

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11/1994 · Juni 1994

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 446, 459, 467 - Gewährleistungsausschluß und Gefahrübergang

GmbHG §§ 7, 8, 9 c - Versicherung des Geschäftsführers, Vorbelastungen, Prüfungsrecht des Registergerichts

GmbHG § 34 - Wirkung der Einziehung, Anpassung der Nennbeträge jedes Gesellschafters

Rechtsprechung

BGB §§ 268, 372, 1150, 1192; GBO § 29 - Grundschuldablösung, Hinterlegung,

Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

BGB §§ 133, 875, 876; WEG § 30; GBO § 19 - "Umwandlung" belasteten Wohnungserbbaurechts in Wohnungseigentum

WEG § 12; BGB § 878 - Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer die Erstveräußerung durch den teilenden Eigentümer erfassenden Veräußerungsbeschränkung

ESiG § 13 - Mitunternehmerschaft bei Landwirts-Ehegatten

ESiG § 15 - Drei-Objekt-Grenze

Aktuelles

Referentenentwurf des BMJ - GebäudegrundbuchVO

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

das Deutsche Notarinstitut freut sich, daß durch den Beitritt der Notarkammern Braunschweig und Celle 20 der 21 Notarkammern im Bundesgebiet Mitglieder des Deutschen Notarinstituts sind. Den Mitgliedern der **Notarkammern Braunschweig und Celle** stehen daher die Leistungen des Deutschen Notarinstituts ab sofort zur Verfügung. Sie erhalten den vorliegenden Informationsdienst zweimal im Monat. Die Exemplare ab 1/1994 werden wir Ihnen ebenfalls zusenden. Sie finden außerdem in diesem DNotI-Report zwei Formulare für den Anfragedienst und den Recherchedienst des Deutschen Notarinstituts und ein Vorstellungsschreiben, in dem die Leistungen des Deutschen Notarinstituts erläutert werden. Die Anfrageformulare können aus dem DNotI-Report herausgetrennt und müssen bei jeder Anfrage oder Recherche in Kopie beigelegt werden.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen
Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

§§ 446, 459, 467 BGB

Gewährleistungsausschluß und Gefahrübergang

I. Sachverhalt

In einem Immobilienkaufvertrag wird die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Sachmängeln des Kaufgegenstands ausgeschlossen; die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung soll unter Abtretung etwaiger Versicherungsansprüche an dem Tag übergehen, an dem der Kaufpreis vollständig gezahlt ist. Vor Eintritt der Kaufpreisfälligkeit und vor Besitzübergang wird das Vertragsobjekt durch Überflutung (Frühjahrsstürme) stark beschädigt.

II. Frage

Ist der Käufer im Hinblick auf die Verschlechterung des Vertragsobjekts zur Wandelung berechtigt?

III. Rechtslage

Gemäß § 459 Abs. 1 BGB kommt es für die **Sachmängelgewährleistungspflicht des Verkäufers auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs an**. Gemäß § 446 Abs. 1 S. 1 BGB geht die Gefahr mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Wird die Gewährleistungspflicht gemäß § 459 BGB im Kaufvertrag ausgeschlossen, so kann diese Regelung mit der Vereinbarung kollidieren, daß der Verkäufer noch bis zum Besitzübergang die Gefahr der zufälligen Verschlechterung zu tragen hat (vgl. Wolfsteiner, Gewährleistungsausschluß und Gefahrübergang, MittBayNot 1982, 115).

Mit der Frage der Reichweite des Gewährleistungsausschlusses beim Auftreten von Mängeln nach Abschluß des Kaufvertrages und vor Gefahrübergang scheint die Rechtsprechung noch nicht befaßt worden zu sein; obiter dicta des BGH (ZIP 1991, 593 ff., 595) und des OLG Düsseldorf (NJW-RR 1992, 87 f.) könnte jedoch zu entnehmen sein, daß die Rechtsprechung eher eine Gefahrtragung des Käufers annimmt.

In der Literatur hat anscheinend nur *Huber* (Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 223 u. § 446 Rz. 34 f.) zu diesem Problem Stellung bezogen:

"Für die Haftungsfreizeichnung im notariellen Vertrag gilt das Prinzip der engen Auslegung. Dieses Prinzip darf allerdings nicht schematisch gehandhabt werden; neben dem Wortlaut der Klausel sind auch der Vertragsinhalt im Ganzen und die Umstände zu berücksichtigen. ... Aus dem Prinzip der engen Auslegung ergibt sich z. B. daß ein Haftungsausschluß sich im Zweifel nur auf Fehler bezieht, die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden - und deswegen jedenfalls im Prinzip - erkennbar sind. ... Entsteht also z. B. zwischen dem Notartermin und dem Übergabetermin an dem verkauften Haus ein Brand- oder Wasserschaden, so ist der dadurch entstandene Sachmangel von der Haftungsfreizeichnung nicht erfaßt; um die Haftung auch für solche Schäden zu vermeiden, muß der Verkäufer zusätzlich zum Ausschluß der Sachmängelgewährleistung den sofortigen Gefahrübergang vereinbaren ..."

Steht die Gefahrtragung beim Kaufvertrag grundsätzlich zur Disposition der Kaufvertragsparteien, so ist gegebenenfalls deren Wille im Wege der Auslegung zu ermitteln; auch formbedürftige Geschäfte sind der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zugänglich, wobei auch Umstände außerhalb der Urkunde zu berücksichtigen sind (vgl. Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1987, § 157 Rz. 119). Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich so zu verstehen, daß sie sich nicht als einseitige Interessendurchsetzung darstellen, sondern eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der jeweiligen Gegenseite ermöglichen (vgl. Münch-Komm-Mayer-Maly, 3. Aufl. 1993, § 157 Rz. 6). Vor diesem Hintergrund ist zu bemerken, daß im vorliegenden Fall lediglich "die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Sachmängeln des Kaufgegenstands ausgeschlossen" wurde, ohne daß dabei wie in § 459 BGB auf einen bestimmten Zeitpunkt Bezug genommen wurde. Die Vertragsteile haben sich also jedenfalls nicht ausdrücklich auf den Gefahrübergang als maßgeblichen Zeitpunkt für den Gewährleistungsausschluß geeinigt. Die Regelung, wonach die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, beruht auf der Überlegung, daß der Käufer nach der Übergabe die Kaufsache in seiner Gewalt hat und daher auch auf sie zu achten hat (vgl. Erman/Grunewald, 9. Aufl. 1993, § 446 Rz. 1). Derjenige, der die Sache im Besitz hat, ist aus tatsächlichen Gründen besser in der Lage, sie zu schützen; trägt der Besitzer die Gefahr, so mag er selbst entscheiden, welchen Aufwand ihm die Bewachung und Versicherung wert ist; dieser Aufwand kommt ihm zugute (vgl. Soergel/Huber, a.a.O., Vor § 446 Rz. 17). Diese Überlegungen sprechen dafür, daß es im Interesse der Vertragsteile liegt, wenn der Verkäufer bis zum Besitzübergang auch die Gefahr der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache jedenfalls insoweit trägt, als diese auf Ereignisse von außen zurückzuführen sind. Beim Verkauf gebrauchter Häuser hat sich in der Praxis der vertragliche Ausschluß jeglicher Sachmängelansprüche herausgebildet (vgl. Haegele, a.a.O., Rz. 3172). Die darin liegende Beschränkung des Verkäuferrisikos kann bei der Kaufpreisfindung von Bedeutung gewesen sein (vgl. Palandt/Putzo, 53. Aufl. 1994, Vorbem. § 459 Rz. 23). Zu fragen ist insbesondere auch nach dem Grund für den Gewährleistungsausschluß: Waren die Kaufvertragsparteien von der Vorstellung geleitet, daß eine Gebrauchtimmobilie regelmäßig mit Mängeln

behaftet ist und sich der Käufer vor Abschluß des Kaufvertrags vom Zustand des Vertragsobjekts überzeugen sollte, ohne sich später auf etwaige Mängel berufen zu können, so handelt es sich im vorliegenden Fall um die Realisierung einer Gefahr von anderer Qualität. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Abtretungsregelung in Ansehung von Ansprüchen aus Sachversicherungsverträgen, die in der Regel keine vom bestimmungsgemäßen Gebrauch des Hauses herrührenden Mängel, wohl aber von Elementarereignissen wie Sturm, Brand und Wasser abdecken. Schließlich widerspräche es dem auch für den Verkäufer erkennbaren Interesse des Käufers erheblich, wenn dieser die Folgen der Verschlechterung oder des Untergangs des Vertragsobjekts zu tragen hätte, ohne daß ihm etwaige Ansprüche aus Sachversicherungen zustünden; die durch den Besitzübergang bedingte Anspruchsabtretung könnte deshalb dafür sprechen, daß der Verkäufer für die Folgen der Überflutung des Vertragsobjekts einzustehen hat.

Das Verhältnis der §§ 459 ff. BGB zu anderen Rechten ist nach wie vor umstritten (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., Vorbem. Vor § 459 Rz. 2). Anerkannt ist jedoch, daß der Gewährleistungsausschluß nicht zum Wiederaufleben sonst ausgeschlossener Rechte führt (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., Vorbem. Vor § 459 Rz. 4). Wollte man deshalb den Gewährleistungsausschluß auch für den vorliegenden Fall annehmen, so ist streitig, ob sich der Käufer vor Gefahrübergang auf die §§ 320 ff. BGB berufen kann.

Insgesamt vermag die Frage, wem im vorliegenden Fall die Folgen der tatsächlichen Verschlechterung des Vertragsobjekts treffen, nicht abschließend beantwortet zu werden, da hierzu eine alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Auslegung des Kaufvertrags erforderlich ist. Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Gewährleistungsausschluß auch solche Mängel erfaßt, die nach Vertragsabschluß und vor Besitz-/Gefahrübergang aufgetreten sind, so kann der Käufer vom Kaufvertrag nicht zurücktreten und bleibt zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Siedelt man die Gefahrtragung beim Verkäufer an, so ist der Käufer gemäß § 323 oder §§ 459, 462, 465, 467 BGB (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., Vorbem. § 459 Rz. 5) zum Rücktritt bzw. zur Wandelung berechtigt.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für die Vertragspraxis, das Problem ausdrücklich zu regeln. Als **Formulierungsvorschlag** sei der von *Wolfsteiner* (MittBayNot 1982, 115) zitiert:

"Der Besitz ist Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu übergeben. Die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des Vertragsgegenstands geht aber sofort auf den Käufer über; der Verkäufer tritt jedoch dem Käufer alle seine Schadensersatz- und sonstigen Ansprüche, ibs. auch Versicherungsansprüche, ab, die er wegen eines künftigen schädigenden Ereignisses gegen Dritte haben könnte; eine Gewährleistung dafür, daß solche Ansprüche ggf. bestehen und durchsetzbar sind, übernimmt der Verkäufer aber nicht."

GmbHG §§ 7, 8, 9 c

Versicherung des Geschäftsführers, Vorbelastungen, Prüfungsrecht des Registergerichts

I. Sachverhalt

In der Urkunde des anfragenden Notars wurde die GmbH zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet. In dieser Handelsregisteranmeldung versichert der Geschäftsführer unter anderem, daß die im einzelnen in der Handelsregisteranmeldung aufgeführten Mindesteinlagen auf die Stammeinlagen von den Gesellschaftern eingezahlt sind und sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befinden, soweit sie nicht bereits zur Bezahlung des in der Satzung festgelegten Gründungsaufwandes verwendet wurden. Durch Zwischenverfügung des zuständigen Registergerichts wird diese Versicherung über die Erbringung der Stammeinlagen insoweit gerügt, als sich nicht ausdrücklich aus der Versicherung ergebe, ob das Barkapital bereits durch Schulden vorbelastet sei.

II. Frage

1. Ist die Zwischenverfügung des zuständigen Registergerichts zutreffend?

2. Kann die Offenlegung von sogenannten Vorbelastungen dazu führen, daß die Eintragung der Gesellschaft abgelehnt wird? Kann dies gegebenenfalls durch eine Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters verhindert werden, in der bestätigt wird, daß durch die mit Dritten abgeschlossenen Verträge entsprechende Gegenwerte erworben worden sind?

III. Rechtslage

Zu Frage 1:

a) Bei Bareinlagen versichert/n der/die Geschäftsführer gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, daß die Einzahlungen gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG geleistet sind und der Gesamtbeitrag seinem Wert nach zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht. Die Versicherung über die Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung soll die ordnungsgemäße und vorbehaltlose Erfüllung der Einlageverpflichtung sicherstellen (Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 13. Aufl., § 8 Rn. 11).

b) **Die Prüfung des Registergerichts hat sich auch darauf zu erstrecken, ob das Stammkapital durch Verluste gemindert und diese Differenz gegebenenfalls durch Leistungen der Gesellschaft ausgeglichen ist** (vgl. z. B. BGHZ 80, 129, 143):

"... Es ist nicht Sinn der Differenzhaftung, die Eintragung der GmbH trotz unzureichender Kapitalausstattung zu ermöglichen ... Bei Bargründungen werden sich daher die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG n. F. und die entsprechende Prüfung durch das Registergericht gemäß § 9 c GmbHG n. F. in sinngemäßer Auslegung dieser Vorschriften auch darauf zu erstrecken haben, inwieweit das aus Geldeinlagen oder /-einlageforderungen gebildete Startkapital bereits durch Verbindlichkeiten vorbelastet ist. Auf diese Weise werden Versuche erschwert, die strengeren Eintragungsvoraussetzungen bei einer Sachgründung zu umgehen ..."

Viele Registergerichte verlangen im Hinblick auf diese Entscheidung die **zusätzliche Versicherung, daß das Stammkapi-**

tal nicht durch Verbindlichkeiten vorbelastet ist (vgl. BayObLG 1992, 109 und OLG Frankfurt DNotZ 1992, 744, 745 = EWiR § 7 GmbHG 1/92, 679 m. Anm. von Winkler). Vorbelastungen (mit Ausnahme des in der Satzung festgelegten Gründungsaufwands) haben die Geschäftsführer daher in der Versicherung anzugeben (BayObLG MittBayNot. 1988, 134, 135; Rittner in: Rowedder u. a., GmbHG, 2. Aufl. 1990, § 8 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 8 Rn. 12; Hachenburg-Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 7 Rn. 49/56). Bei weitergehenden Vorbelastungen muß die Eintragung - unbeschadet einer etwaigen Differenzhaftung - abgelehnt werden (OLG Hamm, GmbHR 1993, 95). Sofern sich aus den Erklärungen des Geschäftsführers einer zur Eintragung in das Handelsregister angemeldeten GmbH ergibt, daß der im Zeitpunkt der Anmeldung vorhandene Mindestbetrag der Bareinlage während des Eintragungsverfahrens teilweise anderweitig - auch für Gesellschaftszwecke - verbraucht worden ist, ist die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister unbeschadet einer etwaigen Differenzhaftung der Gesellschafter abzulehnen (vgl. ebenda). Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß Streit darüber besteht, ob die Verwendung der ordnungsgemäß bewirkten Einlageleistung durch den Geschäftsführer **nach** der Anmeldung noch der Kontrolle des Registergerichts unterliegt (vgl. OLG Hamm GmbHR 1993, 95, 96 m.w.N.).

c) Im Hinblick auf diese vom Registergericht vorzunehmende Prüfung schlägt *Lutter/Hommelhoff* (a.a.O., § 8 Rn. 12) folgende Formulierung für die notwendige (ergänzende) Versicherung der Geschäftsführer vor:

"Im übrigen wird versichert, daß das Nettovermögen der Gesellschaft nicht (bzw.: nur in Höhe der übernommenen Gründungskosten) geringer ist als die Ziffer des Stammkapitals."

oder

"Alle Verluste sind, soweit sie zu einer negativen Differenz zwischen dem Wert des Gesellschaftsvermögens und der Ziffer des Stammkapitals geführt haben, durch Zahlungen der Gesellschafter in Höhe von ... DM ausgeglichen (gegebenenfalls Ergänzung: das gilt nicht für die Gründungskosten)."

Auch nach *Ulmer* (a.a.O., § 7 Rn. 49) hat sich die Versicherung darauf zu beziehen, daß die Einlagen *wertmäßig* uneingeschränkt zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen, d. h. daß das Stammkapital noch voll durch die eingebrachten Werte gedeckt ist. Abzustellen sei bei der Versicherung nicht darauf, ob sich die Einlagen noch gegenständlich im Gesellschaftsvermögen befänden, sondern ob sie wertmäßig den Geschäftsführern zur freien Verfügung stehen (vgl. ebenda, § 7 Rn. 56). **Wertneutrale Geschäfte hält die wohl überwiegende Literaturmeinung für unschädlich** (vgl. Roth, Verfügungen über die Einlage vor Eintragung der GmbH, DNotZ 1989, 3, 8; Schneider, MittRhNotK, 1993, 240 ff.).

d) Demgegenüber stellen einige Registergerichte auf die Notwendigkeit einer **gegenständlichen** Erhaltung der geleisteten Mindesteinlagen im Zeitpunkt der Anmeldung ab (vgl. BayObLG NJW 1988, 1599; OLG Köln DB 1988, 955; OLG Hamm MittRhNotK 1993, 259 m. Anm. Schneider MittRhNotK 1993, 240 ff.). Da zu dieser Frage eine höchstrichterliche

Klärung noch nicht erfolgt ist, muß diese Rechtslage insoweit als unsicher bezeichnet werden. Zusammenfassend dürfte aber das Verlangen des Registergerichts nach der vorstehend beschriebenen zusätzlichen Versicherung berechtigt sein.

Zu Frage 2:

a) Bei über den Gründungsaufwand hinausgehenden Vorbelastungen, die die geleisteten Mindesteinlagen aufgezehrt haben, muß die Eintragung unbeschadet einer etwaigen Differenzhaftung aus den dargestellten Gründen abgelehnt werden (vgl. OLG Hamm, GmbHR 1993, 95). Sofern die Einlagen noch wertmäßig den Geschäftsführern zum Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung zur freien Verfügung stehen, geht die wohl überwiegende Literaturmeinung davon aus, daß der Registerrichter die Eintragung nicht ablehnen darf (vgl. nur Ulmer, a.a.O., § 7 Rn. 56; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 8 Rn. 11).

Sofern auf die strengere, von einigen Registergerichten vertretene Auffassung abgestellt wird, daß die geleisteten Mindesteinlagen zum Zeitpunkt der Anmeldung gegenständlich vorhanden sein müssen, müßte auch in diesem Fall der Registerrichter die Eintragung ablehnen.

b) Ob die Werthaltigkeitsbescheinigung eines Wirtschaftsprüfers bzw. Steuerberaters zum Nachweis vor dem Registergericht ausreichend ist, hängt davon ab, welcher der dargestellten Auffassungen das Registergericht im Einzelfall den Vorzug gibt. Stellt das Registergericht mit der wohl überwiegenden Literaturmeinung darauf ab, daß wertneutrale Geschäfte, die die Einlagen wertmäßig den Geschäftsführern zum Zeitpunkt der Registeranmeldung erhalten, kein Eintragungshindernis darstellen, dürfte der Nachweis ausreichen. Sofern das Registergericht jedoch die von einigen Registergerichten vertretene strengere Auffassung der Notwendigkeit der gegenständlichen Erhaltung der geleisteten Mindesteinlagen vertritt, dürfte auch eine Werthaltigkeitsbescheinigung im Einzelfall das Eintragungshindernis nicht ausräumen können.

GmbHG § 34

Wirkung der Einziehung, Anpassung der Nennbeträge jedes Gesellschaftsanteils

I. Sachverhalt

Die Gesellschaft V-GmbH besitzt ein Stammkapital von 100.000,- DM. An der Gesellschaft sind beteiligt A. mit einem Geschäftsanteil von 25.000,- DM, G. mit einem Geschäftsanteil von 35.000,- DM und R. mit einem Geschäftsanteil von 15.000,- DM. Der Geschäftsanteil des (Gründungs-) Gesellschafters W. in Höhe von 25.000,- DM ist wirksam eingezogen worden (§ 34 GmbHG). Die Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter sollen nunmehr entsprechend angepaßt werden. Geplant ist, daß bei dem noch zu fassenden Aufstockungsbeschluß keine anteilige Aufstockung der Geschäftsanteile der Mitgesellschafter erfolgen soll, sondern der Gesellschafter A. unverändert seinen Geschäftsanteil von 25.000,- DM behält, der Geschäftsanteil des Gesellschafters G. von 35.000,- DM um 15.000,- DM auf 50.000,- DM und der Geschäftsanteil des Gesellschafters R. von 15.000,- DM um 10.000,- DM auf 25.000,- DM aufgestockt werden. Zum

Ausgleich dieser ungleichen Behandlung zahlen die Gesellschafter G. und R. Ausgleichszahlungen an Gesellschafter A.

II. Frage

Kann nach wirksamer Einziehung (§ 34 GmbHG) eines GmbH-Anteils der Aufstockungsbeschluß für die übrigen Geschäftsanteile auch eine andere Quote vorsehen als das bisherige Anteilsverhältnis?

III. Rechtslage

1. **Mit der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses an den Inhaber des betroffenen Geschäftsanteils wird das Beteiligungsrecht vernichtet**, wenn alle Voraussetzungen der Einziehung vorliegen und das Einziehungsentgelt in zulässiger Weise gezahlt ist (vgl. nur Scholz-Westermann, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1993, § 34 Rn. 58). Nach der Einziehung können aus dem Anteil keinerlei Rechte oder Pflichten mehr abgeleitet werden. Im Unterschied nicht nur zum Anteilsverkauf durch die Gesellschaft (§ 33 GmbHG), sondern auch zur Kaduzierung (§§ 21 ff. GmbHG) und zum Abandon des Geschäftsanteils (§ 27 GmbHG) beschränkt sich die Wirkung der Einziehung daher nicht darauf, den betroffenen Geschäftsanteil seinem bisherigen Inhaber zu entziehen (Hachenburg-Ulmer, 8. Aufl. 1992, § 34 Rn. 57). Sie führt vielmehr zur **Vernichtung des Geschäftsanteils mit der Folge, daß der Nominalbetrag aller Geschäftsanteile abweichend von §§ 5 Abs. 3 Satz 3, 55 Abs. 4 GmbHG unter den Betrag des - unverändert fortgeltenden - Stammkapitals absinkt**. Die Vernichtung erfaßt sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten (vgl. hierzu eingehend Hachenburg-Ulmer, a.a.O., § 34 Rn. 57).

2. Während über die Voraussetzungen der Einziehung nach § 34 GmbHG Übereinstimmung besteht, gehen **die Meinungen hinsichtlich der Wirkung der Einziehung auseinander**. Zwar besteht insoweit Einigkeit darüber, daß durch die Einziehung der betreffende Geschäftsanteil vernichtet wird; er geht mit allen Rechten und Pflichten unter und mit ihm alle etwaigen dinglichen Rechte an ihm. Infolge der Einziehung entsteht eine Diskrepanz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Nominalbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile (vgl. Hachenburg-Ulmer, a.a.O., § 34 Rn. 62; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 Rn. 2). Diese Rechtsfolge nimmt das GmbH-Recht - anders als das Aktienrecht (vgl. §§ 237 bis 239 AktG) - im Fall der Einziehung bewußt in Kauf; die auf Übereinstimmung von Stammkapital und Gesamtbetrag der Stammeinlagen gerichteten Vorschriften der §§ 5 Abs. 3 Satz 3, 55 Abs. 4 GmbHG betreffen nur die Situation bei Gründung oder Kapitalerhöhung (Hachenburg-Ulmer, a.a.O., § 34 Rn. 62). Das Stammkapital der Gesellschaft als Rechnungsposten bleibt dabei unverändert, wenn es nicht im Verfahren nach § 58 GmbHG gleichzeitig herabgesetzt worden ist (Scholz-Westermann, a.a.O., § 34 Rn. 58; Hachenburg-Ulmer, a.a.O., § 34 Rn. 62). Aber auch das Ist-Kapital bleibt unberührt, da die Einlage voll eingezahlt sein muß und der Wert des Stammkapitals wegen des Kapitalerhaltungsgebots nicht vermindert werden darf.

Hinsichtlich der Auswirkung der Einziehung auf die Rechte und Pflichten von Mitgesellschaftern gehen die Meinungen allerdings auseinander:

a) *Lutter/Hommelhoff* (a.a.O., § 34 Rn. 2) gehen davon aus, daß sich der Nennbetrag jedes verbliebenen

Gesellschaftsanteils (automatisch) entsprechend erhöhe (Beispiel: Stammkapital 100.000,- DM; fünf Gesellschaftsanteile zu je 20.000,- DM; wird einer von ihnen eingezogen, so haben die verbliebenen vier einen Nennbetrag von je 25.000,- DM). Da sich die Nennwerte der übrigen Gesellschaftsanteile mit der Einziehung außerhalb der Satzung ipso iure verändert hätten, sei eine förmliche Berichtigung dieser Nennbeträge in der Satzung keine materielle Satzungsänderung, sondern nur eine formelle Berichtigung, die durch Gesellschafterbeschuß mit einfacher Mehrheit mit Anmeldung und Eintragung im Handelsregister analog § 54 GmbHG erfolgen könne. Auch *Priester* (Anteilsnennwert und Anteilsneubildung nach Einziehung von Geschäftsanteilen, Festschrift für Kellermann 1991, 337 ff., 349 ff.) ist der Auffassung, daß sich die Nennwerte der übrigen Gesellschaftsanteile mit der Einziehung außerhalb der Satzung automatisch verändert haben. *Priester* (a.a.O., 351) geht davon aus, daß sich die Nennwerte der verbliebenen Geschäftsanteile aufgrund der Einziehung von selbst erhöhen würden, ohne daß es irgendwelcher Maßnahmen seitens der Gesellschafter oder der Gesellschaft bedürfe. Werde ein **Aufstockungsbeschuß** gefaßt, wirke er hinsichtlich der Anteilsnennwerte **rein deklaratorisch**. Die Aufstockungsbeschlüsse würden nicht den Regeln der Satzungsänderung unterliegen, da die Geschäftsanteile keinen materiellen Bestandteil der Satzung bildeten (*Priester*, a.a.O., 352).

b) Demgegenüber wird im Schrifttum auch die Ansicht vertreten, daß eine **Satzungsänderung** erforderlich sei, wenn nach Einziehung eines Geschäftsanteils die übrigen Geschäftsanteile dem Betrag des Stammkapitals angeglichen werden sollen (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 Rz. 16; Ulmer-ZHR 149 (1985), 28, 32). *Ulmer* ist allerdings nunmehr (*Hachenburg*, § 34 Rn. 64) der Auffassung, daß es sich materiell nicht um eine Satzungsänderung handle. Dies beruhe darauf, daß die Angaben über die Verteilung der Geschäftsanteile auf die Gesellschafter lediglich formelle Satzungsbestandteile bilden würden und in der Folgezeit aus der Satzung eliminiert werden könnten.

c) Der BGH hat in seinem Urteil vom 06.06.1988 (ZIP 1988, 1046, 147), ohne die Frage abschließend beantworten zu müssen, in einem obiter dictum festgestellt, daß die spätere Angleichung der Geschäftsanteile an das Stammkapital keine Satzungsänderung darstelle und deshalb nicht der notariellen Beurkundung bedürfe. Das BayObLG (NJW-RR 1992, 736, 737) hat sich in seinem Beschuß vom 25.10.1991 dieser Auffassung angeschlossen.

d) Die gegenteilige Auffassung, die davon ausgeht, daß der Nennwert der Geschäftsanteile der verbliebenen Gesellschafter sich nicht automatisch ändere und der Aufstockungsbeschuß daher konstitutive Wirkung habe, geht aber davon aus, daß sich materiell die aus dem Anteil folgende Beteiligungsquote *automatisch* ändere (vgl. Scholz-Westermann, a.a.O., § 34 Rn. 62/63). Die verbliebenen Gesellschafter müßten aufgrund der veränderten Bedeutung ihrer Geschäftsanteile im Verhältnis zur GmbH ein Anwachsen ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten hinnehmen; dies betreffe etwa die Haftung aus §§ 24 und 31 GmbHG. Auf der anderen Seite wüchsen die Ansprüche der verbliebenen Gesellschafter auf Beteiligung am Jahresgewinn und an einer Liquidationsquote (vgl. z. B. *Hachenburg-Ulmer*,

§ 34 Rn. 63; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 Rn. 17). Aus der Sicht der verbleibenden Gesellschafter bewirkt die Vernichtung des eingezogenen Geschäftsanteils daher eine **anteilige Vermehrung ihrer Mitgliedschaftsrechte/-pflichten bei gleichbleibendem Nennbetrag der Beteiligung**. Das entspricht der "Anwachsung" des Anteils des aus einer Personengesellschaft Ausgeschiedenen bei den Mitgesellschaftern nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB (*Hachenburg-Ulmer*, a.a.O., § 34 Rn. 63; *Priester*, a.a.O., 343). **Die Aufstockung der Geschäftsanteile führe (lediglich) zur Anpassung ihres Nennbetrags an die in Folge der Einziehung gestiegene Beteiligungsquote**; eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse sei damit nicht verbunden (*Hachenburg-Ulmer*, a.a.O., § 34 Rn. 65). Wenn auch über die Frage der formellen Seite des Aufstockungsbeschlusses unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, so dürfte wohl darin Einigkeit bestehen, daß mit dem Untergang des eingezogenen Geschäftsanteils ein automatisches Anwachsen der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten der Mitgesellschafter stattfindet.

e) Angewendet auf vorliegende Sachverhaltsgestaltung dürften folgende Gesichtspunkte maßgeblich sein: Stellt man auf die Literaturmeinung ab, die davon ausgeht, daß sich die Nennwerte der übrigen Gesellschaftsanteile mit der Einziehung außerhalb der Satzung automatisch verändert haben und der Aufstockungsbeschuß insoweit lediglich deklaratorische Wirkung nach sich ziehen kann, könnte dies gegen die Möglichkeit sprechen, einen von der bisherigen Quote abweichenden Aufstockungsbeschuß zu fassen. Für die Zulässigkeit spricht allerdings, daß auch *Priester* (a.a.O., 352) für den Aufstockungsbeschuß ausnahmsweise dann eine notarielle Beurkundung verlangt, wenn er, insbesondere zum Zwecke der Schaffung "glatter", das heißt dem § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG entsprechender Geschäftsanteile, von der exakten quotenmäßigen Zuteilung abweichende Nennbeträge enthält. Hier ergäbe sich das Formerfordernis indessen nicht aus § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, sondern aus § 15 Abs. 3 GmbHG, denn es handle sich der Sache nach um eine Teilübertragung von Geschäftsanteilen. Für die Zulässigkeit vorliegender Gestaltung könnte auch der Umstand sprechen, daß die Gesellschafter bei jeder Kapitalerhöhung grundsätzlich frei sind, neues Kapital zu übernehmen oder nicht: Die (positive) Mitwirkung am Beschuß ändert das ebensowenig wie Aspekte der Treuepflicht (vgl. nur *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O., § 55 Rn. 12). Da die Gesellschafter grundsätzlich auf ihr Bezugsrecht verzichten können, dürfte ein durch Zustimmung aller Gesellschafter gedeckter Aufstockungsbeschuß, der eine andere Quote vorsieht als das bisherige Anteilsverhältnis, insoweit zulässig sein. Gegen die Zulässigkeit könnte allerdings der Umstand sprechen, daß der Aufstockungsbeschuß in seinen **Wirkungen** einer nominellen, aus Gesellschaftsmitteln bewirkten Kapitalerhöhung nahekommt (vgl. hierzu *Hachenburg/Ulmer*, a.a.O., § 34 Rn. 64). Bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln stehen die neuen oder erhöhten Geschäftsanteile den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Geschäftsanteile zu (§ 9 Satz 1 KapErhG). Abweichende Beschlüsse der Gesellschafter sind auch dann nichtig, wenn die benachteiligten Gesellschafter zustimmen (§ 9 Satz 2 KapErhG). Selbst geringfügige Abweichungen sind unzulässig (h. M., vgl. *Rowedder u. a.-Zimmermann*, GmbHG, 2. Aufl. 1990, Anh. § 57 b Rn. 47 m.w.N.). Für die Zulässigkeit dürfte

dagegen noch folgender Gesichtspunkt sprechen: Zur Beseitigung der Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennbetrag der Geschäftsanteile bietet sich neben dem Aufstockungsbeschuß im Grundsatz noch ein **zweiter Weg** an, nämlich die **Ausgabe eines neuen Geschäftsanteiles**. Die Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen kommt aus der Sicht der übrigen Gesellschafter in ihren Wirkungen denjenigen der Aufstockung dann nahe, wenn eine Einzahlung auf den neuen Anteil nicht erfolgen, dieser Anteil der Gesellschaft vielmehr als eigener Anteil zustehen soll. Da der Gesellschaft Rechte aus eigenen Anteilen nicht zustehen, wird die mit der Einziehung verbundene Erhöhung der Beteiligungsquoten der Mitgesellschafter zunächst durch diese Art der Neubildung nicht tangiert. *Ulmer* (a.a.O., § 34 Rn. 66) weist allerdings zu Recht darauf hin, daß die Gesellschafter der Gefahr ausgesetzt seien, daß die Gesellschaft den eigenen Anteil später an einzelne Mitgesellschafter oder an Dritte mit der Folge veräußere, daß die Rechte hieraus aufleben und die Beteiligungsquote der Mitgesellschafter entsprechend zurückgehe. em sei durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit (streitig, vgl. zum Meinungsstand ebenda § 34 Rn. 66) bei der Beschlußfassung der Gesellschafter über die Neubildung Rechnung zu tragen. Da über den Weg der Schaffung eines neuen Geschäftsanteils die Beteiligungsquoten der Mitgesellschafter durch Beschlußfassung der Gesellschafter geändert werden können, dürfte auch die Änderung der Beteiligungsverhältnisse durch einen notariell beurkundeten Aufstockungsbeschuß möglich sein. Entgegen der insoweit herrschenden Meinung ist allerdings *Priester* (a.a.O., 356 ff.) der Auffassung, daß die Neuschaffung eines originären Anteils nicht möglich sei. Die Anteilsneubildung stellt sich nach *Priester* (a.a.O., 357) als eine Teilabtretung von Geschäftsanteilen seitens der verbliebenen Gesellschafter unter gleichzeitiger Zusammenlegung der solchermaßen entstandenen Teilgeschäftsanteile dar.

Zusammenfassend dürfte u. E. nach wirksamer Einziehung eines GmbH-Anteils der Aufstockungsbeschuß für die übrigen Geschäftsanteile auch eine andere Quote vorsehen als das bisherige Anteilsverhältnis, sofern diesem Aufstockungsbeschuß alle Gesellschafter zustimmen. Offen bleibt, ob dies auch dann zu gelten hat, wenn dem Aufstockungsbeschuß nicht alle Gesellschafter zustimmen sollten.

Rechtsprechung

BGB §§ 268, 372, 1150, 1192; GBO § 29
Grundschuldablösung, Hinterlegung, Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Durch die Annahme zur Hinterlegung (Hinterlegungsschein) wird nicht in der von § 29 GBO geforderten Form nachgewiesen, daß der Gläubiger eines vorrangigen Rechts in Annahmeverzug war und deshalb durch die Hinterlegung mit der Folge des gesetzlichen Übergangs der Grundschuld auf den nachrangigen Gläubiger befriedigt wurde.

BayObLG, Beschl. v. 17.03.1994 - 2Z BR 139/93

Kz.: L I 1 - § 372 BGB

Problem

Wird die Zwangsvollstreckung aus einem vorrangigen Grundpfandrecht in das belastete Grundstück betrieben, droht der nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger gemäß §§ 91, 44, 52 ZVG auszufallen. Gemäß §§ 1150, 268 BGB ist der nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger deshalb berechtigt, den die Zwangsvollstreckung betreibenden vorrangigen Gläubiger zu befriedigen, um die eigene Rechtsposition zu behalten. Diese Vorschrift ist gemäß § 1192 BGB auch auf die Grundschuld anwendbar. Hiervon wollte auch der nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger im vorliegenden Fall Gebrauch machen. Da der vorrangige Gläubiger die Befriedigung ablehnte, wurde der (streitige) Betrag hinterlegt und unter Berufung auf die Erfüllungswirkung gemäß § 378 BGB die Umschreibung der Grundschuld auf den ablösungsberechtigten Dritten beim Grundbuchamt beantragt (vgl. zum Grundschuldwerb durch den ablösungsberechtigten Dritten Palandt/Bassenge, 53. Aufl. 1994, § 1191 Rz. 35).

Lösung

Das BayObLG läßt es dahingestellt, ob die vorrangige Grundschuld mittels Ablösung erworben wurde. Unabhängig davon fehle es jedenfalls an dem in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führenden Nachweis, daß der Ablösungsberechtigte den vorrangigen Grundschuldgläubiger durch Hinterlegung wirksam befriedigt habe. Voraussetzung für die Befriedigung durch Hinterlegung sei, daß ein Hinterlegungsgrund nach § 372 BGB, also Annahmeverzug, gegeben sei. Diese materiell-rechtliche Voraussetzung werde durch die Annahme der Geldbeträge zur Hinterlegung nicht nachgewiesen; die Hinterlegungsstelle prüfe nicht, ob ein Hinterlegungsstatbestand gemäß § 372 BGB tatsächlich gegeben sei. Der Streit der Beteiligten müsse deshalb in einem Prozeß ausgetragen werden, das Grundbuchantragsverfahren eigne sich dafür nicht.

BGB §§ 133, 875, 876; WEG § 30; GBO § 19
"Umwandlung" belasteten Wohnungserbbaurechts in Wohnungseigentum

Sollen einheitlich die Löschung von Grundschulden an einem Wohnungserbbaurecht, die Aufhebung aller Wohnungserbbaurechte, die Aufteilung des bisher mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in Wohnungseigentum und die Belastung des neu begründeten Wohnungseigentums mit Grundschulden im Grundbuch vollzogen werden, so ist die Belastung des Wohnungseigentums mit den Grundschulden nur durch deren Neueintragung möglich. Hat der Eigentümer die "Pfandunterstellung" bewilligt, so ist dies als Bewilligung der Neueintragung auszulegen.

Offen bleibt, ob vor der Aufhebung der Wohnungserbbaurechte das Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt und beim Wohnungseigentum mit den das Wohnungserbbaurecht belastenden Grundschulden mitbelastet werden kann (Gesamtbelastung von Wohnungserbbaurecht und Wohnungseigentum am selben Grundstück).

BayObLG, Beschl. v. 17.03.1994 - 2Z BR 5/94

Kz.: L I 1 - § 875 BGB

Problem

Das BayObLG hatte im vorliegenden Fall darüber zu entscheiden, wie die "Umwandlung" von teilweise grundpfandrechtsbelasteten Wohnungserbbaurechten in Wohnungseigentum grundbuchrechtlich zu bewältigen war. Der Grundstückseigentümer, der zugleich Inhaber der Wohnungserbbaurechte war, hob diese auf und "bildete sie neu als Wohnungs- und Teileigentum"; er bewilligte und beantragte unter anderem die Löschung des Erbbaurechts im Grundbuch "und in den Wohnungs- und Teilerbbaugrundbüchern", die Löschung der Grundschulden, "die Teilung des Eigentums am Grundstück gemäß § 8 WEG in Miteigentumsanteile entsprechend den bisherigen Mitberechtigungsanteilen und die Verbindung mit dem Sondereigentum, wie dieses bisher bereits als Wohnungs- und Teilerbbaurecht bestand"; ferner unterstellte er das neugebildete Wohnungseigentum den bisher am Wohnungserbbaurecht eingetragenen Grundschulden und bewilligte und beantragte den "Vollzug der Pfanderstreckung".

Lösung

Das Gericht wollte die oben genannten Rechtsvorgänge wertend beurteilen; darauf, in welcher Reihenfolge die Eintragungen bei formal logischer Betrachtung vorzunehmen seien, komme es nicht an. Gerade deshalb komme aber eine "Pfanderstreckung" nicht in Betracht, denn Wohnungserbbaurecht und -eigentum könnten nicht gleichzeitig nebeneinander bestehen (vgl. auch BayObLG, DNotZ 1985, 372 ff.). Die "Pfanderstreckungserklärung" des Eigentümers legte das Gericht trotz der damit verbundenen höheren Kosten als Neubestellung und -eintragung der Grundpfandrechte aus, denn anders habe sich die "Erstreckung" der Belastung auf das Wohnungseigentum bei einheitlichem Vollzug aller Anträge nicht erreichen lassen.

WEG § 12; BGB § 878

Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer die Erstveräußerung durch den teilenden Eigentümer erfassenden Veräußerungsbeschränkung

1. Die in der Teilungserklärung begründete Veräußerungsbeschränkung gem. § 12 WEG wird, auch wenn sie in die bereits angelegten Wohnungsgrundbücher eingetragen ist, erst mit der rechtlichen Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft, also der Eigentumseintragung des ersten Wohnungseigentümererwerbers, wirksam.

2. § 12 WEG ist auf die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nicht anwendbar.

OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.1994-15 W 26-94

Kz.-Nr. L I 4 § 12 WEG

ESTG § 13

Mitunternehmerschaft bei Landwirts-Ehegatten

Zur stillschweigenden Begründung einer Mitunternehmerschaft zwischen Landwirts-Ehegatten genügt es nicht, daß dem einen Ehegatten die Hofstelle oder ein Anteil daran

übertragen wird, die landwirtschaftlich genutzten Flächen aber im Eigentum des anderen Ehegatten verbleiben.

BFH, Urt. v. 27.01.1994 - IV R 26/93

Kz.: L IX 1 - § 13 EStG

EStG § 15

Drei-Objekt-Grenze

Bei der Beantwortung der Frage, ob die "Drei-Objekt-Grenze" überschritten ist, sind auch solche Objekte zu berücksichtigen, die von vornherein zum Verkauf an eine bestimmte Person bestimmt waren, sofern sie sonst anderweitig veräußert worden wären.

BFH, Urt. v. 28.10.1993 - IV R 66-67/91

Kz.: L IX 1 - § 15 EStG

Problem

Die Kläger und Revisionsbeklagten erwarben mit notariellem Vertrag 1981 ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück in K. zu 1/2 (Kläger zu 1) bzw. zu je 1/4 (Kläger zu 2). Durch Teilungserklärung bildeten die Kläger aus dem Mehrfamilienhaus sechs Eigentumswohnungen. In der Teilungserklärung wurde die Wohnung Nr. 1 den Klägern zu 2 und die Wohnung Nr. 6 dem Kläger zu 1 zugewiesen. Im Jahre 1982 führten die Kläger an dem Gebäude umfangreiche Modernisierungsmaßnahmen durch. In den Folgejahren wurden die Wohnungen Nr. 2, 3 und 5 (1982 und 1983) sowie die Wohnung Nr. 4 (1985) veräußert. In ihrer Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung 1982 erklärten die Kläger einen Verlust aus Vermietung und Verpachtung. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) beurteilte hingegen die Tätigkeit der Kläger als gewerblichen Grundstückshandel. Hiergegen wandten sich die Kläger mit zwei Klagen an das Finanzgericht. Sie machten geltend, von den sechs Eigentumswohnungen seien nur drei - und eine auch nur nach jahrelanger Vermietung - an Fremde veräußert worden. Die Wohnungen Nr. 1 und 6 seien von vornherein für eigene Wohnzwecke vorgesehen gewesen, die Wohnung Nr. 3 für Frau G., die Schwester des Klägers zu 2. Das Finanzgericht gab den Klagen in der Gewinnfeststellungssache überwiegend statt. Hiergegen richteten sich die vom Finanzgericht zugelassenen Revisionen des Finanzamts.

Lösung

In der Sache teilt der Senat die Auffassung des Finanzgerichts nicht. Der BFH geht davon aus, daß die Kläger gemeinsam aus der Veräußerung des zuvor erworbenen, in Eigentumswohnungen aufgeteilten und renovierten Grundbesitzes gewerbliche Einkünfte erzielt haben. Im Streitfall hätten die Kläger beim Erwerb des Grundstücks, der Aufteilung in Eigentumswohnungen, der Renovierung und der Veräußerung von vier Wohnungen (Nr. 2-5) nach den Feststellungen des Finanzgerichts selbständig, nachhaltig und mit Gewinnabsicht gehandelt. Entgegen der Auffassung des Finanzgerichts haben sie nach dem BFH auch bei sämtlichen Verkaufsgeschäften am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen. Für den Bereich des gewerblichen Grundstückshandels hat es der BFH schon zuvor genügen lassen, daß die Verkaufsabsicht nur einem kleinen

Aktuelles

Kreis von Personen - u. U. auch nur einer einzigen Person - bekannt wird und der Verkäufer damit rechnet, die Verkaufsabsicht werde sich herumsprechen (BFH BStBl II 1992, 143, 146). Demgemäß ist auch der Verkauf von Wohnungen an Bekannte als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr angesehen worden. Ist Gegenstand eines Gewerbebetriebes der Ankauf und Verkauf von Vermögensgegenständen, so ist es nach Auffassung des BFH nicht erforderlich, daß jeder einzelne Vermögensgegenstand einer Mehrzahl von Personen angeboten werde. Bezogen auf eine einzelne Eigentumswohnung sei allein entscheidend, ob der Steuerpflichtige bereit gewesen wäre, die Wohnung an einen anderen Erwerber zu veräußern, wenn sich der Verkauf an den ursprünglich vorgesehenen Käufer zerschlagen hätte. Diese Frage sei im Streitfall zu bejahen; denn die Kläger hätten nur zwei Wohnungen aus dem Gesamtkomplex zur Eigennutzung behalten und die übrigen vier - damit auch die von der Schwester des Klägers zu 2 übernommene - innerhalb eines Zeitraumes von vier Jahren verkauft. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH sind Errichtung und Verkauf von bis zu drei Wohnungen oder Eigenheimen als private Vermögensverwaltung, nicht aber als gewerblicher Grundstückshandel anzusehen. Werden hingegen innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Bau und Verkauf (grundsätzlich fünf Jahre) mindestens vier Objekte veräußert, ist regelmäßig von einem gewerblichen Grundstückshandel auszugehen, weil die äußeren Umstände den Schluß zulassen, daß es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt. Was für den Bau von Eigentumswohnungen gelte, gelte auch für die Aufteilung eines zuvor erworbenen Mehrfamilienhauses in Eigentumswohnungen - jedenfalls dann, wenn der Aufteilung und Veräußerung umfangreiche Modernisierungsmaßnahmen vorausgegangen seien. Daher war vorstehend die "Drei-Objekt-Grenze" überschritten.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalender-Halbjahres erfolgen.

Verordnung über die Anlegung und Führung von Gebäudegrundbüchern (Gebäudegrundbuchverordnung)

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

Auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 4 Nr. 2 und 3 des Registerverfahrensbeschleunigungsgesetzes und von Art. 12 Abs. 1 Nr. 2 des zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes sollen durch diese Verordnung Vorschriften geschaffen werden, die der erleichterten Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern dienen. Die Verordnung wird die Anlegung und Führung von Gebäudegrundbuchblättern für Gebäudeeigentum nach Art. 231 § 5 und Art. 233 § 2 b, 4 und 8 EGBGB regeln. Neben den technischen Vorschriften über die Gestaltung und Führung neu anzulegender Gebäudegrundbuchblätter ist insbesondere § 4 für die notarielle Praxis von Interesse, der den Nachweis des Gebäudeeigentums regelt. Zum Nachweis des Bestehens des Gebäudeeigentums auf der Grundlage eines dinglichen Nutzungsrechts genügt die Nutzungsurkunde, die über das diesem Gebäudeeigentum zugrundeliegende Nutzungsrecht ausgestellt ist, und die Genehmigung zur Errichtung des Gebäudes. Zum Nachweis von Gebäudeeigentum gemäß Art. 233 § 2 b EGBGB genügt der Bescheid des OFD-Präsidenten. Für die Fälle des Gebäudeeigentums nach § 459 ZGB genügt die Vorlage des Vertrages, der die Gestattung zur Errichtung von Bauwerken enthalten muß, und die Zustimmung nach § 5 der Verordnung über die Sicherung des Volkseigentums bei Baumaßnahmen von Betrieben auf vertraglich genutzten nicht volkseigenen Grundstücken vom 07.04.1983 oder ein Prüfbescheid der staatlichen Bauaufsicht der ehemaligen DDR. Darüber hinaus enthält die Verordnung eine Vielzahl weiterer Vorschriften, die die grundbuchrechtlichen Einzelfragen des Gebäudeeigentums regeln: Gebäudeeigentum für mehrere Berechtigte, Gebäudeeigentum auf bestimmaren Grundstücksteilen, auf nichtbestimmaren Grundstücksteilen, Aufhebung des Gebäudeeigentums etc.

Bezugspreis:

Halbjährlich DM 150,-, Einzelheft DM 13,-, jeweils zuzüglich Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/2 00 38 0, Fax.: 09 31/2 00 38 38

