wesentlichen Elemente berücksichtigt** werden. Zum anderen könne der Notar nicht überprüfen, ob in Bezug auf den späteren konkreten Käufer die erforderliche Überlegungsfrist eingehalten sei. In der Gesamtschau blieben die Schutzmöglichkeiten im vorliegenden Fall so weit hinter dem Regelfall des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG zurück, dass von einer **anderweitigen Gewährleistung** des Übereilungs- und Überlegungsschutzes **nicht gesprochen** werden könne.

Eine andere Bewertung ergebe sich auch nicht aus dem **Gesetzgebungsverfahren** zum Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren. Der **Rechtsausschuss** des Bundestages habe in seiner Beschlussempfehlung zwar von einer **freiwilligen Grundstücksversteigerung** als begründeter Ausnahme vom Regelfall der zweiwöchigen Frist gesprochen. Dies könne aber **nur für echte Grundstücksversteigerungen** unter Anwendung von § 156 BGB gelten. Der Notar erfülle hier seine **Beratungs- und Belehrungspflichten** bereits während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens. Unter diesen Bedingungen könne eine „begründete Ausnahme vom Regelfall des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG in Betracht kommen“. **Anders** verhalte es sich jedoch, wenn § 156 BGB **abbedungen** werde. Eine „**unechte**“ **Versteigerung** sei lediglich ein Käuferauswahlverfahren, dem ein gewöhnlicher Kaufvertrag nachfolge. Insoweit könne der Notar **zwanglos** sämtliche **Verpflichtungen** aufgrund des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG beachten und erfüllen. Weder der Übereilungs- und Überlegungsschutz noch die fachkundige und neutrale Beratung durch den Notar würden in diesem Fall vor der Beurkundung ausreichend gewährleistet.

#### Hinweis

Die Auffassung des BGH entspricht der Ansicht der **BNotK** (Rundschreiben 25/2013 v. 2.10.2013, S. 8 f.). Interessant ist die (etwas versteckte) Aussage des BGH, dass die Zwei-Wochen-Frist nur in Gang gesetzt wird, wenn der versandte Entwurf die **Angabe des Kaufpreises** und **aller** für den **Vertrag wesentlichen Elemente** enthält.

---

### GrEStG § 3 Nr. 2 u. 6; ErbStG § 7; AO § 42 Grundstücksübertragung zwischen Geschwistern aufgrund schenkungsvertraglicher Verpflichtung – interpolierende Betrachtungsweise

**1. Eine Grunderwerbsteuerbefreiung kommt bei Grundstücksübertragungen zwischen Geschwistern aufgrund einer interpolierenden Betrachtungsweise in Betracht, wenn die Übertragung der Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung gegenüber einem**

**Elternteil (hier: Auflage) dient und der Elternteil schenkungssteuerrechtlich als Zuwendender anzusehen ist.**

**2. Eine interpolierende Betrachtungsweise ist nur möglich, wenn für die Gestaltung ein außerhalb der Steuerersparnis liegender beachtlicher Grund wie die Neugestaltung der vorweggenommenen Erbfolge vorhanden ist. Eine Grunderwerbsteuerbefreiung aufgrund interpolierender Betrachtungsweise umfasst nicht eine übernommene Nießbrauchbelastung. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)**

BFH, Beschl. v. 11.8.2014 – II B 131/13

#### Problem

Im Jahr 2006 hatte der Vater seinen Kindern B und S ein Grundstück zu je ½ unter Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs übertragen. Durch notarielle Urkunde vom März 2013 übertrug der Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Gesellschaftsanteile auf den Sohn B. In diesem Vertrag verpflichtete sich B gegenüber seinem Vater und seiner Schwester S „auf Veranlassung des Vaters“ sowie „zum Zwecke der Gleichstellung“ der S, den schenkweise erhaltenden Miteigentumsanteil am Grundstück auf S unter Anrechnung auf deren Pflichtteilsansprüche zu übertragen. Die Übertragung erfolgte unter Übernahme aller im Grundbuch eingetragenen Belastungen, insbesondere des bestehenden Nießbrauchs. Der BFH musste sich mit der Frage befassen, ob für die Übertragung des mit dem Nießbrauchrecht belasteten Miteigentumsanteils vom Bruder auf die Schwester Grunderwerbsteuer anfällt. Die Entscheidung erging im vorläufigen Rechtsschutz aufgrund summarischer Prüfung. Aus ihr ergeben sich dennoch wichtige Schlussfolgerungen.

#### Entscheidung

Der BFH stellt zunächst klar, dass der Grundstückserwerb nicht den Befreiungstatbestand des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG erfüllt. Hiernach sind **Grundstücksschenkungen** im Sinne des ErbStG von der Grunderwerbsteuer **befreit**. Die Vorschrift finde nur Anwendung, wenn sich der **Grundstückserwerb schenkungssteuerrechtlich als Schenkung zwischen Veräußerer und Erwerber vollziehe**. B habe S das Grundstück jedoch **nicht** auf der Grundlage eines **zwischen ihnen** bestehenden **Schenkungsvertrages** übertragen. Der Übertragung habe eine **schuldrechtliche Verpflichtung des B gegenüber V** zugrunde gelegen (Auflage). **Schenkungssteuerrechtlich** sei nicht B, sondern der am **Grunderwerb** selbst **nicht beteiligte V** als **Zuwendender** des Grundstücks anzusehen.

Eine Befreiung des Grundstückserwerbs nach § 3 Nr. 6 S. 1 GrEStG scheidet ebenfalls aus, da die **Geschwister nicht in gerader Linie**, sondern in Seitenlinie verwandt seien.

Der BFH nimmt jedoch an, dass eine **teilweise Befreiung** bei **interpolierender Betrachtung** gem. § 3 Nr. 2 S. 1 i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG in Betracht kommt. Eine interpolierende Betrachtung sei möglich, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als **abgekürzter Weg** darstelle und die **unterbleibenden Zwischenerwerbe im Falle ihrer Durchführung** ebenfalls steuerfrei wären.

An das  
Deutsche Notarinstitut  
Gerberstraße 19  
97070 Würzburg

Fax-Nr. 0931/35576225

**Einbanddecke für den DNotI-Report 2013/2014**  
(in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck)

Sie erhalten die Einbanddecke zum

**Preis von 15.– € (brutto\*).**

Die Einbanddecken sind ab **April 2015** verfügbar.

Das dazugehörige **Inhaltsverzeichnis** erscheint voraussichtlich in der siebten Ausgabe des **DNotI-Report 2015**.

Sie haben die Möglichkeit, Ihre schriftliche Bestellung bereits heute mit diesem Formblatt zu erledigen.

---

Hiermit bestelle/n ich/wir ..... Stck. Einbanddecken zum Preis von je 15.– € (brutto\*).

---

Name, Vorname

---

Straße/Postfach

---

PLZ, Ort

---

Ort, Datum

---

Unterschrift/Stempel

\*Der ausgewiesene Brutto-Rechnungsbetrag enthält keine Umsatzsteuer, da die oben aufgeführten Leistungen im Rahmen der nicht unternehmerischen Tätigkeit des Deutschen Notarinstituts als Körperschaft des öffentlichen Rechts erbracht wurden.

Nach Ansicht des BFH sind die Voraussetzungen für eine Interpolation im vorliegenden Fall erfüllt. Nach seiner Auffassung kann der interpolierenden Betrachtungsweise auch nicht der Einwand des § 42 AO entgegengehalten werden, da hier ein außerhalb der Steuerersparnis liegender beachtlicher Grund vorhanden ist. Ein **beachtlicher Grund** könne sich bei einer **Neugestaltung der vorweggenommenen Erbfolge** aus dem Interesse eines Elternteils ergeben, ggü. dem begünstigten Kind **selbst** als **Schenker aufzutreten**. Dieses Interesse sei im vorliegenden Fall mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen; B habe seinen Miteigentumsanteil am Grundstück anstelle der Zahlung eines Gleichstellungsgeldes **ausdrücklich „auf Veranlassung“ des V** auf S übertragen. **Erst recht** dürfte ein solches berechtigtes Interesse anzuerkennen sein, wenn sich die durch die Übertragung des Miteigentumsanteils begünstigte S den Wert des Vermögensgegenstands auf ihre **Pflichtteilsansprüche** nach V anrechnen lassen müsse.

Der BFH führt dann aber aus, dass diese Beurteilung **nicht** für den **Wert** des von S übernommenen **Nießbrauchs** gelte. Das Nießbrauchrecht sei der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legen. § 3 Nr. 2 S. 2 GrEStG schließe Grundstücksschenkungen unter einer **Auflage** insoweit von der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG aus, als der Wert solcher Auflagen bei der Schenkungssteuer abziehbar sei. Gegenstand der Zuwendung des Vaters an S sei der mit dem Nießbrauchrecht belastete Miteigentumsanteil des B. Die Zuwendung des Vaters an S erfülle damit die Merkmale einer Schenkung unter Nutzungs- oder Duldungsaufgabe.

Eine solche Auflage mindere bei der Schenkungssteuer die Bereicherung i. S. d. § 10 Abs. 1 S. 1 ErbStG. Die **interpolierende Betrachtungsweise** könne **nicht** so weit gehen, dass das mit dem **Nießbrauchrecht** belastete Miteigentum **insgesamt grunderwerbsteuerfrei** übertragen werden könne. Einer interpolierenden Betrachtung stehe entgegen, dass insoweit **kein über die Ausnutzung der Steuerersparnis** hinausgehender beachtlicher Grund bestehe. Eine interpolierende Betrachtung scheidet auch deshalb aus, weil diese nicht zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Befreiungsvorschrift über ihren Zweck hinaus führen dürfe. Dies wäre der Fall, wenn man § 3 Nr. 6 GrEStG **ohne jeden Bezug zu einer anderen Befreiungsregel interpolierend** auf die Übertragung eines Grundstücks zwischen Geschwistern und damit auf eine Gestaltung anwende, die nach der Systematik der Befreiungsvorschriften gerade nicht von der Grunderwerbsteuer befreit sei.

#### Hinweis

Die Entscheidung des BFH bringt erfreuliche Klarstellungen. Eine Interpolation dürfte immer möglich sein, wenn die Übertragung eines Grundstücks zwischen Geschwistern mit dem Ziel der Herstellung gleichwertiger Verhältnisse im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auf Initiative der Eltern erfolgt. Zu beachten ist allerdings, dass der BFH eine Interpolation (§ 3 Nr. 2 i. V. m. § 3 Nr. 6 GrEStG) nur insoweit zulässt, als der Vorgang nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerfrei wäre (s. auch FG Münster, Urt. v. 28.5.2008 – 8 K 1597/06; FG Düsseldorf, Urt. v. 16.7.2014 – 7 K 1201/14, Revision anhängig beim BFH unter II R 49/14).

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de).

#### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

#### Hinweis:

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

#### Bezugsbedingungen:

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

#### Bezugspreis:

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

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

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

#### Verlag:

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

#### Druck:

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg