

Mitglied des Beirates ist oder als solches überstimmt wird, einer Neuaufnahme nicht entgegenzutreten kann. Andererseits ist die der Komplementär-GmbH zur Neuaufnahme erteilte „Vollmacht“ als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bindend. Dies gilt umso mehr, als sie zum Handeln für die Gesellschaft, nicht für die bei Aufnahme neuer Gesellschafter an sich berufenen Altgesellschafter (vgl. Röhrich/von Westphalen/von Gerkan, § 105, Rn. 81) ermächtigt. Von dieser Bindung kann sich der Kommanditist nur durch Kündigung der Gesellschaft lösen, die zu seinem Ausscheiden führt.

Daraus folgt, dass zumindest einige Kommanditisten keine Möglichkeit haben, später die Erhöhung des Gesellschaftskapitals durch Neuaufnahmen zu verhindern, auch wenn sie dies dann nicht mehr billigen sollten. Jedenfalls für diese Kommanditisten regelt der Höchstbetrag im Gesellschaftsvertrag abschließend und verbindlich, bis zu welcher Grenze die Quote ihrer Kapitalanteile gemindert und damit ihre Gewinnquote geschmälert werden darf. Am Rande sei bemerkt, dass vom Unternehmenszweck, dem Errichten und Betreiben einer Golfanlage her, die Zustimmung des Beirats weniger als Instrument zur Verhinderung von Kapitalerhöhungen bis zur im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Grenze denn als solches zur Abweisung unerwünschter Teilhaber dienen dürfte.

Somit liegt in der Regelung des Höchstbetrages des Gesellschaftskapitals eine verbindliche vertragliche Ausgestaltung der künftigen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter, nicht nur eine bloße Absichtserklärung ohne rechtliche Bindungswirkung. Dieser Höchstbetrag ist daher für den Geschäftswert der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages maßgeblich.

### 9. Kostenrecht – Neubestellung eines Erbbaurechts

(BayObLG, Beschluss vom 27. 7. 2001 – 3Z BR 187/01 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

#### KostO § 21 Abs. 1 S. 2

**Wird ein durch Zeitablauf erloschenes Erbbaurecht im Wesentlichen inhaltsgleich neu begründet, bleibt die aufgrund des alten Erbbaurechts erfolgte Bebauung des Grundstücks bei der Ermittlung des Grundstückswerts nur dann außer Betracht, wenn zur Zeit der Bebauung die Neubestellung des Erbbaurechts bereits feststand.**

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 2) war Inhaberin eines 1925 bestellten Erbbaurechts. Sie hat das Grundstück in Ausübung dieses Rechts mit einem Zweifamilienhaus und Nebengebäuden bebaut. Noch bevor das Erbbaurecht, wie beabsichtigt, verlängert werden konnte, lief es 1999 ab.

Mit vom bet. Notar beurkundeten Vertrag aus dem Jahr 2000 bestellte der Grundstückseigentümer den Bet. (die Bet. zu 1) und 3) sind Ehemann und Sohn der Bet. zu 2) zu je  $\frac{1}{3}$  erneut ein Erbbaurecht an dem Grundstück, wobei die Bet. im Wesentlichen so gestellt wurden, als ob das ursprüngliche Erbbaurecht bei Erhöhung des Erbbauzinses rechtzeitig verlängert worden wäre. Eine Entschädigung für den zwischenzeitlichen Rückfall des Eigentums an den Gebäuden wurde ausgeschlossen.

Mit den Kostenrechnungen legte der bet. Notar für die Beurkundung einen Geschäftswert zugrunde, den er durch Zusammenrechnung von Grundstücks- und Gebäudewert ermittelte.

Hiergegen erhoben die Bet., obschon sie die Rechnungen bezahlten, Beschwerde. Sie meinen, der Gebäudewert müsse bei der Ermittlung des Geschäftswerts außer Betracht bleiben, da die Bebauung für Rechnung der Bet. zu 2) erfolgt ist.

Das LG hat die Beschwerde durch Beschl. zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

#### Aus den Gründen:

(...)

2. Die weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO; § 550 ZPO). (...)

b) Gegenstand der weiteren Beschwerde ist lediglich die Frage, ob § 21 Abs. 1 S. 2 KostO anwendbar und damit der Gebäudewert bei der Bildung des Geschäftswertes nicht zu berücksichtigen ist. Darüber hinausgehende Beanstandungen enthält die weitere Beschwerde nicht (vgl. BayObLGZ 1969, 20, 22 = DNotZ 1969, 679).

c) § 21 Abs. 1 S. 2 KostO ist der Vorschrift des § 20 Abs. 1 S. 2 HS 2 KostO vergleichbar. Nach der Rspr. des Senats (vgl. BayObLG JurBüro 1992, 339, 340; BayObLGZ 2001, 6) soll diese Vorschrift eine unbillige Gebührenerhöhung vermeiden, die vorläge, wenn bei der Ermittlung des Grundstückswerts der Wert von Gebäuden berücksichtigt würde, die der Erwerber eines unbebauten Grundstücks in der Zeit zwischen der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung und der späteren Eintragung in das Grundbuch, oder sogar schon vor der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung, auf seine Rechnung errichtet oder errichten lässt. Ihre Anwendung setzt aber stets voraus, dass bereits bei Errichtung des Gebäudes die spätere Veräußerung des Grundstücks an den Erwerber feststeht, die Bebauung also eine vorweggenommene Eigentumsnutzung des Erwerbers darstellt. Nur dann steht der Umstand, dass zwischen der Errichtung des Gebäudes und der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Erwerber eine längere Zeitspanne liegt, der Anwendung der Privilegierung nicht entgegen.

d) Diese Kriterien gelten auch für die Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 KostO. Diese Vorschrift ist nahezu wortgleich mit § 20 Abs. 1 S. 2 HS 2 KostO. Sie wurde gleichzeitig mit dieser Bestimmung nachträglich in die KostO eingefügt und verfolgt denselben Zweck wie diese. In erster Linie wird von ihr die Fallgestaltung erfasst, dass der Erwerber des (künftigen) Erbbaurechts schon zu bauen beginnt, bevor der Bestellvorgang abgeschlossen ist (§ 873 Abs. 1 BGB, § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauV). Es sind jedoch auch Fallgestaltungen denkbar, bei denen die Zeitspanne zwischen Bebauung und Bestellung bzw. Entstehung des Erbbaurechts länger ist, als dies der Vorbereitung und Durchführung der notariellen Beurkundung bzw. Grundbucheintragung üblicherweise entspricht. Dann muss bei Errichtung des Gebäudes der spätere Erwerb des Erbbaurechts durch denjenigen, auf dessen Rechnung die Bebauung vorgenommen wurde, feststehen. Davon kann, wenn der Bebauer noch nicht einmal

einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Begründung des Erbbaurechts hat (§ 11 Abs. 2 ErbbauV), nur gesprochen werden, wenn eindeutige objektive Anhaltspunkte gegeben sind, die bezogen auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes den sicheren Schluss zulassen zum einen auf die feste Absicht des Grundstückseigentümers, dem Bebauer ein Erbbaurecht einzuräumen, zum anderen auf die feste Absicht des Bauers, vom Grundstückseigentümer ein Erbbaurecht zu erwerben (vgl. BayObLGZ 2001, 6, 7).

e) Bei der Bebauung des Grundstücks durch die Bet. zu 2) stand nicht fest, dass sie (zusammen mit den beiden anderen Bet.) durch die Bestellung und spätere Eintragung im Grundbuch erneut ein Erbbaurecht am Grundstück erwerben würde. Zwar hat das LG nicht festgestellt, wann diese Bebauung erfolgt ist. Der Bewertungsbogen des Notars nennt das Baujahr 1968. Es kann jedenfalls, und nur darauf kommt es an, mit Gewissheit davon ausgegangen werden, dass die Bebauung viele Jahre vor Ablauf des alten Erbbaurechts erfolgt ist und zu diesem Zeitpunkt niemand daran dachte, dass eines damals noch ferneren Tages das alte Erbbaurecht durch Zeitablauf enden und anschließend ein neues Erbbaurecht bestellt werden würde, an dem die Bet. zu 2) teil hat. Der Grundstückseigentümer ist mit Beendigung des alten Erbbaurechts Eigentümer auch der Gebäude geworden (§ 12 Abs. 3 ErbbauV). Er hatte die uneingeschränkte Wahlfreiheit, ob überhaupt erneut ein Erbbaurecht und gegebenenfalls wem und zu welchen Bedingungen ein solches eingeräumt werden sollte. Die Bet. zu 2) hatte weder eine Option auf eine Verlängerung noch ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 6, § 31 ErbbauV). Damit stellt die Bebauung keine vorweggenommene Nutzung des neu bestellten Erbbaurechts dar. Die Privilegierung des § 21 Abs. 1 S. 2 KostO kommt den Bet. bei der Bewertung dieses neuen Erbbaurechts nicht zugute.

#### 10. Steuerrecht – Grunderwerbsteuer bei Auseinandersetzung von Grundbesitz in GbR-Gesamthand trotz Personenidentität mit Erbengemeinschaft (BFH, Urteil vom 7. 2. 2001 – II R 5/99)

GrEStG 1983 §§ 1 Abs. 1 Nr. 1; 3 Nr. 3; 7 Abs. 2  
BGB §§ 718 Abs. 1; 719 Abs. 1; 741 f.; 1008 f.; 2032 Abs. 1

**Wird zum Nachlass gehörender Grundbesitz auf eine andere Gesamthand übertragen, an der die Erben zwar zu gleichen Anteilen wie an dem Nachlass beteiligt sind, jedoch in anderer, z. B. gesellschaftsrechtlicher Verbindung – hier: GbR –, sind bei einer späteren Auseinandersetzung des Gesamthandsvermögens die Voraussetzungen für eine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG 1983 nicht mehr gegeben.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Der Kl. war zusammen mit seinem Bruder und dem Vater zu gleichen Teilen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Der Vater war Eigentümer mehrerer Grundstücke, die er der GbR zur Nutzung überlassen hatte und die deshalb ertragsteuerrechtlich als Sonderbetriebsvermögen des Va-

ters galten. Mit dem Tode des Vaters wurden der Kl. und der Bruder Miterben je zur Hälfte. In der fortbestehenden GbR erhöhte sich ihre Beteiligung auf jeweils 50 v.H. Der Vater hatte testamentarisch bestimmt, den Erben werde die Verpflichtung auferlegt, den schon bisher der GbR dienenden Grundbesitz in die Gesellschaft einzubringen. Solange diese Verpflichtung nicht erfüllt sei, schließe er bezüglich der Grundstücke die Auseinandersetzung seines Nachlasses aus.

In Erfüllung dieser Verpflichtung übertrugen der Kl. und sein Bruder durch notariell beurkundeten Einbringungsvertrag die Grundstücke auf die GbR. Der Kl. und sein Bruder wurden daraufhin als neue Eigentümer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen. Später übernahm jeder der beiden Brüder in notarieller Urkunde „im Wege der teilweisen Auseinandersetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ eine aus einem der in die GbR eingebrachten Grundstücke gebildete Teilfläche zu Alleineigentum. Zum Ausgleich des Wertunterschiedes zwischen den Gebäuden auf den jeweils übernommenen Teilflächen verpflichtete sich der Kl., an seinen Bruder 360.000,- DM zu zahlen.

Der Bekl. (das FA) setzte hinsichtlich dieses Erwerbs durch Bescheid gegen den Kl. Grunderwerbsteuer fest. Damit hatte der Kl. nur die auf die Ausgleichszahlung entfallende Grunderwerbsteuer zu entrichten. Im Übrigen blieb der Erwerb gem. § 7 Abs. 2 GrEStG 1983 steuerfrei.

Einspruch und Klage, mit denen der Kl. unter Hinweis auf § 3 Nr. 3 GrEStG 1983 die vollständige Befreiung seines Erwerbs von der Grunderwerbsteuer verlangte, blieben erfolglos.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 1 FGO).

Der Erwerb des Kl. aufgrund des Auseinandersetzungsvertrages unterliegt gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer. § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG 1983 ist entgegen der Auffassung des Kl. auf diesen Erwerb nicht anwendbar.

Nach dieser Vorschrift ist der Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses von der Besteuerung ausgenommen. Das Grundstück, aus dem die vom Kl. zu Alleineigentum übernommenen, durch Vermessung neu gebildeten Grundstücke hervorgegangen sind, gehörte bei Abschluss des Vertrags nicht mehr zum Nachlass des Erblassers.

Ein Vermögensgegenstand gehört, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, nur solange zum Nachlass, als er den Erben in dieser Eigenschaft in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht (vgl. § 2032 Abs. 1 BGB). Wird die gesamthänderische Bindung – etwa durch Umwandlung in Bruchteilseigentum (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB) – gelöst, so verliert der Gegenstand seine Eigenschaft als Teil des Nachlasses. Gleiches gilt, wenn er auf eine andere Gesamthand übertragen wird, an der die Erben zwar zu gleichen Anteilen wie am Nachlass beteiligt sind, jedoch in anderer, z. B. gesellschaftsrechtlicher Verbindung, denn die Mitberechtigung als Gesamthänder steht den Erben dann nicht mehr als Miterben (§ 2032 Abs. 1 BGB), sondern als Berechtigte am Gesellschaftsvermögen zu (§ 719 Abs. 1 BGB), dessen Bestandteil der Gegenstand geworden ist (§ 718 Abs. 1 BGB). Eine im Verhältnis zu einer Erbengemeinschaft personen- und beteiligungsidentische GbR stellt deshalb ungeachtet der Tatsache, dass die Rechtszuständigkeit sowohl für das Ver-