

**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. Bernadette Bord,  
Notarassessorin

Eliane Schuller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

**Aufsätze**

*Rapp*: Abnahme und Gewährleistung bezüglich des Gemeinschaftseigentums 169

*Schmitz*: Aktuelles zum WEG: Die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen 180

*Leitzen*: Mitteilungspflichten nach § 21 AktG und die notarielle Praxis im Gesellschaftsrecht 183

*Gutfried*: Schenkungsteuer bei Leistungen an und durch Kapitalgesellschaften 188

**Rechtsprechung**

Kein Sondernutzungsrecht am Balkon, der Bestandteil des Sondereigentums ist (OLG München, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 247/11) 215 mit Anmerkung *Schmidt* 216

Keine UG (haftungsbeschränkt) als WEG-Verwalterin (LG Karlsruhe, Urteil vom 28.6.2011, 11 S 7/10) 216 mit Anmerkung *Kreuzer* 218

Keine Bewilligung weiterer GbR-Gesellschafter zur Löschung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Grundbuch (KG, Beschluss vom 19.7.2011, 1 W 491/11, 1 W 492/11) 219 mit Anmerkung *Böhringer* 219

Berücksichtigung der Zinsen bei der Verfügung eines Ehegatten über sein gesamtes Vermögen durch Grundschuldbestellung (BGH, Urteil vom 7.10.2011, V ZR 78/11) 222 mit Anmerkung *Gladenbeck* 223

Fortgeltung transmortaler Vollmacht trotz Testamentsvollstreckung (OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11) 227 mit Anmerkung *Reimann* 228

Abweisung des Erbscheinsantrags bei Verweigerung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.2.2011, 20 W 453/10) 229 mit Anmerkung *Zimmermann* 230

Sicherungsweise abgetretener Anspruch auf Rückgewähr einer Grundschuld nur bedingt insolvenzfest (BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10) 237 mit Anmerkung *Volmer* 239

Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf ungesicherte Vorleistung bei Grundschuldbestellung in engem zeitlichen Zusammenhang mit von ihm beurkundetem Grundstückskaufvertrag (BGH, Urteil vom 6.10.2011, III ZR 34/11) 241 mit Anmerkung *Regler* 243

## Inhalt

### Aufsätze

- Rapp*: Abnahme und Gewährleistung bezüglich des Gemeinschaftseigentums **169**
- Schmitz*: Aktuelles zum WEG: Die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen **180**
- Leitzen*: Mitteilungspflichten nach § 21 AktG und die notarielle Praxis im Gesellschaftsrecht **183**
- Gutfried*: Schenkungsteuer bei Leistungen an und durch Kapitalgesellschaften – Die Änderung des ErbStG und dessen Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis – **188**

### Tagungsberichte

- Rupp/Selke*: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? **197**

### Buchbesprechungen

- Alsmann: Sicherung des Leistungsaustausches bei Grundstückskaufverträgen (*Falkner*) **202**
- Brauer: Der Zugewinnausgleich (*Menzel*) **202**
- Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung (*Odersky*) **204**
- Eckhardt/Hermanns (Hrsg.): Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht (*E. Schuller*) **204**
- Fleischer/Goette (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35-52 (*Straßer*) **205**
- Meyer-Landrut (Hrsg.): Formularbuch GmbH-Recht (*C. Schuller*) **207**
- Schmidt/Sikora/Tiedtke: Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts (*Gläser*) **208**
- Formularbuch Recht und Steuern (*Reich*) **208**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

- Haftung für Abrechnungsspitzen bei Veräußerung von Wohnungseigentum (BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 113/11) **211**
- Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern, Anschlussleitungen und Thermostatventilen (BGH, Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10) **212**
- Kein Sondernutzungsrecht am Balkon, der Bestandteil des Sondereigentums ist (OLG München, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 247/11) **215**  
mit Anmerkung *Schmidt* **216**
- Keine UG (haftungsbeschränkt) als WEG-Verwalterin (LG Karlsruhe, Urteil vom 28.6.2011, 11 S 7/10) **216**  
mit Anmerkung *Kreuzer* **218**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Keine Bewilligung weiterer GbR-Gesellschafter zur Löschung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Grundbuch  
(KG, Beschluss vom 19.7.2011, 1 W 491/11, 1 W 492/11) **219**  
mit Anmerkung *Böhringer* **219**

### Familienrecht

6. Berufung auf Störung der Geschäftsgrundlage bei Vereinbarung lebenslanger Unterhaltsverpflichtung im Ehevertrag (*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09) **220**
7. Einbeziehung einer privaten Rentenversicherung aus vorehelich erworbenem Privatvermögen in den Versorgungsausgleich  
(BGH, Beschluss vom 18.1.2012, XII ZB 213/11) **221**
8. Berücksichtigung der Grundschuldzinsen bei der Verfügung eines Ehegatten über sein gesamtes Vermögen durch Grundschuldbestellung  
(BGH, Urteil vom 7.10.2011, V ZR 78/11) **222**  
mit Anmerkung *Gladenbeck* **223**
9. Betreuungsgerichtliche Genehmigung der Verfügung einer Betreuerin in Erfüllung einer durch die Betreuerin als Bevollmächtigte eingegangenen Verpflichtung  
(LG Regensburg, Beschluss vom 14.12.2011, 7 T 419/11) **225**

### Erbrecht

10. Fortgeltung transmortaler Vollmacht trotz Testamentvollstreckung  
(OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11) **227**  
mit Anmerkung *Reimann* **228**
11. Abweisung des Erbscheinsantrags bei Verweigerung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.2.2011, 20 W 453/10) **229**  
mit Anmerkung *Zimmermann* **230**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Wirksamkeit der Einziehung eines Geschäftsanteils vor Zahlung der Abfindung  
(BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11) **231**
13. Korrektur einer vor Inkrafttreten des MoMiG eingereichten Gesellschafterliste  
(OLG München, Beschluss vom 30.1.2012, 31 Wx 483/11) **234**
14. Anknüpfung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG an aktuellste Gesellschafterliste im Registerordner  
(OLG München, Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 13/12) **234**
15. Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital einer GmbH  
(OLG München, Beschluss vom 23.1.2012, 31 Wx 457/11) **235**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Sicherungsweise abgetretener Anspruch auf Rückgewähr einer Grundschuld  
nur bedingt insolvenzfest  
(BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10) **237**  
mit Anmerkung *Volmer* **239**

### Beurkundungs- und Notarrecht

17. Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf ungesicherte Vorleistung bei Grundschuldbestellung  
in engem zeitlichen Zusammenhang mit von ihm beurkundetem Grundstückskaufvertrag  
(BGH, Urteil vom 6.10.2011, III ZR 34/11) **241**  
mit Anmerkung *Regler* **243**

### Kostenrecht

18. Entwurfsgebühr bei nicht beurkundungspflichtigem Rechtsgeschäft  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.9.2011, 8 W 327, 328/11) **244**  
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R* **245**

### Öffentliches Recht

19. Unzulässigkeit einer auf eine Teilfläche beschränkten Vorkaufsrechtsausübung an einem  
Grundstücksmiteigentumsanteil  
(BayVGH, Urteil vom 8.12.2011, 14 BV 10.559) **246**
20. Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses im Zusammenhang mit einem  
Grundstückskaufvertrag und einer Finanzierungsvollmacht  
(OLG München, Beschluss vom 21.2.2012, 34 Wx 46/12) **248**

### Steuerrecht

21. Grundstücksschenkung an ein Kind bei anschließender Weiterschenkung an den Ehegatten  
keine Zuwendung an das Schwiegerkind  
(BFH, Beschluss vom 30.11.2011, II B 60/11) **250**

**Standesnachrichten** **252**

**Sonstiges** **III**

# 3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2012 | 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. Bernadette Bord,  
Eliane Schuller  
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

### Abnahme und Gewährleistung bezüglich des Gemeinschaftseigentums

Von Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Bei dem Verkauf von Wohnungseigentum durch den Bauträger steht regelmäßig für den Käufer dessen Sondereigentum im Mittelpunkt seines Interesses. Dies ändert aber sowohl technisch als auch rechtlich nichts daran, dass das gemeinschaftliche Eigentum der Wohnungseigentümer gemäß § 1 Abs. 5 WEG von elementarer Bedeutung für das Sondereigentum ist. Für das gemeinschaftliche Eigentum stellen sich deshalb, unter Zugrundelegung der Werkvertragsvorschriften des BGB, bezüglich der Abnahme desselben und der Sachmängelgewährleistung vergleichbare Probleme wie beim Sondereigentum. Die Probleme verstärken sich jedoch beim gemeinschaftlichen Eigentum dadurch, dass eine Vielzahl von Käufern grundsätzlich gleich gerichtete Ansprüche auf Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums aus den jeweiligen Erwerbsverträgen hat. Dabei ist zu klären, wie durch die Vielzahl der Erwerber (Wohnungseigentümer) die Abnahme vorzunehmen ist und wer berechtigt ist, die verschiedenen Rechte und Ansprüche auf Gewährleistung (Nacherfüllung, Rücktritt, großer Schadenersatz, Minderung, kleiner Schadenersatz oder Aufwendungsersatz) geltend zu machen. Dabei wird zu zeigen sein, dass die vom Gesetzgeber in § 10 Abs. 6 WEG festgelegte Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft Auswirkungen sowohl auf die Abnahme als auch auf die Gewährleistung hat. Beides bleibt auch nicht ohne Folgen auf die Gestaltung der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung und den Bauträgervertrag.

#### I. Die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrages – Recht und Verpflichtung zur Abnahme

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und nach der insoweit einhelligen Meinung in der Literatur richten sich die Ansprüche des Erwerbers von Wohnraum bezüglich der Herstellungsverpflichtung des Bauträgers nach Werkvertragsrecht.<sup>1</sup>

Dies gilt auch für den Erwerb von sanierten Altbaubauobjekten, wenn der Erwerb mit einer Herstellungs- oder Sanierungsverpflichtung verbunden ist.<sup>2</sup> Mit der Schuldrechtsmodernisie-

rung wurden die Gewährleistungsfristen des Kauf- bzw. Werkvertragsrechtes in Ansehung von Bauwerken angeglichen, so dass der ursprüngliche Ansatz der Rechtsprechung, dem Erwerber eine fünfjährige Gewährleistung zu verschaffen und deshalb für die Bauerstellung Werkvertragsrecht anzuwenden, entfallen ist. Gleichwohl spricht auch nach dem neuen Recht die Interessenlage dafür, Werkvertragsrecht anzuwenden.<sup>3</sup> Nur im Werkvertragsrecht gibt es eine Abnahme und ein Recht auf Ersatzvornahme (§ 634 Nr. 2 BGB) sowie auf Vorschussleistung hierfür (§ 637 Abs. 1, 3 BGB). Die Entscheidung, welche Form der Nacherfüllung gewählt wird (Mangelbeseitigung oder Lieferung einer neuen Sache), steht, und dies ist bei einem Bauwerk sachgerecht (soweit von Lieferung einer neuen Sache hier überhaupt ausgegangen werden kann), dem Werkunternehmer zu. Werkvertragsrecht gilt deshalb nicht nur dann, wenn noch Bauleistungen zu erbringen

<sup>1</sup> BGHZ 96, 129; 82, 122, 125; 81, 375; 74, 204; DNotZ 1982, 626; DNotZ 1985, 622 = MittBayNot 1985, 116; DNotZ 1990, 167; NJW 1989, 2535 = MittBayNot 1990, 21; aus der Literatur Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, Anh. § 10 Rdnr. 2 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdnr. 7 ff.

<sup>2</sup> BGH, MittBayNot 2007, 211; DNotZ 2005, 464; Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 909 ff.; Kreuzer in FS Spiegelberger, 2009, S. 1228 ff.

<sup>3</sup> Basty, ZWE 2002, 384; ders., Bauträgervertrag, Rdnr. 9; Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, 2. Aufl. 2011, Kapitel O. II. Anm. 1.

sind, sondern auch dann, wenn das Bauwerk bereits fertiggestellt ist.<sup>4</sup>

Bei Anwendung von Werkvertragsrecht ist jedoch der Besteller (beim Bauträgervertrag typischerweise als Käufer bezeichnet) gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Abnahme verpflichtet.<sup>5</sup>

### 1. Der Vorgang der Abnahme

Die Abnahme setzt zum einen eine technische Prüfung des Bauwerkes voraus. Dabei ist anhand der bestehenden bauplanungsmäßigen und bauordnungsrechtlichen Vorschriften, der Baugenehmigung, den behördlich bestätigten Aufteilungsplänen und der beurkundeten Baubeschreibung zu prüfen, ob das Bauwerk diesen Vorgaben entspricht. Die technische Komplexität bei einem Gebäude in Wohnungseigentum besteht dabei im Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums. Hier liegen die technisch anspruchsvollen Leistungen, man denke nur an die Fragen der Statik, der Brandsicherheit, des Schall- und des Wärmeschutzes. Dasselbe gilt für die Funktionsfähigkeit technischer Einrichtungen, beispielsweise des Lifes oder der zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Teile der Stromversorgung sowie der elektronischen Kommunikation. Die Zuziehung eines einschlägig qualifizierten Sachverständigen<sup>6</sup> zu dieser technischen Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist unerlässlich. Nur ein solcher ist in der Lage, die Konformität des hergestellten Werkes mit der vertraglich vereinbarten Leistung zu überprüfen. Die Abnahme dient jedoch auch der Feststellung von Baumängeln.<sup>7</sup> Dies ergibt sich unmittelbar aus § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo der Zusammenhang zwischen Abnahme und Mängelfeststellung direkt angesprochen ist. Ebenso stellt § 640 Abs. 2 BGB darauf ab, dass ein Mangel bei der Abnahme erkannt worden ist. Die Feststellung der bestehenden Baumängel ist danach ein entscheidendes Element der Abnahme. Sie ist auch die Grundlage für die Durchsetzung aller diesbezüglichen Rechte und Ansprüche der Erwerber.

Neben dem technischen Element enthält die Abnahme auch eine rechtsgeschäftliche Erklärung.<sup>8</sup> Der Besteller bestätigt mit ihr dem Werkunternehmer, dass dieser seine vertraglichen Verpflichtungen, vorbehaltlich der Gewährleistungsverpflichtun-

gen, im Wesentlichen erfüllt hat.<sup>9</sup> Auf diese Billigungserklärung sind die Vorschriften über Willenserklärungen zumindest entsprechend anwendbar. Die Erklärung muss deshalb vom Besteller abgegeben und vom Werkunternehmer entgegengenommen werden. Weist danach das Gemeinschaftseigentum keine wesentlichen Mängel auf (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB), so sind alle Erwerber und künftigen Wohnungseigentümer, die vom Bauträger erworben haben, verpflichtet, diesem gegenüber die Abnahmeerklärung (Billigungserklärung) abzugeben.

### 2. Einheitliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die Abnahme hat verschiedene Wirkungen, von denen in Ansehung des Gemeinschaftseigentums zwei von besonderer Bedeutung sind.

#### a) Der Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Gewährleistungsanspruch

Mit der Abnahme erlischt der allgemeine Erfüllungsanspruch; er konkretisiert und beschränkt sich nunmehr auf die Gewährleistungsrechte nach § 634 BGB.<sup>10</sup> Bereits hieraus resultiert das Interesse des Bauträgers, eine einheitliche Abnahme bezüglich des Gemeinschaftseigentums herbeizuführen. Findet nämlich keine einheitliche Abnahme statt, so ist es möglich, dass ein oder einige Erwerber noch den allgemeinen Erfüllungsanspruch haben, während die anderen nur noch Gewährleistungsrechte geltend machen können. Dabei kann die Situation eintreten, dass nach einem erfolglosen Nacherfüllungsverlangen ein Erwerber Minderung gewählt hat und diese ihm auch entsprechend seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum gewährt wurde. Andere Käufer, die noch den allgemeinen Erfüllungsanspruch haben, könnten alsdann diesen durchsetzen mit der Folge, dass der Käufer, der gemindert hat, nachträglich (wegen der Unteilbarkeit der Leistung beim Gemeinschaftseigentum) die volle Leistung erhält. Der Verkäufer (Bauträger) hat also letztendlich die volle Leistung erbracht, nicht aber die volle Vergütung erhalten; umgekehrt hat der mindernde Käufer ebenfalls die volle Leistung erhalten, ohne diese vollständig zu bezahlen.

#### b) Abnahme und Beginn der Verjährungsfrist

Mit der Abnahme beginnt ferner gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB die fünfjährige Verjährung bezüglich der Gewährleistung. Auch das Rücktrittsrecht des § 634 BGB kann nur innerhalb dieser Verjährungsfrist geltend gemacht werden (§§ 634 a Abs. 4 Satz 1, 218 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch diese Rechtslage begründet ein Interesse des Bauträgers an einer einheitlichen Abnahme. Nur eine solche schließt es aus, dass gegenüber einem oder mehreren Erwerbern die Verjährung eingetreten ist, gegenüber anderen jedoch nicht.<sup>11</sup> In dieser Konstellation erhält ein Bauträgerkäufer bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums noch die volle Leistung, obwohl sich der Verkäufer auf die Verjährung berufen kann. Die Durchsetzung des nichtverjährten Anspruchs bewirkt also wegen der Einheitlichkeit der Leistung die Erfüllung eines

<sup>4</sup> BGH, NJW 2005, 1115; Klein, ZWE 2007, 466; Müller/Hügel, a. a. O.; Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 11 ff.; für Kaufrecht in diesem Falle Brambring, DNotZ 2001, 906; Palandt/Sprau, 71. Aufl. 2012, vor § 633 Rdnr. 3; Litzenburger, RNotZ 2001, 23; F. Schmidt in FS Deckert, 2002, S. 447.

<sup>5</sup> Die werkvertraglichen Gewährleistungen (und damit die Verpflichtung zur Abnahme) gelten nur dann, wenn gegen den Veräußerer eine Herstellungspflicht (BGH, MittBayNot 2007, 211, zur Altbauanierung) besteht. Werden dagegen Altbauten in Wohnungseigentum umgewandelt und ohne Umbau- oder Renovierungsverpflichtung veräußert, so ist ein Gewährleistungsausschluss auch bei Anwendung des AGBG (§§ 305 ff. BGB) zulässig (BGH, DNotZ 1990, 156). (Zu den Grenzen des Gewährleistungsausschlusses bei Neubauprojekten und Veräußerung mittels Individualvertrag siehe BGH, NJW 1989, 2748 = MittBayNot 1989, 266 im Anschluss an BGHZ 100, 391 = MittBayNot 1987, 190; BGHZ 101, 365; zur Unzulässigkeit eines AGB-mäßigen Ausschlusses der Wandelung (des Rücktritts) BGH, MittBayNot 2007, 204; 2007, 210; DNotZ 2002, 215).

<sup>6</sup> Basty in FS Wenzel, 2005, S. 120; v. Oefele, DNotZ 2011, 249, 252.

<sup>7</sup> v. Oefele, DNotZ 2011, 249, 255 f.

<sup>8</sup> BGHZ 132, 96 = MittBayNot 1996, 193; NJW 1993, 1063; OLG Stuttgart, NJW 2011, 3172; Müller/Hügel, a. a. O., Kap. O. F. 1 Anm. 1; Vogel in FS Merle, 2010, S. 375, 376; F. Schmidt in FS Deckert, 2002, S. 443, 446.

<sup>9</sup> Darin unterscheidet sich der Werkvertrag vom Kaufvertrag: Der erstere wird abgeschlossen zu einem Zeitpunkt, zu dem der Vertragsgegenstand (das Werk) noch nicht existiert, sondern erst hergestellt werden muss. Deshalb ist nach Herstellung die rechtsgeschäftliche Billigungserklärung notwendig. Einer solchen bedarf es jedoch beim Kaufvertrag nicht: Der Kaufgegenstand existiert bereits gegenständlich und wird vom Käufer mit dem Vertragsschluss konkludent akzeptiert.

<sup>10</sup> Palandt/Sprau, vor § 633 Rdnr. 8, § 640 Rdnr. 11.

<sup>11</sup> Häublein, DNotZ 2002, 608, 610.

verjährten Anspruchs trotz Geltendmachung der entsprechenden Einrede durch den Verkäufer. Auch dieser Wertungswiderspruch darf nicht eintreten.

### c) Abnahme und Rückgriffsansprüche des Bauträgers

Schließlich hat die Abnahme auch eine mittelbare, für den Verkäufer und Bauträger jedoch äußerst wichtige Wirkung: Regelmäßig erbringt der Bauträger seine Leistungen gegenüber dem Käufer dadurch, dass er andere Unternehmen mit der Bauerstellung beauftragt. Damit hat er selbst werkvertragliche Gewährleistungsansprüche gegenüber seinen Subunternehmern. Diese verjähren, wie die Käuferansprüche, regelmäßig nach § 634 a BGB in fünf Jahren, gerechnet ab der Abnahme zwischen dem Bauträger (Verkäufer) und dem Subunternehmer. Während die fünfjährige Frist zugunsten des Bauträgerkäufers mit Fertigstellung des Gesamtbauvorhabens und der damit verbundenen Abnahme beginnt, beginnt dieselbe Frist für den Subunternehmer, gerade bezüglich der ersten im Bauvorhaben anstehenden Gewerke, z. B. Rohbau, deutlich früher.<sup>12</sup> Die Abnahme zugunsten des Subunternehmers beginnt mit Herstellung seines Gewerkes, also eine geraume Zeit vor der Gesamtfertigstellung. Dem Bauträger ist deshalb zu empfehlen, seinerseits mit dem Subunternehmer eine längere Gewährleistungszeit zu vereinbaren,<sup>13</sup> um auszuschließen, dass er mit seiner Rückgriffsgewährleistung der Verjährung ausgesetzt ist, jedoch seinem Käufer verpflichtet bleibt. Der Bauträger hat deshalb ein dringendes Interesse daran, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu einem solchen Zeitpunkt erfolgt, zu dem er unverjährte Ansprüche und Rechte gegenüber seinen Subunternehmern hat.

In allen drei vorstehend beschriebenen Situationen bedeutet die Einheitlichkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums, dass diese zu einem identischen Zeitpunkt erfolgt und gegenüber allen Erwerbern, die zu diesem Zeitpunkt bereits erworben haben, wirksam ist. Kommt es zu keiner gemeinschaftlichen Abnahme, bestehen für jeden Erwerber die vorstehenden Ansprüche auf Erfüllung bzw. Gewährleistung gesondert, insbesondere hat jeder Erwerber bezüglich des Gemeinschaftseigentums bei Fehlen einer anderweitigen Regelung eigene, von den anderen Erwerbern unabhängige, Gewährleistungsfristen.<sup>14</sup> Der Bauträger hat deshalb ein dringendes und auch berechtigtes Interesse an einer einheitlichen Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums.<sup>15</sup>

## 3. Die einheitliche Abnahme nach altem Recht

Das Bedürfnis nach einer einheitlichen Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums wurde auch nach dem bis zum 30.6.2007 gültigen WEG gesehen und einer Lösung zugeführt, jedenfalls gab es entsprechende Bemühungen.

### a) Gesamtschuldnerische Verpflichtung zur Abnahme

*Deckert*<sup>16</sup> nimmt an, dass eine gesamtschuldnerische Verpflichtung aller Erwerber zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums besteht. Dies ergebe sich auch aus Gründen der

Wohnungseigentümergeinschaft. Die Abnahme stelle die Erfüllung einer Verpflichtung dar. Diese Erfüllung wirke nach § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB für alle übrigen Schuldner. Auf das Wohnungseigentum bezogen bedeutet dies, dass die Abnahme durch einen Erwerber als Gesamtschuldner auch für alle anderen wirkt.

Die Annahme einer Gesamtschuldnerschaft ist jedoch nicht vertretbar. Es fehlt sowohl an der gemeinschaftlichen Verpflichtung als auch an der teilbaren Leistung (§ 427 BGB), die Voraussetzung für die Gesamtschuldnerschaft ist. Die Verpflichtung zur Abnahme ergibt sich im Übrigen aus dem Werkvertrag (§ 640 Abs. 1 BGB); sie ist damit eine Verpflichtung, die jeden einzelnen Erwerber trifft.

### b) Vollmachtslösung

Da die Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine vom Erwerber zu erbringende höchstpersönliche Leistung ist, kann er hierbei rechtsgeschäftlich vertreten werden. Es ist deshalb möglich, dass der Käufer im Kaufvertrag eine Person beauftragt und bevollmächtigt, die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums auch in seinem Namen vorzunehmen und zu erklären. Als Bevollmächtigter kommt eine Person in Betracht, die weder wirtschaftlich noch persönlich mit dem Bauträger verbunden ist. Es muss sichergestellt sein, dass der Bevollmächtigte die Interessen der Käufer vertritt, also nicht im Lager des Bauträgers steht.<sup>17</sup> Allerdings kann eine solche Vollmacht nicht unwiderruflich ausgestaltet werden (zumindest ein Widerruf aus wichtigem Grund ist möglich); eine verdrängende Vollmacht ist im deutschen Recht nicht zulässig. Bei Bauträgerverträgen ist auch zu berücksichtigen, dass es sich regelmäßig um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die vom Bauträger den Käufern bei Abschluss der Verträge gestellt werden (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine „unwiderrufliche Vollmacht“ erweckt dabei den Eindruck, dass der Käufer persönlich von der Abnahme ausgeschaltet sei. Dies widerspricht dem Leitbild des Werkvertrages, da dem Käufer die gesetzliche Möglichkeit des § 640 Abs. 1 BGB genommen wird, über die Ordnungsmäßigkeit der Werkleistung des Bauträgers selbst zu befinden.<sup>18</sup> Die Einheitlichkeit der Abnahme kann also auf diese Weise nicht garantiert werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die „Nachzüglerproblematik“ zu diskutieren. Dabei geht es darum, dass die bei Fertigstellung des Gebäudes und des Gemeinschaftseigentums vorhandenen Käufer die Abnahme desselben erklärt haben und nach diesem Zeitpunkt ein oder mehrere weitere Käufer hinzutreten. Zu entscheiden ist die Frage, ob diese erklärte Abnahme auch für und gegen die später hinzugekommenen Käufer wirksam ist. Bejaht man die Frage, so läuft die Gewährleistungsfrist für den Nachzüglerkäufer mit der durchgeführten Abnahme an mit der Folge, dass sie, aus Sicht desselben, nur noch für die restliche Zeit der Fünf-Jahres-Frist besteht. Die Gewährleistungsfrist ist also für die Nachzüglerkäufer verkürzt; dabei kommt es darauf an, ob dies mit § 309 Nr. 8 b BGB vereinbar ist. Die herrschende Meinung verneint dies.<sup>19</sup> Die Lösung ist richtigerweise nicht mit dem Ansatz

<sup>12</sup> *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1036.

<sup>13</sup> *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1037, 1115.

<sup>14</sup> BGHZ 114, 383; BGH, NJW 1985, 1551; OLG Köln, NJW 1968, 2063; OLG Stuttgart, MDR 1980, 496; *Brambring*, NJW 1987, 99; *Riecke/Schmid/Vogel*, WEG, 3. Aufl. 2010, Anh. zu § 8 Rdnr. 29; *Vogel* in FS Merle, 2010, S. 377.

<sup>15</sup> *Basty* in FS Wenzel, S. 106; *Häublein*, DNotZ 2002, 608, 610.

<sup>16</sup> *Deckert*, Mängel am Gemeinschaftseigentum, 2. Aufl. 1980, S. 93 ff.; a. A. *Müller/Hügel*, a. a. O., Kap. O. F. 1 Anm. 6; *Häublein*, DNotZ 2002, 614.

<sup>17</sup> OLG Karlsruhe, ZWE 2011, 452 rechte Spalte = NJW 2012, 237; hierzu *Kilian*, notar 2012, 88; *Vogel*, NZM 2010, 379; v. *Oefe*, DNotZ 2011, 258.

<sup>18</sup> OLG Karlsruhe, ZWE 2011, 452; *Basty* in FS Wenzel, S. 112; *Staudinger/Bub*, WEG, 2005, § 21 Rdnr. 245.

<sup>19</sup> BGH, DNotZ 1985, 624; *Staudinger/Peters/Jakoby*, 2005, § 640 Rdnr. 22, Anh. III zu § 638 Rdnr. 35; *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl. 2010, Anh. zu § 8 Rdnr. 31; *Vogel* in FS Merle, 2010, S. 381, 384; *Basty* in FS Wenzel, 2005, S. 108; *F. Schmidt* in FS Deckert, 2002, S. 466; *Heinemann* in Jennißen, WEG, 2. Aufl. 2010, § 21 Rdnr. 15; *Häublein*, DNotZ 2002, 613; *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1032.

„Abnahme“ zu suchen, sondern mit dem Begriff der „neuen Sache“.<sup>20</sup> Nur auf diese Weise gelingt es, zu einer zeitlich sachgerechten Begrenzung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu kommen. Wenn bei einer nicht mehr neuen Sache die Gewährleistung völlig ausgeschlossen werden kann (§ 309 Nr. 8 b BGB), so kann auch die Gewährleistungsfrist verkürzt werden. Mit dem „Nachzüglerkäufer“ wäre jedoch dann eine gesonderte Abnahme durchzuführen. Nur diese Lösung schließt es auch aus, dass die Käufer, die eine wirkliche Abnahme einzeln für ihre Person erklärt haben, nach Eintritt der Verjährung ihrer Mängelansprüche nachträglich entweder die volle Leistung oder ein finanzielles Äquivalent hierfür erhalten.

### c) Abnahme durch die Gemeinschaft

Anstelle einer Abnahme durch alle einzelnen Erwerber wird auch vertreten, dass die Wohnungseigentümergeinschaft beschließen kann, das gemeinschaftliche Eigentum abzunehmen.<sup>21</sup> Dem wird entgegengehalten, dass die Abnahme der letzte Schritt der Erfüllung des Individualvertrages darstellt und deshalb nicht Gegenstand der gemeinschaftlichen Verwaltung ist. Ein dieserhalb gefasster Beschluss sei mangels Beschlusskompetenz nichtig.<sup>22</sup> Noch weitergehend wird angenommen, dass die Abnahme in der Gemeinschaftsordnung<sup>23</sup> dahingehend geregelt werden könne, dass sie durch die Wohnungseigentümergeinschaft vorzunehmen sei.

## II. Der Einfluss der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums

### 1. Die Gemeinschaftsbezogenheit der Abnahme

Nach § 10 Abs. 6 Satz 3 1. Alt. WEG übt die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer aus und nimmt die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist zweifelsohne ein gemeinschaftsbezogener Vorgang. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nach neuem Recht das Gemeinschaftseigentum beim Erwerb vom Bauträger von der rechtsfähigen Gemeinschaft (oder jedenfalls der werdenden rechtsfähigen Gemeinschaft<sup>24</sup>) oder vom Einzelerwerber abzunehmen ist. Hier ist zunächst festzuhalten, dass Erwerber und Besteller im Sinne des Werkvertragsrechtes der einzelne Wohnungseigentümer und nicht die rechtsfähige Gemeinschaft ist. Eine Abnahme durch die Gemeinschaft gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG kommt deshalb nicht in Betracht, weil Inhaberin der Rechte aus der werkvertraglichen Leistung nicht die Gemeinschaft, sondern der einzelne Erwerber ist.

Zu diskutieren ist jedoch, ob eine Abnahme durch die Gemeinschaft gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zulässig oder gar erforderlich ist, da es um gemeinschaftsbezogene Rechte der

Wohnungseigentümer geht. Die Vorschrift ist jedoch von ihrem Wortlaut her zu weit gefasst. Nach der Gesetzesbegründung<sup>25</sup> sollte mit dem Begriff der „Gemeinschaftsbezogenheit“ lediglich der bisherige Rechtszustand festgeschrieben werden. Dieser sah jedoch nicht vor, dass gemeinschaftsbezogene Rechte generell nur von der Gemeinschaft geltend gemacht werden können. Es ist deshalb eine teleologische Reduktion der Vorschrift dahingehend vorzunehmen, dass die Gemeinschaft gemeinschaftsbezogene Rechte und Pflichten nur dann ausübt, wenn dies entweder im Interesse der Gemeinschaft oder zum Schutze des Schuldners erforderlich ist.<sup>26</sup>

Zu § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG ist hervorzuheben, dass diese Norm an der Inhaberschaft der Rechte und Verpflichtungen nichts ändert. Es liegt weder ein gesetzlicher Forderungsübergang noch ein gesetzlicher Verpflichtungsübergang auf die rechtsfähige Gemeinschaft vor.<sup>27</sup> Inhaber der Rechte und Verpflichtungen, die gemeinschaftsbezogen sind, bleibt nach wie vor der einzelne Wohnungseigentümer. Die Rechte werden jedoch, vergleichbar einer Ermächtigung gemäß § 185 BGB oder einer gesetzlichen Prozessstandschaft, von der rechtsfähigen Gemeinschaft im eigenen Namen wahrgenommen bzw. Verpflichtungen der einzelnen Wohnungseigentümer werden von dieser erfüllt.<sup>28</sup>

Bei diesem Befund greift das Argument, die Abnahme sei ein Recht bzw. eine Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers und nicht der rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, nicht.<sup>29</sup> Auch § 640 Abs. 1 BGB steht nicht entgegen, da die Abnahmeverpflichtung bzw. das Abnahmerecht nicht übertragen wird, sondern lediglich von der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeübt wird.<sup>30</sup>

Diese ist auch nicht rechtsgeschäftliche Vertreterin der einzelnen Wohnungseigentümer, so dass, was die Wissenszurechnung anbelangt, § 166 BGB unanwendbar ist. Kennt also z. B. der Käufer einen bestimmten Mangel des Gemeinschaftseigentums, wird dieser jedoch bei der technischen Abnahme nicht vom Vertreter oder Beauftragten der Wohnungseigentümergeinschaft festgestellt, so tritt kein Rechtsverlust gemäß § 640 Abs. 2 BGB ein. Für die Wirkung des § 640 Abs. 2 BGB kommt es deshalb nicht auf die Kenntnis des Käufers (des Bestellers) an, sondern auf diejenige der Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>31</sup>

### 2. Schuldnerschutz und Abnahme

Es ist deshalb zu prüfen, ob die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft angesichts der einschränkenden Auslegung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG entweder vom Interesse der Gemein-

<sup>25</sup> BT-Drucks. 16/887, S. 61.

<sup>26</sup> BGH, NJW 2007, 1953 Nr. 14; BGHZ 169, 1 = MittBayNot 2007, 204; Wenzel, NJW 2007, 1907; Grziwotz, MittBayNot 2007, 208; Hügel/Elzer, Das neue WEG, 2007, § 3 Rdnr. 182 ff.

<sup>27</sup> Hügel in FS Spiegelberger, 2009, S. 1219; Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 240, 257.

<sup>28</sup> Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 240, 257; Palandt/Bassenge, § 21 Rdnr. 28.

<sup>29</sup> So aber die h. M., siehe z. B. Riecke/Schmid, WEG, Anh. zu § 8 Rdnr. 28, 29; Vogel in FS Merle, 2010, S. 382; Basty in FS Wenzel, 2005, S. 107; F. Schmidt in FS Deckert, 2002, S. 462; Heinemann in Jennißen, WEG, 2. Aufl. 2010, § 21 Rdnr. 15; Häublein, DNotZ 2002, 613; Basty, Bauträgervertag, Rdnr. 1008.

<sup>30</sup> Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, Anh. § 10 Rdnr. 57; Kreuzer in FS Bub 2007, S. 155, 163.

<sup>31</sup> Ich bedanke mich beim Herausgeberbeirat für den Hinweis auf dieses Problem.

<sup>20</sup> F. Schmidt in FS Deckert, 2002, S. 467; Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, 5. Aufl. 2009, A III Rdnr. 165.

<sup>21</sup> BayObLG, NZM 1999, 862; a. A. Basty in FS Wenzel, 2005, S. 109; F. Schmidt in FS Deckert, 2002, S. 462; Heinemann in Jennißen, WEG, § 21 Rdnr. 15.

<sup>22</sup> Staudinger/Bub, § 21 Rdnr. 245.

<sup>23</sup> BayObLG, NZM 1999, 862; Staudinger/Bub, § 21 Rdnr. 245.

<sup>24</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass ein rechtswirksamer Erwerbsvertrag vorliegt, für den Erwerber eine rechtlich verfestigte Erwerbsposition besteht und diesem der Besitz übergeben wurde, vgl. BGH, NJW 2008, 2639 Nr. 14; Staudinger/Rapp, WEG, 2005, § 8 Rdnr. 25; Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 16; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 2 Rdnr. 21 f.



schaft her (a) oder zum Schutze des Schuldners (Bauträger) geboten ist (b, c).

#### a) Fehlendes Gemeinschaftsinteresse

Ein Interesse der Gemeinschaft an einer einheitlichen Abnahme ist zu verneinen: Interessen der Gemeinschaft werden weder dadurch berührt, dass ein Erwerber noch Erfüllungsansprüche geltend machen kann, während der oder die anderen Erwerber auf Gewährleistungsansprüche beschränkt sind, noch dadurch, dass die Verjährungsfristen für einzelne Erwerber unterschiedlich sind oder der Verkäufer (Bauträger) Rückgriffsansprüche gegen seine Subunternehmer wegen seiner zwischenzeitlich verjährten Ansprüche diesen gegenüber nicht mehr erfolgreich geltend machen kann. Im Gegenteil ist festzustellen, dass diese rechtlichen Konstellationen die Situation der rechtsfähigen Gemeinschaft verbessern, da sie dazu führen (können), dass Ansprüche der Erwerber in einem zeitlich längeren Spektrum geltend gemacht werden können, als es bei einer einheitlichen Abnahme der Fall wäre. Die Rückgriffsansprüche des Bauträgers gegenüber seinen Subunternehmern liegen im Übrigen außerhalb des Interessenskreises der Wohnungseigentümergeinschaft.

#### b) Schuldnerschutz und Abnahme

Die Gemeinschaftsbezogenheit wird jedoch alternativ auch dann angenommen, wenn sie zum Schutze des Schuldners geboten ist.<sup>32</sup> Das berechtigte Interesse des Schuldners (Verkäufer, Bauträger) besteht darin, die gesetzliche Gewährleistungsfrist bezüglich des Gemeinschaftseigentums nicht von dem Zufall des Verkaufszeitpunktes und/oder der Taktik der einzelnen Käufer in der Weise abhängig zu machen, dass nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und dessen Benutzung durch die einzelnen Wohnungseigentümer die weitere Abwicklung des Kaufvertrages unberechenbar wird. Es muss ausgeschlossen werden, dass die Vielzahl der Käufer von den individuellen Gewährleistungsansprüchen in einer in sich widersprüchlichen Weise Gebrauch macht, die dazu führt, dass der Bauträger doppelt belastet wird (z. B. gleichzeitig Nacherfüllung und Minderung) oder – spiegelbildlich – ein Käufer doppelt begünstigt wird (z. B. volle Erfüllung bei kleinem Schadenersatz). Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken der §§ 441 Abs. 2, 638 Abs. 2 BGB, wonach eine Minderung bei mehreren Beteiligten nur einheitlich von allen oder gegen alle erklärt werden kann. Ohne eine einheitliche Abnahme, die für und gegen alle Wohnungseigentümer wirksam ist, ist jedoch diese rechtliche Sicherheit für den Verkäufer nicht zu gewährleisten. Die Gemeinschaftsbezogenheit gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 1. Alt. WEG ist deshalb zu bejahen.<sup>33</sup>

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, der Bauträger könne sich hinreichend dadurch schützen, dass er eine ordnungsgemäße individuelle Abnahme vorsehe und durchführe.<sup>34</sup> Es ist zwar richtig, dass der Bauträger eine einheitliche und individuelle Abnahme auch über die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB herbeiführen kann. Die Abnahmefiktion setzt jedoch voraus, dass das Werk mangelfrei ist oder, falls Mängel doch vorliegen, diese „unwesentlich“ sind (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Praxis der Bauprozesse zeigt

<sup>32</sup> BGH, NJW 2007, 1952; 1998, 2968 linke Spalte; BGHZ 74, 259, 265 = MittBayNot 1979, 153; Wenzel, NJW 2007, 1907. Demgegenüber stellt Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 1008, nur auf die Belange einzelner Erwerber oder der Wohnungseigentümergeinschaft ab.

<sup>33</sup> Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, Anh. § 10 Rdnr. 57; a. A. Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, 2. Aufl., O. I. 2 Anm. 1; Hügel/Scheel, RechtsHandbuch, Teil 3 Rdnr. 52.

<sup>34</sup> So Notar Dr. Gregor Basty in der kollegialerweise mit mir geführten Korrespondenz zu diesem Thema.

jedoch, dass sowohl Laien als auch Fachleute darüber uneinig sind, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, und erst recht darüber, ob dieser wesentlich ist. Gerade zur letzteren Frage sind gegenläufige rechtskräftige Urteile zwischen verschiedenen Käufern und demselben Bauträger bezüglich eines identischen Mangels ohne weiteres denkbar. In all diesen Fällen scheidet die Festlegung eines einheitlichen Abnahmetermins. Im Beispiel der widersprüchlichen rechtskräftigen Entscheidungen beginnt die Gewährleistung erst mit einer Abnahme, die einer Beseitigung des als wesentlich erkannten Mangels nachfolgt. Hier ist deshalb ein Gedanke fruchtbar zu machen, den die Rechtsprechung in dem spiegelbildlichen Fall der Verfolgung von vertraglichen Ansprüchen auf Nacherfüllung durch verschiedene Käufer entwickelt hat.<sup>35</sup> Der BGH hat hier ausgeführt, dass es ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, zur Vermeidung widersprüchlicher Feststellungen betreffend die Baumängel und widersprüchlicher Wege zur Beseitigung derselben beschlussmäßig die Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG herbeizuführen und diese Ansprüche durch dieselbe ausüben zu lassen. Der Wohnungseigentümergeinschaft kommt damit eine im Interesse der Gemeinschaft liegende Koordinierungsfunktion zu.<sup>36</sup> Diese Koordinierungsfunktion ist auch bei der Abnahme zum Schutze des Bauträgers erforderlich. Nur sie verhindert widersprüchliche Feststellungen betreffend die Baumängel und die Abnahmepflicht.

Gegen die Gemeinschaftsbezogenheit i. S. v. § 10 Abs. 6 Satz 3 1. Alt. WEG hat sich Hügel ausgesprochen.<sup>37</sup> Er begründet dies damit, dass die Abnahme nicht zwingend gemeinschaftlich geltend zu machen oder zu erfüllen ist. Dies ist nicht zu bestreiten; eine Abnahme durch alle Erwerber führt dazu, dass mit der zeitlich zuletzt erklärten Abnahme diese gegenüber allen Erwerbern wirksam wird. Allerdings wird dadurch kein einheitlicher Abnahmezeitpunkt erwirkt mit allen nachteiligen Folgen, die sich dadurch für den Bauträger ergeben (siehe oben I. 2). Die Argumentation von Hügel berücksichtigt nicht, dass die „Gemeinschaftsbezogenheit“ auch unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes zu bejahen ist. Die diesbezüglichen Wertungen, die die Rechtsprechung<sup>38</sup> zum Schuldnerschutz bei dem Wahlrecht zwischen Minderung und kleinem Schadenersatz herausgearbeitet hat, sind von der Interessenlage der Beteiligten her auch auf die Abnahme zu übertragen. Auch hier geht es darum, eine ungerechtfertigte doppelte Inanspruchnahme des Bauträgers auszuschließen.

#### c) Ausschließliche Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Die Folge dieser Aufgabenzuweisung ist eine ausschließliche und gesetzliche Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft<sup>39</sup> für die Abnahme. Die einzelnen Wohnungs-

<sup>35</sup> BGH, NJW 2007, 1954 Tz. 20.

<sup>36</sup> BGH, NJW 2007, 1954 Tz. 20 a. E.; Riecke/Schmid/Elzer, § 10 Rdnr. 416.

<sup>37</sup> Siehe Fundstellen in Fn. 33.

<sup>38</sup> BGH, NJW 2007, 1952 Tz. 22; BGHZ 74, 259, 265 = MittBayNot 1979, 153.

<sup>39</sup> Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 248; Palandt/Bassenge, § 10 Rdnr. 29; Riecke/Schmid/Elzer, § 10 Rdnr. 416–419; die werdende Wohnungseigentümergeinschaft (Fn. 24) steht hierbei der bestehenden gleich. Solange eine solche nicht besteht, kommt nur eine individuelle Abnahme, wie sie nach altem Recht vorzunehmen war (siehe oben Ziffer I. 3.), in Betracht. Ein Bauträger, der vor dem Entstehen einer werdenden Eigentümergeinschaft eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchführen will, kann dies nur im Wege der individuellen Abnahme bewerkstelligen. Er verliert damit den Schutz der einheitlichen Abnahme. Eine solche Gestaltung des Bauträgervertrages ist deshalb nicht zu empfehlen.

eigentümer sind hier, ohne dass es ihrerseits einer Übertragungserklärung bedürfte, von einem eigenen Tätigwerden ausgeschlossen. Es liegt eine „geborene Ausübungsbefugnis“<sup>40</sup> vor. Eine entsprechende Aufgabenzuweisung an die Wohnungseigentümergeinschaft entweder in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung oder in dem Bauträgervertrag hat insoweit lediglich deklaratorische und keine konstitutive Bedeutung. Die Zuständigkeit besteht vielmehr kraft Gesetzes.

### 3. Die Vertretung der WEG bei der Abnahme

Einer Regelung bedarf jedoch die Frage, wer die Wohnungseigentümergeinschaft bei der Abnahme vertritt. Im Zuständigkeitskatalog gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 1-6 WEG ist eine entsprechende Aufgabe für den Verwalter nicht genannt. Allerdings ist der Verwalter gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG berechtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, soweit er hierzu durch Vereinbarung oder Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit ermächtigt ist. Auf dieser Rechtsgrundlage ist es möglich, in der Gemeinschaftsordnung durch Vereinbarung die Zuständigkeit des Verwalters für die Abnahme zu begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Verwalter von den Wohnungseigentümern (und nicht vom Bauträger) bestellt wurde. Möglich ist es auch, dass in einer ersten Eigentümerversammlung eine dementsprechende Beschlussfassung der Wohnungseigentümer erfolgt.<sup>41</sup> Dabei ist es in jedem Falle empfehlenswert, dass zur technischen Abnahme ein einschlägig qualifizierter Sachverständiger hinzugezogen wird, der von den Wohnungseigentümern bestimmt wird. Enthält die Gemeinschaftsordnung keine Aufgabenzuweisung an den Verwalter, dann ist dieser nicht zur Vertretung berechtigt mit der Konsequenz, dass die Wohnungseigentümergeinschaft alsdann gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG durch alle Wohnungseigentümer vertreten wird. Diese können jedoch durch Beschluss mit Stimmenmehrheit einen oder mehrere Wohnungseigentümer zur Vertretung ermächtigen, § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG.

### 4. Fakultative Zuständigkeit der WEG für die Abnahme

Gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 2. Alt. WEG nimmt die Wohnungseigentümergeinschaft auch sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer wahr, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind. Der Unterschied zur ersten Alternative besteht darin, dass keine ausschließliche Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft besteht. Die Aufgabenzuweisungen nach den beiden Alternativen schließen sich deshalb gegenseitig aus. Wenn deshalb nach Bejahung einer Zuständigkeit gemäß der ersten Alternative auch eine solche nach der zweiten Alternative geprüft wird, dann ist dies ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des „sichersten Weges“ begründet, da es zu der gesetzlichen Neuerung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG für die hier zu prüfenden Themen noch keine gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Bei der zweiten Alternative können die Rechte und Pflichten auch durch die einzelnen Wohnungseigentümer wahrgenommen bzw. erfüllt werden. Sie können jedoch auch durch Beschluss der Wohnungseigentümer oder bereits durch Vereinbarung in der Ge-

meinschaftsordnung der Gemeinschaft zur Ausübung überwiesen werden. Ein klassisches Beispiel für die zweite Alternative ist der Anspruch jedes Wohnungseigentümers auf Nacherfüllung wegen Baumängeln beim gemeinschaftlichen Eigentum. Sie kann von jedem einzelnen Erwerber aufgrund der gesetzlichen und/oder vertraglichen Gewährleistungsverpflichtung des Verkäufers geltend gemacht werden. Die Interessen und Rechte der anderen Wohnungseigentümer werden hierdurch nicht berührt, da das Verlangen auf Nacherfüllung auf die Herstellung eines ordnungsmäßigen Zustandes gerichtet ist, was allen Wohnungseigentümern zugute kommt. Auch die Interessen des Schuldners (Bauträgers) verlangen keine gemeinschaftliche Geltendmachung. Mit dem Verlangen auf Nacherfüllung (auch bei dem Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Kostenerstattung bei Selbstvornahme) kommt er lediglich bestehenden Verpflichtungen nach. Gleichwohl ist es anerkannt, dass die Wohnungseigentümer durch Beschlussfassung die Ansprüche auf Nacherfüllung an sich ziehen können und damit die Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft begründet wird. Die Koordinierung der Einzelansprüche und ihre gemeinsame Durchsetzung entspricht regelmäßig ordnungsmäßiger Verwaltung.<sup>42</sup> Der einzelne Käufer ist alsdann bei der Geltendmachung seiner Rechte auf das Innenverhältnis der Wohnungseigentümer, also auf sein Stimmrecht in der Versammlung der Wohnungseigentümer, beschränkt.

In Bezug auf die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums wird angenommen, dass es sich um ein sonstiges Recht bzw. eine sonstige Pflicht gemäß § 12 Abs. 6 Satz 3 2. Alt. WEG handelt, die danach durch Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft vergemeinschaftet werden kann.<sup>43</sup> Damit wird eine einheitliche Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums sichergestellt. Diese Vergemeinschaftung der Abnahme kann auch bereits in der Gemeinschaftsordnung festgelegt werden.<sup>44</sup> Zur Vertretung der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums entweder auf der Grundlage eines entsprechenden Beschlusses oder einer entsprechenden Vereinbarung schlägt *Hügel* den Verwalter vor.<sup>45</sup> Er verweist jedoch darauf, dass eine gesetzliche Zuständigkeit des Verwalters nicht gegeben ist, sondern eine solche entweder durch Beschluss oder durch Vereinbarung begründet werden muss. Im Gegensatz zur gesetzlichen Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei Annahme der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6 Satz 3 1. Alt. WEG bedarf eine Abnahmeregulierung nach der zweiten Alternative einer Beschlussfassung oder einer Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung. In beiden Fällen ist es jedoch notwendig, die Vertretung der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Abnahme zu regeln.

Nimmt man (im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung, siehe oben Ziffer II. 2.) an, dass keine gekorene (verdrängende) Zuständigkeit der Gemeinschaft besteht, sondern lediglich eine geborene (fakultative) Kompetenz, so ist eine einheitliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtlich nur dann gesichert, wenn dies in der Gemeinschaftsordnung so vereinbart wird. Fehlt es hieran und zieht die Gemeinschaft

<sup>40</sup> *Wenzel*, NJW 2007, 1907; *Klein* in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr. 247.

<sup>41</sup> AG München, NJW 2011, 2222.

<sup>42</sup> BGH, NJW 2007, 1954 Tz. 20; BGHZ 169, 7 Tz. 22 = MittBayNot 2007, 204; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch, Teil 3 Rdnr. 80.

<sup>43</sup> *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1226; *ders.* in Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, Kap. O. I.2. Anm. 1; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch, Teil 3 Rdnr. 53.

<sup>44</sup> *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1227; *ders.* in Hügel/Scheel, Rechtshandbuch, Teil 3 Rdnr. 58.

<sup>45</sup> *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1227.

die Abnahme nicht beschlussfähig an sich, so verbleibt es bei den potentiellen Vorteilen für die Wohnungseigentümer, die sich aus einer individuellen Abnahme ergeben (siehe oben Ziffer II. 2. a)).

## 5. Die rechtsgeschäftliche Abnahmeerklärung

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümergeinschaft ändert nichts daran, dass die Abnahme eine technische und eine rechtsgeschäftliche Komponente hat. Der technische Befund wird vom Verwalter oder von den gemäß § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG bestellten besonderen Vertretern der Wohnungseigentümergeinschaft unter Zuziehung eines Sachverständigen ermittelt. Er wird alsdann der Wohnungseigentümersammlung zur Kenntnisnahme und zur Entscheidung darüber unterbreitet, ob eine rechtsgeschäftliche Billigungserklärung abgegeben werden soll. Das Ergebnis der Beschlussfassung ist durch Übermittlung der entsprechenden Erklärung (Abnahme oder Nichtabnahme) seitens des Verwalters bzw. der besonderen Vertreter gegenüber dem Verkäufer (Bauträger) abzugeben.

In diesem Zusammenhang ist auch zu diskutieren, ob die Entscheidung über die Abgabe der rechtsgeschäftlichen Billigungserklärung durch Beschluss oder durch Gemeinschaftsordnung der oder den Personen, die die technische Abnahme vorgenommen haben, übertragen werden kann. Diese Verfahrensweise führt zu einer weiteren Verkürzung der Individualrechte aus dem Erwerbsvertrag. Sie wirkt wie eine verdrängende Vollmacht und steht auch im Gegensatz zum Leitbild des Werkvertrages (§§ 640 Abs. 1, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und ist weder durch die Interessen der Gemeinschaft noch durch den Schuldnerschutz geboten. Eine solche Regelung ist deshalb nicht zu empfehlen.

## 6. Der Stimmrechtsausschluss für den Bauträger

In der Wohnungseigentümersammlung, in der über die Erklärung der Abnahme bzw. Nichtabnahme entschieden wird, ist der Bauträger mit denjenigen Einheiten, die er zum Zeitpunkt dieser Versammlung noch nicht veräußert hat, nicht stimmberechtigt. Die Beschlussfassung betrifft nämlich ein Rechtsgeschäft mit ihm, das sich auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bezieht. Damit ist der Stimmrechtsausschluss gemäß § 25 Abs. 5 WEG gegeben. Für diesen reicht es aus, wenn es sich um die Beschlussfassung bezüglich eines einseitigen Rechtsgeschäftes – hier Billigungserklärung im Rahmen der Abnahme – gegenüber dem anderen Wohnungseigentümer (Bauträger) handelt.<sup>46</sup> Der Grund für den Ausschluss des Bauträgers von der Abstimmung über die Erklärung der Abnahme liegt darin, dass dieser ein nicht aus dem Wohnungseigentum, sondern aus seinen Verträgen mit den Erwerbenden ergebendes privates Sonderinteresse<sup>47</sup> an der Erklärung der Abnahme verfolgt. Dieser Stimmrechtsausschluss kann als Sonderfall des § 181 BGB qualifiziert werden. Das Interesse der Wohnungseigentümer ist möglicherweise ein anderes als dasjenige des Bauträgers.

## 7. Abnahmewirkung und nicht verkaufte Wohnungen

Eine besondere Situation ergibt sich bezüglich derjenigen Wohnungen, die vom Bauträger nicht verkauft wurden und sonach weiterhin in seinem Eigentum stehen. Für diese Woh-

nungen ist eine Abnahme nicht durchzuführen, da es an der werkvertraglichen Komponente fehlt. Der Werkunternehmer (Bauherr, Bauträger) kann nicht seine eigenen Leistungen abnehmen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die von den Erwerbenden durch die Wohnungseigentümergeinschaft erklärte Abnahme auch rechtliche Wirkung gegenüber dem Eigentümer der nicht verkauften Wohnungen entfaltet. Dies ist zu bejahen. Für diese Einheiten entspricht es dem Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung, dass auch diese Wohnungseigentümer sich daran beteiligen, Mängel im gemeinschaftlichen Eigentum festzustellen und ggf. zu beheben. Die technische Komponente der Abnahme ist identisch mit der sich aus dem Prinzip der ordnungsmäßigen Verwaltung ergebenden Verpflichtung, Baumängel zu ermitteln.

Eine Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG (beide Alternativen) bewirkt, dass diese für und gegenüber allen Wohnungseigentümern wirksam ist. Beruht sie auf einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer, so ergibt sich die Wirkung für und gegen alle aus § 10 Abs. 2 Satz 1, 2 WEG und gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger aus § 10 Abs. 3 WEG. Geht die Abnahme auf einen entsprechenden Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 2. Alt. WEG zurück, so ergibt sich die Wirkung gegenüber den nicht zustimmenden Wohnungseigentümern aus § 23 Abs. 1 WEG und gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger aus § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG.<sup>48</sup>

Damit ist auch die Problematik des „Nachzüglerkäufers“ gelöst. Er ist Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers, nämlich des Bauträgers, der im Rahmen der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Abnahme – zumindest im technischen Bereich – mitwirken konnte. Die von der Wohnungseigentümergeinschaft erklärte Abnahme gegenüber dem Bauträger ist daher auch ihm gegenüber wirksam. Die Gewährleistungsfrist ist auch ihm gegenüber mit der Erklärung der Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber dem Bauträger in Lauf gesetzt worden.

## 8. Divergierende Vertragsvereinbarungen bezüglich des Gemeinschaftseigentums

Die Erstellung sowohl des Sondereigentums als auch des Gemeinschaftseigentums beruht auf individuellen Verträgen, die zwischen dem Bauträger und den Käufern abgeschlossen werden. Es ist deshalb ohne weiteres denkbar, dass bezüglich der tatsächlichen Bauausführung in Ansehung des Gemeinschaftseigentums in sich widersprüchliche Vereinbarungen des Bauträgers mit den einzelnen Käufern getroffen werden.<sup>49</sup> So sind Fälle vorstellbar, in denen das Sondereigentum eines Käufers zulasten von Gemeinschaftseigentum ausgeweitet wurde<sup>50</sup> oder einem Teil der Käufer Fenster mit Kunststoffrahmen und einem anderen Teil Fenster mit Holzrahmen zugesagt wurden.<sup>51</sup> Für die Abnahme stellt sich die Problematik, ob in diesen Fällen die tatsächliche Bauausführung oder die Soll-Ausführung gemäß anderen vertraglichen Vereinbarungen Gegenstand der Abnahme sein soll. Generell ist zu dieser Thematik festzuhalten, dass der Bauträger (Verkäufer) in diesen Fällen nicht schutzwürdig ist, da er bezüglich der widersprüchlichen Vertragsgestaltung vorsätzlich oder zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Die erste Konsequenz daraus ist, dass der Wohnungseigentümergeinschaft eine Be-

<sup>48</sup> Hügel/Scheel, Rechtshandbuch, Teil 3 Rdnr. 57.

<sup>49</sup> Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 803 ff.; Kreuzer in FS Bub 2007, S. 155 ff.

<sup>50</sup> Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 803.

<sup>51</sup> Kreuzer, a. a. O., S. 156.

<sup>46</sup> Palandt/Bassenge, § 25 Rdnr. 13; Merle in Bärmann, WEG, § 25 Rdnr. 116.

<sup>47</sup> Riecke/Schmid, WEG, § 25 Rdnr. 23.

schlusskompetenz darüber einzuräumen ist, welche der vertraglich verschiedenen ausgestalteten Ausführungsvarianten maßgeblich sein soll. Diese Beschlussfassung hat alsdann Gestaltungswirkung auch nach außen in der Weise, dass die von der Wohnungseigentümergeinschaft nicht gewählte Ausführungsvariante von den einzelnen Käufern auch nicht mehr im Wege einer Nacherfüllung verlangt werden kann.<sup>52</sup> Für die Käufer, deren Variante nicht ausgeführt wurde, steht damit das Vorliegen eines Baumangels fest, da das hergestellte Werk von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB).<sup>53</sup> Die einheitliche Wirkung der Abnahme erstreckt sich alsdann nur auf die von der Wohnungseigentümergeinschaft gewählte Ausführungsvariante. Bei den entsprechend den abweichenden Vereinbarungen erstellten Einheiten stellt sich die Frage, ob die Abnahmereife überhaupt gegeben ist (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wird dies bejaht, so ist eine individuelle Abnahme durchzuführen, wobei jedoch von der Gewährleistung von vorne herein die Nacherfüllung ausgeschlossen ist. Besteht keine Abnahmepflicht, so richtet sich die weitere Vertragsabwicklung nach dem allgemeinen Recht der Leistungsstörungen. Dabei ist anzunehmen, dass der Bauträger nicht erfüllt hat und auch nicht mehr erfüllen kann, so dass für den Käufer entweder ein Rücktritt vom Vertrag ohne Fristsetzung (§ 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder ein Schadenersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB oder gemäß § 281 Abs. 1 BGB in Betracht kommt.

## 9. Altfälle

Einer besonderen Behandlung bedürfen diejenigen Fälle, in denen bisher Abnahmen durch die Erwerber individuell vorgenommen wurden.

### a) Abnahme nach dem bis zum 30.6.2007 geltenden WEG

Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist gesetzlich mit dem am 1.7.2007 in Kraft getretenen WEG-Änderungsgesetz<sup>54</sup> fixiert. Eine unter Geltung des alten Rechts vorgenommene wirksame individuelle Abnahme gilt weiter.

### b) Abnahme unter Geltung des neuen Rechts

Geht man (wie hier) von einer zwingenden Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums aus (siehe oben Ziffer II. 2. c)), so führt eine individuelle Abnahme durch die einzelnen Erwerber dazu, dass die Abnahme nicht von der zuständigen Person erklärt ist. Allerdings sind die abnehmenden Personen identisch mit denjenigen, die in der Versammlung der Wohnungseigentümer über die Abnahme entscheiden. Eine Berufung auf die Unzuständigkeit der einzelnen Wohnungseigentümer wäre deshalb rechtsmissbräuchlich. Die von allen Erwerbern rechtswirksam erklärte Abnahme hat auch Gültigkeit für die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft. Die zwingende Zuständigkeit der rechtsfähigen Gemeinschaft leitet sich im Übrigen aus dem legitimen Schutzbedürfnis des Verkäufers (Bauträgers) ab. Es spricht nichts dagegen, dass der Verkäufer hierauf auch verzichten kann und deshalb individuelle Abnahmen durchführt.

Steht man dagegen auf dem Standpunkt, dass die Abnahme durch die Gemeinschaft nur fakultativ bei entsprechender

Beschlussfassung durchzuführen ist, so ist die Individualabnahme ohnehin wirksam.

In allen Fällen einer Individualabnahme ist jedoch für die Wirksamkeit Voraussetzung, dass sie entweder von den Käufern persönlich oder aufgrund wirksamer Vollmacht durch einen Bevollmächtigten vorgenommen wurde.<sup>55</sup>

### c) Empfehlungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis ergeben sich daraus folgende Handlungsempfehlungen:

#### aa) Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung

In die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung sollte eine Regelung über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums aufgenommen werden.

#### Formulierungsvorschlag:

##### Abnahme des Gemeinschaftseigentums

(1) Das gemeinschaftliche Eigentum wird nach Baufertigstellung von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abgenommen.<sup>56</sup> Die Feststellung der technischen Voraussetzungen für die Abnahmeerklärung wird vom Verwalter getroffen, der hierzu einen einschlägig qualifizierten Sachverständigen zuzuziehen hat. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann jedoch beschließen, dass anstelle des Verwalters Wohnungseigentümer gemäß § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG beauftragt und bevollmächtigt werden.

(2) Der Verwalter bzw. die beauftragten Wohnungseigentümer haben nach Feststellung der technischen Voraussetzungen der Abnahme der Wohnungseigentümergeinschaft hierüber zu berichten und eine Empfehlung darüber abzugeben, ob die Abnahme erklärt oder verweigert werden soll. Hierüber beschließt alsdann die Wohnungseigentümergeinschaft. In Vollzug dieses Beschlusses hat der Verwalter bzw. haben die besonderen Vertreter gegenüber dem Bauträger die Abnahme zu erklären bzw. zu verweigern.

(3) Die erklärte Abnahme wirkt für und gegen alle Wohnungseigentümer und auch gegenüber ihren Sonderrechtsnachfolgern.

(4) Derjenige Wohnungseigentümer, demgegenüber die Abnahme zu erklären ist (Bauträger), ist in allen Angelegenheiten, die die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums betreffen, von der Ausübung des Stimmrechtes ausgeschlossen.

#### bb) Auswirkung auf Kaufverträge

Sobald die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Wohnungseigentümergeinschaft erklärt ist, ist in nachfolgende Kaufverträge folgender Hinweis aufzunehmen:

#### Formulierungsvorschlag:

Der Verkäufer teilt dem Käufer mit, dass das gemeinschaftliche Eigentum bereits von der Wohnungseigentümergeinschaft am ... sowohl in technischer als auch in rechtlicher Beziehung abgenommen worden ist. Der Käufer nimmt

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 74, 259, 266 = MittBayNot 1979, 153.

<sup>53</sup> Palandt/Sprau, § 633 Rdnr. 5.

<sup>54</sup> vom 26.3.2007, BGBl. I, S. 370.

<sup>55</sup> Zu den Grenzen der Vollmachtslösung siehe oben Ziffer I. 3. b).

<sup>56</sup> Bei dieser Formulierung bleibt bewusst offen, ob es sich lediglich um eine deklaratorische Aufgabenzuweisung auf der Grundlage des § 10 Abs. 6 Satz 3 1. Alt. WEG handelt oder ob eine konstitutive Zuweisung auf Basis der 2. Alt. vorliegt.

von dieser Abnahme Kenntnis und auch davon, dass im Umfange der Abnahme der vertragliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist und ihm damit von Anfang an die Rechte des § 634 BGB zustehen. Der Käufer nimmt auch zur Kenntnis, dass mit Abnahme des Gemeinschaftseigentums diesbezüglich die Gewährleistungsfrist des § 634 a BGB in Lauf gesetzt wurde.

### cc) Die Wohnungseigentümergeinschaft als Besteller

Anders verhält es sich dagegen, wenn die rechtsfähige Gemeinschaft selbst einen Werkvertrag abgeschlossen hat. In diesem Falle ist ausschließlich sie Vertragspartnerin des Werkunternehmers und damit Inhaberin der aus dem Werkvertrag rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten, § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG.<sup>57</sup> Die Abnahme hat deshalb durch die Gemeinschaft zu erfolgen. Sie erfolgt durch den Verwalter namens der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, wozu dieser gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 3, 7 WEG berechtigt und verpflichtet ist.

### III. Der Einfluss der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft auf die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche

Die Legitimation zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bezüglich des Gemeinschaftseigentums ist unterschiedlich, je nachdem, welcher Anspruch/welches Recht geltend gemacht wird. Hier wirkt sich auch die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer aus (§ 10 Abs. 6 WEG).

#### 1. Individualansprüche und Verpflichtungen der Gemeinschaften

Den Käufern von Wohnungseigentum stehen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum gegenüber dem Verkäufer (Bau-träger) aus den jeweils geschlossenen Verträgen werkvertragliche (inhaltlich möglicherweise verschieden ausgestaltete<sup>58</sup>) Gewährleistungsansprüche zu. Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ändert daran nichts. Durch sie werden die Rechte aus § 634 BGB keine gemeinschaftliche Berechtigung der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>59</sup> Eine Geltendmachung der Mängelrechte durch die Gemeinschaft gemäß § 10 Abs. 6 Satz 1, 2 WEG kommt deshalb nicht in Betracht.

Bei der Mängelbeseitigung bezüglich des Gemeinschaftseigentums kollidiert der werkvertragliche Individualanspruch des einzelnen Erwerbers mit den wohnungseigentumsrechtlichen Verpflichtungen und Beschränkungen<sup>60</sup>, die sich aus der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 21 Abs. 1 WEG ergeben. Zu der letztgenannten Verpflichtung gehört insbesondere gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums, was auch die Beseitigung von anfänglichen Baumängeln ein-

schließt.<sup>61</sup> Der Anspruch auf Nacherfüllung kann dabei so lange geltend gemacht werden, bis die Zahlung des Vorschusses auf die Mängelbeseitigungskosten erfolgt ist.<sup>62</sup>

#### 2. Die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer

Gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG gehört es zur ordnungsmäßigen Verwaltung, das gemeinschaftliche Eigentum instand zu halten und instand zu setzen. Es handelt sich dabei um eine Pflichtaufgabe der rechtsfähigen Gemeinschaft, die von dieser auszuführen ist. Diese Kompetenz und Verpflichtung der rechtsfähigen Gemeinschaft gilt auch bezüglich der Beseitigung anfänglicher Baumängel, da diese die Interessen der Wohnungseigentümer in gleicher Weise betreffen wie später, etwa nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, auftretende Mängel.<sup>63</sup> Es besteht deshalb bei Baumängeln am Gemeinschaftseigentum einerseits der Individualanspruch des einzelnen Erwerbers, andererseits die Tätigkeitsverpflichtung der rechtsfähigen Gemeinschaft, die jedoch beide auf dasselbe Ziel gerichtet sind. Es liegt deshalb nahe, dass sich die rechtsfähige Gemeinschaft der vertraglichen Ansprüche ihrer Mitglieder bedient, um das Ziel zu erreichen. Der wohnungseigentumsrechtliche Ansatz hierzu ist § 21 Abs. 1 WEG, wonach die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zusteht, soweit nicht im Gesetz oder durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer etwas anderes bestimmt ist.

Eine andere Bestimmung im WEG (gemäß § 21 Abs. 1) befindet sich in § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Danach übt die Gemeinschaft die „gemeinschaftsbezogenen Rechte“ der Wohnungseigentümer aus. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Ermächtigung (entsprechend § 185 BGB), mit der ein fremdes Recht, nämlich dasjenige der einzelnen Wohnungseigentümer, durch die rechtsfähige Gemeinschaft im eigenen Namen geltend gemacht wird. Man spricht insoweit von einer geborenen<sup>64</sup> oder verdrängenden<sup>65</sup> Ausübungsbefugnis. Die Interessen der Wohnungseigentümer werden dadurch gewahrt, dass sie als Mitglieder der Gemeinschaft durch Mehrheitsbeschluss über die Ausübung ihrer gemeinschaftsbezogenen Rechte gemäß § 21 Abs. 3 WEG entscheiden und jeder Wohnungseigentümer gemäß § 10 Abs. 4 WEG an den entsprechenden Beschluss gebunden ist.<sup>66</sup> Zu den gemeinschaftsbezogenen Rechten zählt die Gesetzesbegründung jene aus dem individuellen Erwerbsvertrag mit dem Bau-träger.<sup>67</sup> Dabei verweist die Gesetzesbegründung auf die Fälle, in denen die Gemeinschaft rechtmäßigerweise Mängelansprüche ihrer Mitglieder gegen den Verkäufer und Bau-träger an sich gezogen hat. Der Wortlaut des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG geht jedoch über diese Fälle hinaus und erfasst alle Ansprüche der Käufer in Bezug auf Baumängel am Gemeinschaftseigentum gegenüber dem Verkäufer, also auch z. B. den Anspruch auf Nacherfüllung. Dies ist jedoch vom sachlichen Umfang her zu weit und von der bisherigen Rechtsprechung auch nicht gedeckt. Danach können die primären Gewährleistungsansprüche vom

<sup>57</sup> Lehmann/Richter, ZWE 2006, 414; Wenzel, ZWE 2006, 110; Staudinger/Rapp, WEG, Einl. Rdnr. 71 d.

<sup>58</sup> Kreuzer in FS Bub 2007, S. 155 ff.

<sup>59</sup> BGH, NJW 2007, 1953 Tz. 14; BGHZ 169, 1 = MittBayNot 2007, 204; Wenzel, NJW 2007, 1906; Grziwotz, MittBayNot 2007, 208; Hügel/Elzer, Das neue WEG, § 3 Rdnr. 182 ff.; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch, Teil 3 Rdnr. 73.

<sup>60</sup> Vgl. Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, O. II. Anm. 5.

<sup>61</sup> BGHZ 169, 7 Tz. 21 = MittBayNot 2007, 204; Wenzel, NJW 2007, 1905; ders., ZWE 2006, 111.

<sup>62</sup> BGHZ 169, 8 Tz. 22 = MittBayNot 2007, 204.

<sup>63</sup> BGH, NJW 2007, 1953 Tz. 16; Wenzel, NJW 2007, 1907; Klein, ZWE 2007, 466; Staudinger/Bub, WEG § 21 Rdnr. 185; Hügel/Elzer, Das neue WEG, § 3 Rdnr. 183.

<sup>64</sup> Wenzel, NJW 2007, 1905, 1907.

<sup>65</sup> Becker, ZWE 2007, 436.

<sup>66</sup> Becker, ZWE 2007, 436; Pause/Vogel, ZMR 2007, 582.

<sup>67</sup> BT-Drucks. 16/3843, S. 61.

Erwerber selbst geltend gemacht werden, eine zwingende und alleinige Zuständigkeit der Gemeinschaft gibt es nur für solche Rechte, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen, nämlich die gemeinschaftsbezogenen Rechte auf Minderung und kleinen Schadenersatz.<sup>68</sup> Es besteht deshalb Einigkeit darüber, dass der Begriff der „gemeinschaftsbezogenen Rechte“, der eine verdrängende Ausübungsbefugnis zur Folge hat, einschränkend ausgelegt werden muss.<sup>69</sup>

Eine geborene oder verdrängende Ausübungsbefugnis ist lediglich bezüglich der sekundären Gewährleistungsansprüche der Minderung bzw. des kleinen Schadenersatzes gegeben. Hier erfordert der Schutz des Verkäufers vor einer doppelten Inanspruchnahme eine abschließende Entscheidung durch die Gemeinschaft. Es muss ausgeschlossen sein, dass ein Käufer, wenn auch nur für seine Einheit, Minderung durchsetzt und anschließend ein anderer Käufer Nacherfüllung erlangt, was wegen des gezahlten Minderungsbetrages zu einer ungerechtfertigten Mehrbelastung des Verkäufers führt.<sup>70</sup>

### 3. Die fakultative Rechtsausübung durch die Gemeinschaft

Neben der geborenen und verdrängenden Ausübungsbefugnis begründet § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG die Zuständigkeit der rechtsfähigen Gemeinschaft jedoch auch für „sonstige Rechte der Wohnungseigentümer“, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können. Diese sonstigen Rechte unterscheiden sich von den „gemeinschaftsbezogenen Rechten“ dadurch, dass sie nicht zwingend (geboren, verdrängend) von der Gemeinschaft ausgeübt werden müssen, sondern lediglich eine fakultative Möglichkeit besteht („ausgeübt werden können“).<sup>71</sup> Wenzel spricht in diesen Fällen von einer „gekorenen“ Ausübungsbefugnis.<sup>72</sup> Der BGH hat mit Urteil vom 12.4.2007 (noch zu der bis zum 30.6.2007 gültigen Rechtslage) entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen kann. In gleicher Weise kann die Wohnungseigentümergeinschaft die gemeinschaftliche Durchsetzung eines auf die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums gerichteten Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruchs beschließen. Ist ein solcher Beschluss gefasst, sind die einzelnen Erwerber von der Verfolgung ihrer Rechte insoweit ausgeschlossen. Bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist ein solcher Beschluss regelmäßig im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung.<sup>73</sup> Zieht die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich, begründet sie damit ihre alleinige Zuständigkeit. Dies schließt ein

selbständiges Vorgehen der Erwerber aus<sup>74</sup> in Bezug auf die Verfolgung der Primäransprüche. Der Erwerber kann aber weiterhin den Rücktritt oder den Anspruch auf großen Schadensersatz selbständig geltend machen.<sup>75</sup> Diese Rechte kann die rechtsfähige Gemeinschaft – im Gegensatz zum Anspruch auf Nacherfüllung – auch gar nicht an sich ziehen. Dies gilt auch dann, wenn sich die Gemeinschaft für Minderung oder kleinen Schadensersatz entschieden hat.<sup>76</sup>

Die entsprechende Beschlussfassung begründet also eine Kompetenzverlagerung vom einzelnen Wohnungseigentümer auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.

### 4. Vergleichsabschluss durch die Gemeinschaft

Ist eine solche Kompetenzverlagerung beschlossen worden, so umfasst die alleinige Zuständigkeit der Gemeinschaft auch die Möglichkeit des Abschlusses eines Vergleiches betreffend die Baumängel am Gemeinschaftseigentum, in dem anstatt der Nachbesserung die Zahlung eines Minderungsbetrages vereinbart werden kann.<sup>77</sup> Nach Abschluss eines solchen Vergleiches kann von keinem Erwerber (auch wenn sein Erwerb nach Abschluss des Vergleiches getätigt wurde) ein Rücktritt ausgeübt oder der große Schadensersatz verlangt werden. Dem steht § 10 Abs. 4 WEG entgegen (siehe oben Ziffer II. 7.).

### 5. Vorrang des Gemeinschaftsrechtes gegenüber Individualanspruch

Die Verlagerung der Kompetenz zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen auf die rechtsfähige Gemeinschaft ausschließlich führt also dazu, dass der Erwerber auch mit seinen primären Ansprüchen (Erfüllung, Nacherfüllung) ausgeschlossen ist. Der BGH begründet dies damit, dass eine derartige Einschränkung des Erwerbers in der Ausübung seiner aus dem Vertrag mit dem Veräußerer abgeleiteten Rechte dem jeweiligen Vertrag immanent sei. Mit dieser inhaltlichen Beschränkung werde das Vertragsverhältnis bereits begründet. Die Erwerber müssten es hinnehmen, dass über die Durchsetzung ihrer Rechte mit Mehrheitsbeschluss von der Gemeinschaft entschieden wird und dementsprechend die individuelle Rechtsverfolgungskompetenz von der aus dem Gesetz abgeleiteten Befugnis der Wohnungseigentümergeinschaft überlagert werde.<sup>78</sup> Der BGH leitet also die Kompetenz der Gemeinschaft im Ergebnis zu Recht aus deren allgemeiner Verwaltungskompetenz gemäß § 21 Abs. 1 WEG ab. Der tiefere Grund für die vom BGH gesehene „vertragsimmanente Einschränkung“ liegt jedoch im gemeinschaftsrechtlichen Treueverhältnis der Wohnungseigentümer.<sup>79</sup> Die Geltendmachung der vertraglichen Gewährleistungsansprüche des einzelnen Erwerbers durch die rechtsfähige Gemeinschaft schadet dem Ersteren nicht; sie nützt jedoch der Zweitgenannten, da die Inanspruchnahme des Dritten (Bauträger) keinen Aufwand verursacht im Gegensatz zur Beauftragung eines Fremdunternehmens mit der Mängelbeseitigung, wozu die Gemeinschaft ansonsten verpflichtet wäre. Der Grundsatz

<sup>68</sup> BGH, NJW 2006, 2254; NJW 2007, 1954 Tz. 19; NJW 1998, 2968 linke Spalte; BGHZ 74, 264; v. Oefele, DNotZ 2011, 249, 256.

<sup>69</sup> Wenzel, NJW 2007, 1907; Becker, ZWE 2007, 435; Pause/Vogel, ZMR 2007, 579.

<sup>70</sup> Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, O. II. Anm. 12; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Teil 3, Rdnr. 78; Klein in Bärmann, WEG, Anh. § 10 Rdnr. 41 ff.; Riecke/Schmid/Vogel, WEG, Anh. § 8 Rz 46; Riecke/Schmid/Drabek, WEG, § 21 Rdnr. 74.

<sup>71</sup> Wenzel, NJW 2007, 1908; Becker, ZWE 2007, 436; Pause/Vogel, ZMR 2007, 583; v. Oefele, DNotZ 2011, 59.

<sup>72</sup> NJW 2007, 1905, 1907.

<sup>73</sup> BGH, NJW 2007, 1954 Tz. 20.

<sup>74</sup> BGH, a. a. O., Tz. 21; Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, O. II. Anm. 10.

<sup>75</sup> Wenzel, ZWE 2006, 115; ZWE 2007, 114.

<sup>76</sup> Schulze-Hagen, ZWE 2007, 117.

<sup>77</sup> OLG München, ZWE 2007, 491; Becker, ZWE 2007, 488; Pause/Vogel, ZMR 2007, 581; Müller/Hügel, Beck'sches Formularbuch, O. II. Anm. 12.

<sup>78</sup> BGH, NJW 2007, 1954, Tz. 22.

<sup>79</sup> Armbrüster in FS Merle, 2000, S. 1 f.; Klein in Bärmann, WEG, § 10 Rdnr 47 ff.

der ordnungsmäßigen Verwaltung gebietet es deshalb, den kostengünstigsten Weg zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe „Instandhaltung/Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums“ zu wählen, und dies ist die Inanspruchnahme des Bauträgers.

## 6. Auswirkungen auf die Vertragspraxis

Für die Praxis des Notars haben die vorstehenden Ausführungen Bedeutung für die Fälle der Begründung und der Veräußerung von Wohnungseigentum. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer hat im Wege der geborenen oder verdrängenden Ausübungsbefugnis bezüglich eines Mangels am Gemeinschaftseigentum eine Entscheidung entweder bezüglich Minderung oder kleinen Schadenersatzes getroffen. Bei dieser Sachlage kann kein weiterer neuer Käufer mehr in Ansehung des betroffenen Mangels einen primären Gewährleistungsanspruch geltend machen; dies hätte nämlich eine doppelte Inanspruchnahme des Verkäufers zur Folge: Wegen der Unteilbarkeit der Leistung erhielten nämlich auch diejenigen Käufer das mangelfreie Werk bei Durchsetzung eines Nacherfüllungsanspruches, die bereits einen Minderungsbetrag oder eine Schadenersatzleistung für sich vereinbart haben. Im Kaufvertrag des Käufers, der der Beschlussfassung nachfolgt, ist jedoch diesbezüglich kein ausdrücklicher (möglicherweise problematischer) Gewährleistungsausschluss erforderlich. Die Bindung dieses Käufers folgt vielmehr aus § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG. Dieser Käufer ist an den Beschluss der Versammlung der Wohnungseigentümer, mit dem das Wahlrecht ausgeübt wurde, gebunden, ohne Rücksicht darauf, ob er ihn kennt. Dieser Beschluss hat rechtsgestaltende Wirkung in der Weise, dass die primären Gewährleistungsansprüche von niemandem mehr geltend gemacht werden können. Zum Schutz des Schuldners (Bauträger) kommt ihm deshalb auch Außenwirkung mit Bindung für und gegen die überstimmten Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft zu.<sup>80</sup>

Hat darüber hinaus die Wohnungseigentümergeinschaft beschlossen, die primären Gewährleistungsansprüche aus den Erwerbsverträgen auf die Gemeinschaft zu übertragen, so sind weitere, nachfolgende Erwerber ebenfalls von der selbständigen Geltendmachung der Rechte ausgeschlossen. Sie können ihre Rechte ab Beschlussfassung nur noch im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung ausüben. Die Wirkung gegen Nachfolgekäufer ergibt sich ebenfalls aus § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG.

Der Notar wird im Rahmen seiner Belehrungspflicht gemäß § 17 BeurkG auf diese Möglichkeiten hinzuweisen haben.

### Formulierungsvorschlag:

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass bezüglich Baumängeln am Gemeinschaftseigentum von der Versammlung der Wohnungseigentümer Beschlüsse gefasst werden können, die die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch den Käufer einschränken oder ausschließen, da der

Erwerber an solche Beschlüsse gebunden ist. Dem Käufer wurde empfohlen, die bei dem Verwalter geführte Beschlusssammlung einzusehen.

Empfehlenswert ist es auch, in der Gemeinschaftsordnung eine Regelung darüber aufzunehmen, wer zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Umfang berechtigt ist, Gewährleistungsansprüche bezüglich Baumängeln am Gemeinschaftseigentum geltend zu machen.

### Formulierungsvorschlag:

(1) Jeder Wohnungseigentümer ist berechtigt, seine sich aus dem Erwerbsvertrag ergebenden Ansprüche bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums auf Nacherfüllung einschließlich des Anspruchs auf Ersatzvornahme und auf Kostenvorschuss hierfür alleine und ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer in der Weise geltend zu machen, dass er Leistung an alle Wohnungseigentümer verlangt. Die Ansprüche auf Schadenersatz statt der gesamten Leistung (großer Schadenersatzanspruch) und das Recht auf Rücktritt können ebenfalls von jedem Wohnungseigentümer alleine geltend gemacht bzw. ausgeübt werden. Die Gemeinschaft kann jedoch beschließen, dass Ansprüche auf Nacherfüllung bezüglich der ordnungsmäßigen Herstellung des Gemeinschaftseigentums gemeinschaftlich durchzusetzen sind. Der Anspruch auf Minderung oder auf Schadenersatz statt der Leistung (kleiner Schadenersatzanspruch) kann nur geltend gemacht werden, wenn vorher ein entsprechender Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit gefasst worden ist. Der aufteilende Grundstückseigentümer (Bauträger) hat hierbei kein Stimmrecht. Mit entsprechenden Beschlussfassungen der Wohnungseigentümergeinschaft und Zugang des Beschlusses bei dem Verkäufer können Ansprüche auf Nacherfüllung nicht mehr neu geltend gemacht werden.

(2) Stehen die in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche bzw. Rechte vertraglich der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu (§ 10 Abs. 6 Satz 2 WEG), so ist gleichwohl jeder einzelne Wohnungseigentümer ermächtigt, den Anspruch auf Nacherfüllung, auf Ersatzvornahme sowie auf Kostenvorschuss hierfür alleine im eigenen Namen mit der Maßgabe geltend zu machen, dass die Leistung an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu erfolgen hat.

## IV. Zusammenfassung

Sowohl für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als auch für die Verfolgung von diesbezüglichen Gewährleistungsansprüchen und -rechten bringt die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft Möglichkeiten, gesteigerte Rechtssicherheit zu schaffen. Sowohl die zwingende wie auch die fakultative Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft verhindert widersprüchliche Ergebnisse und schafft ein koordiniertes Vorgehen der Wohnungseigentümer. Dies ist (natürlich) mit einer Einschränkung der Individualrechte der einzelnen Käufer aus ihren Erwerbsverträgen verbunden. Ein solches Ergebnis war jedoch vom Gesetzgeber gewollt: Die WEG-Änderung zum 1.7.2007 bedeutet einen Schritt weg vom Eigentum und hin zum Gesellschaftsrecht.

<sup>80</sup> BGHZ 74, 258, 266 = MittBayNot 1979, 153.

## Aktuelles zum WEG: Die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8.7.2011, V ZR 176/10<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. Ulrich Schmitz, Zweibrücken

Immer wieder stellt sich bei Wohnungseigentümern die Frage, inwieweit Heizungsanlagen und deren Leitungen sondereigentumsfähig sind. Hintergrund dieser Frage ist oftmals die Kostentragungspflicht bei Reparaturen oder Erneuerungen solcher Einrichtungen.

### I. Einleitung

Gemäß § 16 Abs. 2 WEG haben die Wohnungseigentümer die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu tragen. Die Instandhaltung des Sondereigentums obliegt hingegen gemäß § 14 Nr. 1 WEG dem jeweiligen Wohnungseigentümer auf eigene Kosten.

Auch die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer für Verwaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen hängt davon ab, ob eine Anlage zum Gemeinschaftseigentum oder zum Sondereigentum zählt. Nur für Gemeinschaftseigentum liegt die Beschlusskompetenz nach §§ 21, 22 WEG bei der Eigentümerversammlung.

Was Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums sein kann, regelt § 5 WEG. Gemäß § 5 Abs. 1 WEG sind Gebäudebestandteile, die zu im Sondereigentum stehenden Räumen gehören, kraft Gesetzes mit diesen Räumen ebenfalls Sondereigentum, wenn diese Bestandteile verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das in § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird. Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden.

In der Literatur wird unter Hinweis auf die Einheitlichkeit des Heizungssystems vereinzelt vertreten, dass Versorgungseinrichtungen wie Heizkörper und die Anschlussleitungen in den einzelnen Wohnungen auch dann Gemeinschaftseigentum seien, wenn ihre Demontage die Funktionsfähigkeit des Heizungssystems nicht beeinträchtigt, da die Heizkörper in das zentrale Heizungssystem integriert seien.<sup>2</sup> Die überwiegende Literatur differenziert hingegen: Die Sondereigentumsfähigkeit von Leitungen im räumlichen Bereich einer Wohnung wird bejaht, wenn sie ohne Eingriff in das Gemeinschaftseigentum verlegt werden können und es sich um Anschlussleitungen für die jeweilige Wohnung handelt.<sup>3</sup> Hauptversorgungsleitungen – also Leitungen die der allgemeinen Versorgung dienen – werden hingegen dem Gemeinschaftseigentum zugerechnet, auch wenn sie eine Wohnung durchqueren.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> MittBayNot 2012, 212 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Jennißen/Grziwotz, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 85; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rdnr. 75; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 52.

<sup>3</sup> MünchKommBGB/Commichau, 5. Aufl., WEG § 5 Rdnr. 12; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 90; Hügel, Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 16; BayObLG, WuM 1993, 79, 80; OLG Köln, NZM 2003, 641, 642.

<sup>4</sup> KG, WuM 1989, 89; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 90.

Für eine Heizungsanlage bedeutet dies, dass die an eine Zentralheizung angeschlossenen Heizkörper und die dazugehörigen Anschlussleitungen nach der überwiegenden Auffassung im Sondereigentum des Wohnungseigentümers stehen, in dessen Wohnung sie sich befinden. Etwas anderes gelte nur, wenn der einzelne Heizkörper für den Betrieb der gesamten Heizungsanlage unverzichtbar ist.<sup>5</sup>

### II. BGH-Urteil vom 8.7.2011

Mit Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10, hat der BGH entschieden, dass die Heizkörper und Anschlussleitungen jedenfalls dann Sondereigentum sind, wenn sie durch Teilungserklärung oder eine nachträgliche Vereinbarung (aller Wohnungseigentümer) dem Sondereigentum zugeordnet wurden.

Er begründet dies damit, dass nach § 5 Abs. 2 WEG unabhängig von der Lage in Räumen des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums nur solche Einrichtungen im Gemeinschaftseigentum stehen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen. Diese Voraussetzung erfüllen nur die Heizzentralen (mit Brenner, Kessel, Brennstoffbevorratung) und die Steigleitungen, die die Heizwärme in der Wohnanlage zur Abnahme durch die einzelnen Wohnungseigentümer verteilen. Die in den Wohnungen befindlichen Heizkörper und die dazugehörigen Anschlussleitungen dienen dagegen nur dem Wohnungseigentümer, in dessen Wohnung sie sich befinden. § 5 Abs. 2 WEG steht folglich ihrer Sondereigentumsfähigkeit nicht entgegen. Der Sondereigentumsfähigkeit der Heizkörper und der Anschlussleitungen kann nach der Begründung des BGH auch nicht entgegen gehalten werden, dass eine Heizungsanlage ein in sich geschlossenes System darstelle.<sup>6</sup> Schließlich sind die einzelnen Heizkörper und ihre Anschlussleitungen keine unverzichtbaren Bauteile der gemeinschaftlichen Teile der Heizungsanlage. Zwar können an eine Zentralversorgungseinrichtung i. d. R. nicht beliebig viele Heizkörper beliebiger Bauart und Leitungen angeschlossen werden und es kommen auch nur Heizkörper in Betracht, die nach Zahl, Bauart, Zuschnitt, Anschlussart und Erhaltungszustand mit der Zentraleinrichtung kompatibel sind und deren ordnungsgemäßes Funktionieren nicht beeinträchtigen. Hierbei handelt es sich nach der Begründung des BGH jedoch bloß um technische Beschränkungen bei der Benutzung der Gemeinschaftseinrichtung, also der Heizzentrale, die der einzelne Wohnungseigentümer beachten muss, wenn er sie nutzen will. Der Sondereigentumsfähigkeit der Heizkörper und ihrer Anschlussleitungen steht dies nach der Entscheidung des BGH jedoch nicht entgegen.

Der BGH hält außerdem fest, dass zur Verhinderung von Gebäudeschäden am Gemeinschaftseigentum (Einfrieren von

<sup>5</sup> LG Frankfurt a. M., MDR 1990, 57; OLG Hamburg, ZMR 1999, 502; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 82; MünchKommBGB/Commichau, 5. Aufl., WEG § 5 Rdnr. 12.

<sup>6</sup> So aber Müller, a. a. O.; Riecke/Schmid/Schneider, a. a. O.; Jennißen/Grziwotz, a. a. O.



Leitungen) nach § 14 Nr. 1 WEG i. V. m. § 15 Abs. 3 WEG eine Pflicht zur ausreichenden Beheizung einer Wohnung bestehen kann, die einzelnen Heizkörper deshalb aber nicht zu einem unverzichtbaren Bestandteil der zentralen Teile der Heizungsanlage erklärt werden können.<sup>7</sup>

Folgt man der Argumentation des BGH, kommt es für die Einordnung des Heizkörpers zum Sonder- oder Gemeinschaftseigentum auch nicht darauf an, dass ohne ausreichende regelmäßige Beheizung Gebäudeschäden durch Schimmelbefall drohen können.<sup>8</sup> Die Eigentümergemeinschaft hat schließlich keinen Anspruch darauf, dass die Heizkörper von den einzelnen Wohnungseigentümern auch genutzt werden. Im Übrigen können Gebäudeschäden auch durch sonstiges Fehlverhalten der Sondereigentümer verursacht werden, beispielsweise durch falsche Belüftung oder durch übermäßigen Wasserdampf. Dem einzelnen Wohnungseigentümer ist es nach der Entscheidung des BGH möglich, mit den im Sondereigentum stehenden Heizkörpern nebst Anschlussleitungen grundsätzlich nach Belieben zu verfahren und über deren Gestaltung und Erneuerung frei zu disponieren bis an die Grenze, wo die Funktionsfähigkeit der im Gemeinschaftseigentum stehenden Heizungszentrale betroffen ist (vgl. §§ 13 Abs. 1 und 15 Abs. 3 WEG). Diese Grenze wäre beispielsweise überschritten, wenn ein Wohnungseigentümer alle Heizkörper seiner Wohnung von der Zentralheizungsanlage abkoppeln würde und dadurch deren Funktionsfähigkeit insgesamt beeinträchtigen würde.

Wengleich der BGH in seiner Urteilsbegründung insbesondere auf § 5 Abs. 2 WEG abstellt, lässt sich die Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern samt Zu- und Ableitungsrohren außerdem auch aus § 5 Abs. 1 WEG ableiten. Heizkörper und Rohre sind Gebäudebestandteile i. S. v. § 5 Abs. 1 WEG. Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 WEG kommt es auf eine tatsächliche Beeinträchtigung durch die Beseitigung an. Soweit ausgeführt wird, dass die Entfernung eines Heizkörpers die Funktion des zentralen Heizungssystems beeinträchtigen kann,<sup>9</sup> ist dem entgegenzusetzen, dass es nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 WEG nicht auf die Besorgnis einer Beeinträchtigung, sondern auf eine tatsächliche Beeinträchtigung ankommt.<sup>10</sup>

Der BGH wendet seine Begründung für die Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern konsequenterweise auch auf die Heizungs- und Thermostatventile an und klärt somit höchstrichterlich diese bislang in der Literatur ebenfalls kontrovers diskutierte Frage.<sup>11</sup> Auch diese Ventile, die sich an den einzelnen Heizkörpern befinden, gehören zum Sondereigentum,<sup>12</sup> da die Funktionsfähigkeit der gesamten Heizungsanlage durch die in den einzelnen Wohnungen befindlichen Thermostatventile nicht betroffen wird. Der BGH stellt klar, dass die nach § 14 EnEV (Energieeinsparverordnung) bestehende gesetzliche Pflicht zum Einbau solcher Ventile nichts über deren eigentumsrechtliche Zuordnung aussagt.

### III. Erstreckung des BGH-Urteils auch auf andere Heizungssysteme

Was der BGH in seinem Urteil vom 8.7.2011 für Heizkörper und deren Anschlussleitungen an eine Zentralheizung ausge-

führt hat, lässt sich auch auf Fußbodenheizungen oder Wandheizungen übertragen.

Die in Estrich zwischen Bodenplatte und Fliesen verlegten Heizschlingen einer Fußbodenheizung stehen nach § 5 Abs. 1 WEG im Sondereigentum des jeweiligen Raumeigentümers.<sup>13</sup> Die Heizleitungen der Fußbodenheizung im Estrich können ebenso wie freistehende Heizkörper verändert, beseitigt oder eingefügt werden, ohne dass dadurch das Gemeinschaftseigentum (also die Bodenplatte) oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das beim geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt wird.<sup>14</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Heizleitungen in der Trocken- oder in der Nassbauweise in Estrich, welcher als Lastverteilschicht eingebracht wird, verlegt werden. Auch § 5 Abs. 2 WEG steht der Sondereigentumsfähigkeit der Heizschlingen einer Fußbodenheizung nicht entgegen.

Diese Grundsätze gelten auch für Wandheizungen. Bei den Unterputzsystemen mit wasserführenden Rohren werden Rohre an der Raumwand befestigt. Während das Mauerwerk Gemeinschaftseigentum ist, sind die Rohrleitungen, ihre Fixierungen sowie der Wandputz Sondereigentum des Raumeigentümers, in dessen Räume sich die Leitungen befinden. Bei Systemen mit einer an die Außenwand oder in einen Wandvorbau integrierten Wandheizplatte, die anschließend tapeziert oder verputzt wird, ist die Wandheizplatte mit ihrer Unterkonstruktion (Lattung) bzw. dem Wandvorbau und den zugehörigen in der Wohnung verlaufenden Leitungen Sondereigentum.

### IV. Regelungen in Teilungserklärungen zur Sondereigentumsfähigkeit

Der BGH hat offen gelassen, ob Sondereigentum an Heizkörpern und Anschlussleitungen auch dann gegeben ist, wenn eine Regelung in der Teilungserklärung oder einer späteren Vereinbarung fehlt.

Was Sondereigentum sein kann, bestimmt sich ausschließlich nach der gesetzlichen Vorgabe in § 5 WEG. Was hiernach nicht sondereigentumsfähig ist, kann auch nicht durch Teilungserklärung oder Vereinbarung – entgegen der Wertung des Gesetzes – zum Sondereigentum erklärt werden. Bei den Regelungen zur Sondereigentumsfähigkeit in den Teilungserklärungen handelt es sich lediglich um beispielhafte Klarstellungen, ohne dass diese Regelungen konstitutive Wirkung hätten.<sup>15</sup>

Heizkörper in den Sondereigentumsräumen, deren Anschlussleitungen im Bereich des Sondereigentums und die Thermostatventile sind somit auch dann Sondereigentum, wenn eine ausdrückliche Regelung hierzu in der Teilungserklärung fehlt.

Nach § 5 Abs. 3 WEG steht lediglich der umgekehrte Weg offen: Die Wohnungseigentümer können (in der Teilungserklärung oder später durch nachträgliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer) vereinbaren, dass Gebäudebestandteile, die Gegenstand des Sondereigentums sein können, zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören.

Auch bedeutet die in zahlreichen Teilungserklärungen (klarstellend und beispielhaft) enthaltene Regelung, wonach bei einer Zentralheizung „die Heizkörper innerhalb der im Son-

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 8.7.2011, Rdnr. 18.

<sup>8</sup> So aber *Schmid*, MDR 2011, 1081.

<sup>9</sup> So *Müller*, a. a. O.

<sup>10</sup> So DNotI-Gutachten vom 8.6.2010, Internetgutachten-Nr. 103388; siehe auch *Schlüter*, ZMR 2011, 935, 937.

<sup>11</sup> Siehe *Bärman/Armbrüster*, a. a. O., § 5 Rdnr. 107.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 8.7.2011, Rdnr. 20.

<sup>13</sup> *Bärman/Armbrüster*, a. a. O., § 5 Rdnr. 77; *MünchKommBGB/Commichau*, § 5 WEG, Rdnr. 12; OLG Köln, NZM 1999, 83, 84; *Schlüter*, ZMR 2011, 935, 937.

<sup>14</sup> *Happ*, Wohnungseigentum 2001, 47.

<sup>15</sup> So auch *Hügel/Elzer*, DNotZ 2012, 4, 7 f.

dereigentum stehenden Räume und die Vor- und Rücklaufleitungen von der Anschlussstelle an die gemeinsame Steig- bzw. Falleitung“ Gegenstand des Sondereigentums sind, nicht, dass andere Heizungssysteme – beispielsweise Fußbodenheizungen oder Wandheizungen – nicht auch zum Sondereigentum zählen.

Allein aus der Verwendung des Begriffs „Heizkörper“ kann bei verständiger Betrachtung des Wortlautes und des Zusammenhangs, in dem die Regelung der Teilungserklärung zu sehen ist, nicht davon ausgegangen werden, dass lediglich die Heizkörper gemeint sind. Vielmehr handelt es sich bei einer derartigen Bestimmung um eine einheitliche Regelung der Heizungseinrichtungen, und eine unterschiedliche Behandlung einer Fußbodenheizung oder einer Wandheizung oder sonstigen vergleichbaren Heizungsanlage kann in den Sinn der Regelung nicht hineingelesen werden.<sup>16</sup>

## V. Möglichkeit der Umdeutung einer unzulässigen Vereinbarung

Sollte bei einer Heizungseinrichtung bzw. auch einer anderen Versorgungseinrichtung im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume die Sondereigentumsfähigkeit einmal nicht bejaht werden können, weil die Einrichtung einen Gebäudeteil darstellt, der für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes – also des Gemeinschaftseigentums – erforderlich ist (§ 5 Abs. 2 WEG), oder weil die Einrichtung nicht verändert, beseitigt oder eingefügt werden kann, ohne dass es zu einer Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums oder anderer Wohnungseigentümer i. S. v. § 5 Abs. 1 WEG kommt, so ließe sich die unzulässige Begründung von Sondereigentum in der Teilungserklärung immerhin in eine Vereinbarung von Sondernutzungsrechten umdeuten bzw. in eine Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, die Lasten und Kosten hierfür alleine zu tragen.<sup>17</sup>

## VI. Abweichender Kostentragungsbeschluss

Selbst wenn es überhaupt an einer Regelung in der Teilungserklärung fehlt und schon deshalb eine Umdeutung in Sondernutzungsrechte oder in eine Kostentragungsregelung nicht angenommen werden kann, bietet das WEG dennoch eine Möglichkeit, die Kostentragungspflicht auch für solche Einrichtungen, die nicht im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehen, nachträglich abweichend von der Regelung in § 16 Abs. 2 WEG zu beschließen:

Mit einer qualifizierten Mehrheit von drei Viertel der Wohnungseigentümer nach Köpfen und außerdem mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile kann nach § 16 Abs. 4 WEG im Einzelfall für eine konkrete Maßnahme zur Instandhaltung oder Instandsetzung einer Anlage eine abweichende Kostenverteilung geschlossen werden. Für Betriebskosten (das sind die in § 565 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 1 Abs. 1 Satz 2 BetriebskostenVO genannten Kosten) können die Wohnungseigentümer gemäß § 16 Abs. 3 WEG einen neuen Kostenverteilungsschlüssel mit einfacher Mehrheit beschließen.

## VII. Mehrheitsbeschluss über den Austausch veralteter Heizkörper aufgrund sog. Öffnungsklausel

Da bei den im Sondereigentum stehenden Heizkörpern und Ventilen samt deren Anschlussleitungen der Eigentümerver-

sammlung die Beschlusskompetenz fehlt, kann die Eigentümergemeinschaft lediglich über Instandhaltung, Instandsetzung oder Erneuerung der Heizzentrale und der gemeinsamen Leitungen beschließen, und nur hierfür können Aufträge namens der Eigentümergemeinschaft vergeben werden.

Dennoch stellt sich die Frage, ob nicht in der Gemeinschaftsordnung eine solche Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung begründet werden kann, um so den Austausch veralteter Heizkörper oder fehleranfälliger Ventile für alle Eigentümer beschließen zu können. Dafür scheint sich der BGH in seinem Urteil vom 8.7.2011 unter Rdnr. 11 auszusprechen, wenn er erklärt, „mangels einer entsprechenden Öffnungsklausel in der Teilungserklärung“ könnte sich die Gemeinschaft damit nicht befassen. Also müsste es nach der Diktion des BGH möglich sein, mittels Öffnungsklausel in der Teilungserklärung eine Regelung vorzusehen, wonach die Eigentümergemeinschaft mehrheitlich die Erneuerung der Heizkörper und Anschlussleitungen beschließen kann.

Hiergegen bestehen jedoch Bedenken: Der Gegenstand des Sondereigentums gehört zum dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums. Da der Kern des Eigentums aber nicht zur Disposition der Mehrheit gestellt werden darf, ist er einer Änderung durch Mehrheitsbeschluss aufgrund entsprechender Öffnungsklausel entzogen.<sup>18</sup> So ist eine Ermächtigung zur Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum durch Öffnungsklausel nicht zulässig.<sup>19</sup> Einer solchen Umwandlung käme aber ein aufgrund einer Öffnungsklausel gefasster Mehrheitsbeschluss zur Erneuerungspflicht der Heizkörper und Anschlussleitungen gleich. Der sachenrechtliche Kernbereich des Wohnungseigentums würde hierdurch ausgehöhlt. Die Eigentümergemeinschaft kann somit den einzelnen Wohnungseigentümer nicht durch einen Mehrheitsbeschluss zwingen, die in seinem Sondereigentum stehenden Heizkörper zu erneuern. Die Gemeinschaft muss dem einzelnen Wohnungseigentümer lediglich unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme eine angemessene Zeit zur Umstellung seiner Heizkörper geben, wenn sie mit der neuen Anlage/Zentralheizung nicht mehr kompatibel sind. Ein Wohnungseigentümer, der seine Geräte in diesem Zeitraum nicht (auf seine eigenen Kosten) erneuern will, kann dann von der Heizungsanlage getrennt werden.<sup>20</sup>

Nach dem BGH kann die Erneuerung der im Sondereigentum stehenden Heizkörper auch nicht Inhalt einer Gebrauchsregelung sein, so dass auch ein Mehrheitsbeschluss nach § 15 Abs. 2 WEG nicht in Betracht kommt.<sup>21</sup>

Es ist allerdings möglich, in der Gemeinschaftsordnung selbst oder durch (einstimmige) nachträgliche Vereinbarung die Heizkörper sowie die weiteren sondereigentumsfähigen Teile der Heizungsanlage dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen. In der Gemeinschaftsordnung könnte dann Folgendes formuliert werden:

Die gesamte Heizungsanlage einschließlich der Heizkörper, der Thermostate und der Leitungen innerhalb der im Sondereigentum stehenden Räume ist Gemeinschaftseigentum.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> MünchKommBGB/Commichau, 5. Aufl., WEG, § 3 Rdnr. 50; Rapp, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 119 f.

<sup>19</sup> BayObLG, MittBayNot 2000, 228.

<sup>20</sup> So BGH, Urteil vom 8.7.2011, Rdnr. 21.

<sup>21</sup> BGH, a. a. O., Rdnr. 12.

<sup>22</sup> Siehe auch Albrecht in DAI-Skript, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2011/2012, S. 141.

<sup>16</sup> So auch AG Mettmann, ZMR 2006, 240 f.

<sup>17</sup> Hügel in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 18 m. w. N.; OLG Hamm, MDR 1992, 258.

In der Praxis dürfte es aber schwer sein, eine solche Vereinbarung erst nachträglich herbeizuführen, wenn sie zunächst in der Gemeinschaftsordnung fehlt.

### VIII. Zusammenfassung

Die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen wurde bisher in der Literatur zum Wohnungseigentumsrecht kontrovers diskutiert. Der BGH hatte sich mit dieser Frage noch nicht befasst. Mit Urteil vom 8.7.2011 entschied er, dass die Heizkörper in den Wohnungen einer Wohnanlage mit Zentralheizung und die dazugehörigen Anschlussleitungen Sondereigentum sind. Er stellte außerdem klar, dass vorbehaltlich anderweitiger ausdrücklicher Regelung in der Teilungserklärung auch Heizungs- und Thermostatventile Sondereigentum sind. Bei konsequenter Anwendung der Urteilsbegründung des BGH hat Gleiches auch für andere Heizsysteme und deren Einrichtungen zu gelten, wenn sie ohne Eingriff in das Gemeinschaftseigentum verlegt oder erneuert werden können und es sich um Anschlussleitungen für die jeweilige Wohnung handelt, also auch für Fußbodenheizungen oder für Wandheizungen und deren Einrichtungen.

Die Wohnungseigentümergeinschaft kann mehrheitlich über die Erneuerung der Heizzentrale beschließen, jedoch nicht über den Austausch der einzelnen im Sondereigentum stehenden Heizkörper usw. Sofern alte Heizkörper nicht mehr mit der neuen Anlage kompatibel sind, muss die Gemeinschaft dem einzelnen Wohnungseigentümer unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme lediglich eine angemessene

Zeit zur Umstellung seiner Heizkörper geben. Danach kann ein Wohnungseigentümer, der die Geräte nicht erneuern will, von der Heizungsanlage getrennt werden.

Bei Regelungen in den Teilungserklärungen ist nicht bloß auf deren Wortlaut abzustellen, sondern sie sind als beispielhafte Konkretisierungen dessen zu sehen, was ohnehin Sondereigentum im Sinne des WEG ist. Was allerdings nach § 5 WEG nicht sondereigentumsfähig ist, kann die Sondereigentumsfähigkeit auch nicht durch eine Regelung in der Teilungserklärung erlangen.

Regelungen in der Teilungserklärung können aber – wenn die Sondereigentumsfähigkeit im Einzelfall einmal nicht bejaht werden kann – nach § 140 BGB umgedeutet werden in eine Zuordnung von Sondernutzungsrechten bzw. in eine Verpflichtung des jeweiligen Wohnungseigentümers, die Kosten für Instandsetzung, Instandhaltung und Erneuerung der betroffenen Anlage alleine zu tragen.<sup>23</sup>

Kommt nach allen vorgenannten Maßstäben weder eine Sondereigentumsfähigkeit noch eine Umdeutung in Betracht, so bleibt für die Kostenverteilung noch die Möglichkeit eines Beschlusses nach § 16 Abs. 3 WEG hinsichtlich der Betriebskosten oder nach § 16 Abs. 4 WEG hinsichtlich einer konkreten Maßnahme der Instandhaltung oder Instandsetzung, wobei für einen Beschluss nach § 16 Abs. 4 WEG eine größere Mehrheit erforderlich ist als für einen Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG.

<sup>23</sup> OLG Hamm, MDR 1992, 258.

## Mitteilungspflichten nach § 21 AktG und die notarielle Praxis im Gesellschaftsrecht

Von Notarassessor Dr. *Mario Leitzen*, M. Jur. (Oxford), Düsseldorf

Nach Inkrafttreten des MoMiG ist die gesellschaftsinterne Berechtigung zur Wahrnehmung der mit einem Geschäftsanteil verbundenen Rechte gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich von der Listeneintragung des Gesellschafters abhängig, während nach dem früher geltenden Recht in Veräußerungsfällen die Berechtigung von einer Anmeldung gegenüber der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. abhing. Mit der Diskussion über die Gesellschafterliste etwas in den Hintergrund gerückt ist die ohnehin nur wenigen bekannte Norm des § 21 AktG, die in Abs. 4 die im Ergebnis identische Rechtsfolge des Ruhens der Gesellschafterrechte anordnet, solange eine Aktiengesellschaft den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft dieser Gesellschaft nicht mitgeteilt hat. Der vorliegende Beitrag untersucht die Anwendbarkeit des § 21 AktG auf den originären und derivativen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen und Personengesellschaftsanteilen durch Aktiengesellschaften und zeigt Wege auf, wie in der notariellen Praxis für die Einhaltung der Vorschrift gesorgt werden kann.

### I. Die Regelung des § 21 AktG

#### 1. Allgemeines

§ 21 AktG ist im systematischen Zusammenhang mit den §§ 20, 22 AktG zu sehen. Die 1965 eingeführten Normen bezwecken die Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse im Interesse der Anteilshaber, der Gläubiger und der Öffentlichkeit, ferner Rechtssicherheit bei der Anwendung der an die Beteiligungshöhe anknüpfenden Vorschriften.<sup>1</sup> Als Mitteilungsadressat nach § 20 AktG kommen nur (Ziel-)Aktiengesellschaften (sowie KGaAs und SEs) mit Sitz im Inland in Betracht, während § 21 AktG den Erwerb von Anteilen an

anderen Gesellschaften durch eine AG (oder KGaA oder inländische SE) und dementsprechend Mitteilungspflichten gegenüber der (Ziel-)Gesellschaft anderer Rechtsform regelt. Nur im Falle von § 20 AktG hat eine Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern der (Ziel-)Gesellschaft zu ergehen. Gemeinsam ist beiden Vorschriften, dass Rechte aus Anteilen, die der mitteilungspflichtigen Gesellschaft (oder einer Gesellschaft i. S. d. § 16 Abs. 4 AktG) gehören, für die Zeit nicht bestehen, für die sie die Mitteilungspflicht nicht erfüllt (§§ 20 Abs. 7, 21 Abs. 4 Satz 1 AktG). Wenn es sich bei der „Zielgesellschaft“ um eine Aktiengesellschaft handelt, verdrängt § 20 AktG den § 21 AktG.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BGHZ 114, 203, 215 = NJW 1991, 2765, 2767.

<sup>2</sup> KG, AG 2000, 227 = NZG 2000, 42.

Im Zusammenhang mit den §§ 20, 21 AktG soll auch die Vorschrift des § 160 Abs. 1 Nr. 8 AktG nicht unerwähnt bleiben. Da diese Vorschrift für die notarielle Praxis aber praktisch keine Bedeutung hat, soll sie hier nicht näher beleuchtet werden.

## 2. Voraussetzungen von Absatz 1 und Absatz 2

Die Absätze 1 und 2 des § 21 AktG betreffen wiederum ganz unterschiedliche Konstellationen und sind deshalb streng zu trennen. Gemeinsam ist beiden Absätzen, dass Adressat der Mitteilungspflicht nur eine inländische Aktiengesellschaft oder KGaA oder SE ist.<sup>3</sup> § 21 Abs. 1 AktG regelt Mitteilungspflichten beim Erwerb von mehr als 25 % an inländischen Kapitalgesellschaften. Nach § 21 Abs. 2 AktG hat eine „Gesellschaft“, sobald ihr eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 Abs. 1) an einem anderen Unternehmen (jeglicher Rechtsform, aber mit Verwaltungssitz im Inland<sup>4</sup>) gehört, dies dem Unternehmen, an dem die Mehrheitsbeteiligung besteht, unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Absatz 2 erfasst jede Mehrheitsbeteiligung, ungeachtet der Rechtsform des Unternehmens, an dem die Beteiligung besteht. Wegen der Berechnung, ob eine mitteilungspflichtige Beteiligung vorliegt oder nicht, verweist das Gesetz auf § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 AktG.

## 3. Rechtsfolge

Die unverzüglich vorzunehmende Mitteilung, bei der es sich nach umstrittener Ansicht nicht um eine Willenserklärung, sondern um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handelt,<sup>5</sup> muss in Schriftform (§ 126 BGB) erfolgen, wobei die eigenhändige Unterschrift des Originals und dessen Übermittlung per Telefax genügt, nicht aber die durch E-Mail mit eingescannter Unterschrift.<sup>6</sup> Einen bestimmten Wortlaut schreibt das Gesetz nicht vor, ebenso wenig wie das Gesetz im Fall von § 21 Abs. 2 AktG vorschreibt, dass mitzuteilen wäre, ob es sich um eine Kapital- oder Stimmenmehrheit handelt.<sup>7</sup> Die Mitteilung muss aber die Identität des Beteiligten und die Art der mitgeteilten Beteiligung kennzeichnen.<sup>8</sup> Die „anderweitige Kenntniserlangung“ der Gesellschaft von dem mitteilungspflichtigen Tatbestand genügt prinzipiell nicht.<sup>9</sup> Im Falle des § 20 AktG hat die AG bzw. KGaA sodann den Inhalt der Mitteilung in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen (§ 20 Abs. 6 AktG). Bei den Vorschriften der §§ 20 ff. AktG handelt es sich um zwingendes Recht, so dass die betroffene Gesellschaft nicht auf die Mitteilung verzichten kann.<sup>10</sup> Die Frage, ob die Pflicht zur Mitteilung echte Rechtspflicht oder bloße Obliegenheit ist, ist aus Sicht der Praxis nicht von nennenswerter Bedeutung, so dass sie hier nicht vertieft werden soll. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass es sich bei § 20 Abs. 7 und bei § 21 Abs. 4 AktG um echte Unterlassungspflichten der betroffenen Gesellschafterin handelt, ferner, dass in der Literatur z. T. eine Verpflichtung der Organe der anderen Gesellschaft angenommen wird, das mitteilungspflichtige Unternehmen von der Ausübung ge-

sperrter Rechte abzuhalten.<sup>11</sup> Diskutiert wird auch der Schutzgesetzcharakter der Verpflichtungen im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB.

## II. Die verschiedenen Anwendungsfälle des § 21 AktG im Einzelnen

§ 21 AktG betrifft die Beteiligung einer deutschen AG (oder KGaA oder SE) an einem anderen Unternehmen, im Falle von Absatz 1 an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in Inland, im Falle von Absatz 2 an einem Unternehmen beliebiger Rechtsform, wobei umstritten ist, ob als Zielgesellschaft auch ausländische Unternehmen in Betracht kommen. Absatz 1 verlangt dabei eine Beteiligung von mehr als 25 % – das Vorliegen einer sog. „Schachtelbeteiligung“ –, Absatz 2 eine „Mehrheitsbeteiligung“ i. S. d. § 16 Abs. 1 AktG. Ganz erheblich ausgeweitet wird der Kreis der Mitteilungspflichten dadurch, dass über § 16 Abs. 4 AktG – dagegen nicht über § 20 Abs. 2 AktG – auch Konzernsachverhalte erfasst werden, in denen das Unternehmen die Gesellschaftsanteile nicht (in vollem Umfang) selbst, sondern ganz oder teilweise über abhängige Unternehmen erwirbt.

### 1. Exkurs: Gründungsbedingter Erwerb von mehr als 25 % an deutscher AG oder KGaA (§§ 20, 278 Abs. 3 AktG)

Da im Rahmen von § 21 AktG hierauf zurückzukommen sein wird, sei hier vorab bemerkt, dass unter die Vorschrift des § 20 Abs. 1 AktG nicht nur der spätere Erwerb von mehr als 25 % an einer deutschen AG oder KGaA<sup>12</sup> fällt, sondern nach der insbesondere auch vom BGH geteilten herrschenden Ansicht der originäre Erwerb bei Gründung.<sup>13</sup> Entsprechendes gilt nach der herrschenden Literaturansicht auch im Rahmen von § 42 AktG.<sup>14</sup>

### 2. Erwerb von mehr als 25 % an Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland (§ 21 Abs. 1 AktG) bzw. von Mehrheitsbeteiligung an Unternehmen (§ 21 Abs. 2 AktG) durch AG oder KGaA

#### a) Derivativer GmbH-Anteilserwerb und Erwerb durch Kapitalerhöhung

Vielen Praktikern dürfte unbekannt sein, dass jedenfalls der derivative Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen aufgrund Übertragung sowie der originäre Erwerb aufgrund Kapitalerhöhung nicht nur nach dem Wortlaut, sondern nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur auch im Ergebnis<sup>15</sup> unter die Regelungen der §§ 21 Abs. 1, 2 AktG fallen, so dass das Überschreiten der entsprechenden Beteiligungsschwelle der GmbH unverzüglich schriftlich mitzuteilen ist. Solange dies nicht erfolgt ist, bestehen die Rechte aus den der mittei-

<sup>11</sup> Spindler/Stilz/Petersen, vor § 20 Rdnr. 24.

<sup>12</sup> Dabei kommt es für die Mitteilungspflicht nicht auf die Höhe der erworbenen Beteiligung, sondern auf die Beteiligungshöhe nach dem Erwerb an, so dass z. B. derjenige mitteilungspflichtig ist, der zu einer Beteiligung von 24,9 % weitere 0,2 % hinzuerwirbt.

<sup>13</sup> BGH 167, 204 Tz. 13 = DNotZ 2006, 779 = DNotI-Report 2004, 138; zust. die Literatur, etwa Hüffer, § 20 Rdnr. 2; Diekmann, DZWIR 1994, 13.

<sup>14</sup> Hüffer, § 42 Rdnr. 3; Planck, GmbHR 1994, 501.

<sup>15</sup> Spindler/Stilz/Petersen, vor § 20 Rdnr. 12; Hermanns in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2011, Kap. 2 Rdnr. 1056; Link in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 19 Rdnr. 106; zum Kauf einer Vorrats-GmbH Müller/Federmann, BB 2009, 1375, 1380.

<sup>3</sup> Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 21 Rdnr. 1, 2.

<sup>4</sup> Hüffer, § 21 Rdnr. 2.

<sup>5</sup> Hägele, NZG 2000, 726, 727.

<sup>6</sup> OLG Schleswig, ZIP 2007, 2214, 2215; Henssler/Strohn/Maier-Reimer, Gesellschaftsrecht, 2011, § 20 AktG Rdnr. 10.

<sup>7</sup> Vgl. LG Bonn, Der Konzern 2004, 491, 494; Spindler/Stilz/Petersen, AktG, 2. Aufl. 2010, § 20 Rdnr. 41.

<sup>8</sup> BGHZ 114, 203, 214 ff.

<sup>9</sup> BGHZ 114, 203 ff.; LG Düsseldorf, ZIP 2010, 1129, 1131; Spindler/Stilz/Petersen, § 20 Rdnr. 22.

<sup>10</sup> Spindler/Stilz/Petersen, vor § 20 Rdnr. 21.

lungspflichtigen Gesellschaft gehörenden Anteilen nicht, § 21 Abs. 7 Satz 1 AktG.

Zu § 16 GmbHG a. F. wurde mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Anzeige nach dieser Vorschrift der Mitteilungspflicht nach § 21 AktG nicht Genüge tat.<sup>16</sup> Ob nach Inkrafttreten des MoMiG und § 40 Abs. 2 Satz 1 a. E. GmbHG (Pflicht des Notars zur Übermittlung einer Abschrift der Liste an die Gesellschaft) in den Fällen der notariellen Mitwirkung an einer Veränderung im Gesellschafterkreis – in anderen Fällen kommt eine Kenntnisnahme der Gesellschaft durch die notarielle Liste von vornherein nicht in Betracht – nunmehr anderes gilt, wird man schon deshalb kaum annehmen können, weil das Bestehen einer Amtspflicht des Notars noch nicht gleichbedeutend mit deren Erfüllung ist und auch im Übrigen nicht geeignet ist, eine selbständige Informationspflicht des Gesellschafters zu verdrängen. Diskutiert wurde und wird zu § 16 GmbHG a. F. und n. F. die teleologische Reduktion des Tatbestands vor allem für den Erwerb aller Anteile an einer GmbH, z. B. beim Vorrats- oder Unternehmenskauf.<sup>17</sup> Sie ist aber auch hier abzulehnen, da sie die Grenzen zwischen der Wissenssphäre der Gesellschafterin und derjenigen der Gesellschaft verwischen würde und nicht ersichtlich ist, warum eine 100 %-Beteiligung von grundsätzlich anderer Natur sein soll als eine Mehrheits- oder Schachtelbeteiligung. Da die Gesellschaft nach dem Zweck des § 21 AktG auch unabhängig von den Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 GmbHG und unabhängig davon, ob noch weitere Gesellschafter vorhanden sind, davon in Kenntnis gesetzt werden soll, dass eine AG/KGaA/inländische SE eine bestimmte Beteiligungshöhe innehat, lässt sich die generelle Herausnahme des „Vollerwerbs“ aus dem Anwendungsbereich von § 21 AktG nicht rechtfertigen. Unberührt von der Streitfrage bleibt ohnehin der mittelbare Erwerb einer mitteilungspflichtigen Beteiligung durch Erwerb von Anteilen an der Gesellschafterin.

#### b) Derivativer oder originärer Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an einer Personengesellschaft

Handelt es sich bei dem Zielobjekt um eine Personengesellschaft, ist zwar nicht § 21 Abs. 1 AktG, wohl aber § 21 Abs. 2 AktG anwendbar, so dass die erwerbende AG (bzw. KGaA) eine entsprechende Mitteilung an die vertretungsberechtigten Gesellschafter dieser Gesellschaft abzugeben hat, wenn sie eine Mehrheit an dem Unternehmen (unmittelbar oder mittelbar) erwirbt. Ist bzw. wird die AG (unmittelbar) selbst persönlich haftende Gesellschafterin, spricht aber viel dafür, dass sich eine Mitteilung erübrigt: Denn da die Kenntnis eines persönlich haftenden Gesellschafters gleichbedeutend mit derjenigen der Gesellschaft ist, ist der Gesellschaft schon durch den Erwerb als solchen die entsprechende Beteiligung bekannt.

#### c) Gründung einer Tochter- oder Enkelgesellschaft durch AG oder KGaA

Da die Gründung einer AG oder KGaA bereits von § 20 AktG erfasst ist und Genossenschaften keine Kapitalgesellschaften

sind, verbleibt für § 21 Abs. 1 AktG nur die Beteiligung an einer GmbH. Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde der gründungsbedingte Anteilserwerb eine Mitteilungspflicht auslösen. Ob dieser grammatische Befund das richtige Auslegungsergebnis ist, ist noch nicht abschließend geklärt: In der Literatur wird die Anwendung der Vorschrift des § 21 Abs. 2 AktG auch auf die Gründung von Gesellschaften – anders als bei § 20 AktG<sup>18</sup> und § 42 AktG<sup>19</sup> – praktisch nicht angesprochen. Entsprechendes gilt für die Gründung von Personengesellschaften und Genossenschaften und die Anwendung von § 21 Abs. 2 AktG. Rechtsprechung liegt, soweit ersichtlich, nicht vor. Zweckmäßigerweise kann zwischen verschiedenen Fallgruppen differenziert werden:

#### aa) Gründung von AG-Enkel-GmbH durch AG-Tochtergesellschaft

Ohne weiteres sinnvoll und geboten erscheint die Anwendung jedenfalls bei mittelbaren Beteiligungen, d. h. bei der Gründung der Gesellschaft durch eine Tochter der Aktiengesellschaft (vgl. § 16 Abs. 4 AktG).<sup>20</sup> Denn in diesen Fällen ergibt sich die (mittelbare) Gesellschafterstellung der AG in aller Regel nicht schon aus der Satzung.

#### bb) Gründung von unmittelbaren Tochtergesellschaften

Angesichts des Umstandes, dass den Geschäftsführern einer Tochter-GmbH schon aufgrund der Anmeldeunterlagen die Personen der Gesellschafter und deren Beteiligungshöhe bekannt sein müssen, erscheint die Anwendung von § 21 Abs. 2 AktG in den Fällen der unmittelbaren Beteiligung der AG an der Gesellschaft nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift zweifelhaft, wobei erst recht in den Fällen der Gründung nicht ersichtlich ist, warum insoweit zwischen dem Erwerb einer 100%igen Beteiligung und anderen Fällen differenziert werden sollte. Die Gründungssatzung einer GmbH muss nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG jeden Gesellschafter namentlich und die jeweilige Beteiligungshöhe benennen, und der anmeldende Geschäftsführer überreicht mit der Anmeldung nicht nur den Text des Gesellschaftsvertrages, sondern muss auch für jeden Geschäftsanteil eine Versicherung über die Einlageleistung abgeben.

Der Befund zu den in der Literatur vertretenen Ansichten fällt eher dürftig aus: Im Zusammenhang mit § 20 AktG (a. F.) verneint *Priester* aus dem eingangs genannten Grund eine Mitteilungspflicht, auch wenn er im Grundsatz anerkennt, dass die anderweitige Kenntnis der Geschäftsorgane von der Beteiligung die Mitteilung nicht entbehrlich macht.<sup>21</sup> Die von *Priester* befürwortete teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 20 AktG ist in der Literatur allerdings überwiegend auf Kritik gestoßen und wird auch vom BGH nicht geteilt.<sup>22</sup> Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf § 21 AktG ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Norm anders als § 20 AktG keine Bekanntmachungspflicht im Interesse der Öffentlichkeit (einschließlich der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre der AG) statuiert, sondern nur eine Mitteilung an die betroffene Kapitalgesellschaft einschließlich Nachweispflicht nach § 22 AktG. In der Tat hat der BGH in seiner Entscheidung vom 24.4.2006 maßgeblich auf § 20 Abs. 6 AktG rekurriert. Auch damit, dass § 160

<sup>16</sup> Hägele, NZG 2000, 726, 729; ders., GmbHR 2007, 258, 259; Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2004, § 21 Rdnr. 2; a. A. Holland/Burg, NZG 2006, 601, 603.

<sup>17</sup> Dafür Hägele, NZG 2000, 726, 729; ders., GmbHR 2007, 258, 260 („jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des § 16 GmbHG auch tatsächlich, rechtlich wirksam, vollständig erfüllt sind“); Holland/Burg, NZG 2006, 601, 603; Link in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 19 Rdnr. 106; Müller/Federmann, BB 2009, 1375, 1380; a. A. etwa Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzerrecht, 6. Aufl. 2010, § 21 Rdnr. 8.

<sup>18</sup> Siehe insbesondere *Priester*, AG 1974, 212 ff.

<sup>19</sup> *Bachmann*, NZG 2001, 961, 964.

<sup>20</sup> GroßkommAktG/Windbichler, 4. Aufl. 1998, § 20 Rdnr. 19.

<sup>21</sup> *Priester*, AG 1974, 212, 214; zust. wohl GroßkommAktG/Windbichler, § 20 Rdnr. 19.

<sup>22</sup> *Diekmann*, DZWIR 1994, 13.; *Koppensteiner* in Kölner Kommentar zum AktG, § 20 Rdnr. 22; *Hüffer*, § 20 Rdnr. 2.

Abs. 1 Nr. 8 AktG einen klar definierbaren Mitteilungsakt erfordert,<sup>23</sup> lässt sich die Anwendung von § 21 AktG auf die Gründung nicht rechtfertigen, da Mitteilungen nach § 21 AktG gerade nicht unter § 160 Abs. 1 Nr. 8 AktG fallen.

Nach alledem erscheint die Forderung nach einer separaten Mitteilung im Falle des unmittelbaren Beteiligungserwerbs durch Gründung in der Tat als unnütze Förmelerei ohne jeglichen Mehrwert, so dass die Anwendung der Sanktion des § 20 Abs. 4 AktG nur als unverhältnismäßige Reaktion des Gesetzes auf das Fehlen einer schriftlichen Mitteilung angesehen werden könnte. Die Verpflichtung zur Abgabe einer separaten Mitteilung nach § 21 Abs. 1 und 2 AktG im Falle der GmbH-Gründung unter Mitwirkung einer AG/KGaA/deutschen SE ist deshalb mit der herrschenden Auffassung in der Literatur abzulehnen.<sup>24</sup> In den Rechtsfolgen ist die Gründung einer Mitteilung nach § 21 AktG gleichzustellen, auch etwa im Rahmen von § 22 GmbHG. In Anbetracht der unsicheren Rechtslage und der schwerwiegenden Konsequenzen eines Verstoßes sollte die Mitteilung nach dem Grundsatz des sichersten Weges in der Praxis aber gleichwohl vorgenommen werden.

#### d) Erwerb aufgrund Umwandlungsvorgangs

Fraglich ist, ob bei einem Rechtsträgerwechsel aufgrund einer Umwandlung nach dem UmwG eine erneute Mitteilung vorzunehmen ist, wenn der Rechtsvorgänger eine solche Mitteilung bereits abgegeben hatte.<sup>25</sup> Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes dürfte eine Verpflichtung zur (erneuten) Mitteilung bei jedem Rechtsträgerwechsel anzunehmen sein, gleichgültig, ob er auf einer Spaltung, Ausgliederung oder Verschmelzung beruht. Bei der Verschmelzung der anteilsbesitzenden AG auf eine andere AG kann man an einer Pflicht zur Mitteilung aber freilich zweifeln, da der Übergang des Vermögens auf die andere Gesellschaft aus öffentlichen Registern für jedermann ersichtlich ist.

#### e) Wegfall der Beteiligung

Nicht nur der Erwerb einer Schachtel- oder Mehrheitsbeteiligung ist mitteilungspflichtig, sondern auch der Wegfall einer solchen, § 21 Abs. 3 AktG. Anders als bei dem Erwerb bleibt das Unterlassen der Mitteilung hier aber im Hinblick auf die Rechte aus der Beteiligung sanktionslos.<sup>26</sup>

### III. Rechtsfolgen der Unterlassung<sup>27</sup>

#### 1. Allgemeines

Ist eine nach § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 AktG vorzunehmende Mitteilung unterblieben, ruhen die Rechte aus sämtlichen Anteilen, die der mitteilungspflichtigen AG/KGaA/deutschen SE bzw. einer nach § 16 Abs. 4 zuzurechnenden Gesellschaft gehören, § 21 Abs. 4 Satz 1 AktG. Die richtige Listeneintra-

gung nach § 16 GmbHG ändert hieran nichts, sondern führt nur dazu, dass auch der Rechtsvorgänger die Rechte aus den Anteilen nicht mehr geltend machen kann. Zu den ruhenden Rechten gehören sämtliche Verwaltungs- und Vermögensrechte, insbesondere Gewinnansprüche, Bezugsrechte, das Recht zur Teilnahme an bzw. Stimmabgabe in Gesellschafterversammlungen sowie sonstige mit dem Anteil verbundene Gesellschafterrechte (z. B. Vorrecht auf Geschäftsführerbestellung, Entsenderechte, Vetorecht bei Anteilsübertragungen usw.), nicht aber die Substanz der Gesellschafterrechte selbst, so dass etwa der Anteilserwerb im Rahmen einer Umwandlung unberührt bleibt. Einzelheiten der Abgrenzung sind freilich umstritten.<sup>28</sup> Voraussetzung des zeitweiligen Rechtsverlusts ist nach herrschender Meinung ein Verschulden, da die Pflicht nur verletzt sein soll, wenn die Mitteilung nicht unverzüglich erfolgte.<sup>29</sup> Wird die Mitteilung nachgeholt, leben die Rechte nur mit Wirkung ex nunc wieder auf. Für Gewinnansprüche und den Liquidationserlös ist die Sondervorschrift des § 21 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 20 Abs. 7 Satz 2 AktG zu beachten, wenn die Unterlassung nachgeholt worden ist und der Pflichtverstoß nicht vorsätzlich war. Die Ausnahme für börsennotierte Aktiengesellschaften (§§ 20 Abs. 8, 21 Abs. 5 AktG) hat für die hier interessierenden Fälle keine Bedeutung, da diese Ausnahme nur die Rechtsform der Zielgesellschaft betrifft.

### 2. Auswirkungen auf Gesellschafterbeschlüsse

#### a) GmbH

Aus Sicht der täglichen notariellen Praxis stellt sich vor allem die Frage nach den Auswirkungen der Stimmabgabe des Gesellschafters in Gesellschafterversammlungen.<sup>30</sup> Für den Fall, dass der einzige Aktionär in der Hauptversammlung einer AG wegen Verstoßes gegen § 20 AktG (unerkannt) nicht stimmberechtigt war, der Versammlungsleiter aber die Beschlussfassung festgestellt hat, hat der BGH in seiner Entscheidung vom 24.4.2006 entschieden, dass die in einer solchen Versammlung gefassten Beschlüsse nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind. Gibt es außer den wegen § 20 AktG zu Unrecht abgegebenen Stimmen keine weiteren abgegebenen Stimmen, wird auch von einem sog. „stimmlosen Beschluss“ gesprochen. Ob dasselbe auch im GmbH-Recht gilt, wenn der Beschluss förmlich festgestellt oder – was nach teilweise vertretenen Ansicht der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter gleichsteht<sup>31</sup> – notariell beurkundet worden ist, ist umstritten, aber wohl zu bejahen.<sup>32</sup> Die Annahme eines nichtigen Beschlusses – von manchen in den hier einschlägigen Fällen auch als „Schein-Beschluss“ bezeichnet – ließe sich hier nicht mit den sonst geltenden Grundsätzen der Übertragung des aktienrechtlichen Beschlussmängelregimes und der Bestandskraft von Beschlüssen trotz unwirksamer Stimmabgabe vereinbaren.<sup>33</sup> Ein gewisses Störgefühl verbleibt aber,

<sup>23</sup> Insoweit zutreffend *Koppensteiner* in Kölner Kommentar zum AktG, § 20 Rdnr. 22.

<sup>24</sup> *Krieger* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2007, § 68 Rdnr. 144; für Anwendung des Urteils BGHZ 167, 204 auch auf § 21 AktG hingegen *Pajunk*, LMK 2006, 191735; *Spindler/Stilz/Petersen*, § 21 Rdnr. 1; *Bürgers/Körper/Nolte*, AktG, 2007, § 21 Rdnr. 2.

<sup>25</sup> Zu der hiervon zu unterscheidenden Frage, ob eine Mitteilungspflicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen kann, *Widder*, NZG 2004, 275.

<sup>26</sup> *Spindler/Stilz/Petersen*, § 21 Rdnr. 11; vgl. auch KG, NZG 2005, 224.

<sup>27</sup> Siehe zunächst zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Mitteilung oben I. 3.

<sup>28</sup> Näher *Koppensteiner* in Kölner Kommentar zum AktG, § 20 Rdnr. 63 ff.

<sup>29</sup> *Henssler/Strohn/Maier-Raimer*, § 20 Rdnr. 13; nach OLG Schleswig (ZIP 2007, 2214, 2216) gilt das Verschuldenserfordernis nicht für versammlungsbezogene Verwaltungsrechte.

<sup>30</sup> Siehe hierzu auch *Holland/Burg*, NZG 2006, 601, 602.

<sup>31</sup> BayObLG, BB 1992, 226, 227; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. § 48 Rdnr. 55; einschränkend *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anh. § 47 Rdnr. 12.

<sup>32</sup> *Wolff* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 10b; *Leitzen*, Rpfleger 2010, 245; *Winkler*, DNotZ 1970, 476, 486; a. A. BayObLG, NZG 2001, 128; *Casper* in FS Hüffer, 2009, S. 111 ff.; *Semler/Asmus*, NZG 2004, 881; *Römermann* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. § 47 Rdnr. 293.

<sup>33</sup> Vgl. *Goette*, DStR 2006, 2132, 2137.

vor allem, wenn man den Vergleich mit der Stimmabgabe durch einen Nicht-Gesellschafter zieht.<sup>34</sup> Erst recht wirksam sind Beschlüsse, an denen neben dem nach § 21 Abs. 4 AktG ausgeschlossenen auch noch andere Gesellschafter mitgewirkt haben.

Ob die spätere Mitteilung einen fehlerhaften Beschluss heilt, ist ungeklärt und wohl zu verneinen. Eine analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG dürfte mangels vergleichbarer Interessenlage ebenfalls abzulehnen sein.

#### b) Personengesellschaften

Im Personengesellschaftsrecht ist die Rechtslage einfacher zu beurteilen: Jedenfalls für diejenigen Personengesellschaften, bei denen keine gesellschaftsvertraglichen Regelungen über die Wirksamkeit von mangelhaften Gesellschafterbeschlüssen existieren, ist auf der Grundlage des immer noch herrschenden Beschlussmängelrechts der Personengesellschaften<sup>35</sup> von einer Nichtigkeit von Beschlüssen auszugehen, die unter Verstoß gegen § 21 Abs. 4 AktG zustande gekommen sind, es sei denn, es käme auf die unwirksame Stimme unter der Geltung des Mehrheitsprinzips nicht an.

### IV. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Es hat sich gezeigt, dass, wie auch in anderen Anwendungsfeldern der notariellen Praxis (z. B. dem Umwandlungsrecht), beim Anteilswerb durch Aktiengesellschaften Spezialvorschriften „lauern“, die bei der Beteiligung von Unternehmen anderer Rechtsform nicht gelten. Wie insbesondere § 179 a AktG zählt auch § 21 AktG zu den „Dunkelnormen“ des Aktiengesetzes, deren Bedeutung über das Aktienrecht hinausreicht.

Welche konkreten Konsequenzen sind aus den Erkenntnissen zu § 21 AktG für die notarielle Praxis zu ziehen? Bei der GmbH- oder Personengesellschaftsgründung unter Beteiligung einer AG/KGaA/deutschen SE wird es den Umfang der Gründungsurkunde nur geringfügig ansteigen lassen, wenn der Notar den entsprechenden Gründer auf die Vorschrift des § 21 AktG hinweist und eine vorsorgliche Mitteilung empfiehlt. Eine an die durch den Geschäftsführer vertretene Vor-GmbH gerichtete Mitteilung lässt sich in die Gründungsurkunde strenggenommen wohl nicht aufnehmen, da die Vor-GmbH selbst nicht Beteiligte der Gründungsurkunde sein kann. Etwas anderes ließe sich dann vertreten, wenn man es insoweit – etwa vergleichbar mit der Kettenabtretung in einer Urkunde – genügen lässt, dass mit der Unterzeichnung der Gründung die Voraussetzung für die Teilnahme der Vor-

GmbH an der Urkunde gegeben ist und die dieser gegenüber abgegebene Erklärung eine juristische Sekunde später Wirksamkeit erlangt. Diese Überlegungen gehören aber wohl eher in die Kategorie der juristischen Glasperlenspielerei. Größere praktische Relevanz hat die Berücksichtigung von § 21 AktG im Zusammenhang mit Urkunden über die Veräußerung von Anteilen an einer GmbH oder Personengesellschaft sowie bei der Beurkundung von GmbH- oder Personengesellschaftsbeschlüssen unter – ggf. nur mittelbarer – Beteiligung einer AG/KGaA/inländischen SE: Fehlt es nach den Angaben der Beteiligten bisher an einer Mitteilung oder ist diese zumindest zweifelhaft, sollte der Notar in den einschlägigen Fällen auf die vorherige Mitteilung an die Gesellschaft hinwirken und in denjenigen Fällen, in denen dies nicht mehr möglich ist, erwägen, die Zielgesellschaft an der Urkunde mitwirken zu lassen, um die Gesellschafterin gleichzeitig mit der Erklärung über den Erwerb bzw. vor Fassung des Gesellschafterbeschlusses<sup>36</sup> eine Mitteilung an die Gesellschaft abgeben zu lassen. Bei der Anwendung von § 21 AktG sollten Notar und Beteiligte auch daran denken, dass das Erreichen der Beteiligungsschwelle nicht nur durch die Übertragung von Gesellschaftsanteilen ausgelöst werden kann, sondern auch etwa durch eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, eine Einziehung oder eine Satzungsänderung betreffend das Stimmrecht.

Ist eine AG/KGaA/inländische SE nur kraft mittelbarer Beteiligung (§ 16 Abs. 4 AktG) mitteilungspflichtig, wird es vielen Fällen schon an der Kenntnis des Notars hiervon fehlen (es sei denn, die Beteiligung der AG würde sich z. B. aus einem Registerauszug einer beteiligten KG oder aus der Gesellschafterliste einer beteiligten GmbH ergeben). Gleichwohl ist zu erwägen, in alle Verträge über die Abtretung von Gesellschaftsanteilen – ausgenommen Verträge zwischen natürlichen Personen und Verträge, bei denen an den beteiligten (Nicht-Aktien-)Gesellschaften nur natürliche Personen beteiligt sind – einen Hinweis auf § 21 AktG aufzunehmen, etwa mit folgendem Wortlaut (im GmbH-Abtretungsvertrag):

Der Notar hat darüber belehrt, dass nach § 21 AktG der unmittelbare oder mittelbare Besitz von mehr als einem Viertel der Anteile und der Besitz einer Mehrheitsbeteiligung durch eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft oder deutsche SE sowie der Wegfall einer solchen Beteiligung jeweils der Gesellschaft mitzuteilen ist und bis zur Mitteilung über die Beteiligung die Rechte aus den Anteilen ruhen.

In Verträgen über den Erwerb von Personengesellschaftsanteilen wäre der Satzteil zum Besitz eines Viertels der Anteile zu streichen.

<sup>34</sup> Hierzu BeckOKGmbHG/Leinekugel, Sonderbereich Beschlussmängel, Rdnr. 95.

<sup>35</sup> Etwa Weitemeyer in Oetker, HGB, 2. Aufl. 2011, § 119 Rdnr. 53, 55.

<sup>36</sup> Siehe Hermanns in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Kap. 2 Rdnr. 1056.

# Schenkungssteuer bei Leistungen an und durch Kapitalgesellschaften

## – Die Änderung des ErbStG und dessen Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis –

Von Notarassessor *Michael Gutfried*, M. Jur. (Oxford), München

Der Streit um die schenkungssteuerliche Behandlung disquotaler Gesellschaftereinlagen geht in eine neue Runde. Nachdem die Finanzverwaltung zuletzt im Einklang mit der Rechtsprechung eine schenkungssteuerpflichtige Zuwendung des disquotale einlegenden Gesellschafters an die Mitgesellschafter i. d. R. verneinte, hat der Gesetzgeber mit Erlass des § 7 Abs. 8 ErbStG die Karten neu gemischt. Der missglückte Gesetzeswortlaut schießt dabei weit über das ursprüngliche Regelungsziel hinaus und wirft eine Vielzahl neuer steuerlicher Probleme auf. Dieser Beitrag zeichnet zunächst die Entstehung des § 7 Abs. 8 ErbStG nach, bevor er auf Einzelprobleme der Neuregelung eingeht und schließlich mit Hinweisen für die notarielle Gestaltungspraxis abschließt. Die wesentlichen Neuerungen durch die ebenfalls neu eingefügte Regelung des § 15 Abs. 4 ErbStG, die Schenkungen *durch* Kapitalgesellschaften und damit verbundene Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung betrifft, werden zum Ende des Beitrags ebenfalls kurz dargestellt.

### I. Entstehungsgeschichte

#### 1. Hintergrund der Neuregelung

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (BeitrRLUmsG) vom 7. 12. 2011<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber einen neuen Schenkungssteueratbestand in § 7 Abs. 8 ErbStG eingefügt, der auf alle Erwerbe ab dem 14.12.2011 Anwendung findet.<sup>2</sup> Die Vorschrift lautet:

„Als Schenkung gilt auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. <sup>2</sup>Freigebig sind auch Zuwendungen zwischen Kapitalgesellschaften, soweit sie in der Absicht getätigt werden, Gesellschafter zu bereichern und soweit an diesen Gesellschaften nicht unmittelbar oder mittelbar dieselben Gesellschafter zu gleichen Anteilen beteiligt sind. <sup>3</sup>Die Sätze 1 und 2 gelten außer für Kapitalgesellschaften auch für Genossenschaften.“

Vorausgegangen ist der Neuregelung ein Disput zwischen Finanzverwaltung und BFH über die zutreffende Behandlung disquotaler Einlagen eines Gesellschafters in eine Kapitalgesellschaft. Veranschaulicht sei dies an einem einfachen Beispiel:

#### Ausgangsbeispiel:

A und B sind die einzigen Gesellschafter der AB-GmbH, an der beide mit einem Geschäftsanteil im Nennwert von je 12.500 € beteiligt sind; der Nennwert entspricht dem Verkehrswert. Nunmehr zahlt A 500.000 € in die Kapitalrücklage der Gesellschaft ein.

#### Variante:

A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH (Stammkapital: 25.000 €; Wert des Gesellschaftsvermögens: 500.000 €). Im Rahmen einer Kapitalerhöhung lässt A den B zur Übernahme eines neuen Geschäftsanteils im Nennwert von 25.000 € gegen Zahlung einer Bareinlage in Höhe des Nennwerts zu. Ein Aufgeld hat B nicht zu leisten.

Im Ausgangsbeispiel führt die Einzahlung dazu, dass der Geldbetrag ins Vermögen der GmbH übergeht und wertmäßig

in die Kapitalrücklage der Gesellschaft eingestellt wird (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). An dieser sind wiederum sämtliche Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile beteiligt.<sup>3</sup>

Im Ausgangsbeispiel bedeutet dies, dass A zwar einen Wert von 500.000 € in die GmbH einzahlt, sich der Wert seines Geschäftsanteils jedoch nur um maximal 250.000 € erhöht.<sup>4</sup> In Höhe der weiteren 250.000 € kommt die Einlage dem Mitgesellschafter B zugute.

#### 2. Die (frühere) Auffassung der Finanzverwaltung

Bei der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts war die Finanzverwaltung auf Grundlage der Erbschaftsteuerrichtlinien 2003 bis zur Abänderung der Richtlinien durch den Erlass vom 20.10.2010 von folgenden Grundsätzen ausgegangen:<sup>5</sup>

Eine freigebige Zuwendung des Gesellschafters an die Gesellschaft kam nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht in Betracht, da die Leistung des Gesellschafters gesellschaftsrechtlich veranlasst sei und somit *societatis causa* erfolge.<sup>6</sup> Hingegen könne eine Zuwendung an die Mitgesellschafter angenommen werden, wenn die Leistung an die Gesellschaft lediglich eine Abkürzung des Zahlungsverweges darstelle und eine Bereicherung des Mitgesellschafters zumindest auch mit der Einlage bezweckt sei; letzteres sei insbesondere anzunehmen, wenn einander nahestehende Personen an der Gesellschaft beteiligt seien.

Standen sich die Mitgesellschafter hingegen als fremde Dritte gegenüber, so war nach der früheren Verwaltungsauffassung davon auszugehen, dass die Leistung i. d. R. allein gesellschaftsrechtlich veranlasst sei und somit keine freigebige Zuwendung an die Mitgesellschafter vorliege.

<sup>3</sup> Der Vorschlag von *Priester*, die Beteiligung an der Kapitalrücklage abweichend von der Beteiligungsquote zu bestimmen, hat sich bislang in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht durchgesetzt; vgl. *Priester*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 293–306.

<sup>4</sup> Zur Bewertung der Wertsteigerung des Geschäftsanteils unten II. 3.

<sup>5</sup> BMF, ErbStHb 2003 vom 17.3.2003, R 18; mittlerweile aufgehoben durch gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 20.10.2010, 3-S 3806/75, BStBl I 2010, S. 1207.

<sup>6</sup> So auch die h. M., vgl. BFH Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05, BStBl II 2008, S. 381; *Geck* in Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand 58. Lieferung November 2011, § 7 Rdnr. 218 m. w. N.; a. A. *Nagelschmitz*, Einlagen in Kapitalgesellschaften im Schenkungssteuerrecht, 2010.

<sup>1</sup> BGBl I, S. 2592.

<sup>2</sup> Vgl. § 37 Abs. 7 ErbStG



### 3. Die Rechtsprechung des BFH

Der BFH war der Ansicht der Finanzverwaltung entgegengetreten.<sup>7</sup> In seiner Begründung knüpfte der Finanzhof dabei an den Charakter der Schenkungsteuer als Verkehrsteuer an.<sup>8</sup> Maßgeblich für die Entstehung eines Steuertatbestandes sei das zivilrechtliche Rechtsgeschäft, das eine Vermögensverschiebung zwischen Schenker und Beschenktem bewirken müsse. Im Fall einer Gesellschaftereinlage bestünde wegen der Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der GmbH lediglich ein Zuwendungsverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, was eine Qualifikation der Einlage als Zuwendung an die Mitgesellschafter ausschließe. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie das Ertragsteuerrecht kenne, sei dem Schenkungssteuerrecht fremd.<sup>9</sup>

Im Ausgangsbeispiel wäre daher nach der Rechtsprechung eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung von A an B zu verneinen gewesen.

Anders beurteilte der BFH – insoweit übereinstimmend mit der Finanzverwaltung – hingegen die Variante des Ausgangsfallendes und wich dabei von seiner streng zivilrechtlichen Betrachtungsweise ab.<sup>10</sup> Zivilrechtsdogmatisch erfolgt die Übernahme des Geschäftsanteils durch einen Übernahmevertrag zwischen Neugesellschafter und Gesellschaft.<sup>11</sup> Auch in diesem Fall besteht daher kein unmittelbares Zuwendungsverhältnis zwischen Altgesellschaftern und Neugesellschafter. Allerdings stellt der BFH hier auf den Kapitalerhöhungs- und Zulassungsbeschluss der Altgesellschafter ab. Durch diesen verringerten die Altgesellschafter ihre quotale Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und übertrugen diese auf den Neugesellschafter. Gleiche der Neugesellschafter diesen quotalen Beteiligungsverlust nicht durch eine proportionale Kapitalzuzahlung aus, sei der Neugesellschafter auf Kosten der Altgesellschafter bereichert.

Der Unterschied zwischen dem Ausgangsfall und der Variante lag in den Augen des BFH in der einmal fehlenden und einmal vorhandenen Substanzverschiebung begründet. Bloße Erhöhungen des Verkehrswertes bereits existenter Geschäftsanteile aufgrund von Leistungen der Mitgesellschafter in das Gesellschaftsvermögen seien bloßer Reflex der Zuwendung des Gesellschafters an die Gesellschaft und könnten nicht Gegenstand einer unentgeltlichen Zuwendung sein.<sup>12</sup>

### 4. Erlass vom 20.10.2010 betreffend Leistungen an Kapitalgesellschaften

Die Finanzbehörden hatten vor Inkrafttreten des neuen § 7 Abs. 8 ErbStG der Rechtsprechung des BFH zunächst weitgehend nachgegeben. In einem gleich lautenden Erlass der obersten Finanzbehörden vom 20.10.2010<sup>13</sup> wurde die Verwaltungsauffassung dahingehend geändert, dass Erhöhungen

des gemeinen Wertes von Geschäftsanteilen infolge einer offenen oder verdeckten Einlage eines Mitgesellschafters i. d. R. keine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung an die Mitgesellschafter darstelle.<sup>14</sup>

Auffällig am neuen Erlass war jedoch, dass R 18 Abs. 2 Satz 1 ErbStH 2003, der klarstellte, dass eine disquotale Einlage eines Gesellschafters keine Schenkung an die Gesellschaft sein könne, ersatzlos gestrichen wurde. In der Folge bestand Unsicherheit darüber, ob die Finanzverwaltung nunmehr – gegen die Rechtsprechung<sup>15</sup> – eine freigebige Zuwendung an die Gesellschaft selbst annehmen werde.<sup>16</sup>

Infolge des Erlasses wurde der Einsatz von Kapitalgesellschaften als Vehikel schenkungsteuerfreier Vermögensübertragungen diskutiert. Ein Anwendungsfall wurde insbesondere bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit eingeschränktem Freibetrag gesehen. Idee dieses Steuersparmodells war, dass ein nur geringfügig beteiligter Gesellschafter eine hohe Einlage in das Gesellschaftsvermögen bewirkt und anschließend seinen kleinen Anteil an den Mitgesellschafter unentgeltlich überträgt, so dass dieser die Anschaffungskosten übernimmt. Nach Abwarten einer Schamfrist könnten die Rücklagen dann schenkung- und einkommensteuerfrei ausgeschüttet werden.<sup>17</sup>

### II. Die Neuregelung des § 7 Abs. 8 ErbStG

Ob vorstehende Gestaltungsüberlegungen nicht mit Hilfe des § 42 AO hätten bekämpft werden können,<sup>18</sup> kann nunmehr dahingestellt bleiben. Jedenfalls motivierten diese „Steuersparmodelle“ ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>19</sup> den Gesetzgeber zum Erlass des § 7 Abs. 8 ErbStG. Laut Bericht des Finanzausschusses war es das Ziel der Neuregelung, eine mittelbare Zuwendung über die Gesellschaft einer Direktzuwendung unter den Gesellschaftern gleichzustellen und mithin eine Gerechtigkeitslücke zu schließen.<sup>20</sup>

Betrachtet man jedoch den Wortlaut des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, so fällt auf, dass der Gesetzgeber über dieses Regelungsziel weit hinausgeschossen ist. Wäre es allein darum gegangen, eine mittelbare Zuwendung über eine Werterhöhung der Geschäftsanteile der Schenkungsteuer zu unterwerfen, so hätte es genügt, die Werterhöhung eines bereits im Vermögen des Empfängers vorhandenen Geschäftsanteils als tauglichen Bereicherungsgegenstand zu definieren, um von dem vom BFH aufgestellten Erfordernis der Substanzverschiebung abzugehen. § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG fingiert jedoch jede Werterhöhung eines Geschäftsanteils, die auf Leistungen einer anderen Person beruht, als Schenkung. Die Konsequenzen der Neuregelung ergeben sich im Einzelnen wie folgt:

<sup>7</sup> Zuletzt BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 28/08, DStR 2010, 925; zuvor bereits BFH, Urteil vom 19.6.1996, II R 83/92, DStR 1996, 1563; BFH, Urteil vom 25.10.1995, II R 67/93, DStR 1996, 379.

<sup>8</sup> Kritisch zur Einordnung der Schenkungsteuer als Verkehrssteuer *Seer* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 13 Abschnitt B.

<sup>9</sup> Zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Hübner*, DStR 2008, 1357.

<sup>10</sup> BFH, Urteil vom 20.12.2000, II R 42/99, MittBayNot 2001, 497; insoweit zustimmend auch die Finanzverwaltung, vgl. Erlass vom 20.10.2010, 3-S 3806/75, BStBl I 2010, S. 1207.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 11.1.1999, II ZR 170/98, NZG 1999, 495; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 55 Rdnr. 12.

<sup>12</sup> Ausführlich *Viskorf*, DStR 1998, 150; das Erfordernis einer Substanzverschiebung ablehnend *Hübner*, DStR 2008, 1357, 1361; *Birnbaum*, ZEV 2009, 125.

<sup>13</sup> Siehe Fn. 5.

<sup>14</sup> Ausnahmen bestehen bei Ausschüttungen im zeitlichen Zusammenhang mit der Einlage; ausführlich dazu *Korezkij*, DStR 2011, 1454; *ders.*, DStR 2011, 1496.

<sup>15</sup> BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05, DStR 2008, 146; zuvor allerdings offen gelassen von BFH, Urteil vom 15.3.2007, II R 5/04, DStR 2007, 799.

<sup>16</sup> So etwa *Höne*, NWB-EV 2011, 194, 198; dazu auch *Binnewies*, GmbHR 2011, 1022; *Crezelius*, ZEV 2011, 393, 394; *Geck/Messner*, ZEV 2011, 416.

<sup>17</sup> Ausführlich *Christ*, ZEV 2011, 63.

<sup>18</sup> *Crezelius*, a. a. O. (Fn. 16), 395.

<sup>19</sup> BR-Drucks. 253/11, S. 34: „Die bisherige Besteuerungslücke ist in der Steuersparbranche bekannt“; ebenso BT-Drucks. 17/7524 (Bericht des Finanzausschusses), S. 21.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/7524 (Bericht des Finanzausschusses), S. 21.

## 1. Person des Bedachten und Person des Zuwendenden

Gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG kann jede natürliche Person und jede Stiftung Bedachter einer mittelbaren Zuwendung in Form einer Werterhöhung von Gesellschaftsanteilen sein. Damit ist zunächst klargestellt, dass bei disquotalen Einlagen eines Gesellschafters die Gesellschaft selbst nicht als Bedachter in Betracht kommt.<sup>21</sup> Bedachter kann allein der Mitgesellschafter in Form einer Werterhöhung seiner Anteile sein.

§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG erfasst jedoch nicht nur Einlagen von Mitgesellschaftern, sondern jegliche „Leistung“ einer „anderen Person“. Damit kann auch ein Dritter Zuwendender sein. Hier stellt sich dann die Frage, wer Bedachter ist, da die Leistung des Dritten gerade nicht societatis causa erfolgt. Es kommt sowohl eine unmittelbare Zuwendung an die Gesellschaft gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG als auch eine mittelbare Zuwendung an die Gesellschafter gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG in Betracht. Nach der Gesetzesbegründung soll es hinsichtlich der Abgrenzung auf den Bereicherungswillen des Zuwendenden ankommen.<sup>22</sup> Kriterien, wie dieser Bereicherungswille zu bestimmen ist, enthält die Begründung nicht. Die Finanzverwaltung ist noch in R 18 Abs. 3 der ErbStRL 2003 davon ausgegangen, dass im Normalfall der Zuwendungswille auf eine natürliche Person gerichtet ist, insbesondere wenn es sich bei den Gesellschaftern um dem Zuwendenden nahestehende Personen handelt. Auch der Gesetzgeber scheint nicht nur in § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, sondern auch in § 15 Abs. 4 ErbStG (der die Schenkung durch Kapitalgesellschaften betrifft)<sup>23</sup> von der Vorstellung geleitet zu sein, dass freigebige Zuwendungen i. d. R. zwischen natürlichen Personen erfolgen. Damit wäre ein schenkungsteuerliches Zuwendungsverhältnis im Zweifel zwischen Zuwendendem und Gesellschaftern auch dann anzunehmen, wenn die Leistung durch einen Dritten an die Gesellschaft erfolgt. Die Kapitalgesellschaft würde somit – wie bereits die Personengesellschaft<sup>24</sup> – schenkungsteuerlich weitgehend transparent. Problematisch daran ist, dass somit ohne Mitwirkung des Steuerpflichtigen ein Schenkungsteuertatbestand begründet werden könnte. Erwägenswert scheint daher, über den Wortlaut des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG hinaus ein zumindest konkludentes Einverständnis des bereicherten Gesellschafters mit der Zuwendung zu verlangen.<sup>25</sup>

Stehen Gesellschafter und zuwendender Dritter in keinem Näheverhältnis zueinander, so kommt bei Leistungen durch Dritte dagegen auch eine Zuwendung an die Gesellschaft selbst in Betracht.

## 2. Erforderlichkeit eines subjektiven Tatbestandsmerkmals der Freigebigkeit?

Es fällt auf, dass der Wortlaut des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG auf jegliches subjektive Element der Freigebigkeit verzichtet.<sup>26</sup> Die Terminologie lehnt sich insoweit an den Fiktionstatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG an, der den Übergang von

Gesellschaftsanteilen auf Mitgesellschafter bei Ausscheiden eines Gesellschafters als Schenkung fingiert, soweit die Abfindungsleistung den Wert des übergegangenen Gesellschaftsanteils unterschreitet. Auch § 7 Abs. 7 ErbStG beruht auf einer Korrektur der Rechtsprechung, die eine unter dem tatsächlichen Wert liegende Abfindungszahlung aufgrund des aleatorischen Charakters der wechselseitigen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung nicht als unentgeltliche Zuwendung betrachten wollte.<sup>27</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung kommt es nunmehr im Rahmen des § 7 Abs. 7 ErbStG nicht mehr darauf an, ob der ausscheidende Gesellschafter die verbleibenden Mitgesellschafter bereichern wollte.<sup>28</sup> Überträgt man diese Auffassung auf § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, so wäre jede nicht äquivalente Leistung an die Gesellschaft steuerbar, auch wenn sie nicht mit Freigebigkeitwillen erfolgt. Hierfür spricht auch der systematische Vergleich mit § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG, in welchem die Freigebigkeit bei Leistungen durch Kapitalgesellschaften ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden ist, mit dem Zwecke, betrieblich veranlasste Leistungen nicht der Schenkungsteuer zu unterwerfen.<sup>29</sup> Bei disquotalen Gesellschafterleistungen ist der Gesetzgeber hingegen davon ausgegangen, dass solche zwischen fremden Dritten nicht stattfinden.<sup>30</sup> Dass diese Auffassung nicht immer zutrifft, zeigt sich in Sanierungsfällen, wenn etwa ein Gesellschafter zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens auf ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen verzichtet.<sup>31</sup> Führt der Verzicht zu einer Werterhöhung der Anteile der Mitgesellschafter,<sup>32</sup> kommt eine Besteuerung nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG in Betracht (ausführlich unter 3.).

Problematisch ist der Verzicht auf ein subjektives Element der Freigebigkeit auch im Rahmen der Leistungen durch Dritte, etwa wenn ein Gläubiger im Sanierungsfall auf einen Teil seiner Forderungen verzichtet.<sup>33</sup> Nur wenn eine Kapitalgesellschaft Gläubiger ist, käme es nach § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG darauf an, ob der Verzicht mit Bereicherungsabsicht erfolgt; bei natürlichen Personen wäre dies nach dem Wortlaut hingegen nicht erforderlich. Ein stichhaltiges Argument für diese Differenzierung ist nicht erkennbar, weswegen die unterschiedliche Behandlung der Zuwendungen durch Kapitalgesellschaften und natürliche Personen zu Recht als unsachgerecht kritisiert wird.<sup>34</sup>

Erste Stimmen in der Literatur gehen wegen des eindeutigen Wortlauts von § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG davon aus, dass es auf ein subjektives Freigebigkeitselement nicht ankomme.<sup>35</sup> Dennoch bleibt zu hoffen, dass Finanzverwaltung und Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG teleologisch auf freigebige Zuwendungen reduzieren. Möglich wäre eine Auslegung, nach der § 7 Abs. 8 ErbStG nur ein Zuwendungsverhältnis zwischen Leistendem und Gesellschafter fingiert, im Übrigen aber die allgemeinen Vorausset-

<sup>21</sup> So auch *Korezkij*, DStR 2012, 163, 164; *Potsch/Urbach*, KOSDI 2012, 17747, 17748.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 17/7524, S. 21.

<sup>23</sup> Hierzu unter IV. Weiterführend auch *Daragan*, DStR 2011, 2079.

<sup>24</sup> BFH vom 14.9.1994, II R 95/92, BStBl II 1995, S. 81 unter Aufgabe der bis dahin geltenden Rechtsprechung, die die Gesellschaft selbst als Steuerschuldner ansah, vgl. BFH vom 7.12.1988, II R 150/85, BStBl II 1989, S. 237.

<sup>25</sup> So *Fischer*, ZEV 2012, 77, 79 f., der dies mit dem Erfordernis einer Rechtsbeziehung im Valutaverhältnis begründet.

<sup>26</sup> Dazu *Potsch/Urbach*, KOSDI 2012, 17747, 17749.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 2, 186; ebenso BFH, Urteil vom 15.5.1953, III 65/51 S, BStBl. II 1953, S. 199.

<sup>28</sup> BFH, Urteil vom 1.7.1992, II R 12/90, BStBl. II 1992, S. 925; zustimmend *Troll/Gebell/Jülicher*, Erbschaftsteuergesetz, 42. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 400 m. w. N.

<sup>29</sup> So auch die Stellungnahme des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/7524, S. 21.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 17/7524, S. 21.

<sup>31</sup> Hierzu *Riedel*, NZI 2011, 577 und unten III. 2.

<sup>32</sup> Zur Bewertung und etwaigen Ausweichgestaltungen sogleich unter II. 3.

<sup>33</sup> Hierzu *Riedel*, a. a. O. (Fn. 31).

<sup>34</sup> *Wälzholz*, GmbH-Stb 2011, 340, 344.

<sup>35</sup> *Korezkij*, DStR 2012, 163, 165; *Crezelius*, a. a. O. (Fn. 16), 395.

zungen des § 7 Abs. 1 ErbStG voraussetzt.<sup>36</sup> Zur Bekämpfung der dem Gesetzgeber vor Augen stehenden Missbrauchsfälle wäre diese Auslegung hinreichend und bedeutete im Wesentlichen eine Rückkehr zur Handhabung nach den Erbschaftsteuerrichtlinien 2003, von denen der BFH in seiner Rechtsprechung abgewichen war. Bis zu einer Klärung durch Finanzverwaltung und Rechtsprechung ist der Vertragsgestalter jedoch zur Vorsicht angehalten. Nach Aussage von *Hruschka* arbeitet seit Februar 2012 eine Arbeitsgruppe der Finanzverwaltung an einem Anwendungserlass zu § 7 Abs. 8 ErbStG.<sup>37</sup>

### 3. Gegenstand der Zuwendung und Bewertung

#### a) Einlagen und nicht einlagefähige Leistungen

§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG unterwirft die Werterhöhung der Anteile der Schenkungsteuer. Die Werterhöhung kann dabei nicht nur durch Einlagen, sondern durch jegliche „Leistung“ bewirkt werden; auf die Einlagefähigkeit der zugewendeten Leistung kommt es somit nicht an.<sup>38</sup> Mithin kommen auch Zuwendungen in Form von unentgeltlichen Arbeitsleistungen, Forderungsverzichten oder zinslos gewährten Darlehen in Betracht.

Dieser weite Leistungsbegriff erhält aber insoweit eine Einschränkung, als die Leistung den Wert des Geschäftsanteils erhöhen muss, was bei unentgeltlichen Arbeitsleistungen oder zinslos gewährten Darlehen zweifelhaft ist und wofür die Finanzverwaltung die objektive Feststellungslast trägt.<sup>39</sup>

#### b) Bewertungsmethode

Zur Feststellung einer Werterhöhung ist der Wert des Geschäftsanteils nach Schenkung mit dem Wert vor Schenkung zu vergleichen. Mangels spezieller Wertermittlungsvorschriften kann auf die allgemeinen Regelungen zur Bewertung von Geschäftsanteilen gemäß § 12 Abs. 2 ErbStG i. V. m. §§ 11 Abs. 2, 199 ff. BewG abgestellt werden. Wendet man das vereinfachte Ertragswertverfahren gemäß § 199 BewG an, so werden im Laufe der letzten zwei Jahre vor dem Bewertungsstichtag eingelegte Wirtschaftsgüter mit dem eigenständig zu ermittelnden gemeinen Wert angesetzt (§ 200 Abs. 4 BewG).<sup>40</sup> Im Ausgangsfall wäre daher eine Bereicherung des B um den auf ihn anteilig entfallenden Wert der Einlage (250.000 €) anzunehmen. Wegen der Spezialregelung des § 200 Abs. 4 BewG kommt es bei Anwendung des vereinfachten Ertragswertverfahrens auf die Frage, ob es sich bei dem eingelegten Gegenstand um betriebsnotwendiges Vermögen handelt, nicht an. Allerdings umfasst § 200 Abs. 4 BewG nur Einlagen. Bei nichteinlagefähigen Gegenständen (Nutzungsvorteilen, Arbeitsleistungen) ergibt sich aus § 200 Abs. 4 BewG mithin keine Wertsteigerung des Geschäftsanteils.

Die Anwendung des vereinfachten Ertragswertverfahrens ist durch § 11 Abs. 2 BewG jedoch nicht zwingend vorgeschrieben; der Steuerschuldner hat vielmehr ein Wahlrecht, ob er den Wert des Anteils nach einem anderen für nichtsteuerliche

Zwecke üblichen Bewertungsverfahren ermitteln möchte.<sup>41</sup> Die Untergrenze bildet der Substanzwert des gesamten Gesellschaftsvermögens (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BewG).

Die Wahl eines anderen Bewertungsverfahrens (etwa IDW S 1) kann insbesondere dann zu abweichenden Ergebnissen führen, wenn es sich bei dem der Gesellschaft zugeführten Gegenstand um nicht notwendiges Betriebsvermögen handelt, z. B. ein nicht vermietetes und brach liegendes Grundstück, welches nach IDW S 1 mit dem Nettoliquidationserlös anzusetzen wäre.<sup>42</sup> Die Höhe der Bereicherung in Form der Wertsteigerung des Geschäftsanteils muss dann nicht in allen Fällen dem Wert des eingebrachten Gegenstands entsprechen.

#### c) Forderungsverzicht

Unklar ist die Bewertung im Falle eines sanierungsbedingten Verzichts auf eine Forderung durch Gesellschafter oder einen Dritten. *Riedel*<sup>43</sup> führt dazu ein – etwas theoretisch klingendes – Beispiel an, in welchem die durch den Forderungsverzicht bedingte Wertsteigerung des Geschäftsanteils den Wert der zugewendeten Forderung deutlich übersteigt. Laut *Riedel* soll Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer dann allein die eingetretene Wertsteigerung des Geschäftsanteils sein, da es nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf den Wert der erbrachten Leistung ankomme.<sup>44</sup>

Eine solche Auslegung widerspricht jedoch dem Charakter der Schenkungsteuer als Verkehrsteuer. Grundprinzip des Schenkungsteuerrechts ist die Anknüpfung an eine Vermögensverschiebung, so dass eine schenkungsteuerliche Bereicherung nach der Grundregel des § 7 Abs. 1 ErbStG nur insoweit erfasst wird, als diese auf Kosten des Zuwendenden erfolgt. Obergrenze der Bereicherung muss daher der Wert der zugewendeten Forderung sein.<sup>45</sup> Diese ist gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 12 Abs. 1 BewG i. d. R. mit dem Nennwert anzusetzen, wenn nicht besondere Umstände eine niedrigere oder höhere Bewertung nahelegen. Im Sanierungsfall wird der tatsächliche Wert eines Gesellschafterdarlehens meist unter dem Nennwert liegen. Ein Ansatz der Wertsteigerung des Geschäftsanteils mit dem Teilwert der Forderung entspräche auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur ertragsteuerlichen Behandlung von Forderungsverzichten.<sup>46</sup>

#### d) Ausblick

Eine Stellungnahme der Finanzverwaltung zur Wahl der Bewertungsmethode steht noch aus. Der Gesetzgeber scheint bei der Neuregelung in § 7 Abs. 8 Satz 1 in seiner gedanklichen Verengung auf Missbrauchsfälle davon ausgegangen zu sein, dass der anteilige Substanzwert der Einlage auch der anteiligen Bereicherung der Mitgesellschafter entspricht. Laut Gesetzesbegründung sollte die „überproportionale Einlage des Schenkers einer Direktzuwendung des Schenkers gleichgestellt“ werden.<sup>47</sup> Dies darf freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass der Gesellschafter eben gerade nicht den eingelegten Gegenstand unmittelbar erwirbt, sondern nur

<sup>36</sup> So auch *Fischer*, a. a. O. (Fn. 25); *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17751; unklar *Binnewies*, GmbHR 2011, 1022, 1027, der wohl ebenfalls zwischen betrieblich und privat veranlassten Zuwendungen differenziert.

<sup>37</sup> Bericht über das 7. Münchner Unternehmenssteuerforum bei *Haag/Jehlin*, Beihefter zu DStR 12/2012, 53, 58.

<sup>38</sup> Insoweit bislang h. M. vgl. *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35), 164; *Lishaut/Ebber/Schmitz*, a. a. O. (Fn. 45), 8; *Potsch/Urban*, a. a. O. (Fn. 26), 1749.

<sup>39</sup> *Fischer*, a. a. O. (Fn. 25), 82; *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35), 164.

<sup>40</sup> Zweifelnd *Wälzholz*, GmbH-Stb 2011, 340, 344; wie hier *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17750.

<sup>41</sup> Zu den Grenzen des Wahlrechts *Piltz*, DStR 2009, 1829.

<sup>42</sup> Berechnungsbeispiele bei *Bruckmeier/Zwirner/Mugler*, DStR 2011, 422.

<sup>43</sup> Siehe Fn. 31.

<sup>44</sup> *Riedel*, a. a. O. (Fn. 31), 578; zustimmend wohl *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35), 164.

<sup>45</sup> *Lishaut/Ebber/Schmitz*, Ubg 2012, 1, 10 plädieren dafür, bei disquotalen Gesellschafterleistungen regelmäßig den anteiligen Wert der Zuwendung auch als Bereicherungswert zu erfassen.

<sup>46</sup> BFH vom 9.6.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, S. 307; in diese Richtung auch *Fischer*, a. a. O. (Fn. 25), 81.

<sup>47</sup> BT-Drucks. 17/7524, S. 21.

in Form einer Wertsteigerung seines Gesellschaftsanteils bereichert wird. Ist diese Bereicherung gemäß einer nach § 11 Abs. 2 BewG anerkannten Bewertungsmethode geringer, so gebietet schon das objektive Nettoprinzip, nur die eingetretene Bereicherung zu besteuern.

Im Falle einer Bareinlage dürfte der anteilige Geldwert der Einlage dem Wert der Bereicherung entsprechen. § 200 Abs. 4 BewG bietet auch bei der disquotalen Einlage anderer Wirtschaftsgüter – etwa Grundstücken – den gesetzlichen Anhaltspunkt, auf den anteiligen Verkehrswert des eingebrachten Gegenstandes zu rekurrieren, der jedoch immer nur die Obergrenze sein darf.

#### 4. Privilegierung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG?

Strittig ist die Frage, ob die Privilegierungen der §§ 13 a, 13 b ErbStG für fingierte Schenkungen nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG greifen. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG setzt seinem Wortlaut nach die Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft voraus; die bloße Wertsteigerung von Anteilen ist vom Wortlaut nicht umfasst. Dies wird in der Literatur zum Teil als unsystematisch gebrandmarkt und eine Anwendung des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG auf Zuwendungen nach § 7 Abs. 8 ErbStG zumindest durch eine Klarstellung im Verwaltungswege gefordert.<sup>48</sup> Allerdings erscheint de lege lata eine analoge Anwendung der §§ 13 a, 13 b ErbStG fernliegend.<sup>49</sup> Zielrichtung des § 7 Abs. 8 ErbStG ist es gerade, die mittelbare Zuwendung über die Gesellschaft der Direktzuwendung an den Gesellschafter gleichzustellen; eine Gleichstellung der mittelbaren Zuwendung über die Anteilserhöhung mit einer Direktzuwendung des Gesellschaftsanteils ist hingegen nicht beabsichtigt.

Anders kann es zu beurteilen sein, wenn es sich bei dem ins Gesellschaftsvermögen zugeführten Gegenstand selbst um privilegiertes Vermögen handelt. Bringt A im Ausgangsbeispiel also eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft in die GmbH ein, so wäre bei einer Direktzuwendung an B die Privilegierung des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG (die Erfüllung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vorausgesetzt) einschlägig. Dies spricht dafür, die Privilegierungen auch bei einem mittelbaren Erwerb gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG anzuwenden.<sup>50</sup> Bis zu einer Klärung dieser Frage durch Rechtsprechung und Finanzverwaltung ist von solchen Gestaltungen jedoch abzuraten.

#### 5. Drohende Doppelbesteuerung mit Ertrags- und Schenkungsteuer

##### a) Auswirkungen auf Einkommensteuerebene

Die Neuregelung des § 7 Abs. 8 ErbStG bringt die Gefahr einer Doppelbesteuerung mit Schenkung- und Einkommensteuer mit sich. Wenn im Ausgangsbeispiel A 500.000 € bar in die Kapitalrücklage der Gesellschaft einzahlt, wird B in Höhe der anteiligen Werterhöhung seines Geschäftsanteils i. H. v. 250.000 € abzüglich eines etwaigen Freibetrags zur Schenkungsteuer veranlagt. Fassen A und B anschließend einen Beschluss über die Auflösung der Kapitalrücklage und deren (quotale) Ausschüttung an die Gesellschafter, so unterliefe die Ausschüttung gemäß § 17 Abs. 4 EStG der Einkommensteuer, soweit der Ausschüttungsbetrag die Anschaf-

fungskosten des jeweiligen Gesellschafters übersteigt (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EStG). B müsste daher bei originären Anschaffungskosten von ursprünglich 12.500 € einen Betrag von 250.000 – 12.500 = 237.500 € (ggf. gekürzt durch weitere Freibeträge) versteuern. Dieses Ergebnis lässt sich nur dann vermeiden, wenn man die durch die disquotale Einlage entstandenen nachträglichen Anschaffungskosten des A insoweit dem B zurechnet, als B gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG als bereichert gilt. Dies entspräche der Absicht des Gesetzgebers, disquotale Einlagen in die Gesellschaft einer Direktzuwendung gleichzustellen. Hätte A nämlich die 250.000 € direkt dem B zugewendet und B diese in die Gesellschaft eingelegt, wären B Anschaffungskosten in dieser Höhe angefallen. Gleiches gilt gemäß § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG, wenn A die Einlageleistung gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile erbracht und anschließend die Geschäftsanteile an B übertragen hätte. Wenn § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG eine Zuwendung an die Gesellschafter fingiert, läge es in der Konsequenz, auch die Anschaffungskosten als zugewendet zu betrachten. Ob Rechtsprechung und Finanzverwaltung jedoch einen schenkungsteuerlichen Fiktionstatbestand auf die Ertragsteuerbene durchschlagen lassen werden, ist derzeit ungesichert.<sup>51</sup>

##### b) Auswirkungen auf Körperschaftsteuerebene

Leistungen an die Kapitalgesellschaft können bei dieser körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn auslösen. Während disquotale Einlagen der Gesellschafter auf dem steuerlichen Einlagekonto gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG verbucht werden und gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG körperschaftsteuerneutral möglich sind, gilt dies bei Leistungen durch Dritte nicht. Da die Kapitalgesellschaft keine „Privatsphäre“ hat, sind sämtliche Gewinne, die durch Zuwendungen Dritter entstehen, Betriebseinnahmen. Verzichtet bspw. ein Gläubiger der Gesellschaft zu Sanierungszwecken auf ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen, so führt dies zu einem Sanierungsgewinn, der grundsätzlich der Körperschaftsteuer unterworfen ist und worauf die Steuer nur im Einzelfall von der Finanzverwaltung im Billigkeitswege erlassen werden kann.<sup>52</sup> Selbst die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens kann nach einer jüngsten Entscheidung des BFH auf Körperschaftsebene zu einem gewinnwirksamen Passivierungsverbot führen, wenn der Gesellschafter über die gesetzlich angeordnete insolvenzrechtliche Nachrangigkeit des Darlehens gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hinaus einen Rangrücktritt erklärt.<sup>53</sup> In beiden Fällen kommt damit sowohl eine Besteuerung des Gewinns auf Gesellschaftsebene mit Körperschaftsteuer als auch eine Veranlagung des Gesellschafters zur Schenkungsteuer wegen Wertsteigerung seines Gesellschaftsanteils als auch eine anschließende Einkommensteuerpflicht des Gesellschafters in Betracht, wenn der Gewinn ausgeschüttet wird.

Diese drohende Doppel- oder gar Dreifachbesteuerung zeigt, wie systemblind die Neuregelung erfolgte und wie fatal die Wirkungen einer wortlautgetreuen Anwendung des § 7 Abs. 8 ErbStG sein können. Zu Recht wird daher gefordert, den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 8 ErbStG auf die Definition

<sup>51</sup> Dafür *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17751; in der Rechtsprechung finden sich bereits Ansätze zur Anerkennung mittelbarer Zuwendungen von Anschaffungskosten, vgl. BFH, Urteil vom 12.12.2000, VIII R 62/93, BStBl II 2001, S. 234; zustimmend *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 30. Aufl. 2011, § 17 Rdnr. 177.

<sup>52</sup> Zur Zulässigkeit und den Voraussetzungen eines Erlasses der Steuer auf Sanierungsgewinne BMF-Schreiben vom 27.3.2003, IV A 6, 2140-8/03, BStBl I 2003, S. 240; mittlerweile grundsätzlich bestätigt durch BFH, Urteil vom 14.7.2010, X R 34/08, BStBl II 2010, S. 916.

<sup>53</sup> BFH, Urteil vom 30.11.2011, I R 100/10, DStR 2012, 450.

<sup>48</sup> *Schulte/Sedemund*, BB 2011, 2080, 2082; *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35), 165; *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17751.

<sup>49</sup> So wohl auch *Crezelius* ZEV 2011, 393, 395; *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26).

<sup>50</sup> So auch *Milatz/Herbst*, ZEV 2012, 21.

von Werterhöhungen als tauglichen Bereicherungsgegenstand zu beschränken.<sup>54</sup>

### III. Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis

Die Auswirkungen des neuen § 7 Abs. 8 ErbStG seien nachfolgend an einigen Beispielen aus der notariellen Praxis geschildert.

#### 1. Unternehmensgründung unter Familienmitgliedern

##### Ausgangsfall:

Vater V und Sohn S kommen zu Notar N und möchten eine GmbH gründen. Vater V ist Inhaber eines nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens (Wert ca. 1.000.000 €), das er in eine GmbH überführen möchte. Bei dieser Gelegenheit überlegt er, seinen Sohn S zu 25% an der GmbH zu beteiligen.

##### a) Stufengründung

Um den Aufwand eines Sachgründungsberichts zu vermeiden und die GmbH möglichst schnell im Register zu haben, schlägt N zunächst eine Bargründung vor. Danach soll die GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet und V mit einem Geschäftsanteil im Nennwert zu 18.500 € und S mit einem Geschäftsanteil zu 6.500 € beteiligt werden. Das Einzelunternehmen wird im Anschluss an die GmbH verpachtet. Erst mehr als ein Jahr nach Gründung wird das Stammkapital um 1.000 € erhöht. Den neu ausgegebenen Geschäftsanteil im Nennwert zu 1.000 € übernimmt V und hat als Sacheinlage hierauf sein Einzelunternehmen einzubringen. Soweit der Wert des Unternehmens den Nennwert des neu ausgegebenen Geschäftsanteils übersteigt, wird dieser in die Kapitalrücklage eingestellt und nicht an den Gesellschafter zurückgewährt. In der Gründungssatzung war keine Verpflichtung der Gesellschafter zu einer späteren Kapitalerhöhung gegen Einbringung des Unternehmens vorgesehen.

Die Stufengründung ist beliebt, wenn es darum geht, möglichst schnell eine im Register eingetragene GmbH zur Verfügung zu haben, ohne dass es zu Verzögerungen wegen der Erstellung eines Sachgründungsberichts gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG und der Prüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlage durch das Registergericht kommt. Zwar bedarf es auch im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung eines Werthaltigkeitsnachweises,<sup>55</sup> jedoch kann die GmbH nach erfolgter Bargründung bereits als Pächterin des Unternehmens tätig werden.

Ertragsteuerlich hat die Einbringung des Unternehmens gegen Gewährung eines neuen Geschäftsanteils zur Folge, dass die Buchwerte des Unternehmens gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG auf Antrag fortgeführt werden dürfen und es somit nicht zu einer Aufdeckung der stillen Reserven kommt.

Schenkungssteuerlich ist zu differenzieren, ob es sich bei der Bargründung mit anschließender Sachkapitalerhöhung um einen einheitlichen Vorgang handelt. Erfolgt wie im Beispiel die Kapitalerhöhung zeitlich erst ein Jahr nach Gründung der GmbH und war die anschließende Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage auch nicht in der Gründungssatzung vorgesehen, so handelt es sich hierbei um zwei getrennte Vorgänge.<sup>56</sup> Nach Grün-

ding war S Inhaber eines Geschäftsanteils im Wert von 6.500 €. Durch die Einbringung des Unternehmens erhöht sich dessen Wert um 249.500 €. Diese Werterhöhung unterfällt nunmehr der Besteuerung nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG.<sup>57</sup> Selbst wenn man entgegen dem Wortlaut einen Freigebigkeitswillen des V verlangt (s. o.), wäre dieser bei nahen Angehörigen zu vermuten. Eine Privilegierung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG kommt nicht in Betracht, da kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3 übertragen, sondern lediglich ein bereits vorhandener Geschäftsanteil dem Wert nach erhöht wird. Auch eine Privilegierung nach § 13 b Abs. 1 Nr. 1 greift nicht ein, da S hier weder einen ganzen Gewerbebetrieb, noch einen Teilbetrieb, noch einen Anteil an einer Personengesellschaft erwirbt. Gegenstand der Zuwendung ist hier lediglich eine durch eine Unternehmenseinbringung verursachte Werterhöhung des Geschäftsanteils. S wäre daher in voller Höhe der Wertsteigerung zur Schenkungsteuer zu veranlagern.

##### b) Sacheinlage als Aufgeld

N schlägt eine Bargründung vor, bei der V einen Geschäftsanteil zu 18.750 € und S einen zu 6.250 € übernimmt. Zusätzlich soll V jedoch sein Unternehmen als Sachagio in die Gesellschaft einbringen. Ein Aufgeld für S ist nicht vorgesehen.

Gesellschaftsrechtlich hat die Einbringung des Unternehmens als Agio den Reiz, dass die Erfüllung des Agios bei der GmbH grundsätzlich nicht vom Registergericht geprüft werden muss,<sup>58</sup> obgleich die Frage, ob man im Falle der Einbringung eines Unternehmens nicht zumindest eine Kontrollpflicht des Registergerichts dahingehend annehmen muss, dass keine Überschuldung des Unternehmens vorliegt, bislang noch nicht diskutiert wird. Ertragsteuerlich lässt der BFH die Einbringung eines Unternehmens als Sachagio ebenfalls für die Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG genügen, so dass wie bei der Stufengründung die Buchwerte auf Antrag fortgeführt werden können.<sup>59</sup>

Schenkungssteuerlich handelt es sich bei Variante b) um einen einheitlichen Vorgang. S erhält mit Gründung einen Geschäftsanteil zum Verkehrswert von 256.250 €. Soweit der Wert des Geschäftsanteils den Anschaffungsaufwand des S (6.250 €) übersteigt, liegt eine freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG vor. Zuwendungsgegenstand ist der Geschäftsanteil selbst. Es handelt sich hier also nicht um einen Fall des § 7 Abs. 8 ErbStG, sondern um die originäre Zuwendung eines Geschäftsanteils, die schon vor der Gesetzesänderung durch das BeitrRLUMsG der Schenkungsteuer unterlag.<sup>60</sup>

Fraglich ist dabei, ob es sich um einen privilegierten Erwerb nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG handelt. Dies wird in der Literatur zum Teil ohne nähere Begründung bejaht.<sup>61</sup> M. E. ist dies zu verneinen. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG stellt darauf ab, dass der Schenker mit mindestens 25 % an der Gesellschaft beteiligt war. Hier erwirbt V aber erst zeitgleich mit S eine Beteiligung an der GmbH in Höhe von 75 %, so dass der Wortlaut des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 nicht erfüllt ist. Der BFH zeigt sich bislang vorsichtig mit einer erweiternden Auslegung des § 13 b ErbStG und hat eine Anwendung auf

<sup>57</sup> Vor Inkrafttreten der Neuregelung wurde diese Gestaltung hingegen als besonders steuersparend empfohlen, etwa von Felten, BB 2011, 1621, 1623.

<sup>58</sup> Vgl. MünchKommGmbHG/Schaub, 2011, § 7 Rdnr. 57; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 6.

<sup>59</sup> BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 55/09, BStBl II 2010, S. 1094.

<sup>60</sup> BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 8/04, BStBl II 2005, S. 845; hierauf sich berufend auch die Finanzverwaltung im Erlass vom 20.10.2010, a. a. O. (Fn. 5), H 18 I.2.

<sup>61</sup> Neufang/Merz, BB 2011, 2397, 2401.

<sup>54</sup> Fischer, a. a. O. (Fn. 25), 84.

<sup>55</sup> Zur Entbehrlichkeit eines Sacherhöhungsberichts MünchKommGmbHG/Lieder, 2011, § 56 Rdnr. 111 f. mit Nachweisen auch zur Gegenansicht.

<sup>56</sup> Hierzu Wälzholz, ZEV 2008, 273 m. w. N.

mittelbare Anteilsschenkungen abgelehnt; auch die Finanzverwaltung scheint sich dieser Auffassung in den Erbschaftsteuerrichtlinien 2011 angeschlossen zu haben.<sup>62</sup>

### c) Sachgründung mit anschließender Anteilsübertragung

N schlägt vor, dass V zunächst die GmbH als Alleingesellschafter gründet und sein Unternehmen als Sacheinlage einbringt. Später soll er dann einen Geschäftsanteil im Nennwert von 6.250 € an seinen Sohn S unentgeltlich übertragen.

Hier liegt ertragsteuerlich ebenfalls zunächst eine steuerunschädliche Einbringung gegen Gewährung von Geschäftsanteilen gemäß § 20 Abs. 2 UmwStG vor. Die unentgeltliche anschließende Übertragung führt nicht zu einer Nachversteuerung und Aufdeckung stiller Reserven, da S gemäß § 22 Abs. 6 UmwStG bezüglich des übertragenen Geschäftsanteils in die Rechtsposition des V nachrückt.

Schenkungssteuerlich liegt eine freigebige Zuwendung eines Geschäftsanteils gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG vor, die aber nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG privilegiert ist, da V zuvor mit mehr als 25 % an der GmbH beteiligt war. Variante c) ist daher von den vorgestellten Gestaltungsmöglichkeiten die empfehlenswerteste.

## 2. Beurkundungen zwischen fremden Dritten

### a) Gründung der GmbH

A und B gründen eine GmbH, an welcher beide je mit einem Geschäftsanteil im Nennwert von 12.500 € beteiligt werden sollen. A wird Geschäftsführer, B soll ein Aufgeld auf den übernommenen Geschäftsanteil i. H. v. 50.000 € leisten. Für A ist kein Aufgeld vorgesehen.

In diesem Beispiel könnte eine Schenkung an den A vorliegen, da dieser anteilmäßig (50%) an der Kapitalrücklage beteiligt ist und somit einen Geschäftsanteil im Verkehrswert von 37.500 € bei einem Erwerbenaufwand von lediglich 12.500 € erwirbt. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um einen Fall des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, da nicht ein bereits bestehender Anteil des A im Wert erhöht wird, sondern A originär einen Geschäftsanteil erwirbt, was bereits vor Erlass des § 7 Abs. 8 ErbStG als mögliche Schenkung nach § 7 Abs. 1 ErbStG zu behandeln war.<sup>63</sup> § 7 Abs. 1 ErbStG setzt aber im Gegensatz zu § 7 Abs. 8 ErbStG voraus, dass es sich um eine freigebige Zuwendung handelt, was bei fremden Dritten i. d. R. nicht anzunehmen ist. Es ist daher davon auszugehen, dass A und B die Übernahme der Geschäftsführung durch A als gleichwertig zum Aufgeld des B ansehen und somit keine freigebige Zuwendung von B an A vorliegt.<sup>64</sup>

### b) Werterhöhung nach Gründung

A und B sind bereits Gesellschafter der im Register eingetragenen GmbH. B verpflichtet sich nunmehr im Wege einer Gesellschaftervereinbarung zur Zahlung eines Geldbetrags i. H. v. 50.000 € in die Kapitalrücklage. Weiter ist vereinbart, dass A als Geschäftsführer der Gesellschaft tätig werden soll.

In dieser Variante wird durch die Zahlung in die Kapitalrücklage der Wert des Geschäftsanteils des A anteilig erhöht, so dass ein

<sup>62</sup> BFH, Urteil vom 16.2.2005, II R 6/02, BStBl II 2005, S. 411; Erbschaftsteuerrichtlinien 2011 unter R E 13b.6; gegen eine Steuervergünstigung auch *Wälzholz*, a. a. O. (Fn 56), 275.

<sup>63</sup> BFH, Urteil vom 20.12.2000, II R 42/99, MittBayNot 2001, 497.

<sup>64</sup> Durch Einführung des § 7 Abs. 8 ErbStG dürfte auch generell klargestellt sein, dass eine freigebige Zuwendung an die Gesellschaft selbst wegen der gesellschaftsvertraglichen Veranlassung der Einlage nicht in Betracht kommt.

Fall des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG vorliegt. Nach dem Wortlaut kommt es dabei auf einen subjektiven Tatbestand und mithin auf den Willen zur Freigebigkeit nicht an. Eine Schenkung wäre daher nur zu verneinen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung durch A objektiv äquivalent zur Zahlungsverpflichtung des B wäre. Eine umgekehrte Schenkung von A an B durch Übernahme der Geschäftsführung scheidet hingegen wohl an einer fehlenden messbaren Werterhöhung des Geschäftsanteils des B.<sup>65</sup> Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, ein Äquivalenzverhältnis zwischen den Gesellschafterleistungen darzustellen, indem etwa die Modalitäten der Geschäftsführung durch A näher definiert werden, insbesondere ob er sich für einen bestimmten Zeitraum dazu verpflichtet und ob diese unentgeltlich zu erfolgen hat. Lässt sich ein Äquivalenzverhältnis nicht begründen, so wäre zu überlegen, ob B statt einer Zahlung in die Kapitalrücklage auch ein Gesellschafterdarlehen gewähren könnte. Dabei ist jedoch zu beachten, dass kein über die gesetzliche Nachrangigkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hinausgehender Rangrücktritt des Darlehens erklärt wird, da dies körperschaftsteuerlich zu einem gewinnwirksamen Passivierungsverbot der Verbindlichkeit führt.<sup>66</sup> Auf Einkommensteuerebene ist derzeit noch ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen ein späterer Ausfall eines im Privatvermögen gehaltenen Gesellschafterdarlehens zu nachträglichen Anschaffungskosten auf den Geschäftsanteil gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GmbHG oder zu einem Verlust aus Kapitaleinkünften nach § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG führt.<sup>67</sup>

Wird die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens anstelle einer Einlage nicht gewünscht, so sollte zumindest eine schuldrechtliche Abrede – etwa durch Gesellschaftervereinbarung – dahingehend getroffen werden, dass die Kapitalrücklage schuldrechtlich zugunsten des einlegenden Gesellschafters gebunden wird. So lässt sich ggf. eine Bereicherung der Mitgesellschafter vermeiden.<sup>68</sup>

### c) Darlehensverzicht in der Krise

#### (1) Verzicht auf Gesellschafterdarlehen

A und B sind Gesellschafter einer GmbH mit je einem Geschäftsanteil zu 25.000 €. Die Gesellschaft ist in einer wirtschaftlichen Krise. Da A auf eine bessere Zukunft der Gesellschaft hofft, verzichtet er auf die Rückzahlung eines von ihm der GmbH gewährten Gesellschafterdarlehens i. H. v. 100.000 €. B verfügt über kein Kapital, das er der Gesellschaft zuschießen könnte.

Durch den Verzicht auf das Gesellschafterdarlehen kann eine Wertsteigerung des Geschäftsanteils des B eintreten, mit der Folge einer Besteuerung nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, da eine Schenkung an die Gesellschaft selbst wegen der Leistungsbeziehung societatis causa nicht in Betracht kommt. Geht man mit dem Wortlaut des Gesetzes davon aus, dass es auf Freigebigkeit der Leistung nicht ankommt, so spielt eine etwaige Erwartung des A, für seinen Verzicht künftig durch Gewinnausschüttungen kompensiert zu werden, keine Rolle.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Oben II. 3.

<sup>66</sup> BFH, Urteil vom 30.11.2011, a. a. O. (Fn. 53).

<sup>67</sup> Dazu *Wälzholz/Gutfried*, MittBayNot 2011, 265, 267 f.; *Weber-Grellet*, RdF 2011, 74; BMF, Schreiben vom 21.10.2010, IV C 6, S 2244/08/10001.

<sup>68</sup> So der Vorschlag von *Crezelius* unter Zustimmung von *Hruschka* auf dem 7. Münchner Unternehmenssteuerforum, vgl. *Haag/Jelin*, a. a. O. (Fn. 37), 59.

<sup>69</sup> Ob solche Erwartungen nach bisheriger Rechtslage gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG ausreichen, um eine Freigebigkeit zu verneinen, war zumindest bei Verzicht auf eine Besserungsabrede nicht abschließend geklärt, vgl. *Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuergesetz, a. a. O. (Fn. 28), § 7 Rdnr. 2.

Die Bewertung der Wertsteigerung kann m. E. maximal mit dem (hälftigen) Nennwert der Forderung angesetzt werden, wenn der tatsächliche Wert der Forderung wegen Uneinbringlichkeit niedriger ist, dann nur mit diesem niedrigeren Wert. Es sei jedoch nochmals darauf hingewiesen, dass Stimmen in der Literatur eine schenkungsteuerliche Bereicherung auch über den Nennwert des Gesellschafterdarlehens hinaus annehmen, wenn dies zu einer entsprechend hohen Verbesserung des Ertragswertes des Geschäftsanteiles führt.<sup>70</sup> Um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, werden folgende Gestaltungsmöglichkeiten diskutiert:<sup>71</sup>

**Möglichkeit 1:** Vor Verzicht auf das Gesellschafterdarlehen tritt A einen hälftigen Teilbetrag der Forderung an B ab. Anschließend verzichten sowohl A als auch B gegenüber der Gesellschaft auf die Rückzahlung der Darlehensforderung.

Bei einer Direktabtretung an B liegt eine Zuwendung nach § 7 Abs. 1 ErbStG vor, so dass es unzweifelhaft nicht auf die Wertsteigerung des Geschäftsanteils, sondern auf den Wert des Darlehens ankommt. Ist dieses wirtschaftlich wegen der Nachrangigkeit nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO weitgehend wertlos, so kommt nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 12 Abs. 1 BewG eine Bewertung mit dem Verkehrswert in Betracht, der deutlich unterhalb des Nennwertes liegen kann.

Der anschließende Verzicht löst keine Schenkungsteuer nach § 7 Abs. 8 ErbStG aus, da A und B gleichwertige Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringen. Gleichwohl kann – vorbehaltlich eines Billigkeitserlasses durch die Finanzverwaltung – der Verzicht einen körperschaftsteuerpflichtigen Sanierungsgewinn auslösen.<sup>72</sup>

**Möglichkeit 2:** A verzichtet nicht endgültig auf das Gesellschafterdarlehen, sondern nur gegen Besserungsabrede.

Die zivilrechtliche Einordnung einer solchen Besserungsabrede ist strittig. Teils wird sie als aufschiebende Bedingung der Forderungsentstehung gemäß § 158 Abs. 1 BGB, teils als auflösende Bedingung des Forderungsverzichts nach § 158 Abs. 2 BGB, teils als Stundung mit bedingter Fälligkeitsabrede verstanden.<sup>73</sup> Unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung führt der Verzicht auf die Forderung jedoch zunächst zum Erlöschen der Schuld (vgl. § 4 BewG), so dass bei der Gesellschaft in Höhe des Wertes der Forderung eine Bereicherung eintritt, die sich auch auf den Wert des Geschäftsanteils auswirken kann. Erst mit Eintritt der Besserung und Wiederaufleben der Forderung entfällt die Bereicherung. Dennoch hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit bei einem Forderungsverzicht gegen Besserungsabrede eine freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG mit dem Argument verneint, dass es an einer endgültigen Entreichung des Zuwendenden fehle.<sup>74</sup> Da diese Argumentation nicht auf einem subjektiven Freigebigkeitwillen, sondern auf einer objektiv fehlenden Entreichung des Zuwendenden beruht, ist sie m. E. auch auf § 7 Abs. 8 ErbStG anwendbar, so dass kein schenkungsteuerbarer Vorgang vorliegt.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Nachweise a. a. O. (Fn. 44).

<sup>71</sup> Vgl. *Lishaut/Ebber/Schmitz*, a. a. O. (Fn. 45); *Riedel*, a. a. O. (Fn. 31).

<sup>72</sup> Siehe Fn. 52.

<sup>73</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 21.4.2009, II R 57/07, DStRE 2009, 813; Urteil vom 29.1.2003, I R 50/02, DStR 2003, 1291 f. je mit Nachweisen zum Meinungsstand über die dogmatische Einordnung.

<sup>74</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.9.2005, 4 K 2436/02, DStRE 2006, 33; so auch bereits RFH vom 26. 2. 1942, IIIe 15/41, RStBl. 1942, S. 803; zustimmend *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, a. a. O. (Fn. 28), § 7 Rdnr. 23.

<sup>75</sup> Im Ergebnis wie hier *Fischer*, a. a. O. (Fn. 25), 81; a. A. *Riedel*, a. a. O. (Fn. 31).

Im Übrigen hat die unterinstanzliche Rechtsprechung bei sanierungsbedingten Forderungsverzichten in der Vergangenheit teilweise eine Schenkungsteuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG angenommen.<sup>76</sup> Dieser setzt allerdings den Schuldnerlass zum Zwecke der Befreiung des Schuldners aus einer Notlage voraus. Da § 7 Abs. 8 ErbStG eine Zuwendungsbeziehung zwischen den Gesellschaftern fingiert, notleidender Schuldner jedoch die Gesellschaft ist, scheint die Anwendung des Befreiungstatbestands im Rahmen des § 7 Abs. 8 ErbStG zumindest ungesichert. Zudem schützt eine Besserungsabrede nicht vor einem vorläufigen Sanierungsgewinn auf Körperschaftsebene.<sup>77</sup>

## (2) Verzicht auf Forderung durch Dritte

Ist allein B Gesellschafter der GmbH und A ein außenstehender Gläubiger, der auf seine Forderung gegen die GmbH verzichtet, so käme sowohl eine freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG an die GmbH als auch eine mittelbare Zuwendung an B gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG in Betracht. Dabei ist i. d. R. davon auszugehen, dass eine Bereicherung nicht der Kapitalgesellschaft, sondern der dahinter stehenden natürlichen Personen beabsichtigt ist. Auch hier kommt es im Rahmen des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf ein subjektives Element der Freigebigkeit an. Erfolgt der Verzicht mithin ohne gleichwertige Kompensationsleistung, ist der Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG erfüllt und eine etwaig bei B eintretende mittelbare Bereicherung (vgl. oben II.3.) unterliegt der Schenkungsteuer. Bezüglich der Schenkungsteuer (nicht der Körperschaftsteuer) lässt sich diese Konsequenz nach freilich nicht unbestrittener Ansicht auch hier durch Vereinbarung einer Besserungsabrede abwenden.

Ist A keine natürliche Person, sondern eine Kapitalgesellschaft, kommt eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG ohnehin nur bei bewusster Freigebigkeit in Betracht, woran es bei sanierungsbedingten Verzichten fehlen dürfte.

## IV. Leistungen von Kapitalgesellschaften an Gesellschafter und nahestehende Personen

### 1. Neuregelung durch das BeitrRLUmG

Durch das BeitrRLUmG wurde weiterhin ein neuer Abs. 4 in § 15 ErbStG eingeführt. Der Wortlaut:

Bei einer Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ist der Besteuerung das persönliche Verhältnis des Erwerbers zu derjenigen unmittelbar oder mittelbar beteiligten natürlichen Person oder Stiftung zugrunde zu legen, durch die sie veranlasst ist. In diesem Fall gilt die Schenkung bei der Zusammenrechnung früherer Erwerbe (§ 14) als Vermögensvorteil, der dem Bedachten von dieser Person anfällt.

Ausgangspunkt der Neuregelung ist eine BFH-Entscheidung aus dem Jahr 2007,<sup>78</sup> der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die Ehefrau eines Gesellschafter-Geschäftsführers erhielt eine überhöhte Vergütung für ihre Mitarbeit in der GmbH.

<sup>76</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.9.2005, 4 K 2436/02, DStRE 2006, 33; einschränkend FG Nürnberg, Urteil vom 28.6.2001, IV 49/1999 – nV; zustimmend *Troll/Gebler/Jülicher*, ErbStG, a. a. O. (Fn. 28), § 13 Rdnr. 82.

<sup>77</sup> BFH, Urteil vom 29.1.2003, I R 50/02, BStBl II 2003, S. 768; zuletzt bestätigt im Urteil vom 30.11.2011, a. a. O. (Fn. 53).

<sup>78</sup> BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BStBl II 2008, S. 258.

Einkommensteuerlich und körperschaftsteuerlich führte dies zu einer verdeckten Gewinnausschüttung (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) an den Ehemann. Die Finanzverwaltung nahm darüber hinaus eine unentgeltliche Zuwendung zwischen Ehemann und Ehefrau an und veranlagte die Ehefrau entsprechend zur Schenkungsteuer. Der BFH hob den Steuerbescheid auf und rekurrierte wiederum auf das fehlende Zuwendungsverhältnis zwischen Ehemann und Ehefrau. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Ertragsteuerrechts sei dem Schenkungsteuerrecht fremd, so dass allenfalls eine freigebige Zuwendung zwischen Gesellschaft und Ehefrau vorliegen könne, was aber im Streitfall nicht zu entscheiden war.

## 2. Rechtsauffassung der Finanzverwaltung

Dieses obiter dictum hatte die Finanzverwaltung bereits im Erlass vom 20.10.2010 zum Anlass genommen, überhöhte Vergütungen an Gesellschafter oder Gesellschaftern nahestehende Personen der Schenkungsteuer zu unterwerfen.<sup>79</sup> Im Beispielsfall wäre also nicht nur die Kapitalgesellschaft in Höhe der überhöhten Vergütung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zur Körperschaftsteuer und der Ehemann gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zur Einkommensteuer zu veranlagern, sondern auch die Ehefrau wegen der von der GmbH erhaltenen erhöhten Vergütung zur Schenkungsteuer. Da Ehefrau und GmbH in keinem Verwandtschaftsverhältnis miteinander stehen, griffe die ungünstigste Steuerklasse III mit einem Freibetrag von nur 20.000 €.

Um die Konsequenzen der Verwaltungsauffassung zu mildern, bestimmt nun § 15 Abs. 4 GmbHG, dass Steuerklasse und Freibetrag nicht im Verhältnis Gesellschaft – Bedachter, sondern im Verhältnis Veranlasser – Bedachter bestimmt werden. Im Beispielsfall wäre die Zuwendung also nach Steuerklasse I mit einem Freibetrag von 500.000 € für Ehegattenzuwendungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) zu veranlagern. Im Gegensatz zu § 7 Abs. 8 ErbStG fingiert jedoch § 15 Abs. 4 ErbStG ausweislich der expliziten Gesetzesbegründung<sup>80</sup> kein Zuwendungsverhältnis zwischen Veranlasser und Bedachtem. Schenker und damit auch Steuerschuldner (§ 20 Abs. 1 ErbStG!) bleibt vielmehr die GmbH.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll eine Schenkung auch bei überhöhten Vergütungen an Mitgeschafter vorliegen.<sup>81</sup> Angenommen Vater V ist mit 90 %, Sohn S mit 10 % an einer GmbH beteiligt. S erhält als Angestellter der GmbH ein Jahresgehalt von 100.000 €, obwohl nur 50.000 € angemessen wären. Auf Körperschaftsebene ist die überhöhte Vergütung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht als Betriebsausgabe abziehbar. Auf Einkommensteuerebene soll nach Auffassung der Finanzverwaltung allerdings nur in Höhe der Beteiligungsquote des S (also i. H. v. 5.000 €) eine verdeckte Ge-

winnausschüttung und mithin Einkommen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 vorliegen. I. H. v. 45.000 € soll es sich dagegen um eine Schenkung der GmbH an S handeln, für deren Besteuerung nunmehr wiederum gemäß § 15 Abs. 4 ErbStG das Verhältnis Vater – Sohn zugrunde zu legen ist, falls V die überhöhte Vergütung veranlasst hat. Zusätzlich wäre V als Veranlasser der mittelbaren verdeckten Gewinnausschüttung i. H. v. 45.000 € gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG zur Einkommensteuer zu veranlagern. Erfolgen verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern, sind diese nach § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG allerdings schenkungsteuerbefreit.

## 3. Kritik

Die Auffassung der Finanzverwaltung erfährt zu Recht heftige Kritik im Schrifttum.<sup>82</sup> Eine Zuwendung durch eine Kapitalgesellschaft sei – von strafrechtlich relevanter Untreue abgesehen – stets gesellschaftsrechtlich veranlasst und mithin nicht unentgeltlich. Da somit kein gesetzlicher Schenkungsteuertatbestand eingreife und auch entgegen der Meinung der Finanzverwaltung keine gefestigte Rechtsprechung existiere, die eine freigebige Zuwendung zwischen Kapitalgesellschaft und Dritten annehme, gingen § 15 Abs. 4 ErbStG und § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG ins Leere.<sup>83</sup> Für die Gestaltungspraxis ist die Verwaltungsauffassung jedoch bis zu einer ggf. abweichenden Entscheidung der Rechtsprechung maßgeblich.

## V. Zusammenfassung

In dem Bestreben, eine vermeintliche Gerechtigkeitslücke in dem an solchen Lücken nicht gerade armen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht zu schließen, hat der Gesetzgeber einmal mehr unsystematische und in ihren Auswirkungen nicht durchdachte Neuregelungen hinzugefügt. Insbesondere § 7 Abs. 8 ErbStG schränkt die steuerunschädlichen Gestaltungsalternativen der Praxis ein, begründet nicht sachgerechte Ungleichbehandlungen und kann zur Doppelbesteuerung eines Vorgangs mit Ertrag- und Schenkungsteuer führen. Es bleibt zu hoffen, dass die Finanzverwaltung in einem klärenden Erlass einer einschränkenden Auslegung der Regelung das Wort redet und damit zu mehr Rechtsicherheit beiträgt. Das letzte Wort in der „unendlichen Geschichte“<sup>84</sup> der disquotalen Gesellschaftereinlagen scheint noch nicht gesprochen. Die zukünftigen Stellungnahmen zum Thema Freigebigkeit der Zuwendung, Bewertung der Wertsteigerung und Anwendbarkeit der Privilegierungen nach §§ 13 a, 13 b ErbStG bleiben ebenso mit Spannung abzuwarten, wie die zukünftigen Gerichtsentscheidungen betreffend überhöhte Zuwendungen von Kapitalgesellschaften an ihre Gesellschafter und diesen nahestehende Personen.

<sup>79</sup> Erlass vom 20.10.2010, a. a. O. (Fn. 5), Nr. 6.1 und 6.2.

<sup>80</sup> BR-Drucks. 253/11, S. 39.

<sup>81</sup> Fn. 79; ausführlich dazu *Christ*, ZEV 2011, 10; *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35).

<sup>82</sup> *Crezelius*, ZEV 2011, 393, 396; *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17553; *Korezkij*, a. a. O. (Fn. 35), 1460.

<sup>83</sup> So explizit *Potsch/Urbach*, a. a. O. (Fn. 26), 17755.

<sup>84</sup> *Hübner*, a. a. O. (Fn. 9), 1357.



## TAGUNGSBERICHT

# Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?

Symposium am 20.1.2012

Von *Caroline S. Rupp* und *Christopher Selke*, Würzburg

Das wissenschaftliche Symposium „Gemeinsames Kaufrecht für die EU?“, das am 20.1.2012 in Würzburg stattfand, war in mehrfacher Hinsicht eine vielseitige Gemeinschaftsproduktion: Organisiert wurde die Tagung vom Deutschen Notarinstitut, dem Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg und der Forschungsstelle Europäisches Privatrecht. Als Referenten waren namhafte Vertreter der verschiedensten deutschen Universitäten zugegen, der Kreis der Gäste erstreckte sich von Notaren und Richtern über Verbandsvertreter bis hin zur Wissenschaft, die durch alle Facetten – Studenten, Doktoranden, Professoren – vertreten war. Diesem breiten Spektrum an Teilnehmern stand eine mindestens ebenso große Palette an Themen und Aspekten gegenüber, die das eintägige Programm beeindruckend ausfüllte. Wie schon im Titel angekündigt, stand die Veranstaltung ganz im Zeichen der Frage nach dem kommenden Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht – und dabei insbesondere der Fragen nach einzelnen Gesichtspunkten seiner Ausgestaltung. Bislang dürften einige interessierte Fachkreise das Projekt des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts wohl grundsätzlich als sinnvollen und wünschenswerten Schritt begrüßt haben, so auch die Mehrzahl der Anwesenden. Doch da der Teufel bekanntlich im Detail steckt, bedeutet selbst eine Befürwortung des „Ob“ noch längst keine Einigkeit über das „Wann“ oder gar das „Wie“. Die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts als „Optionales Instrument“, das nur aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien zur Anwendung kommen soll, stellt hohe Anforderungen an seine Wettbewerbsfähigkeit – denn nur einem attraktiven und konkurrenzfähigen Instrument werden die Parteien den Vorzug gewähren. Seitdem die Kommission am 11.10.2011 ihren Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM (2011) 635 endg.) vorgelegt hat, hat diese Diskussion eine faktische Grundlage gewonnen, auf deren Basis Lob, Kritik und Verbesserungsmöglichkeiten konkret formuliert werden können.

Ziel der Würzburger Veranstaltung war es, die neuralgischen Punkte des Verordnungsvorschlags durch Referate und Diskussionen zu identifizieren und seine praktische Anwendbarkeit durch die vorgetragenen Lösungsansätze und konstruktive Kritik zu erhöhen. Dazu war die Veranstaltung in vier Blöcke unterteilt, in denen jeweils zwei bis drei thematisch verwandte Gesichtspunkte in je 20-minütigen Kurzreferaten vorgestellt wurden, denen sich dann eine gemeinsame Podiumsdiskussion anschloss.

Prof. Dr. *Oliver Remien* (Würzburg) eröffnete die Tagung mit einer kurzen Einordnung des Kommissionsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) in den größeren Kontext des Europäischen Privatrechts. Er verwies auf die lange Tradition internationaler Vertragsrechte auf internationaler (UN-Kaufrecht/CISG, UNIDROIT Principles) und europäischer (PECL, DCFR) Ebene und warf die Frage der Positionierung des Kommissionsvorschlags für ein optionales Instrument in diesem Kontext auf: Ist dieses – insbesondere im Vergleich zum ambitionierten und umfassenden DCFR, der eine der Hauptinspirationsquellen für das GEK darstellt

– doch kurz und knapp gefasste Instrument lediglich ein „optionaler Zwerg“ oder hat es das Potential, in seiner Anwendung und Wirkung zu einem „europäischen Giganten“ zu werden? Politische Ablehnung weiter Kreise in verschiedenen Mitgliedstaaten, manche Lücken und Unklarheiten und auch gewisse Unzulänglichkeiten der verschiedenen (sehr rasch ausgearbeiteten) Sprachfassungen lassen befürchten, dass der Weg zu einer erfolgreichen und übergreifenden Anwendung des GEK in der Praxis noch beschwerlich sein wird. Allerdings wäre es nicht nur verfrüht, sondern auch ungerecht, das GEK deswegen bereits heute nur als ein „Brüsseler Märchen“ zu bezeichnen. *Remien* schloss seine Begrüßung in der Hoffnung, das Symposium möge einen Beitrag zur Herausarbeitung der Chancen und des Verbesserungspotentials eines fakultativen Vertragsrechts leisten.

Nach diesen einleitenden Worten stellte zunächst Dr. *Claudia Moser* von der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission den Kommissionsvorschlag zusammenfassend vor. Sie verwies zunächst auf die gegenwärtige Rechtslage, die die Kommission als wirtschaftlich misslich erachtet: Grenzüberschreitende Transaktionen würden aus Sicht der Kommission häufig durch hohe Rechtsberatungskosten zur Ermittlung des maßgeblichen Vertragsstatuts erschwert. Damit bestünde nicht nur ein verringertes Angebot für Verbraucher, sondern auch das generelle Problem eines eingeschränkten Wettbewerbs. Das GEK als optionales Instrument böte eine Lösung für diese Probleme: Es bedeute keine Änderung der nationalen Rechte, sondern solle als alternatives Vertragsrechtsregime innerhalb der kollisionsrechtlich ermittelten Rechtsordnung neben die hergebrachten Vertragsrechtskodifikationen treten. Die Möglichkeit einer ausdrücklichen Wahl des GEK als anwendbares Recht für alle Kaufverträge würde Kosten sparen sowie für Rechtssicherheit und Vereinheitlichung sorgen. Als mögliche Rechtsgrundlage für eine GEK-Verordnung nannte *Moser* Art. 114 AEUV, da mit dieser die Hindernisse für den Binnenmarkt beseitigt und eine Annäherung sowie einheitliche Standards geschaffen würden. Sodann wurde der geplante Verordnungsinhalt grob umrissen. Dabei betonte *Moser* den umfassenden Charakter des GEK zur Regelung des „ganzen Lebenszyklus“ eines Kaufvertrags, wobei besonders sensible Bereiche sowie weniger bedeutsame Aspekte (zu letzteren zähle etwa die Stellvertretung!) ausgespart und nach wie vor dem nationalen Recht vorbehalten bleiben sollten. Betont wurde auch das aus Sicht der Kommission hohe Schutzniveau zugunsten der Verbraucher und der KMUs. Dem GEK komme ausschließliche Wirkung zu, so dass eine „dépeçage“ ausgeschlossen ist und Lücken im Wege ergänzender (autonomer) Auslegung ohne Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen zu füllen sind („ganz-oder-garnicht-Prinzip“). Schließlich streifte *Moser* noch kurz das Verhältnis des GEK zum Internationalen Privatrecht und zum UN-Kaufrecht und hob hervor, dass das GEK die kollisionsrechtlichen Verordnungen Rom I und Rom II unberührt lasse. Zusammengefasst präsentierte sie das GEK aus Sicht der Kommission als eine innovative Lösung für viele Probleme des grenzüberschreitenden Handels, die den gemeinschafts-

rechtlichen Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gerecht werde.

Die persönliche Teilnahme des nächsten Redners, Prof. Dr. Ole Lando (Kopenhagen), war leider aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich. Remien trug stellvertretend seinen Tagungsbeitrag vor. Dieser zog einen Vergleich des GEK mit dem UN-Kaufrecht. Gegenüber dem CISG weise das GEK einige Vorteile und Weiterentwicklungen auf: Exemplarisch wurden u. a. die Regeln zur Auslegung, zur Preisfestsetzung, zu unwiderruflichen Angeboten und zur „battle of forms“ genannt. Auch die Aufnahme der Kapitel 6 (Interpretation) und 7 (Contents and Effects) ins GEK, die im UN-Kaufrecht in dieser Form nicht zu finden sind, müsse als fortschrittliche Verbesserung begrüßt werden. Insgesamt fülle das GEK nicht nur einige Lücken des UN-Kaufrechts. Vielmehr seien auch inhaltliche Verbesserungen zu verzeichnen, wie etwa die Aufnahme des Prinzips von Treu und Glauben ins materielle Recht sowie die Normierung einer Zusammenarbeitspflicht. Sodann zog Lando die traurige Bilanz, dass dem GEK bisher eine eher ablehnende Aufnahme zuteil werde und es insbesondere bei Unternehmern und stakeholdern mit erheblicher Zurückhaltung zur Kenntnis genommen werde. Eine derartige Skepsis gegenüber neuen Regelwerken sei jedoch häufig zu registrieren. Anstelle einer opt-in-Lösung, die in der Praxis nur selten zur Anwendung führe, befürwortete Lando einen opt-out-Ansatz. Auch der Erfolg des UN-Kaufrechts beruhe darauf, dass dieses automatisch zur Anwendung käme. Auf Kritik stieß hingegen der grundsätzlich auf grenzüberschreitende B2C- und B2B-Geschäfte (unter Beteiligung eines KMU) beschränkte Anwendungsbereich des GEK. Anstelle der derzeitigen Öffnungsklausel, die den Mitgliedstaaten eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf innerstaatliche Geschäfte und/oder alle B2B-Verträge erlaubt, sei der persönliche Anwendungsbereich von vornherein möglichst weit zu fassen. Insgesamt fiel der Befund Landos trotz aller Befürchtungen positiv aus: Das GEK biete nicht nur einen Anlass zur Überarbeitung des UN-Kaufrechts, sondern müsse darüber hinaus als ein wesentlicher Schritt hin zu einem künftigen Europäischen Vertrags- oder Zivilgesetzbuch begriffen werden.

Die nächsten beiden Referate waren dem Anwendungsbereich des GEK gewidmet: Prof. Dr. Stefan Leible (Bayreuth) stellte den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des GEK vor. Zunächst erläuterte er die beiden viel diskutierten Strukturansätze des „2. Vertragsrechtsregimes“ und des „27+1-Modells“. Letzteres würde das Optionale Instrument als eine unionsrechtliche Rechtsordnung etablieren, die im Wege der Rechtswahl über Art. 3 Rom I-VO für anwendbar erklärt werden kann. Diese kollisionsrechtliche Lösung wäre klar und stringent, brächte jedoch Probleme im Verhältnis zu Art. 6 Rom I-Verordnung sowie eventuell vorrangigen staatsvertraglichen Kollisionsnormen mit sich. Dem gegenüber steht das Modell eines 2. Vertragsrechtsregimes, das entweder im Wege des Einheitsrechts – etwa einer Verordnung mit eigenen Kollisionsregeln – oder als sog. „Vorschaltlösung“ ausgestaltet werden kann. Bei der letztgenannten verweist das unverändert anzuwendende Kollisionsrecht zunächst in die Rechtsordnung eines Mitgliedsstaates, auf dessen Ebene dann zwischen dem „klassischen“ nationalen Recht und dem GEK gewählt werden kann. Die Entscheidung der Kommission für eine solche Lösung lege einen gewissen Wunsch, IPR-Fragen zu vermeiden, nahe. Sie führe jedoch zu einer umfassenden Anwendbarkeit des GEK auch für Sachverhalte mit Drittstaatenbezug. Weiterhin stelle sich die Frage nach dem Verhältnis des GEK zu nationalen Eingriffsnormen. Können Mitgliedstaaten das GEK durch die Deklaration einzelner Normen zu

zwingendem Recht i. S. v. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO (partiell) aushebeln? Diese Frage wurde von Leible im Hinblick auf diejenigen Gebiete, die Inhalt des GEK sind, verneint; nach wie vor sollten jedoch die Eingriffsnormen außerhalb des Regelungsbereichs des GEK bestehen bleiben.

Im Anschluss beleuchtete der Vortrag die Anwendung des GEK bei grenzüberschreitenden B2C- sowie B2B-Verträgen. Im Hinblick auf die kollisionsrechtlichen Voraussetzungen weise insbesondere der in Art. 6 Rom I-VO etablierte Verbraucherschutzmechanismus Probleme auf. Auch wenn dieser für das GEK nicht zur Anwendung komme, könne der von ihm geforderte Günstigkeitsvergleich bei Fällen mit Drittstaatenberührung zu Komplikationen führen. Darüber hinaus wurde die sehr weite Auslegung des für die Anwendung erforderlichen grenzüberschreitenden Moments als potentiell konfliktträchtig erachtet. Ferner bedürfe der komplizierte Mechanismus zur Vereinbarung des GEK, dessen materielle Wirksamkeit – vergleichbar Art. 10 Rom I-VO – nach den eigenen Regeln zu beurteilen ist, einer sorgfältigen Überarbeitung. Dagegen bereite die zum Zwecke der Lückenfüllung erforderliche Heranziehung des kollisionsrechtlich berufenen nationalen Rechts keine Schwierigkeiten. Für den Bereich der B2B-Verträge sei weniger Konfliktpotential auszumachen – insbesondere beim Verhältnis zum UN-Kaufrecht wären keine Konflikte auszumachen, weil die Entscheidung zugunsten des GEK als konkludente Abwahl des CISG zu verstehen sei. Das von Leible gezogene Fazit attestierte der Vorschaltlösung zur Wahl des GEK grundsätzlich gewisse Praktikabilität, die auch durch Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO nicht ernsthaft eingeschränkt werde. Verbesserungsbedarf bestünde indes noch im Bereich der Verträge mit Drittstaatenbezug sowie der zu subjektiv ausgestalteten räumlich-persönlichen Anknüpfungsmerkmale. Der Vortrag schloss mit einer Empfehlung zur grundsätzlichen Öffnung des GEK für rein nationale Sachverhalte.

Mit Prof. Dr. Thomas Pfeiffer (Heidelberg) widmete der nächste Redner sein Referat den Fragen der Vertragsparteien und des Vertragsgegenstandes. Neben der Integration des Verbrauchervertragsrechts (seit jeher ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft) wurde zunächst die Notwendigkeit der Aufnahme von B2B-Verträgen (ungleich größere Relevanz, leichtere Bewältigung neuer rechtlicher Anforderungen durch geschäftserfahrene Akteure, kein Binnenmarkt ohne B2B etc.) in den Anwendungsbereich des GEK akzentuiert. Die derzeit vorgesehene Beschränkung des Anwendungsbereichs auf B2B-Geschäfte unter Beteiligung wenigstens eines KMU (quasi „KMU2B“- bzw. „B2KMU“-Verträge) und grenzüberschreitende Sachverhalte sei unbedingt aufzugeben: Zum einen eröffneten sich durch die Definition der KMU verschiedene neue Abgrenzungsfragen, zum anderen werde durch Art. 13 des Verordnungsentwurfs ohnehin die Möglichkeit einer Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs durch einzelne nationale Gesetzgeber geschaffen. Ebenso unvorteilhaft sei die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verbraucherkäufe. Pfeiffer lieferte mit dem Verweis auf das Beispiel von Ebay-Geschäften einen Beleg für die Existenz eines Binnenmarktes der Verbraucherverkäufe. Auch hier müsse ein Optionales Instrument zur Verfügung stehen.

Anschließend wurden verschiedene Aspekte des gegenständlichen Anwendungsbereichs aufgezeigt. Vor allem bei der Legaldefinition der „verbundenen Dienstleistungen“, die z.B. auch den Einbau gelieferter beweglicher Sachen umfasse, sei auffällig, dass der gegenständliche Anwendungsbereich jedenfalls nach deutschem Verständnis bis weit ins Werkvertragsrecht hineinreiche. Durch Negativdefinition ausgenom-

men seien hingegen Mischverträge mit einem weiteren Element und Finanzierungshilfen, unter denen insbesondere Finanzierungsleasingverträge oder verbundene Verbraucherkreditverträge zu verstehen sind. Das Verbot einer Vereinbarung des GEK in diesen Fällen – eine Beschränkung, die im seltenen Fall einer Schiedsvereinbarung nicht greift – wurde als unnötig restriktiv beurteilt. Pfeiffer bewertete das GEK zusammenfassend als gegenüber einem umfassenden Vertrags- und Schuldrecht verkürztes Werk, das gleichwohl unter der Bedingung gewisser inhaltlicher Korrekturen empfohlen werden könne. Mit dieser Schlussbemerkung verband er ein lebhaftes Plädoyer für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf alle Arten von Parteien sowie die Erweiterung der Wahlmöglichkeit auch auf innerstaatliche B2B-Verträge.

Im zweiten Veranstaltungsblock untersuchte zunächst Prof. Dr. Thomas Ackermann (LMU München) das GEK kritisch auf seine Eignung als Instrument zur Regelung von B2B-Geschäften. Von vornherein räumte er ihm keine Chance auf den ersten Platz im „Wettbewerb der Vertragsrechte“ ein und kritisierte auch die Aussagekraft der zur Begründung seiner Notwendigkeit herangezogenen Umfragen. Gleichwohl müsse das Problem der durch verschiedene nationale Rechte erhöhten Transaktionskosten zur Kenntnis genommen werden. Hier könne ein optionales Einheitsrecht eine sinnvolle Lösung darstellen – in dieser Hinsicht stünden dem GEK allerdings die Beschränkungen der Anwendbarkeit bei KMU-Beteiligung sowie die Aussparung wesentlicher Bereiche wie Stellvertretung (!) oder Sittenwidrigkeit im Wege. Für B2B-Transaktionen seien zudem die im Vergleich zu anderen Vertragsrechten relativ hohen Beschränkungen der Vertragsgestaltungsfreiheit (etwa durch die AGB-Kontrolle) von Nachteil. Des Weiteren kritisierte Ackermann verschiedene Bereiche wie die Irrtumsregelung als der Vertragsstabilität abträglich und monierte die fehlende Vorhersehbarkeit des GEK. Dieses müsse als neues Rechtsinstrument präziser sein als bereits in der Praxis etablierte Regelwerke. In seiner derzeitigen Fassung schüfe das GEK durch die häufige Verwendung von Generalklauseln sowie offenen Rechtsbegriffen indes zusätzliche Rechtsunsicherheit. Die Gefahr divergierender nationaler Auslegungen und das Fehlen einer zentralen Auslegungsinstanz sei hierbei eben so groß wie die unabsehbaren Probleme, die aus dem Zusammenspiel unterschiedlicher nationaler Zivilprozessrechte entstehen könnten. Im Ergebnis seien die Chancen des GEK auf eine Akzeptanz im Wege des opt-in, insbesondere für B2B-Verträge, eher gering. Daraus erwachse die nicht unerhebliche Gefahr, dass aus dem opt-in-Modell zunächst ein opt-out-Modell werde, um – bei einer dann einsetzenden Flucht der Parteien aus dem GEK – in einer zwingend anwendbaren EU-Kodifikation zu gipfeln. Eine derartige Entwicklung könne jedoch durch eine sorgfältige und umfassende inhaltliche Verbesserung des GEK vermieden werden, die viel eher zu einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität im Rechtsverkehr führe.

Das Referat von Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit (LMU München) setzte sich zunächst mit den Funktionsbedingungen eines einheitlichen europäischen Kaufrechts auseinander. Das Vertragsrecht werde als dynamischer Rechtsbereich durch den Grundsatz der Dispositivität und die Komplexität des Normenbestands geprägt, müsse weiterhin regelungstechnisch flexibel bleiben und sei nicht zuletzt auf die richterliche Rechtsfortbildung angewiesen. Im Kontext des GEK stelle sich nicht nur das Problem, dass auf keinerlei gefestigte Rechtsprechung zur Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zurückgegriffen werden kann, sondern auch das grundlegende Problem einer fehlenden obersten Auslegungsinstanz. Der EuGH sei auf die Beantwortung isolierter Vorlagefragen

beschränkt und überdies von der Vorlagebereitschaft der mitgliedstaatlichen Gerichte abhängig; eine Instanzenentwicklung sei in keiner Weise gewährleistet. Damit bestünde für das GEK keine effektive Gerichtsbarkeit. Vor dem Hintergrund eines fehlenden umfassenden wissenschaftlichen Diskurses, unklarer Wertungsmaßstäbe sowie der „planmäßigen Lückenhaftigkeit“ könne von einem Mehr an Rechtssicherheit keine Rede sein.

Im Anschluss legte Grigoleit die aus seiner Sicht fehlende EU-Kompetenz zur Schaffung eines gemeinsamen Kaufrechts dar. Mangels einer speziellen Rechtsgrundlage müsse auf die generalklauselartige Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV zurückgegriffen werden. Bereits das relativ streng zu handhabende Erfordernis eines Binnenmarktbezugs sei nicht erfüllt, da die Regelvielfalt zwischen den Mitgliedstaaten grundsätzlich toleriert werden müsse. Außerdem erschließe sich ihm nicht, inwiefern ein Optionales Instrument spürbar zur Binnenmarktförderung beitragen könne. Sowohl für ein verbindliches als auch für ein optionales Kaufgesetz-Regelwerk sei die Kompetenz der EU daher zu verneinen. Ein Rückgriff auf die Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV verbiete sich – abgesehen von der praktischen Problematik hoher Zustimmungsanforderungen –, da darauf nur konkrete Ergänzungsmaßnahmen, nicht jedoch originäre Rechtsangleichungsmaßnahmen gestützt werden könnten. Das GEK sei in dieser Form also weder funktional noch kompetenzrechtlich zu befürworten. Vielmehr müssten in einem längeren Entwicklungsprozess zunächst „Stabilitätskriterien“ wie eine belastbare EU-Kompetenz und eine effektive Gerichtsbarkeit geschaffen werden. Schließlich sei auch eine möglichst einheitliche Rechtssprache innerhalb der EU zu entwickeln, bevor ein europäisches Kaufrecht überhaupt erfolgreich funktionieren könne.

Der Veranstaltungsblock nach der Mittagspause befasste sich vorrangig mit den deutschen Schuldrechtlern vertrauten Themen der AGB-Kontrolle und der Informationspflichten und Widerrufsrechte. Ausgehend vom Fortbestand der nationalen Umsetzungen der Klausel-Richtlinie neben dem GEK diskutierte Prof. Dr. Wolfgang Ernst (Universität Zürich) die Frage der Bindung an das europäische Sekundärrecht: Beim Erlass einer GEK-Verordnung sei der EU-Gesetzgeber nicht durch den Acquis gebunden, so dass es der Klärung bedürfe, ob und inwieweit das GEK ein Abbild des Acquis darstellen solle. Sodann untersuchte er die AGB-Regelungen des GEK; diese betreffen teils alle „nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen“ und nur anteilig die zur wiederholten Anwendung konzipierten „Standardbedingungen“. Die Einbeziehungskontrolle entspricht weitgehend der Regelung des § 305 Abs. 2 BGB (Unklarheitenregel, Transparenzgebot, Vorrang individuell ausgehandelter Klauseln); auch eine Regelung der „battle of forms“ ist vorhanden. Die Inhaltskontrolle setzt verschiedene Maßstäbe der „Unfairness“ für Verbraucher- und B2B-Verträge. Während für Erstere sowohl eine Generalklausel als auch ein Katalog für Klausel-Tatbestände mit und ohne Wertungsmöglichkeit besteht, sei das Erfordernis eines „gröblichen Widerspruchs zur Handelspraxis“ für Letztere als Versuch eines schärferen Maßstabs zu werten. Ernst bemängelte die komplexe und zu stark germanistisch beeinflusste Regelungstechnik, die detailüberladen und daher intransparent sei. Bei Realisierung der Vereinfachungspotentiale sei ein deutlich schlankeres und einfacher zu handhabendes Regelwerk anzustreben, vor übereilten Umsetzungen könne nur gewarnt werden.

Eine positive Bilanz zog Prof. Dr. Dirk Looschelders (Düsseldorf) zu den Aspekten der Informationspflichten des Unternehmers und der Widerrufsrechte des Verbrauchers, die sich

stark an den bestehenden Richtlinien-Regelungen orientieren. Die systematisch aufgebauten Informationspflichten seien in Bezug auf die Fernabsatz-Richtlinie gleichwertig, gegenüber der Haustür-Richtlinie deutlich erweitert; allerdings seien die Kataloge, die für sonstige Verträge etwas reduziert anzuwenden sind, teils zu umfangreich und durch den Verbraucher kaum zu verarbeiten. Hinsichtlich der Belehrung über das Widerrufsrecht wurde auf ein Redaktionsversehen in Art. 17 Abs. 2 GEK hingewiesen. Die als Generalklausel ausgestalteten Informationspflichten bei B2B-Verträgen entsprächen weitgehend denen für Verbraucherverträge. Analog zur E-Commerce-Richtlinie sehe auch das GEK Informationspflichten sowie die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Anerkennung der Zahlungspflicht bei elektronischem Vertragsabschluss vor.

Der eigenständig geregelte Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge einer Informationspflichtverletzung müsse als Fortschritt gegenüber dem bisherigen Acquis gewertet werden. Problematisch könne jedoch sein, dass dieser nur auf Geld, nicht jedoch auf Vertragsaufhebung gerichtet sei; auch das Verhältnis zur Anfechtung sowie zu Schadensersatzansprüchen wegen Vertragspflichtverletzung bedürfe noch der Klärung. Im Bereich des Verbraucher-Widerrufsrechts bestünden gegenüber den Richtlinien-Regelungen nur wenige Neuerungen. Positiv seien hier vor allem die einheitliche Regelung des Fristbeginns sowie das Musterformular zu bewerten. Zu Problemen könne jedoch der entsprechend der Messner-Entscheidung geregelte, in vielen Details aber noch unbeantwortete Fragenkomplex der Haftung des Verbrauchers bei Wertverlust der Ware führen. Aufgrund der weitgehenden Richtlinien-Entsprechung beurteilte *Looschelders* die Regelungen als insgesamt gelungen und nicht wesentlich verbesserungswürdig.

Im abschließenden Block thematisierte zunächst Prof. Dr. *Beate Gsell* (LMU München) die Frage der Lückenhaftigkeit des Verordnungsentwurfs. Ähnlich dem UN-Kaufrecht seien auch im GEK sowohl innerhalb des Regelungsbereichs als auch außerhalb seines Umfangs Fragenkomplexe bewusst unregelt gelassen worden. Für die internen Lücken (vgl. Positivliste in Erwägungsgrund 29) sei europarechtlich eine rein autonome Schließung geboten – wobei der DCFR und andere Regelwerke nur mittelbar zu verwenden seien. Dies sei durchaus problematisch, da das GEK formal-begrifflich eher am DCFR als am Richtlinien-Acquis orientiert sei und Divergenzen zu Letzterem die Anwendung der Acquis-Auslegung und -Rechtsprechung auf das GEK erschweren würden. Dadurch drohe die Gefahr einer uneinheitlichen Entwicklung des Verbrauchervertragsrechts. Externe Lücken (vgl. Negativliste in Erwägungsgrund 27) würden dagegen weiterhin dem kollisionsrechtlich berufenen Sachrecht unterliegen, sodass auch bei Wahl des GEK für substantielle Bereiche die Anwendung nationalen Rechts (mit den entsprechenden Transaktionskosten) vonnöten bleibe. Dies sei umso schwerwiegender, als diese externen Lücken teils hohe praktische Relevanz besitzen und es im Extremfall in Drittstaaten-Fällen zur parallelen Anwendung von bis zu drei Rechtsordnungen (GEK, Wahlrechtsordnung, nach Art. 6 Rom I anwendbares Recht) kommen könne. Darüber hinaus behindere der Umfang dieser externen Lücken die Rechtsdurchsetzung, da sie der Schaffung eines „europäischen Revisionsverfahrens“ entgegenstehen würden. Insofern müsse damit gerechnet werden, dass die externen Lücken der Wahl des GEK in der Praxis abträglich seien. Allerdings könnten externe Lücken bei einem solchen Projekt kaum gänzlich vermieden werden.

Prof. Dr. *Florian Faust* (Bucerius Law School, Hamburg) stellte anschließend die wichtigsten Aspekte des Leistungs-

störungsrechts vor. Auch wenn – mit den Worten des Referenten – jeder Versuch einer Darstellung des Leistungsstörungsrechts innerhalb von 20 Minuten einer anfänglichen Unmöglichkeit gleichkomme, gab der Vortrag einen fundierten und systematischen Überblick über die wesentlichen Charakteristika. Der Begriff der Leistungsstörung umfasst nach dem GEK die Nichtleistung, die Schlechtleistung und die Zuspätleistung. Zentraler Aspekt dafür ist die Vertragsmäßigkeit der Waren – diese ist nach dem teils an das UN-Kaufrecht angelehnten Regelungskatalog des Art. 100 GEK zu beurteilen, abweichende Vereinbarungen sind (für Verbraucherverträge eingeschränkt) zulässig. Potentiell problematisch könne hier zum einen das „Zur-Kennntnis-Bringen“ eines geplanten Verwendungszwecks sein. Zum anderen sei die Norm im Zusammenhang mit Montage, Montageanleitungen und Zubehör revisionsbedürftig und ihr Verhältnis zu Art. 69 GEK einigermaßen unklar. Die Regelungen der Rechtsbehelfe enthielten zwar ein gewisses begrifflich-stilistisches Verbesserungspotential („die Abhilfe als Unterfall der Abhilfe“), allerdings könne das System der Rechtsbehelfe abgesehen von einigen Detailmängeln als grundsätzlich gelungen zusammengefasst werden. Im Zusammenhang der Ausschlussgründe müsse als Problem vor allem die Möglichkeit der Entschuldigung des Händlers bei nicht erkennbaren Produktionsfehlern genannt werden. Verschiedene ungelöste Detailprobleme sowie Übersetzungsfehler der einzelnen Sprachfassungen gäben jedoch Anlass zu einer Warnung vor übereilten Umsetzungsakten.

Der letzte Vortrag des Tages schloss sich thematisch nahtlos an: Prof. Dr. *Christiane Wendehorst* (Wien) stellte die Regelungen des GEK in den Bereichen des Schadensersatzes und der Rückabwicklung von Verträgen vor. Diese sind weitgehend an den bestehenden internationalen Kodifikationen orientiert. Die Schadensersatz-Normen entsprächen weitgehend bekannten Regelungen, einige klärende Hinweise zum Bedeutungsgehalt einzelner Begriffe seien jedoch wünschenswert. Die Einschränkungen der Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden seien als rechtspolitisch motiviert zu werten. Als problematisch wurden hingegen der Anwendungsbereich der Schadensersatzregelungen und ihr Verhältnis zu in anderen Normen enthaltenen Schadensersatzansprüchen dargestellt. Am Komplex der Verzugszinsenregelungen wurde redaktionelle Kritik geübt – der Aufbau der Normen sei unklar, Art. 167 Abs. 2 GEK deshalb auch inhaltlich zu überarbeiten. Als problematisch erachtete *Wendehorst* jedoch in erster Linie die Rückabwicklung: Zwar auf den ersten Blick sinnvoll, sei der Normenkomplex insgesamt defizitär und inkohärent. Neben dem Fehlen zentraler Regelungen (z.B. zum Leistungsort oder zu den Rückabwicklungskosten) mangle es an einer Definition der herauszugebenden Sach- und Rechtsfrüchte sowie an einem klaren Verhältnis der Ersatz- und Herausgabepflichten untereinander. Die Regelung der Surrogat-Herausgabe erscheine ungerecht und nicht im Einklang mit den Normen anderer Bereiche des GEK. Gänzlich misslungen wäre auch die Rückabwicklung des Erwerbs digitaler Inhalte, für die der volle Wertersatz nicht zu rechtfertigen sei. Verschiedene andere größere und kleinere Mängel ließen *Wendehorst* für eine völlige Neufassung der Rückabwicklungs-Regeln plädieren, während das Schadensersatz- und Verzugszinsenrecht mit inhaltlichen bzw. redaktionellen Änderungen als geeignete Lösung in Betracht komme.

In den Diskussionen, die sich den jeweiligen Veranstaltungsböcken anschlossen, wurden viele der in den Referaten aufgeworfenen Probleme aufgegriffen und vertieft. Neben einzelnen inhaltlichen Aspekten wie beispielsweise dem Schenkungsrecht für digitale Inhalte, der Erfassung von Rechnungs- und Ratenkaufverträgen oder dem Wirkungsspielraum natio-

naler Eingriffsnormen wurden auch grundsätzliche Fragen angesprochen. Die zentrale Problematik der von der Kommission gewählten Ermächtigungsgrundlage des Art. 114 AEUV wurde dabei mehrfach kontrovers thematisiert und bot Anlass zur Frage nach der Rechtmäßigkeit des Verordnungserlasses. Die Problematik der einheitlichen Auslegung und Rechtsprechung sowie die Aussparung wesentlicher Bereiche wie des Stellvertretungsrechts und der Sittenwidrigkeit riefen bei vielen Teilnehmern starke Bedenken gegen das optionale Instrument in seiner jetzigen Fassung hervor. Der von zahlreichen Anwesenden zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Zustimmung wurde von beinahe ebenso vielen anderen Diskussionsteilnehmern mit großer Skepsis begegnet, die die Notwendigkeit eines solchen Instruments an sich bzw. in dieser Form hinterfragten. In diesem Zusammenhang war auch die massive Kritik an den zugrundegelegten Umfragen und Studien unüberhörbar. Wiederholt wurden dabei erhebliche Bedenken und Einwände gegen die Vorgehensweise der Kommission laut. In der lebhaften Diskussion flammte mehrfach die Frage auf, ob der derzeitige Verordnungsentwurf nicht inhaltlich, rechtspolitisch und praktisch in jeglicher Hinsicht als untauglicher Schnellschuss bewertet werden müsse – ein kri-

tischer Punkt, der naturgemäß aus der jeweiligen Sicht der Beteiligten unterschiedlich beantwortet werden muss und zu dem im Plenum das gesamte Meinungsspektrum abgedeckt wurde.

Es erweist sich als Ding der Unmöglichkeit, aus der Vielzahl der Stellungnahmen einen allgemeinen Tenor der Tagung herauszukristallisieren. Trotz der fundamentalen Skepsis einiger Teilnehmer gegenüber dem optionalen Instrument an sich und der ausdrücklichen Befürwortung durch andere Zuhörer herrschte weitgehender Konsens, dass der derzeitige Verordnungsentwurf noch große Lücken und eine Vielzahl ungelöster dogmatischer und praktischer Probleme aufweist. Daher standen beinahe alle Diskussionsteilnehmer einer baldigen übereilten Umsetzung des aktuellen Verordnungsentwurfs eher ablehnend gegenüber. Die Tagung lieferte viele fundierte und praxisorientierte Ansätze, auf welche Weise die Probleme des „Wie“ und des „Wann“ zu lösen sein könnten. Es bleibt zu hoffen, dass die einzelnen Stellungnahmen und Wortbeiträge nicht nur die wissenschaftliche Diskussion beflügeln, sondern auch von der Kommission zur Kenntnis genommen werden – im Idealfall als Inspirationsquelle für die finale Ausgestaltung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Alsmann: Sicherung des Leistungsaustausches bei Grundstückskaufverträgen. Duncker&Humblot, 2011. 195 S., 82 €**

Das Buch mit dem Titel „Sicherung des Leistungsaustausches bei Grundstückskaufverträgen“ behandelt speziell Fragestellungen der notariellen Praxis. Die Autorin nimmt sich als Doktorandin mutig eines sehr praxisbezogenen Themas an. Behandelt werden nicht nur wissenschaftlich-juristische Fragestellungen, sondern vor allem auch der Urkundsvollzug und die tatsächliche Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages. Die Dissertation ist durchweg auf die Praxis ausgerichtet, weniger verbreitete Sicherungsmittel – wie z. B. eine Absicherung des Verkäufers mittels Bankbürgschaft – werden lediglich kurz angerissen.

Inhaltlich befasst sich die Arbeit in einem ersten Abschnitt mit der Vormerkung als dem zentralen Sicherungsmittel zugunsten des Käufers. Dieser Sicherungsmechanismus ist dem Notar gut bekannt, lediglich die mögliche analoge Anwendbarkeit des § 883 Abs. 2 BGB für den Fall einer nachträglichen Vermietung wird durch die Verfasserin ins Gedächtnis gerufen. Dabei bezieht die Autorin argumentativ nachvollziehbar Stellung für eine analoge Anwendung.

Der zweite Abschnitt befasst sich mit dem Schutz des Verkäufers vor dem Verlust seines Eigentums vor Erhalt des Kaufpreises. Erörtert werden die klassischen Möglichkeiten: die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung, die Ausfertigungssperre sowie die Aussetzung der Eintragungsbewilligung. Am Rande – wegen ihres geringen tatsächlichen Vorkommens – werden als zu unsichere Gestaltungen der wechselseitige Verzicht auf das Antragsrecht sowie die sog. „Badische Lösung“, bei der der Verkäufer die vom Käufer nach § 177 Abs. 1 BGB erklärte Auflassung genehmigt und der Notar diese Genehmigung treuhänderisch bis zur Kaufpreiszahlung verwahrt, verworfen. Favorisiert werden nach eingehender Erörterung der Vorzüge und Nachteile der Gestaltungsmodelle die Ausfertigungssperre und die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung. Gegen die Aussetzung der Bewilligung führt die Autorin an, dass nicht ohne Zweifel sei, ob für die Eigentumsumschreibung neben dem Nachweis der Einigung nach § 20 GBO überhaupt eine zusätzliche Bewilligung nach § 19 GBO erforderlich ist. Dennoch ist zu bemerken, dass auch die Ausset-

zung der Bewilligung in der Praxis reibungslos funktioniert und die Rechtsprechung der OLGs eine Bewilligung neben dem Nachweis der Einigung für erforderlich hält.

Daneben behandelt das Buch freilich die Abwicklung über Notaranderkonto, die Sicherstellung der Löschung der Eigentumsvormerkung bei Scheitern des Vertrages sowie die Sicherung der Lastenfreistellung. Die Modelle sind weitgehend bekannt, die Verfasserin arbeitet die gängigen Sicherungsmethoden auf: Mit der sog. Schubladenlöschung der Vormerkung kann der Verkäufer eine unrichtig gewordene Eigentumsvormerkung ohne Mitwirkung des Käufers aus dem Grundbuch austragen lassen. Zur Sicherung der Lastenfreistellung ist die Kaufpreiszahlung als Vertrag zugunsten der abzulösenden Grundpfandrechtsgläubiger (§§ 328 f. BGB) der Abtretung des Kaufpreisanspruches an die Grundpfandrechtsgläubiger vorzuziehen, weil die Abtretung zusätzlich einer Annahmeerklärung bedarf, welche bei einer Pfändung des Kaufpreisanspruches beim Verkäufer „zu spät“ kommen kann.

Zuletzt erfolgt ein kurzer Abriss über die Vertragsabwicklung bei Beteiligung eines Testamentsvollstreckers, Betreuers oder eines Insolvenzverwalters. Eingehender befasst sich die Arbeit hier mit dem Streit um die analoge Anwendung des § 878 BGB für den Fall des Wegfalls der Verfügungsmacht sowie mit den verschiedenen Alternativen der Insolvenz (des Käufers, des Verkäufers, bei erfülltem oder noch nicht vollzogenem Kaufvertrag).

Insgesamt ist der hohe Praxisbezug des Werkes positiv hervorzuheben, wobei dem erfahrenen Praktiker die aufgezeigten Sicherungsmechanismen bekannt sind. Daher eignet sich das Werk m. E. in erster Linie für Notarassessoren oder als Einstieg für den am Notarberuf interessierten Juristen. Im Gegenzug zur Praxistauglichkeit des Werkes sind einige Themenkomplexe nach Geschmack der Rezensentin zu kurz und nicht in aller wissenschaftlichen Breite ausgearbeitet. An mancher Stelle begnügt sich die Verfasserin mit dem Referieren der Rechtsprechung ohne deren Argumente in Frage zu stellen. Natürlich kann eine Doktorarbeit in diesem Umfang auch nicht alles leisten. Aber es ist immer erfreulich, wenn Probleme, vor denen die Kautelarpraxis jeden Tag steht, wissenschaftlich aufgearbeitet und durchdrungen werden.

Notarassessorin Dr. *Melanie Falkner*, Bamberg

### **Brauer: Der Zugewinnausgleich. Giesecking, 2011. 343 S., 49 €**

Rechtsanwalt und Notar Dr. *Max Brauer* (Berlin) greift in seiner in der Reihe FamRZ-Buch erschienenen Publikation zum Zugewinnausgleich neben allgemeinen Darstellungen auch aktuelle Themen auf und analysiert diese problemorientiert. Die Änderungen, die durch das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts erfolgt sind, wurden in diesem erstmals veröffentlichten Werk bereits berücksichtigt. Ferner wird auch der neu geschaffene deutsch-französische Wahlgüterstand behandelt. Das entsprechende Abkommen ist als Anhang dem Werk beigelegt.

In sieben Kapiteln widmet sich der Autor der Thematik des Zugewinnausgleichs. Im Anschluss an einen allgemeinen Überblick (Kapitel 1) folgt in Kapitel 2 in der gebotenen Kürze eine Darstellung des „erbrechtlichen“ Zugewinnausgleichs. Im umfangreichsten Kapitel des Buches (Kapitel 3) widmet sich der Autor schließlich auf rund 187 Seiten dem güterrechtlichen Zugewinnausgleich.

Hierbei hat der Verfasser die aktuelle Rechtsprechung berücksichtigt. U. a. geht der Notar in Rdnr. 345 ff. fundiert auf die aktuelle BGH-Entscheidung zur Schwiegerelternzuwendung (siehe BGH, MittBayNot 2011, 138 m. Anm. *Bruch*) ein. Er kritisiert die Rechtsprechung des BGH, die die Rückgabepflichtung schon im Anfangsvermögen des beschenkten

Schwiegerkinds berücksichtigt, um so eine ungebührliche Verringerung des Zugewinns des Schwiegerkinds durch die Ausübung des Rückforderungsanspruchs zu verhindern, die eintreten würde, wenn die Zuwendung (ohne Berücksichtigung des Rückforderungsanspruchs) vollumfänglich dem Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB zugerechnet würde. Durch diese Konstruktion setze sich der BGH in Widerspruch zum Stichtagsprinzip. Der Autor räumt aber ein, dass es eine befriedigende Situation für dieses Dilemma kaum gibt, und warnt davor, die Ehe stets zur Geschäftsgrundlage für eine Zuwendung zu erheben. Zu Recht betont er die Vertragsgestaltungsfreiheit der Parteien, sich über ein etwaiges Rückforderungsrecht ausdrücklich zu einigen, wobei sich aber für den Gestalter die Frage nach dem Ansatz der Zuwendung im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB ebenfalls stellt. Sollte also eine in der notariellen Praxis eher selten anzutreffende direkte Schwiegerkindzuwendung vorliegen, sollte im Rahmen eines „Dreiecksvertrages“ zwischen Schenker (Schwiegereltern), Beschenkten (Schwiegerkind) und Ehegatte des Beschenkten ausdrücklich geregelt werden, dass im Falle der Ausübung des vereinbarten Rückforderungsrechtes anlässlich der Scheidung, das Anfangs- und Endvermögen des Beschenkten ohne die Zuwendung zu ermitteln ist.

Neben der Schwiegerkindzuwendung werden auch andere aktuelle Entscheidungen behandelt, so z. B. die Problematik der Berücksichtigung des mit einer Zuwendung übernommenen Wohnrechts, einer Leibrente, eines Nießbrauchs und ähnlicher Rechte (Rdnr. 349 ff., siehe u. a. BGH, NJW 2007, 2245 = MittBayNot 2008, 129). Der Autor gibt hier zutreffend den aktuellen Stand der Rechtsprechung wieder, die nunmehr die Belastung sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen nicht mehr außen vor lässt, sondern vielmehr entsprechend berücksichtigt. Der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts der vorbehaltenen Rechte infolge fortschreitenden Alters des Berechtigten ist als privilegierter Erwerb gesondert zu erfassen.

Die weiteren Kapitel 4 und 5 beschäftigen sich mit Themen, die in der notariellen Praxis kaum eine Rolle spielen dürften, so u. a. die einzelnen Auskunfts- und Informationsrechte sowie der vorzeitige Zugewinnausgleich. Auch die in Kapitel 6 behandelte Thematik des Zugewinnausgleichs im Prozess dürfte für den Notar rein informatorische Bedeutung haben.

Aus Sicht des Notars interessanter ist hingegen Kapitel 7, welches sich mit den vertraglichen Aspekten des Zugewinns beschäftigt. Sofern der Autor hier behauptet, dass im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Scheidung die Zugewinnsgemeinschaft durch Ehevertrag zu beenden aus Kostengründen die Ausnahme sein sollte, und er ferner anführt, dass der Ehevertrag hohe Kosten verursacht, ist ihm allerdings zu widersprechen. Der Verfasser schlägt vor, zunächst das Scheidungsverfahren einzuleiten und den Stichtag zu schaffen und sodann eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleichsanspruch zu treffen (§ 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB). Schon aus Haftungsgründen dürfte der Notar jedoch kaum anraten, die Vereinbarung zu verschieben, bis das Scheidungsverfahren eingeleitet wird. Richtigerweise kann aber, wie der Autor ebenfalls ausführt, auch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages eine Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB getroffen werden (hierzu ausführlich *Steer*, notar 2011, 442, 444). Trotz dieser Möglichkeit ist häufig die Verein-

barung der Gütertrennung, jedenfalls vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, das richtige Gestaltungsmittel im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung. Hier wird ein klarer Schnitt geschaffen, der unabhängig vom weiteren Scheidungsverfahren wirksam ist. Auch das Kostenargument greift nicht immer, denn häufig wird mit der Scheidungsvereinbarung auch die Überlassung von Grundbesitz einhergehen. In diesen Fällen ist es nicht selten so, dass der übertragene Grundbesitz (oder Miteigentumsanteil) ohne Schuldenabzug höher ist als das Reinvermögen der Ehegatten, so dass die Vereinbarung der Gütertrennung kostenrechtlich keine Auswirkung hat. Anders als der Autor sehe ich daher den Wechsel von der Zugewinnsgemeinschaft in die Gütertrennung im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung weiterhin als adäquates Gestaltungsmittel an, wenngleich im Einzelfall aus Kostengründen durchaus auch eine Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB als Alternative in Betracht gezogen werden kann (ähnlich *Steer*, notar, 442, 445).

Erwähnenswert sind auch die Ausführungen des Notars zur Güterstandsschaukel. Eine Schamfrist in diesem Zusammenhang hält der Autor grundsätzlich für nicht erforderlich. Er hält es daher für zulässig, in einer Urkunde den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft aufzuheben und in der gleichen Urkunde wieder in die Zugewinnsgemeinschaft ab dem Folgetag zurückzukehren. Der Verfasser bietet hierfür auch ein entsprechendes Formulierungsbeispiel an (Rdnr. 817). Hiermit setzt sich der Autor in Widerspruch zu den Gestaltungsempfehlungen, die im Anschluss an die grundlegende Entscheidung des BFH vom 12.7.2005 (II R 29/02, NJW 2005, 3663 = MittBayNot 2006, 271) ergangen sind (vgl. *Schlünder/Geißler*, NW 2007, 482, 485 m. w. N.). Aufgrund dieser Stellungnahmen in der Literatur ist m. E. der Abschluss von zwei Verträgen unter Einhaltung einer Schamfrist derzeit der sicherere Weg.

Angesichts der Tatsache, dass das Werk sich nur in dem knapp 43 Seiten umfassenden Kapitel 7 mit den vertraglichen Aspekten des Zugewinns beschäftigt und daher nur wenige praxistaugliche Formulierungsbeispiele beinhaltet, eignet sich das Werk nur bedingt für den täglichen Gebrauch in der notariellen Praxis. Schwerpunkt des Werks ist vielmehr die Frage nach der korrekten Ermittlung des entstandenen Zugewinnausgleichs. Zahlreiche im Buch behandelte Fragen, wie beispielsweise die korrekte Ermittlung und Bewertung des Anfangs- und Endvermögens, spielen in der notariellen Praxis nur indirekt im Rahmen der Beratung und im Einzelfall bei der Gestaltung im Rahmen der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft eine Rolle. Als unabhängiger Berater wird der Notar im Regelfall die Berechnung des tatsächlichen Zugewinns anlässlich einer Scheidungsvereinbarung nicht vornehmen. Diese inhaltliche Gewichtung schränkt m. E. den Nutzen des Buches für die notarielle Praxis deutlich ein.

Insgesamt ist das Werk demjenigen zu empfehlen, der in der Beratungspraxis häufig mit vertieften Fragen der Zugewinnausgleichsermittlung und/oder auch prozessualen Fragen konfrontiert ist. Für (Gestaltungs-)Fragen in der „klassischen“ notariellen Praxis bietet das Werk jedoch keine weitergehende Hilfe.

Notar Dr. *Ralf Menzel*, Rottenburg a. d. Laaber

**Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung. 4. Aufl., Beck, 2011. 1 100 S., 109 €**

Die Erbrechtsreform, das FamFG und das neue Erbschaftsteuerrecht gaben neben der laufenden Rechtsprechungsentwicklung ausreichend Anlass, bereits drei Jahre nach der letzten Auflage, bei der das Autorenteam erstmals um die Notare Drs. *Reinhard* und *Winfried Kössinger* erweitert wurde, die 4. Auflage anzugehen, die Mitte letzten Jahres erschien. Das Grundkonzept des im Umfang nur geringfügig gewachsenen Handbuchs blieb erwartungsgemäß unverändert. In sechs Abschnitten (mit 25 Unterparagrafen zur leichteren Orientierung) wird wahrlich alles behandelt, was der im Erbrecht beratende Jurist benötigt: von den „Vorüberlegungen“ (worunter sich allerdings ein 400-seitiger Überblick aller die Testamentsgestaltung möglicherweise beeinflussenden Rechte verbirgt, einschließlich des Pflichtteils- und Steuerrechts, lebzeitiger Gestaltungsmöglichkeiten und des leider nur kurz behandelten internationalen Teils), über die umfassende Darstellung der einzelnen letztwilligen Gestaltungsmittel und der typischen Fallgruppen bis hin zu den Möglichkeiten, die Erbfolge nach dem Erbfall noch zu beeinflussen. In bekannter Weise liegt dabei der Schwerpunkt nicht auf den Mustern und Formularen, sondern auf einer vertieften systematischen Erörterung, die es vom Umfang sowie der Qualität der Verweise mit allen Kommentaren aufnimmt.

Das besondere Interesse bei der Neuauflage richtet sich natürlich darauf, wie die gesetzlichen Entwicklungen berücksichtigt wurden. Den größten Umfang nahm dabei die Neubearbeitung der steuerlichen Erläuterungen in § 6 ein. Unter dem bescheidenen Titel „Grundzüge“ wird hier auf 64 Seiten ein hervorragender Überblick über das Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht (mit Musterberechnungen) sowie alle denkbaren Vermeidungs- und Minderungsstrategien gegeben. Auch die Erbrechtsreform ist konsequent „verarbeitet“, so dass nur zwei – eher subjektive – Vorbehalte bleiben: Beim Zuwendungsverzicht wird die neue Erstreckungswirkung auf Abkömmlinge noch sehr mit der alten Rechtsprechung und einem eher vagen Verweis auf den von *Kanzleiter* erhobenen Vorwurf der Verfassungswidrigkeit verwoben (§ 19 Rdnr. 35). Eine differenziertere Darstellung, wann man (wohl) auf die neue Erstreckungswirkung bauen kann und wann nicht, wäre wünschenswert gewesen (vgl. sehr instruktiv insoweit z. B. *Weidlich*, FamRZ 2010, 166). Und beim Behindertentestament als typischem Anwendungsfall des § 2306 BGB verwundert, dass noch mehrmals der geringfügig über der Pflichtteilsquote liegende Vorerbeile empfohlen (§ 21 Rdnr. 84 ff.). Korrekterweise erfolgt dies zwar nicht mehr unter Verweis auf § 2306 BGB a. F., sondern unter der Empfeh-

lung, dass damit einer Ausschlagung durch den Betreuer vorgebeugt werden könne. Doch dürfte dafür nicht die „proforma“ erhöhte Erbquote, sondern allein die Frage, ob ausreichende Erträge zugunsten des behinderten Kindes erzielt werden, maßgeblich sein.

Gerade das Behindertentestament und die neu aufgenommenen Anmerkungen zum sog. Bedürftigentestament können aber auch exemplarisch dafür herangezogen werden, wie konsequent Literatur und Rechtsprechung eingearbeitet wurden. Leider konnte dabei zwar die grundlegende Entscheidung des BGH vom 19.1.2011 (DNotZ 2011, 381 = MittBayNot 2012, 138) nicht mehr berücksichtigt werden. Im Ergebnis liegt aber *R. Kössinger* weitgehend auf einer Linie mit der zivilrechtsorientierten, liberalen Rechtsprechung des BGH, so dass auch er den vorbeugenden Pflichtteilsverzicht und die Ausschlagung der Erbschaft durch das bedürftige Kind für zulässig hält.

Auch die Zukunft findet im Buch bereits ihren Niederschlag in der Weise, dass der erste Entwurf der Europäischen Erbrechtsverordnung vorgestellt wird. Da das Europäische Parlament mittlerweile die überarbeitete Verordnung (mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt mit Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht) gebilligt hat und die Verabschiedung durchaus wahrscheinlich ist, ist der Hinweis, dass eine entsprechende Rechtswahl vorsorglich schon jetzt aufgenommen werden kann, sicherlich zu bekräftigen. Es kann zwar dazu, wie zutreffend angemerkt wird, keine (haftungsmäßige) Pflicht bestehen. Da aber die vorsorgliche Rechtswahl wesentlich zur späteren Rechtswirksamkeit des Testaments beitragen und im Übrigen keinen Schaden anrichten kann, sollte sie m. E. in den geeigneten Fällen immer eingesetzt werden – und nicht nur von den wenigen Kollegen, denen ein „vorausseilenden Gehorsam“ unterstellt wird (vgl. § 5 Rdnr. 1 a).

Es wird sich kaum ein Detailproblem finden, das in dem Buch nicht zumindest kurz besprochen wird. Es bleibt damit nur ein Wunsch übrig: bei einer Neuauflage das Stichwortverzeichnis weiter zu verbessern, so dass man diese Details auch schnell findet. Während manche Begriffe mit einer Fülle von Fundstellen belegt sind, fehlen andere ganz – wie z. B. das bereits dargestellte Zentrale Testamentsregister oder der Begriff der Ausgleichung, obwohl diese in über ca. 100 Randnummern fundiert behandelt wird. Dem uneingeschränkten Lob für das Handbuch, zu dem nicht nur mein erster Griff bei erbrechtlichen Problemen geht (vgl. ebenso *Grziwotz*, NJW 2011, 3284), tut dies aber keinen Abbruch.

Notar Dr. *Felix Odersky*, Dachau

**Eckhardt/Hermanns (Hrsg.): Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht. Carl Heymanns, 2011. 1 068 S., 129 € + CD-ROM**

Das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht ist als erster Titel in der Reihe „Kölner Hand- und Formularbücher in der notariellen Praxis“ erschienen. Das Werk stellt einen großen Gewinn für die notarielle Tätigkeit dar. Die Autoren sind ausschließlich Notare bzw. Notarassessoren aus dem Bereich der Rheinischen Notarkammer. Im Vorwort betonen die Herausgeber, dass das Buch eine Gesamtdarstellung der für den Notar wichtigen Fragen im Gesellschaftsrecht beinhaltet. Dies wird auch am Umfang des Werkes mit über 1 000 Seiten deutlich. Anders als

viele Hand- oder Formularbücher besteht das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht gerade nicht aus vollständigen Vertragsmustern mit dazugehörigen Erläuterungen, wie dies etwa beim Münchener Vertragshandbuch der Fall ist. Hierauf haben die Herausgeber bewusst verzichtet. Im Vordergrund steht vielmehr die umfassende und fundierte Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Hintergründe, stets aus notarieller Sicht. Gleichzeitig fehlt es dem Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht aufgrund der zahlreichen, wenn auch meist kurzen, Formulierungsvorschläge, Praxistipps, Checklisten, anschaulichen Beispielen und steuerlichen Hinweisen jedoch nicht an der erforderlichen Praxisrelevanz. Die Formulierungsvorschläge sind zudem auf der beiliegenden CD-ROM abrufbar.



In Kapitel 1 beschäftigen sich die Bearbeiter Notarassessor *Stefan Heinze* sowie Notar Dr. *Jens Fleischhauer* mit dem Personengesellschaftsrecht. Hier finden sich umfangreiche Ausführungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zu Personhandelsgesellschaften. Besonders erfreulich ist die praxisrelevante Darstellung der Gründung von Personengesellschaften unter der Beteiligung Minderjähriger. Der grundbesitzverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie der GmbH & Co. KG ist ein eigenes Unterkapitel gewidmet. Leider konnte aufgrund des Herausgabezeitpunktes das neueste Urteil des BGH vom 28.4.2011 zu den Anforderungen des Eigentumserwerbs durch eine BGB-Gesellschaft nicht mehr berücksichtigt werden.

Kapitel 2 enthält eine umfassende Gesamtschau zur GmbH und wurde von Notar Dr. *Dirk Eckhardt*, Notar Dr. *Joachim Tebben* und Notar Dr. *Marc Herrmanns* verfasst. Hier sind wirklich alle Phasen im „Lebenszyklus“ einer GmbH ausführlich dargestellt, von der Rechtsformwahl und Gründung der GmbH einschließlich ihrer Anmeldung zum Handelsregister, über Änderungen des Gesellschaftsvertrages einschließlich Kapitalmaßnahmen, bis hin zur Beendigung der Gesellschaft. Auch Ausführungen zur Übertragung bzw. zu sonstigen Verfügungen über Geschäftsanteile fehlen nicht. Dem Thema Satzungsgestaltung bei fakultativen Satzungsbestandteilen ist ein eigenes Kapitel gewidmet ist. Dies ist für den Notar besonders gewinnbringend, da diese Aspekte in den üblichen Handbüchern zu kurz kommen. Besonders hilfreich ist der knapp, aber verständlich dargestellte Unterabschnitt zu den Notarkosten.

Kapitel 3 zur Aktiengesellschaft wird von Notar Dr. *Ulrich Temme* und Notar Dr. *Christoph Terbrack* behandelt. Auch hier werden sämtliche für den Notar relevanten Gebiete von der Gründung der AG bis zur Durchführung einer Hauptversammlung abgehandelt. Bei der Gründung wird der zeitliche Ablauf detailliert dargestellt. Dies ist von großem Nutzen, gehört doch die Gründung von Aktiengesellschaften meist nicht zum Tagesgeschäft eines Notars. Zahlreiche Checklisten und Aufzählungen über die zu regelnden Punkte leisten zudem wertvolle Hilfe. Die Formulierungsvorschläge für die Durchführung der Hauptverhandlung sind insgesamt sehr ausführlich gestaltet.

In Kapitel 4 beschäftigen sich die Notare Dr. *Georg Specks*, Dr. *Klaus Piehler* und *Dirk Höfinghoff* ausführlich mit dem Umwandlungsrecht, d. h. mit Verschmelzung, Formwechsel und Spaltung. Ein Beispiel für die vertiefte Darstellung zeigt sich dort im Allgemeinen Teil, in dem die Gesetzessystematik des Umwandlungsrechts genau erläutert wird. Auch werden die seit MoMiG neu aufgetretenen Rechtsfragen, z. B. ob eine UG verschmelzungsfähiger Rechtsträger sein kann, behandelt. Besonders hilfreich sind die verschiedenen, sehr umfangreichen Checklisten sowie das eigenständige Unterkapitel zu den Notarkosten.

In Kapitel 5 befasst sich Notar Dr. *Joachim Tebben* mit dem Vertragskonzern. Erfreulicherweise ist nicht nur der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, sondern auch der sog. Entherrschungsvertrag dargestellt. Die Darstellung des körperschaftsteuerlichen Hintergrunds rundet das Kapitel ab.

Der letzte Teil ist dem internationalen Gesellschaftsrecht gewidmet. Dieses Kapitel ist in Zeiten fortschreitender Globalisierung für den Notar besonders gewinnbringend. So stellt der Bearbeiter Notar Dr. *Kai Bischoff* zunächst die Besonderheiten bei der Gründung von Gesellschaften unter der Beteiligung ausländischer natürlicher und juristischer Personen dar. Ferner behandelt er die wichtigsten ausländischen Gesellschaftsformen, einschließlich der Vertretungsfragen sowie der dazugehörigen Nachweismöglichkeiten für das deutsche Handelsregister und das deutsche Grundbuchamt. Auch eine Tabelle mit den Internetadressen der jeweiligen ausländischen Handelsregister ist vorhanden, ebenso eine weltweite Übersichtstabelle zum Formerfordernis ausländischer Urkunden (Legalisation oder Apostille). Die Formulierungsvorschläge in diesem Kapitel sind zweckmäßigerweise meist zweiseitig, d. h. in deutscher und englischer Sprache vorhanden. Ein kurzes Unterkapitel zu beurkundungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit internationalem Gesellschaftsrecht schließt den internationalen Teil ab.

Das Buch sollte in der Bibliothek der Notare, die regelmäßig mit gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen befasst sind, auf keinen Fall fehlen. Es kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarin *Eliane Schuller*, LL. M. (Sydney),  
Vilshofen a. d. Donau

**Fleischer/Goette (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Band 2: §§ 35-52. Beck, 2012. 1 537 S., 248 €**

Das zu besprechende Werk ist der zweite Band des nunmehr vollständig vorliegenden Münchener Kommentars zum GmbH-Gesetz, der sich ausweislich des Vorwortes von Herausgeber und Verlag als „wissenschaftlich fundierter Großkommentar“ versteht, der den Anspruch erhebt, „die GmbH in ihrer ganzen Vielschichtigkeit sichtbar zu machen und analytisch zu durchdringen“. Es handelt sich hierbei um die erste Auflage dieses neu geschaffenen Werks zum GmbH-Gesetz.

Herausgeber des Gesamtwerkes sind Prof. Dr. *Wulf Goette*, Rechtsanwalt in Stuttgart und Vorsitzender Richter am BGH a. D. in dem für das Gesellschaftsrecht zuständigen Senat, sowie Prof. Dr. *Holger Fleischer*, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg. Bearbeitet wird der zweite Band neben den beiden Herausge-

bern von zwei Hochschulprofessoren sowie zehn Praktikern aus dem Bereich der Justiz und der Anwaltschaft. Namentlich genannt sei wegen seiner Nähe zu unserem Berufsstand nur der Leiter des Referats für Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht des Deutschen Notarinstituts Würzburg, Rechtsanwalt Dr. *Andreas Heidinger*. Dieser kommentiert mit § 40 GmbHG die sicherlich notarelevanteste Vorschrift des zweiten Bandes.

Das Gesamtwerk besteht aus drei Bänden.

Band 1 behandelt mit den §§ 1–34 GmbHG die Vorschriften zur Errichtung der Gesellschaft (§§ 1–12) und betreffend die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter (§§ 13–34). Band 3 bespricht die §§ 53–85 GmbHG und damit die Regelungen zu Abänderungen des Gesellschaftsvertrages allgemein und hinsichtlich des Kapitals mit Kapitalerhöhung und -herabsetzung (§§ 53–59), Auflösung und Nichtigkeit (§§ 60–77) und schließlich Ordnungs-, Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 78–85).

Im hier zu rezensierenden zweiten Band, dem Letzterschiene-ner der Trilogie, werden mit den §§ 35–52 GmbHG die Re-

gelungen des Abschnitts 3 des GmbH-Gesetzes betreffend Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft dargestellt.

Der Kommentar beinhaltet die GmbH-Rechts-Reform durch das MoMiG und versucht, den Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung aufzuarbeiten. Zu streitigen Fragen gibt er neue Denkanstöße und liefert das Handwerkszeug, um sich Fragestellungen zu nähern, die bislang weder in Rechtsprechung noch Literatur als gelöst anzusehen sind.

Das Werk zeichnet sich durch eine gute und übersichtliche Gliederung aus. Am Anfang jedes Paragraphen ist eine ausführliche Übersicht gestellt, die ein schnelles Auffinden des relevanten Bereichs in den teils mehrere Hundert Randnummern umfassenden Kommentierungen ermöglicht. Hilfreich hierfür ist auch das Sachverzeichnis am Ende des Werks. Es führt mit seinen detaillierten Stichpunkten zielgerichtet zur Lösung der aufgetauchten Frage. Die vom Beck-Verlag vorgegebene Gliederung der Kommentierungen, die lediglich drei Gliederungsebenen umfasst, erhöht die Übersichtlichkeit. Die Lesbarkeit wird durch die Anbringung von Fußnoten am Ende der Seiten erhöht. Diese Technik ist der Angabe von Fundstellen nachweisen in Klammern im Fluss des Textes, wie in einigen anderen Werken üblich, deutlich vorzuziehen.

Die inhaltliche Beleuchtung des Kommentars will ich auf die Darstellung der Kommentierung zu § 40 GmbHG beschränken.

Nach allgemeinen einführenden Worten zu Regelungsinhalt, Entwicklung, Normzweck und Bedeutung der Gesellschafterliste nimmt der Kommentator Stellung zum Inhalt der Liste (Rdnr. 11–41) und zu den Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG, die Anlass zur Einreichung der Liste geben (Rdnr. 42–71), bevor er die Einreichung durch den/die Geschäftsführer (Rdnr. 72–113) und den Notar (Rdnr. 114–229) erörtert. Abgerundet werden die Darstellungen durch Äußerungen zum registergerichtlichen Verfahren, insbesondere dem Prüfungsrecht der Registergerichte bezüglich Gesellschafterlisten (Rdnr. 230–247).

Kritisch stellt der Kommentator zu letztgenanntem Bereich den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung dar und will in einer eigenen Stellungnahme dem Registergericht ein inhaltliches Prüfungsrecht von Gesellschafterlisten mit gewichtigen Argumenten weitestgehend absprechen.

Zudem wird das Problem der fehlenden Unterschriftsprüfung bei durch die Geschäftsführer selbst eingereichten Listen in den Fällen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angesprochen (Rdnr. 241). Nach der gesetzlichen Regelung ist lediglich eine einfache Unterschrift des Geschäftsführers erforderlich ohne Unterschriftsbeglaubigung oder sonstige Kontrolle seiner Identität. Durch Entfallen der Namenszeichnung des Geschäftsführers bei seiner Anmeldung zum Handelsregister und der Einführung des ausschließlich elektronischen Registerverkehrs wurde dem Gericht auch die letzte Prüfungsmöglichkeit genommen. Aus diesem Grunde plädiert *Heidinger* für die Einführung eines Unterschriftsbeglaubigungserfordernisses bei der Listeneinreichung oder eine ausschließliche

Zuständigkeit hierfür durch die elektronisch signierenden Notare.

Ausführlich behandelt werden die Fragen der Pflicht des Notars zur Listeneinreichung (Rdnr. 117 ff.). Insbesondere werden dabei die Fälle der Mitwirkung des Notars an Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG (Rdnr. 132 ff.) dargestellt. Bei der unmittelbaren Mitwirkung behandelt *Heidinger* unter anderem die Beurkundung einer Anteilsabtretung, aufgeteilt in Angebot und Annahme, die bei zwei unterschiedlichen Notaren beurkundet werden, und die sonstige Beteiligung mehrerer Notare, die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen, die eine Änderung bezüglich Gesellschaftern zum Inhalt haben (Kapitalmaßnahmen, Teilung/Zusammenlegung o. ä), insbesondere auch Firmenänderungs- oder Sitzverlegungsbeschlüsse von Gesellschaften, die Gesellschafter einer anderen GmbH sind. Hier schlägt er ein routinemäßiges Nachfragen des Notars bei der Beurkundung der entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse vor, ob die betroffene Gesellschaft Anteile an einer GmbH hält. Ggf. ist die Liste zu berichtigen.

Bei den noch nicht abschließend geklärten Fällen, in denen die Anteilsveränderung nur eine mittelbare Folge der notariellen Urkunde ist, stellt der Kommentator den Stand von Literatur und Rechtsprechung dar und nimmt selbst Stellung. Er behandelt dabei die durch Umwandlungsvorgänge bedingten Anteilsveränderungen, vor allem Verschmelzung und Spaltung, die dazu führen, dass die Beteiligung an einer GmbH auf einen anderen Rechtsträger überführt wird (Rdnr. 143 ff.). Dies geschieht nicht unmittelbar durch die beurkundete Umwandlung, sondern mittelbar aufgrund der gesetzlich mit Wirksamwerden der Umwandlung durch Handelsregistereintragung eintretenden Gesamtrechtsnachfolge. Hier bejaht *Heidinger* eine Zuständigkeit und damit wohl auch eine Pflicht des Notars zur Einreichung der Liste. Ferner wird der Erwerb eines Geschäftsanteils von Todes wegen (gesetzliche und gewillkürte Erbfolge) behandelt (Rdnr. 150 ff.). Im Fall der gewillkürten Erbfolge geht der Kommentator davon aus, dass allein der Notar, der die Verfügung von Todes wegen beurkundet hat, und nicht der Geschäftsführer zur Erstellung der Liste zuständig ist, dies freilich nur nach Mitteilung des Sterbefalls durch den/die Erben an ihn. In allen fraglichen Fällen schlägt *Heidinger* eine gemeinsame Einreichung einer einheitlichen Liste durch Geschäftsführer und Notar vor, bei der der Notar im Auftrag des Geschäftsführers die Liste erstellt und diese von beiden unterschrieben wird (Rdnr. 158).

Abschließend darf ich feststellen, dass der Kommentar für mein Dafürhalten von großem Nutzen für den mit Fragen des GmbH-Rechts befassten Praktiker ist, aber auch dem wissenschaftlich Arbeitenden Hilfe bietet. Vor allem gesellschaftsrechtlich ausgerichteten Notariaten, aber nicht nur diesen, kann daher die Verwendung empfohlen werden. Natürlich sollte dann nicht nur der zweite Band isoliert, sondern das dreibändige Gesamtwerk angeschafft werden.

Notar Dr. *Manuel Straßer*, Augsburg

### Meyer-Landrut (Hrsg.): Formularbuch GmbH-Recht. Carl Heymanns, 2011. 1 001 S., 129 €

Das Formularbuch erscheint in Erstauflage und ist dem Vorwort nach hauptsächlich für den Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht gedacht. Es werden – so der Herausgeber – mit diesem Werk kommentierte Formulare bereit gestellt, die in der Praxis der GmbH häufig vorkommen, aber in den gängigen Formularbüchern nicht oder nur unzureichend Erwähnung finden. Unter den Verfassern, die hauptsächlich Rechtsanwälte sind, finden sich auch Notare.

Das Werk ist in zehn Themengebiete (A. bis J.) unterteilt: Gründung, Organe, Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern, Verfügungen über den Geschäftsanteil, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Finanzierung, Internationale Finanzierungen, Konzernrecht, Ausscheiden von Gesellschaftern, Auflösung und Liquidation.

Das Kapitel zur Gründung enthält die gängigen Muster, die auch in anderen Formularbüchern zu finden sind. Die wirtschaftliche Neugründung wird in einem eigenen Abschnitt behandelt und der Verfasser stellt die aktuelle Rechtsprechung, soweit sie bereits ergangen war, übersichtlich dar. Vorsicht sollte bei der Verwendung der Muster zur Handelsregisteranmeldung geboten sein, da die dort vorgeschlagene Formulierung hinsichtlich der Versicherung, dass die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges nicht untersagt wurde, „der mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ganz oder teilweise übereinstimmt“, von den Registergerichten beanstandet wird (vgl. OLG Frankfurt, RNotZ 2010, 591). In den Mustern der Handelsregisteranmeldung (Nr. 2, 10) fehlen darüber hinaus Angaben zur konkreten Vertretungsberechtigung der Geschäftsführer, die jedoch anzumelden ist.

Zur Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) durch mehrere Personen wird richtigerweise empfohlen, das Musterprotokoll nicht zu verwenden, sondern in der Satzung die erforderlichen Regelungen zwischen den Gesellschaftern aufzunehmen.

Besonders hervorzuheben sind die sieben Mustergesellschaftsverträge, die sich nicht auf die Standardfälle beschränken, sondern auch spezielle Konstellationen behandeln (z. B. Familiengesellschaft, Freiberufler-GmbH oder Joint-Venture) und somit dem Leser eine wertvolle Hilfe bei der Gestaltung spezieller Satzungen bieten.

Teil B. (Organe) und Teil C. (Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern) berührt die notarielle Tätigkeit nur am Rand. Dennoch sind hier Muster mit ausführlichen Erläuterungen vorhanden, die für den Notar, der Gesellschaften umfänglich betreut, durchaus von Nutzen sind. Hervorzuheben sind der Anstellungsvertrag oder das Muster zum Gesellschafter-Geschäftführervertrag sowie die Darstellungen zum Erwerb und der Veräußerung eigener Anteile.

Die Teile D. (Verfügungen über den Geschäftsanteil) und E. (Änderungen des Gesellschaftsvertrages) sind aus notarieller Sicht von erhöhtem Interesse. Hier werden Muster zur einfachen Geschäftsanteilsabtretung, aber auch zum Unternehmenskauf sowie Angebot und Annahme bereitgestellt.

Der Autor ist hier der richtigen Auffassung, dass der Annahmenotar die aktuelle Liste der Gesellschafter zu unterzeichnen hat, auch wenn der Angebotsnotar ebenfalls an der Beurkundung mitgewirkt hat (S. 481, Rdnr. 88).

Die verschiedenen Arten von Treuhandverhältnissen werden dargestellt, jedoch sind die Muster bzw. Ausführungen sehr kurz gehalten.

Ferner werden die üblichen Fälle der Satzungsänderung behandelt. Leider fehlen Muster zum Übergang einer UG in eine GmbH durch Sach- bzw. Barkapitalerhöhung. Auch werden die aktuellen Fragen zur Satzungsänderung einer durch Musterprotokoll gegründeten Gesellschaft nicht behandelt.

Die Kapitel F. und G. behandeln die Finanzierungsseite der GmbH. Es werden Einlageverträge, Gesellschafterdarlehensverträge, aber auch Vereinbarungen im Rahmen der Sanierung dargestellt. Das Formularbuch erhält auch Mustertexte für Anteilsverpfändungen und begleitende Vereinbarungen, die in englischer Sprache aufgenommen wurden.

Das Konzernrecht behandelt Kapitel H. Hier finden sich kommentierte Muster zu Gewinn- und Beherrschungsverträgen, den Zustimmungsbeschlüssen aber auch ein Muster für einen Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag. In diesem Abschnitt finden sich ferner Ausführungen und Muster für die typische und atypische stille Gesellschaft.

Die letzten Kapitel beschäftigen sich mit dem Ausscheiden von Gesellschaftern, der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Das Muster zum Einziehungsbeschluss sieht gleichzeitig einen Beschluss über die Wahrung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 GmbHG vor. Dies ist im Hinblick auf die derzeit unterschiedlichen Meinungen in der Rechtsprechung der sicherste Weg. Das LG Essen (NZG 2010, 867) sowie das LG Neubrandenburg (GmbHR 2011, 823) halten den Einziehungsbeschluss ohne gleichzeitige Maßnahme zur Anpassung des Stammkapitals für nichtig, während das OLG Saarbrücken in seinem Urteil vom 1.12.2011 (8 U 315/10-83) zu Recht an den Auffassungen der LG zweifelt.

Der Zielrichtung des Formularbuchs entsprechend, richtet es sich vorwiegend an den Rechtsanwalt, weniger an den Notar. Dennoch liegt der Vorteil des Formularbuchs gerade darin. Denn anders als die speziell auf die notarielle Tätigkeit ausgerichteten Formularbücher beschränkt es sich nicht allein auf diese, sondern stellt dem Notar auch darüber hinaus die notwendigen Einblicke und Arbeitshilfen übersichtlich und klar verständlich zur Verfügung.

Notar *Christian Schuller*, LL.M. (Sydney), Vilshofen a. d. Donau

**Schmidt/Sikora/Tiedtke: Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2011. 1 233 S., 88 € + CD-ROM**

Bereits zweieinhalb Jahre nach Erscheinen der fünften Auflage liegt die Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts von *Schmidt, Sikora* und *Tiedtke* nun in neuem Verlagsgewand in sechster Auflage vor. Nicht nur die zahlreichen neuen Gesetze und Gesetzesänderungen, allen voran das MoMiG, machten diese Neuauflage nötig, auch die im Handelsregister- und Kostenrecht ergangene Rechtsprechung war in den letzten Jahren reichlich. Dadurch lässt sich der deutlich erweiterte Umfang der sechsten Auflage im Vergleich zur Voraufgabe erklären.

Zur inhaltlichen Qualität des Werks müssen angesichts der namhaften Autoren nicht viele Worte verloren werden, mit *Dr. Holger Schmidt*, *Dr. Markus Sikora* und nicht zuletzt *Werner Tiedtke* ist die Crème de la Crème des Kostenrechts versammelt. Auf dem Kostenrecht liegt daher auch der Schwerpunkt, es wird zu sämtlichen Problemen ausführlich Stellung genommen, ohne dabei jedoch ausschweifend zu werden; im Gegenteil ist dieses Werk sehr praxisgerecht und für den schnellen Zugriff geeignet, man könnte fast sagen, eine Mischung aus dem *Gustavus* und dem Streifzug mit erweitertem Inhalt.

Das Werk ist in bewährter Manier in drei Teilen abgefasst. Im ersten Teil finden sich hauptsächlich Vollmuster und Ausführungen für Handelsregisteranmeldungen zu allen Bereichen, wobei sämtliche Muster auf der beiliegenden CD-ROM enthalten sind. Direkt im Anschluss an jedes Muster werden hilfreiche Hinweise zur Anmeldung gegeben, beispielsweise wer die Anmeldung unterschreiben muss, welche Nachweise mit vorzulegen sind und wo im Einzelnen Fallstricke lauern können. Des Weiteren wird die Erfassung in X-Notar behandelt, was insbesondere für diejenigen Anwender interessant ist, die X-Notar nicht alltäglich verwenden. Die Hinweise für die Kostenberechnung (sowohl Notar- als auch Gerichtsgebühren) runden das Bild ab. Durch diesen übersichtlichen Aufbau ist es dem Anwender möglich, einen kompletten Anmeldefall durch Lektüre weniger Seiten zu erfassen, fehlerfrei zu behandeln und (auch kostenmäßig) abzuschließen. Teil 1 enthält darüber hinaus einen ausführlichen Teil zur Gesellschafterliste, in welchem praxis-, also lösungsorientiert, dar-

gestellt wird, wie mit den zahlreich aufgekommenen unklaren Fällen umzugehen ist. Sehr hilfreich ist auch Teil C, der sich mit internationalen Bezügen im Handelsregisterrecht beschäftigt, also insbesondere Nachweisfragen über die Existenz und Vertretungsbefugnis von ausländischen Gesellschaften behandelt. Hier werden englischsprachige Muster für diverse Nachweise zur Verfügung gestellt und es wird die Frage behandelt, in welchen Fällen und in welcher Weise ein deutscher Notar Bescheinigungen über ausländische Gesellschaften ausstellen kann.

Im zweiten Teil des Werks wird das Kostenrecht in Handels-, Register- und Gesellschaftssachen systematisch dargestellt. Die Darstellung erfolgt nach Abhandlung allgemeiner Fragen der Bewertung thematisch geordnet, was zu einem raschen Auffinden des jeweils gesuchten Abschnitts beiträgt. Die abstrakte Darstellung der Bewertung wird jeweils anhand ausführlicher Beispielsberechnungen und Übersichten verdeutlicht.

In dem letzten Teil 3 ist für Notare insbesondere Abschnitt B von Interesse, in welchem ein Überblick über zahlreiche ausländische Gesellschaften gegeben wird. Sind ausländische Gesellschaften an einem Rechtsvorgang beteiligt, stellt sich regelmäßig die Frage nach Existenz und Vertretungsberechtigung sowie die Möglichkeit, diese nachzuweisen. Nachdem in Teil 1 dargestellt wurde, wie solche Nachweise praktisch aussehen können, erfolgen nun alphabetisch geordnet eine Vielzahl kurzer Länderberichte. Die Darstellung erfolgt übersichtlich, indem zuerst die in dem jeweiligen Land existierenden Gesellschaftsformen aufgezählt werden, sodann die Vertretungsorgane und deren Vertretungsberechtigung benannt werden und zuletzt die Nachweisfrage geklärt wird. Es wird eine Vielzahl von Ländern behandelt, daher wird die Darstellung jeweils knapp gehalten; für den interessierten Anwender werden weiterführende Literatur- oder Homepagehinweise gegeben.

Insgesamt ein sehr gelungenes Werk, welches eine bemerkenswerte Spannweite an Themen umfasst. Geeignet ist es als umfassender Ratgeber in sämtlichen Handelsregister- und Kostenfragen für Notare – vor allem für deren Mitarbeiter –, aber auch für Rechtsanwälte und für Rechtspfleger am Registergericht.

Notarassessorin *Stefanie Gläser*, München

**Formularbuch Recht und Steuern. 7. Aufl., Beck, 2011. 1 678 S., 169 € + DVD**

Das mittlerweile in 7. Auflage erschienene Werk trägt den Untertitel „Gesellschaftsverträge, Sonstige Verträge, Besteuerungsverfahren, Rechtsmittelverfahren, Steuerstrafverfahren“. Das Buch ist in fünf Teile, nämlich „Gesellschaftsverträge“ mit 1 162 Seiten, „Sonstige Verträge“ mit 234 Seiten, „Anträge im Besteuerungsverfahren“ mit 70 Seiten, „Rechtsmittelverfahren“ mit 148 Seiten und das „Steuerstrafverfahren“ mit 20 Seiten unterteilt. Der für den Notar wichtigste Bereich ist sicherlich das Gesellschaftsrecht, das allein zwei Drittel des Buchs umfasst. Das Gesellschaftsrecht ist in 18 Unterkapitel unterteilt und stellt die für den Notar in der allgemeinen Praxis wichtigsten Rechtsformen dar („kleine“ AG, GbR, GmbH, GmbH & Co. KG, OHG, Partnerschaft, Stille Gesellschaft, Verein und Stiftung). Darüber hinaus werden auch die wichtigsten Fallkonstellationen im Leben

von Gesellschaften mit Vertragsmustern dargestellt (u. a. Betriebsaufspaltung, Einbringung, Unternehmensverträge, Realteilung, Umwandlung oder Unterbeteiligung). Erscheinen von der Überschrift im zweiten Teil her „Sonstige Verträge“ eher weniger notarrelevant, wird man angenehm überrascht. Hier finden sich z. B. wichtige Verträge wie „Anteilsschenkung gegen Versorgungsleistungen“, aber auch unterschiedliche Muster für einen Unternehmenskauf. Weniger notarrelevant dürfte demgegenüber der dritte bis fünfte Teil sein, in dem es um das Besteuerungsverfahren, das Rechtsmittelverfahren und das Steuerstrafverfahren geht.

Das Werk befindet sich auf dem Rechtsstand 1.7.2011. Gegenüber der Voraufgabe wurden zahlreiche neue Formulare (z. B. Stimmbindungsvertrag, Rangrücktritt, Societas Europaea, Stiftung, Mediationsvereinbarung, Unternehmensverträge oder Unternehmenskauf aus der Insolvenz) eingearbeitet.

Ein Großteil der im Buch enthaltenen Verträge und Vertragsmuster bedarf zwar häufig nicht der notariellen Beurkundung, trotzdem wird der Notar regelmäßig mit den sich stellenden Fragen konfrontiert, wenn es z. B. darum geht, einen Personengesellschaftsvertrag zu zerwerfen. Hierbei ist das Werk eine große Hilfe, da es dem Nutzer ermöglicht, sich in die sich stellenden steuerlichen Probleme anhand eines konkreten Vertragsmusters einzuarbeiten.

Die Arbeit wird enorm durch die beigelegte DVD erleichtert, die den kompletten Text des Buches (also auch die Erläuterungen) enthält. Die zitierten Materialien (Urteile, Erlasse, Gesetze usw.) sind ebenfalls auf der DVD enthalten und können durch sogenannte „Hyperlinks“ aufgerufen werden. Der Umfang der auf der DVD enthaltenen Materialien lässt daher keine Wünsche offen. Möglicherweise könnte in der nächsten Auflage die „Verlinkung“ in der Weise verbessert werden, dass direkt aus dem Vertragsmuster in die entsprechende Erläuterung gewechselt werden kann. Bisher ist es notwendig, durch das Inhaltsverzeichnis der jeweiligen Erläuterungen zu navigieren.

Neben der DVD-Version besteht darüber hinaus die Möglichkeit, auf der Internet-Präsenz des Beckverlages „beck-online.de“ das Werk (bis zum Erscheinen der nächsten Neuauflage) zu nutzen. Das Werk soll dort regelmäßig aktualisiert werden.

Das Buch ist nahezu durchgängig von Rechtsanwälten und Fachanwälten für Steuerrecht oder Rechtsanwälten, die auch Steuerberater sind, geschrieben. Notare haben am Werk nicht mitgewirkt. Soweit der notarielle Praktiker ein breit aufgestelltes zivilrechtliches Formularbuch erwartet, das zusätzlich das Steuerrecht darstellt, wird er daher möglicherweise enttäuscht. Im Vorwort heißt es: „Konzeptionell verfolgt das Formularbuch Recht und Steuern die Zielsetzung, dem gesellschaftsrechtlich nicht spezialisierten Berater alle wesentlichen zivilrechtlichen Grundlagen zu vermitteln, die sich bei der Gestaltung und Abfassung von Verträgen ergeben.“ Diesen Anspruch erfüllt das Werk – aber auch nicht mehr. Die sich bei Abschluss eines Vertrages stellenden steuerlichen Fragen sind umfassend dargestellt. Im Einzelfall dürften die steuerlichen Ausführungen allerdings etwas länger sein. Die Abgrenzung, ob bei Verkauf einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft das Teileinkünfteverfahren oder die Abgeltungsteuer zur Anwendung kommt, müsste aus meiner Sicht etwas umfassender dargestellt sein. Das Ziel des Werkes, steuerliche Probleme erkennbar zu machen, um auf diese Weise später steuerliche und damit finanziell böse Überraschungen zu vermeiden, gelingt aber stets.

Zivilrechtliche Probleme, die keine steuerliche Relevanz haben, werden demgegenüber nicht oder nur am Rande erörtert. Dies soll am Beispiel der Verträge zum GmbH-Recht verdeutlicht werden: Im Muster des GmbH-Anteils-Kauf- und Abtretungsvertrages (A. 6.10) ist z. B. keinerlei Sicherung für die Kaufpreiszahlung vorgesehen. Der Geschäftsanteil wird – unabhängig von der Kaufpreiszahlung – zu einem bestimmten Stichtag abgetreten. In den Anmerkungen wird zwar auf die Möglichkeit der aufschiebend bedingten Abtretung hingewiesen, auf die sich am Stichtag des Werkes (1.7.2011) aus notarieller Sicht noch stellenden Gefahren des gutgläubigen Zwischenerwerbs und die Möglichkeiten, dies zu verhindern, wird allerdings in keiner Weise eingegangen. Dass ein gutgläubiger Zwischenerwerb nicht möglich ist, wurde höchst richterlich vom BGH erst mit Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, MittBayNot 2012, 149, geklärt. Bei Drucklegung hätte aus notarieller Sicht auf das Problem eingegangen werden müssen. Stellt sich doch in der notariellen Praxis häufig das Problem, dass von den Beteiligten ein zwischen diesen bereits

verhandelter Vertragsentwurf vorgelegt wird, der vom Notar „nur“ noch beurkundet werden soll. Entsprechende Hinweise auf eine möglicherweise mangelnde Sicherung einer Vertragspartei sind von den bereits involvierten Beratern der Beteiligten dann häufig unerwünscht.

In den Anmerkungen zum Anteilskauf (Rdnr. 39 zu A 6.10) wird die steuerliche Problematik, dass Ausschüttungen nach Anteilsübertragung dem Erwerber zuzurechnen und von ihm zu versteuern sind, selbst wenn es sich um Erträge aus der Zeit vor der Abtretung handelt, zutreffend dargestellt. Auch hier würde sich der zivilrechtliche Praktiker aber wohl einen Lösungsvorschlag wünschen. Denkbar wäre eine Regelung, dass die Abtretung nach § 6 beispielsweise erst dann wirksam wird, wenn Gewinne aus Vorjahren ausgeschüttet sind, soweit diese noch der Verkäufer erhalten soll.

Unter A 6.22 wird die verdeckte Einlage (Verkauf eines Grundstücks von einer Gesellschaft zu einem überhöhten Wert an einen Gesellschafter) dargestellt. Ein Muster gibt es nicht. Umgekehrt könnte der Gesellschafter seiner GmbH ein Grundstück auch unter Wert verkaufen. Es wäre wünschenswert, die steuerlichen Auswirkungen einer verdeckten Einlage näher darzustellen. Handelt es sich nämlich um ein bebautes Grundstück, wird dies zukünftig Auswirkungen auf die Abschreibungen, aber auch bei einem späteren Verkauf des Grundstücks haben.

Unter A 6.23 findet sich ein Muster für die Einziehung eines GmbH-Anteils. Seit Inkrafttreten des MoMiG muss die Summe der Geschäftsanteile dem Betrag des Stammkapitals entsprechen. Umstritten ist, wie dies erreicht wird. Zum einen kann – wie im Muster vorgeschlagen – der Nennbetrag der verbleibenden Geschäftsanteile (quotal) aufgestockt werden. Es kommt aber auch die Bildung neuer Geschäftsanteile für die verbliebenen Gesellschafter, die Zwangsabtretung des Anteils an die Gesellschaft oder die Bildung eines neuen Geschäftsanteils, der von der Gesellschaft als eigener Geschäftsanteil gehalten wird, in Betracht. Die Zwangsabtretung wird abgelehnt (Erläuterung zu A. 6.23 Rdnr. 5), da der ausgeschlossene Gesellschafter häufig auf Abtretung verklagt werden müsste. Aus zivilrechtlicher Sicht wäre es wünschenswert, wenn hier auch die Möglichkeit der Bildung eines eigenen neuen Anteils aufgezeigt würde. Eine quotenwahrende Aufstockung kann nämlich im Einzelfall wegen der Mindestteilbarkeit des Erhöhungsbetrages durch eins ausgeschlossen sein.

Auch für das Leg-ein-Hol-zurück-Verfahren (A 6.36) gibt es kein Formular. Durch die Einlage wird die Ausschüttungsmasse erhöht. Wird allerdings eine Sachkapitalerhöhung durchgeführt und zeitnah eine Dividendenausschüttung vorgenommen, stellt sich zivilrechtlich das Problem, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Auch ist zu prüfen, ob sich der Geschäftsführer wegen der Versicherung in der Anmeldung der Kapitalerhöhung, dass das Kapital zur freien Verfügung steht, obwohl es alsbald ausgeschüttet werden soll, strafbar gemacht haben könnte. Die Problematik hätte wohl an dieser Stelle nochmals angesprochen werden sollen. Die allgemeinen Ausführungen im Muster zur Kapitalerhöhung (A 6.31) gehen auf die Problematik der Kapitalerhöhung mit (geplanter) nachfolgender Dividendenausschüttung nicht ein.

Im Formular zur Anmeldung des Erlöschens der Firma nach Liquidation einer GmbH wird noch die „dreimalige“ Veröffentlichung vorgesehen (A 6.38 c; ebenso Erläuterung Rdnr. 10). Tatsächlich muss diese nur noch einmal erfolgen.

Im Vorbehaltsnießbrauchsvertrag (A. 6.40) ist in § 3 vorgesehen, dass der Nießbrauchsbesteller das Stimmrecht hat, sich

jedoch verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Nießbrauch beeinträchtigen könnte. Dem Nießbraucher gebühren die auf die Beteiligung entfallenden Gewinne. Auch zu diesem Formular sind die steuerlichen Auswirkungen (selbstverständlich) richtig dargestellt. Bei der genannten Formulierung ist allerdings unklar, was unter „auf die Beteiligung entfallende Gewinne“ zu verstehen ist – m. E. wohl die zur Ausschüttung beschlossene Dividende. Dies sollte klar gesagt werden. Ebenso sollte wohl eine vertragliche Regelung zur Ausschüttungspolitik vorgesehen werden. Werden keine Ausschüttungen, sondern die Thesaurierung beschlossen, stellt dies für sich wohl noch keine Beeinträchtigung des Nießbrauchs dar. Der Nießbraucher wird aber regelmäßig eine gewisse Dividendenerwartung haben, insbesondere dann, wenn er eine Mehrheitsbeteiligung übertragen hat, die dem Erwerber des Anteils die Möglichkeit gibt, die zukünftige Dividendenpolitik zu bestimmen. Ein bestimmtes Stimmverhalten könnte und sollte daher wohl vereinbart werden.

Auch der Treuhandvertrag (A. 6.47) könnte aus notarieller Sicht möglicherweise dadurch verbessert werden, dass dem Treugeber der Geschäftsanteil zur Sicherung seiner Ansprüche verpfändet wird. Steuerlich ist die Frage der Sicherstellung des Treugebers demgegenüber irrelevant und wird von den Bearbeitern des Buches folgerichtig nicht untersucht.

Der Stimmbindungsvertrag (A. 6.50) hat durch die Erbschaftsteuerreform an Bedeutung gewonnen, da es möglich ist, durch Poolung von Minderheitsbeteiligungen die erbschaft-

steuerliche Grenze von 25 % zu überschreiten (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Neben der Stimmbindung ist aber erforderlich, dass über die stimmgebundenen Anteile nur einheitlich verfügt werden darf (so auch die Erläuterungen unter Rdnr. 7). Vor diesem Hintergrund wäre es schön, wenn in der nächsten Auflage des vorliegenden Buches auch die Verfügungsbeschränkung im Muster vorgesehen wäre. Aus meiner Sicht erfüllt der als Muster abgedruckte Stimmbindungsvertrag die Voraussetzungen des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nicht.

Aus Sicht des notariellen Praktikers wäre somit etwas mehr Zivilrecht wünschenswert. Die vorstehenden zivilrechtlichen Anmerkungen sollen die Qualität des Werkes aber in keiner Weise in Abrede stellen, sondern ausschließlich dazu dienen, dem notariellen Praktiker vor Augen zu halten, dass die Zielgruppe – ausweislich des Vorwortes – der *gesellschaftsrechtlich nicht spezialisierte Berater* ist. Der Notar gehört daher nicht zur Zielgruppe und sollte im Einzelfall noch ein Formularbuch mit zivilrechtlichem Schwerpunkt ergänzend zu Rate ziehen. Zusammenfassend komme ich zum Ergebnis:

Das vorliegende Werk kann jedem Kollegen, der sich mit den sich bei der Vorbereitung eines Vertrages stellenden steuerlichen Fragen vertraut machen möchte, zur Anschaffung empfohlen werden. Das Werk ist auf dem Weg zu einem Klassiker, da es das Zivil- und Steuerrecht in einzigartiger Weise verbindet.

Notar Prof. *Thomas Reich*, Ludwigsstadt

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. WEG §§ 16 Abs. 2, 28 (*Haftung für Abrechnungsspitzen bei Veräußerung von Wohnungseigentum*)

**Die Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer im Innenverhältnis zur Tragung der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums entsteht nicht bereits mit deren Entstehung im Außenverhältnis, sondern erst durch den Beschluss über die Abrechnung. Ein solcher Beschluss begründet Verbindlichkeiten nur für und gegen die bei der Beschlussfassung eingetragenen Wohnungseigentümer, nicht aber für deren Rechtsvorgänger, selbst wenn die Einzelabrechnungen an letztere adressiert worden sind. Die Verpflichtung der aktuellen Wohnungseigentümer im Zeitpunkt der Beschlussfassung beruht auf § 16 Abs. 2 WEG. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 113/11

Der Beklagte erwarb Anfang 2005 fünf Wohnungen in einer Wohnungseigentumsanlage. Der wirtschaftliche Übergang der Wohnungen von der Voreigentümerin auf den Beklagten fand im Februar 2005 und im Mai 2005 statt. Die Eigentumsumschreibung erfolgte im Juni 2005. Die Klägerin ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.

Im Frühjahr 2005 verklagte die Klägerin die Voreigentümerin der Wohnungen auf Zahlung der Wohngelder für 2004 und 2005. Aufgrund eines dinglichen Arrests wurde die Kaufpreisforderung der Voreigentümerin aus dem Verkauf der Wohnungen bis zu einem Höchstbetrag von 20.177,94 € gepfändet und der Betrag im April 2005 an die Klägerin gezahlt. Diese verrechnete die Forderung mit dem rückständigen Wohngeld der Voreigentümerin für 2004 sowie mit deren Wohngeldverbindlichkeiten bis zum wirtschaftlichen Übergang der Wohnungen auf den Beklagten im Jahr 2005. Außerdem nahm die Klägerin eine Verrechnung mit den festgesetzten Kosten des Wohngeldverfahrens und weiteren Verfahrenskosten vor.

In der Eigentümerversammlung vom 17.10.2006 wurden die Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2004 und 2005 beschlossen, aus denen sich, weil die Kosten höher waren als die nach dem Wirtschaftsplan beschlossenen Vorschüsse, Nachforderungen an die Wohnungseigentümer ergaben. Die Einzelabrechnungen für die fünf verkauften Wohnungen sind für das Jahr 2004 und für das Jahr 2005 bis zum wirtschaftlichen Übergang auf den Beklagten an die Voreigentümerin adressiert. Sie weisen als Abrechnungsspitze Nachforderungen für 2004 i. H. v. 5.716,69 € und für 2005 i. H. v. 659,32 € aus. Für die Zeit nach dem wirtschaftlichen Übergang der Wohnungen auf den Beklagten sind die Abrechnungen an diesen adressiert und weisen einen Nachzahlungsbetrag von 1.382,13 € aus.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten – unter Verrechnung eines Überschusses von 4.290,70 € aus der damaligen Pfändung bei der Voreigentümerin – Zahlung von 3.467,44 € nebst Zinsen aus den Abrechnungen 2004 und 2005. Das AG hat, nachdem es gegen den Beklagten zunächst ein Versäumnisurteil erlassen hatte, die Klage abgewiesen. Das LG hat den Beklagten zur Zahlung von 1.382,13 € verurteilt. Gegen die Klageabweisung im Übrigen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

*Aus den Gründen:*

II.

(...)

Die Revision ist begründet. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung des noch offenen Abrechnungsbetrages i. H. v.

2.085,31 € aus den Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2004 und aus den (Teil-)Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2005 verneint.

1. Die Beschlüsse der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnungen 2004 und 2005 begründen, auch soweit die Einzelabrechnungen an die Voreigentümerin adressiert sind, eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten.

a) Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer den anderen gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Nach § 28 WEG hat der Verwalter für jeweils ein Kalenderjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen und nach Ablauf des Kalenderjahres eine Abrechnung zu erstellen; über Wirtschaftsplan und Abrechnung beschließen die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit. Ihre Verpflichtung im Innenverhältnis erfolgt nicht bereits mit Entstehung der Lasten und Kosten, sondern erst durch den Beschluss. Daraus folgt zugleich, dass ein solcher Beschluss Verbindlichkeiten nur für und gegen die bei Beschlussfassung eingetragenen Wohnungseigentümer, nicht aber für deren Rechtsvorgänger begründen kann, denn sonst läge insoweit ein – unzulässiger – Gesamttakt zulasten Dritter vor. Umgekehrt rechtfertigt sich die Verpflichtung der aktuellen Wohnungseigentümer im Zeitpunkt der Beschlussfassung aus § 16 Abs. 2 WEG (Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 203 = MittBayNot 1988, 178; Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 230 = MittBayNot 1996, 101; Beschluss vom 23.9.1999, V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296 f.).

b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, abweichend von diesen Grundsätzen seien im vorliegenden Fall die Beschlüsse über die Genehmigung der Gesamt- und Einzelabrechnungen dahingehend auszulegen, dass die Nachzahlungsbeträge, soweit die Abrechnungen an die Voreigentümerin adressiert sind, nicht gegenüber dem Beklagten, sondern gegenüber der Voreigentümerin geltend gemacht werden sollen. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich zwar nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. nur *Zöller/Heßler*, ZPO, 29. Aufl., § 546 Rdnr. 9 m. w. N.), in diesem Rahmen aber zu beanstanden.

Welche Zahlungspflichten durch den Beschluss der Wohnungseigentümer begründet werden sollen, bestimmt sich nach dem darin zum Ausdruck gebrachten rechtsgeschäftlichen Willen der sie beschließenden Mehrheit. Inhalt und Umfang der gewollten Rechtsbindung können deshalb nur im Wege einer Auslegung des gefassten Beschlusses ermittelt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 23.9.1999, V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296). Das Berufungsgericht hat wesentliche Auslegungsgesichtspunkte nicht berücksichtigt. Es stellt allein darauf ab, dass zwischen der Eintragung des Beklagten als Wohnungseigentümer und der Beschlussfassung über die Abrechnungen ein längerer Zeitraum gelegen habe und die Adressierung – nach dem Vortrag der Klägerin auf Wunsch des Beklagten – bewusst an die Voreigentümerin erfolgt sei. Nicht in den Blick genommen hat das Berufungsgericht den bereits angesprochenen Umstand, dass die Verpflichtung der aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschiedenen Voreigentümerin ein unzulässiger Gesamttakt zulasten eines Dritten wäre (vgl. Senat, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93,

NJW 1994, 2950, 2953 = MittBayNot 1994, 219). Bereits dies spricht dafür, dass die Wohnungseigentümer dem Beklagten lediglich den internen Forderungsausgleich gegenüber der Voreigentümerin erleichtern und sie nicht entgegen der Rechtsordnung eine Schuld der Voreigentümerin begründen wollten. Hinzu kommt, dass die Wohnungseigentümer die Voreigentümerin wegen der Verpflichtungen aus den Wirtschaftsplänen, die durch die Abrechnung nicht berührt werden (Senat, Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f. = MittBayNot 1996, 101), erfolgreich gerichtlich in Anspruch genommen, diese Einnahmen in der Abrechnung berücksichtigt und sie keine rechtliche Möglichkeit hatten, die durch die Vorschüsse nicht gedeckten Mehrkosten nach deren Ausscheiden aus der Gemeinschaft gegen die Voreigentümerin durchzusetzen. Unter diesen Umständen erscheint die Annahme, dass sie abweichend von § 16 Abs. 2 WEG den Beklagten nicht in die Haftung nehmen und stattdessen unter Überschreitung ihrer Kompetenz eine – nichtige – Abrechnungsforderung gegen die Voreigentümerin begründen wollten, wenig lebensnah. Schließlich macht auch die Regelung in § 9 Nr. 12 der Teilungserklärung, wonach Käufer und Verkäufer im Jahr des Wohnungswechsels als Gesamtschuldner haften, deutlich, dass das Interesse der Wohnungseigentümer darin besteht, den neuen Wohnungseigentümer möglichst weitgehend in die Zahlungspflicht für die Kosten und Lasten einzubeziehen. Auch dies spricht dagegen, dass die Wohnungseigentümer den rechtsgeschäftlichen Willen hatten, anstelle des Wohnungseigentümers die Voreigentümerin mit den Kosten zu belasten.

(...)

2.. WEG §§ 5 Abs. 2, 22 Abs. 3 (*Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern, Anschlussleitungen und Thermostatventilen*)

1. **Heizkörper und dazugehörige Leitungen zum Anschluss an eine Zentralheizung können durch Teilungserklärung oder nachträgliche Vereinbarung dem Sondereigentum zugeordnet werden. Sondereigentum sind dann vorbehaltlich ausdrücklicher anderweitiger Regelung in der Teilungserklärung auch Heizungs- und Thermostatventile und ähnliche Aggregate.**
2. **Bei der Gesamterneuerung der Zentralheizung einer Wohnanlage muss den Wohnungseigentümern angemessene Zeit zur Umstellung der in ihrem Sondereigentum stehenden Heizkörper und Anschlussleitungen gegeben werden. Danach können sie von der erneuerten Heizungsanlage abgetrennt werden, wenn die alten Geräte mit der neuen Anlage nicht (mehr) kompatibel sind.**

BGH, Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10

Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft mit 36 Wohnungen. Nach der Teilungserklärung stehen „die Vor- und Rücklaufleitung und die Heizkörper der Zentralheizung von der Anschlussstelle an die gemeinsame Steig- bzw. Fallleitung an“ im Sondereigentum der Wohnungseigentümer. Die Wohnungseigentümer fassten am 26.10.2007 den Beschluss, die alte Heizungsanlage inklusive Steigleitungen auf der Grundlage eines Gutachtens zu erneuern. Auf einer weiteren Versammlung am 24.10.2008 beschlossen sie eine Erhöhung der Instandhaltungsrücklage und eine ergänzende Prüfung des Erneuerungskonzepts. Auf der Versammlung vom 13.7.2009, um die es hier geht, beschlossen die Wohnungseigentümer zu Tagesordnungspunkt (TOP) 6,

1. auf der Grundlage der bisherigen Beschlüsse die Erneuerung der Heizzentrale, der Steigleitungen sowie aller notwendigen Vertei-

lungsleitungen und Heizkörper gemäß der Planung vom September 2008 nach Ende der Heizperiode 2009/2010 durchzuführen und

2. bei einem veranschlagten Gesamtkostenvolumen von 496.000 € eine Sonderumlage aufzubringen von 110.000 € „für das Gemeinschaftseigentum“ und von 205.900 € „für das Sondereigentum“, welche in zwei Raten aufzubringen sein sollte, nämlich die erste Rate für das Gemeinschaftseigentum zum 31.1.2010 und die zweite Rate für das Sondereigentum zum 31.3.2010.

Die Anfechtungsklage gegen diese Beschlüsse ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision möchten die Kläger weiterhin die Ungültigerklärung der Beschlüsse zu TOP 6 erreichen. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## I.

Das Berufungsgericht hält die von den Klägern in der Begründungsfrist vorgetragene Einwände gegen die Beschlüsse für in der Sache unberechtigt. Die Beschlüsse griffen nicht in das Sondereigentum der Kläger an den Anschlussleitungen und an den Heizkörpern in ihrer Wohnung ein. Diese stünden nicht im Sondereigentum der Kläger, sondern im Gemeinschaftseigentum; die entgegenstehende Regelung in der Teilungserklärung sei unwirksam. Eine Zentralheizungsanlage stehe mit allen ihren Bestandteilen im Gemeinschaftseigentum. Das gelte auch für die Heizkörper in den einzelnen Wohnungen und die dazugehörigen Anschlussleitungen. Auf die Frage, ob das Vorhandensein der Heizkörper zwingende Voraussetzung für das Funktionieren der Heizungsanlage sei, komme es dabei nicht an. Der Beschluss über die Sonderumlage sei entgegen der Ansicht der Kläger auch klar und entspreche ordnungsgemäßer Verwaltung.

## II.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nur teilweise stand.

1. Die Klage ist unbegründet, soweit sich die Kläger gegen die Festlegung des Beginns der Arbeiten zur Erneuerung der Heizzentrale und der Steigleitungen (erster Beschluss zu TOP 6 der Versammlung vom 13.7.2009) und gegen die Erhebung einer Sonderumlage von 110.000 € für das Gemeinschaftseigentum sowie gegen deren Fälligkeit und Durchsetzung (zweiter Beschluss zu TOP 6) wenden.

a) Entgegen der Ansicht der Kläger fehlt es insoweit nicht an der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Die Heizzentrale und die Steigleitungen einer Zentralheizung stehen nach unbestrittener Ansicht im Gemeinschaftseigentum. Insoweit sieht die Teilungserklärung auch keine Abweichungen vor. Ihre altersbedingte vollständige Erneuerung ist als modernisierende Instandsetzung nach §§ 22 Abs. 3 i. V. m. 21 Abs. 3 und 4 WEG möglich und hat in der Versammlung eine ausreichende Mehrheit gefunden.

b) Die Beschlüsse sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

aa) Die Erneuerung dieser Teile der Heizungsanlage haben die Wohnungseigentümer schon auf ihren Versammlungen am 26.10.2007 und am 24.10.2008 beschlossen. Diese Beschlüsse sind bestandskräftig. Ihre technische Ergänzung um eine Festlegung des Beginns der Arbeiten und die Aufbringung einer Sonderumlage entspricht ordnungsgemäßer Verwaltung. Die Kläger haben innerhalb der Klagebegründungsfrist hiergegen eingewandt, die Vornahme der Erneuerung zum vorgesehenen Zeitpunkt sei technisch nicht zwingend. Sie dürfe nur vorgenommen werden, wenn die Instandhaltungsrücklage soweit aufgefüllt sei, dass die Maßnahme daraus bezahlt werden



könne. Das trifft nicht zu. Die Wohnungseigentümer haben bei der Entscheidung darüber, in welchen Schritten sie eine sachlich gebotene (modernisierende) Instandsetzung durchführen, einen Gestaltungsspielraum (OLG München, ZMR 2007, 557, 558; OLG Hamm, FGPrax 2007, 69, 70; *Bärmann/Merle*, WEG, 11. Aufl., § 21 Rdnr. 90). Diesen Spielraum haben die Wohnungseigentümer nicht überschritten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Instandhaltungsrücklage nicht bereits soweit aufgefüllt war, dass die Maßnahme ohne weiteres aus ihr bezahlt werden konnte. Ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht eine Instandsetzung zwar nur, wenn auch die Kostenfrage geregelt ist (BayObLG, DWE 1996, 75, 76; OLG Saarbrücken, ZMR 1997, 31, 33; *Bärmann/Merle*, a. a. O., § 21 Rdnr. 90). Das ist aber nicht erst dann der Fall, wenn die erforderlichen Mittel bereits aufgebracht sind. Es genügt, dass die Aufbringung der Mittel durch die Wohnungseigentümer gesichert ist.

bb) Gegen die sachliche Berechtigung der Sonderumlage für das Gemeinschaftseigentum haben die Kläger in der Klagebegründungsfrist keine Einwände erhoben. Sie haben lediglich eingewandt, die Beschlussfassung sei unklar. Das trifft aber nicht zu. Aus dem Beschluss ergibt sich, dass die Eigentümer abweichend von der Beschlussvorlage beschlossen haben, die anteilige Sonderumlage für das Gemeinschaftseigentum schon bis zum 31.1.2010 aufzubringen.

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klage indessen begründet, soweit die Beschlüsse eine Erneuerung auch der Heizkörper und der dazugehörigen Anschlussleitungen in den Wohnungen und die Aufbringung der dafür vorgesehenen Sonderumlage von 205.900 € betreffen. Insoweit sind die Beschlüsse nichtig, weil es den Wohnungseigentümern an der Beschlusskompetenz fehlt.

a) Diese Teile der Heizungsanlage gehören nach § 2 Abs. 1 Buchstabe i der Teilungserklärung zum Sondereigentum der Wohnungseigentümer. Die Erneuerung der Heizkörper und Anschlussleitungen ist danach Angelegenheit des einzelnen Wohnungseigentümers, nicht Aufgabe der Gemeinschaft. Diese könnte sich mangels einer entsprechenden Öffnungsklausel in der Teilungserklärung damit nur befassen, wenn die Erneuerung auch dieser Teile der Heizungsanlage Inhalt einer Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 2 WEG sein könnte oder wenn die Zuordnung der Heizkörper und Anschlussleitungen zum Sondereigentum nach § 5 Abs. 2 WEG unzulässig wäre und diese deshalb in Wirklichkeit zum Gemeinschaftseigentum gehörten. Beides ist nicht der Fall.

b) Nach § 15 Abs. 2 WEG können die Wohnungseigentümer durch Beschluss einen der Beschaffenheit der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechenden ordnungsgemäßen Gebrauch regeln. Als derartige Gebrauchsregelungen sind in der Rechtsprechung auch Regelungen angesehen worden, welche unabhängig von der eigentumsrechtlichen Zuordnung den Austausch defekter Heizkörperventile (BayObLG, NJW-RR 1987, 1493) oder auch ganzer Heizkörper (OLG München, NJW-RR 2008, 1182, 1186 a. E.) oder ein Verbot vorsahen, Heizkörper zu entfernen (BayObLG, WuM 1986, 26; ähnlich OLG Hamburg, ZMR 1999, 502, 503). Dem kann nicht gefolgt werden. Bei dem Austausch defekter Aggregate geht es nicht um den ordnungsgemäßen Gebrauch der gemeinschaftlichen Zentralheizungsanlage, sondern um deren Instandsetzung. Die Kompetenz dafür richtet sich nach §§ 21, 22 Abs. 3 WEG. Diese Vorschriften stellen auf die eigentumsrechtliche Zuordnung der Bauteile ab. Auch ein Verbot, Heizkörper zu entfernen, zielt nicht darauf, den ordnungsgemäßen Gebrauch der gemeinschaftlichen Heizungsanlage sicherzustellen, sondern darauf zu verhindern, dass sie in ihrer

Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird. Hier haben die Wohnungseigentümer nicht beschlossen, wie mit der (neuen) Heizung umzugehen ist, sondern dass sie erneuert werden soll. In diese Erneuerung haben sie die Heizkörper nebst Anschlussleitungen nach der Kommentierung in der in dem Beschluss genannten Anlage 5 nicht deshalb einbezogen, weil ihr weiterer Betrieb die (neue) Anlage beschädigen würde, sondern weil es zweckmäßig erschien, auch sie zu erneuern. Das ist keine Regelung zum Gebrauch der neuen gemeinschaftlichen Heizungsanlage.

c) Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer für die Heizkörper und Anschlussleitungen ergibt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanzen und der Beklagten auch nicht daraus, dass es unzulässig wäre, diese in der Teilungserklärung zu Sondereigentum zu erklären, und dass diese Bauteile nach § 5 Abs. 2 WEG nur Gemeinschaftseigentum sein könnten. Die Regelung in der Teilungserklärung ist vielmehr wirksam und deshalb maßgeblich. Das haben die Beklagten selbst bei ihren früheren Beschlüssen zur Heizungserneuerung nicht anders gesehen.

aa) Ob die Heizkörper in den Wohnungen einer Wohnanlage mit Zentralheizung und die dazugehörigen Anschlussleitungen Gemeinschafts- oder Sondereigentum sind, wird allerdings unterschiedlich beurteilt. Nach wohl überwiegender Ansicht dienen die an eine Zentralheizung angeschlossenen Heizkörper und die dazugehörigen Anschlussleitungen nur dem Wohnungseigentümer, in dessen Wohnung sie sich befinden. Etwas anderes gelte nur, wenn der einzelne Heizkörper für den Betrieb der gesamten Heizungsanlage unverzichtbar sei (BayObLG, ZfIR 2003, 246, 249; OLG Hamburg, ZMR 1999, 502, 503; OLG Köln, DWE 1990, 108, 109; LG Frankfurt/Main, MDR 1990, 57; *Bamberger/Roth/Hügel*, BGB, 2. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 10; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 82; *Spielbauer/Then*, WEG, § 5 Rdnr. 4 bei Fn. 29; *Timme/Kessler*, WEG, § 5 Rdnr. 41; *Ott*, MietRB 2004, 130, 131; ähnlich auch OLG Köln, NZM 2003, 641, 642 für Fußbodenheizung; offen gelassen von BayObLG, WuM 1986, 26 und NJW-RR 1987, 1493). Für einen solchen Sonderfall ist hier nichts ersichtlich. Deshalb wären die Bauteile hier, wie in der Teilungserklärung festgelegt, Sondereigentum. Nach der Gegenmeinung, die sich die Vorinstanzen zu eigen gemacht haben, sind die Heizkörper und die Anschlussleitungen in den einzelnen Wohnungen auch dann Gemeinschaftseigentum, wenn ihre Demontage die Funktionsfähigkeit des Heizungssystems nicht beeinträchtigt (*Jennißen/Grziwotz*, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 85; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 52; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rdnr. 75; *Schmidt*, ZMR 2005, 669, 670). Der Senat hat sich bislang nur mit der Zuordnung einer Heizungsanlage befasst (Urteile vom 8.11.1974, V ZR 120/73, NJW 1975, 688, 689 und vom 2.2.1979, V ZR 14/77, BGHZ 73, 302, 309), nicht aber mit der Zuordnung von Heizkörpern und Anschlussleitungen in den Wohnungen einer Wohnanlage mit einer Zentralheizung.

bb) Die Frage bedarf auch hier keiner in jeder Hinsicht abschließenden Entscheidung. Entschieden werden muss nur, ob die Heizkörper und Anschlussleitungen durch die Teilungserklärung (oder eine nachträgliche Vereinbarung) dem Sondereigentum der Wohnungseigentümer zugeordnet werden können, wie das hier geschehen ist. Diese Frage bejaht der Senat.

(1) Nach § 5 Abs. 2 WEG stehen, unabhängig von ihrer Lage in Räumen des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums, nur solche Einrichtungen im Gemeinschaftseigentum, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen. Diese Voraussetzung ist nicht bei allen Bauteilen einer Zentralheizungsanlage gegeben, die – wie hier – aus einer Heizzentrale und einem –

hier Steigleitungen genannten – Leitungssystem bestehen, das die Heizwärme in der Wohnanlage zur Abnahme durch die einzelnen Wohnungseigentümer verteilt. Allen Wohnungseigentümern dienen die Heizzentrale und die Leitungen zur Verteilung der Heizwärme in der Anlage. Ohne sie stünde die Heizwärme den Wohnungseigentümern nicht zur Verfügung. Die in den Wohnungen aufgestellten Heizkörper und die dazugehörigen Anschlussleitungen dienen dagegen bei einer solchen Anlage nur dem Wohnungseigentümer, in dessen Wohnung sie sich befinden. § 5 Abs. 2 WEG steht jedenfalls der hier getroffenen Regelung, dass diese Bauteile Sondereigentum sein sollen, nicht entgegen.

(2) Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass eine Heizungsanlage ein in sich geschlossenes System darstellt, wie von den Vertretern der Gegenmeinung geltend gemacht wird.

(a) Die Heizzentrale und das Verteilungssystem einer Zentralheizung sind zwar so ausgelegt, dass sie die vorgesehenen Heizkörper in den Wohnungen ausreichend mit Heizwasser versorgen können. Es kann auch sein, dass eine Zentralheizungsanlage so ausgelegt ist, dass, was die Beklagten mit dem nicht näher konkretisierten Hinweis auf eine Energie- oder Wärmebedarfsberechnung geltend machen wollen, die einzelnen Wohnungen in einem Mindestumfang beheizt werden müssen. Eine solche Systemvorgabe würde aber nicht schon dann erreicht, wenn die Wohnungen überhaupt angeschlossen sind, sondern erst, wenn die Bewohner der Wohnungen diese Anschlüsse auch nutzen und die Wohnungen in dem erforderlichen Umfang beheizen. Eine solche Systemvorgabe machte deshalb die angeschlossenen Heizkörper nebst Anschlussleitungen nicht zu einem unverzichtbaren Bestandteil der zentralen Teile der Heizungsanlage. Sie führte vielmehr dazu, dass alle Wohnungseigentümer, ob angeschlossen oder nicht, nach §§ 14 Nr. 1 i. V. m. 15 Abs. 3 WEG verpflichtet sind, ihre Wohnungen entsprechend den Mindestvorgaben des Systems zu beheizen (vgl. *Bärmann/Klein*, a. a. O., § 14 Rdnr. 26 und § 15 Rdnr. 19; ähnlich *Jennißen/Hogenschurz*, a. a. O., § 14 Rdnr. 12; BayObLG, WuM 1989, 341 für Schutz vor Einfrieren von Leitungen).

(b) Die Heizkörper in den einzelnen Wohnungen nebst Anschlussleitungen sind auch nicht deshalb Gemeinschaftseigentum, weil an eine Zentralversorgungseinrichtung nicht beliebig viele Heizkörper beliebiger Bauart und Leistung angeschlossen werden können. Dazu kommen zwar nur Heizkörper in Betracht, die nach Zahl, Bauart, Zuschnitt, Anschlussart und Erhaltungszustand mit der Zentraleinrichtung kompatibel sind und deren ordnungsgemäßes Funktionieren nicht beeinträchtigen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass die Gesamtanlage ohne Heizkörper und Anschlussleitungen nicht funktionierte und diese unverzichtbare Bauteile der gemeinschaftlichen Teile der Heizungsanlage wären. Es handelt sich vielmehr um technische Beschränkungen bei der Benutzung dieser Gemeinschaftseinrichtung, die der einzelne Wohnungseigentümer beachten muss, wenn er sie nutzen will. Solche Vorgaben können den Wohnungseigentümer faktisch zwingen, neue Heizkörper und Anschlussleitungen anzuschaffen, wenn die vorhandenen alten wegen ihres Erhaltungszustands die neue Anlage beschädigten oder mit ihr technisch nicht mehr kompatibel sind, etwa, weil, wie hier geltend gemacht wird, die Rohrdurchmesser der Anschlussleitungen verkleinert werden müssen. Eine Legitimation der Gemeinschaft, dem einzelnen Wohnungseigentümer die Erneuerung auch technisch kompatibler Heizkörper und Anschlussleitungen aufzuzwingen oder umgekehrt eine von ihm für sich angestrebte Erneuerung mit technisch kompatiblen Geräten oder deren technisch vertretbare Verlegung innerhalb seiner Wohnung zu verweigern, lässt sich aus den technischen Vorgaben der zentralen Einheiten der Anlage indessen nicht ableiten.

(3) Diesem Ergebnis steht auch die angebliche „Systemverantwortlichkeit“ der Gemeinschaft nicht entgegen. Mit ihr wird allerdings die Zuordnung der Heizungs- und Thermostatventile zum Gemeinschaftseigentum begründet. Die Ventile sollen auch dann zum Gemeinschaftseigentum gehören, wenn die Heizkörper selbst Sondereigentum sind (OLG Hamm, NJW-RR 2002, 156; OLG München, NJW-RR 2008, 1182, 1186; OLG Stuttgart, WuM 2008, 44; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 5 Rdnr. 52; *Spielbauer/Then*, a. a. O., § 5 Rdnr. 12 bei Fn. 114; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, a. a. O., Rdnr. 75; a. M. *Bärmann/Armbrüster*, § 5 Rdnr. 107; *Timme/Kessler*, a. a. O., § 5 Rdnr. 41). Das folge daraus, dass Zentralheizungen nach dem heutigen § 14 Abs. 1 Sätze 1 und 2 EnEV, nach § 14 Abs. 1 Satz 2 EnEV gegebenenfalls auch nachträglich, mit zentralen selbsttätig wirkenden Einrichtungen zur Verringerung und Abschaltung der Wärmezufuhr sowie zur Ein- und Ausschaltung elektrischer Antriebe in Abhängigkeit von der Außentemperatur oder einer anderen geeigneten Führungsgröße und der Zeit, ausgestattet werden müssen. Diese Verpflichtung besagt über die eigentumsrechtliche Zuordnung der Ventile nichts. Die Ausstattungsverpflichtung trifft nach § 26 Abs. 1 EnEV den Bauherrn, bei nachträglichem Einbau nach § 14 Abs. 1 Satz 2 EnEV den Eigentümer. Das ist derjenige, dem das Bauteil zugewiesen ist, an dem das Ventil eingebaut werden muss. Das wiederum ist bei einer Zuordnung der Heizkörper zum Sondereigentum der Wohnungseigentümer. Daran änderte es nichts, wenn solche Geräte auch zur Steuerung oder Überwachung oder benötigt werden, um den Verbrauch festzustellen. Ihr Vorhandensein ist Voraussetzung für die Möglichkeit eines Anschlusses an die Heizungsanlage, stellt aber eine Regelung in der Teilungserklärung nicht in Frage, derzufolge Heizkörper Sondereigentum sein sollen.

(4) Die Zuordnung von Heizkörpern und Anschlussleitungen zum Gemeinschaftseigentum ist schließlich auch nicht deshalb erforderlich, weil sich eine solche Anlage anders nicht erneuern ließe. Die Erneuerung der Heizzentrale und der Steig- und der sonstigen zentralen Verteilungsleitungen einer Zentralheizung kann zwar, wie bereits ausgeführt, dazu führen, dass vorhandene alte Heizkörper und Anschlussleitungen nicht mehr an die neue Anlage angeschlossen werden können, weil sie diese beschädigten oder Aggregate der Zentralanlage störten. Das stünde der Durchführung der beschlossenen Erneuerung der Zentraleinheiten der Anlage aber nur entgegen, wenn für einen Wohnungseigentümer, der seine Heizkörper und Anschlussleitungen nicht erneuern möchte, die weitere Versorgung mit Heizwärme auch unter Verwendung seiner alten Bauteile gewährleistet werden müsste. Das ist nicht der Fall. Die Gemeinschaft muss dem einzelnen Wohnungseigentümer unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme (vgl. Senat, Urteil vom 10.6.2005, V ZR 235/04, NJW 2005, 2622, 2623 für Versorgungssperre) eine angemessene Zeit zur Umstellung seiner Heizkörper geben, die Durchführung der beschlossenen Erneuerung aber nicht über den danach gebotenen Zeitraum hinaus zurückstellen. Ein Wohnungseigentümer, der seine Geräte auch danach nicht erneuern will, kann dann von der Heizungsanlage getrennt werden, wenn seine Geräte und/oder Anschlussleitungen mit der neuen Zentralheizung nicht mehr kompatibel sind.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Schmitz*, MittBayNot 2012, 180 (in diesem Heft).

3. WEG §§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 1, 7 Abs. 4 Nr. 1, 8, 10 Abs. 3; GBO §§ 15 Abs. 2, 16 Abs. 2, 18 Abs. 1 (*Kein Sondernutzungsrecht am Balkon, der Bestandteil des Sondereigentums ist*)

**Der einem Sondereigentum (Wohnung) vorgelagerte Balkon ist auch ohne gesonderte Erklärung Bestandteil dieses Sondereigentums, so dass an ihm ein Sondernutzungsrecht für dessen Eigentümer nicht begründet werden kann.**

OLG München, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 247/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Zu notarieller Urkunde vom 18.11.2010 begründeten die Beteiligten zu 1 und 2 an dem ihnen in Gütergemeinschaft gehörenden Grundstück dergestalt Wohnungseigentum, dass sie es gemäß § 8 WEG in zwei Miteigentumsanteile aufteilten und mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit 1 bzw. 2 bezeichneten Räumen sowie mit einem weiteren mit „AR“ bezeichneten Raum im Kellergeschoß verbanden. Nach der zugleich errichteten Gemeinschaftsordnung sollte dem jeweiligen Eigentümer der Einheit 1 das Recht auf alleinige und ausschließliche Nutzung und Verwaltung des im Aufteilungsplan „EG“ mit SNR 1 bezeichneten und blau umrandeten Balkons zustehen.

Soweit noch erheblich, erging auf den Vollzugsantrag am 10.5.2011 folgende fristsetzende Zwischenverfügung des Grundbuchamts:

Nach der notariellen Urkunde und dem beigelegten Lageplan handele es sich bei dem erwähnten Balkon um Sondereigentum. Für die Bestellung eines Sondernutzungsrechts an dem Balkon für den Eigentümer des Sondereigentums bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis. Entweder solle festgestellt werden, dass es sich bei dem Balkon aufgrund seiner teils ebenerdigen Lage um eine Terrasse handele, oder aber der Antrag solle dahin geändert werden, dass kein Sondernutzungsrecht an dem Balkon bestellt werde.

Hiergegen richtet sich das vom beurkundenden Notar eingelegte Rechtsmittel. Der im Aufteilungsplan mit Balkon bezeichnete Gebäudeteil sei einerseits aufgrund der Anlage des Gebäudes tatsächlich ein Balkon und andererseits eine vom gemeinschaftlichen Grundstück aus mittels ein paar Stufen zu erreichende Terrasse. Dieser Teil sei mangels Abgeschlossenheit nicht sondereigentumsfähig, somit Gemeinschaftseigentum. Um die alleinige Nutzungsmöglichkeit des Gebäudeteils durch den unmittelbar daran angrenzenden Sondereigentümer der Einheit 1 zu ermöglichen, biete sich die Begründung eines Sondernutzungsrechts an. Der Balkon sei kein Sondereigentum und könne auch nicht zu Sondereigentum erklärt werden.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 16.5.2011 nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die nach Sachlage namens der Beteiligten zu 1 und 2 als der teilenden Eigentümer gemäß § 15 Abs. 2 GBO erhobene Beschwerde (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 73 Abs. 1 und 2 GBO) hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Dem Eintragungsantrag fehlt, bezogen auf das Sondernutzungsrecht, die Eintragungsfähigkeit. Der Antrag richtet sich darauf, eine (verdinglichte) Berechtigung (vgl. § 10 Abs. 3 WEG) an dem zu schaffenden Sondereigentum einzutragen, die es nur für das Gemeinschaftseigentum gibt (vgl. *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 13 Rdnr. 24; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Stichwort WEG, Rdnr. 44, 45) und wofür auch nur ein Bedürfnis besteht. Die Aufforderung, den Antrag zu ändern, nämlich einen beanstandeten Antrag zurückzunehmen, wodurch die Vollziehung der übrigen Anträge ermöglicht wird, ist bei verbundenen Anträgen (§ 16 Abs. 2 GBO) durch Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO zulässig (BayObLGZ 1977, 268, 271 = *MittBayNot* 1977, 232; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 18 Rdnr. 37 m. w. N.). Zur Beseitigung des aufgezeigten Eintragungshindernisses geeignet er-

scheint hingegen nicht die alternativ aufgegebene, auf den Balkon bezogene Klarstellung des Antrags. Die Unterlagen, namentlich die Bauzeichnung nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, lassen nämlich von vorneherein eine Auslegung, dass es sich bei dem von außen nur über eine Treppe erreichbaren und mit einer massiven umlaufenden Außenbrüstung versehenen Gebäudeteil um eine (ebenerdige) Terrasse handele, an der Gemeinschaftseigentum bestände (vgl. *Schneider* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 71 m. w. N.) und demnach die Begründung eines Sondernutzungsrechts zulässig wäre, nicht zu.

1. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass im Hinblick auf die fehlende Raumeigenschaft Sondereigentum gemäß § 5 Abs. 1 Alt. 1 WEG an einem Balkon nicht gebildet werden kann (so aber *Rapp* in *Beck'sches Notar-Handbuch*, 5. Aufl., A III Rdnr. 29 d m. w. N.). Folge dieser Auffassung wäre es in der Tat, mangels allseitig fester Abgeschlossenheit auch an den nicht konstruktiven Teilen des Balkons von Gemeinschaftseigentum auszugehen und daran für den Sondereigentümer der anliegenden Wohnung ein Sondernutzungsrecht zu begründen (*Rapp*, a. a. O.).

2. Indessen folgt der Senat der ganz herrschenden Meinung, dass ein Balkon als durch eine Brüstung begrenzter Raum sondereigentumsfähig ist (BayObLGZ 1974, 269, 271 = *MittBayNot* 1974, 149; auch Senat vom 30.1.2007, 34 Wx 116/06 = *NZM* 2007, 369; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 55; *Timme/Kesseler*, WEG, § 5 Rdnr. 65; *Vandenhouten* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 13).

a) Nach verbreiteter Ansicht ist ein zu einer Wohnung gehörender Balkon dann dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen, wenn er in der Teilungserklärung nicht ausdrücklich mit dem Sondereigentum an einer Wohnung verbunden wird und im Aufteilungsplan mit derselben Nummer der Wohnung bezeichnet ist (vgl. *Bärmann/Armbrüster*, § 5 Rdnr. 55 m. w. N.; exemplarisch *LG Wuppertal*, RNotZ 2009, 48). Denn wird rechtsgeschäftlich kein Sondereigentum eingeräumt, so befindet sich ein an sich sondereigentumsfähiger Raum entsprechend den allgemeinen Regeln im Gemeinschaftseigentum (vgl. § 1 Abs. 5 WEG; etwa *BayObLG*, *NJW* 1974, 152 = *MittBayNot* 1974, 15).

b) Die Auslegung der Teilungserklärung sowie des damit verbundenen Aufteilungsplans mit Abgeschlossenheitsbescheinigung dürfte es nicht erlauben, den Balkon als dem Sondereigentum zugehörig einordnen zu können. Die notarielle Erklärung spricht unter Abschnitt II. nur von Räumen, die im Aufteilungsplan mit (der Ziffer) 1 bezeichnet sind. Indessen trägt auch der Balkon die Ziffer 1, freilich versehen mit dem Zusatz „SNR“. Eine Zuordnung zur dahinterliegenden Wohnung 1 lässt sich auch nicht aus der im Plan ersichtlichen durchgängigen, allerdings im Bereich zumindest von zwei der drei zum Balkon hin angrenzenden Räume durchbrochenen, blauen Umrandung entnehmen. Deshalb erscheint es hier nicht möglich, den Balkon kraft abweichender rechtsgeschäftlicher Zuordnung (vgl. *Hügel*, RNotZ 2009, 49, 50 f.) als zum Sondereigentum der Wohnung 1 gehörig anzusehen.

3. Hiervon unabhängig geht der Senat aber mit einer im Vordringen begriffenen Meinung davon aus, dass der Balkon (nicht hingegen dessen Bauteile) als Raum zu der ihm zuordnungsfähigen abgeschlossenen Wohnung der Alleinnutzung dieses Wohnungseigentümers dient und kraft der gesetzlichen Verbundenheit des § 94 BGB auch zum Sondereigentum der Wohnung gehört (siehe *Schmidt*, *MittBayNot* 2001, 442; *Hügel/Kral*, a. a. O., Rdnr. 26; *Schneider* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 37, § 7 Rdnr. 94). Auch ohne ent-

sprechende Nummerierung gehört der Balkonraum nach natürlicher Anschauung zum Sondereigentum der Gesamtwohnung, von der aus er zugänglich ist. Daran ändert sich hier nichts deshalb, weil der gegenständliche Balkon mit einer Treppe zum Garten (Gemeinschaftseigentum) verbunden ist, deren Sondereigentumsfähigkeit indessen dahinstehen kann.

An Sondereigentum kommt die Eintragung eines Sondernutzungsrechts nicht in Betracht.

(...)

#### Anmerkung:

Die MittBayNot hat 2001 dankenswerterweise meinen Angriff auf die herrschende Meinung zum Problem des Sondereigentums am Balkon abgedruckt (MittBayNot 2001, 442). Rechtsprechung und Literatur haben darauf kaum reagiert; wenige Kommentare haben ablehnend Stellung bezogen. Nur *Schneider* schloss sich 2005 in der 1. Auflage des WEG-Kommentars von *Riecke/Schmid* meiner Meinung an (§ 7 Rdnr. 94). Dass das Problem schon früher in der Wohnungseigentumsrechtlichen Literatur eine Rolle spielte, zeigte schon *Diester*, einer der Väter des WEG und ein glänzender Dogmatiker, im Jahre 1972 in seinem Buch „Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums“ auf Seite 61, wo er die von mir vertretene Meinung vertrat.

In meinem Beitrag konnte ich ein fast abschreckendes Beispiel aus der Praxis aufzeigen: In einer größeren Wohnanlage in Frankfurt a. M. wurden im Aufteilungsplan die einzelnen Wohnungen nummeriert durch Einzeichnung der betreffenden Zahl in jedem Einzelraum, auch bei den Balkonen. Nur bei einem Balkon wurde die Nummer vergessen. Der Eigentümer merkte dies schnell und reichte beim Grundbuchamt einen behördlich gesiegelten Aufteilungsplan für die Wohnung mit der Nummer auch beim Balkon ein, um eine Richtigstellung im Grundbuch zu erreichen. Das wurde abgelehnt und das OLG Frankfurt (Beschluss vom 3.4.1997, FGPrax 1997, 39) verwies den Eigentümer auf eine Umwandlung des Gemeinschaftseigentums an seinem Balkon in Sondereigentum durch Vereinbarung mit allen Wohnungseigentümern und Zustimmung aller Gläubiger. Im gleichen Sinn entschied 2009 auch das LG Wuppertal (RNotZ 2009, 48 m. abl. Anm. *Hügel*) in einem ähnlich gelagerten Fall.

Nun hatte nach zehn Jahren das OLG München einen geeigneten Fall, bei dem die Frage nach dem Sondereigentum am Balkon nicht zu umgehen war. Es hat zutreffend und richtig entschieden. Im einschlägigen Absatz hat es sich sehr kurz gefasst. Es hat offenbar den dogmatischen und praktischen Boden, der in meinem Beitrag in allen Richtungen ausgelotet wurde, voll akzeptiert. Schon dort wurde ausgeführt, dass es wegen des zwingenden Sondereigentums am Balkon(raum) kein Sondernutzungsrecht daran geben könne.

In der Literatur breitete sich hinsichtlich des Balkons in den letzten Jahren ein gewisses Unbehagen aus, dem man mit dem Argument begegnete, an ihm bestehe eine Art immanentes oder faktisches Sondernutzungsrecht. Das BayObLG (NZM 2004, 384) hat bei einem Balkonanbau für ein faktisches Alleinnutzungsrecht des Wohnungseigentümers „aus der Natur der Sache“ plädiert, wohlweislich den Begriff „Sondernutzungsrecht“ vermeidend. Auch in der Literatur wurde dieser Gedanke aufgenommen (vgl. *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 3). Auf diese Argumentationen hat sich das OLG München gar nicht eingelassen. Es hätte ja sagen können, das beantragte Sondernutzungsrecht könne nicht eingetragen werden, weil ein solches sowieso immanent bestehe. Es hat sich für die saubere und klare WEG-konforme Lösung ent-

schieden, denn ein faktisches Sondernutzungsrecht als Rechtsform kennt das WEG nicht.

Rechtlich entnimmt das Gericht die Verbundenheit des Balkons mit der Wohnung aus § 94 BGB und nennt dazu ausdrücklich meinen Beitrag von 2001, in dem alle Facetten dieser Verbundenheit dargestellt sind. Es ist z. B. dogmatisch nicht erklärbar, wenn in rechtlicher Sicht der Balkon zur Wohnung gerechnet wird, wie etwa bei der Wohnflächenberechnung, der Berechnung der Miteigentumsanteile und damit der Kostentragung und auch bei der Mitvermietung, aber dennoch Gemeinschaftseigentum sein soll. Einen Raum im Gemeinschaftseigentum kann ein Sondereigentümer kaum vermieten. Die dogmatischen Feinheiten der Bestandteilslehre des § 94 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 WEG werden zu Recht nicht bemüht (vgl. *Armbrüster* in *Bärman*, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 55, wo er sich gegen die Anwendung von § 94 BGB wendet). Auch die interessanten und lesenswerten Gedanken von *Hügel* (RNotZ 2009, 49) zur Behandlung des Balkons haben die Entscheidung sicher mitgetragen. Danach wird bereits im Aufteilungsplan mit der Bezeichnung als Wohnung dokumentiert, dass der Balkon zur Wohnung gehört, und sie wird mit diesem Inhalt als abgeschlossen bezeichnet. Die Einzelraumnummerierung müsse dabei zurücktreten. So stellt auch *Hügel* die vom OLG München herausgestellte Verbundenheit heraus.

Nun ist zu hoffen, dass die WEG-Literatur künftig die Münchener Linie vertritt. Sie ist praktisch, sauber und klar. Wer anderer Meinung bleiben sollte, müsste dies schon überzeugend begründen. Natürlich kann es in Einzelfällen Abgrenzungsprobleme geben, die aber das Prinzip nicht in Frage stellen können. Abschließend sei dem OLG auch dafür gedankt, dass es deutlich der Meinung entgegentritt, am Balkon(raum) könne es überhaupt kein Sondereigentum geben. Eine solche Meinung sollte eigentlich gar nicht mehr vertreten werden. Sie ist nicht tragfähig, bringt nichts und würde unzählige Eintragungen in Frage stellen.

Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

4. GmbHG § 5a; WEG § 21 Abs. 4 (*Keine UG (haftungsbeschränkt) als WEG-Verwalterin*)

**Der Beschluss über die Bestellung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zur Verwalterin einer Wohnungseigentumsanlage ist wegen unzureichender Kapitalausstattung der Gesellschaft i. d. R. anfechtbar (Abgrenzung zu BayObLG WuM 1993, 488). Etwas anderes kann bei Bestehen einer ausreichenden Berufshaftpflichtversicherung gelten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Karlsruhe, Urteil vom 28.6.2011, 11 S 7/10

*Aus den Gründen:*

II.

(...)

d) Durchgreifende Bedenken hegt die Kammer jedoch dagegen, dass mit dem angefochtenen Beschluss eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft nach § 5 a GmbHG zur Verwalterin bestellt worden ist. Die Kammer hält die Bestellung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zum Verwalter zwar nicht für nichtig, aber grundsätzlich für nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechend, da sie dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen (§ 21 Abs. 4 WEG) i. d. R. nicht entspricht

(dazu aa), und damit für anfechtbar. Zumindest im vorliegenden Fall kommen weitere Umstände hinzu, die letztlich dazu führen, dass die Bestellung der ... zur Verwalterin der Gemeinschaft für ungültig zu erklären war (dazu bb).

aa) Allerdings enthält das Wohnungseigentumsgesetz keine Regelung darüber, wer Verwalter sein kann und welche subjektiven Voraussetzungen er erfüllen muss. Das Gesetz setzt weder einen Befähigungsnachweis noch andere persönliche Qualifikationen voraus. Anders als die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der die Rechtsprechung (BGH ZWE 2006, 183 = NJW 2006, 2189; BGH NZM 2009, 547) trotz Rechtsfähigkeit der Außen-GbR nach wie vor die Eignung zum Verwalter abspricht, steht der Eignung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) auch nicht entgegen, dass sie als rechtlich selbständige Einheit nicht handlungsfähig wäre oder nicht durch ein öffentliches Register Kenntnis darüber erlangt werden könne, wer zum Gesellschafterkreis gehört und wie sich die Vertretungsbefugnisse gestalten.

Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach § 5 a Abs. 3 GmbHG zeichnet sich jedoch dadurch aus, dass sie als existenzgründerfreundliche Variante der GmbH mit einem geringeren Stammkapital als dem für die gewöhnliche GmbH vorgeschriebenen Mindeststammkapital von 25.000 € gegründet werden kann. Für die Bestellung einer GmbH zur Verwalterin ist seit der Entscheidung des BayObLG vom 5.5.1993 (2Z BR 29/93, WuM 1993, 488; hier zitiert nach juris) anerkannt, dass diese trotz der beschränkten Haftung der GmbH unter dem Blickwinkel der ordnungsgemäßen Verwaltung nicht zu beanstanden ist. Das BayObLG führte in dieser Entscheidung aus:

„Rechtlich ist die Bestellung einer GmbH zum Verwalter zwar mit einer Haftungsbeschränkung verbunden, da die GmbH nach § 13 Abs. 2 GmbHG nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftet, während eine Einzelperson mit ihrem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten einzustehen hat. Hausverwaltungsunternehmen werden heute jedoch vielfach in der Rechtsform der GmbH betrieben, ohne dass sich daraus Unzuträglichkeiten ergeben hätten. Im Übrigen beträgt nach § 5 Abs. 1 GmbHG das Mindeststammkapital 50.000 DM, dessen Aufbringung zur Hälfte vor Eintragung und damit Entstehung der Gesellschaft dem Registergericht nachgewiesen werden muss, § 8 Abs. 2 GmbHG. Damit ist auch bei einer GmbH ausreichend Vorsorge dafür getroffen, dass etwaige Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter realisiert werden können.“

Auf die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) lässt sich diese Argumentation nicht übertragen. Bei dieser muss zwar das Stammkapital sofort in voller Höhe als Bareinlage eingezahlt werden (§ 5 a Abs. 2 GmbHG), allerdings muss es lediglich mindestens einen Euro betragen. Davon, dass bei einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ausreichend Vorsorge dafür getroffen wäre, dass etwaige Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter realisiert werden können, kann daher im Regelfall keine Rede sein. Auch wenn, wie im vorliegenden Fall, das Stammkapital immerhin 500 € beträgt, ist dies im Hinblick darauf, dass bei der Eigenart der Tätigkeit eines Verwalters, die insbesondere auch die Verwaltung fremden Vermögens und fremder Gelder umfasst, bereits bei einem einzigen Fall fahrlässigen Handelns schnell wesentlich höhere Schäden entstehen können, ein verschwindend geringer Betrag. Berücksichtigt man weiter, dass vom Stammkapital auch noch die Gründungskosten abgehen, und dass ein gewerbsmäßig tätiger Verwalter regelmäßig nicht nur ein Objekt, sondern mehrere verwaltet, ist die für eine eventuelle Haftung zur Verfügung stehende Summe ersichtlich nicht

ausreichend, um die Verwalterbestellung noch als ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechend qualifizieren zu können, denn die Inanspruchnahme des Verwalters auf Schadensersatz im Falle etwaiger Pflichtverletzungen liefe regelmäßig wirtschaftlich gesehen ins Leere.

Dabei verkennt die Kammer nicht, dass eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) im Einzelfall auch ein höheres Stammkapital aufweisen kann und insbesondere nach einigen Jahren, wenn sie ihrer Verpflichtung zum Aufbau einer gesetzlichen Rücklage nach § 5 a Abs. 3 GmbHG nachgekommen ist, auch Unternehmergesellschaften, die mit niedrigem Stammkapital gegründet wurden, über eine größere Haftungsmasse verfügen können. Realiter zeichnet sich die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) jedoch gerade dadurch aus, dass sie typischerweise über eine niedrige Kapitalausstattung verfügt.

Den Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft trifft als sogenanntes Fremdorgan, das die Wohnungseigentümer im Rahmen seiner Vertretungsmacht nach außen unbeschränkt und gesamtschuldnerisch verpflichten kann (vgl. z. B. *Staudinger/Bub*, 13. Bearbeitung, § 26 WEG Rdnr. 99), jedoch eine hohe Verantwortung. Gerade wegen des fehlenden Schutzes durch öffentlichrechtliche Vorschriften (die Ausübung des Verwalterberufes bedarf keiner Zulassung und keines Befähigungsnachweises) und der wichtigen Funktion des Verwalters haben die Wohnungseigentümer bei der Auswahl in besonderem Maße sorgfältig vorzugehen. Einen Bewerber, dem die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und/oder der Wille, das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit möglichst nicht persönlich tragen zu müssen, bereits „auf die Stirn geschrieben steht“, zum Verwalter zu bestellen, entspricht angesichts der damit einhergehenden erheblichen Gefahren für die Wohnungseigentümer regelmäßig nicht ordnungsgemäßer Verwaltung.

Die Kammer ist sich auch dessen bewusst, dass es auch natürliche oder juristische Personen als Bewerber um das Verwalteramt gibt, um deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit es nicht zum Besten bestellt ist, ohne dass für die Ordnungsmäßigkeit der Verwalterbestellung natürlicher oder juristischer Personen generell verlangt wird, dass ein Nachweis ausreichender finanzieller Mittel vorliegt. Anders als bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) lässt sich die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei diesen Personen jedoch regelmäßig von den Wohnungseigentümern vor der Wahl nur mit Schwierigkeiten feststellen. Steht im Ausnahmefall das Fehlen ausreichender Geldmittel zur Führung eines Betriebs fest, wird man jedoch den in Kenntnis der mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gefassten Beschluss zur Verwalterbestellung ebenfalls als anfechtbar ansehen müssen. Bei einer erst kürzlich gegründeten Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) besteht – anders als bei natürlichen Personen oder GmbHs – regelmäßig der Verdacht einer mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, da sie über ein Stammkapital von nicht einmal 25.000 € verfügt.

Auch das zweite Argument, das das BayObLG seinerzeit zugunsten der GmbH als WEG-Verwalterin ins Feld führte, lässt sich auf die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nicht übertragen. Zwar ist durch eine einfache Internetrecherche zu beobachten, dass tatsächlich bereits vielfach Wohnungseigentümergeinschaftsverwaltungsunternehmen von haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaften betrieben werden. Eine Feststellung, ob sich hieraus „Unzuträglichkeiten“ ergeben haben, lässt sich derzeit aufgrund der Kürze des Zeitablaufs seit der Reform des GmbH-Rechts noch nicht treffen. Die Kammer hält es wegen der geschilderten Gefah-

ren, wegen des trotz des Grundrechts der Berufsfreiheit nicht zu vernachlässigenden Schutzbedürfnisses aller Wohnungseigentümer und auch wegen der Bedeutung des Rechtsguts Wohnung für das Gemeinwesen jedoch nicht für verantwortlich, zunächst abzuwarten, bis sich die bestehenden Gefahren in der Realität in Form von insolventen Immobilienverwaltungsgesellschaften und Wohnungseigentümern, für deren Schäden niemand haftbar gemacht werden kann, verwirklicht haben.

Allenfalls dann, wenn besondere Umstände vorliegen, kann nach Auffassung der Kammer die Bestellung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zum Verwalter ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen. Als besondere Umstände kommen beispielsweise das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit ausreichender Deckungssumme, die Stellung sonstiger Sicherheiten, eine freiwillige Mitgliedschaft in einem der Berufsverbände o. ä. in Betracht. Derartiges ist vorliegend nicht behauptet worden.

bb) Im vorliegenden Fall sprechen im Übrigen weitere Umstände gegen die Bestellung der gewählten Verwalterin. Das Stammkapital von lediglich 500 € – bei zeitgleicher Regelung, die Gründungskosten seien bis zu einem Betrag von 300 € von der Gesellschaft zu tragen – ist extrem gering. Die Gesellschaft ist erst etwa ein halbes Jahr vor ihrer Bestellung zur Verwalterin gegründet worden. Bei dem Geschäftsführer ... handelt es sich aber nicht um einen Existenzgründer, für die die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in erster Linie geschaffen wurde. Er ist vielmehr eigenen Angaben zufolge bereits seit fast 16 Jahren als Verwalter mehrerer Wohnanlagen tätig. Grund dafür, dass er sich dazu entschieden hat, die zuvor offensichtlich jahrelang in anderer Rechtsform geführte Tätigkeit nunmehr als UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von lediglich 500 € fortzuführen, dürfte mangelnde Verfügbarkeit höheren Kapitals und/oder der Wille, seine Haftung zu beschränken und damit das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit möglichst nicht tragen zu müssen, gewesen sein. Eine Übernahme der persönlichen Haftung hatte der Geschäftsführer auch ausdrücklich abgelehnt. Hinzu kommt, dass trotz des geringen Stammkapitals nach eigenen Angaben des Geschäftsführers der Verwalterin bereits mehr als sieben Wohnanwesen verwaltet werden (vgl. die vorgelegte Referenzliste). Der als Verwaltervertrag vorgelegte Entwurf offenbart außerdem, dass der Geschäftsführer der Verwalterin trotz der bestehenden Haftungsbeschränkung, trotz seiner ohnehin bereits von Gesetzes wegen weitreichenden Vertretungsmacht und trotz des Umstandes, dass er neben seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Verwalterin zugleich die elterliche Bauträgergesellschaft leitet, was, worauf der Kläger zu Recht hingewiesen hat, zu Interessenskonflikten bei der Durchführung von Sanierungsarbeiten führen kann, die Vorstellung hatte, sich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien zu lassen, wovon er erst auf die Einwände des Klägers hin abgerückt ist.

Die genannten Punkte können auch durch die bautechnische Qualifikation des Geschäftsführers der Verwalterin nicht aufgewogen werden, so dass der Bestellungsbeschluss nicht dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht, § 21 Abs. 4 WEG, und auf die Klage des Klägers hin für ungültig zu erklären war.

(...)

#### Anmerkung:

Das LG Karlsruhe klingt in seinem Urteil vom 28.6.2011, 11 S 7/10, jedenfalls für einen Teil der juristischen Lehre,<sup>1</sup> als

<sup>1</sup> So eine erste Kommentierung in NJW-Spezial 2011, 579.

halte es die „kleine GmbH“, also die Unternehmergesellschaft nach § 5 a GmbHG, für ungeeignet, Verwalter von Wohnungseigentum zu werden.

Das Gericht hatte über die Anfechtung eines Beschlusses zu entscheiden, eine Unternehmergesellschaft zum Verwalter zu bestellen, deren Geschäftsführer zwar eine 16-jährige Berufserfahrung hatte, aber keine persönliche Haftung für „seine UG“ übernehmen wollte. Die UG hatte wohl auch keinen Versicherungsschutz und auch sonst nicht mehr als den Rest ihres gründungskostengeminderten 500 €-Stammkapitals zu bieten. Das LG bewertet – zutreffend – die Bestellung einer solchen UG nicht als Akt ordnungsgemäßer Verwaltung.

Nach § 21 Abs. 3 WEG können die Wohnungseigentümer „eine (...) ordnungsmäßige Verwaltung (...) beschließen“. Sie muss „dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ und „billigem Ermessen“ entsprechen, Abs. 4. Dies spezifizierend enthält Abs. 5 eine mit „insbesondere“ beginnende Aufstellung und listet Hausordnung, Versicherung, Rücklagenbildung u. a. auf, nicht aber die Bestellung eines Verwalters.

Das Gesetz zwingt also nicht zur Verwalterbestellung. Es verbietet nur Bestimmungen, die seine Bestellung ausschließen, § 20 Abs. 2 WEG, regelt aber nicht, welche subjektiven Voraussetzungen der Verwalter erfüllen muss. Sie leiten sich ab aus seiner Aufgabe, ordnungsgemäß zu verwalten, und bestimmen sich überwiegend unter den Aspekten seiner Handlungsfähigkeit und seiner Qualifikation, sei sie fachlich oder persönlich.<sup>2</sup>

Handlungsunfähigkeit besteht, würde bestellt, wer Trinker, minderjährig, geschäftsunfähig oder auf sonstige Weise in seinem Handeln faktisch zur Übernahme der Aufgabe nicht in der Lage ist. Als ungeeignet gilt darum auch, wer wie – wenn auch situationsbedingt – die GbR keine verlässliche Vertretung und einen ungewissen Gesellschafterbestand hat.<sup>3</sup> Ansonsten kann grundsätzlich jede Person Verwalter sein, insbesondere eine GmbH<sup>4</sup> und damit auch eine Unternehmergesellschaft<sup>5</sup>. Auch sie ist GmbH mit nur den rechtlichen Besonderheiten aus § 5 a GmbHG und der wirtschaftlichen Besonderheit, dass ihr Kapital nur einen Euro betragen muss. Auch dieser Grundsatz unterliegt Ausnahmen. Eine insolvente Gesellschaft oder eine Liquidationsgesellschaft wird regelmäßig nicht als Verwalter bestellt werden können. Im Übrigen aber kommt es darauf an: Hat ein Unternehmen ein Eigenkapital, das einen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erwarten lässt, spricht alles für Handlungsfähigkeit; fehlt es daran, spricht alles gegen Handlungsfähigkeit. Entscheidend ist nicht das Stamm- (§ 5 Abs. 1 GmbHG), sondern das Eigenkapital, wie das Gesetz es für handelsrechtliche Zwecke in § 266 Abs. 3 Abschnitt A HGB definiert. Im vorliegenden Fall hatten Beteiligte oder Richter die Kapitalsituation gar nicht streitig gestellt. Der konkrete Sachverhalt drängte aber geradezu den Schluss auf, dass die UG schon mit nur einem einzigen Ladungsfehler und der darauf folgenden Schadensersatzpflicht insolvent würde. Gesellschaftsrechtlich und unter Umständen auch deliktsrechtlich haftet zwar, wer seine GmbH unterkapitalisiert. Mit Insolvenz verliert die UG aber ihre Handlungsfähigkeit für Verwaltungszwecke; diese Gefahr

<sup>2</sup> Ausführlicher *Staudinger/Bub*, 13. Bearb. 2005, § 26 Rdnr. 87.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 26.1.2006, V ZB 132/05, mit Erläuterung DNotI-Report 2006, 58.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 4/89, BGHZ 107, 268 = *MittBayNot* 1989, 270. Aus der Literatur *Staudinger/Wenzel*, 13. Bearb. 2005, § 43 WEG Rdnr. 11.

<sup>5</sup> *Timme/Knop*, BeckOK-WEG, Stand 1. 9.2011, § 26 Rdnr. 14.

macht sie im Einzelfall ungeeignet. Im vorliegenden Fall war dies besonders evident. Der Handelnde wollte zielgerichtet der eigenen Haftungsgefahr ausweichen und konnte oder wollte keine Verwalterhaftpflicht oder sonstige wirtschaftliche Sicherheit leisten.

Die Entscheidung rechtfertigt darum als Resümee: Eine Kapitalgesellschaft ist als Verwalter ungeeignet, wenn ihre wirtschaftliche Situation Insolvenzgefahr befürchten lässt. Die Gefahr ist umso größer, je kleiner ihr Eigenkapital ist.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

5. GBO §§ 19, 22 Abs. 2, 47 Abs. 2 GBO (*Keine Bewilligung weiterer GbR-Gesellschafter zur Löschung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Grundbuch*)

**Für die bloße Löschung eines nach § 47 Abs. 2 GBO gebuchten Gesellschafters bedarf es neben der formgerechten Berichtigungsbewilligung des Ausgeschiedenen keiner Bewilligung der weiteren im Grundbuch eingetragenen Gesellschafters gemäß §§ 19, 22 Abs. 2 GBO.**

KG, Beschluss vom 19.7.2011, 1 W 491/11, 1 W 492/11

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO gerechtfertigt. Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht.

Für die Löschung des Beteiligten als Gesellschafter der eingetragenen Eigentümerin bedarf es keiner Berichtigungsbewilligung der weiteren im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter. Der Beteiligte hat seine Löschung im Grundbuch beantragt und bewilligt, da er (durch Kündigung) aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschieden und sein Anteil den übrigen Gesellschaftern angewachsen sei (UR-Nr. 5 ... /2 ... des Notars Dr. S.). Dabei handelt es sich um einen Antrag auf Grundbuchberichtigung i. S. v. § 22 GBO. Änderungen im Gesellschafterbestand sind wegen der Anordnungen in § 899 a BGB und § 47 Abs. 2 GBO als Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln (BGH, NJW 2011, 615, 617; Senat, Beschluss vom 28.12.2010, 1 W 395/10; vgl. auch BT-Drucks. 16/13437, S. 24).

Von der Grundbuchberichtigung werden die Rechte der übrigen Gesellschafter nicht i. S. v. § 19 GBO betroffen. Ein Recht wird von einer Eintragung betroffen, wenn es durch sie im Rechtsinn, nicht nur wirtschaftlich, beeinträchtigt wird oder zumindest nachteilig berührt werden kann (BGH, NJW 1984, 2409, 2410; 2000, 3643, 3644; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 19 Rdnr. 49 m. w. N.). Durch die Löschung des Beteiligten kann das grundbuchmäßige Recht der weiteren nach § 47 Abs. 2 GBO Gebuchten – ihre Stellung als Gesellschafter der Eigentümerin – aber keine ungünstigere Gestaltung erfahren; die verbleibenden Gesellschafter sind durch die Eintragung rechtlich nur begünstigt (*Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 22 Rdnr. 104; *Böttcher*, AnwBl. 2011, 1, 7; *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 248; vgl. auch OLG Thüringen, Beschluss vom 23.6.2011, 9 W 181/11, juris Rdnr. 13). Weder wird ihnen ein neuer Gesellschafter aufgedrängt noch werden sie in ihren gesellschaftsrechtlichen Befugnissen im Hinblick auf das Eigentum am Grundstück eingeschränkt. Sie können nach dem Ausscheiden des Beteiligten ohne diesen handeln.

Eine Berichtigungsbewilligung der verbleibenden Gesellschafter ist auch nicht deshalb gemäß § 19 GBO erforderlich, weil das Ausscheiden des Beteiligten materiellrechtlich der Mitwirkung aller Gesellschafter (hier gemäß § 736 Abs. 1 BGB) bedarf (so aber OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384, 385; OLG München, NZG 2011, 548, 549 jeweils zur Anteilsübertragung). Auf materiellrechtliche Zustimmungserfordernisse – z. B. nach §§ 876, 877 BGB – kommt es im Rahmen des § 19 GBO nur an, wenn das Recht der von der Eintragung mittelbar Betroffenen nachteilig verändert werden könnte (vgl. dazu *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 53). Nach dem formellen Konsensprinzip bedarf es gerade keiner Eintragungsbewilligung des gewinnenden Teils, auch wenn seine Mitwirkung für den Eintritt der Rechtsänderung – z. B. gemäß § 873 Abs. 1 BGB – erforderlich ist. Andernfalls wäre auch das gesondert geregelte Zustimmungserfordernis nach § 22 Abs. 2 GBO überflüssig.

Schließlich müssen die übrigen Gesellschafter der Löschung des Beteiligten auch nicht gemäß § 22 Abs. 2 GBO zustimmen (vgl. *Bauer/Kohler*, GBO, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 240; *Böttcher*, a. a. O., 8; a. A. *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 90). Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn ein bereits eingetragener den Gesamthandsanteil eines Ausscheidenden zu seinem bisherigen hinzuverwirbt (Senat, JRdsch. 1926, Nr. 60; *Demharter*, a. a. O., § 22 Rdnr. 55). Es entsteht in seiner Person kein neues Eigentum; die Höhe der Anteile wird im Grundbuch nicht verlaublich. Beeinträchtigungen der Belange eines nur formell Berechtigten, die § 22 Abs. 2 GBO verhindern soll, kommen nicht in Betracht, weil der Erwerbende bereits eingetragen ist und (als Gesellschafter) Eigentümerpflichten unterliegt.

#### Anmerkung:

Scheidet ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus (entweder durch Ausscheidungsvereinbarung aller Gesellschafter oder Kündigungsrecht des Ausscheidenden gemäß Gesellschaftsvertrag), so kommt es zu einer Anteilsanwachsung (§ 738 BGB). Das Grundbuch wird unrichtig mit der Möglichkeit der Grundbuchberichtigung (Eintragung eines Anwachsungsvermerks). Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR führen nämlich zu einer echten Grundbuchunrichtigkeit, obwohl dadurch ja eigentlich die Person des Berechtigten des dinglichen Rechts selbst, die GbR, nicht berührt wird (*Lautner*, MittBayNot 2011, 32; vgl. auch § 899 a BGB, § 47 Abs. 2 GBO; dazu Gutachten DNotI-Report 2010, 145). Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es neben eines Antrags (§ 13 GBO) entweder des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch Urkunden (Vorlage des Vertrags aller bisherigen Gesellschafter über das Ausscheiden des Gesellschafters bzw. Kündigung mit Empfangsnachweis jeweils in der Form des § 29 GBO) oder der Bewilligung des Ausgeschiedenen sowie der schlüssigen Darlegung (dazu *Demharter*, FGPrax 2011, 54) des Grundes der Unrichtigkeit. Nach OLG Jena (NotBZ 2011, 372 = ZfR 2011, 716 m. zust. Anm. *Böttcher*) genügt die Darlegung, durch Kündigung ausgeschieden zu sein, und Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Gesellschaftsvertrags, dass die Gesellschaft trotz der Kündigung fortgesetzt wird und der Gesellschaftsvertrag Einschränkungen des Kündigungsrechts – soweit sie nach § 723 Abs. 3 BGB überhaupt zulässig sind – nicht enthält.

Fraglich ist allerdings, ob neben der Berichtigungsbewilligung des Ausscheidenden auch noch die Bewilligung der verbleibenden Gesellschafter als mittelbar Betroffene erforderlich ist. In Rechtsprechung und Literatur wird dies uneinheitlich beantwortet. Die hier besprochene Entscheidung des KG Berlin verneint dies, ebenso das OLG Jena (NotBZ 2011,

372 = ZfIR 2011, 542 m. zust. Anm. *Böttcher*). Dagegen halten aus neuerer Zeit das OLG München (DNotZ 2011, 769), wohl auch das OLG Hamm (RNotZ 2011, 564 = Rpfleger 2011, 663), *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 982 d), *Hügel/Reetz* (GBO, 2. Aufl. 2010, § 47 Rdnr. 103); *Hügel/Kral* (GBO, 2. Aufl. 2010, Stichwort GesR, Rdnr. 55), *Schaal* (RNotZ 2008, 569, 579) eine Bewilligung aller verbleibender Gesellschafter für erforderlich; offen gelassen von *Supplet* (NotBZ 2011, 445).

Im Liegenschaftsrecht sind stets zwei Vorgänge zu unterscheiden: der materiellrechtliche Vorgang der Rechtsänderung und das formelle Verfahren zur Berichtigung des Grundbuchs. Die Berichtigungsbewilligung muss nach §§ 22, 19 GBO der Betroffene abgeben. Betroffen ist nur, wessen Buchposition durch die bewilligte Eintragung für den Fall ihrer Vornahme eine Änderung zu Ungunsten dieser Buchposition erleiden oder möglicherweise erleiden würde. Ob sich diese Buchposition rechtlich verbessert oder verschlechtert oder verbessern oder verschlechtern kann, wenn die bewilligte Grundbucheintragung vorgenommen wird, ist nur rechtlich und nur nach der Buchposition vor der Eintragung im Vergleich zur Buchposition nach der Eintragung zu beurteilen. Nur wirtschaftliche Verschlechterungen oder Beeinträchtigungen genügen nicht.

Die eine Zustimmung der verbleibenden Gesellschafter verlangende Rechtsmeinung begründet dies damit, dass diesen mehr Haftung und Pflichten aufgedrängt werden. Grundbuchverfahrensrechtlich ist aber allein entscheidend, ob sie vom Anwachsungsvermerk formell betroffen sind. Dies ist zu verneinen, denn ihre eventuelle wirtschaftliche Betroffenheit hat für die Frage der formellen Betroffenheit bei einer Berichtigungsbewilligung keine Bedeutung. Entscheidend ist allein, ob die Buchposition rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich (nicht wirtschaftlich!) nachteilig berührt werden kann (BGHZ 66, 341 = DNotZ 1976, 490 = Rpfleger 1978, 206). Zur Aufhebung eines Sondernutzungsrechts hat der BGH (DNotZ 2011, 381 = BWNotZ 2001, 89 m. zust. Anm. *Böhringer*) entschieden, dass dies unabhängig von etwaigen Veränderungen des materiellen Rechts und unabhängig von den Folgen der gestatteten Grundbucheintragung beurteilt werden müsse. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, sind die verbleibenden Gesellschafter abstrakt-rechtlich gesehen nur die buchmäßig Begünstigten und müssen keine Berichtigungsbewilligung abgeben (so schon *Böttcher*, Rpfleger 2007, 437, 441; ZfIR 2011, 719 und notar 2010, 222, 229; allgemein *Böhringer*, MDR 2000, 758).

Wer die Bewilligung der verbleibenden Gesellschafter fordert, muss die Frage beantworten, ob dann die Vermutung des § 899 a BGB auf die Bewilligenden anwendbar ist (bejahend OLG München, MittBayNot 2011, 63, zur Erbfolge eines Gesellschafters; OLG Hamm, Rpfleger 2011, 663, zum Ausscheiden eines Gesellschafters; OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384 = Rpfleger 2010, 208, zur Anteilsübertragung; OLG Brandenburg, NotBZ 2011, 443; OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402; Gutachten DNotI-Report 2010, 145; ablehnend *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 185).

Bei der Eintragung des Anwachsungsvermerks ist auch zu prüfen, ob das Einverständnis der verbleibenden Gesellschafter zur Grundbuchberichtigung wegen § 22 Abs. 2 GBO zu fordern ist. Diese Vorschrift findet nur dann Anwendung, wenn jemand neu als Eigentümer einzutragen ist; sie gilt dagegen nicht für den bereits als Eigentümer Eingetragenen, der kein neues oder anders geartetes Eigentum hinzu erwirbt, z. B. bei einer Berichtigung aufgrund Anwachsung eines Gesamthandsanteils oder des ausscheidenden Gesellschafters (KG, OLG 46, 224; LG Tübingen, BWNotZ 1982, 168;

*Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rdnr. 143; *Lemke/Zimmer/Hirche*, Immobilienrecht, 1. Aufl. 2011, § 22 GBO Rdnr. 49; *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 55).

Fraglich ist auch, ob für die Eintragung des Anwachsungsvermerks eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nach § 22 GrEStG vorzulegen ist, da kein neuer Beteiligter i. S. v. § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO eingebucht wird. Allerdings ist zu bedenken, dass eine Grunderwerbsteuerpflicht nach § 1 GrEStG auch dann entstehen kann, wenn die Veränderung des Personenbestandes einer Gesellschaft dazu bestimmt ist, in verdeckter Form die Eigentumsverhältnisse an einem Grundstück zu ändern. Beim Wechsel im Personalbestand einer GbR kann ein Grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang vorliegen, insbesondere bei einer wesentlichen Veränderung im Gesellschafterbestand. Ob diese Voraussetzungen, die sich üblicherweise nicht aus den Grundakten ergeben werden, sondern gegeben sind, ist dem Grundbuchamt regelmäßig nicht bekannt; das kann von ihm auch nicht geklärt werden und ist auch nicht seine Aufgabe. Deshalb erscheint es folgerichtig, die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung zu verlangen (ebenso OLG Jena, NJW-RR 2011, 1236 = NotBZ 2011, 372 = Rpfleger 2011, 660 = ZfIR 2011, 716 m. zust. Anm. *Böttcher*; *Supplet*, NotBZ 2011, 445; dazu auch OLG Frankfurt, MittBayNot 2006, 334).

Sonderfall: Alleineigentum durch Anwachsung

Scheidet der *vorletzte* Gesellschafter aus und erfolgt mit dem Ausscheiden nicht zugleich ein Neueintritt wenigstens eines weiteren (Neu-)Gesellschafters, so erlischt die GbR liquidationslos; das Gesellschaftsvermögen geht – ohne Auflassung – außerhalb des Grundbuchs in das Alleineigentum des verbleibenden Gesellschafters über; es kommt zu einer Beendigung der GbR, weil es eine Einmann-Personengesellschaft nicht gibt (OLG München, MittBayNot 2011, 224 m. Anm. *Ruhwinkel*; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 718 Rdnr. 21 und Vorbem. vor § 723 Rdnr. 9; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537; anders OLG München, MittBayNot 2011, 225). Das Grundbuch wird unrichtig hinsichtlich des Gesellschafterbestandes wie auch hinsichtlich der Fortexistenz der GbR (ebenso BeckOK-GBO/*Reetz*, § 47 Rdnr. 103 a). An die Stelle des früheren Rechtsträgers ist ein neuer Rechtsträger getreten. Die Grundbuchberichtigung erfolgt auf Berichtigungsbewilligung des Ausscheidenden (§ 899 a BGB – Vermutung, dass keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind – ist analog anzuwenden, vgl. OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402) nebst Zustimmung des letzten Gesellschafters sowie schlüssiger Darstellung der Unrichtigkeit oder alternativ Vorlage des Vertrags über das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters in der Form des § 29 GBO. Stets vorzulegen ist eine Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 22 GrEStG, da ein neuer Eigentümer (Rechtsträger) eingetragen wird (BayObLG, MittBayNot 1995, 288; *Böttcher*, notar 2010, 222, 231; *Böhringer*, Rpfleger 2000, 99). Das Grundbuchamt hat diese Bescheinigung dann zu fordern, wenn ein Vorgang seiner Art nach unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt, insbesondere nach § 1 GrEStG, was hier der Fall ist.

Notar a. D. Prof. *Walter Böhringer*, Heidenheim/Brenz

6. ZPO §§ 256 Abs. 1, 323; BGB §§ 139, 242, 313, 1573, 1578 b (*Berufung auf Störung der Geschäftsgrundlage bei Vereinbarung lebenslanger Unterhaltsverpflichtung im Ehevertrag*)

1. **Haben die Parteien in einem Ehevertrag eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung vereinbart und hat**



sich die Rechtslage danach geändert (Möglichkeit der Befristung), bleibt es dem Unterhaltspflichtigen im Zweifel unbenommen, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen.

2. **Der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau hat keine Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf der früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen (im Anschluss an Senatsurteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, zur Veröffentlichung bestimmt).**

BGH, Urteil vom 25.1.2012, XII ZR 139/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

7. VersAusglG §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, 27 (*Einbeziehung einer privaten Rentenversicherung aus vorehelich erworbenem Privatvermögen in den Versorgungsausgleich*)

**Auch eine private Rentenversicherung, die ein Ehegatte nach vertraglich vereinbarter Gütertrennung mit Mitteln seines vorehelich erworbenen Privatvermögens begründet hat, ist grundsätzlich in den Versorgungsausgleich einzubeziehen (im Anschluss an Senat, NJW-RR 2011, 799 = FamRZ 2011, 877).**

BGH, Beschluss vom 18.1.2012, XII ZB 213/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten über die Einbeziehung einer privaten Rentenversicherung in den Versorgungsausgleich.

Die am 31.8.1964 geborene Antragstellerin (Ehefrau) und der am 24.11.1964 geborene Antragsgegner (Ehemann) schlossen am 17.11.1995 die Ehe. Zuvor hatten sie mit notariellem Vertrag vom 9.11.1995 die Gütertrennung vereinbart. Regelungen zum Versorgungsausgleich oder zum Unterhalt wurden nicht getroffen. Das Familiengericht hat die Ehe aufgrund des am 3.3.2010 zugestellten Scheidungsantrags der Ehefrau rechtskräftig geschieden und den Versorgungsausgleich geregelt.

Die Ehefrau erwarb während der Ehezeit (1.11.1995 bis 28.2.2010; § 3 Abs. 1 VersAusglG) Rentenanswartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung. Zusätzlich erwarb die Ehefrau am 1.12.2004 eine private Rentenversicherung bei der Beteiligten zu 3 durch Einzahlung eines Einmalbeitrags von 150.000 €. Den Einzahlungsbeitrag hatte sie aus einer am selben Tag fällig gewordenen, vorehelich abgeschlossenen Kapitallebensversicherung erlöst. Der Ehemann erwarb eine Anwartschaft bei der Beteiligten zu 3 mit einem Kapitalwert von 8.700,48 €.

Das Familiengericht hat sämtliche ehezeitlich erworbenen Anrechte intern geteilt. Mit ihrer Beschwerde hat sich die Ehefrau gegen die Einbeziehung ihrer privaten Rentenversicherung in den Versorgungsausgleich gewendet, weil sie diese aus Mitteln ihres vorehelichen Vermögens erworben habe, an dessen Teilhabe der Ehemann durch den vereinbarten Ausschluss des Zugewinnausgleichs ausgeschlossen sei. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen; hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Ehefrau.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das OLG hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Es handle sich bei der abgeschlossenen Rentenversicherung um ein privates, auf eine Rente gerichtetes Anrecht, das nach § 2 Abs. 2 VersAusglG auszugleichen sei. Es sei unerheblich, wann das Vermögen, mit dessen Hilfe das Anrecht begründet wurde, erworben worden sei,

solange die Anwartschaft in der Ehe begründet worden sei. Beim Versorgungsausgleich blieben lediglich solche Anrechte außer Betracht, die mit Hilfe eines Vermögens begründet oder aufrechterhalten worden seien, das aus einem vorzeitigen Zugewinnausgleich stamme. Eine derartige Doppelverwertung stehe hier nicht in Rede, weil für die Begründung des Versorgungsanrechts kein aus einer güterrechtlichen Auseinandersetzung herrührendes Vermögen verwendet worden sei. Eine zu Ehebeginn vereinbarte Gütertrennung schließe nicht den Ausgleich von Versorgungsanrechten aus, die während der Ehezeit aus Vermögensmitteln erworben wurden. Auch seien Gründe, den Versorgungsausgleich nicht oder teilweise nicht durchzuführen (§ 27 VersAusglG), nicht erkennbar.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Im Versorgungsausgleich sind die in der Ehezeit erworbenen Anteile von Anrechten (Ehezeitanteile) jeweils zur Hälfte zwischen den geschiedenen Ehegatten zu teilen (§ 1 Abs. 1 VersAusglG). Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG ist ein Anrecht auszugleichen, sofern es durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten worden ist, ohne dass das Gesetz nach der Herkunft des Vermögens oder nach dem Zeitpunkt seines Erwerbs unterscheidet. Daher kommt es nicht darauf an, dass das in die Lebensversicherungen eingezahlte Kapital aus einem bereits vor der Ehezeit erwirtschafteten Vermögen der Ehefrau stamme. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VersAusglG ist nur erforderlich, dass das Geld, mit dem der Ehegatte die Beiträge entrichtete, zu seinem Vermögen gehörte, während es auf die Herkunft des Geldes nicht ankommt. Insbesondere wird nicht danach gefragt, ob es sich um Vermögen handelt, das ein Ehegatte vor oder während der Ehe erworben hatte. Auszugleichen sind im Versorgungsausgleich daher auch Versorgungsanrechte, die – wie hier – mit dem Anfangsvermögen eines Ehegatten nach der Eheschließung erworben wurden (Senatsbeschluss vom 30.3.2011, XII ZB 54/09, FamRZ 2011, 877 m. w. N.).

b) Vom Versorgungsausgleich ausgeschlossen wären zwar solche Anrechte, die ein Ehegatte aus Mitteln eines vorzeitigen Zugewinns erlangt, weil sonst das Ziel, Versorgungs- und Zugewinnausgleich gegenständlich voneinander abzugrenzen, nicht vollständig erreicht würde (Senatsbeschluss vom 11.3.1992, XII ZB 172/90, FamRZ 1992, 790). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass eine private Rentenversicherung, die ein Ehegatte zeitlich nach vertraglich vereinbarter Gütertrennung mit Mitteln seines Privatvermögens begründet, nicht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen wäre (entgegen OLG Hamm, FamRZ 2006, 795). Denn mit der Einzahlung in die Rentenversicherung verliert der Geldbetrag seine güterrechtliche Zugehörigkeit zum Vermögen und erlangt stattdessen den Charakter einer Altersversorgung. Damit geht einher, dass er nicht mehr dem Ausgleichssystem des Zugewinnausgleichs, sondern fortan dem Ausgleichssystem des Versorgungsausgleichs unterfällt (vgl. jetzt § 2 Abs. 4 VersAusglG). Das Ausgleichssystem des Versorgungsausgleichs wird jedoch durch Regelungen, die die Parteien für den Zugewinnausgleich getroffen haben, grundsätzlich nicht berührt. Der am 9.11.1995 geschlossene Ehevertrag, dessen Wortlaut die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit in sich trägt (vgl. Senatsurteil vom 1.10.1992, XII ZR 132/90, FamRZ 1992, 293), enthält keine Regelung zum Versorgungsausgleich, sondern nur zum Zugewinnausgleich.

c) Es liegen auch keine Gründe vor, die es rechtfertigen könnten, den Versorgungsausgleich nach § 27 VersAusglG als grob unbillig auszuschließen. Nach dieser Vorschrift findet

der Versorgungsausgleich ausnahmsweise nicht statt, soweit er grob unbillig wäre. Dies ist nach Absatz 2 der Vorschrift nur der Fall, wenn die gesamten Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen, von der Halbteilung abzuweichen. Eine grob unbillige Härte liegt vor, wenn eine rein schematische Durchführung des Versorgungsausgleichs unter den besonderen Gegebenheiten des konkreten Falles dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs in unerträglicher Weise widerspräche (vgl. etwa Senatsbeschlüsse vom 30.3.2011, XII ZB 54/09, FamRZ 2011, 877 Rdnr. 11 m. w. N.; vom 25.6.2008, XII ZB 163/06, FamRZ 2008, 1836 und vom 11.9.2007, XII ZB 107/04, FamRZ 2007, 1964). Dabei verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise. Die grobe Unbilligkeit muss sich vielmehr wegen des Ausnahmecharakters des § 27 VersAusglG im Einzelfall aus einer Gesamtabwägung der wirtschaftlichen, sozialen und persönlichen Verhältnisse beider Ehegatten ergeben (vgl. Senatsbeschluss vom 30.3.2011, XII ZB 54/09, FamRZ 2011, 877 Rdnr. 11 m. w. N.). Ob und in welchem Umfang die Durchführung des Versorgungsausgleichs grob unbillig erscheint, unterliegt grundsätzlich der tatrichterlichen Beurteilung, die im Verfahren der Rechtsbeschwerde nur darauf hin zu überprüfen ist, ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden und das Ermessen in einer dem Gesetzeszweck entsprechenden Weise ausgeübt worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 30.3.2011, XII ZB 54/09, FamRZ 2011, 877 Rdnr. 11 m. w. N.). Auf der Grundlage dieser eingeschränkten Überprüfung ist die durch das Beschwerdegericht vorgenommene Abwägung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

aa) Wie der BGH bereits in der Grundsatzentscheidung vom 21.3.1979 (BGHZ 74, 38, 45 ff. = FamRZ 1979, 477, 479 ff.) dargelegt hat, rechtfertigt sich der Versorgungsausgleich nicht nur aus dem Zugewinnausgleichsgedanken, sondern auch aus der Pflicht, die Altersversorgung des anderen Ehegatten sicherzustellen. Er bewirkt, dass die während der Ehezeit erworbenen Versorgungspositionen gemäß dem ursprünglichen gemeinsamen Zweck der beiderseitigen Alterssicherung aufgeteilt werden, und dient so der Unterhaltssicherung im Alter.

In einer intakten Ehe partizipiert der andere Ehegatte an den erworbenen Versorgungspositionen nach Eintritt des Versorgungsfalles im Rahmen der ehelichen Unterhaltsgemeinschaft. In Übereinstimmung mit diesem Zweck hat die Rechtsprechung des BGH auch schon vor der Einführung des Versorgungsausgleichs durch das 1. EheRG den erwerbstätigen Ehegatten für verpflichtet gehalten, nicht nur für den gegenwärtigen, sondern entsprechend seinen wirtschaftlichen Verhältnissen auch für die dauernde Sicherung des zukünftigen Unterhalts des anderen Ehegatten zu sorgen; die Grundlage für diese während der gesamten Ehezeit fortlaufend bestehende Verpflichtung hat der BGH in der ehelichen Unterhaltsverantwortung gesehen (BGHZ 74, 38, 46 = FamRZ 1979, 477, 479; BGH, Urteile vom 3.12.1951, III ZR 68/51, VersR 1952, 97; vom 26.5.1954, VI ZR 69/53, VersR 1954, 325 und BGHZ 32, 246 = FamRZ 1960, 225). Dieser ehelichen Unterhaltsverantwortung kommt der der gesetzlichen Rentenversicherung angehörende erwerbstätige Ehegatte durch seine Pflichtbeiträge, der Beamte durch seine kontinuierliche zum Aufbau der Beamtenversorgung geeignete Dienstleistung und der Selbständige oder Vermögende durch freiwillige Einzahlungen in eine privatrechtliche Altersversorgung nach. Die so ehezeitlich begründeten Versorgungsanwartschaften sind demnach aufgrund der wahrgenommenen Unterhaltsverantwortung zur Sicherung beider Ehegatten bestimmt. Im Falle des Scheiterns der Ehe bewirkt der Versorgungsausgleich, dass die während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften gemäß dem ursprünglichen gemeinsamen Zweck der beiderseitigen Alterssicherung aufgeteilt werden. Der Gedanke der einmal auf Lebenszeit angelegt gewesenen ehe-

lichen Lebensgemeinschaft und damit Versorgungsgemeinschaft setzt sich gegenüber der formalen Zuordnung der Versorgungsanwartschaften auf nur einen Ehegatten durch. Dabei steht auch der Grundsatz, dass die während der Ehezeit von einem oder ggf. von beiden Ehegatten erworbenen Versorgungsanwartschaften regelmäßig („schematisch“) zur Hälfte aufgeteilt werden, im Einklang mit der Idee der ehelichen Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 1 GG), der ein rechnerisches Abwägen sowohl der beiderseitigen Leistungen und Verdienste für die Gemeinschaft als auch der Teilhabe an gemeinschaftlichen Rechtspositionen im Allgemeinen widersprechen würde (BGHZ 74, 38, 46 f., 51 = FamRZ 1979, 477, 479 ff.).

bb) Diesem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs widerspricht es nicht, wenn im vorliegenden Fall auch die von der Ehefrau erworbenen privatrechtlichen Anrechte in den Ausgleich einbezogen werden. Nach dem Leitgedanken der auf Lebenszeit angelegten ehelichen Lebensgemeinschaft sollte die private Rentenversicherung der gemeinsamen Unterhaltssicherung im Alter dienen. Mit dem dafür aufgewendeten Kapital erbrachte die Ehefrau ebenso eine eheliche Unterhaltsleistung wie der Ehemann mit seinen zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft geleisteten Beiträgen. Darauf, dass die Ehefrau die Anwartschaft durch Einmalzahlung aus ihrem Vermögen anstelle durch ratierliche Einzahlungen aus ihrem Einkommen erwarb, kommt es nicht an.

8. BGB § 1365 Abs. 1; ZVG § 10 Abs. 1 (*Berücksichtigung der Grundschuldzinsen bei der Verfügung eines Ehegatten über sein gesamtes Vermögen durch Grundschuldbestellung*)

**Bei der Feststellung, ob ein Ehegatte mit einer Grundschuldbestellung über sein (nahezu) gesamtes Vermögen verfügt, sind neben dem Nominalbetrag der Grundschuld auch die bei einer künftigen Vollstreckung in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG fallenden Grundschuldzinsen einzubeziehen und regelmäßig mit dem zweieinhalbfachen Jahresbetrag zu berücksichtigen.**

BGH, Urteil vom 7.10.2011, V ZR 78/11

Mit notarieller Erklärung vom 16.2.2009 bestellte der Kläger der beklagten Bank an seinem Grundstück eine erstrangige Grundschuld i. H. v. 350.000 € nebst 16 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags und unterwarf sich wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld der sofortigen Vollstreckung in das belastete Eigentum. Die Grundschuld sichert Forderungen der Beklagten aus einem Kreditrahmenvertrag über 500.000 €; Kreditnehmer sind zwei Gesellschaften, deren Geschäftsführer der Sohn des Klägers war.

Das Grundstück des im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebenden Klägers hat einen Verkehrswert von 426.000 €. Daneben verfügten der Kläger und seine Ehefrau im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung zumindest noch über ein Bankguthaben i. H. v. 10.179 €. Im April 2009 kündigte die Beklagte gegenüber dem Kläger das Kapital der Grundschuld zum 30.11.2009 und stellte es zur Zahlung fällig.

Der Kläger, der die Grundschuldbestellung mangels Zustimmung seiner Ehefrau gemäß § 1365 Abs. 1 BGB für unwirksam hält, wendet sich mit seiner Klage gegen die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde. Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter.

*Aus den Gründen:*

I.

Das Berufungsgericht meint, die Bestellung der Grundschuld habe nach § 1365 Abs. 1 BGB nicht der Zustimmung der Ehe-

frau des Klägers bedurft, weil dieser nicht über sein Vermögen als Ganzes verfügt habe. Hiervon wäre nur auszugehen gewesen, wenn das Grundstück mindestens 90 % des gesamten Vermögens des Klägers ausgemacht und die Grundschuld den Grundstückswert zu 90 % oder mehr ausgeschöpft hätte. Letzteres sei nicht der Fall. Im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung habe die Belastung insgesamt 367.500 € (350.000 € Grundschuldbetrag zzgl. einer einmaligen Nebenleistung von 17.500 €) und damit nur 86 % des Grundstückswerts betragen. Die dinglichen Zinsen von jährlich 16 % seien nicht zu berücksichtigen, da sie im Zeitpunkt der Verfügung noch nicht entstanden gewesen seien.

## II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. a) Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Belastung eines Grundstücks, das das alleinige oder wesentliche Vermögen des verfügenden Ehegatten ausmacht, nach § 1365 Abs. 1 BGB zustimmungsbedürftig ist, wenn sie den Wert des Grundstücks ausschöpft (vgl. BGH, Urteil vom 12.7.1989, IVb ZR 79/88, NJW 1990, 112, 113) und nicht lediglich als Erwerbsmodalität anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.3.1996, III ZR 106/95, BGHZ 132, 218, 227 f. = MittBayNot 1996, 303). Maßgeblich ist, ob die Belastung – unter Berücksichtigung etwaiger bereits eingetragener Rechte – den Verkehrswert des Grundstücks so weit mindert, dass dem verfügenden Ehegatten nur ein unwesentlicher Teil seines ursprünglichen Gesamtvermögens verbleibt (BGH, Urteil vom 12.7.1989, IVb ZR 79/88, NJW 1990, 112, 113; vgl. auch BayObLGZ 1959, 442, 446; FamRZ 1967, 337, 338; MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 1365 Rdnr. 61 ff.).

b) Bei der Prüfung der mit einer Belastung einhergehenden Wertminderung eines Grundstücks ist – wie auch sonst im Rahmen von § 1365 BGB – eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten (vgl. *Staudinger/Thiele*, 2007, § 1365 Rdnr. 47 f.). Im Zeitpunkt der Verfügung bereits bestehende Grundschulden werden daher, obwohl sie von der ihr zugrundeliegenden persönlichen Forderung unabhängig sind, nur insoweit berücksichtigt, wie sie valutieren (vgl. Senat, Urteil vom 25.6.1993, V ZR 7/92, BGHZ 123, 93, 95 = MittBayNot 1993, 374; BGH, Urteil vom 12.7.1989, IVb ZR 79/88, a. a. O.). Ist die gesicherte Forderung bereits getilgt und hat der Grundstückseigentümer deshalb einen Anspruch auf (teilweise) Rückübertragung des Grundpfandrechts, ist dieser Anspruch in die Vermögensberechnung einzustellen (vgl. MünchKommBGB/Koch, a. a. O., § 1365 Rdnr. 17).

Umgekehrt ergibt sich hieraus, dass es bei der (Neu-)Bestellung einer Grundschuld grundsätzlich nicht auf deren Valutierung ankommt. Zwar kann die zu sichernde persönliche Forderung im Zeitpunkt der Bestellung (noch) hinter dem Sicherungswert der Grundschuld zurückbleiben. Einem Rückübertragungsanspruch des Eigentümers wird aber in aller Regel die Möglichkeit entgegenstehen, dass die Grundschuld, weil sie auch künftige Forderungen sichert, zu einem späteren Zeitpunkt voll valutieren wird. Maßgeblich für die Wertminderung des Grundstücks durch neu bestellte Grundpfandrechte ist daher der Betrag, für den das Grundstück hieraus dinglich haftet. Dies ist grundsätzlich der Nominalbetrag einschließlich etwaiger Nebenleistungen und dinglicher Zinsen (§ 1191 Abs. 2 BGB).

c) Dass dingliche Zinsen im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch nicht entstanden sein können, führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dazu, dass sie bei der Ermittlung der durch die Belastung eingetretenen Wert-

minderung nicht zu berücksichtigen wären. Richtig ist zwar, dass es bei der Anwendung des § 1365 BGB allein auf die objektiven Wertverhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommt (BGH, Urteil vom 21.3.1996, III ZR 106/95, BGHZ 132, 218, 227 = MittBayNot 1996, 303). Das bedeutet aber nicht, dass sich die Wertminderung nach dem Betrag bemisst, der sich bei einer (fiktiven) Verwertung der Grundschuld am Tag ihrer Bestellung bzw. Entstehung erlösen ließe.

Maßgeblich ist vielmehr, inwieweit die Belastung den Wert des Grundstücks als Zugriffsobjekt für potentielle Gläubiger, und damit auch für den Ehegatten des Verfügenden als möglichen Gläubiger eines Anspruchs auf Zugewinn, absinken lässt (vgl. BGH, Urteil vom 25.6.1980, IVb ZR 516/80, BGHZ 77, 293, 297 = MittBayNot 1980, 164; Urteil vom 12.7.1989, IVb ZR 79/88, NJW 1990, 112, 113 linke Spalte unten; zum Schutzzweck des § 1365 BGB siehe BGH, Urteil vom 1.7.1987, IVb ZR 97/85, BGHZ 101, 225, 228). Ein potentieller Gläubiger wird aber schon im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung von einer Wertminderung des Grundstücks im Umfang des vollen, die dinglichen Zinsen einbeziehenden Sicherungswerts der Grundschuld (vgl. BGH, Urteil vom 13.5.1982, III ZR 164/80, NJW 1982, 2768, 2769 zu II. 2.) ausgehen. Denn er muss im Regelfall damit rechnen, dass die Verwertung der Grundschuld erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem auch dingliche Zinsen in nennenswertem Umfang vollstreckt werden können. In diesem Fall haben die in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG fallenden Ansprüche wegen der laufenden Zinsen und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen Vorrang vor anderen Grundpfandrechten. Dem entspricht es, wenn bei der Berechnung des Wertverlusts, den ein Grundstück infolge der Belastung mit einer Grundschuld erleidet, sofern nicht besondere Umstände im Einzelfall eine abweichende Bewertung erfordern, dingliche Zinsen für zweieinhalb Jahre einbezogen werden.

2. Hiernach steht außer Zweifel, dass die von dem Kläger bestellte Grundschuld den Wert seines Grundstücks vollständig erschöpfte. Schon bei Hinzurechnung der Grundschuldzinsen von 16 % jährlich für zwei Jahre (112.000 €) ergeben diese zusammen mit dem Nominalbetrag (350.000 €) und der einmaligen Nebenleistung (17.500 €) ein den Verkehrswert des Grundstücks von 426.000 € übersteigenden Betrag. Das dem Kläger verbleibende Vermögen ist so gering, dass es der Annahme, er habe mit der Bestellung der Grundschuld über sein Vermögen als Ganzes verfügt, nicht entgegensteht. Denn auch wenn zugunsten der Beklagten davon ausgegangen wird, dass das Bankguthaben von 10.179 € allein dem Vermögen des Klägers zuzurechnen ist, und wenn darüber hinaus das im erstinstanzlichen Urteil erwähnte (ursprüngliche) Guthaben von 8.000 € bei der LBS Berücksichtigung findet, entspricht das dem Kläger verbleibende Vermögen weniger als 5 % des ursprünglichen Vermögens und liegt damit deutlich unterhalb der bei größeren Vermögen maßgeblichen Grenze von 10 % (vgl. BGH, Urteil vom 13.3.1991, XII ZR 79/90, NJW 1991, 1739).

(...)

### Anmerkung:

Die Entscheidung des V. Zivilsenates ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Leider vermag sie in ihrer Begründung nicht zu überzeugen und erweist sich im Ergebnis als durchaus problematisch. Im Kern geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebender Ehegatte für die Bestellung

einer Grundschuld auf seinem ihm allein gehörenden Grundstück die Einwilligung durch seinen Ehepartner gemäß § 1365 BGB benötigt.

### 1. Rückwirkende Unwirksamkeit von Grundschuldbestellungen

Bislang wurde bei der Ermittlung des Verfügungsumfanges üblicherweise allein auf den Nominalbetrag der zu bewilligenden Grundschuld abgestellt. Betrag der Verkehrswert des Belastungsobjekts beispielsweise 100.000 € und sollte eine Grundschuld i. H. v. 80.000 € zuzüglich 16 % Grundschuldzinsen jährlich bestellt werden, konnte unter Zugrundelegung der bisherigen BGH-Rechtsprechung von einer wirksamen Belastung ohne Einwilligung des Ehepartners ausgegangen werden. Denn selbst, wenn das Grundstück den einzigen wesentlichen Vermögensgegenstand des verfügenden Ehegatten darstellte, verblieb unter Berücksichtigung der Belastung mit 80.000 € noch ein freies Restvermögen i. H. v. 20.000 €. Die von der Rechtsprechung entwickelte kritische Grenze von 10 % für größere<sup>1</sup> beziehungsweise 15 % für kleinere<sup>2</sup> Vermögen wurde unter Zugrundelegung der bisherigen Maßstäbe nicht erreicht.

Nach der neuen BGH-Rechtsprechung wäre demgegenüber im Beispielfall die Einwilligung des Ehepartners erforderlich. Durch die Hinzurechnung der Grundschuldzinsen in Höhe von 16 % mit dem 2,5-fachen Jahresbetrag ergibt sich eine dingliche Belastung von 112.000 € (80.000 € + 2,5 x 12.800 €). Damit ist der Wert des Grundstücks mehr als ausgeschöpft.

Gerade also in den für die Kreditpraxis typischen 80 %-Beleihungen stellt sich nunmehr rückwirkend die schwebende Unwirksamkeit der Grundschuldbestellung heraus (§ 1366 Abs. 1, Abs. 4 BGB). Dies freilich unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Sicherungsnehmer wusste, dass es sich bei dem Belastungsobjekt um nahezu das ganze Vermögen des verfügenden Teils handelte und dass die Grundschuld den Wert des Grundstücks ausschöpfte.<sup>3</sup> Ein weitergehender Gutgläubensschutz des Sicherungsnehmers scheitert wegen der Einordnung von § 1365 BGB als absolutes Veräußerungsverbot<sup>4</sup> an § 135 Abs. 2 BGB.

### 2. Begründung in sich widersprüchlich

Leider überzeugt auch die Urteilsbegründung nicht. So stellt der BGH klar, dass bei der Bewertung bereits bestehender Grundschulden nicht auf das Grundschuldkapital, sondern auf die Höhe der tatsächlichen Valutierung abzustellen sei (Tz. 7). Würde also der Eigentümer sich im Beispielfall wenige Tage nach der ersten Grundschuldbestellung entschließen, eine weitere Grundschuld i. H. v. 10.000 € zzgl. 16 % Zinsen p. a. zu bewilligen, wäre zunächst der Wert des vorhandenen Vermögens zu ermitteln, wiederum ausgehend von einem Verkehrswert von 100.000 €. Die erste Grundschuld von nominal 80.000 € wäre an dieser Stelle nach Ansicht des BGH jedoch nur insoweit abzuziehen, wie sie valuiert ist. Der gängigen Kreditpraxis entsprechend soll hier unterstellt werden, dass

der Grundschuld von 80.000 € ein Darlehen in gleicher Höhe zugrunde liegt. Demnach ergäbe sich ein freies Restvermögen i. H. v. 20.000 € (100.000 € / 80.000 €). Die neue Belastung beliefe sich auf 14.000 € (10.000 € + 2,5 x 1.600 €). Im Ergebnis verbliebe damit ein freies Restvermögen von 6.000 €. In Bezug auf die Ausgangsgröße von 20.000 € entspricht das einer Quote von 30 %. Für die zweitrangige Grundschuld wäre also die Einwilligung nach § 1365 BGB keinesfalls<sup>5</sup> erforderlich.

Die unterschiedliche Bewertung der ersten Grundschuld bei ihrer Bestellung einerseits und bei der Ermittlung des Restvermögens für die zweite Grundschuld andererseits ist nicht nachvollziehbar. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist das Mehr an Belastung zwangsläufig identisch mit dem daraus resultierenden Weniger an Vermögen. Dass der BGH trotzdem unterschiedliche Maßstäbe anlegt, ist umso verwunderlicher, als er – insoweit zutreffend – feststellt, dass bei der Prüfung der mit einer Belastung einhergehenden Wertminderung eines Grundstücks eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten ist (Tz. 7).

### 3. Differenzierung nach engem oder weitem Sicherungszweck?

Im Übrigen bleibt unklar, ob künftig bei der Bewertung bestehender Belastungen danach zu differenzieren ist, ob für das Grundpfandrecht ein enger oder ein weiter Sicherungszweck vereinbart ist. Die Ausführungen unter Tz. 7 scheinen für eine solche Differenzierung zu sprechen. Der BGH führt aus, der Rückgewähranspruch sei (nur) dann in die Vermögensberechnung einzustellen, wenn die gesicherte Forderung bereits getilgt ist und der Grundstückseigentümer einen Anspruch auf (teilweise) Rückübertragung des Grundpfandrechts hat. Ein dahingehender Anspruch besteht grundsätzlich jedoch nur, wenn ein sog. enger Sicherungszweck vereinbart ist.<sup>6</sup> Bei Vorliegen eines sog. weiten Sicherungszwecks, mit dem in der Kreditpraxis typischerweise sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus der gesamten bankmäßigen Geschäftsverbindung abgesichert werden, entsteht der nach Ansicht des BGH aufschiebend bedingte<sup>7</sup> Rückgewähranspruch demgegenüber erst, wenn die Geschäftsverbindung insgesamt beendet ist. Es müsste danach bei einem engen Sicherungszweck darauf abgestellt werden, inwieweit die Grundschuld aktuell valuiert, während bei Vorliegen eines weiten Sicherungszwecks konsequent auf den Grundschuldennennbetrag (zzgl. dinglicher Zinsen?) abzustellen wäre. Die Anforderungen an die Tatsachenkenntnis des Sicherungsnehmers würden damit – ganz im Verkehrsinteresse – nicht unerheblich erhöht.

### 4. Praktische Konsequenzen

Die neue Rechtsprechung könnte in einer Vielzahl von Altfällen zum Fortfall vermeintlich sicherer Rechtspositionen führen. Eine gewisse Entschärfung der Problematik ergibt sich allerdings daraus, dass bei Grundstücksbelastungen im Rahmen der Kaufpreisfinanzierung die Einwilligung nach § 1365 BGB nach wohl allgemeiner Ansicht nicht erforderlich ist.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 13.3.1991, XII ZR 79/90, Ziff. 2. c der Entscheidungsgründe, DNotZ 1992, 239 = NJW 1991, 1735.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 25.6.1980, XIb ZR 516/80, Ziff. 1 c der Entscheidungsgründe, BGHZ 77, 293 = DNotZ 1981, 43 = NJW 1980, 2051.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 25.6.1993, V ZR 7/92, Ziff. II. 2 der Entscheidungsgründe, BGHZ 123, 93 = MittBayNot 1993, 374.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 13.11.1963, V ZR 56/62, BGHZ 40, 218.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 20.6.1980, IVb ZR 516/80, Ziff. I. 1. c der Entscheidungsgründe, NJW 1980, 2350.

<sup>6</sup> *Gaberdiehl/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 729.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 10.11.2011, XI ZR 142/10, Tz. 12, WM 2011, 2338 = ZInsO 2012, 28.

<sup>8</sup> *Staudinger/Thiele*, Aufl. 2007, § 1365 Rdnr. 56 m. w. N.

In den übrigen Fällen bleibt für den Grundschuldgläubiger zwar die Möglichkeit, sich um die Genehmigung der Grundschuldbestellung zu bemühen (§ 1366 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Wegen § 1366 Abs. 4 BGB werden sich dahingehende Aktivitäten allerdings nur dann anbieten, wenn das subjektive Tatbestandsmerkmal der positiven Kenntnis zweifelsfrei erfüllt ist. Zuvor sollte darüber hinaus geklärt werden, ob bereits eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten<sup>9</sup> erteilt wurde, beispielsweise durch die Mitzeichnung des Sicherungsvertrags, des Darlehensvertrags oder einer Selbstauskunft.<sup>10</sup>

Bei neuen Grundschuldbestellungen sind die vom BGH aufgestellten Grundsätze dringend zu beachten. Kreditinstituten kann nur geraten werden, im Zweifel von der Zustimmungspflichtigkeit auszugehen.<sup>11</sup>

Der beurkundende Notar hat seit jeher eine Nachforschungspflicht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das belastete Grundstück (nahezu) das gesamte Vermögen des Verfügenden darstellt.<sup>12</sup> Da durch die Einbeziehung der dinglichen Zinsen die Notwendigkeit der Einwilligung wahrscheinlicher wird, ist im Hinblick auf § 19 Abs. 1 BNotO<sup>13</sup> davon auszugehen, dass dem Einwilligungserfordernis auch von Seiten der Notare künftig noch mehr Aufmerksamkeit als bisher entgegengebracht werden wird.

Rechtsanwalt *Martin Gladenbeck*, München

<sup>9</sup> Palandt/Brudermüller, 71. Aufl., § 1365, Rdnr. 18.

<sup>10</sup> OLG München vom 15.11.2005, 19 W 2583/05, Ziff. II. 2 c der Entscheidungsgründe, nicht veröffentlicht.

<sup>11</sup> Vgl. *Gaberdiel/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 179.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 22.4.1975, VI ZR 90/74, BGHZ 64, 246 = NJW 1975, 1270; *Liessem*, NJW 1989, 498.

<sup>13</sup> *Staudinger/Thiele*, § 1365 Rdnr. 109 m. w. N.

9. BGB §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 1821 Abs. 1 Nr. 1 (*Betreuungsgerichtliche Genehmigung der Verfügung einer Betreuerin in Erfüllung einer durch die Betreuerin als Bevollmächtigte eingegangenen Verpflichtung*)

**Die Verfügung einer Betreuerin, die zur Erfüllung einer durch die Betreuerin als Bevollmächtigte eingegangenen Verpflichtung erfolgt, ist vom Betreuungsgericht zu genehmigen, wenn diese dem Betreuungsgericht noch vor deren Eingehung angekündigt worden und deren Eingehung vom Gericht ohne weitere Maßnahmen „geduldet“ worden war.**

LG Regensburg, Beschluss vom 14.12.2011, 7 T 419/11; eingesandt von Notar *Jens Kirchner*, München

#### I.

Für den Betroffenen wurde mit Beschluss des AG Freising vom 31.8.2009 vorläufige Betreuung für die Aufgabenkreise Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitsfürsorge angeordnet.

Nach Vorlage der vom Betroffenen bereits am 15.10.2007 privatschriftlich erteilten Vollmacht, mit der sowohl seine Lebensgefährtin ... als auch seine beiden Töchter ... jeweils einzeln zu seiner Vertretung – u. a. auch vollumfänglich für die Vermögenssorge – bevollmächtigt wurden, und eines Attests des Hausarztes ... des Betroffenen vom 29.1.2010, der bestätigte, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung ausreichend fähig gewesen sei, die Bedeutung und Tragweite einer Betreuung zu erkennen, wurde mit Beschluss des AG Kelheim vom 3.2.2010 der Beschluss über die Bestellung eines vorläufigen Betreuers aufgehoben und das Betreuungsverfahren für beendet erklärt.

Mit Überlassungsvertrag vom 24.10.2006 (Urkunde des Notars ..., URNr. ...) hatte der Betroffene seinen beiden Töchtern ... das Grundstück Nr. ... der Gemarkung ... (Grundbuch des AG ... von ... Blatt ...) überlassen. Dem Betroffenen wurde in der Urkunde ein lebenszeitiges Wohnungsrecht vorbehalten. Für den Fall der Nichtnutzung ist ausdrücklich von den Übernehmern eine Geldrente nicht zu bezahlen. Der Betroffene hat sich außerdem ein Rücktrittsrecht vorbehalten. Dieses ist u. a. gegeben für den Fall, dass das Grundstück vom Erwerber ohne schriftliche Zustimmung des Veräußerers ganz oder teilweise veräußert oder belastet wird oder auch, wenn ein Gläubiger des Erwerbers in den Vertragsgegenstand die Zwangsvollstreckung betreibt oder über das Vermögen des Erwerbers ein Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag auf Eröffnung mangels Masse abgewiesen wird. Wohnungsrecht und Rückauflassungsvormerkungen wurden im Grundbuch in der Abteilung II unter den laufenden Nummern 5–7 eingetragen.

Der Betroffene ist an Alzheimer erkrankt, schwerhörig und fast komplett blind. Er lebt in dem Pflegeheim Haus ... Die monatlichen Pflegekosten werden beglichen durch seine Rente und durch Mieteinnahmen aus einer Wohnung, die der Betroffene ebenfalls an seine beiden Töchter übertragen hat (Urkunde des Notars ..., URNr. ...), an der ihm aber der Nießbrauch zusteht.

Mit Schreiben vom 23.2.2011 teilte der Notar mit, dass der Betroffene sein Wohnungsrecht nicht mehr nutze und nicht mehr nutzen könne. Es stehe eigentlich eine umfassende Sanierung und Renovierung des Anwesens an, die einen Aufwand von über 200.000 € erfordere. Die beiden Töchter würden beabsichtigen, stattdessen das Objekt völlig neu zu erstellen. Der Kredit müsse durch ein Grundpfandrecht abgesichert werden. Die Bank werde die Finanzierung aber nur vornehmen, wenn das Grundpfandrecht zur Absicherung des Baus Rang vor dem Wohnungsrecht und der Rückauflassungsvormerkung für den Betroffenen erhalte. Der Betroffene müsse zum einen dem Neubau und der Belastung mit der Grundschuld zustimmen und zum anderen einen Rangrücktritt des Wohnungsrechts und auch der Rückauflassungsvormerkung hinter die Grundschuld bewilligen. Für erstere von beiden Erklärungen sei eine notarielle Form nicht erforderlich, so dass diese ohne weiteres durch die Vorsorgebevollmächtigte ... abgegeben werden könnten. Etwas anderes gelte jedoch für den Rangrücktritt selber und den entsprechenden Grundbuchvollzug. Hierfür reiche die nicht notariell beglaubigte Vollmacht nicht aus, und es müsse eine Betreuerbestellung erfolgen. Es sei vorgesehen, in die Grundschuldurkunde eine eingeschränkte Zweckerklärung aufzunehmen, wonach die Bank die Grundschuld, solange die Rechte für den Betroffenen bestünden, nur für Investitionen in das Objekt valutieren dürfe.

Das AG Kelheim äußerte Bedenken, dass die betreuungsgerichtliche Genehmigung für den Rangrücktritt erteilt werden könne. Der Notar nahm hierzu mit Schreiben vom 21.3.2011 Stellung.

Mit Schreiben vom 20.5.2011 legte der Notar einen Entwurf der beabsichtigten Urkunde zur „Zustimmung zur Belastungszustimmung und Rangrücktritt“ vor, in der die Zustimmung des Betroffenen zu Abriss des bisherigen Gebäudes und Neubau und zur Belastung mit einem Grundpfandrecht vorgesehen war ebenso wie die Verpflichtung des Betroffenen zum Rangrücktritt mit seinem Wohnungsrecht und seinen Rückauflassungsvormerkungen.

Die vorgesehene Vereinbarung wurde unter der URNr. ... des Notars ... am 9.6.2011 unter Beteiligung der Töchter des Betroffenen sowie der Bevollmächtigten ... geschlossen. Diese Urkunde sowie je eine Abschrift der Grundschuldbestellungen mit den URNr. ... wurden dem AG Kelheim mit Schreiben vom 15.6.2011 übersandt. Gleichzeitig wurde eine Betreuerbestellung zum Zwecke der Abgabe des vereinbarten Rangrücktritts beantragt.

Mit Beschluss vom 18.8.2011 ordnete das AG Kelheim die Betreuung für die Aufgabenkreise Grundstücksangelegenheiten betreffend das Grundstück Gemarkung ... bis 10.8.2014 an und bestellte seine Lebensgefährtin zur Betreuerin.

Mit Schreiben vom 19.9.2011 legte der Notar eine beglaubigte Abschrift des Rangrücktritts URNr. ... vom 14.9.2011 vor und bat um betreuungsgerichtliche Genehmigung.

Das AG Kelheim bestellte mit Beschluss vom 17.10.2011 Rechtsanwältin ... als Verfahrenspflegerin. Diese teilte mit Schreiben vom 8.11.2011 mit, dass kein Einverständnis mit dem beabsichtigten Rangrücktritt von Wohnrecht und Auflassungsvormerkungen bestehe.

Mit Beschluss vom 22.1.2011 versagte das AG Kelheim die betreuungsgerichtliche Genehmigung hinsichtlich der Erklärungen der Betreuerin ... in den Urkunden des Notars ... vom 9.6.2011 (URNr. ...) und vom 14.9.2011 (URNr. ...) betreffend die am Grundstück der Gemarkung ... (vorgetragen im Grundbuch des AG ...) lastenden Rechte des Betreuten.

Gegen diese ihm am 25.11.2011 zugestellte Genehmigungsversagung legte der Notar ... mit Schreiben vom 30.11.2011, eingegangen beim AG Kelheim am 1.12.2011, namens der Bevollmächtigten ... und des Betreuten ... Beschwerde ein.

Das AG Kelheim hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

1. Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die Genehmigung für die Rangrücktrittserklärungen in der Urkunde URNr. ... des Notars ... war nach §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu erteilen.

a) Genehmigungspflichtig sind im vorliegenden Fall nur die im Rahmen dieses Rangrücktritts abgegebenen Erklärungen der Bevollmächtigten und Betreuerin.

Nicht genehmigungspflichtig sind dagegen ihre Erklärungen im Rahmen der Urkunde vom 9.6.2011 (URNr. ...), mit der sie für den Vollmachtgeber sowohl dem Abriss und Neubau als auch der Bestellung eines Grundpfandrechts zustimmte, und den Betroffenen verpflichtete, mit seinem Wohnungsrecht und den Rückkaufsvormerkungen hinter die Grundschuld im Rang zurückzutreten. Soweit letztere Erklärungen betroffen sind, konnten diese durch die Bevollmächtigte im Rahmen der ihr erteilten Vollmacht wirksam abgegeben werden. An der Wirksamkeit der Vollmachtserteilung im Jahr 2007 bestanden und bestehen vorliegend insbesondere auch nach Vorlage der Stellungnahme des Hausarztes keine Bedenken, weswegen auch die im Jahr 2010 angeordnete vorläufige Betreuung aufgehoben worden war. Wie im Beschwerdeschreiben zutreffend dargelegt, bedarf die Verpflichtung zum Rangrücktritt keiner Form, insbesondere nicht der notariellen Beglaubigung. Die Verpflichtung zur Änderung eines Rechts an einem Grundstück als schuldrechtliches Geschäft ist nur dann nach § 311 b Abs. 1 BGB einer besonderen Form unterworfen, wenn das Grundgeschäft die Eigentumszuordnung am Grundstück zum Inhalt hat. Die Verpflichtung zum Rangrücktritt ist formfrei möglich und konnte durch die Bevollmächtigte für den Betroffenen wirksam eingegangen werden.

Die Erklärungen sind auch nicht im Rahmen der eingerichteten Betreuung abgegeben worden. Die Betreuung wurde am 18.8.2011 eingerichtet. Zwar ist der Aufgabenkreis „Grundstücksangelegenheiten betreffend das Grundstück ...“ sehr weit gefasst, und könnte damit nicht nur die Erklärungen zum Rangrücktritt erfassen, sondern alle das Grundstück betreffenden Geschäfte, auch Verpflichtungsgeschäfte. Die Erklärungen der Bevollmächtigten erfolgten aber bereits vorher am 9.6.2011 und sind damit bereits aus zeitlichen Gründen von der später eingerichteten Betreuung und einer damit verbundenen Kontrolle durch das Betreuungsgericht nicht erfasst. Außerdem ist weder den Gründen des Beschlusses vom 18.8.2011 noch den Akten im Übrigen zu entnehmen, dass bzw. warum die eingerichtete Betreuung über den Antrag zur Betreuerbestellung für die „Abgabe des ... vereinbarten Rangrücktritts“ hinausgehen sollte. Insbesondere wurde auch keine Kontrollbetreuung eingerichtet (dazu näher auch unter c)).

b) Die nach §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1 i. v. m. § 1828 BGB zu treffende Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ist nach hinreichender Sachaufklärung Ermessensentscheidung des Gerichts. Auf das Interesse des Vormunds

oder eines Dritten kommt es grundsätzlich nicht an. Maßgebend ist das Müdelinteresse zur Zeit der Entscheidung. Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sowie insbesondere auch die steuerlichen Folgen sind gegeneinander abzuwägen. Es genügt, wenn im Ganzen gesehen der Vertrag für den Müdel vorteilhaft, zweckmäßig und nützlich ist. Im Rahmen der Zweckmäßigkeit sind ggf. auch Vorteile ideeller Art und insbesondere Familieninteressen zu erwägen. Bei der Betreuung richtet sich die Genehmigung nicht unbedingt nach den objektiven wirtschaftlichen Interessen des Betreuten, sondern vorrangig nach seinen Wünschen (vgl. *Palandt/Diederichsen*, 71. Aufl. 2012, § 1828 Rdnr. 8, 9).

c) Bei der Erteilung der Genehmigung ist vorliegend neben der Tatsache, dass der Rangrücktritt sich für den Betroffenen rechtlich negativ auswirkt, während sich auf der anderen Seite durch den geplanten Neubau eine entsprechende Wertsteigerung des Grundstücks ergibt und dessen Nichtermöglichung angesichts der Sanierungsbedürftigkeit des Anwesens dessen Nutzbarkeit erheblich einschränken oder aufheben würde, zu berücksichtigen, dass die schuldrechtliche Verpflichtung zum Rangrücktritt durch die Bevollmächtigte wirksam eingegangen ist, wie oben unter a) erläutert.

Die beabsichtigte Vorgehensweise wurde vom bevollmächtigten Notar dem Vormundschaftsgericht bereits im Februar 2011 angekündigt, ausführlich dargelegt und erläutert. Obwohl damit bekannt war, welche Schritte anstanden und welche Verpflichtungserklärungen erfolgen sollten, die mit der bestehenden Vollmacht wirksam abgegeben werden konnten, bestanden seitens des Betreuungsgerichts offenbar keine Bedenken, dass hierin ein zu beanstandender Gebrauch der Vollmacht liegen könnte, da andernfalls eine Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB hätte eingerichtet werden müssen. Dies hätte dann dazu geführt, dass auch das Verpflichtungsgeschäft nach §§ 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB i. V. m. 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB genehmigungspflichtig gewesen wäre, da die Genehmigungsvorschriften anders als für den Bevollmächtigten auch für den Kontrollbetreuer gelten.

Ein Kontrollbetreuer ist immer dann zu bestellen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein konkretes Bedürfnis für die Überwachung besteht. Es genügt der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird. Ein solches Überwachungsbedürfnis ist dann anzunehmen, wenn an der Redlichkeit oder Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Das Überwachungsbedürfnis kann aber auch dann zu bejahen sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil die zu besorgenden Geschäfte von besonderer Schwierigkeit und/oder besonderem Umfang sind. Dabei spielt auch die Nähebeziehung zwischen Betroffenen und Bevollmächtigten eine Rolle (vgl. OLG München, Beschluss vom 27.10.2006, 33 Wx 159/06, NJW-RR 2007, 294). Durch die beabsichtigte Neubebauung wird den Töchtern des Betroffenen eine weitere Nutzung des Grundstücks ermöglicht. Auch für eine notwendige Sanierung wären Kosten in einer Höhe angefallen, die eine Kreditaufnahme wahrscheinlich erfordert hätte. Die beabsichtigte Nutzung wollte der Betroffene seinen Töchtern als Grundstückserwerberinnen auch nicht verbieten; er hat nach dem Überlassungsvertrag einen Rückkaufanspruch nicht bei jeder etwaigen Veräußerung oder Belastung des Grundstücks, sondern nur bei einer solchen, die ohne seine Zustimmung erfolgt. Die Zustimmung konnte auch seine Bevollmächtigte für ihn erteilen. Der Betroffene kann sein Wohnungsrecht selber nicht mehr ausüben. Sein Unterhalt ist durch Renten- und Mieneinnahmen gesichert und durch das beabsichtigte Vorgehen nicht gefährdet. Wäre

man dennoch der Ansicht gewesen, dass hier nicht im Interesse des Betroffenen gehandelt wird, weil trotz des Vorteils der Ermöglichung einer weiteren Nutzung des Grundstücks der zu erleidende rechtliche Nachteil des Rangrücktritts als ausschlaggebend anzusehen gewesen wäre, hätte konsequenterweise schon zu diesem Zeitpunkt durch Einrichtung einer Kontrollbetreuung eingegriffen werden müssen.

Die Verpflichtungen zum Rangrücktritt neben der Zustimmung zur Belastung mit einer Grundschuld und zum Abriss des bestehenden Gebäudes und Neubau konnten durch die Bevollmächtigte ohne gerichtliche Genehmigung wirksam erteilt werden.

Erscheint nunmehr aber widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, warum, ohne dass sich sonstige Änderungen oder neue Gesichtspunkte ergeben haben, bei der Erfüllung der wirksam eingegangenen Verpflichtungen die vom Erstgericht genannten Bedenken überwiegen sollen und eine Genehmigung deswegen versagt wird. Auch das Beschwerdegericht sieht hier mit dem Beschwerdeführer eine gewisse Einschränkung des Ermessens gegeben. Der Fall kann, da hier schon vor Eingehung der Verpflichtung entsprechende Eingriffsmöglichkeiten bestanden hätten, mit dem Fall der Genehmigung einer Verfügung, die zur Erfüllung einer bereits genehmigten Verpflichtung erfolgt, durchaus verglichen werden. Generell entfällt zwar die Genehmigungspflicht für die Verfügung nicht schon deshalb, weil der Mündel zu ihrer Vornahme verpflichtet ist. In solchen Fällen beschränkt sich die Prüfungspflicht des Gerichts auf die Frage, ob eine solche Verpflichtung auch wirklich besteht. Ist das Verpflichtungsgeschäft vom Gericht bereits genehmigt, so umfasst diese Genehmigung im Allgemeinen bereits die zur Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts nötigen Verfügungen, soweit sich diese aus dem Inhalt des genehmigten Verpflichtungsgeschäfts konkret ergeben (MünchKommBGB/Wagenitz, 5. Aufl. 2008, § 1821 Rdnr. 16).

Unter Berücksichtigung der offenbar im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts vom Erstgericht getroffenen Bewertung und der bestehenden Verpflichtung, deren Nichterfüllung ggf. auch zu einer Schadensersatzpflicht führen könnte, war nunmehr die Genehmigung zum Verfügungsgeschäft zu erteilen.

(...)

10. BGB §§ 167, 181, 2203, 2205 Abs. 1, 2208 Abs. 1; GBO § 19 (Fortgeltung transmortaler Vollmacht trotz Testamentsvollstreckung)

**Zur Fortgeltung einer transmortalen Vollmacht zugunsten des Vermächtnisnehmers, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet wurde.**

OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11; eingesandt von Notarin Dr. *Gabriele Bartsch*, Wasserburg am Inn, und mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Grundbuch noch als Eigentümerin eingetragen ist die am 9.12.2010 verstorbene Frau E. Zum Nachlass gehört auch Grundbesitz in R. Gemäß notariellem Testament vom 17.3.2009 ist ein Geldvermächtnis zugunsten der Stieftochter ausgesetzt. Dem Beteiligten zu 1, ihrem späteren Ehemann, wurde ebenfalls vermächtnisweise „mein gesamtes restliches Vermögen mit Ausnahme meines Grundbesitzes in M. und mit Ausnahme meines restlichen Geldvermögens“, zugewandt. (Befreiter) Vorerbe ist der Sohn der Erblasserin. Testamentsvollstreckung ist angeordnet; die beiden Testamentsvollstrecker haben das Amt angenommen.

Zu Urkunde vom 30.5.2011 übertrug der von den Beschränkungen nach § 181 BGB befreite Beteiligte zu 1 das Grundstück in R. an sich selbst zu Alleineigentum. Er handelte hierbei aufgrund vorgelegter „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ seiner verstorbenen

Ehefrau und damaligen Lebensgefährtin vom 17.3.2009, die in Abschnitt I (a. E.) ihre Wirksamkeit „ab heute“ und über den Tod hinaus festlegt und ihn in Abschnitt II unter der Überschrift „Insbesondere Vermögensangelegenheiten (Generalvollmacht)“ u. a. ermächtigt, „über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen“.

Auf den notariellen Vollzugsantrag vom 12.7.2011 hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 14.7.2011 folgendes Eintragungshindernis aufgezeigt:

Die Vorsorgevollmacht sei durch den Tod von Frau E. nicht erloschen; der Beteiligte zu 1 könne über den Tod hinaus wirksam auch im Namen der Erben über Grundstücke verfügen. Indessen sei Testamentsvollstreckung angeordnet und die Verfügungsbefugnis vom Erben auf die beiden Testamentsvollstrecker übergegangen. Der Beteiligte zu 1 habe nicht in deren Namen gehandelt. Testamentsvollstreckung bestehe weiterhin parallel zur Vollmacht. Es könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Vollmacht vom Testamentsvollstrecker widerrufen worden sei. Demgemäß sei die Genehmigung der Testamentsvollstrecker in notarieller Form erforderlich.

Die von der beurkundenden Notarin erhobene Beschwerde weist darauf hin, dass sich die Rechte des Generalbevollmächtigten nicht von dem durch Testamentsvollstreckung beschränkten Erben, sondern von der frei Verfügungsberechtigten Erblasserin ableiten. Zudem sei bei ihr zeitlich zuerst das Testament und anschließend die Vorsorgevollmacht beurkundet worden. Die aus der Vollmacht resultierende Vertretungsmacht bleibe bestehen, bis die Vollmacht dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt worden sei. Beides sei nicht der Fall.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 29.7.2011 nicht abgeholfen. Aus Sicht des Rechtspflegers lässt sich im Rahmen der Auslegung von notariellem Testament und notarieller Vollmacht nicht abschließend einschätzen, ob die Vollmacht über den Tod hinaus, anstelle der Testamentsvollstreckung, ebenfalls zur Verfügung über das Grundstück berechtige.

Die beschwerdeführende Notarin hat im Verfahren vor dem OLG noch darauf hingewiesen, dass nicht zu beurteilen sei, was dem Erben als restliches Vermögen zufalle. Der Bevollmächtigte könne aufgrund der erteilten Vorsorgevollmacht beliebige Erklärungen abgeben; allenfalls Missbrauchsfälle seien Anlass, eine beantragte Eintragung abzulehnen. Durch einen Nachtrag vom 27.6.2011 zur Urkunde vom 30.5.2011 sei berichtigt worden, dass der Erwerber die am Vertragsgrundbesitz lastende Grundschuld zur dinglichen Duldung und Haftung übernehme, wie dies vermächtnisweise bestimmt worden sei.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die unbeschränkt, damit im Namen aller Urkundsbeteiligten (vgl. § 15 Abs. 2 GBO), zu denen auch der Erbe zählt, eingelegte und im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1 und 73 GBO) hat Erfolg. Der Genehmigung des Geschäfts durch die beiden Testamentsvollstrecker in grundbuchtauglicher Form (§ 19 GBO) bedarf es nicht.

1. Mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist davon auszugehen, dass die transmortalen, also schon vor dem Ableben und über den Tod hinaus geltende (siehe *Keim*, DNotZ 2008, 175, 176), Generalvollmacht (§ 167 BGB) selbständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnehmer eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen kann (OLG Köln, NJW-RR 1992, 1357 = MittBayNot 1992, 405; RGZ 88, 345; KGJ 37, A 231, 237; KG JFG 12, 274, 276; *Heckschen* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, vor § 2197-2128 Rdnr. 16; *Palandt/Weidlich*, Einf v § 2197 Rdnr. 12; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 62). Teilweise wird vertreten (Nachweise bei DNotI-Report 1998, 171, 172), dass es auf die zeitliche Reihenfolge ankomme. Die zeitgleich oder anschließend erteilte Generalvollmacht würde die Rechte der Testamentsvollstrecker beschränken und der Bevollmächtigte nur an die Beschränkungen gebunden sein,

die sich aus der Vollmacht selbst ergeben. Mit dem KG (KGJ 37 A 231, 238) ist der Senat der Auffassung, dass dies nicht ausschlaggebend sein kann (so jetzt auch *Palandt/Weidlich*, Einf v § 2197 Rdnr. 12; *Merkel*, WM 1987, 1001, 1004). Notwendig ist vielmehr eine umfassende Auslegung der beiden notariellen Urkunden. Im Allgemeinen wird es der maßgebliche Wille des Erblassers sein, dass keine voneinander unabhängigen Machtbefugnisse verschiedener Personen (Testamentsvollstrecker hier, Bevollmächtigter da) mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen (*MünchKommBGB/Zimmermann*, 5. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 15; ähnlich *Staudinger/Reimann*, 2003, Vorbem zu §§ 2197–2228 Rdnr. 68). Jedoch kann es auch Konstellationen geben, in denen sich die Befugnisse des Testamentsvollstreckers einerseits und des Bevollmächtigten andererseits partiell decken, etwa dann, wenn das vorgenommene Geschäft auch aus der Sicht des Vollmachtgebers nicht zu einer Kollision mit den Aufgaben des Testamentsvollstreckers (§ 2203 BGB) führt und dann beide Personen die Rechtsmacht für das entsprechende Geschäft besitzen. Diese Auslegung nach den Maßstäben des § 133 BGB kann und muss das Grundbuchamt, ebenso wie der Senat als Beschwerdegericht, unabhängig von der Schwierigkeit auftauchender Rechtsfragen (vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 42 m. w. N.), vornehmen. Dabei sind auch außerhalb der Urkunden liegende Umstände zu berücksichtigen, sofern sie sich aus öffentlichen Urkunden, etwa aus den beigezogenen Nachlassakten, ergeben (BayObLG, Rpfleger 1995, 249 = MittBayNot 1995, 58; BayObLG, Rpfleger 2000, 266).

2. Die vom Senat getroffene Auslegung führt zu dem sicheren Schluss, dass der Beteiligte zu 1 die Verfügungsmacht besitzt, das ihm zugewandte Grundstück in R. (einschließlich bestehender Belastung) an sich zu übertragen.

a) Zunächst könnte dagegen sprechen, dass die verwendete Vollmacht als „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ konzipiert ist. Sie hat also ihren ersichtlichen Schwerpunkt in der lebenszeitigen Vertretung der Vollmachtgeberin. Dagegen spricht nicht unbedingt der Umstand, dass sie über den Tod hinaus wirksam bleiben soll. Denn dies kann sinnvoll sein, um eine Vakanz zwischen dem Tod des Vollmachtgebers und der Annahme des Testamentsvollstreckeramts (§ 2202 BGB) zu überbrücken (etwa *MünchKommBGB/Zimmermann*, 5. Aufl., Vor § 2197 Rdnr. 15). Schließlich erwähnt die Vollmacht hinsichtlich Vermögensangelegenheiten abschließend (unter II. j), dass der Beteiligte zu 1 unentgeltlich in dem Anwesen in R. wohnen bleiben und dies verwalten dürfe. Von der Befugnis, die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs zu übernehmen, ist hingegen dort nicht die Rede.

b) Indessen gibt die Vollmachtsurkunde in ihrer Gesamtheit keinen hinreichenden Anlass, sie einschränkend zu interpretieren. Sie ist für Vermögensangelegenheiten ausdrücklich als „Generalvollmacht“ bezeichnet, was auf den Willen schließen lässt, eine Vertretung im gesetzlich weitestmöglichen Umfang, soweit (Vermögens-)Angelegenheiten betroffen sind, zu ermöglichen (vgl. auch *Palandt/Ellenberger*, 70. Aufl., § 167 Rdnr. 7). Soweit ihr Text Einzelbefugnisse aufzählt, steht dies unter dem ausdrücklichen Obersatz, dass sich hieraus jedoch keine Einschränkung ergeben soll. Eine inhaltliche Einschränkung erst für den Zeitraum nach dem Tod der Vollmachtgeberin ist der Urkunde selbst nicht zu entnehmen, ebenso wenig, dass nur ein Zeitraum bis zur Annahme des Amtes durch die Testamentsvollstrecker überbrückt werden soll. Dies gilt auch insoweit, als die Erwähnung des Wohnanwesens in R. nicht den Umkehrschluss dahin erlaubt, dem Bevollmächtigten bleibe die Übertragung auf sich selbst versagt. Hiergegen spricht, dass nämlich im selben Zusammenhang der Bevollmächtigte ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wird.

c) Zu dem Aufgabenbereich der Testamentsvollstrecker und deren Verfügungsmacht (§§ 2203, 2205 BGB) erkennt der Senat keinen unauflösbaren Widerspruch. Es mag zwar zutreffen, dass nach dem Inhalt des Testaments (unter II. 4 Abs. 2) die Erfüllung der „ausgesetzten Vermächtnisse“, nach der sprachlichen Fassung also nicht nur des einen zugunsten der Stieftochter, mit umfasst ist, also eine Beschränkung ihrer Rechte nicht feststellbar ist (vgl. § 2208 Abs. 1 BGB). Dieser Umstand erscheint indessen nicht durchschlagend. Der Klausel kommt jedenfalls dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn die Vollmacht des Beteiligten zu 1 nach dem Tod der Erblasserin widerrufen wird und erlischt (siehe *Palandt/Weidlich*, Einf v § 2197 Rdnr. 13; *Soergel/Damrau*, § 2205 Rdnr. 63) oder der Bevollmächtigte – aus welchen Gründen auch immer – von seinen eigenen Befugnissen keinen Gebrauch macht. Die Aufgabenzuweisung an die Testamentsvollstrecker besteht insoweit unabhängig und widerspricht für das gegenständliche Geschäft nicht der durch Vollmacht selbständig begründeten Rechtsmacht des Vermächtnisnehmers, seinerseits und unabhängig von der Mitwirkung der Testamentsvollstrecker den Anspruch zu seinen Gunsten zu erfüllen.

d) Das gemäß Erklärung vom 30.5./27.6.2011 beurkundete Geschäft ist vom Inhalt der letztwilligen Verfügung und dem Gegenstand des Vermächtnisses ersichtlich gedeckt. Dass das Grundstück in R. zu dem gesamten restlichen Vermögen (mit Ausnahme des Grundbesitzes in M. und des restlichen Geldvermögens) der Erblasserin gehört, ergibt sich aus den beigezogenen und vom Grundbuchamt verwertbaren Nachlassakten desselben AG mit dem darin u. a. enthaltenen Nachlassverzeichnis, im Übrigen schon aus dem Umstand, dass das Eigentum des gegenständlichen Grundstücks (noch) auf den Namen der Erblasserin eingetragen ist (vgl. § 891 BGB).

(...)

#### Anmerkung:

1. Im entschiedenen Fall übertrug der Bevollmächtigte eine Immobilie an sich selbst in Erfüllung eines von der Erblasserin angeordneten Vermächtnisses. Das OLG München hielt die Genehmigung des Testamentsvollstreckers hierzu für erforderlich. Der Beschluss des OLG München vom 15.11.2011 betrifft die Frage, in welchem Verhältnis eine vom Erblasser erteilte Vollmacht zur Anordnung der Testamentsvollstreckung steht. Die Rechtslage muss als ungeklärt bezeichnet werden. Zahlreiche Zweifelsfragen sind offen.

2. Die Erteilung einer Vollmacht, die über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten (transmortale Vollmacht) oder mit dem Tod des Erblassers entstehen (postmortale Vollmacht) soll, ist grundsätzlich zulässig (BGHZ 87, 19). Der Übergang bzw. die Entstehung der Vollmacht beruht nicht auf dem Willen des Erblassers, sondern auf dem Grundsatz der Universalsukzession (§ 1922 BGB), wonach alle nicht höchstpersönlichen Rechte und Pflichten auf den Erben übergehen. Die Vollmacht wirkt also nur dann nicht gegen den Erben, wenn das Geschäft, auf das sich die Vollmacht bezieht, untrennbar mit der Person des Erblassers verbunden war. Liegt der Vollmacht ein Kausalverhältnis (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) zugrunde, richtet sich die Widerrufsfähigkeit nach diesem, auch die isolierte Vollmacht gilt nach dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge im Zweifel weiter, unbeschadet der Möglichkeit der Erben, sie zu widerrufen. Der Bestandsschutz einer trans- oder postmortalen Vollmacht ist naturgemäß schwächer als die Position eines Testamentsvollstreckers, da der Erbe die Vollmacht widerrufen kann. Ein die Erben bindendes unkündbares Recht zur Verwaltung und Verfügung durch den Bevollmächtigten kann nur im Wege einer



Verfügung von Todes wegen sichergestellt werden. Die Wirkung einer Vollmacht geht andererseits über diejenige einer Testamentsvollstreckung hinaus, da der Bevollmächtigte, sofern die Vollmacht dies vorsieht, auch unentgeltlich verfügen kann, was dem Testamentsvollstrecker mit dinglicher Wirkung verwehrt ist (§ 2205 Satz 3 BGB).

3. Dem OLG München ist bei der Aussage zuzustimmen, dass Vollmacht und Testamentsvollstreckung nebeneinander bestehen können und sich die Abgrenzung primär aus seiner umfassenden Auslegung der beiden Urkunden (Vollmachtserteilung, Testamentsvollstreckungsanordnung) ergibt. Im Allgemeinen wird der Erblasser eine Konkurrenzsituation nicht gewollt haben, so dass regelmäßig eine Auslegung hilft. Der Notar, der ein Testament protokolliert, wird meist nicht wissen, dass der Erblasser eine Vollmacht erteilt hat; in vielen Fällen wird die Vollmachtserteilung auch der Testamentserrichtung nachgehen, so dass die Einflussmöglichkeiten des Kautelarjuristen begrenzt sind. Die Problematik wird regelmäßig dadurch entschärft, dass der Testamentsvollstrecker im Rahmen seines Verwaltungsrechtes (§ 2205 BGB) die Vollmacht, welche der Erblasser einem anderen mit Wirkung über den Tod hinaus erteilt hat, widerrufen kann, sofern nicht das Testament etwas anderes bestimmt (§ 2208 BGB).

4. Eine Vorsorgevollmacht nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB nimmt insoweit eine Sonderstellung ein, als sie von ihrem Kausalverhältnis her auf die Erledigung derjenigen Angelegenheiten beschränkt ist, die der Aussteller der Vollmacht selbst nicht vornehmen kann; sie ist ihrem Wesen nach eine Verhinderungsvollmacht, auch wenn sie ergänzend als Generalvollmacht bezeichnet ist. Hat der Erblasser durch Anordnung der Testamentsvollstreckung dafür gesorgt, dass der Nachlass handlungsfähig bleibt, ist für eine Vorsorgevollmacht im Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers kein Raum, jedenfalls ist sie nicht geeignet, den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers einzuschränken (*Staudinger/Reimann*, BGB, Bearbeitung 2011, Vorbem zu §§ 2197 ff Rdnr. 68 a). Unabhängig von einem möglichen Widerruf der Vollmacht durch den Testamentsvollstrecker ist davon auszugehen, dass der Bevollmächtigte nicht mehr von der Vollmacht Gebrauch machen darf, sobald der Nachlass durch einen Testamentsvollstrecker handlungsfähig ist. Handelt der Bevollmächtigte gleichwohl, sind die von ihm abgegebenen Willenserklärungen verbindlich (§ 137 BGB). Ein Testamentsvollstrecker ist also gut beraten, wenn er nach Amtsantritt alle vom Erblasser erteilten Vollmachten, auch eine Vorsorgevollmacht, widerruft.

Notar a. D. Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Regensburg

11. BGB §§ 2354, 2356; FamFG § 27 (*Abweisung des Erbscheinsantrags bei Verweigerung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung*)

**Verweigert ein Abkömmling bei der Stellung des Erbscheinsantrags nach dem zuletzt verstorbenen Elternteil ohne rechtfertigenden Grund eine durch Zwischenverfügung angeforderte eidesstattliche Versicherung, dass keiner der Schlusserben den Pflichtteil verlangt und damit gegen die Pflichtteilssanktionsklausel des gemeinschaftlichen Testaments der Eltern verstoßen hat, so kann dieses zur Abweisung des Erbscheinsantrags führen.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.2.2011, 20 W 453/10

Die Antragstellerin hat in einem notariell beurkundeten Erbscheinsantrag vom 22.6.2010 unter Berufung auf das notarielle gemeinschaftliche Testament ihrer Eltern vom 18.8.1983 für sich und ihre

beiden Geschwister einen Erbschein beantragt, der sie als Miterben zu je einem Drittel nach ihrem am ... 2010 verstorbenen Vater ausweist. Der Erblasser ist am ... 2010 verstorben, seine Ehefrau am ... 1993.

Die Rechtspflegerin hat die Antragstellerin im Hinblick auf die im gemeinsamen Testament enthaltene Pflichtteilsstrafklausel darauf hingewiesen, dass im Erbscheinsantrag die Angabe fehle, dass keiner der Erben nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten Pflichtteilsansprüche geltend gemacht habe. Die Rechtspflegerin hat insoweit eine Antragsergänzung mit entsprechender eidesstattlicher Versicherung erbeten.

Die Antragstellerin bzw. der beurkundende Notar hat dies verweigert. Die Strafklausele für einen Abkömmling, der Pflichtteilsansprüche geltend machte, sei eine auflösende Bedingung, die hinsichtlich des Erbteils eine Enterbung und die Anordnung der gesetzlichen Erbfolge zur Folge habe. Da die eidesstattliche Versicherung ausdrücklich die Angabe enthalte, dass der Versicherenden keine Umstände bekannt seien, die der Richtigkeit ihrer Angaben entgegenstünden, sei damit auch ausdrücklich versichert, dass auch nicht hinsichtlich eines Erbanteils die Erbfolge entfallen und an diese Stelle die gesetzliche Erbfolge getreten sei. Es sei dem Bürgerlichen Recht fremd – soweit nicht ausdrücklich eine gesetzliche Anordnung bestehe – negative Tatsachen zu beweisen.

Nach erneutem Schriftwechsel und einem dem Notar am 23.9.2010 zugestellten richterlichen Beschluss vom 16.9.2010, dass die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin nicht selbständig anfechtbar sei, hat die Rechtspflegerin durch Beschluss vom 4.10.2010 den Erbscheinsantrag zurückgewiesen.

Dagegen hat der Notar für die Antragstellerin mit einem am 22.10.2010 eingereichten Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Die Antragstellerin rügt, die Ergänzung der eidesstattlichen Versicherung sei zu Unrecht verlangt worden. Die Idee, die Antragstellerin könne die auflösende Bedingung übersehen haben, liege fern jeder Lebenserfahrung. Die auflösende Bedingung sei der einzige Grund gewesen, der das Erbrecht der Antragstellerin und der übrigen Erben habe ausschließen können. Deswegen sei auch der Erbschein benötigt worden. Der Notar habe den Testamentsinhalt geprüft und den Urkundsbeteiligten belehrt. Soll etwa auch der Notar die auflösende Bedingung übersehen oder irrtümlich für unwirksam gehalten haben?

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt (§§ 61, 63 Abs. 1 FamFG). Die Beschwerde ist aber nicht begründet. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine abweichende Entscheidung.

Verweigert der Antragsteller eines Erbscheins ohne rechtfertigenden Grund eine durch Zwischenverfügung verlangte eidesstattliche Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB, so führt dieses zur Abweisung des Erbscheinsantrags (Senatsbeschluss vom 10.6.1996, FamRZ 1996, 1441 = FGPrax 1996, 190 = MDR 1996, 1153 = NJWE-FER 1996, 43 = OLGR Frankfurt 1996, 177 = Rpfleger 1996, 511; *Staudinger/Herzog*, 2010, § 2356 Rdnr. 52; *Palandt/Edenhofer*, § 2356 Rdnr. 13).

Dies kann auch gerechtfertigt sein, wenn bei einer Pflichtteilsstrafklausel der Nachweis zu erbringen ist, dass die Klauselfolgen nicht ausgelöst worden sind. Dass die Antragstellerin und ihre beiden Geschwister vom Erblasser nach dem Tod der vorverstorbenen Mutter ihren Pflichtteil nicht verlangt haben, ist eine negative Tatsache, für deren Nachweis sich auch im Erbscheinsverfahren die eidesstattliche Versicherung anbietet (vgl. zum Nachweis des Nichteingreifens der Pflichtteilsstrafklausel als negative Tatsache beim Grundbuchamt auch Senatsbeschluss vom 18.11.1993 = MittBayNot 1994, 156 = DNotZ 1995, 312 = NJW-RR 1994, 203 = OLGR Frankfurt 1994, 14 = OLGR 1994, 262 = Rpfleger 1994, 206; LG Koblenz, Beschluss vom 19.9.1994, 2 T 551/94, zit. nach juris).

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist diese negative Tatsache nicht von der eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin umfasst. Die Antragstellerin hat lediglich vor der eidesstattlichen Versicherung Angaben zu dem notariellen Testament gemacht, auf das sie ihr Erbrecht und das ihrer Geschwister stützt. Es folgen Angaben zu den Geschwistern und dem Vorversterben der Mutter, weiter, dass die gesetzlichen Erben die vorgenannten wären, keine anderweitigen Verfügungen von Todes wegen hinterlassen wurden (mit Ausnahme einer Teilungsanordnung und deren Aufhebung), ein Rechtsstreit über das Erbrecht der genannten Erben nicht anhängig sei und die Erbschaft auch von den übrigen nicht erschienenen Erben angenommen worden sei. Die sich daran anschließende eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin lautet dahingehend, dass ihr nichts bekannt sei, was der Richtigkeit ihrer Angaben entgegenstehe.

Entgegen der Ansicht der Beschwerde beinhaltet dies nicht die Angabe, dass die Bedingung nicht eingetreten sei. Die eidesstattliche Versicherung beschränkt sich vielmehr auf die zuvor gemachten tatsächlichen Angaben. Die weiter geäußerte Ansicht der Beschwerde, die Idee, die Antragstellerin könne die auflösende Bedingung übersehen oder irrtümlich für unwirksam gehalten haben, liege fern jeder Lebenserfahrung, vermag der Senat ebenfalls nicht zu teilen. Pflichtteilsstrafklauseln geben immer wieder Anlass für Streitigkeiten über ihre Intentionen, ihr Eingreifen bzw. ihre Anwendbarkeit, auch unter den bedachten Geschwistern (vgl. Senatsbeschluss vom 2.8.2010, 20 W 49/09, MittBayNot 2011, 409). Sämtliche den Erbscheinsantrag lediglich interpretierenden Ausführungen in der Beschwerdeschrift und in den Schriftsätzen erster Instanz ersetzen nicht die angeforderte, verantwortlich abgegebene klare Erklärung, dass Pflichtteilsansprüche nicht geltend gemacht worden seien. Entsprechendes gilt für die eher rhetorische Fragestellung, ob auch der Notar die auflösende Bedingung übersehen oder irrtümlich für unwirksam gehalten haben sollte? Diese Ausführungen ermöglichen keine Einschätzung des wirklichen Sachverhalts, weder hinsichtlich eines etwaigen Pflichtteilsverlangens der drei Schlusserberben, noch dass sich die notariellen Belehrungen auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen erstreckt hat. Das gesamte Vorbringen beschränkt sich im Wesentlichen auf Rechtsausführungen und Interpretationen zum Erklärungsgehalt des Erbscheinsantrags.

Entscheidend ist hier, dass keine nachvollziehbaren Umstände ersichtlich geworden sind, die die Antragstellerin davon abhalten könnten, die kleine Ergänzung ihres Vorbringens einschließlich der eidesstattlichen Versicherung nachzuliefern, sofern alle drei Schlusserberben keine Pflichtteilsansprüche geltend gemacht haben sollten.

Die Antragstellerin hat damit nicht das ihr Zumutbare getan, um ihr Erbrecht und das ihrer Geschwister so nachzuweisen, dass es wie beantragt im Erbschein bescheinigt werden kann. Damit hat die Antragstellerin ihre Mitwirkungsobliegenheiten zur Verfahrensförderung, die sich aus den §§ 2354–2358 BGB i. V. m. § 27 FamFG ergeben, verletzt. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Antragstellerin die verlangten Angaben sehr viel leichter fallen, als dies hinsichtlich weiterer Nachforschungen des Nachlassgerichts der Fall wäre, brauchte das Nachlassgericht nicht weiter zu ermitteln, sondern durfte nach erfolgloser Zwischenverfügung seine Ermittlungen einstellen und den Erbscheinsantrag der Antragstellerin abweisen (*Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 8. Aufl., Rdnr. 4.191 m. w. N.; *J. Lange in jurisPK-BGB*, 5. Aufl. 2010, § 2358 BGB Rdnr. 7 und § 2254 Rdnr. 10; vgl. auch *Staudinger/Herzog*, 2010, § 2358 Rdnr. 9–12).

Da eine erstinstanzliche Ermittlungspflichtverletzung zu verneinen ist und das Beschwerdeverfahren keine erweiterten Pflichten vorsieht, konnte die Beschwerde bei gleich gebliebener Ausgangslage keinen Erfolg haben.

(...)

### Anmerkung:

1. Die Pflichtteilssanktionsklausel (Pflichtteilsstrafklausel) im gemeinschaftlichen Testament vom Ehegatten lautet meist: „Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten erhalten unsere Kinder A, B und C den Nachlass zu gleichen Teilen. Wer von unseren Kindern beim ersten Erbfall seinen Pflichtteil verlangt, soll auch beim Tod des zuletzt versterbenden Elternteils nur den Pflichtteil erhalten.“<sup>1</sup> Ob ein solches „Verlangen“ vorliegt, ist in der Praxis oft streitig;<sup>2</sup> an sich würde schon ein Telefonat, ein Gespräch beim Abendessen genügen. Zur Beweiserleichterung schreiben manche Erblasser daher „anwaltlich oder gerichtlich geltend macht“. Der genaue Wortlaut der Klausel ist im vorliegenden Fall nicht bekannt.

2. In einem Erbscheinsverfahren sind zwei Phasen zu unterscheiden:

a) Der Erbscheinsantrag des Erben, der sich auf Testament bzw. Erbvertrag stützt, muss die Angaben des § 2355 BGB enthalten; ein Teil der Angaben ist durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 2356 BGB). Davon, dass schon im Antrag nachgewiesen werden müsste, dass bei einer Pflichtteilssanktionsklausel kein Kind früher den Pflichtteil vom überlebenden Elternteil gefordert hat, steht im Gesetz nichts.

b) Ist der Antrag vollständig, setzt die Amtsermittlungspflicht des Nachlassgerichts ein (§§ 2358 BGB, 26 FamFG). Der Erbschein darf nur erteilt werden, wenn das Nachlassgericht davon überzeugt ist, dass der Antragsteller die vom ihm behauptete Erbenstellung hat. Bei der Pflichtteilssanktionsklausel steht die Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter der auflösenden Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden; verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe.<sup>3</sup> Deshalb kann das Nachlassgericht ermitteln, ob früher von einem Kind der Pflichtteil verlangt wurde. In Frage kommt die Beweiserhebung im Strengbeweis oder im Freibeweis. Der überlebende Ehegatte steht allerdings, da inzwischen verstorben, nicht mehr als Auskunftsperson zur Verfügung. Andere Beweismittel, etwa Briefe oder frühere anwaltliche Pflichtteilsverlangen, gibt es meist nicht. Das Nachlassgericht kann die Kinder vorladen und als Beteiligte vernehmen, sich aber auch mit ihren schriftlichen Erklärungen (§ 29 FamFG) oder ihren eidesstattlichen Versicherungen (vgl. § 31 FamFG<sup>4</sup>) begnügen. Viel Sinn hat das nicht; denn wenn die drei Kinder A, B und C einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragen, bedeutet das stillschweigend, dass keiner früher den Pflichtteil verlangt hat, weshalb jetzt alle drei Miterben sind. Hätte z. B. C nach dem Tod der Mutter den Pflichtteil vom überlebenden Vater verlangt, dann würden A und B einen Erbschein mit einer Erbquote von je  $\frac{1}{2}$  beantragen und C später mit dem Pflichtteil im Wert von  $\frac{1}{6}$  abspeisen (sie würden im vorliegenden Fall

<sup>1</sup> Vgl. *Jochum*, Pflichtteilsrecht, 2004, 343; auch zur Jastrow'schen Klausel, welche ähnliche Ziele verfolgt.

<sup>2</sup> Vgl. MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 2074 Rdnr. 48 ff.; *Lange*, Erbrecht, 2011, Kap. 4 Rdnr. 102.

<sup>3</sup> BayObLG, NJW-RR 2004, 654 = MittBayNot 2005, 50.

<sup>4</sup> BayObLG, FamRZ 2003, 1595 noch zum FGG.

dadurch bei einem Nachlass von 62.000 € rund 10.000 € sparen). Hatte aber C den Pflichtteil seinerzeit verlangt und wollen A und B darüber im Interesse des Familienfriedens hinwegsehen, dann könnten sie das gewünschte Ergebnis, dass jeder  $\frac{1}{3}$  bekommt, z. B. durch eine nachfolgende Erbteilsübertragung erreichen.

In vergleichbaren Fällen, in denen öffentliche Testamente mit Sanktionsklausel, aber keine Erbscheine vorlagen (vgl. § 35 GBO), haben Grundbuchämter vor Eintragung der Erben im Grundbuch entsprechende eidesstattliche Versicherungen der Kinder verlangt,<sup>5</sup> was allerdings mit der Formstrenge des Grundbuchrechts (vgl. § 29 GBO) zusammenhängt.

In Fällen der Pflichtteilssanktionsklausel kann deshalb das Nachlassgericht zwar im Rahmen der Beweisaufnahme eine Erklärung der Kinder verlangen, dahingehend, dass sie nach dem Tod der Mutter vom Vater keinen Pflichtteil verlangt haben; notwendig ist das i. d. R. nicht. Im vorliegenden Fall allerdings hat der Notar durch die Art seiner Weigerung, mit wenigen Worten zumindest den Sachverhalt zu ergänzen, Verdacht erweckt, so dass eine Beweisaufnahme durch das Nachlassgericht, in welcher Form auch immer, naheliegend war. Da die Beteiligten hierzu ihre Mitwirkung verweigerten, ihre Erzwingung in einem Antragsverfahren nicht sachdienlich war und andere Möglichkeiten der Sachaufklärung fehlten, war der Antrag zurückzuweisen.

3. Zum erstinstanzlichen Verfahren ist noch Folgendes zu bemerken:

a) Für die „Erteilung“ von Erbscheinen ist (vorbehaltlich § 19 RPfIG) der Richter zuständig, nicht der Rechtspfleger (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfIG). Nach allgemeinen Grundsätzen muss der, der entscheidet, auch das vorangegangene Beweisverfahren durchführen, also der Richter.<sup>6</sup> Deshalb ist es bedenklich, dass im vorliegenden Fall die Rechtspflegerin die Zwischenverfügung erlies. Die Praxis verfährt allerdings oft anders, weil in § 16 RPfIG nur „Erteilung“ steht und weil sie Rechtspfleger zu Unrecht als Richtergehilfen auffasst.

b) Laut Sachverhalt wurde der Antragsteller durch einen richterlichen Beschluss darauf hingewiesen, dass die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin nicht selbständig anfechtbar sei. Hier hat der Nachlassrichter wohl an § 58 FamFG gedacht, demzufolge Zwischenentscheidungen im Regelfall unanfechtbar sind; dabei wurde aber § 11 Abs. 2 Satz 1 RPfIG übersehen, wonach Rechtspflegerbeschlüsse auch dann mit Erinnerung anfechtbar sind, wenn sie als Richterbeschlüsse unanfechtbar wären.<sup>7</sup>

4. Fazit: Ein Notar, der den Erbscheinsantrag stellt, sollte bei Pflichtteilssanktionsklauseln, um sich Zeit, Kosten und Ärger zu sparen, die ohnehin nach § 2356 Abs. 2 BGB erforderliche eidesstattliche Versicherung um den Satz ergänzen: „A, B und C versichern, jeder für sich, vom überlebenden Elternteil den Pflichtteil nicht verlangt zu haben; zugleich versichert jeder, dass ihm nichts bekannt ist, dass eines seiner Geschwister den Pflichtteil verlangt hat.“

Vizepräsident des LG a. D. Prof. Dr. *Walter Zimmermann*,  
Passau

<sup>5</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 16.2.2011, 15 W 27/11, BeckRS 2011, 07314; OLG Köln, Beschluss vom 14.12.2009, 2 Wx 59/09, NJW-RR 2010, 665; LG Bochum, Rpfleger 1992, 194; LG Koblenz, MittRhNotK 1995, 67.

<sup>6</sup> *Dallmayer/Eickmann*, RPfIG, § 16 Rdnr. 10; *Zimmermann*, ZEV 2005, 276.

<sup>7</sup> *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 58 Anhang Rdnr. 2.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG §§ 34, 47; AktG § 241 (*Wirksamkeit der Einziehung eines Geschäftsanteils vor Zahlung der Abfindung*)

- 1. Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam.**
- 2. Die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, haften dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig, wenn sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.**

BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger war neben R Gesellschafter der beklagten GmbH. Die Gesellschafterversammlung der Beklagten beschloss am 19.4.2001, den Geschäftsanteil des Klägers ohne seine Zustimmung einzuziehen. Die Einziehung ist nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ohne Zustimmung zum Zweck der Ausschließung des Gesellschafters zulässig, wenn in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt. Die nach § 7 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags innerhalb von zwei Jahren an den ausscheidenden Gesellschafter zu zahlende Abfindung erhielt der Kläger bisher nicht.

In der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 22.2.2007, zu der auch der Kläger eingeladen wurde, beantragte dieser, u. a. zu beschließen, den einzigen weiteren Gesellschafter R auf Zahlung von 251.871,07 DM in Anspruch zu nehmen und den Kläger zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche zu ermächtigen. Der Vertreter des Klägers stimmte für die beiden Anträge, der Vertreter von R stimmte dagegen.

Der Kläger hat beantragt, die ablehnenden Beschlüsse für nichtig zu erklären und festzustellen, dass die beantragten Beschlüsse gefasst wurden. Das LG hat entsprechend dem Klageantrag erkannt. Das Berufungsgericht hat, soweit die ablehnenden Beschlüsse für nichtig erklärt wurden, das Urteil des LG abgeändert und die Klage abgewiesen, weil die Beschlüsse nicht von einem Versammlungsleiter festgestellt worden sind. Im Übrigen – hinsichtlich der Feststellungsanträge – hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg und führt zur vollständigen Abweisung der Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger sei unbeschadet der bestandskräftigen Einziehung seines Geschäftsanteils in der Gesellschafterversammlung vom 22.2.2007 stimmberechtigt gewesen, weil er bisher nicht aus der Beklagten ausgeschieden sei. Sofern im Gesellschaftsvertrag – wie hier – nichts Gegenteiliges vereinbart sei, bewirke die Einziehung eines Geschäftsanteils das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters auch bei der Zwangseinziehung durch Beschluss im Regelfall erst mit der Entrichtung des geschuldeten Abfindungsbetrags. Nur so sei es dem Gesellschafter möglich, nachhaltig darauf hinzuwirken, dass die Gesellschaft das zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs erforderliche Vermögen nicht verlagere, sondern das ihr Mögliche und Zumutbare unternehme, um den Abfindungsanspruch auch tatsächlich befriedigen zu können. Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht eröffne ein flexibles und situationsbezogenes

Instrumentarium, um in der Schwebephase die Belange aller Beteiligten ausgewogen auszutarieren.

## II.

Der Kläger hatte entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts in der Gesellschafterversammlung vom 22.2.2007 kein Stimmrecht mehr. Er war nicht mehr Gesellschafter der Beklagten. Mit der Einziehung seines Geschäftsanteils hat er auch das aus dem Geschäftsanteil folgende Stimmrecht (§ 47 Abs. 2 GmbHG) verloren. Die Einziehung wurde mit der Bekanntgabe des Beschlusses an den Kläger wirksam.

1. Ein Einziehungsbeschluss ist entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 5.4.2011, II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rdnr. 13 = MittBayNot 2011, 414; Beschluss vom 8.12.2008, II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rdnr. 7; Urteil vom 19.6.2000, II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 369 f.). Dass bei Beschlussfassung am 19.4.2001 feststand, dass die Abfindung, die nach § 6 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags innerhalb von zwei Jahren bar zu bezahlen war, nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft geleistet werden konnte (§§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und hat keine der Parteien behauptet.

2. Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird (§ 241 Nr. 5 AktG), wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam.

a) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die Einziehung vor Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam wird.

Teilweise wird angenommen, die Einziehung stehe unter der aufschiebenden Bedingung einer Abfindungszahlung aus freiem Vermögen (OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 612 f.; OLG Zweibrücken, GmbHR 1997, 939, 942 = MittBayNot 1998, 195; OLG Hamm, NZG 1999, 597, 598; OLG Köln, NZG 1999, 1222; KG, GmbHR 1999, 1202, 1203 f.; OLG Schleswig, NZG 2000, 703, 704 f.; OLG Dresden, GmbHR 2001, 1047, 1048; OLG Düsseldorf, ZIP 2007, 1064; *Scholz/Westermann*, GmbHG, 10. Aufl., § 34 Rdnr. 60; *Scholz/Winter/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 34 Rdnr. 17; *Michalski/Sosnitzer*, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 79; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 34 Rdnr. 43; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 10; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., § 30 Rdnr. 63; *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1159; *Bacher/von Blumenthal*, NZG 2008, 406, 407 f.; ebenso für die Ausschlussklage BGH, Urteil vom 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 173; für „Rechtsbedingung“ RGZ 142, 286, 290 f.).

Wegen der Probleme, die diese „Bedingungslösung“ für die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter mit sich bringt, wenn ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil wegen der Unzumutbarkeit seines weiteren Verbleibens in der Gesellschaft eingezogen ist, während der Schwebezeit weiterhin Mitgliedschaftsrechte ausüben kann, vertreten andere, die Einziehung sei sofort wirksam (KG, NZG 2006, 437; OLG Hamm, GmbHR 1993, 743, 746 f.; *Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1983, 242; *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 353; *Ulmer* in FS Rittner, 1991, S. 735, 748 ff.; *Ulmer* in FS Priester, 2007, S. 775, 793 ff.; *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rdnr. 48; *Lutz*, DStR 1999, 1858, 1861 f.; *Goette* in FS Lutter, 2000, S. 399, 409; *Pentz* in FS

*Ulmer*, 2003, S. 451, 467 ff.; *Fietz/Fingerhut*, DB 2007, 1179, 1181 ff.).

Zur Sicherung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters werden bei sofortiger Wirksamkeit der Einziehung verschiedene Lösungsvorschläge gemacht. Teilweise wird angenommen, die Einziehung stehe unter der auflösenden Bedingung, dass die Abfindung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gezahlt werden kann (*Ulmer* in FS Rittner 1991, S. 735; *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rdnr. 48). Andere wollen dem ausgeschiedenen Gesellschafter das Recht geben, mit der Auflösungsklage nach § 61 GmbHG die Liquidation der Gesellschaft herbeizuführen, teilweise verbunden mit einem Wiedereintrittsrecht (*Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1983, 243; *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 353; *Goette* in FS Lutter, 2000, S. 399, 409). Schließlich wird vertreten, dass die Mitgesellschafter verpflichtet sind, dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Abfindung pro rata ihrer Beteiligung zu zahlen, soweit die Gesellschaft die Abfindung nicht leisten darf (*Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl., § 34 Rdnr. 21 ff.; *Münch-KommGmbHG/Strohn*, § 34 Rdnr. 76; *Goette* in FS Lutter, 2000, S. 399, 410; *Heckschen*, GmbHR 2006, 1254, 1256; *Kolb*, NZG 2007, 815, 817; *Heidinger/Blath*, GmbHR 2007, 1184, 1187).

b) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. Grundsätzlich werden Beschlüsse wirksam und vollziehbar, sobald sie gefasst worden sind. Gesetzlich steht der Einziehungsbeschluss nicht unter der Bedingung, dass das Einziehungsentgelt gezahlt wird. § 34 Abs. 3 GmbHG soll im Interesse der Gläubiger sicherstellen, dass die Gesellschafter die Kapitalerhaltungspflicht nach § 30 Abs. 1 GmbHG nicht durch die Aufgabe der Mitgliedschaft umgehen, soll aber nicht den Abfindungsanspruch der Gesellschafter schützen.

Der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen wird, muss allerdings davor geschützt werden, dass die verbleibenden Gesellschafter sich mit der Fortsetzung der Gesellschaft den wirtschaftlichen Wert des Anteils des ausgeschiedenen Gesellschafters aneignen und ihn aufgrund der gläubigerschützenden Kapitalerhaltungspflicht mit seinem Abfindungsanspruch leer ausgehen lassen. Dazu genügt es aber, die verbleibenden Gesellschafter selbst in die Haftung zu nehmen, wenn sie nicht auf andere Weise für die Auszahlung der Abfindung sorgen. Der Schutz des Abfindungsanspruchs gebietet es nicht, schon die Wirksamkeit der Einziehung von der Zahlung der Abfindung abhängig zu machen und die damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen.

aa) Die Schwebelage, die nach der Bedingungslösung entsteht, hat erhebliche Nachteile. Dem ausgeschiedenen Gesellschafter bleiben während der Schwebezeit seine mitgliederschaftlichen Rechte jedenfalls grundsätzlich erhalten, obwohl es zumindest dann, wenn ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung geführt hat, der Gesellschaft und den verbleibenden Gesellschaftern gerade unzumutbar ist, dass er weiter in der Gesellschaft bleibt. Auch wenn mit der Einziehung unerwünschte Dritte von der Gesellschaft ferngehalten werden sollen, wie dies etwa bei der Pfändung des Geschäftsanteils als Einziehungsgrund der Fall ist, wird der Zweck der Einziehung bei einer Schwebelage nach der Bedingungslösung teilweise verfehlt. Selbst wenn die mitgliederschaftlichen Rechte wie das Stimmrecht eingeschränkt werden, können die Unklarheiten der Ausübungsbeschränkungen eine stete Quelle neuen Streits bilden. Insgesamt bietet das dem Gesellschafter einen Anreiz, seinen Lästigkeitswert zu steigern und das Abfindungsverfahren weiter in die Länge zu ziehen.

Diese Nachteile für die Gesellschaft entstehen bei der Bedingungslösung auch in den Fällen, in denen sich ein Schutz des Abfindungsanspruchs im Nachhinein als nicht erforderlich erweist. Wenn die Abfindung wie im gesetzlichen Regelfall (vgl. MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 218) mit der Einziehung fällig ist (§ 271 Abs. 1 BGB), steht auch objektiv fest, ob sie aus dem freien Vermögen geleistet werden kann. Ein Schutz des Abfindungsanspruchs ist nur erforderlich, wenn das Einziehungsentgelt erst später fällig wird oder die Auszahlung verzögert wird. Er erweist sich nachträglich als überflüssig, wenn die Gesellschaft die Abfindung in dem für die Kapitalerhaltung maßgeblichen Zeitpunkt der Zahlung ohne Beeinträchtigung des gebundenen Vermögens leisten kann. Die Bedingungslösung belastet die Gesellschaft aber auch in solchen Fällen mit der weiteren Mitgliedschaft des Störenfrieds und stellt damit das Interesse des ausgeschiedenen Gesellschafters in den Vordergrund, obwohl er einer Einziehung aus wichtigem Grund im Gesellschaftsvertrag zugestimmt hat (§ 34 Abs. 2 GmbHG). Wegen seiner antizipierten Zustimmung zur Einziehung in der Satzung ist er weniger schutzwürdig als ein Gesellschafter, der ohne eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen wird. Insoweit unterscheidet sich die Einziehung des Geschäftsanteils mittels Beschluss von der Ausschließung des Gesellschafters durch eine Klage, die ohne seine Zustimmung möglich ist und bei der nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH die Wirkung des Ausschließungsurteils von der Zahlung des Abfindungsentgelts abhängt (BGH, Urteil vom 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 174).

Davor, dass sich die Vermögenslage der Gesellschaft verschlechtert und so der Abfindungsanspruch gefährdet wird, bietet auch die Bedingungslösung keinen Schutz. Der dem Gesellschafter nach der Bedingungslösung verbleibende Geschäftsanteil ist bei einer Verschlechterung der Vermögenslage ebenfalls entwertet. Auch soweit der ausscheidende Gesellschafter nach der Bedingungslösung das weitere Schicksal der Gesellschaft mitbestimmen kann, ist angesichts des häufig fortbestehenden Streites fraglich, ob er – wie das Berufungsgericht meint – seine berechtigten Interessen „effektiv“ verfolgen und eine Verschlechterung der Vermögenslage durch Entscheidungen der anderen Gesellschafter verhindern kann.

bb) Die weiteren vorgeschlagenen Wege zum Schutz des Abfindungsanspruchs – auflösende Bedingung oder Anspruch auf Auflösung – vermeiden zwar, dass der ausgeschiedene Gesellschafter stören kann, weisen aber ebenfalls Nachteile auf.

(1) Eine auflösende Bedingung der Nichtzahlung der Abfindung unterliegt ähnlichen Bedenken wie die aufschiebende Bedingung. Zwar kann der ausgeschiedene Gesellschafter wegen der Wirksamkeit der Einziehung nicht weiter als Störenfried auf die Gesellschaft einwirken. Es entsteht aber ebenfalls eine Schwebelage, deren Ende zudem nicht sicher zu bestimmen ist. Bei Bedingungseintritt muss der Gewinnverteilungsschlüssel, ggf. nach einer Inanspruchnahme der Gesellschafter auch der Haftungsschlüssel korrigiert werden. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die ohne den ausgeschiedenen Gesellschafter gefasst wurden, müssen u. U. wiederholt oder neu gefasst werden. Nach einer Veränderung oder einer Abtretung der Geschäftsanteile ist eine automatische Herstellung des früheren Rechtszustands auch vor dem Hintergrund der Regelungen in § 5 Abs. 3 Satz 2 und § 16 Abs. 3 GmbHG kaum mehr möglich.

(2) Ein Recht, bei einer Unterdeckung im Zeitpunkt der Auszahlung der Abfindung die Auflösung der Gesellschaft zu betreiben, steht dem Gesellschafter, der – wenn man nicht der Bedingungslösung folgt – ausgeschieden ist, nicht zu. Außerdem könnte jahrelang in der Schwebelage bleiben, ob die Gesell-

schaft aufgelöst ist oder nicht. Dieser Schwebezustand besteht auch dann, wenn man dem ausgeschiedenen Gesellschafter aus diesem Grund ein Wiedereintrittsrecht gibt.

cc) Die Interessen der Beteiligten werden am besten dadurch ausgeglichen, dass die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig haften, wenn sie nicht anderweitig dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen. Den verbliebenen Gesellschaftern wächst anteilig der Wert des eingezogenen Geschäftsanteils zu. Sie müssten, wenn sie sich redlich verhalten und eine Unterdeckung nicht auf andere Art und Weise ausgleichen, etwa durch Auflösung von stillen Reserven oder eine Herabsetzung des Stammkapitals (vgl. dazu BGH, Urteil vom 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 169), grundsätzlich die Gesellschaft auflösen, um so die Gesellschaft in die Lage zu versetzen, den Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters soweit wie möglich zu erfüllen. Mit der Auflösung stellen sie den ausgeschiedenen Gesellschafter hinsichtlich seines Abfindungsanspruchs so, als sei er noch Gesellschafter. Sie verhalten sich treuwidrig, wenn sie sich dagegen mit der Fortsetzung der Gesellschaft den Wert des eingezogenen Geschäftsanteils auf Kosten des ausgeschiedenen Gesellschafters einverleiben, ihm aber eine Abfindung unter der berechtigten Berufung auf die Kapitalbindung der Gesellschaft verweigern.

Wenn die Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen, anstatt sie aufzulösen, weil sie darin einen wirtschaftlichen Vorteil und einen Mehrwert für ihren Anteil erblicken, ist es nicht unbillig, sie zum Ausgleich für den Abfindungsanspruch persönlich haften zu lassen, wenn die Gesellschaft ihn wegen der Kapitalbindung nicht erfüllen darf. Eine bei Fassung des Einziehungsbeschlusses unabsehbare persönliche Haftung ist damit nicht verbunden. Die Gesellschafter können ihre persönliche Inanspruchnahme durch Ausgleich der Unterdeckung oder durch die Auflösung der Gesellschaft vermeiden. Der Abfindungsanspruch wird dadurch zwar nicht in voller Höhe gegen Veränderungen geschützt. Auch in der Liquidation ist der Abfindungsanspruch erst nach den Ansprüchen der übrigen Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen (§ 73 GmbHG). Davor schützt den ausgeschiedenen Gesellschafter aber auch der weitere Verbleib in der Gesellschaft bei Annahme einer bedingten Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses nicht.

Die Nachteile der weiteren Mitgliedschaft eines „Störenfrieds“ werden weitgehend vermieden. Eine Ungewissheit über die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte wegen eines Streits über den Einziehungsgrund oder die Höhe der Abfindung, der dazu führt, dass zunächst unklar sein kann, ob die Abfindung aus dem angegebenen Vermögen geleistet werden kann, kann nicht vermieden werden.

dd) Der Fortbestand der Mitgliedschaft des Gesellschafters, dessen Geschäftsanteil eingezogen wurde, ist auch nicht aus anderen Gründen erforderlich. Für die Wahrnehmung der Rechte gegen den Einziehungsbeschluss selbst ist von der weiteren Rechtsinhaberschaft auszugehen, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 22.3.2011, II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rdnr. 8; Urteil vom 19.9.1977, II ZR 11/76, NJW 1977, 2316).

c) Der Kläger ist nicht als stimmberechtigter Gesellschafter zu behandeln, weil er zu der Gesellschafterversammlung vom 22.2.2007 eingeladen wurde. Die Beklagte ist damit nur den Unsicherheiten gerecht geworden, die aufgrund der ungeklärten Rechtslage zum Fortbestand von Mitgliedsrechten bestanden.

13. GmbHG §§ 5 Abs. 3 Satz 2, 34, 40 (*Korrektur einer vor Inkrafttreten des MoMiG eingereichten Gesellschafterliste*)

**Dient die neu eingereichte Gesellschafterliste der Korrektur einer Gesellschafterliste mit vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 liegenden Stichtag, muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht mit dem Stammkapital übereinstimmen.**

OLG München, Beschluss vom 30.1.2012, 31 Wx 483/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

In den Dokumentenordner des elektronischen Handelsregisters sind bisher zwei Gesellschafterlisten der Beschwerdeführerin (Datum: 30.3.2005 und 18.12.2006) aufgenommen. Als Gesellschafter der GmbH sind jeweils die beiden Geschäftsführer mit einer Stammeinlage i. H. v. 27.500 DM bzw. 12.500 DM aufgeführt, außerdem heißt es: „Eigene Anteile ... DM 10.000.“ Die Summe der Stammeinlagen ist mit 50.000 DM angegeben.

Mit Schreiben vom 5.8.2011 reichten die beiden Geschäftsführer eine Gesellschafterliste ein, die die bereits angeführten Geschäftsanteile der Geschäftsführer mit 40.000 DM ausweist. Als Stammkapital der Gesellschaft ist ein Betrag i. H. v. 50.000 DM angegeben. Unterhalb der Liste findet sich folgender Zusatz:

„An der Gesellschaft war ehemals die (...) mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 10.000 DM beteiligt. Dieser vormalige Geschäftsanteil der (...) im Nennbetrag von 10.000 DM wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft vom 11.12.2001 ohne weitere Maßnahmen eingezogen. Aufgrund dieser erfolgten Einziehung besteht zwischen der Summe der Nennbeträge der vorhandenen Geschäftsanteile (= 40.000 DM) und dem Stammkapital der Gesellschaft (= 50.000 DM) eine Differenz.“

Die Einreichung der Liste soll nach Erklärung der Beschwerdeführerin der Berichtigung der Gesellschafterliste vom 18.12.2006 dienen. Mit Beschluss vom 20.9.2011 lehnte das Registergericht die Einstellung der Gesellschafterliste in den Registerordner ab. Es liege ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG vor, da in der eingereichten Liste die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht mit dem Stammkapital übereinstimme. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde ist in der Sache begründet. Das Registergericht hat die Einstellung der Gesellschafterliste in das Handelsregister zu Unrecht abgelehnt.

1. Die Geschäftsführer waren auch vor dem Hintergrund von § 40 GmbHG befugt, die Gesellschafterliste vom 18.12.2006 unter Zugrundelegung des vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Rechts zu berichtigen.

a) Die Geschäftsführer einer GmbH sind über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hinaus befugt, für die Berichtigung technischer Defizite zu sorgen sowie eine inhaltliche Korrektur der Gesellschafterliste herbeizuführen, sofern diese – wie hier – mit Billigung der Gesellschafter erfolgt (vgl. *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 38 und 40). Eine solche inhaltliche Korrektur ist im vorliegenden Fall geboten, da die Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen vom Nichtberechtigten auch auf Gesellschaften Anwendung finden kann, die vor Inkrafttreten des MoMiG gegründet wurden (vgl. § 3 Abs. 3 EGGmbHG).

b) Die nun eingereichte Gesellschafterliste muss der erst am 1.11.2008 in Kraft getretenen Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nicht entsprechen. Das neu geschaffene Gebot der Übereinstimmung der Summe aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital gilt nicht für Sachverhalte vor Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008. Vor diesem Zeitpunkt war über das

Gründungsstadium hinaus keine Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Geschäftsanteile vom Gesetz gefordert (vgl. *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 9). Mangels einer Übergangsregelung für Altfälle sind Veränderungen im Gesellschafterbestand vor dem 1.11.2008 an dem damals geltenden Recht zu messen. Für die Anwendung des § 5 Abs. 3 Satz 2 n. F. auf Altfälle wäre eine Überleitungsvorschrift unverzichtbar gewesen (vgl. *Ulmer*, DB 2010, 321, 323).

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass durch die unterhalb der Gesellschafterliste vermerkte Erläuterung deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass die Liste auf dem Einziehungsbeschluss vom 11.12.2001 beruht und daher die Gesellschafter und deren Geschäftsanteile im Zeitpunkt vor Inkrafttreten des MoMiG abbildet. Daraus und aus den übrigen Erklärungen der Beschwerdeführerin ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass sich die nun eingereichte Liste auf den Stichtag 18.12.2006 bezieht, weil sie der Korrektur der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Liste der Gesellschafter dient.

14. GmbHG §§ 5 Abs. 3 Satz 2, 40 Abs. 2 Satz 2 (*Anknüpfung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG an aktuellste Gesellschafterliste im Registerordner*)

**Die vom Notar einzureichende Gesellschafterliste hat unabhängig vom Datum der Aufnahme der jeweiligen Liste in den Registerordner an die aktuellste dort aufgenommene Liste der Gesellschafter anzuknüpfen.**

OLG München, Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 13/12; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Ausweislich der Dokumentenübersicht für die beteiligte GmbH im elektronischen Handelsregister sind folgende Gesellschafterlisten in den Registerordner eingestellt:

„Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 10.2.2011 (erstellt zum 27.2.2008),

Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 9.2.2011 (erstellt zum 30.12.2010),

Liste der Gesellschafter – Aufnahme in den Registerordner am 3.1.2011 (erstellt zum 30.12.2010) ...“

Die am 10.2.2011 in den Registerordner aufgenommene Liste der Gesellschafter „Stichtag 27.2.2008“ enthält abweichend von der am 9.2.2011 aufgenommenen Gesellschafterliste „Stichtag 30.12.2010“ keine laufende Nummer 10, während in der am 9.2.2011 aufgenommenen Liste „Stichtag 30.12.2010“ unter dieser Nummer ein Geschäftsanteil i. H. v. 1.100 € einer natürlichen Person zugeordnet ist. In der Gesellschafterliste „Stichtag 27.2.2008“ sind unter laufender Nummer 10.7 bis 10.10 vier Geschäftsanteile im Gesamtwert von 1.100 € aufgeführt, als deren Inhaber drei natürliche Personen und eine GmbH angegeben sind. Die Nummern 10.7 bis 10.10 fehlen in der am 9.2.2011 aufgenommenen Gesellschafterliste „Stichtag 30.12.2010“. Ferner ist in der Liste „Stichtag 27.2.2008“ unter laufenden Nummern 10.6 und 12 jeweils eine natürliche Person als Inhaber von Geschäftsanteilen von 350 € bzw. 3.500 € angeführt. Unter diesen Nummern sind die entsprechenden Geschäftsanteile in der am 9.2.2011 aufgenommenen Liste „Stichtag 30.12.2010“ einer GmbH zugeordnet.

Die von der beschwerdeführenden Notarin im September 2011 eingereichte Gesellschafterliste „Stichtag 30.12.2010“ knüpft an die am 10.2.2011 in den Registerordner aufgenommene Liste „Stichtag 27.2.2008“ an. Daher fehlt die laufende Nummer 10 der Geschäftsanteile, dagegen sind die Geschäftsanteile Nummern 10.7 bis 10.10 angeführt, zu 10.6 und 12 ist die natürliche Person und nicht die in der am 9.2.2011 aufgenommenen Gesellschafterliste zum 30.12.2010 bezeichnete GmbH angeführt. Die Gesellschafterliste ist von einem einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH unter-

schrieben. Dazu hat die Beschwerdeführerin unter dem 1.9.2011 folgende Bescheinigung ausgestellt:

„Ich bescheinige in meiner Eigenschaft als Notarin, dass die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Gesellschafterliste den Veränderungen entsprechen, an denen ich mitgewirkt habe, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.“

Das AG hat die eingereichte Liste mit der Begründung beanstandet, dass unter laufenden Nummern 10.6 und 12 der von der Beschwerdeführerin eingereichten Gesellschafterliste nicht die in der Gesellschafterliste zum 30.12.2010 angeführte GmbH als Inhaberin der Gesellschaftsanteile bezeichnet sei, sondern die in der Gesellschafterliste zum 27.2.2008 genannte natürliche Person. Demgegenüber stellte sich die Beteiligte unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut auf den Standpunkt, dass sie eine Gesellschafterliste im Anschluss an die zuletzt in den Registerordner aufgenommene Liste einzureichen habe. Das AG hat unter Festhalten an seiner Rechtsauffassung mit Beschluss vom 30.11.2011 die Einstellung „der Gesellschafterliste mit Stichtag 30.12.2010/Erstellungsdatum 1.9.2011“ abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil die von der Beschwerdeführerin eingereichte Gesellschafterliste nicht an die am 10.2.2011 in den Registerordner aufgenommene Liste der Gesellschafter anzuknüpfen hatte, sondern an die am 9.2.2011 aufgenommene Liste.

1. Der Beschwerdeführerin ist darin beizutreten, dass nach dem Gesetzeswortlaut von § 40 Abs. 2 GmbHG die von dem Notar einzureichende Gesellschafterliste „mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ muss. Dies wird auch in der Literatur so gesehen (vgl. etwa *Dieter Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1048; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, 17. Aufl. 2009, § 40 GmbHG Rdnr. 34). Dies gilt aber dann nicht, wenn die zuletzt in den Registerordner aufgenommene Liste zeitlich gesehen nicht die aktuellste ist. Denn der an im Rahmen von § 40 GmbHG relevanten Veränderungen mitwirkende Notar hat an die Liste mit dem aktuellen Stichtag anzuschließen, um den Gesetzeszweck der Transparenz des Gesellschaftsbestands zu erreichen. Dem steht der Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht entgegen.

a) Die Amtspflicht des Notars zur Vorlage der ggf. zu korrigierenden Gesellschafterliste (so ausdrücklich BGH, NZG 2011, 516, 517, Rdnr. 10 = MittBayNot 2011, 323) ist in unmittelbarem Zusammenhang mit der durch § 40 GmbHG normierten Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste zu sehen. Insoweit ist durch das MoMiG die Bedeutung der Gesellschafterliste erheblich aufgewertet (vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, a. a. O., Rdnr. 3) und der Grundsatz geschaffen worden, dass der im Registerordner verlaubliche Gesellschafterbestand aus Gründen der Transparenz ständig zu aktualisieren ist (vgl. etwa *Altmeyden/Roth/Altmeyden*, 6. Aufl. 2009, § 40 GmbHG Rdnr. 1; *Bayer*, GmbHR 2012, 1). Schon daraus ergibt sich, dass sich die Verpflichtung des Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste und zur Erteilung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf die Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste bezieht. Diese hat an die zum Zeitpunkt der Erstellung der Bescheinigung in den Registerordner eingestellte aktuellste Gesellschafterliste anzuknüpfen. Denn das Gesetz verpflichtet in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG den Notar, „unverzüglich“ nach dem Wirksamwerden beurkundeter Veränderungen „die Liste“ einzureichen, wie dies nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch für den Geschäftsführer gilt. Es setzt damit voraus, dass die letzte der in den Registerordner aufgenommenen Listen auch die aktuell-

ste ist. So ist auch die Formulierung in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu verstehen, nach der vom Notar zu bescheinigen ist, dass „die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“.

b) Insoweit treffen den von Amts wegen „zur erhöhten Richtigkeitsgewähr“ (vgl. *Löbbe*, GmbHR 2012, 7, 9) am Listeninhalt mitwirkenden Notar auch vor dem Hintergrund der im Übrigen bestehenden Korrekturpflicht des Geschäftsführers (vgl. dazu *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2039, 2041) – formelle – Prüfungspflichten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn für ihn auf der Hand liegende technische Defizite im Registerordner zu bereinigen sind. Im vorliegenden Fall besteht die Amtspflicht der Beschwerdeführerin darin, eine an die durch einen bloßen Blick in das elektronische Handelsregister zu identifizierende aktuellste Liste anknüpfende Gesellschafterliste einzureichen. Dies gilt auch für den hier gegebenen Fall, dass die „Anknüpfungsliste“ nicht die letzte in das Handelsregister eingestellte Gesellschafterliste ist (ebenso *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, 19. Aufl. 2010, § 40 GmbHG Rdnr. 40 zu den Pflichten des Geschäftsführers, wenn er kraft Amtes am Inhalt der Gesellschafterliste mitzuwirken hat). Insoweit wird keine materielle Prüfungspflicht des Notars hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit der einzureichenden Liste geschaffen, sondern lediglich die Verpflichtung, zur „erhöhten Richtigkeitsgewähr“ (so die Formulierung im Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, S. 44) die einzureichende Liste an die nach dem Registerordner aktuellste Gesellschafterliste anschließen zu lassen.

2. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das AG die Einstellung der von der Beteiligten eingereichten Gesellschafterliste zu Recht abgelehnt hat, weil diese nicht an die aktuellste Gesellschafterliste anschließt. Bei Neuerstellung der Gesellschafterliste wird die Beschwerdeführerin zu beachten haben, dass sich im Registerordner eine weitere Gesellschafterliste zum 30.12.2010 befindet, die allerdings bereits am 3.1.2011 in den Registerordner aufgenommen worden ist. Insoweit wird sie die am 9.2.2011 in den Registerordner eingestellte aktualisierte Gesellschafterliste zugrunde zu legen haben. Bei Neu-einreichung der Liste wird ferner zu beachten sein, dass eine solche nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG vom Notar, nicht aber vom Geschäftsführer, zu unterschreiben ist (vgl. Senat, NJW-RR 2009, 972, 973 = MittBayNot 2010, 64).

15. GmbHG §§ 53, 55, 55 a (*Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital einer GmbH*)

1. **Zum genehmigten Kapital bei einer GmbH.**
2. **Die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter kann dem Geschäftsführer übertragen werden.**
3. **Der Geschäftsführer kann auch zur Anpassung der Satzung ermächtigt werden.**

OLG München, Beschluss vom 23.1.2012, 31 Wx 457/11; eingesandt von Notar *Rasso Rapp*, München, und mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterinnen am OLG München

Gegenstand der registerrechtlichen Anmeldung ist die Eintragung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages einer GmbH. Mit Beschluss vom 31.8.2011 haben die beiden Gesellschafter einstimmig den Gesellschaftsvertrag u. a. um folgende Regelung ergänzt:

„§ 4 a Genehmigtes Kapital

1. Die Geschäftsführer sind ermächtigt, bis zum 30.6.2016 das Stammkapital, ein oder mehrmals, gegen Bar- oder

- Sacheinlagen um bis zu 3.268 € gegen Ausgabe neuer Geschäftsanteile zu erhöhen (genehmigtes Kapital).
2. Die Geschäftsführer sind ferner ermächtigt, über den Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter zu entscheiden.  
Ein Bezugsrechtsausschluss ist jedoch nur in folgenden Fällen zulässig:
    - a) zum Ausgleich von Spitzenbeträgen;
    - b) um Geschäftsanteile an Arbeitnehmer der Gesellschaft auszugeben;
    - c) bei der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen, insbesondere zum Zwecke des Erwerbs von Unternehmen oder Unternehmensteilen;
    - d) zur Erschließung neuer Kapitalmärkte durch Geschäftsanteilsplatzierung, insbesondere auch im Ausland.
  3. Die Geschäftsführer sind berechtigt, die Fassung der Satzung entsprechend dem Umfang der Kapitalerhöhung aus dem genehmigten Kapital zu ändern.“

Mit Zwischenverfügung vom 19.9.2011 beanstandete das Registergericht, dass die Bestimmung in Ziffer § 4 a Nr. 2 und Nr. 3 einer satzungsmäßigen Regelung nicht zugänglich sei. Der Bezugsrechtsausschluss greife in Gesellschafterrechte fundamental ein, so dass die Gesellschafter einen solchen nicht frei vereinbaren könnten. Das GmbH-Recht kenne kein Bezugsrecht der Gesellschafter im Sinne des AktG und sehe auch keine dem § 203 Abs. 2 AktG und dem § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechende Bestimmung vor. Die Zulassung anderer Personen zur Übernahme neuer Geschäftsanteile könne im Hinblick auf die personale Struktur der GmbH nur mittels einer Erteilung einer Vollmacht für den Einzelfall erfolgen. In diesem Sinne sei die eingeräumte Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss auszulegen. Eine Bindung für nicht anwesende oder erst später die Gesellschafterstellung erlangende Personen trete daher nicht ein. Der Regelung fehle die Allgemeingültigkeit und sie könne nicht Bestandteil einer Satzung sein. Auch die nach Ausübung der Ermächtigung erforderliche Satzungsänderung könne nur durch die Gesellschafter selbst beschlossen werden. Für eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften bestehe keine Notwendigkeit, da die Ermächtigung der Geschäftsführer auch deren Bevollmächtigung zu einer entsprechenden Anpassung der Satzung enthalte. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) und auch begründet. Die vom Registergericht angeführten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Zu Unrecht ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in § 4 a Nr. 2 und 3 getroffenen Regelungen einer satzungsmäßigen Aufnahme nicht zugänglich sind.

1. Im Rahmen des MoMiG wurde durch den auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 16/9737, S. 12, 13 bzw. S. 56) neu eingefügten § 55 a GmbHG die für Aktiengesellschaften schon vorher gegebene Möglichkeit der Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals auch für die GmbH geschaffen. Durch die Übernahme des aktienrechtlichen Instituts des genehmigten Kapitals sollten die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, ihre Entscheidung zur Kapitalerhöhung in das unternehmerische Ermessen der Geschäftsführung zu stellen. Eine solche Delegation der Zuständigkeit zur Kapitalerhöhung stellt somit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Satzungsautonomie der Gesellschafter im GmbH-Recht dar (vgl. *Schnorbus/Donner*, NZG 2009, 1241).

Die Neuregelung orientiert sich an dem aktienrechtlichen Vorbild, bleibt aber lückenhaft (vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 55 a Rdnr. 1). Diese Regelungslücken können aber trotz ihres aktienrechtlichen

Vorbilds nicht schematisch durch eine Analogie der aktienrechtlichen Bestimmungen geschlossen werden. Vielmehr hat sich die Schließung an dem GmbH-rechtlichen System zu orientieren und dessen Besonderheiten Rechnung zu tragen (*Baumbach/Hueck/Zöllner*, a. a. O.).

2. Unklar ist hier, ob im Rahmen des Instituts des genehmigten Kapitals auch ein Bezugsrechtsausschluss zulasten der Gesellschafter zulässig ist. Eine ausdrückliche Regelung, wie es das Aktienrecht vorsieht (vgl. §§ 203 Abs. 1 i. V. m. 186 Abs. 3, 4 AktG bzw. § 203 Abs. 2 AktG), wurde durch den Gesetzgeber nicht getroffen. Auch in der Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags zu § 55 a-neu GmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 56) und in der Stellungnahme des Bundesrates vom 6.7.2007 (BR-Drucks. 354/07, S. 19 unter Ziffer 20) erfolgten hierzu keinerlei Ausführungen.

a) In der Literatur wird bezüglich eines Bezugsrechtsausschlusses der Gesellschafter im Rahmen des genehmigten Kapitals einhellig das Vorliegen einer Regelungslücke angenommen, die grundsätzlich durch eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen (vgl. §§ 203 Abs. 1 i. V. m. § 186 Abs. 3, 4 AktG bzw. § 203 Abs. 2 AktG) geschlossen werden könne (vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 7; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 55 a Rdnr. 11; *Ulmer/Casper*, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 55 a Rdnr. 30; *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 55 a Rdnr. 20; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55 a Rdnr. 23; *Scholz/Priester*, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, 2010, § 55 a Rdnr. 34 f.; *Klett*, GmbHR 2008, 1312, 1314; *Priester*, GmbHR 2008, 1177, 1181 f.; *Lieder*, DNotZ 2010, 655, 670 ff.; *Cramer*, GmbHR 2009, 406, 409 f.).

b) Der Senat teilt diese Auffassung. Wenngleich keine ausdrückliche Regelung bezüglich des Bezugsrechtsausschlusses der Gesellschafter im Rahmen der Neuregelung des § 55 a GmbHG durch den Gesetzgeber erfolgt ist, und auch im Übrigen die Regelung des genehmigten Kapitals im GmbH-Recht lückenhaft geblieben ist (s. o.), kommt in der Neuregelung des § 55 a GmbHG der grundsätzliche Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, das Instrumentarium des genehmigten Kapitals entsprechend seiner aktienrechtlichen Regelung in das GmbH-Recht zu übernehmen. Deshalb gelten die §§ 202 ff. AktG für die GmbH entsprechend, soweit einer solchen Analogie nicht die Besonderheiten des GmbH-Rechts entgegenstehen. Solche sind hier nicht ersichtlich.

aa) Entgegen der Auffassung des Registergerichts steht die personale Struktur der GmbH der Annahme einer durch die Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften zu schließenden Lücke nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat durch die Aufnahme des Instituts des genehmigten Kapitals das Prinzip der Satzungsautonomie der Gesellschafter insoweit bewusst durchbrochen (s. o.). Im Rahmen der Kapitalerhöhung i. S. d. § 55 GmbH ist grundsätzlich sowohl ein Bezugsrecht des GmbH-Gesellschafter (vgl. dazu *Ulmer/Ulmer*, GmbHG, 2008, § 55 Rdnr. 44 ff.; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, a. a. O., § 55 Rdnr. 17 f.; BGH, ZIP 2005, 985, 987) als auch die grundsätzliche Möglichkeit eines satzungsmäßigen Bezugsrechtsausschlusses zulasten von Gesellschaftern anerkannt (vgl. *Scholz/Priester*, a. a. O., § 55 Rdnr. 54 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a. a. O., § 55 Rdnr. 25 ff.). Dazu ist nur umstritten, auf welcher rechtlichen Grundlage das Bezugsrecht eines Gesellschafter beruht (vgl. zum Meinungsstand *Ulmer/Ulmer*, a. a. O., § 55 Rdnr. 44 ff.) und welche Mehrheit für einen solchen Ausschluss erforderlich ist (vgl. dazu *Scholz/Priester*, a. a. O., § 55 Rdnr. 61; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a. a. O., § 55 Rdnr. 25). Es sind daher keine Gründe ersichtlich, die gegen einen Bezugsrechtsausschluss von Gesellschaftern auch in Bezug auf das genehmigte Kapital sprechen.



bb) Fraglich ist insoweit nur, ob die für das Aktienrecht entwickelte Rechtsprechung bezüglich der Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss auf die GmbH übertragen werden kann (*Ulmer/Casper*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 30). Diese hat im Gegensatz zur Aktiengesellschaft eine personalisierte Struktur und ist regelmäßig nur zweigliedrig organisiert. Deshalb stellt sich hier insbesondere die Frage, zu welchem Zeitpunkt die sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses erfüllt sein muss. Hier kann auf den Zeitpunkt der Ermächtigung hierzu (vgl. BGH, NJW 1982, 2444 [*Holzmann*]) oder den Zeitpunkt ihrer Ausübung (vgl. BGH, NJW 1997, 2815 [*Siemens/Nold*]; NJW 2006, 371 [*Mangusta/Commerzbank I*]) abgestellt werden. Das kann hier aber dahinstehen, weil der Bezugsrechtsausschluss selbst wie auch seine Voraussetzungen von den Gesellschaftern einstimmig beschlossen und in der Ermächtigung hinreichend beschrieben sind. Eine Verletzung der Rechte von Minderheitsgesellschaftern ist daher nicht von vornherein zu besorgen.

c) Die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Bezugsrechtsausschluss kann daher als weiterer, fakultativer Inhalt in die Regelungen des Gesellschaftsvertrages betreffend das genehmigte Kapital aufgenommen werden. Sie kann auch Inhalt der durch Satzungsänderung getroffenen Ermächtigung der Geschäftsführer sein (allgemeine Meinung; vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 7 und 9; *Roth/Altmeyden/Roth*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 20; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 15; *Klett*, GmbHR 2008, 1312, 1314; *Lieder*, DNotZ 2010, 655, 671; *Schnorbus/Donner*, NZG 2009, 1241, 1244; *Priester*, GmbHR 2008, 1177, 1182).

3. Ebenso beanstandet das Registergericht die in § 4 a Nr. 3 beschlossene Ermächtigung der Geschäftsführer zur Änderung der Satzung zu Unrecht. Die Regelung verstößt nicht gegen § 53 Abs. 1 GmbHG.

Das Registergericht weist zutreffend darauf hin, dass nach dieser Vorschrift der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nur durch Beschluss der Gesellschafter geändert werden kann. Das GmbH-Gesetz sieht eine Ermächtigung der Geschäftsführer zu einer Änderung der Fassung i. S. d. § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht vor. Deshalb ist nicht geregelt, wie nach Durchführung der auf dem genehmigten Kapital beruhenden Kapitalerhöhung die Anpassung der Satzung der GmbH herbeigeführt werden kann (*Klett*, GmbHR 2008, 1312, 1314). Die vereinzelt vertretene Auffassung, dass im Nachgang zur Kapitalerhöhung ein ausdrücklicher Beschluss der Gesellschafter erforderlich sei (vgl. *Lips/Randel/Werwigk*, DSr 2008, 2220, 2226), wird zu Recht abgelehnt, da dann der durch § 55 a GmbHG durch Kompetenzverlagerung erreichte Vorteil wieder aufgehoben werden würde (vgl. dazu *Wicke*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 5). Ob insoweit eine Regelungslücke vorliegt (so *Klett*, a. a. O.), die durch eine analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG (*Wicke*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 5; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 33 ff.) zu schließen ist oder die Anpassungsbefugnis der Geschäftsführer auf einer Annexkompetenz zu der ihnen im Rahmen des § 55 a GmbHG eingeräumten Ermächtigung beruht (*Scholz/Priester*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 32), bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Hier ergibt sich die § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechende Ermächtigung der Geschäftsführer aus § 4 a Nr. 3 der Gesellschaftssatzung. Da die Regelung im Zusammenhang mit der Ermächtigung der Geschäftsführer zur Vornahme einer Kapitalerhöhung im Wege des genehmigten Kapital steht und deren Vollzug dient, kann sie auch fakultativer Inhalt der Satzung betreffend genehmigtes Kapital sein (*Wicke*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 11 a. E.; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 34; *Scholz/Priester*, a. a. O., § 55 a Rdnr. 32).

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. InsO §§ 51 Nr. 1, 55 Abs. 1 Nr. 3, 91 Abs. 1; BGB §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1191 (*Sicherungsweise abgetretener Anspruch auf Rückgewähr einer Grundschuld nur bedingt insolvenzfest*)

**Die Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld kann nur dann ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Abtretenden begründen, wenn eine Revalutierung der Grundschuld ohne Zustimmung des Abtretungsempfängers nicht oder nicht mehr in Betracht kommt.**

BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10

Der Schuldner, über dessen Vermögen am 29.12.2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nahm im Jahre 1999 bei der Klägerin ein Darlehen von 400.000 DM auf. Dieses Darlehen wurde im März 2000 durch eine zweitrangige Grundschuld der Klägerin an dem Grundbesitz des Schuldners und seiner Ehefrau besichert. Bereits zuvor hatten der Schuldner und seine Ehefrau zur weiteren Sicherung des Darlehens an die Klägerin ihre Ansprüche auf Rückgewähr der erstrangigen Grundschuld abgetreten.

Als der Schuldner seinen Zahlungspflichten nicht mehr nachkam, beantragte die Klägerin im Jahre 2004 die Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundbesitzes. Die Klägerin teilte der erstrangigen Gläubigerin die Abtretung des ihr Recht betreffenden Rückgewähranspruchs mit. Die erstrangige Gläubigerin stimmte der an ihr Einverständnis gebundenen Abtretung des Anspruchs im Februar 2005 zu und trat dem Zwangsversteigerungsverfahren bei. Von dem im Versteigerungstermin vom 22.11.2006 erzielten Barerlös erhielt die Klägerin nach Abzug der Verfahrenskosten 3.310 €, die erstrangige Gläubigerin 138.078,81 €. Nach Befriedigung ihrer Ansprüche kehrte diese Gläubigerin den Überschuss von 43.766,30 € an die Beklagte als Verwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners aus. Den Überschussanteil aus dem hälftigen Miteigentum des Schuldners abzüglich der Feststellungs- und Verwertungspauschalen in Höhe von noch 19.913,67 € verlangt die Klägerin, die ihre Ansprüche im Insolvenzverfahren mit 216.721,50 € angemeldet hat, von der Beklagten wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Masse heraus. Diese erhebt vorsorglich die Einrede der Insolvenzanfechtung, weil der Rückgewähranspruch erst in anfechtungserheblicher Zeit werthaltig geworden sei.

Das LG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das OLG hat die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Klägerin, das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Nach dem festgestellten Sachverhältnis lässt sich nicht ausschließen, dass die Masse auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert und gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet ist. Da ausreichende Feststellungen zu diesem Punkt fehlen, ist der Senat an einer Endentscheidung gehindert.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in WM 2010, 1976 abgedruckt ist, hat ausgeführt, der Erwerb des abgetretenen Rückgewähranspruchs sei erst mit seiner künftigen Entstehung vollendet. Vorher erlange der Zessionar auch keine gesicherte Rechtsposition, die von § 91 Abs. 1 InsO verschont werde. Der BGH habe allerdings früher angenommen, der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld sei durch Tilgung der gesicherten Forderung aufschiebend bedingt (Urteil vom 5.11.1976, V ZR 5/75, NJW 1977, 247). Nach den Grundsätzen seines Urteils vom 9.3.2006 (IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 = MittBayNot 2007, 45) müsse jedoch davon

ausgegangen werden, dass der Abtretungsempfänger des Rückgewähranspruchs keine gesicherte Rechtsposition erlange und sein Rechtserwerb deshalb nicht insolvenzfest sei. Nach der weiten Zweckerklärung für die erstrangige Grundschuld und dem Umfang, in dem die sicherungsvertraglichen Ansprüche des Schuldners und seiner Ehefrau an die Klägerin abgetreten worden seien, hätte diese es nicht verhindern können, wenn die nur noch teilvalutierte Grundschuld der erstrangigen Gläubigerin zur Sicherung weiterer gegenwärtiger oder künftiger Verbindlichkeiten des Schuldners und seiner Ehefrau genutzt worden wäre. Es komme nicht darauf an, ob ein solcher Fall tatsächlich eingetreten sei.

Der dingliche Lösungsanspruch des nachrangigen Grundschuldgläubigers gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1179 a Abs. 1 Satz 3 BGB helfe der Klägerin ebenfalls nicht weiter, weil das Eigentum am Grundstück und die erstrangige Grundschuld vor dem Zuschlag nicht in einer Person zusammengefallen gewesen seien.

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht vollen Umfangs stand. Es mag zwar sein, dass die Beklagte gegen die Sicherungsabtretung des hälftigen Rückgewähranspruchs, aus welcher die Klägerin ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gegen die Insolvenzmasse hergeleitet hat, mit Recht die Beschränkung des § 91 Abs. 1 InsO einwendet. Die hierfür maßgebenden Voraussetzungen hat das Berufungsgericht aber nicht vollständig erfasst und festgestellt.

1. Der abgetretene Rückgewähranspruch war hier nicht bei der an erster Rangstelle eingetragenen Grundschuld vorgeordnet. Die Fragen, ob eine solche Vormerkung wirksam gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 22.7.2004, IX ZR 131/03, BGHZ 160, 168, 174), und weiter, ob an den Grundsätzen des Senatsurteils vom 9.3.2006 (a. a. O.) zum gesetzlichen Vormerkungsschutz des nachrangigen Grundpfandgläubigers im Hinblick auf § 1179 BGB uneingeschränkt festzuhalten ist, stellen sich deshalb in dieser Rechtssache nicht.

2. Nach § 91 Abs. 1 InsO können Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt. Diese Einwendung des Insolvenzverwalters fußt mithin nicht auf einer Verfügungsbeschränkung, sondern verfolgt ein gesetzliches Erwerbsverbot zugunsten der Insolvenzmasse. Das Erwerbsverbot kann noch eingreifen, obwohl der Verfügungsstatbestand bereits abgeschlossen ist, solange sich der Rechtserwerb nicht vollendet hat. Das gilt namentlich bei der Abtretung eines künftigen oder aufschiebend bedingten Anspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 20.3.1997, IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 144; vom 29.11.2007, IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rdnr. 27; vom 25.6.2009, IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 Rdnr. 12 f.; vom 14.1.2010, IX ZR 78/09, ZIP 2010, 335 Rdnr. 17 f.). In zweckentsprechender Abgrenzung schon das Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH jedoch solche Erwerbsanwärter, die an dem Erwerbsgegenstand bereits eine gesicherte Rechtsstellung erlangt haben (BGH, Urteil vom 25.6.2009, a. a. O., Rdnr. 11; vom 14.1.2010, a. a. O., Rdnr. 20). Der Sicherungswert einer bestellten Grundschuld ist trotz Abtretung des Rückgewähranspruchs aus dem Vermögen und der Insolvenzmasse des Sicherungsgebers nicht endgültig ausgeschieden, solange der Sicherungsnehmer allein oder im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber selbst oder dem Insolvenzverwalter über dessen Vermögen, etwa zur Besicherung eines Massekredits, die Grundschuld revalutieren kann, ohne dadurch den Inhalt

des Rückgewähranspruchs zu verändern. Dieser Sicherungswert kann der Masse gemäß § 91 Abs. 1 InsO nicht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Begründung eines Absonderungsrechts mit Vollendung des Rechtserwerbs an dem abgetretenen Rückgewähranspruch entzogen werden.

Soweit nach dem Urteil des V. Zivilsenats vom 5.11.1976 (a. a. O.) für die Wirkung von § 15 KO etwas anderes galt, ist dies nach der neueren Rechtsprechung zur Auslegung von § 91 Abs. 1 InsO überholt. Der V. Zivilsenat hat mitgeteilt, dass er an der Rechtsauffassung seines Urteils vom 5.11.1976 nicht festhalte, soweit sie der hier vertretenen Auslegung von § 91 Abs. 1 InsO entgegenstehe sollte.

Das vom Berufungsgericht herangezogene Senatsurteil vom 9.3.2006 (a. a. O., Rdnr. 20) hat nicht näher ausführen müssen, wann eine Sicherungsgrundschuld nach Abtretung des Rückgewähranspruchs an einen Dritten von den Beteiligten des Sicherungsvertrages revaluiert werden kann. Wer einen vertragsabhängigen Einzelanspruch abtritt, kann über das Vertragsverhältnis uneingeschränkt verfügen, solange der abgetretene Anspruch nicht entstanden ist. Das gilt sowohl bei künftigen Ansprüchen als auch bei solchen, deren Entstehung gleich dem Anspruch auf Miete oder Dienstlohn noch von einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abhängt (BGH, Urteil vom 28.3.1990, VIII ZR 17/89, BGHZ 111, 84, 92 ff.). Damit nicht zu vereinbaren ist die Ansicht, nicht nur die bedingte Abtretung eines Anspruchs, sondern auch die uneingeschränkte Abtretung eines bedingten Anspruchs sei unterschiedslos insolvenzfest (zum Rückgewähranspruch vgl. *Lüke* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand 2001, § 91 Rdnr. 26; *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl., § 91 Rdnr. 25 und *HmbKommInsO/Kuleisa*, 3. Aufl., § 91 Rdnr. 9 a. E.; anders *Jaeger/Windel*, InsO, § 91 Rdnr. 58). Davon hat sich der Senat bereits in seinem Urteil vom 9.3.2006 (a. a. O., Rdnr. 20) gelöst. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Denn die Bedingung gegen den Drittschuldner des abgetretenen Anspruchs tritt durch die Insolvenz des Zedenten nicht ein. Die Vorschriften der §§ 42, 191 InsO betreffen nur Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner.

3. Eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO standhält, erlangt der Abtretungsempfänger dann, wenn die Verfügungsfreiheit des Schuldners über das zugrundeliegende Vertragsverhältnis gehindert wird. Das ist der Fall, wenn ein abgetretener Anspruch bereits entstanden und lediglich in seiner Durchsetzbarkeit vom Beginn oder vom Ablauf einer bestimmten Frist abhängig, nach allgemeinem Sprachgebrauch also „betagt“ ist, wie etwa die Raten eines Finanzierungsleasing (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1989, IX ZR 283/88, BGHZ 109, 368, 371; vom 28.3.1990, a. a. O.). Dieses Verfügungshindernis ähnelt dem in den §§ 876, 877, 1071, 1276 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, wonach ein belastetes Recht nur mit Zustimmung desjenigen, der das belastende Recht innehat, aufgehoben oder geändert werden kann. Der Rückgewähranspruch ist hingegen nicht lediglich betagt, sondern aufschiebend bedingt (BGH, Urteil vom 5.11.1976, a. a. O.; vom 25.3.1986, IX ZR 104/85, WM 1986, 763, 765 unter I. 1. b am Ende). Der Abtretungsempfänger des Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld ist deshalb in seiner Rechtsposition gegenüber dem Schuldner erst dann gesichert, wenn der abgetretene Anspruch durch Wegfall des Sicherungszwecks entstanden war (vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1986, a. a. O. unter I. 2.), als das Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO eingreifen konnte. Auf eine gesicherte Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs gegen den Sicherungsnehmer und Rückgewährschuldner kommt es nicht an. Deshalb ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, dass der Gläubiger einer rückzugewährenden Grundschuld

über sein Recht frei verfügen kann (BGH, Urteil vom 6.7.1989, IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237, 246) und das Ergebnis einer etwaigen Grundstückszwangsversteigerung offen ist.

a) Eine insolvenzfeste Rechtsposition für den Abtretungsempfänger des Rückgewähranspruchs besteht, wenn eine Grundschuld nur eine bestimmte Verbindlichkeit sichert und diese vor Insolvenzeröffnung vollständig getilgt ist. Denn die Revaluierung der Grundschuld würde unter dieser Voraussetzung zu einer Änderung des bisherigen Sicherungsvertrages führen müssen, welcher der Abtretungsempfänger als Gläubiger des bedingungsfrei entstandenen Rückgewähranspruchs, der dadurch beeinträchtigt würde, nicht zuzustimmen braucht (BGH, Urteil vom 25.3.1986, a. a. O., 767 unter I. 3. d; ähnlich *Kessler*, NJW 2007, 3466, 3467 f.).

b) Bei weitem Sicherungszweck kann eine Grundschuld demgegenüber schon dadurch revaluiert werden, dass der Sicherungsgeber neuen Kredit schöpft oder der Sicherungsnehmer weitere Ansprüche gegen den Sicherungsgeber erwirbt, sofern sie als künftige Verbindlichkeiten von vornherein in die Zweckbestimmung der Grundschuldssicherung einbezogen sind. Der Abtretungsempfänger ist bei weitem Sicherungszweck einer Grundschuld dieser Schwäche seines Rückgewähranspruchs ausgesetzt, dem trotz seiner Entstehung noch die auflösende Rechtsbedingung einer Revaluierung der Grundschuld durch Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer anhaftet. Diese Schwäche des Rückgewähranspruchs ließe sich selbst dadurch nicht überwinden, dass der Anspruch bei der Grundschuld vorgemerkt würde. Denn die Revaluierung wäre dann keine den vorgemerkten Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung, die insoweit nach § 883 Abs. 2 BGB unwirksam sein könnte, sondern Folge der Bedingung.

c) Im Schrifttum ist im Anschluss an das Senatsurteil vom 9.3.2006 (vgl. *Kessler*, a. a. O., 3468) und das Berufungsurteil (vgl. *Siegmann*, WuB VI A. InsO § 91 I.11) darauf hingewiesen worden, die Revaluierung einer Grundschuld sei ungeachtet eines weiten Sicherungszweckes dann nicht mehr möglich, wenn die Geschäftsbeziehung des Schuldners mit dem grundpfandgesicherten Gläubiger beendet sei, wie es hier spätestens nach Einleitung der Zwangsversteigerung des belasteten Grundbesitzes in Betracht komme. Das trifft im typischen Fall zu (vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1986, a. a. O., 765 unter I. 2.).

Wenn sich aus der Auslegung des Sicherungsvertrages nichts anderes ergibt, entsteht ein Anspruch auf Rückgewähr eines entsprechenden Teils einer Grundschuld schon dann, wenn die gesicherte Forderung nur zum Teil getilgt ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sich die nachträgliche Übersicherung als endgültig erweist (BGH, Urteil vom 10.6.1983, V ZR 252/80, NJW 1984, 169, 171 unter II. 4.). Im Zweifel ist dann davon auszugehen, dass der Sicherungszweck entfallen ist (BGH, Urteil vom 8.12.1989, V ZR 53/88, NJW-RR 1990, 455; vom 9.2.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 246 = MittBayNot 1990, 163; vom 13.1.1994, IX ZR 79/93, BGHZ 124, 380, 385; vgl. auch Urteil vom 25.3.1986, a. a. O.). Es kann jedoch auch etwas anderes vereinbart sein. Ist infolge vollständiger Tilgung der Anlassverbindlichkeiten der Rückgewähranspruch entstanden, kann er durch sicherungsvertraglich vorbehaltene Revaluierung wieder in einen aufschiebend bedingten Anspruch zurückverwandelt werden, der erneut von dieser Bedingung frei wird, wenn auch die Revaluierungsverbindlichkeiten getilgt sind. Die Revaluierung als auflösende Rechtsbedingung vernichtet das entstandene Absonderungsrecht gemäß § 51 Nr. 1 InsO aus dem abgetretenen

Rückgewähranspruch entsprechend § 158 Abs. 2 BGB. Der wieder aufschiebend bedingte Rückgewähranspruch gewährt nach § 91 Abs. 1 InsO kein Absonderungsrecht mehr, wenn diese Rechtsbedingung erst nach der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des abtretenden Sicherungsgebers eintritt.

d) Nach der formularmäßigen Zweckbestimmung vom 13.9.1999 für die erstrangige Grundschuld am Grundbesitz des Schuldners und seiner Ehefrau diene das bestellte Recht zur weiteren Sicherung der Bank aus diesem Kreditverhältnis sowie aus etwaigen anderen, auch künftigen Kreditverhältnissen. Nach Kündigung des gewährten Kredits kann sich die ursprünglich nicht eng gefasste Sicherungsvereinbarung nach zweckentsprechender Auslegung auf die bestehende Restschuld konzentriert haben, sofern die Gewährung neuen Kredits oder die Abtretung entsprechender Forderungen gegen den Schuldner an die erstrangige Grundschuldgläubigerin hier nicht mehr in Frage kamen. Davon ist auch die Beklagte ausgegangen (S. 6 Mitte der Berufungsbegründung). Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Dies ist im zweiten Berufungsdurchgang nachzuholen. Die Parteien haben dabei, nachdem die Bedeutung dieses Punktes klargestellt ist, Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag.

4. Der insolvenzrechtliche Anfechtungsanspruch nach den §§ 129, 130, 143 InsO gegen ein mögliches Absonderungsrecht der Klägerin ist nach den bisherigen Feststellungen nicht sicher ausgeschlossen. Der Zeitpunkt der Zwangsversteigerung und der Entstehung des Anspruchs auf den Erlös sind dafür jedoch ohne Belang. Anfechtungsrechtlich wirksam geworden nach § 140 Abs. 1 InsO ist die Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr der Sicherungsrundschuld in dem Zeitpunkt, in dem der Abtretungsempfänger gegenüber dem Abtretenden eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, der Anspruch mithin ohne aufschiebende Rechtsbedingung entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.2006, IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rdnr. 14; für die Anwendung von § 140 Abs. 3 InsO demgegenüber *Jaeger/Henckel*, InsO, § 140 Rdnr. 16). Sollte dies, wie im Regelfall, spätestens mit dem Beitritt der Rückgewährschuldnerin zum Zwangsversteigerungsverfahren eingetreten sein, wäre zu prüfen, ob der Beitritt vor dem gesetzlichen Dreimonatszeitraum lag.

(...)

#### Anmerkung:

Insolvenzverwalter und zweitrangige Grundschuldgläubigerin streiten um einen Übererlös von 43.766,30 €, der nach der Versteigerung des Grundstücks zunächst an die erstrangige Gläubigerin ausgekehrt worden war, den diese aber nach den gesicherten Krediten gar nicht benötigte. Das Urteil beleuchtet damit eine weitere Facette der teilvaluierten Grundschuld (vgl. bereits BGH, NJW 2011, 1500). Die zweitrangige Bank beruft sich auf die an sie abgetretenen Rückgewähransprüche, die ihr den geltend gemachten Betrag zuwies.

1. Das Ergebnis der Revision fällt dabei für die zweitrangige Bank zunächst günstig aus. Der BGH hebt das klageabweisende Urteil der Vorinstanz (OLG Celle, Rpfleger 2011, 110 m. Anm. *Jähne/Witte*; inhaltsgleich auch OLG Hamm, ZIP 2011, 188) gerade deswegen auf, weil nach dem zugrundeliegenden Tatsachenvortrag die Abtretung der Rückgewähransprüche insolvenzfest geworden sein könne. Dafür spricht tatsächlich einiges. Offenbar trat die erstrangige Gläubigerin bereits im Februar 2005 (und damit ca. 10 Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens) dem Zwangsversteigerungsverfahren bei. Bei Annahme, dass zu diesem Termin eine Neuvaluierung der erstrangigen Grundschuld ausschied

(zur Einschränkung der weiten Zweckerklärung aufgrund Insolvenzeröffnung im Übrigen *Gaberdiehl/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rdnr. 617, 738), weil auch diese Gläubigerin dem Schuldner keinen neuen Kredit mehr gegeben hätte, wäre der Dreimonatszeitraum des § 140 InsO, von welchem der BGH unter Tz. 18 spricht, damit im Dezember 2005 lange abgelaufen gewesen.

2. a) Aufhorchen lässt aber der auch zum Leitsatz gewordene allgemeine Obersatz des BGH, wonach die Abtretung des Rückgewähranspruchs dann nicht insolvenzfest sei, solange der Grundstückseigentümer (den wir im Rahmen dieser Anmerkung als Sicherungsgeber annehmen) jederzeit die Grundschuld ohne Zustimmung des Zessionars der Rückgewähransprüche revalutieren kann. Dies betrifft insbesondere Grundschulden mit sog. weiter Sicherungszweckerklärung. Eine solche wird regelmäßig in Grundschuldformularen der Genossenschaftsbanken mitbeurkundet, dürfte aber auch bei anderen Kreditinstituten als Standard vereinbart werden, zumal bei Identität von Eigentümer und Darlehensnehmer gegen sie keine rechtlichen Bedenken bestehen (vgl. nur BGH, DNotZ 2001, 119 = MittBayNot 2000, 435; *Gaberdiehl/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 682) und die bankeninterne Verwaltung vereinfacht wird. Damit hat die Aussage des BGH entsprechende Breitenwirkung.

Anerkanntermaßen bleibt der Eigentümer bei einer weiten Sicherungszweckerklärung trotz Abtretung der Rückgewähransprüche berechtigt, die Grundschuld zu revalutieren und sie für neue Kreditzwecke einzusetzen. Dementsprechend wird der Sicherungswert dieser Zession als gering eingeschätzt (*Gaberdiehl/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 896).

Trotz der Möglichkeit der Revalutierung durch den Eigentümer hatte bisher aber niemand daraus die Konsequenz gezogen, dass die Zession des Rückgewähranspruchs nicht insolvenzfest sein könnte (vgl. *Kuleisa* in Schmidt u. a., Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2009, § 91 Rdnr. 9 m. w. N.; *Gaberdiehl/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 859; *Gottwald/Eickmann*, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 31 Rdnr. 16; *Gerhardt*, ZIP 1980, 165, 168 [anders nur bei Tilgungszahlungen durch den Konkurs-/Insolvenzverwalter]). Lediglich *Kessler* (NJW 2007, 3466 sowie zuvor *Windel* in Jaeger, InsO, 2007, § 91 Rdnr. 58) hatte bei seiner Erörterung der Senatsentscheidung vom 9.3.2006, MittBayNot 2007, 45, auf diese mögliche Folge aufmerksam gemacht.

Sofern nicht rechtzeitig vor Insolvenzeröffnung eine Beschränkung der Sicherungsvereinbarung auf die dann noch bestehenden Verbindlichkeiten erfolgt, schiebt sich nach dieser Entscheidung der Insolvenzverwalter also zwischen erster und zweitrangigen Gläubiger, indem er den Übererlös des ersterangigen Gläubigers abschöpft.

b) Anders ist dies – entgegen der vereinzelt gebliebenen Auffassung des OLG München, DNotZ 1999, 1276 – bei einer sog. engen Sicherungsvereinbarung. Hier entsteht zugunsten des Zessionars im Umfang der Tilgung ein unbedingter, fälliger Anspruch, dass nach seiner Wahl die Grundschuld aufgehoben, an einen Dritten (insbesondere ihn selbst) abgetreten wird oder der Inhaber der Grundschuld auf diese verzichtet. Dieser Anspruch ist zwar nur ein schuldrechtlicher Anspruch, bleibt aber zwischen den Beteiligten (Eigentümer, ersterangige Bank, Zessionar) durchsetzbar, soweit nicht eine Abtretung der Grundschuld mit einem sich daran anknüpfenden gutgläubigen Erwerb stattfindet.

3. a) Helfen würde den zweitrangigen Gläubigerbanken natürlich die Vereinbarung enger Sicherungszweckerklärungen bezüglich der vorrangigen Grundschulden (so auch *Kessler*,

NJW 2012, 577). Dazu müssten sie die Vergabe des anstehenden Zusatzkredits als Druckmittel nicht nur bezüglich der nominalen Höhe vorrangiger Grundschulden, sondern auch wegen deren Sicherungsvereinbarungen nutzen. Ob sich das aber in der Breite wird durchsetzen lassen, erscheint offen.

Für Grundstückseigentümer und vorrangige Gläubigerin würde dadurch das Verfahren zur Revalutierung beschwerlicher, weil sie grundsätzlich von der Zustimmung der zweitrangigen Gläubigerin abhängig werden. Allerdings könnte § 407 BGB helfen: Die neue Sicherungsvereinbarung ist trotz Abtretung der Rückgewähransprüche dann als wirksam zu betrachten, wenn die ersterangige Gläubigerin im Zeitpunkt der Revalutierung von der Abtretung der Rückgewähransprüche keine Kenntnis hatte. § 407 BGB verlangt dabei Kenntnis. Ein Kennenmüssen, auch grobfahrlässige Unkenntnis (etwa basierend darauf, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche banküblich vereinbart ist), genügt nicht.

Schließlich dürfte der ggf. vereinbarten engen Zweckerklärungen auch keine Kontokorrent- bzw. Kreditlinie zugrundeliegen. Denn auch hier bestünde innerhalb der engen Zweckerklärung das insolvenzrechtliche Problem, dass der Eigentümer den Wert der Sicherheit durch neue Kreditaufnahmen (durch Ausschöpfen der Kreditlinie) jederzeit wieder in Anspruch nehmen kann. Das wird man nicht anders sehen können als die Revalutierung durch – kreditrechtlich gesehen – neue Darlehen.

b) Statt der Abtretung der Rückgewähransprüche können die beteiligten Gläubiger eine Treuhand über die nicht valuierten Teile der vorrangigen Grundschuld vereinbaren. Die Insolvenzfestigkeit solcher Pool-Vereinbarungen hat der IX. Zivilsenat bestätigt (BGH WM 2008, 602).

c) Man könnte geneigt sein, den Rückgewähranspruch – entgegen der bisher üblichen Praxis – durch eine Vormerkung zu verstärken. Der Anspruch geht auf Abtretung oder Aufhebung des dinglichen Rechts Grundschuld; eine Vormerkung wäre damit gemäß § 883 BGB eintragungsfähig. Zum einen ist aber fraglich, ob nicht die Grundbuchämter – aufgeschreckt durch die zu besprechende Entscheidung – den Anspruch für so unbestimmt halten, dass ihm bereits die derzeit feste Rechtsgrundlage fehle (zu diesem Erfordernis *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl. 2012, § 883 Rdnr. 15).

Zum anderen hat der BGH in der von ihm zitierten Entscheidung vom 9.3.2006, MittBayNot 2007, 45 (auch wenn er diese nun leicht in Frage stellt) seine Bereitschaft gezeigt, im Einzelfall die Sachenrechtsordnung insolvenzrechtlich zu bestimmen, auch wenn dies mit dem Wortlaut des § 106 InsO schwer vereinbar ist.

d) Mit der Begründung des BGH dürfte auch die in Grundstückskaufverträgen übliche Abtretung von Rückgewähransprüchen an den Käufer (dazu *Hertel* in Limmer/Hertel u. a., Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, S. 533) zunächst nicht insolvenzfest sein. Beim üblichen lastenfreien Verkauf wird aber zügig eine Konkretisierung auf den derzeit bestehenden Kredit erfolgen, der dann durch Treuhandauflage angefordert wird. Im Übrigen dürfte auch eine Pfändung – um diesen Störfall geht es vorrangig, vgl. *Hertel*, a. a. O. – aus demselben Grund unwirksam sein. Bei nachfolgendem Wirksamwerden des abgetretenen und anderweitig gepfändeten Anspruchs gilt im Verhältnis der kollidierenden Verfügungen dann aber das Prioritätsprinzip (*Palandt/Grüneberg*, a. a. O., § 398 Rdnr. 13).

d) Der BGH argumentiert allein insolvenzrechtlich. In der Einzelzwangsversteigerung sind die Überlegungen des BGH nicht anwendbar. Beim Verkauf aus der Versteigerung heraus

bzw. zur Abwendung der Versteigerung kann der Schuldner nicht seinerseits (entsprechend dem Insolvenzverwalter) Auskehr dieses Übererlöses verlangen.

e) Wünschenswert ist das Ergebnis jedenfalls nicht (anders in der Tendenz wohl *Kessler*, NJW 2012, 577). Die fehlende Insolvenzfestigkeit gilt nicht nur bei Abtretung an nachrangige Gläubiger, sondern auch bei Zession an Dritte. Der BGH nimmt somit dem Eigentümer die Möglichkeit, frei werdende Sicherheit anderweitig einzusetzen.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

## Beurkundungs- und Notarrecht

17. BNotO § 19 Abs. 1; BeurkG § 17 Abs. 1 (*Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf ungesicherte Vorleistung bei Grundschuldbestellung in engem zeitlichen Zusammenhang mit von ihm beurkundetem Grundstückskaufvertrag*)

1. **Die Belehrungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG beschränkt sich grundsätzlich auf das konkret zu beurkundende Geschäft.**
2. **Erbringt jedoch infolge einer in engem zeitlichen Zusammenhang vorgenommenen Beurkundung eine der Parteien des Grundstückskaufvertrags eine ungesicherte Vorleistung, so trifft den Notar anlässlich dieser nachfolgenden Amtshandlung die doppelte Belehrungspflicht hinsichtlich der daraus entstehenden Risiken und bezüglich der Frage einer möglichen Absicherung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 6.10.2011, III ZR 34/11

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten als ihren ehemaligen Rechtsanwalt geltend, weil dieser ihr zustehende Ansprüche gegen den Notar B pflichtwidrig habe verjähren lassen.

Die Klägerin war Eigentümerin eines 3.731 m<sup>2</sup> großen Grundstücks. Dieses verkaufte sie am 11.11.1993 an die H Grundstücksgesellschaft in Gründung zu einem Preis von 1.010.000 DM. Der Kaufvertrag, dessen § 10 eine Belastungsvollmacht zugunsten der Käuferin zum Gegenstand hatte, wurde von dem Notar B beurkundet. Für die Käuferin trat der Zeuge H als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer auf.

Am 16.11.1993 teilte der Zeuge H der Klägerin mit, dass zur Beschleunigung der Vertragsabwicklung noch eine Abtretung erforderlich sei, die einen weiteren Notartermin notwendig mache, der für den 19.11.1993 vorgesehen sei. Anwesend war neben der Klägerin auch der Zeuge H. In dem Termin beurkundete der Notar B zum einen die Erklärung der Klägerin zur Bestellung einer verzinslichen Eigentümerbriefgrundschuld in Höhe von 4 Mio. DM nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung und beglaubigte zum anderen anschließend die Unterschrift der Klägerin unter einer ihr vorgelegten schriftlichen Erklärung, der zufolge sie die Grundschuld an die Grundstückskäuferin abtrat und sich mit der Aushändigung des Grundschuldbriefs an diese einverstanden erklärte.

Die Grundschuld und die Abtretung wurden auf Antrag des Notars B vom 22.11.1993 am 5.1.1994 im Grundbuch eingetragen. Im Folgenden wurde die Grundschuld aufgeteilt. In Höhe eines Teilbetrags von 900.000 DM trat die H Grundstücksgesellschaft mbH die Grundschuld an einen Rechtsanwalt ab, der sie ein weiteres Mal abtrat. Auf Betreiben des letzten (dritten) (Teil-)Grundschuldzessionars wurde das Grundstück zwangsversteigert. Der Zeuge H und die Grundstückskäuferin waren vermögenslos. Zahlungen auf den Kaufpreis des Grundstücks erhielt die Klägerin nicht. (...)

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren Klageanspruch weiter verfolgt.

*Aus den Gründen:*

Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

### I.

Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten verneint. Es habe kein Amtshaftungsanspruch gegen den Notar aus § 19 Abs. 1 BNotO bestanden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme über den Verlauf des Beurkundungstermins habe die Klägerin nicht den Beweis führen können, dass sie nicht hinreichend über die Gefahren der Beurkundung der Grundschuld und die Beglaubigung der Abtretungserklärung aufgeklärt worden sei. Auch unter dem Gesichtspunkt einer ungesicherten Vorleistung seitens der Klägerin an die Käuferin des Grundstücks durch die genannte Beurkundung und Beglaubigung liege kein Pflichtenverstoß des Notars vor. Eine Belehrungspflicht wegen ungesicherter Vorleistungen erscheine bereits deshalb zweifelhaft, weil eine solche Pflicht nur entstehen könne, wenn Hauptleistungspflichten betroffen seien; dies sei vorliegend hinsichtlich der Grundschuldbestellung und der Abtretung nicht der Fall gewesen. Das könne jedoch dahingestellt bleiben, denn der Beklagte wende gegen die Annahme einer doppelten Belehrungspflicht erheblich ein, dass es Sicherungsmöglichkeiten, die der Notar zur Vermeidung des Risikos der ungesicherten Vorleistung hätte vorschlagen können, und die zudem von der Vertragspartnerin der Klägerin, der Käuferin des Grundstücks, akzeptiert worden wären, nicht gegeben habe. Hierzu habe die insoweit darlegungsbelastete Klägerin nichts vorgetragen. Gebe es aber keine Sicherungsmöglichkeit zur Vermeidung einer ungesicherten Vorleistung, so könne der Notar in dieser Hinsicht nicht belehren. Insoweit scheide eine Pflichtverletzung des Notars aus.

### II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision der Klägerin führt deshalb zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

Zum derzeitigen Zeitpunkt kann ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten wegen Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag nicht verneint werden. Der Klägerin stand ein Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO gegen den Notar zu, den der Beklagte unter Verstoß gegen seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag hat verjähren lassen.

1. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts hat der Notar seine Amtspflichten bei der Beurkundung der Eigentümergrundschuld und der Beglaubigung der Unterschrift unter der Abtretungserklärung verletzt.

a) Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und die Erklärung klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Diese Belehrungspflicht gilt nicht nur für die Bestellung der Grundschuld, sondern auch für die Beglaubigung der Unterschrift unter die Abtretungserklärung der Eigentümergrundschuld an die Grundstückskäuferin, weil der Notar es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts übernommen hatte, den Text der Abtretungserklärung zu formulieren (vgl. Se-

natsurteil vom 11.11.2004, III ZR 63/04, NJW-RR 2005, 1003, 1004).

Zur rechtlichen Tragweite i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gehört es auch, dass in dem Fall, dass eine Vertragspartei bei einem gegenseitigen Vertrag eine ungesicherte Vorleistung erbringt, in zweifacher Hinsicht vom Notar zu belehren ist. Der Notar hat zum einen über die Folgen zu belehren, die im Fall der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten (erste Pflicht), und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (zweite Pflicht; Senatsurteil vom 24.1.2008, III ZR 156/07, NJW 2008, 1319 Tz. 10 m. w. N.). Ist ein gesicherter Leistungsaustausch zwischen den Urkundsbeteiligten beabsichtigt, ist dieser nicht gewährleistet, wenn dem einen Vertragspartei nach der rechtlichen Anlage des Geschäfts angesonnen wird, seine Leistung zu erbringen, ohne dass sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung des anderen Vertragspartners erhält. Verwirklicht sich das darin liegende Risiko, ist der rechtliche Erfolg des Geschäfts ein anderer als er von den Parteien gewollt war (Senatsurteil, a. a. O., m. w. N.).

b) Zwar beschränkt sich die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich auf das konkret zu beurkundende Geschäft, hier also auf die Grundschuldbestellung nebst anschließender Beglaubigung der Abtretungserklärung. Dabei handelt es sich auf den ersten Blick nicht um ein Austauschgeschäft. Im vorliegenden Fall darf jedoch der unmittelbare Zusammenhang mit dem knapp eine Woche zuvor geschlossenen Grundstückskaufvertrag nicht außer Acht gelassen werden. Die Abtretung der Eigentümergrundschuld selbst ist ausweislich der Abtretungserklärung ohne Gegenleistung erfolgt. Evident handelt es sich hier aber um eine Maßnahme zum Vollzug des bereits geschlossenen Grundstückskaufvertrags. Dieser war noch nicht abgewickelt, sondern der Notar war nach § 13 des notariellen Grundstückskaufvertrags mit der Abwicklung des Vertrags beauftragt und stand auch insoweit noch in einem Pflichtenverhältnis zu den Urkundsbeteiligten des Grundstückskaufvertrags und hier insbesondere zur Klägerin. Der Zusammenhang mit dem Kaufvertrag war dem beurkundeten Notar bekannt. In einem solchen Fall sind jedoch auch hinsichtlich der nachfolgenden Beurkundung die Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG zur Tragweite des Geschäfts unter Berücksichtigung des zuvor geschlossenen Grundstückskaufvertrags zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 15.4.1999, IX ZR 93/98, NJW 1999, 2188, 2189). Erbringt deshalb infolge der später vorgenommenen Beurkundung eine der Parteien des Grundstückskaufvertrags eine ungesicherte Vorleistung, so trifft den Notar anlässlich dieser nachfolgenden Amtshandlung die doppelte Belehrungspflicht hinsichtlich der daraus entstehenden Risiken und bezüglich der Frage einer möglichen Absicherung (vgl. BGH, Urteil vom 15.4.1999, a. a. O.).

c) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin mit der Bestellung der Eigentümergrundschuld und deren Abtretung eine ungesicherte Vorleistung hinsichtlich des Grundstückskaufvertrags erbracht. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich hier auch nicht nur um eine bloße Nebenpflicht aus dem Grundstückskaufvertrag, der neben der (Haupt-)Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks keine besondere Bedeutung zukommt. Die Bestellung einer den Grundstückswert ausschöpfenden Grundschuld zugunsten des Gläubigers kommt der Übereignung des Grundstücks nahe, weil sich der Erwerber den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks bereits jetzt zu Nutzen macht und diesen in sein Vermögen überführt (vgl. BGH, Urteil vom 15.4.1999, a. a. O.). Im vorliegenden Fall betrug der Kaufpreis 1.010.000 DM für das Grundstück, während die Eigentümergrundschuld in Höhe von 4 Mio. DM

bestellt wurde. Diese Vorleistung war ungesichert, weil die Kaufpreiszahlung an die Klägerin durch den Grundstückskäufer nicht gesichert war. Letztlich hat sich das darin liegende Risiko, das Grundstück infolge der Vollstreckung aus der abgetretenen Eigentümergrundschuld ohne Erhalt des Kaufpreises zu verlieren, verwirklicht. Demgemäß geht auch die Gegenrüge des Beklagten fehl, die Beurkundung der Eigentümergrundschuld und die Beglaubigung der Unterschrift unter der Abtretungserklärung betreffen keine Austauschgeschäfte, so dass deshalb keine ungesicherte Vorleistung vorliege.

d) Da hier eine ungesicherte Vorleistung seitens der Klägerin erfolgte, war der Notar gehalten, die Klägerin anlässlich der Beurkundung der Grundschuldbestellung und der Beglaubigung der Unterschrift unter die Abtretung der Eigentümergrundschuld hinsichtlich der daraus folgenden Risiken zu belehren. Das Berufungsgericht ist aufgrund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gekommen, dass eine hinreichende Belehrung über die Risiken der Beurkundung der Grundschuldbestellung und der Beglaubigung der Abtretung erfolgt sei, weil der Klägerin der entgegenstehende Beweis nicht gelungen sei. Dies genügt jedoch nicht, um eine Pflichtverletzung des Notars zu verneinen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Notar den zweiten Teil der geschuldeten Belehrung, die Pflicht zum Aufzeigen von Wegen, wie das Risiko vermieden werden kann, nicht erfüllt. Der Notar hat in seiner persönlichen Vernehmung als Zeuge vor dem Berufungsgericht eine solche Belehrung auch nicht wiedergegeben. Dass eine solche erfolgt sei, wird auch vom Beklagten nicht behauptet.

Diese Pflicht entfiel entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb, weil es keine Sicherungsmöglichkeiten gegeben und die Klägerin keine solchen aufgezeigt habe. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus den Umständen des hier konkret vorliegenden Sachverhalts unmittelbar, dass hinreichende Sicherungsmöglichkeiten zu Gebote standen, auf die der Notar hätte hinweisen müssen. Der Vollzug der Eintragung der Eigentümergrundschuld einschließlich deren Abtretung an die Grundstückskäuferin hätte unschwer davon abhängig gemacht werden können, dass die Kaufpreiszahlung sichergestellt worden wäre. Der Notar hätte die Antragstellung hinsichtlich des grundbuchmäßigen Vollzugs der Grundschuldbestellung und der Abtretung von der Hinterlegung des Grundstückskaufpreises auf ein Notaranderkonto bei ihm abhängig machen können.

Die Gegenrüge des Beklagten, die Klägerin habe erst im Revisionsverfahren andere Möglichkeiten zur Vermeidung der Risiken aus der Bestellung der Grundschuld und deren Abtretung geltend gemacht und könne damit nicht mehr gehört werden, greift nicht durch. Der Sachverhalt, aus dem sich die Pflicht zur Belehrung über die ungesicherte Vorleistung und zur Aufzeichnung von Wegen zur Vermeidung einer solchen ungesicherten Vorleistung ergibt, ist unstrittig. Die Frage, welche Sicherungsmöglichkeiten es gibt, ist auch und vor allem eine – gegebenenfalls auch vom Revisionsgericht zu beantwortende – Rechtsfrage, bei deren Beantwortung zu prüfen ist, ob ausgehend von dem Vertragswillen der Parteien das materielle Recht eine Möglichkeit vorsieht, die ungesicherte Vorleistung zu vermeiden.

e) Ohne Erfolg bleibt auch die Gegenrüge des Beklagten, eine Aufklärung über die Wege zur Vermeidung einer ungesicherten Vorleistung liege darin, dass der Notar anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags hinreichend über die Gefahren einer ungesicherten Vorleistung aufgeklärt habe. In die-

sem Stadium unangemessen beraten worden zu sein, mache die Klägerin jedoch selbst nicht geltend. Im Gegensatz zur Auffassung des Beklagten liegt in der Belehrung über die Risiken aus dem Kaufvertrag keine hinreichende Belehrung hinsichtlich der hier mit der Grundschuldbestellung und deren Abtretung eingegangenen ungesicherten Vorleistung der Klägerin. Im Kaufvertrag ist unter § 10 eine Belastungsvollmacht vereinbart. Hierin hat die Klägerin die Grundstückskäuferin bevollmächtigt und ermächtigt, ausschließlich zur Finanzierung des Kaufpreises und der Erwerbskosten usw. das Grundstück schon vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe einschließlich dinglicher Unterwerfungsklausel zu belasten. Zugleich ist auch vereinbart, dass die Klägerin wegen der Finanzierung des Grundstücks durch die Käuferin keinerlei persönliche schuldrechtliche Verpflichtung zu übernehmen und keine Kosten zu tragen habe. Zudem durfte die Käuferin nur gegenüber dem Urkundsnotar von dieser Vollmacht Gebrauch machen. Insofern handelt es sich um eine übliche Belastungsvollmacht, um die Finanzierung des Kaufpreises zu erleichtern. Zweck der Vereinbarung ist die Durchführung des Vertrages und nicht, die Klägerin zu einer ungesicherten Vorleistung zu veranlassen. Da die Vollmacht darauf gerichtet war, dass die Grundstücksbelastung nur zur Finanzierung des Kaufpreises erfolgen durfte, war auch gewährleistet, dass die Auszahlung der mit den voreingetragenen Rechten gesicherten Darlehensvaluta nicht zu anderen Zwecken an die Käuferin erfolgen durfte. Der Regelungsinhalt des § 10 des Kaufvertrages weicht deshalb von der nachfolgenden Beurkundung der Grundschuld und deren Abtretung an die Käuferin ab. Hierbei ging es gerade nicht um die Finanzierung des Kaufvertrags. Vielmehr hat die Klägerin mit dieser mehr als den Wert des Grundstücks ausschöpfenden Belastung und der Abtretung der Grundschuld an die Käuferin den Wert ihres Grundstücks hingegeben, ohne die Sicherheit zu haben, dass der Kaufpreis gezahlt wird. Die Belehrung über die möglichen Risiken der Belastung des Grundstücks mit Voreintragung durch den Käufer zur Finanzierung des Kaufpreises ist nicht vergleichbar mit einer Belehrung über die Risiken aufgrund der Bestellung der Eigentümergrundschuld und deren Abtretung an die Käuferin. Eine Belehrung darüber, wie die Risiken der ungesicherten Vorleistung durch Bestellung einer Eigentümergrundschuld und deren Abtretung an die Käuferin vermieden werden könnten, war aber auch nach dem eigenen Vortrag des Beklagten nicht Gegenstand der Erörterung bei dem Notar.

(...)

#### Anmerkung:

Das Judikat des BGH überrascht vom Ergebnis her betrachtet nicht. Ausgangspunkt war ein beurkundeter, indes noch nicht vollzogener Grundstückskaufvertrag. Wenige Tage nach Beurkundung des Kaufvertrages fand zwischen den Beteiligten eine weitere Urkundstätigkeit statt: Der Verkäufer bestellte eine Eigentümerbriefgrundschuld mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung und trat diese an den Erwerber ab. Wegen der hierbei unterbliebenen Absicherung des Verkäufers hatte diese nachfolgende Urkundstätigkeit Auswirkung auf das im Grundstückskaufvertrag vorgesehene, ausgewogene Sicherheitengefüge zwischen den Beteiligten. Die nachfolgende Urkundstätigkeit stand unstreitig in Zusammenhang mit dem Vollzug des Grundstückskaufvertrages. Das Risiko der fehlenden Absicherung des Verkäufers realisierte sich, worauf der BGH eine Haftung des Notars wegen Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG bejahte.

## 1. Rechtliche Ausgangskonstellation – Methodik

(Nur) prima vista sind der Entscheidung keine Neuerungen im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung zu entnehmen. Der BGH differenziert im Hinblick auf die notarielle Pflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG methodisch zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Nachfolgegeschäft der Beurkundung und Abtretung einer, den Kaufpreis deutlich übersteigenden Eigentümerbriefgrundschuld. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung wird der Umfang der allgemeinen Belehrungspflicht des § 17 Abs. 1 BeurkG betreffend die rechtliche Tragweite des Geschäfts formuliert.<sup>1</sup> Weder die Gestaltung und Beurkundung des Grundstückskaufvertrages noch die Bestellung der Eigentümerbriefgrundschuld und die Beglaubigung der vom Notar selbst entworfenen Abtretungserklärung waren demnach im Hinblick auf die Erfüllung der allgemeinen Belehrungspflicht zu beanstanden.

Zum Schaden des Verkäufers führte die zwangsweise Verwertung des Grundstücks durch einen Drittgläubiger, der die ursprüngliche Eigentümerbriefgrundschuld zu einem Teilbetrag derivativ erwarb. Schadensstiftend war somit die Urkundstätigkeit im Rahmen der Abtretung der Eigentümerbriefgrundschuld ohne Sicherung des Verkäufers. Wie ausgeführt, kam der Notar insoweit aber seiner Pflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG nach; auch eine sog. doppelte Pflichtenbindung im Hinblick auf die rechtliche Tragweite des Geschäfts aufgrund des Risikos des Erbringens einer ungesicherten Vorleistung schied aus. Die hiernach bestehende Belehrungspflicht über die Folgen einer ungesicherten Vorleistung im Fall der Leistungsunfähigkeit des begünstigten Beteiligten und das deshalb erforderliche Aufzeigen von Möglichkeiten zur Risikovermeidung kann nach ständiger Rechtsprechung nur bei gegenseitigen Verträgen bestehen.<sup>2</sup> Dies bestätigt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung, so dass unter diesem Gesichtspunkt eine notarielle Amtspflichtverletzung bei der dem Kaufvertrag nachfolgenden Urkundstätigkeit nicht in Betracht kam.

## 2. Ausweitung der notariellen Pflichten gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG?

Die Besonderheit der Entscheidung liegt darin, dass die zum Schaden des Verkäufers führende notarielle Mitwirkung und der Ausgangspunkt der notariellen Belehrungspflicht zeitlich auseinanderfallen. Anknüpfung des BGH für die doppelte Belehrungspflicht des Notars wegen einer ungesicherten Vorleistung ist der schon beurkundete Grundstückskaufvertrag. Im entschiedenen Sachverhalt steht zu dieser (Ausgangs-)Beurkundung die nachfolgende Urkundstätigkeit – Bestellung und Abtretung der Grundschuld – sowohl in zeitlichem als auch in sachlichem Konnex. Beurkundung und Abtretung der Grundschuld geschahen innerhalb „einer knappen Woche“<sup>3</sup> nach der Kaufvertragsbeurkundung und lagen innerhalb der noch fortbestehenden Vollzugsverpflichtung des Notars aufgrund eines übernommenen Vollzugsauftrages. Mit dem Grundstückskaufvertrag lag ohne weiteres ein gegenseitiger Vertrag vor, auf dessen Vollzug mit der nachfolgenden Urkundstätigkeit derart eingewirkt wurde, dass entgegen des ursprünglich vorgesehenen Sicherheitengefüges

<sup>1</sup> BGH, DNotZ 2005, 286; jüngst BGH NJW 2012, 619 = RNotZ, 140 (Ls.).

<sup>2</sup> BGH, DNotZ 2001, 473 m. Anm. Brieske; DNotZ, 2008, 925 m. Anm. Krebs; vgl. Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DONot, § 17 BeurkG Rdnr. 87 ff.; Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 232 ff.

<sup>3</sup> Entscheidungsgründe II. 1. b).

der Erhalt des Kaufpreises für die Hingabe des Grundstücks nicht (mehr) sichergestellt war.

Aus dem Judikat kommt zum Ausdruck, dass der BGH die notariellen Anforderungen an die Erfüllung der Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG nicht weiter erhöht hat (vertikal). Er hat diese, dogmatisch betrachtet, grundsätzlich auch nicht in zeitlicher Hinsicht erweitert (horizontal), da der entscheidungsrelevante Ansatz für die doppelte Belehrungspflicht ein gegenseitiger, aber noch in Vollzug durch den hierzu beauftragten (!) Urkundsnotar befindlicher Vertrag war. Dennoch sind dem Judikat zwei wichtige Klarstellungen für die Notarpraxis zum „zeitlichen Anwendungsbereich“<sup>4</sup> des § 17 Abs. 1 BeurkG zu entnehmen:

Die notarielle Pflichtenbindung des § 17 Abs. 1 BeurkG endet nicht mit der Beurkundung des Rechtsgeschäfts, sondern dauert im Rahmen des übernommenen Vollzugauftrages an.

Soweit die notarielle Pflichtenbindung des § 17 Abs. 1 BeurkG zeitlich und/oder sachlich nach der Beurkundung andauert, schuldet der Notar die Belehrungspflicht in vollem Umfang, insbesondere auch – wie im vorliegenden Sachverhalt – in erweiterter Form bei nachträglichem Entstehen ungesicherter Vorleistungen aufgrund seiner notariellen Mitwirkung.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

<sup>4</sup> Vgl. hierzu BGH, DNotZ 1996, 118 ff., wobei es sich um einen Fall der notariellen Warnpflicht gemäß § 14 Abs. 1 BNotO handelte; *Armbrüster*, a. a. O., § 17 BeurkG Rdnr. 98 ff.; *Regler*, MittBayNot, 2008, 198.

## Kostenrecht

18. KostO §§ 32, 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 145 Abs. 1 Satz 1 (*Entwurfsgebühr bei nicht beurkundungspflichtigem Rechtsgeschäft*)

**Dem Notar steht die Entwurfsgebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO zu, wenn er bei einem nicht beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäft zugleich mit dem Auftrag auf Beurkundung einen solchen auf Entwurfsfertigung erhält und nach Aushändigung des Entwurfs der Beurkundungsauftrag zurückgenommen wird.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.9.2011, 8 W 327, 328/11

Der Kostengläubiger fertigte im Dezember 2009 für die Kostenschuldnerin Entwürfe einer General- und Vorsorgevollmacht (II UR 25/2010) sowie eines Testaments (II UR 26/2010) und übersandte diese mit Begleitschreiben vom 17.12.2009 der Kostenschuldnerin zur Kenntnisnahme und Durchsicht. Zu einer Beurkundung kam es in der Folgezeit nicht. Daraufhin erstellte der Kostengläubiger am 18.1.2010 für den Entwurf der General- und Vorsorgevollmacht sowie des Testaments Kostenrechnungen (Nr. 101760) über 437,27 € und (Nr. 101761) über 871,08 €, insgesamt 1.308,35 €. Erhoben wurde jeweils eine Entwurfsgebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 450.000 €. Die Kostenrechnungen wurden von der Kostenschuldnerin Ende Januar 2010 beglichen.

Am 24.3.2010 legte die Kostenschuldnerin durch ihren Verfahrensbvollmächtigten „Kostenbeschwerde“ ein und forderte die Erstattung der bezahlten Rechnungsbeträge.

Die dem LG Stuttgart vom Kostengläubiger zur Entscheidung vorgelegte Beanstandung gegen die Kostenrechnungen wurde dahingehend beschieden, dass lediglich die 0,25-Gebühr nach § 130 Abs. 2 KostO (Rücknahme des Beurkundungsauftrags) von jeweils 138 € zzgl. Portoauslagen und Umsatzsteuer, insgesamt 437,27 € in Ansatz ge-

bracht werden könne. Unter Zurückweisung der Beanstandung im Übrigen wurde der Kostengläubiger angewiesen, den zu viel empfangenen Betrag von 871,08 € zurückzuerstatten.

Gegen die am 21.7.2011 zugestellte Entscheidung haben der Kostengläubiger auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde und die Kostenschuldnerin Beschwerde eingelegt.

Der Kostengläubiger hält die Abrechnung der Entwurfsgebühr für gerechtfertigt. Die Kostenschuldnerin widerspricht ihrer Kostenhaftung insgesamt, weil der den Kostengläubiger beauftragende Zeuge ohne eine sie verpflichtende Vollmacht gehandelt habe.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die gemäß § 156 Abs. 3 KostO ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statthaften Beschwerden sind zulässig (§ 156 Abs. 5 Satz 3 KostO i. V. m. §§ 58 ff. FamFG).

1. Das Rechtsmittel der Kostenschuldnerin ist jedoch unbegründet.

Sie beruft sich darauf, dass sie weder einen Auftrag zur Beurkundung oder zur Fertigung von Entwürfen für eine Generalvollmacht oder ein Testament noch dem Zeugen eine Vollmacht erteilt habe. Dies sei durch die Beweisaufnahme bestätigt worden. (...)

Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung ist entgegen der Auffassung der Kostenschuldnerin nicht zu beanstanden. (...)

Die Vorinstanz ist vielmehr zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, dass der Zeuge bei der Beauftragung des Kostengläubigers im Namen und mit Vollmacht der Kostenschuldnerin gehandelt hat, so dass an ihrer Kostenpflicht gemäß § 2 Nr. 1 KostO kein Zweifel besteht.

§ 2064 BGB, wonach der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Es liegt keine unzulässige Vertretung im Willen oder in der Erklärung der Kostenschuldnerin vor (*Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2064 Rdnr. 1–2; *MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl. 2010, § 2064 Rdnr. 3–4; je m. w. N.). Denn die Entwurfsfertigung aufgrund des handschriftlichen Testaments der Kostenschuldnerin vom 12.12.2006 beinhaltet keine Testamentserrichtung. Diese oblag allein der Kostenschuldnerin unter Beachtung der im Gesetz vorgesehenen Formvorschriften (§ 2231 BGB).

Die Beschwerde der Kostenschuldnerin war danach als unbegründet zurückzuweisen.

2. Das Rechtsmittel des Kostengläubigers hat dagegen in vollem Umfang in der Sache Erfolg.

Der Rechtsauffassung des LG, dass lediglich eine 0,25-Gebühr nach §§ 130 Abs. 2, 32 KostO i. H. v. 183 € zzgl. Portoauslagen und Umsatzsteuer für den Entwurf der General- und Vorsorgevollmacht sowie des Testaments wegen der Zurücknahme des Beurkundungsauftrags in Ansatz zu bringen ist, kann sich der Senat nicht anschließen.

Denn diese führt dazu, dass die vom Kostengläubiger bis zur Rücknahme erbrachten „Vorleistungen“ in Form der Erstellung und Übersendung der Entwürfe unentgeltlich von der Kostenschuldnerin entgegengenommen würden und künftig von einer Vielzahl von Kostenschuldnern in Anspruch genommen werden könnten, indem sie zur Vorbereitung eines Beurkundungstermins den Entwurf der – wie hier – nicht beurkundungspflichtigen Willenserklärungen oder Verträge anfertigen und sich aushändigen lassen, um danach die Beurkundung abzusagen und die Leistung des Notars für sich zu verwenden.



Dies widerspricht unzweifelhaft der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 50, 217 ff., in Juris Rdnr. 34-38). Danach folgt aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Satz 1 GG, dass Gebühren nicht völlig unabhängig von den Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürfen und dass die Verknüpfung zwischen den Kosten der Staatsleistung und den dafür auferlegten Gebühren nicht in einer Weise sich gestaltet, die, bezogen auf den Zweck der gänzlichen oder teilweisen Kostendeckung, sich unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt als sachgemäß erweist. Bei gleichartig beschaffenen Leistungen, die rechnerisch und finanziell in Leistungseinheiten erfasst werden können, hat danach die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern gewahrt zu bleiben.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Anwendungsbereich des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO auf die vorliegende Fallkonstellation auszudehnen.

Nach dieser Gebührenvorschrift wird die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhoben (§§ 36 ff. KostO), wenn der Notar auf Erfordern nur den Entwurf einer Urkunde fertigt. Das Gesetz geht dabei vom Nichtvorliegen eines Beurkundungsauftrags aus. Denn in § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO ist geregelt, dass die Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr angerechnet wird, wenn der Notar demnächst aufgrund des von ihm gefertigten Entwurfs eine Beurkundung vornimmt.

Daraus kann aber nicht der Rückschluss gezogen werden, dass von Anfang an kein Beurkundungsauftrag vorliegen durfte. Vielmehr lässt sich unter § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO ebenso subsumieren, dass ein Beurkundungsauftrag nicht mehr vorliegt, weil er zurückgenommen wurde.

Dem steht § 145 Abs. 3 KostO nicht entgegen. Diese Norm bezieht sich ausschließlich auf Rechtsgeschäfte, die der notariellen Beurkundung bedürfen. In diesem Fall wird die in § 145 Abs. 2 KostO bestimmte Gebühr (mindestens eine volle Gebühr) erhoben, wenn der Notar auf Erfordern den Entwurf einer Urkunde aushändigt, die Beurkundung aber infolge Zurücknahme des Auftrags unterbleibt.

Für den Entwurf eines beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts, der auf Erfordern vom Notar ausgehändigt wurde, fällt danach eine volle Gebühr an, obwohl der Empfänger mit dem Entwurf wegen der Formbedürftigkeit „nichts anfangen“ kann.

Der Empfänger des Entwurfs eines nicht beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts kann diesen jedoch ohne weiteres verwenden, selbst wenn diese Verwendung als abredewidrig angesehen werden sollte, weil die Anfertigung und Übersendung des Entwurfs in Zusammenhang mit einem Beurkundungsauftrag erfolgte. Warum diese Leistung gebührenfrei erfolgen soll, wie vom LG entschieden, ist nicht einsichtig.

*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Band 2, § 145 KostO Rdnr. 32, meint zwar, das Argument, der Entwurf eines nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts habe einen höheren Wert, weil der Auftraggeber ihn nur selbst unterzeichnen müsse, um ihn rechtswirksam zu machen, verfange letztlich nicht. Denn bei einer solchen Verwendung habe der Entwurf für den Auftraggeber eine selbständige Bedeutung außerhalb des von ihm gar nicht mehr gewünschten Beurkundungsverfahrens erhalten, so dass § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO anwendbar sei.

Er übersieht dabei aber, dass es für den Notar nicht überprüfbar ist, ob und wann eine solche Verwendung durch den Auftraggeber erfolgt. Die Kenntnis hiervon kann der Notar allenfalls zufällig erhalten. Die Erhebung von Gebühren kann jedoch nicht von Zufälligkeiten abhängen.

*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 145 Rdnr. 24 ff., verlangt, dass der Entwurf eine selbständige Zwischenstation auf dem Weg zur Beurkundung darstellt, setzt sich allerdings mit der oben dargelegten Problematik nicht auseinander.

Gerade aber im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 50, 217 ff.) kann die zu verlangende Gebührengleichheit nur dazu führen, dass der Entwurf eines nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO zu vergüten ist, wenn die Aushändigung vom Auftraggeber verlangt wurde – wie vorliegend.

Diese Auffassung wird überzeugend von *Lappe* in *NotBZ* 2003, 194, und von der Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A. d. ö. R. in *NotBZ* 2006, 13, vertreten, der sich der Senat anschließt.

Die übrigen zu § 145 KostO ergangene, veröffentlichte Rechtsprechung befasst sich nicht mit der vorliegenden Problematik (vgl. u. a. OLG Stuttgart 1986, 91 – § 145 Abs. 3 KostO; OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 239 – Auseinandersetzung mit § 145 Abs. 1 KostO, jedoch im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag; OLG Köln, JurBüro 1997, 604 – Auseinandersetzung mit § 145 Abs. 1 und 3 KostO im Zusammenhang mit einem Ehe- und Erbvertrag; OLG Dresden, JurBüro 1999, 42 – Erfordern i. S. v. § 145 Abs. 3 KostO; OLG Köln 1999, 235 – Erfordern i. S. v. § 145 Abs. 3 KostO; KG Berlin, FGPrax 2003, 188 – Voraussetzungen des § 145 Abs. 3 KostO im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag; KG Berlin, NJW-RR 1997, 64 – zu den Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO im Zusammenhang mit einem Gesellschaftsvertrag, die auch dann als erfüllt angesehen werden, wenn der zugleich mit dem Auftrag auf Entwurf gestellte Antrag auf Beurkundung vor Entwurfsaushändigung zurückgenommen oder das Verlangen auf Beurkundung in ein solches auf bloße Entwurfsaushändigung geändert wird.)

Die zuletzt genannte Entscheidung nähert sich der vom Senat vertretenen Auffassung an. Es kann insoweit keinen Unterschied machen, ob der mit dem Auftrag auf Entwurfsfertigung und -aushändigung gestellte Antrag auf Beurkundung vor oder erst nach der Entwurfsaushändigung zurückgenommen wird. Denn die zeitliche Abfolge hat weder Einfluss auf die Arbeitsleistung des Notars noch auf die damit übernommene rechtliche Verantwortung.

Nachdem der Kostengläubiger die Entwurfsgebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 32 KostO (die Hälfte der vollen Gebühr) für den Entwurf der General- und Vorsorgevollmacht (II UR 25/2010) von 366 € zzgl. Nebenforderungen, insgesamt 437,27 €, und gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1, 32 KostO (die volle Gebühr) für den Entwurf des Testaments (II UR 26/2010) von 732 € zzgl. Umsatzsteuer, insgesamt 871,08 €, erheben kann, kommt es auf die weiteren Fragen einer etwaigen Anwendbarkeit von § 147 Abs. 2 KostO oder § 57 KostO nicht mehr entscheidungserheblich an.

Auf die Beschwerde des Kostengläubigers war deshalb unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses des LG die Beanstandung der Kostenschuldnerin gegen die Kostenrechnungen vom 18.1.2010 (Nr. 101760 und 101761) zurückzuweisen und die Anweisung an den Kostengläubiger, die zu viel empfangenen Beträge von 871,08 € zu erstatten, aufzuheben.

(...)

#### Anmerkung:

Das OLG Celle (FGPrax 2004, 137 m. abl. Anm. *Bund* = ZNotP 2005, 197 m. abl. Anm. *Tiedtke*) vertritt mit der letzten

zu einem gleichgelagerten Vorgang ergangenen Entscheidung noch die Auffassung, für den Entwurf über ein Rechtsgeschäft, das nicht der Beurkundung bedarf, sei § 147 Abs. 2 KostO anwendbar, und nicht etwa § 145 Abs. 1 KostO. Diese Entscheidung wurde mit Recht durchweg abgelehnt (vgl. hierzu *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, 18. Aufl. 2010, § 145 Rdnr. 7; Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 334; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 145 Rdnr. 9; *Tiedtke/Diehn*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 215; *Lappe*, NotBZ 2000, 332 und 2003, 194; *Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse*, NotBZ 2006, 13; *Klein*, MittRhNotK 1983, 235; *Rohs*, Rpfleger 1950, 286). Das OLG Stuttgart hat sich mit seiner hier veröffentlichten Entscheidung der zutreffenden Ansicht der Literatur angeschlossen. Voraussetzung für das Entstehen ist allerdings ein Auftrag zur Erstellung des Entwurfs (gleich ob schriftlich, mündlich, stillschweigend, durch schlüssiges Verhalten usw., siehe hierzu *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, 18. Aufl. 2010, § 145 Rdnr. 21 ff.). Allein der Auftrag zur Beurkundung reicht dazu nicht aus. Das OLG Stuttgart kam in dem hier entschiedenen Fall zur Überzeugung, dass ein kostenauslösender Entwurfsauftrag erteilt war. Zwar regelt § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO, dass die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhoben wird, wenn der Notar auf Erfordern nur den Entwurf einer Urkunde fertigt. Das Gesetz ginge dabei vom Nichtvorliegen eines Beurkundungsauftrags aus, denn in § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO sei eine Anrechnung der Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr geregelt, wenn der Notar „demnächst“ aufgrund des von ihm gefertigten Entwurfs eine oder mehrere Beurkundungen vornimmt. Daraus könne aber nicht der Rückschluss gezogen werden, es dürfe von Anfang an kein Beurkundungsauftrag vorliegen. Vielmehr sei ein Beurkundungsauftrag unschädlich, es genüge, dass dieser zurückgenommen worden sei. Darin liegt aber keine Rücknahme eines Beurkundungsauftrags i. S. v. § 130 Abs. 2 KostO, vielmehr werde – so mit Recht – diese Vorschrift durch § 145 KostO verdrängt. Zutreffend führt das Gericht auch aus, dass § 145 Abs. 3 KostO nicht zur Anwendung kommt, weil es sich weder bei der Vollmacht, noch bei dem Testament um beurkundungspflichtige Vorgänge handelt. Entwürfe zu Rechtsgeschäften, die nicht der notariellen Beurkundung bedürfen, sind daher § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO zuzuordnen, auch wenn mit dem Entwurfsauftrag zusätzlich ein Auftrag auf Beurkundung verbunden wird, die Beurkundung aber infolge Rücknahme des Beurkundungsauftrags unterbleibt.

*Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R., München*

## Öffentliches Recht

19. GG Art. 14 Abs. 1; BayNatSchG Art. 34 Abs. 1 Satz 3, Abs. 7; BGB § 747 Satz 1 (*Unzulässigkeit einer auf eine Teilfläche beschränkten Vorkaufsrechtsausübung an einem Grundstücksmitteigentumsanteil*)

**Eine Vorkaufsrechtsausübung an einem Grundstücksmitteigentumsanteil in der Gestalt, dass sich das Vorkaufsrecht auf eine Teilfläche des Grundstücks entsprechend einem dem Bescheid beigefügten Lageplan beschränken soll, ist unzulässig.**

BayVGh, Urteil vom 8.12.2011, 14 BV 10.559

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit der Ausübung eines naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts durch das Landratsamt Erding.

Mit notariellem Vertrag vom 17.6.2009 verkaufte der Kläger zu 2 an den Kläger zu 1 seinen  $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil an Grundstück Fl. Nr. 1285, Gemarkung M. Das Grundstück hat eine Größe von 1,1463 ha; der Kläger zu 1 ist bisher nicht Mitglied der Miteigentümergeinschaft an dem genannten Grundstück.

Durch Formularschreiben vom 23.6.2009 verständigten die beurkundenden Notare das Landratsamt Erding vom Abschluss des Kaufvertrages und fragten an, ob insoweit ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeübt werde. Dem Anschreiben war der notarielle Kaufvertrag vom 17.6.2009 nicht beigefügt. Dieser wurde erst auf entsprechende Anforderung des Landratsamtes Erding mit E-Mail vom 21.7.2009 übermittelt.

Auf die entsprechende Anfrage des Landratsamts Erding vom 25.6.2009 erklärte die Beigeladene mit Schreiben vom 18.8.2009, dass sie das Vorkaufsrecht zum Erwerb eines 20 m breiten Streifens des Grundstücks entlang der Gfällach in Anspruch nehmen wolle. Die daraufhin vom Landratsamt Erding eingeholte naturschutzfachliche Bewertung vom 31.8.2009 kommt zu dem Ergebnis, dass mit der beabsichtigten Ankaufsbreite von durchschnittlich 20 m die Gewässerschutzfunktion für das Gewässersystem ausreichend gewährleistet und naturschutzfachlich uneingeschränkt zu befürworten sei.

Nach Anhörung der Kläger mit Schreiben vom 31.8.2009 übte das Landratsamt Erding mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 15.9.2009 das gesetzliche Vorkaufsrecht für die Beigeladene für den Miteigentumsanteil an einer Teilfläche des Grundstücks Fl. Nr. 1285 (ca. 1250 m<sup>2</sup> – Streifen von 20 m Breite entlang der Gfällach – entsprechend einem dem Bescheid beigefügten Lageplan) aus. Der Bescheid ist an den Kläger zu 2 gerichtet. Der Kläger zu 1 erhielt eine Ausfertigung des Bescheids mit Postzustellungsurkunde am 17.9.2009 zugestellt.

(...)

*Aus den Gründen:*

(...)

2. Die Ausübung des Vorkaufsrechts nach Art. 34 BayNatSchG setzt voraus, dass ein Kaufvertrag über ein Grundstück vorliegt (Art. 34 Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG), der bestimmte in Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BayNatSchG erschöpfend aufgezählte Eigenschaften aufweist, die es für Zwecke des Naturschutzes besonders geeignet erscheinen lassen, dass die Ausübung dieses Rechts nach Art. 34 Abs. 2 BayNatSchG gerechtfertigt ist und dass die Ausübung des Vorkaufsrechts fristgerecht erfolgt (Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG). Die Entscheidung darüber, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, ist von der hierfür zuständigen Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 40 BayVwVfG) zu treffen.

Im vorliegenden Fall sind schon die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gegeben, so dass offen bleiben kann, ob – wie das VG meint – die Entscheidung hierüber jedenfalls ermessensfehlerhaft ergangen ist.

a) Das Vorkaufsrecht wurde zwar vom Landratsamt Erding fristgerecht ausgeübt.

Nach Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG kann das Vorkaufsrecht nur innerhalb von zwei Monaten nach der Mitteilung der in Art. 34 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BayNatSchG genannten Verträge ausgeübt werden. Gemäß Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG finden dabei u. a. §§ 463 bis 468, 469 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Danach (§ 469 Abs. 1 BGB) hat der Verpflichtete (= Verkäufer) dem Vorkaufsrechtsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Vor diesem Hintergrund hat das VG im angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt, dass die Vorkaufsrechtsausübung durch den verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 15.9.2009, den Klägern zugestellt mittels Postzustellungsurkunde am 17.9.2009, fristgerecht ausgeübt worden ist. Angesichts der Verfahrensweise des für die Beurkundung des Kaufvertrages zuständigen Notars und der Be-

deutung der Frist des Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG für die Ausübung des Vorkaufsrechts sieht sich der Senat jedoch zu folgenden ergänzenden Ausführungen veranlasst:

In Übereinstimmung mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. z. B. BGH vom 29.10.1993, NJW 1994, 315 = MittBayNot 1994, 122) ist der Senat, ebenso wie der früher für das Naturschutzrecht zuständige 9. Senat (vgl. BayVGH vom 18.12.1997, 9 B 94.1699), der Auffassung, dass die Ausübungsfrist des Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG erst mit dem Zugang des vollständigen Vertrages bei der nach Art. 34 Abs. 3 Satz 3 BayNatSchG allein hierfür zuständigen Kreisverwaltungsbehörde in Lauf gesetzt wird. Der Wortlaut von Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG wie auch die nach Satz 2 der Vorschrift anzuwendende Regelung über die Mitteilungspflicht des Vorkaufsrechtsverpflichteten in § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB („Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags“) lässt keinen Zweifel aufkommen, dass von der Norm nur der vollständige Kaufvertrag und der volle Inhalt des Vertrags gemeint sein können. Das folgt auch daraus, dass der Vorkaufsrechtsberechtigte nur anhand des vollständigen Inhalts des Vertrags beurteilen kann, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt werden soll oder nicht. Dementsprechend reicht die Vorlage eines Auszugs aus dem Kaufvertrag oder die formblattmäßige Mitteilung des Abschlusses eines Kaufvertrages, selbst wenn darin alle wesentlichen Vertragsteile enthalten sein sollten, für den Fristbeginn nach Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG nicht aus. Die Mitteilungspflicht trifft dabei ausweislich des § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB den Vorkaufsrechtsverpflichteten, mithin den Verkäufer des dem Vorkaufsrecht unterliegenden Grundstücks. Gemäß § 469 Abs. 1 Satz 2 BGB kann die Mitteilung des Verpflichteten durch die Mitteilung des Dritten (= Käufer) ersetzt werden. Möglich ist es selbstverständlich auch, im notariellen Kaufvertrag den Notar dazu zu ermächtigen (§§ 164 ff. BGB), der Kreisverwaltungsbehörde den Inhalt des Kaufvertrages durch Übermittlung der Kaufvertragsurkunde mitzuteilen, verbunden mit der Aufforderung zu erklären, ob ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeübt wird.

Werden diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewendet, so ergibt sich, dass die am 25.6.2009 beim Landratsamt Erding eingegangene formblattmäßige Anfrage der beurkundenden Notare die Frist des Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG nicht auslösen konnte, weil dieser Mitteilung der Kaufvertrag nicht beigelegt war. Eine Übermittlung des Kaufvertrages erfolgte nach Aktenlage vielmehr erst durch E-Mail vom 21.7.2009. Da durch Ziffer 10 des Kaufvertrages vom 17.6.2009 der Notar ausdrücklich ermächtigt wird, bei den zuständigen Stellen anzufragen, ob gesetzliche Vorkaufsrechte bestehen bzw. ob auf deren Ausübung verzichtet wird und falls erforderlich, Anzeige zu machen, ist hierin eine Bevollmächtigung nach § 164 Abs. 1 BGB zu sehen, der Mitteilungspflicht des Klägers zu 2 gegenüber der Kreisverwaltungsbehörde in dessen Namen nachzukommen. Ging der vollständige Kaufvertrag bei der Kreisverwaltungsbehörde aber erst am 21.7.2009 bei dieser ein, dann lief die Frist des Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG erst mit Beginn des 22.7.2009 an und endete mit Ablauf des 21.9.2009 (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Landratsamt Erding erfolgte durch den verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 15.9.2009, der den Klägern jeweils am 17.9.2009 zugestellt worden ist, und damit fristgerecht.

b) Entgegen der Annahme des VG liegen nach Auffassung des Senats aber die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Vorkaufsrechts nach Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG nicht vor.

Gemäß Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BayNatSchG bestehen Vorkaufsrechte beim Verkauf von Grundstücken. Das setzt zunächst einen wirksamen Kaufvertrag (§ 433 BGB) voraus. Dieser Kaufvertrag muss sich auf ein Grundstück beziehen, wobei der Grundstücksbegriff im liegenschaftsrechtlichen – und nicht im wirtschaftlichen – Sinn zu verstehen ist, weil Gegenstand eines Grundstückskaufvertrages nur ein Grundstück im liegenschaftsrechtlichen Sinn sein kann (vgl. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB). Dementsprechend muss es sich um einen abgrenzbaren Teil der Erdoberfläche handeln, der auf einem besonderen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke eingetragen ist (vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 200 Rdnr. 3; *Palandt/Ellenberger*, 70. Aufl. 2011, vor § 90 Rdnr. 3). Inwieweit der Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ein Vorkaufsrecht nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG auszulösen vermag, ist bisher in der Rechtsprechung des BayVGH noch nicht geklärt worden. Zwar wird in der Literatur (vgl. z. B. *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt*, Naturschutzrecht in Bayern, Art. 34 Rdnr. 10; *Schumacher/Fischer-Hüftle*, Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2010, § 66 Rdnr. 15) unter Berufung auf eine Entscheidung des OVG Brandenburg (vom 22.1.2004, 3 A 1234/00) die Meinung vertreten, dass auch der Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück das Vorkaufsrecht auslöse. Diese Auffassung, die dabei – ebenso wie das VG in der angefochtenen Entscheidung – wesentlich auf die Rechtslage im BauGB rekurriert, vermag allerdings nicht ohne weiteres zu überzeugen, da im BayNatSchG eine Vorschrift vergleichbar dem § 200 Abs. 1 BauGB, wonach die für Grundstücke geltenden Vorschriften des BauGB entsprechend auch auf Grundstücksteile, mithin auch auf Miteigentumsanteile (*Battis/Krautzberger/Löhr*, a. a. O., § 200 Rdnr. 6), anzuwenden sind, gerade fehlt. § 200 Abs. 1 BauGB wäre aber überflüssig, wenn der Grundstücksbegriff des BauGB aus sich heraus auch Grundstücksteile erfassen würde. Für Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BayNatSchG kann womöglich nichts anderes gelten. Für den vorliegenden Fall kann diese Frage jedoch offen bleiben, da jedenfalls die Vorkaufsrechtsausübung, so wie sie durch das Landratsamt Erding erfolgt ist, rechtlich so nicht möglich ist.

Nach §§ 1008 ff. BGB handelt es sich beim Miteigentum nach Bruchteilen um eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB. Es liegt also keine reale Teilung der Sache vor, sondern eine ideelle Teilung des Eigentumsrechts an der ganzen beweglichen oder unbeweglichen einzelnen Sache (vgl. *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 1008 Rdnr. 1). Damit ist Miteigentum definiert als die Mitberechtigung mehrerer Eigentümer einer ungeteilten Sache zu ideellen Bruchteilen (*MünchKommBGB/K. Schmidt*, § 1008 Rdnr. 1). Dem Miteigentümer kann also nicht ein bestimmter realer Teil am Eigentumsgegenstand zugewiesen werden. Das wiederum hat zur Folge, dass selbst bei Annahme eines Vorkaufsrechts bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BayNatSchG dieses nicht dahingehend ausgeübt werden kann, dass es bezüglich eines bestimmten Grundstücksteils beansprucht wird, da ein solcher Grundstücksteil dem Miteigentumsanteil eben gerade nicht zuordenbar ist. Es fehlt an der hierfür erforderlichen Möglichkeit, einen realen Grundstücksteil dem vermeintlich von der Vorkaufsrechtsausübung betroffenen Miteigentumsanteil zuzuordnen. In einem Fall wie dem vorliegenden könnte daher das Vorkaufsrecht allenfalls dahingehend ausgeübt werden, dass der Miteigentumsanteil zur Gänze vom Vorkaufsrechtsberechtigten erworben wird.

An dieser Beurteilung ändert auch Art. 34 Abs. 1 Satz 3 BayNatSchG nichts. Liegen danach die Merkmale des Art. 34

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BayNatSchG nur bei einem Teil des Grundstücks vor, so erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf diese Teilfläche. Schon der Wortlaut der Norm setzt aber voraus, dass der Gegenstand des Vorkaufsrechts rechtlich teilbar ist. Der Gesetzgeber trägt mit dieser Regelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Art. 14 Abs. 1 GG Rechnung und vermeidet hierdurch eine übermäßige Belastung des Vorkaufsrechtsverpflichteten sowie des Käufers eines Grundstücks. Diese rechtliche Teilbarkeit ist bei einem Grundstück ohne weiteres gegeben. Auch ein Miteigentumsanteil als solcher ist rechtlich teilbar (*Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 1008 Rdnr. 5), aber nur in zwei oder mehrere ideelle Anteile. Hieraus folgt, auch unter Berücksichtigung obiger Ausführungen, dass es beim Verkauf von Miteigentumsanteilen an der rechtlichen Teilbarkeit in dem Sinne, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt werden könnte, gerade fehlt. Nach Auffassung des Senats kann folglich auch auf der Grundlage des Art. 34 Abs. 1 Satz 3 BayNatSchG, selbst wenn der Verkauf von Miteigentumsanteilen das Vorkaufsrecht auslösen sollte, das Vorkaufsrecht nicht so ausgeübt werden, wie dies das Landratsamt getan hat.

An diesem Ergebnis vermag auch die Argumentation des Beklagten nichts zu ändern, im Falle der Beschränkung des Vorkaufsrechts beim Verkauf von Miteigentumsanteilen auf einen bestimmten Teil des Gesamtgrundstücks sei dieses zunächst so zu teilen, dass der eine Teil des Grundstücks mit dem Vorkaufsrecht belastet, der andere Teil des Grundstücks dagegen unbelastet bleibe, anschließend gehe dann der Miteigentumsanteil am mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstück im Wege des Vorkaufsrechts auf den Vorkaufsrechtsbegünstigten über, während der andere Teil des Grundstücks vom Vorkaufsrecht unberührt bleibe, denn der Senat hält diese für nicht überzeugend. Zum einen handelt es sich bei einer solchen Konstruktion um einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG, weshalb es hierfür einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage bedarf. Deren Nennung bleibt jedoch auch der Beklagte schuldig. Die geltende Rechtsordnung enthält tatsächlich eine solche Rechtsnorm auch nicht. Zum anderen bleibt bei dieser Argumentation unberücksichtigt, dass – wie bereits ausgeführt – das Miteigentum einen Unterfall der Bruchteilsgemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB darstellt. Gemäß § 747 Satz 1 BGB kann zwar jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen. Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Teilhaber aber nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747 Satz 2 BGB). Eine Grundstücksteilung, wie vom Beklagten in seiner Berufungsbegründung entwickelt, würde aber eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand (hier das Grundstück Fl. Nr. 1285, Gemarkung M.) im Ganzen darstellen (dieses müsste zunächst geteilt werden) und wäre dementsprechend nur unter Einbeziehung der übrigen Miteigentümer möglich. Eine solche Beteiligung der übrigen Miteigentümer hat im Verfahren jedoch nicht stattgefunden. Zudem wird hierbei nicht beachtet, dass eine solche Teilung letztlich eine – zumindest teilweise – Aufhebung der Gemeinschaft darstellt. Diese kann zwar von jedem Miteigentümer jederzeit verlangt werden (§ 749 Abs. 1 BGB), was ggf. auch durch Teilung des Grundstücks (in Natur) geschehen kann (§ 752 Satz 1 BGB). Da der Vorkaufsrechtsberechtigte aber (noch) nicht Mitglied der Gemeinschaft ist und durch die bloße Vorkaufsrechtsausübung (zunächst) auch nicht wird, hätte die Lösung des Beklagten zur Folge, dass ein Dritter die Aufhebung einer Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB bewirken könnte. Das ist weder gesetzlich so vorgesehen noch rechtlich erforderlich.

Unabhängig hiervon wird bei der Argumentation des Beklagten auch §§ 743 Abs. 2 und 745 Abs. 1 BGB nicht genügend Beachtung geschenkt. Nach § 743 Abs. 1 BGB ist jeder Teilhaber zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird. Die Norm bestimmt dabei zwar nicht die Benutzungsart, jedoch das Maß des Gebrauchs (*MünchKommBGB/K. Schmidt*, a. a. O., § 743 Rdnr. 9). Die Benutzungsart wird dagegen durch Vereinbarung, Beschluss oder Gerichtsurteil bestimmt, wobei für die Stimmenmehrheit die Größe der Anteile am Gemeinschaftseigentum maßgeblich ist (§ 745 Abs. 1 Satz 2 BGB). Durch die Innehabung eines ¼-Miteigentumsanteils eines vermeintlich abgetrennten Grundstücksteils (20 m breiter Streifen entlang der Gfällach) könnte der Beklagte aber keinen entscheidenden Einfluss auf die Nutzung des Grundstücks nehmen, weil seine eigenen Interessen immer durch die entsprechenden Interessen der übrigen Miteigentümer überlagert und ggf. überstimmt würden. Die Vorstellung, durch den Erwerb eines entsprechenden ¼-Miteigentumsanteils damit wesentlich zum Erhalt des Bachuferstreifens beitragen zu können, erweist sich vor diesem Hintergrund als nicht tragfähig.

Letztlich ist noch folgender Gesichtspunkt zu beachten: Wäre die Vorkaufsrechtsausübung, so wie durch das Landratsamt geschehen, zulässig, würden die verbliebenen Miteigentümer von einer Miteigentümergeinschaft in zwei Miteigentümergeinschaften gezwungen (eine an einem vorkaufsrechtsbelasteten und eine an einem nichtvorkaufsrechtsbelasteten Grundstück). Damit käme dem Kaufvertrag vom 17.6.2009 ihnen gegenüber belastende Wirkung zu. Das gilt namentlich in den – wie vorliegend – Fällen, in welchen eine solche Grundstücksteilung zur Folge hat, dass das abgeteilte Grundstück die Erschließung (hier nach Aktenlage über eine Brücke über die Gfällach) verliert. Solche Verträge zulasten Dritter sind aber nach allgemeiner Auffassung unzulässig (vgl. *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., vor § 328 Rdnr. 16). Ist dem aber so, dann würde es vorliegend bereits an einem von Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG vorausgesetzten wirksamen Kaufvertrag fehlen, womit schon aus diesem Grund gar kein Vorkaufsrecht entstehen könnte.

(...)

20. BGB § 133; BayGO Art. 38 Abs. 1 (*Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag und einer Finanzierungsvollmacht*)

**Zur Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses, der den Ersten Bürgermeister einer bayerischen Gemeinde (allgemein) ermächtigt, ein bestimmtes Grundstücksgeschäft „zu protokollieren“, im Hinblick auf eine Finanzierungsgrundschuld.**

OLG München, Beschluss vom 21.2.2012, 34 Wx 46/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 2 ist ein bayerischer Markt. Dessen Gemeinderat beschloss in der nichtöffentlichen Sitzung vom 31.3.2011 den Verkauf von Grundbesitz an den Beteiligten zu 1. In dem Beschluss sind der Kaufpreis pro m<sup>2</sup> sowie die zu veräußernden Grundstücke, in einem Fall eine noch zu vermessende Teilfläche aus einem Grundstück, festgelegt. In Ziffer 4 des Gemeinderatsbeschlusses heißt es:

Der Markt ... (Beteiligter zu 2) behält sich ein Rückkaufsrecht vor, wenn die Grundstücke nicht innerhalb von zehn Jahren, wie im Antrag vom 23.3.2011 beschrieben, für Betriebszwecke und Erweiterung der Firma I bebaut werden.

Der Markt ... (Beteiligter zu 2) tritt mit der Vormerkung zur Sicherung des Rückbereignungsanspruchs hinter Baugrundpfandrechte zurück.

Unter Ziffer 5 wurde der Erste Bürgermeister „ermächtigt zu protokollieren“.

In nicht öffentlicher Sitzung des Gemeinderates vom 27.10.2011 wurde der Verkauf zweier der im früheren Beschluss genannten Grundstücke an den Beteiligten zu 1 beschlossen und hinsichtlich des weiteren Grundstücks die Vereinbarung einer Kaufverpflichtung. Alternativ sollten alle drei Grundstücke auf einmal an den Beteiligten zu 1 verkauft werden.

Mit notarieller Urkunde vom 8.11.2011 verkaufte der Beteiligte zu 2 – vertreten durch den Ersten Bürgermeister unter Vorlage u. a. der beiden Marktgemeinderatsbeschlüsse – die Grundstücke an den Beteiligten zu 1. Die Vertragsparteien vereinbarten ein Wiederkaufsrecht. Zu dessen Sicherung bestellte der Beteiligte zu 1 eine Eigentumsvormerkung. Gleichzeitig bewilligte der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 zur Sicherung seines Übereignungsanspruchs eine Eigentumsvormerkung, deren Eintragung zunächst jedoch nicht beantragt wurde. Unter § 9 („Finanzierung“) enthält der Vertrag folgende Bestimmung:

Der Veräußerer verpflichtet sich, bei der Bestellung von Grundpfandrechten an den Grundstücken ... aller (insbesondere auch vollstreckbarer) Art zur Finanzierung des Kaufs und des Bauvorhabens zugunsten deutscher Geldinstitute mitzuwirken, wenn durch Einschränkung der Zweckbestimmung sichergestellt ist, dass der Gläubiger sie bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung, längstens bis zur Eigentumsumschreibung, nur verwenden darf, soweit er Zahlungen mit Tilgungswirkung auf den Kaufpreis geleistet hat. Der Veräußerer übernimmt keinerlei persönliche Zahlungspflicht. Der Erwerber hat ihn von allen finanziellen Folgen der Grundpfandrechtsbestellung freizustellen.

Der Veräußerer bevollmächtigt den Erwerber, ihn bei der entsprechenden Grundpfandrechtsbestellung hinsichtlich der Grundstücke ... zu vertreten, und tritt seine Rechte an solchermaßen bestellten Grundpfandrechten unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung an den die Grundpfandrechte übernehmenden Erwerber ab. Von der Vollmacht kann nur vor dem Notar oder seinem Sozios Gebrauch gemacht werden. Im Innenverhältnis muss die Grundpfandrechtsurkunde die vorgesehenen Sicherungen der Sache nach enthalten.

Unter dem 7.12.2011 bestellte der im eigenen Namen und zugleich für den Beteiligten zu 2 handelnde Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 3 an dem Grundbesitz eine Buchgrundschuld ohne Brief über 500.000 €. Unter demselben Datum beantragte der Notar gemäß § 15 GBO u. a. die Eintragung dieser Grundschuld. Mit Zwischenverfügung vom 14.12.2011 hat das Grundbuchamt den Beteiligten u. a. Frist zur Nachreichung eines Gemeinderatsbeschlusses bezüglich der Eintragung der Grundschuld gesetzt. Es meint, die dem Ersten Bürgermeister mit Beschluss vom 27.10.2011 erteilte Vollmacht umfasse die Bestellung nicht. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Dieser hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

## II.

Die gemäß §§ 71 Abs. 1, 73 i. V. m. 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO hat Erfolg. Das Grundbuchamt darf die Eintragung nicht von einem weiteren Gemeinderatsbeschluss abhängig machen.

1. Gibt der Erste Bürgermeister einer bayerischen Gemeinde Grundbucheklärungen ab, so hat er dem Grundbuchamt seine Rechtsmacht zur Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts nachzuweisen. Art. 38 Abs. 1 GO begründet nach überkommener Auffassung lediglich das Vertretungsrecht des Ersten Bürgermeisters, nicht jedoch seine Vertretungsmacht (BayObLG, MittBayNot 1986, 22, 23; Senat vom 4.2.2009 = MittBayNot 2009, 222; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 85; Widmann/Grasser, BayGO, Art. 38 Rdnr. 3; a. A. Bauer/Böhle/Ecker, BayGO, Art. 38 Rdnr. 3; offen gelassen in BayObLG BayVBl 1999, 473). Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO

begründet eine gesetzliche Vertretungsmacht des Ersten Bürgermeisters nur für laufende Angelegenheiten, die keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen, und ist hier nicht einschlägig.

2. Die Gemeinderatsbeschlüsse vom 31.3. und 27.10.2011 befassen sich nicht ausdrücklich mit einer Ermächtigung des Ersten Bürgermeisters zur Bestellung einer Grundschuld. Sie enthalten ihrem Wortlaut zufolge lediglich die wesentlichen Eckpunkte des Veräußerungsgeschäfts und den Vorbehalt des Rückkaufsrechts, der hiernach in einem abzuschließenden Kaufvertrag aufzunehmen ist. Verkaufsvollmachten umfassen im Allgemeinen nicht auch die Berechtigung, das Grundstück vor Eigentumsübergang zu belasten (OLG Frankfurt vom 7.9.2009, 20 W 157/08, bei juris; Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 167 Rdnr. 9).

Auch Gemeinderatsbeschlüsse sind aber, wie Willenserklärungen, Verträge, Beschlüsse und Rechtsgeschäfte aller Art, die dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugehörig sind, der Auslegung entsprechend § 133 BGB zugänglich (vgl. etwa Staudinger/Singer, Neubearb. 2011, § 133 Rdnr. 3). Soweit der Gemeinderatsbeschluss als Grundlage von Grundbucheklärungen dient, sind der Auslegung jedoch die für Grundbucheklärungen geltenden Grenzen gesetzt (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 28). Es sind also nur solche Umstände heranzuziehen, die für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Dabei ist auf die für den unbefangenen Betrachter nächstliegende Bedeutung – im jeweiligen Kontext – abzustellen (ständige Rechtsprechung, etwa BGHZ 92, 351, 355; vgl. Demharter, a. a. O., m. w. N.).

Diese Grundsätze angewandt kommt der Senat im gegenständlichen Fall zu dem Ergebnis, dass die Beschlüsse dem Ersten Bürgermeister die Rechtsmacht auch zur Erteilung der gegenständlichen Finanzierungsvollmacht einräumen. Sie überlassen ihm die „Protokollierung“, was sachnah dahin auszulegen ist, dass er über die Vorbereitung hinaus auch zum Abschluss des notariellen Vertrags ermächtigt werden soll. Der Beschluss vom 27.10.2011 eröffnet für den Vollmachtnehmer insoweit sogar hinsichtlich des Kaufgegenstandes (zunächst nur zwei oder sofort alle drei Grundstücke) Alternativen. Die Beschlussfassung umfasst es aber auch, dass der Bürgermeister über die ausdrücklich festgelegten „essentia“ hinaus die sonstigen Einzelheiten (Vertragsbedingungen), soweit sie üblicherweise mit derartigen Kaufverträgen verbunden sind, vereinbaren kann. Auf dieser Grundlage hat der Erste Bürgermeister – vom Grundbuchamt übrigens nicht beanstandet – die Eintragung einer Eigentumsvormerkung bewilligt. Bei Grundstücksgeschäften ist überdies regelmäßig eine Fremdfinanzierung des Kaufpreises notwendig und üblich. Üblich ist es auch, dass das finanzierende Kreditinstitut die Auszahlung des Darlehens an die Eintragung einer Grundpfandrechts knüpft, wofür als Beleihungsobjekt wiederum im Regelfall nur das zu erwerbende Grundstück in Betracht kommt, das wiederum erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung an den Käufer umgeschrieben werden soll (siehe Peter/Roemer, MittBayNot 2003, 292, 293 zu LG Oldenburg, MittBayNot 2003, 291). Finanzierungsvollmachten sind indessen nur dann als üblich anzusehen, wenn durch deren Zweckbestimmung sichergestellt ist, dass das Grundpfandrecht allein der Finanzierung des Kaufpreises dient, der an den Verkäufer fließen muss. Das Risiko für den Veräußerer ist damit im Allgemeinen überschaubar und beherrschbar. So sieht dies für Gemeinden offenbar auch der bayerische Verordnungsgeber (vgl. § 3 Abs. 4 KommKredV – BayRS 2023 I), wenn er die Bestellung von Grundpfandrechten im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung genehmigungsfrei stellt.

Auch der Beschlusstext vom 31.3.2011 selbst gibt ein – deutliches – Indiz für die getroffene Auslegung. Dort ist in anderem Zusammenhang, nämlich im Hinblick auf die zur Absicherung des Rückübertragungsanspruchs eingeräumte Vormerkung, vom Rücktritt hinter „Baugrundpfandrechten“ die Rede. Dass dies nur für dieses Recht gelten solle, ist nicht naheliegend. Der Senat entnimmt daraus vielmehr die Bereitschaft des Vollmachtgebers, dem Bevollmächtigten auch die – praxisübliche – Einräumung von Grundpfandrechten für die Kaufpreisfinanzierung zu ermöglichen, was nach der vertraglichen Konstruktion dem Verkäufer den unmittelbaren Zufluss des Kaufpreises in Form des von dritter Seite gewährten Darlehens sicherstellen soll.

## Steuerrecht

21. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; FGO § 69 Abs. 3 (*Grundstückschenkung an ein Kind bei anschließender Weiterschenkung an den Ehegatten keine Zuwendung an das Schwiegerkind*)

**Übertragen Eltern ein Grundstück schenkweise auf ein Kind und schenkt das Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück an seinen Ehegatten weiter, kann schenkungsteuerrechtlich regelmäßig nicht von einer freigebigen Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind ausgegangen werden, wenn das Kind nicht zur Weiterschenkung verpflichtet ist und die Eltern die Weitergabe des Miteigentumsanteils am Grundstück nicht veranlasst haben. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Beschluss vom 30.11.2011, II B 60/11

### I.

Die Klägerin, Antragstellerin und Beschwerdeführerin (Klägerin) ist mit S verheiratet.

S erhielt von seinem Vater (V) mit notariell beurkundetem Vertrag vom 30.6.2010 (URNr. 1175/2010 B) einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück A, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 zum Alleineigentum. Die Vertragsteile waren sich über den Eigentumsübergang einig und beantragten entsprechend der Bewilligung des V die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch. Eine Auflassungsvormerkung wurde nicht eingetragen. S räumte zugunsten des V ein Nutzungsrecht an einem zur Wohnung gehörenden Raum ein und verpflichtete sich, an seinen Bruder 50.000 € zur Abfindung von dessen väterlichen Pflichtteilsansprüchen zu zahlen. Die Überlassung des Miteigentumsanteils am Grundstück an S sollte unentgeltlich erfolgen, soweit dessen Wert die von S zu erbringenden Gegenleistungen übersteigen sollte. S hatte sich die unentgeltliche Zuwendung auf seine Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen; eine Ausgleichspflicht nach §§ 2050 Abs. 3, 2052 BGB sollte nicht bestehen. S verzichtete mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge gegenüber V auf seine Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche bei dessen Ableben. V war berechtigt, die unentgeltliche Rückauflassung des Vertragsobjekts u. a. dann zu verlangen, wenn S dieses zu Lebzeiten des V ohne dessen Zustimmung veräußern sollte. Im Hinblick darauf stimmte V der Veräußerung eines Hälfteanteils an dem S übertragenen Miteigentumsanteil an die Klägerin unwiderruflich zu.

Mit notarieller Urkunde ebenfalls vom 30.6.2010 (URNr. 1176/2010 B) übertrug S als ehebezogene Zuwendung ohne besonderes Entgelt die Hälfte seines mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 verbundenen Miteigentumsanteils an dem Grundstück auf die Klägerin. Die Vertragsteile erklärten die Auflassung und beantragten die Eintragung der Ehegatten als Miteigentümer im Grundbuch. Auf die Zwischeneintragung des S als Alleineigentümer wurde verzichtet. Dem S wurde das Recht eingeräumt, im Fall der Scheidung oder bei

einem Vorversterben der Klägerin die Zuwendung zurückzuverlangen.

Der Beklagte, Antragsgegner und Beschwerdegegner (das FA) ging davon aus, dass V jeweils einen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück dem S und der Klägerin freigebig zugewendet habe. Für die Zuwendung an die Klägerin setzte das FA ausgehend von einem geschätzten Grundbesitzwert mit Bescheid vom 16.11.2010 Schenkungsteuer i. H. v. 23.200 € gegen die Klägerin fest. Der Einspruch blieb ohne Erfolg. (...)

Den Antrag der Klägerin, die Vollziehung des Schenkungsteuerbescheids auszusetzen, lehnten das FA und das FG ab. Das FG führte zur Begründung seines Beschlusses aus, dass ein Zwischenerwerber schenkungsteuerrechtlich nicht bereichert sei, wenn er den Gegenstand sogleich weiterschente, selbst wenn zivilrechtlich zwei Zuwendungen anzunehmen seien. Bei einer solchen Kettenschenkung seien regelmäßig Personen beteiligt, die enge persönliche Beziehungen zueinander hätten. Die Weitergabe des geschenkten Gegenstands sei zwischen den Beteiligten abgestimmt und durch Verträge vorbereitet. Der Zwischenerwerb führe deshalb nicht zu einer Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Mit der Beschwerde verfolgt die Klägerin ihr Aussetzungsbegehren weiter. Zur Begründung trägt sie vor, dass die Übertragungsvorgänge voneinander unabhängig seien. S habe ihr aufgrund seiner eigenen Entscheidung einen hälftigen Anteil an dem Miteigentumsanteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 übertragen. Zum Zeitpunkt dieser Übertragung sei S bereits hinsichtlich des gesamten ihm überlassenen Miteigentumsanteils am Grundstück bereichert gewesen, weil er uneingeschränkt darüber habe verfügen können. V habe bei der Überlassung an S keine Auflagen zur Verwendung oder Nutzung des Grundstücks gemacht. (...)

Aus den Gründen:

### II.

Die Beschwerde ist begründet. Die Vorentscheidung ist aufzuheben; die Vollziehung des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids ist ab Fälligkeit bis zum Abschluss des Klageverfahrens beim FG auszusetzen. Entgegen der Auffassung des FG ist es ernstlich zweifelhaft, dass die Übertragung des Miteigentumsanteils am Grundstück durch V auf S und die anschließende Übertragung eines hälftigen Anteils am Miteigentumsanteil durch S auf die Klägerin aus schenkungsteuerrechtlicher Sicht eine freigebige Zuwendung eines hälftigen Miteigentumsanteils von V an die Klägerin beinhaltet.

1. Nach § 69 Abs. 3 Satz 1 FGO kann das Gericht der Hauptsache die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsaktes ganz oder teilweise aussetzen. Die Aussetzung soll erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO). Ernstliche Zweifel sind zu bejahen, wenn bei summarischer Prüfung des angefochtenen Steuerbescheids neben den für seine Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung von Rechtsfragen bewirken (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Beschluss vom 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 = BStBl II 2011, S. 826).

2. Im Streitfall sind die Voraussetzungen für eine Aussetzung der Vollziehung (AdV) des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids erfüllt. Eine freigebige Zuwendung des V an die Klägerin liegt nicht vor.

a) Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) gilt als Schenkung jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

Bei der Prüfung der Frage, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG beteiligt ist, kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtsslage an; denn die Schenkungsteuer ist eine Verkehr-

steuer (vgl. BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 22/08, BFHE 228, 165 = BStBl II 2010, S. 363, unter II.1. a aa). Wird dem Bedachten der Schenkungsgegenstand nicht unmittelbar von dessen ursprünglichem Inhaber zugewendet, sondern noch ein Dritter zwischengeschaltet, kommt es für die Bestimmung der Person des Zuwendenden darauf an, ob der Dritte über eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Verwendung des Schenkungsgegenstands verfügte (BFH, Urteile vom 13.10.1993, II R 92/91, BFHE 172, 520 = BStBl II 1994, S. 128 = MittBayNot 1994, 174; vom 10.3.2005, II R 55/03, BFH/NV 2005, 1309). Maßgeblich für die Beurteilung sind insoweit die Ausgestaltung der Verträge unter Einbeziehung ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie die mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Parteien. Die Verpflichtung zur Weitergabe kann sich damit aus einer ausdrücklichen Vereinbarung im Schenkungsvertrag oder aus den Umständen ergeben (vgl. *Piltz*, ZEV 1994, 55).

Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelsperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungsteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor (vgl. BFHE 172, 520 = BStBl II 1994, S. 128 = MittBayNot 1994, 174). Wegen der Verpflichtung zur Weitergabe besteht keine Bereicherung der Mittelsperson aus dem Vermögen des Zuwendenden; eine Schenkung der Mittelsperson an den Dritten kommt nicht in Betracht (vgl. BFHE 172, 520 = BStBl II 1994, S. 128 = MittBayNot 1994, 174).

Wendet der Bedachte den ihm zugewendeten Gegenstand ohne Veranlassung des Zuwendenden und ohne rechtliche Verpflichtung freigebig einem Dritten zu, scheidet die Annahme einer Schenkung des Zuwendenden an den Dritten aus. Dies gilt auch dann, wenn der Zuwendende weiß oder damit einverstanden ist, dass der Bedachte den zugewendeten Gegenstand unmittelbar im Anschluss an die Schenkung an einen Dritten weiterschchenkt (vgl. BFH, Urteil vom 14.3.1962, II 218/59 U, BFHE 74, 554 = BStBl III 1962, S. 206).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu entscheiden, wer Zuwendender und Bedachter ist, wenn Eltern ein Grundstück schenkweise auf ein Kind übertragen und das Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an dem erhaltenen Grundstück an seinen Ehegatten weiterschchenkt. In solchen Fällen kann, wenn das Kind nicht zur Weiterschenkung verpflichtet ist und die Eltern die Weitergabe des Miteigentumsanteils am Grundstück nicht veranlasst haben, entgegen der Auffassung des FG schenkungsteuerrechtlich regelmäßig nicht von einer Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind ausgegangen werden.

b) Im Streitfall ist eine der Schenkungsteuer unterliegende Zuwendung des V an die Klägerin nicht gegeben. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass zivilrechtlich zwei Schenkungen vorliegen, und zwar eine Zuwendung des Miteigentumsanteils am Grundstück durch den Übergeber V an seinen Sohn S, soweit der Wert des Miteigentumsanteils den Wert des Nutzungsrechts zugunsten des V und die an den Bruder zu zahlende Abfindung übersteigt, und eine Zuwendung des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück durch S an seine Ehefrau, die Klägerin.

V hat den gesamten Miteigentumsanteil am Grundstück seinem Sohn S und nicht anteilig seiner Schwiegertochter, der Klägerin, zugewendet. Die Schenkung des V an S war bereits

ausgeführt, als S den zugewendeten Miteigentumsanteil am Grundstück zur Hälfte auf die Klägerin übertragen hat. Eine ausgeführte Grundstücksschenkungen setzt – was vorliegend gegeben war – ein wirksames Schenkungsversprechen, die Auflassung und die Eintragungsbewilligung voraus (vgl. *Viskorf*, FR 2005, 854). Die Eintragung des S im Grundbuch war hierfür nicht erforderlich (vgl. BFH, Urteil vom 26.9.1990, II R 150/88, BFHE 163, 214 = BStBl II 1991, S. 320).

Der zwischen V und S geschlossene Überlassungsvertrag enthielt keine Verpflichtung des S zur Weiterübertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück auf die Klägerin. Es sind ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass V den S zu einer Weiterübertragung auf die Klägerin veranlassen könnte. Eltern haben regelmäßig kein Interesse daran, ihre Grundstücke im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nicht auf ihre Kinder, sondern unmittelbar auf Schwiegerkinder zu übertragen (vgl. *Schuck* in *Viskorf/Knobel/Schuck*, ErbStG, BewG, 3. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 94; *Fischer* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 127; *Gebel*, ZEV 2005, 263, 264; *Reymann*, ZEV 2006, 55; *Spiegelberger* in *FS Spindler 2011*, S. 809, unter II. 4.). Das gilt insbesondere dann, wenn – wie im Streitfall – für bestimmte Fälle ein Rückübertragungsanspruch des zuwendenden Elternteils gegenüber dem bedachten Kind vereinbart wird. Insoweit ist unerheblich, dass auch bei einer Zuwendung von Eltern an das Schwiegerkind nach Scheitern der Ehe Rückforderungsansprüche der Eltern nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und nach Bereicherungsrecht entstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190 = MittBayNot 2011, 138). Denn diese Rückforderungsansprüche betreffen das Verhältnis der Eltern zum Schwiegerkind und nicht das Verhältnis zum eigenen Kind.

Eine freigebige Zuwendung des V an die Klägerin kann nicht im Hinblick darauf angenommen werden, dass V der Veräußerung eines hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück durch S an die Klägerin zugestimmt hat. Selbst wenn sich die Zustimmung zur Veräußerung, also zu einer entgeltlichen Übertragung, auf eine unentgeltliche Überlassung erstreckt haben sollte, kann ein bloßes Einverständnis des V mit der Weiterübertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils durch S auf die Klägerin keine Zuwendung des V an die Klägerin begründen.

Außerdem spricht gegen eine solche Zuwendung, dass nach den abgeschlossenen Verträgen S für die Überlassung des Miteigentumsanteils an dem Grundstück an seinen Bruder 50.000 € zu zahlen hatte, während die Klägerin den hälftigen Miteigentumsanteil ohne besonderes Entgelt erhalten hat. Die Bereicherung der Klägerin um den Wert des hälftigen Miteigentumsanteils beruht ausschließlich auf der Zuwendung des S, der die Zahlungsverpflichtung gegenüber seinem Bruder nicht anteilig auf die Klägerin abgewälzt hat.

c) Bei der summarischen Prüfung im Rahmen des Verfahrens wegen AdV kann dahinstehen, wie die im Vertrag zwischen V und S vereinbarte Anrechnung der unentgeltlichen Zuwendung auf seine „Pflichtteilsansprüche“ (Tz. IV. 3. der notariellen Urkunde) zu verstehen ist. Denn S hat gegenüber V auf seine gesetzlichen Pflichtteilsansprüche bei dessen Ableben verzichtet.

d) Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) liegen nicht vor.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Amtfrau i. N. Simone Peters, Kaiserslautern, verstorben am 25.3.2012

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2012:  
Notar Gerhard Thallinger, München

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.2012:

Hof dem Notarassessor  
Dr. Ulrich Gößl  
(bisher in München  
Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Mit Wirkung vom 1.4.2012:

Ebermannstadt dem Notar  
Dr. Hilmar Keller  
(bisher in Roth b. Nürnberg)

Hof dem Notarassessor  
Dr. Christoph Suttman  
(bisher in München Notar-  
stellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Mitterfels dem Notarassessor  
Alexander Haubold  
(bisher in Regensburg Notar-  
stellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Monheim der Notarassessorin  
Stephanie Pelzer  
(bisher in München Notar-  
stellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Obernburg a. Main dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar Dr. Christoph Koch  
Herrmann) (bisher in Würzburg Notar-  
stellen Dr. Baumann/Sorge)

Mit Wirkung vom 1.5.2012:

Vilshofen a. d. Donau der Notarassessorin  
(in Sozietät mit Notar Eliane Schuller  
Christian Schuller) (bisher in München  
Notarstellen Kirchner/Thiede)

Mit Wirkung vom 1.6.2012:

Eltmann dem Notarassessor  
Dr. Florian Berger  
(bisher in München  
Notarstellen Predel/Dr. Görk)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2012:  
Dr. Ulrich Hönle, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Mit Wirkung vom 1.4.2012:

Anja Schaller, Nürnberg  
(Notarstellen Thoma/Weinmann)

Florian Schlosser, Dingolfing  
(Notarstellen Gleißner/Weiß)

Mit Wirkung vom 1.5.2012:

Michael Brockmann, Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Mit Wirkung vom 1.6.2012:

Gregor Rödl, Kempten  
(Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Anja Gerono, Klingenberg  
(Notarstelle Baumeister), ab 1.2.2012 in Würzburg  
(DNotI)

Notarassessorin Dagmar Landherr, Bamberg (Notar-  
stellen Dr. Eue/Dr. Dietz), ab 7.2.2012 in München  
(Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Notarassessor Joachim Mödl, Regensburg  
(Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 1.3.2012  
in Augsburg (Notarstelle Hille)

Notarassessor Dr. Christoph Röhl, Nürnberg  
(Notarstellen Thoma/Weinmann), ab 1.3.2012 in  
Würzburg (DNotI)

Notarassessor Stefan Gloser, Bayreuth (Notarstellen  
Dr. Gottwald/Zuber), ab 1.4.2012 in Regensburg  
(Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Notarassessor Boris Pulyer, München (Notarstellen  
Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 1.4.2012 in München  
(Landesnotarkammer Bayern)

Inspektorin i. N. Jasmin Micka, Nürnberg (Notar-  
stellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser), ab 1.4.2012  
in Nürnberg (Notarstelle Kreßel)

Inspektorin i. N. Nadine Baumeister, Ochsenfurt  
(Notarstellen Zöpfl/Grömer), ab 1.5.2012 in  
Münnerstadt (Notarstelle Dr. Roßmann)

Amtfrau i. N. Sabine Telle, Höchstadt (Notarstelle  
Schmid), ab 16.5.2012 in Wertingen (Notarstelle  
Dr. Bauer)

Oberinspektorin i. N. Monika Naglmeier, Eggenfelden  
(derzeit in Elternzeit), ab 1.6.2012 in Vilsbiburg  
(Notarstelle Dr. König)

#### 6. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2012:

Claudia Daniel, Landshut (Notarstelle Dr. Krebs)

Anika Dorsch, Greding (Notarstelle Müller)

Katharina Fritsch, Augsburg (Notarstellen Feist/  
Kristic)



Monika Kapfhammer, Rothalmünster (Notarstellen  
Meier-Kraut/Färber)

Maximilian Lochschmidt, Miltenberg  
(Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann)

Petra Lutzenberger, München (Notarstelle  
Dr. Bohrer)

Sabrina Neubig, Bayreuth (Notarstellen  
Dr. Franz/Eberl)

Lisa Oberndörfer, Fürth (Notarstellen  
Dr. Fleischer/Walter)

Ramona Prinz, Regen (Notarstellen Prof. Dr. Dr.  
Grziwotz/Vogt-Grziwotz)

Marc Pulst, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Maniak)

Lena Schober, Passau (Notarstelle Dr. Bandel)

Andreas Steininger, Tegernsee (Notarstelle  
Schwarzer)

Katharina Stoker, Neu-Ulm (Notarstellen  
Dr. Winkler/Stelzer)

Christina Unverdorben, Vilshofen a. d. Donau  
(Notarstellen Schuller/Schuller)

Katharina Wagner, Höchstädt a. d. Donau  
(Notarstelle Schmid)

## 7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtsrat i. N. Josef Geiskopf, Lohr a. Main (Notarstelle  
Dr. Apfelbaum ), ab 1.5.2012 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Josef Tahedl, Buchloe (Notarstelle  
Dr. Winkelmann), ab 1.5.2012 im Ruhestand

Amtmann i. N. Rainer Baumann, Neustadt a. d. Aisch  
(Notarstelle Busse), ab 1.6.2012 im Ruhestand

### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstellen Dr. Bernhard/Dr. Straßer  
E-Mail: [dr.strasser@bernhard-strasser.de](mailto:dr.strasser@bernhard-strasser.de)  
E-Mail: [dr.bernhard@bernhard-strasser.de](mailto:dr.bernhard@bernhard-strasser.de)  
Homepage: [www.bernhard-strasser-notare.de](http://www.bernhard-strasser-notare.de)

Bad Aibling, Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel  
E-Mail: [mail@notare-ksc.de](mailto:mail@notare-ksc.de)  
Homepage: [www.notare-ksc.de](http://www.notare-ksc.de)

## SONSTIGES

### 4. Dresdner Forum für Notarrecht

#### Der vernetzte Notar – Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs

Freitag, den 29.6.2012, im Konferenz-Zentrum der Sächsischen Aufbaubank,  
Pirnaische Str. 9, 01069 Dresden

9.15 Uhr	Registrierung der Teilnehmer	riat ( <i>Klaus Wolter</i> , Leiter der Vergabestelle für Berechtigungszertifikate beim Bundesverwaltungsamt, und Notar Dr. <i>Joachim Püls</i> ) Diskussion
9.30 Uhr	<b>Begrüßung</b> Prof. Dr. <i>Wolfgang Lüke</i> , LL. M. (Chicago), TU Dresden, und Notar Dr. <i>Joachim Püls</i> , Dresden, Präsident der Notarkammer Sachsen	14.45 Uhr dazwischen Kaffeepause
9.45 Uhr	<b>Sichere und vertrauenswürdige Kommunikation zwischen Justiz, Notaren und Bürgern</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Elektronische Kommunikationsplattform für Notare (<i>Torsten Rienass</i>, procilon IT-Solutions GmbH)</li> <li>• Elektronische Kommunikationsplattform in der Justiz (Dr. <i>Peter Quasdorf</i>, Leiter der Leitstelle für Informationstechnologie der sächsischen Justiz)</li> <li>• Schutz notarieller Verschwiegenheit: Datenschutz und Datensicherheit (<i>Marius Klingler</i>, Bundesnotarkammer) Diskussion</li> </ul>	16.30 Uhr voraussichtliches Veranstaltungsende Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle mit dem elektronischen Rechtsverkehr befassten Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach der Veranstaltung eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Teilnahmegebühr (inkl. Verköstigung und Tagungsband): – 90 € / 70 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. – 50 € für Notarassessoren – frei für Notarassessoren, die Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind
11.15 Uhr	dazwischen Kaffeepause	
12.30 Uhr	Mittagspause (Imbiss ist in der Teilnehmergebühr inbegriffen)	
13.30 Uhr	<b>Effiziente vorsorgende Rechtspflege – Zusammenarbeit zwischen Justiz und Notaren</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• S. A. F. E. – Identitätsmanagement in der Justiz (Ministerialrat <i>Holger Radke</i>, Vorsitzender der BLK Datenverarbeitung und Rationalisierung)</li> <li>• Erleichterungen im notariellen Alltag durch „Single-Sign-on-Lösungen“ (Dr. <i>Tobias Kruse</i>, NotarNet GmbH)</li> <li>• Datenaustausch in der Praxis am Beispiel der Übermittlung von Registerdaten in strukturierter Form (Notar <i>Jens Kirchner</i>, München)</li> <li>• Nutzung des elektronischen Identitätsnachweises des neuen Personalausweises im Notar-</li> </ul>	Ihre Anmeldung richten Sie bitte per E-Mail an <a href="mailto:info@notarkammer-sachsen.de">info@notarkammer-sachsen.de</a> , per Telefax an 0351/80727-50 oder schriftlich an die Notarkammer Sachsen, Königstraße 23, 01097 Dresden. Nach Eingang der Anmeldebestätigung und Rechnung bitten wir um Überweisung der Teilnahmegebühr auf folgendes Konto: Nr. 5905630, BLZ 850 200 86 bei der HypoVereinsbank AG Dresden.  Hotelreservierungen nehmen Sie bitte eigenverantwortlich vor. Zimmerkontingente wurden reserviert im NH Hotel Dresden Altmarkt, Kreuzkirche 2, 01067 Dresden, Tel.: 0351/50155617, Fax: 0351/50155100 (EZ 82,50 €, DZ 101,50 € inkl. Frühstücksbuffet) sowie INTERCITY Hotel Dresden, Wiener Platz 8, 01069 Dresden, Tel.: 0351/26355-0, Fax: 0351/26355-200 unter dem Stichwort „Forum Notarrecht“ (EZ 95 €, DZ 110 € inkl. Frühstücksbuffet). Die Kontingente stehen bis zum 28.5.2012 zur Verfügung.



---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord  
Notarassessorin Eliane Schuller

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](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 13,00 € 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](http://www.universalmedien.de/Notarkammer).

## Veranstaltungen des DAI

1. Aktuelles zum sog. „Behindertentestament“  
(Keim)  
27.4.2012 in Köln
2. Typische Fehler bei der Kostenberechnung  
(Schmidt, Tiedtke)  
28.4.2012 in Heusenstamm
3. Update WEG  
(Elzer, Hügel)  
4.5.2012 in Kassel
4. Die Notarprüfung  
(Kühnelt, Blaeschke)  
5.5.2012 in Kiel
5. 10. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge,  
Rechte in Abt. II und III  
(Herrler, Münch, Oertel, Schaal, Wegerhoff)  
7.–12.5.2012 in Heusenstamm  
  
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen,  
Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts  
(Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)  
11.–16.6.2012 in Heusenstamm  
  
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzügen des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts  
(Fumi, Leitzen, Reul, Weiler)  
2.–7.7.2012 in Heusenstamm
6. 11. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen,  
  
Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts  
(Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)  
21.–26.5.2012 in Kiel  
  
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzügen des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts  
(Fumi, Leitzen, Reul, Weiler)  
18.–23.6.2012 in Kiel
7. Der neue Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis  
(Reetz)  
15.6.2012 in Bad Zwischenahn
8. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht  
(Heckschen, Heidinger)  
16.6.2012 in München
9. Intensivkurs Erbrecht  
(Frenz)  
22.–23.6.2012 in Heusenstamm
10. Intensivkurs Grundstücksrecht  
(Wegerhoff, Krauß, Wälzholz)  
12.–14.7.2012 in Lübeck
11. Umstrukturierung von Unternehmen unter Berücksichtigung des neuen Umwandlungssteuererlasses  
(Spiegelberger, Klein)  
14.7.2012 in München

**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. Bamberger/Roth: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2: §§ 611–1296, AGG, ErbbauRG, WEG. 3. Aufl., Beck, 2012. 2 856 S., 220 €
2. Bamberger/Roth: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3: §§ 1297–2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB. 3. Aufl., Beck, 2012. 3 208 S., 220 €
3. Bayerischer Notarverein e.V. (Hrsg.): Kostentabelle für Notare (Bäuerle Tabelle). 30. Aufl., Nomos, 2012. 143 S., 24 €
4. Büte: Zugewinnausgleich bei Ehescheidung. 4. Aufl., Beck, 2012. 421 S., 49,80 €
5. Dauner-Lieb/Langen: BGB. Band 2/1 und 2/2: Schuldrecht. 2. Aufl., Nomos, 2012. 5 240 S., 298 €
6. Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock: Umwandlungssteuerrecht. 7. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2012. 1 564 S., 129,95 €
7. Eichhorn/Farrelly/Frenzel/Gritschneider/Reindl/Riem-schneider/Wagner/Ziegler: Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und -vertrag. Finanz Colloquium Heidelberg, 2011. 919 S., 95 €
8. Esskandari/Franck/Künnemann: Unternehmensnachfolge. C. F. Müller, 2012. 638 S., 99,95 €
9. Götsche/Rehbein/Breuers: Versorgungsausgleichsrecht, VersAusglG – BGB – FamFG – BVersTG – SGB VI. Handkommentar. Nomos, 2012. 596 S., 69 €
10. Grziwotz (Hrsg.): MaBV – Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung. 2. Aufl., RWS, 2012. 352 S., 59 €
11. Handzik: Erbschaft- und Schenkungsteuer. 8. Aufl., Erich Schmidt, 2012. 318 S., 39,80 €
12. Hartmann: Kostengesetze: KostG. 42. Aufl., Beck, 2012. 2 223 S., 129 €
13. Roth/Altmeppen: GmbHG. 7. Aufl., Beck, 2012. 1 359 S., 89 €
14. Schulte-Bunert/Weinreich: FamFG Kommentar. 3. Aufl., Luchterhand, 2011. 2 019 S., 129 €
15. Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung. 7. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 500 S., 89,80 €
16. Seevogel: Der Wahlgüterstand der Gütertrennung für die Europäische Ehe – Eine rechtsvergleichende Betrachtung der Zugewinnsgemeinschaft des deutschen Rechts und der ehelichen Güterstände der Gütertrennung in Spanien unter besonderer Berücksichtigung der Ausgleichsansprüche bei Beendigung der Ehe. Giesecking, 2011. 199 S., 54 €
17. Stöber/Otto: Handbuch zum Vereinsrecht. 10. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2012. 878 S., 79,80 €
18. Stoye-Benk/Cutura: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis. 3. Aufl., C. F. Müller, 2012. 404 S., 79,95 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F