

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11/1995 · Juni 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 313; BauGB § 135; BayKAG Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a i.V.m. § 277 AO;
 BayVwVfG Art. 35, 38, 54 ff. - Beurkundungsbedürftigkeit von Verzicht und
 Erlaß auf Erschließungsbeiträge im Zusammenhang mit einem Grundstückskauf-
 vertrag
 ErbStG § 9 - Vollzug einer Grundstücksschenkung bei bedingtem Rückübertra-
 gungsanspruch

Rechtsprechung

ErbbauVO § 9 - Anpassung des Erbbauzinses

GBO §§ 19, 22, 23 - Löschungsbewilligung durch Testamentsvollstrecker

WEG § 5 - Gemeinschaftliches Eigentum an Geräteraum

LöschG §§ 1, 2; GmbHG §§ 53, 60, 69 - Fortsetzung einer Liquidationsgesell-
 schaft als werbende GmbH

WEG §§ 3, 5, 8 - Sondereigentum an Duplex-Garagen

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und
 Neuordnung des Rechts der Beistandschaft (Beistandschaftsgesetz)

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB § 313; BauGB § 135;
 BayKAG Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a i.V.m. § 227 AO;
 BayVwVfG Art. 35, 38, 54 ff.
 Beurkundungsbedürftigkeit von Verzicht und
 Erlaß auf Erschließungsbeiträge im Zusammen-
 hang mit einem Grundstückskaufvertrag**

I. Sachverhalt

Die Gemeinde N hat von mehreren Grundstückseigentümern Grundstücke erworben, die sie für die Ausweisung eines Baugebietes benötigt. Von dem Grundstückseigentümer B soll dabei eine Teilfläche aus dem Grundstück Flst. 554 zu 6767 qm erworben werden. Der Grundstückseigentümer behält sich zwei Bauparzellen, deren Fläche auf diesem Grundstück liegt, zurück. Das derzeitige Wohnhaus des Verkäufers liegt in unmittelbarer Nähe zum Baugebiet.

Die Gemeinde hat gemäß Art. 38 BayVwVfG dem Verkäufer gegenüber folgende Zusicherung abgegeben, die „nur unter der Bedingung gilt, daß der Erwerb der Teilfläche aus dem Grundstück Flst. Nr. 554 der Gemarkung N ... zustande kommt.“

1. Der Erschließungsbeitrag nach §§ 127 ff. BauGB für die beiden zurückbehaltenen Parzellen wird auf 51.220, -- DM festgesetzt. Der darüber hinausgehende Beitrag für die straßenmäßige Erschließung dieser Parzellen wird durch den Markt N nicht erhoben, sondern auf die Geltendmachung aus Gründen des öffentlichen Interesses nach § 135 Abs. 5 BauGB verzichtet.

2. Für die zurückbehaltenen Parzellen werden folgende Beiträge für die öffentliche Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlage festgesetzt:

Wasserherstellungsbeitrag	6.300, -- DM
Kanalherstellungsbeitrag	9.480, -- DM.

Mit diesen Beiträgen sind die gesamte Grundstücksfläche der beiden Parzellen und eine fiktive Geschoßfläche von jeweils 300 qm abgegolten. Diese Beiträge bleiben auch dann unverändert, wenn bis zum Entstehen der Beitragspflicht die Beitragsätze erhöht werden sollten.

Aus einem Schreiben der Gemeinde ergibt sich, daß in den Beträgen von 6.300, -- DM und 9.480, -- DM bereits ein Beitragserlaß von 9.080, -- DM enthalten ist.

3. Der für das nicht im Baugebiet liegende, derzeitige Wohnhausgrundstück des Verkäufers festgesetzte Kanalherstellungsbeitrag in Höhe von 5.999, 40 DM wird hiermit erlassen.

Der Notar wird nun von den Beteiligten gebeten, den Grundstückskaufvertrag zu beurkunden und dabei hinsichtlich vorstehender Vereinbarungen nichts mitzubeurkunden, da dies durch die Zusicherung gemäß Art. 38 BayVwVfG bereits geregelt sei. Der Notar lehnt die Beurkundung ab, da

a) gemäß § 313 BGB die vorgenannten Vereinbarungen mitzubeurkunden seien und

b) nach Auffassung des Notars vorstehende Verzichts- bzw. Erlaßerklärungen wegen Verstoßes gegen § 135 Abs. 5 Satz 2 BauGB bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 AO rechtswidrig, gegebenenfalls sogar nichtig wären.

II. Frage

1. Müssen bei einem Grundstückskaufvertrag Vereinbarungen über den Erlaß oder Verzicht auf Erschließungskosten gemäß § 313 BGB mitbeurkundet werden, wenn diesbezüglich bereits eine Zusicherung nach Art. 38 BayVwVfG vorliegt, die jedoch insoweit bedingt ist, als sie nur gilt, wenn der zu beurkundende Grundstückskaufvertrag zustande kommt?

2. Kann eine Gemeinde gemäß § 135 Abs. 5 Satz 2 BauGB bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 AO Straßenerschließungsbeiträge bzw. Wasser- bzw. Kanalherstellungsbeiträge ganz oder teilweise erlassen, um damit den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücksflächen, die für ein Baugebiet benötigt werden, zu erreichen?

III. Rechtslage

Frage 1

Dem Formzwang des § 313 BGB unterliegt das, was unter den Vertragsteilen selbst kraft ihrer Einigung rechtsverbindlich werden soll. **Dem Formzwang des § 313 BGB unterliegt der gesamte Vertrag, wie er sich aus Leistung und Gegenleistung zusammensetzt, somit alle Vereinbarungen, aus denen nach dem Willen der Beteiligten der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag gebildet wird** (BGH NJW 1984, 974; BGH NJW 1986, 248; Kanzleiter, DNotZ 1986, 267). Verträge, die mit dem Kaufvertrag in enger Verbindung stehen, bedürfen dann ebenfalls der Beurkundung. **Entscheidend ist nicht die formale Verbindung in einer Urkunde, sondern der Verknüpfungswille der Parteien.** Ein rechtlicher Zusammenhang im Sinne eines einheitlichen Rechtsgeschäfts besteht, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragspartner derartig voneinander abhängig sind, daß sie **miteinander „stehen und fallen“** sollen. Für diesen Willen zur rechtlichen Einheit genügt es, daß er bei einem Vertragspartner vorhanden, dem anderen jedoch erkennbar geworden und von diesem hingenommen worden ist. Die Einheitlichkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Rechtsgeschäfte verschiedenen juristischen Geschäftstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind (BGH NJW 1987, 818).

Auch ein privatrechtlicher und ein öffentlich-rechtlicher Vertrag können in einem derartigen rechtlichen Zusammenhang stehen, so daß der Formzwang des privatrechtlichen Vertrages auch den öffentlich-rechtlichen Vertrag erfaßt (Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 4. Aufl. 1993, § 57 Rz. 5). Danach bedarf insbesondere ein Erschließungsvertrag - über das in § 124 Abs. 4 BauGB geregelte Schriftformerfordernis hinaus - der notariellen Beurkundung, wenn der Vertrag eine Verpflichtung zur Übereignung der Erschließungsfläche enthält (BGH NJW 1972, 1364/ 1365). Gleiches gilt, wenn sich die Parteien im Erschließungsvertrag zum Abschluß eines notariellen Kaufvertrages verpflichten (BVerwG NVwZ 1985, 346/347 f.). Über Art. 62 S. 2 BayVwVfG gilt § 313 BGB für öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend (Knack/Möllgaard, VwVfG, 4. Aufl. 1994, § 57 Rz. 3); die Anwendbarkeit des § 313 BGB folgt darüber hinaus aus Art. 57 BayVwVfG, der ausdrücklich weitergehende Anforderungen an die Form des Vertrages durch eine andere Rechtsvorschrift unberührt läßt (vgl. hierzu Löhr, in: Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 4. Aufl. 1994, § 124 Rz. 13; Kopp, VwVfG, 5. Aufl. 1991, § 57 Rz. 8).

Voraussetzung für das Vorliegen eines aus privatrechtlichem Grundstückskaufvertrag und öffentlich-rechtlichem Erlaß- bzw. Verzichtsvertrag zusammengesetzten Vertrages, der bei Vorliegen eines entsprechenden Willens der Beteiligten zur rechtlichen Einheit insgesamt der notariellen Beurkundung nach § 313 S. 1 BGB bedarf, ist, daß neben dem privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag zwischen Gemeinde und Grundstücksveräußerer auch tatsächlich ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen werden soll. Dies erscheint hier insoweit fraglich, als **die Gemeinde bereits eine Zusicherung nach Art. 38 BayVwVfG, also eine Zusage, später einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen, gegeben hat**, sich also eines Instruments des einseitigen hoheitlichen Verwaltungshandelns bedient hat und ein solches (nämlich den Erlaß eines Verwaltungsaktes im Sinne von Art. 35 BayVwVfG) für den Fall des Zustandekommens des Grundstückskaufvertrages in Aussicht gestellt hat.

1. Grundsätzlich besteht zwischen einem öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrag und einer Zusicherung nach Art. 38 BayVwVfG eine Parallele insoweit, als sich die Verwaltungsbehörde durch beide Handlungsformen zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten kann. Im ersten Fall erfolgt dies zweiseitig, im zweiten Fall einseitig (vgl. hierzu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1994, § 14 Rz. 20).

2. Im Hinblick auf eine sich für den öffentlich-rechtlichen Erlaß- bzw. Verzichtsvertrag aus § 313 BGB möglicherweise ergebende Beurkundungsbedürftigkeit stellt sich **die Frage, ob es der Gemeinde freisteht, im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 5 BauGB bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 AO bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4b BayKAG i.V.m. § 163 AO einen Verwaltungsakt** (bzw. zunächst eine entsprechende Zusicherung) **zu erlassen, oder ob sie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach Art. 54 S. 2 BayVwVfG abschließen und ggf. mit dem Grundstückskaufvertrag beurkunden lassen muß.**

a) Nach § 135 Abs. 5 BauGB kann die Gemeinde im Einzelfall von der Erhebung des Erschließungsbeitrages ganz oder teilweise absehen bzw. von der Erhebung freistellen. Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4b BayKAG i.V.m. § 163 AO bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 AO kann die Gemeinde Beiträge ganz oder teilweise erlassen. Ihrem Inhalt nach sind die Bestimmungen auf den Erlaß eines einseitigen Verwaltungsaktes nach Art. 35 BayVwVfG bzw. § 118 AO (Art. 13 Abs. 1 Nr. 3b BayKAG) gerichtet. Zum einen sind die baurechtlichen Gesetze insoweit auf Verwaltungsakte zugeschnitten (Maurer, a.a.O., § 14 Rz. 27). Zum anderen enthält die AO keine den §§ 54 ff. VwVfG entsprechenden Regelungen, so daß nach z. T. vertretener Ansicht im Anwendungsbereich der AO öffentlich-rechtliche Verträge generell unzulässig sind (vgl. zu diesem sog. Vertragsformverbot Tipke/Kruse, Abgabenordnung, 15. Aufl. 1994, § 38 Rz. 3, § 78 Rz. 8, § 85 Rz. 11; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rz. 69; Knack/Möllgaard, a.a.O., § 54 Rz. 8).

Allerdings hat der **VGH München bereits wiederholt entschieden** (zuletzt durch Urteil vom 29.07.1987, NVwZ 1989, 167), **daß die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag des BayVwVfG im Kommunalabgabenrecht an-**

wendbar seien. Zwar seien nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG die Bestimmungen dieses Gesetzes in den durch Art. 10 Nr. 1 BayKAG genannten Verfahren über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen nach Art. 8 BayKAG nicht anzuwenden. Dieser Ausschluß wirke jedoch nur für diejenigen Verfahrensbereiche, für die durch Art. 13 Abs. 1 BayKAG Vorschriften der AO ausdrücklich in Bezug genommen würden. Da die AO die Abgabenvereinbarung nicht kenne, diese aber weder durch sie noch durch das BayKAG ausdrücklich oder grundsätzlich ausgeschlossen, vielmehr allgemein, wenn auch unter verschiedenen Beschränkungen für zulässig erachtet werde, fehle es an einer besonderen Regelung für sie. Deshalb seien die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag nach dem BayVwVfG auch hier heranzuziehen (insoweit handelt es sich demnach um eine bayerische Besonderheit).

b) **Nach Art. 54 S. 2 BayVwVfG kann eine Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde, sog. subordinationsrechtlicher Vertrag.** Art. 54 BayVwVfG enthält mit seiner „kann“-Regelung eine doppelte gesetzliche Entscheidung, nämlich sowohl eine gesetzliche Ermächtigung im Sinne einer Zulässigkeitsklärung als Handlungsinstrument im Verwaltungsverfahren auch ohne weitere spezialgesetzliche Ermächtigung als auch eine Ermessensregelung (Art. 40 BayVwVfG), sich nach sachgerechter Abwägung im Einzelfall für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu entscheiden. Die Verwaltung hat danach ein **Auswahl- und Entschließungsermessen**, anstelle des Erlasses eines Verwaltungsaktes durch Vertrag zu handeln (vgl. hierzu Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rz. 4). Ob sich die Verwaltung für Vertragsverhandlungen und den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder aber für den Erlaß eines Verwaltungsaktes entscheidet, steht nicht in ihrem freien Belieben und ist kein unbegrenztes Wahlrecht, das etwa nur auf Willkür, Schikane oder sonstige Sittenwidrigkeit (verwaltungs-)gerichtlich überprüft werden könnte. **Die Entscheidung der Verwaltung für die eine oder andere Handlungsform öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen** (Art. 40 BayVwVfG), so daß es für den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stets sachlicher, die Grenzen des Ermessens wahrender Gründe bedarf. Sie können etwa darin bestehen, daß der Vertrag die sachgerechte Lösung ermöglicht, Besonderheiten des Sachverhaltes den Vertragsabschluß nahelegen, gegebenenfalls gebieten oder in vergleichbaren Fällen bereits ebenfalls die Vertragslösung einem einseitigen administrativen Handeln als die effektivere Lösung vorgezogen wird (Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rz. 4; Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533/535; Knack/Möllgaard, a.a.O., § 54 Rz. 4.2). Das VwVfG sieht somit Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag als prinzipiell austauschbare, funktional gleichwertige und rechtssystematisch gleichberechtigte Handlungsformen der Verwaltung an, zwischen denen auszuwählen im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde liegt.

c) Steht es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde, ob sie den Beitragserlaß bzw. -verzicht durch einen Verwaltungsakt regelt oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag

mit dem Grundstückseigentümer abschließt, stellt sich die **Frage, inwieweit der für den öffentlich-rechtlichen Vertrag möglicherweise bestehende Beurkundungszwang im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag das Ermessen der Gemeinde dahin gehend bindet, daß sie statt des Verwaltungsaktes die Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu wählen hat.**

Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bislang weder Gegenstand einer Gerichtsentscheidung noch einer Äußerung in der Literatur geworden. **Nach unserem Dafürhalten schränkt das sich aus § 313 BGB möglicherweise ergebende Beurkundungserfordernis das Formenauswahlermessen der Gemeinde nicht ein.**

aa) Grundsätzlich sind materiell-rechtliche Vereinbarungen in Abgabeangelegenheiten im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung unzulässig (Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rz. 69 m.w.N.), es sei denn, es soll aufgrund einer spezialgesetzlichen Ermächtigung eine von der jeweiligen materiellen Regelung abweichende Abgabenerhebung vereinbart werden (BVerwGE 49, 125, 128). Ein gesetzwidriger Abgabenerzicht verstößt gegen das in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene Verbot, Abgaben anders als nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung zu erheben (BVerwG NJW 1984, 2113). Nur soweit das Gesetz dies ausnahmsweise gestattet, können Abgabenschuldner und Abgabengläubiger vom Gesetz abweichende Regelungen treffen.

Durch die Vorschriften der Art. 54 ff. BayVwVfG wird den Beteiligten kein über § 135 Abs. 5 BauGB bzw. §§ 163, 227 AO hinausgehender Handlungsspielraum gewährt. Zwar räumen diese Vorschriften der Gemeinde einen Ermessensspielraum ein; dieser ist jedoch im Hinblick auf den **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung** erheblich eingeschränkt. Das Ermessen der Gemeinde ist danach regelmäßig sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch hinsichtlich des „welche Billigkeitsmaßnahme“ weitgehend gebunden, d. h. die in Betracht kommende Maßnahme ist in der Regel zu gewähren und die Ausübung des Ermessens beschränkt sich auf die Entscheidung über Modalitäten (Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: Januar 1995, § 8 Rz. 46).

Zwar kann die Gemeinde auch dort, wo sie - weitgehend - gesetzlich gebunden ist, einen Vertrag abschließen, wenn kein Vertragsformverbot besteht, sie darf aber nur das „vereinbaren“, was gesetzlich bereits festgelegt ist, bzw. darf den gesetzlich festgelegten Rahmen nicht überschreiten. Solche bloßen „Normvollzugsverträge“ erscheinen in der Regel wenig sinnvoll; allenfalls bei der Regelung von komplexen Sachverhalten können sie sich als zweckmäßig erweisen (vgl. Maurer, a.a.O., § 14 Rz. 31).

bb) Sachlich ins Gewicht fallendes Argument für die - ermessensfehlerfreie - Wahl des Verwaltungsaktes statt des öffentlich-rechtlichen Vertrages dürfte letzten Endes das der Gemeinde in Folge der Rechtsformwahl zur Verfügung stehende Regelungsinstrumentarium sein.

Danach sprechen für die Wahl des Verwaltungsaktes neben den Rücktritts- und Widerrufsmöglichkeiten der Art. 48, 49 BayVwVfG auch das im Abgabenrecht nicht unumstrittene Vertragsformverbot (siehe oben). Im Hinblick auf die insoweit bestehenden Unsicherheiten der Anwendbarkeit der Art. 54 ff. BayVwVfG auf Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge außerhalb des Anwendungsbereiches des § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB erscheint es nicht ermessensfehlerhaft, wenn die Gemeinde statt der Ablösungsvereinbarung einen Verwaltungsakt bzw. eine entsprechende Zusicherung erläßt.

Entscheidend für die Rechtsformwahl der Gemeinde dürfen jedoch die sich aus einem gesetzwidrigen Abgabenverzicht für die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages ergebenden Konsequenzen sein.

(1) Regelt die Gemeinde den Beitragserlaß bzw. -verzicht durch Verwaltungsakt, so bestimmt sich nach Landesrecht, ob ein Gesetzesverstoß zur Nichtigkeit oder nur zur Rechtswidrigkeit (und damit Rücknehmbarkeit) des Beitragsverzichts führt (BVerwG DVBl. 1984, 192/193 f.).

Weder die Nichtigkeit noch die Rechtswidrigkeit eines durch Verwaltungsakt geregelten gesetzwidrigen Beitragsverzichts berühren u. E. den Bestand des Grundstückskaufvertrages: Verwaltungsakt und Kaufvertrag bilden kein „einheitliches Rechtsgeschäft“ (Art. 59 Abs. 3 BayVwVfG bzw. Art. 62 BayVwVfG i.V.m. § 139 BGB finden keine Anwendung), so daß der Grundstückskaufvertrag grundsätzlich unabhängig von der Wirksamkeit des Beitragsverzichts Bestand hat. In Betracht käme allenfalls eine Anpassung oder sogar Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB).

(2) Schließt die Gemeinde mit dem Grundstücksverkäufer einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über den Erlaß bzw. Verzicht auf Erschließungsbeiträge ab und weicht diese Vereinbarung vom Gesetz ab, so bestimmen sich die Rechtsfolgen für die Wirksamkeit des gesetzwidrigen öffentlich-rechtlichen Vertrages nach Art. 59 BayVwVfG. Danach hat die Rechtswidrigkeit die Unwirksamkeit der Vereinbarung zur Folge, wenn entweder ein entsprechender Verwaltungsakt nichtig wäre (Art. 59 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG) oder der Verwaltungsakt rechtswidrig wäre und dies den Vertragsschließenden bekannt war (Art. 59 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG).

Ist die Verzichtsvereinbarung unwirksam, so bestimmen sich die daraus für die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages ergebenden Folgen nach Art. 59 Abs. 3 BayVwVfG bzw. Art. 62 BayVwVfG i.V.m. § 139 BGB. Danach ist im Zweifel von der Unwirksamkeit auch des Grundstückskaufvertrages auszugehen, wenn der Beitragsverzicht unwirksam ist.

Die Gemeinde wird daher im Hinblick auf die sich aus der Unwirksamkeit des Beitragsverzichts für den Grundstückskaufvertrag ergebenden Konsequenzen die Rechtsform des Verwaltungsaktes wählen, wenn sie sicherstellen will, daß die Unwirksamkeit des Beitragsverzichts sich nicht auf die Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages auswirken soll.

d) Entscheidet sich danach die Gemeinde für ein hoheitliches Handeln durch einseitigen Verwaltungsakt, so stellt sich man-

gels des Vorliegens einer vertraglichen Vereinbarung bzgl. des Beitragserlasses bzw. -verzichts im Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag die Frage nach der Beurkundungsbedürftigkeit wegen des rechtlichen Zusammenhangs nicht.

Im Einzelfall wird allerdings im Hinblick auf § 17 Abs. 1 BeurkG **durch den den Kaufvertrag beurkundenden Notar zu ermitteln sein, welche Erwartungen der Grundstücksverkäufer bzgl. des Bestandes des Kaufvertrages hat, sollte die Gemeinde entgegen ihrer Zusicherung Erschließungsbeiträge erheben wollen bzw. im Hinblick auf eine mögliche Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit des Erlasses bzw. Verzichts erheben müssen** (entsprechend dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung). Insoweit müßten ggf. Regelungen in den Kaufvertrag aufgenommen werden, sollte der Verkäufer den Kaufvertrag nur für den Fall gelten lassen wollen, daß der Beitragserlaß bzw. -verzicht rechtswirksam ist bzw. Bestand hat. Soweit allerdings lediglich die Gemeinde den Erlaß bzw. Verzicht der Erschließungsbeiträge vom Zustandekommen des Grundstückskaufvertrages abhängig macht, der Grundstücksverkäufer jedoch den Abschluß des Grundstückskaufvertrages nicht vom Erlaß bzw. Verzicht der Erschließungsbeiträge abhängig macht, besteht u. E. kein Beurkundungszwang bzgl. des durch die Zusicherung geregelten Erlasses bzw. Verzichts auf Erschließungsbeiträge.

Frage 2

1. Voraussetzung für einen Erlaß des Erschließungsbeitrages nach § 135 Abs. 5 BauGB ist das Vorliegen eines entsprechenden öffentlichen Interesses oder die Vermeidung unbilliger Härten. Fraglich ist, wann ein Beitragserlaß im „öffentlichen Interesse“ geboten ist.

a) Was unter „öffentlichem Interesse“ zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht näher definiert. Durch die Verwendung und Stellung des Wortes „dies“ wird jedoch deutlich, daß sich das öffentliche Interesse gerade auf die Nichterhebung des Beitrags beziehen muß. Das bedeutet, daß das öffentliche Interesse darauf gerichtet sein muß, von einem bestimmten Grundstückseigentümer keine Erschließungsbeiträge zu erheben. Der Gemeinde muß daran gelegen sein, durch den Verzicht selbst etwas zu fördern, was im öffentlichen Interesse liegt, so z. B. wenn die Beitragserhebung die Durchführung eines von der Gemeinde gewünschten oder für erforderlich gehaltenen Vorhabens gefährden würde (Ernst, in: Ernst/Zink-ahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Juni 1994, § 135 Rz. 12). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Gemeinde durch den Erlaß die **Ansiedlung eines Industrieunternehmens** oder die **Errichtung von Wohnungen im sozialen Wohnungsbau** fördern will (vgl. hierzu Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O., § 135 Rz. 20).

b) Nach einem allgemein auf Zustimmung gestoßenen Urteil des BVerwG vom 18.11.1977 (DÖV 1978, 611) fehlt es an einem öffentlichen Interesse, wenn die Gemeinde einen Erlaß ausspricht, um den Erwerb des benötigten Straßenlands zu erleichtern. Der Beitragserlaß nach § 135 Abs. 5 BauGB könne nicht dazu dienen, Schwierigkeiten beim Grunderwerb oder bei der Enteignung zu überwinden (BVerwG DÖV 1978, 611):

„Der Beitragsverzicht ist auch dann nicht von § 135 Abs. 5 BBauG gedeckt, wenn er der Erleichterung und Beschleunigung des Grunderwerbs gedient haben sollte. Der Kl. ist zwar einzuräumen, daß die Bereitwilligkeit von Grundstückseigentümern, das erforderliche Straßenland abzutreten, unter Umständen dadurch gefördert werden kann, daß ihnen über den Kaufpreis hinaus noch ein Beitragsverzicht gewährt wird. Aber auch eine solche Förderung des freihändigen Grunderwerbs anstelle des sonst gegebenenfalls erforderlichen förmlichen Enteignungsverfahrens rechtfertigt nicht einen Beitragsverzicht nach § 135 Abs. 5 BBauG: Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend ausgeführt, daß das BBauG davon ausgeht, daß die Grunderwerbskosten in den Erschließungsaufwand eingehen (...). Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen dem freihändigen Erwerb und der förmlichen Enteignung. (...) Erfasst aber § 128 Abs. 1 Nr. 1 BBauG die Kosten des Grunderwerbs ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen freihändigen Erwerb oder durch eine Enteignung entstanden sind, so folgt schon daraus, daß nicht von einem aus der Regel fallenden und deswegen der Korrektur nach § 135 Abs. 5 BBauG bedürftigen Einzelfall gesprochen werden kann, wenn ein Anlieger nicht ohne weiteres zum Verkauf des Straßenlandes bereit ist. Daß der freihändige Erwerb einfacher als die förmliche Enteignung durchzuführen ist und daß der förmlichen Enteignung stets der Versuch, ein Grundstück freihändig zu erwerben, vorzuziehen hat, rechtfertigt es nicht, den Grundeigentümern von vornherein über den Kaufpreis oder die Anrechnung des Wertes des abgetretenen Straßenlandes bei der Beitragserhebung hinaus einen Beitragsverzicht anzubieten, um damit sonst etwa notwendige förmliche Enteignungen zu umgehen. Denn § 135 Abs. 5 BBauG ist angesichts seines Zwecks, in einem aus der Regel fallenden Einzelfall mit Hilfe eines Beitragsverzichts ein bestimmtes öffentliches Interesse (...) zu fördern, nicht dazu bestimmt, etwaige Unzulänglichkeiten oder Schwierigkeiten des Enteignungsrechts auszugleichen.“

Danach ist in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Literatur davon auszugehen, daß ein Beitragsverzicht bzw. -erlaß nach § 135 Abs. 5 BauGB nicht allein deshalb möglich ist, um den Grundstückserwerb zu erleichtern (Ernst, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a.a.O., § 135 Rz. 12; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, a.a.O., § 135 Rz. 22).

2. **Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 Abs. 1 AO bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4b BayKAG i.V.m. § 163 Abs. 1 S. 1 AO sieht einen Beitragserlaß** nur für die Fälle vor, in denen die Erhebung bzw. Einziehung der Beiträge nach Lage des einzelnen Falles **unbillig wäre**; einen Erlaß im öffentlichen Interesse sehen diese Bestimmungen nicht vor. §§ 163, 227 AO erlauben dem Abgabengläubiger nur dann eine Abgabe ganz oder teilweise zu erlassen, wenn deren Erhebung bzw. Einziehung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre. Zu unterscheiden ist zwischen persönlichen und sachlichen Billigkeitsgründen.

a) **Persönliche Billigkeitsgründe** sind solche, die sich aus den persönlichen, insbesondere wirtschaftlichen Verhältnissen des Abgabepflichtigen ergeben (Erlaßbedürftigkeit; Baum, in: Koch/Scholtz, Abgabenordnung, 4. Aufl. 1993, § 163 Rz. 11, Krabbe, in: Koch/Scholtz, a.a.O., § 227 Rz. 19). Erlaßbedürftigkeit ist danach gegeben, wenn die Abgabenerhebung bzw. -einziehung die wirtschaftliche oder persönliche Existenz

des Abgabepflichtigen vernichten oder ernstlich gefährden würde.

b) Aus **sachlichen Gründen** kann ein Abgabenerlaß gewährt werden, wenn ein Sachverhalt zwar den gesetzlichen Tatbestand erfüllt, die Abgabenerhebung bzw. -einziehung aber den Wertungen des Gesetzes zuwiderläuft (Krabbe, in: Koch/Scholtz, a.a.O., § 227 Rz. 19). Sachliche Billigkeitsgründe sind nach Auffassung der (Finanz-)Rechtsprechung dann gegeben, wenn nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers angenommen werden kann, daß er die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage - hätte er sie geregelt - im Sinne der beabsichtigten Billigkeitsmaßnahme entschieden hätte, oder wenn angenommen werden kann, daß die Erhebung bzw. Einziehung den Wertungen des Gesetzgebers widerspricht. Da die §§ 163, 227 AO keine vom Gesetzgeber nicht gewollten Befreiungsvorschriften ersetzen können, soll ein Erlaß nur in solchen Fällen zulässig und geboten sein, die bei Erlaß des Gesetzes nicht vorausgesehen und deren Härten nicht in Kauf genommen worden wären; hat der Gesetzgeber die Härten gesehen und in Kauf genommen, so soll keine Unbilligkeit bestehen (vgl. hierzu Tipke/Kruse, a.a.O., § 163 Rz. 3, § 227 Rz. 19).

c) Danach dürfte im vorliegenden Fall im Anwendungsbe- reich der §§ 163, 227 AO ein Erlaß aus sachlichen Billigkeitsgründen aus denselben Gründen nicht möglich sein wie im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 5 BauGB. Auch die Billigkeitsvorschriften der §§ 163, 227 AO dienen nicht dazu, Befreiungen oder Vergünstigungen, die der Gesetzgeber wissentlich oder willentlich ausgeschlossen hat, auf dem Weg der sachlichen Härte zu gewähren (Krabbe, in: Koch/Scholtz, a.a.O., § 227 Rz. 23): Für die Fälle, in denen ein freihändiger Erwerb nicht gelingt, steht der Gemeinde das förmliche Enteignungsverfahren zur Verfügung. Auch hier gilt, daß der Beitragsverlaß nicht dazu bestimmt ist, etwaige Unzulänglichkeiten oder Schwierigkeiten des Enteignungsrechts auszugleichen.

Im Ergebnis kann die Gemeinde u. E. daher weder gemäß § 135 Abs. 5 Satz 2 BauGB noch nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4b BayKAG i.V.m. § 163 AO bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5a BayKAG i.V.m. § 227 AO Erschließungsbeiträge ganz oder teilweise erlassen, um damit den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücksflächen, die für ein Baugebiet benötigt werden, zu erreichen.

ErbStG § 9

Vollzug einer Grundstücksschenkung bei bedingtem Rückübertragungsanspruch

I. Sachverhalt

a) Im Jahre 1992 hatten die Eltern E. ihrer Tochter T. ein Mehrfamilienwohnhaus in M. übergeben. Die Tochter hatte dieses im Jahre 1993 in Wohnungseigentum aufgeteilt; die Aufteilung und Eintragung der neuen Eigentümerin wurde Ende 1993 im Grundbuch vollzogen. Anfang 1994 erhielten die nicht mehr im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Eltern E. neue Einheitswertbescheide für die Eigentumswohnungen auf den 01.01.1994. Auf Anfrage antwortete das Finanzamt M., daß in der Übertragungsurkunde aus dem Jahr 1992 ein Belastungs- und Veräußerungsverbot enthalten sei. Deshalb seien die Überlasser weiterhin als wirtschaftliche Eigentümer der Eigentumswohnungen zu betrachten und daher die Nachfeststellungen (Einheitswertbescheide zum 01.01.1994) zu Recht ergangen. Nach der uns auszugsweise vorliegenden Übertragungsurkunde aus 1992 wurde das Grundstück mit aufstehendem Gebäude unter der Auflage eines Veräußerungs- und Belastungsverbot übergeben. Zur Sicherung des Veräußerungs- und Belastungsverbotes ist ein bedingter Rückübertragungsanspruch vereinbart, der durch eine entsprechende Vormerkung im Grundbuch gesichert ist.

b) In den sonst üblichen Übergabeverträgen des anfragenden Notars behalten die Übergeber sich das Recht vor, die Rückübertragung des Vertragsbesitzes dann zu verlangen, wenn (Nr. 1) der Übernehmer gegen das vorstehende Verfügungsverbot verstoße, oder (Nr. 2) wenn zu Lebzeiten der Übergeber die Zwangsversteigerung des Vertragsobjektes angeordnet werden sollte, oder (Nr. 3) wenn der Übernehmer vor dem Längerlebenden der Übergeber versterben sollte. Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs wird eine Vormerkung bewilligt und beantragt. Daneben erteilt der Übernehmer dem Übergeber die "unwiderrufliche und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite" Vollmacht zur Rückauflassung, die über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gültig sein soll. Die Vollmacht ist dabei nach außen, insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt, unbeschränkt; im Innenverhältnis ist der Bevollmächtigte (= Übergeber) gehalten, von der Vollmacht nur zum Zwecke der Erfüllung der begründeten Rückübertragungsansprüche Gebrauch zu machen.

II. Frage

1. Ist ein Vollzug der Schenkung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bei vorstehend bezeichnetem Sachverhalt anzunehmen? Spielt es für die Anerkennung einer "vollzogenen Schenkung" eine Rolle, ob der Rückübertragungsanspruch im Grundbuch vorgemerkt ist oder nicht?

2. Hindert die vorstehend bezeichnete Vollmachtserteilung (I b) einen Vollzug der Schenkung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG?

III. Rechtslage

Zu Frage 1:

a) **Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG entsteht die Steuer bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung.** Bei der Übertragung von Grundstücken ist die Ausführung der Zuwendung im allgemeinen mit

der Auflassung (§§ 873 ff. BGB) vollzogen, wenn der Bedachte danach den Eigenbesitz, d. h. das wirtschaftliche Eigentum an dem Grundstück erlangt. Dies ist der Fall, wenn der Erwerber sich wie ein Eigentümer verhalten kann. Das setzt regelmäßig voraus, daß nach den Vereinbarungen in diesem Zeitpunkt auch die Nutzungen und Lasten auf ihn übergegangen sind - auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch kommt es hierfür nicht an (vgl. zum Ganzen: Troll, Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, Stand: Juli 1993, § 7 Rn. 8 m.w.N.).

b) Im Hinblick auf die mit einer Schenkung häufig verbundenen **Vorbehalte und Auflagen (z. B. jederzeitiger Widerruf, Vollmacht zur Verwaltung, Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB usw.) ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung vollzogen ist.**

(1) Nach *Troll* (a.a.O., § 7 Rn. 6) ist selbst für den Fall, daß eine Zuwendung unter jederzeitigem Widerrufsvorbehalt erfolgt, davon auszugehen, daß sie mit steuerlicher Wirkung ausgeführt worden ist. Der Widerrufsvorbehalt ist als auflösende Bedingung (§ 5 Abs. 1 BewG) anzusehen, der zunächst unbeachtet bleiben muß. *Meincke* (Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, 9. Aufl., § 7 Rn. 54) vertritt die Auffassung, daß weder der Vorbehalt freien Widerrufs durch den Schenker noch eine dem Schenker eingeräumte unwiderrufliche Vollmacht zur dinglichen Rückübertragung des zugewendeten Gegenstandes die Bereicherung des Beschenkten ausschließt; der unwiderruflichen Rückübertragungsvollmacht stehe eine Verfügungsermächtigung im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB zugunsten des Schenkers gleich. Ein bedingter Rückübertragungsanspruch des Schenkers in bezug auf ein zugewendetes Grundstück könne durch Rückauflassungsvormerkung abgesichert werden.

Nach *Kapp* (Kommentar zum Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, Stand: Juli 1994, § 9 Rn. 69 ff. und 76 ff.) knüpft das Erbschaftssteuerrecht grundsätzlich an bürgerlich-rechtliche Vorgänge an. Nach der Rechtsprechung des BGH sei eine Schenkung bürgerlich-rechtlich aber schon dann vollzogen, wenn der Schenker alles das getan habe, was von seiner Seite zum Erwerb des Grundstücks erforderlich sei, so daß es für den Rechtsübergang auf seine eigene persönliche Mitwirkung nicht mehr ankomme (vgl. BGH NJW 1974, 2319). Der steuerliche Ausführungszeitpunkt werde mit Hilfe der im Erbschaftsteuerrecht grundsätzlich nicht anwendbaren wirtschaftlichen Betrachtungsweise gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen Ausführungszeitpunkt vorgezogen. Eine Grundstücksschenkung sei aber in jedem Fall spätestens mit der Grundbucheintragung vollzogen. Die Auffassung, die bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, die mit einer Widerrufsklausel beschwert sind, annehme, daß diese Schenkung ohne Rücksicht auf die Eigentumseintragung erst mit dem Erlöschen dieses Rechtes oder durch Verzicht als ausgeführt angesehen werden könne, widerspreche dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des bürgerlichen Rechts.

(2) **Demgegenüber sind andere Literaturstimmen** (vgl. z. B. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, 9. Aufl. 1993, § 27 I 4, S. 988/989) der Auffassung, daß eine Schenkung mit freiem Widerrufsvorbehalt oder die mit einer auflösenden Wollensbedingung versehene Schenkung keinen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang darstellten. Denn sowohl eine

Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechts als auch die freigebige Zuwendung im Sinne des Erbschaftsteuerrechts setzten eine endgültige materielle Bereicherung des Zuwendungsempfängers voraus; dazu reiche der nur formale Eigentums- oder sonstige Rechtsübergang nicht. Die gleiche Beurteilung sei geboten, wenn zwar nicht ein freies Widerrufsrecht vorbehalten sei, in dem Vertrag aber eine Anzahl von Widerrufsgründen enumerativ aufgezählt und aus dem Inhalt der Widerrufsgründe deutlich werde, daß die Zuwendung noch nicht zum Vermögen des Empfängers gehören sollte (ähnlich z. B. Peltner, Die mittelbare Grundstücksschenkung im Schenkungssteuerrecht, DStR 1986, 72/75).

(3) Die **Rechtsprechung**, die eine Zeitlang der These *Knobbe-Keuks* zuneigte (vgl. z. B. BFH BStBl. II 85, 159, 160), hat **sich inzwischen der Auffassung angeschlossen, daß ein wirksam vereinbartes freies Widerrufsrecht die Bereicherung des Erwerbers nicht ausschließt:**

"Der Senat schließt sich der Auffassung an, daß eine bürgerlich-rechtlich vollzogene Schenkung - sofern sie ernst gemeint ist (§ 117 Abs. 1 BGB) - auch dann die Schenkungssteuer nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974 zur Entstehung bringt, wenn sie unter freiem Widerrufsvorbehalt steht. Denn mit dem Vollzug einer Sachschenkung durch Übereignung des Schenkungsgegenstandes ist diese aus dem Vermögen des Zuwendenden ausgeschieden und in das Vermögen des Zuwendungsempfängers übergegangen, es hat folglich eine auf der causa der unentgeltlichen Zuwendung beruhende Vermögensverschiebung stattgefunden ... Ebenso wenig wie der Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs u. ä. der Bereicherung und infolge Ausführung der Zuwendung der Entstehung von Schenkungssteuer entgegensteht, berührt auch eine dem Zuwendenden erteilte Verfügungsvollmacht den Eintritt der Entreichung des Zuwendenden durch die Entäußerung des Zuwendungsgegenstandes. Denn diese Verfügungsvollmacht - die im übrigen nur das Außenverhältnis, nicht aber etwaige ihr zugrundeliegenden Absprachen erkennen läßt - hat die Tochter nicht in der eigenen Verfügung über das Grundstück beschränkt und nicht beschränken können (§ 137 Satz 1 BGB) ... (BStBl. 1989 II, 1034, 1036; ebenso BFH BStBl. 1983, II, 179, 180; ähnlich FG Hamburg EFG 1989, 298, 299)."

c) Die Landesnotarkammer Bayern hat an die Oberfinanzdirektion München eine Anfrage gerichtet, **ob der Vollzug der Schenkung bei vorbehaltenem Nießbrauch und bedingten Rückübertragungsansprüchen anzunehmen sei** (Mitt-BayNot 1994, 87 ff.). Die OFD München bestätigte in ihrer Antwort, daß die frühere Ansicht der Finanzverwaltung, wonach Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, die gleichzeitig mit einer Widerrufs Klausel beschwert waren, erst mit dem Erlöschen dieser Rechte als ausgeführt im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG angesehen werden könnten, durch die Rechtsprechung überholt sei. Die OFD München wies insbesondere darauf hin, daß die von der Landesnotarkammer Bayern unter den Fallgruppen 1 - 3 aufgezählten Auflagen die schenkungssteuerliche Ausführung der Zuwendung nicht hindere. Unter Fallgruppe 2 sind insbesondere die Auflage des Veräußerungs- und Belastungsverbot und eine Rückübertragungspflicht auf jederzeitiges Anfordern des Zuwendenden hin

aufgeführt, wobei der Rückübertragungsanspruch im Grundbuch vermerkt ist.

d) Zusammenfassend dürfte daher entsprechend dem Schreiben der OFD München ein Vollzug der Schenkung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auch bei der Auflage eines Veräußerungs- und Belastungsverbot und einem im Grundbuch vermerkten bedingten Rückübertragungsanspruch vorliegen.

Zu Frage 2:

Diese Fallkonstellation ist in der Anfrage der Landesnotarkammer Bayern an die OFD München nicht enthalten. Nach unserem Dafürhalten dürfte die in der Fallgruppe 2 d) aufgeführte Auflage einer Rückübertragungspflicht auf jederzeitiges Anfordern des Zuwendenden hin der hier vorliegenden Vollmachtstlösung gleichstehen. Dafür könnte auch der Umstand sprechen, daß der BFH (BStBl. 1989 II, 1034, 1036) davon ausgeht, daß ebensowenig, wie der Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs der Entstehung von Schenkungssteuer entgegensteht, auch eine dem Zuwendenden erteilte Verfügungsvollmacht den Eintritt der Entreichung des Zuwendenden durch die Entäußerung des Zuwendungsgegenstandes berühre. Auch *Felix* (KÖSDI 1/94, 9649, 9650) geht bei dieser Fallkonstellation von einer schenkungssteuerrechtlichen Vollschenkung aus. Da diese Frage in dem Schreiben der OFD München nicht ausdrücklich erwähnt worden ist, stellt diese Überlegung allerdings nur eine Auslegungsüberlegung dar. Eine Gestaltungssicherheit dürfte sich insoweit nur erreichen lassen, sofern eine verbindliche Zusage der Finanzverwaltung eingeholt wird.

Rechtsprechung

ErbbauVO § 9

Anpassung des Erbbauzinses

Ist vereinbarte Voraussetzung für eine Anpassung des Erbbauzinses eine „erhebliche“ oder „wesentliche“ Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse (der Lebenshaltungskosten und der Einkommen), so genügt eine Änderung um mehr als 10%. Das gilt auch, wenn die Anpassung davon abhängt, daß der bisherige Erbbauzins nicht mehr eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Erbbaugrundstücks darstellt und sich dies nach Treu und Glauben beurteilen soll.

BGH, Urt. v. 3. Februar 1995 - V ZR 222/93

Kz.: L I 5 - § 9 ErbbauVO

Problem

Der Erbbaurechtsvertrag enthielt eine Wertsicherungsklausel mit folgendem Wortlaut: „... eine Neufestsetzung des Erbbauzinses verlangen, wenn der vereinbarte Erbbauzins nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Erbbaugrundstücks im Rahmen des Erbbaurechts darstellen sollte. Der Erbbauzins ist unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse dem veränderten Nutzungswert des Erbbaugrundstückes durch entsprechende Erhöhung oder Herabsetzung

anzupassen ...“ Es war nun fraglich, wie diese Klausel auszulegen ist.

Lösung

Der BGH weist darauf hin, daß eine Anpassungsklausel vorsehen könne, daß die Festsetzung des Erbbauzinses, sofern darüber keine Einigung erzielt werde, entsprechend den §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB durch Urteil erfolgen solle (BGHZ 71, 276, 284). Der BGH hatte im Urteil vom 24.04.1992 (NJW 1992, 2088) entschieden, daß bei ähnlichen wie hier nur allgemein umschriebenen Gleitklauseln (so im Fall der Anknüpfung an eine „erhebliche“ oder „wesentliche“ Änderung der Lebenshaltungskosten) es für ein Anpassungsverlangen als ausreichend angesehen werde, wenn sich die Verhältnisse in einer Größenordnung von 14% verändert hätten (BGH WM 1967, 1248). Der BGH schließt sich der Auffassung des Schrifttums an, **daß eine Änderung dieser Verhältnisse als erheblich angesehen werde, wenn sie über 10% hinausgehe** (Ingenstau, ErbbauVO, 6. Aufl., § 9 Rn. 32).

GBO §§ 19, 22, 23

Löschungsbewilligung durch Testamentsvollstrecker

1. Beantragt und bewilligt der Testamentsvollstrecker die Löschung einer zugunsten des Erblassers (Berechtigten) eingetragenen Rückauflassungsvormerkung, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Erbe der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch aufgrund des Todes des Berechtigten unrichtig geworden ist.

2. Kann der durch die Vormerkung gesicherte Rückauflassungsanspruch nur von dem Berechtigten persönlich geltend gemacht werden und ist er für den Fall seiner Geltendmachung vererblich, ist jedoch die Vormerkung zeitlich unbeschränkt bestellt, rechtfertigt mangelnder Widerspruch des Rechtsnachfolgers innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten allein die Löschung nicht.

BayObLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 16.3.1995 - 2Z BR 8/95
Kz.: L II 3 - § 23 GBO

Problem

Der Beteiligte war Testamentsvollstrecker und bewilligte die Löschung einer Rückauflassungsvormerkung, die zugunsten der Erblasserin im Grundbuch im Rahmen eines Überlassungsvertrages eingetragen war. Es war fraglich, ob der Testamentsvollstrecker hierzu befugt war.

Lösung

Das BayObLG weist darauf hin, daß, wenn der Berechtigte verstorben ist, die Eintragung für die Erben wirkt, so daß in der Regel zum Löschen der Vormerkung ihre Bewilligung erforderlich ist. Hat der Erblasser jedoch eine **Testamentsvollstreckung** angeordnet, ist diese wirksam, und hat der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen, so ist während der Dauer der Testamentsvollstreckung der Testamentsvollstrecker über den Nachlaß Verfügungsbefugt, **so daß er die Löschung einer Eintragung bewilligen kann**. Seine Befugnis ist grundsätzlich unbeschränkt. Lediglich unentgeltliche Verfügungen sind ihm untersagt (§ 2205 S. 3 BGB). **Gibt er eine Löschungsbewilli-**

gung ab, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Erbe der Bewilligung der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch unrichtig ist. Die Bewilligung der Löschung stellt dann eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung dar. Unentgeltlichkeit liegt dann vor, wenn der Verminderung des Nachlasses eine entsprechende Gegenleistung nicht gegenübersteht und der Testamentsvollstrecker die Unzulänglichkeit der Gegenleistung kennt oder hätte kennen müssen. **Unentgeltliche Verfügungen sind grundsätzlich unwirksam** (BGH NJW 1991, 842; OLG Hamm RPfleger 1991, 59). Die Verfügung des Testamentsvollstreckers kann jedoch auch bei einer unentgeltlichen Verfügung wirksam sein, wenn der Erbe zustimmt. Außerdem bedarf es keiner Zustimmung, wenn das Grundbuch aufgrund des Todes der Berechtigten unrichtig geworden ist und durch die Löschung berichtigt werden soll (§ 22 Abs. 1 GBO). Da im vorliegenden Fall die Vormerkung nicht auf die Lebensdauer der Berechtigten beschränkt war und damit durch den Tod der Berechtigten nicht in Wegfall gekommen war, hätte der Testamentsvollstrecker der Zustimmung des Erben bedurft.

WEG § 5

Gemeinschaftliches Eigentum an Geräteraum

Ein Kellerraum, der einen einzigen Zugang zu einem in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Geräteraum bildet, kann nicht im Sondereigentum stehen.

BayObLG, Beschl. v. 16.03.1995 - 2Z BR 12/95
Kz.: L I 4 - § 5 WEG

Problem

Im vorliegenden Fall wurde ein Wohnhaus nach § 8 WEG in zwei Wohnungen aufgeteilt. Im Kellergeschoß befand sich ein im gemeinschaftlichen Eigentum stehender Raum, der als Geräteraum bezeichnet und nur durch den im Sondereigentum der Wohnung Nr. 2 zugewiesenen Keller erreichbar war. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag, die Teilung zu vollziehen, ab.

Lösung

Das BayObLG weist auf die ständige Rechtsprechung hin, nach der Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum bilden, gemeinschaftliches Eigentum sein müssen (BGH NJW 1991, 2909; kein Sondereigentum am einzigen Zugang zur gemeinschaftlichen Heizanlage). Dagegen können solche Räumlichkeiten dann im Sondereigentum stehen, wenn der gemeinschaftliche Raum seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient (BayObLG DNotZ 1992, 490). Ein Geräteraum diene allerdings dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer, so daß Zugang gewährleistet sein müsse.

LöschG §§ 1, 2; GmbHG §§ 53, 60, 69

Fortsetzung einer Liquidationsgesellschaft als werbende GmbH

1. Eine GmbH, die aufgelöst ist, weil ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels kostendeckender Masse rechtskräftig abgewiesen worden ist (§ 1 Abs. 1 LösSchG), kann durch Gesellschafterbeschuß auch dann nicht mehr als werbende Gesellschaft fortgesetzt werden, wenn ihr neues Gesellschaftsvermögen zugeführt wird (Bestätigung von BayObLGZ 1993, 341).

2. Die Satzung einer GmbH kann grundsätzlich auch dann noch geändert werden, wenn sich die Gesellschaft in Liquidation befindet; insbesondere sind Änderungen zulässig, die dem Liquidationszweck dienen.

BayObLG, Beschl. v. 12.01.1995 - 3Z BR 314/94
Kz.: L V 2 - § 60 GmbHG

Problem

Bei Vermögenslosigkeit einer GmbH ist deren Löschung nach § 2 LösSchG zu betreiben. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 LösSchG wird eine GmbH schon mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst, durch den gem. § 107 KO ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse abgewiesen wird. Diese Auflösung ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (§ 1 Abs. 2 S. 2 LösSchG). Da die Konkursablehnung mangels Masse nicht in jedem Fall ein Anzeichen für Vermögenslosigkeit der Gesellschaft sein muß, kann sich eine Liquidation anschließen.

Fraglich ist nun, ob eine nach § 1 Abs. 1 S. 1 LösSchG aufgelöste GmbH, die sich im Stadium der Liquidation befindet, durch Beschluß der Gesellschafter wirksam fortgesetzt, d. h. wieder in eine werbende GmbH zurückverwandelt werden kann.

Lösung

Das BayObLG bestätigt im hier entschiedenen Fall seinen Beschluß vom 14.10.1993 (BayObLGZ 93, 341 ff.) und die überwiegende Meinung im Schrifttum. Danach kann eine GmbH, deren Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels kostendeckender Masse rechtskräftig abgewiesen worden ist, auch dann nicht mehr durch Gesellschafterbeschuß als werbende Gesellschaft fortgesetzt werden, wenn neues Gesellschaftsvermögen zugeführt wird.

Denn im Falle des § 2 LösSchG beruhe die Löschung der Gesellschaft, welche die Auflösung zur Folge hat (§ 2 Abs. 1 S. 3 LösSchG), auf einer Prüfung der Vermögensverhältnisse durch das Registergericht. Demgegenüber sei bei dem hier vorliegenden Fall der Auflösung nach § 1 Abs. 1 LösSchG allein die rechtskräftige Entscheidung des Konkursgerichts maßgebend. Eine Prüfung der Vermögensverhältnisse durch das Registergericht finde nicht statt. Daran ändere auch nichts, daß sich an eine Auflösung der Gesellschaft nach § 1 Abs. 1 LösSchG wegen der damit häufig verbundenen Vermögenslosigkeit ein LösSchungsverfahren nach § 2 LösSchG anschließen. Die Frage der Fortsetzung der Gesellschaft aber beurteile sich zunächst ausschließlich nach dem auf § 1 Abs. 1 LösSchG beruhenden Auflösungsgrund.

An diesem Ergebnis ändere sich auch nichts dadurch, daß das Registergericht zu Unrecht die Löschung der Gesellschaft von Amts wegen wieder gelöscht habe. Wenn sich nachträglich

herausstelle, daß noch Vermögen vorhanden sei, komme nur eine Wiedereintragung der Liquidationsgesellschaft im Zusammenhang mit der gerichtlichen Bestellung von Liquidatoren nach § 2 Abs. 3 LösSchG in Betracht. Der maßgebende Registereintrag habe daher jetzt eine gelöschte Gesellschaft auszuweisen. Die Gesellschaft bleibe also als Liquidationsgesellschaft bis zum Abschluß der Nachtragsliquidation bestehen und könne durch einen Fortsetzungsbeschuß der Gesellschafter nicht mehr in eine werbende Gesellschaft umgewandelt werden.

Ob eine GmbH, deren Auflösung nur auf § 2 Abs. 1 LösSchG beruht, unter bestimmten Voraussetzungen durch einfachen Gesellschafterbeschuß im Stadium der Nachtragsliquidation (§ 2 S. 3 LösSchG) fortgesetzt werden könne, läßt das BayObLG weiterhin offen.

Allerdings seien auch bei der Liquidationsgesellschaft Satzungsänderungen grundsätzlich möglich, soweit sie nicht dem Zweck der Liquidation entgegenstünden. Insbesondere könne eine Liquidationsgesellschaft eine Firmenänderung vornehmen. Auch eine Kapitalerhöhung könne zulässig sein, wenn sie zur Sicherung der Liquidation und der Gläubigerbefriedigung diene.

WEG §§ 3, 5, 8

Sondereigentum an Duplex-Garagen

An den Stellplätzen einer Doppelstockgarage mit Kippvorrichtung (Duplex-Stellplatz) kann Sondereigentum nicht begründet werden.

BayObLG, Beschl. v. 09.02.1995 - 2Z BR 4/95
Kz.: L I 4 - § 3 WEG

Problem

Die Beteiligten waren Sondereigentümer einer in der Rechtsform des Teileigentums gebildeten Doppelstockgarage (Duplex-Stellplatz) und wollten dieses Teileigentum dergestalt unterteilen, daß mit dem Sondereigentum an jedem der beiden Stellplätze die Hälfte des Miteigentums der jeweiligen Doppelstockgarage verbunden werden sollte. Es war nun fraglich, ob an den einzelnen Stellplätzen Sondereigentum begründet werden konnte.

Lösung

Das BayObLG weist darauf hin, daß grundsätzlich die Unterteilung eines Teileigentumsrechts in entsprechender Anwendung des § 8 WEG in der Weise möglich ist, daß die bisherigen Raumeinheiten jeweils in mehrere in sich wiederum abgeschlossene Raumeinheiten aufgeteilt werden und mit jeder neu geschaffenen Raumeinheit ein Teil des Miteigentums verbunden wird (BGHZ 49, 250). Neues Teileigentum könne allerdings nur dann entstehen, wenn mit jedem Miteigen-

tumsanteil ein sondereigentumsfähiger Raum verbunden werde. Dies sei bei dem einzelnen Stellplatz einer Doppelstockgarage nach der überwiegenden Meinung nicht möglich (vgl. Palandt/Bassenge, 54. Aufl., § 3 WEG Rz. 8). Das BayObLG schließt sich der Gegenmeinung (Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rz. 2836; Linderhaus, MittRhNotK 1978, 86 ff.; Frank, MittBayNot 1994, 512) nicht an. Bei Doppelstockgaragen, die mit einer Kippvorrichtung ausgestattet seien, könne Sondereigentum nur hinsichtlich der ganzen Doppelstockgarage gebildet werden. Die beiden Stellplätze könnten daher nur in Form von Bruchteilseigentum an Teileigentum mit einer Benutzungsregelung nach § 1010 BGB verselbständigt werden, auch könne eine Gebrauchsregelung im Sinne des § 15 Abs. 1 WEG entsprechend der neueren Rechtsprechung des Gerichts als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen werden (vgl. BayObLG, DNotI-Report 18/1994, 4).

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft (Beistandschaftsgesetz)

Mit vorliegendem Gesetzentwurf soll das Recht der gesetzlichen Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder (§ 1706 ff. BGB), das nur in den alten Bundesländern gilt, grundlegend geändert werden. Nach bisherigem Recht wird mit der Geburt des nichtehelichen Kindes im Regelfall das Jugendamt kraft Gesetzes für bestimmte Aufgaben Pfleger des Kindes (§ 1706 ff. BGB). Dies gilt nicht in den neuen Bundesländern (Art.

230 Abs. 1 EGBGB). Diese Vorschriften sollen nach dem vorliegenden Gesetzentwurf aufgehoben werden und durch einen neuen § 1712 (Beistandschaft) geregelt werden, nach dem auf den schriftlichen Antrag eines Elternteils das Jugendamt Beistand des Kindes für die Feststellung der Vaterschaft und die Geltendmachung für Unterhaltsansprüche wird. Diese Regelung soll dann einheitlich für eheliche und nicht-eheliche Kinder gelten.

Literaturhinweise

Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, neuere höchstrichterliche Rechtsprechung und notarielle Gestaltungshinweise, Verlag Kommunikationsforum GmbH Köln, 6. Aufl. 1995, 446 Seiten.

Der nunmehr in sechster Auflage vorliegende Band stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Grundstückskauf dar. Er enthält wahrlich ein Kompendium aller Urteile des BGH, die sich im weitesten Sinne mit Fragen des Grundstückskaufes beschäftigen. Darüber hinaus werden auch besondere Grundstücksverträge wie Mischverträge und aufgespaltene Verträge, Grundstücksüberlassungen mit Versorgungsabreden, Verträge mit Gemeinden, Kaufoptionen etc. behandelt. Besonders zu begrüßen ist Teil B, in dem typische Fehler des Beurkundungsverfahrens und Formulierungsbeispiele enthalten sind. Hier werden die Fragen des Teilflächenverkaufs, der Beurkundung von Angebot und Annahme, der Verweise und Bezugnahme etc. behandelt.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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 mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. 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 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333