

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Tobias Pfundstein,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Keim: Neues Recht in niedriger Dosierung: Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts und seine Bedeutung für den Notar 85

Frank: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen 96

Tersteegen: Gestaltungsmissbrauch bei der Testamentsgestaltung zulasten des Sozialhilfeträgers? 105

Rechtsprechung

Verwendung einer „Altvollmacht“ bei Veräußerung durch GbR (OLG München, Beschluss vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09) 126
mit Anmerkung *Ruhwinkel* 128

Grundbuchvollzug bei im Innenverhältnis beschränkter Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung (OLG München, Beschluss vom 17.2.2009, 34 Wx 091/08) 129
mit Anmerkung *Basty* 131

Keine Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Grundstück (BGH, Beschluss vom 14.5.2009, V ZB 176/08) 136
mit Anmerkung *Damrau* 137

Testamentsvollstreckervergütung nach der Neuen Rheinischen Tabelle (OLG Schleswig, Urteil vom 25.8.2009, 3 U 46/08) 139
mit Anmerkung *Reimann* 143

Ausübung von Gesellschafterrechten trotz fehlerhafter „Altliste“ (LG München I, Beschluss vom 24.9.2009, 17HK T 15914/09) 147

mit Anmerkung *Brandmüller* 147

Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung (BGH, Urteil vom 13.8.2009, IX ZR 159/06) 149

mit Anmerkung *Lotter* 151

Kein Kostenprivileg bei Einbringung in personenidentische GbR (OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 89/09) 153

mit Anmerkung *Weigl* 155

Steuerliche Anerkennung eines Gewinnabführungsvertrags (BFH, Urteil vom 3.9.2009, IV R 38/07) 158

mit Anmerkung *Suttman* 160

Hinweise für die Praxis

Überleitung von Gebäudeversicherungsverträgen beim Immobilienkauf (*Berger*) 164

Die Zweijahresfrist des § 16 GrEStG (*Gottwald*) 165

Inhalt

Aufsätze

Keim: Neues Recht in niedriger Dosierung: Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts und seine Bedeutung für den Notar **85**

Frank: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen **96**

Tersteegen: Gestaltungsmissbrauch bei der Testamentsgestaltung zulasten des Sozialhilfeträgers? **105**

Buchbesprechungen

Münchener Vertragshandbuch. Band 5: Bürgerliches Recht I (*Dietz*) **108**

Münch: Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform (*Brandt*) **109**

Münch: Die Scheidungsimmobilie (*Frank*) **110**

Kappler: Die richterliche Kontrolle von Ehevereinbarungen nicht materieller Natur (*Bergschneider*) **111**

Heinemann: FamFG für Notare (*Bolkart*) **112**

Müller/Winkeljohann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH (*Straßer*) **113**

Priester/Mayer (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*Habel*) **114**

Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht (*Schiffner*) **114**

Gottwald: Grunderwerbsteuer (*Reimann*) **116**

Tiedtke (Hrsg.): Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (*Selbherr*) **118**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Gebäudeversicherungsschutz des Grundstückserwerbers (BGH, Urteil vom 17.6.2009, IV ZR 43/07) **120**
2. Verbrauchereigenschaft (BGH, Urteil vom 30.9.2009, VIII ZR 7/09) **121**
3. Kondizierbarkeit des abstrakten Schuldversprechens nach Verjährung des gesicherten Anspruchs (BGH, Urteil vom 17.11.2009, XI ZR 36/09) **123**
4. Schutz des Erwerbers nach isolierter Kündigung des Bauvertrags (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.9.2009, 19 U 33/09) **124**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Verwendung einer „Altvollmacht“ bei Veräußerung durch GbR
(OLG München, Beschluss vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09) **126**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **128**
6. Grundbuchvollzug bei im Innenverhältnis beschränkter Vollmacht zur
Änderung der Teilungserklärung
(OLG München, Beschluss vom 17.2.2009, 34 Wx 091/08) **129**
mit Anmerkung *Basty* **131**
7. Wirksamkeit einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung
(LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29.7.2009, 14 S 1895/09) **132**

Familienrecht

8. Zustimmung zur einkommensteuerlichen Zusammenveranlagung
(BGH, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 173/06) **134**

Erbrecht

9. Keine Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem der
Testamentsvollstreckung unterliegenden Grundstück
(BGH, Beschluss vom 14.5.2009, V ZB 176/08) **136**
mit Anmerkung *Damrau* **137**
10. Testamentsvollstreckervergütung nach der Neuen Rheinischen Tabelle
(OLG Schleswig, Urteil vom 25.8.2009, 3 U 46/08) **139**
mit Anmerkung *Reimann* **143**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Anmeldung der Sondererbfolge in Kommanditanteile durch Testamentsvollstrecker
(OLG München, Beschluss vom 7.7.2009, 31 Wx 115/08) **144**
mit Anmerkung *Tersteegen* **145**
12. Ausübung von Gesellschafterrechten trotz fehlerhafter „Altliste“
(LG München I, Beschluss vom 24.9.2009, 17HK T 15914/09) **147**
mit Anmerkung *Brandmüller* **147**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung
(BGH, Urteil vom 13.8.2009, IX ZR 159/06) **149**
mit Anmerkung *Lotter* **151**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

14. Hinweispflicht bei Rangrücktritt eines Briefrechts (*nur Leitsatz*)
(BGH, Beschluss vom 22.10.2009, III ZR 250/08) **152**

Kostenrecht

15. Überwachung von Treuhandauflagen ist mit Vollzugsgebühr abgegolten
(OLG München, Beschluss vom 8.10.2009, 32 Wx 88/09) **152**
mit Anmerkung *Diehn* **153**
16. Kein Kostenprivileg bei Einbringung in personenidentische GbR
(OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 89/09) **153**
mit Anmerkung *Weigl* **155**

Steuerrecht

17. Mitunternehmerinitiative nach Anteilsschenkung unter Vorbehaltsnießbrauch
(BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07) **156**
18. Steuerliche Anerkennung eines Gewinnabführungsvertrags
(BFH, Urteil vom 3.9.2009, IV R 38/07) **158**
mit Anmerkung *Suttmann* **160**
19. Anwendung des § 3 Nr. 2 GrEStG im Rahmen des § 5 Abs. 3 GrEStG
(BFH, Urteil vom 7.10.2009, II R 58/08) **162**

Hinweise für die Praxis

1. Überleitung von Gebäudeversicherungsverträgen beim Immobilienkauf (*Berger*) **164**
2. Die Zweijahresfrist des § 16 GrEStG (*Gottwald*) **165**

Standesnachrichten **167**

Sonstiges **III**

2 | **MittBayNot** Begründet 1864

März/April 2010

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse
tätigen Notare und Notarassessoren
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Tobias Pfundstein
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Neues Recht in niedriger Dosierung: Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts und seine Bedeutung für den Notar

Von Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen am Rhein

Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ist nach relativ langem Vorlauf am 1.1.2010 in Kraft getreten.¹ Bereits nach den Vorentwürfen waren nur punktuelle Änderungen des bestehenden Erbrechts vorgesehen,² auch weil die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Garantie des Pflichtteilsrechts beachtet werden mussten.³ Mit der Möglichkeit der nachträglichen Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil und der nachträglichen Ausgleichung sowie der Erweiterung des Personenkreises, innerhalb dessen Pflegeleistungen auszugleichen sind, sind im Gesetzgebungsverfahren noch einige Kernstücke der Reform auf der Strecke geblieben. Trotzdem bietet die Neuregelung für die notarielle Praxis einige beachtenswerte Änderungen, auf die im Folgenden eingegangen wird.

I. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick⁴

- Der bisherige § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB, der bei Erbeinsetzungen von Pflichtteilsberechtigten nicht höher als der Pflichtteilsquote einen generellen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerden vorsah, ist abgeschafft.
- Die Einführung der Pro-Rata-Lösung nach § 2325 Abs. 3 BGB beseitigt für die Pflichtteilergänzung die bisherige starre Regelung, nach der eine Schenkung unberücksichtigt bleibt, wenn zehn Jahre seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Stattdessen wird künftig nur eine Schenkung innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall voll berücksichtigt, frühere

Schenkungen innerhalb jeden weiteren Jahres um ein Zehntel weniger.⁵

- Nach der Neufassung des § 2331 a BGB werden die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für eine Stundung des Pflichtteilsanspruchs erweitert.
- Die Pflichtteilentziehungsgründe des § 2333 BGB wurden geringfügig verändert. Neu hinzugekommen ist insbesondere der Entziehungsgrund der Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung.⁶
- Abkömmlinge, die im Haushalt des Erblassers Pflegeleistungen erbracht haben, können nunmehr gemäß § 2057 a BGB bei der Erbauseinandersetzung auch dann einen Ausgleich fordern, wenn mit der Pflege kein Verzicht auf berufliches Einkommen verbunden ist.
- Die Wirkungen eines Zuwendungsverzichts wurden auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt.
- Durch die Streichung der Sondervorschrift des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt jetzt auch im Erbrecht grundsätzlich die Regelverjährung von drei Jahren nach §§ 195, 199 BGB.
- Nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 23 EGBGB

¹ BGBl 2009 I, S. 3412.

² Dazu insb. *Muscheler*, ZEV 2008, 105.

³ BVerfG, DNotZ 2006, 60; *Langenfeld*, NJW 2009, 3121; *Wagner*, NotBZ 2009, 44, 45.

⁴ Überblicksaufsätze zum neuen Gesetz vgl. u. a. *Reimann*, FamRZ 2009, 1633; *Lange*, DNotZ 2009, 732; *Langenfeld*, NJW 2009, 3121; *Holtmeyer*, ErbR 2009, 298; *Odersky*, notar 2009, 362; *Damrau*, EE 2009, 127; hervorragend insb. *Reymann*, DAI-Skript, Aktuelle Gesetzesänderungen, 2009, S. 46 ff.; *Wälzholz*, DStR 2009, 2; zu den Entwürfen beispielsweise *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 293; *Keim*, ZEV 2009, 161; *Meyer*, FPR 2008, 537; *Muscheler*, ZEV 2008, 105; *Odersky*, MittBayNot 2008, 8; *Reimann*, FamRZ 2007, 1597; *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2; *Spall*, ZErB 2007, 272; *Wagner*, NotBZ 2009, 44.

⁵ Dazu *Müller*, ZNotP 2007, 445.

⁶ § 2333 Abs. 4 BGB.

sollen die neuen Regelungen für alle Erbfälle nach Inkrafttreten der Reform gelten und zwar unabhängig davon, ob an Ereignisse vor dem Inkrafttreten angeknüpft wird.⁷ Das bedeutet, dass beispielsweise für vergangene leibzeitige Übertragungen die Pro-Rata-Regelung des neuen § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB für die Frage der Pflichtteilergänzung anzuwenden ist.⁸ Vor dem Inkrafttreten erbrachte Pflegeleistungen sind unter den vereinfachten Voraussetzungen ausgleichspflichtig.⁹ Auch ein in der Vergangenheit erklärter Zuwendungsverzicht könnte sich bei einem späteren Erbfall auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken.¹⁰

II. Die Neuregelung der §§ 2305, 2306 Abs. 1 BGB¹¹

1. Die Vereinfachung des § 2306 Abs. 1 BGB

In seiner früheren Fassung differenzierte § 2306 Abs. 1 BGB beim zum Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten, dessen Erbteil mit Beschränkungen und Beschwerden belegt war, danach, ob der ihm zugeordnete Erbteil den hälftigen gesetzlichen Erbteil überstieg oder nicht.¹² War der Erbteil größer, blieben die Beschränkungen und Beschränkungen bestehen, der Pflichtteilsberechtigte konnte ausschlagen und dadurch den unbeschränkten Pflichtteil erhalten. War dies nicht der Fall, entfielen die Beschränkungen und Beschwerden automatisch. Da besonders bei Testamenten, die ohne rechtliche Beratung verfasst werden, häufig keine festen Erbquoten angegeben werden und stattdessen der Nachlass gegenständlich verteilt wird, konnte der Pflichtteilsberechtigte oftmals nicht erkennen, welche Alternative einschlägig war, ob er also ausschlagen oder annehmen musste, um den ungeschmälernten Pflichtteil zu erhalten. Der bisherige § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB wurde durch die Reform gestrichen. Um seinen ungeschmälernten Pflichtteil zu erhalten, muss der so Bedachte also jetzt stets ausschlagen. Schlägt er nicht aus und ist der ihm hinterlassene Erbteil quotenmäßig geringer als der hälftige gesetzliche Erbteil, steht ihm neben seinem beschränkten oder beschwerten Erbteil ein Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 Satz 1 BGB in Höhe des zum hälftigen Erbteil fehlenden Teiles zu. Bei der Berechnung dieses Restpflichtteiles sind allerdings gemäß § 2305 Satz 2 BGB die Beschränkungen und Beschwerden nicht zu berücksichtigen.

2. Folgerungen für die Testamentsgestaltung

a) Anordnung beschränkter oder beschwerter Kleinerteile zugunsten von Pflichtteilsberechtigten?

aa) Kein völliger Wegfall von Beschwerden und Beschränkungen

Bei Gestaltungen, bei denen dem Pflichtteilsberechtigten nicht mehr als der hälftige gesetzliche Erbteil hinterlassen wird, drohte bisher der automatische Wegfall aller Beschränkungen und Beschwerden. Das konnte durchaus auch dem juristisch beratenen Erblasser passieren: Denn für den Vergleich zwischen gesetzlichem und hinterlassenem Erbteil kam es zwar normalerweise auf die abstrakten Erbquoten an. Bestanden jedoch Ausgleichs- und Anrechnungspflichten

gemäß §§ 2315, 2316 BGB, stellte die herrschende Meinung bei der Frage, welche Alternative des § 2306 Abs. 1 BGB eingreift, auf einen konkreten Wertvergleich ab.¹³ Diese Werttheorie wurde damit gerechtfertigt, dass mit § 2306 BGB nur der konkrete Pflichtteil geschützt werden solle, der dem Pflichtteilsberechtigten unter Berücksichtigung von Anrechnung und Ausgleich tatsächlich noch zustünde, so dass die Formulierung des Gesetzes „Hälfte des gesetzlichen Erbteils“ in diesen Fällen ungenau war.¹⁴ Diese Abgrenzungsfragen haben mit der Neuregelung eine Erledigung gefunden.¹⁵

In der notariellen Praxis werden aber häufig knapp über der Pflichtteilsquote liegende Erbeinsetzungen mit Nacherbeneinsetzungen und einer Dauertestamentsvollstreckung kombiniert, um überschuldete oder schwer behinderte Abkömmlinge vor dem Zugriff der Gläubiger bzw. des Sozialhilfeträgers zu schützen. Durch die Neuregelung wird wenigstens die Gefahr gebannt werden, dass diese Konstruktion durch einen Wegfall aller Beschränkungen völlig zusammenbricht.¹⁶

bb) Nachteile zu kleiner Erbeile: Pflichtteilsrestanspruch, Pflichtteilergänzung und Gefahr der Ausschlagung

(1) Pflichtteilsrestanspruch

Gemäß § 2305 BGB steht dem mit einer unterhalb der Pflichtteilsquote bedachten Erben in Höhe der zum Pflichtteil fehlenden Differenz allerdings ein Pflichtteilsrestanspruch zu, der dann nicht von der Nacherbfolge und einer ggf. angeordneten Dauertestamentsvollstreckung umfasst ist. Die Vorschrift konnte bisher aufgrund von § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. nur nicht beschränkte Erbeinsetzungen unterhalb der Pflichtteilsquote umfassen, wird jedoch jetzt auch auf die nach der Neuregelung möglichen beschwerten und beschränkten Erbeile unterhalb der Pflichtteilsquote anwendbar.¹⁷ Bei der Bemessung des Pflichtteilsrestanspruches werden allerdings die Beschränkungen und Beschwerden nicht von dem hinterlassenen Erbteil in Abzug gebracht und führen nicht zu einer weiteren Erhöhung des Pflichtteilsrestanspruches, § 2305 Satz 2 BGB.¹⁸

(2) Risiko der Ausschlagung

Bei der Anordnung zu kleiner Erbeile, verbunden mit Beschränkungen und Beschwerden, ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Gefahr einer Ausschlagung umso größer wird, je geringer der hinterlassene Erbteil ist. Bei einem Behindertentestament steht der geistig behinderte Abkömmling regelmäßig unter Betreuung. Aus der Pflicht des Betreuers zur Wahrung der Interessen des Betreuten kann sich dadurch sogar eine Verpflichtung zur Ausschlagung ergeben, wenn der hinterlassene Erbteil zu gering ist und ihm daher gegenüber dem Pflichtteilsverlangen Nachteile bringt.¹⁹

⁷ Keim, ZEV 2008, 161, 162.

⁸ Keim, ZEV 2008, 161, 162; Muscheler, ZEV 105, 110.

⁹ Muscheler, ZEV 2008, 105, 110.

¹⁰ Muscheler, ZEV 2008, 105, 110.

¹¹ Kritisch bereits zum Entwurf mit Alternativvorschlägen Lindner, ErbR 2008, 374.

¹² Muscheler, ZEV 2008, 105, 107.

¹³ Überblick über den Meinungsstand bei Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2306 Rdnr. 8; MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl., § 2306 Rdnr. 4.

¹⁴ Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl., § 2306 Rdnr. 4.

¹⁵ Wälzholz, DStR 2009, 2104, 2105.

¹⁶ Spall, ZErB 2007, 272; Lindner, ErbR 2008, 374; zum Bedürfnigentestament Litzemberger, ZEV 2009, 278.

¹⁷ So auch Spall, ZErB 2007, 272, 274.

¹⁸ So Spall, ZErB 2007, 272, 274.

¹⁹ Langenfeld, NJW 2009, 3121, 3122; Spall, ZErB 2007, 272, 274; Ivo, ZErB 2004, 174; zur Interessenabwägung OLG Köln, ZEV 2008, 196.

(3) Pflichtteilergänzungsansprüche

Schließlich drohen weiterhin Pflichtteilergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB, wenn einerseits der dem Behinderten bzw. Überschuldeten hinterlassene Erbteil klein ist, und andererseits den anderen Abkömmlingen erhebliche Vermögensgegenstände bereits zu Lebzeiten übertragen wurden. Um zu verhindern, dass solche nicht durch Testamentsvollstreckung und Nacherschenschaft abgeschirmten Ansprüche entstehen, werden weiterhin die von der Praxis empfohlenen, durch die Entstehung von Pflichtteilergänzungsansprüchen bedingten ergänzenden Vermächtnisse relevant und notwendig bleiben, die zusätzlich durch eine Vermächtnisvollstreckung und ein Nachvermächtnis vor dem Zugriff von Gläubigern geschützt werden müssen.²⁰

3. Konsequenzen für den Pflichtteilsberechtigten nach Eintritt des Erbfalls

a) Die Ausschlagung als zuverlässiges Instrument zur Pflichtteilerhaltung

Durch die Neuregelung ist die Situation für den mit einem beschränkten oder beschwerten Erbteil bedachten Pflichtteilsberechtigten jedenfalls dann einfacher geworden, wenn er rechtlich beraten ist. Unabhängig von der Größe des ihm hinterlassenen Erbteils verschafft sich der Pflichtteilsberechtigte künftig in jedem Fall durch die Ausschlagung seinen unbeschränkten Pflichtteilsanspruch, während er bei Annahme der Erbschaft mit dem beschränkten oder beschwerten Erbteil – ggf. ergänzt durch einen Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB – vorliebnehmen muss. Der Unsicherheit, welche Alternative des bisherigen § 2306 Abs. 1 BGB eingreift, ob man also ausschlagen oder annehmen muss, um sich den Pflichtteil zu erhalten, wurde bisher versucht dadurch zu begegnen, dass man eine Ausschlagung unter dem Vorbehalt des Pflichtteils teilweise für zulässig hielt.²¹ Ob einer solchen unter einer Rechtsbedingung erklärten Ausschlagung der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit der Ausschlagung des § 1947 BGB entgegen stand, war allerdings streitig.²² Durch die Neuregelung dürfte diese Diskussion hinfällig geworden sein.

b) Weiter bestehende/neue Probleme für den Erben

Weiterhin muss der Pflichtteilsberechtigte aber die wirtschaftlichen Folgen der Ausschlagungsentscheidung innerhalb der kurzen sechswöchigen Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB abschätzen. Insbesondere bei der Hinterlassung eines durch erhebliche Vermächtnisse beschwerten Erbteiles setzt dies zumindest eine ungefähre Kenntnis des Nachlassbestandes voraus, da der Pflichtteilsberechtigte erkennen können muss, ob das, was nach der Erfüllung der Vermächtnisse für ihn übrig bleibt, noch werthaltiger ist als sein Pflichtteil.²³ Hat er sich über das Vorhandensein wesentlicher Nachlassgegenstände getäuscht und deshalb die falsche Entscheidung getroffen, wird ihm auch künftig nur der Weg bleiben, eine Erbschaftsannahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft wegen Eigen-

schaftsirrums gemäß § 119 Abs. 2 BGB anzufechten.²⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH begründet auf Grundlage des alten Rechts die irrige Vorstellung eines unter Beschwerden als Alleinerben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Anspruch auf den Pflichtteil nicht zu verlieren, einen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum bei der Annahme der Erbschaft.²⁵ Diese Anfechtungsmöglichkeit wird durch die Neuregelung nicht beseitigt.²⁶ Denn man kann von einem rechtlich nicht beratenen Erben nicht erwarten, dass er weiß, dass er gerade ausschlagen muss, um sich seinen Pflichtteil zu sichern, wo doch die Erbausschlagung ansonsten zum Verlust jeglicher Nachlassbeteiligung führt. Ob die Vereinfachung des Gesetzes so weit gegangen ist, dass der juristische Laie dem Gesetzestext hinreichend klar entnehmen kann, dass er ausschlagen muss, und er daher einen solchen Irrtum nicht mehr vortragen kann,²⁷ wage ich zu bezweifeln. Wird der hinterlassene Erbteil beispielsweise durch Vermächtnisse wertmäßig völlig aufgezehrt und versäumt der Erbe eine Ausschlagung, so verliert er künftig auch dann seinen Pflichtteilsanspruch, wenn der hinterlassene Erbteil quotenmäßig den Pflichtteil nicht übersteigt. Da beim Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 Satz 2 BGB die Beschränkungen und Beschwerden nicht berücksichtigt werden, wird er insofern auch nur unzureichend geschützt, da nur der quotenmäßig fehlende Teil aufgestockt wird, die wertmäßige Aufzehrung durch das Vermächtnis aber nicht auszugleichen ist. Sogar im Falle einer Alleinerbenstellung kann er im Extremfall wirtschaftlich völlig leer ausgehen.²⁸ Angesichts der Notwendigkeit, einen beschränkten oder beschwerten Erbteil künftig auch dann ausschlagen zu müssen, wenn er die hälftige gesetzliche Erbquote gar nicht erreicht, könnte die praktische Relevanz einer entsprechenden Anfechtung der Annahmeerklärung oder der Versäumung der Ausschlagungsfrist (§ 1956 BGB) in der Praxis sogar noch zunehmen.²⁹

Allerdings trifft den Notar nach wie vor keine Belehrungspflicht dahingehend, dass er den Erben darüber aufklären müsste, welche Handlungsalternative für ihn günstiger ist, da es sich insofern um die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäftes handelt.³⁰

III. Die erweiterte Ausgleichspflicht bei Pflegeleistungen nach § 2057 a BGB³¹

1. Inhalt der Neuregelung

Abkömmlinge, die im Haushalt des Erblassers Pflegeleistungen erbracht haben, können hierfür schon bisher gemäß § 2057 a BGB bei der Erbauseinandersetzung einen Ausgleich verlangen. Nach der Reform hängt die Ausgleichspflicht nicht mehr davon ab, dass der pflegende Angehörige auf Einkünfte verzichtet hat. Dagegen wurde der beabsichtigte, im Regierungsentwurf erhaltene § 2057 b BGB-E, der

²⁰ Dazu Weidlich, ZEV 2001, 94, 96; Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 311 ff.; Schindler, ZERV 2006, 186; Spall, ZERV 2007, 272, 273.

²¹ Frohn, Rpfleger 1982, 56, 57; Staudinger/Haas, § 2305 Rdnr. 12; MünchKommBGB/Leipold, § 1950 Rdnr. 5; Bestelmeyer, FamRZ 2004, 1327.

²² Specks, ZEV 2007, 238; Staudinger/Otte, 2008, § 1950 Rdnr. 7; Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2. Aufl., § 2306 Rdnr. 18.

²³ Holtmeyer, ErbR 2009, 298, 300; Lindner, ErbR 2008, 374, 375; Wagner, NotBZ 2009, 44, 47.

²⁴ Dazu MünchKommBGB/Leipold, § 1950 Rdnr. 10; Keim, RNotZ 2006, 602, 604; BayObLG, FamRZ 1999, 1172.

²⁵ BGH, ZEV 2006, 498 m. Anm. Leipold = ZERV 2006, 378 m. Anm. Keim.

²⁶ A. A. Lange, DNotZ 2009, 732, 736.

²⁷ So Lange, DNotZ 2009, 732, 736.

²⁸ OLG Celle, ZEV 2003, 365.

²⁹ A. A. Bonefeld/Lange/Tanck, ZERV 2007, 292, 293; Herrler/Schmied, ZNotP 2008, 178, 180.

³⁰ So auch Reymann, DAI-Skript, Aktuelle Gesetzesänderungen in der notariellen Praxis S. 55.

³¹ Dazu Ludyga, ZERV 2009, 289, zum ursprünglichen Entwurf van de Loo, FPR 2008, 551.

allen gesetzlichen Erben anstatt nur den Abkömmlingen Ausgleich ermöglichen sollte, doch nicht verwirklicht. Auch die von der Literatur gemachten Alternativvorschläge sind nicht Gesetz geworden: *Otte* hatte dafür plädiert, Pflegeleistungen dadurch zu berücksichtigen, dass man jedem, der den Erblasser ohne angemessenes Entgelt pflegt, ein gesetzliches Vermächtnis zukommen lässt.³² Noch weitergehend wollte *Windel* durch die Pflegeleistung dem Pflegenden eine vollwertige, bei unzureichendem Nachlass in der Nachlassinsolvenz gegenüber Pflichtteilsansprüchen und Vermächtnissen vorrangige, echte Nachlassverbindlichkeit zugunsten des Pflegenden verschaffen.³³ Auch die Bemessung der Höhe des Ausgleichsbetrages nach den Pflegesätzen des § 36 Abs. 3 SGB XI ist nicht realisiert worden. Nach Ansicht des Rechtsausschusses hätte eine Erweiterung des Personenkreises zu komplizierten Abgrenzungsfragen geführt,³⁴ weil die sonstigen Ausgleichsvorschriften des BGB nur auf die Ausgleichung unter Abkömmlingen zugeschnitten seien.

2. Einfluss der Neuregelung auf die Testamentsgestaltung

Da insbesondere die in der Praxis häufige Fallkonstellation, nämlich die Pflege durch den Ehegatten eines Abkömmlings, auch nach der Neuregelung nicht ausgeglichen wird, besteht selbstverständlich weiterhin erheblicher Bedarf nach einer testamentarischen Begünstigung pflegender Angehöriger. Auch muss beachtet werden, dass eine Ausgleichung unter Abkömmlingen gemäß § 2057 a BGB grundsätzlich nur bei gesetzlicher Erbfolge in Betracht kommt oder aber nach §§ 2057 a Abs. 1 Satz 2, 2052 BGB im Zweifel, wenn eine Einsetzung durch Verfügung von Todes wegen im entsprechenden Verhältnis erfolgt.³⁵ Um die Unsicherheiten der Auslegungsregel des § 2052 BGB zu vermeiden, empfiehlt sich für Verfügungen von Todes wegen, die die Abkömmlinge entsprechend ihrer gesetzlichen Erbquoten bedenken, eine ausdrückliche Regelung, ob eine Berücksichtigung der Pflegeleistungen erfolgen soll.³⁶

Formulierungsvorschlag:

Im Hinblick auf §§ 2052, 2057 a BGB bestimme ich hiermit, dass eine Ausgleichung von Pflegeleistungen bei der Erbauseinandersetzung (nicht) erfolgen soll.

Die Ausgleichung ist wegen des im Nachhinein schwer feststellbaren Umfangs der Pflegeleistungen und der damit verbundenen Unsicherheiten über die Höhe des Ausgleichsbetrages sehr streitanfällig. Bei gewillkürter Erbfolge ist daher auch in Zukunft eine Bevorzugung des pflegenden Erben durch eine höhere Erbquote oder ein eindeutig beziffertes Vorausvermächtnis weiterhin regelmäßig vorzugswürdig.³⁷

3. Pflichtteilsrechtliche Wirkungen

Die Neufassung des § 2057 a Abs. 1 Satz 2 BGB hat möglicherweise Einfluss auf das Pflichtteilsrecht:³⁸ Die Ausgleichung hat über die Vorschrift des § 2316 BGB schon nach bisher geltendem Recht Auswirkungen auf die Höhe des

Pflichtteilsanspruchs gehabt, indem sich dieser in diesem Fall nicht nach der abstrakten Erbquote, sondern nach dem durch die Ausgleichung der Pflegeleistungen beeinflussten Auseinandersetzungsguthaben richtete.³⁹

Da die Pflegeleistungen zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr als Wert vorhanden sind, müssen bei der Durchführung der Ausgleichung gemäß §§ 2057 a Abs. 4, 2316 BGB die Ausgleichungsbeträge vom Wert des Nachlasses abgezogen werden, der auf die an der Ausgleichung Beteiligten entfällt.⁴⁰ Aus diesem Rest wird dann der Pflichtteil berechnet. Zwar ist bei der Feststellung des Ausgleichsbetrages u. a. auch der Wert des Nachlasses zu berücksichtigen, so dass der Ausgleichsanspruch aus § 2057 a BGB auf der Grundlage des bisherigen Rechts die Höhe des Restnachlasses nicht aufzehren darf.⁴¹ Dem nicht pflegenden Erben durfte der Pflichtteil nicht gänzlich entzogen werden.⁴² Künftig wird man aber den gesetzlichen Willen, Pflegeleistungen stärker zu gewichten, berücksichtigen müssen. Inwieweit dies dazu führen wird, dass die Ausgleichung der Pflegeleistungen zu einem völligen Aufzehren des Nachlasses und damit auch des Pflichtteils des nicht pflegenden Abkömmlings führt, bleibt aber abzuwarten. Gegen eine derartige Auslegung werden verfassungsrechtliche Bedenken geäußert, da das Pflichtteilsrecht durch die Erbrechtsgarantie von Art. 14 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sei.⁴³ Dass dieser Schutz so weit geht, muss allerdings bezweifelt werden: Eine lebzeitige Honorierung der Pflege hätte den Pflichtteilsanspruch nämlich genauso vereitelt, ohne dass an diesem Ergebnis irgendjemand verfassungsrechtliche Zweifel äußern würde.

IV. Die Neuregelung der Pflichtteilsergänzung

1. Die neue Pro-Rata-Regelung des § 2325 Abs. 3 BGB

Die Neuregelung des § 2325 Abs. 3 BGB sieht vor, dass eine Schenkung für die Berechnung der Pflichtteilsergänzung immer weniger Berücksichtigung findet, je länger sie zurückliegt. Nur eine Schenkung im ersten Jahr vor dem Erbfall wird noch voll in die Berechnung des Nachlasses einbezogen, im zweiten Jahr mit 90 %, im dritten Jahr mit 80 % usw. Nach zehn Jahren findet überhaupt keine Berücksichtigung bei der Pflichtteilsergänzung mehr statt.⁴⁴

2. Nach wie vor kein Fristbeginn bei Ehegattenzuwendungen und Nießbrauchsvorbehalten

Da die Neuregelung keine inhaltliche Änderung des bisherigen § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB (jetzt in Satz 3) vorsieht, kann bei Ehegattenzuwendungen die Frist nicht beginnen und damit auch eine Wertabschmelzung nach der Neuregelung nicht erfolgen.⁴⁵ Gleiches gilt bei eingetragenen Lebenspartnern bis zur Auflösung der eingetragenen Lebenspartnerschaft, § 10 Abs. 6 Satz 2 LPartG.

³⁹ *Staudinger/Haas*, § 2316 Rdnr. 16.

⁴⁰ *MünchKommBGB/Lange*, § 2316 Rdnr. 11; *Staudinger/Haas*, § 2316 Rdnr. 44.

⁴¹ *Staudinger/Haas*, § 2316 Rdnr. 46.

⁴² *Staudinger/Haas*, § 2316 Rdnr. 46; *Palandt/Edenhofer*, § 2057 a Rdnr. 2.

⁴³ *Van de Loo*, FPR, 2008, 551, 553; *Otte*, ZEV 2008, 261, 262; *Ludyga*, ZErB 2009, 289.

⁴⁴ *Müller*, ZNotP 2007, 445, 446; *Reimann*, FamRZ 2007, 1597, 1598.

⁴⁵ *Müller*, ZNotP 2007, 445, 447; *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292, 295.

³² ZEV 2008, 260.

³³ ZEV 2008, 305; vgl. § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

³⁴ BT-Drucks. 16/13543, S. 12. Zu den Problemen *Bothe*, ZErB 2008, 309; *Papenmeier*, ZErB 2008, 414.

³⁵ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2052 Rdnr. 2.

³⁶ *Keim*, ZEV 2008, 161, 166.

³⁷ *Keim*, ZEV 2008, 161, 166.

³⁸ *Wagner*, NotBZ 2009, 44, 49.

Eine den Fristbeginn auslösende Leistung des verschenkten Gegenstandes liegt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung weiterhin nur dann vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den Gegenstand im Wesentlichen weiter zu nutzen.⁴⁶ Für die in der Praxis häufigen Übergaben unter Nießbrauchsvorbehalt beginnt daher auch künftig die Frist und damit auch die Abschmelzung nicht zu laufen.⁴⁷

Beim Vorbehalt eines Wohnrechtes gemäß § 1093 BGB an Teilen des übergebenen Hausgrundstückes bleiben weiterhin Zweifel, ob die Zehnjahresfrist beginnt: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist insoweit nicht einheitlich.⁴⁸

Weitere Unsicherheit hat ein Urteil des OLG Düsseldorf⁴⁹ gebracht, nach der die Frist auch dann nicht zu laufen beginnt, wenn sich der Übergeber ein Rückforderungsrecht für den Fall vorbehalten hat, dass der Erwerber den übertragenen Grundbesitz ohne dessen Zustimmung veräußert oder belastet.

3. Pflichtteilsreduzierung und Nießbrauchsvorbehalt

Nach der Neuregelung dürfte eine lebzeitige Übergabe zur Minderung der Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter nicht mehr nur dann sinnvoll sein, wenn damit zu rechnen ist, dass der Übergeber noch zehn Jahre leben wird, sondern auch, wenn er wegen seines hohen Alters eine kürzere Lebenserwartung hat.⁵⁰ Nach altem Recht konnte es dabei zur Pflichtteilsreduzierung durchaus zweckmäßig sein, einen Nießbrauchsvorbehalt zugunsten des Übergebers vorzusehen: In Zeiten steigender Grundstückswerte war dann der für die Pflichtteilsergänzung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB maßgebliche niedere Wert derjenige im Zeitpunkt der Übereignung. In solchen Fällen konnte nach Auffassung der Rechtsprechung auch der Wert des Nießbrauchs von diesem Wert abgezogen werden.⁵¹ Gerade dann, wenn die Lebenserwartung des Übergebers ohnehin so kurz erschien, dass eine Nichtberücksichtigung wegen Ablaufs der 10-Jahres-Frist unwahrscheinlich war, war daher die Vereinbarung eines Nießbrauchs als Abzugsposten zur Reduzierung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs durchaus geeignet. Da jedoch in den meisten Regionen die Grundstückswerte seit Jahren stagnieren oder rückläufig sind, dürfte schon vor der Neuregelung vielfach der Wert zum Zeitpunkt des Erbfalles gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB als der Niedrigere für die Pflichtteilsergänzung maßgeblich gewesen sein. Bei diesem kann nach der Rechtsprechung das Nutzungsrecht nicht abgezogen werden.⁵² Unter Geltung des neuen Rechts spricht zusätzlich gegen den Nießbrauch, dass bereits ein Überleben von einem Jahr nach der Eigentumsumschreibung ohne Vereinbarung eines Nießbrauchs zu einer Pflichtteilsreduzierung geführt hätte. Betrachtet man daher den Übergabevertrag nur unter dem Gesichtspunkt der Pflichtteilsminderung, so ist von ei-

nem Nießbrauchsvorbehalt künftig regelmäßig abzuraten. Dies soll allerdings keine Abkehr von einem ansonsten sinnvollen Rechtsinstitut bewirken. Insbesondere ist der Nießbrauch wegen der Abschaffung des Abzugsverbotes in § 25 ErbStG jetzt unter erbschaftsteuerlichen Aspekten wieder attraktiver geworden.⁵³

V. Erweiterte Stundungsmöglichkeiten des Pflichtteilsanspruchs?

1. Die Neuregelung des § 2331 a BGB

Durch die Neufassung des § 2331 a BGB werden sowohl die persönlichen als auch die sachlichen Voraussetzungen für eine Stundung des Pflichtteilsanspruchs erweitert: Während bisher nur der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe Stundung des Pflichtteilsanspruches verlangen konnte, wenn ihn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruches *ungewöhnlich hart* treffen würde, steht dieses Recht künftig jedem Erben zu, und zwar dann, wenn die sofortige Erfüllung für ihn wegen der Art der Nachlassgegenstände eine *unbillige Härte* wäre. Letzteres soll insbesondere der Fall sein, falls er zur Aufgabe des Familienheims oder Veräußerung eines Wirtschaftsgutes gezwungen wäre, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Bisher konnte die Stundung nur verlangt werden, soweit sie dem Pflichtteilsberechtigten bei der Abwägung der Interessen beider Teile zugemutet werden konnte, während nach der Neufassung die Interessen des Pflichtteilsberechtigten nur noch angemessen zu berücksichtigen sind. Es kann jedoch bezweifelt werden, ob die geänderten Kriterien in der Praxis zu einer Herabsetzung der Anforderungen führen werden. Insbesondere wird sich wohl die Rechtsprechung schwer tun, allein aus der Ersetzung des unbestimmten Rechtsbegriffs der ungewöhnlichen Härte durch den unbestimmten Rechtsbegriff der unbilligen Härte zu neuen Kriterien zu gelangen.⁵⁴

2. Wachsende Bedeutung von Stundungsvereinbarungen

Der bisherige § 2331 a BGB war eindeutig als Ausnahmevorschrift konzipiert, da er eine ungewöhnliche Härte voraussetzte.⁵⁵ Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung den neuen Begriff der unbilligen Härte interpretieren wird. Aufgrund der erleichterten gesetzlichen Anforderungen einer Stundung einerseits und der nach wie vor unbestimmten Rechtsfolgen hinsichtlich Dauer und Ausmaß der Stundung andererseits werden künftig entsprechende Stundungsvereinbarungen deutlich an Bedeutung gewinnen. Eine derartige formfrei mögliche vertragliche Regelung zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten ist insbesondere von einer Vereinbarung einer Stundung zu Lebzeiten des Erblassers zu unterscheiden. Letztere erfolgt entweder durch einen beschränkten Pflichtteilsverzicht mit dem Erblasser,⁵⁶ oder aber unter den künftigen Pflichtteilsberechtigten durch einen Erbschaftsvertrag nach § 311 b Abs. 5 BGB, welche beide der notariellen Beurkundung bedürfen (§§ 2348, 311 b Abs. 5 Satz 2 BGB).⁵⁷

⁴⁶ BGH, ZEV 1994, 233, 234. Zur Kritik in der Literatur zusammenfassend *Staudinger/Olshausen*, § 2325 Rdnr. 58.

⁴⁷ *Langenfeld*, NJW 2009, 3121, 3123; *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 107.

⁴⁸ Z. B. OLG München, ZEV 2008, 480 = *MittBayNot* 2009, 158; OLG Bremen, DNotZ 2005, 702; OLG Oldenburg, ZEV 2006, 80.

⁴⁹ ZEV 2008, 525 m. Anm. *Herrler*.

⁵⁰ *Müller*, ZNotP 2007, 445, 448.

⁵¹ BGHZ 118, 49; 125, 395; BGH, NJW-RR 2006, 877.

⁵² BGH, NJW-RR 2006, 877; a. A. Teile der Literatur, z. B. *N. Mayer*, FamRZ 1994, 739, 743; *Link*, ZEV 2005, 283.

⁵³ Dazu *Geck*, ZEV 2008, 1, 7.

⁵⁴ Kritisch auch *Schaal/Grigas*, BWNZ 2008, 2, 15; *Lange*, DNotZ 2009, 732, 738; *Holtmeyer*, ErbR 2009, 298, 301.

⁵⁵ *MünchKommBGB/Lange*, § 2331 a Rdnr. 6.

⁵⁶ *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 mit Formulierungsvorschlägen.

⁵⁷ *MünchKommBGB/Lange*, § 2331 a Rdnr. 1; *Klingelhöffer*, ZEV 1998, 121, 122.

Eine Stundungsvereinbarung nach Eintritt des Erbfalls könnte etwa folgendermaßen lauten:

Ich, (...), bin durch gemeinschaftliches Testament Alleinerbe meines am (...) verstorbenen Ehegatten (...) geworden. Ich, (...), bin als Abkömmling pflichtteilsberechtigt. Mir steht ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von (...) zu. Wir treffen hiermit folgende Stundungsvereinbarung hinsichtlich meines Pflichtteilsanspruches:

Ich, (...), stunde hiermit meinen hiermit gegenüber (...) zustehenden Pflichtteilsanspruch bis zu dessen Tod. Der Anspruch ist bis zu seiner Fälligkeit mit (...) % jährlich zu verzinsen. Die Zinsen sind jeweils nachträglich am Ende des Kalenderjahres zu entrichten. Zur Sicherung dieses Zahlungsanspruches bewillige ich, (...), und beantragen wir beide die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von € (...) zuzüglich (...) % Jahreszinsen ab heute zur Eintragung in das Grundbuch zulasten folgenden Grundbesitzes: (...).

In Ansehung der Hypothek unterwirft sich der jeweilige Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO und in Ansehung der Forderung unterwerfe ich, der Pflichtteilsschuldner, mich der sofortigen Zwangsvollstreckung in mein gesamtes Vermögen.⁵⁸ (Evtl. Vorfälligkeitsregelung).

3. Die Pflichtteilsstundung als teilweiser Erlassvertrag

Zu beachten ist, dass eine Stundungsvereinbarung Elemente eines Erlassvertrags gemäß § 397 BGB enthalten kann, der, wenn Minderjährige oder unter Betreuung Stehende beteiligt sind, der Genehmigung des Betreuungsgerichts bzw. Familiengerichts bedarf, §§ 1643 Abs. 2 Satz 1, 1822 Nr. 2 BGB.⁵⁹ Auch kann die Stundung des Pflichtteilsanspruchs, wenn sie mit einer vergleichsweise hohen Verzinsung verbunden ist, eine Geltendmachung des Pflichtteils bedeuten und so die Verwirkung des Erbrechts nach dem Tod des Längerlebenden aufgrund einer Pflichtteilsstrafklausel auslösen.⁶⁰ Nach herrschender Meinung liegt auch erbschaftsteuerlich ein Geltendmachen des Pflichtteilsanspruchs vor, so dass der Anspruch damit für den Pflichtteilsberechtigten sofort erbschaftsteuerpflichtig wird, § 31 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 4 ErbStG.⁶¹

VI. Die teilweise Neuregelung der Pflichtteilsentziehungsgründe⁶²

1. Strukturelle Änderungen

In Zukunft werden die Pflichtteilsentziehungsgründe für alle Pflichtteilsberechtigten, also Abkömmlinge, Eltern, Ehegatten und Lebenspartner in gleicher Weise geregelt sein. Der Kreis der vom Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten Betroffenen wurde um die Lebenspartner, Stief- und Pflegekinder sowie auf Personen, die dem Erblasser ähnlich einem Ehegatten oder Abkömmling nahestehen, für alle Entziehungsgründe erweitert. Die §§ 2334, 2335 BGB sind aufgehoben worden, da alle Pflichtteilsentziehungsgründe im Katalog des § 2333 BGB einheitlich aufgeführt sind. Der bisher in Ziffer 2 geregelte Entziehungsgrund der körperlichen Misshandlung wurde gestrichen, weil er gegenüber der jetzigen

Ziffer 3 (Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen) keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hatte.⁶³ Daher findet sich der bisher in Ziffer 4 geregelte Entziehungsgrund der böswilligen Verletzung der Unterhaltspflicht jetzt in Ziffer 3. Der Pflichtteilsentziehungsgrund des ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels des § 2333 Nr. 5 BGB ist ebenfalls entfallen und wurde durch den der Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung ersetzt, § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB.

2. Die inhaltlichen Änderungen der Pflichtteilsentziehungsgründe

a) § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Die Streichung des Pflichtteilsentziehungsgrundes der vorsätzlichen körperlichen Misshandlung beruht darauf, dass man für ihn keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr sah. Da nach der Rechtsprechung die Körperverletzung ohnehin nur eine Pflichtteilsentziehung rechtfertigen konnte, wenn sie sich als schwere Verletzung der dem Erblasser geschuldeten familiären Achtung erwies,⁶⁴ lag in solchen Fällen in der Regel auch der Pflichtteilsentziehungsgrund nach § 2333 Nr. 3 BGB (Verbrechen oder schweres Vergehen) vor.

b) Verurteilung wegen vorsätzlicher Straftat

Nach dem neu gefassten § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB kann dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil entzogen werden, wenn er wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung verurteilt wurde und die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn wegen einer ähnlichen schwerwiegenden vorsätzlichen Tat die Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt angeordnet wurde. Die Tat muss sich nicht gegen den Erblasser oder eine ihm nahestehende Person richten und zur Zeit des Erbfallendes noch nicht verurteilt sein, § 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Die Pflichtteilsentziehung setzt nicht voraus, dass im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits die Verurteilung erfolgt ist. Dies folgt aus einem Umkehrschluss aus § 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach bei Testamentserrichtung lediglich die Tat bereits begangen sein und der Grund für die Unzumutbarkeit vorliegen muss.⁶⁵ Problematisch an dieser Regelung ist, dass sich damit nach Eintritt des Erbfallendes je nachdem, wie hoch die Verurteilung sein wird, die Erbfolge noch ändern kann.

Weiterhin muss es angesichts des strafbaren Verhaltens des Pflichtteilsberechtigten für den Erblasser unzumutbar sein, ihn am Nachlass teilhaben zu lassen. Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung dieses Merkmals die Entziehung des Pflichtteils doch wieder an den Schutz der Familie koppeln. Unzumutbarkeit soll vorliegen, wenn die Straftat den persönlich in der Familie geteilten Wertvorstellungen des Erblassers widerspricht.⁶⁶

3. Bedeutung der Vorschriften für die Testamentsgestaltung

Auch nach der Neufassung muss der Grund der Entziehung gemäß § 2336 Abs. 2 BGB weiterhin in der Verfügung von

⁵⁸ Keim, ZEV 2008, 161, 167.

⁵⁹ Klingelhöffer, ZEV 1998, 121, 122.

⁶⁰ OLG München, ZEV 2006, 411.

⁶¹ Muscheler, ZEV 2001, 370, 379; J. Mayer, ZEV 1998, 50, 53.

⁶² Dazu Gockel, EE 2009, 173.

⁶³ Muscheler, ZEV 2008, 105, 106.

⁶⁴ BGHZ 109, 306, 310; Gockel, EE 2009, 173.

⁶⁵ Muscheler, ZEV 2008, 105, 106.

⁶⁶ Gockel, EE 173, 174.

Todes wegen angegeben werden. Der BGH hat es dafür als ausreichend angesehen, wenn in der letztwilligen Verfügung ein Sachverhaltskern dargelegt wird, der es erlaubt, durch Auslegung festzustellen, worauf sich die Pflichtteilsentziehung gründet.⁶⁷ Nach der Neufassung müssen sich künftig bei der Pflichtteilsentziehung wegen einer Straftat nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB auch die Gründe für die Unzumutbarkeit der Teilhabe am Nachlass aus der letztwilligen Verfügung ergeben, § 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB. Welche Anforderungen an die Darlegung der Gründe für die Unzumutbarkeit zu stellen sind, richtet sich nach dem Einzelfall, wobei regelmäßig die Schwere der Tat eine Rolle spielt. Je schwerwiegender die Tat, desto eher wird sich die Unzumutbarkeit bereits aus ihrer Begehung ergeben und desto geringer sind die Anforderungen an die Darlegung der Gründe der Unzumutbarkeit.⁶⁸ Die Notwendigkeit, auch die das Merkmal der Unzumutbarkeit konkretisierenden Umstände darzulegen, stellt somit eine Verschärfung des Begründungszwanges dar,⁶⁹ an der manch eine Pflichtteilsentziehung bereits wegen formeller Mängel scheitern dürfte. Die Neuregelung hat damit die Haftungsgefahren der Pflichtteilsentziehung für den Notar nicht vermindert, sondern erhöht.⁷⁰

VII. Die Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge⁷¹

1. Inhalt der Neuregelung

Während sich der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder Pflichtteilsrecht eines Abkömmlings bzw. der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht eines Seitenverwandten gemäß § 2349 BGB auch auf Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, war dies nach herrschender Meinung beim Zuwendungsverzicht, also dem Verzicht auf Zuwendungen aufgrund von Verfügungen von Todes wegen, mangels ausdrücklicher Verweisung nicht der Fall.⁷² Nach der Neufassung verweist § 2352 Satz 3 BGB ausdrücklich auch auf § 2349 BGB.

2. Probleme des bisher geltenden § 2352 BGB

Ein Zuwendungsverzicht ist notwendig, wenn auf andere Weise die Beseitigung einer Verfügung von Todes wegen nicht möglich ist:

a) Änderung der Schlusserbenbestimmung beim Berliner Testament

Der praktisch wichtigste Fall stellt der Verzicht auf eine bindende Schlusserbeneinsetzung beim Berliner Testament nach dem Tod des zuerst verstorbenen Ehepartners dar.⁷³ Eine wechselbezügliche Schlusserbeneinsetzung wird gemäß §§ 2271 Abs. 2 Satz 1, 2289 BGB mit dem Versterben eines der Ehegatten bindend. Wollte der überlebende Ehegatte mit Zustimmung der Kinder in dieser Situation abweichend tes-

tieren, so erlangte er nach altem Recht trotz eines Zuwendungsverzichts seiner Kinder häufig seine Testierfreiheit nicht zurück: In den meisten Ehegattenverfügungen sind – zumindest aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB – die Abkömmlinge der Kinder zu Ersatzerben bestimmt. Da sich der Zuwendungsverzicht der Kinder bisher nicht auf die Abkömmlinge erstreckte, blieb eine ggf. bindende Ersatzerben-einsetzung der Enkel⁷⁴ trotz eines Verzichts der Kinder bestehen. Der Zuwendungsverzicht konnte darüber hinaus bewirken, dass gerade durch ihn selbst der Ersatzerbfall eintrat und der Erblasser nunmehr durch die vertragsmäßige Einsetzung der Enkel in gleicher Weise gebunden war wie vorher. Ein eigener Verzicht der als Ersatzerben eingesetzten Abkömmlinge war aber vielfach nicht möglich, weil ein solcher Vertrag für die häufig noch minderjährigen Abkömmlinge gemäß § 2347 Abs. 1 BGB nur mit familiengerichtlicher Genehmigung geschlossen werden konnte und diese zumindest dann nicht erteilt wurde, wenn die Abfindung nicht an die Ersatzerben, sondern den primären Erben floss.⁷⁵ Die Rechtsprechung hatte das Problem in der Vergangenheit dadurch entschärfen wollen, dass sie bei einem Verzicht gegen volle Abfindung im Wege der Auslegung des Testaments im Zweifel einen Wegfall der Ersatzerben-einsetzung annahm.⁷⁶

b) Der testierunfähige Erblasser

Ein praktisches Bedürfnis für einen Zuwendungsverzicht kann aber auch dann bestehen, wenn der Erblasser mangels Testierfähigkeit faktisch an einem Widerruf seines Testaments gehindert ist. Hier eröffnet eigentlich § 2352 Satz 3 BGB mit seiner Verweisung auf § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB einem gesetzlichen Vertreter des Erblassers die Möglichkeit, mit dem Bedachten einen Zuwendungsverzichtsvertrag zu schließen.⁷⁷ Doch auch dieses Ziel wurde durch die mangelnde Erstreckung auf als Ersatzerben bestimmte Abkömmlinge häufig nicht erreicht, da diese infolge des Zuwendungsverzichts nachrückten.

3. Inhalt und Reichweite der Neuregelung

a) Erstreckung auf Abkömmlinge

§ 2349 BGB wird nunmehr ausdrücklich auf den Zuwendungsverzicht für anwendbar erklärt. Somit erstreckt sich beim Verzicht eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers dieser auch auf dessen Abkömmlinge, soweit nichts anderes bestimmt wird. Es spielt dabei keine Rolle, ob für den Verzicht eine Abfindung gezahlt oder dieser unentgeltlich vereinbart wird.⁷⁸ Der Zuwendungsverzicht wird somit zu einem praxistauglichen notariellen Gestaltungsmittel.⁷⁹ Kritisch äußert sich *Klinck* zu der Neuregelung: Durch den Zuwendungsverzicht mit Wirkung für die Abkömmlinge werde der durch die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testamentes vermittelte Vertrauensschutz auf verdecktem Wege aufgehoben. Der Verzicht entziehe den Ersatzbedachten – anders als im Falle des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht – zudem eine ganz konkrete Erwerbsaussicht, insbesondere wenn der Vorfahre zum Vorerben und seine Abkömmlinge

⁶⁷ BGH, NJW 1964, 549; so auch MünchKommBGB/Lange, § 2336 Rdnr. 6.

⁶⁸ Begründung zum Regierungsentwurf BR-Drucks. 96/08, S. 54. So auch *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292, 298.

⁶⁹ *Langenfeld*, NJW 2009, 3121, 3122.

⁷⁰ Zur Haftung OLG Köln, ZEV 2003, 464.

⁷¹ Dazu ausführlich *Klinck*, ZEV 2009, 533; *Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805; vgl. auch *Weidlich*, NotBZ 2009, 149, 163.

⁷² MünchKommBGB/Strobel, § 2352 Rdnr. 13; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2352 Rdnr. 19; OLG Frankfurt, ZEV 1997, 454; a. A. *Staudinger/Schotten*, 2004, § 2352 Rdnr. 42.

⁷³ *J. Mayer*, ZEV 1996, 127, 132. Zu Alternativen zum „zwecklosen Zuwendungsverzicht“ *Weidlich*, ZEV 2007, 463.

⁷⁴ Nach BGH, ZEV 2002, 150 ist eine sich nur aus § 2069 BGB ergebende Ersatzberufung jedoch im Zweifel nicht nach § 2270 Abs. 2 BGB wechselbezüglich.

⁷⁵ *Kornxl*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 355; *Staudinger/Schotten*, § 2352 Rdnr. 47.

⁷⁶ BGH, NJW 1974, 43, 44; OLG Hamm, ZEV 2009, 566.

⁷⁷ *Kornxl*, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 15.

⁷⁸ *Schaal/Grigas*, BWNNotZ 2008, 2, 24.

⁷⁹ Positiv auch *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 109; *Langenfeld*, NJW 2009, 3121, 3123; *Schaal/Grigas*, BWNNotZ 2008, 2, 24.

linge zu Nacherben und damit gemäß § 2102 Abs. 1 BGB auch zu Ersatzerben eingesetzt würden.⁸⁰ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB auch beim Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht der direkte Abkömmling seinem Stamm eine mindestens ebenso konkrete Erwerbsaussicht entziehen kann, nämlich dessen Pflichtteilsrecht. Der gewillkürte Ersatzerbe hat ansonsten, so lange der Haupterbe nicht weggefallen ist, trotz der erbvertraglichen Bindung gemäß § 2096 BGB aber nur eine ebenso geringe Erwerbschance auf sein Erbe wie der gesetzliche Erbe aufgrund der Regelung des § 1924 Abs. 2 BGB auf sein Pflichtteilsrecht. Die dargestellten Probleme der Entziehung eines Nacherbenrechtes der Abkömmlinge lassen sich – wie nachstehend näher erläutert wird – durch eine zweckorientierte restriktive Auslegung der neuen Regelung vermeiden.⁸¹

Eine von den Kritikern⁸² beklagte Konsequenz der Neuregelung lässt sich allerdings nicht leugnen: Der Erblasser und sein Abkömmling können sich über eine erbvertraglich – vermeintlich – gesicherte Position eines Vertragsbeteiligten hinwegsetzen. Dies stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue dar, zumindest soweit es um den Bestand von Erbverträgen vor Inkrafttreten des Gesetzes geht.⁸³ Ob dies, wie *Kanzleiter* andeutet,⁸⁴ verfassungsmäßig bedenklich ist, vermag ich nicht abschließend zu beurteilen. Die Probleme sehe ich hier aber eher in der Übergangsregelung, die Eingriffe auch in Alterverträge ermöglicht und so das bei Vertragsschluss bestehende Vertrauen eines Beteiligten in eine vertragliche Bindung des Anderen tangiert.⁸⁵

b) Grenzen der Erstreckungswirkung

aa) Nicht unter § 2349 BGB fallende Erben und Ersatzerben

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2349 BGB gilt die Vorschrift dagegen nicht für einen Zuwendungsverzicht von Eltern und Ehegatten, insofern ist weiterhin ein eigener Verzicht ihrer Abkömmlinge erforderlich.⁸⁶ Auch muss nach wie vor ein gesonderter Verzicht von bindend eingesetzten Ersatzerben erklärt werden, die nicht Abkömmlinge des verzichtenden Kindes sind, beispielsweise von als Ersatzerben bedachten Schwiegerkindern oder Geschwistern. Möchte der Erblasser in solchen Fällen, dass die Ersatzerbfolge mit dem Zuwendungsverzicht des direkten Erben entfällt, muss weiterhin eine entsprechende auflösende Bedingung in dem Erbvertrag vorgesehen werden:

Sämtliche vorgenannten Ersatzerbeinsetzungen entfallen, wenn der vorrangig Bedachte einen Zuwendungsverzicht mit dem Erblasser abschließt.⁸⁷

bb) Steuerung des Erbes in eine bestimmte Richtung

Streitig ist im Rahmen des direkten Anwendungsbereichs des § 2349 BGB, ob der Verzichtende die Erstreckungswirkung

auf einzelne seiner Abkömmlinge beschränken kann.⁸⁸ Mit Rücksicht auf den Normzweck des § 2349 BGB, den Ausschluss des gesamten Stammes herbeizuführen,⁸⁹ erscheint mir dies zweifelhaft. Erst recht gilt dies für den Erbverzicht des Kindes, der ohne dass ein eigener Verzicht erklärt wird, ausschließlich das Erbrecht eines lästigen Abkömmlings beseitigen soll.⁹⁰ Die Rechtfertigung der in § 2349 BGB enthaltenen Erstreckungswirkung unabhängig davon, ob die Abkömmlinge tatsächlich von einer Abfindung profitieren, beruht nicht zuletzt auf der Vermutung, dass der Verzichtende regelmäßig das Interesse seiner Abkömmlinge im Auge haben wird.⁹¹ Durch solche „nachlasslenkenden“ Gestaltungen wird dieser Gesetzeszweck aber verfehlt, zumal es sich bei § 2349 BGB um eine grundsätzlich eng auszulegende Ausnahmevorschrift handelt, da sie in die Rechtsstellung Dritter eingreift.⁹²

4. Zuwendungsverzichte nach altem Recht

Da nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB das neue Recht für alle Erbfälle nach seinem Inkrafttreten, also nach dem 1.1.2010, gilt, ist der geänderte § 2352 BGB grundsätzlich auch auf früher vereinbarte Zuwendungsverzichte anwendbar, falls der Erbfall nach dem 1.1.2010 eintritt. Ob die „Altverzichte“ auch eine Erstreckung auf die Abkömmlinge mit beinhalten, ist jedoch nicht primär eine Frage der Geltung des Gesetzes, sondern der Auslegung der seinerzeit errichteten Erklärungen. Danach muss wohl regelmäßig von einem abweichenden Willen der Vertragsbeteiligten ausgegangen werden. Da der Zuwendungsverzicht der notariellen Beurkundung bedarf, §§ 2352 Satz 3, 2348 BGB, er also nie ohne rechtliche Beratung geschlossen wird, muss m. E. in den meisten Fällen angenommen werden, dass die Beteiligten den Verzicht nur im Rahmen des damals rechtlich Möglichen erklären wollten.⁹³ Für eine Anwendung der Auslegungsregel der neuen §§ 2352 Satz 3, 2349 BGB bleibt dann kein Raum. Im Einzelfall kann sich aber durchaus anderes ergeben, insbesondere wenn der Zuwendungsverzicht ausdrücklich bereits in Erwartung der Gesetzesänderung erklärt wurde.

5. Zuwendungsverzicht und gesetzliche Erbfolge

Nach der Rechtsprechung soll ein Verzicht „auf Erbteils- und Pflichtteilsansprüche gegen den Nachlass des Erblassers für jetzt und in alle Zukunft“ – wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen – regelmäßig neben einem Verzicht auf die gesetzliche Erbenstellung auch einen Verzicht auf die Zuwendungen aus Verfügungen von Todes wegen mit beinhalten.⁹⁴ Umgekehrt wird das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des Verzichtenden durch einen Zuwendungsverzicht grundsätzlich nicht berührt, es sei denn ein solcher zusätzlicher Verzicht lässt sich im Wege der Auslegung ermitteln.⁹⁵ Ohne eine

⁸⁰ *Klinck*, ZEV 2009, 533, 535; teilweise kritisch auch *Reimann*, FamRZ 2009, 1633, 1635.

⁸¹ Siehe unten VII.6.

⁸² *Klinck*, ZEV 2009, 533; vor allem *Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805, 811 ff.

⁸³ *Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805, 811.

⁸⁴ DNotZ 2009, 805, 813.

⁸⁵ Zu Eingriffsmöglichkeiten Dritter in bestehende Verträge BVerfG, NJW 2005, 2363, 2365.

⁸⁶ MünchKommBGB/*Strobel*, § 2349 Rdnr. 3.

⁸⁷ *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 2006, Formulare B Rdnr. 42; *Bengel* in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 56.

⁸⁸ So *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2349 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Strobel*, § 2349 Rdnr. 6; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2349 Rdnr. 3; a. A. *Staudinger/Schotten*, § 2349 Rdnr. 14; *Quantius*, Die Aufhebung des Erbverzichts, 2001, S. 127.

⁸⁹ *Quantius*, Die Aufhebung des Erbverzichts, S. 127.

⁹⁰ Dazu *Stanovsky*, BWNotZ 1974, 102; zweifelnd *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2349 Rdnr. 4.

⁹¹ Motive V, S. 608.

⁹² *Staudinger/Schotten*, § 2349 Rdnr. 2.

⁹³ A. A. *Wälzholz*, DSrR 2009, 2104, 2108; *Reymann*, DAI-Skript, Aktuelle Gesetzesänderungen, S. 83.

⁹⁴ BGH, NJW 1972, 500; OLG Karlsruhe, FamRZ 2006, 519.

⁹⁵ *Staudinger/Schotten*, § 2352 Rdnr. 53; MünchKommBGB/*Strobel*, § 2352 Rdnr. 17; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2352 Rdnr. 17.

Abbedingung des § 2349 BGB erstreckt sich ein Zuwendungsverzicht, welcher ausdrücklich auch mit einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht kombiniert wird, auch auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge (§§ 2346 Abs. 1 Satz 2, 2349 BGB). Der miterklärte Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht dürfte jedoch im Normalfall nicht zweckmäßig sein, da § 2310 Satz 2 BGB bekanntlich die meist unerwünschte Nebenerbfolge nach sich zieht, dass die Pflichtteilsquoten der nicht verzichtenden Pflichtteilsberechtigten erhöht werden.⁹⁶ Dagegen kann die Kombination mit einem Pflichtteilsverzicht insbesondere dann ratsam sein, wenn der Verzichtende eine Abfindung erhält. § 2310 Satz 2 BGB ist auf den bloßen Pflichtteilsverzicht nicht anzuwenden.⁹⁷ Durch die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB erhält der Stamm des Verzichtenden dann nicht neben der Abfindung noch einen Pflichtteilsanspruch. Da ohne den Erbverzicht aber das gesetzliche Erbrecht des Verzichtenden trotz des Pflichtteilsverzichts einschließlich seines Stammes erhalten bleibt, muss der Erblasser außerdem neu testieren, um den Verzichtenden von der Erbfolge auszuschließen.⁹⁸

6. Der Zuwendungsverzicht des Vorerben

Nach bisheriger Rechtslage führte ein Zuwendungsverzicht des Vorerben regelmäßig dazu, dass gemäß § 2102 Abs. 1 BGB der Nacherbe als gleichzeitiger Ersatzerbe an seine Stelle trat.⁹⁹ In vielen Verfügungen von Todes wegen werden als Nacherben des als Vorerben bestimmten Kindes dessen Abkömmlinge benannt. Weil es im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge eine der Vor- und Nacherbeneinsetzung entsprechende Rechtsstellung nicht gibt (vgl. § 1924 Abs. 3 BGB), sondern gemäß § 2349 BGB nur die Ersatzerbenstellung der Abkömmlinge wegfällt, kann im Rahmen des Zuwendungsverzichts aber nur die Rechtsstellung der Abkömmlinge als Ersatzerben vom Verzicht betroffen sein, nicht aber ein eigenes Nacherbenrecht der entfernteren Abkömmlinge. Ein Zuwendungsverzicht beseitigt daher nicht ihre Nacherbenstellung,¹⁰⁰ möglicherweise aber die darin gemäß § 2102 Abs. 1 BGB enthaltene Ersatzerbenstellung. Danach fällt der Vorerbe weg, ohne dass die Abkömmlinge als Ersatzerben sofort an dessen Stelle treten würden. Wer aber soll dadurch zum Vorerben werden? Da der Zuwendungsverzicht die letztwillige Verfügung nicht aufhebt, sondern nur deren Gegenstandslosigkeit bewirkt,¹⁰¹ kommt die Anwendung des § 2105 Abs. 1 BGB, wonach beim Fehlen einer ausdrücklichen Benennung der Vorerben die gesetzlichen Erben zum Zuge kämen, nicht in Betracht. Das Problem lässt sich wohl nur durch eine einschränkende Auslegung der §§ 2352 Satz 3, 2349 BGB lösen, wonach der Zuwendungsverzicht des Abkömmlings oder Seitenverwandten auch nicht in die in der Nacherbenstellung enthaltene Ersatzerbenstellung gemäß § 2102 Abs. 1 BGB eingreifen kann, der Nacherbe folglich direkter Erbe wird.

⁹⁶ J. Mayer, ZEV 2007, 556.

⁹⁷ Palandt/Edenhofer, § 2310 Rdnr. 2.

⁹⁸ Reimann, ZEV 1997, 129, 32; J. Mayer, ZEV 2007, 556; Weidlich, MittBayNot 2007, 194, 196.

⁹⁹ Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2352 Rdnr. 18; teilweise a. A. Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 457 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass der hypothetische Erblasserwille auch in eine andere Richtung gehen kann.

¹⁰⁰ A. A. Klinck, ZEV 2009, 533, 535 f.

¹⁰¹ Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2352 Rdnr. 15 f.

7. Der Abkömmling als Ersatzvermächtnisnehmer

Der Zuwendungsverzicht des Abkömmlings oder Seitenverwandten dürfte sich nach neuem Recht auch auf dessen zu Ersatzvermächtnisnehmern eingesetzte Abkömmlinge erstrecken. Gleiches gilt auch dann, wenn die Verzichtenden selbst zu Erben werden, für den Fall ihres Wegfalles aber deren Abkömmlinge Vermächtnisse erhalten sollen: Diese beiden Fallgruppen sehen Ersatzbegünstigungen der Abkömmlinge vor. Durch die Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB, der ausdrücklich auch auf Vermächtnisse anwendbar ist, muss § 2349 BGB somit erst recht für bloß als Ersatzvermächtnisnehmer bedachte Abkömmlinge gelten.

8. Die Zustimmung zu Einzelzuwendungen

a) Zustimmung zu Verfügungen von Todes wegen

Falls der erbvertraglich gebundene Erblasser den Vertragserben nach dem Tod des Vertragspartners durch Beschwerden oder Beschränkungen beeinträchtigt, wird hierzu nach herrschender Meinung gemäß § 2352 BGB eine notariell beurkundete Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Bedachten verlangt, die man als teilweisen Zuwendungsverzicht des Vertragserben qualifizieren kann.¹⁰² Auch dieser erstreckte sich allerdings bisher nicht auf als Ersatzerben bedachte Abkömmlinge. Da durch eine derartige Vereinbarung der teilweise Verzichtende nicht als Erbe wegfiel, löste dieser beschränkte Zuwendungsverzicht bereits nach bisherigem Recht nach zutreffender Auffassung zwar nicht den Ersatzerbfall aus.¹⁰³ Die Zustimmung wurde aber wirkungslos, wenn der Erbe aus anderen Gründen, beispielsweise durch Vorversterben, wegfiel und dadurch der Ersatzerbfall der Abkömmlinge eintrat. Die ausdrückliche Erstreckung auf die Abkömmlinge nach der Neuregelung schafft Sicherheit für solche Vereinbarungen.

b) Zustimmung zu unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen

Hat der erbvertraglich gebundene Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung vorgenommen, kann der Vertragserbe nach Eintritt des Erbfalls gemäß § 2287 BGB Herausgabe des Geschenks verlangen. Unstreitig kann das Einverständnis des Vertragserben diesen Anspruch ausschließen.¹⁰⁴ Der BGH nimmt auch für diese Zustimmung eine Rechtsähnlichkeit mit einem Zuwendungsverzicht an und fordert daher notarielle Beurkundung und bei Minderjährigen analog § 2347 Abs. 1 BGB eine familiengerichtliche Genehmigung.¹⁰⁵ Umstritten war bisher, ob eine Zustimmung zu lebzeitigen Verfügungen auch gegenüber Ersatzerben wirkt, oder auch hier wie beim Zuwendungsverzicht deren selbständige Zustimmung notwendig ist.¹⁰⁶ Durch die gesetzliche Erstreckung auf Abkömmlinge dürfte geklärt sein, dass auch eine Zustimmung zu lebzeitigen Verfügungen gegenüber den als Ersatzerben eingesetzten Abkömmlingen wirkt.¹⁰⁷ Da § 2287 BGB einen zusätzlichen Schutz der erbvertraglichen Bindung bezweckt, kann er nicht weiter reichen als der vor beeinträchtigenden Verfügungen von Todes wegen.

¹⁰² Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 13; Soergel/Damrau, § 2352 Rdnr. 1; Ivo, ZEV 2003, 58, 61; a. A. Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, Rdnr. 545.

¹⁰³ Ivo, ZEV 2003, 58, 61; Brems, FamRZ 1983, 1278, 1279.

¹⁰⁴ Ivo, ZEV 2003, 101.

¹⁰⁵ BGHZ 108, 252; dazu Ivo, ZEV 2003, 101.

¹⁰⁶ Dafür Kanzleiter, ZEV 1997, 261, 266; Keim, ZEV 2002, 93, 95; a. A. Ivo, ZEV 2003, 101, 103.

¹⁰⁷ Vorsichtiger: Gutachten, DNNotI-Report 2009, 173, 175.

VIII. Änderung der erbrechtlichen Verjährungsvorschriften¹⁰⁸

1. Die künftige Verjährung familien- und erbrechtlicher Ansprüche

Durch die Streichung der bisherigen Sonderregelung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt auch im Erbrecht die Regelverjährung von drei Jahren nach §§ 195, 199 BGB. Gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB unterliegen einer generellen 30-jährigen Verjährungsfrist nur noch die Ansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer (§§ 2018 ff. BGB) und des Nacherben auf Herausgabe des Nachlasses (§ 2130 BGB) sowie der Anspruch auf Herausgabe des Erbscheins (§ 2362 BGB).

Abweichend von der allgemeinen absoluten Höchstfrist von zehn Jahren gemäß § 199 Abs. 4 BGB soll die Verjährung von Ansprüchen, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis erst in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an eintreten (§ 199 Abs. 3 a BGB).

Beim Pflichtteilsanspruch verlängert sich so regelmäßig die Verjährungsfrist, die bisher gemäß § 2332 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt der Kenntnis von Erbfall und beeinträchtigender Verfügung begann, während sie jetzt nach der allgemeinen Vorschrift des § 199 Abs. 1 BGB erst am darauf folgenden Jahresende zu laufen beginnt. Andererseits genügt jetzt bereits grob fahrlässige Unkenntnis dieser Umstände für den Verjährungsbeginn, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.¹⁰⁹ Für die Ansprüche aus § 2287 BGB (Herausgabe bei Beeinträchtigung des Vertragserben) und § 2329 BGB (Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten) bleibt es dagegen bei der dreijährigen Verjährungsfrist, die kenntnisunabhängig mit dem Erbfall beginnt (§§ 2287 Abs. 2, 2332 Abs. 1 BGB).¹¹⁰

Die Vorschrift des § 207 Abs. 1 Nr. 2 BGB wird in der Weise erweitert, dass die Verjährung von Ansprüchen zwischen dem Kind und seinen Eltern oder dem Ehegatten oder Lebenspartner eines Elternteils jetzt nicht mehr nur während der Minderjährigkeit der Kinder, sondern bis zu deren 21. Geburtstag gehemmt ist. Auch dies kann zu einer erheblichen Verlängerung der Verjährungsfrist von Pflichtteilsansprüchen von Kindern gegen ein Elternteil gegenüber der früheren Rechtslage führen.

Die geänderten Verjährungsvorschriften gelten für alle im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes noch nicht verjährten Ansprüche, Art. 229 § 23 EGBGB. Die neue Verjährungsfrist läuft dann ab dem Inkrafttreten. Sollte jedoch nach der früheren Rechtslage die Verjährung vor Ablauf der neuen Verjährungsfrist eintreten, ist dieser Zeitpunkt maßgeblich, Art. 229 § 23 Abs. 2 EGBGB.¹¹¹

2. Verjährungsverlängernde Abreden

a) Vertragliche Vereinbarungen

Bei einigen Anspruchsarten kann künftig ein Bedürfnis für eine rechtsgeschäftliche Verlängerung der Verjährung bestehen: So verjähren die Haftungsansprüche gegen den Testamentsvollstrecker, dessen Vergütungsanspruch und der Rechnungslegungsanspruch gegen den Testamentsvollstrecker

einheitlich in drei Jahren. Ein Bedürfnis für eine gemäß § 202 Abs. 2 BGB mögliche und zulässige Vereinbarung zur Verlängerung der Verjährungsfrist besteht insbesondere bei länger währenden Verwaltungstestamentsvollstreckungen, bei denen den Testamentsvollstreckern Anspruch auf Vergütung in regelmäßigen Zeitabständen zusteht.¹¹² Die Kehrseite der frühen Fälligkeit einer Teilvergütung ist der frühere Beginn der künftig nur dreijährigen Verjährungsfrist. Möchte der Testamentsvollstrecker am Ende der Amtszeit einheitlich abrechnen, droht ihm die Verjährung der früher fällig gewordenen Teilvergütungsansprüche. Ähnliches kann dem Vermächtnisnehmer passieren, der mit Rücksicht auf die Interessen des Erben ein Vermächtnis zunächst nicht geltend macht. Es empfiehlt sich eine Vereinbarung mit den Erben über die Verlängerung der Verjährungsfrist. Da dem juristischen Laien insbesondere bei Immobilienvermächtnissen die Notwendigkeit einer dinglichen Erfüllung durch Auflassung und Grundbucheintragung häufig nicht bewusst ist, droht trotz der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB künftig verstärkt die Verjährung von Vermächtnissen.¹¹³

b) Verjährungsverlängerung durch Testament?

Ob der Erblasser selbst durch Verfügung von Todes wegen eine Verlängerung der Verjährung anordnen kann, ist umstritten. Die Gesetzesmaterialien zu § 202 Nr. 2 BGB gehen davon aus, dass eine vertragliche Vereinbarung notwendig ist.¹¹⁴ M. E. nach kann aber der Erblasser durch Vermächtnis oder Auflage für den Erben eine Verpflichtung begründen, nach Eintritt des Erbfalls eine Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 202 Abs. 2 BGB abzuschließen.¹¹⁵ Also könnte der Erblasser neben dem Leistungsanspruch aus dem eigentlichen Vermächtnis auch gleichzeitig noch eine Verlängerung der Verjährungsfrist mit vermachen. So lange aber teilweise gegenüber einer solchen Möglichkeit Skepsis besteht, ist dieses Instrument jedoch wohl nicht als sicher anzusehen.

3. Auswirkungen im Familienrecht

Auch familienrechtliche Ansprüche unterliegen künftig grundsätzlich der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB. Die Sonderverjährungen im 4. Buch des BGB sind weitgehend überflüssig geworden, da sie ohnehin nur eine Verkürzung der alten 30-jährigen Verjährungsfrist vorsahen. Für den Zugewinnausgleichsanspruch konnte so die Sondervorschrift des § 1378 Abs. 4 BGB abgeschafft werden, da sich die dort bisher vorgesehene dreijährige Verjährung nunmehr bereits aus den allgemeinen Verjährungsregelungen ergibt. Wird der Güterstand zu Lebzeiten der Ehegatten beendet, so ist jetzt allerdings ein geringfügig abweichender Verjährungsbeginn zu beachten, da auch grob fahrlässige Unkenntnis gemäß § 199 Abs. 4 BGB den Lauf der Frist auslöst und die absolute Höchstfrist nach der allgemeinen Regelung des § 199 Abs. 4 BGB nur noch zehn Jahre beträgt.¹¹⁶ Andererseits ist der Verjährungsbeginn danach auf das Ende des Kalenderjahres nach hinten verschoben (§ 199 Abs. 1 Hs. 1). Im Falle der Beendigung des Güterstandes durch Tod bleibt es

¹⁰⁸ Dazu umfassend *Roland*, ZErB 2007, 429.

¹⁰⁹ Dazu *Bothe*, ZErB 2009, 259.

¹¹⁰ *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 111.

¹¹¹ *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 111; *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 22.

¹¹² BayObLGZ 72, 379; *Bamberger/Roth/J. Mayer*; § 2221 Rdnr. 20.

¹¹³ *Keim*, ZEV 2008, 161, 169.

¹¹⁴ So *Lange*, ZEV 2003, 433; *MünchKommBGB/Lange*, § 2332 Rdnr. 1; *Palandt/Heinrichs*, § 202 Rdnr. 3; *Soergel/Dieckmann*, § 2332 Rdnr. 1, a. A. *Ammann*, DNotZ 2002, 94, 126; *Brambring*, ZEV 2002, 137, 138.

¹¹⁵ *Keim*, ZEV 2004, 173, 174 f.

¹¹⁶ Die Höchstfrist des § 199 Abs. 3 a BGB gilt nur für Ansprüche, die auf einem *Erbfall* beruhen.

beim Gleichlauf der Verjährung mit der des Pflichtteilsanspruches, dessen Änderungen daher auch für den Zugewinnausgleichanspruch bei Tod gelten.

IX. Gesetzliches Erbrecht des Fiskus (§ 1936 BGB)

Neben redaktionellen Änderungen wird beim Erbrecht des Staates für das erbende Bundesland jetzt nicht mehr auf die „Staatsangehörigkeit“ eines „Bundesstaates“, die es sowieso nicht mehr gibt, abgestellt, sondern auf den letzten Wohnsitz des Erblassers. Ist ein Wohnsitz nicht feststellbar, erbt das Bundesland, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, ist auch dieser nicht bestimmbar, erbt der Bund.

X. Keine nachträgliche Anrechnung und Ausgleichung

1. Keine Umsetzung der beabsichtigten Regelungen

Die schon während des Gesetzgebungsverfahrens in der Literatur¹¹⁷ viel diskutierte Möglichkeit einer nachträglichen Anrechnungs- und Ausgleichungsbestimmung lebzeitiger Zuwendungen ist zur Überraschung vieler Beteiligten nicht Gesetz geworden. Gleiches gilt für die Folgeänderung in § 2278 Abs. 2 Nr. 4 BGB-E, mit der man nachträgliche Anrechnungs- und Ausgleichungsregelungen als erbvertragliche Regelungen ermöglichen wollte.

Der Rechtsausschuss hat den entsprechenden Vorschlag mit der Begründung abgelehnt, das Vertrauen des Zuwendungsempfängers darauf, dass nicht nachträglich sein Pflichtteil durch eine zunächst vorbehaltlos empfangene Zuwendung geschmälert werde, sei zu schützen.¹¹⁸ Mit der völligen Streichung der nachträglichen Anrechnung dürfte der Gesetzgeber aber über das Ziel hinausgeschossen haben.¹¹⁹ Problematisch war sicherlich die beabsichtigte Erstreckung der nachträglichen Anrechnungsmöglichkeit auch auf lebzeitige Zuwendungen, die vor Inkrafttreten der Reform erfolgt waren. Im Zeitpunkt der Zuwendung konnte der Empfänger nicht damit rechnen, dass er bei Fehlen einer Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB später durch den Erhalt des Geschenkes pflichtteilsrechtliche Nachteile erleiden würde. Insofern hätte es aber genügt, die Übergangsregelung einzuschränken. Für derartige lebzeitige Zuwendungen nach Inkrafttreten der ursprünglich beabsichtigten Neuregelung hätte die ebenfalls geplante Möglichkeit, den Empfänger durch eine erbvertragliche Vereinbarung vor der späteren Anrechnung zu schützen (§ 2278 Abs. 2 Nr. 4 des Regierungsentwurfes) ausgereicht. Die juristisch nicht beratenen Beteiligten gehen nach meiner Erfahrung ohnehin von einer regelmäßigen Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen auf einen späteren Pflichtteilsanspruch aus.¹²⁰ Ein schützenswertes Vertrauen auf eine Nichtanrechnung seitens des Empfängers wird daher meist nicht gegeben sein.

¹¹⁷ Z. B. Herrler/Schmied, ZNotP, 2008, 178; Progl, ZErB 2008, 19, 78; Bonefeld/ Lange/Tanck, ZErB 2007, 292; Keim, ZEV 2008, 161.

¹¹⁸ BT-Drucks. 16/13543, S. 12.

¹¹⁹ So auch Langenfeld, NJW 2009, 3121, 3124.

¹²⁰ Langenfeld, NJW 2009, 3121, 3124.

2. Konsequenzen für den Kautelarjuristen

Um eine nachträgliche Anrechnung auf den Pflichtteil zu erreichen, ist daher weiterhin ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtvertrag nötig, der der notariellen Beurkundung bei persönlicher Anwesenheit des Erblassers bedarf.¹²¹ Eine nachträgliche Ausgleichung nach §§ 2050, 2053 BGB durch Verfügung von Todes wegen kann allerdings auch ohne die Neuregelung durch eine entsprechende Vermächtnisanordnung zugunsten der anderen Geschwister erreicht werden.¹²² Allerdings führt ein solches Vermächtnis nicht zu einer Umverteilung der Pflichtteilsansprüche gemäß § 2316 Abs. 1 BGB.¹²³ Die Anrechnungsanordnung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB gegenüber Minderjährigen bedarf nach überwiegender Auffassung wegen der Rechtsähnlichkeit mit einem Pflichtteilsverzicht gemäß § 2347 Abs. 1 BGB weiterhin einer familiengerichtlichen Genehmigung und bei Zuwendungen von den Eltern selbst wegen §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB der Zuziehung eines Ergänzungspflegers, da diese wegen der Anrechnung für den Minderjährigen nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB ist.¹²⁴

XI. Fazit

Die Reform des Pflichtteilsrechts und der familien- und erbrechtlichen Verjährungsregelungen bringt keine revolutionären Neuerungen, sondern nur kleine Korrekturen. Zu bedauern ist, dass man sich nicht dazu durchringen konnte, die Anrechnungsmöglichkeiten lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil zu erweitern, da aus meiner Erfahrung hierfür insbesondere das Gerechtigkeitsgefühl weiter Teile der Bevölkerung spricht. Die Umgestaltung der §§ 2306 Abs. 1 und 2325 Abs. 3 BGB sind begrüßenswerte Neuerungen, die sich allerdings in der Praxis noch bewähren müssen. Schließlich wird durch die Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge nach §§ 2352 Satz 3, 2349 BGB ein Weg geschaffen, wie sich der überlebende Ehegatte beim Berliner Testament zusammen mit den Kindern von wechselbezüglichen Verfügungen befreien kann. Es hätte jedoch auch überlegt werden sollen, die Regelungen der §§ 2270, 2271 BGB, die es ermöglichen, ohne rechtliche Beratung durch privatschriftliches Testament erbvertragsähnliche Bindungen herbeizuführen, gänzlich abzuschaffen. Meist sind sich die testierenden Ehegatten über die Folgen der Wechselbezüglichkeit bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments überhaupt nicht im Klaren. Auch das Pflichtteilsrecht der Eltern dürfte schon lange nicht mehr zeitgemäß sein.

¹²¹ Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2347 Rdnr. 17; Formular bei Nieder in Münchener Vertragshandbuch Bd. 6, Form. XVIII.

¹²² J. Mayer, ZEV 1996, 441; Keim, ZEV 2008, 161, 165.

¹²³ RGZ 46, 306, 308.

¹²⁴ MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 9; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2315 Rdnr. 8; Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 8; Lange, NJW 1955, 139, 143; Kuchinke, Erbrecht, § 37 VII; Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 1372; Langenfeld/Günther, Grundstücksüberlassungen im Zivilrecht und Steuerrecht, Rdnr. 448; J. Mayer, ZErB 2007, 130, 135; a. A. Pentz, MDR 1998, 1266, 1267; Fembacher, MittBayNot 2004, 24, 25; Everts, Rpfleger 2005, 180; OLG Dresden, MittBayNot, 1996, 22; etwas voreilig Weigl, MittBayNot 2008, 275; differenzierend Keim, MittBayNot 2008, 8, 12; nur Ergänzungspflegschaft, aber keine familiengerichtliche Genehmigung.

Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

Von Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

Eine neuere Entscheidung des BFH¹ zeigt, dass unbedachte Formulierungen zum Nießbrauch an Gesellschaftsbeteiligungen fatale Folgen haben können. Der nachfolgende Beitrag will eine Übersicht zu praktisch wichtigen notarrelevanten zivil- und steuerrechtlichen Fragen geben und die praktische Handhabung erleichtern.

I. Der Nießbrauch in der notariellen Praxis

Der Nießbrauch ist aus der notariellen Praxis nicht wegzudenken. Das Auseinanderfallen von Substanz und Nutzungsbefugnis kann in vielfacher Hinsicht als Gestaltungsmittel eingesetzt werden: Am häufigsten dient der Nießbrauch zur Versorgung des Übergebers bei vorweggenommener Erbfolge. Nach einer Umfrage unter Notaren im deutschen Notar- und Anwaltsnotariat (die ca. 3,3 Mio. Einwohner betreuen) wird bei vom Übergeber selbst genutzten Häusern und Eigentumswohnungen in 68,8 % der Fälle der Nießbrauch vorbehalten, bei Mietobjekten in 48,3 % der Fälle.² Während bei der Übergabe von Betrieben die Versorgungsleistungen i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG überwiegen (48,2 % im Gegensatz zum Nießbrauch mit 12,7 %), spielt der Nießbrauch im Bereich der Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen mit 26,5 % fast die gleiche Rolle wie die Versorgungsleistungen mit 25,3 %.³ Als Sicherungsmittel hat der Nießbrauch seine Bedeutung im Kreditsicherungsrecht weitgehend verloren, kann aber als Sicherung für Unterhaltszahlungen oder als Vorsorge gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder eine Insolvenz bei schuldrechtlichen Nutzungsverhältnissen wie Pacht⁴ oder Lizenzrechten⁵ eingesetzt werden. Nicht zuletzt spielen aber steuerliche Überlegungen eine wichtige Rolle und sind eines der Hauptmotive bei der Nießbrauchsbestellung.⁶ Soweit der Nießbraucher selbst Einkünfte erzielt, kann das Einkommen gezielt verlagert werden, z. B. bei der Nießbrauchsbestellung zugunsten des studierenden Kindes. Der Nießbrauch ist ferner eine Möglichkeit zur Vermeidung der Doppelbesteuerung beim Nießbrauch für den überlebenden Ehegatten anstelle der Vor- und Nacherbschaft. Nicht zuletzt der Wegfall von § 25 ErbStG ermöglicht nunmehr die uneingeschränkte Abzugsfähigkeit des Nießbrauchs in Schenkungs- und Erbfällen und wird so dazu führen, dass Nießbrauchsgestaltungen in Zukunft eine erhöhte Bedeutung erlangen werden.

II. Grundsätzliches zum Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

1. Zulässigkeit

Das BGB regelt den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen im Gegensatz zum Nießbrauch an Sachen (§§ 1030 bis 1067 BGB) nicht im Einzelnen. Nach § 1068 BGB kann aber auch ein Recht Gegenstand des Nießbrauchs sein, auf den die Vorschriften des Sachnießbrauchs „entsprechende Anwendung“

finden. Nach heute inzwischen herrschender Meinung ist eine Nießbrauchsbestellung am Anteil einer Personen- oder Kapitalgesellschaft als dingliche Belastung der Mitgliedschaft grundsätzlich zulässig.⁷ Insbesondere bei Personengesellschaften erkennt auch die Rechtsprechung den Nießbrauch an der Beteiligung als solcher an.⁸ Auf früher diskutierte Ausweichgestaltungen wie eine treuhänderische Übertragung an den Nießbraucher⁹ oder den Nießbrauch am sog. Gewinnstammrecht (wie sie in der steuerrechtlichen Literatur noch heute vertreten wird¹⁰) braucht daher nicht zurückgegriffen werden. Auch das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot steht (ähnlich wie bei der Testamentsvollstreckung) der Nießbrauchsbestellung nicht entgegen, da der Nießbrauch die Mitgliedschaft im Ganzen erfasst und Besteller und Nießbraucher eine „dingliche Rechtsgemeinschaft“ bilden.¹¹

2. Voraussetzungen und Umfang der Bestellung

Nach § 1069 Abs. 2 BGB kann der Nießbrauch nur an übertragbaren Rechten bestellt werden. Das ist der Anteil an einer Personengesellschaft dann, wenn die Beteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag übertragbar ist oder alle anderen Mitgesellschafter der Übertragung zustimmen.¹² Klargestellt werden

⁷ MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 23 ff.; MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 96; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 1068 Rdnr. 5; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1068 Rdnr. 7 e und 7 f; Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 2. Aufl., § 1068 Rdnr. 14 ff.; BGB-NK/Lemke, 2. Aufl. 2008, § 1068 Rdnr. 8; jurisPK-BGB/Lauke-mann, § 1069 Rdnr. 21; Staub/Ulmer, HGB, 4. Aufl., § 105 Rdnr. 115, 119; MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl. 2007, vor § 230 Rdnr. 14; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 61.II.1.b; Schön, ZHR 158, 229, 237 f.; Hohaus in MünchHdbGesR, 3. Aufl., Bd. I, § 66 Rdnr. 3; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 8. Aufl. 2009, Rdnr. 103; Rohlf, NJW 1971, 1337, 1341; Finger, DB 1977, 1033, 1034, 1036; Teichmann, ZGR 1972, 1 ff.; zur GmbH: Baum-bach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 15 Rdnr. 52; Winter/Seibt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 212; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 101; Reichert/Weller, GmbH-Geschäftsanteil, 2006, § 15 Rdnr. 327.

⁸ BGHZ 58, 316, 320 f.; 78, 177, 188; 108, 187, 199 zum Kommanditanteil; NJW 1999, 571 zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Aus der OLG-Rspr.: OLG Hamm, OLGZ 1977, 283 = DNotZ 1977, 376; OLG Koblenz, NJW 1992, 2163; OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 440.

⁹ Dazu etwa MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 30; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, § 55 Rdnr. 121.

¹⁰ Kirchhoff/Reiss, EStG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 239; Jorde, FR 2003, 998 ff.; näher zur (abzulehnenden) Lehre vom Gewinnstammrecht Staudinger/Frank, BGB, 2009, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 66.

¹¹ K. Schmidt, ZGR 1999, 601, 605 f.; Schön, ZHR 158, 229, 252 f.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 25; Bamberger/Roth/Wegmann, § 1069 Rdnr. 15; OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 440 m. Anm. Kanzleiter.

¹² Vgl. z. B. BGHZ 13, 181; 44, 239; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45.III.2.b; Fischer in GroßkommHGB, § 130 Anm. 11–13; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, § 105 Rdnr. 186 ff.; Staudinger/Habermeier, 2002, § 719 Rdnr. 3, 8; Palandt/Sprau, § 717 Rdnr. 1.

¹ MittBayNot 2009, 156 (in diesem Heft).

² Bengel, MittBayNot 2003, 276; ähnliche Einschätzung auch bei MünchKommBGB/Pohlmann, 5. Aufl., § 1030 Rdnr. 14.

³ Bengel, a.a.O. (Fn. 2).

⁴ Zur ähnlichen Problematik der Sicherung durch Wohnungsrecht Frank, DNotZ 1999, 503 ff.

⁵ Ahrens, Dingliche Nutzungsrechte, 2. Aufl., S. 56 f.

⁶ JurisPK-BGB/Lenders, § 1030 Rdnr. 5.

sollte bei der Nießbrauchsbestellung an Personengesellschaftsanteilen, ob der Nießbrauch auch die bei der Gesellschaft bestehenden Darlehens- oder Verrechnungskonten erfasst.¹³ Sonderbetriebsvermögen gehört zwar steuerrechtlich zum Mitunternehmeranteil, wird aber durch die Bestellung des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil nicht ohne weiteres erfasst, sondern nur wenn der Nießbrauch hieran gesondert bestellt wird.

Bei der Kapitalgesellschaft (insbesondere der GmbH) ist der Anteil grundsätzlich übertragbar, wenn die Übertragung nicht durch Satzung ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist (Vinkulierung, vgl. § 15 GmbHG, § 68 Abs. 2 AktG). Soweit ein Anteil danach nicht übertragbar ist, scheidet auch eine Nießbrauchsbestellung hieran aus. Der Gesellschaftsvertrag kann freilich für die Übertragung und Nießbrauchsbestellung unterschiedliche Voraussetzungen aufstellen, z. B. beim Todesfall den Übergang an den Ehegatten eines Gesellschafters ausschließen und für diesen nur die Möglichkeit eines Nießbrauchs vorsehen.¹⁴

Streitig ist, ob sich die gesellschaftsvertraglich zugelassene Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ohne weiteres auch auf die Belastung mit einem Nießbrauch erstreckt. Dies wird vielfach bejaht.¹⁵ Eine beachtliche Gegenansicht verlangt dagegen im Hinblick auf die mit der Nießbrauchsbestellung verbundene Aufspaltung der Mitverwaltungsrechte die ausdrückliche Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur konkreten Nießbrauchsbestellung.¹⁶ Wenn man jedoch die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich beim Nießbrauchsbesteller belässt (vgl. unter III.1.), dem Nießbraucher lediglich eine dem nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten vergleichbare Rechtsstellung einräumt und die weitergehende Übertragung von Mitverwaltungsrechten nur bei ausdrücklicher gesellschaftsvertraglich oder *ad hoc* erteilter Zustimmung zulässt (dazu unten III.1.a. a. E.), ist eine im Vergleich zur Vollrechtsübertragung weitergehende „Beschwer“ der Mitgesellschafter nicht gegeben und daher kein Bedarf für ein besonderes Zustimmungserfordernis.¹⁷

3. Formfragen

Für die Begründung des Nießbrauchs gelten die gleichen Regeln wie für die Übertragung des Vollrechts (§ 1069 Abs. 1 BGB). Bei Anteilen einer Personengesellschaft bedarf es daher auch dann keiner notariellen Beurkundung, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundbesitz gehört.¹⁸ Die Nießbrauchsbestellung an GmbH-Anteilen ist nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundungsbedürftig, nicht dagegen das Grundge-

schäft (Verpflichtung zur Nießbrauchsbestellung). Für den Nießbrauch an Namensaktien gilt § 68 Abs. 1 AktG (Übertragung auch durch Indossament). Eine Formbedürftigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass der Nießbrauch im Zusammenhang mit einem weiteren, beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft bestellt wird, z. B. der Schenkung einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG.¹⁹

4. Registrierung

Für den Notar stellt sich in Praxis die Frage, ob der Nießbrauch zur Vermeidung negativer Auswirkungen für die Beteiligten der Eintragung in gesellschaftsrelevante Register oder Listen bedarf.

a) Grundbuch

Verfügt die Gesellschaft über Grundbesitz oder Rechte hieran, kommt eine entsprechende Eintragung im Grundbuch nur bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht, da hier (seit 1.9.2009 nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO) auch die Gesellschafter namentlich im Grundbuch einzutragen sind und nur dort Raum ist für einen Vermerk beim belasteten Gesellschafter.²⁰ Bei allen anderen Gesellschaften scheidet eine Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs von vornherein aus, da nur diese selbst als Eigentümer oder Rechtsinhaber eingetragen werden. Bezüglich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Frage sehr umstritten.²¹ Die Befürworter einer Eintragung berufen sich zumeist auf § 1071 BGB, da ohne einen Vermerk die Gefahr der Aushöhlung des Nießbrauchs bestünde. Der Nießbrauch lastet aber nur am Gesellschaftsanteil, nicht an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, deren Inhaber die Gesellschaft als solche ist. Das Grundbuch soll aber nur die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, nicht ihrer einzelnen Gesellschafter wiedergeben. Verfügungsbezugt sind damit nur die Gesellschafter, so dass nach zutreffender Ansicht für eine Eintragung im Grundbuch grundsätzlich kein Raum ist,²² es sei denn der Nießbraucher hat aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Nießbrauchs echte Mitwirkungsrechte bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, was aber regelmäßig nicht der Fall ist. Eine solche Stellung müsste zudem dem Grundbuchamt durch Vorlage des Nießbrauchsvertrages und Zustimmung der übrigen Gesellschafter in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.²³ Für eine Eintragung ist (im Gegensatz zum Grundstücksnießbrauch) auch aus Gutgläubenschutzgesichtspunkten kein Bedarf, da bei einer Verfügung über den belasteten Gesellschaftsanteil der Nießbrauch unabhängig von einer Grundbuchverlautbarung bestehen bleibt.²⁴

b) Handelsregister

Ähnlich umstritten ist die Frage, ob der Nießbrauch am Anteil einer Personenhandelsgesellschaft in das Handelsregister ein-

¹³ Was regelmäßig der Fall sein dürfte, wenn nicht etwas anderes vereinbart wird, vgl. das Beispiel OLG Köln, DB 2006, 2341 m. Anm. *Schlütter*.

¹⁴ *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, Muster § 15 Rdnr. 25.

¹⁵ Dafür etwa *Palandt/Bassenge*, § 1069 Rdnr. 2 (im Zweifel ja); *MünchKommHGB/K. Schmidt*, vor § 230 Rdnr. 16 (anders bei Mehrheitsbeschluss); *BGB-NK/Lemke*, § 1068 Rdnr. 8; *Soergel/Stürmer*, § 1068 Rdnr. 7 c; *Bunke*, DNotZ 1968, 5, 7; *Sudhoff*, NJW 1971, 481.

¹⁶ *MünchKommBGB/Ulmer*, § 705 Rdnr. 82 a; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 33; *Hohaus* in *MünchHdbGesR* 2.I., § 66 Rdnr. 15; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdnr. 44; *Sudhoff/Stenger*, Unternehmensnachfolge, § 34 Rdnr. 19; *Janssen/Nickel*, Der Unternehmensnießbrauch, S. 32; *Schön*, ZHR 158, 229, 253 f.; *Rodin* in *MünchHdbGesR* I, § 60 Rdnr. 15; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 71.

¹⁷ Ebenso *jurisPK-BGB/Laukemann*, § 1069 Rdnr. 21.

¹⁸ Wie bei der Übertragung des Anteils selbst (h. M.), vgl. nur *Staudinger/Wufka*, 2005, § 311 b Abs. 1 Rdnr. 119 m. w. N.

¹⁹ BGH, NJW 1986, 2642; NJW-RR 1992, 991; *Hermanns* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 5. Aufl. 2009, D.II Rdnr. 31.

²⁰ Gesetz vom 11.8.2009, BGBl I, S. 2713.

²¹ Dafür OLG Hamm, DNotZ 1977, 376; *Ebeling* in *Meikel/Böhlinger/Böttcher/Ebeling/Göttlinger*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 10 GBV Rdnr. 34; *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 91; *Wenz*, MittRhNotK 1996, 377, 385 f.; *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 251 f.

²² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61.II.3; *BGB-NK/Lemke*, § 1068 Rdnr. 19; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 85; *Hügel/Kral*, Grundbuchrecht, GesR Rdnr. 82.1; *Lindemeier*, DNotZ, 1999, 876 ff.; ebenso *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1367 bei fehlenden Mitwirkungsrechten des Nießbrauchers.

²³ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1367.

²⁴ Zur Nichtanwendbarkeit von § 892 BGB beim Erwerb von Anteilen einer BGB-Gesellschaft vgl. BGH, NJW 1997, 860.

getragen werden kann.²⁵ § 22 Abs. 2 HGB lässt die Eintragung eines Nießbrauchs beim Handelsgeschäft ausdrücklich zu. Die mit einer Publizitätswirkung verbundene Eintragung (Vertretung und Haftung) ist jedoch nicht erforderlich bei einem bloßen auf den Ertrag beschränkten Nießbrauch.²⁶ Anders ist es, wenn man eine Außenhaftung des Nießbrauchers bejaht.²⁷ Im Übrigen sollte eine Eintragung im Hinblick auf die noch immer ungeklärten Fragen der Mitwirkungsbefugnisse des Nießbrauchers und seine Haftung jedenfalls zulässig sein, da es für die Eintragungsfähigkeit im Handelsregister genügt, wenn durch den Vermerk einem erheblichen Bedürfnis des Rechtsverkehrs Rechnung getragen wird.²⁸ Sieht man den Nießbrauch als dingliche Mitberechtigung an der Gesellschafterstellung an, ist der Nießbraucher „Teilrechtsnachfolger“ des Anteils und damit einem eintretenden Gesellschafter vergleichbar. Beim Kommanditanteil kann die Eintragung des Nießbrauchs im Handelsregister aus Sicherheitsgründen insbesondere dann sinnvoll sein,²⁹ wenn dem Nießbraucher über die gesetzliche Regelung hinausgehende Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt sind. Die Eintragung führt dann – soweit eine Haftung des Nießbrauchers bestehen sollte – zur Begrenzung auf die im Handelsregister eingetragene Einlage des Gesellschafters nach §§ 171 f. HGB.

c) Gesellschafterliste

Nach herrschender Meinung ist die Eintragung des Nießbrauchs an einem GmbH-Geschäftsanteil in die Liste der Gesellschafter (§ 16 GmbHG) keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Nießbrauchsbestellung und die Ausübung der Rechte des Nießbrauchers, da in der Liste nach dem Gesetzeswortlaut nur der Gesellschafter, nicht aber ein hieran dinglich Berechtigter erfasst werden soll und der Nießbrauch nicht zu einer Gesellschafterstellung führt. Daher ist auch de lege lata ein gutgläubiger lastenfrier Erwerb eines Geschäftsanteils ausgeschlossen.³⁰ Allerdings erlaubt nunmehr eine unrichtige Eintragung in die Gesellschafterliste unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG einen gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs am Geschäftsanteil eines Nicht-Gesellschafters.³¹

Fraglich ist, ob der Nießbrauch in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann.³² Im Gegensatz zur Eintragung des

Nießbrauchs am KG-Anteil, bei dem die Eintragung zur Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers angezeigt ist, besteht aber für eine Eintragung regelmäßig kein Bedürfnis: Die (unmittelbare bzw. entsprechende) Anwendung des § 16 GmbHG würde zwangsläufig zur Eintragungspflicht führen, weil sonst die Fiktion nach Abs. 1 der Vorschrift nicht greifen würde und der Nießbraucher seine Rechte gegenüber der Gesellschaft nicht ausüben könnte. Zudem wäre der Nießbrauch auch zur Vermeidung eines gutgläubigen lastenfrieren Erwerbs zur Eintragung in die Liste gezwungen. Da dem Nießbraucher aber regelmäßig keine Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft zustehen und eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 3 GmbHG angesichts des klaren Gesetzeswortlauts (der beim Erwerb ausdrücklich auch die Rechte an einem Anteil regelt) ausscheidet, besteht kein Bedürfnis für eine Eintragung und damit auch keine Pflicht des Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG, den Nießbrauch in der Gesellschafterliste zu vermerken.

Im Hinblick auf den auf den Nießbraucher übergehenden Gewinnanspruch ist jedoch zu beachten, dass die Gesellschaft bei Gewinnausschüttungen an den Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen (Rechtsgedanke des § 407 BGB) geschützt ist, wenn ihr der Nießbrauch nicht bekannt war.³³ Daher ist eine entsprechende Anzeige an die Gesellschaft erforderlich, um diese vom Nießbrauch in Kenntnis zu setzen. Erfolgt diese durch den Gesellschafter, ist die Gesellschaft nach § 409 BGB geschützt.

d) Aktienregister

Bei der Aktiengesellschaft werden Namensaktien nach § 67 AktG in das Aktienregister eingetragen. Dessen Abs. 1 war zwar Vorbild für die Regelung in § 16 Abs. 1 GmbHG,³⁴ doch zeigen sich gegenüber dem GmbH-Recht auch Unterschiede: So wird das Aktienregister nicht in das (öffentliche) Handelsregister aufgenommen und bietet im Gegensatz zu § 16 Abs. 3 GmbHG keine Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb, sondern dient in erster Linie der Rechtsklarheit über die Personen, die im Verhältnis zur Gesellschaft als Mitglied berechtigt und verpflichtet sind.³⁵ Auch lässt § 67 AktG der Gesellschaft einen größeren Freiraum hinsichtlich der Eintragungen in das Register. Dies rechtfertigt es, den Nießbrauch an der Namensaktie zwar nicht als eintragungspflichtig, aber doch als eintragungsfähig anzusehen.³⁶

III. Die zivilrechtliche Gestaltung des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil

Weitaus mehr als beim Grundstücksnießbrauch ist der Vertragsjurist gefordert, wenn es um die inhaltliche Ausgestaltung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen geht. Denn neben den sachenrechtlichen Elementen sind hier auch die Vorgaben und Besonderheiten des Gesellschaftsrechts zu berücksichtigen. Da viele Einzelfragen umstritten sind, ist eine genaue vertragliche Regelung dringend zu empfehlen. Die zivilrechtliche Ausgestaltung hat zudem wichtige Auswirkungen auf die steuerliche Beurteilung von Nießbrauchsgestaltungen (dazu unter IV.).

²⁵ Dazu Gutachten DNotI-Report 1999, 194 f.; Lindemeier, RNotZ 2001, 155; generell ablehnend zur Eintragung im Handelsregister Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 770.

²⁶ Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, vor § 335 (§ 230 n. F.) Rdnr. 11, MünchKommBGB/Pohlmann, § 1085 Rdnr. 83.

²⁷ LG Köln, RNotZ 2001, 170; Richter/Escher in MünchHdbGesR, 3. Aufl., Bd. II, § 27 Rdnr. 46; Staub/Ulmer, HGB, § 139 Anm. 95; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 85; Hohaus in MünchHdbGesR, Bd. I, § 66 Rdnr. 16; Schön, ZHR 158, 229, 256; Kruse, RNotZ 2002, 69, 83 f.

²⁸ RGZ 132, 138, 140 f.; BGH, NJW 1992, 1452; BayObLG, MittBayNot 2000, 568; Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, Rdnr. 102.

²⁹ Weitergehend Gutachten DNotI-Report 1999, 194 f.; Janssen/Nickel, Der Unternehmensnießbrauch, S. 65: Eintragung aus Sicherheitsgründen immer zu empfehlen.

³⁰ Roth/Altmepfen, GmbHG § 16 Rdnr. 55; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 16 Rdnr. 60; Mayer, DNotZ 2008, 403, 419; Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 584; Wachter, ZNotP 2008, 378, 397; Weigl, MittBayNot 2009, 116, 117; a. M. Reymann, ZNotP 2009, 410, 413 sowie WM 2008, 2095, 2098 ff.: Eintragung des Nießbrauchs als „Widerspruch“ in die Gesellschafterliste.

³¹ Wachter, ZNotP 2008, 378, 397.

³² Dafür LG Aachen, MittBayNot 2010, 72 m. Anm. Wälzholz = RNotZ 2009, 409 m. zust. Anm. Reymann.

³³ Staudinger/Frank, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 103; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 16 Rdnr. 9; Wicke, GmbHG, 2008, § 15 Rdnr. 30.

³⁴ Roth/Altmepfen, GmbHG, § 16 Rdnr. 1.

³⁵ MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 68 Rdnr. 1.

³⁶ Soegel/Stürner, § 1068 Rdnr. 9; Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 17 Rdnr. 9; MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 30 je m. w. N.

1. Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers

a) Stimmrecht

Zu den am meisten umstrittenen Fragen beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen gehört die Frage, wer zur Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Stimmrechts gegenüber der Gesellschaft berechtigt ist.³⁷ Unabhängig von der Gesellschaftsform werden hierzu insgesamt vier Ansichten vertreten: Nach der herkömmlichen und noch heute vorwiegenden Auffassung steht das Stimmrecht nur dem Nießbrauchsbesteller als dem Inhaber der Beteiligung zu.³⁸ Der BGH³⁹ belässt das Stimmrecht jedenfalls bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen (z. B. Feststellung des Jahresabschlusses), beim Gesellschafter, hat die Frage im Übrigen aber offen gelassen. Eine Zuweisung des Stimmrechts allein an den Nießbraucher wird nur vereinzelt (und nur für Kapitalgesellschaften) vertreten.⁴⁰ Nach einer weiteren Auffassung führt der Nießbrauch zu einer Aufspaltung des Stimmrechts, je nachdem ob die Rechtsstellung des Nießbrauchers (z. B. laufende Angelegenheiten und Gewinn) oder des Bestellers (Grundlagenbeschlüsse, Kernbereich der Mitgliedschaft) betroffen sind.⁴¹ Für ein gemeinschaftliches Stimmrecht von Nießbraucher und Gesellschafter spricht sich v. a. Schön⁴² aus. Der Nachteil der Aufspaltungslösung liegt in deren praktischer Undurchführbarkeit und unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall.⁴³ Die Feststellung des Jahresabschlusses, die der BGH als Grundlagenakt beurteilt, kann man umgekehrt als Maßnahme ansehen, die sich auf die Substanz des Nießbrauchs auswirkt.⁴⁴ Weitere Probleme würden sich bei einer vom Gesetz abweichenden Ausgestaltung des Nießbrauchs ergeben. Eine Stimmrechtsaufspaltung in Anlehnung an § 1066 BGB scheidet nicht nur im Wohnungseigentumsrecht,⁴⁵ sondern erst recht in einem so komplexen Rechtsgebilde wie der Personengesellschaft. Die gegen die Stimmrechtsaufteilung bestehenden Einwände zwingen aber umgekehrt nicht zu einer Vergemeinschaftung

des Stimmrechts, was nicht nur zu weit gehen,⁴⁶ sondern im Hinblick auf die unterschiedlichen Interessen von Gesellschafter und Nießbraucher zum Risiko des Leerlaufs der Stimme führen würde. Eine für die Vertragsgestaltung sichere Lösung ist es daher, bei der Nießbrauchsbestellung das Stimmrecht formal dem Gesellschafter zu belassen und Bindungen hinsichtlich der Stimmrechtsausübung auf das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Gesellschafter zu beschränken, so dass gegenüber der Gesellschaft einheitlich der Gesellschafter zuständig bleibt.

Eine Verstärkung der Rechtsstellung des Nießbrauchers ist z. B. möglich durch eine Stimmrechtsvollmacht.⁴⁷ Daneben sollte es zulässig sein, dem Nießbraucher für einzelne Bereiche bestimmte Mitverwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht zu übertragen, um seine Stellung auch nach außen hin zu stärken. Der BGH hat dies zwar ausdrücklich offen gelassen.⁴⁸ Eine solche Übertragung scheidet jedenfalls nicht am Abspaltungsverbot⁴⁹ und ist dann zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag eine solche Übertragung gestattet oder die übrigen Gesellschafter der konkreten Übertragung von Gesellschafterrechten an den Nießbraucher zustimmen.⁵⁰ Grenzen hierfür ergeben sich lediglich aus der Kernbereichslehre:⁵¹ So kann z. B. der Nießbrauchsbesteller nicht wirksam auf Informations- und Anfechtungsrechte verzichten. Gleiches gilt für Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, Umwandlung oder Auflösung der Gesellschaft.

b) Geschäftsführungsbefugnis

Ähnliche Überlegungen wie beim Stimmrecht gelten für die mit der Mitgliedschaft verbundene Geschäftsführungsbefugnis des Nießbrauchers in einer Personengesellschaft. Für den geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ist die Rechtslage ebenso umstritten und unklar wie beim Stimmrecht. Neben einer Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnis zwischen Gesellschafter und Nießbraucher⁵² werden die alleinige Zuweisung an den Gesellschafter⁵³ oder den Nießbraucher⁵⁴, aber auch die gemeinschaftliche Geschäftsführung⁵⁵ vertreten. Da der Nießbraucher nur ein dingliches Nutzungsrecht an den Erträgen der Beteiligung erhält, selbst nicht Gesellschafter wird und seine Stellung der eines Kommanditisten vergleichbar ist, bleibt seine Befugnis zur Geschäftsführung in Anlehnung an § 164 HGB grundsätzlich ausgeschlossen. Zulässig ist dagegen die (durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern oder im Gesellschaftsvertrag zugelassene) Übertragung von Geschäftsführungsrechten an den Nießbraucher.⁵⁶ Da der Nießbraucher am Gesellschaftsanteil dinglich beteiligt ist, widerspricht sie auch nicht dem Prinzip der Selbstorganschaft.

37 Zum Ganzen *Staudinger/Frank*, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 67 ff., 96 ff. Entsprechende Überlegungen gelten für das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen und das Anfechtungsrecht von Gesellschafterbeschlüssen.

38 *Palandt/Bassenge*, § 1068 Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 71 ff.; *NK-BGB/Lemke*, § 1068 Rdnr. 13; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 15 Rdnr. 57; *K. Schmidt*, Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 61.II.3; *ders.*, ZGR 1999, 601, 609 f.; *Heymann/Emmerich*, HGB, § 105 Rdnr. 68; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, vor § 230 Rdnr. 21; *Westermann/Wertenbruch*, Handbuch der Personengesellschaften I, Rdnr. 683; *Teichmann*, ZGR 1972, 1, 9; *Finger*, DB 1977, 1033, 1038 f.; *Lindemeier*, DNotZ 1999, 876, 894 ff.; *Münch*, ZEV 1998, 8, 9; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75; OLG Koblenz, NJW 1992, 2163 (zum GmbH-Geschäftsanteil).

39 NJW 1999, 571 = DNotZ 1999, 607.

40 Z. B. *Jauernig*, BGB, 12. Aufl., § 1068 Rdnr. 4.

41 *MünchKommBGB/Ulmer*, § 705 Rdnr. 99; *jurisPK-BGB/Laukemann*, § 1068 Rdnr. 22; *Bamberger/Roth/Wegmann*, § 1069 Rdnr. 16; *BGB-RGRK/Rothe*, § 1068 Rdnr. 9; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdnr. 46; *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, vor § 335 (§ 230 n. F.) Rdnr. 16; *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 110; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 110 ff.; *Gunnert* in *MünchHdbGesR I*, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 26; LG Aachen, RNotZ 2003, 398 f.

42 ZHR 158, 229, 261 f. mit Hinweis auf frühere Vorschläge in diese Richtung.

43 Hierzu *Lindemeier*, DNotZ 1999, 876, 892 mit der Frage, in welchem mittelständischen Unternehmen über laufende Angelegenheiten Beschluss gefasst wird.

44 *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 606, 608.

45 BGH, NJW 2002, 1647 = MittBayNot 2002, 184.

46 *Reichert/Schlitt* in FS Fleck, 1997, S. 217, 226.

47 *Lieber*, ZEV 1999, 72 f.

48 Oben Fn. 39.

49 Oben bei Fn. 11; a. M. *Westermann/Wertenbruch*, Handbuch der Personengesellschaften I, Rdnr. 683 c.

50 *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 611; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 75; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 81; ähnlich auch *Soergel/Stürmer*, § 1068 Rdnr. 7 f (zweckmäßig).

51 *Hermanns*, MittRhNotK 1999, 235 f.

52 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdnr. 46.

53 *Teichmann*, ZGR 1972, 1, 13.

54 *MünchKommBGB/Ulmer*, § 705 Rdnr. 83; *Flume*, BGB-AT I/1, S. 362 f.

55 *Schön*, ZHR 158, 229, 262 f.

56 *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 77.

c) Zustimmung nach § 1071 BGB

Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers können sich auch aus § 1071 BGB ergeben, wonach eine Aufhebung oder Änderung des nießbrauchsbelasteten Rechts nur mit Zustimmung des Nießbrauchers zulässig ist. Praktische Bedeutung hat dies z. B. bei der ordentlichen Kündigung durch den Gesellschafter, bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die sich unmittelbar auf den Nießbrauch auswirken (etwa Änderungen des Gewinnverteilungsschlüssels zulasten des nießbrauchsbelasteten Anteils) und beim Auflösungsbeschluss. Umstritten ist hierbei, ob die fehlende Zustimmung zur (absoluten oder relativen) Unwirksamkeit führt oder sich nur auf das Innenverhältnis (mit der Folge einer Schadensersatzpflicht des Bestellers) auswirkt.⁵⁷ Eine Außenwirkung gegenüber der Gesellschaft wird man nur dann annehmen können, wenn der Gesellschaft der Nießbrauch bekannt ist. Daher ist in der Praxis auch unter diesem Aspekt eine Anzeige der Nießbrauchsbestellung gegenüber der Gesellschaft ratsam.

2. Der Anspruch des Nießbrauchers auf den Ertrag

Im Hinblick auf die unterschiedliche Zurechnung und Behandlung des Gewinns und die damit verbundenen Probleme ist beim Anteilsnießbrauch zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu differenzieren. In beiden Fällen hat der Nießbraucher als ihm zustehende Nutzung nach §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1 i. V. m. §§ 100 und 99 Abs. 2 BGB Anspruch auf den Ertrag, den die Beteiligung bestimmungsgemäß gewährt.

a) Personengesellschaften

Der dem Nießbraucher gebührende Ertrag besteht bei Personengesellschaften in Ansehung des Gewinns nach herrschender Meinung nur in den auf der Grundlage der Handelsbilanz⁵⁸ entnehmbaren Erträgen,⁵⁹ nicht aber im vollen bilanzmäßigen Gewinn.⁶⁰ Der Nießbraucher ist hier an den Gesellschaftsvertrag und an die Beschlüsse der Gesellschafter gebunden. Soweit der Besteller hierüber mitstimmt, ist er aufgrund des Nießbrauchs nicht verpflichtet, auf eine möglichst umfassende Ausschüttung hinzuwirken, es sei denn, er ist dem Nießbraucher gegenüber im Rahmen des Nießbrauchs hierzu verpflichtet.⁶¹ Was dagegen auf sonstigen gesamthänderisch gebundenen Konten (Kapitalkonto II, Rücklagenkonto und dergleichen) gebucht wird, gebührt nicht dem Nießbraucher, sondern dem Besteller. Soll der Nießbraucher mehr als den ausgeschütteten Gewinn erhalten, ist hierüber nicht nur eine ausdrückliche Regelung erforderlich, sondern auch sicherzustellen, dass eine solche Zuordnung an den Nießbraucher gesellschaftsrechtlich durchführbar ist.

Eine Einschränkung gilt für außerordentliche Erträge, v. a. bei Auflösung stiller Reserven des Anlagevermögens. Sie stellen

⁵⁷ Im Einzelnen hierzu *Staudinger/Frank*, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 76 u. 101 m. w. N.

⁵⁸ *Götz/Jorde*, FR 2003, 998, 1002 f.; *Jansen/Jansen*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 111.

⁵⁹ BGHZ 58, 316, 320 = NJW 1972, 1755; vgl. auch BGH, ZEV 2009, 622, 623 f. zur Auslegung einer „Reinertragsklausel“; BFH, NJW 1995, 1918, 1919; *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2001, I Rdnr. 1618 ff.; MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 50; NK-BGB/*Lemke*, § 1068 Rdnr. 16; jurisPK-BGB/*Laukemann*, § 1068 Rdnr. 25; *Baumbach/Hopt*, HGB § 105 Rdnr. 45; *Heymann/Emmerich*, HGB, § 105 Rdnr. 66; *Janssen/Nickel*, Der Unternehmensnießbrauch, S. 42; *Bunke*, DNotZ 1968, 5, 15; *Haegele*, BWNNotZ 1974, 24, 28.

⁶⁰ So aber *Sudhoff*, NJW 1971, 481, 483; vgl. auch NJW 1974, 2205, 2209; anscheinend auch *Finger*, DB 1977, 1033, 1036 ff.

⁶¹ *Staudinger/Frank*, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 79.

eine Auskehrung der Substanz dar und stehen dem Nießbraucher nicht zu.⁶² Anders als bei Kapitalgesellschaften, bei denen der Gewinnanspruch erst mit dem Gewinnverwendungsbeschluss entsteht, gebühren dem Nießbraucher auch nicht Ausschüttungen von Gewinnrücklagen aus der Zeit vor Nießbrauchsbeginn,⁶³ es sei denn, es wäre ausdrücklich vereinbart. Auch solche Gewinne gehören nicht zum bestimmungsgemäßen Ertrag des Anteils, sondern mindern dessen Wert und stehen deshalb dem Anteilshaber zu. Daher erübrigt sich auch ein Ausgleichsanspruch des Gesellschafters gegen den Nießbraucher bei Nießbrauchsende analog § 1039 BGB.⁶⁴ Dem Nießbraucher gebühren jedoch weiterhin die Erträge aus solchen außerordentlichen Gewinnen, gleichgültig ob sie wieder in die Gesellschaft zurückgeführt werden oder nicht.

Der Nießbrauchsbesteller ist auch nicht nach Beendigung des Nießbrauchs zum Ausgleich von nicht oder später ausgeschütteten Gewinnen verpflichtet. Die v. a. von *Schön*⁶⁵ vertretene Gegenansicht, die (zumindest für den Mehrheitsgesellschafter) einen Wertausgleichsanspruch entsprechend § 1049 Abs. 1 BGB bejaht, vermag nicht zu überzeugen: Sie würde dem Nießbraucher weitergehende Ansprüche gewähren als dem Anteilshaber. Der nicht zur Ausschüttung vorgesehene Gewinn ist kein Ertrag der Beteiligung, sondern eine Mehrung des Unternehmenswertes, die dem Nießbraucher gerade nicht zustehen soll.⁶⁶ Zudem können die Beteiligten durch eine entsprechende Ausgestaltung des Nießbrauchs abweichende Vereinbarungen treffen und sich an dem Modell von *Schön* orientieren.⁶⁷ Dann besteht auch kein Bedarf für einen Ausgleichsanspruch des Nießbrauchers, wenn die Bildung von Gewinnvorträgen oder Rücklagen die Angemessenheitsgrenze überschreitet.⁶⁸

Die zivilrechtliche Beschränkung des Nießbrauchers auf die entnehmbaren, nicht außerordentlichen Gewinnanteile führt zu einer Frage, die mit der Gewinnbesteuerung zusammenhängt: Da einkommensteuerrechtlich der ganze Gewinn zu versteuern ist, muss der Nießbrauchsbesteller die Steuern für die nicht dem Nießbraucher zustehenden Gewinnanteile tragen, die er aber in der Regel nicht entnehmen kann.⁶⁹ Ob der Nießbrauchsbesteller in diesem Fall befugt ist, die auf ihn entfallenden Steuern aus dem Gewinn zu entnehmen, ist ungeklärt.⁷⁰ Daher kann vereinbart werden, dass der Nießbraucher zur ganzen oder teilweisen Übernahme dieser Steuern verpflichtet ist, die er dann als Betriebsausgaben absetzen kann und die der Besteller als Sonderbetriebseinnahme versteuern muss.

Regelungsbedarf kann sich auch beim gesetzlichen (§ 122 HGB) oder gesellschaftsvertraglichen Entnahmerecht des Ge-

⁶² BFH, BStBl II 1992, S. 605; NJW 1995, 1918, 1919; *Flume*, BGB-AT I/1, S. 367; MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 58; differenzierend *Janssen/Nickel*, Der Unternehmensnießbrauch, S. 44 ff.

⁶³ *Schön*, ZHR 158, 229, 245; jurisPK-BGB/*Lemke*, § 1068 Rdnr. 16; a. M. MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 59.

⁶⁴ *Schön*, ZHR 158, 229, 262 f.; *Janssen/Nickel*, Der Unternehmensnießbrauch, S. 45.

⁶⁵ ZHR 158, 229, 242 ff.

⁶⁶ *Hepp/Schwab*, Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil, 1998, S. 176 f.; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 78.

⁶⁷ MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 51.

⁶⁸ Hierzu *Reichert/Schlitt* in FS Fleck, 1997, S. 217, 234; ähnlich auch *Heymann/Emmerich*, HGB, § 105 Rdnr. 66: bis zur Grenze des § 138 BGB.

⁶⁹ *Schmidt/Wacker*, EStG, 27. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 310; *Schulze zur Wiesche*, BB 2004, 355, 357.

⁷⁰ *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Unternehmensnachfolge I, Rdnr. 1618; vgl. auch *Sudhoff*, NJW 1971, 483.

sellschafters ergeben, das nach herrschender Meinung dem Nießbraucher nur zusteht, soweit es vom Gewinn gedeckt ist.⁷¹ Nur in diesem Umfang bildet das Entnahmerecht einen Teil des dem Nießbraucher zustehenden Ertrages der Beteiligung. Der Besteller kann darüber hinausgehende Entnahmen (die sich zulasten der Substanz auswirken) nur mit Zustimmung des Nießbrauchers vornehmen;⁷² umgekehrt müssen dem Nießbraucher weitergehende Entnahmen ausdrücklich gestattet werden.

Im Regelfall des auf den Ertrag beschränkten Nießbrauchs erhält der Nießbraucher ein positives Ergebnis.⁷³ An einem Verlust ist er nur mittelbar in der Weise beteiligt, dass dieser zunächst mit Gewinnen späterer Jahre ausgeglichen wird und dadurch die Ausschüttung entfällt oder sich vermindert.⁷⁴ Aufgrund der möglichen Erweiterung der Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers ist es jedoch möglich, diesen in unternehmerische Entscheidungen und Mitverantwortung einzubinden, was zu einer Außenhaftung wie beim Gesellschafter selbst,⁷⁵ aber auch im Innenverhältnis zu einer Ausgleichspflicht gegenüber dem Nießbrauchsbesteller führen kann, was aber genau geregelt werden sollte. Gleiches gilt für die Frage, ob nach Ende des Nießbrauchs ein Ausgleich entsprechend § 1050 BGB geschuldet wird.⁷⁶

b) Kapitalgesellschaften

Bei der Kapitalgesellschaft entsteht der Gewinnanspruch erst mit dem entsprechenden Gewinnverwendungsbeschluss (§ 29 GmbHG, § 174 AktG). Der Nießbraucher hat daher einen Gewinnanspruch gegenüber der Gesellschaft, wenn und soweit die Gesellschafterversammlung eine Ausschüttung des Jahresergebnisses bzw. Bilanzgewinns beschlossen hat und soweit er auf die Dauer des Nießbrauchs entfällt.⁷⁷ Gewinnerträge und freie Rücklagen, die erst nach Nießbrauchsende ausgeschüttet werden, stehen daher dem Besteller und nicht dem Nießbraucher zu.⁷⁸ Umgekehrt gebührt dem Nießbraucher (anders als bei der Personengesellschaft⁷⁹) ein zur Ausschüttung beschlossener Gewinn auch dann, wenn er auf der Auflösung eines Gewinnvortrags oder von Rücklagen aus der Zeit vor Nießbrauchsbeginn herrührt.⁸⁰ Abweichende Vereinbarungen sind jedoch möglich.

⁷¹ MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 61; NK-BGB/Lemke, § 1068 Rdnr. 16; Haegele, BWNotZ 1974, 24, 26; Kruse, RNotZ 2002, 69, 79.

⁷² MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 70.

⁷³ MünchKommHGB/K. Schmidt, vor § 230 Rdnr. 23; Janssen/Nickel, Der Unternehmensnießbrauch, S. 46 f.; Teichmann, ZGR 1972, 1, 13; Schulze zur Wiesche, DB 1970, 172; Rodin in MünchHdbGesR I, § 60 Rdnr. 20.

⁷⁴ Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 463.

⁷⁵ Staudinger/Frank, Anh. §§ 1068 f. Rdnr. 91.

⁷⁶ Zu einer verschuldensabhängigen Ausgleichspflicht vgl. Schön, ZHR 158, 229, 247 f.; Kruse, RNotZ 2002, 69, 81.

⁷⁷ RG, JW 1916, 609; Sudhoff, GmbHR 1971, 53, 55; Fricke, GmbHR 2008, 739, 742; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 62; Bamberger/Roth/Wegmann, § 1069 Rdnr. 20; a. M. Soergel/Stürmer, § 1068 Rdnr. 8 (Anspruch auf den vollen in der Bilanz festgestellten Gewinn).

⁷⁸ Hachenburg/Zutt, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 15 Rdnr. 59; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 214; weitergehend Schön, ZHR 158, 229, 240 ff.

⁷⁹ Oben bei Fn. 53.

⁸⁰ Bamberger/Roth/Wegmann, § 1068 Rdnr. 20; Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, § 13 Rdnr. 214; Fricke, GmbHR 2008, 739, 742 f.

c) Erhöhung der Beteiligung

Wird die Beteiligung des Nießbrauchsbestellers erhöht, ist zu unterscheiden, ob dies aus Vermögen der Gesellschaft oder durch Leistung zusätzlicher Einlagen erfolgt.

Werden (bei der Personengesellschaft) aus nicht entnommenen Gewinnanteilen die Beteiligungsquoten (Kapitalanteile) an der Gesellschaft erhöht oder erfolgt (bei der Kapitalgesellschaft) eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, stellt die erhöhte Beteiligung nach herrschender Meinung keinen Ertrag der ursprünglichen Beteiligung dar⁸¹ und verbleibt damit dem Nießbrauchsbesteller. Dagegen stehen die Gewinne aus der neuen Beteiligung nach zutreffender Ansicht dem Nießbraucher zu,⁸² wobei sich der Nießbrauch wegen der Einheitlichkeit des Anteils im Personengesellschaftsrecht ohne weiteres auf den neuen Anteil erstreckt.⁸³ Bei der Kapitalgesellschaft ist jedoch im Fall der Bildung neuer Anteile streitig, ob sich der Nießbrauch auf diese von selbst erstreckt oder nur ein schuldrechtlicher Anspruch des Nießbrauchers auf Begründung des Nießbrauchs hieran besteht.⁸⁴ Eine (vorsorgende) vertragliche Regelung ist deshalb sinnvoll.

Bei einer Kapitalerhöhung durch Leistung weiterer Einlagen stellen sich im Zusammenhang mit dem Nießbrauch mehrere Fragen: Das gesetzliche (§ 186 AktG) bzw. satzungsmäßige Bezugsrecht des Gesellschafters auf Übernahme der neuen Einlage stellt nach herrschender Meinung keine Frucht des bisherigen Anteils dar. Es verbleibt daher dem Gesellschafter.⁸⁵ Da die erhöhte bzw. neue Beteiligung durch Zuführung neuer Mittel geschaffen wird, erstreckt sich der Nießbrauch – im Gegensatz zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln – hierauf nicht. Bei einer Anteilserhöhung entsteht daher ein Quotennießbrauch und der Gewinn wird zwischen Besteller und Nießbraucher verhältnismäßig aufgeteilt.⁸⁶ Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen gilt, wenn das Bezugsrecht zu einem geringeren Wert ausgeübt werden kann und dadurch einen Teil der Substanz der bisherigen Beteiligung darstellt. In diesem Fall hat der Nießbraucher einen Anspruch auf Einräumung eines Quotennießbrauchs am neuen Anteil, und zwar entsprechend dem Verhältnis des Wertes des Bezugsrechts zum Wert des neuen Anteils.⁸⁷

d) Liquidation, Abfindungsentgelt, Umwandlung

Für den Fall, dass die Gesellschaft aufgelöst und das Gesellschaftsvermögen auseinandergesetzt wird, oder dass der Gesellschafter gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausscheidet, ist zunächst zu regeln, ob der Nießbrauch beendet wird oder ob er sich am Auseinandersetzungsguthaben fortsetzt. Das Guthaben als solches gehört, auch wenn darin nicht

⁸¹ BGHZ 58, 316, 317 ff.; 78, 177, 188; Kruse, RNotZ 2002, 69, 80; BGB-RGRK/Rothe, § 1068 Rdnr. 10; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 42; teils abweichend Finger, DB 1977, 1033, 1038.

⁸² Stenger in Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 34 Rdnr. 22; vgl. auch BGH, GmbHR 1983, 148.

⁸³ Palandt/Bassenge, § 1068 Rdnr. 5; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, Vorbem. § 335 (§ 230 n. F.) Rdnr. 12; Finger, DB 1977, 1033, 1038; Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 156.

⁸⁴ Staudinger/Frank, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 105.

⁸⁵ BGHZ 58, 316, 319; OLG Bremen, DB 1970, 1436; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rdnr. 54; Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil, § 15 Rdnr. 348; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 63.

⁸⁶ Ulmer in FS Fleck, S. 383, 392; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rdnr. 42 sowie BGH, GmbHR 1983, 148, 149.

⁸⁷ Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, § 15 Rdnr. 216 a; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 15 Rdnr. 101; Soergel/Stürmer, § 1068 Rdnr. 8; Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil, § 15 Rdnr. 350.

entnommene Gewinne enthalten sind, nicht zum Ertrag der Beteiligung.⁸⁸ Entsprechendes gilt für die Barabfindung bei Umwandlungsvorgängen. Als ein aus der Mitgliedschaft fließendes Recht für die Beteiligung setzt sich der Nießbrauch (wenn nichts anderes vereinbart ist) am Liquidationserlös oder Abfindungsguthaben entsprechend §§ 1076 ff. BGB fort, wobei streitig ist, ob dies kraft dinglicher Surrogation oder aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs geschieht.⁸⁹ Er steht dem Gesellschafter und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zu und ist nach § 1079 BGB verzinslich anzulegen. Eine dingliche Surrogation erfolgt in den vom UmwG geregelten Fällen der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 UmwG), Spaltung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 UmwG) und des Formwechsels (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 UmwG).⁹⁰

IV. Steuerrechtliche Fragen des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil

Neben den zivilrechtlichen Fragen ist bei der Ausgestaltung des Nießbrauchs auch besondere Aufmerksamkeit hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen notwendig, stellen diese doch regelmäßig das Hauptmotiv einer Nießbrauchsbestellung dar. Wenn auch der Notar zu einer steuerlichen Beratung und Belehrung nicht verpflichtet ist,⁹¹ sollte in der Praxis dennoch eine gewisse Sensibilität für die steuerlichen Auswirkungen vorhanden sein. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher auf die für den Notar wichtigsten steuerlichen Aspekte der Nießbrauchsbestellung an Gesellschaftsanteilen.

1. Ertragsteuern

a) Personengesellschaft

Beim Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen (insbesondere am KG-Anteil) kommt es entscheidend darauf an, ob aufgrund der Ausgestaltung des Nießbrauchs der Nießbraucher und daneben der Besteller Mitunternehmer i. S. v. § 15 EStG sind. Herkömmlicherweise wird hier unterschieden zwischen dem auf den Ertrag beschränkten Nießbrauch (Ertragsnießbrauch) und dem mitunternehmerischen Nießbrauch (Vollrechtsnießbrauch).

Der Nießbraucher wird dann als Mitunternehmer behandelt, wenn er aufgrund der Gesamtbetrachtung der im Einzelfall getroffenen Abreden rechtlich und tatsächlich die Stellung erlangt, welche der eines Mitunternehmers (Unternehmerinitiative und -risiko) entspricht.⁹² Es genügt, wenn er zusätzlich zu seiner auf Ertrag gerichteten Nießbraucherstellung einen nennenswerten Einfluss auf die Geschäftsführung hat,⁹³ insbe-

sondere wenn ihm Kontroll- und Widerspruchsrechte verbleiben,⁹⁴ das Stimmrecht verliehen ist⁹⁵ oder – soweit man mit der herrschenden Meinung ein unmittelbares Stimmrecht ablehnt – aufgrund seiner Stellung Einfluss auf die Stimmabgabe des Gesellschafters nehmen kann. Daneben bleibt im Regelfall auch der Nießbrauchsbesteller aufgrund seiner weiterhin bestehenden Mitwirkungs- und Kontrollrechte sowie des nicht dem Nießbraucher zustehenden Gewinns und Verlusts Mitunternehmer.⁹⁶ Für einen an den Vorgaben des BGB ausgestalteten Nießbrauch hat der BFH unabhängig vom zivilrechtlichen Streit um die Zuordnung der Mitverwaltungsrechte die Mitunternehmerstellung des Nießbrauchsbestellers (Gesellschafters) ausdrücklich bejaht.⁹⁷ Demnach dürfte in diesem Fall auch der Nießbraucher regelmäßig Mitunternehmer sein.

Wird von der gesetzlichen Vorgabe abgewichen, kann sowohl für den Besteller als auch für den Nießbraucher die Mitunternehmerstellung entfallen. Soll z. B. der Nießbraucher alle Gesellschafterrechte wahrnehmen und wird ihm zusätzlich noch eine Stimmrechtsvollmacht erteilt, fehlt es für den Besteller an der erforderlichen Mitunternehmerinitiative.⁹⁸ Dem Besteller muss zumindest der Einfluss auf Beschlüsse über den Kernbereich der Mitgliedschaft, Grundlagengeschäfte und außergewöhnliche Maßnahmen, welche die Rechte des Nießbrauchers nicht berühren verbleiben.⁹⁹ Ob etwas anderes dann gilt, wenn der Erwerber bereits als Kommanditist Mitunternehmer ist und sodann einen weiteren Anteil unter Vorbehaltsnießbrauch erhält, ist trotz der zivilrechtlich einheitlichen Gesellschafterstellung noch offen.¹⁰⁰ Bei fehlender Mitunternehmerstellung führt z. B. der Zuwendungsnießbrauch mit Sonderbetriebsvermögen zu einer Entnahme und der damit verbundenen Aufdeckung stiller Reserven. Verbleibt umgekehrt dem Nießbraucher der bloße Ertrag,¹⁰¹ wird er nicht Mitunternehmer.¹⁰² Die Einkünfte werden hier weiterhin in vollem Umfang vom Nießbrauchsbesteller erzielt, so dass der Nießbrauch zu einer verdeckten und steuerrechtlich unbeachtlichen Einkommensverwendung führt und nur in besonderen Situationen, z. B. beim Vorbehaltsnießbrauch im Rahmen einer unentgeltlichen Anteilsübertragung, zu Sonderausgaben oder bei entgeltlicher Bestellung zu Sonderbetriebsaufwand.¹⁰³

b) Kapitalgesellschaft

Besteht der Nießbrauch am Anteil einer Kapitalgesellschaft, werden nach Auffassung des BFH und der Finanzverwaltung

⁸⁸ Palandt/Bassenge, § 1068 Rdnr. 5; MünchKommHGB/K. Schmidt, vor § 230 Rdnr. 19; Stenger in Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 34 Rdnr. 22; BFH, NJW 1995, 1918 f.; a. M. Schön, ZHR 158, 229, 246 f. für den in der Abfindung enthaltenen Gewinn einer Mehrheitsbeteiligung.

⁸⁹ Hierzu MünchKommBGB/Pohlmann, § 1968 Rdnr. 47; allgemein zur dinglichen Surrogation beim Nießbrauch Brambring, DNotZ 2003, 565 ff.

⁹⁰ Falsch daher Götz/Jorde, FR 2003, 998, 1004.

⁹¹ Schlee in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Rdnr. K 88 f.; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 17 Rdnr. 264 ff.; weitergehend Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 5. Aufl. 2009, § 17 Rdnr. 61 für den Fall, dass die Beteiligten eine konkret vorgegebene Vertragsgestaltung wünschen.

⁹² BFH, BStBl II 1973, S. 528; BStBl II 1976, S. 374, 377; NJW 1995, 1918; Schmid/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 306; Schulze zur Wiesche, DB 1977, 1214, 1216; Biergans, DStR 1985, 327, 331; Bitz, DB 1987, 1507; Münch, ZEV 1998, 8, 10.

⁹³ BFH, NJW 1992, 336.

⁹⁴ FG Niedersachsen, ZEV 2003, 338.

⁹⁵ FG Baden-Württemberg, EFG 2006, 793; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 460; Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 306; Paus, BB 1990, 1675, 1680.

⁹⁶ BFH, NJW 1995, 1918; Gschwendtner, NJW 1995, 1875; Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 307; Schulze zur Wiesche, DStR 1995, 318, 320.

⁹⁷ BFH, MittBayNot 2010, 156 (in diesem Heft) = ZEV 2009, 149, 151 mit Anm. Götz = notar 2009, 173 mit Anm. Ihle.

⁹⁸ BFH, MittBayNot 2010, 156 (in diesem Heft) = ZEV 2009, 149, 151 = notar 2009, 173.

⁹⁹ Ihle, notar 2009, 174.

¹⁰⁰ Hannes/Onderka/v. Oertzen, ZEV 2009, 289, 292 f. mit Hinweis auf eine zu dieser Frage anstehende Entscheidung des BFH.

¹⁰¹ Im steuerlichen Schrifttum noch immer (und unzutreffend) als „Nießbrauch am Gewinnstammrecht“ bezeichnet.

¹⁰² BFH, BStBl II 1976, S. 592, 594; NJW 1992, 336 für die Fälle des unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs an minderjährige Kinder; FG Köln, EFG 2003, 587; Schmidt/Wacker, EStG § 15 Rdnr. 308; Biergans, DStR 1985, 327, 355; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 467 f.

¹⁰³ Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 308.

die Erträge nur beim Vorbehaltsnießbrauch und Vermächtnisnießbrauch dem Nießbraucher zugerechnet, nicht dagegen beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch.¹⁰⁴ Diese Auffassung wird im Schrifttum zu Recht kritisiert.¹⁰⁵ § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG geht davon aus, dass der Nießbraucher Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen kann und lässt sich nicht auf die Fälle des Vorbehaltsnießbrauchs reduzieren. Die Frage der Einkunftszurechnung ist richtigerweise nur anhand der Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu beantworten.¹⁰⁶ Daher kann auch beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch der Nießbraucher selbst die Einkünfte erzielen. Voraussetzung ist jedoch, dass er bei einer Gesamtbetrachtung der getroffenen Vereinbarungen und ihrer tatsächlichen Durchführung selbst die Voraussetzungen des Einkunftsstatbestandes nach § 20 EStG erfüllt. Es genügt nicht, wenn die Rechte des Nießbrauchers auf die Auskehrung des Ertrages beschränkt sind. Der Nießbraucher muss z. B. beim GmbH-Geschäftsanteil vielmehr eine Stellung einnehmen, die es ihm ermöglicht, Einfluss auf die mit dem Anteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte auszuüben und/oder Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen.¹⁰⁷ Daher kann es sinnvoll sein, dem Nießbraucher ausdrücklich Mitwirkungsrechte bei solchen Maßnahmen einzuräumen, die Einfluss auf den Ertrag der Beteiligung haben.

2. Erbschaft- und Schenkungsteuer

Im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer ergeben sich für den Notar im Zusammenhang mit dem Anteilsnießbrauch im Wesentlichen zwei Problemkreise:

a) Besteuerung der Nießbrauchszuwendung

Wird der Nießbrauch an einer Beteiligung unentgeltlich zugewendet oder von Todes wegen vermacht (Zuwendungs- oder Vermächtnisnießbrauch), stellt das Nutzungsrecht am Anteil und nicht dieser selbst den Gegenstand des steuerpflichtigen Erwerbs dar. § 12 Abs. 1 ErbStG verweist hierfür auf die Bestimmungen des BewG. Danach (§§ 13 ff. BewG) wird der Nießbrauch mit dem Kapitalwert bewertet, nämlich einem Vielfachen der jährlichen Nutzung, die jedoch nicht höher sein darf als der Wert der Beteiligung selbst, geteilt durch 18,6 (§ 16 BewG).

Da der Nießbraucher nicht die Beteiligung selbst erhält, kann er nach überwiegender Meinung nicht den Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag nach § 13 a ErbStG in Anspruch nehmen.¹⁰⁸ Fraglich erscheint dies jedoch bei einem mitunternehmerischen Nießbrauch an einem Personengesellschaftsanteil: Hier sollte auch die Nießbrauchbestellung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG begünstigt sein.¹⁰⁹ Dies folgt auch daraus, dass z. B. beim Unternehmensnießbrauch der Nießbraucher Eigen-

tümer des Umlaufvermögens wird¹¹⁰ und die Zuwendung eines Nutzungsrechts als „Minus“ gegenüber dem vollen Eigentum nicht schlechter behandelt werden darf.

b) Besteuerung des Anteilserwerbs mit Nießbrauchsvorbehalt

Wird ein Anteil an einer Personengesellschaft mit Nießbrauchsvorbehalt für den Schenker übertragen, kann der Nießbrauch Einfluss auf den Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag nach § 13 a ErbStG haben, denn diese werden nur für begünstigtes Vermögen nach § 13 b ErbStG gewährt.¹¹¹ Dem Erwerber muss ein Anteil einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zugewendet werden, was sich nach ertragsteuerlicher Beurteilung richtet. Daher spielt auch hier die oben IV.1.a) behandelte Frage der Mitunternehmerschaft eine wichtige Rolle. Entgegen einer verbreiteten Meinung¹¹² hat der BFH nunmehr zu § 13 a ErbStG (a. F.) entschieden, dass auch der Erwerber des Gesellschaftsanteils Mitunternehmer sein muss.¹¹³ Daher ist in solchen Fällen höchste Vorsicht geboten, wenn von der gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Insbesondere führt die Übertragung aller Mitverwaltungsrechte und/oder eine umfassende Stimmrechtsvollmacht an den Vorbehaltsnießbraucher dazu, dass der beschenkte Anteilserwerber keine Vergünstigung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG in Anspruch nehmen kann. Als Gestaltungsalternative und als Sicherheit für die Inanspruchnahme der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen kommen in allen Fällen der Anteilsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt auch ein Quotennießbrauch¹¹⁴ oder die Vereinbarung von Versorgungsleistungen in Betracht.¹¹⁵

IV. Formulierungsvorschlag

Der nachstehende Formulierungsvorschlag¹¹⁶ erfasst den in der Praxis nicht seltenen Fall der Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den Schenker, bei welchem der Erwerber die Vorteile der §§ 13 a, 13 b ErbStG hat, und der sich am gesetzlichen Grundmodell des Nießbrauchs orientiert.

Der Veräußerer behält sich den Nießbrauch an dem übertragenen Kommanditanteil ([...] Euro = [...] % am Festkapital) vor. Der Erwerber räumt daher dem Veräußerer auf Lebensdauer den Nießbrauch an dem übertragenen Kommanditanteil ein.

Der Anteilsinhaber soll trotz des vorbehaltenen Nießbrauchs die Stellung eines Mitunternehmers – insbesondere im steuerlichen Sinn – behalten. Für den Nießbrauch wird daher auch im Hinblick darauf im Einzelnen Folgendes vereinbart:

¹¹⁰ Staudinger/Frank, Anh. zu §§ 1068, 1069 Rdnr. 35.

¹¹¹ Wie früher der Freibetrag und der verminderte Wertansatz nach § 13 a ErbStG a. F.

¹¹² Münch, ZEV 1998, 8, 13; Ebeling, DB 1999, 611; Korn, DStR 1999, 1461, 1472.

¹¹³ BFH, MittBayNot 2010, 156 (in diesem Heft) = ZEV 2009, 149, 152 und ebenso H 51 Satz 5 ErbStG; FG Köln, EFG 2003, 1025; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG § 13 a Rdnr. 150; Halaczinsky, NWB Fach 10, 1545, 1551 ff.

¹¹⁴ Der Nießbraucher erhält hier nur einen Anteil von z. B. 95 % des Ertrages.

¹¹⁵ Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, § 12 Rdnr. 49 f.

¹¹⁶ Vgl. auch die Muster z. B. bei Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 181; Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, § 12 Rdnr. 56; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2003, VIII.D.23; Muster zum Nießbrauch am GmbH-Geschäftsanteil z. B. Münchener Vertrags-handbuch I Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, IV.70 sowie Wachter, NotBZ 2000, 33 ff.

¹⁰⁴ BFH, BStBl I 1977, S. 115; 1. Nießbrauchserlass, BStBl I 1983, S. 604 (Tz. 57).

¹⁰⁵ Petzoldt, BB 1977, 1591; Söffing, FR 1977, 213; MünchKommBGB/Pohlmann, vor § 1030 Rdnr. 50; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, Rdnr. 491 ff.; Staudinger/Frank, vor § 1030 Rdnr. 129 ff. je m. w. N.

¹⁰⁶ MünchKommBGB/Pohlmann, vor § 1030 Rdnr. 50, Tipke/Lang, Steuerrecht, 19. Aufl., § 9 Rdnr. 160.

¹⁰⁷ Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 142; einschränkend FG Münster, RNotZ 2004, 50: Übertragung der Mitverwaltungsrechte notwendig.

¹⁰⁸ Fricke, GmbHR 2008, 739, 746; Janssen/Nickel, Der Unternehmensnießbrauch, S. 121.

¹⁰⁹ Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 149; Piltz, ZEV 1997, 61, 63; Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, § 12 Rdnr. 51; a. M. Kapp/Ebeling, ErbStG § 13 a Rdnr. 84.

1. Der Nießbrauch besteht an der gesamten übertragenen Beteiligung einschließlich aller Gesellschafterkonten, im Fall einer Erhöhung der Festkapitalanteile der Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln – nicht jedoch aufgrund von Einlagen – auch auf den erhöhten Anteil. Im Fall der Auflösung der Gesellschaft oder des Ausscheidens des Gesellschafters erstreckt sich der Nießbrauch auf das Auseinandersetzungsguthaben (d. h. dessen Erträge).

2. Dem Nießbraucher steht der Anteil am Gewinn des nießbrauchsbelasteten Anteils zu, der im Rahmen von Gesetz, Gesellschaftsvertrag, festgestelltem Jahresabschluss und etwaigen Gesellschafterbeschlüssen entnahmefähig ist. Dem Nießbraucher stehen ferner die Guthabenzinsen aus Gesellschafterkonten zu, soweit diese entnahmefähig sind. Beruht ein Gewinn auf der Veräußerung von Anlagevermögen, gebührt der hierauf entfallende Gewinnanteil einschließlich des Entnahmerechts dem Anteilsinhaber. Der Nießbraucher ist nicht verpflichtet, die Steuermehrbelastung aus dem Gewinnanteil zu tragen, der vom Anteilsinhaber zu versteuern ist, es sei denn, dieser kann zu einem späteren Zeitpunkt vom Nießbraucher entnommen werden. Eine Verlustausgleichs- oder Wertersatzpflicht des Nießbrauchers bei Nießbrauchsende besteht nicht.

3. Die Stimm- und Mitverwaltungsrechte in der Gesellschaft stehen trotz des Nießbrauchs nach außen hin allein dem Anteilsinhaber zu, welcher diese jedoch nur unter Beachtung der berechtigten Interessen des Nießbrauchers und den nachstehenden Beschränkungen ausüben darf.

Der Anteilsinhaber bevollmächtigt den Nießbraucher, das Stimmrecht in folgenden Angelegenheiten selbst auszuüben:

- Beschlüsse zur laufenden Geschäftsführung;
- Beschlüsse über die Gewinnverwendung;

- Ausübung von Kontroll- und Informationsrechten zur laufenden Geschäftsführung und zum Gewinn.

Soweit der Nießbraucher hiervon keinen Gebrauch macht, darf der Anteilsinhaber das Stimmrecht nur mit Zustimmung des Nießbrauchers ausüben.

In folgenden Fällen entfällt jedoch die Zustimmungspflicht, und der Nießbraucher darf sein Stimmrecht nur mit Zustimmung des Anteilsinhabers ausüben:

- Beschlüsse zur Verfügung über Gegenstände des Anlagevermögens;
- Beschlüsse über die Verwendung von außerordentlichen Erträgen (z. B. Gewinnen aus der Veräußerung von Anlagevermögen) oder über die Auflösung von Gewinnrücklagen zur Ausschüttung an die Gesellschafter sowie über die Ausschüttung von mehr als [...] % des Jahresgewinns zusätzlich zu den auf den Gewinnanteil des Nießbrauchers entfallenden Steuern.

Anteilsinhaber und Nießbraucher entscheiden in folgenden Angelegenheiten gemeinschaftlich:

- Entnahmen, die zum Wiederaufleben der Haftung des Anteilsinhabers führen;
- Änderungen des Gesellschaftsvertrages mit nachteiliger Auswirkung auf den Nießbrauch, insbesondere hinsichtlich Gewinnverteilung und Entnahmebefugnisse;
- Auflösung, Kündigung, Fortsetzung oder Umwandlung der Gesellschaft;
- Veräußerung der Beteiligung.

4. Nießbraucher und Anteilsinhaber sind einander jederzeit zur umfassenden Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft verpflichtet. Der Nießbraucher ist zur Teilnahme an allen Gesellschafterversammlungen berechtigt.

Gestaltungsmissbrauch bei der Testamentsgestaltung zulasten des Sozialhilfeträgers?

– Ein Zwischenruf aus Anlass des Beschlusses des SG Dortmund
vom 25.9.2009, S 29 AS 309/09 ER –

Von Notarassessor Dr. Jens Tersteegen, Würzburg

Bei der Gestaltung von Bedürftigen- und Behindertentestamenten stellt sich häufig die Frage, ob ein Gestaltungsmissbrauch zulasten des Sozialhilfeträgers vorliegt, der möglicherweise zur Unwirksamkeit der Verfügung führt. Beim Behindertentestament verneint auch die Rechtsprechung regelmäßig einen Gestaltungsmissbrauch. Für das Bedürftigentestament meldet das SG Dortmund allerdings in einer aktuellen Entscheidung Zweifel an. Dies gibt Anlass zu einem kurzen Zwischenruf.

I. Einleitung

Es kommt selten vor, dass sozialgerichtliche Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz, die über sehr knappe und nur unzureichende Entscheidungsgründe verfügen, Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion werden. Gleichwohl verdient die Entscheidung des SG Dortmund vom 25.9.2009¹ zumindest eine kurze Erwähnung und Stellungnahme, da die Entscheidung einigen Sprengstoff für die notarielle Gestaltungspraxis enthält und möglicherweise eine falsche Entwicklung der Rechtsprechung der Sozialgerichte vorzeichnet. Dabei darf man – worauf auch schon *Litzenburger* zutreffend hingewiesen hat² – die Entscheidung keinesfalls überbewerten, da sie im einstweiligen Rechtsschutz ergangen ist und die hier interessierende Passage zudem in einem *obiter dictum* enthalten ist, das man vorsichtig nur als juristisch schlecht begründet und launig bezeichnen kann.

Ausgangspunkt des Falles war, dass ein Hilfebedürftiger, der Leistungen nach dem SGB II (Hartz IV) bezog, von seiner Mutter zum Erben eingesetzt wurde. Entsprechend der üblichen Gestaltung beim Bedürftigentestament, die der beim Behindertentestament stark ähnelt, wurde der hilfebedürftige Sohn nur zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt, und es wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Aufgabe des Dauertestamentsvollstreckers war es dabei, dem Hilfebedürftigen nur dasjenige zuzuwenden, was auf die Sozialleistungen nicht angerechnet werden kann. In diesem Zusammenhang war auch geregelt, dass er Zuschüsse zu Hobbys, Urlaubsreisen und bestimmte Geschenke zu üblichen Festtagen erhalten sollte.³ Nach dem Tod der Mutter hob der Sozialleistungsträger den Bescheid über die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II auf und verwies den Hilfebedürftigen darauf, das ererbte Vermögen zunächst zu verbrauchen.

Den hiergegen gerichteten Antrag des Hilfebedürftigen auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wies das SG Dortmund aus Gründen zurück, die für die hier vorliegende Pro-

blematik nicht weiter interessieren. Interessant und bedenklich ist dagegen das *obiter dictum* des SG Dortmund. Das SG führt aus, dass der Hilfebedürftige gehalten sei, alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung seiner Hilfebedürftigkeit auszuschöpfen (§ 2 Abs. 1 SGB II). Hierzu gehöre auch die „Anfechtung“ des Testaments, weil „einiges dafür spreche“, dass dieses sittenwidrig sei. Insofern könne die Rechtsprechung des BGH zu den sog. Behindertentestamenten nicht auf den Antragsteller übertragen werden, denn dieser sei nicht behindert und bedürfte daher nicht der besonderen Fürsorge seiner Mutter. Er sei vielmehr in der Lage, für sich selbst zu sorgen. Zwar messe der BGH der Testierfähigkeit einen hohen Wert zu, dies könne jedoch nicht so weit gehen, dass dem Erben sämtliche Annehmlichkeiten (Hobbys, Reisen usw.) aus dem Nachlass finanziert würden, während für den Lebensunterhalt der Steuerzahler aufkommen müsse.

Bei dieser Entscheidung des SG Dortmund handelt es sich um die erste veröffentlichte Entscheidung eines Sozialgerichts,⁴ in der Zweifel an der Rechtswirksamkeit des sog. Bedürftigentestaments geltend gemacht werden, wobei man freilich berücksichtigen muss, dass das SG eine echte juristische Auseinandersetzung mit der Frage nicht vornimmt.

II. Keine Parallele zum Behindertentestament

Aus kautelarjuristischer Sicht erfreulich ist an der Entscheidung zunächst, dass das SG seine Zweifel im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit allein auf das Bedürftigentestament beschränkt und eine klare Abgrenzung zum Behindertentestament vollzieht. So führt das SG aus, dass die Rechtsprechung des BGH zu den Behindertentestamenten nicht auf die hier vorliegende Fallkonstellation übertragen werden könne. Diese Aussage ist zumindest insoweit zu begrüßen, als darin inzident zum Ausdruck kommt, dass auch das SG Dortmund der Auffassung ist, dass die übliche Gestaltung eines Behindertentestaments im Regelfall nicht sittenwidrig ist.⁵ Unzutreffend ist es, wenn in einer der ersten Stellungnahmen in der Literatur darauf hingewiesen wird, aus dieser Entscheidung folge, dass die Rechtsprechung der Sozialgerichte dahin tendiere, Behindertentestamente als sittenwidrig anzusehen.⁶ Das Gegenteil ist der Fall.

¹ SG Dortmund v. 25.9.2009, S 29 AS 309/09 ER, abgedruckt in BeckRS 2009 72868, m. Anm. *Litzenburger* in FD-ErbR 2009, 291784; dazu auch: *Maulbetsch/Roth*, NJW-Spezial 2009, 759, 760.

² *Litzenburger*, FD-ErbR 2009, 291784.

³ Zur Gestaltung derartiger Bedürftigen- bzw. Überschuldetentestamente: *Kleinsang* in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, F. II. 2 (S. 372); *Kornel*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rdnr. 260 ff.; *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 306 ff.; zur Gestaltung beim Behindertentestament: *Tersteegen* in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, F. I. (S. 337 ff.); *G. Müller* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 4 Kap. 1 Rdnr. 383 ff.

⁴ Ähnlich auch SG Mannheim v. 20.12.2006, S 12 AS 526/06 – n. v.

⁵ In diesem Sinne aus der Rechtsprechung auch BGHZ 111, 36 = NJW 1990, 2055 = DNotZ 1992, 245; BGHZ 123, 368 = NJW 1994, 284 = DNotZ 1994, 380 = FamRZ 1994, 1; OVG Saarland, DNotI-Report 2006, 99 = ZErB 2006, 275; LSG Baden-Württemberg, ZEV 2008, 147 m. Anm. *Tersteegen*, ZEV 2008, 121.

⁶ So aber unzutreffend NJW-Spezial, 2009, 759, 760.

Der BGH hatte in zwei Entscheidungen klargestellt, dass eine Gestaltung, die dem Behinderten im Ergebnis nur die Erträge aus einer Nachlassbeteiligung zuwendet, die nur unwesentlich über der Pflichtteilsquote liegt, nicht schon dem Behinderten gegenüber nach § 138 BGB unwirksam ist. Der BGH hält es insofern für maßgeblich, dass die dem Behinderten testament zugrundeliegende Konstruktion letztlich innerhalb der Testierfreiheit des Erblassers liegt, die nur durch das Pflichtteilsrecht eine Einschränkung erfährt.⁷ Der BGH führt hierzu in der Entscheidung vom 21.3.1990⁸ nicht nur aus, dass die Konstruktion eines Behindertentestaments keine Sittenwidrigkeit begründet, sondern weist auch darauf hin, dass die Eltern gerade durch die Konstruktion des Behindertentestaments ihrer Verantwortung für das Wohl des Kindes Rechnung tragen, indem sie sich bemühen, das Vermögen vor dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe zu schützen. Der BGH geht also für das Behindertentestament davon aus, dass die Wahl dieser Konstruktion nicht nur durch die Testierfreiheit geschützt ist, sondern sogar der Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern entspricht. Folglich hat der BGH in den genannten Entscheidungen auch verneint, dass sich eine Sittenwidrigkeit im Hinblick darauf ergeben könnte, dass durch die Konstruktion des Behindertentestaments das sozialrechtliche Nachrangprinzip unterlaufen werden soll.

Das OVG Saarland hat in einer Entscheidung vom 17.3.2006⁹ ebenfalls bestätigt, dass die Konstruktion des Behindertentestaments nicht sittenwidrig ist. Das OVG führt insofern aus, dass von Eltern behinderter Kinder nicht verlangt werden könne, dem öffentlichen Interesse an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Sozialverwaltung Vorrang vor der Versorgung ihrer Kinder einzuräumen. Offen gelassen hat das OVG lediglich die Frage, ob es bei hohem Nachlasswert eine Missbrauchsgrenze gebe, so dass im Einzelfall eine Sittenwidrigkeit angenommen werden könnte.¹⁰ Insgesamt lässt sich also der Rechtsprechung, die sich mit der Frage der Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments beschäftigt hat, entnehmen, dass das Interesse der Eltern behinderter Kinder, die Versorgung der Kinder auch nach dem Tod in einem Umfang sicherzustellen, der über das durch die sozialen Sicherungssysteme geleistete Maß hinausgeht, anerkannt und von der Testierfreiheit geschützt ist. Eine derartige Gestaltung ist im Regelfall nicht sittenwidrig i. S. d. § 138 BGB. Es dürfte wohl auch ein gesellschaftlicher Konsens bestehen, dass die Mehrbelastungen, die durch die Versorgung eines behinderten Kindes entstehen, in gewissem Maße sozialisiert werden dürfen und gleichzeitig die Eltern ein legitimes Interesse daran haben, die Versorgung ihres Kindes auch nach dem eigenen Tod sicherzustellen. Somit ist anzuerkennen, dass beim Behindertentestament besondere Wertungen für die Zulässigkeit der Gestaltung sprechen.

Im Ergebnis ist es also durchaus zu begrüßen, wenn durch die Entscheidung des SG Dortmund verdeutlicht wird, dass es auch im Hinblick auf die soziale Rechtfertigung einen Unterschied zwischen dem Behindertentestament einerseits und dem Bedürftigen- bzw. Überschuldetentestament andererseits gibt. Die lediglich häufig parallele kautelarjuristische Konstruktion führt nicht zwingend dazu, dass auch bei der Sittenwidrigkeitsprüfung dieselben Argumente maßgeblich sind. Das SG weist zu Recht darauf hin, dass der Hilfebedürftige, der Leistungen nach dem SGB II erhält, regelmäßig in der Lage ist, durch eigene Arbeit seinen Lebensunterhalt zu be-

streiten. Dies ist bei einem behinderten Kind gerade nicht der Fall. Dieses ist vielmehr dauerhaft auf die Fürsorge seiner Eltern und des Staates angewiesen. Diese Fürsorge auch durch die Testamentsgestaltung zu verwirklichen, ist ein anerkanntes Ziel.

III. Gestaltungsmissbrauch beim Bedürftigentestament?

Auch wenn man anerkennt, dass beim Behindertentestament besondere Motive hinzutreten, die in besonderem Maße dagegensprechen, eine Sittenwidrigkeit dieser Gestaltung anzunehmen, bedeutet dies entgegen der hier vom SG ohne hinreichende Begründung vertretenen Auffassung keineswegs, dass bei einem Bedürftigentestament, das eine Gestaltung mittels nicht befreiter Vorerbschaft und Dauertestamentsvollstreckung vorsieht, eine Sittenwidrigkeit zu bejahen wäre. Vielmehr muss man sich unabhängig von der Rechtfertigung des Behindertentestaments die Frage stellen, ob es nicht auch im Rahmen der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit liegt, zugunsten eines bedürftigen Kindes schützende Anordnungen in einem Testament zu treffen, auch wenn sich diese zulasten des Sozialhilfeträgers auswirken mögen.

1. Sozialhilferechtlicher Nachranggrundsatz

Zutreffend ist, dass der sozialhilferechtliche Nachranggrundsatz einer der prägenden Grundsätze des Sozialhilferechts ist. Leistungen der Träger der Sozialhilfe sind grundsätzlich nachrangige Hilfen. Die Leistungsgewährung setzt Bedürftigkeit voraus. Folglich muss der Leistungsempfänger zunächst sein eigenes Vermögen und Einkommen einsetzen (§§ 2, 19 Abs. 1 bis 3 SGB XII, §§ 2, 12 SGB II). Erwerbsfähige Hilfebedürftige haben grundsätzlich in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten (§ 2 Abs. 2 SGB II). Auch das SG Dortmund verweist in seinem *obiter dictum* auf den sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatz als Ausgangspunkt seiner Argumentation. Es argumentiert, dass der Antragsteller schon deswegen keine Leistungen beziehen dürfe, weil er nicht alles getan habe, um seine eigene Leistungsfähigkeit wiederherzustellen, indem er das Testament nicht „angefochten“ habe. Dies greift freilich zu kurz: Das SG hätte sich mit der Frage beschäftigen müssen, ob das Testament sittenwidrig ist, denn nur wenn man die Sittenwidrigkeit bejaht, kann überhaupt auf den allgemeinen Grundsatz des § 2 Abs. 2 SGB II zurückgegriffen werden, wobei in diesem Fall dann noch die Frage zu stellen wäre, ob der Nachlass als Einkommen (§ 11 SGB II) oder als Vermögen (§ 12 SGB II) verwertbar wäre. Vorrangig ist es aber, überhaupt die Frage der Sittenwidrigkeit zu klären.

2. Keine Sittenwidrigkeit eines Bedürftigentestaments

In der Literatur wird mit überzeugenden Begründungen davon ausgegangen, dass auch das Bedürftigentestament sich im Ergebnis nicht als sittenwidrig darstellt, weil die Wahl einer derartigen Konstruktion innerhalb der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit des Erblassers liegt.¹¹ Wie der BGH nicht zuletzt auch in seinen Entscheidungen zum Behindertentestament ausgeführt hat, bildet die Grenze der Testierfreiheit in dem hier interessierenden Zusammenhang das Pflichtteilsrecht. Insofern sind die Ausführungen des BGH

⁷ BGHZ 111, 36; in diesem Sinne auch BGHZ 123, 368.

⁸ BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245.

⁹ DNotI-Report 2006, 99 = ZErB 2006, 275.

¹⁰ Zur Frage eines hohen Nachlasswertes auch BGHZ 123, 368.

¹¹ Tersteegen, ZEV 2008, 121, 124; Litzener, ZEV 2009, 278, 281; Limmer in Würzburger Notarhandbuch, Teil 4 Kap. 1 Rdnr. 422.

durchaus auch für das Bedürftigentestament zu berücksichtigen.

Auch das LSG Baden-Württemberg hat es in der Entscheidung vom 9.10.2007 nicht als sittenwidrig angesehen, wenn ein Erblasser Dauertestamentsvollstreckung anordnet und damit den Zugriff des Sozialhilfeträgers verhindert.¹² Das LSG Baden-Württemberg führt insofern aus, dass es im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit anzuerkennen sei, wenn Eltern zugunsten ihrer hilfebedürftigen Kinder Anordnungen treffen, die den Zugriff des Sozialhilfeträgers ausschließen. Dass das Gesetz fürsorgerische Maßnahmen des Erblassers zum Erhalt des hinterlassenen Vermögens in weitem Umfang zulasse, ergebe sich aus zahlreichen Regelungen des Erbrechts, so dass es grundsätzlich nicht sittlich zu missbilligen sei, wenn der Erblasser bei der Zuwendung dem grundsicherungs- bzw. sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatz nicht unter allen Umständen Geltung verschaffe.

Zwar ist zuzugeben, dass die Entscheidung des LSG Baden-Württemberg noch die Besonderheit aufweist, dass der Hilfeempfänger alkoholkrank war, und dass das LSG Baden-Württemberg auch insoweit ein besonderes Fürsorgebedürfnis der Eltern für das alkoholranke Kind annahm, gleichwohl dürften die Ausführungen des LSG Baden-Württemberg verallgemeinerungsfähig sein: Die Eltern hilfebedürftiger Kinder wollen durch die Konstruktion des Bedürftigentestaments ihrer Fürsorgepflicht für das Kind nachkommen. Dies zu tun ist Teil der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit, auch wenn die Eltern dabei in Kauf nehmen bzw. geradezu beabsichtigen, dass dies zulasten des Sozialleistungsträgers geschieht. Das LSG Baden-Württemberg verweist zu Recht darauf, dass in zahlreichen erbrechtlichen Vorschriften (§§ 2100 ff., 2191, 2197, 2338 BGB) zum Ausdruck kommt, dass der Erblasser zulässigerweise Maßnahmen treffen kann, auch um den Gläubigerzugriff zu verhindern. Dieser Gesichtspunkt kommt auch in § 80 InsO und in den §§ 852 ff. ZPO zum Ausdruck. Wenn es aber zulässig ist, testamentarische Gestaltungen zu treffen, um das vererbte Vermögen vor dem Zugriff von Gläubigern zu schützen, so ist es nicht einsehbar, warum es nicht zulässig sein sollte, ähnliche Schutzmaßnahmen auch zu ergreifen, um

den Zugriff des Sozialhilfeträgers zu verhindern. Entgegen der hier vom SG Dortmund vertretenen Argumentation ergibt sich also auch aus dem Gesetz, dass es legitim ist, wenn ein Erblasser bestimmte erbrechtliche Anordnungen trifft, die sich letztlich schützend zugunsten des Erben auswirken. Die Sittenwidrigkeit vermag dies nicht zu begründen.

IV. Fazit und Folgerungen für die notarielle Gestaltungspraxis

Begrüßenswert für die notarielle Gestaltungspraxis ist zunächst, dass auch das SG Dortmund davon ausgeht, dass die typische Konstruktion eines Behindertentestaments nicht sittenwidrig ist. Auch wenn hier gleichwohl Vorsorge für den Fall einer möglichen Sittenwidrigkeit getroffen werden sollte, zeigt sich insofern doch die erfreuliche Tendenz der Rechtsprechung, die Behindertentestamente nicht als sittenwidrig anzusehen. Insofern ist es auch durchaus richtig, hervorzuheben, dass für das Behindertentestament und das Bedürftigentestament unterschiedliche Wertungen maßgeblich sein können.

Im Hinblick auf das Bedürftigentestament wird man der Entscheidung des SG Dortmund, auch wenn sie schlecht begründet und im Ergebnis abzulehnen ist, wohl doch entnehmen müssen, dass hier eine gewisse Vorsicht in der Gestaltungspraxis geboten ist. Zwar wird man mit überzeugenden Argumenten davon ausgehen können, dass auch ein Bedürftigentestament nicht sittenwidrig ist, sondern vielmehr eine Ausnutzung der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit darstellt. Da aber letztlich nicht auszuschließen ist, dass die Sozialgerichte dies abweichend beurteilen, dürfte es sich empfehlen, mittels einer speziellen salvatorischen Klausel Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die Konstruktion als sittenwidrig angesehen wird. Insofern ist zuzugeben, dass beim Bedürftigentestament eher die Gefahr besteht, dass die Gerichte in Zukunft zur Sittenwidrigkeit gelangen als bei den Behindertentestamenten. Bei den Behindertentestamenten entspricht es einer gesellschaftlich anerkannten Motivation der Eltern behinderter Kinder, auch über den eigenen Tod hinaus noch Vorsorge für die Kinder zu treffen. Dieses Argument verfängt beim Bedürftigentestament nicht im selben Maße, obwohl es auch hier anzuerkennen ist, wenn der Erblasser mit zulässigen erbrechtlichen Instrumenten den Zugriff von Gläubigern und damit auch den Zugriff des Trägers der Sozialhilfe auf den vererbten Nachlass verhindern möchte.

¹² LSG Baden-Württemberg, ZEV 2008, 147 = RNotZ 2008, 115 = NotBZ 2008, 82.

BUCHBESPRECHUNGEN

Münchener Vertragshandbuch. Band 5: Bürgerliches Recht I. 6. Aufl., Beck, 2008. 1 391 S., 118 €

Herausgeber und Autoren legen die Neuauflage eines Klassikers unter den Formularbüchern vor, der – soviel sei vorweggenommen – zu Recht zum Kernbestand nahezu jeder kautelarjuristischen Handbibliothek gehört, zumal der hier zu besprechende Band 5 des Münchener Vertragshandbuchs „Bürgerliches Recht I“ mit dem Grundstückskaufvertrag ein *essentialium* für die notarielle Praxis behandelt.

Seit der Voraufgabe waren unter anderem die WEG-Novelle und das Energieeinsparungsgesetz mit den Regelungen zum Energieausweis sowie die jüngsten Entscheidungen des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln in Mietverträgen zu berücksichtigen.

Was die WEG-Novelle angeht, hält sich der Neuerungswert des Werkes in Grenzen, da nur die entsprechenden Passagen im Wohnungskauf anzupassen waren. Dieser ist – entgegen der weitverbreiteten Praxis – nicht nur als Abwandlung des Kaufvertrags über ein bebauten Grundstück, sondern – in der praktischen Umsetzung etwas aufwändiger – als komplett eigenständiges Muster ausgestaltet, was wegen der enormen praktischen Bedeutung des Wohnungskaufs durchaus angemessen ist. Auswirkungen auf die Teilungserklärung müssen – der Systematik des Gesamtwerks entsprechend – Band 6 vorbehalten bleiben, dessen Erscheinen aufgrund der jüngsten Reformen im dort mitbehandelten Familien- und Erbrecht bereits mehrfach verschoben werden musste und nach derzeitigem Stand bis März 2010 auf sich warten lässt. Seit dem Inkrafttreten der WEG-Novelle sind dann bald drei Jahre vergangen! Der am Grundstücksrecht interessierte Nutzer würde daher nur zu gerne in Band 5 auf die Abschnitte zum Dienst- und Arbeitsvertragsrecht – vor allem die zur Betriebsvereinbarung – verzichten und es vorziehen, auch das WEG und das Erbbaurecht in diesem Band mit „einem Griff“ und aktuell bearbeitet vorzufinden.

Die für das Grundstücksrecht vorgestellten Muster haben sich kaum geändert. Sie decken ein äußerst breites Spektrum vom Verkauf eines Altbaugrundstückes, eines Bauplatzes und einer Gaststätte bis hin zu verschiedenen Varianten des Kaufvertrags vom Bauträger (Haus-/Wohnungseigentum, Neubau-/Sanierungsobjekt) ab. Sämtliche Muster sind von einem ausführlichen Fußnotenapparat begleitet, der das eigentliche Muster in sog. Anmerkungen kommentiert. Diese Anmerkungen haben häufig den Charakter eines Kurzkomentars und bieten knappe, präzise Informationen zu den direkt angeschnittenen aber auch zu den nur „am Wegrand“ liegenden Rechtsfragen. Gerade in der Beurkundungssituation erweisen sich diese leicht zugänglichen Texte als äußerst hilfreich, ersetzen sie doch das zuweilen zeitintensive Suchen in größeren monografischen Darstellungen. Als Beispiele seien der Kurzüberblick über das Flurbereinigungs- (Muster I.10 Anm. 2) oder das Umlegungsverfahren (Muster I.9 Anm. 2) bei *Langenfeld*, die Hinweise zu „Besonderheiten“ des Käufers/Verkäufers (z. B. Insolvenz, Testamentsvollstreckung, Betreuung, usw.) sowie zur Altlastenproblematik (Muster I.3 Anm. 6) und zu den Möglichkeiten der Umsatzsteueroption (Muster I.1 Anm. 18 d) jeweils bei *Nieder/Otto* herausgegriffen. Zur Altlastenproblematik und Umsatzsteueroption wünscht sich der Leser allenfalls noch einen Formulierungsvorschlag für die direkte Umsetzung.

Die von *Eue* bearbeiteten drei Muster zum Bauträgervertrag enthalten in den Anmerkungen ein veritables Compendium zum Meinungsstand auf diesem Gebiet. Hervorzuheben ist beispielsweise die prägnante Zusammenfassung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums in den sog. Nachzüglerfällen. Hier findet der Praktiker schnell den nötigen Überblick, um sein individuelles Problem einer Lösung zuzuführen. Beim Altbausanierungsmuster wäre allenfalls noch eine Stellungnahme zu der Frage wünschenswert, wie bei der – in diesen Fällen häufig aus steuerlichen Gründen gewünschten – Ausweisung eines konkreten Kaufpreisteils für Grund und Boden zu verfahren ist, wenn der ausgewiesene Teilkaufpreis unter den 30 % des Gesamtkaufpreises für die erste Kaufpreisrate zurückbleibt, was vor allem in Gegenden mit niedrigen Bodenpreisen vorkommen kann. Denn es könnte ein Verstoß gegen das sog. Vorleistungsverbot vorliegen (vgl. nun auch DNotI-Gutachten Internet Nr. 90955 vom 30.12.2008). Die seit 1.1.2009 für den Erwerber (daneben) zu gewährende 5%-Sicherheit konnte wegen des Redaktionsschlusses im November 2007 nicht berücksichtigt werden.

Vermisst habe ich Muster für verschiedene Varianten des Miet-/Ratenzahlungskaufs, die immer wieder in der Praxis verlangt werden und den Notar vor erhebliche Gestaltungsschwierigkeiten stellen – vor allem, wenn es bei längerer Laufzeit um die Vermeidung ungesicherter Vorleistungen und die Sicherung der Lastenfreistellung geht. Zumindest nicht auf Anhieb gefunden habe ich Muster für sog. Maklerklauseln. Lediglich eine Variante für die Überwälzung der Provision auf die andere Vertragspartei ist überraschender Weise nicht beim Kaufvertrag, sondern im Unterabschnitt über den Mäklervertrag beim Dienstleistungs-, Werk- und Liefervertragsrecht zu finden. Beim Kaufangebot wäre ein Hinweis auf die Problematik der zulässigen Bindungsfristen insbesondere bei Verbraucherverträgen hilfreich (vgl. die zu Recht kritisierte Entscheidung des OLG Dresden, MittBayNot 2005, 300 m. Anm. *Basty*).

Kleinere Aktualitätsmängel resultieren daraus, dass Gesetzesänderungen leider nicht mehr berücksichtigt wurden: So wird bezüglich sachbezogener Versicherungen im Kaufvertragsmuster z. B. noch auf die §§ 69–72 VVG verwiesen, deren Regelungen seit 1.1.2008 in den §§ 95 ff. VVG enthalten sind. Beim Kauf aus der Zwangsversteigerung fehlt noch der Hinweis auf die neue Rangklasse des Wohngeldes gemäß § 10 Nr. 2 WEG n. F. Der Leser ist auch etwas irritiert, wenn das erste Kaufvertragsmuster (Muster I.1) eine Abwicklung über Notaranderkonto vorsieht und gleichzeitig in Anmerkung 2 a hervorhebt, dass aber das sog. Direktzahlungsmodell in der Praxis vorherrschend ist. Gleiches gilt für die Wahl der sog. Kopierlösung bei der Auflassung (Muster I.1), ohne effizientere und inzwischen weit verbreitete Gestaltungsalternativen aufzuzeigen. Noch erstaunter ist der Leser über eine in der Kaufurkunde nur vom – insoweit als vollmachtloser Vertreter handelnden – Käufer erklärten Auflassung, zu der nach Kaufpreiseingang der Verkäufer die Genehmigung erklärt (Muster I.9 von *Langenfeld*). Dieses Verfahren hat mehrere Nachteile: Es wirkt für die Beteiligten, die nach dem Muster beide körperlich anwesend sind, befremdlich, wenn einer von ihnen nun vollmachtlos vertreten wird, was dogmatisch zweifelsohne möglich ist (vgl. BGH, MittBayNot 2009, 39). Mit dem Genehmigungserfordernis wird aber auch das Verfahren aus der Hand gegeben, so dass selbst bei nachgewiesener

Kaufpreiszahlung eine Umschreibung nur bei Mitwirkung des Verkäufers erfolgen kann. Schließlich werden diesem wegen der erforderlichen Unterschriftsbeglaubigung ein weiterer Gang zum Notar und dem Käufer die damit verbundenen zusätzlichen Kosten zugemutet. Doch dies ist nur ein wenig Schatten bei sonst sehr viel Licht!

Enttäuscht ist der Benutzer allerdings, wenn er mit gewohntem Griff zur hinteren Umschlagklappe die CD-ROM mit den Mustertexten herausnehmen möchte: Er greift ins Leere! Für die zeitgemäße Nutzung in elektronischer Version müssen wegen der Gesamtabnahmeverpflichtung für alle sechs Bände weitere rund 300 € (!) berappt werden. Hierfür bekommt man dann drei Einzelplatzlizenzen. Ein Bezug von einzelnen Bänden – wie noch bei der Voraufgabe und auch in dieser Auflage

bei der gedruckten Ausgabe möglich – sowie ein Abonnement in beck-online sind derzeit – soweit ersichtlich – leider nicht vorgesehen. Was diese technische Seite angeht, bleibt das Werk hinter Konkurrenzprodukten unnötiger Weise deutlich zurück.

Inhaltlich präsentiert sich die Neuauflage erwartungsgemäß als klare Kaufempfehlung. An Band 5 mit Grundstückskauf- und Bauträgervertrag kommt kein Notar vorbei. Das Münchener Vertragshandbuch hat sich zu Recht seinen festen Platz in der vertragsgestalterischen Praxis als Mutter einer ganzen Gattung von Musterbüchern redlich verdient.

Notarassessor Dr. *Florian M. Dietz*, Fürth

MüncH: Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform. ZAP, 2009. 235 S., 38 € + CD-ROM

Das Ergebnis vorweg: Das im Format handliche und im Preis erfreulich günstige Werk erfüllt alle Erwartungen, die der Titel (und der Autor) weckt: Eine prägnante und übersichtliche Darstellung des Gesetzes und seiner Hintergründe und der ersten Rechtsprechung dazu und ausformulierte Gestaltungsvorschläge, die auch ohne vertiefte technische Kenntnisse von der beigefügten CD-ROM unmittelbar in den eigenen Urkundstext übernommen werden können.

Dass die im Werk besprochenen ersten Entscheidungen zum neuen Recht im Anhang (mit Fundstellen, die dem Praktiker zugänglich sind) beigefügt sind, erleichtert einerseits die Lesbarkeit des Textes und erlaubt andererseits eine vertiefte Beschäftigung mit den angesprochenen Problemen.

Die als Anhang II beigefügte Synopse Altes Recht/Neues Recht, bei der neue Einfügungen durch Fettdruck, weggefallene Passagen durch Kursivdruck gekennzeichnet sind, ermöglicht es dem Leser, das neue Recht ohne große Mühe besser kennen zu lernen. Der Anhang III. Düsseldorfer Tabelle (Stand 1.1.2008) samt Anhang Tabelle Zahlbeträge erleichtert dem Vertragsgestalter die Arbeit. Hierzu ist jedoch zu beachten, dass sich die Kindergeldbeträge zum 1.1.2009 und erneut zum 1.1.2010 geändert haben: 184 € für das erste und zweite, 190 € für das dritte und 215 € für jedes weitere Kind.

Im Einzelnen: *MüncH* stellt zunächst die wichtigsten Gesetzesänderungen dar und gibt schon hier – auch grafisch hervorgehobene – Gestaltungsempfehlungen.

Nach „ungelösten Problemen“ (Abschnitt II) und „Verbleibenden Ungereimtheiten“ (Abschnitt III) erläutert er nochmals das von der Rechtsprechung vor der Reform entwickelte Konzept der Inhaltskontrolle von Eheverträgen, der alte Verträge wie auch unter Geltung des neuen Rechts geschlossene Vereinbarungen genügen müssen. Dabei arbeitet er verständlich heraus, wo bekannte Überlegungen weiter gelten und wo der Paradigmenwechsel des neuen Rechts neue Lösungen ermöglicht oder erfordert.

Schon in dieser allgemeinen Übersichtsdarstellung wird klar, dass das neue Recht zu einer starken Individualisierung führt. Nicht nur bei der Unterhaltsberechnung stehen die einzelnen Lebensbiografien viel stärker im Vordergrund als bisher. Die Vielzahl von Billigkeitstatbeständen stellt auf die Einzelum-

stände ab. Die vertragliche Definitionskompetenz der Ehegatten steigt. Hier liegt Potenzial für ehevertragliche Regelungen zur Festlegung der „konkreten Billigkeit“, bevor die gesetzliche Billigkeitsabwägung greift (Rdnr. 32). Damit einher geht der Rat, Motive und Erwartungen der Ehegatten, Vereinbarungen über die Rollenverteilung in der Ehe in einer möglichst ausführlichen Präambel der Urkunde darzustellen (Rdnr. 83), damit gewissermaßen die Geschäftsgrundlage zu definieren.

Allerdings muss die Frage gestattet sein, ob die Eheleute, der Vertragsgestalter und schlussendlich das mit dem Vertrag befasste Gericht und die Parteivertreter – von denen immer wieder die Forderung nach möglichst ausführlicher Darstellung des Sachverhalts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kommt – in der Liquidationsphase mit diesem Konzept in der Krise so viel glücklicher sein werden. Jeder Vertragsgestalter weiß, dass er nur Teile, u. U. nur geschönte Teile der relevanten Lebenswirklichkeit und der gemeinsamen oder je einseitigen, der offenen oder der verborgenen, der bewussten oder der unbewussten Motive von den Vertragsteilen erfährt. Unbestreitbar ist eine ausführliche Erforschung und Erörterung der Lebenssachverhalte, die die Vertragsteile zum Vertragsschluss bewegen, erforderlich, damit man im Vertrag einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen finden kann. Jedoch werden die Motive und die Vorstellungen immer nur zum Teil in der Urkunde niedergelegt werden können. Welche Konsequenzen im Streitfall aus der absichtlichen oder unabsichtlichen Aufnahme oder Nichtaufnahme von Motiven oder Zukunftserwartungen, die sich erfüllt haben mögen oder auch nicht, gezogen werden, ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig nicht absehbar.

Der Hauptteil des Buches widmet sich der Darstellung „Modifizierender Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt“ (Abschnitt VI) und der „Verstärkung von Ansprüchen auf Ehegattenunterhalt“ (Abschnitt VII), wobei sich *MüncH* wie schon in seinem „großen Werk“ zu den ehebezogenen Rechtsgeschäften nicht auf theoretische Darstellung beschränkt, sondern eine Vielzahl sorgfältig ausgearbeiteter Muster vorstellt, die im Einzelnen erläutert werden. Nicht nur gut verständlich, sondern v. a. auch gut lesbar und durch die drucktechnischen Hervorhebungen leicht wieder zu finden werden diese Muster schnell zur unentbehrlichen Unterstützung in der praktischen Arbeit. Wenn auch nicht für jeden Einzelfall in der Praxis des Vertragsgestalters das genau passende Muster vorhanden ist (und wegen der Individualisierung, die das

neue Recht fordert, auch nicht sein soll), so findet sich doch so gut wie immer ein brauchbarer Ausgangspunkt, von dem aus eine individuell passende Vertragsregelung entwickelt werden kann. Ohne Probleme sind die Formulierungsvorschläge auch auf der CD-ROM zu finden und in den Urkundstext zu integrieren.

Eine Darstellung möglicher Vereinbarungen zum Kindesunterhalt (Abschnitt VIII) und zu einigen Sonderaspekten der Scheidungsvereinbarung runden die Ausführungen ab.

Fazit: Eine prägnante Darstellung mit hohem praktischem Nutzwert, ein angenehm klares und leicht lesbares Druckbild, überlegt eingesetzte grafische Mittel zur Hervorhebung wichtiger Inhalte und zum Abgrenzen von Gestaltungstipps und Formulierungsvorschlägen (Fett-/Kursivdruck, Linien, grauer Hintergrund): Ein Buch, das gut in der Hand liegt und sicher auch oft in die Hand genommen wird. Die Anschaffung ist uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarin *Eva Brandt*, Friedberg

Münch: Die Scheidungsimmobilie. ZAP, 2009. 638 S., 78 € + CD-ROM

Fünf Jahre nach dem Erscheinen des Handbuchs „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“ liegt nunmehr ein weiteres umfangreiches Werk von Notar *Münch* vor, das sich mit der Scheidungsimmobilie befasst. Weit mehr als es vielleicht der Titel vermuten lässt werden hier alle Themen behandelt, die sich mit Grundbesitz vor, im Zusammenhang mit und nach einer Ehescheidung stellen. In einer sonst nicht vorhandenen Darstellung erläutert *Münch* umfassend und aktuell in acht Kapiteln viele für die notarielle Praxis wichtigen Fragen. Alle Änderungen durch das FamFG und das Gesetz zur Reform des Zugewinnausgleichs sind hierbei bereits eingearbeitet und berücksichtigt.

Münch gibt zunächst einen umfassenden Überblick über die Immobilie als Wert im Rahmen der Scheidungsfolgen, insbesondere im Kontext zu den verschiedenen Güterständen, Eigentumsverhältnissen und außergüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des BGH zur Bewertung von übergebenem Grundbesitz mit vorbehaltenen Nutzungsrechten beim Zugewinnausgleich (MittBayNot 2008, 129; dazu *Schlögel*, MittBayNot 2008, 98) empfiehlt *Münch* zu Recht das übertragene Objekt und die Änderung der Vorbehaltsrechte ehevertraglich vom Zugewinn auszuschließen, um die sonst erforderliche Sachverständigenbewertung und einen Zugewinn durch eine Wertminderung des Vorbehaltsrechts auszuschließen (Rdnr. 33). Ausführlich behandelt werden der Gesamtschuldnerausgleich (Rdnr. 347 ff.), Zuwendungen seitens der Schwiegereltern (Rdnr. 393 ff.) sowie die komplexen Fragen im Zusammenhang mit unterhaltsrechtlichen Ansprüchen, insbesondere dem sog. Doppelverwertungsverbot (Rdnr. 147 ff. und 408 ff.; dazu auch *Grziwotz*, MittBayNot 2005, 284).

Während der Streit um die Nutzung der Scheidungsimmobilie (Rdnr. 426 ff.) und die Teilungsversteigerung (Rdnr. 776 ff.) für den Notar eine weniger bedeutsame Rolle spielen, interessieren für die notarielle Vertragsgestaltung v. a. Fragen der Eigentumsregelungen vor und im Zusammenhang mit der Ehescheidung. *Münch* behandelt hier zahlreiche Varianten, z. B. die Übertragung von Grundbesitz mit Rückübertragungsklauseln bei Eltern- (Rdnr. 647 ff.) oder Ehegattenzuwendungen (Rdnr. 659 ff.) und die Varianten im Zusammenhang mit einer Trennung (Übernahme durch einen Ehegatten, Drittverkauf) oder die – im Einzelfall erwägenswerte – Einbringung in einen Familienpool (Rdnr. 729 ff.). Im Zusammenhang mit einer Ehescheidung sind auch erbrechtliche Gesichtspunkte wichtig, z. B. der Erbvermachnisvertrag zugunsten der gemeinschaftlichen Kinder (Rdnr. 1407) oder das Geschiedentestament (Rdnr. 1439). Sehr nützlich sind hier

auch die zahlreichen Muster, die mit Hilfe der beigelegten CD-ROM als Word-Datei problemlos übernommen und weiter bearbeitet werden können. Bei der Rückübertragungsklausel im Zusammenhang mit Elternzuwendungen (Rdnr. 656) sollte nicht – wie auch in vielen anderen Mustern üblich – darauf abgestellt werden, dass „der Erwerber“ den Grundbesitz ohne Zustimmung der Berechtigten veräußert, sondern dass allein der Eigentumsübergang (oder die Verpflichtung hierzu) das Rückübertragungsrecht auslöst (hierzu auch *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 262; *Amann*, DNotZ 1995, 252, 260). Sind – wie in der Praxis häufig – Eigentumsübergänge an Kinder des Erwerbers ausgenommen, könnten diese ansonsten ohne Zustimmung der Eltern verkaufen. Schuldner der Rückübertragungsverpflichtung ist dann zwar nach wie vor der ursprüngliche Erwerber (bzw. dessen Erbe), gegen den Eigentümer besteht aber der Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB.

Ausführlich wird die Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen nach der neueren Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte (Rdnr. 1117 ff.) behandelt. Im Ehegüterrecht und damit auch bei der Regelung über die Scheidungsimmobilie besteht hier zwar die weiteste Vertragsfreiheit. *Münch* betont aber zutreffend, dass die Grenzen dann erreicht werden können, wenn eine Vereinbarung mit einer Totalaufgabe eines in langen Ehejahren gewachsenen Anspruchs auf Zugewinn verbunden ist (Rdnr. 1231). Ob die Rechtsprechungsgrundsätze zur Ausübungskontrolle ohne weiteres auch auf Scheidungsvereinbarungen übertragen werden können, ist noch nicht abschließend geklärt. *Münch* rät auch hier zur Vorsicht (Rdnr. 1223), wobei allerdings (im Gegensatz zu Unterhaltsvereinbarungen) bei der Vermögensauseinandersetzung nach gescheiterter Ehe solche Fälle selten sein dürften.

Ein großer Abschnitt ist den steuerlichen Fragen gewidmet (Rdnr. 937 ff.). Gerade bei Scheidungsvereinbarungen und der Vermögensauseinandersetzung des Grundbesitzes kann es unbemerkt zu Veräußerungsgewinnen kommen, da es sich beim Erwerb von Grundbesitz und Betriebsvermögen im Zusammenhang mit einer Scheidung um einen entgeltlichen Vorgang handelt, gleichgültig ob im Rahmen der Auseinandersetzung oder an Erfüllung statt (z. B. zur Abgeltung des Zugewinns). Ist bei bestehender Ehe ein wiederholter Erwerb von Grundbesitz geplant, kann es daher sinnvoll sein, dass nicht beide Ehegatten zusammen, sondern jeweils getrennt erwerben. *Münch* weist auch zutreffend darauf hin, dass schenkungssteuerliche Nachteile (fliegender Zugewinn) nur vermieden werden, wenn im Rahmen der Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung die Zugewinnngemeinschaft durch Güterstandswechsel beendet wird.

Nur am Rande sei eine bei vielen Büchern anzutreffende Schwäche des Stichwortverzeichnisses genannt, dass nicht auf jeder Seite erwähnt wird, ob die Zahlen auf Seiten oder Randnummern verweisen. Dies mindert den Wert des Buches jedoch in keiner Weise. Die zahlreichen Beispiele, Hinweise,

Gestaltungsempfehlungen und v. a. die umfassenden Musterformulare machen das Buch zu einem für den Praktiker wertvollen Ratgeber.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

Kappler: Die richterliche Kontrolle von Ehevereinbarungen nicht materieller Natur. Heymanns, 2009. 325 S., 76 €

Das Buch, eine von *Dieter Henrich* betreute Dissertation, befasst sich mit den Möglichkeiten einer privatautonomen Ausgestaltung des ehelichen Lebens (§§ 1353 bis 1356 BGB) und den dabei gesetzten Grenzen.

Susanne Kappler stellt in ihrem Werk einleitend die Dogmatik im Zusammenhang mit Ehevereinbarungen nicht materieller Natur dar, referiert anschließend die Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle und ihre eherechtlichen Besonderheiten, trifft eine aktuelle Standortbestimmung, fasst die verfassungsgerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung zusammen und behandelt abschließend einzelne Ehevereinbarungen samt den einschlägigen Schwerpunkten richterlicher Kontrolle.

Die Verfasserin versteht es, den dogmatischen Boden, auf dem wir uns bei der Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen bewegen, so zu beschreiben, dass ein vertieftes Verständnis für die Grundlagen der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG und des BGH vermittelt wird. Dies gilt insbesondere für die Darstellung der beiden widerstreitenden Modelle, die den Ausgangspunkt für die Entscheidungen des BVerfG und des BGH zur Vertragsfreiheit bei Eheverträgen im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle gebildet haben, nämlich des Modells gleicher Freiheit und des Modells gleicher Ergebnisse (S. 114). Im ersten Modell bedeutet Freiheit die Chance auf einen gleichen Freiheitsgebrauch (emanzipatorisches Modell) für alle. Zulässig sind danach Einschränkungen in der Freiheit des einen Partners, die das Ziel verfolgen, dem anderen Partner einen (gleichen) Freiheitsgebrauch zu ermöglichen. Im zweiten Modell wird nicht auf die Situation beim Vertragsschluss abgestellt und geprüft, ob jemand ausreichende Chancen zur Wahrnehmung seiner Rechte hatte. Vielmehr rückt hier der Vertragsinhalt ins Blickfeld, genauer die Angemessenheit des Vertragsinhalts (fürsorgliches oder paternalistisches Modell). In der Rechtsprechung des BGH werden beide Modelle miteinander verbunden. Die Kernbereichslehre ist dabei eine Ausprägung des zweiten Modells, die Beurteilung der Umstände beim Zustandekommen des Vertrages eine solche des ersten Modells. Während das erste Modell vom BGH und den Instanzgerichten weitgehend „ausjudiziert“ ist, sind im Zusammenhang mit dem zweiten Modell noch wichtige Fragen offen. Das gilt ganz besonders für den vom BVerfG mehr als vom BGH hervorgehobenen Teilhabegedanken mit seinen besonderen Aus-

wirkungen auf das Güterrecht, zu dem möglicherweise noch nicht das letzte Wort gesagt ist und das weiterhin zur Zurückhaltung bei der Vereinbarung der Gütertrennung mahnt.

Aufgegriffen wird selbstverständlich auch das Schlagwort der strukturellen Unterlegenheit der Frau beim Vertragsschluss, mit dem *Ingeborg Schwenzler* vor etwa fünfzehn Jahren der Behandlung des Themas der Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht (siehe AcP 196 [1996], 88) eine besondere Beschleunigung verschafft hat (S. 137). *Kappler* rückt hier einige Dinge zurecht, wenn sie der Berufung auf die generell-strukturelle Unterlegenheit der Frau eine Abfuhr erteilt, sich aber ausführlich mit der situativ-strukturellen Unterlegenheit befasst, die aber in der Form der fehlenden Verhandlungspartität geschlechtsneutral und damit wieder ein Teil des emanzipatorischen Modells ist.

Die vorstehenden Punkte werden in ihrer praktischen Relevanz von dem, was in dem rund 100 Seiten umfassenden letzten Kapitel geboten wird, noch übertroffen, weil sich die Verfasserin hier einem arg vernachlässigten Rechtsgebiet widmet, zu dem es keine vergleichbare Veröffentlichung gibt (S. 195). Neben etwas exotischeren Themen wie einer Vereinbarung über die eheliche Treue und die Liebe werden dort nämlich Themen behandelt, die im Zuge der zunehmenden Individualisierung für die Vertragsgestaltung zwar nicht zum Alltagsgeschäft gehören, jedoch immer bedeutsamer werden, auch unter dem besonderen Gesichtspunkt der richterlichen Inhaltskontrolle. Dies gilt insbesondere für Vertragsbestimmungen über die Rollenverteilung und Erwerbstätigkeit in der Ehe, den Kinderwunsch, aber auch für solche über den Wohnsitz, die Religionszugehörigkeit, die Erschwerung der Scheidung und vor allem den Ehenamen. Wie bei den anderen Punkten werden auch zum Ehenamen umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten und ihre Zulässigkeit vorgestellt, insbesondere Vereinbarungen, einen bestimmten Namen als Ehenamen zu wählen, keinen Begleitnamen voranzustellen oder anzufügen, keinen Ehenamen zu wählen – sei es zum Zeitpunkt der Eheschließung, sei es zum Zeitpunkt der Ehescheidung.

Fazit: Dieses inhalts- und gedankenreiche Buch ist ein Genuss für den passionierten Familienrechtler. Es ist aber auch ein Werk von eminent praktischer Bedeutung, an dem man bei einer Aufnahme von Sonderwünschen der Parteien in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen nicht vorbeikommen wird.

Rechtsanwalt Dr. *Ludwig Bergschneider*, München

Heinemann: FamFG für Notare. Heymanns, 2009. 416 S., 59 €

Heinemann ist durch eine Vielzahl von Veröffentlichungen als profunder Kenner der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgewiesen. Nun gibt er mit dem vorliegenden Buch erneut einen umfassenden Überblick über die neuen notarrelevanten Verfahrensregelungen in diesem Bereich.

Das Buch ist in zwei Teile gegliedert. Teil 1 enthält eine „systematische Einführung“. Daneben finden sich in Teil 2 zwei Kurzsynopsen („Das FamFG und die alte Gesetzeslage“; „Durch das FamFG abgelöste Regelungen“) sowie in einem Anhang der vollständige Wortlaut des FamFG. Etwas schade ist, dass die Aktualität des abgedruckten Gesetzeswortlauts nicht mit derjenigen im Textteil Schritt gehalten hat. So findet sich etwa der neue § 378 Abs. 2 FamFG zwar im Textteil erläutert (Rdnr. 478 f., 730), jedoch nicht im Anhang abgedruckt. Letztlich lässt sich das verkraften, zumal der auf Aktualität bedachte Normanwender ohnehin auf das kostenlose Gesetzesportal des BMJ unter www.gesetze-im-internet.de zurückgreifen wird.

Gewisse Abstriche bei der praktischen Handhabbarkeit des Buches ergeben sich daraus, dass es auf ein Sachregister verzichtet. Dafür ist der Text sehr klar und feinteilig gegliedert, so dass der Leser über das elfseitige Inhaltsverzeichnis in der Regel zuverlässig ans gewünschte Ziel finden wird.

Nach einer Einführung in „Entstehungsgeschichte und Leitlinien des Gesetzes“ erläutert *Heinemann* zunächst den Allgemeinen Teil des FamFG und sodann in zwölf weiteren Abschnitten die für Notare besonders relevanten Verfahrensbereiche, wie etwa Familien-, Betreuungs-, Nachlass-, Register- und Grundbuchsachen. Sehr schön ist, dass das Verfahren zur Erteilung gerichtlicher Genehmigungen zu Rechtsgeschäften für die familien-, betreuungs- und nachlassgerichtliche Genehmigung übergreifend in einem gesonderten Abschnitt dargestellt wird (Rdnr. 128 ff.). Wie bekannt sein dürfte (sehr instruktiv DNotI-Report 2009, 145), müssen Notare in diesem Bereich umdenken und Arbeitsabläufe umstellen. *Heinemann* informiert über praktisch alle Fragen, die in diesem Zusammenhang interessieren. Inhaltlich wird ihm der ein oder andere Leser möglicherweise bei einzelnen Punkten die Gefolgschaft verweigern. So etwa bei den Fragen, ob gegen den Wortlaut von § 67 Abs. 1 FamFG ein Rechtsmittelverzicht schon vor Bekanntgabe der Entscheidung erklärt werden kann (Rdnr. 152) und ob sich die Fälligkeitsmitteilung des Notars regelmäßig auf die Rechtskraft der Genehmigung (so *Heinemann* in Rdnr. 155) oder lediglich auf die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses beziehen sollte (so *Verf.*, MittBayNot 2009, 268, 273).

Praktisch sind die vielfältigen Formulierungsmuster, die *Heinemann* anbietet. Hier ist für jeden Geschmack etwas dabei, von eher alltäglichen Mustern für Abschriftenverteiler (Rdnr. 252), Doppelvollmachten und ihre Ausübung (Rdnr. 147, 149) sowie einen Erbscheinsantrag (Rdnr. 339) über ausgefallenerere Themen wie etwa Mustertexte für Nachlassauseinandersetzungen (Rdnr. 381, 386, 395, 407) bis hin zu Mustern für Spezialfälle, wie etwa für einen „Beschluss über die Weigerung, eine Fälligkeitsmitteilung zu erteilen“ (Rdnr. 622). Mit den eingehenden Ausführungen und Mustertexten zur Vermittlung von Erbaueinandersetzungen unterstreicht *Heinemann* seine Forderung an die notarielle Praxis, diese „seit langem bestehende Herausforderung ... endlich anzunehmen“ (S. V). Dem kann nur beiegepflichtet werden. Diejenigen, die bereits mit solchen Verfahren zu tun hatten, werden der Aufforderung *Heinemanns* freilich nur mit gebremstem Enthusiasmus folgen.

An vereinzelt Stellen stolpert der Leser über gewisse terminologische Unschärfen und gedankliche Sprünge. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu den gerichtlichen Genehmigungen zu Rechtsgeschäften (NJW 2000, 1709) spricht *Heinemann* etwa in Rdnr. 132 von der „nunmehr legitimierte Vorbescheidslösung“, um sie sodann in Rdnr. 134 als „contra legem ... entwickelte Rechtspraxis“ zu bezeichnen. Man fragt sich, wie eine mit Gesetzeskraft ausgestattete Entscheidung (§ 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG) „contralegal“ sein kann. Die erweiterte Vertretungsbefugnis gemäß § 378 Abs. 2 FamFG, § 15 Abs. 1 GBO wendet *Heinemann* in Rdnr. 479 auf Erklärungen an, die in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form „abgegeben werden müssen“, in Rdnr. 566 dagegen auf Erklärungen, die in dieser Form „abgegeben wurden“ (zutreffend ist Letzteres). Bei den Ausführungen zu den Beteiligten liest man in Rdnr. 48: „Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Antragsteller ... sowie den ‚Muss-Beteiligten‘“, um schon in Rdnr. 49 zu erfahren: „‚Muss-Beteiligte‘ sind im Antragsverfahren der Antragsteller.“ Bei der für Notare praktisch wichtigen Frage nach der Rechtskraft gerichtlicher Genehmigungen führt *Heinemann* nun in Rdnr. 141 inhaltlich zutreffend aus, dass zulasten von „‚vergessenen‘ Beteiligten“ keine Beschwerdefrist anläuft. In Rdnr. 139 lässt er dann aber doch eine Rechtsmittelfrist anlaufen (nämlich diejenige aus § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG), wenn an einen Minderjährigen keine wirksame Bekanntgabe erfolgt. Beim Leser bleibt Ungewissheit, wie ein verfahrensunfähiger Minderjähriger zum Verfahrensbeteiligten werden kann, zu dessen Lasten Rechtsmittelfristen in Gang gesetzt werden. Schließlich vollzieht *Heinemann* auch die Kehrtwende des Gesetzgebers hin zu einem rein formellen Beteiligtenbegriff terminologisch nicht nach. Er spricht von „‚vergessenen‘ Beteiligten“ oder von der „formellen Beteiligung eines materiell Beteiligten“ (Rdnr. 141). Aber das FamFG trennt zwischen Rechtsbetroffenheit und Beteiligtenstellung. Die Rechtsbetroffenheit mag eine Hinzuziehung gemäß § 7 Abs. 2 und 3 FamFG rechtfertigen; die Beteiligtenstellung selbst begründet sie nicht. Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass er im FamFG wie in der ZPO die Beteiligtenstellung formal von Verfahrenshandlungen (Hinzuziehung, § 7 Abs. 2 und 3; Antragstellung, § 7 Abs. 1 FamFG) abhängig gemacht und von materiellen Erwägungen getrennt hat (BT-Drucks. 16/6308, S. 178). Terminologisch präzise fragt etwa der Rechtsausschuss des Bundestages (BT-Drucks. 16/9733, S. 289; Hervorhebungen durch *Verf.*) „wann die Beschwerdefrist endet und Rechtskraft eintritt, wenn erstinstanzlich nicht alle *materiell Betroffenen* als *Beteiligte* zu dem Verfahren hinzugezogen wurden“. Hier wird klar und zutreffend zwischen materieller Rechtsbetroffenheit und Beteiligung getrennt (richtig auch DNotI-Report 2009, 145, 150: „Lauf der Beschwerdefrist bei fehlender Bekanntgabe an einen materiell Rechtsbetroffenen?“). Die Unterscheidung ist auch nicht akademisch, sondern praxisrelevant, weil Rechtskraft nur eintreten kann, wenn alle Rechtsbetroffenen auch Beteiligtenstatus erlangt haben.

Nur der kleinmütige Leser lässt sein Urteil allerdings von derartigen Details trüben. Insgesamt wird jeder verfahrensrechtlich Interessierte das Buch mit Gewinn lesen. Dazu trägt auch seine hohe Aktualität bei. So wurden im Textteil etwa noch das Gesetz zur Regelung der Patientenverfügung sowie die Änderungen an § 15 GBO und § 378 FamFG durch das Gesetz vom 30.7.2009 berücksichtigt. Im Vorwort (S. V) spricht *Heinemann* die rechtspolitische Diskussion um eine Übertragung gerichtlicher Aufgaben auf Notare an und fordert sie vor diesem Hintergrund dazu auf, sich mit dem einschlägigen Verfahrensrecht auseinanderzusetzen. Durch sein umfangreiches publizistisches Engagement geht *Heinemann* mit gutem Beispiel voran.

Notarassessor Johannes Boltart, Berlin

Müller/Winkeljohann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH. 4., vollst. überarb. und erw. Aufl., Beck, 2009. 1 587 S., 110 €

Nach sieben Jahren erscheint nun die vierte Auflage des Beck'schen Handbuchs der GmbH im Beck-Verlag. Während im Vorwort zur dritten Auflage Verlag, Herausgeber und Autoren die neue Auflage noch mit dem Satz rechtfertigten: „Das GmbH-Recht steht nicht still und noch viel weniger tut dies das Steuerrecht.“, wiederholen sie nun diese Aussage auch als Rechtfertigung der vierten Auflage und konstatieren zudem: „Das GmbH-Recht steht nicht nur nicht still, sondern hat mit dem MoMiG ein atemberaubendes Vorwärtstempo eingeschlagen.“ und „Die seit der letzten Auflage sich ereignenden Änderungen und Neuerungen im Steuerrecht sprengen den Rahmen eines Vorworts.“

Ziel der neuen Auflage ist damit, das Werk auf den neuesten Stand zu bringen. Dies ist gelungen. Berücksichtigt sind vor allem die umfassende GmbH-Rechtsreform des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), die Unternehmensteuerreform 2008 (UntStRef) sowie das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG). Hierzu wurden sämtliche Kapitel vollständig überarbeitet und um neueste Rechtsprechung und Literatur ergänzt. Dies führte, wie schon im Rahmen der Voraufgabe, zu einer neuerlichen Ausweitung des Umfangs, der mit 1587 Seiten im Vergleich zur Voraufgabe noch einmal um fast 100 Seiten zugenommen hat. Aber nicht nur der Umfang hat sich geändert, sondern auch der Herausgeberkreis. So schied mit der Neuauflage der Mitbegründer des Werks und Autor von drei Auflagen, Dr. *Burkhard Hense*, als Herausgeber und Bearbeiter aus. Seine Nachfolge trat der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Professor Dr. *Norbert Winkeljohann* an.

Mit dem Beck'schen Handbuch der GmbH liegt ein umfassendes Werk zum Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor. Es behandelt in zeitlicher Reihenfolge fast chronologisch das Leben einer GmbH und die hierin auftauchenden Fragestellungen und Probleme.

So widmet sich § 1 der Thematik der Wahl der richtigen Rechtsform und vergleicht dabei die GmbH mit den Personengesellschaften, der englischen Limited und der durch das MoMiG neu geschaffenen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

§ 2 behandelt die notariell sehr relevanten Fragen der Gründung und Kapitalaufbringung mit den Besonderheiten der Einmann-Gründung und damit neben dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags auch Inhalt und Voraussetzungen der Handelsregistereintragung. Wünschenswert wäre hier eine genauere Darstellung der Besonderheiten im Rahmen der Gründung mittels Musterprotokoll sowie der Notwendigkeit einer späteren Satzungsänderung einer mit Musterprotokoll gegründeten Gesellschaft.

Über die Darstellung der Gesellschafter (§ 3), deren Beschlussfassung (§ 4), der Geschäftsführer (§ 5), des Aufsichtsrats/Beirats (§ 6), der Finanzierung durch die Gesellschafter (§ 7), der Kapitalerhaltung (§ 8), der Rechnungslegung (§ 9), der Ergebnismittlung und -verwendung (§ 10), der Ertragsbesteuerung der GmbH und ihrer Anteilseigner (§ 11), des

Gesellschaftsanteils im Rechtsverkehr (§ 12), des Ausscheidens aus der GmbH (§ 13), der Umwandlung (§ 14) und der GmbH in der Krise (§ 15) gelangt man schließlich zur Auflösung der GmbH in § 16 und den damit verbundenen Problemen.

§ 17 behandelt die GmbH als Teil eines Konzerns und somit das richterrechtlich geprägte und von der Lehre fortentwickelte GmbH-Konzernrecht samt ausführlicher Darstellung dessen steuerrechtlicher Konsequenzen.

Der neu eingefügte § 18 schließlich widmet sich der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Diese als Unterform der GmbH im Zuge des MoMiG eingeführte Alternative des deutschen Rechts zu ausländischen Rechtsformen mit beschränkter Haftung, insbesondere zur englischen Limited, gewährt eine Haftungsbeschränkung bei deutlich niedrigerem und/oder nahezu fast nicht vorhandenem Mindestkapital. Die Ausführungen in diesem Kapitel sind sehr knapp gehalten. Sie umfassen eine Darstellung der Rechtsnatur und gesetzlichen Grundlage der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) und führen deren Einsatzmöglichkeiten in der Praxis auf. Hieran schließen sich im Wesentlichen den Wortlaut des neuen § 5 a GmbHG wiedergebende Darstellungen zur Gründung, Firmierung und Kapitalaufbringung an. Es werden kurz das Verbot von Sacheinlagen, die Pflicht zur Rücklagenbildung und Probleme im Rahmen von Kapitalerhöhungen angesprochen. Hervorzuheben sind die Passagen zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, vor allem im Rahmen der Übernahme der Gründungskosten, und der auch hier nur kurze Ausflug zum Umwandlungsrecht bei Beteiligung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

Das Werk ist nach der m. E. zutreffenden Angabe des Verlags und der Herausgeber im Vorwort zur ersten Auflage nicht so sehr an den spezialisierten Gesellschafts- oder Steuerrechtler gerichtet. Adressaten sind vielmehr der kaufmännisch vorgebildete Geschäftsführer und/oder Gesellschafter sowie seine Berater, beispielsweise Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater und beratende Rechtsanwälte. Für den Bereich der notariellen Praxis ist das Werk durchaus brauchbar und eignet sich m. E. vor allem als Nachschlagewerk und Hilfsmittel für eine gründliche Einarbeitung in das GmbH-Recht. Hierfür sind insbesondere die Abschnitte zu den steuerlichen Auswirkungen der behandelten Fragestellungen hilfreich, denn selbst wenn im Regelfall eine steuerliche Beratung von einem Notar weder verlangt noch geschuldet wird, eröffnet sich die Möglichkeit, Probleme zu erkennen, um die Beteiligten ggf. an geeignete Berater zu verweisen.

Eine Schwachstelle ist jedoch eindeutig das Fehlen von Vertragsmustern und Formulierungshilfen, die für den vertragsgestaltend tätigen Notar wünschenswert sind. Überdies behandeln die Autoren spezifisch notarrelevante Fragestellungen und in der täglichen Praxis auftauchende Probleme nicht oder zumindest nicht vollständig. Zudem werden viele auch nach dem MoMiG strittige Fragen oder gerade erst durch dieses Gesetz entstandene neue Detailprobleme, die derzeit in der wissenschaftlichen Diskussion stehen, nur kurz und kursorisch behandelt.

Notar Dr. *Manuel Straßer*, Eltmann

Priester/Mayer (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 3., neu bearb. Aufl., Beck, 2009. 1 733 S., 148 €

Sechseinhalb Jahre nach der Voraufgabe gebot nicht nur die Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur, sondern auch eine Vielzahl neuer Gesetze ein Überarbeiten und Neuerscheinungen. So waren etwa das BilRefG, das EHUG, das 2. UmwG-ÄndG und vor allem das MoMiG einzuarbeiten. Einige Autoren haben sogar das FamFG bereits in ihre Texte integriert.

Aufgrund der fast schon hektisch anmutenden gesetzgeberischen Tätigkeit mussten nicht nur die meisten Kapitel fortgeschrieben werden. Vielmehr nutzte man die Gelegenheit, die Abschnitte über die Entstehung der Gesellschaft, das Kapital und die Bilanz völlig neu zu fassen. Auch ist die kommende Rechtsform der SPE bereits mit einem eigenen Abschnitt berücksichtigt.

Das Autorenfeld hat sich um vier Bearbeiter erweitert, darunter aus Bayern RA Dr. *Andreas Heidinger* und Notar Dr. *Markus Riemenschneider*.

Gegliedert ist das Werk im Wesentlichen nach dem zeitlichen Ablauf der Existenz einer GmbH. Rund 250 Seiten alleine über die Gründung folgen Abschnitte zur Satzung, zum Geschäftsanteil und zur Stellung des Gesellschafters, zu den Organen der Gesellschaft, betriebswirtschaftliche Ausführungen und zur Beendigung der Gesellschaft durch Auflösung oder Insolvenz. Weiter werden die typischen Umwandlungsfälle unter Beteiligung der GmbH dargestellt sowie abschließend das internationale Gesellschaftsrecht.

Die einzelnen Beiträge enthalten zumeist eine große Dichte an präziser Information auf engem Raum, da sich die Autoren nicht in wissenschaftliche Ausführungen vertiefen, sondern stets praxisorientiert denken; für Weiterführendes wird zu beinahe jeder Aussage auf andere Literatur verwiesen.

Die aus notarieller Sicht wesentlichste gesetzliche Änderung, das MoMiG, ist von allen Bearbeitern eingearbeitet worden, wengleich mit unterschiedlicher Intensität und Genauigkeit. So trifft etwa *Wegmann* in § 53 Rdnr. 69 die Aussage, man könne bei Gründung der Gesellschaft nicht mehrere Geschäftsanteile übernehmen. *Riemenschneider/Freitag* (§ 8 Rdnr. 20) behaupten, bei der Gesellschafterliste anlässlich der Gründung bedürfe es keiner Nummerierung der Anteile. Beim Kapitel über die Abtretung von Geschäftsanteilen wird von *Jasper* (§ 24 Rdnr. 5–40) das abgeschaffte alte Recht (z. B. § 17 GmbHG) referiert, „weil es noch in der Satzung niedergelegt sein kann“. Hinweise auf geltendes Recht werden nur nebenbei gegeben, so dass die Ausführungen unstrukturiert wirken und unübersichtlich werden. Die Aussagen über den

gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen erstrecken sich gerade über eine halbe Seite, was naturgemäß viele Fragen unbeantwortet lässt. Nicht klar herausgearbeitet wird auch die für Notare wichtige Bestimmung des § 46 Nr. 4 GmbHG, wonach es für Teilungen und Zusammenlegungen von Geschäftsanteilen eines Gesellschafterbeschlusses bedarf: Nach *Wolf* (§ 37 Rdnr. 10) soll gleichwohl noch eine (gebundene) Erklärung der Geschäftsführer erforderlich sein; in Rdnr. 16 vertritt er die gegenteilige Ansicht, wonach eine zusätzliche Erklärung des Geschäftsführers „keinem erkennbaren Zweck dienen würde“. Nach *Marsch-Barner/Diekmann* (§ 44 Rdnr. 5) „kann“ der Geschäftsführer die Teilung genehmigen; § 40 Abs. 4 GmbHG erwähnt er nicht. *Jasper* (§ 24 Rdnr. 28) verlangt wie bisher die Geschäftsführerzustimmung.

Bedauerlich ist auch, dass sich die einzelnen Verfasser offenbar nicht untereinander abgestimmt haben. So sind mehrere Themenbereiche doppelt, zum Teil auch dreifach angesprochen. Dabei fehlen zumeist Verweisungen auf die Kapitel anderer Autoren. Das Sachverzeichnis hilft über dieses Manko kaum hinweg, da die Begriffe nicht vollständig eingearbeitet sind. So ist unter dem Buchstaben „T“ für die Teilung von Anteilen nur die vorgenannte Stelle von *Jasper* genannt, nicht aber die anderen Fundstellen; der „Ausländer“ findet sich lediglich als Gründer, der um Längen wichtigere Geschäftsführer fehlt im Index unter „A“, um nur zwei Beispiele zu nennen. Ferner wird jeweils nicht auf alle Stellen des Gesamtwerkes verwiesen, an denen ein Thema angesprochen ist. Gerade weil die Autoren sich untereinander zu wenig abgestimmt haben, hätte dies im Index kompensiert werden müssen.

Diese einzelnen Kritikpunkte dürfen jedoch den Blick auf den Gesamteindruck nicht versperren. So werden insbesondere die durch die Gesetzesänderungen eingetretenen Veränderungen vollständig, verständlich und mit großer Aktualität dargestellt. Die neuen Kriterien der Geschäftsführerhaftung aufgrund der Trihotel- und Gamma-Entscheidungen sind ebenso enthalten wie klare Ausführungen zum Hin- und Herzahlen bei der Gründung (*Gummert*, § 50 Rdnr. 36 ff.) und dem genehmigten Kapital.

Zusammengefasst bleibt daher zu sagen, dass trotz einiger Mängel – wohl auch aufgrund des bestehenden Zeitdrucks – ein Werk von großer Informationsdichte, Aktualität und praktischer Handhabbarkeit vorliegt, das eine durchaus brauchbare Ergänzung der gesellschaftsrechtlichen Bibliothek darstellen kann. Wünschenswert für die Zukunft wäre eine bessere Bezugnahme der einzelnen Beiträge untereinander sowie ein umfassenderes Sachverzeichnis, das auf alle Fundstellen im Werk verweist und nicht nur auf einzelne.

Notar *Michael Habel*, Altötting

Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 296 S., 138 €

Die in der jüngeren Vergangenheit erfolgten Änderungen im Gesellschafts- und Handelsrecht, allen voran die GmbH-Reform durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), haben nicht nur eine wahre Flut von Neuerscheinungen zu dieser Materie heraufbeschworen, sondern auch eine Vielzahl von bestehenden Publikationen in eine überarbeitete Auflage

gezwängt. So verhält es sich auch bei dem vorliegenden Werk von *Römermann*, bei dem ausweislich des Vorworts die Anpassung an das neue Recht als Hauptmotiv für die nun erschienene 2. Auflage anzusehen ist. Daneben wurden aber auch alle anderen Teile des Handbuchs gründlich überarbeitet und auf den aktuellen Stand der Rechtsprechung und Lehre gebracht.

Ein Anwaltshandbuch ist natürlich in erster Linie auf die werte Anwaltschaft als Lesepublikum gerichtet, auch dies be-

tont der Herausgeber ausdrücklich. Mit dem Ziel, dem Praktiker eine umfassende Hilfestellung „von der Wiege bis zur Bahre“ einer GmbH zu geben, unter besonderem Augenmerk „auf die steuerrechtlichen Gesichtspunkte der jeweiligen Themen“, wird dieses Werk aber auch für andere Leser interessant. Eine praxisnahe, nicht zu ausladende Aufbereitung zivilrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Aspekte im Zusammenhang mit allen Entwicklungs- und Tätigkeitsstadien einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sollte auch jede Notarbibliothek entsprechend bereichern. Grund genug, sich das Münchener Anwaltshandbuch zum GmbH-Recht einmal näher anzuschauen.

Dem dargestellten Grundsatz folgend beginnt das Werk mit einer Gründungsberatung in Form einer umfassenden Vorstellung sämtlicher für eine Unternehmensgründung in Frage kommenden Rechtsformen, von der GbR bis hin zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE). Auch die mittlerweile zunehmend kritischer bewertete englische Limited wird dabei nicht vergessen, jedoch – völlig zu Recht – auch nicht näher als Gründungsvehikel empfohlen. Für den Notar, dem die Beratung bzw. Entscheidungshilfe zur geeigneten Rechtsform in vielen Fällen durch andere Gründungsberater abgenommen wird, bietet dieses Kapitel eine übersichtliche und dennoch detaillierte Zusammenfassung verschiedenster Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zum schnellen Nachschlagen.

Höchst praxisrelevant für den Notar zeigt sich der Abschnitt zur Satzungsgestaltung. Ausgehend von umfangreichen Checklisten zur Erstellung eines Gesellschaftsvertrages finden sich in diesem Abschnitt Erläuterungen und Textmuster zu allen notwendigen und üblichen Satzungsbestandteilen einschließlich möglicher Problemkreise. Etwas unverständlich erscheint jedoch der Hinweis auf die häufige Unwirksamkeit von Abfindungsregelungen in Form von Buchwertklauseln in Rdnr. 257 in Zusammenschau mit dem ausführlichen Muster einer ebensolchen nur zwei Seiten später. Ob es bester Beraterpraxis entspricht, die eventuell erforderliche Korrektur einer unwirksamen Buchwertklausel der Rechtsprechung zu überlassen, oder ob man für diesen Fall nicht zumindest eine Auffangregelung in die Abfindungsklausel aufnehmen sollte, wird insoweit leider nicht thematisiert. Das Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1 a GmbHG findet in diesem Abschnitt richtigerweise nur knapp Erwähnung – Gestaltungsspielraum besteht bei dieser vereinfachten Gründung ja gerade nicht. Dafür wird das Musterprotokoll gleich zu Beginn des nächsten Kapitels „Gründungsvorgang“ näher erörtert – allerdings ohne deutlichen Hinweis auf dessen Ungeeignetheit für jeden Fall der Gründung mit mehr als einem Gesellschafter.

Der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) widmet das Werk ein umfangreiches Kapitel mit vielen ausführlichen Mustern insbesondere für den Gründungsvorgang. Ein schlechtes Gewissen angesichts der epischen Dürre der eigenen Hinweise könnte der notarielle Leser jedoch bei den vorgeschlagenen Hinweisen und Erläuterungen bekommen, die teilweise länger sind als die Urkunde selbst. Begreift man diese jedoch wie Autor *Wachter* nicht als notwendigen Textbestandteil, sondern als Hinweis, welche Punkte im Einzelfall problembehaftet sein könnten und damit angesprochen werden sollten, findet man darin eine gute Zusammenfassung aller Punkte, die anlässlich der Gründung einer UG oder auch GmbH mit den Beteiligten gegebenenfalls zu thematisieren sind. In der ansonsten gelungenen Übersicht über die Gründungskosten bei UG und GmbH mit und ohne Musterprotokoll blieb die Änderung der wohl überwiegenden Literaturauffassung nach dem Beschluss des BGH vom 8.12.2005 (MittBayNot 2006, 351) unberücksichtigt, wonach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO

auch auf Beschlusssentwürfe anzuwenden sei. Danach hat der Notar für den Entwurf des Beschlusses über die Bestellung des Geschäftsführers eine Gebühr von i. d. R. 168 € abzurechnen, auch wenn dieser nicht beurkundet wird. Für die Zielgruppe der Anwaltschaft, die regelmäßig in der Lage sein sollte, entsprechende Beschlüsse selbst zu entwerfen, wäre dies ggf. ein interessanter Hinweis.

Die folgenden Kapitel befassen sich unter anderem mit den Themen der Kapitalaufbringung und -erhaltung, der Stellung des Geschäftsführers und seiner Haftung sowie einer zusammenfassenden Darstellung der Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten bzw. durch Erbgang. Interessant stellt sich der Abschnitt „Wechsel der Gesellschafter“ dar: Entgegen der bisherigen, insbesondere bei vielen im Gesellschaftsrecht tätigen Anwaltskanzleien herrschenden Konventionen warnen die Verfasser gleich zu Beginn vor den verschiedenen Risiken der Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung im Ausland, insbesondere nach den jüngsten Änderungen im Schweizer Recht. Vielleicht lässt sich dadurch der eine oder andere Anhänger der Kostenersparnis-Modelle nach „schweizerischer oder österreichischer Art“ zum Nachdenken bewegen. Eine pauschale Kritik an der Formbedürftigkeit der Abtretung findet sich darüber hinaus erfreulicherweise nicht. Der seit Inkrafttreten des MoMiG mögliche gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen wird in seinen Voraussetzungen dargestellt, die vielfältigen in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen, etwa nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs beim Auseinanderfallen des Nennbetrags des veräußerten und des tatsächlichen Geschäftsanteils oder bei „nicht so bestehenden Geschäftsanteilen“, z. B. bei einer fehlerhaft in der Gesellschafterliste eingetragenen Stückelung, werden jedoch auch hier nicht gelöst. Die endgültige Klärung dieser Fragen wird voraussichtlich erst ab dem frühestmöglichen gutgläubigen Erwerb im Jahre 2011 und auch dann erst nach und nach durch die Rechtsprechung erfolgen.

Für den beratenden Praktiker weiterhin von Nutzen sind die Ausführungen zur Einberufung und Abhaltung von Gesellschafterversammlungen, die durchweg durch Checklisten und Textmuster ergänzt werden. Zur – regelmäßig unter Zeitdruck erfolgenden – Vorbereitung einer streitbaren Versammlung bietet dieser Abschnitt auch dem erfahrenen Praktiker wertvolle Hilfen. Wichtig für den hinzugezogenen Rechtsanwalt, ggf. aber auch für den Notar oder die Notarin zur Erteilung einer entsprechenden Auskunft im Vorfeld, ist die übersichtliche Darstellung zu den Voraussetzungen und der Durchführung einer Anfechtung von gefassten Beschlüssen. Umfassend zeigen sich weiterhin die Ausführungen zur Rechnungslegung – wobei hier bereits der (mittlerweile verabschiedete) Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) zum Stand der Schlussredaktion berücksichtigt wurde – und zur Besteuerung der GmbH. Letztere auch wegen der für den Vertragspraktiker bedeutenden Erläuterungen zur Organschaft. Ebenfalls interessant stellt sich der Abschnitt „Unternehmenskauf, Mergers & Acquisitions“ dar, der neben einer Zusammenfassung der Vorbereitung und Durchführung eines Unternehmenskaufs auch einige Muster außerhalb der eigentlichen Verträge, z. B. Letter of Intent, Verschwiegenheitsvereinbarung usw., bereithält. Vollständige Vertragsmuster für die verschiedenen Formen des Unternehmenskaufs finden sich nicht, jedoch einige Bausteine zu Einzelproblemen u. a. beim Asset und Share Deal. Im Übrigen wird der Leser aus Platzgründen auf die zu diesem Themenfeld bestehenden Veröffentlichungen verwiesen. Letztlich bietet der Abschnitt jedoch eine gute Einführung bzw. Zusammenfassung in dieses vertragsrechtlich höchst interessante Gebiet;

mehr wird man von einem allgemeinen Handbuch auch nicht erwarten dürfen. Ähnliches gilt für die in gleicher Weise zusammenfassend dargestellten Bereiche des Umwandlungsrechts, wobei hier jedoch sogar weitergehende Vertragsmuster für Verschmelzungs-, Spaltungs- und Ausgliederungsvorgänge sowie die zugehörigen Handelsregisteranmeldungen im Handbuch enthalten sind. Auch insoweit sind umfangreiche Checklisten vorhanden, die zwar in erster Linie auf den anwaltlichen oder steuerlichen Berater ausgerichtet sind, aber auch dem Notar eine gute Übersicht über im Einzelfall vorzunehmende Schritte und die Strukturierung eines Umwandlungsvorgangs geben können.

Das Werk endet schließlich tatsächlich „an der Bahre“ so mancher Gesellschaft, nämlich mit der Darstellung der GmbH im Krisen- und Insolvenzfall. Dabei werden die einzelnen Stadien des Insolvenzverfahrens sowie die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten in der jeweiligen Phase dargestellt. Vielleicht (noch) nicht zu häufig auftretend und daher etwas zu kurz dargestellt sind in diesem Zusammenhang die nach dem MoMiG den Gesellschaftern selbst auferlegten Handlungspflichten für den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft nach § 15 a Abs. 3 InsO. Die insoweit mit einer schlichten Untätigkeit verbundenen Risiken für die Gesellschafter

könnten gerade für den Krisenberater als Merkpunkt durchaus etwas deutlicher herausgestellt werden.

Zusammenfassend bietet die Neuauflage des Münchener Anwaltshandbuchs GmbH-Recht damit der Zielsetzung von Herausgeber und Autoren entsprechend eine vordergründig auf den Anwalt zugeschnittene, übersichtliche Hilfe für den Alltag der GmbH-Beratung. Die vielen Vertragsmuster, Checklisten und strategischen Ratschläge machen das Werk aber auch für den Notar interessant. Gerade wenn es darum geht, eine schnelle Auskunft zu erteilen oder sich einen Überblick über einen komplexeren Vorgang und die vorzunehmenden Schritte zu verschaffen, kann mit dem Römermann auf einen verlässlichen Ratgeber zurückgegriffen werden. Letztlich ist es dann mehr eine Frage des persönlichen Geschmacks und der eigenen Arbeitsweise, ob man hierfür lieber auf ein rechtsformbezogenes Werk zurückgreift, in dem möglichst alle in Frage kommenden Themengebiete zusammengefasst sind, oder sein Wissen aus den einzelnen Publikationen zum Unternehmenskauf, Umwandlungs- und Insolvenzrecht usw. schöpft. Ist man ein Anhänger der ersten Variante, so ist das Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht auf jeden Fall eine lohnenswerte Erweiterung der eigenen Bibliothek.

Notar Dr. *Thomas Schiffner*, Weiden i. d. Opf.

Gottwald: Grunderwerbsteuer – Leitfaden für die Praxis. 3., neu bearb. und erw. Aufl., Luchterhand, 2009. 408 S., 49 €

Es liegt nunmehr die 3. Auflage des von Notar Dr. *Stefan Gottwald* verfassten Leitfadens zur Grunderwerbsteuer vor. Bereits die Voraufgaben wurden vom Publikum außerordentlich günstig aufgenommen. Die 3. überarbeitete und erweiterte Auflage berücksichtigt neben der Grunderwerbsteuerlichen Rechtsprechung und Literatur sämtliche Gesetzesänderungen und Erlasse der Finanzverwaltung bis zum April 2009. Auch die 3. Auflage wendet sich an Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater und Unternehmensjuristen und erleichtert ihnen den Einstieg in die doch sehr schwierig gewordene Materie des Grunderwerbsteuerrechts. Dieses galt in früheren Zeiten als einfach strukturiert und leicht anwendbar. Spätestens seit dem sog. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 ist dies völlig anders. Das Werk von *Gottwald* erleichtert gerade dem Notar den Umgang mit dem Grunderwerbsteuerrecht. Das Werk ist flüssig geschrieben, es ist gut zu lesen, enthält zahlreiche praxisrelevante Beispiele und Hinweise zur Vertragsgestaltung.

Einige Beispiele sollen den praktischen Wert des Werkes verdeutlichen:

1. Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer: Bei einem Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung wurde bei Grundstücksgeschäften die Umsatzsteuer aus dem Nettoentgelt zzgl. der halben Grunderwerbsteuer berechnet. Das BFH-Urteil vom 20.12.2005 (MittBayNot 2006, 540 = NotBZ 2006, 329) beendete diese Praxis. Die Umsatzsteuer ist nunmehr auch aus dem Nettokaufpreis zu entrichten. Seit Inkrafttreten des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG am 1.4.2004 wurde auch die Berechnung der Grunderwerbsteuer bei Umsatzsteuerfällen geändert: Die Grunderwerbsteuer wird nur noch aus dem Nettokaufpreis berechnet, nicht mehr aus dem Kaufpreis zzgl. Umsatzsteuer. Bearbeitungsprobleme ergeben sich in den Fällen, in denen

neben dem Grundstück auch Inventar umsatzsteuerpflichtig mitverkauft wird, ferner in den Fällen, in denen nicht sicher ist, ob eine Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1 a UStG vorliegt. *Gottwald* schildert die Rechtslage und macht zahlreiche Formulierungsvorschläge (S. 1–15).

2. Erwerb der Verwertungsbefugnis: Der hier einschlägige § 1 Abs. 2 GrEStG erfasst solche Rechtsvorgänge, die einem anderen eine eigentümerähnliche Rechtsposition an einem Grundstück verschaffen, ohne dass ein Übereignungsanspruch begründet wird. Die Grunderwerbsteuer löst sich vom Zivilrecht und betrachtet den Vorgang wirtschaftlich. Erfasst werden von § 1 Abs. 2 GrEStG solche Grundstücksgeschäfte, mit denen der Wert des Grundstücks für eigene Rechnung nutzbar gemacht werden kann und die unter Bezug auf die Herrschaftsmacht über das Grundstück den in § 1 Abs. 1 GrEStG nominierten Tatbeständen nahekommen. *Gottwald* weist darauf hin, dass eine Steuerumgehungsabsicht nicht erforderlich ist. Die diversen einschlägigen Fälle werden, nachdem die Systematik erläutert wurde, dargestellt, also vor allem die Verkaufsermächtigung und der atypische Maklervertrag, das Einbringen eines Grundstücks in eine Personengesellschaft quoad sortem, die Kombination wirtschaftlicher und rechtlicher Verwertungsbefugnis, Drittbenennungsrechte, Treuhandschäfte und Leasingverträge (S. 48–67).

3. Änderungen des Gesellschafterbestandes: Die Rechtslage bis 1996 unterscheidet sich von derjenigen der Jahre 1997 bis 1999 und derjenigen ab 1.1.2000 grundlegend. Einschlägig sind hier § 1 Abs. 2 a GrEStG und § 1 Abs. 3, Abs. 4 GrEStG. Die schwierige Systematik der Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften wird mit zahlreichen graphisch unterlegten Fallbeispielen dargestellt (S. 68–144).

4. Public Private Partnerships (PPP) und Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP): Laut Gesetz vom 1.9.2005 ist mit § 4 Nr. 9 GrEStG ein besonderer Befreiungstatbestand für Public Private Partnerships und Öffentlich-Private Partnerschaften

eingeführt worden. Im Rahmen einer ÖPP verpflichtet sich ein privater Unternehmer – in der Regel eine Projektgesellschaft – gegenüber einer öffentlichen Hand typischerweise dazu, eine bestimmte Investition durchzuführen und das Investitionsobjekt über einen gewissen Zeitraum zu betreiben und zu erhalten. § 4 Nr. 9 GrEStG enthält allerdings keine generelle Freistellung von Grundstückserwerben im Rahmen von ÖPP und keine Begünstigung gegenüber herkömmlichen Beschaffungsformen. Die Befreiungsvorschrift gilt nur für Fallkonstellationen, in denen die öffentliche Hand Eigentümerin von Grundstücken ist und diese privaten Auftragnehmern im Rahmen einer ÖPP überträgt, nicht aber für die Grundstücksbeschaffung durch den privaten Auftragnehmer von Dritten (S. 187–191).

5. Einheitlicher Leistungsgegenstand: Im Gegensatz zu den eigennützigen Erwerberleistungen müssen solche Leistungen der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung hinzugerechnet werden, die nach dem maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs auf einen noch vom Veräußerer herzustellenden künftigen Zustand des Grundstücks entfallen. Die Bemessungsgrundlage hängt somit davon ab, in welchem Zustand das Grundstück erworben werden soll. Der tatsächliche Grundstückszustand bei Vertragsschluss ist bedeutungslos. Hier entsteht die Problematik des einheitlichen Leistungsgegenstandes. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze betreffen alle Erwerbsvorgänge bezüglich Baugrundstücken, bei denen im engen Zusammenhang mit dem Erwerb auch die Bebauung oder sonstige Veränderung des Grundstücks und aufstehender Gebäude herbeigeführt werden. Es handelt sich um eine übergesetzliche Rechtsprechung des BFH (BStBl II 1990, S. 181), welche sich nach eigenem Verständnis des Gerichtes an Sinn und Zweck des Gesetzes orientiert. Von einem einheitlichen Vertragswerk spricht man, wenn der Kaufvertrag und der Werkvertrag in einer Urkunde niedergelegt sind; als einheitlicher Leistungsgegenstand wird dagegen der Fall bezeichnet, wenn die beiden Verträge in getrennten Urkunden abgefasst werden, aber rechtlich oder wirtschaftlich zusammenhängen. Die Frage der Beurkundungspflicht nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB ist zu unterscheiden von der Grunderwerbsteuerlichen Handhabung (S. 254–262). In diesem Zusammenhang weist *Gottwald* auf die mögliche Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer beim einheitlichen Vertragsgegenstand hin (S. 262–267). Die Umsatzsteuerproblematik kann nur entstehen, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und das Grundstück bzw. das Haus im Rahmen seines Unternehmens liefert, z. B. der Bauträger. Nach § 4 Nr. 9 a UStG ist die Lieferung eines unbebauten oder bebauten Grundstücks umsatzsteuerfrei. Wird der Kaufvertrag über ein bebautes Grundstück bereits zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem das Gebäude noch nicht errichtet ist, unterliegt der Vorgang insgesamt der Grunderwerbsteuer, so dass die Umsatzsteuerbefreiung auch hinsichtlich des auf das Gebäude entfallenden Kaufpreisteils eintritt. Umgekehrt liegt bei einem Werkvertrag über die Errichtung eines Gebäudes oder gleichzeitigen Verkauf ohne Grund und Boden kein Verpflichtungsgeschäft vor, das den Anspruch auf Übertragung eines Grundstücks i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begründet. Daher unterliegt die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Bestellers durch den Bauhandwerker der Umsatzsteuer. Die Abgrenzung zwischen Grunderwerbsteuerbaren Vorgängen und umsatzsteuerpflichtigen Lieferungen ist durch die Rechtsprechung des BFH problematisch geworden. Das Gericht vertritt in nunmehr ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass auch bei formal mehreren Verträgen über den Kauf eines Grundstücks und Werkverträgen mit Bauhandwerkern (auch bei verschiedenen Vertrags-

partnern) das Gesamtentgelt der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen ist, wenn die Verträge sich als einheitliches, auf den Erwerb eines bebauten Grundstücks gerichteten Rechtsgeschäftes darstellen. Die Werklieferungen der Bauhandwerker unterliegen – isoliert gesehen – jedoch nicht der Grunderwerbsteuer. Mangels Deckungsgleichheit zwischen umsatzsteuerlicher Leistung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG und dem der Grunderwerbsteuer unterliegenden einheitlichen Rechtsgeschäft sind die Werklieferungen und Leistungen der Bauhandwerker daher nicht von der Umsatzsteuer befreit. Die von *Gottwald* gegebene Gestaltungsempfehlung geht dahin, dass in derartigen Fällen Grundstückseigentümer und Bauunternehmer eine BGB-Gesellschaft gründen, in deren Rahmen sich der Eigentümer verpflichtet, das Grundstück an den Käufer zu veräußern, der Werkunternehmer hingegen zur Lieferung des Bauwerks. Vertragspartner des Käufers ist die BGB-Gesellschaft, also *eine* Person auf der Verkäuferseite. Es fällt dann die Grunderwerbsteuer zwar aus der erhöhten Bemessungsgrundlage (Haus und Grundstück) an, aber keine zusätzliche Umsatzsteuer. *Gottwald* weist aber darauf hin, dass dieser Vorschlag seine Tücken hat: Der Bauunternehmer kann für seine eigenen Anschaffungskosten keine Vorsteuererstattung beantragen.

6. Verpflichtung des Verkäufers zur Herstellung eines bestimmten Grundstückszustands: Verpflichtet sich der Verkäufer zur Herstellung eines bestimmten Grundstückszustandes (etwa Beseitigung von Kontaminationen), so zählen die hierfür ausgewiesenen Gegenleistungen zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage. *Gottwald* empfiehlt, zur Reduzierung der Grunderwerbsteuerbelastung den schuldrechtlichen Kaufvertrag aufschiebend bedingt durch die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers, also etwa die Dekontamination, abzuschließen. Die Grunderwerbsteuer fällt dann erst mit dem Bedingungseintritt an. Alternativ könnte man mit Angebot und Annahme arbeiten (S. 276 f.)

7. Nacherwerb des Erbbaurechtes durch den Grundstückseigentümer: Wird ein Erbbaurecht bestellt, so ist die Grunderwerbsteuerliche Gegenleistung jene Leistung, die der Erbbauberechtigte als entgeltliche Bestimmung des Erbbaurechtes gewährt. Kraft der Fiktion des § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG zählt hierzu auch der gemäß § 13 BewG kapitalisierte Erbbauzins. Etwas anderes gilt, wenn das Erbbaurecht durch den Eigentümer des Grundstücks, das mit dem Erbbaurecht belastet ist, erworben wird. Erwirbt daher der Eigentümer auch das Erbbaurecht, ist Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer die an den Erbbauberechtigten zu zahlende Entschädigung, ohne Berücksichtigung der erlöschenden Erbbauzinsverpflichtung (S. 294–296).

8. Aufschiebend bedingte Kaufverträge: Enthält der Kaufvertrag eine aufschiebende Bedingung, fällt die Grunderwerbsteuer mit ihrem Eintritt an. Etwas anderes galt nach früherer Auffassung, wenn die Auflassung unbedingt erklärt war. Dann erwies sich die Transaktion als „Schlag ins Wasser“. Der BFH ist in seinem Beschluss vom 10.2.2005 (BFH-Report 2005, 427) diesen Überlegungen entgegengetreten. *Gottwald* weist allerdings darauf hin, dass für das Gericht dabei die im Vertrag vereinbarte Vorlagesperre bis zum Eintritt der Bedingung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes wesentlich war. Es muss also sichergestellt sein, dass von der Auflassung erst nach Bedingungseintritt Gebrauch gemacht werden kann (S. 324 f.)

9. Rückgängigmachen eines Rechtsgeschäftes: Die Situation ist auch hier unübersichtlich geworden. *Gottwald* stellt die damit verbundenen Fragen umfassend mit zahlreichen Gestaltungsempfehlungen dar (S. 327–347). Besonderen

Rang nimmt dabei die grunderwerbsteuerliche Besonderheit beim Tausch mit dem Bauträger ein, also die interessante Gestaltung, dass der Verkäufer eines Grundstücks zu errichtendes Wohnungseigentum in Zahlung nimmt. Die möglichen Varianten (Grundstücksmodell, Anteilsmodell, Stundungsmodell) werden unter grunderwerbsteuerlichen Gesichtspunkten überprüft.

Die Beispiele zeigen, wie praxisnah das Werk von *Gottwald* zur Grunderwerbsteuer ist. Auch zur 3. Auflage kann man Autor, Verlag und Publikum gratulieren.

Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Passau

Tiedtke (Hrsg.): Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz. E. Schmidt, 2009. 842 S., 68 €

Das Erbschaftsteuerreformgesetz gibt Anlass, in der eigenen Bibliothek den Bestand zur Erbschaft- und Schenkungsteuer zu aktualisieren. Zur Auswahl steht nunmehr ein neuer Kommentar zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, herausgegeben von *Tiedtke*, emeritierter Ordinarius des Lehrstuhls für Wirtschafts- und Finanzrecht sowie Zivilrecht der Universität Würzburg. Sämtliche Autoren sind ehemalige Assistenten dieses Lehrstuhls, was dazu führt, dass neben dem Herausgeber (auch bayerische) Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater, (Finanz-)Richter, Beamte der Finanzverwaltung, Staatsanwälte und auch ein Bruder des Benediktine rordens den Kommentar verfasst haben. Es sind vor allem zwei Merkmale des *Tiedtke*, die sofort positiv auffallen: sein mit ca. 20 x 14 x 4 cm sehr handliches Format (dem allerdings ein kleines Druckbild geschuldet ist) und die Tatsache, dass die Vollkommentierung des ErbStG auch alle korrespondierenden Vorschriften des Bewertungsgesetzes umfasst. Für die Rechtsanwendung hilfreich sind auch die bei den meisten Kommentierungen abgedruckten Texte der Gesetzesbegründung und die umfangreichen Literaturnachweise bei einer maßvollen Anzahl von Fußnoten. Der Kommentar ist (noch) stark vom Erbschaftsteuerreformgesetz geprägt. So findet sich eine umfangreiche Zusammenstellung der wirklich unübersichtlichen Gesetzesmaterialien zu diesem Reformprojekt; die – lesenswerte – Einleitung von *Tiedtke* zeichnet die Entwicklungslinien des ErbStG insgesamt, besonders aber die jüngere Entwicklung mit all ihren Brüchen und politischen Irrungen und Wirrungen in aller Kürze, wenn auch präzise nach.

Die konzeptionelle Querverbindung zum Bewertungsgesetz führt dazu, dass die Kommentierung zu § 12 ErbStG die umfangreichste und eigentlich eine solche wesentlicher Vorschriften des Bewertungsgesetzes geworden ist. Zwar wird sich die Mehrheit der Notare mit Aussagen zum Bewertungsrecht, insbesondere zur Bewertung von Immobilien, vor allem mangels praktischer Erfahrungen mit den neuen Regeln mehr als bisher zurückhalten; zumindest ein Basiswissen der Bewertungsregeln ist gleichwohl unerlässlich. Die instruktive Kommentierung mit zahlreichen Beispielen und (zum Teil von der Finanzverwaltung übernommenen) Graphiken vermittelt in kompakter Form die Strukturen des Bewertungsrechts für alle Vermögensgegenstände, stets mit der Darstellung der Änderungen dieser Strukturen im Vergleich zur Rechtslage vor dem 1.1.2009. Angenehm ist, dass auch die für die Bewertung von Immobilien wichtigen Anlagen 21 bis 26 des BewG mit abgedruckt sind.

Die Kommentierung der neuen Befreiungstatbestände des § 13 Abs. 4 b und 4 c ErbStG führt deutlich vor Augen, auf

welche Abgrenzungsfragen die Praxis im Kontext dieser Steuerbefreiung des Erwerbs eines Familienheims von Todes wegen sich wird einstellen müssen. Dies gilt besonders für die heikle Frage, wann die Steuerbefreiung nachträglich wegfällt, ob mit anderen Worten also ein „zwingender Grund“ für das Verlassen des Familienheims im Sinne dieser Befreiungstatbestände anzunehmen ist. Der Kommentar folgt hier einer eher strengen Linie, die berufliche Veränderungen durch Arbeitsplatzwechsel oder die Aufnahme eines Studiums oder einer Berufsausbildung an einem anderen Ort im Grundsatz nicht als solchen zwingenden Grund qualifizieren will. Auch wenn sich über die Frage, wann ein Arbeitsplatzwechsel in wirtschaftlich angespannten Zeiten „objektiv“ oder „autonom motiviert“ ist, vermutlich bei jedem Fall trefflich streiten lässt, ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung einer ähnlich strengen Linie folgen wird.

Einen weiteren Schwerpunkt bilden die anschaulichen Kommentierungen zu §§ 13 a und 13 b ErbStG, deren Wortlaut und Anwendung besonders sperrig sind. Der Kommentar dürfte derzeit die Darstellung bieten, die eine rasche Einarbeitung in die komplexe Materie mit ihren zahlreichen Abgrenzungsfragen – so z. B. zum schillernden Begriff des „Verwaltungsvermögens“ – am besten ermöglicht.

Eher unauffällig denn pointiert dargestellt werden die Konsequenzen aus dem Zusammenspiel der grundsätzlichen Anhebung der Unternehmensbewertung auf Verkehrswertniveau mit den Fiktionstatbeständen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 7 ErbStG. Die erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Folgen gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln werden die Praxis indes noch vor erhebliche Probleme stellen. Welche Relevanz diese Fragen auch für die notarielle Praxis haben können, macht die lakonische Kommentierung bei § 34 ErbStG Rdnr. 18 deutlich, die auf eine mögliche Anzeigepflicht „solcher Beurkundungen“ hinweist. Eine Stellungnahme zur Frage der (im Einzelnen nicht geklärten) Anzeigepflicht des Notars bei Unterschriftsbeglaubigungen wäre bei der Kommentierung des § 34 ErbStG im Übrigen interessant gewesen.

Der Kommentar befindet sich auf dem Stand Ende April 2009. Die nach einigen Verschiebungen im Juni 2009 veröffentlichten Endfassungen der gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder nach dem Erbschaftsteuerreformgesetz wollten Verlag und Herausgeber aus verständlichen Gründen nicht mehr abwarten. Die Autoren dieses sympathischen Projekts haben sich vermutlich nicht träumen lassen, dass ihr Kommentar nicht einmal für ein Jahr den aktuellen Gesetzesstand wiedergibt, dem zum 1.1.2010 in Kraft getretenen Wachstumsbeschleunigungsgesetz sei Dank. Da sich die „Wachstumsbeschleunigung“ für das ErbStG auf das Verstellen einiger Fiskalschrauben beschränkt, tun diese Ände-

rungen der Praxistauglichkeit des Kommentars indes keinen Abbruch; Verlag und Autoren liefern im Übrigen bereits einen achtseitigen Nachtrag, der auch diese Änderungen erläutert. Der Tiedtke kann insgesamt, besonders aber in Anbetracht des sehr guten Preis-Leistungs-Verhältnisses uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden, auch und besonders Notar-

assessoren als handliche, kompakte und kompetente Hilfe bei Einsätzen als Vertreter oder Verwalter, die einen eigenen aktuellen Handapparat erfordern.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. VVG § 69 a. F. (*Gebäudeversicherungsschutz des Grundstückserwerbers*)

§ 69 VVG a. F. steht einer Vereinbarung nicht entgegen, nach der der Käufer eines Grundstücks bereits vor der Eintragung im Grundbuch in den mit dem Verkäufer bestehenden Gebäudeversicherungsvertrag zunächst neben diesem eintritt und dadurch einen vom Verhalten des Verkäufers unabhängigen eigenen Anspruch auf Versicherungsschutz erwirbt.

BGH, Urteil vom 17.6.2009, IV ZR 43/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Versicherungsschutz wegen eines Brandschadens vom 8./9.12.2004 an einem von ihm gekauften Gebäudegrundstück in Anspruch. Die Gefahr ist auf ihn mit Abschluss des Kaufvertrages am 7.6.2004 übergegangen. Der Antrag auf Eigentumsumschreibung ging erst am 10.12.2004 beim Grundbuchamt ein. Für das Gebäude bestand seit August 1994 ein Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Verkäufer. Diesem teilte die Beklagte durch Schreiben vom 17.8.2004 mit, sie könne seinem „Kündigungswunsch“ nicht entsprechen, weil nach § 69 VVG (a. F.) anstelle des Veräußerers der Erwerber in den Versicherungsvertrag eintrete und dieser nun ihr Vertragspartner sei. Dementsprechend unterrichtete sie den Kläger mit Schreiben vom selben Tage, wies ihn auf sein Kündigungsrecht hin und erklärte, falls ihr innerhalb eines Monats eine Kündigung nicht zugegangen sei, werde sie den Vertrag formell auf seinen Namen umschreiben und ihm den entsprechenden Versicherungsschein zusenden. Am 15.12.2004 stellte sie den Versicherungsschein mit Versicherungsbeginn zum 17.9.2004 aus.

Die Beklagte beruft sich auf Leistungsfreiheit, weil sie den Verkäufer mit Schreiben vom 4.10.2004 gemäß § 39 VVG a. F. zur Zahlung der rückständigen Folgeprämie aufgefordert habe. Diese ist erst nach dem Brand durch den Kläger gezahlt worden. Außerdem sei sie wegen Gefahrerhöhung und Versäumung der Frist des § 12 Abs. 3 VVG a. F. von der Verpflichtung zur Leistung frei. Im Berufungsverfahren hat sie noch Leistungsfreiheit wegen vorsätzlicher Eigenbrandstiftung nach § 61 VVG a. F. geltend gemacht.

Der Kläger ist dem insgesamt entgegengetreten. Insbesondere hält er die Prämienanmahnung gegenüber dem Verkäufer für unwirksam und meint, aufgrund des Schreibens der Beklagten an ihn vom 17.8.2004 und des Versicherungsscheins vom 15.12.2004 habe er einen eigenen vertraglichen Anspruch auf Versicherungsschutz. Diesen mache er, weil der Schaden noch nicht bezifferbar sei, im Wege der Feststellungsklage geltend.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte sei nach § 39 Abs. 2 VVG a. F. i. V. mit §§ 39 Abs. 1, 91 VVG a. F. von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden, weil der mit Schreiben vom 4.10.2004 qualifiziert gemahnte Verkäufer als Versicherungsnehmer und Prämienschuldner die Folgeprämie nicht innerhalb der Monatsfrist gezahlt habe. Der Kläger sei gemäß § 69 Abs. 1 VVG a. F. erst mit Eintragung im Grundbuch am 10.12.2004 Versicherungsnehmer geworden. Soweit für die Zeit nach Gefahrübergang eine Mitversicherung im Wege der Fremdversicherung anzunehmen sei, müsse sich der Kläger die dem Verkäufer gegenüber eingetretene Leistungsfreiheit zurechnen lassen. Eine wirksame Rückwärtsver-

sicherung ergebe sich aus dem Versicherungsschein vom 15.12.2004 trotz des darin genannten Versicherungsbeginns am 17.9.2004 nicht. Die Möglichkeit, eine Rückwirkung zu vereinbaren, betreffe im Regelfall nur Neuverträge, nicht aber einen Vertrag, der vom Erwerber eines Grundstücks zu gleichen Bedingungen fortgesetzt werde. Für eine zusätzliche Einbeziehung des Klägers in den Vertrag vor seinem Vertrags Eintritt nach § 69 VVG a. F. habe weder eine Veranlassung noch sonst ein sachlicher Grund bestanden. (...)

II.

Die für die Klageabweisung gegebene Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich dem Kläger gegenüber auf Leistungsfreiheit nach § 39 Abs. 2 VVG a. F. berufen, weil der Verkäufer und ursprüngliche Versicherungsnehmer mit der Prämienzahlung in Verzug gewesen sei, ist aus mehreren Gründen nicht zu folgen. Das Berufungsgericht hat bei der von ihm angenommenen Leistungsfreiheit nach § 39 Abs. 2 VVG a. F. nicht hinreichend beachtet, dass dem Kläger unabhängig von der gesetzlichen Regelung in § 69 Abs. 1 VVG a. F. ein eigener Anspruch auf Versicherungsschutz zugestanden hat und zudem der Verkäufer und ursprüngliche Versicherungsnehmer nicht wirksam nach § 39 Abs. 1 VVG a. F. zur Zahlung der Folgeprämie aufgefordert worden ist.

1. Dem Kläger stand seit dem 17.9.2004 und damit im Zeitpunkt des Versicherungsfalles am 8./9.12.2004 vereinbarungsgemäß ein vom Versicherungsvertrag mit dem Verkäufer und ursprünglichen Versicherungsnehmer unabhängiger eigener Anspruch auf Versicherungsschutz zu. Dies folgt aus dem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 17.8.2004 und der danach durch den Kläger nicht ausgesprochenen Kündigung des mit dem Verkäufer bestehenden Versicherungsvertrages, jedenfalls aber aus der Übersendung des Versicherungsscheins vom 15.12.2004 mit Schreiben der Beklagten vom selben Tage, in dem dem Kläger Versicherungsschutz seit dem 17.9.2004 bestätigt wird.

a) In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass dem Käufer eines Grundstücks in der Zeit zwischen Gefahrübergang (§ 446 BGB) und dem Eigentumserwerb durch Eintragung im Grundbuch ein versicherbares – nach Zahlung des Kaufpreises sogar das alleinige – Sacherhaltungsinteresse zukommt und der mit dem Verkäufer bestehende Versicherungsvertrag auch ohne ausdrückliche Regelung grundsätzlich so auszulegen ist, dass dieses (fremde) Interesse darin mitversichert ist (vgl. BGH, VersR 2001, 53 unter 2 m. w. N.; *Martin*, VersR 1974, 253 f. und 821, 825). Das Berufungsgericht hat dies im Ansatz zwar richtig gesehen, damit aber die Rechtslage und den hier gegebenen Sachverhalt nicht vollständig erfasst.

Das Sacherhaltungsinteresse des Käufers ist durch die Fremdversicherung nur unzureichend geschützt. Es besteht – wie hier – die Gefahr, dass der Versicherungsschutz durch ein Verhalten des Verkäufers, der nach § 69 VVG a. F. bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch Versicherungsnehmer bleibt, vor Eintritt des Versicherungsfalles verloren geht. Insbesondere ist es nicht fernliegend, dass nicht rechtskundige Kaufvertragsparteien, wenn der Abschluss des Vertrages dem Versicherer mitgeteilt worden ist, glauben, nunmehr sei der Käufer zur Prämienzahlung verpflichtet, wenn dies im Innenverhältnis – wie hier – so vereinbart worden ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts besteht deshalb für den Käufer vor der Eintragung im Grundbuch ein sachlicher Grund, sein

Sacherhaltungsinteresse über die Fremdversicherung hinaus zu versichern, entweder durch einen Vertrag mit einem anderen Versicherer oder durch eine Vereinbarung mit dem Versicherer des Verkäufers. § 69 VVG a. F. steht einer Vereinbarung nicht entgegen, nach der der Käufer bereits vor der Eintragung im Grundbuch mit eigenen Rechten und Pflichten – zunächst neben dem Verkäufer – in den bestehenden Vertrag eintritt. Dabei ist nicht entscheidend, ob dem Versicherer bekannt ist, dass der Käufer schon Eigentümer ist oder dieser sich irrtümlich für den Eigentümer hält; Gegenstand der Versicherung sind die Interessen, die nach der objektiven Rechtslage in Betracht kommen (vgl. BGH, VersR 2001, 53 unter 2 b m. w. N.). Das ist das Interesse des Käufers, sich bereits vor dem nach § 69 Abs. 1 VVG a. F. maßgeblichen Zeitpunkt einen vom Verhalten des Verkäufers unabhängigen Versicherungsschutz zu verschaffen.

b) Eine solche Vereinbarung haben die Parteien mit Wirkung vom 17.9.2004 geschlossen.

aa) Das ergibt sich schon aus dem Schreiben der Beklagten vom 17.8.2004 und der unterbliebenen Kündigung des mit dem Verkäufer bestehenden Vertrages durch den Kläger.

Aus dem Schreiben der Beklagten vom 17.8.2004 an den Verkäufer geht hervor, dass dieser ihr am 2.8.2004 mitgeteilt hatte, die Gebäudeversicherung aufgrund der Veräußerung des versicherten Gebäudes beenden zu wollen. Die Beklagte hat dem Kündigungswunsch unter Hinweis auf § 69 VVG (a. F.) widersprochen, weil der neue Eigentümer nun ihr Vertragspartner sei. Diesen habe sie auf das Bestehen der Versicherung und die rechtlichen Bestimmungen hingewiesen.

Im Schreiben vom selben Tage an den Kläger heißt es unter anderem, er habe das bei der Beklagten versicherte Gebäude erworben. Es bestehe Versicherungsschutz zum gleitenden Neuwert mit einer Versicherungssumme zum heutigen Wert von 437.750 €, die Prämie betrage zurzeit 425,07 €. Es sei gesetzlich geregelt, dass er als neuer Eigentümer anstelle des Veräußerers nach § 69 VVG (a. F.) in den Versicherungsvertrag eintrete. Sie wolle den Vertrag mit ihm fortführen und mache von ihrem Kündigungsrecht daher keinen Gebrauch. Er könne den Vertrag mit sofortiger Wirkung oder zum Schluss des laufenden Versicherungsjahres innerhalb eines Monats kündigen. Wenn er erst durch diese Mitteilung von dem Bestehen des Vertrages erfahre, beginne die Kündigungsfrist erst zu diesem Zeitpunkt. Es würde sie freuen, wenn er von seinem Kündigungsrecht ebenfalls keinen Gebrauch mache. Sofern ihr innerhalb eines Monats, nachdem er von der Versicherung Kenntnis erhalten habe, eine Kündigung nicht zugegangen sei, werde sie den Vertrag formell auf seinen Namen umschreiben und ihm den entsprechenden Versicherungsschein zusenden.

Dieses Schreiben konnte der Kläger aus der maßgeblichen Empfängersicht nur so verstehen, dass er, falls er nicht kündigt, einen Monat nach Zugang des Schreibens Versicherungsnehmer der Beklagten ist und dies anschließend durch Übersendung des Versicherungsscheins dokumentiert wird. Da der Kläger nicht gekündigt und damit konkludent sein Einverständnis mit der von der Beklagten angebotenen Fortführung des Vertrages zum Ausdruck gebracht hat, ist er bereits zu diesem Zeitpunkt – zunächst neben dem Verkäufer – als Versicherungsnehmer mit einem eigenen Anspruch auf Versicherungsschutz in den Vertrag eingetreten. Der Zusendung des Versicherungsscheins bedurfte es zur Wirksamkeit nicht, weil die Beklagte ihr Einverständnis bereits im Schreiben vom 17.8.2004 erteilt hatte und dem Versicherungsschein zumindest aus der Sicht des Klägers nur bestätigende Funktion zukam. Die Beklagte hat dies erkennbar ebenso gesehen,

denn sie hat dem Kläger am 15.12.2004 einen Versicherungsschein ausgestellt, nach dem die Wohngebäudeversicherung vom 17.9.2004 (12.00 Uhr) an vereinbart ist.

bb) Jedenfalls wäre es durch Übersendung des Versicherungsscheins zu einer wirksamen Rückwärtsversicherung gekommen. Dann läge im Unterbleiben der Kündigung durch den Kläger nach Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 17.8.2004 der konkludente Antrag, den Versicherungsvertrag nach Ablauf der Monatsfrist, also ab dem 17.9.2004, mit der Beklagten fortzusetzen. Mit der späteren Annahme des Antrags ist eine Rückwärtsversicherung zustande gekommen, bei der für den Zeitraum ab Antragstellung § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG a. F. ausgeschlossen ist (vgl. BGH, VersR 2000, 1133 unter II 1 m. w. N.). Der Umstand, dass bei Ausstellung des Versicherungsscheins der Versicherungsfall beiden Parteien bekannt war, steht einer Rückwärtsversicherung schon deshalb nicht entgegen, weil aufgrund ihres Schreibens vom 17.8.2004 eine Schadensersatzpflicht der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss in Betracht kam (vgl. BGHZ 111, 29, 34 f.).

2. Davon abgesehen ist die Beklagte auch gegenüber dem Verkäufer nicht nach § 39 Abs. 2 VVG a. F. von der Verpflichtung zur Leistung frei. Die Beklagte hat ihm mit dem Schreiben vom 4.10.2004 keine nach §§ 39 Abs. 1, 91 VVG a. F. wirksame Zahlungsfrist gesetzt. Es kann offen bleiben, ob das Schreiben für sich genommen die Anforderungen dieser Vorschriften erfüllte. Eine qualifizierte Mahnung ist nur wirksam, wenn der Versicherungsnehmer dadurch über die wirkliche Rechtslage und die weitreichenden Folgen seiner Säumnis nicht im Unklaren gelassen wird (BGH, VersR 1986, 54 unter II 2; vgl. auch BGH, VersR 1999, 1525 unter 2). Daran fehlt es deshalb, weil die Beklagte dem Verkäufer durch ihr Schreiben vom 17.8.2004 unmissverständlich zu verstehen gegeben hatte, der neue Eigentümer sei nun ihr Vertragspartner, deshalb könne seinem – des Verkäufers – „Kündigungswunsch“ nicht entsprochen werden. Ohne eine ausdrückliche Korrektur dieser falschen Rechtsansicht und eine entsprechende Belehrung über die nach wie vor bestehende Zahlungspflicht konnte durch das Mahnschreiben vom 4.10.2004 keine wirksame Zahlungsfrist gesetzt werden.

III.

Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig. (...)

Anmerkung der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Praxishinweis von *Berger*, MittBayNot 2010, 164 (in diesem Heft).

2. BGB § 13 (*Verbrauchereigenschaft*)

Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

BGH, Urteil vom 30.9.2009, VIII ZR 7/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist Rechtsanwältin. Die Beklagte vertreibt Lampen über das Internet. Am 7.10.2007 bestellte die Klägerin über die Internetplattform der Beklagten u. a. drei Lampen zu einem Gesamtpreis von 766 €. Sie gab dabei als Liefer- und Rechnungsadresse an: „Kanzlei Dr. B.“

In ihrer Bestelleingangsbestätigung vom 7.10.2007 räumte die Beklagte der Klägerin ein Widerrufsrecht von 14 Tagen ein; die Widerrufsfrist begann mit Erhalt der Bestätigung. Die Klägerin bezahlte und erhielt die bestellten Lampen. Mit E-Mail-Schreiben vom 19./21.11.2007 widerrief die Klägerin ihre Vertragserklärungen mit der Begründung, sie habe die Lampen als Verbraucherin bestellt und sei – was zwischen den Parteien außer Streit steht – nicht ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht nach §§ 355 Abs. 1, 312 d Abs. 1, 312 b Abs. 1 BGB belehrt worden. Die Beklagte wies den Widerruf als verspätet zurück.

Das AG hat sich – im weiteren Verfahren unangegriffen – nach Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die bestellten Lampen für die Privatwohnung der Klägerin bestimmt waren, und hat der auf Zahlung von 766 € sowie Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich der zurückzugebenden Lampen gerichteten Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom LG zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

II.

(...) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit des von der Klägerin erklärten Widerrufs mit der Begründung verneint, die Klägerin habe die ihr von der Beklagten gelieferten Lampen nicht als Verbraucherin bestellt.

1. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Danach hat die Klägerin bei der Bestellung der Lampen objektiv als Verbraucherin gehandelt, denn der Zweck ihres Handelns – die Ausstattung ihrer Privatwohnung mit den bestellten Lampen – ist, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, objektiv nicht ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin, sondern ihrem privaten Lebensbereich zuzurechnen.

2. Der Wortlaut des § 13 BGB lässt allerdings nicht erkennen, ob für die Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln allein objektiv auf den von der handelnden Person verfolgten Zweck abzustellen ist (so MünchKommBGB/*Micklitz*, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 35; *PWW/Pritting*, BGB, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 9; *Jauernig/Jauernig*, BGB, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 3; *Schmidt-Räntsch* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 9), wie die Revision unter Hinweis auf zwei Entscheidungen des BGH (BGHZ 162, 253 ff. = DNotZ 2005, 680; BGH, NJW 2008, 435) meint, oder ob es – wie das Berufungsgericht annimmt – für die Zurechnung des Handelns auf die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände ankommt (so auch *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl., § 13 Rdnr. 4; *AnwK-BGB/Ring*, § 13 Rdnr. 30; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 42 Rdnr. 41; vgl. auch *K. Schmidt*, JuS 2006, 1, 8; wohl auch *Staudinger/Weick*, BGB, 2004, § 13 Rdnr. 42, 64).

Der erkennende Senat hat die Frage bislang offengelassen (BGH, NJW 2005, 1045, unter II 2 a m. w. N. = DNotZ 2005, 611). Sie bedarf auch hier keiner Entscheidung.

a) Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes der Vorschrift des § 13 BGB wird deutlich, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzu-

sehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind.

b) Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt daher nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwar trägt der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt (BGH, NJW 2007, 2619, Tz. 13). Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen indes nach der negativen Formulierung des Gesetzes nicht zulasten des Verbrauchers. Es kann daher – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht darauf ankommen, ob der Erklärende sich dem anderen Teil eindeutig als Verbraucher zu erkennen gibt. Vielmehr ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von Verbraucherhandeln auszugehen. Anders ist dies nur dann, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.

c) An solchen Umständen fehlt es im vorliegenden Fall. Die Angabe der Anschrift der Rechtsanwaltskanzlei als Lieferanschrift für die bestellten Lampen mag schon darin eine naheliegende Erklärung finden, dass die Klägerin an Arbeitstagen zu den üblichen Postzustellzeiten unter ihrer Privatanschrift nicht erreichbar war. Auch die Angabe der Anschrift „Kanzlei Dr. B.“ in Verbindung mit dem hiervon abweichenden Namen der Klägerin als Rechnungsadresse lässt keinen eindeutigen und zweifelsfreien Schluss auf eine Bestellung der Lampen zu selbständigen freiberuflichen Zwecken zu. Denn hieraus konnte die Beklagte allenfalls erkennen, dass die Klägerin in der Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt war. Damit blieb aus der verständigen Sicht der Beklagten jedenfalls offen, ob es sich bei der Klägerin um eine dort tätige Rechtsanwältin oder um eine angestellte Kanzleimitarbeiterin, etwa die Bürovorsteherin oder eine Rechtsanwaltsgehilfin, handelte.

3. Auch nach den für unternehmensbezogene Geschäfte entwickelten Regeln (dazu etwa BGH, WM 1990, 600, unter II 1) kann aus der Sicht der Beklagten das Handeln der Klägerin nicht deren freiberuflicher Tätigkeit als Rechtsanwältin zugerechnet werden. Die Beklagte hat stets die Klägerin persönlich, nicht den Inhaber und Namensgeber der Kanzlei Dr. B. als ihre Vertragspartnerin angesehen. Dass sie ungeachtet der Namensverschiedenheit die Klägerin für die Kanzleiinhaberin gehalten habe, hat die Beklagte nicht behauptet.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. auch BGH, DNotZ 2005, 611 zur Vortäuschung unternehmerischen Handelns, sowie EuGH, NJW 2005, 653 zu Verträgen, die sowohl der privaten als auch der beruflich-gewerblichen Tätigkeit eines Vertragsteils zugerechnet werden können.

3. ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 216 Abs. 2 Satz 1, 780, 812 Abs. 2 (*Kondizierbarkeit des abstrakten Schuldversprechens nach Verjährung des gesicherten Anspruchs*)

Das von einem Schuldner in einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde abgegebene abstrakte Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung ist nicht deshalb nach § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar, weil der durch die Grundschuld gesicherte Anspruch des Gläubigers verjährt ist. Die Vorschrift des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auf ein solches Schuldversprechen analog anwendbar.

BGH, Urteil vom 17.11.2009, XI ZR 36/09

Mit ihrer Klage begehren die Kläger, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 12.9.1990 für unzulässig zu erklären, soweit sie aus der persönlichen Haftungsübernahme in ihr gesamtes Vermögen betrieben werden kann. Sie berufen sich darauf, dass ihr Schuldversprechen nebst Unterwerfungserklärung in der Grundschuldbestellungsurkunde unwirksam sei. Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten sei verjährt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Das Berufungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte ungeachtet einer etwaigen Verjährung ihres Darlehensrückzahlungsanspruchs nach § 195 BGB weiter aus dem abstrakten Schuldversprechen in das gesamte Vermögen der Kläger vollstrecken kann. Die Verjährung des Darlehensrückzahlungsanspruchs steht einer Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen der Kläger gemäß § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB analog nicht entgegen, weil dieses danach nicht gemäß § 812 Abs. 2 BGB herausverlangt werden kann.

a) Mit der Frage, ob der Gläubiger aus einem notariellen Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung nach der Wertung des im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung normierten § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auch noch nach Verjährung des zugrundeliegenden Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen den Schuldner vorgehen kann, war der BGH noch nicht befasst (offengelassen im Urteil WM 2007, 588, Tz. 16). In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur wird die Frage nahezu einhellig bejaht (siehe OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2197 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.4.2009, 5 W 2/09, juris, Tz. 6; *Bork* in jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 780 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Habersack*, 5. Aufl., § 780 Rdnr. 44; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 68. Aufl., § 216 Rdnr. 3; *PWW/Kesseler*, BGB, 4. Aufl., § 216 Rdnr. 3; *Staudinger/Marburger*, BGB, 2009, § 780 Rdnr. 17; *Cartano/Edelmann*, WM 2004, 775, 779; *Deter/Burianski/Möllenhoff*, BKR 2008, 281, 285 f.; *Hohmann*, WM 2004, 757, 763 f.; *Kreikenbohm/Niederstetter*, WM 2008, 718, 719 f.; a. A. OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2009, 629, 631; *Grothe*, WuB IV A § 214 BGB 1.06).

Der erkennende Senat hält die herrschende Ansicht für zutreffend.

b) Allerdings kommt eine unmittelbare Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in Betracht (a. A. *Staudinger/Marburger*, BGB, § 780 Rdnr. 17). Zwar handelt es sich bei einem notariell beurkundeten Schuldversprechen gemäß § 780 BGB um ein „Recht“ des Versprechensempfängers i. S. v. § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB. Einer direkten Anwendung der Vorschrift steht aber entgegen, dass der Gesetzgeber (siehe BT-Drucks. 14/6040, S. 122 f.) mit ihr nur dinglich ge-

sicherte Ansprüche erfassen wollte. Folgerichtig handelt es sich bei den in § 216 BGB ausdrücklich geregelten Sicherungsrechten ausschließlich um dingliche Rechte. Der Gesetzgeber hat daher insoweit offenbar den in der Neufassung des Verjährungsrechts weitgehend übernommenen § 223 BGB a. F., der nur für dingliche Sicherheiten galt (BGHZ 138, 49, 55), nicht geändert (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2197 f.).

c) Indessen liegen entgegen der Auffassung der Revision hier die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB vor.

aa) Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (vgl. BGHZ 149, 165, 174) und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (siehe etwa BGH, ZIP 2003, 1204, 1206; vgl. auch BGHZ 105, 140, 143; 110, 183, 192; 120, 239, 252). Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem – dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrundeliegenden – Regelungsplan ergeben (BGHZ 155, 380, 389 f.).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist eine Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB in analoger Form geboten.

(1) Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg, 2009, 629, 631) besteht eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Das abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis wird, wie dargelegt, von den Regeln des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht erfasst. Es gibt auch sonst keine Vorschrift, die sich mit dem Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens als Sicherungsrecht zu der gesicherten Forderung befasst. Dazu bestand vor der Modernisierung des Schuldrechts auch kein Anlass, weil nach altem Recht die Ansprüche aus dem Darlehen und aus dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis der gleichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB a. F.) unterlagen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1.1.2002 hat sich dies grundlegend geändert. Während gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB für den Anspruch aus dem notariellen Schuldversprechen weiterhin die dreißigjährige Verjährung gilt, verjährt die Darlehensrückzahlungsforderung jetzt gemäß § 195 BGB grundsätzlich schon nach drei Jahren.

Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die sich daraus ergebende Diskrepanz dadurch beseitigt werden kann, dass die Regeln des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auf das abstrakte Schuldversprechen als Sicherungsrecht entsprechende Anwendung finden, hat ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Modernisierung des Schuldrechts (vgl. BT-Drucks. 14/6040 und 14/7052) nicht stattgefunden. Es besteht auch sonst kein konkreter Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber mit der Fassung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB eine abschließende und analogiefeindliche Regelung schaffen wollte (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198).

(2) Für eine entsprechende Analogie sprechen auch Normzweck und Interessenlage.

In § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB geht das Gesetz davon aus, dass eine zur Sicherung der persönlichen Forderung geschaffene verdinglichte Rechtsstellung von der Verjährung nicht berührt werden soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 122 f.). Dieser Gedanke gilt nicht nur für die Grundschuld, auf die § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB un-

mittelbar anwendbar ist, sondern ebenso für das eigens zur Sicherung einer Forderung abgegebene abstrakte Schuldversprechen. Mit dem zusätzlichen Anspruch aus einem notariell beurkundeten Schuldversprechen soll durch die Ausweitung des Vollstreckungszugriffs auf das gesamte Vermögen des Darlehensnehmers/Sicherungsgebers die Grundsichsicherheit in Form einer eigenständigen Sicherheit verstärkt werden (vgl. BGH, WM 2007, 588, Tz. 14 m. w. N.). Zudem ist das abstrakte Schuldversprechen, ebenso wie die Grundsichsicherheit, mit der Zweckerklärung zur Grundsichsicherheit verbunden. Die Verknüpfung hat den Sinn, dass die Geltendmachung des abstrakten Schuldversprechens nicht willkürlich, sondern nur unter den Voraussetzungen erfolgen darf, die auch für die Grundsichsicherheit vorgesehen sind. Durch die Verbindung des abstrakten Schuldversprechens mit der Zweckerklärung wird dieses nicht an die Darlehensforderung gebunden, sondern – im Hinblick auf den Sicherungsfall und dessen Eintritt – an die Grundsichsicherheit (*Hohmann*, WM 2004, 757, 763). Dieser Umstand gebietet es, die Grundsichsicherheit und das abstrakte Schuldversprechen verjährungsrechtlich gleich zu behandeln. Nur der dauerhafte Wegfall des berechtigten Sicherungsinteresses des Sicherungsnehmers, der diesen auch zu einer Rückgewähr der Grundsichsicherheit verpflichten würde, darf zu einer Kondiktion gemäß § 812 Abs. 2 BGB auch des abstrakten Schuldversprechens führen (BGHZ 177, 345, Tz. 21 = DNotZ 2009, 103).

Hiergegen spricht – entgegen der Rechtsansicht der Revision – auch nicht, dass nach dem vorliegenden Schuldversprechen die Beklagte berechtigt sein soll, die Kläger für den Grundsichsicherheitsbetrag „unabhängig vom Bestand der Grundsichsicherheit in Anspruch“ zu nehmen. In dieser Formulierung kommt lediglich zum Ausdruck, dass es sich bei dem abstrakten Schuldversprechen um eine von dem Ursprungsschuldverhältnis gelöste selbstständige Verpflichtung handelt, deren Zweck gerade die aufgrund der notariellen Beurkundung gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB gegebene dreißigjährige Verjährungsfrist voraussetzt. Überhaupt wollen die Parteien häufig gerade der Gefahr der kurzen Verjährung mit dem abstrakten Schuldversprechen vorbeugen (RGZ 75, 4, 7). Auch damit wäre es bei wertungsgerechter Betrachtung nicht zu vereinbaren, wenn der Gläubiger wegen Verjährung der zugrundeliegenden Forderung nicht aus dem unverjährten abstrakten Schuldversprechen gegen den Schuldner vorgehen könnte (vgl. *Hohmann*, WM 2004, 757, 763).

(3) Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.1.1998 (BGHZ 138, 49, 53 ff.), nach der § 223 Abs. 1 BGB a. F. ausschließlich für dingliche Sicherheiten und somit nicht für eine Bürgschaft gilt, ergibt sich nichts anderes. Zum einen befasst sich das Urteil lediglich mit § 223 Abs. 1 BGB a. F., der im Wortlaut § 216 Abs. 1 BGB gleicht. Vor allem aber ist für die Bürgschaft ausdrücklich bestimmt, dass der Bürge sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen kann (§ 768 BGB). Der damit zum Ausdruck kommende Grundsatz der Akzessorität der Bürgschaft besteht bei dem im Zusammenhang mit einer Grundsichsicherheit abgegebenen notariell beurkundeten abstrakten Schuldversprechen nicht. Eine Parallele zur Bürgschaft lässt sich daher nicht ziehen (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198). (...)

4. MaBV § 3 Abs. 2; BGB §§ 134, 641, 817 (*Schutz des Erwerbers nach isolierter Kündigung des Bauvertrags*)

Wird bei einem Bauträgervertrag der Bauvertrag vom Erwerber aus wichtigem Grund isoliert gekündigt, besteht der Schutz der MaBV fort, wenn dem Erwerber gegen den Bauträger nach §§ 817, 134 BGB wegen über die nach dem Bautenstand gemäß § 3 Abs. 2 MaBV fälligen Raten hinausgehenden Zahlungen Rückzahlungsansprüche zustehen. In diesem Falle steht dem Anspruch nicht die Fälligkeitsregelung des § 641 BGB entgegen.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.9.2009, 19 U 33/09

Der Kläger macht Rückzahlungsansprüche hinsichtlich von ihm geleisteter Zahlungen auf einen mit dem Beklagten geschlossenen Bau(träger)vertrag geltend.

Der Beklagte, der als Handelsvertreter tätig ist, erwarb 1998 bzw. 2000 den in O1 gelegenen Grundbesitz A-Straße und A. Er entschloss sich im Jahre 2006, im Wege eines Bauträgergeschäftes auf diesen Grundstücken insgesamt zehn Wohnungen sowie zwei Einfamilienhäuser zu errichten. Zu diesem Zweck nahm er mit notariellem Vertrag vom 2.8.2006 eine entsprechende Teilungserklärung mit Baubeschreibung vor. Nachdem der Kläger auf das Projekt durch ein angebrachtes Werbeschild des Beklagten aufmerksam geworden war, trat er mit dem Beklagten in Vertragsverhandlungen. Er erwarb vom Beklagten in der Folgezeit den Miteigentumsanteil an einem unbebauten Grundstück zu einem Preis von 155.000 € sowie das Eigentum an einer unmittelbar angrenzenden Wiesen- bzw. Gartenfläche für 20.000 €. Obwohl in diesem Vertrag erwähnt wird, dass das Haus vom Kläger in Eigenregie errichtet werden sollte, schloss der Kläger mit dem Beklagten wenige Tage später einen Bauvertrag über die Errichtung der sog. Residenz „X“ durch den Beklagten zum Preis von 173.500 €, ergänzt durch Vertrag vom 12.12.2006 über weitere 3.000 €. Der privatschriftlich geschlossene Vertrag sieht unter Ziffer 4 einen auf die Bauvertragssumme berechneten Zahlungsplan gemäß der Makler- und Bauträgerverordnung vor.

Gleichzeitig zu den Vertragsverhandlungen mit dem Kläger bot der Beklagte einem weiteren Interessenten das zweite zum Fluss B hin gelegene freistehende Haus zum Erwerb an, und zwar verbunden mit der Durchführung des Bauvorhabens. Dabei schlug er sowohl dem Kläger als auch dem anderen Interessenten vor, Grundstückskauf und Bauvertrag formal zu trennen, da er zwingend von dem vereinbarten Gesamtpreis vorab einen Betrag i. H. v. rund 300.000 € benötige, um die Grundsichsicherheit des Eigentümers abzulösen. Der Beklagte hatte die Absicht, das gesamte Projekt ohne die Zuhilfenahme von Fremdkapital durchzuführen.

Der Kläger leistete zunächst auf Verlangen des Beklagten Zahlungen i. H. v. 155.000 € und zweimal 20.000 € sowie weitere 32.000,50 €. Nachdem das Bauvorhaben ins Stocken geraten war, leistete der Kläger auf Drängen des Beklagten und der tätigen Bauunternehmer an die Bauunternehmer direkt 35.000 €, 8.000 €, 4.165 € und 3.915 €. Die Gesamtsumme seiner Leistungen auf das Bauvorhaben beträgt 278.130,10 €. Nachdem es in der Folgezeit erneut zu zeitlichen Verzögerungen bei der Durchführung des Projektes gekommen war, ließ der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 20.12.2007 die Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund erklären. Wie er zwischenzeitlich festgestellt hatte, war die Eintragung in die Grundbücher erst am 26.11.2007 erfolgt. Mittlerweile hatte der X-Kreis gegen den Beklagten ein Bauverbot verhängt. Der Beklagte war und ist zudem aus finanziellen Gründen zur Fortführung des Bauvorhabens nicht in der Lage.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Beklagten hat in der Sache nur teilweise Erfolg.

1. Zu Recht und mit zutreffender Begründung ist das LG von einem Bauträgervertrag ausgegangen, auf den die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) Anwendung findet. Das Grundstück, auf das sich die Verpflichtung zur Durchführung eines Bauvorhabens gemäß Bauvertrag vom 29.8.2006

bezieht, stand zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages noch im Eigentum des Beklagten. Der sich daraus ergebende Vermutung des Vorliegens eines Bauträgervertrages (vgl. auch BGHZ 171, 364 ff. m. w. N.) entsprechend ist der Beklagte auch in den Vertragsverhandlungen als Bauträger aufgetreten, was seinen Niederschlag insbesondere darin findet, dass der Beklagte auch im notariellen Kaufvertrag als Bauträger bezeichnet ist. Auch die weiteren Indizien, insbesondere der Umfang des Bauträgerobjektes, bestehend aus zehn Wohnungen und zwei Einfamilienhäusern, spricht deutlich für eine gewerbliche Tätigkeit des Beklagten mit Gewinnerzielungsabsicht. Dies folgt auch aus der sog. 3-Objekt-Grenze, wie sie in der Rechtsprechung des BFH aufgestellt wurde (vgl. BFHE 209, 372). Danach ist die Bebauung eines zuvor verkauften Grundstücks regelmäßig nicht mehr dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen und wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb im Bereich des gewerblichen Grundstückshandels überschritten, wenn vier oder mehr Grundstücke veräußert werden. Entsprechendes gilt für die Bauträgertätigkeit des Beklagten, so dass nach dem Gesamtbild seiner Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung von einer gewerblichen Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht auszugehen ist. Der hiergegen gerichtete Vortrag des Beklagten ist hingegen nicht geeignet, die Indizwirkung der Umstände für eine gewerbliche Betätigung zu entkräften. Allein der Umstand, dass er das von ihm erworbene und lange Zeit brachliegende Grundstück „loswerden“ wollte, spricht nicht bereits gegen eine Gewinnerzielungsabsicht. (...)

2. Nach § 3 Abs. 2 MaBV ist der Beklagte zur Rückzahlung der Kaufpreiszahlungen des Klägers verpflichtet, die nicht dem Bautenstand in Verbindung mit dem in dieser Vorschrift normierten Zahlungsplan entsprechen. Leistet der Erwerber über die nach dem Bautenstand gemäß § 3 Abs. 2 MaBV in Verbindung mit der zwischen den Parteien getroffenen Regelung fälligen Raten hinausgehende Zahlungen, so ist der Bauträger nach §§ 817, 134 BGB zur Rückzahlung des überschüssigen Betrages verpflichtet. Bei der Entgegennahme von Zahlungen, die § 3 Abs. 1, Abs. 2 MaBV widersprechen, verstößt der Bauträger gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB und ist daher einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch aus § 817 Abs. 1 BGB ausgesetzt.

3. Der Bauvertrag war aus wichtigem Grund auch isoliert kündbar (vgl. BGH, NJW 1986, 927), ohne dass der Beklagte dem sich aus §§ 817, 134 BGB in Verbindung mit § 3 Abs. 2 MaBV ergebenden Rückforderungsanspruch des Klägers entgegenhalten könnte, dass dieser nicht vorgetragen habe, welche Leistungen über die nach der Ratenzahlungsregelung der MaBV fälligen Raten hinaus zur weiteren Fertigstellung des Bauvorhabens erbracht worden sind und er deren Wert nicht in seine Berechnungen einbezogen habe. Insoweit verkennt der Beklagte den durch die Regelung des § 3 Abs. 2 MaBV bezweckten Schutz des Erwerbers, nämlich ihn vor Vermögensverlusten zu schützen und sicherzustellen, dass seinen geleisteten Zahlungen ein hinreichend gesicherter Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht. Es ist in Ansehung dieses Schutzes nicht Sache des Klägers, der einen Verstoß des Beklagten gegen § 3 Abs. 2 MaBV gemäß §§ 817, 134 BGB geltend macht, zur Frage eines etwaigen weiteren Baufortschrittes, der noch nicht die Fälligkeit einer weiteren Ratenzahlung ausfüllt, vorzutragen. § 817 BGB begründet eine verschärfte Haftung des Empfängers der zu konditionierenden Leistung, die u. a. die Anwendbarkeit von § 818 Abs. 3 BGB wegen §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ausschließt (vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 818 Rdnr. 27; vgl. auch für den vergleichbaren Ausschluss von § 813 Abs. 2 BGB: BGHZ

171, 364 ff. = DNotZ 2007, 925; LG Leipzig, BauR 2008, 1037). Der Umstand, dass vorliegend der Kläger den Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt hat, begründet keine abweichende Rechtslage.

Diese Kündigung lässt den auf §§ 817, 134 BGB gegründeten Bereicherungsanspruch des Klägers wegen der tatsächlichen Entgegennahme von § 3 Abs. 2 MaBV widersprechenden Zahlungen unberührt. Soweit das OLG Düsseldorf (Urteile vom 14.10.2008, Az. 23 U 5/08 und 23 U 36/08 – juris) die Auffassung vertreten hat, dass in dem Moment, in dem ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien eines Bauträgervertrages begründet wird, was auch im Falle der isolierten Kündigung des Bauvertrages bei einem Bauträgervertrag anzunehmen wäre, der Erwerber nicht mehr des Schutzes der MaBV bedürfe, bezieht sich dies auf den Fall eines nach § 3 MaBV unzulässigen Teilungsplanes, an dessen Stelle die Fälligkeitsregelung des § 641 BGB tritt (vgl. hierzu auch BGHZ 171, 364 ff. = DNotZ 2007, 925). In diesen Fällen bedarf es ggf. des von der MaBV bezweckten Schutzes des Erwerbers nicht mehr, wenn – und nur dann – der Erwerber Zahlungen geleistet hat, die bei wirksamer Vereinbarung eines Zahlungsplanes im Rahmen des § 3 Abs. 1, 2 MaBV nicht zu beanstanden wären (BGHZ 171, 364 ff. = DNotZ 2007, 925). Dies betrifft aber eine andere Fallkonstellation als die vorliegende, in der auf der Grundlage eines wirksam vereinbarten Zahlungsplanes die ersten Raten fällig waren, jedoch der Beklagte durch das Verlangen und die Entgegennahme weiterer Zahlungen gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat und dadurch der Bereicherungsanspruch nach §§ 817, 134 BGB begründet wurde. Da es sich insoweit um eine tatsächliche Überzahlung entgegen § 3 MaBV handelt, bedarf der Erwerber noch des von der MaBV bezweckten Schutzes. In diesem Falle würde es nämlich eine unzulässige Benachteiligung des Erwerbers darstellen, wenn ihm die Darlegungs- und Beweislast für den Wert der weiteren Teilleistungen, die noch nicht zur Fälligkeit der nächsten Rate geführt haben, auferlegt würde.

Er müsste dann den Fortbestand seines bereits vor der Vertragskündigung aus – von dem Beklagten zu vertretenden – wichtigem Grund entstandenen Rückforderungsanspruchs darlegen und ggf. beweisen. Dadurch würde der von § 3 Abs. 2 MaBV bezweckte Schutz des Erwerbers ausgeschaltet (vgl. auch *Kniffka*, NZBau 2000, 552, 553). Auch dann, wenn man von einem durch die Kündigung des Bauvertrages begründeten Abrechnungsverhältnis ausgehen würde, bliebe es mithin Sache des Beklagten, zur Fälligkeit einer weiteren Werklohnforderung vorzutragen, insbesondere diese abzurechnen. Sofern sich hieraus ein weiterer Werklohnanspruch ergeben würde, könnte der Beklagte diesen im Wege der Aufrechnung geltend machen, ohne dass ihm dadurch das Recht abgeschnitten würde, wie er meint, die Fälligkeit der (weiteren) vollen Rate bei Teilleistungen durch Erbringung der restlichen Arbeiten herbeizuführen. Der Anspruch, die erbrachten weiteren Teilleistungen abzurechnen und ggf. im Wege der Aufrechnung geltend zu machen, wird durch den Anspruch des Klägers auf Rückzahlung von Leistungen, die über seine Zahlungsverpflichtungen gemäß dem Zahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV hinausgehen, nicht berührt. Etwas anderes ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der Entscheidung des KG Berlin (BauR 2000, 114), die ebenfalls eine andere rechtliche Ausgangssituation betrifft, nämlich einen Anspruch des Erwerbers aus § 812 BGB, der nicht eine Rückforderung wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV wegen Überzahlung der zulässigerweise festgelegten Raten zum Gegenstand hat.

4. Bei der Berechnung der Überzahlung durch den Kläger sind auch die Beträge zu berücksichtigen, die der Kläger

direkt an die Nachunternehmer des Beklagten, die bauausführenden Firmen, geleistet hat. Auch insoweit folgt der Senat der Auffassung des LG und macht sich dessen Begründung zu Eigen. Der Kläger hat mit der Vorlage des entsprechenden Überweisungsbeleges substantiiert vorgetragen, auch, dass diese Zahlungen im Einvernehmen bzw. auf Bitten des Beklagten erfolgt seien. Demgegenüber ist das Bestreiten der Zahlung durch den Beklagten nicht hinreichend konkret, um beachtlich zu sein. Der Beklagte hat die der Direktzahlung an die bauausführenden Firmen zugrundeliegende Absprache mit dem Kläger nicht bestritten. Er hat auch nicht vorgetragen, dass er selbst die fälligen Zahlungen an die Handwerker geleistet hat, so dass sich bereits aus deren Weiterarbeit indiziell ergibt, dass Zahlungen erfolgt sind, die nur durch den Kläger geleistet worden sein können. Mithin kommt diesen Zahlungen nach § 267 BGB Erfüllungswirkung zu, so dass der Beklagte so zu stellen ist, als wären diese Zahlungen an ihn selbst erfolgt.

5. Hinsichtlich des Wiesengrundstücks vertritt der Senat hingegen die Auffassung, dass dessen Wert (ebenso wie die Kaufpreiszahlung des Klägers hierfür) bei der Berechnung der Überzahlungen nach § 3 Abs. 2 MaBV nicht zu berücksichtigen ist. Auch wenn das zum Fluss B hin gelegene Wiesengrundstück, mit dessen Zukauf der Kläger das Ziel verfolgte, eine Bebauung auf diesem Grundstück durch Dritte zu verhindern und einen unverbaubaren Blick auf den Fluss B zu gewährleisten, in derselben notariellen Urkunde mitverkauft wurde wie das zu bebauende Grundstück, erstreckt sich das Bauvorhaben jedoch auf dieses Wiesengrundstück nicht. Es ist mithin nicht unmittelbarer Bestandteil des Bauträgervertrages. Auch die Baugenehmigung bezieht sich nicht auf das Wiesengrundstück. Die hiergegen von dem Kläger vorgebrachten Argumente, zuletzt mit Schriftsatz vom 6.8.2009, hält der Senat nicht für überzeugend. Soweit er vorträgt, dass das Bauvorhaben ohne das miterworbene Wiesengrundstück nicht denkbar gewesen sei, weil sonst das erworbene freistehende Haus andernfalls über praktisch keinerlei Außenanlagen/Gartenbereich verfügen würde, ist dies schon deshalb keine tragfähige Begründung, weil sich die Baugenehmigung – unter Berücksichtigung der im Bebauungsplan vorgesehenen bebaubaren Flächen – allein auf das Baugrundstück bezieht, so dass die Größe des verbleibenden Gartenanteils des Grundstücks jedenfalls bauordnungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, die ohne das Wiesengrundstück als zu gering erachtete Gartenfläche mithin lediglich eine ästhetische Bewertung des Klägers darstellt. Dass der Zuerwerb des Wiesengrundstücks einen wertbildenden Faktor für das von dem Kläger erworbene Objekt darstellt, steht dem nicht entgegen, auch nicht der behauptete Umstand, dass der Kläger den Grundstückskaufvertrag ohne die Möglichkeit des Erwerbs des Wiesengrundstückes nicht abgeschlossen hätte. Insoweit handelt es sich lediglich um subjektive Beweggründe des Klägers sowie um wirtschaftliche Überlegungen, die für die rechtliche Einordnung des Gegenstandes des Bauträgervertrages ohne Belang sind.

6. Sind mithin die auf das Wiesengrundstück erbrachten Zahlungen (20.000 €) bei der Berechnung der Ratenzahlungsverpflichtung nach § 3 Abs. 2 MaBV und ebenso bei den vom Kläger geleisteten Zahlungen nicht zu berücksichtigen, ergibt sich folgende Berechnung:

Gesamtkaufpreis (155.000 € + 176.500 €)	331.500 €
30 % hieraus nach Beginn der Erdarbeiten	99.450 €
40 % der restlichen Vertragssumme	(232.050 €)
nach Rohbaufertigstellung	92.820 €
8 % aus 232.050 € (Dachflächen; Dachrinnen)	18.564 €

Dies ergibt einen fälligen Ratenzahlungsbetrag nach § 3 MaBV i. H. v. insgesamt 210.834 €.

Hierauf hat der Kläger nach den zutreffenden Feststellungen im landgerichtlichen Urteil (ohne den Kaufpreis für das Wiesengrundstück) geleistet: 258.130,10 €, so dass sich eine Überzahlung ergibt i. H. v. 47.296,10 €, die der Kläger gemäß §§ 817, 134 BGB von dem Beklagten zurückverlangen kann.

5. GBO §§ 29, 47; BGB §§ 709, 714, 899 a; EGBGB Art. 229 § 21 (*Verwendung einer „Altvollmacht“ bei Veräußerung durch GbR*)

- Zur Berücksichtigung geänderten materiellen Rechts in der Rechtsbeschwerdeinstanz.**
- Zum Vollzug eines Grundstücksgeschäfts mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind, nach Inkrafttreten der dafür maßgeblichen Vorschriften des ERVGBG.**
- Es erscheint fraglich, ob bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts Vollmachten, die die Gesellschafter wechselseitig berechtigen, zukünftig noch zur Vertretung der Gesellschaft im Grundbuchverkehr ausreichen. Eine „Altvollmacht“ genügt aber dann, wenn beim Grundstückserwerb durch die Gesellschaft im Jahr 2006 eine Vertretung durch den anderen Gesellschafter aufgrund derselben Vollmacht stattfand.**

OLG München, Beschluss vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Als Eigentümer zweier Grundstücke sind nach Auflassung vom 7.9.2006 seit 23.1.2007 die Beteiligten zu 3 und 4 „als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ eingetragen. Beim Erwerb handelte der Beteiligte zu 4 zugleich für den Beteiligten zu 3 aufgrund einer Vollmacht vom 22.8.2000, die die Beteiligten zu 3 und 4 wechselseitig zu Grundstücksgeschäften aller Art berechtigte. Mit notariellem Vertrag vom 24.3.2009 wurde der Grundbesitz an die Beteiligte zu 1 veräußert. Seitens des Verkäufers handelte nun der Beteiligte zu 3 im eigenen Namen und zugleich als Bevollmächtigter für den Beteiligten zu 4 aufgrund derselben Vollmacht. Die Beteiligten bewilligten und die Beteiligte zu 1 als Käuferin beantragte die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung. Mit Schreiben vom 31.3.2009 hat der Notar für die Antragstellerin die Eintragung der Eigentumsvormerkung beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 6.5.2009 den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde, der nicht abgeholfen wurde, hat das LG mit Beschluss vom 26.5.2009 zurückgewiesen. Gegen den Beschluss des LG richtet sich die weitere Beschwerde des Notars, die dieser für die Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 2 (Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GbR) eingelegt hat.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. e) Wie schon das Grundbuchamt legt auch der Senat zunächst die notarielle Urkunde vom 24.3.2009 ergänzend dahin aus, dass die Eigentumsvormerkung an den beiden Grundstücken nicht von den beiden Gesellschaftern, sondern von der insoweit rechtsfähigen Gesellschaft selbst bewilligt werden soll (§ 885 Abs. 1 BGB; § 19 GBO).

Bewilligen kann nur, wessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Dies ist hier die GbR als Eigentümerin; deren

Gesellschafter besitzen hingegen nur Anteile am Gesellschaftsvermögen, aber kein irgendwie geartetes Eigentum an den Grundstücken selbst. Mit Blick auf die bisher bestandene Rechtsunsicherheit lässt sich der Urkunde entnehmen, dass seitens des Verkäufers der wahre Rechtsträger die maßgeblichen Erklärungen abgeben wollte und abgegeben hat. Dafür spricht, dass die Urkunde ausführliche Belehrungen zur Frage eines rechtssicheren Erwerbs vom Verkäufer und zudem eine eidesstattliche Versicherung des Beteiligten zu 3 enthält, nach der die eingetragenen Personen die alleinigen Gesellschafter der GbR seien. In Beurkundungen vor dem Inkrafttreten der nachstehenden gesetzlichen Vorschriften wird dies häufig den Schluss rechtfertigen, dass die Erklärung von dem wahren, nämlich im Grundbuch verlaublichen Rechtsträger abgegeben worden ist (vgl. BGH, NJW 2009, 594 bei Rdnr. 17).

f) Einer vertieften Betrachtung, ob und wie die GbR in ihrer Existenz und in ihrem Mitgliederbestand ohne Gesetzesänderung verfahrenstechnisch korrekt nachzuweisen wäre, bedarf es nicht, weil der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (im Folgenden ERVGBG) vom 11.8.2009 (BGBl I, S. 2713) den veränderten Gegebenheiten, die die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR und zu ihrer Eintragung im Grundbuch mit sich brachte, Rechnung getragen hat. Die hier maßgeblichen Vorschriften sind nach Art. 5 Abs. 2 ERVGBG seit 18.8.2009 in Kraft und bestimmen Folgendes:

(1) Ist eine GbR im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind; bezüglich der Eintragung der Gesellschafter werden die §§ 892 bis 899 BGB für entsprechend anwendbar erklärt (Art. 4 Abs. 10 Nr. 2 ERVGBG = § 899 a BGB). Nach der Übergangsvorschrift in Art. 4 Abs. 9 Nr. 1 ERVGBG = Art. 299 § 21 EGBGB gilt die vorerwähnte Bestimmung auch dann, wenn die Eintragung vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes erfolgt ist. Die gesetzlich angeordnete Rückwirkung kommt einer GbR auch im laufenden Grundbuchverfahren zugute (siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17.6.2009, Drucks. 16/13437, S. 30). Aus § 47 Abs. 2 GBO und § 15 Abs. 1 lit. c) GBV jeweils in der Fassung von Art. 1 Nr. 10 und Art. 2 Nr. 1 ERVGBG folgt, dass – gemäß der Rechtsprechung des BGH – die GbR nun selbst in das Grundbuch einzutragen ist, daneben aber auch die Gesellschafter und die für den Berechtigten geltenden Vorschriften entsprechend für die Gesellschafter gelten.

(2) Das bedeutet hier, dass die in Art. 229 EGBGB als § 21 eingefügte Übergangsvorschrift auch die vorliegende Eintragung „als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ erfasst (Beschlussempfehlung, S. 26 rechte Spalte unten). Die Eintragung weist die GbR als Eigentümerin aus und nicht die Gesellschafter; das folgt aus der Rechtsprechung des BGH (etwa NJW 2006, 3716). Über die auch für das Grundbuchamt geltende Vermutensregel des § 899 a BGB ist davon auszugehen, dass sowohl die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft als auch für sie die dort ausgewiesenen Gesellschafter in Ansehung des eingetragenen Eigentums berechtigt und verfügungsbefugt sind. Denn die Eintragung der Gesellschafter ist nach dem Willen des Gesetzgebers eindeutig wieder Inhalt des Grundbuchs und ermöglicht es, an die Eintragung wieder eine materiellrechtliche Vermutung bezogen auf die

Gesellschafterstellung und die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB zu knüpfen (Beschlussempfehlung, S. 27).

g) Damit stehen eventuelle Zweifel an der Existenz der GbR und an deren Gesellschafterbestand der beantragten Eintragung nicht (mehr) entgegen. Wirken alle Gesellschafter entsprechend ihrer organschaftlichen Stellung (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB) am Grundstücksgeschäft mit, ist der Nachweis einer wirksamen Vertretung der GbR überdies durch die Vermutung der §§ 899 a, 892 BGB abgedeckt. Handeln hingegen nur einzelne Gesellschafter in (rechtsgeschäftlicher) Vertretung der GbR, ist die Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt – wie bisher – in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zusätzlich nachzuweisen. Dieser Nachweis ist hier erbracht.

(1) Es kann dahinstehen, ob der Gesellschaftsvertrag der GbR als Grundlage des Vertretungsnachweises herangezogen werden kann (vgl. *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1455; zweifelnd *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189). Denn ein solcher, aus dem sich eine von der gesetzlichen Regelung abweichende vertragliche ergibt, liegt nicht vor.

(2) Es erscheint fraglich, ob „alte“ Vollmachten wie die vom 22.8.2000 zukünftig noch ausreichen (siehe *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 181). Die gegenständliche Urkunde bevollmächtigt ihrem Wortlaut nach den Beteiligten zu 3 nämlich lediglich dazu, den Beteiligten zu 4 zu vertreten, und zwar bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften aller Art über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Rechte an Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten. Verfügender ist hier aber nicht der Beteiligte zu 4, sondern die Beteiligte zu 2. Infolge der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR wird diese und nicht ihr weiterer Gesellschafter bei der Abgabe der Willenserklärung vertreten. Die Vertretung steht im Zweifel den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB). Eine etwaige Auslegung dahingehend, dass der jeweilige Bevollmächtigte auch zur Vertretung bei Erklärungen für die GbR befugt wäre, dürfte dann in Frage kommen, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Vollmachtenbeurkundung und Abschluss des Gesellschaftsvertrags (siehe *Tebben*, NZG 2009, 288, 292; *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1455) besteht. Daran fehlt es hier, weil bei Erteilung der Vollmacht die Gesellschaft möglicherweise noch gar nicht bestanden hat.

(3) Die verwendete Vollmacht ist hier jedoch deswegen ausreichend, weil sie bereits bei der Auflassung der Grundstücke an die Gesellschaft im September 2006 verwendet wurde. Ungeachtet der damals noch nicht entschiedenen Streitfrage, ob die Gesellschaft selbst im Grundbuch eingetragen werden kann (vgl. BGH, NJW 2006, 3716), zeichnete es sich nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 146, 341; NJW 2006, 2191) damals schon ab, dass das Eigentum an einem dem Gesellschaftsvermögen zugeordneten Grundbesitz materiellrechtlich nicht den Gesellschaftern, sondern der GbR zusteht. Der jetzt durch den Beteiligten zu 3 vertretene Beteiligte zu 4 hat damals seinerseits beim Erwerb durch die GbR den Beteiligten zu 3 vertreten. Diese sich aus den Grundakten ergebende und daher im Rahmen der Rechtsbeschwerde berücksichtigungsfähige Tatsache (vgl. *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 78 Rdnr. 11) rechtfertigt die Auslegung, dass die Vollmacht ungeachtet der grundbuchrechtlichen Besonderheiten auch die Vertretung der durch die Beteiligten zu 3 und 4 gebildeten Gesellschaft umfasst.

Anmerkung:

Zum zweiten Mal¹ nach Inkrafttreten des ERVGBG² hatte sich das OLG München mit der Behandlung einer GbR im Grundbuchverfahren zu befassen.

1. Das OLG München trifft in der Entscheidung vom 26.8.2009 drei für die künftige Praxis wichtige Feststellungen und löst dabei pragmatisch offene Zweifelsfragen. Das OLG München verdient daher nur Zustimmung.

a) Die erste Feststellung betrifft die Auslegung alter Eintragungsbewilligungen. Das OLG München versteht die Bewilligung durch Gesellschafter einer GbR in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Bewilligung der Gesellschaft selbst. Es sei anzunehmen, dass die Beteiligten für den wahren Rechtsträger handeln wollten. Diese Auslegung wird nicht nur bei Bewilligungen, sondern auch bei materiellrechtlichen Erklärungen zutreffen. Der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR nicht Rechnung tragende Urkunden sind daher nicht falsch, sondern nur ungenau. Dem Grundbuchvollzug (und einem Rechtserwerb) stehen sie nicht entgegen.

b) Die zweite Feststellung betrifft das Verständnis alter Grundbucheintragungen. Auch bei der früher üblichen Eintragung „A und B als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ gelten nach Auffassung des OLG München die durch das ERVGBG geschaffenen § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO sowie § 899 a BGB. Die materiell- und verfahrensrechtlichen „Hilfestellungen“ des Gesetzgebers greifen also. Weder eine erst nach dem Inkrafttreten des ERVGBG erfolgte, neue Eintragung noch gar eine Grundbuchberichtigung in „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A und B“ sind für die Anwendung der neuen Vorschriften erforderlich.³

c) Die dritte Feststellung betrifft das Verständnis von sog. „Altvollmachten“. Es handelt sich hier um Fälle, in denen die Gesellschafter selbst sich gegenseitig Vollmacht zur Vertretung „in Grundbucheintragungen“ erteilt haben, ohne gleichzeitig auch ausdrücklich die Vertretung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts, an denen sie beteiligt sind oder sein werden, mit zu regeln. Hier genügt dem OLG München – völlig zu Recht – schon ein kleiner Anhaltspunkt (sei es Vollmachtserteilung im zeitlichen Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag, sei es, dass mit der Vollmacht bereits Grundbesitz für das Vermögen der GbR erworben wurde), um zum Ergebnis zu kommen, dass auch die Vertretung der GbR vom Umfang der Vollmacht umfasst sein sollte. Dieses weite Verständnis von Altvollmachten ist zu begrüßen, da es der Rechtsunsicherheit bei Grundstücksgeschäften mit Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwischen Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit⁴ und der Grundbuchfähigkeit der GbR⁵ durch den BGH angemessen Rechnung trägt. Folge dieser Auffassung ist, dass es weder einer Bestätigung von geschlossenen, aber noch nicht vollzogenen noch gar einer Bestätigung von bereits endgültig vollzogenen Rechtsgeschäften bedarf. Dieser Beitrag des OLG München zu Rechtsfrieden und Rechtssicherheit ist nicht hoch genug zu schätzen.

¹ Erste Entscheidung: OLG München, MittBayNot 2009, 466 = DNotZ 2009, 680.

² Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 11.8.2009, BGBI I, S. 2713.

³ Und auf letztere Eintragung besteht mangels Erforderlichkeit wohl auch kein Anspruch, wenn die Gesellschafter richtig wiedergegeben sind. Vgl. zu „Alteintragungen“ Art. 229 § 21 EGBGB; OLG München, MittBayNot 2009, 466, 467; Lautner, DNotZ 2009, 650, 675.

⁴ BGHZ 146, 341.

⁵ MittBayNot 2009, 225.

Das OLG München lässt in seinem dritten Leitsatz aber auch erkennen, dass es die künftige Verwendung von „Altvollmachten“ kritisch beurteilen dürfte. Soweit solche Vollmachten noch in Umlauf sind und verwendet werden sollen, ist daher eine Neuerteilung der Vollmacht durch die GbR unter Beachtung der geänderten Rechtslage zu empfehlen.

2. Eine Vollmacht kann jedem Gesellschafter erteilt werden, auch wenn alle Gesellschafter auch im Übrigen geschäftsführungs- und organschaftlich vertretungsbefugt sind.

a) Es besteht bei der GbR keine dem § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB vergleichbare Regelung, die bei Gesamtvertretung eine „Ermächtigung“ für den Einzelfall vorsieht.⁶ Es gibt auch im Übrigen keinen Grund, eine Vollmacht für einen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter für unzulässig zu halten; die Unzulässigkeit der Vollmachtserteilung, nicht aber ihre Zulässigkeit, wäre begründungsbedürftig. Der BGH hat daher auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und mithin der Organqualität der Vertretung durch geschäftsführende Gesellschafter die Möglichkeit einer Vollmachtserteilung an solche mehrfach ausdrücklich bejaht.⁷ Auch in der Kommentarliteratur wird die Erteilung von Vollmachten an Gesellschafter unabhängig von ihrer Geschäftsführungsbefugnis für zulässig gehalten.⁸ Das OLG München problematisiert diese Frage daher nicht, sondern hält (unter Annahme eines Falls der gesetzlichen Gesamtvertretung nach §§ 709, 714 BGB) die Vollmacht an einen Gesellschafter für zulässig. Auch in der Literatur zur Grundbuchfähigkeit der GbR wird die Zulässigkeit einer solchen Vollmacht – soweit ersichtlich – jeweils vorausgesetzt.⁹

b) Wer dies anders sieht, wird die Vollmacht für einen Gesellschafter als Ermächtigung i. S. v. § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB analog verstehen. Auch dann wird man in der Behandlung des konkreten Falls zu den gleichen Ergebnissen kommen,¹⁰ insbesondere weil auch auf eine solche Ermächtigung §§ 167, 170 ff. BGB anwendbar sind.¹¹

c) Wollen die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einen von ihnen ermächtigen, die Gesellschaft allein zu vertreten, ist daher entsprechend der bisher geübten Praxis eine Vollmacht zu erteilen, nur eben durch die Gesellschaft selbst. Der Umfang dieser Vollmacht muss sich dann zusätzlich auf eine Vertretung der Gesellschafter erstrecken, wenn man die von mir bereits an anderer Stelle vorgeschlagene¹² Mitverpflichtung der Gesellschafter ermöglichen will.

d) Wie ebenfalls an anderer Stelle bereits erörtert,¹³ halte ich die Kombination von §§ 172 f. BGB und § 899 a BGB für möglich. Haben also alle im Grundbuch eingetragenen

⁶ Und aus der man schließen kann, dass eine Vollmacht gerade nicht zulässig sein soll. § 78 Abs. 4 AktG gilt – anders als bei der GmbH – ebenfalls nicht.

⁷ BGH, DNotZ 2005, 710; ZIP 2007, 169.

⁸ MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 714 Rdnr. 22; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., § 714 Rdnr. 2.

⁹ Steffek, ZIP 2009, 1445, 1452, 1455; Schubert, ZNotP 2009, 178, 182; Krauß, notar 2009, 429, 438; Tebben, NZG 2009, 288. Im Ergebnis ebenso wohl Lautner, DNotZ 2009, 650, 659, der von „Ermächtigung von gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern zum Alleinhandeln oder Vollmachten der anderen Gesellschafter“ spricht, also wohl beide Wege zu einer Einzelvertretungsbefugnis für gangbar erachtet.

¹⁰ Ebenso für GmbH-Geschäftsführer Baumbauch/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 35 Rdnr. 20.

¹¹ Baumbach/Hopt, HGB, 25. Aufl., § 125 Rdnr. 17.

¹² Zuletzt MittBayNot 2009, 421, 423 f.; ebenso Krauß, notar 2009, 429, 436.

¹³ Siehe MittBayNot 2009, 421, 423 f.

Gesellschafter namens der Gesellschaft Vollmacht erteilt und legt der Handelnde die Vollmachtsurkunde vor, wirken Verpflichtung¹⁴ gegenüber einem und Verfügung an einen gutgläubigen Dritten gegen die Gesellschaft.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

14 Zum Umfang von § 899 a BGB bei schuldrechtlichen Geschäften siehe MittBayNot 2009, 421, 423 f.

6. BGB §§ 167, 308 Nr. 4; GBO §§ 13, 19 (*Grundbuchvollzug bei im Innenverhältnis beschränkter Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung*)

Zur Wirksamkeit einer im Außenverhältnis unbeschränkt erteilten Vollmacht für den Vollzug eines Antrags auf Abänderung der Teilungserklärung im Grundbuch.

OLG München, Beschluss vom 17.2.2009, 34 Wx 91/08; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit Erklärung vom 4.7.2002 wurde das Eigentum an dem gegenständlichen Grundstück nach § 8 WEG in Miteigentumsanteile aufgeteilt und die Teilung am 18.7.2002 im Grundbuch vollzogen.

In der Teilungserklärung heißt es unter § 6 („Bauliche Veränderungen; Vollmachten“):

„Der Eigentümer wird die gebildeten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten veräußern, er behält sich jedoch das Recht vor, bauliche Veränderungen vorzunehmen und dabei in das Sonder- und Gemeinschaftseigentum einzugreifen. Er ist auch berechtigt, dieses Recht an Dritte zu veräußern und auf sie zu übertragen.

Insbesondere wird der Eigentümer die unausgebauten Speicherräume im Dachgeschoss ... ausbauen, ...

Der Eigentümer behält sich zudem allgemein das Recht vor, nebeneinander- oder übereinanderliegende Wohnungen miteinander zu verbinden und – wie vorstehend beschrieben – Durchbrüche durch im Gemeinschaftseigentum stehende Zwischenmauern oder Decken herzustellen.

Der Eigentümer wird ferner neue Sondernutzungsrechte begründen und Wohnungs- bzw. Teileigentum zur ausschließlichen Nutzung zuweisen, sofern Sondernutzungsrechte anderer Wohnungen hierdurch nicht berührt werden.

Die Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum werden deshalb in den Erwerbsurkunden dem Eigentümer (= Verkäufer) umfassende Vollmacht erteilen, um die vorgenannten Maßnahmen durchzuführen und die entsprechenden Anpassungen der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung auch namens der Käufer vornehmen zu können.

Jeder Käufer wird den Eigentümer (= Verkäufer) sowie dessen Bevollmächtigten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und mit Wirkung über seinen Tod hinaus sowie mit dem Recht, diese Vollmachten zu übertragen bzw. Untervollmacht zu erteilen, zu folgenden Maßnahmen unwiderruflich bevollmächtigen:

- Die beabsichtigten Um- und Ausbaumaßnahmen vorzunehmen und das Dachgeschoss auszubauen ...
- Änderungen der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung und der Teilungspläne vorzunehmen ...
- die den Sondereigentumseinheiten zugeordneten Sondernutzungsrechte an Kellern und Abstellflächen neu zuzuordnen, neu zu begründen oder aufzuheben, soweit Sondernutzungsrechte, die den vom Käufer erworbenen Einheiten zugewiesen sind, nicht berührt werden;
- ... Hinsichtlich der vorzunehmenden Umbau- und Ausbaumaßnahmen gilt Folgendes: ...“

In der Folgezeit verkaufte und übereignete die Beteiligte zu 1 Miteigentumsanteile. In den notariellen Kaufvertragsurkunden wurde auf

die oben genannte Urkunde Bezug genommen. Unter § 15 („Änderung der Teilungserklärung; Vollmacht“) ist jeweils vereinbart:

„1. Der Käufer ist mit Änderungen und Ergänzungen der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung unter der Voraussetzung einverstanden, dass ihm hierdurch keine zusätzlichen Belastungen entstehen und sein Sondereigentum sowie die ihm zur Sondernutzung zugewiesenen Gegenstände durch die Änderung nicht berührt werden.

Zulässig ist insbesondere auch, neben- und übereinanderliegende Einheiten zusammenzulegen oder zu teilen und die hierzu erforderlichen Mauer- und Deckendurchbrüche vorzunehmen, auch soweit das Gemeinschaftseigentum betroffen ist.

Darüber hinaus behält sich der Verkäufer das Recht zum Dachgeschossausbau entsprechend den in der Teilungserklärung vom 4.7.2002 ... getroffenen Feststellungen vor; auch insoweit wird auf die genannte Urkunde Bezug genommen.

Der Verkäufer ist berechtigt, dieses Recht an Dritte zu veräußern und an diese zu übertragen.

Der Verkäufer ist im Zuge des Dachgeschossausbaus befugt, das Dachgeschoss des Hauses ... aus(zu)bauen bzw. soweit baurechtlich zulässig, das Gebäude auf(zu)stocken, die dazu erforderlichen Eingriffe in das Gemeinschaftseigentum vor(zu)nehmen, insbesondere Verlängerung der Treppenhäuser und des Lifts, Weiterführung aller Versorgungsleitungen; der Eigentümer muss hierzu unter Umständen auch in die unter dem neu auszubauenden Dachgeschoss befindlichen Wohnungen (Sondereigentum) Eingriffe vornehmen, wie Verlängerung der Leitungen zur Versorgung mit Strom, Wasser und Heizung sowie Abwasserleitungen.

Der Verkäufer wird ferner neue Sondernutzungsrechte begründen und Wohnungs- bzw. Teileigentum zur ausschließlichen Nutzung zuweisen, sofern Sondernutzungsrechte anderer Wohnungen hierdurch nicht berührt werden.

Der Verkäufer ist insbesondere auch berechtigt, im Zuge des Dachgeschossausbaus ...

2. Der Käufer erteilt dem Verkäufer bzw. dessen Bevollmächtigten, befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB und mit Wirkung über seinen Tod hinaus,

V o l l m a c h t

zur Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung.

Diese Vollmacht ist im Außenverhältnis unbeschränkt; im Innenverhältnis ist der Verkäufer verpflichtet, die Beschränkungen, wie vorstehend festgelegt, zu beachten.

Die Vollmacht kann nur vor dem amtierenden Notar, dessen amtlich bestellten Vertreter oder Amtsnachfolger verwendet werden.

Die Vollmacht erlischt, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum in der Wohnanlage ist.

Der Käufer verpflichtet sich, etwaigen Rechtsnachfolgern die sich aus den getroffenen Vereinbarungen ergebenden Verpflichtungen mit Weitergabeverpflichtung aufzuerlegen.“

Mit Schreiben vom 8.8.2005 an das Grundbuchamt wandten sich drei Miteigentümer in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbeiräte gegen die beabsichtigte Begründung von Sondernutzungsrechten an Gartenanteilen. Sie erklärten „höchst vorsorglich“ den Widerruf der „eventuell wirksam erteilten Vollmacht“. Der Widerruf erfolge aus wichtigem Grund. In den jeweiligen Kaufverträgen sei die Bauträgervollmacht eingeschränkt für Dachausbaumaßnahmen erteilt worden. Sondernutzungsrechte am gemeinschaftlichen Grundstück dürften damit nicht begründet werden, weil die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts die anderen Miteigentümer vom Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausschließe.

Mit Urkunde vom 11.8.2006 (4. Nachtrag zur Teilungserklärung) wurden zusätzliche Sondernutzungsrechte an Gartenanteilen – bislang im Gemeinschaftseigentum – für die Wohnungen im Erdgeschoss begründet und den jeweiligen Eigentümern dieser Wohnungen zugewiesen. Auf den Eintragungsantrag des Notars hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung unter Fristsetzung u. a. beanstandet, dass, soweit neue Sondernutzungsrechte an Gartenflächen zugewie-

sen würden, die in Bezug genommenen Vollmachten in den Kaufverträgen nicht ausreichend seien. Die gegen diesen Punkt der Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom beurkundenden Notar eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist, ohne Hinzuziehung eines Rechtsanwalts (vgl. § 78, 80 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 15 GBO), zulässig. Der den Eintragungsantrag stellende Urkundsnotar konnte wirksam jedenfalls im Namen derjenigen Beteiligten Rechtsmittel einlegen, die keinen Widerruf der ursprünglich erteilten Vollmacht erklärt hatten (vgl. BayObLGZ 1967, 409; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

1. Das LG hat ausgeführt: (...)

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand (§ 78 Satz 2 GBO, § 546 ZPO). Das Grundbuchamt und diesem folgend das LG in der angegriffenen Beschwerdeentscheidung haben zu Unrecht die fehlenden Vollmachten des Bauträgers zur Zuweisung neuer Sondernutzungsrechte an Gartenflächen beanstandet.

a) Vollmachten (§ 167 BGB) zur Abgabe von Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträgen hat das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen, da es um die Wirksamkeit von Verfahrenshandlungen geht (§§ 13, 19 GBO; BayObLGZ 2002, 296, 298 = DNotZ 2003, 51; *Demharter*, GBO, § 78 Rdnr. 15 m. w. N.). Desgleichen hat der Senat die Rechtsfrage zu beurteilen, ob die Vollmachten dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BayObLGZ 2002, 296, 298 = DNotZ 2003, 51; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 und 29).

Die jeweils erteilte Vollmacht ist nach ihrer nächstliegenden Auslegung im Außenverhältnis unbeschränkt. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Urkundentext und aus der dort vorgenommenen Gegenüberstellung zum Innenverhältnis, für das einengende Absprachen getroffen sind.

Die Vollmacht ist auch nicht offensichtlich nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam. Ob diese Vorschriften auf Grundbuchvollmachten überhaupt anzuwenden sind, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Angesichts der Bindungen im Innenverhältnis liegt trotz der Unbeschränktheit im Außenverhältnis bei der konkret vorliegenden Vertragsgestaltung jedenfalls kein offensichtlicher Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB vor. Insbesondere dürfen im Innenverhältnis das Sondereigentum und die dem Käufer zur Sondernutzung zugewiesenen Gegenstände durch die Änderung nicht berührt werden. Insoweit ist die Klausel einschränkender als die, welche der Entscheidung des BayObLG vom 12.9.2002 (BayObLGZ 2002, 296 = DNotZ 2003, 51) zugrundelag. Dort durfte das Sondereigentum bei „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ nicht beeinträchtigt werden. Die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts beschränkt sich auf offensichtliche Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB (BayObLGZ 2002, 296 = DNotZ 2003, 51; OLG-Report 2003, 149; 2003, 151; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 43), weil eine umfassende Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen die Prüfungsmöglichkeiten des Grundbuchamts, wie sie von der Grundbuchordnung vorgegeben sind, übersteigen würden (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 41, 42; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 211 ff., 217). Nur Wertungen, die im Einzelfall ohne

weitere Ermittlungen und ohne nähere Kenntnis weiterer Umstände lediglich aus den vorgelegten Eintragungsunterlagen ohne Zweifel beurteilt werden können, berechtigen das Grundbuchamt zur Prüfung und Beanstandung (vgl. BayObLG, OLG-Report 2003, 149).

b) Das LG geht mit der Rechtsprechung des damals für Grundbuchsachen zuständigen 32. Zivilsenats (OLG München, DNotZ 2007, 41) davon aus, dass eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht den Bevollmächtigten nicht zur Abgabe von Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt berechtigt, die ihm durch eine interne Abrede mit dem Vollmachtgeber in derselben Urkunde untersagt sind, wenn evident ist, dass dem Vollmachtgeber durch die Erklärung ein Vermögensschaden entsteht. Evident muss nach dieser Entscheidung auch die Überschreitung der intern vereinbarten Beschränkungen sein. Ob dem der nun für Grundbuchsachen zuständige 34. Senat im dort gegebenen Fall gefolgt wäre (ablehnend *Munzig*, DNotZ 2007, 43; *Holzer*, NotBZ 2007, 29; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 76), kann auf sich beruhen. Dort durften im Innenverhältnis die Vollmachten nur zu solchen Änderungen verwendet werden, durch die die Rechte der Käufer bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht geschmälert wurden. Hier erklärt sich der Käufer hingegen mit Änderungen der Teilungserklärung unter der Voraussetzung einverstanden, dass ihm hierdurch keine zusätzlichen Belastungen entstehen und das Sondereigentum sowie die ihm zugewiesenen Sondernutzungsrechte nicht berührt werden. Das Sondereigentum wird durch die beabsichtigte Änderung nicht berührt. Was unter „zusätzlichen Belastungen“ zu verstehen ist, erschließt sich zwar nicht auf den ersten Blick. Falls damit aber rechtliche wie wirtschaftliche Nachteile jeglicher Art gemeint sein sollten, ist nicht ersichtlich, weshalb, ohne Zusätze wie „insbesondere“ oder „besonders“, noch ausdrücklich festgehalten ist, dass das Sondereigentum nicht berührt werden darf.

Ob die vom LG gefundene Auslegung zutrifft, erscheint zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Denn nur Wertungen, die im Einzelfall ohne weitere Ermittlungen und ohne nähere Kenntnis weiterer Umstände lediglich aus den vorgelegten Eintragungsunterlagen ohne Zweifel getroffen werden können, berechtigen das Grundbuchamt zur Prüfung und Beanstandung. Davon kann hier keine Rede sein. Die Frage, ob unter „Belastungen“ etwa auch die Auferlegung zusätzlicher Pflichten zu verstehen ist, wie sie durch eine Änderung der Kostenverteilung ausgelöst werden können, erfordert eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, zu der das Grundbuchamt wegen der Beschränkung auf den Urkundenbeweis im Eintragungsantragsverfahren grundsätzlich nicht in der Lage ist.

c) Ob die Vollmacht wirksam auch gegenüber dem Grundbuchamt widerrufen werden konnte, braucht nicht entschieden zu werden. Auch bei Unwiderruflichkeit bleibt zwar der Widerruf aus wichtigem Grund möglich. Ergibt sich jedoch aus dem Grundgeschäft die Unwiderruflichkeit, hat das Grundbuchamt einen Widerruf unberücksichtigt zu lassen, es sei denn, ein wichtiger Grund für den Widerruf ist zu seiner Überzeugung dargetan (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 83), zumindest sein Vorliegen wahrscheinlich (OLG Stuttgart, MittBayNot 1997, 370).

Die Vollmacht ist nicht ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet. Es handelt sich nicht um eine isolierte Vollmacht. Sie soll ersichtlich dem Vorteil des Vollmachtnehmers dienen. Die Möglichkeit der Schaffung neuen zusätzlichen Wohnungseigentums gehört zur sinnvollen und von vornherein beabsichtigten Verwertung des Grundstücks. Damit ist die

Vollmacht auch ohne ausdrückliche Erklärung unwiderruflich (vgl. BGH, WM 1985, 646; BayObLG, NJW-RR 1996, 848; BayObLGZ 2001, 279 = DNotZ 2002, 149).

Anhaltspunkte für das Bestehen eines wichtigen Grundes liegen nicht vor. Ein wichtiger Grund kann zwar auch in einem der Beschränkung im Innenverhältnis widersprechenden Gebrauch der Vollmacht liegen. Der maßgeblichen Bestimmung im jeweiligen Kaufvertrag ist aber eine Beschränkung dahingehend, dass nicht in das Gemeinschaftseigentum eingegriffen werden darf, nicht zu entnehmen (siehe oben zu b). Die hierbei mit heranzuziehende Regelung in § 6 der Teilungserklärung geht gerade von Eingriffen in das Gemeinschaftseigentum aus, die ohne Ausschluss der Miteigentümer vom (weiteren) Gebrauch nicht denkbar sind.

d) Die Vollmacht ist zeitlich befristet, sie erlischt nämlich dann, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum in der Wohnanlage ist. Ob sie noch gilt, wird das Grundbuchamt anhand der einzelnen Grundakten abschließend zu klären haben.

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Mitt-BayNot 2010, 132 (in diesem Heft) –

1. Der Beschluss des OLG München stellt klar, dass eine dem Bauträger in einem Bauträgervertrag erteilte Vollmacht auch dann unwiderruflich ist, wenn sich die Unwiderruflichkeit nicht unmittelbar aus dem Text der Urkunde ergibt.

2. Die Entscheidung bestätigt vor allem, dass das Grundbuchamt eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung bis zur Grenze des evidenten Vollmachtsmissbrauchs als hinreichende Grundlage für Eintragungsbewilligungen und -anträge anzuerkennen hat. Von einem Missbrauch der Vollmacht dürfe das Grundbuchamt nur ausgehen, wenn dies im Einzelfall ohne weitere Ermittlungen und ohne nähere Kenntnis weiterer Umstände aus den vorgelegten Eintragungsunterlagen erkennbar ist. Damit distanziert sich das Gericht deutlich von der Entscheidung des früher für Grundbuchsachen zuständigen Senats vom 13.6.2006.¹ Ein „evidenter Vollmachtsmissbrauch“, der zur Beanstandung von Eintragungsbewilligungen berechtigt, dürfte danach kaum vorkommen können. Selbst eine Änderung der Teilungserklärung, die wirtschaftlich eindeutig zulasten eines Erwerbers geht, kann durch seine Vollmacht gedeckt sein, wenn er, für das Grundbuchamt nicht nachprüfbar, zugestimmt hat.

Geklärt wird mit der Entscheidung des OLG München freilich nur die Ebene des Grundbuchrechts. Dort spielen, wie das Gericht zu Recht betont, die §§ 305 ff. BGB grundsätzlich keine Rolle. Wie solche Vollmachten auf der Ebene des Vertragsverhältnisses zwischen Erwerber und Bauträger zu bewerten sind, bleibt offen. Diese (zweite) Ebene ist Gegenstand des Urteils des LG Nürnberg-Fürth.

3. Das LG erkennt – mit einer m. E. durchaus plausiblen Begründung – einen Verstoß der vertraglichen Regelungen gegen §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB. Verfehlt erscheint jedoch, hieraus die Unwirksamkeit der von Erwerbern erteilten Vollmachten abzuleiten.

Vollmachten sind abstrakt. Grundsätzlich schlägt im Interesse des Verkehrsschutzes die Unwirksamkeit des Grundverhältnisses nicht auf die Vollmacht durch. Nur ausnahmsweise erstreckt sich die Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf die

hierzu erteilte rechtsgeschäftliche Vollmacht;² entsprechende Gründe sind in den Fällen, die hier in Rede stehen, nicht erkennbar. Nachdem in diesen Fällen die Vollmachtserteilung notariell beurkundet ist, müsste zumindest der Gutgläubensschutz nach §§ 171, 172 BGB zum Tragen kommen, auf den sich auch der Bauträger selbst berufen kann.³

Es sollte auch nicht übersehen werden, dass es wohl zu den notariellen Amtspflichten gehören dürfte, für Bauträgerverträge praxistaugliche Änderungsvollmachten vorzusehen.⁴ Im Lichte der Rechtsprechung zur Anerkennung inhaltlich beschränkter Vollmachten im Grundbuchverfahren⁵ empfiehlt sich die im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht. Der Konflikt zu den Erwägungen des LG Nürnberg-Fürth ist evident.

Nur durch eine grundsätzliche Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Vollmachten lässt sich – nicht zuletzt angesichts der hier besprochenen Entscheidung des OLG München – vermeiden, dass Grundbucheintragungen zuhauf unwirksam sind. Änderungen der Teilungserklärung sind bei Bauträgervorhaben eher die Regel als die Ausnahme. In nahezu allen veröffentlichten Mustern zum Bauträgervertrag finden sich Formulierungsvorschläge für Änderungsvollmachten.⁶ Ob sie alle den vom LG Nürnberg-Fürth aufgestellten Anforderungen entsprechen, erscheint zweifelhaft.

4. Dem LG ist zuzugeben, dass gerade angesichts der Rechtsprechung des BGH zu § 308 Nr. 4 BGB⁷ einiges dafür spricht, dass gänzlich uneingeschränkte Änderungsvollmachten im Hinblick auf den vom Bauträger geschuldeten Leistungsinhalt problematisch sind.⁸ Eine im Grundbuch vollzogene Änderung der Teilungserklärung könnte in der Folge dazu führen, dass das geänderte Wohnungs- bzw. Teileigentum für den betreffenden Erwerber nicht vertragsgemäß ist und die für ihn eingetragene Vormerkung nicht mehr den Anspruch auf das geschuldete Vertragsobjekt sichert, so dass der Bauträger keine weiteren Zahlungen entgegennehmen darf. Es ist sogar nicht auszuschließen, dass die Vormerkung schon vor einer solchen Änderung angesichts der abstrakten Änderungsmöglichkeit als unzureichend erkannt wird;⁹ der Bauträger dürfte folglich nach der Makler- und Bauträgerverordnung keine Zahlungen des Erwerbers entgegennehmen.

Ob auf der Ebene des Bauträgervertrags eine (nur) im Innenverhältnis beschränkte Vollmacht genügen kann, erscheint angesichts der offensichtlichen Missbrauchsgefahr zweifelhaft. Dringend zu empfehlen ist eine Überwachung der Vollmachtsausübung durch den Notar.

² Vgl. die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Vollmachten im Rahmen von unwirksamen Geschäftsbesorgungsverträgen bei fehlender Genehmigung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG wegen des besonderen Schutzzwecks des Rechtsberatungsgesetzes in BGHZ 167, 223, 227 m. w. N.

³ BGH, NJW 2008, 1585.

⁴ Vgl. OLG Brandenburg v. 27.7.2006, 5 U 134/05; *Kapsa*, ZNotP 2007, 402.

⁵ Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 196 ff. m. w. N.

⁶ *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 200 ff., 209; Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht/*Barbers*, 2001, S. 315; *Blank*, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 43, 99 f.; *Holland* in *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 1999, Teil 2, S. 323; *Wolfsteiner* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, S. 547.

⁷ BGH, DNotZ 2006, 174.

⁸ Vgl. auch *Vogel*, ZMR 2005, 799; *ders.*, ZMR 2008, 270.

⁹ *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 323.

¹ OLG München, DNotZ 2007, 41.

Im Hinblick auf die §§ 305 ff. BGB tut die Vertragsgestaltung gut daran, Voraussetzungen und Grenzen der Änderungsbeugnis möglichst exakt zu beschreiben. Insofern macht das Verfahren, das zur Entscheidung des OLG München geführt hat, freilich auch ein Dilemma der Vertragsgestaltung deutlich: Je genauer man den Anlass für mögliche Änderungen beschreibt (im entschiedenen Fall den möglichen Ausbau des Dachgeschosses), desto mehr riskiert man, dass hierin auch eine Grenze der Vollmacht erkannt wird. Man sollte darauf gleichwohl nicht verzichten und hoffen, dass Formulierungen wie „zum Beispiel“ und „insbesondere“ von den Gerichten auch verstanden werden. Das OLG München macht insofern Mut.

5. Das OLG München stellt Erwerbern mit seinem Beschluss vom 17.2.2009 den bequemen Weg, eine Änderung der Teilungserklärung durch einen einfachen Brief an das Grundbuchamt verhindern zu können. Streitigkeiten wegen eines Missbrauchs der Vollmacht oder um die Berechtigung eines Vollmachtswiderrufs aus wichtigem Grund werden damit den Prozessgerichten zugewiesen; Betroffene werden sich in solchen Fällen also um die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zu bemühen haben.

Ein anderer einfacher Weg, eine unerwünschte Änderung der Teilungserklärung zu blockieren, bleibt freilich: Sofern Grundpfandrechtsgläubiger einer Änderung zustimmen müssen,¹⁰ könnte der Erwerber seine finanzierende Bank veranlassen, die Zustimmung zu verweigern.

Notar Dr. *Gregor Basty*, München

¹⁰ Vgl. für Sondernutzungsrechte § 5 Abs. 4 WEG u. BGH, DNotZ 1984, 695.

7. BGB §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 4, 892; WEG §§ 10 Abs. 6 Satz 3, 15 Abs. 1 (*Wirksamkeit einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung*)

1. **Die Beschränkung einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung im Innenverhältnis vermag die Unwirksamkeit der Vollmacht gemäß §§ 308 Nr. 4 und 307 Abs. 1 BGB jedenfalls dann nicht zu verhindern, wenn die Beschränkung im Innenverhältnis nicht hinreichend bestimmt und ungeeignet ist, einen dinglichen Rechtsverlust zu unterbinden.**
2. **Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Sondernutzungsrechten besteht jedenfalls in dem Fall, dass das betreffende Sondernutzungsrecht im Grundbuch eingetragen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29.7.2009, 14 S 1895/09

Die Klägerin ist Miteigentümerin der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beklagte zu 2 ist aktuelles Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, der Beklagte zu 3 war es früher auch, er verstarb jedoch im Laufe des Prozesses in erster Instanz. Die Parteien streiten um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sondernutzungsrechts der Klägerin an einem Teil der im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücksfläche.

Ursprünglicher Alleineigentümer des Grundstücks der heutigen Wohnungseigentümergeinschaft war B. Mit notarieller Urkunde nahm er eine Aufteilung des Grundstücks in Miteigentumsanteile vor, die er jeweils mit dem Sondereigentum an Teilen des auf dem Grundstück aufstehenden Bauwerks verband.

Zugleich ließ er auch die Gemeinschaftsordnung mit beurkunden. Beides wurde im Grundbuch eingetragen. In der Gemeinschaftsordnung heißt es:

„§ 10

[Abs. 1] Der bei Vollzug der Neuaufteilung im Grundbuch eingetragene Eigentümer (...) behält sich das Recht vor, die im beigefügten Lageplan rot eingezeichneten Kellerräume und die im beigefügten Lageplan grün eingezeichneten Stellplatzflächen einzelnen Sondereigentümern zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung zuzuweisen (...) soweit die Zuweisung ganz oder teilweise nicht erfolgt, verbleibt die entsprechende Fläche bzw. der Raum der Gemeinschaft (...)

[Abs. 3] Der bei Vollzug der Aufteilung im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist berechtigt, zu gegebener Zeit eine entsprechende Benutzungsregelung zu treffen und in das Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums auf Kosten des Berechtigten eintragen zu lassen (...)

[Abs. 5] (...) falls der genannte Eigentümer oder seine Rechtsnachfolger die Zuweisung nicht mehr wahrnehmen können, geht das Zuweisungsrecht auf den jeweiligen Verwalter über, der im Innenverhältnis die Weisung des Berechtigten zu beachten hat.“

B. verkaufte sodann sukzessive die einzelnen Miteigentumsanteile mit den entsprechenden Sondereigentumseinheiten an diverse Erwerber. In den jeweiligen Kaufverträgen ließ er durch den beurkundenden Notar jeweils folgende Klausel wortgleich einfügen:

„XII.

Der Erwerber erteilt hiermit dem Veräußerer (...) unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, also mit dem Recht, auch eigenen Namens und für andere Beteiligte aufzutreten und über den Tod hinaus Vollmacht, bezüglich des in dieser Urkunde erworbenen Besitzes in seinem Namen folgende Handlungen und Rechtsgeschäfte vorzunehmen:

- a) Änderungen der Teilungserklärung vorzunehmen und den Kaufvertrag entsprechend anzupassen,
- b) Die Teilungserklärung insbesondere wie folgt zu ändern:
 - aa) Die Miteigentumsanteile anderer Miteigentümer zu ändern, den vertragsgegenständlichen Miteigentumsanteil an das endgültige Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen anzupassen.
 - bb) (...) Sondereigentum bzw. Sondernutzungsrecht der anderen Miteigentümer an das gemeinschaftliche Eigentum zu überführen bzw. hieran Sondernutzungsrechte zu begründen,
 - cc) In der Teilungserklärung vorgesehene Sondernutzungsrechte durch Benutzungsregelung zu sichern (...), in Sondereigentum zu überführen und hierzu erforderliche bauliche Maßnahmen durchführen zu lassen (...)
 - dd) Die anderen Sondereigentumseinheiten zu unterteilen und zu vereinigen und zwar auch baulich.

Die Vollmachten gelten auch für die Abgabe der für die jeweilige Eintragung im Grundbuch erforderlichen Erklärungen und Anträge.

Die Vollmachten können nur aus gegebenem Anlass unter Angabe der Gründe widerrufen werden.

Im Innenverhältnis wird vereinbart, dass mit der unter a) genannten Vollmacht nur Änderungen vorgenommen werden dürfen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht wesentlich einschränken, wobei dabei auch Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder in Sondernutzungsrechte umgewandelt werden darf.

Der Erwerber verpflichtet sich auch im Falle des Widerrufs der Vollmacht bei allen vorstehenden Maßnahmen mitzuwirken.“

In der Folgezeit verkaufte B. den Miteigentumsanteil mit der Sondereigentumseinheit Nr. 3 an die X-GmbH. Der Kaufvertrag wurde vollzogen, die X-GmbH als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit notarieller Urkunde ließ B. sodann, handelnd für sich und die X-GmbH auf der einen Seite und auf der anderen Seite handelnd als Vertreter der Erwerber der einzelnen Miteigentumsanteile Folgendes notariell beurkunden:

„Gebrauchsregelung (...)

II. Hierzu wird unter Bezugnahme auf § 10 der Miteigentümerordnung (...) folgende Gebrauchsregelung getroffen und zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung zugewiesen: Dem jeweiligen Eigentümer der Sondereigentumseinheit Nr. 3 des Aufteilungsplans das Sondernutzungsrecht an der in dem dieser Urkunde beigefügten Lageplan „rot“ eingezeichneten Grundstücksfläche.

Die in § 10 der Miteigentümerordnung vorbehaltenen Rechte bezüglich der in dem dieser Urkunde beigefügten Lageplan grün eingezeichneten Grundstücksfläche werden hiermit aufgehoben bzw. aufgegeben (...)

Bei der genannten, im Lageplan „rot“ eingezeichneten Grundstücksfläche handelt es sich um einen Grundstücksstreifen, der unmittelbar vor der als Sondereigentumseinheit Nr. 3 bezeichneten Erdgeschosswohnung liegt. Die Gebrauchsregelung wurde im Grundbuch eingetragen.

Zu einem späteren Zeitpunkt gab die Klägerin an die X-GmbH ein notarielles Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages über die mit Nr. 3 bezeichnete Sondereigentumseinheit und den entsprechenden Miteigentumsanteil ab. In dem angebotenen Kaufvertrag heißt es wie folgt:

„I. Grundbuchstand

Im Grundbuch des (...) ist (...) als Alleineigentümer folgenden Grundbesitzes eingetragen (...) Nutzungsrechte gemäß § 15 WEG sind eingeräumt an der im Lageplan „rot“ eingezeichneten Grundstücksfläche (...)

II. Verkauf

X-GmbH verkauft hiermit an (...) den in Ziffer I. dieser Urkunde näher genannten Grundbesitz (...)

Das Vertragsangebot der Klägerin wurde sodann durch notarielle Urkunde angenommen und der Eigentumswechsel im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit entstanden in der Wohnungseigentümergeinschaft Unsicherheiten und Streitigkeiten darüber, ob die Klägerin tatsächlich ein Sondernutzungsrecht an dem Grundstücksstreifen vor ihrer Wohnung erworben hatte. Um diesen Streitigkeiten ein Ende zu setzen, erhob die Klägerin Feststellungsklage.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung ist begründet, soweit sie sich gegen die Klageabweisung gegenüber der Beklagten zu 1 wendet. (...)

2. Der Klägerin steht das streitige Sondernutzungsrecht (a) zu. Sie hat es zwar nicht vom Berechtigten (b) jedoch im Wege des gutgläubigen Erwerbs (c) erworben.

a) Terminologisch ist klarzustellen, dass es vorliegend nicht um eine Gebrauchsregelung i. S. d. § 15 Abs. 1 WEG geht – wie es der Wortlaut der notariellen Urkunde nahelegen könnte –, sondern um ein echtes Sondernutzungsrecht. Letzteres unterscheidet sich vom Ersteren durch den Ausschluss der übrigen Miteigentümer (vgl. *Weise* in Jennißen, WEG, § 15 Rdnr. 3; *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 8). Das spricht die getroffene Regelung hier an durch die Zuweisung „zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung“.

b) Das mit notarieller Urkunde (...) bestellte und (...) im Grundbuch eingetragene Sondernutzungsrecht konnte nicht zur Entstehung gelangen. Denn die Vollmachten in den Kaufverträgen, auf die sich B. bei seiner Begründung stützen wollte, sind unwirksam.

Bei den Vollmachtenklauseln handelt es sich um AGB. Sie wurden durch den Teiler und Erstverkäufer in sämtliche Kaufurkunden wortgleich eingefügt. Damit liegen allgemeine Geschäftsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vor, die eine Vertragspartei vorformuliert hatte (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Unschädlich ist dabei, dass sie notariell beurkundet wurden (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 1990, 1467).

Die Unwirksamkeit der Vollmacht ergibt sich aus § 308 Nr. 4 sowie aus § 307 Abs. 1 BGB.

Im Rahmen des § 308 Nr. 4 BGB ist anerkannt, dass auch verdeckte Änderungsvorbehalte, wie sie etwa in Vollmachtenklauseln auftauchen können, vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst sind (vgl. *Palandt/Grüneberg*, § 308 Rdnr. 22). Vorliegend ist in den wortgleichen Vollmachtenklauseln, wie sie als Ziffer XII. der jeweiligen Kaufverträge vereinbart wurden, der Sache nach ein solcher Änderungsvorbehalt vorgesehen. Dadurch wird dem Urheber der Teilungserklärung nämlich ein weder in zeitlicher noch – jedenfalls im Außenverhältnis – in materieller Hinsicht begrenztes Änderungsrecht bezüglich der Grenzziehung zwischen den einzelnen Sondernutzungs- und Sondereigentumsrechten und dem Gemeinschaftseigentum zugebilligt.

Hierdurch werden die einzelnen Erwerber auch unangemessen benachteiligt i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Vollmachten sind sonach unwirksam (so für einen ähnlichen Fall bereits LG Düsseldorf, Rpfleger 1999, 217 m. w. N.; daneben allgemein auch BGH, NJW 2005, 3420 = MittBayNot 2006, 140 = DNotZ 2006, 174; NJW-RR 2008, 134).

Die Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis ändert an der unangemessenen Benachteiligung der Käufer nichts. Denn zum einen ist diese Binnenbindung für den hiesigen Fall zu unbestimmt („... nicht wesentlich einschränken ...“). Zum anderen ist sie ungeeignet, den dinglichen Rechtsverlust zu unterbinden. Der Verweis der Erwerber auf Sekundäransprüche gegen den Verkäufer im Missbrauchsfall beseitigt die AGB-relevante Benachteiligung nicht (so auch LG Düsseldorf, Rpfleger 1999, 217). Ebenso wenig hilft der Beklagten die Hinweis auf die Widerruflichkeit der Vollmacht. Die Voraussetzungen des Widerrufs sind nämlich intransparent gehalten („... aus gegebenem Anlass ...“) und mit einem Begründungszwang versehen, bei dem nicht klar wird, wann ihm genügt sein kann. Dadurch wird ein durchschnittlicher Käufer tendenziell abgehalten, sein Widerrufsrecht geltend zu machen.

Die Entscheidung des OLG München, FGPrax 2009, 105 = MittBayNot 2010, 129 (in diesem Heft) steht zur hier vertretenen Auffassung nicht in Widerspruch, weil es im dortigen Fall um die sehr beschränkten Prüfungsmöglichkeiten des Grundbuchamtes ging, die lediglich bei einem offensichtlichen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB zum Zuge kommen konnten. Derartigen Einschränkungen ist die Kammer hier nicht unterworfen.

Die Regelung in § 10 der Gemeinschaftsordnung erheischt hier keine andere Beurteilung der Lage – sie stützt die weitaus weitergehende Vollmachtenklausel nicht. Es ist zwar anerkannt, dass eine sog. Zuweisungsbefugnis in der Gemeinschaftsordnung vereinbart werden kann; sie muss aber hinreichend bestimmen, welche Bereiche des Gemeinschaftseigentums von der Zuweisungsbefugnis erfasst sein sollen, da sie sonst unwirksam ist (vgl. *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, § 13 Rdnr. 28). Hier regelt der erste Absatz des § 10 allein die Kellerräume und Stellplatzflächen. Der dritte Absatz betrifft allein die Befugnis „eine entsprechende Benützungserregung“ zu treffen. Aus dem in Bezug nehmenden Hinweiswort „entsprechende“ folgt, dass auch dies allein die Kellerräume und Stellplatzflächen meint. Im Übrigen wäre wegen der im Grundbuchrecht geltenden wortlautorientierten Auslegung (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1235 = DNotZ 2003, 704) bei dem Begriff „Benützungserregung“ vorrangig an eine solche gemäß § 15 Abs. 1 WEG zu denken, um die es hier aber nicht geht (siehe oben bei 2. a).

c) Nachdem das Sondernutzungsrecht aber (...) ins Grundbuch eingetragen worden war, konnte es durch die Klägerin gutgläubig erworben werden. Die Frage nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Sondernutzungsrechten ist allerdings höchstgerichtlich nicht geklärt und wird uneinheitlich beantwortet. Die überwiegende Ansicht nimmt eine solche Möglichkeit an (OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 318; BayObLG, DNotZ 1990, 381; OLG Hamm, DNotZ 2009, 383; *Wenzel* in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 128; *Staudinger/Kreuzer*, BGB, 2005, § 10 WEG Rdnr. 67; NK-BGB/*Schultzky*, 2. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 26; *Hügel* in Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 2. Aufl., Teil 6 Rdnr. 53; *Schmidt*, ZWE 2009, 172), teils wird sie auch bezweifelt (*Palandt/Bassenge*, § 10 WEG Rdnr. 11) oder ausdrücklich verneint (LG Köln, MDR 2002, 1186; *Lüke* in Weitnauer, WEG, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 35; *Grziwotz* in Ermann, BGB, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 8; *Elzer* in Riecke/Schmidt, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 316; *Weitnauer*, DNotZ 1990, 385, 390 f.). Die Kammer folgt der erstgenannten Auffassung, jedenfalls im Fall von im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechten, denn insoweit nehmen diese an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (vgl. *Wenzel* in Bärmann, WEG, § 13 Rdnr. 27; NK-BGB/*Schultzky*, § 10 WEG Rdnr. 37).

Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gemäß den §§ 873, 877, 892 BGB liegen hier vor. Das Sondernutzungsrecht war zugunsten (...) im Grundbuch eingetragen. Der notarielle Kaufvertrag der Klägerin bezog sich auf das Sondernutzungsrecht und die Klägerin wurde schließlich mit dem Inhalt dieses Kaufvertrages im Grundbuch eingetragen.

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs war der Klägerin im Eintragungszeitpunkt (§ 892 Abs. 2 BGB) nicht positiv bekannt. Dies hat die Klägerin gegenüber der Kammer ausdrücklich bestätigt und es liegt im Übrigen auch nahe. Dass die in den Kaufverträgen enthaltenen Vollmachten nichtig sein könnten, hat noch nicht einmal der beurkundende Notar gesehen. Der Beklagtenvortrag geht hingegen in die Richtung, dass der beurkundende Notar die Klägerin darauf hingewiesen habe, dass fraglich sei, ob die Vollmacht des Veräußerers die Einräumung der Benutzungsregelung tragen könne. Die Beklagten meinen, es habe ein Vollmachtsmissbrauch stattgefunden. Der hierzu angebotene Beweis war nicht zu erheben, weil dieser Beklagtenvortrag unerheblich war. Als wahr unterstellt würde er nämlich lediglich ein Kennenmüssen begründen, nicht aber die gemäß § 892 Abs. 2 BGB verlangte positive Kenntnis, die allein den gutgläubigen Erwerb ausschließen könnte. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Basty*, MittBayNot 2010, 131 (in diesem Heft).

8. BGB § 1353 Abs. 1 Satz 2; EStG §§ 10 d, 26 (*Zustimmung zur einkommensteuerlichen Zusammenveranlagung*)

Ein Ehegatte kann auch dann verpflichtet sein, dem – der steuerlichen Entlastung des anderen Ehegatten dienenden – Antrag auf Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer zuzustimmen, wenn er während der Zeit des Zusammenlebens steuerliche Verluste erwirtschaftet hat, die er im Wege des Verlustvortrags in einem späteren Veranlagungszeitraum zur Verminderung seiner eigenen Steuerlast einsetzen könnte. Wenn die Ehegatten die mit Rücksicht auf eine – infolge der Verluste zu erwartende –

geringere Steuerbelastung zur Verfügung stehenden Mittel für ihren Lebensunterhalt oder eine Vermögensbildung, an der beide Ehegatten teilhaben, verwendet haben, ist es einem Ehegatten im Verhältnis zu dem anderen verwehrt, für sich die getrennte steuerliche Veranlagung zu wählen. Durch die Verweigerung der Zustimmung zur Zusammenveranlagung macht er sich schadensersatzpflichtig.

BGH, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 173/06, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte wegen Verweigerung der Zustimmung zur steuerlichen Zusammenveranlagung zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Die Parteien haben 1997 geheiratet und leben seit Anfang 2000 getrennt; seit 2003 sind sie geschieden. Der Kläger erzielte als Arzt in den Veranlagungszeiträumen 1998 und 1999 aus selbständiger sowie aus nicht selbständiger Tätigkeit positive Einkünfte. Die Beklagte erwirtschaftete demgegenüber in denselben Zeiträumen Verluste aus Gewerbebetrieb. Unter dem 4.3.2000 gaben die Parteien, die zu diesem Zeitpunkt bereits getrennt lebten, die Einkommensteuererklärung für 1998 ab. Das FA veranlagte sie aufgrund ihrer Wahl in der Steuererklärung zusammen zur Einkommensteuer und verrechnete die positiven Einkünfte des Klägers mit den Verlusten der Beklagten. Hierdurch ergab sich ein Erstattungsbeitrag von 4.061,27 €. Unter dem 5.10.2001 beantragte die Beklagte, die Parteien für 1998 und 1999 getrennt zur Einkommensteuer zu veranlagern. Das FA veranlagte daraufhin den Kläger für 1998 und 1999 getrennt und verlangte den Erstattungsbeitrag für 1998 von ihm zurück. Durch die getrennte Veranlagung ergab sich zulasten des Klägers eine Steuernachforderung von 11.008,07 € für den Veranlagungszeitraum 1998. Für den Veranlagungszeitraum 1999 führte die getrennte Veranlagung zu einer Mehrbelastung von 13.384,20 €. Für die Beklagte ergab sich dagegen aufgrund der getrennten Veranlagung jeweils ein verbleibender Verlustabzug, den das FA zum 31.12.1998 auf 20.233,86 € (39.574 DM) und zum 31.12.1999 auf 18.671,36 € (36.518 DM) feststellte. Der Kläger legte gegen den Rückforderungsbescheid und die Einkommensteuerbescheide Einspruch ein und erwirkte darüber hinaus, dass das FA die Vollziehung bis zur Einspruchsentscheidung aussetzte.

Im Jahre 2002 verhandelten die Parteien über eine Zustimmung der Beklagten zur Zusammenveranlagung für die Jahre 1998 und 1999. Die Beklagte, die in den Veranlagungszeiträumen 2000 und 2001 positive Einkünfte erzielt hatte und die festgestellten Verlustabzüge im Wege des Verlustvortrags einsetzen wollte, um ihre Einkommensteuerlast zu vermindern, machte ihre Zustimmung von einem Ausgleich der Nachteile abhängig, die ihr aufgrund einer Zusammenveranlagung in den Jahren ab 2000 entstehen. Hierzu war der Kläger jedoch nicht bereit, so dass die Verhandlungen scheiterten.

Das FA wies die Einsprüche des Klägers im Jahre 2004 zurück und forderte ihn auf, die Steuerbeträge zu entrichten. Die Aussetzungszinsen setzte es auf 2.191,75 € fest. Sämtliche Steuerschulden wurden vom Kläger beglichen, nach seiner Behauptung unter Verwendung eines – unstrittigen – Abruflkredits über 23.500 €.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien hätten weder ausdrücklich noch konkludent eine Vereinbarung über die Nutzung steuerlicher Vorteile im Wege der Zusammenveranlagung getroffen. Dies erscheint hinsichtlich des Zustandekommens einer Regelung durch schlüssiges Verhalten zwar zweifelhaft. Denn nach den getroffenen Feststellungen haben die Parteien im Jahr 1997 die steuerliche Zusammenveranlagung beantragt, die auch durchgeführt wurde. Für das Jahr 1998 war zunächst ebenfalls die Zusammenveranlagung beantragt und durchgeführt worden; für 1999 war eine Zusammenveranlagung geplant. Die Beklagte ist erst im

Nachhinein hiervon abgerückt und hat für sich die getrennte Veranlagung beantragt. Das Berufungsgericht hat insoweit aber im Hinblick auf die Interessen der Beklagten, die nach der Trennung nicht dahin gegangen seien, die von ihr erwirtschafteten Verluste steuerlich allein dem Kläger zugutekommen zu lassen, eine sie weiterhin bindende Regelung verneint. Diese Würdigung greift die Revision nicht an, so dass die betreffende Feststellung für das Revisionsverfahren zugrundezulegen ist.

3. Zutreffend und in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich aus dem Wesen der Ehe für beide Ehegatten die – aus § 1353 Abs. 1 BGB abzuleitende – Verpflichtung ergibt, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist. Ein Ehegatte ist daher dem anderen gegenüber verpflichtet, in eine von diesem gewünschte Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer einzuwilligen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen verringert und der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird (BGH, FamRZ 1977, 38, 40; FamRZ 1988, 143, 144; FamRZ 2002, 1024, 1025 m. Anm. *Bergschneider*, FamRZ 2002, 1181; BGHZ 155, 249, 252 f. = FamRZ 2003, 1454, 1455; FamRZ 2005, 182, 183; FamRZ 2007, 1229 m. Anm. *Engels*). Durch die unberechtigte Verweigerung der Zustimmung macht sich der betreffende Ehegatte schadensersatzpflichtig. Dass die Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft keinen Schadensersatzanspruch begründet, gilt nur für Pflichten, die dem eigentlichen, höchstpersönlichen Bereich der Ehe angehören, nicht dagegen für rein geschäftsmäßiges Handeln, wie es bei der Verweigerung der Zustimmung zur Zusammenveranlagung in Rede steht (BGH, FamRZ 1977, 38, 41; FamRZ 1988, 143 f.).

4. Die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 1 EStG, nach dem Ehegatten zwischen getrennter Veranlagung (§ 26 a EStG) und Zusammenveranlagung (§ 26 b EStG) wählen können, haben für die Parteien in den Jahren 1998 und 1999 unstrittig vorgelegen. Beide waren unbeschränkt einkommensteuerpflichtig und lebten nicht dauernd getrennt. Da das Gesetz für die Ausübung des Wahlrechts keine Frist vorsieht und es grundsätzlich auch keine Bindung an die einmal getroffene Wahl gibt, können Ehegatten ihr Veranlagungswahlrecht bis zur Unanfechtbarkeit sogar eines Berichtigungs- oder Änderungsbescheids ausüben und bis zu diesem Zeitpunkt die einmal getroffene Wahl – außer im Falle rechtsmissbräuchlichen oder willkürlichen Verhaltens – im Verhältnis zur Finanzverwaltung frei widerrufen (BFHE 134, 412; 155, 91; 165, 345; 171, 407). Die Beklagte hätte deshalb, auch nachdem sie die getrennte Veranlagung beantragt hatte und Einzelveranlagungsbescheide ergangen waren, dem Begehren des Klägers noch entsprechen und einer Zusammenveranlagung zustimmen können.

5. Eine Zusammenveranlagung der Parteien für die Jahre 1998 und 1999 hätte zu einer geringeren Steuerbelastung des Klägers geführt, während sich für die Beklagte für die betreffenden Jahre keine Steuerbelastung ergeben hätte. Ausweislich des aufgrund der Zusammenveranlagung für 1998 ergangenen Steuerbescheids vom 11.4.2000 erhielt der Kläger eine Steuererstattung von 4.061,27 €. Auch für das Jahr 1999 hätte sich nach der Berechnung seiner Steuerberaterin bei einer Zusammenveranlagung eine Steuererstattung ergeben. Die Beklagte brauchte schon deshalb nicht mit einer Steuerbelastung für diese Jahre zu rechnen; die Steuern für die Jahre 1998 und 1999 hatte der Kläger entrichtet.

Eine steuerliche Belastung der Beklagten wäre allerdings im Nachhinein entstanden, wenn sie die für die streitigen Jahre mit 39.574 DM und mit 36.518 DM festgestellten Verlustabzüge nicht im Wege des Verlustvortrags gemäß § 10 d Abs. 2 EStG zur Verrechnung mit den in den Jahren 2000 und 2001 erzielten positiven Einkünften hätte nutzen können. Im Rahmen des § 10 d EStG wird nämlich die steuerrechtliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen nicht für den Veranlagungszeitraum berücksichtigt, in dem der Verlust entstanden ist, sondern in davor (§ 10 d Abs. 1 EStG) oder danach (§ 10 d Abs. 2 EStG) liegenden Veranlagungszeiträumen. Die geminderte Leistungsfähigkeit eines Ehegatten kann sich für diesen selbst aber nicht mehr auswirken, wenn der Verlust bei einer Zusammenveranlagung bereits von positiven Einkünften des anderen Ehegatten aufgezehrt worden ist. Der Verlust ist dann – entgegen seiner steuerlichen Zuweisung – demjenigen Ehegatten Steuer mindernd zugutegekommen, der positive Einkünfte hatte und deshalb im Innenverhältnis die gesamte Steuerbelastung tragen musste.

In welcher Weise und unter welchen Umständen ein derartiger – sich tatsächlich realisierender – Nachteil im Verhältnis der Ehegatten zueinander auszugleichen ist, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet (vgl. zum Meinungsstand *Liebelt*, FamRZ 1993, 626, 629). Soweit die Streitfrage die Fallgestaltung betrifft, dass sich erst nach der Trennung entstandene Verluste gemäß § 10 d Abs. 1 EStG noch auf die Zusammenveranlagung der Ehegatten auswirken, bedarf sie im vorliegenden Fall indes keiner Entscheidung. Denn die Verluste sind in der Zeit eingetreten, in der die eheliche Lebensgemeinschaft der Parteien noch bestand.

6. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass ein Ehegatte die Zustimmung zur Zusammenveranlagung nicht verlangen kann, wenn der andere dadurch einer zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird. Letzteres bedarf aber der Einschränkung dahin, dass es sich um eine Belastung handeln muss, die der andere nach den gegebenen Umständen im Innenverhältnis nicht zu tragen hat, denn nur dann werden seine berechtigten eigenen Interessen verletzt.

a) Dass ein Ehegatte solche Belastungen zu tragen hat, kann der Fall sein, wenn die Ehegatten eine bestimmte Aufteilung ihrer Steuerschulden (konkludent) vereinbart haben, etwa indem sie die Steuerklassen III und V wählen, um damit monatlich mehr bare Geldmittel zur gemeinsamen Verwendung zur Verfügung zu haben, als dies bei einer Wahl der Steuerklassen IV und IV der Fall gewesen wäre. Damit haben die Ehegatten in Kauf genommen, dass das höhere Einkommen des einen relativ niedrig und das niedrigere Einkommen des anderen relativ hoch besteuert wird. An einer solchen bis zur Trennung praktizierten Handhabung haben sich die Ehegatten mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung für die Zeit ihres Zusammenlebens festhalten zu lassen mit der Folge, dass die Zustimmung zur Zusammenveranlagung nicht von einem Ausgleich der bis zur Trennung angefallenen steuerlichen Mehrbelastung abhängig gemacht werden darf (vgl. BGH, FamRZ 2007, 1229, 1230). Möglich ist auch eine Vereinbarung der Ehegatten, dass der eine sich im Innenverhältnis die aus seinen Verlusten resultierenden Vorteile für sich alleine vorbehält mit dem Ergebnis, dass der andere die daraus folgende steuerliche Mehrbelastung auszugleichen hat, allerdings auch mit der weiteren Konsequenz, dass dann für den Familienunterhalt insgesamt weniger Mittel zur Verfügung stehen.

b) Ein Ehegatte kann eine Belastung aber auch zu tragen haben, weil sich dies aus der tatsächlichen Gestaltung im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt. Insofern

ist davon auszugehen, dass sich üblicherweise die Lebensverhältnisse den vorhandenen Mitteln anpassen, also mit Rücksicht auf eine zu erwartende geringere Steuerbelastung ein höherer Lebensstandard gepflegt wird. Die insofern eingesetzten Mittel können, wenn ein Ehegatte trotz Erwerbstätigkeit nicht über positive Einkünfte verfügt, zunächst nur von dem anderen Ehegatten stammen, der entsprechend mehr für den Familienunterhalt aufwendet, als er es ohne die Erwartung einer steuerlichen Entlastung tun könnte und würde. Zur Finanzierung dieser Vorleistung bringt der andere Ehegatte letztlich seinen Verlust als Beitrag zum Familienunterhalt in die eheliche Lebensgemeinschaft ein. Fällt mithin der Zeitraum, in dem der Verlust entstanden ist, in die Zeit des Zusammenlebens, ist die vorhandene Liquidität durch das Zusammenwirken der Ehegatten erhöht, entweder schon dadurch, dass bereits Steuervorauszahlungen angepasst wurden oder entfallen sind, oder aber durch erfolgreiche Steuererstattungen. Jedenfalls nachdem beide Ehegatten in einer solchen Weise nach ihren jeweiligen Möglichkeiten zum Familienunterhalt beigetragen haben, ist es ihnen nach Treu und Glauben, aber auch nach dem Rechtsgedanken des § 1360 b BGB, verwehrt, dieser Gestaltung rückwirkend die Grundlage zu entziehen. Das wäre aber der Fall, wenn einem Ehegatten im Verhältnis zu dem anderen die Möglichkeit zustünde, seine Verluste nachträglich anderweit, nämlich zu seinem alleinigen Vorteil, zu nutzen. Die steuerrechtlich bestehende Möglichkeit einer Wahl der getrennten Veranlagung hat in solchen Fällen der familienrechtlichen „Überlagerung“ außer Betracht zu bleiben, weil sie zu einer auf den Zeitraum des gemeinsamen Lebens und Wirtschaftens zurückwirkenden Korrektur führen würde (vgl. BGH, FamRZ 2007, 1229, 1230; FamRZ 2006, 1178, 1181; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl., Rdnr. 787; *Engels* in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 9.97; *Arens*, FF 2005, 60, 63; *Sonnenschein*, NJW 1980, 257, 260; FG Rheinland-Pfalz, EFG 2002, 209, 210; OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 441; OLG Hamm, FamRZ 1998, 241, 242; OLG Köln, OLGR 1993, 25, 27 f. – insoweit jeweils zur Steuerklassenwahl).

7. Auch im vorliegenden Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass beide Parteien ihre finanziellen Beiträge zum Familienunterhalt so geleistet haben, wie es den vorhandenen Mitteln entsprach. Der Kläger, der ausweislich der Steuerbescheide für 1998 und 1999 trotz erheblicher Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit für 1998 keine Steuervorauszahlungen zu leisten brauchte und für 1999 nur solche in moderater Höhe, kann das Zusammenleben bereits unter Berücksichtigung der aus den negativen Einkünften der Beklagten zu erwartenden Steuerersparnis finanziert haben. Unter solchen Umständen wäre es der Beklagten verwehrt, ihren eigenen Beitrag rückgängig zu machen und nachträglich anderweit zu nutzen. Sie hätte bei einer derartigen Sachlage der Zusammenveranlagung vielmehr uneingeschränkt zustimmen müssen und die Erklärung nicht davon abhängig machen dürfen, so gestellt zu werden, wie sie tatsächlich aufgrund der Nutzung der Verluste gemäß § 10 d Abs. 2 EStG steht.

Demgegenüber kann die Beklagte nicht damit durchdringen, sie sei auch mit den ihren Verlusten zugrundeliegenden Verbindlichkeiten auf sich allein gestellt. Da die Parteien – bis zum Abschluss einer Scheidungsfolgenregelung – im gesetzlichen Güterstand lebten, hätten die Verbindlichkeiten der Beklagten grundsätzlich im Rahmen eines Zugewinnausgleichs, in den auch Ansprüche auf Steuererstattungen einzubeziehen gewesen wären, berücksichtigt werden können. In jedem Fall hätte die Beklagte, wenn sie nicht über bedarfsdeckende Einkünfte verfügte, Trennungsunterhalt geltend machen können.

8. Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Senat ist zu einer abschließenden Entscheidung nicht in der Lage, da es hierzu weiterer Feststellungen bedarf. (...)

9. BGB §§ 2044 Abs. 1, 2204 Abs. 1, 2211, 2214, 751; ZVG § 180 (*Keine Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Grundstück*)

Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers schließt die Anordnung der Versteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Grundstück auch gegenüber einem Gläubiger eines Miterben aus, der dessen Anteil an dem Nachlass gepfändet hat.

BGH, Beschluss vom 14.5.2009, V ZB 176/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

H. R. (Erblasser) war Eigentümer eines Grundstücks. Er verstarb am 9.7.2005. Er wurde von den Beteiligten zu 4 bis 6, seinen Söhnen, zu gleichen Teilen beerbt. Die Erben sind durch die Anordnung von Testamentsvollstreckung beschränkt. Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 4. Das zu dem Nachlass gehörende Grundvermögen darf nach dem Testament des Erblassers nicht verkauft werden, sondern soll in einer „Familienstiftung“ verbleiben.

Das Grundbuch wurde durch die Eintragung der Beteiligten zu 4 bis 6 als Eigentümer des Grundstücks in Erbengemeinschaft berichtigt; das Bestehen der Testamentsvollstreckung wurde eingetragen.

Mit Beschluss vom 4.4.2007 wurden zur Vollstreckung aus einer Urkunde der Anteil des Beteiligten zu 5 an dem Nachlass und der Anspruch des Beteiligten zu 5 auf dessen Auseinandersetzung gepfändet und den Beteiligten zu 1 bis 3 zur Einziehung überwiesen. Die Pfändung wurde im Grundbuch vermerkt.

Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben die Teilungsversteigerung des Grundstücks beantragt.

Aus den Gründen:

III.

(...)

1. Die von den Beteiligten zu 1 bis 3 erwirkte Anordnung der Versteigerung des Grundstücks ist i. S. v. § 766 ZPO eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung in das Grundstück als Nachlassbestandteil, gegen die dem Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstrecker die Erinnerung eröffnet ist (*Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 2. Aufl., § 2214 Rdnr. 8; *Münch-KommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2214 Rdnr. 5; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2214 Rdnr. 4).

2. Die Beteiligten zu 1 bis 3 können die Versteigerung zum Zweck der Aufhebung der gemeinschaftlichen Eigentums der Beteiligten zu 4 bis 6 an dem Grundstück nicht verlangen. Auf die Frage, ob dem Beteiligten zu 4 die Auseinandersetzung des Nachlasses übertragen oder ob die Auseinandersetzung ausgeschlossen und der Beteiligte zu 4 Verwaltungsvollstrecker ist, kommt es insoweit nicht an.

Das Bürgerliche Recht gewährt durch das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung die Möglichkeit, den Willen des Erblassers über dessen Tod hinaus zu wahren. Dies kann dadurch geschehen, dass der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Ausführung seiner letztwilligen Verfügungen, § 2203 BGB, die Auseinandersetzung unter den Miterben, § 2204 BGB, oder die Verwaltung des Nachlasses überträgt, § 2209 BGB. In allen Fällen hat die Anordnung der Testamentsvollstreckung zur Folge, dass der oder die Erben über

die zu dem Nachlass gehörenden Gegenstände nicht verfügen können, bis die Testamentsvollstreckung beendet ist oder der Testamentsvollstrecker die jeweiligen Gegenstände freigegeben hat, §§ 2211 Abs. 1, 2217 Abs. 1 BGB.

Die Verfügungsbeschränkung wird gegenüber den Gläubigern der Erben dadurch gewahrt, dass sie wegen Forderungen, die keine Nachlassforderungen bilden, nicht in Nachlassbestandteile vollstrecken können, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, § 2214 BGB. Die Beschränkung des Vollsteckungszugriffs gilt, solange der Testamentsvollstrecker den jeweiligen Gegenstand nicht freigegeben hat oder die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet ist. Der Frage, ob dem Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung oder die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist, kommt insoweit keine Bedeutung zu.

3. Der Antrag eines Miterben, ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zu versteigern, § 180 Abs. 1 ZVG, bedeutet zwar keine Verfügung über das betroffene Grundstück. Er stellt jedoch die einzige Rechtshandlung dar, die zu dem Versteigerungsverfahren erforderlich ist. Wird dem Antrag stattgegeben, führt das Versteigerungsverfahren ohne weiteres Zutun zum Zuschlag an den Meistbietenden und damit zum Verlust des Eigentums der Miterben an dem Grundstück, zu dem es nach der Bestimmung des Erblassers während der Dauer der Testamentsvollstreckung ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers nicht kommen soll. Das rechtfertigt es, den Versteigerungsantrag eines Miterben einer Verfügung über das betroffene Grundstück gleichzusetzen (vgl. BGH, NJW 2007, 3124, 3126 = MittBayNot 2008, 149 = DNotZ 2008, 132 zu § 1365 BGB), die nach § 2211 BGB unwirksam ist. Ist die Auseinandersetzung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker übertragen, findet die Teilungsversteigerung auf Antrag eines Miterben daher nicht statt (*Stöber*, ZVG, 19. Aufl., § 180 Rdnr. 9 Anm. 9.3e).

4. Dies gilt auch gegenüber den Beteiligten zu 1 bis 3 als Pfändungsgläubigern an dem Erbanteil des Beteiligten zu 5. Das Pfändungspfandrecht an dem Erbanteil des Beteiligten zu 5 gewährt den Beteiligten zu 1 bis 3 keinen Anspruch auf Auseinandersetzung des Nachlasses durch Versteigerung des Grundstücks. Aus §§ 2204 Abs. 1, 2044 Abs. 1 Satz 2, 751 Satz 2 BGB folgt nichts Anderes.

a) Eine Vereinbarung zwischen den Mitgliedern einer Gemeinschaft, die den Anspruch auf die Auseinandersetzung der Gemeinschaft ausschließt, hat nach § 751 Satz 2 BGB gegen einen Gläubiger, der den Anteil eines Mitglieds der Gemeinschaft zur Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Titel gepfändet hat, keine Wirkung, weil niemand sein Vermögen durch eine Vereinbarung der Vollstreckung entziehen kann. Dasselbe gilt nach § 731 Satz 2 BGB für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts oder eine Vereinbarung zwischen Miterben, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu unterlassen (vgl. BGH, WM 1968, 1172, 1173 zu einer solchen Vereinbarung im Allgemeinen).

Dem steht das Verbot in einer letztwilligen Verfügung gleich, durch das der Erblasser die Auseinandersetzung seines Nachlasses oder einzelner Gegenstände seines Nachlasses den Miterben untersagt hat, § 2044 Abs. 1 BGB. Verhält es sich so, findet der Ausschluss der Auseinandersetzung zwar nicht in einer Vereinbarung der Miterben seine Grundlage. Das von dem Erblasser bestimmte Verbot wirkt jedoch nur schuldrechtlich und steht der Wirksamkeit einer einverständlichen Verfügung der Miterben nicht entgegen. Das rechtfertigt es, einem letztwilligen Auseinandersetzungsverbot die Wirksam-

keit gegenüber einem Gläubiger eines Miterben, der dessen Anteil gepfändet hat, zu versagen.

b) So liegt es jedoch nicht, wenn der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat. Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung hat der Erblasser den Miterben die Befugnis zur Verfügung über die der Vollstreckung unterliegenden Bestandteile seines Nachlasses entzogen und so gegen eine Verfügung der Miterben gesichert, die seinem Willen widerspricht. Hierüber können sich die Miterben nicht ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers hinwegsetzen (vgl. BGHZ 56, 275, 278 = DNotZ 1972, 86 zur Wirksamkeit einer gemeinschaftlichen Verfügung der Miterben bei Zustimmung des Testamentsvollstreckers entgegen einem Verbot des Erblassers). Ein Anspruch eines Miterben auf ein solches Handeln des Testamentsvollstreckers kommt nicht in Betracht. Für die Gläubiger eines Miterben kann nichts Anderes gelten (KG, JR 1952, 323, 324; zur verwaltenden Testamentsvollstreckung KG, KGJ 52, 113, 117 f.; *Bamberger/Roth/Mayer*, § 2214 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 4; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2214 Rdnr. 4; *Staudinger/Reimann*, § 2214 Rdnr. 2; *Bengel* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 223; *Schaub*, ebenda, Kap. 4 Rdnr. 216; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 19. Aufl., Rdnr. 180; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Rdnr. 622; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, S. 112; *ders.*, AcP 1995, 35, 69; a. M. BayObLG, ZEV 2006, 209, 212; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl., § 2214 Rdnr. 2; *Ensthaler*, Rpfleger 1988, 94, 95).

c) Dem entspricht es, dass die Pfändung des Anteils eines Miterben an dem Nachlass den Testamentsvollstrecker nicht an einer Verfügung über ein seiner Verwaltung unterliegendes Grundstück hindert (KG, DNotZ 1941, 127; JR 1952, 323, 324; BayObLG 1982, 459, 462 f.; *Soergel/Damrau*, § 2211 Rdnr. 3; *Staudinger/Reimann*, § 2205 Rdnr. 80; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 22. Aufl., § 859 Rdnr. 32; *Schaub* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Kap. 4 Rdnr. 216). Ein etwa eingetragener Pfändungsvermerk ist nach dem Vollzug der Verfügung des Testamentsvollstreckers im Grundbuch als gegenstandslos zu löschen (KG, DNotZ 1941, 127).

d) Die Annahme der Unzulässigkeit des Teilungsversteigerungsantrags vermeidet darüber hinaus einen Wertungswiderspruch zu der Rechtsstellung eines Alleinerben, der durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränkt ist. Wegen einer Forderung, die keine Nachlassverbindlichkeit darstellt, ist nach § 2214 BGB während der Dauer der Testamentsvollstreckung – und damit möglicherweise auf Jahrzehnte, §§ 2210, 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB – die Zwangsvollstreckung in den Nachlass ausgeschlossen, um dem Willen des Erblassers gegen die Gläubiger des Erben Geltung zu verschaffen. Daran kann sich nicht dadurch etwas ändern, dass der Erblasser nicht nur einen Erben zu seinem Nachfolger berufen hat.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist nicht nur mit zahlreichen Fundstellen vorzüglich belegt, sie ist vor allem im System schlüssig und zeigt dies auch wunderbar auf. Der Entscheidung kann man nur zustimmen.

Da fragt man sich, wie das BayObLG anderer Ansicht sein konnte. In der überlangten Entscheidung ZEV 2006, 209 ff. geht es vorrangig um die Anfechtung eines Erbverzichts nach

dem Tode des Erblassers; und nur am Rande (siehe S. 212 rechte Spalte) vertritt das BayOBLG die gegenteilige Ansicht, und zwar unter bloßem Verweis auf den *Palandt* als einzigen Beleg. *Palandt/Edenhofer* verweist seinerseits auf *Ensthaler*, Rpfleger 1986, 94, 95, der seine Ansicht mit dem Hinweis auf §§ 2044 Abs. 1, 751 BGB begründete und gar nicht auf Gegenstimmen eingeht. So kann es geschehen!

Was also soll der Gläubiger, der einen Erbteil gepfändet hat, der unter Testamentsvollstreckung steht, tun? Grundsätzlich kann er die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft betreiben; das geht aber nicht, wenn der Nachlass unter Testamentsvollstreckung steht. Der Gläubiger hat aber auch die Möglichkeit, den Pfandverkauf des ganzen Erbanteils zu betreiben. Aber wer bietet schon einen angemessenen Preis für einen Erbanteil, der vielleicht noch Jahre oder Jahrzehnte unter Testamentsvollstreckung steht? Würde also der Pfändungspfandgläubiger den Pfandverkauf des Erbteils betreiben, liefe er doch leicht Gefahr, dass bei dem Verkauf des Erbteils nur ein lächerlich geringer Betrag erzielt wird. Umgekehrt kann der Miterbe/Schuldner durch einen Verkauf, der zu einem Preis erfolgt, der weit unter dem Wert des Erbteils liegt, erhebliches Vermögen verlieren.

Bei einer Erbengemeinschaft findet die Teilung der Früchte erst bei der Auseinandersetzung statt (§ 2038 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen ist, sei es durch Vereinbarung der Miterben, sei es durch Anordnung des Erblassers; dann kann jeder Miterbe am Schluss eines jeden Jahres die Teilung des Reinertrages verlangen (§ 2038 Abs. 2 Satz 3 BGB). So kann der Gläubiger des Miterben dessen Anspruch auf Auskehrung des Reinertrages pfänden. § 863 ZPO erwähnt diese Möglichkeit ausdrücklich.

Bei einer Testamentsvollstreckung über den Nachlass (oder über einen Erbteil) erstreckt sich das Verwaltungsrecht auch auf die Nutzungen des Nachlasses. Es liegt dann grundsätzlich beim Testamentsvollstrecker, ob er diese an die Miterben auskehrt oder nicht. Aber durch Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 Abs. 2 BGB kann der Erblasser bestimmen, dass der Reinertrag an die Miterben zu verteilen ist.¹ Fehlt eine solche ausdrückliche Anordnung, so ist zunächst der mutmaßliche Wille des Erblassers durch Auslegung des Testaments zu ermitteln; kann ein solcher Wille nicht ermittelt werden, dann sind die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) heranzuziehen. Als Richtlinie kann gelten, dass der Testamentsvollstrecker das an die Erben herausgeben muss, was er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht benötigt.² Derselbe Rechtsgedanke findet sich in § 2217 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker Vermögenswerte, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheit nicht bedarf, den Erben überlassen muss. Dieser Anspruch ist auch pfändbar.³ In der Praxis wird von dieser Möglichkeit von Seiten der Privatgläubiger der Miterben auch deshalb wenig Gebrauch gemacht, weil die Formularbücher zum Erbrecht nur am Rande davon berichten.

Die für den Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, wichtige Frage: Erfasst die Pfändung des Erbteils bereits den Anspruch des Erben auf Auskehrung der Früchte? Bei einem Mobilienvertragspfandrecht ist im Zweifel anzunehmen, dass der Pfandgläubiger zum Fruchtbezug berechtigt ist (§ 1213 Abs. 2

BGB). Bei der Verpfändung eines Erbteils als der Verpfändung eines Rechts ist § 1213 Abs. 2 nicht anwendbar (§ 1273 Abs. 2 Satz 2 BGB). Wenn auch keine gesetzliche Vermutung besteht, so muss die Auslegung ergeben, ob bei fruchttragenden Rechten sich das Vertragspfandrecht, z. B. am Erbteil, auch auf die Früchte erstreckt.⁴

Zum Pfändungspfandrecht an einem Erbteil schweigt das Schrifttum bis auf eine Stimme;⁵ Rechtsprechung ist nicht auffindbar. Weiterhelfen kann ein Blick auf die Pfändung eines Vorerben-Miterbenanteils; auch dieser ist pfändbar. Nach dem Sinn der Vorerbschaft/Nacherbschaft soll die Substanz für den Nacherben erhalten werden; dem Vorerben sollen die Nutzungen des Erbteils zugute kommen. Daher sind Verfügungen, die ein Mit-Vorerbe zusammen mit anderen Mit-Vorerben über Nachlassgegenstände trifft, unter den Voraussetzungen der §§ 2113 ff. BGB beim Eintritt der Nacherbfolge unwirksam.

Nun wird gesagt, der pfändende Gläubiger des nicht befreiten Vorerben bleibe deshalb praktisch auf die Nutzung des Erbanteils beschränkt; das bedeutet also, dass dem pfändenden Gläubiger diese Nutzungen zukommen.⁶ Das heißt aber doch auch, dass sich die Pfändung des Vorerbteils auf die Nutzungen erstreckt. So werden eventuell wenigstens die laufenden Zinsen der Forderung, wegen der vollstreckt wird, gedeckt.

Und dieses gilt auch für den gepfändeten Miterbenanteil, der unter Testamentsvollstreckung steht: das Pfändungspfandrecht erstreckt sich auf den Anspruch des Miterben gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskehrung der Erträge. Es bedarf keiner gesonderten Pfändung dieses Anspruchs. Als Nebenrecht wird von der Pfändung des Erbteils auch der Anspruch des Miterben gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskunft⁷ über auszugehende Erträge des Nachlasses (§§ 2218, 666 BGB) von der Pfändung des Erbteils miterfasst.

*Emmerich*⁸ begründet seine abweichende Ansicht damit, dass § 804 Abs. 2 ZPO hier nicht eingreifen soll, weil das Vertragspfandrecht eine dauernde Sicherung der Forderung bezwecke, das Pfändungspfandrecht hingegen der sofortigen Befriedigung diene. Aber das widerspricht dem Verweis des § 804 ZPO.

So wie man – klarstellend – nicht nur den Erbteil, sondern auch den Anspruch auf Auseinandersetzung des Nachlasses pfändet,⁹ so könnte/sollte man auch – klarstellend – zusätzlich den angeblichen Anspruch des Miterben auf Auskehrung seines Anteils an den Früchten des Nachlasses mitpfänden.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Damrau,
RiLG a. D., Konstanz

¹ Vgl. *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2216 Rdnr. 22.

² *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2216 Rdnr. 7; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Rdnr. 621.

³ *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 4; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2214 Rdnr. 2, § 2216 Rdnr. 5.

⁴ *MünchKommBGB/Damrau*, 5. Aufl., § 1273 Rdnr. 8; a. A. *Staudinger/Wiegand*, BGB, 2002, § 1273 Rdnr. 19: Erträge verbleiben dem Verpfänder.

⁵ *Emmerich*, Pfandrechtskonkurrenzen, 1909, S. 209.

⁶ *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 859 Rdnr. 20; *Stöber*, Forderungspfändung, 12. Aufl., Rdnr. 1705.

⁷ Vgl. *Stöber*, Forderungspfändung, Rdnr. 1677.

⁸ Siehe Fn. 5.

⁹ *Stöber*, Forderungspfändung, Rdnr. 1664.

10. BGB § 2221 (*Testamentsvollstreckervergütung nach der Neuen Rheinischen Tabelle*)

1. **Bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung des Testamentsvollstreckers kann – wenn auch nicht schematisch – die sog. Neue Rheinische Tabelle als Anhalt herangezogen werden. Das gilt auch bei überdurchschnittlich werthaltigen Nachlässen (hier: Bruttonachlasswert von über 3 Mio. Euro).**
2. **Bemessungsgrundlage für die Regelvergütung des Testamentsvollstreckers unter Berücksichtigung der Neuen Rheinischen Tabelle ist der Bruttonachlasswert, wenn die Vollstreckungstätigkeit auch die Schuldenregulierung umfasst. Eine Erhöhung des Bruttonachlasswertes um die Vorauspfeile der Erben findet nicht statt. Vielmehr ist die etwaige Befassung des Testamentsvollstreckers mit der Problematik der Vorauspfeile im Rahmen von Zuschlägen bei der rechnerischen Bestimmung der einheitlichen Vergütung zu berücksichtigen.**
3. **Eine Verwirkung des Vergütungsanspruchs kommt nur bei schwerwiegenden vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstößen des Testamentsvollstreckers gegen seine Amtspflichten in Betracht.**

OLG Schleswig, Urteil vom 25.8.2009, 3 U 46/08

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er berechtigt sei, dem Nachlass der am 12.11.2005 verstorbenen A. einen Betrag i. H. v. 231.000,00 € als Testamentsvollstreckervergütung zu entnehmen. Das LG hat der Klage nur teilweise stattgegeben. Es ist der Ansicht, dass der Kläger berechtigt sei, 76.655,28 € dem Nachlass als Testamentsvollstreckervergütung zu entnehmen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat zum Teil Erfolg. Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Der Kläger hat gemäß § 2221 BGB einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die Führung des Amtes als Testamentsvollstreckter i. H. v. 122.647,35 €.

1. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Unbestimmtheit der Höhe der Testamentsvollstreckervergütung. Steht die Höhe der Vergütung nicht aufgrund der Anordnung des Erblassers oder aufgrund einer Vereinbarung fest, kann sie nicht vom Testamentsvollstreckter selbst bindend bestimmt werden; vielmehr ist sie durch das Prozessgericht festzusetzen (OLG Köln, ZEV 2008, 335; MünchKommBGB/Zimmermann, 4. Aufl., 2004, § 2221 Rdnr. 7).

2. Der Vergütungsanspruch bestimmt sich in erster Linie nach dem Willen des Erblassers. Die Testamente der Erblasserin enthalten keine Bestimmungen zur Vergütung des Testamentsvollstreckers. In dem handschriftlichen Testament vom 17.2.2002 heißt es lediglich: „Denn das Vermögen was Papa und ich geschaffen haben, daran sollen keine Fremden sich eine goldene Nase verdienen.“ Ob sich dieser Satz überhaupt auf die Tätigkeit der von der Erblasserin angeordneten Testamentsvollstreckung beziehen soll, ist nicht ersichtlich. Nach seinem Kontext ist eher anzunehmen, dass er auf das zuvor nochmals bekräftigte Verbot, einen Vermögensverwalter zu beauftragen, Bezug nimmt. Selbst wenn man den Inhalt des Satzes auch auf eine Testamentsvollstreckung erstrecken wollte, so würde dies nichts daran ändern, dass dem Testamentsvollstreckter eine angemessene Vergütung zusteht. Zur Präzisierung des Begriffs der Angemessenheit vermag die

Formulierung „keine goldene Nase verdienen“ nichts beizutragen.

3. Der Vergütungsanspruch richtet sich auch nicht nach einer Vereinbarung zwischen dem Erblasser und den drei Miterben, da eine solche Vereinbarung nicht zustande gekommen ist. Lediglich die beiden Miterben E. und F. haben dem Vorschlag des Klägers, seine Vergütung auf 231.000,00 € festzusetzen, zugestimmt. Die Beklagte ist mit einer Vergütung in dieser Höhe nicht einverstanden.

4. Die Höhe der angemessenen Vergütung i. S. v. § 2221 BGB richtet sich nach den vom BGH entwickelten und inzwischen allgemein anerkannten Grundsätzen. Danach ist maßgebend der Pflichtenkreis, der dem Testamentsvollstreckter im Rahmen der Vergütung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegt, der Umfang seiner Verantwortung und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen wie auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind. Dabei ist die Berechnung der Vergütung nach Bruchteilen des Nachlasswerts möglich und im Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden förderlich. Solche Richtsätze dürfen jedoch nicht schematisch angewandt werden. Sie geben in der Regel nur einen Anhalt für Fälle, in denen der Testamentsvollstreckter die üblichen Aufgaben erfüllt (BGH, NJW 1967, 2400; LM BGB § 2221 Nr. 2 Bl. 2, 5 f.; WM 1972, 101, 102; ZEV 2005, 22, 23).

In der Praxis hat sich eine Orientierung an diversen Tabellen durchgesetzt, wobei anerkannt ist, dass eine generalisierende oder typisierende Anwendung verfehlt wäre; vielmehr ist eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall vorzunehmen. Zunächst wird anhand der Tabellen ein Vergütungsgrundbetrag ermittelt, sodann wird geprüft, ob dieser Grundbetrag im konkreten Einzelfall zu erhöhen oder zu reduzieren ist (*Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2221 Rdnr. 38).

In der Literatur werden die Rheinische Tabelle von 1925, die Möhring'sche, die Klingelhöffer'sche, die Berliner Praxis, die Tschischgale'sche, die Eckelskemper'sche, die Weirich'sche, die Groll'sche und die Neue Rheinische Tabelle von 2001 genannt (*Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 39; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2221 Rdnr. 11 f.). Zum Vergleich wird außerdem vielfach auf die Insolvenzzrechtliche Vergütungsordnung (InsVV) vom 19.8.1998 verwiesen.

Die veröffentlichte Judikatur zur Testamentsvollstreckervergütung ist nicht sehr umfangreich (aus den letzten Jahren vor allem BGH, ZEV 2005, 22; OLG Köln, ZEV 2008, 335; OLG Frankfurt, MDR 2000, 788). Die vom Kläger in der Klageschrift zugrundegelegte Neue Rheinische Tabelle hat der Senat selbst in zwei Fällen, in denen er kürzlich über die Testamentsvollstreckervergütung zu befinden hatte, sowie in einem am gleichen Tag verhandelten Rechtsstreit angewandt (Urteil vom 7.4.2009 – 3 U 35/08; 3 U 24/08 – beendet durch Vergleich; Urteil vom 28.7.2009 – 3 U 104/08). Auch das OLG Köln hat sie in seinem Beschluss vom 19.3.2007 (ZEV 2008, 35) herangezogen (für die Anwendung der Neuen Rheinischen Tabelle plädieren auch: *Reimann*, DNotZ 2001, 344, 355 f.; *Meyer*, JurBüro 2008, 129). Sie führt auch hier zu einem angemessenen Ergebnis.

a) Bemessungsgrundlage für die Regelvergütung des Testamentsvollstreckers ist der Wert des Nachlasses. Soweit die Vollstreckungstätigkeit auch die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten umfasst, ist vom Bruttonachlasswert auszugehen; ein Schuldenabzug findet in diesen Fällen nicht statt (BGH, NJW 1967, 2400, 2402; *Bengel/Reimann/Eckelskem-*

per, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, S. 587, Rdnr. 14; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 2221 Rdnr. 4; *Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 33). Die Testamentsvollstreckertätigkeit des Klägers umfasste auch die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten. Zwar haben nach dem Vortrag der Beklagten auch die Miterben an der Schuldenregulierung mitgewirkt, dennoch zählte die Schuldenregulierung zum Pflichtenkreis des Klägers. Danach ist hier vom Bruttonachlasswert auszugehen, der unstreitig 3.220.808,90 € betrug.

Entgegen der vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren vertretenen Ansicht sind die Vorausempfänge der Erben nicht zum Wert des Nachlasses zu addieren. Zwar wird diese Meinung in der Literatur durchaus vertreten (*Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2221 Rdnr. 8; *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 588, Rdnr. 15; *Groll/Groll*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2. Aufl. 2005, C IX Rdnr. 208, S. 1777 [ohne Begründung]; *Voss/Targan*, ZERB 2007, 241, 246). Von einer „gleichsam ‚stürmisch‘ im Vordringen“ begriffenen Ansicht – so die Formulierung des Prozessbevollmächtigten des Klägers – kann allerdings nicht gesprochen werden. Es fällt auf, dass diese Meinung bisher ausschließlich von Notaren und Rechtsanwälten vertreten worden ist. In den meisten Kommentaren findet sie keinerlei Erwähnung, auch in der Rechtsprechung ist sie bisher unberücksichtigt geblieben. Eine Erhöhung des Bruttonachlasswertes um die Vorausempfänge ist auch auszuschließen, da der Kläger selbst bisher diese Vorausempfänge zur Begründung der von ihm geltend gemachten Zuschläge zum Vergütungsgrundbetrag herangezogen hat. Man kann die Vorausempfänge aber nicht doppelt – einerseits zur Erhöhung des Vergütungsgrundbetrages und dann auch noch zur Begründung von Zuschlägen – berücksichtigen. Auch die von *J. Mayer* in seiner Kommentierung des § 2221 BGB im *Bamberger/Roth* entwickelten Vorschläge vermeiden eine mehrfache Berücksichtigung der Vorausempfänge. Im Rahmen einer Abwicklungsvollstreckung lehnt er nämlich Zuschläge für eine aufwendige Konstituierung und für eine Auseinandersetzung nahezu grundsätzlich ab. Im System seines Ansatzes, der die Testamentsvollstreckervergütung im Regelfall auf die Grundgebühr konzentriert, ist es durchaus stimmig, die Vorausempfänge im Rahmen dieser Grundgebühr zu berücksichtigen. Der Lösungsweg von *J. Mayer* engt jedoch das richterliche Ermessen unnötig ein. Die Neue Rheinische Tabelle bietet demgegenüber ausreichend Spielraum, um den Gesichtspunkt der Vorausempfänge bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung des Testamentsvollstreckers im Zusammenhang mit den Zuschlägen zu berücksichtigen.

b) Der Testamentsvollstrecker erhält nach der Neuen Rheinischen Tabelle bei einem Bruttonachlasswert von 3.220.808,90 € einen Vergütungsgrundbetrag in Höhe von 2 %, also 64.416,00 €.

Die Auffassung des LG, die Neue Rheinische Tabelle zwar grundsätzlich anzuwenden, dann aber abweichend von dieser von einem Vergütungsgrundbetrag in Höhe von lediglich 1 % auszugehen, vermag nicht zu überzeugen. Es stellt lediglich fest, dass ein Vergütungsgrundbetrag in Höhe von 1 % des Bruttonachlasswertes im vorliegenden Fall angemessen sei, ohne dies ausführlicher zu begründen. Allein die Hinweise auf die Mehrzahl der Tabellen, die von 1 % ausgehen – was sachlich bereits nicht zutrifft –, und auf ein „vernünftiges Wertverhältnis“ können die Abweichung von der Neuen Rheinischen Tabelle nicht rechtfertigen. Auch die Bezugnahme auf die Gebührenvorschrift des § 13 Abs. 1 RVG passt nicht (auch das OLG Köln, ZEV 2008, 336, lehnt einen Vergleich mit dem RVG ab); bestenfalls könnte die InsVV als Ver-

gleichsmaßstab geeignet sein. Die vom LG für seine Ansicht zitierte Rechtsprechung liegt im Übrigen lange vor Veröffentlichung der Neuen Rheinischen Tabelle und konnte sie deshalb also noch nicht berücksichtigen.

Nicht überzeugend ist die Auffassung der Beklagten, die angemessene Vergütung liege bei dieser Bemessungsgrundlage von 3,2 Mio. € bei 1 % des Nachlasswertes, oder unter Auswertung verschiedener Tabellen bei durchschnittlich 1,04 %. Die Beklagte und auch das LG übersehen, dass die einzelnen Tabellen sehr unterschiedlich anzuwenden sind. Nur in der Neuen Rheinischen Tabelle kann der Prozentsatz für die jeweilige Bemessungsgrundlage unmittelbar der Tabelle entnommen werden (siehe *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2221 Rdnr. 11 und *Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 39 mit Beispielen Rdnr. 40). Schreibt man die Auswertung von vier Tabellen bei *J. Mayer* in *Bamberger/Roth* (a. a. O.) fort, käme man bei 3,2 Mio. € Nachlasswert zu einer Durchschnittsvergütung von 50.150 €, das wären 1,57 %. Diese vier Tabellen sind aber die gebräuchlichsten, wobei hinsichtlich der alten Rheinischen Tabelle von 1925 schon seit längerem gestritten wird, ob eine generelle Erhöhung nötig ist (vgl. OLG Karlsruhe, JurBüro 2001, 206). In der jüngeren Rechtsprechung sind deshalb die von *J. Mayer* aufgeführte Möhring'sche Tabelle (so das OLG Karlsruhe, JurBüro 2001, 206) oder die ebenfalls von *J. Mayer* herangezogene Tabelle von Tschischgale (so OLG Frankfurt, MDR 2000, 788 f. – dort als die in der Praxis am häufigsten verwendete Tabelle bezeichnet) angewandt worden. Beide Tabellen kommen auch bei einem Wert von 3,2 Mio. € zu deutlich über der alten Rheinischen Tabelle liegenden Vergütungen (52.000 € – insoweit auch die Berechnung der Beklagten – bzw. 47.000 € – von der Beklagten fälschlich nicht nach Stufen berechnet). Die Beklagte erwähnt in ihrer Auflistung nicht die Tabellen von Weirich und von Eckelskemper. Diese liegen bei höheren Nachlasswerten ausweislich der Ausführungen von *Reimann* (DNotZ 2001, 344, 347 und Tabelle S. 349) aber über den Werten von Möhring (der bei 3,2 Mio. € auf 52.000 € käme). Schreibt man die Auswertung von fünf Tabellen und der Insolvenzrechtlichen Vergütung bei *Reimann* (DNotZ 2001, 344, 349) fort, kommt man (wegen der hohen Ansätze nach Insolvenzrecht) ersichtlich zu einem weit höheren Durchschnittswert als 50.150 €.

Diese Übersicht zeigt, dass die von der neuen Rheinischen Tabelle angesetzten 2 % bei Nachlasswerten von über 2,5 Mio. € nicht als drastischer Ausreißer nach oben angesehen werden können, sondern dort nur eine Tendenz fortgeschrieben wird, die ohnehin in den zuvor überwiegend herangezogenen Tabellen – abweichend von der alten Rheinischen Tabelle des Deutschen Notarvereins – angelegt waren.

Nicht zu überzeugen vermag die Argumentation der Beklagten, ein durchschnittlicher Nachlass von 241.000 € in Deutschland enthalte eine Immobilie, ein Konto und ein Depot, weshalb dann hochgerechnet ein Nachlass von 3,2 Mio. € 13 Immobilien, 13 Konten und 13 Depots umfassen müsse, um in der Größenordnung „normal“ zu sein und einen entsprechenden Aufwand gemessen an dem Nachlasswert zu erfordern. Tatsächlich enthält der Nachlass hier allerdings „nur“ sieben Grundstücke und Konten (teilweise Darlehenskonten) sowie Depots bei der Sparkasse G, der H.-Bank, der Sparkasse I, der J und der K-Bank. „Normal“ erscheint jedoch entgegen der dargelegten Argumentation der Beklagten, dass ein Nachlass mit einem gut 13-mal höheren Wert als der Durchschnitt nicht gerade auch 13-mal mehr Immobilien und Konten/Depots enthält, aber eben doch ein Vielfaches mehr als in dem Durchschnittsfall und hinsichtlich der Immobilien wie hier auch Mehrfamilienhäuser. Bei der Bearbeitung durch den

Testamentsvollstrecker fällt deshalb – auch wegen Synergieeffekten – zwar nicht zwingend die 13-fache Arbeitszeit an, aber eben doch erheblich mehr als in dem Durchschnittsfall einer Testamentsvollstreckung, zudem steigen entsprechend die Verantwortung und oft auch die Anforderungen an Verhandlungs- und Organisationsgeschick. Weil sich diese Anforderungen ersichtlich aber nicht einfach prozentual im Verhältnis zum Wert vermehren, ist es einerseits berechtigt, bei einem höheren Nachlasswert mit einem geringeren Prozentsatz zu arbeiten, andererseits darf dieser Prozentsatz doch auch nicht zu stark sinken. Dann aber ist die Wertung der Neuen Rheinischen Tabelle, die bei dem „Normalfall“ von 241.000 € Bemessungsgrundlage mit einer Grundvergütung von 4 % arbeitet, bei den hier fraglichen 3,2 Mio. € jedoch mit 2 %, im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden und kann gerade auch angesichts der Umstände des vorliegenden Falles herangezogen werden.

Nach Ziffer I. der Neuen Rheinische Tabelle kommt lediglich bei einer geringeren Belastung des Testamentsvollstreckers, nämlich bei einer Nacherbenvollstreckung oder bloß beaufsichtigender Vollstreckung, anstelle des vollen Grundbetrages ein auf $\frac{2}{10}$ bis $\frac{5}{10}$ reduzierter Grundbetrag in Betracht. Soweit die Miterben, die Steuerberaterin der Erblasserin und der Beklagtenvertreter an der Erbaueinandersetzung mitgewirkt haben, findet dies jedoch bei der Bestimmung der Zuschläge Berücksichtigung und kann nicht zusätzlich schon zu einer geringeren Vergütungsgrundgebühr führen.

c) Neben dem Vergütungsgrundbetrag sieht die Neue Rheinische Tabelle bestimmbare variable Zuschläge für die einzelnen Tätigkeiten vor, damit die Vergütung der individuellen Arbeit und der Verantwortung des konkreten Falles angepasst werden kann, andererseits aber auch kalkulierbar bleibt. Diese Zuschläge, die zum Teil auch als „Gebühren“ bezeichnet werden, sind aber als Teil des einheitlichen Vergütungsanspruchs des Testamentsvollstreckers nach § 2221 BGB zu verstehen (*Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 8 für die „Konstituierungsgebühr“).

aa) Nach Ziffer II. 1. a) der Neuen Rheinischen Tabelle erhöht sich der einheitliche Vergütungsanspruch um einen Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ für eine aufwendige Grundtätigkeit, wenn die Konstituierung des Nachlasses aufwendiger als im Normalfall ist. Als Normalfall wird dabei ein Nachlass bezeichnet, der aus Bargeld, Wertpapierdepot oder Renditeimmobilie zusammengesetzt ist und der z. B. durch bloßes Einholen von Kontoauszügen, Grundbucheinsichten und Sichtung von Mietverträgen konstituiert ist. Aufwendiger als der Normalfall ist ein Nachlass, wenn besondere Maßnahmen zur Ermittlung, Sichtung und Inbesitznahme des Nachlasses, die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses, die Bewertung des Nachlasses und die Regelung von Nachlassverbindlichkeiten einschließlich inländischer Erbschaftsteuer erforderlich sind. Abzustellen ist also auf einen besonderen Arbeitsaufwand bei der Konstituierung des Nachlasses.

Ein Zuschlag wegen aufwendiger Grundtätigkeit ist in Höhe von $\frac{3}{10}$ gerechtfertigt. Dieser Zuschlag ergibt sich nicht aus der Zusammensetzung des Nachlasses, sondern aufgrund der Vorausempfänge und der Anrechnungsbestimmungen. Die konkreten Angaben des Klägers zum Umfang und zu den Inhalten seines Arbeitsaufwandes bei der Konstituierung des Nachlasses sind eher spärlich. Im Wesentlichen hebt er die Komplexität des Nachlasses, wie sie sich vor allem im Nachlassverzeichnis manifestiere, hervor (insbesondere mehrere Konten und Geschäftsverbindungen zu Sparkassen und Banken sowie insgesamt sieben Grundstücke). Diese Angaben zeigen aber – ebenso wie der Blick in das Nachlassverzeich-

nis – lediglich, dass es sich um einen Normalfall handelt, wie er bei einem Bruttonachlasswert von 3,2 Mio. € zu erwarten ist. Dass hier Immobilien, Konten und Verbindlichkeiten in größerer Zahl als in dem Fall eines Durchschnittsnachlasses zu bearbeiten waren, wird durch den viel höheren Vergütungsgrundbetrag bei einem Bruttonachlasswert von 3,2 Mio. € bereits angemessen berücksichtigt, so dass ein weiterer Zuschlag insoweit nicht in Betracht kommt. Zudem weist der Nachlass keine Besonderheiten, wie etwa gesellschaftsrechtliche Beteiligungen oder Auslandsvermögen, auf, die einen Zuschlag wegen einer aufwendigen Grundtätigkeit rechtfertigen könnten. Ebenso wenig vermag die Vornahme der Schuldenregulierung einen derartigen Zuschlag zu begründen, da daran die Miterben und die Steuerberaterin maßgeblich mitgewirkt haben. Soweit die Kreditverhältnisse gegenüber den Banken neu zu regeln waren, hat diese Aufgabe der vom Kläger beauftragte Notar D. übernommen. Im Übrigen haben die Erben die Schulden übernommen und abgetragen.

Auch das OLG Köln hat in seiner Entscheidung vom 19.3.2007, die eine Testamentsvollstreckung bei einem Nachlass (betreffend eine radiologische Facharztpraxis) mit einem Aktivvermögen von 8,31 Mio. € und Verbindlichkeiten i. H. v. 6,5 Mio. € zum Gegenstand hatte, bei der Gewährung eines Zuschlages für eine aufwendige Grundtätigkeit einen strengen Maßstab angelegt und lediglich einen Zuschlag in Höhe von $\frac{2}{10}$ für angemessen gehalten. Die bloßen Hinweise auf die Höhe des Nachlasses und darauf, dass eine größere Zahl an Verbindlichkeiten für den Testamentsvollstrecker einen höheren sowie verantwortungsvolleren Arbeitsaufwand bedeutete, hat es als substanzlos bezeichnet (ZEV 2008, 336).

Hingegen ergibt sich ein Zuschlag wegen aufwendiger Grundtätigkeit aufgrund der Vorausempfänge und der Anrechnungsbestimmungen. Damit sind ein besonderer Arbeitsaufwand und auch eine vom Normalfall abweichende besondere Verantwortung verbunden. Hier waren zum einen die Bestimmungen in den verschiedenen Testamenten zur Anrechnung zu beachten und für die Anwendung auszulegen, außerdem Bestimmungen in sieben Überlassungsverträgen, sodann waren die Grundstücke zu bewerten. Der erhebliche Umfang der Vorausempfänge mit einem Verkehrswert von gut 9 Mio. € rechtfertigt einen Zuschlag von $\frac{3}{10}$. Da die Bewertung des Verkehrswertes einem Sachverständigen – gegen Vergütung – überlassen worden ist und auch hinsichtlich der Anrechnung recht klare Bestimmungen vorlagen, kommt ein höherer Zuschlag nicht in Betracht.

bb) Ziffer II. 1. b) der Neuen Rheinischen Tabelle sieht einen weiteren Zuschlag in Höhe von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ vor, wenn der Nachlass auseinander zu setzen ist (Aufstellung eines Teilungsplans und dessen Vollzug) oder Vermächtnisse zu erfüllen sind (ebenso OLG Köln, ZEV 2008, 335, 337). Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Testamentsvollstrecker nicht zwangsläufig eine Auseinandersetzung betreiben muss, so dass diese Leistung in der Grundvergütung noch nicht berücksichtigt ist. Die Gewährung dieses Zuschlages setzt voraus, dass auf eine Konstituierung und lange Verwaltung noch eine Auseinandersetzung folgt, die dann selbst anspruchsvoll und mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist (OLG Köln, FamRZ 1994, 328, 329; *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 598, Rdnr. 52).

Ein Zuschlag für die Auseinandersetzung ist nur in einem geringen Umfang, nämlich in Höhe von $\frac{3}{10}$ gerechtfertigt. Da der Kläger an dem Teilungsplan zur Erbaueinandersetzung beteiligt war und eine Auseinandersetzung 2007 stattgefunden hat, liegen die Voraussetzungen für diesen Zuschlag grundsätzlich vor. Der Zuschlag ist geringfügig zu erhöhen,

da mit dem niedrigsten Satz in Höhe von $\frac{2}{10}$ lediglich der einfachste denkbare Fall einer Auseinandersetzung abgegolten werden sollte. Eine Anhebung um $\frac{1}{10}$ ist angemessen, da die Nachlassverteilung auf der Grundlage von sog. „Körben“, die die diversen zu Lebzeiten übertragenen Immobilien mit ihren Werten enthielten, erfolgte und die Auseinandersetzung mit einer der drei Miterben, nämlich der Beklagten, nicht problemlos verlief. Das „Körbe-System“ ist allerdings in seiner Struktur sehr einfach und als Grundgedanke der Verteilung auch sehr naheliegend, so dass es nicht zu einem noch höheren Zuschlag führen kann.

Eine darüber hinausgehende besondere Schwierigkeit bei der Auseinandersetzung, die einen noch höheren Auseinandersetzungszuschlag rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Die größere Zahl von Immobilien und der damit im Verhältnis zu einem Normalfall der Testamentsvollstreckung gegebene größere Arbeitsumfang wird durch die Bemessungsgrundlage von 3,2 Mio. € und damit im Rahmen des Vergütungsgrundbetrages berücksichtigt. Die Vorausempfehlungen und die Anrechnungsbestimmungen sind bereits in die Bestimmung des Zuschlages nach Ziffer II. 1. a) eingeflossen und können daher nicht zusätzlich zu einer Erhöhung des Zuschlages nach Ziffer II. 1. b) führen. Auch die Herstellung des Kontakts durch den Kläger zu dem mit ihm freundschaftlich verbundenen Notar D. kann nicht zu einer Erhöhung des Zuschlages führen. Denn der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers bezieht sich auf dessen eigene Arbeitsleistung. Hinzu kommt, dass der Notar D. zu dem Büro des den Teilungsplan gegen Vergütung beurkundenden Notars L. gehört. Unstreitig haben zudem neben dem Kläger und dem Notar D. auch der Beklagtenvertreter und der Notar L. an der Endfassung des Teilungsplanes mitgewirkt. Der Kläger hat in seiner Replik vom 17.1.2008 auf die Klageerwiderung selbst vorgebracht: „Soweit die Beklagte ausführt, der Notarentwurf eines Auseinandersetzungsvertrages habe viele verbesserungsbedürftige Passagen enthalten, mag dies der Fall sein. Bei derart umfangreichen Erbaueinandersetzungen ist dies der Regelfall (...).“ Weiter heißt es dort, dass D. „mit der Vorbereitung der notariellen Umsetzung (...) beauftragt war“ und dass es „Aufgabe des Notars und nicht die des Testamentsvollstreckers [sei], auf die korrekte (z. B.) dingliche Umsetzung und Gestaltung zu achten“. Unstreitig ist weiterhin, dass auch der Beklagtenvertreter sinnvolle Hinweise in die Gestaltung der Auseinandersetzung eingebracht hat, die sich auf die Berücksichtigung des Überganges der Grundschuldbriefe in der Erbaueinandersetzung und die Einfügung einer Klausel über die Teilunwirksamkeit bezogen. Vor diesem Hintergrund ist ein Auseinandersetzungszuschlag von mehr als $\frac{3}{10}$ nicht in Betracht zu ziehen.

cc) Ein weiterer Zuschlag für aufwendige oder schwierige Gestaltungsaufgaben im Vollzug der Testamentsvollstreckung ist nicht zuzubilligen. Die Neue Rheinische Tabelle sieht für derartige Aufgaben, die über die bloße Abwicklung hinausgehen, in Ziffer II. 1. d) einen Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ vor. Als Beispiele werden eine Umstrukturierung, eine Umschuldung und eine Verwertung („Versilbern des Nachlasses“, Verkäufe) genannt.

Die Nachlassverteilung auf der Grundlage von „Körben“ betrifft das Konzept der Erbaueinandersetzung, nicht aber besondere Schwierigkeiten beim Vollzug der Testamentsvollstreckung, und ist bereits im Rahmen des Auseinandersetzungszuschlages berücksichtigt worden. Die Voraussetzungen sind bei dem Zuschlag für die aufwendige Grundtätigkeit eingebracht worden. Ein doppeltes Einstellen derselben Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers ist jedoch ausgeschlossen,

da letztlich eine einheitliche angemessene Vergütung zu bestimmen ist, in die alle relevanten Gesichtspunkte Eingang finden.

dd) Auch ein weiterer Zuschlag für die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen sowie für die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit, wie ihn der Kläger in seiner Berufungsbegründung geltend macht, kommt nicht in Betracht. Der Kläger selbst weist darauf hin, dass die Kenntnisse und Erfahrung sowie die zum Erfolg führende Geschicklichkeit integrale Bestandteile der bereits geltend gemachten Zuschläge sind. Der Erfolg der vom Kläger vergleichsweise zügig durchgeführten Testamentsvollstreckung drückt sich schon in den beiden gewährten Zuschlägen aus und bedarf nicht der Gewährung eines weiteren Zuschlages. Dementsprechend sieht die Neue Rheinische Tabelle auch keinen derartigen Zuschlag vor.

d) Der Vergütungsanspruch des Klägers erhöht sich noch um die Umsatzsteuer in Höhe von 19 %. Die Neue Rheinische Tabelle sieht unter Ziffer IV. die zusätzliche Erhebung der Umsatzsteuer vor. In der Literatur werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Nach *Reimann* sei es nunmehr herrschende Meinung, dass die Umsatzsteuer zusätzlich zur Testamentsvollstreckervergütung zu erheben sei (*Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 57; ebenso *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2221 Rdnr. 15; *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 642, Rdnr. 231 ff.; *Groll/Groll*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, S. 1782, Rdnr. 215; *Klingelhöffer*, ZEV 2004, 120, 121). *Eckelskemper*, der für eine gesonderte Erhebung der Umsatzsteuer plädiert, spricht davon, dass „nach der bisher herrschenden Meinung“ die Vergütung des Testamentsvollstreckers eine Bruttovergütung sei (*Bengel/Reimann/Eckelskemper*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 642, Rdnr. 231). Das Argument, dass die Vergütung eine Bruttovergütung sei und deshalb die Umsatzsteuer nicht hinzugerechnet werden könne, wird auch noch weiterhin vertreten (OLG Köln, FamRZ 1994, 328, 329; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2221 Rdnr. 19; *Palandt/Edenhofer*, § 2221 Rdnr. 4). Im Anschluss an die Neue Rheinische Tabelle ist die Umsatzsteuer zusätzlich auszuweisen. Dies dürfte auch lebensnäher sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Testamentsvollstreckter, der die Umsatzsteuer abführen muss, diese nicht zu seiner Vergütung hinzurechnen können soll.

5. Der von der Beklagten dem Vergütungsanspruch des Klägers entgegengehaltene Einwand der Verwirkung greift – wie das LG zutreffend gesehen hat – nicht durch. Ein Testamentsvollstreckter kann durch gröblich pflichtwidrige Amtsführung bei Vorliegen eines schweren Verschuldens seinen Vergütungsanspruch verirken. Eine Verwirkung ist aber nur in Ausnahmefällen anzunehmen, nämlich bei schwerwiegenden vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstößen des Testamentsvollstreckers gegen seine Amtspflichten (*Palandt/Edenhofer*, § 2221 Rdnr. 15), etwa wenn sich der Testamentsvollstreckter bewusst über die Interessen der Erben hinwegsetzt oder wenn er mit seiner Tätigkeit eigene Interessen oder die anderer Personen verfolgt (BGH, DNotZ 1980, 164, 165). Eine Verwirkung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn der Testamentsvollstreckter zwar bestrebt war, sein Amt im Interesse des Nachlasses auszuüben, jedoch infolge irriger Beurteilung der Sachlage seine Befugnisse überschritten hat (*MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2221 Rdnr. 21) oder wenn er durch eine irrtümliche Beurteilung der Sach- und Rechtslage fehlerhafte Entschlüsse fasste und Entscheidungen traf (BGH, DNotZ 1976, 559, 560; DNotZ 1980, 164; *Palandt/Edenhofer*, § 2221 Rdnr. 15). Auch langsame und

ineffektive Arbeit führt nicht zu einer Verwirkung (OLG Frankfurt, MDR 2000, 788, 789).

Gegen das Vorliegen der für eine Verwirkung erforderlichen Amtspflichtverstöße „in besonders schwerer Weise vorsätzlich oder grob fahrlässig“ (BGH, DNotZ 1980, 164) spricht hier bereits ersichtlich das relativ zügig erreichte Ende der Abwicklungsvollstreckung in Form des Teilungsplans. Streitig war nach lediglich gut 14 Monaten Testamentsvollstreckung letztlich nur noch die Testamentsvollstreckervergütung. Die Beklagte selbst schreibt dementsprechend bereits in der Klagerwiderung: „Über die inhaltliche Auseinandersetzung des Nachlasses bestand Übereinstimmung unter allen Miterben und mit dem Testamentsvollstrecker.“

Soweit die Beklagte erstinstanzlich diverse Fehler und Mängel in der Amtsführung moniert hatte ist die Schwelle zu einem grob fahrlässigen Verhalten sicher nicht überschritten. Aber auch eine Verweigerung von Auskünften gegenüber der Beklagten oder ein Verstoß gegen den Willen der Erblasserin ist nicht ersichtlich. Im Einzelnen ergibt sich dies aus Folgendem: (...)

6. Abschließend ergibt sich damit ausgehend von einem Bruttonachlasswert i. H. v. 3.220.808,90 € folgende Berechnung der Vergütung des Klägers:

Vergütungsgrundbetrag, Ziffer I der Neuen Rheinischen Tabelle	64.416,00 €
Zuschlag ($\frac{3}{10}$) wegen aufwendiger Grundtätigkeit, Ziffer II. 1. a)	19.324,50 €
Zuschlag ($\frac{3}{10}$) für Auseinandersetzung, Ziffer II. 1. b)	<u>19.324,50 €</u>
Nettovergütung	103.065,00 €
zzgl. 19 % Umsatzsteuer, Ziffer IV.	<u>19.582,35 €</u>
Bruttovergütungsanspruch	122.647,35 €

Anmerkung:

1. Das Urteil des OLG Schleswig vom 25.8.2009 betrifft die Testamentsvollstreckervergütung. Der Umfang der literarischen Äußerungen zu diesem Thema ist umgekehrt proportional zur Kürze der gesetzlichen Regelung. Das Gesetz regelt die Testamentsvollstreckervergütung (§ 2221 BGB) nur mit einem Satz. Im Gegensatz zu den literarischen Äußerungen sind gerichtliche Erkenntnisse erstaunlich spärlich. Das Urteil des OLG Schleswig bestätigt die vom Deutschen Notarverein im Jahr 2000 herausgegebenen Empfehlungen.¹ Die DNotV-Empfehlungen werden auch als „Neue Rheinische Tabelle“ bezeichnet.

2. Es ist primär Sache des Erblassers, die Vergütung des Testamentsvollstreckers festzusetzen. Der Testamentsvollstrecker hat nur dann einen Anspruch auf angemessene Vergütung gemäß § 2221 BGB, wenn der Erblasser die Vergütung nicht selbst festgesetzt hat – Vorrang und Maßgeblichkeit des Erblasserwillens.

Die Festsetzung der Vergütung ist Teil der Testamentsvollstreckungsanordnung und bedarf daher der Form der letztwilligen Verfügung.² Werden Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer zu Testamentsvollstreckern ernannt, bietet sich die Verweisung auf deren

Gebührenordnungen an. Aber auch andere Bezugsgrößen, wie eine der nachstehend erwähnten „Tabellen“, sind denkbar. Nach § 291 ZPO bedürfen Tatsachen, die dem Gericht offenkundig sind, keines Beweises. Auf offenkundige Tatsachen kann jederzeit Bezug genommen werden. Offenkundig ist dabei eine Tatsache, die einer beliebig großen Zahl von Menschen privat bekannt oder ohne weiteres zuverlässig wahrnehmbar ist.³ Informationsquelle können alle Medien sein, also auch Fachveröffentlichungen. Als Beispiele werden im Allgemeinen Zahlenangaben in statistischen Jahrbüchern⁴ und die Lebenshaltungskostenindizes angeführt.⁵ Diese Auslegung ist bei § 2221 BGB bereits durch den *favor testamenti* geboten.

Hat der Erblasser eine Vergütung bestimmt, gilt diese. Aufgrund des Vorrangs des Erblasserwillens findet eine Überprüfung, ob die vom Erblasser festgesetzte Höhe angemessen ist, nicht statt. Ist der Testamentsvollstrecker mit der vom Erblasser bestimmten Vergütung nicht einverstanden, kann er die Annahme des Amtes ablehnen, nach Annahme hat er nur die Möglichkeit, das Amt zu kündigen oder mit den Erben zu verhandeln.⁶

3. Der Testamentsvollstrecker hat Anspruch auf eine „angemessene Vergütung“. Wenn der Erblasser die Vergütung des Testamentsvollstreckers nicht festgesetzt hat, bestimmt sich diese nach § 2221 BGB. Bei der Angemessenheit sind

- der Umfang und der Wert des Nachlasses,
- die Dauer der Verwaltung,
- der Umfang und die Schwierigkeit der Geschäfte des Vollstreckers,
- die Größe seiner Verantwortung,
- die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen
- und der erzielte Erfolg

zu berücksichtigen.⁷ Dabei ist vom Bruttowert (= Aktivvermögen) des Nachlasses auszugehen, soweit auch die Verbindlichkeiten verwertet werden. Die Zeitvergütung⁸ wurde vom BGH abgelehnt.⁹

Hat man den Bezugswert auf diese Weise gewonnen, fragt es sich, wie hieraus die Vergütung zu errechnen ist. Die o. g. Kriterien sind dabei wenig hilfreich, es handelt sich eher um Leerformeln, in die jeder dasjenige „hineinpacken“ kann, was er im Hinblick auf die von ihm für richtig gehaltene Vergütung für zweckmäßig hält. Die Rechtsprechung zur Testamentsvollstreckervergütung ist kasuistisch und wenig strukturiert. Zudem erreichen nicht allzu viele Fälle die Obergerichte. Nach den vorliegenden Erfahrungen einigen sich Testamentsvollstrecker und Nachlassbeteiligte meist im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung oder vergleichen sich im Rechtsstreit, so dass die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen für die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nicht repräsentativ sind.

Die Testamentsvollstreckervergütung wird nach gängiger Praxis mit Hilfe diverser Tabellen ermittelt. Diese ergeben einen

³ Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 291 Rdnr. 1.

⁴ BGH, NJW-RR 1993, 1122.

⁵ BGHZ 111, 214; allg. Meinung, vgl. Lichtenberger, NJW 1984, 159; Reithmann, DNotZ 1984, 628; ders., ZEV 2001, 385.

⁶ Soergel/Damrau, § 2221 Rdnr. 2; Staudinger/Reimann, BGB, 2003, § 2221 Rdnr. 4.

⁷ BGH, ZEV 2005, 22; MDR 1963, 293; NJW 1963, 487; WM 1972, 101.

⁸ Vgl. Zimmermann, ZEV 2001, 334, 338.

⁹ ZEV 2005, 22.

¹ Notar 2000, 2 ff. = ZEV 2000, 181 ff.; abrufbar unter www.dnotv.de.

² BayObLG 1980, 152; Soergel/Damrau, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2221 Rdnr. 2.

Vergütungsgrundbetrag, der je nach Sachlage zu erhöhen oder herabzusetzen ist. Er deckt nur die „glatte“ Abwicklung ab.

Zu nennen sind hier folgende Tabellen:

- die Rheinische Tabelle,
- die Möhring'sche Tabelle,
- die Klingelhöffer'sche Tabelle,
- die Berliner Praxis-Tabelle,
- die Eckelskemper'sche Tabelle,
- die Empfehlungen des Deutschen Notarvereins = Neue Rheinische Tabelle,
- die Tabelle von *Groll*.¹⁰

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Bewertungspraxis der Banken, die mit steigender Tendenz Nachlässe als Testamentsvollstrecker abwickeln. Die Vergütungen der Banken werden ebenfalls auf der Grundlage des Bruttowertes nach Prozentsätzen ermittelt. Nach den verfügbaren rechtstatsächlichen Erhebungen bewegen sich die Vergütungen der Banken im Wesentlichen in dem Rahmen, der durch die DNotV-Empfehlungen gesetzt wird.

Die im Jahr 2000 vom Deutschen Notarverein herausgegebenen Empfehlungen wären nur eine Tabelle unter vielen, wenn sie nicht zugleich die Ermittlung der Testamentsvollstreckervergütung strukturiert und damit auch für die Nachlassbeteiligten transparent gemacht hätten. Die DNotV-Empfehlungen sehen einen Vergütungsgrundbetrag und Zuschläge bzw. Abschläge vor, je nachdem wie komplex der Nachlass und wie kompliziert die Nachlassabwicklung ist.¹¹ Die Differenzierungen der DNotV-Empfehlungen (Neue Rheinische Tabelle) orientieren sich strukturell an der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV), haben also einen normativen Bezug. Die DNotV-Empfehlungen stellen wie die übrigen Tabellen nur Richtwerte dar, im Einzelfall wird die sich hieraus zu errechnende Vergütung noch einmal zu verifizieren sein.

4. Das Urteil des OLG Schleswig bestätigt, wie schon vor ihm das OLG Köln in seinem Beschluss vom 19.3.2007¹², die DNotV-Empfehlungen als geeigneten Maßstab, um die angemessene Vergütung i. S. v. § 2221 BGB zu ermitteln. Der BGH hatte in seinem Beschluss vom 27.10.2004¹³ für den Fall, der vor Herausgabe der DNotV-Empfehlungen angesiedelt war, die (alte) Rheinische Tabelle für anwendbar gehalten. Das Urteil des OLG Schleswig bestätigt auch die nunmehr wohl herrschende Meinung, dass die Umsatzsteuer zusätzlich zur Vergütung geschuldet ist. Das Urteil ist zu begrüßen. Die DNotV-Empfehlungen werden damit auch durch die Rechtsprechung zunehmend legitimiert.

Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Passau

¹⁰ Vgl. Überblick *Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 39.

¹¹ Vgl. Erläuterungen *Reimann*, DNotZ 2001, 344.

¹² ZEV 2008, 35.

¹³ ZEV 2005, 22.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. HGB §§ 161, 108; BGB §§ 2205, 2209 (*Anmeldung der Sondererbfolge in Kommanditanteile durch Testamentsvollstrecker*)

Ein Testamentsvollstrecker, dem die Abwicklung des Nachlasses und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben obliegt (sog. Abwicklungsvollstreckung im Unterschied zur Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung), ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.

OLG München, Beschluss vom 7.7. 2009, 31 Wx 115/08; eingeklagt von Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Nach dem Tod eines Kommanditisten der beteiligten Gesellschaft sind vier Erben im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetreten. Testamentsvollstreckung ist angeordnet. Die verbliebenen Altgesellschafter und der Testamentsvollstrecker meldeten das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters und den Eintritt der Erben als Kommanditisten in die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung gegenüber dem Notar, dass an der Anmeldung nicht die Erbenkommanditisten (Neugesellschafter), sondern an deren Stelle der Testamentsvollstrecker mitgewirkt habe. Anmeldebefugt sei nicht der Testamentsvollstrecker, sondern – neben den Altgesellschaftern – die im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetretenen Erben selbst. Etwas anderes gelte nur, wenn es sich um eine Dauer- bzw. Verwaltungstestamentsvollstreckung handeln würde. Das sei hier nicht der Fall; denn das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis enthalte keinen entsprechenden Zusatz. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde wies das LG zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Allerdings ist die Entscheidung des LG insoweit abzuändern, als das LG fälschlich gemeint hat, die vom Notar eingelegte Beschwerde sei namens der Neugesellschafter eingelegt gewesen. (...)

2. In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Überprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Der bloße Abwicklungstestamentsvollstrecker, wie hier, ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.

a) Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Anmeldung des durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsels zum Handelsregister hängt nach der Rechtsprechung davon ab, welche Befugnisse dem Testamentsvollstrecker übertragen sind, d. h. wie weit seine Verwaltungsbefugnis reicht. Insoweit wird zwischen der sog. Abwicklungsvollstreckung einerseits und der Dauervollstreckung oder Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) andererseits unterschieden. Ist für den betreffenden Kommanditanteil Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so ist der Testamentsvollstrecker zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet (vgl. BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183). Wenn hingegen nur eine Abwicklungsvollstreckung vorliegt, ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht befugt, anstelle des oder der Erben-Gesellschafter den Übergang des Kommandit-

anteils auf sie zum Handelsregister anzumelden (KG, OLGZ 1991, 261 = NJW-RR 1991, 835). Dieser Rechtsprechung, die das LG seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, schließt sich der Senat an. Im Falle der Abwicklungsvollstreckung ist der Testamentsvollstrecker nämlich nur damit betraut, den Nachlass abzuwickeln und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken.

Der Übergang des Kommanditanteils auf die Erben vollzieht sich jedoch im Wege der Sonderrechtsnachfolge ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers. Es entfällt deshalb die Befugnis des Testamentsvollstreckers, die Beteiligung an der Gesellschaft als Teil des Nachlasses unter den Miterben auseinanderzusetzen und bis dahin zu verwalten (vgl. *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 29). Für eine Verwaltung des Kommanditanteils durch den Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB) ist somit kein Raum; das unterscheidet diesen Fall von der angeordneten Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung.

Etwas anderes gilt allerdings für die aus der Kommanditbeteiligung abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte, die nach der Rechtsprechung nicht aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlass ausgegliedert werden (BGHZ 108, 187, 192 = DNotZ 1990, 183; KG, OLGZ 1991, 261, 265). Das betrifft aber nicht die hier inmitten stehende Frage der Anmeldung zum Handelsregister; denn insoweit geht es um die gesellschaftsrechtliche Beteiligung bzw. die Gesellschafterstellung als solche, wie bereits das KG überzeugend ausgeführt hat (OLGZ 1991, 261, 265). Die gegen diese Rechtsprechung vorgebrachten Einwendungen der weiteren Beschwerde greifen nicht durch. Dass der Abwicklungsvollstrecker unter Umständen Zugriff auf die Gesellschaftsanteile als Nachlasssubstanz nehmen kann, um Nachlassverbindlichkeiten berichtigen zu können, betrifft die vermögensrechtliche Komponente und ändert nichts an seiner fehlenden Verwaltungsbefugnis im Übrigen. Auch der Umstand, dass es nur um die Kundgabe einer sich von selbst vollziehenden Abwicklung geht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es ist den Erben-Kommanditisten im Übrigen ohne weiteres zumutbar, die Anmeldung selbst vorzunehmen.

b) Dem LG ist auch darin beizupflichten, dass das Registergericht ohne weitere Nachforschungen davon ausgehen konnte, dass der weitere Beteiligte zu 1 bloßer Abwicklungsvollstrecker ist. Insoweit reicht, wie ebenfalls bereits das KG überzeugend ausgeführt hat (KG, OLGZ 1991, 261, 266 f.), das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis. Eine Verwaltungs- oder Dauervollstreckung wäre im Zeugnis anzugeben. Enthält ein Zeugnis, wie hier, keine Angaben, so kommt damit zum Ausdruck, dass dem Testamentsvollstrecker die Befugnisse des gesetzlichen Regeltyps eines Abwicklungsvollstreckers zustehen. Das wird von der weiteren Beschwerde auch nicht mehr angegriffen.

Anmerkung:

Der vorliegenden Entscheidung des OLG München lag der Fall zugrunde, dass einer von mehreren Kommanditisten einer KG verstorben und von vier Personen beerbt worden war. Das OLG hatte nun die registerrechtliche Frage zu beantworten, ob es ausreichend ist, wenn die Erbfolge durch die verbleibenden Gesellschafter und den Abwicklungstestamentsvollstrecker zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird, oder ob es zwingend auch der Mitwirkung der Erben, die neue Gesellschafter der KG geworden sind, bedarf. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung der Obergerichte, die sich mit dieser Frage zu beschäftigen

hatten,¹ hält der Senat es für erforderlich, dass nicht nur alle Altgesellschafter, sondern auch die Neugesellschafter, d. h. die Erben, an der Anmeldung mitwirken. Es soll nicht von der Kompetenz des Abwicklungsvollstreckers umfasst sein, diese Anmeldung für die Neugesellschafter vorzunehmen.

I. Unterscheidung zwischen Abwicklungs- und Verwaltungstestamentsvollstreckung

Zur Begründung für seine Auffassung stellt das OLG München zunächst heraus, dass zwischen der Abwicklungstestamentsvollstreckung (§ 2204 BGB) einerseits und der Dauer- bzw. Verwaltungstestamentsvollstreckung (§§ 2209, 2216 BGB) andererseits zu unterscheiden sei. Je nachdem, welche Art der Testamentsvollstreckung angeordnet sei, kämen dem Testamentsvollstrecker unterschiedliche Befugnisse zu. Diese Aussagen sind in ihrer Allgemeinheit sicher nicht zu beanstanden. Ob die unterschiedliche Ausgestaltung der Abwicklungs- und der Verwaltungstestamentsvollstreckung aber tatsächlich eine unterschiedliche Behandlung auch in registerrechtlicher Hinsicht rechtfertigt bzw. zu einer solchen gerade zwingt, erscheint meiner Ansicht nach zweifelhaft.

Durchaus zutreffend geht das OLG München zunächst davon aus, dass, sofern Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist, der Testamentsvollstrecker berechtigt und verpflichtet ist, die eingetretene Sondererbfolge zum Handelsregister anzumelden. Insofern besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur.²

Für den Fall der bloßen Abwicklungstestamentsvollstreckung soll der Testamentsvollstrecker nach Auffassung des OLG München dagegen nicht zur Anmeldung berechtigt sein, weil er in diesem Fall nur damit betraut ist, den Nachlass abzuwickeln und die Auseinandersetzung zu bewirken. Da Kommanditanteile aber im Wege der Sondererbfolge unmittelbar und geteilt auf die Nachfolgererben übergehen, bedürfe es keiner Mitwirkung des Testamentsvollstreckers. Daraus, dass es im Hinblick auf den Kommanditanteil keiner Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft durch den Testamentsvollstrecker bedarf, folgert der Senat sodann, dass dem Testamentsvollstrecker auch keine Verwaltungsbefugnisse zukommen, so dass der Testamentsvollstrecker nicht zur Anmeldung befugt sei. Das OLG München folgt insofern der vom KG bereits in einer Entscheidung vom 7.3.1991³ vertretenen Auffassung. Das KG hatte dort ausgeführt, dass im Hinblick darauf, dass der Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar und geteilt auf die Erben übergehe, keine Befugnis des nur mit der Abwicklung des Nachlasses betrauten Testamentsvollstreckers bestehe, anstelle der Erben für die Eintragung in das Handelsregister zu sorgen. Die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers sollen sich nur auf die Vermögensrechte richten, die nicht aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlass ausgegliedert werden. Ganz ähnlich hat im Ergebnis auch das OLG Hamm die Rechtsstellung des Abwicklungstestamentsvollstreckers beurteilt.⁴ Im dortigen Fall ging es um eine Klage auf Feststellung der Auflösung einer Kommanditgesellschaft. Das OLG

¹ KG, OLGZ 1991, 262 = DB 1991, 1066 = BB 1991, 1283 = NJW-RR 1991, 835 = Rpfleger 1991, 318 = FamRZ 1991, 1109; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 729 = OLG Hamm 2002, 257. So auch *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 767.

² BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183; KG, OLGZ 1991, 262; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 729; ebenso *Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 767; *Mutter* in Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 2005, § 6 Rdnr. 613.

³ OLGZ 1991, 262.

⁴ OLG Hamm, NJW-RR 2002, 729.

Hamm gelangt zu dem Schluss, dass der nur zur Auseinandersetzung des Nachlasses eingesetzte Testamentsvollstrecker für diese Klage nicht prozessführungsbefugt sei. Das OLG Hamm argumentiert ähnlich wie das KG und jetzt auch das OLG München dahingehend, dass der Gesellschaftsanteil im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergegangen sei und es insoweit keiner weiteren Auseinandersetzung des Nachlasses mehr bedürfe.

II. Stellungnahme

Die Argumentation des OLG München, das in seiner Entscheidung dem KG und dem OLG Hamm folgt, ist leicht nachvollziehbar und erscheint auf den ersten Blick logisch stringent: Wenn der Kommanditanteil schon auf die Erben übergegangen ist, kann sich die Auseinandersetzungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht mehr auf diesen Anteil beziehen, die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers kann den Anteil nicht mehr erfassen⁵ und folglich kann der Testamentsvollstrecker nicht zur Anmeldung gegenüber dem Handelsregister befugt sein.

Die Begründung überzeugt aber letztlich nur vordergründig. Zwar ist es richtig, dass die Kommanditbeteiligung mit dem Erbfall unmittelbar und geteilt im Wege der Sondererbfolge auf die einzelnen Erben übergeht. Dies folgt letztlich daraus, dass eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer Personengesellschaft sein kann.⁶ Diese zu Recht von der allgemeinen Meinung angenommene Singularsukzession sagt aber noch nichts über die Nachlasszugehörigkeit der Beteiligung oder über die Befugnisse des Testamentsvollstreckers aus. Nach ganz überwiegender Ansicht gehört auch der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft – ungeachtet der Singularsukzession – zum Nachlass.⁷ So betont der BGH in der Entscheidung vom 10.1.1996⁸ ausdrücklich die zwischen Gesellschaftsrechts- und Erbrechtssenat erreichte Übereinstimmung dahingehend, dass der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft zum Nachlass gehört. *Winkler* weist insofern zutreffend darauf hin, dass der Begriff „Nachlass“ nicht mit dem erbengemeinschaftlichen Vermögen verwechselt werden darf.⁹ Auch wenn also der Gesellschaftsrechtssenat in der Entscheidung vom 3.7.1989¹⁰ ausführt, dass der durch die Sondererbfolge übergegangene Gesellschaftsanteil nicht Teil des gesamthänderisch gebundenen Vermögens ist, gehört er doch grundsätzlich zum Nachlass.

Geht man aber grundsätzlich von der Nachlasszugehörigkeit aus, so ist damit zunächst auch davon auszugehen, dass die Beteiligung weiterhin der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.¹¹ Allein die Tatsache, dass aufgrund der eingetretenen Sondererbfolge keine Auseinandersetzung unter den Miterben mehr erforderlich ist, an der der Testamentsvollstrecker mitwirken müsste, sagt noch nichts darüber, ob

die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers noch bestehen. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Testamentsvollstrecker möglicherweise zur Befriedigung der Nachlassverbindlichkeiten noch auf die aus der Beteiligung folgenden Vermögensrechte zugreifen oder auch die Gesellschaft kündigen und auf das Abfindungsgut zugreifen können muss.¹² Dass dem Testamentsvollstrecker dieser Zugriff auf die Vermögensrechte erhalten bleiben muss, stellt auch das OLG München nicht in Abrede. Gleichwohl nimmt es an, dass die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die Sondererbfolge zumindest soweit es den Anteil selbst betrifft, erloschen sind.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Zunächst ist davon auszugehen, dass unabhängig von der eingetretenen Sondererbfolge der Kommanditanteil noch zum Nachlass gehört und somit grundsätzlich bis zur vollständigen Beendigung der Tätigkeit auch des Abwicklungstestamentsvollstreckers noch dessen Verwaltungsbefugnis unterliegt. Lediglich in einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob zwingende gesellschaftsrechtliche Grundsätze den Befugnissen des Testamentsvollstreckers Grenzen setzen. Auf dieser Ebene nimmt nun der BGH an, dass sich die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich beziehen, sondern im Wesentlichen nur die Vermögensrechte (die Außenseite der Beteiligung) erfassen.¹³ Zwar bezieht sich diese Aussage auf die Verwaltungstestamentsvollstreckung, geht man aber davon aus, dass der Kommanditanteil noch zum Nachlass gehört, so muss man auch dem Abwicklungsvollstrecker noch gewisse Verwaltungsrechte zubilligen. Dann muss man allerdings die Frage stellen, ob die Anmeldung der Sondererbfolge einen Eingriff in den innergesellschaftlichen Bereich darstellt, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers entzogen ist. Warum man dies bejahen sollte, erscheint nicht ersichtlich, zumal der Anmeldung keinerlei konstitutive Wirkung zukommt. Meiner Ansicht nach sprechen keine zwingenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen dagegen, hier eine Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Anmeldung der Sondererbfolge zu verneinen. Allein aus dem Eingreifen der Singularsukzession lässt sich dies jedenfalls nicht herleiten. Vielmehr spricht gerade die Funktion des Abwicklungstestamentsvollstreckers, anstelle der Erben die Abwicklung des Nachlasses vorzunehmen, dafür, ihn auch für befugt zu halten, die Anmeldung vorzunehmen. Insofern kann man argumentieren, dass es gerade zu den Aufgaben auch des Abwicklungsvollstreckers gehört, die Anmeldung vorzunehmen. Eventuell hat ihn der Erblasser gerade auch deshalb mit der Testamentsvollstreckung betraut, um sicherzustellen, dass eine geordnete Abwicklung auch der gesellschaftsrechtlichen Nachfolge erfolgt.

Insofern kann der hier vom OLG München vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden. Gleichwohl ist aber für die Praxis festzuhalten, dass im Hinblick auf die derzeitige obergerichtliche Rechtsprechung wohl auch die neuen Gesellschafter an der Anmeldung beteiligt werden müssen. Es wäre allerdings zu wünschen, dass die Obergerichte ihre derzeitige Rechtsprechung in Zukunft korrigieren und die Befugnis des Abwicklungsvollstreckers zur Vornahme der Handelsregisteranmeldung anerkennen.

Notarassessor Dr. Jens Tersteegen, Würzburg

⁵ Ähnlich auch in der Literatur: *Bamberger/Both/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2205 Rdnr. 37; *AnwK-BGB/Weidlich*, 2. Aufl. 2007, § 2205 BGB Rdnr. 48.

⁶ Statt aller BGHZ 22, 186, 191 = NJW 1957, 180; BGHZ 68, 225, 237 = NJW 1977, 1339.

⁷ Statt aller *Staudinger/Marotzke*, BGB, 2007, § 1922 BGB Rdnr. 102; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1922 Rdnr. 19; *MünchKommBGB/Leipold*, 4. Aufl. 2004, § 1922 Rdnr. 62; alle mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁸ MittBayNot 1996, 118 = ZIP 1996, 327 = DB 1996, 110 = MittRhNotK 1996, 169.

⁹ Der Testamentsvollstrecker, 18. Aufl. 2007, Rdnr. 342.

¹⁰ BGHZ 108, 187, 193 = DNotZ 1990, 183.

¹¹ A. A. aber: *Bamberger/Both/J. Mayer*, § 2205 Rdnr. 37; *AnwK-BGB/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 48 (Zweck der Abwicklungsvollstreckung bereits verwirklicht).

¹² Zu letzterer Möglichkeit *Soergel/Damrau*, BGB, § 2205 Rdnr. 29; *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 135 Rdnr. 3; zweifelnd *AnwK-BGB/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 49.

¹³ BGHZ 108, 187, 192.

12. GmbHG § 16 Abs. 1; EGGmbHG § 3 Abs. 3 (*Ausübung von Gesellschafterrechten trotz fehlerhafter „Altliste“*)

Ein Gesellschafter hat seine Befugnis zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte nicht dadurch verloren, dass er bei Inkrafttreten des MoMiG entgegen der materiellen Rechtslage nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen ist. Bei Veränderungen in der Gesellschafterstellung vor dem 1.11.2008 kommt es auch für Beschlüsse nach Inkrafttreten des MoMiG nicht auf den Listeninhalt, sondern auf die materielle Rechtslage an. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 24.9.2009, 17HK T 15914/09; eingesandt von Notar Dr. *Gerhard Brandmüller*, Starnberg

Mit Anmeldung vom 18.5.2009 wurde zur Eintragung in das Handelsregister bezüglich der Beschwerdeführerin angemeldet, dass die Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst und ein Liquidator bestellt wurde. Dem lag ein Gesellschafterbeschluss vom 18.5.2009, gefasst durch A., zugrunde.

Mit Zwischenverfügung vom 27.5.2009 teilte das Registergericht mit, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne, eine Liste der Gesellschafter sei der Anmeldung nicht beigelegt worden, eine aktuelle Liste, aus der sich die Stellung von A. als Alleingesellschafter ergebe, liege nicht vor. Nachdem der Notar im Hinblick auf diese Zwischenverfügung Verlängerung der Erledigungsfrist bis 14.8.2009 beantragt hatte, teilte das Registergericht mit, dass eine Verlängerung im Hinblick auf § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. ausgeschlossen sei. Das Registergericht wies die Anmeldung vom 18.5.2009 zurück. Gegen diesen Zurückweisungsbeschluss wurde mit Schriftsatz vom 30.7.2009 Beschwerde eingelegt. Diese wird im Wesentlichen damit begründet, dass § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. nur für Sachverhalte nach dessen Inkrafttreten Geltung haben könne, diese Vorschrift könne nicht dazu führen, dass der Alleingesellschafter, der im Jahre 1994 alle Geschäftsanteile erworben und dies der Gesellschaft auch angezeigt habe, nun nicht mehr als materiellrechtlich Berechtigter angesehen werde, weil in der Vergangenheit, vor Inkrafttreten des MoMiG, versäumt worden sei, eine aktualisierte Liste der Gesellschafter einzureichen. Der Auffassung des Registergerichts, dass der von A. am 18.5.2009 gefasste Beschluss zunächst schwebend unwirksam gewesen sei und endgültig unwirksam sei, weil nicht entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n. F. unverzüglich eine Liste der Gesellschafter, aus der sich dessen Alleingesellschafterstellung ergebe, im Handelsregister aufgenommen worden sei, könne nicht gefolgt werden.

Aus den Gründen:

II.

(...) Die Beschwerde ist auch begründet:

Durch das MoMiG soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Bedeutung der Gesellschafterliste erheblich aufgewertet werden. Aus den eingereichten und im Handelsregister aufgenommenen Listen soll sich jede Veränderung im Bestand der Gesellschafter aktuell, vollständig, unproblematisch und korrekt ergeben. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. gilt nicht mehr der bei der Gesellschaft angemeldete, sondern derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Für den Fall, wie hier vorliegend, dass sich aus dem Inhalt der (alten) vor Inkrafttreten des MoMiG eingereichten Liste und der Anmeldung bzw. dem der Anmeldung zugrundeliegenden Beschluss ein Widerspruch ergibt, weil der Beschlussfassende nicht in dieser alten Liste als Gesellschafter ausgewiesen ist, hat der Gesetzgeber keine Übergangsregelung geschaffen. Damit stellt sich die generelle Frage, wie sich ein vor dem 1.11.2008 erfolgter Wechsel der Gesellschafter auf später vorgenommene Rechtshandlungen auswirkt, wenn keine aktualisierte Gesellschafterliste vorliegt. Wenn man von einem durch das MoMiG bedingten vollständigen Systemwechsel zum 1.11.2008 ausginge, könnte im vorliegenden Falle der von A. am 18.5.2009 gefasste Beschluss nicht als wirksam angesehen werden, da er nicht als Alleingesellschafter in der alten Gesellschafterliste ausge-

wiesen ist und eine neue Liste entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nicht unverzüglich eingereicht und im Register aufgenommen wurde. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Denn der Gesetzgeber hat für § 16 Abs. 1 GmbHG, anders als dies für den Fall des gutgläubigen Erwerbs entsprechend § 16 Abs. 3 GmbHG der Fall ist (insoweit greift die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG) gerade nicht angeordnet, dass für die alten Gesellschafterlisten die Vermutung des § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. gelten soll. Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des MoMiG Gesellschaftern, die nach § 16 GmbHG a. F. ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet waren, aber nicht in einer eingereichten alten Liste aufgenommen sind, die ihnen zustehenden Gesellschafterrechte entziehen wollte. Solche Eingriffe in die Rechte von Gesellschaftern wären auch, da sie eine echte Rückwirkung des Gesetzes bedeuten würden, aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zulässig. Außerdem käme hinzu, dass es in der Praxis eine Vielzahl von alten, nicht korrekten Gesellschafterlisten gibt, weil der Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 GmbHG a. F. nicht ausreichend Folge geleistet wurde. Würde man nur auf den Inhalt dieser alten Listen abstellen, die tatsächlich die aktuelle materielle Rechtslage nicht korrekt wiedergeben, würde dies zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen, darüber hinaus würde die vom Gesetzgeber gewünschte Transparenz über die Struktur der Anteilsinhaber bei der GmbH infrage gestellt. Entscheidend für Veränderungen im Gesellschafterkreis bis zum 1.11.2008, also vor Inkrafttreten des MoMiG, muss deshalb ausschließlich die materielle Rechtslage sein (vgl. zum Ganzen *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037).

Aus den oben genannten Gründen konnte somit das Registergericht die Anmeldung nicht deshalb zurückweisen, weil der Beschlussfassende A. in der dem Registergericht vorliegenden Liste (alt) nicht als Alleingesellschafter ausgewiesen ist und weil eine (neue) Liste, in der dies der Fall ist, nicht entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eingereicht und unverzüglich im Handelsregister aufgenommen wurde. Da nach dem Sachvortrag der Beteiligten sich der Gesellschafterwechsel vor dem 1.11.2008 vollzog, ist, wie oben ausgeführt, ausschließlich auf die materielle Rechtslage abzustellen.

Aus diesem Grunde war der Zurückweisungsbeschluss des Registergerichts München vom 24.7.2009 aufzuheben.

Sofern die vom Registergericht vorzunehmende Überprüfung der materiellen Rechtslage die vor dem 1.11.2008 erworbene Alleingesellschafterstellung des den Beschluss vom 18.5.2009 Fassenden ergeben und sonstige Vollzugshindernisse nicht bestehen sollten, wird das Registergericht daher die Anmeldung vom 18.5.2009 zu vollziehen haben.

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Im Mai 2009 hatte der alleinige Gesellschafter einer GmbH, der zugleich auch einziger Geschäftsführer war, die Auflösung der Gesellschaft beschlossen. Der Gesellschafter hielt seit 1994 das gesamte Stammkapital der Gesellschaft. Damals hatte er von seiner Mutter einen Geschäftsanteil erworben. Der Erwerb wurde bei der Gesellschaft angemeldet. Den anderen Geschäftsanteil hatte er schon vorher erworben. Bei den Registerakten befand sich eine Liste mit dem Stand von 1993, die noch die Mutter als Mitgesellschafterin auswies.

2. Entscheidung Registergericht

Das Registergericht wies die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft mit der Begründung zurück, es liege keine aktu-

elle Gesellschafterliste vor, aus der sich ergebe, dass der beschließende Gesellschafter Alleingesellschafter sei. Eine nachgereichte Liste wies das Registergericht als nicht rechtzeitig eingereicht zurück. Nach Meinung des Registergerichts war der Auflösungsbeschluss unwirksam, weil er nicht von allen Personen gefasst wurde, die in der Gesellschafterliste von 1993 aufgeführt sind. Dies ergebe sich aus § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Der Geschäftsführer habe seit 1994 gegen seine Pflicht eine Gesellschafterliste einzureichen verstoßen und müsse die Folgen nun tragen.

3. Entschiedene Rechtsfrage

Es ging bei dem vorstehend abgedruckten Beschluss des LG München I um die Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs des durch das MoMiG mit Wirkung ab 1.11.2008 neu gefassten § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Gilt die unwiderlegbare Fiktion der Gesellschafterstellung in dieser Vorschrift auch, wenn die Veränderungen im Gesellschafterbestand vor dem 1.11.2008, dem Inkrafttreten des MoMiG, stattgefunden haben?

Das LG München I hat in der hier besprochenen Entscheidung diese Frage verneint und entschieden, dass bei Veränderungen im Gesellschafterbestand vor dem 1.11.2008 ausschließlich die materielle Rechtslage auch für ab dem 1.11.2008 gefasste Beschlüsse maßgeblich sei. Richtiger wäre es wohl gewesen, nicht auf die materielle Rechtslage abzustellen, sondern darauf, dass der Gesellschafter bis zum 31.10.2008 nach den bis dahin geltenden Vorschriften legitimiert war. Denn schon nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. war die Gesellschafterstellung nach einer Veräußerung ungeachtet der materiellen Rechtslage relativ, weil der Erwerb bei der Gesellschaft angemeldet werden musste, damit die Gesellschafterrechte wahrgenommen werden konnten. Im entschiedenen Fall machte dies keinen Unterschied, weil die Anmeldung unzweifelhaft erfolgt war. Dieses Konzept der relativen Gesellschafterstellung wurde durch das MoMiG beibehalten und sogar noch erweitert, weil die Aufnahme in die Liste Voraussetzung für die Ausübung der Gesellschafterrechte bei allen Veränderungen ist und nicht nur bei der Anteilsveräußerung wie im alten § 16 Abs. 1 GmbHG. Der am 1.11.2008 erfolgte Systemwechsel bezüglich der Anknüpfung der relativen Gesellschafterstellung hätte an sich eine Übergangsregelung durch den Gesetzgeber erfordert. Anders als für § 16 Abs. 3 GmbHG hat der Gesetzgeber aber keine Übergangsregelung getroffen. Die wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Übergangsregelung entstandene Auslegungsfrage ist zumindest in den nächsten Jahren der Übergangszeit von weitreichender Bedeutung, weil eine Vielzahl von Gesellschafterlisten falsch sind¹ und davon alle Gesellschafterbeschlüsse und Rechtshandlungen betroffen sind, auch solche, bei denen keine registergerichtliche Kontrolle stattfindet und die nicht notariell beurkundet werden. Man denke nur an die jährliche Feststellung des Jahresabschlusses und den Beschluss über die Gewinnverwendung (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Es gibt viele GmbHs, die wie im vorliegenden Fall jahrelang keine registerpflichtigen Veränderungen haben und deren Geschäftsführer die neue Bedeutung der Gesellschafterliste nicht bewusst ist.

Die Auslegung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. durch das Registergericht, die auch in der Literatur vertreten wird,²

würde daher zu einer Vielzahl von unwirksamen Beschlüssen führen.

Das Beschwerdegericht hat aber zu Recht in der hier abgedruckten Entscheidung diese Auslegung abgelehnt und den Gesellschafterbeschluss für wirksam erachtet. Schon der Wortlaut des neu gefassten § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG legt die Auslegung nahe, dass er nur für Veränderungen gilt, die nach Inkrafttreten der Neuregelung stattgefunden haben. Das Gesetz sagt nämlich, dass die Gesellschafterliste „im Falle einer Veränderung“ des Gesellschafterbestandes für die Ausübung der Gesellschafterrechte maßgeblich sein solle. Daraus kann man schließen, dass damit nur Veränderungen nach Inkrafttreten des Gesetzes gemeint sind.³ Andernfalls hätte es nahegelegen, wie in § 67 Abs. 2 Satz 1 AktG zu formulieren und einfach generell auf die Eintragung in die Liste abzustellen. Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber für § 16 Abs. 1 GmbHG anders als bei § 16 Abs. 3 GmbHG keine Übergangsregelung getroffen hat, spricht für die Auslegung des LG.

Ausschlaggebend ist aber, dass die vom Registergericht vertretene Auslegung zu einer Entziehung der Gesellschafterrechte mit Inkrafttreten des MoMiG führen würde, wenn die Gesellschafterliste falsch ist. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber dies wollte. Außerdem darf der Systemwechsel bezüglich der relativen Gesellschafterstellung nicht dazu führen, dass neue Rechtswirkungen an vor der Gesetzesänderung abgeschlossene Sachverhalte anknüpfen. Dies würde eine verfassungsrechtlich verbotene Rückwirkung der Gesetzesänderung bedeuten und mit einer Entziehung von Gesellschafterrechten einhergehen.⁴ Die Auslegung des Registergerichts steht auch im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, die Transparenz bezüglich der Inhaberstruktur und die Rechtssicherheit bezüglich der Ausübung der Gesellschafterrechte zu erhöhen.⁵ Wie der vorliegende Fall anschaulich zeigt, würde die Auslegung des Registergerichts in der Übergangszeit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Die wenigsten Gesellschafter würden auf den Gedanken kommen, dass sie ab dem 1.11.2008 0.00 Uhr ihre Gesellschafterrechte nicht mehr wahrnehmen können, nur weil sie fälschlicherweise nicht in der Gesellschafterliste stehen, die bis zum 31.10.2008 24.00 Uhr insoweit bedeutungslos war.

§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt daher nur für Veränderungen, die ab dem 1.11.2008 stattgefunden haben oder noch stattfinden.⁶ Bei allen früheren Veränderungen gilt für die Ausübung der Gesellschafterrechte die alte Rechtslage: Maßgeblich sind daher die materielle Rechtslage und bei Abtretungen die ordnungsgemäße Anmeldung. Ein nach altem Recht legitimer Gesellschafter hat seine Rechtsstellung nicht durch eine falsche Liste bei Inkrafttreten des MoMiG verloren. Die Entscheidung des LG München I ist richtig. Es ist erfreulich, dass den betroffenen Gesellschaften bei der Bewältigung des durch das MoMiG vorgenommenen Systemwechsels bezüglich der relativen Gesellschafterstellung geholfen wird und nicht unnötige bürokratische Hürden aufgebaut werden.

4. Schlussfolgerungen für die Praxis

Die Entscheidung des LG München I darf die Gesellschaften und ihre Berater nicht dazu verleiten, in den Bemühungen um korrekte Gesellschafterlisten nachzulassen. Die gestiegene Bedeutung der Gesellschafterliste erfordert eine Überprüfung

¹ Allgemeine Erkenntnis, vgl. nur die Feststellung des Beschwerdegerichts in der vorstehenden Entscheidung.

² DNotI-Report 2008, 185; *Heidinger* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 385; *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 214.

³ *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 412.

⁴ So schon *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

⁵ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

⁶ *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 412; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

aller im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten durch Geschäftsführer und auch durch die Gesellschafter, die dies im eigenen Interesse tun sollten. Da viele alte Gesellschafterlisten wie auch im entschiedenen Fall nicht in elektronischer Form vorliegen und nicht im elektronischen Handelsregister einsehbar sind, sollte der Geschäftsführer die Neuregelungen im GmbHG zum Anlass nehmen, die Beteiligungsverhältnisse im GmbHG zu prüfen und eine aktuelle Gesellschafterliste einzureichen.

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hinzuweisen. Mit dieser Regelung sollte dem neuen Gesellschafter unmittelbar nach Erwerb seines Anteils die Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen ermöglicht werden.⁷ Die Vorschrift setzt aber ihrem Wortlaut nach keine unmittelbar vorhergehende Abtretung voraus, sondern verlangt nur, dass „unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung“, z. B. der Beschlussfassung, die Aufnahme der neuen Liste erfolgt. Deswegen genügt es, wenn eine neue Liste zum Handelsregister anlässlich einer Beschlussfassung eingereicht wird. Es muss nicht abgewartet werden, bis die neue Liste aufgenommen wurde.⁸

Notar Dr. Gerhard Brandmüller, Starnberg

⁷ Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 85.

⁸ Ausführlich dazu D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1041.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. InsO § 133 Abs. 1 (*Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung*)

1. **Eine Vorsatzanfechtung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Schuldner zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung noch keine Gläubiger hatte.**
2. **Tatsachen, aus denen die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Vorsatzanfechtung gefolgert werden können, begründen keine Vermutung, sondern stellen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen dar.**

BGH, Urteil vom 13.8.2009, IX ZR 159/06

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 15.1.2003 am 1.3.2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH (künftig: Schuldnerin). Diese war Mitglied der beklagten Berufsgenossenschaft. Laut Beitragsbescheid der Beklagten vom 23.4.2002 für das Kalenderjahr 2001 belief sich die Beitragsschuld der Schuldnerin am 31.3.2002 auf 82.147,17 €. In diesem Betrag waren Säumniszuschläge für 2001 i. H. v. 2.640,31 € enthalten. Die Beklagte setzte drei Vorschusszahlungen für 2002 i. H. v. jeweils 28.850 € fest. Der erste Vorschuss war im Betrag von 82.147,17 € enthalten, der zweite war am 15.8.2002 fällig, der dritte am 15.11.2002. Die Schuldnerin zahlte am 29.4. 12.000 €, am 6.5., am 3.6. und am 1.7.2002 jeweils 6.000 €. Am 30.7.2002 ließ die Beklagte den Beitragsbescheid vom 23.4. mit dem aktuellen Rückstand von 52.147,17 € zur Zwangsvollstreckung ausfertigen. Am 10.9.2002 wurde der Vertreter der Schuldnerin von der zwischenzeitlich beauftragten Gerichtsvollzieherin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf den 25.9.2002 geladen. Daraufhin zahlte die Schuldnerin an die Gerichtsvollzieherin 12.500 €. Von diesem Betrag wurden 10.000 € an die Beklagte weitergeleitet. Am 9.10. zahlte die Schuldnerin weitere Beträge i. H. v. 12.488,90 € und 12.463,40 €, insgesamt somit 64.952,30 €. Diesen Betrag fordert der Kläger von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) zurück.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts setzt weder die Feststellung der für einen Anspruch nach § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO erforderlichen objektiven Gläubigerbenachteiligung noch des darauf gerichteten Vorsatzes des Schuldners voraus, dass zum Zeitpunkt jeder angefochtenen Rechtshandlung andere Gläubiger vorhanden waren, deren Forderungen durch die Zahlungen an die Beklagte nicht mehr vollständig befriedigt werden konnten. Im Falle der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO genügt eine mittelbare, erst künftig eintretende Gläubigerbenachteiligung. Für den auf eine solche Benachteiligung gerichteten Vorsatz des Schuldners ist es daher unerheblich, ob er sich gegen alle oder nur einzelne, gegen bestimmte oder unbestimmte, gegen schon vorhandene oder nur mögliche künftige Gläubiger richtet. Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung noch gar keine Gläubiger hatte (zu § 3 AnfG: RGZ 26, 11, 13; BGH, WM 1964, 1166, 1167; WM 1987, 881, 882; zu § 37 KO: BGH, WM 1955, 407, 412; zu § 133 InsO: OLG Dresden, ZInsO 2007, 497, 499; MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 16; Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rdnr. 45; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 10; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl., § 133 Rdnr. 24; HmbKomm-InsO/Rogge, 3. Aufl., § 133 Rdnr. 14; FK-InsO/Dauernheim, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 10). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Hauptbegründung können die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO daher nicht verneint werden.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird auch nicht von der Hilfsbegründung getragen, es sei weder nachgewiesen noch gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu vermuten, dass die Beklagte einen Vorsatz der Schuldnerin zur Benachteiligung ihrer Gläubiger gekannt habe.

a) Eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung der Gläubiger nach § 133 Abs. 1 InsO setzt voraus, dass der Anfechtungsgegner zur Zeit der angefochtenen Handlung den Vorsatz des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, kannte. Diese Kenntnis wird nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die jeweilige Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können – weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt – meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Soweit dabei Rechtsbegriffe wie die Zahlungsunfähigkeit betroffen sind, muss deren Kenntnis außerdem oft aus der Kenntnis von Anknüpfungstatsachen erschlossen werden. Der Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen (BGH, ZIP 2007, 1511, 1513 Rdnr. 25; ZIP 2009, 189, 190 Rdnr. 10 m. w. N.). Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt (BGH, ZIP 2009, 526, 527 Rdnr. 13 m. w. N., z. V. b. in BGHZ). Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass solche

Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige Beweiszeichen darstellen, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen. Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (BGH, ZIP 2007, 2084, 2087 Rdnr. 21; vgl. *Fischer*, NZI 2008, 588, 593; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 605; *Ganter*, WM 2009, 1441, 1443). Soweit frühere Entscheidungen des Senats anders verstanden werden könnten, wird daran nicht festgehalten.

b) Das Berufungsgericht hat eine Kenntnis der Beklagten von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin trotz des Bestehens der Beitragsrückstände und der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalles als nicht nachgewiesen erachtet. Diese Würdigung lässt wesentliche Gesichtspunkte außer Acht.

aa) Zahlungsunfähig i. S. v. § 17 InsO ist regelmäßig, wer nicht innerhalb von drei Wochen mehr als 90 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten erfüllen kann (BGHZ 163, 134). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn eine solche Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der im entsprechenden Zeitraum verfügbaren Zahlungsmittel voraussichtlich eintreten wird. Ein einzelner Gläubiger, der von seinem Schuldner Leistungen erhält, wird die zur Beurteilung dieser Voraussetzungen notwendigen Tatsachen meist nicht kennen, weil es ihm an dem erforderlichen Gesamtüberblick fehlt. Er kennt in der Regel nur seine eigenen Forderungen und das auf diese Forderungen bezogene Zahlungsverhalten des Schuldners. Zahlungsunfähigkeit ist jedoch in der Regel auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO), d. h. wenn ein Verhalten des Schuldners nach außen hervorgetreten ist, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Kenntnis des Gläubigers von drohender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und von einer Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO in der Regel anzunehmen, wenn die Verbindlichkeiten des Schuldners bei dem späteren Anfechtungsgegner über einen längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang nicht ausgeglichen werden und diesem den Umständen nach bewusst ist, dass es noch weitere Gläubiger mit ungedeckten Ansprüchen gibt (BGH, ZIP 2007, 1511, 1513 Rdnr. 24 m. w. N.). Diese Formulierung ist allerdings nicht dahin zu verstehen, dass in einem solchen Fall eine entsprechende Kenntnis – widerleglich – vermutet wird. Es handelt sich vielmehr ebenfalls nur um ein Beweiszeichen im Sinne eines Erfahrungssatzes. Soweit es um die Kenntnis des Gläubigers von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geht, muss deshalb darauf abgestellt werden, ob sich die schleppende, möglicherweise erst unter dem Druck einer angedrohten Zwangsvollstreckung erfolgende oder auch ganz ausbleibende Tilgung der Forderung des Gläubigers bei einer Gesamtbetrachtung der ihm bekannten Umstände, insbesondere der Art der Forderung, der Person des Schuldners und des Zuschnitts seines Geschäftsbetriebs als ausreichendes Indiz für eine solche Kenntnis darstellt (*Ganter*, WM 2009, 1441, 1445).

bb) Das Berufungsgericht hat die bestehenden Beitragsrückstände und die Tatsache, dass Zahlungen der Schuldnerin zu-

nehmend nur unter dem Eindruck der bevorstehenden Zwangsvollstreckung erfolgten, als Gesichtspunkte bewertet, die für eine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sprachen. Seine Ausführungen lassen jedoch nicht erkennen, warum dies nicht auch für die Beklagte deutlich gewesen ist. Der Beitragsbescheid vom 23.4.2002 enthielt Säumniszuschläge für das Jahr 2001 i. H. v. 2.640,31 €. Demnach muss es bereits im Jahr 2001 zu beträchtlichen Rückständen gekommen sein. Nach Erlass des Beitragsbescheids über 82.147,17 € leistete die Schuldnerin nur kleinere und unregelmäßige Teilzahlungen, ab September 2002 zudem unter dem Druck eingeleiteter Vollstreckungsmaßnahmen. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten zugesteht, sie habe die schleppende Zahlungsweise darauf zurückführen dürfen, dass die Schuldnerin andere Gläubiger bevorzugt bediente, gab es dafür keinen tatsächlichen Anhaltspunkt. Da die Beklagte – trotz Titulierung ihrer Forderungen und der Entfaltung erheblichen Vollstreckungsdrucks – nur schleppend geringe Teilzahlungen auf ihre Gesamtforderungen erhielt, lag es aus ihrer Sicht fern, dass andere Gläubiger, die keinen Titel hatten, pünktlich und vollständig befriedigt wurden.

c) Für die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird weiter die Kenntnis der Beklagten von der Benachteiligung der Gläubiger vorausgesetzt. Das Berufungsgericht hat gemeint, diese Kenntnis nicht feststellen zu können, und hierbei auf seine vorangegangenen Ausführungen zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und zur Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit Bezug genommen. Wegen der dort unterlaufenen Rechtsfehler erweist sich auch diese Bezugnahme nicht als tragfähig.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

Das Berufungsgericht wird bei seiner neuen Entscheidung den Sachverhalt zur Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung umfassend zu würdigen haben. Insbesondere wird – bezogen auf die Schuldnerin – zu prüfen sein, ob der Schluss auf ihre Zahlungsunfähigkeit und sodann von erkannter Zahlungsunfähigkeit auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (BGHZ 167, 190, 195; BGH, ZIP 2009, 573, 574 Rdnr. 13; ZIP 2009, 922, 923 Rdnr. 10, jeweils m. w. N.) auch dann möglich ist, wenn – wie bisher im Streitfall – nur zu den Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber der Beklagten vorgetragen ist. Zusätzlich wird das Berufungsgericht – bezogen auf die Beklagte – untersuchen müssen, ob unter diesen Umständen der Schluss von der Kenntnis des Anfechtungsgegners von drohender Zahlungsunfähigkeit (sofern eine solche anzunehmen sein sollte) auf seine Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligung (BGH, ZIP 2009, 189, 190 Rdnr. 10) möglich ist. Hierfür ist es zumindest erforderlich, dass der Anfechtungsgegner weiß, es mit einem unternehmerisch tätigen Schuldner zu tun zu haben, bei dem das Entstehen von Verbindlichkeiten, die er nicht im selben Maße bedienen kann (wobei künftige Verbindlichkeiten ebenfalls in Betracht kommen), auch gegenüber anderen Gläubigern unvermeidlich ist (*Ganter*, WM 2009, 1441, 1445). Der Kläger hat seinen Vortrag bisher auf das Zahlungsverhalten der Schuldnerin gegenüber der Beklagten beschränkt, möglicherweise weil er dies im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des Senats für ausreichend hielt. Durch die Zurückverweisung erhält er Gelegenheit, seinen Vortrag unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu ergänzen.

Anmerkung:

Die Entscheidung bewegt sich auf der Linie einer seit 100 Jahren bestehenden Rechtsprechung, die auch im Schrifttum fast einhellig gebilligt wird.¹ Dennoch überdehnt sie das Anfechtungsrecht.

1. Mit dem zweiten Leitsatz wischt der BGH die tatricherliche Überzeugung des OLG als Vorinstanz, im vorliegenden Falle sei keine Kenntnis des Anfechtungsgegners von drohender Zahlungsunfähigkeit des späteren Insolvenzschuldners anzunehmen, gleich vom Tisch, indem er angebliche Erfahrungssätze aufstellt, die letztlich darauf hinauslaufen, dass eine spätere Insolvenz *immer* zu größtem Misstrauen bei Leistungen (Jahre?) vor der Insolvenzeröffnung Anlass geben sollte. Es mag zwar viele Fälle geben, in denen dieser Generalverdacht zu Recht besteht, Misstrauen angebracht ist und überdies eine Beweisführung schwierig sein dürfte, wenn die Gerichte bei ihrer Entscheidungsfindung diese Erleichterung über Beweisanzeichen nicht hätten. Dennoch bleibt ein Unbehagen, ob ein solcher Generalverdacht nicht reinen Praktikabilitätserwägungen entspricht.

2. Bedeutsamer noch erscheint der erste Leitsatz, wenn gleich auch er ganz auf der traditionellen Linie² bleibt; etwas provokant umformuliert lautet er: Vorsatz, Gläubiger zu benachteiligen, liegt auch ohne Gläubiger vor. Wer im Zeitpunkt der späterhin angefochtenen Leistungshandlung überhaupt keine anderen Gläubiger hatte als den Leistungsempfänger (Anfechtungsgegner), handelt zunächst im Sinne des objektiven Tatbestands des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn solche Gläubiger später hinzutreten. Diese Auffassung ist konsequent (insolvenz-)gläubigerfreundlich. Da § 3 AnfG insoweit wortgleich ist, wird man sie auch auf den Regelungsbereich des Anfechtungsgesetzes übertragen müssen, was die ganz herrschende Meinung³ auch bisher schon tat.

a) Ein Beispiel: Wer am 1.1.2001 eine Leistung bewirkt hat, muss noch bis zum Ablauf des Jahres 2010 mit einer Anfechtung rechnen, selbst wenn Insolvenz erst im Jahr 2010 eintritt. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt nicht zu dieser Auslegung, im Gegenteil legt die vom Gesetz gebrauchte Präteritumsform („Gläubiger *benachteiligte*“) semantisch nahe, dass zum Handlungszeitpunkt solche Gläubiger tatsächlich schon vorhanden sein müssen. Der letzteren Meinung folgte auch das OLG München⁴ in der Vorinstanz.

Die herrschende Meinung lässt Zufälligkeiten den Ausschlag geben, wie folgendes Beispiel aus dem Anwendungsbereich des AnfG zeigt: Der Ehemann überträgt 2001 der Ehefrau „für alle Fälle“ seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Familienheim; Gläubiger gibt es keine, es sind nicht einmal welche „in Sicht“. Im Jahr 2010 verursacht der Ehemann schuldhafte und ohne Deckung durch eine Versicherung einen Autounfall. Der Miteigentumsanteil wäre (objektiv) anfechtbar übertragen, und auch der subjektive Tatbestand wäre nach herrschender Meinung erfüllt, denn „für alle Fälle“ ist mindestens *dolus eventualis* (siehe unten b).

Wenn dieses Grundstück jedoch von der Ehefrau stammt und gemeinsam bebaut wurde, bleibt das Eigentum an Haus und Grund allein bei ihr und das Objekt steht keinem Gläubiger

des Mannes zur Verfügung; Gleiches gilt, wenn die Ehegatten einen Bauplatz kaufen wollen und rechtzeitig vor der Unterschrift beim Notar diesem ihren haftungsrelevanten Wunsch vortragen, da dann der Notar zum Alleinerwerb der Ehefrau raten dürfte.⁵

Von der herrschenden Meinung profitieren ferner „rechtsgeschäftliche“ Gläubiger; denen wäre aber zumutbar, eine Besicherung ihrer Forderung zu verlangen, so dass eigentlich kein Anlass besteht, ihnen anfechtungsrechtliche Fürsorge angedeihen zu lassen. Und für rechtsgeschäftliche Gläubiger, die erst zu einem Zeitpunkt in Rechtskontakt mit dem Schuldner treten, zu dem der an den Anfechtungsgegner geleistete Gegenstand längst nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört und damit nicht Gegenstand einer Bonitätserwartung sein *konnte*, wonach er im Ernstfall als Befriedigungsobjekt für die rechtsgeschäftlich zu begründende Forderung vorhanden sei, ist die herrschende Meinung ein wahres anfechtungsrechtliches Geschenk.

b) Kritik verdient auch die vom BGH praktizierte Auslegung des subjektiven Tatbestands, die zu sehr weitreichenden Anfechtungsmöglichkeiten führt: Es genüge, wenn der Gemeinschuldner eine Benachteiligung etwaiger (erst später hinzugekommener) Gläubiger auch nur für möglich hält und diese Folge zudem „billigend in Kauf nimmt“. Das entspricht vordergründig dem Wortlaut des Gesetzes („Vorsatz“). Die herrschende Meinung⁶ lässt – und ließ es schon beim früheren Wortlaut („Absicht“) – für einen Benachteiligungsvorsatz genügen, dass es dem Schuldner egal ist, welche Gläubiger noch etwas bekommen und welche nicht: Gleichgültigkeit in dieser Hinsicht ist nichts anderes als billigende Inkaufnahme. Ist das richtig? Jeder weiß, dass eine Weggabe eines Wertes X sein Vermögen um eben diesen Wert X mindert, der folglich jedem anderen, egal ob vorhandenen oder noch nicht einmal konkretisierbaren, Gläubiger nicht mehr zur Befriedigung zur Verfügung steht. Nachdem bei erst noch entstehenden (rechtsgeschäftlichen, öffentlichrechtlichen, deliktischen!) Forderungen deren Gesamthöhe kaum abschätzbar ist (siehe Delikt), hat damit praktisch jeder, der irgendeine Leistung erbringt, *immer* mit *dolus eventualis* gehandelt. Das führt zu weit. Deshalb sollte ein bedingter Vorsatz erst angenommen werden, wenn die tatricherliche Würdigung ergibt, dass eine *Bevorzugung* des Leistungsempfängers gewollt war und nicht nur bloße Gleichgültigkeit vorlag. Gerade der entschiedene Fall hätte dem BGH Anlass geben können, in diesem Sinne zu entscheiden, denn Leistungsempfänger war kein naher Angehöriger, sondern eine „verdachtsfreie“ deutsche Berufsgenossenschaft, die im Vorfeld der Insolvenz und mit Einsatz des Gerichtsvollziehers die schleppende Beitragsbezahlung „angekurbelt“ hat. Es liegt nahe anzunehmen, dass dem Gemeinschuldner – in seiner offenbar angespannten Finanzlage – es ziemlich egal gewesen sein dürfte, welchen Gläubiger er mit dem Vorhandenen bedient, jedenfalls war ihm die Berufsgenossenschaft kaum „lieber“ (höchstens lästiger) als irgend ein anderer Gläubiger. Noch deutlicher dürfte die Bedenklichkeit der herrschenden Meinung heraustreten, wenn man den Sachverhalt in den Bereich des Anfechtungsgesetzes mit zum Leistungszeitpunkt noch nicht einmal existierenden weiteren Gläubigern verlegt.

Zusammengefasst: Das Urteil ist konsequent, seine Begründung aber fragwürdig. Es bringt nichts Neues – leider.

Notar Dr. Robert Lotter, Nördlingen

¹ Statt aller: MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl. 2008, § 133 Rdnr. 16, 19 und passim.

² Mit am deutlichsten: Braun/de Bra, InsO, 2001, § 133 Rdnr. 18.

³ Z. B. Kilger in Huber/Böhle-Stamschräder/Kilger, AnfG, 10. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 8.

⁴ ZInsO 2007, 219 f., unter Hinweis auf FK-InsO/Dauernheim, 5. Aufl. 2009, § 133 Rdnr. 10.

⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden ausführlich Lotter, MittBayNot 1998, 422.

⁶ MünchKommInsO/Kirchhof, § 133 Rdnr. 13 a.

Beurkundungs- und Notarrecht

14. BNotO § 19; BeurkG § 17 Abs. 1; BGB §§ 880, 892, 1155 (*Hinweispflicht bei Rangrücktritt eines Briefrechts*)

- a) **Beurkundet der Notar die Bestellung einer Buchgrundschuld und zugleich den Rangrücktritt eines bereits eingetragenen, im Grundbuch als Eigentümerbriefgrundschuld bezeichneten Grundpfandrechts, ohne dass ihm der Grundschuldbrief vorgelegt wird, hat er nach § 17 Abs. 1 BeurkG auf die Folgen hinzuweisen, die sich aus dem Fehlen der Briefvorlage ergeben können. Da diese darin liegen können, dass der beurkundete Rangrücktritt unwirksam ist, weil dem Grundstückseigentümer aufgrund der Abtretung der Briefgrundschuld die Verfügungsbefugnis fehlt, bezweckt die Hinweispflicht auch den Schutz des an der Beurkundung nicht beteiligten möglichen Gläubigers der Briefgrundschuld.**
- b) **Soll ein in das Grundbuch neu einzutragendes Recht den Vorrang vor einem bereits eingetragenen Recht erhalten, richten sich die Voraussetzungen für einen solchen Rangrücktritt nach § 880 BGB. Hierfür sind bei Grundpfandrechten die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten, die Zustimmung des Eigentümers und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich.**
- c) **Ein gutgläubiger Erwerb des Rangvorrechts einer Buchgrundschuld vor einer im Grundbuch eingetragenen Briefgrundschuld ist bei fehlender Einigungserklärung des zurücktretenden Berechtigten, der seine Berechtigung nach § 1155 BGB auf eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen stützen kann, nach § 892 BGB ausgeschlossen, wenn der als Inhaber des verbrieften Rechts im Grundbuch Eingetragene nicht im Besitz des Briefes ist.**

BGH, Beschluss vom 22.10.2009, III ZR 250/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in ZNotP 2010, 24 m. Anm. *Heinze*, ZNotP 2010, 20 und NotBZ 2010, 47 m. Anm. *Krause*.

Kostenrecht

15. KostO §§ 146 Abs. 1, 147 Abs. 2 (*Überwachung von Treuhandaufgaben ist mit Vollzugsgebühr abgegolten*)

Bei der Beschaffung von Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten fällt auch dann keine zusätzliche Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Vollzugsgebühr des § 146 Abs. 1 KostO an, wenn sie mit einer Treuhandaufgabe des Gläubigers an den Notar verbunden ist, da zum Vollzug des lastenfreien Erwerbs auch die Beachtung der Auflage des Gläubigers, die Löschungsbewilligung erst nach Eingang des Darlehensrestes zu verwenden, gehört.

OLG München, Beschluss vom 8.10.2009, 32 Wx 88/09; mitgeteilt von Dr. *Philipp Stoll*, Richter am OLG München

Der Kostengläubiger beurkundete einen Grundstückskaufvertrag zwischen der Kostenschuldnerin, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Verkäuferin und einer Gesellschaft französischen Rechts als Käuferin. Das Grundstück war mit Grundschulden zugunsten einer Bank belastet. In dem Vertrag wurde vereinbart, dass der Verkauf lastenfrei erfolge und die in Abteilung III eingetragenen Belastungen zu löschen seien. Der Notar wurde beauftragt, die Unterlagen zur Lastenfreistellung anzufordern, für alle am Vertrag und der Kaufpreisfinanzierung Beteiligten auch gemäß § 875 Abs. 2 BGB entgegenzunehmen und zu verwenden. Der Kostengläubiger übersandte der finanzierenden Bank den Entwurf einer Löschungsbewilligung mit der Bitte, diesen in grundbuchmäßiger (notariell beglaubigter) Form zu unterzeichnen und zurückzusenden. Ferner wies er darauf hin, dass ein Treuhandauftrag erteilt und angenommen werden könne, wenn die Auflagen durch die Zahlung des Kaufpreises erfüllbar seien. Daraufhin übersandte die finanzierende Bank dem Kostengläubiger die Löschungsbewilligung zu treuen Händen mit der Maßgabe, dass er hierüber nur verfügen dürfe, wenn ihre bezeichneten Forderungen in einer bestimmten Höhe beglichen worden seien und der vom Darlehensnehmer unterzeichnete Aufhebungsvertrag vorliege. Der Treuhandauftrag wurde befristet. Für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Einholung der Lastenfreistellungserklärung und dem Treuhandauftrag übersandte der Kostengläubiger dem Kostenschuldner eine Rechnung, mit der er eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO für die Beschaffung von Löschungunterlagen sowie die Einholung verschiedener Genehmigungen bzw. Erklärungen berechnete, sowie die weitere verfahrensgegenständliche Kostenrechnung, der eine ⁵/10-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zugrundeliegt.

Aus den Gründen:

1. (...)
2. Das LG hat zur Begründung ausgeführt, wegen des Treuhandauftrages sei neben der Vollzugsgebühr nach § 146 KostO die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO geschuldet.
3. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F., § 546 ZPO).

Der landgerichtliche Beschluss und die verfahrensgegenständliche Notarkostenrechnung waren aufzuheben, da der Senat mit dem OLG Dresden (MittBayNot 2009, 403), dem OLG Hamm (Beschluss vom 15.7.2009, 15 Wx 350/08, zitiert nach juris; ZNotP 2003, 39 f.) und dem OLG Oldenburg (ZNotP 2007, 279) der Auffassung ist, dass bei der Beschaffung von Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten auch dann keine zusätzliche Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt, wenn sie mit einer Treuhandaufgabe des Gläubigers an den Notar verbunden ist, da zum Vollzug des lastenfreien Erwerbs auch die Beachtung der Auflage des Gläubigers, die Löschungsbewilligung erst nach Eingang des Darlehensrestes zu verwenden, gehört und die Leistung deshalb mit der Vollzugsgebühr des § 146 Abs. 1 KostO abgegolten ist.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 3212 = MittBayNot 2008, 71 = DNotZ 2008, 229) fällt für die Beschaffung der Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten eine Vollzugsgebühr, keine Betreuungsgebühr, an. Der BGH wendet insoweit einen weiten kostenrechtlichen Vollzugsbegriff an.

aa) Unter Zugrundelegung dieses Begriffs ist jede Tätigkeit des Notars bei der Vorbereitung der vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung als Vollzugstätigkeit anzusehen, die die Ausführung des Geschäfts erst ermöglicht (BGH, NJW 2007, 3212 = MittBayNot 2008, 71 = DNotZ 2008, 229). Nicht unter die Vollzugstätigkeit fallen Hilfestellungen, von deren Anerbieten der Vollzug nicht abhängt (BGH, NJW 2005, 3218, 3219 = MittBayNot 2005, 433 = DNotZ 2005, 867),

z. B. Fälligkeitsmitteilungen und die Überwachung der Kaufpreiszahlung.

bb) Löschungsbewilligungen werden jedoch, solange Grundpfandrechte, wie hier, noch valuiert sind, vom Grundpfandrechtgläubiger nur im Zusammenhang mit einer Treuhandaufgabe erteilt, um den Rechtsverlust vor Zahlung zu vermeiden. Ohne das Anerbieten eines Treuhandauftrages kann der mit dem Vertrag beabsichtigte lastenfreie Erwerb nicht durchgeführt werden. Dass mit Annahme des Treuhandauftrages der Notar zu einem am Grundstückskaufvertrag nicht beteiligten Dritten in Beziehung tritt, ist unerheblich.

cc) Im Übrigen war nach dem Sachverhalt des Beschlusses des BGH vom 12.7.2007 (NJW 2007, 3212 = MittBayNot 2008, 71 = DNotZ 2008, 229) ebenfalls die Löschungsbewilligung mit der Anweisung erteilt, von ihr nur Gebrauch zu machen, wenn die Überweisung des wesentlichen Teils des Kaufpreises auf das bei ihr geführte Darlehenskonto der Verkäuferin sichergestellt sei.

b) Der Senat ist an dieser Entscheidung weder durch die Entscheidungen des OLG Hamm vom 29.10.2001 (ZNotP 2003, 39) noch des OLG Celle vom 4.6.1999 (Nds. Rpfl 2000, 34) gehindert; eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG ist nicht veranlasst. Das OLG Hamm hat die in der genannten Entscheidung vertretene Auffassung in den Entscheidungen vom 15.7.2009 (15 Wx 350/08, zitiert nach juris) aufgegeben. Die Entscheidung des OLG Celle betraf nicht eine Treuhandaufgabe im Zusammenhang mit einer Löschungsbewilligung, sondern die Überwachung der Umschreibungs- bzw. Auflassungsreife durch den Notar bei einem Grundstückskaufvertrag.

Anmerkung:

Der 32. Zivilsenat des OLG München hebt die Kostenberechnung eines Münchener Notars sowie den diese bestätigenden Beschluss der Beschwerdekammer auf: Die Beachtung der Treuhandaufgabe einer Bank, die Löschungsbewilligung erst nach Eingang des Darlehensrestes zu verwenden, sei mit der Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO abgegolten. Das verdient keinen Beifall.

Der Senat beruft sich auf die Rechtsprechung des BGH¹, nach der für die Beschaffung der Unterlagen für die bei einem Grundstückskauf geschuldete Löschung eine Vollzugsgebühr anfallt, nicht jedoch eine Betreuungsgebühr. Valuierte Grundschulden würden zur Löschung nur mit Treuhandaufgabe bewilligt. Folglich sei auch deren Beachtung Vollzugstätigkeit.

Der Beschluss ist aus zwei Gründen besonders unbefriedigend. *Erstens* lässt er jede Auseinandersetzung mit abweichenden Stellungnahmen im Schrifttum² vermissen. Der Senat bleibt damit hinter einem die kontinentaleuropäische Rechtsprechung prägenden Qualitätsstandard zurück. Auch auf der Grundlage der Vorgaben des BGH sind die Erwägungen im maßgeblichen Punkt lückenhaft: Entschieden ist, dass nicht jede Tätigkeit des Notars zur Herbeiführung der Eigentumsumschreibung mit der Vollzugsgebühr abgegolten ist. Für § 147 Abs. 2 KostO bleibt neben § 146 KostO nur für solche Tätigkeiten kein Raum, die „die Ausführung des Geschäfts erst ermöglichen“. Gesichert ist ferner: Weder die Fälligkeitsmitteilung noch die Überwachung der Kaufpreis-

zahlung durch den Notar sind derart alternativlos. Nicht anders liegt es bei der Organisation des Ablöseprozesses zur Lastenfreistellung eines Grundstücks im Direktzahlungsmodell. Sie ist Betreuungsleistung des Notars, die über das Einholen der Löschungsbewilligung als Vollzugstätigkeit weit hinausgeht.

Der Notar bietet durch die Übernahme des Treuhandauftrages eine Sicherheit, die der Verkäufer alternativ durch vorherige Rückzahlung des Darlehens oder Stellung einer Interimsicherheit schaffen müsste.³ Das erwägt der Senat nicht. Der Hinweis, auch der Rechtsprechung des BGH habe ein Sachverhalt mit Anweisung zugrundegelegen, von der Löschungsbewilligung erst nach Zahlung des Restdarlehens Gebrauch zu machen, kann die erforderliche Subsumtion nicht ersetzen, zumal der BGH die Frage, ob ein von der Gläubigerin erteilter Treuhandauftrag kostenpflichtig ist, gerade nicht entschieden hat.⁴

Nimmt man hinzu, dass der BGH⁵ in anderem Zusammenhang bereits erkannt hat, dass zur Vollzugstätigkeit nur die bloße Anforderung der erforderlichen Erklärung zu sehen sei, kommt es entgegen der Auffassung des OLG zudem darauf an, dass der Notar mit einem Dritten die Übernahme der Treuhandaufgabe vereinbaren muss. Dieses Verhandeln geht über das schlichte Einholen der Bewilligung hinaus.

Der Vollzugsbegriff ist endlich. Die ihm zuzuordnenden Tätigkeiten (unmittelbarer oder alternativloser Bezug zum Hauptgeschäft) können durch weitere Amtshandlungen des Notars erleichtert werden. Diese sind dann ihrerseits betreuender Natur. So liegt es bei der Übernahme eines Treuhandauftrages im Zusammenhang mit dem Beschaffen einer Löschungsbewilligung.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL.M. (Harvard), Berlin

³ Das LG Verden weist in seinem die Rechtsprechung des OLG Dresden ablehnenden Beschluss vom 15.10.2009, Az. 3 T 1/09, n. v., zutreffend auch auf die Abwicklungsalternative über Notaranderkonto hin.

⁴ *W. Tiedtke*, MittBayNot 2008, 23, 25.

⁵ MittBayNot 2007, 71 = DNotZ 2007, 420.

16. KostO § 61 Abs. 1 (Kein Kostenprivileg bei Einbringung in personenidentische GbR)

Auf die Einbringung eines Grundstücks der Erbengemeinschaft in eine personenidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist § 61 Abs. 1 KostO nicht anwendbar.

OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 89/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 waren in Erbengemeinschaft Eigentümer eines Grundstücks, das sie mit notariellem Vertrag vom 3.7.2008 in die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), einbrachten. Die Beteiligte zu 1 wurde am 18.9.2008 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Kostenrechnung vom 23.9.2008 beläuft sich auf 1.293,10 €. Sie geht, ebenso wie der Vertreter der Staatskasse (Beteiligter zu 2), für den Wert der Eigentumsumschreibung vom Wert des gesamten Grundstücks i. H. v. 618.000 € aus.

II.

Gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist das bis 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Die weitere Be-

¹ MittBayNot 2008, 71.

² Etwa jüngst in den ablehnenden Anmerkungen zum Beschluss des OLG Dresden, MittBayNot 2009, 403; *W. Tiedtke*, ZNotP 2009, 327; *Diehn*, MittBayNot 2009, 405. A. A. *Wudy*, NotBZ 2009, 191.

schwerde ist zulässig, da sie das LG als Beschwerdegericht zugelassen hat (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 KostO). Das im Übrigen formgerecht eingelegte Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Beschwerde gegen die Zurückweisung der Erinnerung sei als Beschwerde gegen den – in der Erinnerungsentscheidung ergangenen – Geschäftswertbeschluss auszulegen. In diesem Beschluss sei gleichzeitig der Geschäftswert i. S. d. § 31 Abs. 1 KostO festgesetzt worden. Die Festsetzung des Geschäftswerts habe den Vorrang vor der Entscheidung über die Erinnerung gegen den Kostenansatz, dessen Grundlage sie bilde. Der Form eines Geschäftswertbeschlusses sei genügt, da das Gericht die Festsetzung in die Entscheidungsgründe aufgenommen habe. Bei der Vorschrift des § 61 KostO handle es sich um eine Sondervorschrift betreffend die Bestimmung des Geschäftswerts. Dieser sei mit dem vollen Wert über 618.000 € zutreffend festgesetzt. Ein Fall des § 61 Abs. 1 KostO liege nicht vor.

Die GbR könne nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung selbst Träger von Rechten und Pflichten sein, wenn und soweit sie „nach außen“ am Rechtsverkehr teilnehme. Über die grundbuchrechtlichen Konsequenzen bestehe seit dem Beschluss des BGH vom 4.12.2008 (BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594 = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115) Klarheit dergestalt, dass die GbR selbst mit der im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehenen Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden könne, ohne dass es der Nennung der einzelnen Gesellschafter bedürfe, sie mithin grundbuchfähig sei. Die GbR könne als Folge ihrer (Teil-)Rechtsfähigkeit auch Eigentum sowie beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben. Damit sei sie, was das Grundbuch betreffe, der OHG und der KG gleichgestellt. Nach der Rechtsprechung des BGH seien § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB auf die GbR analog anzuwenden. Hieraus folge aber für die OHG und die KG, dass § 61 Abs. 1 KostO bei diesen Personengesellschaften schon aus sich heraus nicht anwendbar sei. Denn obwohl es sich um Gesamthandsgemeinschaften handle, komme eine Veränderung im Gesellschafterbestand im Grundbuch nicht zum Tragen, da das Grundstück der Gesellschaft, nicht aber den Gesellschaftern gehöre. OHG und KG seien daher nicht als Gesamthandsgemeinschaften i. S. v. § 61 Abs. 1 KostO anzusehen. Allein deshalb gelte § 61 KostO nicht für die OHG und die KG, so dass es der rein deklaratorischen Vorschrift des § 61 Abs. 3 KostO gar nicht bedürft hätte. Dies erkläre auch, warum die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und die Partnerschaft nicht von § 61 KostO erfasst würden, ohne dass gegen das von der Beteiligten zu 1 geltend gemachte Analogieverbot im Kostenrecht verstoßen werde. Für die GbR könne nichts anderes gelten. Auch bei ihr mache sich eine Veränderung im Gesellschafterbestand in Bezug auf die grundbuchrechtliche Eigentumslage nicht bemerkbar, da gerade die GbR eingetragene Eigentümerin sei. Daran ändere – vorbehaltlich dessen (zeitlicher) Anwendbarkeit – auch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften nichts. Zum einen erkenne der Gesetzgeber damit die Grundbuchfähigkeit der GbR an. Zum anderen lasse sich aus der unveränderten Fortgeltung des § 61 KostO nicht entnehmen, dass die GbR kostenrechtlich anders zu behandeln wäre als die OHG und die KG. Es gehe dem Gesetzgeber bei den Änderungen im Grundbuchrecht nur darum, die Rechtssicherheit und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu wahren. Da für die GbR kein Register existiere, sei

der öffentliche Glaube im Falle der Eintragung einer GbR ohne Nennung der Gesellschafter gefährdet, da der wahre Gesellschafterbestand im Laufe der Zeit nicht mehr nachvollziehbar sein könne. Mit der Gesetzesanpassung werde aber nicht in Frage gestellt, dass die GbR selbst Eigentümerin des Grundstücks sei. Hierin unterscheide sich die GbR nicht mehr von den anderen Personengesellschaften. Aus der insoweit mit der für OHG, KG, EWIV und Partnerschaft identischen Behandlung ergebe sich folglich auch eine Gleichbehandlung der GbR im Rahmen des § 61 KostO. Daher sei § 61 Abs. 1 KostO schon nicht auf die GbR anzuwenden und komme es auf eine Nennung der GbR in § 61 Abs. 3 KostO nicht an. Für die Bemessung der Gebühren sei zwar auf die Rechtslage am Tag der Grundbucheintragung als dem Gebühren auslösenden Tatbestand abzustellen. Die fragliche Grundbucheintragung habe bereits am 17.9.2008 stattgefunden. Dass der BGH erst danach, namentlich in seiner Entscheidung vom 4.12.2008, zur Grundbuchfähigkeit der GbR Stellung genommen habe, hindere nicht die Bezugnahme hierauf. Einer Änderung der Rechtsprechung komme grundsätzlich unechte Rückwirkung zu.

2. Dies hält der auf Rechtsfehler beschränkten Nachprüfung stand (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Der Senat nimmt zunächst Bezug auf die zutreffende Begründung der Beschwerdeentscheidung, die er im Wesentlichen teilt.

b) Die Ausführungen in der Rechtsmittelbegründung veranlassen folgende Ergänzungen:

(1) Die GbR fällt bereits nicht unter die in § 61 Abs. 1 KostO privilegierten Gesamthandsgemeinschaften. Soweit in der Kommentarliteratur dies noch anders dargestellt wird (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2007, § 61 Rdnr. 1 f.; *Korintenberg/Lappe*, KostO, 17. Aufl., § 61 Rdnr. 1, jedoch zweifelnd unter Hinweis auf *Dümig*, Rpfleger 2002, 53; *Hartmann*, Kostengesetze, 39. Aufl., § 61 KostO Rdnr. 9; *Assenmacher/Matthias*, Kostenordnung, 16. Aufl., Stichwort „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“), wurde noch nicht die Konsequenz aus der Rechtsprechung des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234; BGHZ 179, 102, 107 = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115) gezogen. Die Vergünstigung des § 61 KostO hat ihre Ursache darin, dass z. B. der Grundstückseigentümer, der einer Gesamthandsgemeinschaft angehört und in diese ein Grundstück einbringt, als im Grundbuch bereits eingetragener Berechtigter lediglich den Umfang seiner Berechtigung ändert, jedoch als Eigentümer eingetragen bleibt. Er wird deshalb kostenrechtlich so behandelt, als bringe er das Grundstück nur zu dem Bruchteil ein, zu dem er an der Gemeinschaft nicht beteiligt ist (vgl. BayObLG, BB 1995, 2184). Dies kommt im Übrigen auch zum Ausdruck in der Fassung des § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO, wo davon die Rede ist, dass ein Grundstück für mehrere zur gesamten Hand eingetragen ist, mag dies auch im Folgenden nicht mehr ausdrücklich ausgesprochen sein. Bei der GbR sind nicht die einzelnen Gesellschafter als Berechtigte eingetragen. Ein Grundstück, auch wenn als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, ist ebenso wie ein Grundstück, das für eine GbR mit eigenem Namen eingetragen ist, nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (vgl. BGHZ 179, 102 = MittBayNot 2009, 225 = DNotZ 2009, 115; NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118 = DNotZ 2007, 118). Somit hat § 61 Abs. 3 KostO lediglich klarstellende Bedeutung. Denn die nach der Rechtsprechung des BGH für die GbR geltende Rechtslage ergibt sich für

OHG und KG bereits aus §§ 124, 161 HGB. Eine unzulässige Analogie (§ 1 Abs. 1 KostO; vgl. BVerfG, NJW 1996, 3146) liegt deshalb nicht vor.

(2) Auch die neu eingeführte Bestimmung des § 47 Abs. 2 GBO (vgl. Art. 1 Nr. 10 lit. b) ERVGBG vom 11.8.2009, BGBl I, S. 2713) bedingt keine andere Beurteilung. Die ausdrückliche Anordnung, dass auch die Gesellschafter einzutragen sind, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Gesellschaft selbst als Rechtsinhaberin einzutragen ist (BT-Drucks. 16/13437, S. 27; vgl. *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 653 f.). Die Eintragung der Gesellschafter ist einerseits Grundbuchinhalt, andererseits aber auch Mittel zur Identifizierung der berechtigten GbR (BT-Drucks. 16/13437, S. 27, 28). Die Gesellschaftereintragung im Grundbuch ist deshalb notwendig, weil für die GbR kein Register besteht und das Grundbuch insoweit als Ersatzregister fungieren muss (*Lautner*, DNotZ 2009, 650, 668). Die kostenrechtliche Bewertung für die Eintragung der GbR selbst beeinflusst dies nicht.

Anmerkung:

I. Sachverhalt

A und B waren in Erbengemeinschaft Eigentümer eines Grundstücks im Wert von 618.000 €. Das Grundstück wurde – durch entsprechende Auffassung – in eine beteiligungsidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebracht.

Für die Grundbucheintragung wurde ein Geschäftswert von 618.000 € angesetzt. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, den Geschäftswert auf 309.000 € zu halbieren. Der Beschwerde wurde vom OLG München nicht stattgegeben.

II. Stellungnahme

Es erscheint erstaunlich, mit welcher Leichtigkeit sich die Gerichte über eine eigentlich klare gesetzliche Regelung hinwegsetzen.

§ 61 KostO lautet auszugsweise:

„(1) Geht ein Grundstück, das für mehrere zur gesamten Hand eingetragen ist, (...) auf eine aus denselben Personen bestehende andere Gesamthandgemeinschaft über, so wird die Gebühr so berechnet, als ob die Beteiligten nach Bruchteilen berechtigt wären; die Anteile der Erwerber bleiben unberücksichtigt. (...)

(2) Die Anteile sind entsprechend der Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen zu bemessen. Mindestens sind die Gebühren nach dem kleinsten Anteil zu berechnen.

(3) Die Vorschriften der Absätze 1 und 2 gelten nicht für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften.“

Dementsprechend war bisher die Lösung für obigen Sachverhalt eigentlich völlig unstrittig: Es gibt hier zwei Anteile von je 309.000 €, so dass der „kleinste Anteil“ i. S. v. § 61 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 KostO und damit der Geschäftswert mit 309.000 € anzusetzen war.¹

¹ So ausdrücklich auch der Beispielsfall in *Korintenberg/Lappe*, KostO, 17. Aufl. 2008, § 61 Rdnr. 14: „Die Miterben A, B und C zu je einem Drittel lassen das Nachlassgrundstück (Wert: 300.000 €) an sich in BGB-Gesellschaft zu gleichen Teilen auf. An die Stelle des Wertes 0 tritt der Wert des kleinsten Anteils; da alle Anteile „gleich klein“ sind, beträgt er 100.000 €.“ Vgl. auch *Fitzek*, KostO, 4. Aufl. 2009, § 61 Rdnr. 1, ferner die in den Entscheidungsgründen zitierten Nachweise.

Die Beschwerdegerichte wollten nun aber offenbar „modern“ sein und haben aus dem Umstand, dass eine GbR mittlerweile als teilrechtsfähig und einer OHG in Teilbereichen als angeleglichen angesehen wird,² gefolgert, dass die Gebührenprivilegierung der § 61 Abs. 1 und 2 KostO – genauso wenig wie nach § 61 Abs. 3 KostO auf eine OHG – keine Anwendung auf eine GbR findet. Auf den ersten Blick kann man das als durchaus konsequente Auslegung bzw. Rechtsfortbildung ansehen.

Allerdings ergibt sich dabei das auch von den Beschwerdegerichten erkannte Problem, dass im Kostenrecht – genauso wie im sonstigen Abgabenrecht – im Grundsatz ein Analogieverbot zulasten des Kostenpflichtigen gilt.³ Ein Verstoß gegen das Analogieverbot soll nun aber deswegen nicht vorliegen, weil § 61 Abs. 1 KostO schon von vornherein nicht auf Personengesellschaften (OHG, KG und eben auch GbR) anwendbar sein soll; § 61 Abs. 3 KostO sei insofern nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch zu verstehen.⁴

Mit diesem Verständnis können sich die Beschwerdegerichte sogar durchaus auch auf Kommentarstellen berufen, und zwar im Zusammenhang mit der Behandlung einer EWIV und einer Partnerschaft.⁵ Diese Gesellschaftsformen wurden erst lange Zeit nach Inkrafttreten des § 61 KostO gesetzlich geschaffen und waren deshalb in der dauerhaft unveränderten Fassung des § 61 Abs. 3 KostO, offenkundig aufgrund einer versehentlich durch den Gesetzgeber unterbliebenen Anpassung, nicht erwähnt. Im Hinblick darauf, dass OHG, KG, EWIV und Partnerschaft jeweils unter ihrer Firma im Grundbuch eingetragen werden, wollte man die EWIV und Partnerschaft trotz des nicht angepassten Wortlauts des § 61 Abs. 3 KostO der OHG und KG gleichstellen.

M. E. ist die diesbezügliche kostenrechtliche Gleichstellung der EWIV und der Partnerschaft mit der OHG und KG im Hinblick auf das Analogieverbot durchaus fragwürdig. Für die GbR erscheint mir der Verstoß gegen das Analogieverbot jedoch eindeutig.

Bei Schaffung des § 61 KostO bestand die GbR – anders als die EWIV und die Partnerschaft – schon lange in der gesetzlichen Ausgestaltung der §§ 705 ff. BGB. Der Gesetzgeber hat die GbR also ganz bewusst nicht in die Ausnahmeregelung des § 61 Abs. 3 KostO aufgenommen.

Anders als die OHG, KG, EWIV und Partnerschaft wird die GbR auch nicht mit ihrer Firma (die GbR hat keine Firma), sondern unter Nennung ihrer Gesellschafter, ggf. ergänzt durch den Namen der GbR, eingetragen (§ 47 Abs. 2 Satz 1 GBO). Damit besteht für die GbR nicht der Kostenvorteil einer Nichteintragung von Gesellschafterwechseln wie für die OHG, KG, EWIV und Partnerschaft.⁶ Außerdem ist der Wortlaut des § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO eindeutig und bezieht sich allgemein auf Gesamthandgemeinschaften. Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Ausgestaltung (§§ 718 f. BGB) ist auch die GbR eine solche Gesamthandgemeinschaft,⁷ ge-

² *Palandt/Sprau*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 705 Rdnr. 24.

³ Vgl. die Entscheidungsgründe und die dort zitierte Entscheidung des BVerfG, NJW 1996, 3146 (Leitsatz: „Es verstößt gegen das Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip, die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für einen belastenden Verwaltungsakt [...] im Wege der analogen Anwendung einer Norm [...] zu gewinnen.“); ferner z. B. BVerfG, NVwZ 1997, 292, 294.

⁴ Vgl. die Entscheidungsgründe.

⁵ *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 61 Rdnr. 15.

⁶ Zu den Gebühren eines Gesellschafterwechsels vgl. OLG München, MittBayNot 2009, 64.

⁷ *Palandt/Sprau*, § 719 Rdnr. 1.

nauso wie die OHG und KG,⁸ für die jedoch die Ausnahmeregelung in § 61 Abs. 3 KostO besteht.

Auch wenn man sonst die großzügige Rechtsfortbildung der Rechtsprechung bezüglich der Teilrechtsfähigkeit der GbR und der Gleichstellung mit der OHG mitmachen möchte bzw. muss, sollte dies nicht auf Bereiche erstreckt werden, für die ein Analogieverbot anerkannt ist.⁹

III. Ausblick

§ 61 KostO ist eine Kostenvorschrift, die nur Grundbucheintragungen betrifft, und insofern für Notarkosten nicht relevant.

Sofern man als Notar auch hinsichtlich der Grundbuchkosten kostengünstig gestalten will bzw. diesbezügliche Kostenauskünfte erteilt, wird jedenfalls in Bayern die neue Kostenrechtsprechung des OLG München zu § 61 KostO bei GbRs nicht außer Betracht bleiben können, solange diese nicht wieder zur richtigen Rechtsanwendung hin korrigiert wird.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

⁸ *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl. 2008, § 124 Rdnr. 3.

⁹ Vgl. z. B. auch die Entscheidung des OLG München, MittBayNot 2009, 163 zu § 60 Abs. 2 u. § 24 Abs. 3 KostO, bei der aber das Analogieverbot – anders als bei § 61 KostO – keine Bedeutung spielte.

Steuerrecht

17. ErbStG § 13 a (*Mitunternehmerinitiative nach Anteilschenkung unter Vorbehaltsnießbrauch*)

Wenden Eltern Teile ihrer Beteiligungen an einer gewerblich geprägten Personengesellschaft unentgeltlich ihren Kindern zu und behalten sie sich dabei den lebenslangen Nießbrauch vor, fehlt es den Kindern an der für die Anwendung des § 13 a ErbStG erforderlichen Mitunternehmerinitiative, wenn vereinbart ist, dass die Nießbraucher die Gesellschafterrechte der Kinder wahrnehmen und die Kinder den Eltern „vorsorglich“ Stimmrechtsvollmacht erteilen.

BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07

Zur Regelung ihrer Vermögensnachfolge gründeten die Klägerin und ihr Ehemann zunächst eine GrundstücksverwaltungsGmbH (GmbH) und zusammen mit dieser als Komplementärin durch notariell beurkundeten Vertrag vom 28.12.2001 (UR-Nr. 1154/2001) eine GmbH & Co. KG (KG), an deren Gesellschaftsvermögen die Eheleute je zur Hälfte und die GmbH nicht beteiligt sein sollten. Das Gesellschaftskapital sollte 20.000 € betragen und von den Eheleuten durch Einbringung eines ihnen bis dahin zu hälftigem Miteigentum gehörenden bebauten Grundstücks sowie der damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten i. H. v. 511.292 € aufgebracht werden. Soweit der Wert des Grundstücks „die Kommanditeinlage“ überstieg, war die Differenz hälftig auf variablen Kapitalkonten auszuweisen. Die festen Kapitalkonten sollten das Maß der Gesellschaftsrechte bestimmen. Die KG wurde am 16.4.2002 ins Handelsregister eingetragen.

Mit weiterem notariell beurkundeten Vertrag vom selben Tag (UR-Nr. 1156/2001) vereinbarten die Eheleute, ihr festes Kapitalkonto von je 10.000 € in jeweils drei Anteile aufzuspalten, und zwar in einen Anteil von 1.000 € und zwei Anteile von 4.500 €. Sodann übertrugen sie – mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eintragung der KG ins Handelsregister – die Anteile zu 4.500 € jeweils unentgeltlich auf den Sohn und die Tochter. Dazu hieß es, die Schenkungen würden

durch Umbuchung des „vorbezeichneten festen Kapitals“ auf Konten der Kinder vollzogen. Es bestehe Einigkeit darüber, „dass die variablen Kapitalkonten der Schenker von der obigen Übertragung unberührt bleiben“. In Abänderung des Gesellschaftsvertrages der KG erkannten die Kinder an, nur ein Stimmrecht von je 5 v. H. zu haben. Außerdem billigten sie den Eheleuten das „unbegrenzte Recht zu, Entnahmen zu tätigen, auch wenn hierdurch ein negatives Kapitalkonto beim Schenker und negatives Kapital der Gesellschaft“ entstehe oder sich vergrößere.

Die Eheleute behielten sich jeweils einen lebenslangen Nießbrauch vor und verpflichteten sich gesamtschuldnerisch, die außerordentlichen Grundstückslasten einschließlich der eingebrachten Verbindlichkeiten zu tragen. Die Nießbraucher sollten die Gesellschaftsrechte in der KG wahrnehmen; die Kinder erteilten ihnen „vorsorglich Stimmrechtsvollmacht“. Nach Regelung einiger auflösender Bedingungen bezüglich der Schenkungsabreden übernahmen die Eheleute schließlich die Schenkungsteuer.

Der Beklagte (das FA) ermittelte einen Grundbesitzwert für Zwecke der Schenkungsteuer auf den 28.12.2001 für das von den Eheleuten in die KG eingebrachte Grundstück i. H. v. 1.552.282,15 € und setzte mit Bescheid vom 5.12.2002 wegen der Schenkung der Klägerin an die Tochter eine Steuer von 8.184 € fest. Als Ausführungszeitpunkt der Schenkung war der Tag der Eintragung der KG ins Handelsregister, nämlich der 16.4.2002, angegeben. Der schenkweise Erwerb war mit 1/4 von 90 v. H. von (abgerundet 1.552.000 € / 511.292 €), nämlich mit 234.159 €, angesetzt.

Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin verlangt hatte, ihr die Steuervergünstigungen des § 13 a ErbStG i. d. F. vor Inkrafttreten des Art. 13 Nr. 1 des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 vom 29.12.2003 (BGBl I 2003, S. 3076) zu gewähren, blieben ohne Erfolg. Das FA stundete lediglich mit Einspruchsentscheidung vom 30.6.2003 die Steuer vollen Umfangs nach § 25 Abs. 1 ErbStG. Auch das FG war der Ansicht, die Steuervergünstigungen des § 13 a ErbStG könnten nicht gewährt werden, weil die Kinder keine Mitunternehmer geworden seien. Es fehle an der Mitunternehmerinitiative, weil die Gesellschafterrechte der Kinder von den Nießbrauchern wahrgenommen würden, und wegen des umfassenden Entnahmerechts der Nießbraucher auch an dem Mitunternehmerisiko.

Im Klageverfahren hatte die Klägerin ein auf Januar 2002 datiertes und von den Eltern sowie den Kindern unterschriebenes Schriftstück vorgelegt, in dem festgestellt wurde, es sei von Anfang an gewollt gewesen, auch die variablen Kapitalkonten in die Zuwendungen einzubeziehen. Dies solle mit dem Schriftstück klargestellt werden.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Steuervergünstigungen des § 13 a ErbStG sind zu Recht verweigert worden, da die Kinder nicht Mitunternehmer geworden sind. Es fehlt zumindest an der erforderlichen Mitunternehmerinitiative.

1. Die KG ist eine gewerblich geprägte Personengesellschaft. Zugewendet sind Teile von den Kommanditbeteiligungen der Eltern (vgl. BFHE 179, 166 = BStBl II 1996, S. 546). Deren vom FA mit Hilfe des Grundbesitzwerts ermittelten Werte sind nicht zu beanstanden.

a) Durch die schenkweise Übertragung von Teilen der elterlichen Kommanditbeteiligungen sind die Kinder Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens geworden. Die Schenkungen sollten nach dem Vertragswortlaut nur die festen Kapitalkonten der Eltern erfassen. Sie waren durch Umbuchung von den Kapitalkonten der Eltern auf entsprechende Kapitalkonten der Kinder zu vollziehen. Allerdings haben die Eltern die Umbuchungen entgegen dem Wortlaut des Schenkungsvertrages nicht auf die festen Kapitalkonten beschränkt, sondern im selben Verhältnis ihre variablen Kapitalkonten einbezogen. Dies ist schenksteuerrechtlich beachtlich. Maßgeblich ist nämlich gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht die vereinbarte, sondern die tatsächlich vorgenommene Bereicherung der Kinder auf Kosten der Eltern. Dazu bedurfte es des im Klage-

verfahren vorgelegt und auf Januar 2002 datierenden Schriftstücks nicht.

b) Da die Umbuchungen zeitnah zu der Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft erfolgten, spiegeln die Gesellschaftskonten nach Vollzug der Umbuchungen auch das Verhältnis wider, in dem die Eltern und die Kinder am Gesellschaftsvermögen bestehend aus dem eingebrachten Grundstück als Aktivposten und den damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten als Passivposten beteiligt waren. Da somit das Verhältnis, in dem sich dieses Vermögen auf die nunmehr vier Kommanditisten verteilte, fest lag – nämlich im Verhältnis 5:5:45:45 –, kann auf sich beruhen, mit welchem Wert die Eltern das Grundstück tatsächlich in die Gesellschaft eingebracht haben und ob dieser „Einbringungswert“ dem gemeinen Wert entsprach oder nicht. Es ist auch zutreffend, dass das FA bei der Ermittlung des Gesellschaftsvermögens die von den Eltern in die KG eingebrachten Verbindlichkeiten als Passivposten berücksichtigt hat, obwohl die Eltern sich gegenüber den Kindern im Rahmen der Nießbrauchsbestellung verpflichtet hatten, die eingebrachten Verbindlichkeiten zu tragen. Diese Abrede betraf nicht das Gesellschaftsverhältnis, welches für die Bestimmung des Werts der Beteiligungen an der KG maßgeblich ist.

2. Das FG hat auch zutreffend erkannt, dass die Klägerin durch die Verweigerung der Steuervergünstigungen des § 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG in ihren Rechten nicht verletzt wurde.

a) Gemäß § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG kommen die Vergünstigungen in Betracht für inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb u. a. eines Anteils an einem Gesellschaftsanteil i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG oder eines Anteils daran. Im Streitfall war Erwerbsgegenstand nicht jeweils ein Anteil an einem Gesellschaftsanteil im Sinne der genannten Vorschriften des EStG, sondern ein Teil von einem Gesellschaftsanteil. Dies unterscheidet den Sachverhalt von demjenigen, der dem Urteil des FG Münster vom 10.11.2005 (EFG 2006, 422), auf das sich die Klägerin beruft, zugrunde lag. Damals ging es um eine typisch stille Unterbeteiligung, die die Frage aufwarf, ob überhaupt etwas zugewendet worden ist. Das Urteil wurde nur im Ergebnis bestätigt, weil es an einer Zuwendung fehlte (BFHE 220, 513 = BStBl II 2008, S. 631). Geht es um die Abspaltung von einem Gesellschaftsanteil, die mit der Aufnahme eines weiteren Gesellschafters in die Gesellschaft verbunden ist (vgl. dazu R 51 Abs. 3 Satz 3 ErbStG 2003), muss der Empfänger dieses abgespaltenen Teils seinerseits Mitunternehmer werden, um die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG beanspruchen zu können.

b) Die in § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG vorgesehenen Steuervergünstigungen greifen nur ein, wenn das von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen Rechtsträger als auch beim neuen Rechtsträger (Erwerber) den Tatbestand des Abs. 4 Nr. 1 der Vorschrift erfüllt (so BFHE 215, 533 = BStBl II 2007, S. 443 = MittBayNot 2007, 524; vgl. auch *Moench/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 13 a Rdnr. 24; *Jülicher* in *Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 a Rdnr. 132; *Seer*, GmbHR 1999, 64, 70; a. A. *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 14. Aufl. 2004, § 13 a Rdnr. 7, allerdings nur für die Seite des Erblassers/Schenkers; *Kapp/Ebeling*, Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 a Rdnr. 7.1). Dies ergibt sich für die Erwerberseite nicht nur aus dem Begünstigungszweck der Norm in Verbindung mit den Nachversteuerungstatbeständen des Abs. 5 der Vorschrift, sondern auch aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Bevorzugung des Betriebsvermögens gegenüber anderen Vermögensarten bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer bedarf im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung, wie sie der Gesetzgeber dem Beschluss des BVerfG vom 22.6.1995 (BVerfGE 93, 165 = BStBl II 1995, S. 671, unter C. I. 2. b bb) entnommen hat. Das BVerfG hat aber die Milderung des Steuerzugriffs bei Betriebsvermögen ausdrücklich auf solche Erwerber beschränkt, die den Betrieb „weiterführen“, „aufrechterhalten“ und „fortführen“. Diese Wortwahl zeigt, dass das BVerfG einen Erwerber im Blick hatte, bei dem das erworbene Vermögen Betriebsvermögen geblieben ist. Bei einem Erwerb eines Mitunternehmeranteils bzw. eines Teils davon verlangt die Fortführung, dass auch der Erwerber Mitunternehmer geworden ist. Dies hat seinen Niederschlag auch im Wortlaut des § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG gefunden. Danach gelten die Steuervergünstigungen nicht für inländisches Betriebsvermögen schlechthin, sondern nur für derartiges Vermögen beim Erwerb u. a. eines Anteils an Gesellschaften i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG. Es reicht daher nicht, dass eine Gesellschaft wie im Streitfall gewerblich geprägte Personengesellschaft geblieben ist, wenn es am Erwerb eines Mitunternehmeranteils deshalb fehlt, weil der übertragene Gesellschaftsanteil ertragsteuerrechtlich als wirtschaftliches Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO einem Vorbehaltsnießbraucher zuzurechnen ist.

c) Die verlangte Mitunternehmerstellung haben die Kinder im Streitfall nicht erlangt. Es fehlt bereits an der dafür erforderlichen Mitunternehmerinitiative, so dass es nicht mehr darauf ankommt, ob und in welchem Ausmaß sie ein Mitunternehmerrisiko tragen. Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen. Ausreichend ist schon die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschaftsrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die einem Kommanditisten nach dem HGB zustehen (so BFH/NV 1990, 92). Daran fehlt es im Streitfall.

aa) Es kann auf sich beruhen, ob und inwieweit ein Nießbrauch, mit dem der Anteil an einer Personengesellschaft belastet ist und dessen Ausgestaltung nicht von den inhaltlichen Vorgaben des BGB abweicht, dazu berechtigt, die Mitverwaltungsrechte und das Stimmrecht des Gesellschafters wahrzunehmen (vgl. dazu *MünchKommBGB/Ulmer*, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdnr. 99–102; *Gummert* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 1, 2004, § 16 Rdnr. 26; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 2007, vor § 230 Rdnr. 21; *W. Müller* in *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, 2. Aufl. 2002, § 4 Rdnr. 21); denn ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch lässt jedenfalls die Mitunternehmerinitiative des Nießbrauchsbestellers nicht entfallen (so BFHE 175, 231 = BStBl II 1995, S. 241, 245). Im Streitfall haben die Vertragspartner jedoch über die Vorgaben des BGB hinaus bestimmt, die Gesellschaftsrechte – gemeint sind die Gesellschafterrechte – sollten von den Eltern als Nießbrauchern wahrgenommen werden. Damit haben sich die Eltern deren Ausübung vorbehalten. Nur für den Fall, dass diese Abrede aus rechtlichen Gründen das angestrebte Ziel verfehlt, die Gesellschaftsrechte wie bisher, aber nunmehr als Nießbraucher weiter ausüben zu können, haben die Kinder den Eltern „vorsorglich“ eine Stimmrechtsvollmacht erteilt (vgl. dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1824). Spätestens damit ist die Position der Kinder in der KG so geschwächt, dass von einer Mitunternehmerschaft nicht mehr gesprochen werden kann.

bb) Die Kinder haben sich der Ausübung ihrer Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte begeben und damit den Eltern

auch die Möglichkeit eingeräumt, trotz des gesellschaftsvertraglich dafür vorgesehenen Erfordernisses der Einstimmigkeit den Gesellschaftsvertrag ggf. zum Nachteil der Kinder zu ändern. Das schließt eine Mitunternehmerinitiative der Kinder aus (vgl. auch *Schmidt/Wacker*, Einkommensteuergesetz, 27. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 751, 756). Daran vermag die Regelung des § 168 Satz 2 Hs. 1 BGB, wonach eine Vollmacht auch bei Fortbestehen des ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses widerruflich ist, nichts zu ändern. Die Regelung steht nämlich unter dem einschränkenden Hs. 2 der Vorschrift, wonach die Widerruflichkeit entfällt, wenn sich aus dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt. Vorliegend ergibt sich etwas anderes. Das der Vollmachtserteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis erschließt sich nämlich im Streitfall aus der ihrer Erteilung vorangestellten Abrede, wonach die Gesellschaftsrechte von den Nießbrauchern wahrgenommen werden. Denn wegen der Bedenken, ob eine derartig weitgehende Abrede zulässig ist, wurde „vorsorglich“ eine Stimmrechtsvollmacht erteilt. Die Abrede über die Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte sieht aber keine Widerrufsrechte vor. Solche Widerrufsrechte lassen sich auch nicht aus dem Auftragsrecht herleiten. Die Eltern sahen sich hinsichtlich der Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte der Kinder nicht als deren Beauftragte (§ 662 BGB). Sie wollten diese Gesellschafterrechte – für die Kinder erkennbar – mittels der Stellung als Vorbehaltsnießbraucher in Kontinuität (weiter) ausüben. Damit ist auch die der Absicherung dienende Vollmacht unwiderruflich. Unter diesen Umständen kann auf sich beruhen, ob eine freie Widerruflichkeit der Vollmacht überhaupt erheblich oder deshalb unbeachtlich wäre, weil mit der Ausübung eines solchen Widerrufsrechts im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten nicht zu rechnen wäre.

cc) Das während des Klageverfahrens vorgelegte und auf den Januar 2002 datierte Schriftstück, das auch von den Kindern unterzeichnet ist, beweist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass die Kinder bei Gesellschaftsbeschlüssen auch persönlich abgestimmt hätten. Das Schriftstück betrifft keine Gesellschaftsangelegenheit im Sinne der Stimmrechtsregelung in der KG, sondern den Vertrag UR-Nr. 1156/2001, der neben der Zuwendung der Gesellschaftsbeteiligungen die Stimmrechtsregelung im Rahmen der Nießbrauchsbestellung überhaupt erst begründet. Eine schriftliche Erklärung aber, die eine einvernehmliche Interpretation dieses Vertrages durch die Vertragsparteien darstellen soll, muss durch die Vertragsparteien persönlich abgegeben werden.

3. Die Rüge, das FG habe einen Beweisantrag übergangen und dadurch die Sache mangelhaft aufgeklärt, greift nicht durch. Unabhängig davon, ob sich der Beweisantrag aus dem vorbereitenden Schriftsatz an das FG vom 24.9.2003 überhaupt auf entscheidungserhebliche Tatsachen bezog, hat die Klägerin ein etwaiges Rügerecht bereits gemäß § 155 FGO i. V. m. § 295 ZPO verloren (vgl. dazu BFHE 157, 106 = BStBl II 1989, S. 727). Ausweislich der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 27.4.2006 ist weder der Antrag wiederholt noch die Nichterhebung der angebotenen Beweise gerügt worden (vgl. BFH/NV 2003, 56; BFH/NV 2004, 657). Zweifel an der Entscheidungserheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsachen ergeben sich aus Folgendem: Selbst wenn den Kindern trotz der Stimmrechtsregelung das Recht verblieben wäre, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen – auch dies wäre ein Mitverwaltungsrecht (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 558) –, wäre aus denselben Gründen, die gemäß den vorstehenden Ausführungen zu II. 2. c) gegen eine Widerruflichkeit der Stimmrechtsvoll-

machten sprechen, auch eine persönliche Stimmrechtsausübung durch die Kinder ausgeschlossen, sofern die Eltern sie nicht im Einzelfall gestatten.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (in diesem Heft).

18. KStG § 14 (*Steuerliche Anerkennung eines Gewinnabführungsvertrags*)

Das erste (Rumpf-)Wirtschaftsjahr einer GmbH beginnt bereits mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH.

BFH, Urteil vom 3.9.2009, IV R 38/07

Die Klägerin, eine KG, schloss am 27.11.1996 mit der – am 17.2.1996 errichteten und am 6.8.1996 in das Handelsregister eingetragenen – Beigeladenen, einer GmbH, einen „Organschaftsvertrag“, mit dem sich die Beigeladene zur Abführung ihres gesamten Gewinns an die Klägerin verpflichtete. Nach dessen § 6 Abs. 1 war der Vertrag auf die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen; er war vorher nur aus wichtigem Grund kündbar. Der Vertrag fand erstmals Anwendung auf das Wirtschaftsjahr, das mit der Eintragung der Beigeladenen beginnt (§ 6 Abs. 3 des Vertrags). Gemäß § 4 Abs. 1 des Vertrags garantierte die Klägerin für die Vertragsdauer den außenstehenden Gesellschaftern der Beigeladenen für jedes Geschäftsjahr, beginnend mit der „Dividende“ für das Jahr 1996, eine „Dividende“ in Höhe von 12 % des übernommenen Geschäftsanteils. Das Wirtschaftsjahr der Beigeladenen stimmte mit dem Kalenderjahr überein.

Die Klägerin und die Beigeladene führten den Vertrag ab dem Wirtschaftsjahr 1996 durch. Am 22.9.1998 wurde er in das Handelsregister der Beigeladenen eingetragen.

Der Beklagte (das FA) erkannte das Organschaftsverhältnis bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb für die Jahre 1997 und 1998 (Streitjahre) nicht an. Die hiergegen gerichteten Einsprüche blieben ohne Erfolg.

Das FG wies die Klage ab. Der Vertrag erfülle nicht die nach § 14 Nr. 4 KStG i. d. F. des Gesetzes zur Entlastung der Familien und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen und Arbeitsplätze (Steueränderungsgesetz 1992) vom 25.2.1992 (BGBl I, S. 297; BStBl I, S. 146) erforderliche Mindestlaufzeit von fünf Jahren. Der Zeitraum von fünf Jahren müsse fünf volle Zeitjahre umfassen. Danach wäre die Fünfjahresfrist im Streitfall nur erfüllt gewesen, wenn der Vertrag am 1.1.1997 zu laufen begonnen hätte. Der Vertrag sei jedoch bereits für das Rumpfwirtschaftsjahr 1996 durchgeführt worden, so dass die Mindestlaufzeit auch das sechste Wirtschaftsjahr (2001) voll mit umfassen müsse.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet. Sie ist nach § 126 Abs. 2 FGO mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Klage auf Feststellung des Bestehens einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zwischen der Klägerin und der Beigeladenen unzulässig ist. Das FG hat die Feststellungsklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Zwar hätte es die Feststellungsklage als unzulässig abweisen müssen. Das angefochtene Urteil ist trotz dieses Rechtsfehlers nicht aufzuheben, weil der Tenor des Urteils zutreffend ist (BFHE 154, 5 = BStBl II 1988, S. 927 m. w. N.).

Im Übrigen hat das FG im Ergebnis zutreffend entschieden, dass zwischen der Klägerin und der Beigeladenen in den Streitjahren keine körperschaftsteuerliche Organschaft bestanden hat.

1. Die Feststellungsklage ist unzulässig, da die von der Klägerin beehrte Feststellung nach § 41 Abs. 2 Satz 1 FGO subsidiär ist. (...)

2. Verpflichtet sich eine GmbH mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland (Organgesellschaft), ihren ganzen Gewinn an ein anderes inländisches gewerbliches Unternehmen abzuführen, so ist gemäß § 17, § 14 KStG das Einkommen der Organgesellschaft – soweit sich aus § 16 KStG nichts anderes ergibt – dem Träger des Unternehmens (Organträger) unter den dort bestimmten Voraussetzungen zuzurechnen. Nach § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG muss der Gewinnabführungsvertrag bis zum Ende des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft, für das § 14 Satz 1 KStG erstmals angewendet – d. h. das Einkommen zugerechnet – werden soll, auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und bis zum Ende des folgenden Wirtschaftsjahrs wirksam werden.

§ 17 Satz 1, § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG setzen die zivilrechtliche Wirksamkeit des Gewinnabführungsvertrags voraus (vgl. BFHE 184, 88 = BStBl II 1998, S. 33 m. w. N.; BFHE 151, 135 = BStBl II 1988, S. 76 jeweils m. w. N.; BFHE 223, 162). Verpflichtet sich eine GmbH zur Gewinnabführung, so wird der Gewinnabführungsvertrag nur dann wirksam, wenn die Gesellschafterversammlung der GmbH dem Vertrag zustimmt und der Vertrag in das Handelsregister der GmbH eingetragen wird (vgl. BGHZ 105, 325 = DNotZ 1989, 102). Für die Anwendung der §§ 14 bis 17 KStG genügt es nicht, dass ein mangels Eintragung in das Handelsregister nichtiger Organisations- und Ergebnisabführungsvertrag für die Zeit seiner Durchführung nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam zu behandeln ist (vgl. BFHE 184, 88 = BStBl II 1998, S. 33; zur Behandlung fehlerhafter Unternehmensverträge BGH, NJW 2002, 822).

3. Nach diesen Maßstäben hat zwischen der Klägerin und der Beigeladenen in den Streitjahren schon deshalb keine Körperschaftsteuerliche Organschaft bestanden, weil der Vertrag vom 27.11.1996 nicht bis zum Ende des auf seine erstmalige Anwendung folgenden Wirtschaftsjahrs zivilrechtlich wirksam geworden ist. Es ist daher nicht entscheidungserheblich, ob – wie das FG angenommen hat – der Gewinnabführungsvertrag auf mindestens fünf Zeitjahre abgeschlossen werden muss oder ob es genügt, dass er für fünf Wirtschaftsjahre abgeschlossen ist.

a) Das Einkommen der Beigeladenen sollte der Klägerin erstmals für das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr 1996 zugerechnet werden. Nach § 6 Abs. 3 des Vertrags vom 27.11.1996 sollte der Vertrag erstmals auf das Wirtschaftsjahr Anwendung finden, das mit der Eintragung der Organgesellschaft beginnt.

aa) Das FG hat nicht festgestellt, ob tatsächlich (erst) mit der Eintragung der Beigeladenen in das Handelsregister am 6.8.1996 ein (Rumpf-)Wirtschaftsjahr begonnen hat. Dies erscheint fraglich, denn mit der Errichtung der Beigeladenen ist eine Vorgesellschaft (Vor-GmbH) entstanden. Das erste (Rumpf-)Wirtschaftsjahr einer GmbH beginnt bereits mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH. Die Vor-GmbH ist mit der in das Handelsregister eingetragenen GmbH identisch; auch steuerrechtlich wird die Vorgesellschaft als Kapitalgesellschaft behandelt, sofern sie – wie die Beigeladene – später als GmbH in das Handelsregister eingetragen wird (BFHE 169, 343 = BStBl II 1993, S. 352 m. w. N.). Auf die Vor-GmbH sind bereits die Vorschriften des GmbH-Rechts anzuwenden, soweit diese nicht gerade die Rechtsfähigkeit voraussetzen oder auf die besonderen Umstände bzw. Verhältnisse des Gründungsstadiums keine hinreichende Rücksicht nehmen (BGHZ 143, 314 m. w. N.). Die Beigeladene hatte daher nach §§ 242 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 HGB i. V. m. § 13

Abs. 3 GmbHG bereits zu Beginn ihres Handelsgewerbes – und nicht erst mit ihrer Eintragung – eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Sofern die Beigeladene nicht erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hat, würde der Beginn eines Wirtschaftsjahrs mit der Eintragung die wirksame Bildung eines weiteren Rumpfwirtschaftsjahrs voraussetzen.

bb) Es kann indes offenbleiben, ob mit der Eintragung der Beigeladenen in das Handelsregister ein (neues) Wirtschaftsjahr begonnen hat. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, wäre der Vertrag vom 27.11.1996 ergänzend dahin auszulegen, dass er erstmals auf das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr 1996 anzuwenden ist.

(1) Der Senat kann den Gewinnabführungsvertrag selbst auslegen. Die Auslegung von Vereinbarungen der Gesellschafter mit körperschaftsrechtlichem Charakter unterliegt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht, da solche korporativen Regeln für einen unbestimmten Personenkreis, insbesondere für die Gläubiger und künftigen Gesellschafter, bestimmt sind und deshalb nur einheitlich ausgelegt werden können (vgl. BFHE 220, 51 m. w. N.). Die Bestimmung über die erstmalige Anwendung eines Gewinnabführungsvertrags hat körperschaftsrechtlichen Charakter. Bei einem solchen Unternehmensvertrag handelt es sich nicht um einen rein schuldrechtlichen Vertrag, sondern um einen gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag; er ändert satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft, indem er insbesondere den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingreift (BFHE 220, 51 m. w. N.).

(2) Korporationsrechtliche Bestimmungen sind nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus auszulegen. Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung kommt dabei ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem systematischen Bezug der zu interpretierenden Klausel zu anderen Satzungs Vorschriften. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte in der Satzung finden, können zur – auch ergänzenden – Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden. Außerhalb der Satzung liegende Sachzusammenhänge sind bei der Kündigungsklausel eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags auch dann nicht einzubeziehen, wenn deren Kenntnis bei den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden kann (vgl. BFHE 220, 51 m. w. N.; zur ergänzenden Auslegung vgl. auch Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl., § 2 Rdnr. 27; *Scholz/Emmerich, GmbHG*, 10. Aufl., § 2 Rdnr. 37).

(3) Im Streitfall ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang zu § 4 Abs. 1 des Vertrags, dass der Vertrag auch dann erstmals auf das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr 1996 anzuwenden ist, wenn es vor der Eintragung der Beigeladenen in das Handelsregister begonnen hätte. Nach § 4 Abs. 1 des Vertrags garantierte die Klägerin für die Vertragsdauer den außenstehenden Gesellschaftern der Beigeladenen für jedes Geschäftsjahr, beginnend mit der „Dividende“ für das Jahr 1996, eine „Dividende“ in Höhe von 12 % des übernommenen Geschäftsanteils. Diese Regelung soll den außenstehenden Gesellschaftern nach ihrem erkennbaren Zweck – die Überschrift des § 4 des Vertrags lautet auch „Ausgleichszahlungen“ – einen Ausgleich dafür gewähren, dass der ganze Gewinn der GmbH an die Klägerin abgeführt wird. Ein solcher Ausgleich ab dem Wirtschaftsjahr 1996 wäre jedoch nicht sinnvoll, wenn nicht zugleich der Gewinn dieses Wirtschaftsjahrs an die Klägerin abzuführen wäre. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung im Übrigen darin, dass die Klägerin und die Beigeladene den Vertrag im Wirtschaftsjahr 1996 durchgeführt haben.

b) Der Vertrag ist erst mit seiner Eintragung in das Handelsregister der GmbH am 22.9.1998 und damit nicht bis zum Ende des auf seine erstmalige Anwendung folgenden Wirtschaftsjahrs – hier: 1997 – wirksam geworden. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob das Fehlen dieser Voraussetzung einer steuerlichen Anerkennung des Vertrags ab dem Wirtschaftsjahr 1998, in dem der Vertrag durch Eintragung in das Handelsregister wirksam geworden ist, nicht entgegen gestanden hätte, wenn er – ab diesem Wirtschaftsjahr gerechnet – noch eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren aufgewiesen hätte (so FG Berlin-Brandenburg, EFG 2007, 1897 zu § 14 Nr. 3 Satz 1 KStG 1999). Denn vom Wirtschaftsjahr 1998 an war der Vertrag nicht auf noch fünf Jahre – weder Zeit- noch Wirtschaftsjahre – abgeschlossen; der Vertrag war erstmals auf das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr 1996 anzuwenden und auf die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen (§ 6 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 des Vertrags). Die fünfjährige Mindestlaufzeit würde selbst dann nicht erreicht, wenn man entsprechend § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG den Vertrag bereits für das Wirtschaftsjahr 1997 anerkennen würde, weil der Vertrag bis zum Ende des folgenden Wirtschaftsjahrs 1998 wirksam geworden ist.

Anmerkung:

I. Einleitung

Das vorliegende Urteil betrifft Fragen der körperschaftsteuerlichen Organshaft, deren Herstellung häufig das Ziel von Gewinnabführungsverträgen gemäß §§ 291 ff. AktG ist. Diese sind zwar grundsätzlich nicht beurkundungsbedürftig (§ 293 Abs. 3 AktG: Schriftform erforderlich),¹ bedürfen zu ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit jedoch der Eintragung in das Handelsregister bei der abhängigen Gesellschaft;² ferner bedarf der zur Wirksamkeit erforderliche Zustimmungsbeschluss der Haupt- oder Gesellschafterversammlung der abhängigen Gesellschaft notarieller Beurkundung.³

Eine körperschaftsteuerliche Organshaft führt dazu, dass Gewinne und vor allem Verluste der selbständigen Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet werden, vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG.⁴ Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung einer Organshaft ist u. a., dass zwischen Organgesellschaft und Organträger ein zivilrechtlich wirksamer Gewinnabführungsvertrag besteht, der auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und während seiner gesamten Dauer tatsächlich durchgeführt wird (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KStG).⁵ Das Einkommen der Organgesellschaft ist dem Organträger erstmals für das Kalenderjahr zuzurechnen, in dem das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft endet, in dem der Gewinnabführungsvertrag wirksam wird, § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG, also für das Wirtschaftsjahr der Handelsregistereintragung.⁶ Die Regelung lässt somit für das Steuerrecht eine gewisse Rückwir-

kung zu, da der Gewinnabführungsvertrag, der zivilrechtlich nicht mit seinem Abschluss, sondern erst mit Eintragung in das Handelsregister der Organgesellschaft wirksam wird, steuerlich erstmals anerkannt wird für das (gesamte) Kalenderjahr der Handelsregistereintragung, die Einhaltung der übrigen Voraussetzungen unterstellt. Allerdings wurde die Regelung durch das StVergAbG⁷ im Vergleich zur bis dahin geltenden Rechtslage verschärft, da die Vorgängerregelung in § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG a. F., mit der sich der BFH in vorliegendem Urteil befasst, sogar die steuerliche Anerkennung gewährt hatte für das Jahr, das der Handelsregistereintragung vorausging. Die Neuregelung ist gemäß § 34 Abs. 9 Nr. 3 KStG erstmals für den Veranlagungszeitraum 2002 anzuwenden, und zwar bei Gewinnabführungsverträgen, die nach dem 20.11.2002 (Tag des Kabinettsbeschlusses zum StVergAbG) geschlossen wurden.⁸

Das Zusammenspiel von Wirksamkeitserfordernis (v. a. also Eintragung im Handelsregister) und Mindestlaufzeit führt immer wieder zur steuerlichen Versagung der Anerkennung von Gewinnabführungsverträgen, da die Finanzrechtsprechung diese Verträge ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten auslegt und eine nachträgliche Korrektur missglückter Verträge⁹ – etwa bei zivilrechtlicher Unwirksamkeit oder Unterschreiten der Mindestlaufzeit – oder eine Rückwirkung der Eintragung¹⁰ in der Regel nicht zulässt, sondern die entsprechenden Verträge trotz tatsächlicher Durchführung steuerlich nicht anerkennt. Die Nichtanerkennung führt zu einer verdeckten Gewinnausschüttung oder Einlage anstelle der Zurechnung von Gewinn und Verlust („verunglückte Organshaft“).¹¹ Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft werden von der Finanzverwaltung nicht angewandt.¹²

Das vorliegende Urteil setzt die strenge Linie der Rechtsprechung in Bezug auf Unternehmensverträge fort.

II. Sachverhalt

Dem Urteil lag (vereinfacht) der folgende Sachverhalt zugrunde: Noch im Jahr ihrer Gründung und Handelsregistereintragung (1996) schloss eine GmbH als Organgesellschaft mit einer KG als Organträgerin einen Ergebnisabführungsvertrag, in welchem sich die Organgesellschaft zur Abführung ihres Gewinns an die Organträgerin verpflichtete. Der Vertrag wurde – aus im Urteil nicht mitgeteilten Gründen – erst im übernächsten Jahr (1998) in das Handelsregister eingetragen.

Beginn und Laufzeit des Vertrages waren geregelt wie folgt: Er wurde auf die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen und sollte erstmals auf das Wirtschaftsjahr angewandt werden, das mit der Eintragung der Organgesellschaft begann. Das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft war das Kalenderjahr. Der Vertrag wurde sodann bereits für das Jahr 1996 durchgeführt, insbesondere wurde den Gesellschaftern der GmbH von der KG bereits eine in dem Gewinnabführungsvertrag vorgesehene „Dividende“ gezahlt.

⁷ StVergAbG v. 16.5.2003, BGBl I 2003, S. 660.

⁸ *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1970, 1972 f.; *Dötsch*, DB 2005, 2541; *Ley/Strahl*, DStR 2003, 2145, 2147.

⁹ Siehe zuletzt BFH, DStR 2009, 100; DStRE 2008, 878.

¹⁰ FG Hannover, DStRE 2008, 936; die gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hat der BFH mit Beschluss vom 12.6.2008, I B 20/08, zurückgewiesen.

¹¹ BFH, BeckRS 1989, 22009158 (unter II. 4.); BFH, DStR 2009, 100, 101; *Heckschen* in Beck'sches Notarhandbuch, D III Rdnr. 113; *Baldamus*, Der Konzern 2003, 813, 814; *Nodoushani*, DStR 2009, 620.

¹² *Heckschen* in Beck'sches Notarhandbuch, D III Rdnr. 113.

¹ *Heckschen* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., D III Rdnr. 107; *Reul* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 5 Kap. 5, Rdnr. 72; *Nodoushani*, DStR 2009, 620, 623.

² §§ 53, 54 GmbHG analog: BGH, NJW 1989, 295, 296 = DNotZ 1989, 102, 104; BFH, DB 2002, 408; *Meyding/Schnorbus/Hennig*, ZNotP 2006, 122, 130 f.

³ BGH, NJW 1989, 295, 299 = DNotZ 1989, 102, 109; *Ulrich*, GmbHR 2004, 1000.

⁴ Vgl. *Heckschen* in Beck'sches Notarhandbuch, D III Rdnr. 112; *Tipke/Lang/Montag*, Steuerrecht, 20. Aufl., § 18 Rdnr. 401; *Reich*, ZNotP 2001, 96.

⁵ Siehe *Then/Sohre*, SteuerStud 2006, 231, 234; *Kieker/Vollmar*, DStR 2009, 842 zu Neuerungen durch das BilMoG.

⁶ *Levedag* in Wachter (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts für Handels- und Gesellschaftsrecht, Kap. 15 Rdnr. 309.

Das Finanzamt erkannte den Vertrag nicht an, da der Vertrag nicht rechtzeitig in das Handelsregister eingetragen und somit zivilrechtlich nicht rechtzeitig wirksam geworden sei. Der streitgegenständliche Vertrag habe im Rumpfwirtschaftsjahr 1996 begonnen und sei damit nicht rechtzeitig bis zum Ablauf des Jahres 1997 in das Handelsregister eingetragen worden. Demgegenüber vertrat die klagende KG die Auffassung, der Ergebnisabführungsvertrag sei dahingehend auszulegen, dass er erstmals auf das erste *volle* Wirtschaftsjahr der Organisationsgesellschaft, also auf das Jahr 1997, Anwendung finden solle. Die Voraussetzungen der Eintragung im Jahr nach der erstmaligen Anwendung gemäß § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG a. F. seien also erfüllt gewesen.

III. Lösung des BFH

Der BFH folgt, wie auch das erstinstanzlich angerufene FG Kassel,¹³ der Auffassung der Finanzverwaltung. Dabei trifft er gleich mehrere für die praktische Rechtsgestaltung wichtige Feststellungen.

Zunächst beschäftigt er sich mit der Frage, wann das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr einer neu gegründeten GmbH beginnt. Dabei bestätigt er die h. A., derzufolge dieses bereits mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit durch die Vor-GmbH beginnt;¹⁴ nur ausnahmsweise komme der spätere Zeitpunkt der Eintragung der GmbH in das Handelsregister in Betracht, nämlich wenn die Geschäfte erst zu diesem Zeitpunkt aufgenommen werden. Das (Rumpf-)Wirtschaftsjahr der Vor-GmbH sei darüber hinaus mit demjenigen der GmbH identisch, da auf die Vor-GmbH bereits die Regelungen über Kapitalgesellschaften anzuwenden seien, jedenfalls soweit später eine Eintragung in das Handelsregister erfolge.

Bei der systematischen Auslegung des Gesellschaftsvertrages kommt der BFH zu dem Ergebnis, dass dieser bereits auf das Rumpfwirtschaftsjahr 1996 Anwendung finden sollte, da bereits für dieses Wirtschaftsjahr eine „Dividende“ vereinbart war und von der KG auch gezahlt wurde. Die „Dividende“ sieht der Senat als Ausgleichszahlung gemäß § 304 AktG (analog) an. Daraus folgt nach Auffassung des Senats, dass der Vertrag nicht bis zum Ende des auf seine erstmalige Anwendung folgenden Wirtschaftsjahres (1997) wirksam wurde, da er erst im Verlauf des Jahres 1998 in das Handelsregister eingetragen wurde.

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass aus seiner Sicht – die Anerkennung ab dem Wirtschaftsjahr 1997 wegen der im Jahr 1998 erfolgten Eintragung unterstellt – außerdem das Erfordernis der fünfjährigen Mindestlaufzeit nicht erfüllt gewesen sein dürfte, da der Vertrag nur auf insgesamt fünf Jahre abgeschlossen worden war.

IV. Stellungnahme und Folgerungen für die notarielle Praxis

Die Entscheidung führt einmal mehr die Risiken ungenauer Formulierungen in Gewinnabführungsverträgen vor Augen.

Der Senat bestätigt seine strenge Rechtsprechung zur Auslegung von Unternehmensverträgen anhand objektiver Kriterien.¹⁵ Danach können nur Wortlaut, Sinn und Zweck sowie

Systematik zur Auslegung herangezogen werden, nicht aber bloße Motive und Absichten der Vertragspartner im Vorfeld des Vertragsschlusses.¹⁶ Begründet wird dies mit der besonderen Funktion von Unternehmensverträgen, die der BFH im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH¹⁷ als korporative, satzungsgleiche Regeln ansieht, die an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet sind und deshalb nur einheitlich ausgelegt werden können.¹⁸

Dies ist bei der Gestaltung von Unternehmensverträgen besonders zu berücksichtigen, da Korrekturen bei zu geringen Laufzeiten wegen des steuerlichen Rückwirkungsverbot (§ 38 AO) in der Regel nicht möglich sind.¹⁹ Nicht entschieden hat der BFH zudem die Frage, ob bei verspäteter Handelsregistereintragung und entsprechend langer Restlaufzeit eine steuerliche Anerkennung wenigstens für die Folgejahre möglich ist.²⁰

Auch wenn Unternehmensverträge selbst zwar grundsätzlich nicht beurkundungsbedürftig sind, bedürfen sie zu ihrer Wirksamkeit aber eines notariell zu beurkundenden Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der verpflichteten Gesellschaft sowie der Handelsregisteranmeldung bei dieser (siehe oben unter I.). Schon aus diesem Grund wird der Notar jedenfalls zuweilen auch mit der Formulierung von Unternehmensverträgen befasst sein. Es empfiehlt sich, hierbei sorgfältig auf Beginn und Laufzeit zu achten, um die steuerliche Anerkennung nicht zu gefährden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mindestlaufzeit von fünf *Kalenderjahren*²¹ nach Auffassung der Rechtsprechung bereits zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrages sichergestellt sein muss; die bloße Möglichkeit einer früheren Kündigung führt daher ebenso zur steuerlichen Nichtanerkennung²² wie die lediglich automatische Verlängerung bei geringerer Mindestlaufzeit oder der Abschluss auf unbestimmte Dauer.²³ Als Alternative zu starren Datumsangaben vorzugswürdig ist daher die Festlegung eines flexiblen Laufzeitbeginns auf den Tag der Eintragung im Handelsregister²⁴ oder den Beginn des Wirtschaftsjahres der Eintragung im Handelsregister²⁵ bei gleichzeitiger Sicherstellung der Laufzeit von mindestens fünf vollen Kalenderjahren. Diese Vertragsgestaltung wird ausdrücklich von der Finanzverwaltung anerkannt.²⁶ Dabei muss, wegen des Erfordernisses der tatsächlichen Durchführung, jedenfalls bei Identität von Geschäfts- und Kalenderjahr auch sichergestellt sein, dass der Vertrag bis zum 31.12. des fünften auf die Handelsregistereintragung folgenden Jahres läuft; die

¹⁶ BFH, DStRE 2008, 878, 880; vgl. auch BFH, DStR 2009, 100, 101.

¹⁷ NJW 1989, 295, 296 = DNotZ 1989, 102, 104.

¹⁸ BFH, DStRE 2008, 878, 879; ebenso FG Hannover, DStRE 2008, 936, 937.

¹⁹ BFH, DStRE 2008, 878, 881 unter Verweis auf BFH, BeckRS 2002, 25000676.

²⁰ So FG Berlin-Brandenburg, DStRE 2008, 355, 356; wohl auch FG Hannover, DStRE 2008, 936; ausdrücklich offen gelassen in BFH, DStR 2009, 100.

²¹ Wirtschafts- oder Geschäftsjahre genügen nicht: R 60 Abs. 2 KStR 2004; *Baldamus*, Der Konzern 2003, 813, 814 m. w. N. (Fn. 5); *Nodoushani*, DStR 2009, 620, 623.

²² BFH, DStR 2009, 100.

²³ *Nodoushani*, DStR 2009, 620, 623.

²⁴ Muster bei *Hoffmann-Becking* in Münchener Vertragshandbuch, Band 1 (Gesellschaftsrecht), 6. Aufl., X. 1.

²⁵ *Baldamus*, Der Konzern 2003, 813, 814; *Ley/Strahl*, DStR 2003, 2145, 2147.

²⁶ BfMf-Schreiben v. 10.11.2005, IV B 7 - S 2770 - 24/05, DStR 2005, 1989 (Tz. 4); *Dötsch*, DB 2005, 2541.

¹³ FG Kassel, BeckRS 2006, 26024229.

¹⁴ Siehe etwa *Heß* in Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtlexikon, Edition 4/09, Stichwort GmbH-Gründung (unter C. II.).

¹⁵ Vgl. zuvor bereits BFH, DStRE 2008, 878, 880 unter Verweis u. a. auf BGH, DStR 1994, 147 (dort LS 2) = NJW 1994, 51 u. BGH, DStR 1992, 652 = MittBayNot 1992, 213.

Beendigung im laufenden Geschäftsjahr führt dazu, dass die Finanzverwaltung die tatsächliche Durchführung des Vertrages für das gesamte betroffene Kalenderjahr verneint.²⁷ Eine mögliche Formulierung, die den steuerlichen Anforderungen Rechnung trägt, besteht darin, die erstmalige Kündigungsmöglichkeit erst dann zuzulassen, wenn der Gewinnabführungsvertrag über einen Zeitraum von fünf Jahren zivilrechtlich wirksam war und tatsächlich durchgeführt wurde.²⁸

Durch die Neuregelung in § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG und die damit einhergehende Verkürzung der Frist zur Bewirkung der Handelsregistereintragung (siehe oben unter I.) werden auch die Anforderungen an den Notar im Rahmen der Bewirkung und Überwachung der rechtzeitigen Handelsregistereintragung verschärft. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Rechtsprechung bereits entschieden hat, dass bei Verzögerung der Handelsregistereintragung eine Rückwirkung der Handelsregistereintragung in jedem Falle ausscheidet, und zwar selbst dann, wenn das Registergericht selbst die Verzögerung zu vertreten hat.²⁹ Dies muss erst recht gelten, wenn die Verzögerung auf einem vom Notar zu vertretenden Umstand beruht. Hier drohen für den Notar im Rahmen seiner Vollzugspflicht³⁰ (§ 53 BeurkG) also Haftungsrisiken.³¹

Notarassessor Dr. *Christoph Suttman*,
LL. M. (Columbia), Schwabmünchen

²⁷ *Nodoushani*, DStR 2009, 620, 624; *Reich*, ZNotP 2001, 96, 100.

²⁸ *Reich*, ZNotP 2001, 188, 192; *Krauß* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl., § 152 Rdnr. 26 M je mit Formulierungsbeispiel.

²⁹ FG Hannover, DStRE 2008, 936.

³⁰ Allgemein hierzu *Ganter* in *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 1 Kap. 6, Rdnr. 116 ff.

³¹ *Weigl*, MittBayNot 2009, 23, 26.

19. GrEStG §§ 3 Nr. 2, 3 Nr. 6, 5 Abs. 3 (*Anwendung des § 3 Nr. 2 GrEStG im Rahmen des § 5 Abs. 3 GrEStG*)

§ 5 Abs. 3 GrEStG setzt die objektive Möglichkeit einer Steuerumgehung voraus und ist daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass – trotz der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des grundstückseinbringenden Gesamthänders – die Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht entfällt, wenn aufgrund einer Anteilsschenkung eine Steuerumgehung objektiv ausscheidet.

BFH, Urteil vom 7.10.2009, II R 58/08

Die Klägerin wurde im Dezember 2001 gegründet. Unternehmensgegenstand ist die Verwaltung und Nutzung von Grundstücken sowie von Anlagen und Einrichtungen. Gründungsgesellschafter waren als Komplementärin die A-GmbH und B als Kommanditist. Die A-GmbH leistete keine Einlage, B eine solche i. H. v. 50.000 €.

Mit im Dezember 2002 notariell beurkundetem Vertrag brachte B alle aktiven und passiven Vermögensgegenstände seines Einzelunternehmens einschließlich des Grundstücks in X in die Klägerin ein. Ebenfalls im Dezember 2002 schenkte er dann seinen Söhnen C und D sowie Frau E jeweils einen Anteil am Kommanditkapital der Klägerin i. H. v. 8.000 € (16 v. H. des Kommanditkapitals).

Mit Bescheid vom 31.7.2003 stellte der Beklagte (das FA) den Grundstückswert für das zuvor genannte Grundstück zum 6.12.2002 fest und rechnete den festgestellten Wert in vollem Umfang der Klägerin zu. Durch Bescheid vom 17.9.2004 setzte das FA für die Grundstückseinbringung in die Klägerin Grunderwerbsteuer für den auf E entfallenden Anteil des Grundstückswertes fest; in Höhe der verbleibenden Quote von 84 v. H. wurde die Steuer nicht erhoben.

Die dagegen nach erfolglosem Einspruchsverfahren eingelegte Klage hatte Erfolg. Das FG folgte in seinem in EFG 2008, 1740 veröffentlichten Urteil der Rechtsauffassung der Klägerin, wonach der streitbefangene Einbringungs Vorgang zwar Grunderwerbsteuerbar sei, die Steuer aber gemäß § 5 Abs. 2 GrEStG insgesamt nicht erhoben werde. Dem stehe § 5 Abs. 3 GrEStG nicht entgegen. Diese Vorschrift diene der Vermeidung von Steuerausfällen, indem durch die Mindestbehaltensfrist verhindert werden solle, dass Grundbesitz steuerbegünstigt in eine Gesamthand eingebracht und unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der Anteilsübertragung steuerbefreit weitergegeben werde. Eine danach zu fordernde objektive Möglichkeit der Steuerumgehung liege im Streitfall aber nicht vor.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision des FA ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend angenommen, dass der Grundstückserwerb der Klägerin insgesamt nach § 5 Abs. 2 GrEStG steuerfrei zu belassen und dessen Anwendung nicht nach § 5 Abs. 3 GrEStG ausgeschlossen ist.

1. Nach § 5 Abs. 2 GrEStG wird die Grunderwerbsteuer in dem Fall, dass ein Grundstück von einem Alleineigentümer zu einer Gesamthand übergeht, in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt war. Da B als vormaliger Eigentümer des Grundstücks nach der aufgrund des notariell beurkundeten Vertrages vom (...) Dezember 2002 vorgenommenen Einbringung desselben allein am Vermögen der Klägerin beteiligt war, waren die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Steuer nach § 5 Abs. 2 GrEStG gegeben.

2. Die Anwendung des § 5 Abs. 2 GrEStG scheidet, soweit sich der Anteil des B am Vermögen der Klägerin durch die am (...) Dezember 2002 vorgenommene Schenkung von jeweils 16 v. H. am Kommanditkapital an E vermindert hat, entgegen der Auffassung des FA auch nicht nach § 5 Abs. 3 GrEStG aus. Zwar hat sich – dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 GrEStG gemäß – der Anteil des B am Vermögen der Klägerin insoweit vermindert; indessen ist mit Blick auf die in § 3 Nr. 2 GrEStG geregelten Fälle eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 3 GrEStG geboten.

a) § 5 Abs. 3 GrEStG dient der Vermeidung von Steuerausfällen, indem durch die dort geregelte Mindestbehaltensfrist verhindert werden soll, dass Grundbesitz steuerbegünstigt in eine Gesamthand eingebracht und unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der Anteilsübertragung steuerfrei weitergegeben wird (BR-Drucks. 910/98, S. 203; BT-Drucks. 14/265, S. 204). Die Vorschrift zielt somit darauf ab, nur für solche Einbringungs Vorgänge die Steuerumgehung nach § 5 GrEStG bestehen zu lassen, bei denen der grundstückseinbringende Gesamthänder auch nach der Einbringung über einen Zeitraum von fünf Jahren seine gesamthänderische Mitberechtigung aufrechterhält und darüber an dem eingebrachten Grundstück vermögensmäßig beteiligt bleibt. Die Gesetzesformulierung „Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand“ ist gemessen an der Zielrichtung des § 5 GrEStG und dem Charakter des Abs. 3 als Missbrauchsverhinderungsvorschrift aber nicht präzise und deshalb auslegungsbedürftig (vgl. *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, 16. Aufl., § 5 Rdnr. 74). Im Sinne der Missbrauchsverhinderung setzt § 5 Abs. 3 GrEStG die objektive Möglichkeit einer Steuerumgehung voraus. Die Vorschrift ist daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass – trotz der Aufgabe der gesamthänderischen Mitberechtigung oder der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des grundstückseinbringenden Gesamthänders – die Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht entfällt, wenn die vom Gesetz geforderte Steuer-

umgehung objektiv ausscheidet (*Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 5 Rdnr. 88; *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 25 a; *Behrens/Schmitt*, UVR 2004, 270, 272). In den in § 3 Nr. 2 GrEStG genannten Fällen des Grundstückserwerbs von Todes wegen bzw. der Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes fehlt es aber regelmäßig an einer derartigen objektiven Steuerumgehungsmöglichkeit, weil der entsprechende Erwerbsvorgang bei einer unmittelbaren Grundstücksübertragung auf die Erwerber von der Grunderwerbsteuer befreit wäre. Entsprechend liegen die genannten Fälle nicht in der Zielrichtung des § 5 Abs. 3 GrEStG und sind im Wege einer teleologischen Reduktion der Norm aus ihrem Anwendungsbereich auszuschneiden (vgl. *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 5 Rdnr. 81; *G. Hofmann*, BB 2000, 2605, 2607; FG Nürnberg, EFG 2009, 611; *Fumi*, EFG 2009, 613, 614; *Behrens/Schmitt*, BB 2009, 818, 819).

b) Auf die Frage, ob sich die in § 3 Nr. 2 GrEStG genannten Erwerbe im Wege einer interpolierenden Betrachtungsweise als „personenbezogene Beziehung von Grunderwerbsteuerlicher Bedeutung“ der Klägerin zurechnen lassen (so *Franz* in *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 65; *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 25 a; *Behrens*, BB 2007, 368; FG Baden-Württemberg, EFG 2004, 366), kommt es danach ebenso wenig an wie darauf, ob das genannte Auslegungsergebnis den Ausführungen im Urteil des BFH vom 12.10.2006 (BFHE 215, 286 = BStBl II 2007, S. 409 = MittBayNot 2007, 435) zur Anwendung des § 3 Nr. 2 GrEStG im Zusammenspiel mit § 1 Abs. 2 a GrEStG entspricht. Soweit sich das FA insoweit auf den Erlass des Finanzministeriums des Saarlandes vom 18.5.2005 (B/3-2-96/2005-S 4500) berufen hat, ist dieser im Übrigen inzwischen durch weiteren Erlass vom 17.10.2007 (B/5-211/2007-S 4500) aufgehoben worden.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Überleitung von Gebäudeversicherungsverträgen beim Immobilienkauf

Ein schönes Beispiel für die Vielfältigkeit der notariellen Tätigkeit ist die Frage der Beteiligten nach der Gebäudeversicherung bei Immobilienkaufverträgen. Eine kompetente und praxistgerechte Antwort des Notars wissen die Beteiligten hierbei oft mehr zu schätzen als den Rest des Vertrages. Ein aktuelles Urteil des BGH soll zum Anlass genommen werden, die einschlägigen Vorschriften des neuen Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) darzustellen und Konsequenzen des Urteils für die Vertragsgestaltung aufzuzeigen.

a) Gesetzliche Regelung

Die sog. Gebäudeversicherung umfasst als Oberbegriff sowohl die klassische Brandversicherung als auch weitergehende Elementarschadensversicherungen. Eine Pflicht zum Abschluss einer Brandversicherung besteht seit dem 1.7.1994 nicht mehr, wird aber von Grundpfandrechtsgläubigern regelmäßig verlangt. Versicherungsschutz besteht daher nahezu flächendeckend. Die Gebäudeversicherung ist eine Sachversicherung im Sinne des VVG. Gemäß § 95 VVG (§ 69 VVG a. F.) geht eine bestehende Gebäudeversicherung daher grundsätzlich auf den Erwerber über. Die Folge ist ein Sonderkündigungsrecht innerhalb eines Monats nach Eigentumsübergang von Versicherer und Erwerber, § 96 VVG. Die Veräußerung ist dem Versicherer vom Veräußerer oder Erwerber unverzüglich anzuzeigen, § 97 VVG. Auch ohne eine Anzeige wird der Versicherer allerdings im Schadensfall nur dann von der Leistung befreit, wenn er den Versicherungsvertrag mit dem Erwerber nicht geschlossen hätte, § 97 Abs. 1 Satz 2 VVG. Bei einer Massenersicherung, wie der Gebäudeversicherung, wird dieser Nachweis dem Versicherer jedoch kaum gelingen. Gemäß § 98 VVG sind die vorgenannten Vorschriften jeweils zwingend.

b) Entscheidung des BGH

An sich ist der Erwerber daher bei bestehender Brandversicherung durch die gesetzlichen Vorschriften gut geschützt. Dass es trotz ursprünglich bestehender Brandversicherung im Rahmen der Veräußerung zu Lücken im Schutz des Erwerbers kommen kann, zeigt die Entscheidung des BGH vom 17.6.2009, MittBayNot 2010, 120 (in diesem Heft). Im zugrundeliegenden Fall ist ein Gebäude nach Gefahr- und Lastenübergang (und wohl auch Kaufpreiszahlung), jedoch vor Eigentumsübergang niedergebrannt. Bei Kaufvertragschluss bestand eine Brandversicherung für das Gebäude. Diese hatte jedoch, trotz Anzeige der Veräußerung, weiterhin dem Verkäufer die Beitragsrechnungen zugesandt. Aufgrund der Lastenverteilung des Kaufvertrages hat der Verkäufer die Rechnungen und auch die qualifizierte Mahnung, die gemäß § 38 Abs. 2 VVG zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt, ignoriert und auch nicht an den Käufer weitergeleitet. Nach Eintritt des Brandschadens berief sich der Versicherer auf Leistungsfreiheit gemäß § 38 Abs. 2 VVG.

Im Ergebnis hat der BGH den Versicherer aufgrund eines Fehlverhaltens entgegen der Vorinstanz (OLG Jena, DNotI-Report 2007, 144 = DB 2007, 1136) zur Zahlung verurteilt. Das Interessante an dem Fall liegt jedoch, wie so oft, nicht im Ergebnis, sondern in dem, was das Gericht als selbstverständlich voraussetzt. Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts wenig verwunderlich, gab der BGH dem Versicherer insoweit

Recht, als dieser seine Rechnungen auch nach Anzeige weiter an den Verkäufer gesendet hatte. Der Übergang des Versicherungsverhältnisses auf den Käufer erfolgt eben erst mit dem Eigentumsübergang. An sich, und dies stellt der BGH als Selbstverständlichkeit fest, wäre die Versicherung durch die qualifizierte Mahnung an den Verkäufer von der Leistungspflicht frei geworden.

c) Folgerungen für die Praxis

Welche Folgerungen ergeben sich nun aus den gesetzlichen Regelungen und der Entscheidung des BGH?

aa) Bei der Bewertung des Urteils stellt sich zunächst die Frage, inwiefern der Käufer nach Gefahr-, jedoch vor Eigentumsübergang überhaupt durch eine bestehende Gebäudeversicherung gesichert ist. An sich steht diese schließlich noch dem Verkäufer zu. Die Versicherungssumme stellt jedoch einen Ersatzanspruch für das nicht mehr zu leistende Gebäude i. S. d. § 285 BGB dar (stellvertretendes commodum), welches der Käufer herausverlangen kann (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 69. Aufl., § 285 Rdnr. 7). Dieser Anspruch ist unabhängig von einem möglichen Verschulden einer Vertragspartei. Ob das Sacherhaltungsinteresse des Käufers bereits versicherungsrechtlich durch eine (konkludente) Fremdversicherung gemäß §§ 43 ff. VVG unmittelbar versichert ist, soll hier nicht weiter vertieft werden (so zum Teil die versicherungsrechtliche Literatur unter Hinweis auf BGH, NJW-RR 2001, 164, der aber einen anderen Fall behandelt).

bb) Ein herauszugebender Versicherungsanspruch des Verkäufers besteht allerdings nur, wenn überhaupt eine Versicherung gegeben ist (ebenso wie ein eventueller eigener Anspruch des Käufers aus Fremdversicherung gemäß §§ 43 ff. VVG). Diese kann der Verkäufer einseitig zu Fall bringen, wenn er die Rechnungen der Versicherung weder zahlt noch weiterleitet. M. E. muss man zwar eine ungeschriebene Nebenpflicht des Verkäufers annehmen, die Rechnungen zumindest an den Käufer weiterzuleiten. Ob dies jedem Verkäufer einschließlich der Haftungsfolgen bewusst ist, erscheint jedoch fraglich, zumal wenn ihm der Notar erläutert hat, dass nach Besitzübergang im Innenverhältnis der Käufer für alle Zahlungen zuständig ist. Eine ausdrückliche Normierung dieser Pflicht könnte wie folgt lauten:

Zahlungsaufforderungen an den Veräußerer, welche nach den Bestimmungen dieses Vertrages der Erwerber zu erfüllen hat, sind an diesen unverzüglich weiterzuleiten.

Die weite Formulierung hat den Vorteil, dass auch andere Zahlungsaufforderungen, wie z. B. Grundsteuerbescheide, an den Käufer weitergeleitet werden müssen.

Um sicherzugehen, dass bis zum Eigentumsübergang überhaupt eine Gebäudeversicherung besteht, könnte folgende Formulierung gewählt werden:

Der Verkäufer versichert, dass der verkaufte Grundbesitz ordnungsgemäß brandversichert (oder: gebäudeversichert) ist. Er verpflichtet sich, diesen Versicherungsschutz bis zum Eigentumsübergang aufrechtzuerhalten, solange der Käufer die ab Besitzübergang weitergeleiteten Versicherungsrechnungen begleicht.

Eine Aufrechterhaltung nur bis zum Gefahrübergang macht insofern keinen Sinn, als der Verkäufer die Versicherung da-

nach kündigen könnte. Wenn der Käufer seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt, erscheint es dem Verkäufer dagegen nicht zumutbar, die Versicherung, für die er nach außen weiter haftet, aufrechtzuerhalten.

cc) Des Weiteren werden es die Vertragsteile schätzen, wenn der Notar in der Beurkundung, gleich ob in der Urkunde oder nur mündlich, von sich aus auf den Übergang der Gebäudeversicherung und das Sonderkündigungsrecht hinweist. Formulierungsvorschläge für diesen Hinweis finden sich in gängigen Kaufvertragsmustern (vgl. z. B. *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2, Rdnr. 143).

d) Hinweispflicht?

Klarzustellen ist jedoch, dass eine Amtspflicht zur Regelung des Übergangs von Gebäudeversicherungen ebenso wenig wie eine diesbezügliche Belehrungspflicht des Notars besteht.

Insbesondere nachdem eine Brandversicherung nicht (mehr) verpflichtend ist, kann vom Notar ohne Nachfrage der Beteiligten nicht erwartet werden, dass er, quasi „in's Blaue hinein“, entsprechende vertragliche Regelungen oder Hinweise vorsieht. Die Belehrungspflicht des Notars erstreckt sich nur auf die unmittelbaren Folgen des Rechtsgeschäfts. Wenn die Parteien über den bloßen Kaufvertrag hinaus Regelungen oder Belehrungen zu versicherungsrechtlichen Fragen wünschen, so können und müssen sie diesen Wunsch äußern. Lediglich wenn der Notar auf eine ausdrückliche Frage antwortet, ist er für die Richtigkeit seiner Antwort verantwortlich. Nichtsdestotrotz ist aber gerade die praktische Handhabung des Versicherungsübergangs ein für die Vertragsparteien einleuchtendes Beispiel für den umfassenden Service, den die Beurkundung bieten kann.

Notarassessor Dr. *Florian Berger*, München

2. Die Zweijahresfrist des § 16 GrEStG

§ 16 GrEStG sieht für bestimmte Konstellationen die Nichtfestsetzung der Steuer bzw. die Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung vor. Wird ein Erwerbsvorgang (z. B. ein Kaufvertrag) rückgängig gemacht, bevor das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist, so wird auf Antrag die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt bzw. eine bereits erfolgte Steuerfestsetzung wieder aufgehoben, wenn die Rückgängigmachung durch Vereinbarung, durch Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder eines Wiederkaufsrechts innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). Entsprechendes gilt, wenn der Veräußerer nach bereits erfolgter Eigentumsumschreibung das Eigentum an dem veräußerten Grundstück vom Erwerber zurück erwirbt. Hier wird auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt bzw. die erfolgte Steuerfestsetzung wieder aufgehoben, wenn der Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 GrEStG). Gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist für die Steuerentstehung auf den Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes (also nicht auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums oder auf die Eigentumsumschreibung) abzustellen.

Gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG muss allerdings innerhalb der Zweijahresfrist die Auflassung erklärt und die Eintragung im Grundbuch beantragt werden, wenn für den Rückerwerb eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Hierbei muss es sich um einen rechtswirksamen Umschreibungsantrag handeln, wobei geringfügige Formmängel unschädlich sind. Die bloße Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung reicht dagegen zur Fristwahrung nicht aus.

Bei einer Versäumung der Zweijahresfrist ist eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß § 110 AO nicht möglich (vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 33 m. w. N.).

Nach der Rechtsprechung des BFH ist die Zweijahresfrist des § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG für die Einreichung des Antrags beim Grundbuchamt insbesondere unabhängig davon einzuhalten, ob dem Steuerpflichtigen oder dem die Rückauflassung beurkundenden Notar vor Fristablauf die Unbedenk-

lichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG vorliegt (vgl. BFH, MittBayNot 2006, 364). Entsprechendes gilt, falls das Negativzeugnis hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechtes nicht rechtzeitig erteilt werden sollte. Der BFH folgert dies aus dem Wortlaut des § 16 GrEStG. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, dass auch ein ohne Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Grundbuchamt eingereicherter Antrag auf Eigentumsumschreibung zulässig sei, wenn die Beteiligten darauf hinweisen, dass die Unbedenklichkeitsbescheinigung unverzüglich nachgereicht werde. Das Grundbuchamt müsse dann eine Zwischenverfügung unter Setzung einer angemessenen Frist erlassen, dürfe allerdings den Antrag nicht zurückweisen.

Untermauern lässt sich diese Sichtweise auch durch Fundstellen in der neueren Literatur, wonach das Grundbuchamt bei kurzfristig behebbaren Mängeln in der Weise gebunden sei, dass keine Zurückweisung des Antrags erfolgen, sondern ausschließlich im Wege der Zwischenverfügung verfahren werden dürfe (vgl. z. B. *Wilke* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 18 Rdnr. 38 m. w. N.).

Dieser BFH-Rechtsprechung und Literaturlauffassung lässt sich kritisch entgegenhalten, dass es in der notariellen Praxis aufgrund der beurkundungsrechtlichen Vorgaben durchaus üblich ist, Grundbuchanträge erst dann beim Grundbuchamt einzureichen, wenn sämtliche Unterlagen (einschließlich Unbedenklichkeitsbescheinigung, Vorkaufsrechtszeugnis usw.) vorliegen. Insbesondere erstaunt eine Auslegung des GrEStG dahingehend, dass eine zögerliche Bearbeitung durch das Finanzamt letztlich dazu führen kann, dass das Finanzamt nicht nur die ursprünglich erhobene Steuer behalten darf, sondern darüber hinaus für die Rückauflassung nochmals eine zusätzliche Grunderwerbsteuer einfordern kann. Insbesondere ist zu bedenken, dass bei manchen Finanzämtern die Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung erhebliche Zeit in Anspruch nimmt und deshalb sehr wohl mit einer Zurückweisung des Antrags beim Grundbuchamt gerechnet werden muss. Deshalb hätte m. E. auch die Möglichkeit bestanden, das Gesetz nach seinem Sinn und Zweck dahingehend auszulegen, dass die Überschreitung der Zweijahresfrist jedenfalls dann unschädlich ist, wenn die Verzögerung ausschließlich durch das Finanzamt (wegen der verspäteten Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung) verursacht wurde. Ein ähnliches Argument könnte man auch bei Erteilung des Vorkaufsrechtszeugnisses

durch die Gemeinde verwenden, da der Steuerpflichtige keinen Einfluss auf das Tempo des zuständigen Gemeindegemeindefacharbeiters und auf die Geduld des Grundbuchamts hat.

Im Hinblick darauf, dass derartige Sachverhalte vom BFH jedoch bereits eindeutig entschieden sind, erscheint es müßig, sich auf eine teleologische Einschränkung des Wortlautes berufen zu wollen; stattdessen muss man sich in der Praxis auf diese Rechtsprechung einstellen. Es reicht somit nicht aus, dass der Notar durch eine unverzügliche Anzeige des Rückübertragungsvertrags beim Finanzamt alles tut, um eine alsbaldige Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung herbeizuführen; es ist auch unerheblich, ob das Finanzamt aufgrund der knappen Frist überhaupt in der Lage ist, die Unbedenklichkeitsbescheinigung noch vor Ablauf der Zweijahresfrist zu erteilen. Zwar ist der Notar nicht verpflichtet, Verträge steuerlich optimierend zu gestalten oder eine besondere Betreuung zum Zwecke der Steuerersparnis zu übernehmen. Wurde er jedoch von den Beteiligten darauf hingewiesen, dass § 16 GrEStG im Raum steht und ein Abwarten der Unbedenklichkeitsbescheinigung die Gefahr des Überschreitens der Zweijahresfrist mit sich bringen könnte, so sollte er im Interesse der Beteiligten den Antrag auf Eigentumsumschreibung gleichwohl schon vor der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung stellen. Entsprechendes gilt hinsichtlich des Negativzeugnisses der Gemeinde.

Beispiel: Am 27.11.2006 wurde eine Eigentumswohnung verkauft und aufgelassen. Die Eintragung des Erwerbers als Ei-

gentümer erfolgte am 2.2.2008. Durch erneute Urkunde vom 18.11.2008 haben die Vertragsbeteiligten den ursprünglichen Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben und die Rückauflassung beurkundet. Eine entsprechende Veräußerungsanzeige haben sie am 23.11.2008 an das Finanzamt gesandt. Der Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Verkäufer wurde jedoch erst im Dezember 2008 beim Grundbuchamt gestellt.

Lösung: Eine Erstattung der Grunderwerbsteuer für den ursprünglichen Kauf der Eigentumswohnung kommt ebenso wenig in Betracht wie die Freistellung der Rückübertragung des Objektes auf den ursprünglichen Verkäufer von der Grunderwerbsteuer. Der Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den ursprünglichen Verkäufer hätte schon vor Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung zum Grundbuchamt gestellt werden müssen. Die erforderliche Beantragung der Rückauflassung beim Grundbuchamt erfolgte nicht innerhalb der Zweijahresfrist nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG.

Die strenge BFH-Rechtsprechung zu § 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG macht es notwendig, den Grundbucheintragungsantrag innerhalb der Zweijahresfrist vorzulegen, selbst wenn noch nicht alle Unterlagen (z. B. Unbedenklichkeitsbescheinigung, Vorkaufsrechtszeugnisse usw.) vorliegen sollten. Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß § 110 AO ist hier nicht möglich.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Tobias Pfundstein

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551. Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Heinz Rosenbauer, Bad Feilnbach, verstorben am 21.1.2010

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

Notar Wolfgang Lindner, Mallersdorf-Pfaffenberg

Mit Wirkung vom 1.10.2010:

Notar Jörg Zöbelein, Dachau

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2010:

Rottenburg a. d. Laaber dem Notarassessor
Dr. Ralf Menzel
(bisher in München
Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Dingolfing dem Notarassessor
Bernhard Weiß
(bisher in München
Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Mit Wirkung vom 1.2.2010:

Bad Aibling der Notarin
Sylvia Rosendorfer
(bisher in Ludwigsstadt)

Mit Wirkung vom 1.3.2010:

Coburg der Notarassessorin
(in Sozietät mit Notar Dr. Julia Heisel
Dr. Jan Heisel) (bisher in Nürnberg
Notarstellen Dr. Kutter/
Dr. Sommerhäuser)

Ingolstadt dem Notar a. D.
(in Sozietät mit Notarin Tobias Fembacher
Marion Ampenberger)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Andreas Knapp
Ferdinand Huwendiek) (bisher in Abensberg)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notarin Dr. Markus Riemenschneider
Dr. Sibylle Wenner) (bisher in Landsberg a. Lech)

Mit Wirkung vom 1.5.2010:

Bamberg dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Michael Eigner
Dr. Gustav Reißig) (bisher in Ochsenfurt)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Thomas Haasen
Dr. Gregor Basty) (bisher in Kempten)

München der Notarin
(in Sozietät mit Notar Dr. Dagmar Lorenz-Czarnetzki
Dr. Claus Gastroph) (bisher in Aichach)

Mit Wirkung vom 1.6.2010:

Tegernsee dem Notar
Wilfried Schwarzer
(bisher in Kulmbach)

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

Neu-Ulm dem Notar
(in Sozietät mit Notar Jochen Stelzer
Dr. Christian Winkler) (bisher in Hengersberg)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2010:

Michael Gutfried, Bamberg (Notarstellen Hillmann/
Dr. Eue, Sonderurlaub)

Dagmar Landherr, Bamberg (Notarstellen Hillmann/
Dr. Eue)

Silvia Paulöhr, Prien a. Chiemsee (Notarstellen
Dr. Rieger/Koller)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Johannes Benz, Kelheim, wurde mit Wirkung
zum 22.10.2009 promoviert

Amtfrau i. N. Eva Dietl, Waldmünchen (Notarstelle
Seger), ab 1.1.2010 in Weiden i. d. OPf. (Notarstellen
Knies/Dr. Schiffner)

Amtfrau i. N. Katharina Enzensberger, München
(Notarstellen Rumpf/Dr. Westermeier), ab 1.3.2010
in Buchloe (Notarstelle Dr. Winkelmann)

Oberinspektor i. N. Josef Walkshäusl, Wörth a. d.
Donau (Notarstelle Eicher), ab 1.3.2010 in Landshut
(Notarstelle Dr. Krebs)

6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtmann i. N. Helmut Duscher, Fürstenfeldbruck
(Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer), ab 1.4.2010
im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Dachau, Notarstellen Zöbelein/Dr. Mayr
Telefax: 08131 56991829
E-Mail: notare@zoebelein-mayr.de
Homepage: www.zoebelein-mayr.de

Kusel/Pfalz, Notarstelle Naumann,
E-Mail: post@notar-naumann.de
Homepage: www.notar-naumann.de

München, Notarstellen Kelch/Rapp,
Kaflerstraße 2, 81241 München

München, Notarstelle Dr. Schubert
Maximilianstraße 8, 80539 München
Telefon: 089 1787667-0
Telefax: 089 178766725
E-Mail: Info@notarschubert.de
Homepage: www.notarschubert.de

München, Notarstelle Dr. Streber
Maximilianstraße 8, 80539 München
Telefon: 089 2426889-0
Telefax: 089 242688925
E-Mail: info@notar-streber.de

Nürnberg, Notarstelle Weser
Telefon: 0911 27428-0
E-Mail: info@notar-weser.de

Rottenburg a. d. Laaber, Notarstelle Dr. Menzel,
Kapellenplatz 1, 84056 Rottenburg a. d. Laaber
Telefon: 08781 201410, Telefax: 08781 2014120
E-Mail: info@notar-menzel.de

Rotthalmünster, Notarstellen Meier-Kraut/Braun,
E-Mail: info@notariat-rotthalmuenster.de

Tegernsee, Notarstelle Dr. Brachvogel,
E-Mail: info@notariat-tegernsee.de
Homepage: www.notariat-tegernsee.de

SONSTIGES

**Fünftes Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena
am Freitag, 16.4.2010**

Aktuelle Fragen des Erbrechts

- 9:30 Uhr **Begrüßung** durch Prof. Dr. *Elisabeth Koch*,
Universität Jena
Direktorin des Instituts für Notarrecht
- 9:45 Uhr **Abteilung 1: Privatautonomie und letztwillige Verfügungen**
Bedingungen in letztwilligen Verfügungen –
Testierfreiheit versus Sittenwidrigkeit
Prof. Dr. *Gerhard Lingelbach*, Universität Jena
Testierfreiheit im Spannungsverhältnis kollidierender Grundrechte
Prof. Dr. *Reinhard Gaier*, Richter des BVerfG,
Karlsruhe
- 11:15 Uhr Kaffeepause
- 11:45 Uhr **Abteilung 2: Reform des Pflichtteilsrechts**
Das neue Recht der Pflichtteilsentziehung
Prof. Dr. *Karlheinz Muscheler*, Universität
Bochum
Änderungen im Recht des Pflichtteils und der
Pflichtteilsergänzung
Notar Prof. Dr. *Rainer Kanzleiter*, Neu-Ulm
- 13:30 Uhr Mittagspause

- 15:00 Uhr **Abteilung 3: Testamentsgestaltung**
Das Testament der Gesellschafterin. Beobachtungen zu einem prominenten Erbfall.
Prof. Dr. *Ulrich Falk*, Universität Mannheim
Das Geschiedenentestament – Problemlagen und Gestaltungsmöglichkeiten
Notar Dr. *Reinhard Kössinger*, Illertissen
- 16:30 Uhr Schlusswort
- Veranstaltungsort: Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Rosensäle, Fürstengraben 27, 07743 Jena
Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung):
- 80 € für Mitglieder der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
 - 130 € für Nichtmitglieder
 - 40 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit
höchstens dreijähriger Zulassung
 - frei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind

Anmeldungen bitte bis zum 1.4.2010 an das Institut für
Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena;
Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena; Tel.: 03641 942510,
Fax: 03641 942512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de

**Zehntes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der
Universität Würzburg am Freitag, 18.6.2010**

Sichere Vertragsgestaltung bei Problemimmobilien

- | | | |
|-----------|---|--|
| 9.15 Uhr | Kaffee und Gebäck | |
| 9.45 Uhr | Begrüßung , Notar Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> ,
Würzburg,
Stellv. Vorsitzender des INotR Würzburg | Tagungsort:
Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Neubaukirche,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg |
| 9.55 Uhr | Grußwort , Notar Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i> ,
Neu-Ulm,
Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen
Vereinigung e. V. | Tagungsleitung:
Notar Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i>

– anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung – |
| 10.00 Uhr | Risiko von Insolvenz- oder Gläubigeran-
fechtung nach (wirklich?)
unentgeltlich übertragener Immobilie
Prof. Dr. <i>Michael Huber</i> ,
Präsident des LG Passau
anschließend Diskussion | Organisatorische Hinweise:
Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und
forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten
Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche
Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahme-
bescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. |
| 11.00 Uhr | Insolvenzrisiko bei Abwicklung eines
Grundstückskaufvertrages
Notar Dr. <i>Adolf Reul</i> , Neu-Ulm
anschließend Diskussion | Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband): |
| 12.00 Uhr | Mittagessen im historischen Innenhof der
Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen) | – 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen
Vereinigung e. V. (NotRV) |
| 13.30 Uhr | Die Zuwendung eines Familienheims nach
dem neuen ErbStG
Prof. Dr. <i>Klaus Tiedtke</i> , Universität Würzburg
Vorsitzender des INotR Würzburg
anschließend Diskussion | – 185 € für Nichtmitglieder

– 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechts-
anwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung |
| 14.45 Uhr | Kaffeepause | – frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mit-
glied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung
angeben) |
| 15.15 Uhr | Mietkauf und ähnliche Verträge
Notar Prof. Dr. <i>Stefan Hügel</i> , Weimar,
Präsident der Notarkammer Thüringen,
Vorstandsmitglied der NotRV
anschließend Diskussion | Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach
Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notar-
rechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck:
„Symposium Juni 2010“ bei der Bayerischen HypoVereins-
bank AG Würzburg, BLZ 790 200 76, Konto-Nr. 6671594,
zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei
Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis sieben Tage
vor der Veranstaltung. |
| 16.15 Uhr | Hausübertragung zwischen Pflegeheim
und Hartz IV
Notar Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i> , Regen,
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
anschließend Diskussion | Anmeldungen richten Sie bitte an:
Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg,
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931 355760,
Fax: 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti. de |

Veranstaltungen des DAI

1. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
13.3.2010 in Bad Kreuznach
2. 8. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung (Altmeppen, Crezelius, Goette, Heckschen, D. Mayer, Neye, Priester, Reichert)
19.–20.3.2010 in Hamburg
3. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz)
27.3.2010 in Berlin
4. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Wälzholz)
27.3.2010 in Heusenstamm
5. Intensivkurs Überlassungsvertrag (Geck, J. Mayer)
16.–17.4.2010 in Bochum
6. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolge (Frenz, R. Kössinger)
22.–23.4.2010 in Heusenstamm
7. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (D. Mayer)
24.4.2010 in Berlin
8. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis (Reul)
8.5.2010 in Kiel
9. Personengesellschaften im Gesellschafts- und Steuerrecht (N. N., Wälzholz)
8.5.2010 in München
10. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (Schallmoser, Spiegelberger, Wälzholz)
13.–15.5.2010 in Fischbachau

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung. 4. Aufl., Beck, 2010. 794 S., 98 €
2. Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft. 7. Aufl., Beck, 2010. 924 S., 129 €
3. Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt: Pflichtteilsrecht. Nomos, 2010. 620 S., 89 €
4. Elsing: Einführung in das Handels- und Gesellschaftsrecht. Dt. Anwaltverlag, 2010. 249 S., 29,90 €
5. Ensthaler/Füller/Schmidt: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2. Aufl., Luchterhand, 2009. 744 S., 105 €
6. Firsching/Schmid: Familienrecht, 1. Halbband: Familiensachen. 7. Aufl., Beck, 2010. 452 S., 69 € + CD-ROM
7. Gößl: Die Satzung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) mit Sitz in Deutschland. Mohr Siebeck, 2009. 380 S., 65 €
8. Haritz/Menner: Umwandlungssteuergesetz. 3. Aufl., Beck, 2010. 1 187 S., 114 €
9. Herrler/Schneider: Von der Limited zur GmbH. Beck, 2010. 120 S., 32 €
10. Ingenstau/Hustedt: ErbbauRG. 9. Aufl., Heymanns, 2010. 620 S., 108 €
11. Kallmeyer: Umwandlungsgesetz. 4. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 576 S., 139 €
12. Knieper: Eine ökonomische Analyse des Notariats. Beck, 2010. 126 S., 29,90 €
13. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann: Kostenordnung. 18. Aufl., Vahlen, 2010. 1 274 S., 128 €
14. Krug/Daragan: Die Immobilie im Erbrecht. Beck, 2010. 534 S., 88 €
15. Lorz/Pfisterer/Gerber: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht. Beck, 2010. 884 S., 128 € + CD-ROM
16. Luthin: Handbuch des Unterhaltsrechts. 11. Aufl., Vahlen, 2010. 656 S., 98 €
17. Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz: Handbuch Pflichtteilsrecht. 2. Aufl., Zerb-Verlag, 2010. 1 151 S., 98 €
18. Schare: Urkundenabwicklung von A–Z. Deutscher Notarverlag, 2009. 353 S., 30,90 €
19. Viskorf/Knobel/Schuck: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz. 3. Aufl., nwb, 2009. 1 629 S., 148 €
20. Zimmermann: Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung – Patientenverfügung. 2. Aufl., ESV, 2010. 275 S., 39,80 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F