

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 3

MittRhNotK

März 1992

Die Auswirkungen der Rechtsprechung des BFH zur einkommensteuerlichen Neubewertung der Erbauseinandersetzung und der vorweggenommenen Erbfolge unter besonderer Berücksichtigung der Landwirtschaft

(von Rechtsanwalt Hubert Feldhaus, Bonn)*

A. Erbauseinandersetzung

- I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des BFH
- II. Die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung des BFH im Bereich der Land- und Forstwirtschaft
 1. § 2049 BGB
 2. Vermächtniszahlungen
 3. Teilungsanordnung
 4. Erbfolge nach Höferecht
 5. Rheinland-Pfälzische Höfeordnung
 6. Zuweisung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz
 7. Zusammenfassung

A. Erbauseinandersetzung

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des BFH

Die steuerliche Behandlung der Erbauseinandersetzung hat ein wechselhaftes Schicksal hinter sich. Bis vor kurzem nahm der BFH in ständiger Rechtsprechung für den Bereich des Betriebsvermögens an, daß der Erbfall und die Erbauseinandersetzung für die einkommensteuerliche Behandlung eine Einheit bilden¹. Dahinter steht die Überlegung, daß die Erbauseinandersetzung zu Veräußerungsgewinnen und zu steuerlichen Belastungen führen würde, wenn man im Bereich des Betriebsvermögens von einem entgeltlichen Vorgang ausgehen würde. Um die unerwünschten Veräußerungsgewinne zu vermeiden, verfiel der RFH deshalb bereits im Jahre 1933 auf den Gedanken, die Erbauseinandersetzung sei Annex des Erbfalls, bilde also mit diesem eine Einheit. Diese Betrachtung läßt sich nur rechtfertigen, wenn man im Widerspruch zur zivilrechtlichen Situation so tut, als habe der Miterbe das in der Erbauseinandersetzung zugeleitete Wirtschaftsgut unmittelbar vom Erblasser erhalten².

Beschränkte sich die Erbauseinandersetzung aber nicht darauf, den vorhandenen Nachlaß real unter den Miterben aufzuteilen, sondern kam es zu Abfindungszahlungen, so war dieser Vorgang nach Auffassung des RFH als ein entgeltliches Geschäft anzusehen. Dies konnte also durchaus zu einem Veräußerungsgewinn und auch zu Anschaffungskosten führen.

Der BFH hat 1963 von dieser Rechtsprechung Abschied genommen³. Er stellte sich auf den Standpunkt, daß die Erbauseinandersetzung auch dann ein unentgeltlicher Vorgang sei, wenn ein Miterbe gegen Zahlung einer Abfindung Wirtschaftsgüter aus der Erbmasse übernimmt. Die Abfindung wurde danach wie ein vom Erblasser ausgesetztes Geldvermächtnis behandelt. Die Konsequenz war, daß der Miterbe, der die Abfindungszahlung leistete, keine Anschaffungskosten hatte. Der Empfänger der Abfindungszahlung brauchte umgekehrt kei-

B. Vorweggenommene Erbfolge

- I. Die Rechtsprechung des BFH
 1. Versorgungsleistungen
 2. Abfindung weichender Erben
 3. Schuldübernahme
 4. Abstandsgelder
- II. Vorweggenommene Erbfolge bei einem landwirtschaftlichen Betrieb
- III. Bedeutung des § 17 Abs. 2 HöfeO

C. Zusammenfassung

nen Veräußerungsgewinn zu versteuern. Diese Rechtsprechung hat sich für den betrieblichen Bereich bis zum Beschluß des Großen Senates des BFH vom 5. 6. 1990 gehalten⁴.

Allerdings konnte auch nach der Rechtsprechung des BFH die Erbauseinandersetzung zu einem entgeltlichen Vorgang werden. Dies wurde angenommen, wenn die Erbauseinandersetzung nicht in relativ kurzer Zeit nach dem Erbfall in Angriff genommen wurde. Bewirtschafteten die Miterben zunächst einige Jahre den zum Nachlaß gehörenden Betrieb gemeinschaftlich, ohne ernsthaft an eine Erbauseinandersetzung zu denken, so wurde die spätere Erbauseinandersetzung wie die Auseinandersetzung einer Gesellschaft behandelt. Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft führt aber regelmäßig zu Veräußerungsgewinnen auf seiten der ausscheidenden Gesellschafter und zu Anschaffungskosten auf seiten der verbleibenden Gesellschafter. Wer dieses Ergebnis vermeiden wollte, war gut beraten, die Erbauseinandersetzung innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall ernsthaft in Angriff zu nehmen.

Zur Erbauseinandersetzung beim Privatvermögen hat der BFH anfänglich noch die Auffassung vertreten, daß ein entgeltlicher Vorgang vorliegt. Diese Rechtsprechung wurde aber in den siebziger Jahren aufgegeben⁵. Die Folge war, daß die Erbauseinandersetzung im betrieblichen und im privaten Bereich gleich behandelt wurde.

Der jetzige Wechsel in der Rechtsprechung hat bei der Erbauseinandersetzung des Privatvermögens begonnen. Mit Urteil vom 7. 6. 1985 hat der BFH beim Privatvermögen wieder die Auffassung vertreten, daß die Erbauseinandersetzung unabhängig vom Erbfall ein selbständiges Rechtsgeschäft sei⁶. Die Erbauseinandersetzung sei allerdings insoweit unentgeltlich, als ein Miterbe im Wege der Realteilung Nachlaßgegenstände erhalte, die dem Wert seiner Erbquote entsprächen. Wende aber ein Miterbe darüber hinaus eigene Mittel außerhalb der Erbquote auf, um Nachlaßgegenstände zu erwerben, handele es sich insoweit um ein entgeltliches Anschaffungsgeschäft.

* Schriftliche Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 29.1.1992 vor der Fachversammlung der Rheinischen Notarkammer in Köln gehalten hat. Der Verfasser ist Geschäftsführer der Parta Buchstelle für Land- und Forstwirtschaft GmbH, einer Tochtergesellschaft des Rheinischen Landwirtschaftsverbandes.

1 BFH BStBl. III 1963, 480.

2 RSBl. 1933, 295.

3 Vgl. BStBl. III 1963, 480.

4 BStBl. II 1990, 837 = MittRhNotK 1990, 254.

5 BFH BStBl. II 1975, 411 = MittRhNotK 1975, 181.

6 BFH BStBl. II 1985, 722 = MittRhNotK 1986, 50.

Das BFH-Urteil betraf einen Sachverhalt, der die Bedeutung dieser Rechtsprechungsänderung klar zum Ausdruck bringt. Der Nachlaß des verstorbenen Erblassers bestand aus einem Einfamilienhaus. Erben waren die überlebende Ehefrau und neun Kinder entsprechend der gesetzlichen Erbquote. Eines der Kinder, also ein Miterbe zu $\frac{1}{10}$, erwarb im Wege der Erbaueinsetzung das Haus und zahlte an die anderen Erben deren Anteile aus. Der übernehmende Miterbe zahlte also $\frac{7}{10}$ des Verkehrswertes, um Alleineigentümer des Hauses zu werden. Für diese Aufwendungen beanspruchte er die erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG.

Die Vergünstigung mußte dem Steuerpflichtigen nach der früheren Rechtsprechung versagt werden. Der BFH hat jedoch diesen Fall zum Anlaß genommen, seine Rechtsprechung zu ändern. Begründet wurde dies damit, daß bürgerlich-rechtlich die Erbaueinsetzung ein vom Erbfall unabhängiger Vertrag sei. Bürgerlich-rechtlich beinhalte die Erbaueinsetzung ein entgeltliches Rechtsgeschäft, wenn ein Miterbe von den übrigen Miterben deren Anteile am Nachlaß erwerbe.

Diese Änderung zur Rechtsprechung ließ erahnen, daß Auswirkungen auf den betrieblichen Bereich nicht ausbleiben würden. So kam es, daß der achte Senat des BFH mit Vorlagebeschluß vom 18.10.1988 dem Großen Senat des BFH die Frage vorlegte, ob auch die Erbaueinsetzung im Betriebsvermögen als entgeltlicher Vorgang angesehen werden müsse⁷. Der Große Senat hat diese Frage mit Beschluß vom 5.7.1990 grundsätzlich bejaht⁸. Er führt aus, daß im Einkommensteuerrecht die Erbaueinsetzung dem Erbfall als selbständiger Rechtsvorgang nachfolgt. Die bis dahin vertretene *Einheits-theorie*, nach der Erbfall und Erbaueinsetzung als einheitlicher Vorgang beurteilt wurden, hat der BFH ausdrücklich aufgegeben.

Grundsätzlich führt nun die Erbaueinsetzung im betrieblichen Bereich zu Anschaffungskosten und Veräußerungserlösen. In den meisten Fällen wird dabei auch ein steuerlicher Gewinn anfallen. Dies soll an einem stark vereinfachten Beispiel verdeutlicht werden:

Der Erblasser E war Eigentümer eines Hotelgrundstücks, das er auch selbst betrieben hat. Er hinterläßt bei seinem Tod die beiden Kinder A und B, die zu je $\frac{1}{2}$ am Nachlaß beteiligt sind. Das Hotel hat einen Verkehrswert von 1 Mio. DM. Der steuerliche Buchwert des Hotels beträgt 400.000,- DM. Die beiden Miterben einigen sich dahingehend, daß A, weil er gelernter Hotelfachmann ist, den Betrieb übernimmt und dafür B eine Abfindung von 500.000,- DM zahlt.

Nach der alten Rechtsprechung war die Zahlung von 500.000,- DM steuerlich unbeachtlich. A hätte danach diesen Betrag zahlen müssen, ohne daß sich die Buchwerte des Hotels geändert hätten. B hätte die 500.000,- DM steuerfrei vereinnahmen können.

Durch die Änderung der Rechtsprechung wird der Fall nun so behandelt, als wenn die Miterben Gesellschafter einer Personengesellschaft gewesen wären. Verkauft jemand seinen Anteil an einer Personengesellschaft im betrieblichen Bereich, so erzielt er regelmäßig einen Veräußerungsgewinn. In unserem Beispiel beträgt der Veräußerungsgewinn des B 300.000,- DM. Dies ergibt sich daraus, daß A und B den Buchwert des Hotels je zur Hälfte geerbt haben, also jeder in Höhe von 200.000,- DM. B hat aber seinen Anteil für 500.000,- DM verkauft, also einen Preis erzielt, der seinen Buchwertanteil um 300.000,- DM übersteigt. Deshalb beträgt bei ihm der Veräußerungsgewinn 300.000,- DM. Diesen Gewinn muß er versteuern, allerdings mit dem ermäßigten Steuersatz. Ein Freibetrag kommt in diesem Fall nicht zum Zuge, weil die Ausschlußgrenzen des § 16 EStG überschritten sind.

Für A bedeutet die Rechtsprechungsänderung, daß er die Hälfte des Buchwertes vom Erblasser übernimmt und andererseits in Höhe der gezahlten Abfindung eigene Anschaffungs-

kosten hat. Der Buchwert des Hotels erhöht sich deshalb nach vollzogener Erbaueinsetzung auf 700.000,- DM. Die Folge davon ist, daß A in der Folgezeit höhere Abschreibungen in Anspruch nehmen kann. Die Abfindungszahlung wirkt sich also bei ihm steuerlich günstig aus.

II. Die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung des BFH im Bereich der Land- und Forstwirtschaft

Die geänderte Rechtsprechung betrifft alle Bereiche, in denen betriebliche Einkünfte erzielt werden. Sie gilt also nicht nur für den gewerblichen Bereich, sondern auch für Einkünfte von Selbständigen und für landwirtschaftliche Einkünfte. Allerdings weist der landwirtschaftliche Sektor einige Besonderheiten auf, die zusätzliche steuerliche Probleme verursachen. Auf diese Sondersituation ist der BFH in seiner Rechtsprechung nicht eingegangen, dazu bestand für ihn auch kein Anlaß.

Gehört zum Nachlaß ein landwirtschaftlicher Betrieb, so findet auf die Erbaueinsetzung hinsichtlich dieses Betriebes in den meisten Fällen Sonderrecht Anwendung. Vielfach kommt die Höfeordnung oder ein vergleichbares Anerbenrecht zum Zuge. Selbst wenn kein Anerbenrecht gilt, ist die Vorschrift des § 2049 BGB oder das Zuweisungsverfahren nach §§ 13 ff. GrdstVG zu beachten. Nur in wenigen Fällen vollzieht sich die Erbaueinsetzung bei landwirtschaftlichen Betrieben nach den Grundsätzen, die für gewerbliche Betriebe der Regel-fall sind. Dies betrifft z. B. kleine landwirtschaftliche Nebenerwerbsbetriebe, die nicht dem Anerbenrecht unterliegen, bei denen der Erblasser keine Anordnung gem. § 2049 BGB getroffen hat und die auch nicht geeignet sind, in einem Zuweisungsverfahren nach dem Grundstücksverkehrsgesetz einem der Miterben zugewiesen zu werden.

1. § 2049 BGB

Nach § 2049 BGB kann, wenn zum Nachlaß des Erblassers ein landwirtschaftlicher Betrieb gehört, einer der Miterben den Betrieb zum Ertragswert übernehmen, wenn dies der Erblasser angeordnet hat. Diese Fälle kommen insbesondere dort häufig vor, wo es kein Höferecht gibt, also z. B. in Bayern und im Saarland und nun auch in den fünf neuen Bundesländern. Im Rheinland hat diese Regelung aber auch eine erhebliche Bedeutung, weil trotz der Geltung der Nordwestdeutschen Höfeordnung viele Betriebsinhaber sich dazu entschlossen haben, den Hof aus der Höferolle streichen zu lassen.

Die Übernahme eines landwirtschaftlichen Betriebes zum Ertragswert gem. § 2049 hat zur Folge, daß – gemessen am Verkehrswert – die weichen Erben eine relativ geringe Abfindung erhalten. In der Regel kann man davon ausgehen, daß die Abfindung bei den einzelnen Erben deutlich niedriger ist, als ihr Anteil am Buchwert. Dies soll das folgende Beispiel verdeutlichen:

Gegenstand des Nachlasses ist ein landwirtschaftlicher Betrieb mit einer Eigentumsfläche von 20 Hektar. Die durchschnittliche Bonität liegt bei 50 Bodenpunkten. Außerdem hatte der Erblasser noch 50 Hektar dazugepachtet. Der Betrieb wurde als reiner Marktfruchtbaubetrieb geführt. Die Betriebsgebäude haben, da sie alle vor der Währungsreform 1948 errichtet wurden, nur einen steuerlichen Buchwert von 10.000,- DM. Der Grund und Boden gehörte bereits vor dem 1.7.1970 zum Betrieb. Er ist deshalb in der Steuerbilanz nach § 55 EStG mit der achtfachen Ertragsmeßzahl bewertet, also im Durchschnitt mit 4,- DM/qm. Das sind 40.000,- DM pro Hektar oder, bezogen auf den ganzen Betrieb, 800.000,- DM. Dazu kommt noch der Buchwert des Inventars, der in diesem Fall 190.000,- DM betragen soll. Der gesamte Buchwert des Betriebes beträgt also 1 Mio. DM. Der Verkehrswert dieses Betriebes soll aber unter Berücksichtigung der stillen Reserven, die insbesondere im Inventar und in den Gebäuden enthalten sind, 2 Mio. DM betragen.

Dieser Betrieb fällt an eine Erbengemeinschaft, die aus zwei Miterben besteht. Beide sind grundsätzlich in gleicher Weise

am Nachlaß beteiligt, mit der Einschränkung, daß einer der Miterben nach § 2049 BGB den Betrieb zum Ertragswert übernehmen darf. Die Ermittlung des Ertragswertes bereitet in der Praxis oft erhebliche Probleme. In unserem Beispielsfall soll aber aus Vereinfachungsgründen davon ausgegangen werden, daß der Ertragswert pro Hektar 5.000,- DM beträgt. Bei der Bodenqualität von 50 Bodenpunkten dürfte in Wirklichkeit der Ertragswert geringer sein. Geht man von 5.000,- DM Ertragswert pro Hektar aus, so ergibt dies einen Ertragswert für den ganzen Betrieb von 100.000,- DM. Der weichende Erbe kann somit eine Abfindung in Höhe von 50.000,- DM verlangen.

Erhält der weichende Erbe die ihm zustehende Abfindung in Höhe von 50.000,- DM, stellt sich die Frage, ob damit ein Veräußerungsgewinn oder vielleicht ein Veräußerungsverlust erzielt wird. Dies hängt davon ab, welcher Anteil am Buchwert des Betriebes dem weichenden Erben zuzurechnen ist. Dabei kommen zwei Lösungen in Betracht:

- Der weichende Erbe kann vom gesamten Nachlaßwert in Höhe von 2 Mio. DM lediglich 50.000,- DM verlangen. Das sind 2,5 % des Verkehrswertes. Deshalb liegt der Gedanke nahe, den weichenden Erben so zu behandeln, als wäre er nur mit einem Anteil von 2,5 % Miterbe geworden. Die Folge wäre dann, daß auf den weichenden Erben auch nur ein Buchwertanteil von 2,5 % entfielen, also ein Anteil von 25.000,- DM. Dies hätte zur Folge, daß der weichende Erbe so zu behandeln wäre, als wenn er einen Mitunternehmeranteil mit einem Buchwert von 25.000,- DM für 50.000,- DM veräußern würde. Daraus ergäbe sich dann für ihn ein Veräußerungsgewinn von 25.000,- DM.

Aufseiten des Betriebsübernehmers wäre die Konsequenz die, daß der Betriebsübernehmer 97,5 % des Buchwertes vom Vater geerbt hätte, also 975.000,- DM. Durch die Zahlung in Höhe von 50.000,- DM an den weichenden Erben würde der Buchwert dann auf 1.025.000,- DM aufgestockt. Der Betriebsübernehmer hätte also den Vorteil, daß die Abfindungszahlung sich bei ihm steuerlich günstig auswirkt. Der weichende Erbe hätte dagegen den Nachteil, daß er aus der erhaltenen Abfindung noch einen Veräußerungsgewinn versteuern müßte.

- Die andere Lösungsmöglichkeit besteht darin, daß man beide als Miterben zu je $\frac{1}{2}$ ansieht. Die Vorschrift des § 2049 BGB hätte dann nur zur Konsequenz, daß unterstellt wird, der Nachlaß habe lediglich einen Wert in Höhe des Ertragswertes. Die Erbquoten würden sich aber dann nicht verschieben. Dieser Lösungsansatz ist meines Erachtens der zutreffende. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn neben dem landwirtschaftlichen Betrieb noch anderes Vermögen vorhanden ist⁹.

Geht man also davon aus, daß die beiden Abkömmlinge Erben zu je $\frac{1}{2}$ sind, dann ist die logische Konsequenz daraus, daß der weichende Erbe auch einen Buchwertanteil von 500.000,- DM geerbt hat.

Die Abfindung selbst würde dann dazu führen, daß der weichende Erbe eine Beteiligung am Betrieb zum Preis von 50.000,- DM veräußern würde, obwohl seine Beteiligung einen Buchwert von 500.000,- DM hätte. Daraus ergäbe sich rein rechnerisch ein Veräußerungsverlust von 450.000,- DM.

Entsprechend würde sich auch die Behandlung beim Betriebsübernehmer ändern. Dieser hätte vom Vater lediglich einen Buchwertanteil von 500.000,- DM geerbt. Dieser Betrag würde um die geleistete Abfindungszahlung aufgestockt, also auf 550.000,- DM ansteigen. Nach vollzogener Erbauseinandersetzung hätte der landwirtschaftliche Betrieb also lediglich einen Buchwert von 550.000,- DM. Dem gegenüber betrug der Buchwert beim Erblasser 1 Mio. DM. Diese Minderung des Buchwertes würde sich bei allem zum Betrieb gehörenden Wirtschaftsgütern auswirken. So wäre z. B. der Grund und Boden nicht mehr mit 4,- DM/qm zu bilanzieren, sondern nur noch mit

2,10 DM. Entsprechend würden sich auch die Buchwerte der anderen Wirtschaftsgüter nahezu halbieren.

Bei späteren Veräußerungen solcher Wirtschaftsgüter würden dann erhebliche stille Reserven aufgedeckt. Für den Betriebsübernehmer wäre diese Lösung also mit so gewaltigen Nachteilen verbunden, daß ihm die Fortführung des Betriebes wohl kaum noch möglich wäre.

Der Veräußerungsverlust des weichenden Erben in Höhe von 450.000,- DM könnte für diesen erhebliche steuerliche Vorteile bringen. Steuerliche Verluste können nämlich mit steuerlichen Gewinnen aus anderen Einkunftsarten grundsätzlich ausgeglichen werden. Soweit dies in dem betreffenden Jahr nicht möglich ist, können die Verluste zwei Jahre zurück und unbegrenzt in die Zukunft vorgetragen werden. Bei einem Verlust von 450.000,- DM könnte dies für den weichenden Erben bedeuten, daß er jahrelang keine Einkommensteuer zahlen müßte.

Bei dieser Betrachtung bleibt allerdings unberücksichtigt, daß der Buchwert des Betriebes zum größten Teil auf den Grund und Boden entfällt. Ist der Grund und Boden, wie das in dem Beispielsfall unterstellt wurde, mit der achtfachen Ertragsmeßzahl bewertet worden, muß die Vorschrift des § 55 Abs. 6 EStG beachtet werden. Diese besagt, daß Veräußerungsverluste, die bei der Veräußerung von Grund und Boden entstehen, steuerlich nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn der Grund und Boden mit der achtfachen Ertragsmeßzahl zu Buche steht. In unserem Beispielsfall könnte das zur Folge haben, daß von dem Veräußerungsverlust in Höhe von 450.000,- DM der weit aus überwiegende Teil steuerlich nicht nutzbar wäre, weil es sich um einen Veräußerungsverlust bei der Veräußerung von Grund und Boden handelt. Dem gewaltigen Steuernachteil beim Betriebsübernehmer stünden somit vermutlich nur geringe steuerliche Vorteile des weichenden Erben gegenüber.

Geht man davon aus, daß sich durch die Vorschrift des § 2049 BGB die Erbquoten nicht verschieben, wird in solchen Fällen bei den weichenden Erben regelmäßig ein erheblicher rechnerischer Veräußerungsverlust entstehen. Hier stellt sich aber die Frage, ob in solchen Fällen überhaupt noch von einem entgeltlichen Vorgang ausgegangen werden kann. Zwar hat der BFH mit seiner geänderten Rechtsprechung grundsätzlich klargestellt, daß die Erbauseinandersetzung ein entgeltlicher Vorgang ist. Ungeklärt ist aber die Frage, ob von der Entgeltlichkeit auch dann ausgegangen werden muß, wenn die weichenden Erben weniger bekommen, als ihrem Buchwertanteil entspricht. Dieser Fall ist vergleichbar mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft, wobei der ausscheidende Gesellschafter eine Abfindung erhält, die sein Kapitalkonto unterschreitet.

Die Rechtsprechung des BFH hat sich bisher nur sehr selten mit der Frage befassen müssen, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen ein Mitunternehmer eine Beteiligung unter dem Verkehrswert oder sogar unter dem Buchwert veräußert. Eine Entscheidung aus dem Jahre 1986 betrifft den Verkauf eines Mitunternehmeranteils zu einem Preis, der zwischen dem Buchwert und dem Verkehrswert lag¹⁰. In diesem Fall hatte der BFH keine Bedenken, die Grundsätze der entgeltlichen Veräußerung von Gesellschaftsanteilen anzuwenden. Er stellte dabei den erzielten Veräußerungserlös dem Kapitalanteil des Mitunternehmers gegenüber und errechnete in Höhe des Differenzbetrages den Veräußerungsgewinn. Dies soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Die Eheleute A und B sind Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft. Der Kommanditanteil des A hat einen Verkehrswert von 500.000,- DM. Sein Kapitalkonto beträgt 200.000,- DM. A veräußert seinen Kommanditanteil zu einem Preis von 300.000,- DM an B.

Nach Auffassung des BFH liegt in diesem Fall ein entgeltliches Geschäft vor, obwohl nicht zu verkennen ist, daß A ein Vermögen im Wert von 200.000,- DM an B verschenkt. Diese Schen-

9 So auch Hiller, Information über Steuer und Wirtschaft 1991, 100 ff., Fn. 18.

10 BFH BStBl. II 1986, 811.

kung läßt der BFH aber unberücksichtigt. Er vergleicht vielmehr den Veräußerungserlös in Höhe von 300.000,— DM mit dem Kapitalkonto in Höhe von 200.000,— DM. Daraus ergibt sich ein Veräußerungsgewinn in Höhe von 100.000,— DM. Diesen Veräußerungsgewinn hat A mit dem ermäßigten Steuersatz als begünstigten Veräußerungsgewinn zu versteuern. Unter Umständen erhält er auch noch anteilig den Freibetrag für die Betriebsveräußerung gem. § 16 Abs. 4 EStG.

Ein anderes Urteil aus dem Jahre 1973 erörtert theoretisch die möglichen Rechtsfolgen einer Veräußerung von Gesellschaftsanteilen zu einem Preis unter dem Kapitalkonto¹¹. Dieses Urteil unterscheidet zwischen drei Alternativen:

- Der ausscheidende Gesellschafter erhält weniger, als dem Buchwert seiner Beteiligung entspricht. Der Grund dafür liegt darin, daß der Buchwert des Betriebes über dem Verkehrswert liegt. In diesem Fall führt die Unterschreitung des Buchwertes bei dem verbleibenden Gesellschafter zu einer Herabsetzung der Buchwerte der einzelnen Wirtschaftsgüter. Der Grund liegt darin, daß eine Bilanzierung von Wirtschaftsgütern bei einer entgeltlichen Anschaffung nie über den tatsächlichen Anschaffungskosten liegen darf.
- Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß die Abfindungen des ausscheidenden Gesellschafters seinen Buchwertanteil unterschreitet, obwohl der Buchwert des Betriebes den Verkehrswert nicht übersteigt. Die Gesellschafter vereinbaren aber bewußt eine niedrigere Abfindung, und zwar aus betrieblichen Gründen. In diesem Fall muß der verbleibende Gesellschafter nach Auffassung des BFH die Buchwerte des Betriebes fortführen. In Höhe des Differenzbetrages zwischen dem Buchwert des ausscheidenden Gesellschafters und dem Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters erzielt der verbleibende Gesellschafter einen laufenden Gewinn.

Beträgt also das Kapitalkonto des ausscheidenden Gesellschafters z. B. 200.000,— DM und erhält dieser aus betrieblichen Gründen lediglich eine Abfindung in Höhe von 120.000,— DM, so muß der verbleibende Gesellschafter nach Auffassung des BFH die Buchwerte aller Wirtschaftsgüter fortführen und gleichzeitig den Differenzbetrag, also 80.000,— DM, als laufenden Gewinn versteuern.

- Die dritte Alternative besteht darin, daß die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters sein Kapitalkonto deshalb unterschreitet, weil sich die Gesellschafter aus außerbetrieblichen Gründen darauf geeinigt haben. In diesem Fall werden die Buchwerte des Betriebes ebenfalls fortgeführt, der ganze Vorgang wird aber wegen des Schenkungscharakters als unentgeltlich eingestuft. Daraus folgt, daß weder beim ausscheidenden Gesellschafter noch beim verbleibenden ein Veräußerungsgewinn oder Verlust entsteht.

Wendet man dieses Urteil auf die Erbauseinandersetzung über landwirtschaftliche Betriebe an, so bleibt die Frage, welche der beiden zuletzt genannten Alternativen in Betracht kommt. Dies läuft auf die Frage hinaus, ob die Abfindung aus betrieblichen Gründen den Buchwertanteil unterschreitet oder aus außerbetrieblichen Gründen. Diese Frage ist deshalb nicht so leicht zu beantworten, weil die Höhe des Abfindungsanspruchs von § 2049 BGB bestimmt wird. Diese Regelung hat wiederum den Hintergrund, leistungsfähige Betriebe zu erhalten. Deshalb liegt zumindest der Gedanke nahe, daß die Abfindung aus betrieblichen Gründen hinter dem Buchwertanteil zurückbleibt und nicht aus privaten Gründen.

Die Konsequenz daraus wäre, daß man von den drei Alternativen, die der BFH aufgezeigt hat, die zweite Alternative als gegeben ansehen müßte. In unserem Beispielfall hätte das die fatale Folge, daß der Betriebsübernehmer im Jahr der Erbauseinandersetzung einen laufenden Gewinn von 450.000,— DM

versteuern müßte. Dies wäre noch schlechter als eine Abstockung der Buchwerte. Es bedarf wohl keiner besonderen Erläuterung, daß dies das Ende vieler landwirtschaftlicher Betriebe bedeuten würde.

Unterstellt man dagegen, daß die Abfindung nach § 2049 BGB aus außerbetrieblichen Gründen so niedrig ist, läge in vollem Umfang ein unentgeltlicher Vorgang vor. Der Betriebsübernehmer hätte die Buchwerte fortzuführen, ein Veräußerungsgewinn oder Veräußerungsverlust würde weder bei ihm noch bei dem weichen Erben entstehen. Es bliebe also alles so wie bisher.

Die Finanzverwaltung hat sich zu der Frage, welche Konsequenzen die neue Rechtsprechung mit sich bringt, noch nicht geäußert. Es wurde lediglich eine Kommission eingesetzt, die diese Fragen klären soll. Ergebnisse dieser Kommission liegen noch nicht vor, jedenfalls nicht in der Öffentlichkeit. Diese Kommission wird auch die Frage entscheiden müssen, wie Erbauseinandersetzungen zu beurteilen sind, bei denen die Abfindung unter dem Buchwertanteil des ausscheidenden Miterben liegt.

In der Literatur werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Der Kölner Steuerrechtler Felix ist der Auffassung, daß in solchen Fällen eine Abstockung der Buchwerte zwingend ist. Diese Auffassung hat er auf einer Steuerfachtagung im Herbst des Jahres 1991 vertreten¹². Die gegenteilige Auffassung wird von Obermüller, Richter am FG München, vertreten¹³. Danach führt die Unterschreitung des Buchwertes stets zu einem unentgeltlichen Auseinandersetzungsvorgang. Es bleibt zu hoffen, daß die Finanzverwaltung sich der letzten Auffassung anschließt und daß der BFH diese Auffassung eines Tages bestätigt.

2. Vermächtniszahlungen

Die steuerliche Beurteilung ändert sich, wenn jemand nicht Miterbe wird, sondern lediglich ein Vermächtnis erhält. Der Vermächtnisnehmer ist grundsätzlich nicht am Nachlaß beteiligt, es sei denn, es liegt ein Vorausvermächtnis vor. Erfüllt der Erbe die Vermächtnisschuld, liegt darin nach Auffassung des BFH kein entgeltlicher Vorgang. Insoweit bleibt also die Rechtslage unverändert. Welche Bedeutung dies hat, soll an den beiden Ausgangsfällen verdeutlicht werden.

Unterstellt man in dem Fall des gewerblichen Hotelgrundstücks, daß der Erblasser einen seiner Abkömmlinge zum Alleinerben bestimmt und dem anderen ein Vermächtnis in Höhe von 500.000,— DM ausgesetzt hat, so wäre der Fall steuerlich wie folgt zu beurteilen:

Der Alleinerbe wäre unmittelbar Eigentümer des gesamten Nachlasses und damit auch des gesamten Betriebes geworden. Die Erfüllung der Vermächtnisverpflichtung stellt nach Auffassung des BFH keinen entgeltlichen Vorgang dar. Das bedeutet, daß der Alleinerbe trotz der hohen Vermächtniszahlung die Buchwerte des Erblassers fortführen muß. Der Buchwert des Hotelgrundstücks bliebe also unverändert bei 400.000,— DM. Der Vermächtnisnehmer könnte dagegen die 500.000,— DM steuerfrei vereinnahmen. Das steuerliche Ergebnis wäre also das gleiche, wie es nach der früheren Rechtsprechung bei einer Erbauseinandersetzung war. Dies zeigt, daß durch gezielte Testamentsgestaltung erhebliche steuerliche Wirkungen erzielt werden können.

Überträgt man diese Grundsätze nun auf die Erbauseinandersetzung bei landwirtschaftlichen Betrieben, so zeigt sich, daß alle Unsicherheiten aus der neuen Rechtsprechung bei vorausschauender Planung vermieden werden können. Setzt nämlich der Hofeigentümer einen Abkömmling zum Alleinerben ein und verfügt er, daß alle anderen Abkömmlinge lediglich ein Vermächtnis erhalten, so kann der Hoferbe die Buchwerte des Betriebes uneingeschränkt fortführen. Weder bei den weichen

11 BFH BStBl. II 1974, 50 = MittRdNotK 1974, 344.

12 FR 1991, 613 ff.

13 Information über Steuer und Wirtschaft 1991, 409 ff. m. w. N.

Erben noch beim Hoferben entsteht ein Veräußerungsgewinn oder ein Veräußerungsverlust. Der Vorgang wird also so beurteilt, wie bisher die Erbaueinandersetzung beurteilt wurde.

3. Teilungsanordnung

Häufig findet sich in Testamenten eine Teilungsanordnung. Über die steuerliche Wirkung solcher Teilungsanordnungen besteht zur Zeit noch Unklarheit. Überwiegend wird aber angenommen, daß eine Teilungsanordnung das Entstehen einer Erbengemeinschaft nicht verhindert und deshalb auf die steuerliche Behandlung der Erbaueinandersetzung keinen Einfluß hat. Die Teilungsanordnung soll lediglich regeln, wie die Erbaueinandersetzung vorgenommen wird¹⁴.

4. Erbfolge nach Höferecht

Nach § 4 der Norddeutschen Höfeordnung fällt der Hof als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes nur einem der Erben zu, nämlich dem Hoferben. Bestritten ist in der Literatur, ob dadurch der Hoferbe unmittelbar das alleinige Eigentum vom Erblasser erlangt oder ob der Hof eine logische Sekunde zum gesamthänderischen Nachlaß gehört, aber sofort kraft Gesetzes auf den Hoferben übergeht¹⁵.

Die Rechtsprechung des BGH und des BFH vertritt die erste Auffassung¹⁶. Das bedeutet, daß hinsichtlich des Hofes keine Erbaueinandersetzung stattfindet, also weder eine vertragliche Vereinbarung herbeigeführt werden muß noch eine Erbaueinandersetzung kraft Gesetzes durchgeführt wird. Die weichenden Erben haben lediglich Geldansprüche, die nach der Rechtsprechung des BFH einem Geldvermächtnis vergleichbar sind. Daraus ergibt sich, daß die Erbfolge nach der Norddeutschen Höfeordnung steuerlich so behandelt wird, als wäre der Hoferbe Alleinerbe und die weichenden Erben lediglich Vermächtnisnehmer.

Die weitere Folge ist, daß die Zahlungen des Hoferben zur Abfindung der weichenden Erben steuerlich unbeachtlich sind. In dieser Hinsicht bleibt also alles wie bisher. Auch wenn man der in der Literatur zum Teil vertretenen Auffassung folgt, wonach der Hof für eine logische Sekunde Bestandteil des gesamthänderischen Nachlasses wird¹⁷, ändert dies meines Erachtens am Ergebnis nichts. So besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß der unentgeltliche Übergang eines Betriebes auch wie folgt herbeigeführt werden könnte:

Alle Abkömmlinge des Erblassers werden aufgrund des Testamentes Erben. Einer der Erben wird jedoch mit einem Vorausvermächtnis bedacht. Das Vorausvermächtnis besteht darin, daß dieser Erbe den Betrieb erhalten soll. In diesem Fall ist die Erbengemeinschaft verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer den Betrieb zu übertragen. Ertragsteuerlich geht der Betrieb unentgeltlich zunächst vom Erblasser auf die Erbengemeinschaft und anschließend von der Erbengemeinschaft auf den Vermächtnisnehmer über.

Entsprechendes gilt meines Erachtens, wenn man bei der Höfeordnung zunächst die Erbengemeinschaft für eine logische Sekunde als Inhaber des Betriebes ansieht. Der Betrieb würde dann kraft Gesetzes in das Alleineigentum des Hoferben übergehen. Dieser Fall wäre dann meines Erachtens zumindest vergleichbar mit dem Fall, daß der Hof aufgrund eines Vermächtnisses von der Erbengemeinschaft auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden muß.

Damit ist festzuhalten, daß die Erbfolge nach der Norddeutschen Höfeordnung ein geeignetes Instrument ist, den durch die neue Rechtsprechung aufgeworfenen einkommensteuerlichen Problemen elegant aus dem Wege zu gehen. Manch ein

Hofeigentümer sollte sich deshalb überlegen, ob er, wenn der Betrieb im Geltungsbereich der Norddeutschen Höfeordnung angesiedelt ist, den Hof in die Höferolle eintragen läßt. Die im Rheinland sehr weit verbreitete Abneigung gegen die Höfeordnung zwingt meines Erachtens zum Umdenken. Dies gilt nicht nur für die Landwirte, sondern auch für Anwälte und Notare.

5. Rheinland-Pfälzische Höfeordnung

In Rheinland-Pfalz gilt die Norddeutsche Höfeordnung nicht. Vielmehr hat das Bundesland Rheinland-Pfalz selbst eine Höfeordnung erlassen. Wer mit Höfen im Lande Rheinland-Pfalz zu tun hat, wird feststellen, daß die Rheinland-Pfälzische Höfeordnung der Norddeutschen Höfeordnung sehr stark gleicht. Auch dort geht der Hof als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes auf den Hoferben über. Steuerlich ist deshalb die Hoferbfolge nach der Rheinland-Pfälzischen Höfeordnung nicht anders zu beurteilen als nach der Norddeutschen Höfeordnung.

6. Zuweisung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz

Nach § 13 GrdstVG kann das Gericht auf Antrag eines Erben diesem unter weiteren Voraussetzungen einen zum Nachlaß gehörenden Betrieb zuweisen. Das Zuweisungsverfahren setzt voraus, daß zunächst eine Erbengemeinschaft besteht und daß ein landwirtschaftlicher Betrieb zum Gesamthandvermögen dieser Erbengemeinschaft gehört. Die Zuweisung soll auch nur erfolgen, wenn sich die Erben nicht einvernehmlich auf eine Lösung einigen können. Deshalb ersetzt der Zuweisungsbeschluß des Gerichtes meines Erachtens nur eine freiwillig nicht zustande gekommene Erbaueinandersetzung.

Die Folgen können deshalb nicht anders sein, als wenn sich die Miterben freiwillig dahingehend auseinandersetzen, daß einer von ihnen den landwirtschaftlichen Betrieb geschlossen gegen eine Abfindung übernimmt. Daraus ergibt sich, daß ertragsteuerlich das Zuweisungsverfahren nicht anders zu behandeln ist, als die Übernahme eines Betriebes nach § 2049 BGB. Das Zuweisungsverfahren ist damit mit den gleichen Unsicherheiten behaftet wie die Erbaueinandersetzung nach § 2049 BGB.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich zur Erbaueinandersetzung bei landwirtschaftlichen Betrieben folgendes sagen: Die Erbregelung des § 2049 BGB und das Zuweisungsverfahren nach §§ 13 ff. GrdstVG sind mit erheblichen steuerlichen Unsicherheiten behaftet. Diesen Problemen kann man aus dem Wege gehen. Dabei ist insbesondere an folgende Maßnahmen zu denken:

- a) Der landwirtschaftliche Betrieb wird nach Höferecht oder einem vergleichbaren Anerbenrecht vererbt.
- b) Ist die Eintragung des Betriebes in die Höferolle aus irgendwelchen Gründen nicht möglich, kann die gleiche Wirkung dadurch erreicht werden, daß der Hoferbe testamentarisch zum Alleinerben bestimmt wird. Die weichenden Erben müssen dadurch zwangsläufig enterbt werden. Finanziell brauchen sie aber nicht schlechter gestellt zu werden. Sie können vielmehr als Vermächtnisnehmer in Form von Sach- oder Geldvermächtnissen das bekommen, was ihnen ohnehin zugeacht war. Dabei ergibt sich allerdings eine psychologische Barriere, weil der potentielle Erblasser zunächst davon überzeugt werden muß, daß es aus steuerlichen Gründen sinnvoll ist, die weichenden Erben durch das Testament zu enterben.
- c) Die dritte Gestaltung besteht in der vorweggenommenen Erbfolge, zu der nachfolgend einige Ausführungen gemacht werden.

14 Vgl. Flume, DB 1990, 2390; Märkle/Franz, BB 1991, Beilage 5, S. 11; Ruban, DStR 1991, 65 ff.

15 Lange/Wulf, 9. Aufl., § 1 HöfeO, Anm. 4.

16 BFH DB 1987, 1716 = AgrarR 1988, 47.

17 Lange/Wulf, a.a.O. (Fn. 15).

B. Vorweggenommene Erbfolge

I. Die Rechtsprechung des BFH

In der Vergangenheit wurde die vorweggenommene Erbfolge stets als ein unentgeltlicher Vorgang behandelt. Dahinter stand die Überlegung, daß die vorweggenommene Erbfolge eine Schenkung darstellt.

Häufig übernimmt allerdings der Bedachte beträchtliche Verpflichtungen, wie z. B. die Übernahme der Schulden, die Abfindung weichender Erben und die Gewährung von Altenteilsleistungen. Dabei handelt es sich aber nach wohl überwiegender Auffassung um Auflagen, mit der Folge, daß der Vorgang insgesamt noch als Schenkung eingestuft wird. Da zivilrechtlich die Auflassungsschenkungen in vollem Umfang als Schenkung beurteilt wird, hat die Rechtsprechung steuerlich daraus die Konsequenz gezogen, daß derartige Auflagen nicht zu einem entgeltlichen Vorgang führen können.

Diese Rechtsprechung hat der Große Senat des BFH am 5. 7. 1990 aufgegeben¹⁸. Vorausgegangen war ein Vorlagebeschluß des neunten Senates, der die steuerliche Behandlung der vorweggenommenen Erbfolge bei Privatvermögen betraf¹⁹. Während der achte Senat des BFH noch im November 1985 entschieden hatte, daß bei der vorweggenommenen Erbfolge die Zahlung von Gleichstellungsgeldern an die übrigen Abkömmlinge steuerlich unbeachtlich sei²⁰, wollte der neunte Senat gegenteilig urteilen. Deshalb rief er den Großen Senat an.

Der Große Senat hat entschieden, daß auch bei der vorweggenommenen Erbfolge ein entgeltlicher Vorgang vorliegen kann. Der zu beurteilende Fall betraf eine vorweggenommene Erbfolge des Privatvermögens. Allerdings hat der Große Senat ausdrücklich hervorgehoben, daß seine Ausführungen auch zur vorweggenommenen Erbfolge beim Betriebsvermögen gelten. Dabei unterscheidet der Große Senat bei der vorweggenommenen Erbfolge vier Gruppen von Gegenleistungen, die der Übernehmer möglicherweise zu erbringen hat.

1. Versorgungsleistungen

Verpflichtet sich der Übernehmer bei der vorweggenommenen Erbfolge, Versorgungsleistungen an den Übergeber zu erbringen, soll darin nach Auffassung des Großen Senates kein Entgelt liegen. Die in der Landwirtschaft üblicherweise vereinbarten Altenteilsleistungen, die der Hofübernehmer zu erbringen hat, sind also kein Entgelt für die Übernahme des Betriebes. Der Große Senat begründet seine Auffassung dazu sehr ausführlich mit der Entwicklung des Einkommensteuerrechts. Danach wurden derartige Leistungen des Vermögensübernehmers schon immer als Sonderausgaben behandelt. Die Möglichkeit, derartige Leistungen als Sonderausgaben abzuziehen, setzt aber zwangsläufig voraus, daß diese Leistungen nicht zugleich Entgelt für die Übernahme des Vermögens sein können.

Die Vereinbarung von Versorgungs- oder Altenteilsleistungen wird also steuerlich nicht anders beurteilt als früher. Der Große Senat hat aber ausdrücklich betont, daß dies nur gilt, soweit typische Altenteilsleistungen erbracht werden. Verpflichtet sich der Übernehmer zu Leistungen, die den Rahmen typischer Altenteilsleistungen übersteigen, liegt insoweit ein Entgelt vor.

Die Abgrenzung zwischen typischen Altenteilsleistungen und weitergehenden Leistungen ist nicht unproblematisch. So hat der BFH ausdrücklich hervorgehoben, daß nicht nur Leistungen an den Vermögensübergeber Versorgungsleistungen sein können. Vielmehr kommen auch Leistungen an den Ehegatten des Vermögensübergebers und an weitere Angehörige des Vermögensübergebers in Betracht, insbesondere an die übrigen Geschwister des Vermögensübernehmers. Verpflichtet

sich z. B. der Vermögensübernehmer, seinen Geschwistern bis zu einem bestimmten Datum Kost und Wohnung zu gewähren, so stellt dies nach Auffassung des BFH eine indirekte Versorgungsleistung an den Betriebsübergeber dar. Insoweit liegt also kein entgeltlicher Vorgang vor. Haben derartige Leistungen aber den Charakter von Abfindungszahlungen an die weichenden Erben, gelten andere Grundsätze.

2. Abfindung weichender Erben

Häufig verpflichtet sich der Vermögensübernehmer, den anderen Abkömmlingen des Übergebers Gleichstellungsgelder zu leisten. Bei landwirtschaftlichen Betrieben spricht man allgemein von der Abfindung der weichenden Erben. Der Große Senat des BFH hat nun im Zuge der Rechtsprechungsänderung entschieden, daß solche Leistungen entgeltlichen Charakter haben. Dabei handelt es sich um Leistungen, die dem Betriebsübergeber zugute kommen. Auch wenn die Leistungen direkt an die weichenden Erben erbracht werden, geschieht dies aufgrund einer Verpflichtung, die der Betriebsübernehmer mit dem Betriebsübernehmer ausgehandelt hat. In Wirklichkeit handelt es sich also um eine Leistung an den Betriebsübergeber.

3. Schuldübernahme

Regelmäßig muß der Vermögensübernehmer auch die Schulden übernehmen, die der Vermögensübergeber wegen des Vermögens eingegangen ist. Manchmal kommt auch noch die Übernahme weiterer Schulden dazu, wie z. B. die Verpflichtung, Steuerschulden des Übergebers zu begleichen. Bei der Schuldübernahme unterscheidet der Große Senat des BFH zwei Fallgruppen.

a) Die erste Fallgruppe betrifft die Übergabe eines Betriebes und die damit verbundenen Schulden. Der BFH ist der Auffassung, daß der Übernehmer insoweit keine Gegenleistung erbringt, als er die betrieblichen Schulden übernimmt. Er übernimmt vielmehr einen um die Schulden in seinem Wert geminderten Betrieb. Da die Betriebsschulden in der Bilanz berücksichtigt sind, erhält der Betriebsübernehmer quasi nur das Eigenkapital des Betriebes geschenkt und die stillen Reserven.

b) Übernimmt der Vermögensübernehmer dagegen private Schulden des Übergebers, so soll darin eine Gegenleistung zu sehen sein. Dies gilt unabhängig davon, ob Privatvermögen oder Betriebsvermögen übergeben wird. Verpflichtet sich der Übernehmer eines landwirtschaftlichen Betriebes z. B., rückständige Einkommensteuernschulden bzw. noch fällig werdende Einkommensteuernachzahlungen des Betriebsübergebers zu erfüllen, liegt darin die Übernahme privater Schulden. Insoweit ist der Vorgang entgeltlich.

4. Abstandsgelder

Vereinzelte kommt es vor, daß bei der vorweggenommenen Erbfolge der Übernehmer dem Übergeber einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen hat. Man spricht hier von einem Abstandsgeld. Je nach regionalen Gebräuchen wird ein solches Abstandsgeld auch bei der Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe gezahlt. Häufig dient das Abstandsgeld beim Übergeber auch dazu, die weitere Versorgung des Hofübergebers sicherzustellen.

Der BFH hat entschieden, daß solche Abstandsgelder als Entgelt für die Vermögensübernahme anzusehen sind. Dies gilt sowohl für Betriebsvermögen als auch für Privatvermögen. Diese Auffassung galt auch wohl schon nach bisheriger Rechtsprechung, weil insoweit zivilrechtlich nur eine gemischte Schenkung vorlag²¹. Gleichwohl hat die Finanzverwaltung solche Abstandsgelder in der Vergangenheit regelmäßig nicht als Entgelt behandelt²².

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung werden also Abfindungszahlungen an die weichenden Erben und die Übernahme privater Schulden als Entgelt des Betriebsübernehmers

18 BStBl. II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261.

19 Beschlüsse v. 7. 3. 1989, BStBl. II 1989, 766.

20 BStBl. II 1986, 161 = MittRhNotK 1986, 52.

21 Vgl. Groh, DB 1990, 2187.

22 Vgl. Hiller, a.a.O., 100 ff. (Fn. 9).

angesehen. Damit stellt sich die Frage, welche steuerlichen Wirkungen dies hat. Dies soll zunächst für den gewerblichen Bereich dargestellt werden:

Der Inhaber eines Hotelgrundstücks mit einem Verkehrswert von 1 Mio. DM und einem Buchwert von 400.000,— DM überträgt dieses Grundstück in vorweggenommener Erbfolge auf seinen Sohn A. A verpflichtet sich in dem Übergabevertrag, seinem Bruder B ein Gleichstellungsgeld in Höhe von 500.000,— DM zu zahlen.

Nach der neuen Rechtsprechung hat dieser Vorgang die Wirkung, daß der Betriebsübergeber so behandelt wird, als hätte er seinen Betrieb für 500.000,— DM veräußert. Da der Buchwert aber nur 400.000,— DM beträgt, ergibt sich daraus ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn in Höhe von 100.000,— DM beim Betriebsübergeber. Diesen Gewinn muß er unter Berücksichtigung eines etwaigen Freibetrages mit dem ermäßigten Steuersatz versteuern.

Beim Betriebsübernehmer führt dieser Vorgang zu einem Buchwert des Betriebes in Höhe von 500.000,— DM, also in Höhe der tatsächlich aufgewandten Kosten. Von diesen Kosten kann der Betriebsübernehmer in Zukunft die Abschreibung in Anspruch nehmen.

Dieses Ergebnis ist allerdings nur richtig, wenn man der sogenannten Einheitstheorie folgt. Diese besagt, daß der tatsächlich erzielte Veräußerungserlös dem Buchwert gegenübergestellt wird. Denkbar wäre auch, daß man das gesamte Geschäft in zwei Teile aufteilt, nämlich in einen entgeltlichen Anteil und in einen unentgeltlichen Anteil. Aufteilungsmaßstab wäre danach das Verhältnis des Veräußerungspreises zum Verkehrswert des Betriebes. In unserem Beispiel ergäbe sich daraus, daß das Hotelgrundstück zu 50 % geschenkt und hinsichtlich der anderen 50 % veräußert würde.

Wäre diese Theorie zutreffend, sähe das Ergebnis völlig anders aus. Der Betrieb würde dann zu 50 % unentgeltlich auf A übergehen. A würde auch 50 % des Buchwertes, also 200.000,— DM übernehmen. Hinsichtlich der anderen 50 % würde der Vater einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 300.000,— DM erzielen, weil dem Veräußerungserlös von 500.000,— DM lediglich ein Buchwertanteil von 200.000,— DM gegenüberstehen würde. Der Veräußerungsgewinn wäre also um 200.000,— DM höher. Der Betrieb hätte beim Übernehmer einen Buchwert von 700.000,— DM.

Zu der Frage, welcher Theorie zu folgen ist, hat sich der Große Senat in seiner Entscheidung nicht geäußert. Es gibt aber frühere Rechtsprechung des BFH zu diesem Problem. So hat der achte Senat des BFH für den Bereich des Betriebsvermögens entschieden, daß die Einheitstheorie anzuwenden ist²³. Der gleiche Senat hat für den Bereich des Privatvermögens entschieden, daß die Trennungstheorie gültig ist²⁴. In unserem Beispiel würde das bedeuten, daß der Inhaber des Hotelbetriebes lediglich einen Veräußerungsgewinn von 100.000,— DM erzielen würde. Wäre das Hotel aber beispielsweise verpachtet und steuerlich ins Privatvermögen überführt worden, ergäbe sich bei dem gleichen Vorgang ein Veräußerungsgewinn von 300.000,— DM, der dann allerdings steuerfrei wäre. Den Vorteil hätte aber der Vermögensübernehmer.

II. Vorweggenommene Erbfolge bei einem landwirtschaftlichen Betrieb

Auch im Bereich der Land- und Forstwirtschaft weist die vorweggenommene Erbfolge Besonderheiten auf. So wird die Abfindung der weichen Erben üblicherweise daran gemessen, wie hoch die Ansprüche der weichen Erben im Erbfall wären. Daraus ergibt sich, daß der Hofübernehmer gemessen am Verkehrswert relativ geringe Leistungen zu erbringen hat. Dazu das folgende Beispiel:

Landwirt L ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebes mit 20 Hektar Eigentumsfläche. Er hat diesen Betrieb unter Zupacht von weiteren 50 Hektar als reinen Marktfruchtbaubetrieb geführt. Der Buchwert des Betriebes, der schuldenfrei ist, beträgt 1 Mio. DM. Davon entfallen 800.000,— DM auf Grund und Boden. L überträgt diesen Betrieb in vorweggenommener Erbfolge an seinen Sohn A. Im Übergabevertrag verpflichtet sich A, an seinen Bruder B eine Abfindung in Höhe von 50.000,— DM zu zahlen.

Stellt man die hier vereinbarte Abfindungsleistung dem Buchwert des Betriebes gegenüber, so unterschreitet die Abfindungsleistung den Buchwert um 950.000,— DM. Daraus könnte man folgern, daß der Betriebsübergeber bei der Veräußerung seines Betriebes einen Veräußerungsverlust von 950.000,— DM erzielt. Der Buchwert des Betriebes wäre dann in der Hand des Sohnes nur noch 50.000,— DM. Dies hätte verheerende Folgen, weil die stillen Reserven des Betriebes damit um 950.000,— DM höher wären. Bei jeder Veräußerung eines Wirtschaftsgutes würden somit erhebliche stille Reserven aufgedeckt und zu versteuern sein. In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß eine solche Abstockung der Buchwerte zwingend ist²⁵.

Die wohl herrschende Auffassung in der Literatur löst den Fall aber anders²⁶. Danach liegt, weil die Gegenleistung des Sohnes den Buchwert des Betriebes unterschreitet, in vollem Umfang eine unentgeltliche Betriebsübertragung vor. Wenn dies zutrifft, ändert sich an der bisherigen Handhabung nichts. Bei den meisten landwirtschaftlichen Betrieben werden die Leistungen des Hofübernehmers, soweit sie nach der neuen Rechtsprechung als Entgelt anzusehen sind, also die Abfindung der weichen Erben und die Übernahme privater Schulden, deutlich unter dem Buchwert des übertragenen Betriebes liegen. Der Buchwert des Betriebes ist das Eigenkapital, also die Summe der Buchwerte der aktiven Wirtschaftsgüter abzüglich der Schulden. Eine Überschreitung des Buchwertes wird es wohl nur bei reinen Pachtbetrieben geben, die zum Teil sogar steuerlich ein negatives Betriebsvermögen ausweisen.

Wenn die Gegenleistung den Buchwert des Betriebes unterschreitet, kommt es letztlich darauf an, welche der beiden vorgenannten Auffassungen zutreffend ist. Die erstgenannte Auffassung, die zu einer Abstockung der Buchwerte führt, hätte verheerende Folgen. Allein daraus ergibt sich aber noch nicht, daß diese Auffassung falsch ist. Da sich der Gesetzgeber zu diesem Problem überhaupt nicht geäußert hat, besteht eine erhebliche Unsicherheit.

Die Finanzverwaltung hat auch für die Fälle der vorweggenommenen Erbfolge eine Kommission eingesetzt. Diese soll im einzelnen untersuchen, welche steuerlichen Konsequenzen die Rechtsprechungsänderung mit sich bringt. Dabei werden auch die Besonderheiten der landwirtschaftlichen Betriebe bedacht werden müssen. Ergebnisse dieser Kommission liegen aber noch nicht vor und sind auch nicht in Kürze zu erwarten. Daraus ergibt sich zur Zeit eine beträchtliche Unsicherheit.

Für den Juristen, der sich mit der vorweggenommenen Erbfolge landwirtschaftlicher Betriebe befaßt, stellt sich also die Frage, wie steuerliche Risiken ausgeschaltet werden können. Dies kann am sichersten dadurch geschehen, daß in dem Übergabevertrag keine Leistungen vereinbart werden, die nach der neueren Rechtsprechung als Entgelt angesehen werden. Problemlos sind somit Hofübergabeverträge, in denen sich der Hofübernehmer lediglich verpflichtet, die vorhandenen Betriebsschulden zu übernehmen und angemessene Altenteilsleistungen zu erbringen.

Unsicherheit ergibt sich dagegen bei solchen Übergabeverträgen, in denen sich der Hofübernehmer u. a. verpflichtet, die

23 BFH BStBl. II 1986, 811.

24 BFH BStBl. II 1981, 11.

25 Vgl. Hiller, a.a.O. (Fn. 9); Felix, FR 1991, 656 ff.

26 Vgl. Obermüller, a.a.O. (Fn. 13).

Abfindung der weichenden Erben vorzunehmen, Abstandsgelder an den Hofübergeber zu zahlen oder private Schulden des Hofübergebers zu tilgen. Bei vorausschauender Planung läßt sich aber die Hofübergabe auch dann risikolos gestalten, wenn die Abfindung der weichenden Erben im Grunde vorgesehen ist. Entscheidend ist lediglich, daß die Abfindung der weichenden Erben nicht im Übergabevertrag enthalten ist.

Möglich ist z. B., daß der potentielle Hofübernehmer zunächst aus seinem Vermögen Abfindungszahlungen an die weichenden Erben erbringt. Dies kann z. B. durch eine Schenkung mit Widerrufsvorbehalt geschehen. Erfolgt anschließend die Hofübergabe, ohne daß dort eine Verpflichtung zur Abfindung der weichenden Erben enthalten ist, liegt kein entgeltlicher Vorgang vor, weil sich der Übernehmer anläßlich der Übergabe nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet.

Der Hofübernehmer wird aber in den meisten Fällen nicht in der Lage sein, aus seinem vor der Hofübergabe vorhandenen Vermögen die Abfindung der weichenden Erben vorzunehmen. In solchen Fällen muß der Hofübergeber selbst die Abfindung durchführen. Dies kann dadurch geschehen, daß er eine gewisse Zeit vor der Hofübergabe die weichenden Erben mit Geld oder Sachwerten abfindet. Bei der Abfindung mit Geld kann auch daran gedacht werden, daß der Hofübergeber zu diesem Zweck ein betriebliches Grundstück mit einer Grundschuld oder Hypothek belastet. Dann ist aber zu bedenken, daß diese Schuld, weil sie nicht betrieblich veranlaßt ist, eine Privatschuld ist. Übernimmt anschließend der Betriebsübernehmer diese Schuld, liegt insoweit wiederum ein Entgelt vor. Deshalb muß, bevor der Hof übergeben wird, die betriebliche Schuld in eine private Schuld umgewandelt werden. Dies kann, wenn ausreichend Zeit zur Verfügung steht, nach dem sogenannten 2-Konten-Modell erfolgen.

Bemerkenswert ist, daß nach Auffassung des BFH die Abfindung der weichenden Erben insoweit nicht zu einem Entgelt führt, als der Vermögensübernehmer lediglich Teile des übernommenen Vermögens an die weichenden Erben weitergeben muß. Verpflichtet sich z. B. der Hofübernehmer, ein zum Hof gehörendes Baugrundstück den weichenden Erben zur Abfindung zu übertragen, so liegt darin nach Auffassung des BFH kein Entgelt für die Hofübernahme. Vielmehr erhält der Hofübernehmer von vornherein einen um dieses Grundstück verminderten Betrieb. Auch hier zeigt sich, daß gewisse Gestaltungsspielräume geblieben sind. Dies soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Ein landwirtschaftlicher Betrieb wird in vorweggenommener Erbfolge übergeben. Unter den Beteiligten besteht im Grunde Einigkeit, daß der weichende Erbe eine Abfindung in Höhe von 50.000,— DM erhalten soll. Diese soll der Betriebsübernehmer im Laufe von drei Jahren auszahlen. Zur Vermeidung eines entgeltlichen Vorgangs verpflichtet sich aber der Betriebsübernehmer im Übergabevertrag nicht zur Zahlung von 50.000,— DM. Vielmehr übernimmt er die Verpflichtung, ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück mit einem Verkehrswert von 50.000,— DM an den weichenden Erben innerhalb von drei Jahren weiterzugeben. Nach vollzogener Hofübergabe einigen sich der Hofübernehmer und der weichende Erbe darauf, daß statt der Übergabe des Grundstücks ein Betrag von 50.000,— DM gezahlt wird.

Bei dieser Fallkonstellation wird der Betrieb mit der Auflage übergeben, ein Betriebsgrundstück abzuzweigen. Insoweit liegt nach Auffassung des BFH kein entgeltlicher Vorgang vor. Die Tatsache, daß anschließend der Hofübernehmer und der weichende Erbe die Abfindung anders regeln, kann und darf beim Betriebsübergeber meines Erachtens nicht zu einer anderen steuerlichen Beurteilung führen. Durch die abweichende Vereinbarung wird zugleich erreicht, daß das Grundstück gar nicht aus dem Betriebsvermögen entnommen werden muß. Sollte das Grundstück stille Reserven enthalten, müssen diese also erst gar nicht aufgedeckt werden.

III. Bedeutung des § 17 Abs. 2 HöfeO

Nach § 17 Abs. 2 HöfeO gilt zugunsten der weichenden Erben der Erbfall hinsichtlich des Hofes als eingetreten, wenn der Hof in vorweggenommener Erbfolge übertragen wird. Damit erhalten die weichenden Erben schon zu Lebzeiten die Abfindungsansprüche des § 12 HöfeO. Sind im Übergabevertrag ihre Ansprüche nicht geregelt, so können sie die ihnen nach § 12 HöfeO für den Erbfall zustehende Abfindung schon zu Lebzeiten des Betriebsübergebers verlangen, und zwar vom Betriebsübernehmer. Dies wirft die Frage auf, wie die Erfüllung dieses gesetzlich entstandenen Abfindungsanspruchs steuerlich zu behandeln ist.

Nach der Rechtsprechung des BFH kommt es entscheidend darauf an, welche Leistungen sich der Betriebsübergeber bei der Betriebsübergabe versprechen läßt. Wird die Abfindung der weichenden Erben im Übergabevertrag nicht geregelt, entsteht aber gleichwohl aufgrund der Vorschrift des § 17 Abs. 2 HöfeO ein solcher Abfindungsanspruch. Dieser beruht aber nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung, sondern auf einer gesetzlichen Anordnung. Die Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung kann somit nicht als Leistung des Hofübernehmers an den Hofübergeber gewertet werden. Deshalb stellt die Erfüllung solcher gesetzlichen Abfindungsansprüche kein Entgelt dar. Sind sich also die Beteiligten im Einzelfall darüber einig, daß die weichenden Erben als Abfindung lediglich die ihnen nach § 12 HöfeO zustehenden Ansprüche erhalten sollen, braucht im Übergabevertrag die Abfindung gar nicht geregelt werden. Steuerlich hat dies den Vorteil, daß kein entgeltlicher Vorgang vorliegt.

In der Regel wollen die Beteiligten aber eine höhere Abfindung als die nach § 12 HöfeO vereinbaren. Hier stellt sich dann die Frage, ob eine solche Vereinbarung im Übergabevertrag als Entgelt des Betriebsübernehmers an den Betriebsübergeber angesehen werden kann. Beträgt z. B. der Abfindungsanspruch nach § 12 HöfeO für einen weichenden Erben 10.000,— DM, verpflichtet sich aber der Hofübernehmer, dem weichenden Erben eine Abfindung von 30.000,— DM zu zahlen, so beruht diese Abfindung zum größten Teil nicht auf der Vorschrift des § 17 Abs. 2 HöfeO. Gleichwohl wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß solche Abfindungszahlungen kein Entgelt für die Übernahme des Hofes sind. Dies wird damit begründet, daß nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 HöfeO mit der Hofübergabe der Erbfall hinsichtlich des Hofes als eingetreten gilt²⁷. Wäre tatsächlich der Erbfall eingetreten, wäre die Abfindung der weichenden Erben steuerlich unbeachtlich, weil diese Zahlungen wie Vermächtniszahlungen zu behandeln wären.

Diese Auffassung geht also davon aus, daß die Hofübergabe die Wirkung hat, als wäre der Betriebsübergeber in seiner Eigenschaft als Hofeigentümer gestorben. Meines Erachtens ist dies nicht zutreffend. § 17 Abs. 2 HöfeO hat lediglich die Folge, daß schon zu Lebzeiten die Abfindungsansprüche der weichenden Erben entstehen und fällig werden. § 17 Abs. 2 HöfeO hat aber nicht die Wirkung, daß der Hofübergeber als nicht mehr existent angesehen werden kann. Tatsächlich lebt der Hofübergeber noch und hat aus dem Übergabevertrag auch noch Rechte, in der Regel jedenfalls Altenteilsrechte.

Es kann auch nicht gelehrt werden, daß in einem solchen Fall der Abfindungsanspruch des weichenden Erben überwiegend darauf beruht, daß der Hofübergeber eine entsprechende Vereinbarung mit dem Hofübernehmer getroffen hat. Allenfalls könnte man daran denken, in dem genannten Beispiel die Abfindungszahlung aufzuteilen, und zwar in einen Anteil von 10.000,— DM, der dem weichenden Erben ohnehin zusteht und nicht als Entgelt angesehen werden kann, und in einen anderen Anteil von 20.000,— DM, der lediglich auf der freiwilligen Verpflichtung des Hofübernehmers beruht.

Deshalb bleibt es meines Erachtens dabei, daß die Abfindungszahlung insoweit ein Entgelt darstellt, als sie den gesetz-

lichen Abfindungsanspruch überschreitet. Wenn aber die Abfindung insoweit entgeltlich ist, kann sie nicht anders behandelt werden, als bei einem landwirtschaftlichen Betrieb, der nicht Hof im Sinne der Höfeordnung ist. Dann aber ergeben sich die bereits erwähnten Unsicherheiten.

C. Zusammenfassung

Der BFH hat mit seiner geänderten Rechtsprechung erhebliche Unsicherheit beim Generationswechsel in landwirtschaftlichen Betrieben hervorgerufen. Die Grundsatzentscheidungen des Großen Senates haben mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. Zum Teil befassen sich jetzt die einzelnen Senate des BFH mit den offengelassenen Fragen. Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß in den zwischenzeitlich ergangenen Urteilen die Grundsätze des Großen Senates teil-

weise wieder in Frage gestellt werden²⁸. Da auch die Finanzverwaltung bisher noch nicht Stellung bezogen hat, bleibt für den steuerlichen Berater im Moment nur die Möglichkeit, einen möglichst sicheren Weg zu wählen.

Als sicherer Weg kommt die vorweggenommene Erbfolge in Betracht, wenn alle Leistungen ausgeklammert werden, die von der Rechtsprechung als Entgelt eingestuft werden. Ein weiterer sicherer Weg ist aber auch die Vererbung eines Hofes im Sinne der Höfeordnung von Todes wegen. Die dritte Möglichkeit ist die Errichtung eines Testamentes, in dem der vorge-sehene Hofnachfolger zum Alleinerben bestimmt wird. Die Abfindung der weichenden Erben muß dann auf der Basis von Vermächtnissen erfolgen. Wer sich als Jurist mit solchen Erbangelegenheiten befaßt, sollte in groben Zügen über die steuerlichen Probleme informiert sein. Dies muß Anlaß genug sein, den Mandanten vor Abschluß etwaiger Verträge zu veranlassen, die Angelegenheit steuerlich überprüfen zu lassen.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht/Schuldrecht – Wirksamkeit des abstrakten Schuldanerkenntnisses auch bei Scheitern der Grundschuldbestellung

(BGH, Urteil vom 10.12.1991 – XI ZR 48/91)

BGB § 780

Hat ein Darlehensnehmer in einer vorformulierten notariellen Grundschuldbestellungsurkunde zur Sicherung der Ansprüche des Darlehensgebers auch die persönliche Haftung „für den Betrag der Grundschuld“ übernommen und sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen, so wird diese Zwangsvollstreckung nicht unzulässig, wenn mit einer Eintragung der Grundschuld nicht mehr zu rechnen ist.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. wollte sich Ende 1983 an einem Bauherrenmodell beteiligen. Durch notarielle Erklärung vom 20.12.1983 nahm sie das Angebot zum Abschluß eines Treuhandvertrags an und erteilte dem Treuhänder eine umfassende Vollmacht. Am 21.12.1983 schloß der Treuhänder mit der GV-GmbH einen notariellen Kaufvertrag über das Baugrundstück; es stand damals noch im Eigentum der GFB-GmbH; zugunsten der GV-GmbH war eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Der Treuhänder stellte zugleich im Namen der Kl. einen Darlehensantrag bei der Rechtsworgängerin der Bekl., der H. Bank (im folgenden: Bekl.), und erteilte ihr Überweisungsaufträge zu Lasten der zu eröffnenden Kreditkonten.

In notarieller Verhandlung vom 22.12.1983 bestellte die GFB-GmbH zugunsten der Bekl. zwei Grundschulden über 192.250,- DM und 202.250,- DM; die GV-GmbH bewilligte deren Eintragung im Rang vor ihrer Auflassungsvormerkung. Unter Nr. IV der beiden Grundschuldbestellungsurkunden übernahm die Kl., vertreten durch den Treuhänder, jeweils die persönliche Haftung „für den Betrag der Grundschuld“ und unterwarf sich deswegen zugleich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen mit dem Zusatz: „Dies gilt auch schon vor der Eintragung der Grundschuld im Grundbuch und vor der Vollstreckung in das belastete Grundeigentum“. Nach der als Ergänzung zur Grundschuldbestellung vom 22.12.1983 abgegebenen Zweckerklärung sollten „Grundschuld und die unter IV genannten Rechte“ zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Gläubigerin gegen die Kl. dienen.

Die Eintragung der Grundschuld wurde beantragt, aber abgelehnt. Der Initiator des Bauherrenmodells und seine Gesellschaften gerieten in Vermögensverfall. Da eine Fertigstellung des Bauobjektes nicht mehr möglich war, einigten sich Bauherren und Bekl. auf eine Veräußerung des Grundstücks; der Erlös wurde den Kreditkonten der Bauherren gutgeschrieben. Wegen der danach noch verbleibenden Restforderung betreibt die Bekl. die Zwangsvollstreckung aus den notariellen Urkunden vom 22.12.1983 gegen die Kl. Diese hat die dem Treuhänder erteilte Vollmacht angefochten. Sie hält alle Vereinbarungen für unwirksam und will dem Anspruch der Bekl. eigene Schadensersatzforderungen entgegensetzen. Ihre Vollstreckungsabwehrklage ist vom LG abgewiesen worden. Das OLG Hamm hat als Berufungsgericht der Klage stattge-

geben; das Urteil ist in WM 1991, 783 abgedruckt. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabwehrantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

I. Das Berufungsgericht hat die Vollstreckung aus den notariellen Urkunden vom 22.12.1983 mit folgender Begründung für unzulässig erklärt: Die Regelung über die persönliche Haftung der Kl. gem. Nr. IV der Urkunden gehe als selbstverständlich davon aus, daß die Grundschuld später eingetragen werde. Wenn – wie hier – endgültig feststehe, daß es dazu nicht mehr kommen werde, entfalle die persönliche Haftung. Diese Auslegung ergebe sich aus Wortlaut, Sinn und Zweck der Urkunden. Der Schuldner könne damit rechnen, daß sich seine persönliche Haftungsübernahme auf den Betrag beschränke, der im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nicht zu realisieren sei. In anderer Auslegung sei die AGB-Regelung für ihn überraschend i. S. v. § 3 AGBG.

Diese Begründung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

II. 1. Die Übernahme der persönlichen Haftung stellt ein abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 BGB dar (BGHZ 98, 256, 259 m. w. N. = DNotZ 1987, 210; BGH WM 1990, 1927). Auch wenn es vorformuliert in eine Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen ist, hält ein solches Schuldversprechen der Inhaltskontrolle nach §§ 9–11 AGBG stand, sofern es – wie hier in der Zweckerklärung festgelegt – nicht der Sicherung fremder, sondern eigener Verbindlichkeiten des Schuldners dienen soll (BGHZ 99, 274, 283 = DNotZ 1987, 488 = MittRhNotK 1987, 74; BGH WM 1990, 1927; BGH WM 1991, 758 f. = BGHZ 114, 9 = DNotZ 1992, 91 = MittRhNotK 1991, 211).

2. Die Auslegung, die das Berufungsgericht der Haftungsübernahmeklausel und der Zweckerklärung gegeben hat, ist vom Senat als Revisionsgericht uneingeschränkt zu überprüfen, da die Regelung nach den Feststellungen im Berufungsurteil Bestandteil eines im gesamten Bundesgebiet verbreiteten Formulars des DG-Verlages ist (vgl. BGH NJW 1985, 1220).

3. Die Auslegung des Berufungsgerichts widerspricht der des erkennenden Senats in seinem Urteil vom 2.10.1990 (WM 1990, 1927). Zwar war im damals entschiedenen Fall die Grundschuld zunächst durch Eintragung wirksam entstanden und erst später in der Zwangsversteigerung erloschen, ohne daß der Gläubiger daraus Befriedigung erlangt hatte. Im vorliegenden Fall ist es dagegen überhaupt nicht zur Eintragung der Grundschuld gekommen. Dieser Unterschied im Sachverhalt rechtfertigt

aber keine unterschiedliche rechtliche Behandlung des Schuldversprechens. Nach der Begründung des Senatsurteils vom 2.10.1990 kommt es entscheidend darauf an, daß das Schuldversprechen seinen Rechtsgrund nicht in dem Grundschuldanspruch findet, sondern als zusätzliche Sicherung der Kreditforderung selbständig neben der Grundschuld steht. Dieses Nebeneinander beider Sicherungsmittel wird im vorliegenden Fall sogar durch die – im früheren fehlende – ausdrückliche Zweckerklärung eindeutig klaggestellt. Zwar kann der Gläubiger den für die Grundschuld angegebenen Betrag aus der Urkunde nur einmal fordern und vollstrecken; soweit die Bank aus der Grundschuld Befriedigung erlangt, kann sie aus dem Schuldversprechen nicht mehr vorgehen. Ist die Grundschuld aber mangels Eintragung gar nicht entstanden, so ist das – ebenso wie im Fall des Erlöschens der Grundschuld ohne Befriedigung – kein Grund, der Gläubigerin auch noch die andere Sicherung, das Schuldversprechen, zu verweigern; das würde seinem Sinn als zusätzliche Sicherheit widersprechen. Wenn der Gläubigerin die Befriedigungsmöglichkeit aus der Grundschuld fehlt, ist sie ganz besonders darauf angewiesen, aus dem abstrakten Schuldversprechen auf das gesamte Vermögen des Schuldners zugreifen zu können (Rehbein, EWIR, § 780 BGB, 1/91, 46 a.E.). Die ausdrückliche Bestimmung, die persönliche Haftung gelte auch schon vor der Eintragung der Grundschuld im Grundbuch, spricht nicht – wie das Berufungsgericht meint – gegen den Willen des Schuldners, eine selbständig neben der Grundschuld stehende Haftungsverpflichtung zu begründen, sondern ist gerade Ausdruck dieses Willens.

4. In dieser Auslegung war die streitige Regelung für die Kl. auch nicht überraschend i. S. d. § 3 AGBG. Sie konnte nicht damit rechnen, persönlich nur auf den aus dem Grundstück nicht realisierbaren Betrag in Anspruch genommen zu werden; denn als Schuldnerin des gesicherten Darlehens haftete sie gegenüber der Bank ohnehin in vollem Umfang. Das abstrakte Schuldversprechen mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sollte der Bekl. nur den Zugriff auf das Vermögen der Kl. erleichtern.

Im vorliegenden Fall hat sich im übrigen auch der Umfang der persönlichen Haftung der Kl. dadurch, daß die Grundschuld nicht eingetragen wurde, nicht vergrößert; denn unstreitig ist der Wert des einverständlich veräußerten Grundstücks zur Tilgung der Kreditschulden verwandt worden, der Kl. also anteilig zugekommen.

2. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Verdinglichung des Begleitschuldverhältnisses zu einem Wohnrecht durch Reallast

(OLG Köln, Beschluß vom 17. 1.1992 – 2 Wx 51/92 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Helmut Büttner, Köln)

BGB §§ 1093; 1105

1. Die Verpflichtung des Eigentümers, die Umlegung von Kosten auf den Wohnberechtigten zu unterlassen, kann nicht durch eine Reallast gesichert werden.
2. Die Freistellung von Kosten, die in der Person des Wohnberechtigten entstehen, ist dagegen eine durch Reallast sicherbare positive Leistung. Die Eintragungsfähigkeit setzt aber voraus, daß sich aus der Eintragung oder der in Bezug genommenen Bewilligung ergibt, welche *genauen* Leistungen übernommen werden. Es genügt nicht, daß „alle“ Nebenkosten übernommen werden.

Zum Sachverhalt:

In Abschn. C I (1) der notariellen Urkunde wurde der Begünstigten unter der Überschrift „Wohnrecht (§ 1093 BGB)“ ein lebenslanges Wohnrecht für die Erdgeschoßräume und einen Keller eingeräumt. Im Abschn. C I (2) wurde unter der Überschrift „Realleistungen des Eigentümers (§ 1105 BGB)“ weiter vereinbart:

„a) Zum Wohnrecht:

Das Wohnrecht ist dem Eigentümer gegenüber unentgeltlich; diesem obliegen Instandhaltung und Instandsetzung.

Frau H. ist von allen Wohnungskosten und -abgaben befreit, die sonst auf Mieter umgelegt werden können; sie trägt jedoch die Kosten für Licht/Strom/Wasser/Gas/Heizung/Telefon/Fernsehen sowie Schönheitsreparaturen.“

Die Bet. bewilligten u. a. die Eintragung des Wohnrechts und der Reallast im Grundbuch. Die Rechtspflegerin hat durch Zwischenverfügung den auf Eintragung der Reallast gerichteten Antrag insoweit beanstandet, als es die in C I (2) a Abs. 2 enthaltene Vereinbarung betrifft, da die Vereinbarung keine Leistungsverpflichtung des Eigentümers enthalte. Die Bet. entgegneten, die Leistung bestehe in der Befreiung von sonst umlagefähigen Kosten und Abgaben. Mit weiterer Zwischenverfügung hat die Rechtspflegerin dann gerügt, daß bei dieser Auslegung eine ergänzende Bewilligung erforderlich sei, da die Leistungen in der Bewilligung ihrem Inhalt nach genau und eindeutig beschrieben sein müßten.

Der gegen die Zwischenverfügung gerichteten Erinnerung haben die Rechtspflegerin und der Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde machen die Bet. geltend, die Anforderungen an die Bestimmtheit seien überspannt. Die Bestimmtheit ergebe sich hier daraus, daß der Wohnberechtigte von *allen* Kosten bis auf die konkret genannten befreit sei.

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 71 Abs. 1, 78 GBO zulässige weitere Beschwerde gegen die Zurückweisung der gegen die Zwischenverfügung des GBA gerichteten Beschwerde ist in der Sache unbegründet, da die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§§ 550, 551 ZPO). Gegenstand der angefochtenen Entscheidung ist die Ablehnung der Eintragung des in Ziff. C I (2) Abs. 2 des notariellen Vertrages vereinbarten Teils der Reallast, denn zu Abs. 1 hat die Rechtspflegerin ausdrücklich erklärt, daß sie diesen Teil der Vereinbarung für eintragungsfähig hält.

1. Die Reallast ist gem. § 1105 Abs. 1 BGB eine Grundstücksbelastung dergestalt, daß wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu erbringen sind. Das setzt voraus, daß es sich um ein positives Tun (aktive Leistungen) des Grundstückseigentümers handelt, die in Geldbeträge umgerechnet werden können (vgl. nur Palandt/Bassenge, 51. Aufl., § 1105 BGB, Anm. 4 m. w. N.; Meikel/Sieveling, Grundbuchrecht, 7. Aufl., C 182). Ein bloßes Dulden oder Unterlassen kann dagegen nicht Gegenstand einer Reallast sein (BayObLGZ 1959, 301 = DNotZ 1960, 147). Daß die Leistungen „aus dem Grundstück zu entnehmen“ sind, bedeutet nur, daß das Grundstück dinglich dafür haftet (vgl. KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 3. Aufl., Einl. R 8). Es begegnet Bedenken, ob die Befreiung von „Wohnungskosten und -abgaben, die sonst auf den Mieter umgelegt werden können“, die Verpflichtung zu einem positiven Tun i. S. d. gesetzlich typisierten Reallast, die nicht abweichend vom gesetzlichen Leitbild ausgestaltet werden kann (BayObLG NJW-RR 1991, 407 = DNotZ 1991, 805 = MittRhNotK 1990, 276), darstellt. Unter Kosten, die auf den Mieter umgelegt werden können, sind zunächst solche Kosten zu verstehen, die in der Person des Eigentümers entstehen, die dieser aber auf die Mieter ganz oder teilweise überwälzen kann (z. B. Betriebskosten wie in § 27 Abs. 2 Berechnungsverordnung beschrieben). Die bloße Unterlassung, eine solche mögliche Umlage vorzunehmen, ist kein positives Tun, das durch eine Reallast gesichert werden kann.

Das LG hat die getroffene Vereinbarung allerdings so ausgelegt, daß die Eigentümerin über die Unterlassung der Umlage hinaus grundsätzlich die regelmäßig anfallenden Kosten trägt, soweit diese die vom Wohnrecht erfaßten Räume betreffen. Eine solche Freistellung des Wohnungsberechtigten von Wohnungskosten und -abgaben, die unmittelbar in der Person des Wohnungsberechtigten entstehen (z. B. Befreiung von Müllabfuhrgebühren, die nach der Müllsatzung der Mieter oder Wohnberechtigten schuldet), kann als positive Leistung angesehen werden.

Hier kann letztlich dahinstehen, ob sich diese Auslegung noch mit dem Wortlaut vereinbaren läßt, insbesondere da die Bet. nicht konkret aufgezeigt haben, an welche in der Person des

Wohnungsberechtigten entstehenden wiederkehrenden Kosten hier (abgesehen von den von der Übernahme ausgeschlossenen Kosten wie Strom, Gas, Heizung usw.) gedacht ist, da die Eintragungsfähigkeit schon – wie noch darzulegen ist – aus anderen Gründen scheitert.

2. Der Eintragungsfähigkeit steht allerdings nicht entgegen, daß auch das Wohnungsrecht selbst so ausgestaltet werden kann, daß der Eigentümer dingliche Nebenleistungspflichten übernimmt (vgl. BayObLG DNotZ 1981, 124 ff. und eingehend Amann, DNotZ 1982, 396 ff. und 1989, 531 ff.), so daß die zusätzliche Bestellung einer Reallast unzulässig sein könnte. Die Möglichkeit, das Begleitschuldverhältnis zum Wohnungsrecht insoweit zu verdinglichen, schließt die Bestellung einer Reallast jedoch nicht aus. Es besteht ein schützenswertes Interesse für die Absicherung der Nebenleistungspflichten des Eigentümers durch eine selbständige Reallast (ebenso Amann, DNotZ 1982, 396, 414), denn diese Regelung geht weiter, da sie es nicht bei der schuldrechtlichen Haftung des jeweiligen Eigentümers beläßt, sondern die Nebenleistung auch durch ein dingliches Verwertungsrecht absichert.

3. Das LG hat die getroffene Regelung revisionsrechtlich unangreifbar auch so ausgelegt, daß sie zeitlich auf die Lebensdauer des Wohnungsberechtigten beschränkt ist, so daß Art. 115 EGBGB i.V.m. Art. 30 PrAGBGB i.V.m. § 22 Abs. 2 Gemeinschaftsteilungsgesetz NW der Eintragung der Reallast nicht entgegenstehen (LG Köln MittRhNotK 1987, 105 m. w. N.; ferner insbesondere Custodis, Rpfleger 1987, 233 ff., überzeugend gegen die inzwischen allgemein abgelehnte anderslautende Entscheidung OLG Düsseldorf Rpfleger 1986, 366 = MittRhNotK 1986, 119).

4. Das LG hat sich aber mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß die aus dem Grundstück zu erbringenden Leistungen und ihr Geldwert nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Dieses Erfordernis der Bestimmbarkeit ist uneingeschränkt revisionsrechtlich nachprüfbar (BGH NJW 1990, 2380 f. = DNotZ 1991, 803 = MittRhNotK 1990, 275). Die Anforderungen an die Bestimmtheit der geschuldeten Leistungen ergeben sich aus den Interessen nachrangiger Berechtigter bei einer eventuellen Zwangsversteigerung, denn der aus dem Grundstück zahlbare Betrag muß feststellbar sein (OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 1174; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 219; BayObLG MittBayNot 1987, 94 = MittRhNotK 1987, 280; LG München MittBayNot 1990, 244). Es muß sich daher aus der Eintragung oder der in Bezug genommenen Bewilligung ergeben, welche genauen Leistungen geschuldet werden. Dazu genügt nicht, daß „alle“ Nebenkosten übernommen werden, denn es steht schon schuldrechtlich nicht fest, was unter „alle Nebenkosten“ zu verstehen ist (vgl. zu derartigen Klauseln in Mietverträgen OLG Düsseldorf MDR 1991, 964 und Stempel, Mietrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 311 ff.). An dieser mangelnden Bestimmbarkeit ändert sich auch nichts dadurch, daß von der Übernahme enumerierte Nebenkosten ausgenommen sind, denn die unbestimmte Gesamtmenge wird nicht durch die Bestimmbarkeit einer Teilmenge bestimmbar. Jedenfalls sachenrechtlich ist nicht ausreichend, daß die Auslegung ergeben mag, daß alle nur denkbaren Wohnungskosten und -abgaben erfaßt sein sollen, denn es kann schon zweifelhaft sein, ob eine bestimmte Leistung als Wohnungsabgabe oder aber z. B. als allgemeine steuerliche Belastung anzusehen ist. Ferner fehlt auch die Klarstellung, daß nur wiederkehrende bzw. dauernde Kosten und Abgaben gemeint sind, denn grundsätzlich ist nur deren Übernahme im Wege der Reallast möglich (vgl. zur Abgrenzung Senat Rpfleger 1991, 200 und MünchKomm/Joost, 2. Aufl., § 1105 BGB, Rd.-Nr. 11 m. w. N.). Im übrigen kann eine Auslegung des schuldrechtlich zwischen den Parteien Gewollten nicht maßgebend für den objektiven Inhalt eines dinglichen Rechts sein, sondern maßgebend sind allein die aus der Eintragung und der zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden ersichtlichen Umstände (vgl. BGH NJW 1976, 417; BGH WM 1979, 206 = MittRhNotK 1979, 499; MünchKomm/Joost, a.a.O., Rd.-Nr. 13, 15).

5. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, daß die Regelung im

HS 2 des Abs. 2, soweit die Wohnberechtigte die Schönheitsreparaturen zu tragen hat, als Einschränkung gegenüber der Regelung in Abs. 1 eintragungsfähig wäre. Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs mit der im übrigen nicht eintragungsfähigen Regelung des Abs. 2 hat die Rechtspflegerin die Eintragung aber insoweit mit Recht insgesamt abgelehnt. Soweit mit der Zwischenverfügung eine ergänzende Eintragungsbewilligung zu den übernommenen Leistungen verlangt wird, hat auch dieser Inhalt der Zwischenverfügung mit der Maßgabe Bestand, daß es sich – wie ausgeführt – bei der Vereinbarung nicht um die bloße Vereinbarung der Unterlassung von Umlagen handeln darf, sondern bestimmbar positive wiederkehrende Leistungen vereinbart werden müssen.

3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Mitbenutzungsrecht des Eigentümers neben Wohnungsrecht eines Dritten (OLG Saarbrücken, Beschluß vom 9. 7. 1991 – 5 W 202/90 – mitgeteilt von Notarassessorin Dr. Christa Dikomey, Dillingen/Saar)

BGB §§ 1090; 1093

Ein Wohnungsrecht für einen Dritten und ein Mitbenutzungsrecht für den Grundstückseigentümer an denselben Räumen schließen sich nicht gegenseitig aus und können daher mit Gleichrang im Grundbuch eingetragen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Ast. haben am 9. 4. 1990 vor der Notarassessorin C als amtlich bestellter Vertreterin des Notars W einen Wohnungs- und Mitbenutzungsvertrag beurkunden lassen. Darin räumt der Ast. zu 1) der Ast. zu 2) an Grundstücken, deren Eigentümer er ist und die im Vertrag als „Hausgrundstück“ bezeichnet werden, ein Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht ein, wobei sich das Wohnungsrecht unter Ausschluß des Eigentümers auf alle Räume im Erdgeschoß des Hauses, das Mitbenutzungsrecht auf alle zum gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Einrichtungen und Anlagen, insbesondere auf alle Kellerräume und den Hausgarten erstrecken soll.

Des weiteren räumt sich der Ast. zu 1) selbst an dem Hausgrundstück ein lebenslängliches und unentgeltliches Mitbenutzungsrecht ein, das sich ebenfalls auf alle Räume im Erdgeschoß des Hauses, auf den gesamten Keller, den Hausgarten und alle zum gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Einrichtungen und Anlagen erstrecken soll. Die beiden Rechte sollen Gleichrang untereinander haben. Ast. haben die Eintragung dieser Rechte mit Gleichrang in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Die Vorinstanzen haben die beantragten Eintragungen abgelehnt, da bei einem Wohnrecht nach § 1093 BGB der Eigentümer vom Wohnrecht ausgeschlossen sei und daher für die Einräumung an sich selbst kein Raum verbleibe.

Aus den Gründen:

Das LG hat die Beschwerde zu Unrecht als unbegründet zurückgewiesen. Das Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht für die Ast. zu 2) und das Mitbenutzungsrecht für den Ast. zu 1) können nebeneinander mit gleichem Rang im Grundbuch eingetragen werden.

1. Für die Ast. zu 2) ist ein Wohnungsrecht an einem näher bezeichneten Hausgrundstück bestellt und bewilligt worden, wobei bestimmt worden ist, daß das Recht sich unter Ausschluß des Eigentümers auf alle Räume im Erdgeschoß des Hauses erstrecken soll. Bei diesem Recht handelt es sich um ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB, gegen dessen Bestellung und Bewilligung nach der Art des Rechts keine Bedenken bestehen. Außerdem ist für die Ast. zu 2) ein Mitbenutzungsrecht an dem in Frage stehenden Hausgrundstück bestellt und bewilligt worden, wobei bestimmt worden ist, daß es sich auf alle dem gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Einrichtungen und Anlagen, insbesondere auf alle Kellerräume und den Hausgarten erstrecken soll. Auch dagegen bestehen keine Bedenken. Bei diesem Recht handelt es sich seiner Art nach um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem.

§ 1090 BGB. Nach dieser Bestimmung kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen. Als Benutzung kommt jeder fortgesetzte und wiederholte Gebrauch eines Grundstücks und damit auch die Benutzung eines auf dem Grundstück befindlichen Gebäudes in Betracht (vgl. Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 1018 BGB, Anm. 14 und § 1090 BGB, Anm. 4). Hieraus folgt, daß von der Art der Rechte her, die für die Ast. zu 2) bestellt und bewilligt worden sind, wenn diese für sich allein betrachtet werden, keine Bedenken gegen die beantragte Eintragung bestehen. Solche sind vom AG – GBA – und vom LG auch nicht erhoben worden. Weder das AG noch das LG haben beanstandet, daß die für die Ast. zu 2) bestellten und bewilligten Rechte als solche nicht eingetragen werden können.

2. Von seiner Art her ist auch das für den Ast. zu 1) bestellte Mitbenutzungsrecht zulässig. Bei ihm handelt es sich, wie bei dem für die Ast. zu 2) bestellten und bewilligten Mitbenutzungsrecht, um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB. Mit der beantragten Eintragung soll für den Ast. zu 1) das Recht begründet werden, das Wohnhaus auf dem belasteten Grundstück als Wohnung zu benutzen. Diese vorgesehene Benutzungsmöglichkeit kann Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Soll das Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung benutzen zu können, begründet werden, so muß dies nicht unter Ausschluß des Eigentümers in der Form eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB geschehen. Möglich ist es auch, eine Wohndienstbarkeit ohne Ausschluß des Eigentümers gem. § 1090 BGB zu begründen (BayObLG Rpfleger 1981, 353 = MDR 1981, 759; OLG Hamm Rpfleger 1975, 357 f. = DNotZ 1976, 229; KG HRR 1929, Nr. 906; BayObLG Das Recht, 1908, Nr. 1567, S. 267; Staudinger/Ring, 12. Aufl., § 1093 BGB, Rd.-Nr. 1; Palandt/Bassenge, § 1090 BGB, Anm. 4 und Überblick vor § 1105 BGB, Anm. 3).

3. Der Zulässigkeit des für den Ast. zu 1) bestellten und bewilligten Mitbenutzungsrechts steht auch nicht entgegen, daß es sich bei ihm um den Eigentümer der Grundstücke handelt, die belastet werden sollen.

Ein Grundstück kann von seinem Eigentümer für sich selbst mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden (vgl. BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226 = DNotZ 1964, 493 = Rpfleger 1964, 310; OLG Oldenburg Rpfleger 1967, 410 = DNotZ 1967, 687); das BGB enthält keine Regelung, aus der sich ergibt, daß die Bestellung beschränkter dinglicher Rechte an der eigenen Sache ausgeschlossen ist. Ein derartiger Ausschluß ergibt sich nicht aus § 873 BGB; indem durch diese Bestimmung die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die Entstehung des Rechts zur Voraussetzung der Entstehung des Rechts gemacht wird, soll nur sichergestellt werden, daß niemandem ein Recht gegen seinen Willen aufgedrängt wird (RGZ 142, 231; BGHZ 41, 209). Streit besteht lediglich, ob eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Eigentümer ohne weiteres zulässig ist (so LG Lüneburg in einem Beschluß vom 9. 2. 1990 in NJW-RR 1990, 1037 = MittRhNotK 1990, 281, wo zudem auf einen vorangegangenen Beschluß desselben Gerichts vom 16. 9. 1988 hingewiesen wird; Weitnauer, DNotZ 1958, 352 f.; derselbe, DNotZ 1964, 716; Horber/Demharter, Anh. zu § 44 GBO, Anm. 13 g bb; Meikel/Imhof/Riedel, 6. Aufl., § 13 GBO, Anm. 55) oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Der BGH hat entschieden (vgl. BGHZ 41, 209 = DNotZ 1964, 493), daß die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Eigentümer als zulässig zu erachten ist, wenn sie mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Übertragung des Eigentums am belasteten Grundstück geschieht und wenn aus diesem Grunde ein Bedürfnis an der Bestellung besteht (vgl. hierzu auch OLG Oldenburg Rpfleger 1967, 410 = DNotZ 1967, 687; Haegeler, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 1200). Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Eigentümer ohne weiteres zulässig ist oder ob entsprechend der in Bezug genommenen Entscheidung des BGH Einschränkungen bestehen. Denn auch unter den Vorausset-

zungen der vorbezeichneten Entscheidung des BGH ist das für den Ast. zu 1) bestellte Mitbenutzungsrecht zulässig. Die Entscheidung des BGH kann (so auch Haegeler, a.a.O. Grundbuchrecht, Rd.-Nr. 1200 und offensichtlich auch OLG Oldenburg Rpfleger 1967, 410 = DNotZ 1967, 687) nicht dahin verstanden werden, daß Voraussetzung für ein anerkanntes Bedürfnis an der Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit stets ist, daß diese im Hinblick auf eine beabsichtigte Übertragung des Grundstückseigentums geschieht. Die Entscheidung ist vielmehr so zu verstehen, daß bei einer beabsichtigten Veräußerung des Grundstücks ein Bedürfnis an der Bestellung zu bejahen ist, nicht aber dahin, daß nur bei dieser Fallgestaltung ein Bedürfnis gegeben sein kann. Es muß vielmehr jedes in der Person des Eigentümers begründete schutzwürdige wirtschaftliche oder ideelle Bedürfnis genügen. Das folgt daraus, daß es dem BGH nur darauf ankommt, „das Grundbuch von unnötigen Eintragungen frei zu halten“ (BGHZ 41, 211 = DNotZ 1967, 687).

Der Ast. zu 1) hat ein anerkanntes schutzwürdiges Bedürfnis nach der Bestellung eines Mitbenutzungsrechts zu seinen Gunsten dargelegt. Diese Feststellung kann von dem erkennenden Senat getroffen werden. Das Gericht der weiteren Beschwerde kann aufgrund von Tatsachen, soweit diese – was vorliegend der Fall ist – ohne weitere Ermittlungen feststehen, in der Sache selbst entscheiden (Horber/Demharter, § 78 GBO, Anm. 4 e). Ein ausreichendes schutzwürdiges Bedürfnis für die Bestellung des Mitbenutzungsrechts für den Ast. zu 1) ist gegeben, weil nach der Vorstellung der Bet. – wie die gewählte Vertragsgestaltung unmittelbar zeigt – für den Ast. zu 1) die Benutzung der Wohnung in seinem Hausanwesen auch nach der Entstehung des Wohnungsrechts für die Ast. zu 2) möglich sein soll; da er als Eigentümer nach der Entstehung des Wohnungsrechts von der Benutzung der Wohnung in seinem Hause gem. § 1093 ausgeschlossen ist, läßt sich diese Vorstellung der Bet. nur dadurch verwirklichen, daß für den Ast. zu 1) ein beschränktes dingliches Recht bestellt wird, das ihm die vorgestellte Benutzung ermöglicht; dies kann geschehen durch die Begründung eines Mitbenutzungsrechts.

4. Der Zulässigkeit des Mitbenutzungsrechts für den Ast. zu 1) steht auch nicht entgegen, daß mehrere Dienstbarkeiten mit gleichem Rang eingetragen werden sollen. Aus den §§ 1024, 1090 Abs. 2 BGB ergibt sich, daß mehrere sich gegenseitig beeinträchtigende Dienstbarkeiten mit gleichem Rang bestellt und ins Grundbuch eingetragen werden können. Demgemäß ist es möglich, für verschiedene Berechtigte mehrere selbständige ranggleiche und sogar ganz oder teilweise inhaltsgleiche Dienstbarkeiten zu bestellen (BGHZ 46, 253 = DNotZ 1967, 183).

5. Die Unzulässigkeit der bewilligten Rechte ergibt sich letztlich nicht aus ihrer Kombination. Das Wohnungsrecht für die Ast. zu 2) erhält bei der gleichzeitigen Eintragung des Mitbenutzungsrechts für den Ast. zu 1) nicht einen im Widerspruch zu § 1093 BGB stehenden Inhalt. Wesentliches Merkmal des Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB ist, daß der Eigentümer als solcher im Umfang des Rechts von der Benutzung des Gebäudes oder des Teils des Gebäudes, auf das sich die Belastung bezieht, ausgeschlossen ist (KG MDR 1985, 499 = MittRhNotK 1985, 144). Dieses für das Wohnungsrecht wesentliche Merkmal wird nicht dadurch ausgeschlossen oder beseitigt, daß neben dem Wohnungsrecht ein beschränktes dingliches Recht für den Eigentümer bestellt wird, das ihm die Nutzung der Räume, auf die sich das Wohnungsrecht bezieht, als Wohnung erlaubt. In der gleichzeitigen Bestellung und Bewilligung eines Mitbenutzungsrechts für den Eigentümer und eines Wohnungsrechts für einen Dritten kann auch nicht eine unzulässige Umgehung der für letzteres maßgeblichen Regelung des § 1093 BGB gesehen werden. Bei einem zu bestellenden Wohnungsrecht muß zwar gem. § 1093 BGB ein aus dem Eigentumsrecht selbst abgeleitetes Nutzungsrecht des Eigentümers ausgeschlossen sein (so auch LG Lüneburg NJW-RR 1990, 1037 = MittRhNotK 1990, 281). Daß auch ein für den derzeitigen Eigentümer als beschränktes dingliches Recht in Form eines Benutzungsrechtes begründetes Wohnungsrecht ausge-

geschlossen werden soll, ist der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen. Da neben einem Wohnungsrecht eine Dienstbarkeit für eine dritte Person begründet werden kann, die dieser eine Nutzung als Wohnung gewährt, muß die Bestellung eines solchen Rechts auch zugunsten des Eigentümers möglich sein, wenn dafür die oben unter 3. erörterten Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist kein Grund erkennbar, der es rechtfertigen könnte, im Hinblick auf die Zulässigkeit eines Mitbenutzungsrechts neben einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB danach zu unterscheiden, für wen – ob für einen Dritten oder für den Eigentümer – das Mitbenutzungsrecht bestellt werden soll. Ist die Bestellung eines Mitbenutzungsrechts als beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Eigentümer unter den unter Nr. 3. erörterten Voraussetzungen zulässig, so kann im Hinblick auf ein gleichzeitig bestelltes Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nichts anderes gelten wie im Falle der Bestellung eines Mitbenutzungsrechts für einen Dritten. Aus der Bestellung des Mitbenutzungsrechts für den Eigentümer ergeben sich für das Wohnungsrecht nämlich keine anderen Auswirkungen als bei der Bestellung eines Mitbenutzungsrechts für dritte Personen. Der Inhaber des Wohnungsrechts unterliegt bei einem Mitbenutzungsrecht für den Eigentümer nicht größeren oder anderen Beschränkungen als bei einem Mitbenutzungsrecht für Dritte. Entscheidend kann also nur sein, ob neben einem Wohnungsrecht überhaupt ein Recht möglich ist, aus dem für das Wohnungsrecht eine Ausübungsbeeinträchtigung folgt. Da diese Möglichkeit nach der sich aus den §§ 1093, 1090, 1024 BGB ergebenden gesetzlichen Regelung besteht (vgl. Nr. 4), muß es auch möglich sein, ein solches Recht für den Eigentümer selbst zu begründen.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß ein Wohnrecht nach § 1093 BGB nicht mit der Inhaltsbestimmung eingetragen werden kann, daß dem Eigentümer in seiner Eigenschaft als Eigentümer eine Mitbenutzung verbleiben soll, daß aber eine für den Eigentümer bewilligte beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 BGB, die ihn zur Mitbenutzung des Grundstücks, auch zu Wohnzwecken, berechtigt, und das Wohnrecht eines Dritten nach § 1093 BGB nebeneinander bestehen können.

6. Gegen die von den Ast. gewählte Rechtsgestaltung läßt sich schließlich auch nicht einwenden, es fehle deshalb an einem Bedürfnis nach ihr, weil sich die Ast. zu 2) mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB begnügen könne, nachdem es ihr auf den Ausschluß des Eigentümers ersichtlich nicht ankomme. Der Ast. zu 2) kommt es sehr wohl auf den Ausschluß der aus dem Eigentum fließenden Benutzungsrechte an, weshalb sie sich ein Wohnrecht nach § 1093 BGB bestellen lassen will. Denn lediglich dem jetzigen, nicht aber jedem späteren Eigentümer will sie die Mitbenutzung der Wohnräume gestatten, was insbesondere für den Fall des Vorversterbens des Ast. zu 1) von Bedeutung werden kann. Interessengerecht ist deshalb nur die gewählte Lösung, den Eigentümer qua Eigentümer über ein nach § 1093 BGB begründetes Wohnrecht von der Benutzung der Wohnräume auszuschließen, dem *jetzigen* Eigentümer jedoch gem. § 1090 BGB ein auf ihn beschränktes, an seine Person gebundenes Mitbenutzungsrecht zu gewähren, so daß er nur in seiner Eigenschaft als Inhaber einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ein Recht zur Mitbenutzung hat.

4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Wohnungsrecht zugunsten eines Miteigentümers

(BayObLG, Beschluß vom 19. 12. 1991 – BReg. 2 Z 149/91 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 1009 Abs. 1; 1093

Ein Grundstück kann zugunsten eines Miteigentümers mit einem Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB belastet werden, ohne daß ein besonderes Bedürfnis (wie die beabsichtigte Veräußerung des Miteigentumsanteils oder des Grundstücks) dafür bestehen muß.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 2) sind Eheleute und Miteigentümer eines Grundstücks. Der Bet. zu 1) übertrug seinen Hälfteanteil zu notarieller Urkunde vom 13. 5. 1991 auf die gemeinsame Tochter, die Bet. zu 3). Die Auflassung ist erklärt und die Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. In derselben Urkunde bestellten die Bet. zu 2) und 3) für die Bet. zu 1) und 2) „als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB“ eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Wohnungsrecht an der Wohnung im Erdgeschoß und an der Garage.

Das GBA hat die Eintragungsanträge mit Zwischenverfügung vom 13. 6. 1991 beanstandet: Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag müßten bezüglich des Wohnungsrechts eingeschränkt werden; für die Bet. zu 2) könne kein solches Recht bestellt werden, da sie Miteigentümerin des Grundstücks sei und bleibe und für das Wohnungsrecht im Unterschied zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit allgemein typisch und zwingend die Benutzung als Wohnung „unter Ausschluß des Eigentümers“ sei.

Das LG hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Bet. mit Beschluß vom 2. 9. 1991 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht; die Wohnungsrechte sind wie beantragt in das Grundbuch einzutragen.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Bestellung eines Wohnungsrechts für mehrere Personen als Gesamtberechtigte sei möglich. Das Recht könne aber nicht für die Bet. zu 2) bestellt werden, da sie Miteigentümerin des zu belastenden Grundstücks sei. Für diese Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sei das Recht wesentlich, ein Gebäude oder einen Teil davon unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Gerade dies sei aber nicht gegeben, wenn das Recht auch für die Bet. zu 2) bestellt werde. Etwas anderes könne dann gelten, wenn die Veräußerung des zu belastenden Grundstücks bevorstehe und das Wohnungsrecht im Hinblick darauf begründet werde; der Eigentümer habe dann ein schutzwürdiges Interesse an der Bestellung des Rechts. Die Bet. zu 2) beabsichtige aber nicht, ihren Miteigentumsanteil zu veräußern. Der Ansicht der Bet., daß jedes schutzwürdige Interesse ausreiche, sei nicht zu folgen. Das Gericht billige auch nicht die Auslegung, daß durch § 1093 BGB nur die Mitbenutzung durch den Eigentümer als solchen ausgeschlossen sein solle, nicht aber die Mitbenutzung oder Benutzung durch den Eigentümer aufgrund eines Wohnungsrechts. Für eine solche Auslegung bestehe auch kein Bedürfnis. Der Sinn und Zweck der in § 1093 BGB ausgesprochenen Einschränkung könne damit umgangen werden. Dieser Auslegung stehe auch der im Sachenrecht herrschende Typenzwang entgegen, der auch den Inhalt dinglicher Rechte grundsätzlich zwingend vorschreibe.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sollen für die Bet. zu 1) und 2) „als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB“ bestellt werden. Dies ist nach der Rspr. des BGH (BGHZ 46, 253 ff. = DNotZ 1967, 183; vgl. demgegenüber BayObLGZ 1957, 322, 325) zulässig; es handelt sich dann um eine Mehrheit von Rechten, so daß jedem Bet. ein eigenes Recht zusteht. Die Rechte bestehen jedoch nicht unabhängig voneinander, sondern sind miteinander verbunden (BGHZ 46, 255.) Der Grundstückseigentümer muß bei der Gesamtberechtigung die Ausübung des Rechts durch alle Berechtigten dulden; es besteht insofern eine Ähnlichkeit mit der Gesamthandsberechtigung, ohne daß die Gläubiger eine Gesamthandsgemeinschaft bilden würden (BGHZ 46, 259).

b) Ob ein Grundstück nur dann mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Grundstückseigentümer belastet werden kann, wenn ein besonderes schutzwürdiges Interesse (vor allem mit Rücksicht auf die beabsichtigte Veräußerung des Grundstücks) besteht (so seit BGHZ 41, 209 die in Rspr. und

Lit. h.M.) oder ob dies ohne jede Voraussetzung zulässig ist (so vor allem Palandt/Bassenge, 50. Aufl., Anm. 3; Staudinger/Ring, 12. Aufl., Rd.-Nr. 8, je zu § 1090 BGB; KEHE/Herrmann, GBR, 4. Aufl., Einl. O 46; Meikel/Sievekking, GBR, 7. Aufl., Einl. C 140; Weitnauer, DNotZ 1964, 716 ff.), kann dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Fall greift § 1009 Abs. 1 BGB ein, wonach die gemeinschaftliche Sache (also auch ein gemeinschaftliches Grundstück) auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden kann. Die Bet. zu 2) ist und bleibt nur Miteigentümerin des Grundstücks, an dem das Wohnungsrecht zu ihren Gunsten bestellt werden soll. Die Vorschrift des § 1009 Abs. 1 BGB läßt die Belastung des Grundstücks zugunsten eines Miteigentümers ohne jede Einschränkung zu (vgl. Soergel/Stürner, 12. Aufl., Rd.-Nr. 3, Staudinger/Gursky, Rd.-Nr. 1, je zu § 1009 BGB).

c) Für das Wohnungsrecht des § 1093 BGB (und entsprechend für das Dauerwohnrecht des § 31 WEG) gelten auch nicht etwa deswegen besondere Einschränkungen, weil es zum Wohnen in einem Gebäude oder Gebäudeteil „unter Ausschluß des Eigentümers“ berechtigt.

Die Benutzung „unter Ausschluß des Eigentümers“ bedeutet nur, daß ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers als solchen an dem Gebäude oder Gebäudeteil, der Ausübungsbereich des Wohnungsrechts ist, mit einem Wohnungsrecht unvereinbar ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1981, 353). Sie bedeutet nicht, daß dem Miteigentümer allein oder in Rechtsgemeinschaft mit einem Dritten kein Wohnungsrecht an dem Grundstück eingeräumt werden kann (OLG Frankfurt Rpfleger 1984, 264; LG Wuppertal MittRhNotK 1989, 172 sowie Weitnauer, DNotZ 1958, 352, 357 für das Dauerwohnrecht). Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Wohnungsrecht für den Alleineigentümer des zu belastenden Grundstücks bestellt werden könnte, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (vgl. dazu aus der Rspr. OLG Oldenburg Rpfleger 1967, 410 = DNotZ 1967, 887; KG Rpfleger 1985, 185 = MittRhNotK 1985, 144; LG Köln MittRhNotK 1973, 583; LG Lüneburg NJW-RR 1990, 1037 = MittRhNotK 1990, 281; für allgemeine Zulässigkeit auch Meikel/Sievekking, a.a.O., Einl. C 162). Denn die Belastung zugunsten eines Miteigentümers unterscheidet sich von der zugunsten des Alleineigentümers dadurch, daß der Miteigentümer nur im Rahmen der §§ 743 Abs. 2, 745 Abs. 1 u. 2 BGB zur Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks und der darauf errichteten Gebäude berechtigt ist. Das Wohnungsrecht des § 1093 BGB gewährt demgegenüber Rechte, die ihm als Miteigentümer nicht zustehen und die auch durch eine Benutzungsregelung nach §§ 745 Abs. 1, 1010 Abs. 1 BGB nicht begründet werden können; denn eine solche Regelung wirkt, wie die Bet. zutreffend hervorheben, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, nicht bei der Aufhebung der Gemeinschaft gem. § 749 Abs. 2 BGB, nicht bei der Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigentümers aus einem nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel (§ 751 S. 2 BGB) und nicht in dessen Konkurs (§ 16 Abs. 2 KO). Auch kann eine Benutzungsregelung unter Umständen durch Mehrheitsbeschluß geändert werden (§ 745 Abs. 2 BGB).

5. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Löschung einer Rückkauflassungsvormerkung
(LG Aachen, Beschluß vom 15. 11. 1991 – 3 T 250/91 – mitgeteilt von Notar Wilhelm Scheuven, Schleiden-Gemünd)

GBO §§ 22 Abs. 1; 23 Abs. 1

Ist in einem Übertragungsvertrag ein durch Vormerkung gesicherter aufschiebend bedingter Rückübertragungsanspruch vereinbart und soll der gesicherte Anspruch mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, so bedarf es nach dem Tod des Berechtigten für die Löschung der Vormerkung auch vor

Ablauf des Sperrjahres keiner Bewilligung der Rechtsnachfolger.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 27. 10. 1979 schlossen die Eltern der Bet. zu 1) und 2), die Eheleute P., mit ihren beiden Kindern einen Grundstücksübertragungsvertrag. Der Vertrag enthält u. a. folgende Klausel:

„Die Übertragung an die Erwerber erfolgt unter der auflösenden Bedingung, daß der schuldrechtliche Schenkungsvertrag für den Fall in Fortfall gerät, daß einer der Erwerber oder beide den erworbenen Anteil ohne Zustimmung der Eltern bzw. des Überlebenden von ihnen veräußert oder belastet. Das gleiche gilt für den Fall, daß die Versorgung und Betreuung der Eltern nicht gesichert ist sowie ein Erwerber vor den Eltern bzw. dem Überlebenden von ihnen vorversterbt ...“

„Zur Sicherung der Rückkauflassungsansprüche bewilligen und beantragen die Bet. die Eintragung je einer Rückkauflassungsvormerkung zugunsten des Veräußerers P. und seiner Ehefrau M. P. auf dem übertragenen Grundbesitz in das Grundbuch. Vom Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches legte er beglaubigte Abschriften der Sterbeurkunden von P. und M. P. vor.“

Das Grundstück wurde am 20. 2. 1980 auf die Bet. zu 1) und 2) umgeschrieben. Die Rückkauflassungsvormerkung wurde ebenfalls im Grundbuch eingetragen.

Mit notariellem Löschantrag vom 6. 6. 1991 beantragte der Bet. zu 1) u. a., die aufgrund des notariellen Vertrages vom 27. 10. 1979 eingetragene Rückkauflassungsvormerkung für P. zu löschen. Zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches legte er beglaubigte Abschriften der Sterbeurkunden von P. und M. P. vor.

Das GBA lehnte den Löschantrag mit der Begründung ab, daß die Rückkauflassungsvormerkung nur nach Vorlage einer Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger des P. gelöscht werden könne. Aus der Rückkauflassungsvormerkung könnten Rückstände i. S. d. § 23 Abs. 1 GBO wegen der Verpflichtung zur Rückübertragung für die in der notariellen Urkunde bezeichneten Fälle grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Da eine Eintragung nach § 23 Abs. 2 GBO im Grundbuch fehle und seit dem Tode des Berechtigten noch kein Jahr verstrichen sei, seien Löschungsbewilligungen der Rechtsnachfolger des Berechtigten erforderlich. Der Richter half der hiergegen eingelegten Erinnerung nicht ab.

Aus den Gründen:

Die nach der Nichtabhilfe als Beschwerde geltende Erinnerung ist statthaft (§ 71 GBO) und auch ansonsten zulässig. Sie hat auch in der Sache selbst Erfolg.

Zur Löschung der Rückkauflassungsvormerkung ist eine Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger von P. nicht erforderlich. Der Bet. zu 1) hat durch die Vorlage der beglaubigten Abschrift der Sterbeurkunde von P. die Unrichtigkeit des Grundbuches nach § 22 GBO nachgewiesen. Die Möglichkeit, die Berichtigung des Grundbuches aufgrund des Nachweises der Unrichtigkeit desselben zu erreichen, wird hier durch die Regelung in § 23 Abs. 1 GBO nicht eingeschränkt, weil vorliegend Rückstände i. S. d. § 23 GBO ausgeschlossen sind.

Es ist in Rspr. und Lit. anerkannt, daß Rückstände i. S. d. § 23 Abs. 1 GBO dann ausgeschlossen sind, wenn der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch selbst auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, also mit seinem Tode auf jeden Fall erlöschen soll (LG Bochum Rpfleger 1971, 314; OLG Köln Rpfleger 1985, 290 = MittRhNotK 1985, 196; BayObLG Rpfleger 1990, 61 = DNotZ 1990, 295 = MittRhNotK 1989, 266; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., §§ 23, 24 GBO, Rd.-Nr. 38 m. w. N.). Ist der gesicherte Anspruch auf die Lebensdauer des Berechtigten beschränkt, wirkt sich dies auf die akzessorische Vormerkung aus. Die Unrichtigkeit des Grundbuches in bezug auf eine Vormerkung ist daher dann nachgewiesen, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist (BayObLG Rpfleger 1990, 61 = DNotZ 1990, 295 = MittRhNotK 1989, 266).

Eine derartige Fallgestaltung ist hier gegeben. Der notarielle Vertrag vom 27. 10. 1979 hat ersichtlich das Ziel, bzgl. des unbeweglichen Vermögens die Erbfolge vorweg zu regeln. Bei den Bet. zu 1) und 2) handelt es sich um die einzigen Kinder von P. Der Vertrag vom 27. 10. 1979 beinhaltet eine *schenkweise* Übertragung des eingangs näher bezeichneten Grundstücks

auf die Bet. zu 1) und 2). Ein Zustimmungsbedürfnis zu Grundstücksverfügungen der Beschenkten sollte deshalb ersichtlich nur zu Lebzeiten der Eheleute P. bestehen (vgl. zu einer ähnlichen Fallgestaltung BayObLG Rpfleger 1990, 61 = DNotZ 1990, 295 = MittRhNotK 1989, 266). Auch die Sicherstellung der Versorgung und Betreuung der Berechtigten, der Eheleute P., ist ihrer Natur nach auf die Zeit bis zu ihrem Ableben beschränkt. Im übrigen sichert die Rückübertragungsvormerkung, worauf der Notar zutreffend hingewiesen hat, nicht eventuelle Rückstände aus Versorgungs- oder Betreuungsansprüchen, sondern ein bereits vor dem Versterben der Berechtigten entstandenes Rücktrittsrecht. Ein Rücktrittsrecht ist von den Berechtigten aber vor ihrem Ableben nicht geltend gemacht worden.

Gerade die dritte Möglichkeit, bei der ein Rückübertragungsanspruch entstehen sollte – Vorversterben eines Erwerbers vor den Eltern bzw. dem Überlebenden von ihnen –, zeigt, daß der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollte. Die gesamte Vertragsgestaltung hinsichtlich des Rückkaufanspruchs ist ausgerichtet auf den Zeitraum bis zum Versterben des Letztlebenden der Eheleute P. Allein ihrer Absicherung dient der durch die Vormerkung abgesicherte auflösend bedingte Rückübertragungsanspruch. Ein Grund, weshalb auch noch den Erben der Berechtigten ein Rückübertragungsanspruch eingeräumt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend geht auch ein Teil der Rspr. und Lit. (BayObLG Rpfleger 1990, 61 f. = DNotZ 1990, 295 = MittRhNotK 1989, 266; Meikel/Böttcher, a.a.O.) davon aus, daß bei einer Rückkaufanspruchsformerkung Rückstände i. S. d. § 23 Abs. 1 GBO i.d.R. nicht entstehen, weil der gesicherte Anspruch i.d.R. auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und sich dies auf die akzessorische Vormerkung auswirkt.

6. Erbrecht – Unzulässige Bestimmung eines Erben durch einen Dritten

(OLG Frankfurt, Beschluß vom 8.10.1991 – 20 W 250/91)

BGB § 2065 Abs. 2

Zur Auslegung und Wirksamkeit einer testamentarisch getroffenen Verfügung, wonach Erbe wird, wer den Erblasser im Alter pflegt und die Beerdigung übernimmt.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit privatschriftlichem Testament vom 15. 5. 1990 verfügte die Erblasserin, daß ihr Erbe sein solle, wer sie „im Alter pflegt und die Beerdigung übernimmt“. Die Erblasserin verstarb am 15. 2. 1991, ohne daß eine Pflege erforderlich gewesen wäre. Das AG erteilte der Bet. zu 1), die sich um die Beerdigung der Erblasserin gekümmert hatte, einen Alleinerbschein. Die hiergegen beim LG eingelegte Beschwerde der Bet. zu 2) blieb erfolglos. Das OLG hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf.

Aus den Gründen:

Die mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins eingelegte weitere Beschwerde der Bet. zu 2) ist begründet. Der angefochtene Beschluß ist nicht rechtsfehlerfrei ergangen.

Die Vorinstanzen sind durch eine Auslegung des Testaments vom 15. 5. 1990 zum Ergebnis gekommen, daß die Bet. zu 1) Erbin geworden sei. Diese tatrichterliche Auslegung bindet das Rechtsbeschwerdegericht nur, wenn keine Auslegungsfehler festzustellen sind. Dies ist dann der Fall, wenn die vom LG vorgenommene Auslegung möglich ist, mag daneben auch eine andere Auslegung in Betracht kommen, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln (z. B. §§ 133, 157 BGB) in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt (BayObLG Rpfleger 1980, 471). Die vom LG vorgenommene Auslegung widerspricht dem Sinn und dem Wortlaut des Testaments vom 15. 5. 1990. Da die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen

ohne weitere Ermittlungen feststehen, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (BayObLGZ 1976, 122).

Die Auslegung des LG, wonach – weil eine Pflege der Erblasserin im Alter nicht erforderlich geworden ist – der Erbe wird, der für die Beerdigung sorgt, verstößt zunächst gegen den Wortlaut des Testaments vom 15. 5. 1990. Danach sollte nämlich der Erbe sein, der die Erblasserin „im Alter pflegt und die Beerdigung übernimmt“. Es ist unschwer zu erkennen, daß die Erblasserin den Schwerpunkt ihrer mit der Erbinsetzung verbundenen Bedingung auf die Pflege im Alter gelegt hat, weil sie im übrigen davon ausgehen konnte, daß die Beerdigung allein von dem gesetzlichen Erben, der politischen Gemeinde oder der evangelischen Kirche vorgenommen werden würde. Auf die Auswahl dieser Pflegeperson – und damit des Erben – hätte sie auch möglicherweise noch Einfluß nehmen können, wenn das Bedürfnis nach Pflege eingetreten wäre. Die von ihr selbst gesetzte Bedingung der Pflege im Alter ist aber nicht eingetreten und das Testament insoweit nicht wirksam. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob auch für den Fall der Pflegebedürftigkeit eine unzulässige Vertretung im Willen angenommen werden müßte (§ 2065 Abs. 2 BGB; dazu BGHZ 15, 199; BGH NJW 1965, 2201 = DNotZ 1966, 290) oder nicht, weil die Erblasserin – und nicht ein Dritter – dann den Erben selbst bestimmt haben würde.

Das Testament vom 15. 5. 1990 ist aber nicht nur teilunwirksam, weil mangels Pflegebedürftigkeit eine Bedingung ausgefallen ist. Selbst wenn nicht schon die Annahme gerechtfertigt wäre, daß diese Unwirksamkeit das ganze Testament erfaßt, weil die Erblasserin unabhängig von der Pflegebedürftigkeit so nicht testiert hätte, kann für den hier vorliegenden Fall, in dem die Bet. zu 1) lediglich die Beerdigung übernommen hat, eine hinreichende Bestimmung des Erben i. S. d. § 2065 BGB nicht angenommen werden. Denn insoweit hat die Erblasserin unzulässigerweise die Bestimmung des Erben anderen überlassen, nämlich dem, der sich zuerst um ihre Beerdigung kümmert (vgl. auch LG Frankfurt MDR 1987, 762). Der erteilte Erbschein erweist sich somit als unrichtig und muß nach der vom Senat ausgesprochenen Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen vom AG eingezogen werden.

7. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Handelsregisteranmeldung durch Prokuristen der Muttergesellschaft

(BGH, Beschluß vom 2.12.1991 – II ZB 13/91)

HGB §§ 12 Abs. 2; 49 Abs. 1

FGG § 28 Abs. 2

Ein Prokurist kann nur dann ohne zusätzliche Vollmacht keine Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen, wenn diese die Grundlagen des „eigenen“ Handelsgeschäfts betreffen. Die Erfüllung von Anmeldepflichten der von dem Prokuristen vertretenen Gesellschaft als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft ist dagegen von der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB zustehenden Vertretungsmacht gedeckt.

Zum Sachverhalt:

Die Bf. ist bisher als M. G. KG im Handelsregister des AG K. eingetragen. Mit Schriftsatz vom 6. 11. 1990 hat der Notar im Namen dieser Gesellschaft unter Einreichung entsprechender Anmeldungen ihrer Gesellschafter, der E. GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und der E. GmbH & Co. als Kommanditistin, beantragt, die Änderung ihrer Firma in M. G. GmbH & Co. KG in das Handelsregister einzutragen. Die Anmeldungen beider Gesellschafter sind jeweils von denselben natürlichen Personen, dem Kaufmann S. und dem Dipl.-Sozialwirt W., vorgenommen worden, die für die persönlich haftende Gesellschafterin als Geschäftsführer, für die Kommanditistin als Prokuristen gezeichnet haben.

Durch Verfügung vom 17. 1. 1991 hat das AG gegenüber dem Notar beanstandet, daß die Anmeldung der Firmenänderung seitens der Kommanditistin durch zwei Prokuristen erfolgt sei. Da die Anmeldepflicht dem gesetzlichen Vertreter obliege, werde gebeten, dessen Anmeldung nachzureichen.

Die gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde der Ast. wurde durch Beschluß des LG zurückgewiesen. Nach Ansicht des LG können Proku-

risten einer Gesellschaft auch dann keine Anmeldung zum Handelsregister vornehmen, wenn diese nicht die Firma des eigenen Unternehmens, sondern die Firma einer Tochtergesellschaft betrifft. Dagegen wendet sich die weitere Beschwerde der Ast. Das OLG K. möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, weil nach seiner Auffassung Prokuristen nur dann keine Anmeldung vornehmen können, wenn diese die Existenz oder Rechtsform des eigenen Unternehmens betrifft. Die Erfüllung von Anmeldepflichten der von dem Prokuristen vertretenen Gesellschaft als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft sei dagegen von der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB zustehenden Vertretungsmacht gedeckt. Es sieht sich an dieser Entscheidung jedoch durch einen auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß des BayObLG vom 14. 4. 1982 (BayObLGZ 1982, 198, 200 ff. = DB 1982, 1262 f.) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das BayObLG hat in dem genannten Beschluß die Ansicht vertreten, daß eine Handelsgesellschaft auch eine Anmeldepflicht, die ihr als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft obliegt, nicht durch Prokuristen allein erfüllen kann. Von dieser Entscheidung müßte das vorliegende Gericht abweichen, wenn es der weiteren Beschwerde mit der von ihm für richtig gehaltenen Begründung stattgeben will.

II. 1. Nach § 12 Abs. 2 HGB können Anmeldungen zum Handelsregister auch durch rechtsgeschäftliche Vertreter erfolgen, die dazu nach der herrschenden Auslegung der bezeichneten Vorschrift keine Spezialvollmacht benötigen, sondern lediglich eine Vollmacht, aus der sich allgemein ergibt, daß sie auch Anmeldungen der in Frage stehenden Art mit einschließt (vgl. statt aller Staub/Hüffer, 4. Aufl., § 12 HGB, Rd.-Nr. 5). Rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht ist auch die Prokura. Sie unterscheidet sich von anderen Arten gewillkürter Vollmacht lediglich dadurch, daß ihr Inhalt im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs vom Gesetz selber typisiert, sehr umfassend ausgestaltet und im Außenverhältnis zwingend festgelegt ist. Nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt sie zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb (irgend-)eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Unstreitig gehört dazu auch die Vertretung des Unternehmensträgers (Geschäftsinhabers) im Prozeß sowie die Einleitung von Verfahren und die Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. statt aller Heymann/Sonnenschein, 1989, § 49 HGB, Rd.-Nr. 7; Baumbach/Duden/Hopt, 28. Aufl., § 49 HGB, Anm. 1 A). Damit deckt die Prokura zumindest im Grundsatz ohne weiteres auch Anmeldungen zum Handelsregister ab, da diese der Sache nach Anträge auf Eintragung bestimmter Tatsachen in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind.

Wenn dennoch die h. M. im Schrifttum dem Prokuristen durchweg die rechtliche Fähigkeit abspricht, ohne eine zusätzliche Vollmacht Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen (vgl. Staub/Hüffer, a.a.O., § 12 HGB, Rd.-Nr. 5, sowie schon Würdinger in der Voraufl. dieses Kommentars, § 12 HGB, Anm. 5; Heymann/Sonnenschein, a.a.O., § 12 HGB, Rd.-Nr. 9 und § 49 HGB, Rd.-Nr. 12; Baumbach/Duden/Hopt, a.a.O., § 12 HGB, Anm. 2 A und § 49 Anm. 1 B; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, 5. Aufl., § 12 HGB, Rd.-Nr. 13), so beruht dies ersichtlich auf der Erwägung, daß solche Anmeldungen vielfach, wenn nicht sogar regelmäßig nicht den (laufenden) Betrieb des Handelsgewerbes i. S. d. § 49 Abs. 1 HGB betreffen, sondern – wie zum Beispiel die Änderung der Firma oder des Gesellschafterbestandes – die rechtlichen Grundlagen, auf denen die Existenz, Rechtsform und rechtliche Ausgestaltung des eigenen Handelsgewerbes aufbaut, für dessen Betrieb dem Prokuristen Vollmacht erteilt ist, und deshalb (wie auch die zugrundeliegenden materiellen Rechtsgeschäfte) generell dem Geschäftsinhaber oder bei einer Handelsgesellschaft den gesetzlichen Vertretungsorganen selber vorbehalten bleiben müssen (so ausdrücklich Heymann/Sonnenschein, Staub/Hüffer, a.a.O. und Staub/Joost, 4. Aufl., § 49 HGB, Rd.-Nr. 17 und 40, sowie Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan a.a.O.). Derartige die Grundlagen des kaufmännischen Unternehmens berührende Geschäfte und ihre Anmeldung sind von der Pro-

kura, da diese lediglich zur Vertretung im laufenden Betrieb des Unternehmens ermächtigt, in der Tat nicht gedeckt.

2. Diese Erwägung rechtfertigt es jedoch nicht, dem Prokuristen die ihm nach § 49 Abs. 1 HGB kraft zwingenden Rechts zustehende Vertretungsmacht für sein Unternehmen auch in den ganz anders gelagerten Fällen abzusprechen, in denen es nicht um eine Anmeldung von Tatsachen geht, welche die Rechtsform oder die Existenz des eigenen Unternehmens, also die Grundlagenentscheidungen des „Prinzipsals“ betreffen, von denen der Prokurist seine Vertretungsmacht überhaupt erst ableitet, sondern um Anmeldungen, die der Prokurist in Vertretung seines Unternehmens in dessen Eigenschaft als Gesellschafter, insbesondere auch als Kommanditist, einer anderen Gesellschaft abgibt. Es steht, wie bereits (oben unter 1.) dargelegt, außer Frage, daß zum Betrieb eines Handelsgewerbes auch der Erwerb, das Halten und die Aufgabe anderer Unternehmen oder von Beteiligungen an ihnen gehören können und die Vertretungsmacht des Prokuristen ohne weiteres auch alle damit verbundenen gerichtlichen wie außergerichtlichen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen umfaßt. Wenn der Prokurist mithin nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt ist, für das von ihm vertretene Handelsgeschäft Beteiligungen an anderen Unternehmen zu erwerben und die damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte namens des von ihm vertretenen Handelsgewerbes auszuüben, so muß er jedenfalls im Grundsatz auch ermächtigt sein, die sich aus einem solchen Beteiligungserwerb ergebenden Anmeldepflichten zu erfüllen (Capelle/Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl., § 14 III 1., S. 177). Dies wird auch von einem Teil der Kommentare, die bei § 12 HGB ein Anmelde-recht des Prokuristen verneinen, ausdrücklich anerkannt (vgl. Würdinger, a.a.O., § 49 HGB, Anm. 4 b; der vom LG Koblenz Rpfleger 1973, 307 f. = DNotZ 1973, 486 angenommene Widerspruch zwischen der Stellungnahme dieses Kommentars zu § 12 HGB und derjenigen zu § 49 HGB ist mithin nicht vorhanden; deutlicher noch Schlegelberger/Schröder, a.a.O., § 49 HGB, Rd.-Nr. 6 unter cc i. V.m., Rd.-Nr. 7 unter a).

3. Die insbesondere vom BayObLG gegen diese differenzierende Sicht eingewendeten Bedenken (a.a.O.; vgl. ferner BayObLGZ 1973, 158 = DB 1973, 1340 = DNotZ 1974, 42 sowie DB 1974, 1521 = DNotZ 1975, 230, 232; ebenso LG Koblenz Rpfleger 1973, 307 = DNotZ 1973, 486; dagegen LG Berlin Rpfleger 1973, 173 und das OLG Köln in seinem Vorlagebeschluß) sind sachlich nicht begründet. Die Gesichtspunkte, die nach dieser Ansicht den Ausschluß des Prokuristen nicht nur von Anmeldungen in Sachen des eigenen Unternehmens, sondern auch von solchen Anmeldungen erfordern sollen, die er in der Sache eines anderen Unternehmens abgibt, an dem sich das von ihm vertretene Unternehmen als Gesellschafter beteiligt hat, halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

a) Dies gilt zunächst für die Erwägung, bei Anmeldungen zum Handelsregister handle es sich nicht um eine der Vertretung durch Prokuristen zugängliche Angelegenheit, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe, weil solche Anmeldungen von einem Kaufmann nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem bürgerlichen Namen vorgenommen werden, die Vertretungsmacht der Kommanditisten aber, wie seine Zeichnung mit der Firma unter Beifügung eines Vertretungszusatzes zeige, auf Geschäfte beschränkt sei, die ein Kaufmann unter seiner Firma abschließe (so aber BayObLGZ 1982, 198, 201 = DB 1982, 1262 f.). Ungeachtet ihrer firmenrechtlichen Einkleidung ist diese Argumentation in der Sache mit dem Gesichtspunkt identisch, der Prokurist könne keine Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen, weil diese nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes, sondern zu den diesem Betrieb zugrundeliegenden Angelegenheiten gehörten, die der Wahrnehmung durch den „Prinzipal“ vorbehalten seien. Sie trifft deshalb ebenso wie diese aus den bereits oben bezeichneten Gründen nur für Anmeldungen in Sachen des Unternehmens zu, für das der Prokurist seine Prokura erhalten hat, nicht aber auch für Anmeldungen in den Angelegenheiten eines anderen Geschäftsbetriebes, an dem sich das von dem Prokuristen vertretene Unternehmen seinerseits beteiligt hat. Wie das BayObLG selber

an anderer Stelle (BayObLGZ 1973, 46 = Rpfleger 1973, 175 = DNotZ 1973, 561) anerkannt hat, kann selbst ein Einzelkaufmann eine Beteiligung als Kommanditist an einem anderen Unternehmen unter seiner Firma erwerben und anmelden, wenn er diese Beteiligung, wie es auch der Vermutung des § 344 HGB entspricht, nicht seinem Privatbereich, sondern seiner gewerblichen Tätigkeit, d. h. seinem Handelsgewerbe, zuordnet. Darüber hinaus ist die Unterscheidung zwischen dem „Prinzipal“ einerseits in seiner Eigenschaft als Person des allgemeinen bürgerlichen Rechts und andererseits in derjenigen des bei Betrieb seines Handelsgewerbes unter seiner Firma handelnden Kaufmanns von vornherein ohne Sinn, wenn es sich nicht um einen Einzelkaufmann, sondern um eine Handelsgesellschaft handelt. Die Handelsgesellschaft hat keine von ihr als Unternehmensträger zu unterscheidende bürgerliche Existenz; sie hat dementsprechend auch keinen von ihrem Handelsnamen verschiedenen bürgerlichen Namen. Name und Firma fallen bei ihr zusammen (vgl. §§ 105, 161 i.V.m. §§ 17, 19 HGB; § 4 AktG und § 4 GmbHG). Erwirbt und hält sie Beteiligungen an einem anderen Unternehmen, so geschieht dies stets unter ihrer Firma und als Teil ihrer gewerblichen Tätigkeit, d. h. im Betrieb ihres Handelsgewerbes. Eine Anmeldung, die ihr Prokurist in den Angelegenheiten einer anderen Gesellschaft abgibt, an der sie sich als Gesellschafter beteiligt hat, erfolgt mithin stets unter der Firma des von ihm vertretenen Gesellschafters, der seinerseits Gesellschaft ist, und nicht unter dem (bürgerlichen) Namen der dahinterstehenden natürlichen Personen.

b) Ebensowenig anzuerkennen ist der Gesichtspunkt, die Anmeldepflicht treffe, auch wenn sie sich aus der Rechtsstellung der betreffenden Gesellschaft in einer anderen Gesellschaft ergebe, nicht die Gesellschaft als solche, sondern unmittelbar deren gesetzliche Vertreter persönlich (so aber Schwyer in seiner abl. Anm. zu LG Berlin Rpfleger 1973, 173 f.). Zwar schreibt das Gesetz in einer Reihe von Einzelfällen vor, daß die Anmeldung von allen oder sämtlichen Mitgliedern des Organs einer Gesellschaft abzugeben ist (vgl. etwa § 78 GmbHG, HS 2, § 36 AktG). In solchen Fällen soll nach einer verbreiteten Ansicht eine Vertretung ausgeschlossen sein (vgl. statt aller Staub/Hüffer, a.a.O., § 12 HGB, Rd.-Nr. 6 m. w. N. sowie Heymann/Sonnenschein, a.a.O., § 12 HGB, Rd.-Nr. 13). Es kann, weil es darum im vorliegenden Fall nicht geht, dahinstehen, ob aus solchen Mengenangaben („alle“, „sämtliche“) auf eine bestimmte Abgabeform („höchstpersönlich“) geschlossen werden kann (dagegen OLG Köln NJW 1987, 135 = DNotZ 1987, 244) und ob dieser Ansicht deshalb gegebenenfalls gefolgt werden könnte. Denn jedenfalls trifft, wenn sich für eine Handelsgesellschaft eine Anmeldepflicht aus ihrer Beteiligung an einer anderen Gesellschaft ergibt, wie dies bei einer Kommanditbeteiligung der Fall ist, diese Pflicht nicht jedes einzelne Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans persönlich, sondern die Gesellschaft als solche (so auch BayObLGZ 1982, 198, 200 = DB 1982, 1262 und BayObLG DB 1974, 1521 = DNotZ 1975, 230 f.). Die Gesellschaft als solche aber kann dabei, da es sich, wie oben dargelegt, bei Erwerb und Verwaltung einer Beteiligung an einer anderen Gesellschaft und der Erfüllung der damit verbundenen Anmeldepflichten als Gesellschafter um eine Angelegenheit handelt, die zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört, auch durch ihren Prokuristen vertreten werden.

c) Dem läßt sich auch nicht mit Erfolg das Argument entgegenhalten (so aber BayObLGZ 1982, 198, 200 f. = DB 1982, 1262), es sei unzulässig, die gesetzliche Anmeldepflicht auf gewillkürte Vertreter abzuwälzen, weil ihrer Erzwingung dienende Zwangsgeldverfahren nur gegen die gesetzlichen Vertreter gerichtet werden könnten. Es geht bei der vorliegend zu entscheidenden Frage nicht darum, gegen wen sich ein Zwangsgeldverfahren zu richten hat, wenn die Gesellschaft ihrer Anmeldepflicht als Gesellschafter *nicht* genügt, sondern allein darum, ob die Gesellschaft, die ihre Anmeldepflicht erfüllt, dabei auch durch ihren Prokuristen vertreten werden kann. Beide Fragen haben nichts miteinander zu tun. Das Gesetz verlangt keine Identität des Anmeldenden mit demjenigen, gegen den ein Zwangs- oder Ordnungsgeldverfahren einzuleiten wäre, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung unterbleibt (vgl.

auch Staub/Hüffer, a.a.O., § 14 HGB, Rd.-Nr. 17). Andernfalls wäre die durch § 12 Abs. 2 HGB unstreitig zugelassene Wahrnehmung der Anmeldepflicht durch andere rechtsgeschäftliche Vertreter unverständlich. Eine solche Identität ist auch in der Sache nicht geboten, da die Zulassung eines Prokuristen zur vertretungsweisen Erfüllung einer Anmeldepflicht die Möglichkeit, die gesetzlichen Vertreter auf dem Wege von Ordnungsmaßnahmen zur Einhaltung nicht erfüllter Anmeldepflichten der Gesellschaft anzuhalten (vgl. Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, a.a.O., § 14 HGB, Rd.-Nr. 5), in keiner Weise berührt.

d) Mit dem Gesetz nicht in Einklang steht auch das Argument, da Eintragungen im Handelsregister für die Öffentlichkeit bestimmte Erklärungen seien, die aufgrund des Anmeldeprinzips regelmäßig ohne Prüfung auf ihre inhaltliche Richtigkeit vorgenommen würden, müsse das Registergericht in besonderem Maße darauf vertrauen können, daß die angemeldete Tatsache inhaltlich richtig sei, weshalb in der Anmeldung eine Art Garantieerklärung liege (BayObLGZ 1982, 198, 202 = DB 1982, 1262 f. und BayObLG DB 1974, 1521 f. = DNotZ 1975, 230; Gustavus, GmbHR 1978, 219, 223). Wäre dies richtig, so müßte unverstänlich bleiben, warum Anmeldungen zum Handelsregister gem. § 12 Abs. 2 HGB zwar aufgrund einer allgemeinen Anmeldevollmacht sollen erfolgen können, nicht aber aufgrund einer Prokura, die anders als jene sogar zur Verwirklichung des der Anmeldung zugrundeliegenden Sachverhaltes berechtigt. Die bezeichnete Argumentation könnte sich mithin allenfalls dann auf das Gesetz berufen, wenn dieses bestimmte, daß Anmeldungen zum Handelsregister nur von dem Unternehmensträger selber oder bei fehlender eigener Handlungsfähigkeit desselben von seinem gesetzlichen Vertreter, der auch zur Herbeiführung der angemeldeten Tatsachen selber berechtigt ist, oder allenfalls von einer mit einer Spezialvollmacht für die Anmeldung ausgestatteten Person vorgenommen werden können. Dies ist jedoch, wie § 12 Abs. 2 HGB zeigt, unzweifelhaft nicht der Standpunkt des Gesetzes. Die bezeichnete Ansicht entspricht aber auch im übrigen nicht der Rechtslage. Eintragungen im Handelsregister verlaublichen nicht die Richtigkeit der eingetragenen und bekanntgemachten Tatsache als solcher, sondern lediglich den Tatbestand, daß die betreffende Tatsache in gesetzmäßiger Weise angemeldet worden ist (so auch ausdrücklich BayObLG DB 1974, 1521 f. = DNotZ 1975, 230). Vollends ohne Stütze im Gesetz ist das behauptete Erfordernis einer konkludenten Garantieerklärung des Anmeldenden für die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen. Eine Garantieübernahme für die Richtigkeit der angemeldeten und eingetragenen Tatsache ist – sofern man, was besser vermieden werden sollte, in diesem Zusammenhang überhaupt von Garantie sprechen will – mit der Eintragung nur insofern verbunden, als derjenige, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, ihre Richtigkeit nach kodifizierten Rechtsschein Gesichtspunkten (§ 15 HGB) gegen sich gelten lassen muß. Diese Haftung greift aber auch dann ein, wenn die Anmeldung durch einen Prokuristen erfolgt ist. Es besteht auch kein Grund, den Vertretenen vor unrichtigen Anmeldungen des von ihm bestellten Prokuristen stärker zu schützen als vor u. U. sehr viel einschneidenderen und folgereicheren materiell- oder prozeßrechtlichen Handlungen eines solchen Vertreters oder vor unrichtigen Anmeldungen eines sonstigen Bevollmächtigten nach § 12 Abs. 2 HGB.

e) Ebensowenig trifft es zu, daß die Anmeldung durch einen Prokuristen dazu führen würde, daß das Registergericht gezwungen wäre, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Tätigkeit des Prokuristen, die zur Anmeldung geführt hat, sachlich-rechtlich im Rahmen seiner Prokura liegt (so aber LG Koblenz Rpfleger 1973, 307 = DNotZ 1973, 486). Da die Prokura ohne die Möglichkeit wirksamer Einschränkung im Außenverhältnis kraft Gesetzes zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ist die Anmeldung, die ein Prokurist nicht für das eigene Unternehmen, sondern in seiner Eigenschaft als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gesellschafters eines anderen Unternehmens abgibt, stets durch den zwingen-

den weiten Umfang seiner gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht als Prokurist gedeckt. Schließlich ergeben sich auch aus der mit § 12 Abs. 2 HGB vorgeschriebenen Form der Vollmacht bei der Vertretung durch einen Prokuristen keine Schwierigkeiten, da die Prokura im Handelsregister eingetragen ist und ihrerseits auf einer der Form des § 12 HGB entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister beruht.

4. Da zudem der vorliegende, zur Eintragung angemeldete Sachverhalt nicht zu denjenigen Fällen gehört, in denen kraft sondergesetzlicher Bestimmungen mit der Anmeldung zusätzliche Erklärungen oder Versicherungen abzugeben sind, deren Wahrheitswidrigkeit besondere zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeiten nach sich zieht (vgl. insbesondere §§ 37, 184 Abs. 2, 188 Abs. 2 HGB, 203 AktG, 82 GmbHG), was nach überwiegender, aber nicht unbestrittener Ansicht eine „höchstpersönliche“, Stellvertretung ausschließende Anmeldung erforderlich machen soll (vgl. BayObLGZ 1986, 203 = BB 1986, 1532; NJW 1987, 1361; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 11 f. m. w. N. auch zu abweichenden Ansichten; Baumbach/Duden/Hopt, a.a.O., § 12 HGB, Anm. 2 A; Würdinger, a.a.O., § 12 HGB, Anm. 5), sind die Bedenken, die das AG und das LG dagegen erhoben haben, daß die Kommanditistin die Änderung der Firma der beschwerdeführenden KG durch zwei Prokuristen angemeldet hat, sachlich nicht begründet.

8. Gesellschaftsrecht/GmbH – Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils und Abfindungsbeschränkung (BGH, Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 58/91)

GmbHG § 34 Abs. 2
BGB §§ 133; 138
AktG §§ 243; 246

1. Wird die Höhe des den Gesellschaftern einer GmbH für den Fall der Zwangseinziehung ihres Geschäftsanteiles zu gewährenden Abfindungsanspruchs durch Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages reduziert, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen der Zwangseinziehung, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.
2. Einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Bestimmung, in der die Abfindung der Gesellschafter bei deren Ausscheiden aus der Gesellschaft geregelt wird, kommt körperschaftsrechtlicher Charakter zu. Sie unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Die Gesellschaft betreffende Unterlagen, die zum Handelsregister eingereicht und damit der Allgemeinheit zugänglich gemacht worden sind, insbesondere frühere vertragliche Regelungen dieser Art, können zur Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden.
3. Der Abfindungsbetrag ist nach dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteiles zu bemessen, soweit der Gesellschaftsvertrag keine davon abweichende seine Höhe beschränkende Abfindungsklausel enthält. Eine Beschränkung des Abfindungsanspruches unterliegt den Grenzen des § 138 BGB. Sie ist dann als nichtig anzusehen, wenn die mit ihr verbundene Einschränkung des Abflusses von Gesellschaftskapital vollkommen außer Verhältnis zu der Beschränkung steht, die erforderlich ist, um im Interesse der verbleibenden Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft und die Fortführung des Unternehmens zu sichern.
4. Das Recht des Gesellschafter einer GmbH, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten, gehört zu seinen zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten. Es darf nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Führt die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung zu

einem groben Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen und dem nach dem Verkehrswert zu bemessenden Abfindungsanspruch, wird das Austrittsrecht des Gesellschafters in unzulässiger Weise eingeschränkt. An die Stelle der dadurch unwirksam gewordenen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel tritt ein Anspruch auf Gewährung einer angemessenen Abfindung.

5. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Eine Abfindungsklausel, nach der den Gesellschaftern ein Abfindungsanspruch zusteht, dessen Höhe sich aus dem Nennwert des Geschäftsanteils und einem nach Jahren der Gesellschaftszugehörigkeit bemessenen, nach größeren Zeitabschnitten gestaffelten, durch einen Höchstbetrag begrenzten Betrag errechnet, verletzt diesen Grundsatz nicht.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. sind Gesellschafter der Bekl., einer in der Form der GmbH geführten Binnenschiffververeinigung des Unterwesergebietes. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Abfindungsregelung, die in dem am 9.12.1989 von der Gesellschafterversammlung der Bekl. mit mehr als 2/3 der abgegebenen Stimmen beschlossenen, zwischenzeitlich in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter getroffen worden ist.

Nach dessen § 7 sind die Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Der Geschäftsanteil des Gesellschafters ist einzuziehen, wenn er gepfändet oder über das Vermögen des Gesellschafters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden und es dem Gesellschafter nicht gelungen ist, binnen einer ihm von der Gesellschaft eingeräumten Frist von drei Monaten die Pfändung aufheben zu lassen oder den Konkurs abzuwenden, ferner dann, wenn der Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt, soweit die Gesellschaft nicht eine Abtretung an sich oder eine von ihr zu bezeichnende Person verlangt oder der Gesellschafter – vorbehaltlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung – seinen Geschäftsanteil einer Person überträgt, welche die satzungsmäßigen Voraussetzungen der Gesellschaftereigenschaft (vgl. § 6) erfüllt und der Gesellschaft beiträgt. § 9 beschränkt den Anspruch der nach dem 31.12.1988 der Gesellschaft beigetretenen Gesellschafter bei deren Ausscheiden auf die Rückzahlung ihrer Stammeinlage. Den übrigen Gesellschaftern steht für jedes vor dem 31.12.1988 liegende Jahr der Mitgliedschaft ein Betrag von 1.000,- DM zu, der sich vom elften bis zum fünfzehnten Mitgliedsjahr um jährlich 250,- DM und ab dem sechzehnten Jahr der Zugehörigkeit zur Gesellschaft um weitere 100,- DM pro Jahr erhöht.

Die Kl. sind der Ansicht, diese Neuregelung der Abfindung habe nur mit ihrer Zustimmung wirksam beschlossen werden können, weil sie zu einer Verkürzung ihres früheren, auf der Grundlage des Verkehrswertes zu ermittelnden Abfindungsanspruches führe. Sie sei im Hinblick auf die große Diskrepanz zwischen Nennbetrag und Anteilswert nichtig, erschwere das Austrittsrecht der Gesellschafter und begünstige ohne sachlich rechtfertigenden Grund einen Teil von ihnen.

Nach Ansicht der Bekl. verkürzt die neue Regelung die Abfindungsansprüche der Gesellschafter nicht. Der Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 31. 3.1956 habe eine Abfindung zum Nennwert vorgesehen. Die späteren auf Satzungsänderungen beruhenden Fassungen, zuletzt diejenige vom 23. 4.1977, hätten das durch die in § 8 Abs. 3 getroffene Regelung zum Ausdruck gebracht, der die Abfindung zum Nennwert zugrunde liege.

Die Beschränkung des Abfindungsanspruches rechtfertige sich vor allem aus der Zielsetzung der Bekl., langfristig die wirtschaftliche Existenz ihrer Mitglieder sicherzustellen und ihnen in Havariefällen die für die Reparatur oder den Neuerwerb von Schiffen erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen.

Das LG hat die Unwirksamkeit des § 9 der am 9.12.1989 beschlossenen Satzung festgestellt. Das Berufungsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht sieht in einer gesellschaftsvertraglichen Änderung, aufgrund deren der Abfindungsanspruch der aus einer GmbH ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr entsprechend der bisherigen Regelung nach dem Verkehrs-

wert des Geschäftsanteils bemessen, sondern auf dessen Nennwert festgesetzt wird, eine Maßnahme, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter gem. § 53 Abs. 3 GmbHG bedürfe. Die Revision hält diese Ansicht schon deswegen für unzutreffend, weil in einem derartigen Falle eine Verkürzung von Gesellschafterrechten und nicht, wie es § 53 Abs. 3 GmbHG voraussetze, eine Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen eintrete.

Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß die in § 9 des Gesellschaftsvertrages vom 9.12.1989 getroffene Regelung auf der Grundlage des Vortrages der Kl., nach dem alten Gesellschaftsvertrag habe die Abfindung nach dem Verkehrswert des Anteils vorgenommen werden müssen, nicht zu einer Vermehrung der Leistungen, sondern zu einer Verkürzung der Rechte der Gesellschafter führt. Eine Anwendung des § 53 Abs. 3 GmbHG auf die Verkürzung von Gesellschafterrechten durch Änderung des Gesellschaftsvertrages wird in der Lit. einhellig abgelehnt (Scholz/Priester, 7. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 53 m. w. N. in Fn. 82; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Rowedder/Zimmermann, 2. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 47; vgl. auch Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 20, 22; Baumbach/Zöllner, 15. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 16, 19).

Zu Recht weist die Revisionserwiderung jedoch darauf hin, daß eine Einschränkung des Abfindungsrechts die Einziehung des Geschäftsanteils erleichtert. Ob das die Voraussetzungen einer Leistungsvermehrung i. S. d. § 53 Abs. 3 GmbHG erfüllt (so Rowedder/Zimmermann, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 45), kann dahingestellt bleiben. Wird die Höhe des einem Gesellschafter bei Zwangseinziehung des Geschäftsanteils zu gewährenden Abfindungsanspruches durch Regelung im Gesellschaftsvertrag nachträglich eingeschränkt, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen für die Zwangseinziehung i. S. d. § 34 Abs. 1 GmbHG (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 6, 18; Scholz/Westermann, 7. Aufl., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 19, 26; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 78, 34 f.; Paulick, GmbHR 1978, 121, 124 m. w. N.; offengelassen bei Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 2). Da diese Änderung im Verhältnis zu allen Gesellschaftern der Bekl. vorgenommen worden ist, bedurfte sie auch der Zustimmung aller Gesellschafter. Haben diese nicht alle zugestimmt, ist die Satzungsänderung gescheitert. Die entsprechende Klausel ist dann nach § 34 Abs. 2 GmbHG unwirksam (Rowedder/Zimmermann, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 59, 53 m. w. N.; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 37). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen haben zumindest die Kl. der Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht zugestimmt. Die in § 9 des geänderten Gesellschaftsvertrages vom 9.12.1989 für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters und der damit nach § 7 Abs. 5 einhergehenden Einziehung des Geschäftsanteils enthaltene Abfindungsregelung stellt nach dem für die Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Parteivortrag eine Schlechterstellung gegenüber der bis zum 8.12.1989 maßgebenden Regelung dar. Sie ist unter diesen Voraussetzungen unwirksam.

II. Der von der Gesellschafterversammlung der Bekl. am 23. 4. 1977 beschlossene Gesellschaftsvertrag regelte eine Abfindung der Gesellschafter zum Nennwert. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Bestimmung des § 8 Abs. 3 liege die Abfindung nach dem Verkehrswert zugrunde, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23. 4. 1977 unterliegt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Das Recht eines Gesellschafters, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu erhalten, wird zu seinen Grundmitgliedsrechten gerechnet (vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 16 III 3 a, bb; Scholz/Priester, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 46, 105). Da dieses Recht die gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter betrifft und auch für Gesellschaftsgläubiger von Bedeutung ist, kommt ihm körperschaftsrecht-

licher Charakter zu (vgl. dazu und zur Abgrenzung von individualrechtlichen Bestimmungen Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 139, 142 ff.; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 27 f.; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 10 m. w. N.). Die Auslegung einer solchen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 14, 25, 36 f.; 27, 297, 300).

2. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23. 4. 1977 führt zu dem Ergebnis, daß § 8 Abs. 3 den Gesellschaftern bei Ausscheiden aus der Bekl. lediglich einen Anspruch auf Abfindung zum Nennwert des Geschäftsanteils gewährte.

a) § 6 Abs. 3 dieses Vertrages schreibt die Einziehung des Geschäftsanteils eines kündigenden Gesellschafters vor, soweit ihn nicht die Gesellschaft selbst übernimmt. § 8 des Vertrages, der in Abs. 2 auf diese Vorschrift Bezug nimmt, trifft in Abs. 3 folgende Regelung:

„Wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Einziehung des Geschäftsanteils erfolgt, nach der für die Gesellschaft aufgestellten Bilanz ein Gesellschaftsvermögen festgestellt wird, das unter dem Betrag des Gesellschaftskapitals liegt, ist die Stammeinlage in dem gleichen Verhältnis zu kürzen, in dem das Gesellschaftsvermögen hinter dem Gesellschaftskapital zurückbleibt.“

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erscheint es ausgeschlossen, daß dieser Bestimmung die Abfindung zum Verkehrswert des Geschäftsanteils zugrunde liegt. Unter dem Verkehrswert ist der volle wirtschaftliche Wert des Anteils zu verstehen, der für die Ermittlung des Abfindungsbetrages dann maßgebend ist, wenn der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung trifft (BGHZ 9, 157, 168 = DNotZ 1953, 429; Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 19, Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 27; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 18). Ginge man von einer Regelung im Sinne einer Verkehrswertabfindung aus, hätte das nach dem Gesellschaftsvertrag zur Folge, daß die Abfindung dann nach dem Verkehrswert vorzunehmen ist, wenn das in der Bilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen das Stammkapital übersteigt, der ausscheidende Gesellschafter hingegen zum Nennwert abzufinden ist, wenn dieses Vermögen das Stammkapital nicht deckt. Dieses Nebeneinander der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils und dem Nennwert, der zusätzlich in dem Verhältnis zu kürzen ist, in dem das aus der Jahresbilanz ersichtliche Vermögen hinter der Stammkapitalziffer zurückbleibt, kann zu einer unterschiedlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Behandlung der Gesellschafter führen, die hinzunehmen einem ausscheidenden Gesellschafter nicht zugemutet werden kann. Liegt z. B. das in der Jahresbilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen nur geringfügig über der Stammkapitalziffer, müßten in den Abfindungsanspruch die stillen Reserven und u. U. auch der goodwill einbezogen werden. Umgekehrt müßte verfahren werden, wenn das Gesellschaftsvermögen nur geringfügig unter der Stammkapitalziffer läge. Das kann für den Gesellschafter bedeuten, daß der ihm anteilig auszuzahlende Mehr- oder Minderbetrag erheblich und zwar weit höher ist als der Betrag, um den das Stammkapital über- bzw. unterschritten wird. Berücksichtigt man außerdem, daß die Höhe des Gesellschaftsvermögens weitgehend von der Ausübung des Ermessens abhängig ist, dem die Bewertung des Vermögens unterliegt und von dem in sehr unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht werden kann, wird deutlich, daß eine solche Abfindungspraxis auch zu willkürlichen Ergebnissen führen kann. Es erscheint ausgeschlossen, daß die Gesellschafter, die über die Fassung des Gesellschaftsvertrages vom 23. 4. 1977 Beschluß gefaßt haben, derart unterschiedliche Verfahrensweisen gewollt und die aufgezeigten willkürlichen Ergebnisse in Kauf genommen haben.

b) Hingegen erscheint die Regelung dann sinnvoll, wenn die Gesellschafter, wie die Bekl. behauptet, von einer Abfindung nach Nennwerten ausgegangen sind. In diesem Falle kommt eine Kürzung des Nennwertes so lange nicht in Betracht, als die Gesellschaft noch über einen in der Bilanz ausgewiesenen Ver-

mögenswert, der die Höhe des Stammkapitals erreicht oder übersteigt, verfügt. Ersichtlich sollte die Frage, in welchem Maße das Abfindungsrecht des ausscheidenden Gesellschafters eingeschränkt werden und hinter dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter, die Fortführung der Gesellschaft zu sichern, zurücktreten sollte (vgl. zu diesem Interessenwiderstreit Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 IV 3; K. Schmidt, a.a.O., § 50 IV 2 b; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 79), nicht an die Regelung des § 30 Abs. 1 GmbHG gekoppelt werden. Vielmehr sollte für die Abfindung der Nennwert nur als Höchstbetrag maßgebend sein und eine verhältnismäßige Kürzung des Nennwertes bereits dann einsetzen, sobald der Buchwert des Vermögens die Kapitalziffer nicht mehr deckte.

c) Dieses aus Wortlaut, Inhalt und Zweck des Gesellschaftsvertrages vom 23. 4. 1977 gewonnene Auslegungsergebnis wird durch frühere gesellschaftsvertragliche Regelungen bestätigt. Da diese zum Handelsregister eingereicht worden sind (vgl. § 54 Abs. 1 GmbHG) und ihr Inhalt damit der Allgemeinheit zugänglich ist, können sie zur Auslegung der körperschaftsrechtlichen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 145; Scholz/Emmerich, 7. Aufl., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 37; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 11; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 27; K. Schmidt, a.a.O., § 5 I 4; differenzierend und weitergehend Wiedemann, a.a.O., § 3 II 2 a).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist die Abfindung zum Nennwert in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 31. 3. 1956 wie folgt geregelt gewesen:

„Mit der Einziehung erlöschen alle Rechte, die dem betroffenen Gesellschafter zustehen. An die Stelle des eingezogenen Gesellschaftsanteils tritt dessen Geldwert. Der ausscheidende Gesellschafter hat nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage. An stillen Reserven und am sonstigen Vermögen hat er keinen Anspruch.“

Hier ist ausdrücklich klargestellt, daß der ausscheidende Gesellschafter nur einen Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, nicht aber an den stillen Reserven und an dem sonstigen Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Diese Bestimmung ist in die auf Satzungsänderungen beruhenden Neufassungen des Gesellschaftsvertrages vom 31. 3. 1962, 24. 4. 1971 und 23. 4. 1977 nicht aufgenommen, sondern durch die bereits erwähnte Kürzungsregelung ersetzt worden. Diese schließt dadurch, daß sie eine Kürzung der Stammeinlage in dem Verhältnis vorsieht, in dem das Gesellschaftsvermögen unter dem Betrag des Stammkapitals liegt, nach Wortlaut und Inhalt nahtlos an die Vorschrift des Vertrages vom 31. 3. 1956 an, nach welcher der ausscheidende Gesellschafter nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, hingegen stille Reserven und sonstiges Vermögen nicht in Ansatz gebracht werden. Als Zweck, den beide Bestimmungen verfolgen, kommt die Beschränkung der Abfindungsrechte ausscheidender Gesellschafter auf den Nennwert zum Ausdruck. Letztlich werden Zusammenhang und Abhängigkeit des Inhaltes beider Vorschriften auch dadurch belegt, daß die bis zum 9. 12. 1989 gültige Regelung in unmittelbarem zeitlichem Anschluß an das Erlöschen der im Vertrag vom 31. 3. 1956 getroffenen Regelung an gleicher Stelle (§ 8) in die Vertragsfassungen vom 31. 3. 1962, 24. 4. 1971 und 23. 4. 1977 aufgenommen worden ist.

III. Nach dem Vortrag der Parteien und den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen muß jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Bestimmung wegen Beeinträchtigung des Austrittsrechtes der Gesellschafter aus wichtigem Grund unwirksam geworden und an die Stelle der Nennwertabfindung ein angemessener Abfindungsbetrag getreten war.

1. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen des Abfindungsrechts eines GmbH-Gesellschafters sind aufgrund der Satzungsautonomie grundsätzlich zulässig (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG; Rd.-Nr. 78; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 21; Rowedder, 2. Aufl., § 34

GmbHG, Rd.-Nr. 64). Ihr Zweck besteht darin, den Bestandschutz der Gesellschaft durch Einschränkung des Kapitalabflusses zu gewährleisten und/oder die Berechnung der Höhe des Abfindungsanspruches zu vereinfachen (Wiedemann, a.a.O., § 8 IV 3; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 79). Derartige Beschränkungen können jedoch auch unter Berücksichtigung solcher Zwecke nicht schrankenlos vorgenommen werden. Sie unterliegen den Grenzen der Vorschrift des § 138 BGB (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 87; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 21; K. Schmidt, a.a.O., § 50 IV 2 b bb; einschränkend Scholz/Wiedemann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 29). Diese greift jedoch nur in dem Falle ein, daß die getroffene Regelung bereits bei ihrer Entstehung grob unbillig ist (K. Schmidt, a.a.O., § 50 IV 2 b; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 87).

Ob diese Voraussetzungen im Zeitpunkt des Entstehens des Gesellschaftsvertrages vom 31. 3. 1956 oder seiner Änderungen vom 31. 3. 1962, 24. 4. 1971 und 23. 4. 1977 für die Abfindungsregelung des § 8 Abs. 3 gegeben waren, bedarf keiner näheren Prüfung. Auch wenn damals ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgelegen haben und die engen Voraussetzungen des § 241 Nr. 4 AktG erfüllt gewesen sein sollten (vgl. dazu BGHZ 101, 113, 116 = DNotZ 1988, 185), könnten sich die Kl. schon mit Rücksicht auf § 242 Abs. 2 AktG (zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift im GmbH-Recht vgl. BGH ZIP 1989, 163 f. = WM 1989, 58, 60) nicht auf die Nichtigkeit berufen.

2. Nach dem Vortrag der Kl. ist zumindest im Jahre 1988 der wirtschaftliche Wert des Anteils von seinem Nennwert aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Bekl. in einer Weise abgewichen, die eine Abfindung zum Nennwert grob unbillig gemacht hätte. Daraus würde folgen, daß aufgrund des eingetretenen Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und zum vollen wirtschaftlichen Wert das Recht der Kl., aus der Bekl. auszutreten, in unzulässiger Weise eingeschränkt worden ist.

a) Dem Gesellschafter einer GmbH wird überwiegend das Recht zuerkannt, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten (vgl. nur BGHZ 9, 157, 162 f. – obiter dictum = DNotZ 1953, 429; Baumbach/Hueck, a.a.O., Anh. § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 15 m. w. N.). Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten (allg.M. vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 44; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 32; K. Schmidt, a.a.O., § 16 III 3 a; Flume, Allgemeiner Teil des BGB I 2, 1983, § 8 III, S. 280 f.; Wiedemann, a.a.O., § 7 IV 2, S. 400 f.). Es kann dann geltend gemacht werden, wenn Umstände vorliegen, die dem austrittswilligen Gesellschafter den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen (zu den Einzelheiten vgl. u. a. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Anh. § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 49; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 119; Baumbach/Hueck, a.a.O., Anh. § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 16; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Wiedemann, a.a.O., § 7 IV 2, S. 401; ders., Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 90 f.; K. Schmidt, a.a.O., § 35 IV 3 b; Balz, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, 1984, 106 f.).

Entsteht durch die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung ein grobes Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen Abfindungsanspruch und dem nach dem vollen wirtschaftlichen Wert zu bemessenden Anspruch, wird darin ein Umstand gesehen, durch den das Recht des austrittswilligen Gesellschafters, sich zum Austritt zu entschließen, in unverhältnismäßiger Weise eingeengt wird (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 92; Wiedemann, a.a.O., § 7 IV 2, S. 401 f.; ders. a.a.O., 92; zur Unzulässigkeit der Beschränkung des Kündigungsrechts bei der Personengesellschaft vgl. BGH ZIP 1989, 768 = DNotZ 1991, 910; BGH WM 1984, 1506 = DNotZ 1986, 31; BGH WM 1979, 1064 f.).

b) Die Kl. haben den Jahresabschluß der Bekl. per 31. 12. 1988 vorgelegt. Daraus ergibt sich ein Aktivvermögen der Gesell-

schaft in Höhe von 3,339 Mio. DM. Dem stehen auf der Passivseite das Stammkapital (225.000,- DM), eine freie Rücklage (1.075.000,- DM), ein Gewinnvortrag (911.929,81 DM) und ein Jahresüberschuß (112.525,71 DM) von insgesamt 2,325 Mio. DM, Steuer- und sonstige Rückstellungen von 99.383,- DM sowie Verbindlichkeiten von 914.778,62 DM gegenüber. Ein ähnliches Bild ergibt sich aus dem von der Bekl. überreichten Jahresabschluß per 31. 12. 1989. Hier stehen einem Aktivvermögen von 3,709 Mio. DM auf der Passivseite ein Betrag von 2,417 Mio. DM an Stammkapital, freien Rücklagen, Gewinnvortrag und Jahresüberschuß, Steuer- und sonstige Rückstellungen in Höhe von 215.864,- DM und Verbindlichkeiten von 1,075 Mio. DM gegenüber. Die aus diesen Jahresabschlüssen ersichtliche Entwicklung der Wirtschafts- und Vermögensverhältnisse der Bekl. gibt jedoch nur einen Anhaltspunkt dafür, wie hoch der wirkliche Wert des Gesellschaftsanteils für den maßgeblichen Zeitraum war und ob demgemäß ein das Austrittsrecht der Gesellschafter unvertretbar einengendes Mißverhältnis zwischen der Abfindung zum Nennwert und derjenigen zum vollen wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsanteils eingetreten war. Ob diese Voraussetzung in tatsächlicher Hinsicht erfüllt war, muß das Berufungsgericht noch feststellen. Dabei wird es prüfen müssen, ob im Hinblick darauf, daß die Verkehrsfähigkeit der Gesellschaftsanteile wegen der Voraussetzungen, an welche die Mitgliedschaft in der Bekl. geknüpft ist und von denen die Abtretbarkeit der Anteile nach der Satzung abhängt, in hohem Maße eingeschränkt ist, als Verkehrswert der Betrag zu gelten hat, den ein Dritter als Erwerber zahlen würde (vgl. Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 27; Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 19; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 73). Im Zweifel ist der Anteilswert auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und gegebenenfalls auch des goodwill zu errechnen. Dieser ergibt sich im allgemeinen aus dem Preis, der bei einer Veräußerung des Unternehmens als Einheit erzielt würde (vgl. zur Personengesellschaft BGHZ 17, 130, 136 = DNotZ 1955, 526; BGH WM 1971, 1450; WM 1984, 1506 = DNotZ 1986, 31); er muß in der Regel durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ermittelt werden. Das Berufungsgericht wird dabei auch darüber zu befinden haben, ob der Ermittlung des Unternehmenswertes mit der heute herrschenden Auffassung die Ertragswertmethode zugrunde zu legen ist oder ob es geboten erscheint, im vorliegenden Fall von der Substanzwertmethode auszugehen (vgl. im einzelnen BGH WM 1984, 1506 m. w. N. = DNotZ 1986, 31; Stellungnahme HFA II/1983, Wpg. 1983, 468 ff.; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 79 m. w. N. in Fn. 155 ff.; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 25 m. w. N.; Rowedder, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 61; Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 48 ff., 95 ff.; auch Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 19, 24).

Das Berufungsgericht wird ferner zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Maße der Vortrag der Bekl. über ihre Zielsetzung für die Frage des Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und nach dem wirklichen wirtschaftlichen Wert zu berücksichtigen ist, wie er sich in der von ihr überreichten Stellungnahme der Treuhand AG O. vom 22. 11. 1979 niederschlagen hat.

Stellt es ein grobes Mißverhältnis fest und ist demnach von der Unwirksamkeit der Nennwertabfindung auszugehen, trat an ihre Stelle bis zum Eintritt der Wirksamkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 9. 12. 1989 (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG) eine angemessene Abfindung, deren Bemessung unter Berücksichtigung der von den Bet. mit der Abfindungsregelung verfolgten Zwecke und der zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Verhältnisse, insbesondere der Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft, zu erfolgen hat (BGH WM 1984, 1506 = DNotZ 1986, 31; vgl. auch BGH WM 1983, 956 = DNotZ 1983, 768; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 106; Mayer, BB 1990, 1319 f.).

IV. Das Berufungsgericht muß sodann feststellen, ob § 9 des

Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. 12. 1989 den Abfindungsanspruch der Kl. im Vergleich zu der vorher maßgebenden Regelung einschränkt. Das ist dann der Fall, wenn der auf jeden der Kl. entfallende, unter Zugrundelegung eines angemessenen Abfindungsanspruchs ermittelte Betrag höher ist als der Betrag, der jedem der Kl. nach § 9 des neuen Gesellschaftsvertrages zusteht und der sich aus dem Nennwert des Anteils sowie dem an der Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Bekl. orientierten, nach Jahren bemessenen und für bestimmte Zeiträume der Höhe nach gestaffelten Betrag zusammensetzt. Unter diesen Umständen wären die Voraussetzungen für die Zwangseinziehung i. S. d. § 34 Abs. 2 GmbHG erweitert worden. Da die Kl. dieser Regelung nicht zugestimmt haben, wäre sie im Verhältnis zu ihnen unwirksam. Da davon auszugehen ist, daß die übrigen Gesellschafter der neuen Regelung nur unter der Voraussetzung zugestimmt haben, daß sie gegenüber allen Gesellschaftern wirksam wird, wäre die Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesem Punkte gescheitert und somit im Verhältnis zu allen Gesellschaftern unwirksam.

V. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. 12. 1989 keine für die Kl. im Vergleich zu dem früheren Rechtszustand ungünstige Regelung enthält, wird es die Nichtigkeit der Bestimmung nach dem Vortrag der Kl. noch unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB prüfen müssen.

1. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Klausel allerdings nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nichtig. Selbst wenn man einen solchen Verstoß unterstellt, würde das nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit entsprechend § 243 AktG führen (BGHZ 111, 224, 227; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 15; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 73; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 47; Scholz/K. Schmidt, 7. Aufl., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 105; Baumbach/Zöllner, a.a.O., Anh. § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 48; Rowedder/Koppensteiner, 2. Aufl., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 102; K. Schmidt, a.a.O., § 16 II 4 b ee). Der auf Feststellung der Nichtigkeit gerichtete Klageantrag kann jedoch als Antrag ausgelegt werden, die angegriffene Klausel für nichtig zu erklären. Aber auch eine Anfechtungsklage kann keinen Erfolg haben, weil § 9 des am 9. 12. 1989 geänderten Gesellschaftsvertrages keinen Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Gesellschafter enthält.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 68, 70; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 45; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 36; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 15; K. Schmidt, a.a.O., § 16 II 4 b aa; für das Aktienrecht BGHZ 33, 175, 186). Das bedeutet nicht, daß die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist. Sie muß lediglich sachlich berechtigt sein und darf nicht den Charakter der Willkür tragen (BGHZ a.a.O., K. Schmidt, a.a.O.; Scholz/Winter, a.a.O.). Es ist zunächst festzustellen, daß eine Gleichbehandlung der Gesellschafter insoweit gewährleistet ist, als sie bei Einziehung des Geschäftsanteils den Nennbetrag ihres Geschäftsanteils zurückerhalten (§§ 9 Abs. 9; 13 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages). Eine Gleichbehandlung erfolgt auch insoweit, als die auf den 31. 12. 1988 folgenden Jahre der Zugehörigkeit zur Gesellschaft keinen Gesellschafter berechtigten, für diese Zeit einen Abfindungsbetrag zu verlangen. Eine unterschiedliche Behandlung setzt da ein, wo den Gesellschaftern für die Zugehörigkeit für den vor dem 31. 12. 1988 liegenden Zeitraum nach Jahren bemessene Abfindungsbeträge, diese nach größeren Zeitabschnitten wiederum gestaffelt, bis zu einem bestimmten Höchstbetrag beim Ausscheiden aus der Gesellschaft zuerkannt werden. Das ist jedoch sachlich nicht ungerechtfertigt. Die Gewinne der Gesellschaft, die jährlich erwirtschaftet und in der Regel auch jährlich an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sind nach dem Verhältnis der Beteiligung zu bemessen.

sen. Die Zeitkomponente der Zugehörigkeit zur Gesellschaft ist hier ohne Bedeutung. Das kann jedoch bei dem Abfindungsanspruch anders gesehen werden. Die Gesellschaft hat mit Hilfe des Stammkapitals im Laufe der Jahre Vermögen erwirtschaftet, das sie für weitere unternehmerische Maßnahmen gewinnbringend einsetzen kann. Daran waren später eingetretene Gesellschafter mit ihrem Einlagekapital nicht beteiligt. Es erscheint nicht willkürlich, Gesellschaftern, deren Kapital für einen zurückliegenden Zeitraum der Gesellschaft zur Verfügung gestanden hat, dafür einen höheren Abfindungsanspruch zu gewähren als den Gesellschaftern, die der Gesellschaft erst später beigetreten sind. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es auch nicht willkürlich, wenn für gestaffelt gewählte Zeiträume unterschiedlich hohe Beträge gewährt werden. Das gilt zumindest dann, wenn die Gesellschaft in der Vergangenheit hinreichend Vermögen erwirtschaftet hat und die Gesellschafter keinen Anspruch auf Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert ihres Geschäftsanteils haben. Die Kl. tragen selbst vor, daß die Bekl. über erhebliches Vermögen verfügt, das sie in der Vergangenheit erwirtschaftet und thesauriert hat. Dann kann es aber auch kein auf Willkür beruhendes Unrecht sein, wenn die Bekl. in dem dargelegten Rahmen ihren Gesellschaftern einen nach der Dauer der Mitgliedschaft gestaffelten Abfindungsbetrag zubilligt.

2. Die Revisionserwiderung hält die angegriffene Abfindungsregelung gem. § 138 Abs. 1 BGB für nichtig, weil eine Abfindung zum Nennwert außer Verhältnis zu der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils stehe.

a) Allerdings macht ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB einen Gesellschafterbeschuß nicht ohne weiteres nichtig. Sittenwidrige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH sind entsprechend § 241 Nr. 4 AktG nur dann nichtig, wenn sie *durch ihren Inhalt* gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Voraussetzung ist vorliegend schon deswegen nicht erfüllt, weil der Beschlusseinhalt – die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter zum Nennwert – für sich allein betrachtet nicht sittenwidrig ist. Beschlüsse, die nicht nach ihrem Inhalt, sondern nach Beweggrund, Zweck oder der Art ihres Zustandekommens die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB erfüllen, sind grundsätzlich nur anfechtbar. Die Umstände, welche die Bekl. nach ihrem Vortrag veranlaßt haben, von der Abfindung zum Verkehrswert Abstand zu nehmen und die Abfindung zum Nennwert zuzüglich der in § 9 des Gesellschaftsvertrages aufgeführten Beträge vorzusehen, gehören nicht zum Inhalt des Beschlusses der Gesellschafter, sondern sind als Beweggrund für die Regelung anzusehen, mit denen ein bestimmter Zweck verfolgt wird. Der angegriffene Beschuß ist daher nur anfechtbar i. S. d. § 246 AktG.

b) Der Nichtigkeitsantrag kann, wie bereits dargelegt, als Anfechtungsantrag ausgelegt werden. Die Anfechtungsklage ist rechtzeitig erhoben worden.

Wie der Senat schon früher ausgesprochen hat, gilt für die Anfechtungsklage im GmbH-Recht eine angemessene, nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessende Anfechtungsfrist, für die als Leitbild die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG herangezogen werden kann (BGHZ 111, 224 f.). Die Klage ist am 8. 1. 1990 bei dem LG eingegangen. Ihre Zustellung ist jedoch erst am 5. 2. 1990, also vier Wochen nach Eingang, vorgenommen worden, weil die Klageschrift die genaue ladungsfähige Anschrift der Bekl. nicht enthielt. Diese Zustellung kann noch als „demnächst“ i. S. d. § 270 Abs. 3 ZPO angesehen werden, weil die Verzögerung bei der Mitteilung der Anschrift zu einem großen Teil dadurch eingetreten ist, daß die Kanzlei des LG zur Ausführung der richterlichen Verfügung allein dreizehn Tage benötigt hat (vgl. den ähnlich gelagerten Fall BGHZ 86, 313, 322 f.).

c) Nach dem Vortrag der Kl. ist es nicht ausgeschlossen, daß die in § 9 getroffene Abfindungsregelung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Ein an dem Maßstab der Beteiligung des Gesellschafters ausgerichtetes Abfindungsrecht hat die Höhe des Abfindungsanspruchs grundsätzlich an dem vollen wirtschaft-

lichen Wert des Geschäftsanteils zu messen (§§ 14, 29 Abs. 3, 72 GmbHG). Sieht daher der Gesellschaftsvertrag eine Abfindungsklausel nicht vor, ist der Verkehrswert des Anteils maßgebend. Insoweit gelten die zu seiner Ermittlung bereits früher dargestellten Erwägungen (vgl. III. 2. b). Da § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. 12. 1989 gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Neuregelung enthält und die frühere Regelung nichtig war, ist die Abfindung grundsätzlich nach dem Verkehrswert vorzunehmen, soweit auch die Neuregelung nichtig ist. Die Abfindung nach § 9 weicht von dem Verkehrswert dann in vollkommen unangemessener Weise ab, wenn das an dem gesellschaftlichen Zweck ausgerichtete Interesse der verbleibenden Gesellschafter an dem Fortbestand der Gesellschaft und des Unternehmens eine derart weitgehende Beschneidung des Abfindungsrechtes nicht erforderlich erscheinen läßt und der an dem Unternehmenswert auszurichtende volle wirtschaftliche Anteilswert den Nennwert erheblich übersteigt, möglicherweise ein Vielfaches des Nennwertes ausmacht. Unter dieser Voraussetzung stellt sich die Beschränkung des Abfindungsrechtes als willkürlich und bar jeder sachlichen Rechtfertigung dar. Ist das der Fall, erscheint die Abfindung zum Nennwert unangemessen und damit sittenwidrig (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 105). Eine mögliche Differenz zwischen der Abfindung nach § 9 und der Abfindung zum Verkehrswert ist in gleicher Weise zu berechnen, wie das für den Unterschiedsbetrag zwischen der angemessenen Abfindung und derjenigen nach § 9 geschehen ist (vgl. III. 2. c). An die Stelle des angemessenen Abfindungswertes tritt jedoch der volle wirtschaftliche Wert (Verkehrswert). Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe im vorliegenden Falle der angemessene Abfindungswert von dem vollen wirtschaftlichen Wert tatsächlich abweicht, bleibt der Feststellung durch das Berufungsgericht vorbehalten.

VI. Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es – gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien – noch die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

9. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Nachweis der Einzahlung des Stammkapitals und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bei der Einpersonen-GmbH (LG Bonn, Beschluß vom 5. 11. 1991 – 11 T 10/91 – mitgeteilt von Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg)

BGB § 181

GmbHG §§ 7 Abs. 2 S. 3; 8 Abs. 2; 10 Abs. 1 S. 2

- 1. Bei der Gründung von Einpersonen-GmbHs ist das Registergericht nicht berechtigt, regelmäßig einen Nachweis über die Einzahlung des gesamten Stammkapitals zu verlangen. Ein solcher Nachweis kann nur verlangt werden, wenn im Einzelfall begründete Zweifel an der Richtigkeit der eingereichten Unterlagen bestehen.**
- 2. Die Befreiung des Geschäftsführers einer Einpersonen-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB muß nicht in der Satzung selbst erfolgen. Die Befreiung kann auch durch Gesellschafterbeschuß ausgesprochen werden, wenn die Satzung dies vorsieht.**
- 3. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt auch für solche Geschäftsführer, die zugleich Alleingesellschafter sind, ohne daß dies im Handelsregister zu verlautbaren wäre.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Geschäftsführerin der A-GmbH hat diese zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Die A-GmbH ist durch Vertrag vom 25. 6. 1991 als Einmangengesellschaft gegründet worden. Das Stammkapital beträgt 50.000,- DM. Die Vertretung der GmbH ist in § 5 der Satzung u. a. wie folgt geregelt:

„1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein.

2. Die Gesellschafter können durch Beschluß einem oder mehreren Geschäftsführern die Befugnis zur alleinigen Vertretung erteilen und sie von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.“

Die Alleingesellschafterin ist zugleich Alleingeschäftsführerin. Sie hat sich durch Beschluß vom 24. 6. 1991 von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Sie hat ferner versichert, daß das Stammkapital von 50.000,- DM voll eingezahlt ist, sich zu ihrer freien Verfügung befindet und über die üblichen Gründungskosten hinaus nicht durch Verbindlichkeiten vorbelastet ist.

Das AG hat durch Zwischenverfügung vom 18. 9. 1991 die Vorlage einer bankunterschiedenen Bescheinigung über die Einzahlung des Stammkapitals von 50.000,- DM zugunsten des Kontos der GmbH in Gründung erbeten und die Ansicht vertreten, daß die Befreiung der Geschäftsführerin als alleiniger Gesellschafterin von den Beschränkungen des § 181 BGB der Aufnahme in die Satzung bedürfe. Das AG hat ausgeführt, bei Gründung einer Einmanngesellschaft verlange das Gericht in ständiger Praxis Vorlage eines Einzahlungsbelegs, da bei dieser Vertragsgestaltung die Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG entfalle. Die Vertretungsregelung in § 5 Abs. 2 der Satzung sei nach seiner Ansicht nicht ausreichend, da der Alleingesellschafter als Geschäftsführer nicht ausdrücklich und zusätzlich erwähnt werde.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der GmbH.

Aus den Gründen:

Das gem. §§ 19, 20 FGG zulässige Rechtsmittel ist begründet. Die Zwischenverfügung des AG ist nicht gerechtfertigt.

1. Es besteht kein Anlaß für die Anforderung einer bankunterschiedenen Bescheinigung über die Einzahlung des Stammkapitals.

Die Prüfungspflicht des Registergerichts besteht bezüglich des hier streitigen Punktes in der Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit des angemeldeten rechtserheblichen Sachverhalts, d. h. der Einzahlung des Stammkapitals und der freien Verfügbarkeit für den Geschäftsführer. Die volle Überzeugung oder die Gewißheit über das Vorliegen der maßgeblichen Tatsachen braucht sie dem Registergericht nicht zu verschaffen. Es ist lediglich erforderlich, daß die Prüfung keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit der Anmeldung ergibt (vgl. Scholz, 7. Aufl., § 9 GmbHG, Rd.-Nr. 12 m. W. N.).

Nur wenn und soweit Zweifel entstanden sind, etwa weil die eingereichten Unterlagen unklar, widersprüchlich oder unzureichend sind, oder weil konkrete Anhaltspunkte für mögliche Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten des angemeldeten Sachverhalts vorhanden sind, ist das Gericht zu weiteren Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung berechtigt und verpflichtet. Das routinemäßige Anfordern von Nachweisen – hier die Bestätigung des Kreditinstituts über die Einzahlung der Stammeinlage – ist dagegen als Überspannung der Prüfungsfunktion abzulehnen (vgl. Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., § 9 c GmbHG, Rd.-Nr. 12).

Die Versicherung der Geschäftsführerin der Betroffenen über die Einzahlung des Stammkapitals von 50.000,- DM und die freie Verfügbarkeit dieses Betrages abzüglich der Gründungskosten ist in sich weder unklar noch widersprüchlich und auch nicht unvollständig. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Versicherung unrichtig sein könnte, sind nicht ersichtlich. Für weitere Sachverhaltsermittlungen besteht deshalb kein Anlaß und keine Berechtigung.

Allein die Tatsache, daß es sich bei der Betroffenen um eine Einmanngesellschaft handelt, rechtfertigt weitere Maßnahmen nicht. Zwar entfällt bei dieser Vertragsgestaltung mangels mehrerer Gesellschafter die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter gem. § 24 GmbHG, durch die die Aufbringung des Stammkapitals sichergestellt werden soll. Zum Ausgleich hierfür hat der Gesetzgeber jedoch in § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG bestimmt, daß der Gesellschafter für den bei Anmeldung noch ausstehenden, den Mindestbetrag überschreitenden Teil der Einlage eine Sicherung bestellt. Diese Vorschrift kommt im hier zu entscheidenden Fall nur deshalb nicht zum Tragen, weil nach der Versicherung der Geschäftsführerin bereits das gesamte Stamm-

kapital eingezahlt worden ist. Aus der Regelung folgt jedoch, daß der Hinweis des AG auf § 24 GmbHG die Anforderung einer bankunterschiedenen Bescheinigung über die Einzahlung nicht rechtfertigt.

Im übrigen hat sich der Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der Leistung der Einlage als auch hinsichtlich der Bestellung der Sicherung bewußt mit einer Versicherung des Geschäftsführers begnügt. Während der Regierungsentwurf zur Novelle 1980 noch für beide Fallgestaltungen einen Nachweis vorsah, hat sich der Rechtsausschuß „wegen der verschärften Haftung für die Richtigkeit der Angaben zur Errichtung der Gesellschaft“ (§ 9 a GmbHG) dafür entschieden, „es bei einer Versicherung hierüber zu belassen“ (vgl. Ausschlußbericht, BT-Drucks. 8/3908, S. 71).

Hieraus folgt, daß es nach dem Gesetz nicht gerechtfertigt ist, regelmäßig bei der Gründung von Einmanngesellschaften einen Nachweis der Einzahlung zu verlangen, ohne darauf abzustellen, ob im Einzelfall begründete Zweifel an der Richtigkeit der eingereichten Unterlagen bestehen.

2. Auch die Bedenken des AG bzgl. der Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Befreiung der Geschäftsführerin von den Beschränkungen des § 181 BGB greifen nicht durch.

Die in § 5 Abs. 2 der Satzung gewählte Formulierung, „die Gesellschafter können sie (d. h. einen oder mehrere Geschäftsführer) durch Beschluß von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien“ erfaßt auch die Befreiung des Alleingesellschaftergeschäftsführers. Die Ermächtigung bezieht sich auf jeden möglichen Geschäftsführer. Das ist für jeden interessierten Dritten, der in die Satzung Einsicht nimmt, erkennbar. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Erwähnung des Alleingesellschaftergeschäftsführers bedarf es nicht. Die diesem unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilte Vertretungsmacht hat rechtlich den gleichen Inhalt wie die entsprechende Vertretungsmacht eines Geschäftsführers einer mehrgliedrigen Gesellschaft. Allenfalls die Gefahr eines Mißbrauchs zum Nachteil der Gesellschaft mag größer sein, wenn kein Mitgesellschafter vorhanden ist. Hieraus zieht der BGH (DNotZ 1991, 616 f. = MittRhNotK 1991, 119) auch den Schluß, daß die einmal erteilte Befreiung des Geschäftsführers einer mehrgliedrigen Gesellschaft vom Verbot der Insichgeschäfte auch dann bestehen bleibt, wenn sich die Gesellschaft in eine Einmanngesellschaft verwandelt und der Geschäftsführer Alleingesellschafter ist.

Im übrigen ist die Befreiung selbst, soll sie eintragungsfähig sein, entweder abstrakt jedem Geschäftsführer oder konkret einer bestimmten Person zu erteilen (BGH NJW 1983, 1676 f. = DNotZ 1983, 633). Eine Befreiung des Alleingesellschaftergeschäftsführers dagegen zwingt dazu, Umstände außerhalb des Registers heranzuziehen, um den Umfang der Vertretungsmacht feststellen zu können. Ob der Geschäftsführer Alleingesellschafter ist, ergibt sich nicht sicher aus dem Handelsregister, das über den Gesellschafterbestand nur unvollkommen Auskunft gibt, da lediglich einmal im Jahr eine auf den neuesten Stand berichtigte Gesellschafterliste einzureichen ist. Es ist mithin nicht möglich, sich jederzeit aus dem Handelsregister auch über die im Laufe des Jahres eingetretenen Änderungen im Gesellschafterbestand zu unterrichten. Läßt sich der Inhalt der Eintragung aber nicht allein aus dem Handelsregister erklären, widerspricht das § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG, wonach sich der Umfang der Vertretungsbefugnis aus dem Register selbst ergeben muß.

Ist die Befreiung des Alleingesellschaftergeschäftsführers nicht eintragungsfähig, spricht auch dieser Umstand dagegen, daß die in der Satzung enthaltene Ermächtigung zur Befreiung die Eigenschaft als Alleingesellschafter zu erwähnen habe.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß, soweit das AG beabsichtigt, den Inhalt des § 181 BGB bei Eintragung im Handelsregister zu erläutern, dieser zutreffend mit „Verbot der Insichgeschäfte“ und nicht nur mit „Verbot des Selbstkontrahierens“ bezeichnet werden müßte, da das Selbstkontrahieren nur eine

Alternative des Regelungsgehalts der Vorschrift darstellt, die als weiteres Insichgeschäft die Mehrvertretung nennt.

10. Notarrecht – Residenzpflicht der Notare

(BVerfG, Beschluß vom 3.12.1991 – 1 BvR 1477/90)

BNotO § 10 Abs. 2 S. 2

1. § 10 Abs. 2 S. 2 BNotO ist mit der Verfassung vereinbar.
2. Sagt ein Notar bei der Bewerbung auf eine andere Amtsstelle zu, der Residenzpflicht in angemessener Frist nachzukommen, so ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn die Aufsichtsbehörde aus diesem Grund eine unbefristete Befreiung von der Residenzpflicht ablehnt.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Hauptwohnsitz des Notars liegt außerhalb seines Amtssitzes. Der OLG-Präsident lehnte den Antrag des Notars, ihm dauernde Befreiung von der Residenzpflicht zu gewähren, mit der Begründung ab, der Notar habe bei der Bewerbung um seine Notarstelle zugesagt, seiner Residenzpflicht in angemessener Zeit nachzukommen. Die hiergegen beim BGH erhobene sofortige Beschwerde des Notars blieb erfolglos. Mit der Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. Verletzung seiner Rechte aus Art. 12, 66 und 103 GG. Die Verfassungsbeschwerde wurde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Der beschwerdeführende Notar wendet sich gegen die Verpflichtung, am Orte seines Amtssitzes zu wohnen (§ 10 Abs. 2 S. 2 BNotO).

1. § 10 Abs. 2 S. 2 BNotO ist mit der Verfassung vereinbar.

a) Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Die Vorschrift greift zwar in die Berufsausübungsfreiheit der Notare ein, ihr kommt aber nicht die Qualität einer Berufswahlbeschränkung zu. Auch wenn dem Notar bei deren Nichtbefolgung disziplinarrechtliche Maßnahmen bis hin zur Amtsenthebung drohen, betrifft nur diese Sanktion die Ebene der Berufswahl. Sie hebt die Pflicht, an deren Verletzung sie knüpft, nicht ebenfalls auf diese Stufe (BVerfGE 80, 269, 278 = DNotZ 1989, 627).

Im Zuge der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf nicht staatliche Notare ist der Gesetzgeber grundsätzlich befugt, die Bedingungen für die Wahrnehmung dieser Aufgaben festzulegen (BVerfGE 47, 285, 320). Die mit der Ausgestaltung des Notarberufs als eines öffentlichen Amtes begründete Pflicht zur Amtsbereitschaft dient dem allgemeinen Interesse an einer geordneten und funktionsfähigen Rechtspflege und damit einem vernünftigen Gemeinwohlgrund. Zur Erreichung dieses Zwecks ist die Residenzpflicht der Notare geeignet. Ob andere Maßnahmen denkbar wären, ist nicht entscheidend.

Die angegriffene Regelung ist auch erforderlich. Soweit der Bf. darauf abstellt, daß zur Wahrnehmung der Amtsbereitschaft eine Wohnsitzverpflichtung in angemessener Entfernung zur Amtsstelle genügen würde, fordert er nur eine andere Regelungstechnik. Wegen der Schwierigkeit der Bestimmung einer angemessenen Entfernung hat der Gesetzgeber das Wohnsitzprinzip mit dem Vorbehalt der Ausnahmegenehmigung verbunden, so daß für die Prüfung persönlicher, wirtschaftlicher und verkehrstechnischer Besonderheiten ausreichend Raum bleibt. Die Verpflichtung, einen Wohnsitz am Amtssitz zu begründen, ist für den Notar jedenfalls dann zumutbar, wenn die gesetzlich vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten mitberücksichtigt werden. Die Gesamtregelung der Residenzverpflichtung ist erkennbar um Abmilderung aller denkbaren Härten bemüht. Es ist Sache der Justizbehörden, bei der Bescheidung von Ausnahmeanträgen keine überspannten Anforderungen zu stellen.

b) Eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil die Beeinträchtigung der familiären Beziehungen des Bf. unbeabsichtigte Nebenfolge der Residenzpflicht für Notare ist, die alle Berufsangehörigen in gleicher Weise trifft (BVerfGE 12, 151, 176; 14, 34, 38 f.; 28, 104, 112 f.).

2. Auslegung und Anwendung des § 10 Abs. 2 S. 2 BNotO durch die angegriffene Entscheidung sind vom BVerfG nur eingeschränkt überprüfbar (BVerfGE 18, 85, 92 f.). Sie begegnen ebenfalls keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist nicht ersichtlich, daß der BGH Grundrechte des Bf. verkannt haben könnte. Soweit er das Verhalten des Bf. im Hinblick auf Vorgeschichte und Wortlaut der Bewertung (zutr. wohl „Bewerbung“, Anm. Red.) um die Notarstelle als widersprüchlich gewertet hat, geht es um eine Sachverhaltswürdigung, die allein Sache der Fachgerichte ist.

3. Auch die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, der BGH habe den Vortrag des Bf. zu nachträglich bekannt gewordenen Hinderungsgründen übergangen, hat keinen Erfolg. Art. 103 Abs. 1 GG gewährt keinen Schutz davor, daß das Gericht dem Vorbringen eines Bet. aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts nicht folgt (BVerfGE 69, 141, 143 m. w. N.). So liegen die Dinge hier. Der BGH hat aus Rechtsgründen als unerheblich angesehen, daß der Bf. seine familiäre Situation vor seinem Bewerbungsschreiben vom 21.8.1986 noch nicht gründlich geklärt haben und deshalb von der Haltung seiner Ehefrau überrascht worden sein will.

11. Kostenrecht – Betreuungstätigkeit bei Eröffnung eines Erbvertrages

(OLG Köln, Beschluß vom 8.1.1992 – 2 Wx 46/91 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Helmut Büttner, Köln)

BGB §§ 2259; 2260

KostO §§ 146 Abs. 3; 147 Abs. 2

1. Für den förmlichen „Antrag“ auf Eröffnung einer letztwilligen Verfügung und ihre Ablieferung bei Gericht steht dem Notar keine Gebühr zu, da das Gesetz einen solchen Antrag nicht kennt und er zur Ablieferung gesetzlich verpflichtet ist.
2. Die Anregung an das Nachlaßgericht, den Erbvertrag zu eröffnen, kann zwar als Vollzugshandlung i. S. d. § 146 Abs. 3 KostO angesehen werden, es fehlt aber in der Regel an der weiteren Voraussetzung des Gebührentatbestandes, daß es erforderlich war, den „Antrag“ tatsächlich oder rechtlich näher zu begründen.
3. Die bloße Einreichung einer letztwilligen Verfügung ist auch keine Betreuungstätigkeit i. S. d. § 147 Abs. 2 KostO. Eine Betreuungstätigkeit kann aber vorliegen, wenn vom Notar in diesem Zusammenhang erbrechtliche oder sonstige Informationen zur Abwicklung des Erbfalls gewünscht werden. In Fällen, in denen es einer Beratung ersichtlich nicht bedarf, muß der Notar aber auf die Kostenpflichtigkeit seiner Tätigkeit hinweisen.

Zum Sachverhalt:

Die Kostenschuldnerin und ihr im August 1990 verstorbener Ehemann hatten 1987 vor dem Bet. zu 2) einen Erbvertrag geschlossen. Im September 1990 informierte die Kostenschuldnerin den Notar telefonisch über den Sterbefall, der ihr dabei das Eröffnungsverfahren und die gesetzliche Erbfolge nach dem verstorbenen Ehemann erläuterte und sodann in ihrem Namen die Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen nach dem verstorbenen Ehemann beim Nachlaßgericht beantragte.

Mit seiner Kostenrechnung fordert der Notar als Gebühr für „Eröffnung Erbvertrag“ nach einem Geschäftswert von 220.000,- bis 240.000,- DM unter Angabe des § 147 KostO einen Betrag von 235,- DM zuzügl. Schreibgebühren und Mehrwertsteuer. Die Kostenschuldnerin vertritt die Auffassung, die beantragte Eröffnung des Erbvertrages löse als Nebengeschäft keine Gebühr aus.

Das LG hat die Kostenrechnung auf die Beschwerde der Kostenschuldnerin aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der auftragsgemäß gestellte Antrag auf Eröffnung einer letztwilligen Verfügung beim Nachlaßgericht löse gem. § 147 Abs. 2 KostO eine Gebühr aus. Gem. § 242 BGB sei der Notar jedoch gehindert, sie einzufordern, da er gleichzeitig verpflichtet sei, die Kostenschuldnerin freizustellen. Diese Verpflichtung ergebe sich aus einem Schadensersatzanspruch der Kostenschuldnerin aus positiver Forderungsverletzung des Beratungsvertrages. Er habe seine Beratungspflicht dadurch verletzt, daß er nicht darauf hingewiesen habe, daß die Stellung des Eröffnungsantrags seiner notariellen Mitwirkung nicht bedürfe. Es sei davon auszugehen, daß die Kostenschuldnerin bei entsprechendem Hinweis die kostengünstigere Lösung gewählt haben würde und den Notar nicht mit der Antragstellung beauftragt hätte. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vom LG zugelassene weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

Die nach § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 4 KostO i.V.m. § 551 ZPO).

1. Für den förmlichen „Antrag auf Eröffnung einer letztwilligen Verfügung“ steht dem Notar schon deshalb keine Gebühr zu, weil das Gesetz einen solchen Antrag nicht kennt, sondern die Eröffnung von Amts wegen vorschreibt (§ 2260 BGB). Ebenso wenig vermag die Ablieferung der vom Notar verwahrten Urkunden eine Gebühr auszulösen, denn dazu ist der Notar gesetzlich verpflichtet (§ 2259 Abs. 2 BGB). Nach Auffassung des Senats fallen diese Tätigkeiten schon objektiv weder unter § 146 Abs. 3 KostO noch unter § 147 Abs. 2 KostO, so daß es nicht darauf ankommt, ob ein Notar, der einen solchen Auftrag annimmt und ausführt, die Kosten jedenfalls wegen unrichtiger Sachbehandlung außer Ansatz lassen muß (§§ 141, 16 KostO) (so die Begründung von Lappe, KostRspr, § 147 KostO, Nr. 58 in Anm. zu LG Köln MittRhNotK 1978, 158).

2. Dem Notar steht auch im übrigen keine Gebühr nach § 146 Abs. 3 KostO zu. Die Anregung an das Nachlaßgericht, den Erbvertrag zu eröffnen, kann als Vollzugshandlung i. S. d. Gesetzes angesehen werden (ebenso Rohs/Wedewer, 3. Aufl., Stand 1991, § 146 KostO, Rd.-Nr. 49 und Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 12. Aufl., § 146 KostO, Rd.-Nr. 32; anders dagegen LG Köln MittRhNotK 1978, 158), weil es sich um eine Tätigkeit handelt, die die Ausführung des beurkundeten Erbvertrages fördert (vgl. zum Vollzugsbegriff in Abgrenzung zur Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO Götlich/Mümmeler, KostO, 10. Aufl., „Vollzugsgebühr“). Man wird auch die Anregung an das Nachlaßgericht als „Antrag“ i. S. d. § 146 Abs. 3 KostO ansehen können. Es fehlt aber die weitere Voraussetzung des Gebührenatbestandes, daß es erforderlich war, den Antrag tatsächlich oder rechtlich näher zu begründen (auch nach Rohs/Wedewer und Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., scheidet der Gebührenatbestand aus diesem Grunde bei einem „Antrag“ auf Eröffnung eines Erbvertrages in aller Regel aus).

3. Der Notar kann schließlich auch keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO verlangen.

a) Die Entstehung einer solchen Gebühr ist allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil § 146 Abs. 3 KostO insoweit als Spezialregelung anzusehen ist, denn § 146 Abs. 3 KostO regelt lediglich die für die Vollzugstätigkeit entstehenden Gebühren, schließt aber nicht aus, daß der Notar außerhalb dieser Vollzugstätigkeit eine gebührenpflichtige Betreuungstätigkeit wahrnehmen kann. Die bloße Einreichung des Erbvertrages mit dem „Eröffnungsantrag“ ist entgegen der Auffassung des LG Köln (MittRhNotK 1978, 114 u. 158) aber keine Betreuungstätigkeit, weil es sich dabei – wie ausgeführt – um Vollzugstätigkeit handelt und § 146 Abs. 3 KostO insoweit die speziellere Vorschrift gegenüber § 147 Abs. 2 KostO ist (ebenso Lappe, a.a.O.: „Wenn schon ein Antrag nur in dieser Qualifikation eine Gebühr auslöst, so muß das erst recht für eine formlose Tätigkeit gelten.“).

b) Für eine über die bloße Vollzugstätigkeit hinausgehende Betreuungstätigkeit reicht es auch nicht aus, daß der Notar den überlebenden Ehegatten lediglich darüber unterrichtet, daß

jetzt der Erbvertrag vorzulegen sei, denn das ist keine Beratung, sondern lediglich eine Information über die dem Notar ohnehin obliegende Pflicht.

c) Denkbar ist allerdings, daß der überlebende Ehegatte in diesem Zusammenhang Informationen über weitere erbrechtliche oder sonstige Probleme mit der Abwicklung des Erbfalls wünscht und der Notar ihn insoweit betreut. Dazu reicht jedoch nicht aus, daß der Notar auf die – hier telefonische – Mitteilung des Sterbefalls hin solche Erläuterungen gibt, sondern er muß gem. § 147 KostO die Betreuung „im Auftrag des Bet.“ erbringen. Der Notar muß dazu konkret darlegen, zu welchen Fragen der Bet. eine Beratung wünschte. Darauf, daß in anderen Fällen Zweifel an der gesetzlichen Erbfolge zu klären sind bzw. die Wertermittlung oder andere erbrechtliche Fragen auf Wunsch eines Bet. erläutert werden müssen, kommt es nicht an.

d) Es bedarf auch keiner weiteren Aufklärung durch die Tatsacheninstanz, ob die Bet. im Streitfall ungeachtet der objektiv völlig zweifelsfreien Erbfolge vom Notar eine Information hierüber erbeten hat. Bei dieser Sachlage wäre der Notar nämlich angesichts der Amtsaufklärungspflicht (§ 12 FGG) – wie das LG mit Recht angenommen hat – verpflichtet gewesen, die Bet. darauf hinzuweisen, daß es bei der gegebenen Sachlage zunächst einer notariellen Beratung oder Ermittlung der Erbfolge durch den Notar nicht bedürfe und diese Kosten auslöse, wenn sie gleichwohl darauf bestehe. Der Geltendmachung der Gebühr steht dann das gleichzeitige Bestehen eines Freistellungsanspruchs infolge der Hinweispflichtverletzung gem. § 242 BGB entgegen. Zwar trifft den Notar auch bei Betreuungstätigkeit grundsätzlich keine Belehrungspflicht über die entstehenden Kosten (vgl. BayObLG JurBüro 1988, 1706), etwas anderes gilt aber, wenn der Notar erkennt, daß dadurch objektiv überflüssige Kosten verursacht werden. Der Senat verkennt nicht, daß es nach einem Sterbefall naheliegt, daß der Notar den Bet. nicht brüsk ohne weitere Erläuterungen an das Nachlaßgericht verweist. Das ändert aber nichts daran, daß eine freiwillige menschliche und fachliche Zuwendung in Fällen, in denen für den Notar erkennbar kein Beratungsbedarf besteht, keine Honorarforderung begründen kann, wenn der Notar nicht auf die Kostenpflichtigkeit seiner Tätigkeit hingewiesen hat.

12. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Übertragung einer Beteiligung von 99 v.H. an Grundbesitz haltender Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 31. 7. 1991 – II R 17/88)

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1 AO § 42

Der Wechsel im Personenstand einer nur Grundbesitz haltenden Personengesellschaft unterliegt nur dann der Grunderwerbsteuer gem. § 42 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, wenn sämtliche Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft übertragen werden. Das gilt auch dann, wenn nur ein Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt, der – im Innenverhältnis – am Gesellschaftsvermögen wertmäßig nicht beteiligt ist.

Zum Sachverhalt:

Die Kl., eine GbR, war durch Vertrag vom 25. 2. 1981 zum Zweck der Bewohnung, Vermietung und Verpachtung eines von ihr am selben Tag erworbenen Grundstücks gegründet worden. Gesellschafter waren A mit einer Beteiligung von 99 v.H. und die B-GmbH mit einer Beteiligung von 1 v.H.; der GmbH war die Führung der Geschäfte übertragen.

Am 9. 11. 1981 traten acht neue Gesellschafter mit einer Gesamtbeteiligung von 99 v.H. in die Gesellschaft ein, gleichzeitig schied A aus der Gesellschaft aus. Die B-GmbH blieb mit einer Beteiligung von 1 v.H. geschäftsführende Gesellschafterin. Das Gesellschaftskapital in Höhe von 1.050.000,- DM wurde von den neu eintretenden Gesellschaftern eingebracht; die GmbH hatte ihre Einlage durch die Übernahme der Geschäftsführung zu erbringen. Für die Geschäftsführung sollte sie als Gewinn vorab 3 v.H. der jeweiligen Mieteinnahmen als pauschalierten Aus-

lagersatz erhalten. Das verbleibende Jahresergebnis war auf die übrigen acht Gesellschafter im Verhältnis ihrer Einlagen zu verteilen. Auf den Grundbuchberichtigungsantrag vom 9. 11. 1981 wurden die acht neu eingetretenen Gesellschafter und die B-GmbH in GbR im Grundbuch eingetragen.

Das bekl. FA setzte gegen die Kl. durch vorläufigen Bescheid vom 14. 10. 1983 Grunderwerbsteuer einschließlich Zuschlag fest. In der Anlage zum Grunderwerbsteuerbescheid führte es dazu aus: Die B-GmbH sei weder vor noch nach dem Gesellschafterwechsel am Vermögen und am Ertrag der Gesellschaft beteiligt gewesen. Die Grunderwerbsteuerpflicht ergebe sich aus § 1 Abs. 1 Ziff. 1 GrEStG i.V.m. § 42 AO 1977, da einziger Zweck der Vertragsgestaltung sei, den neuen Gesellschaftern die gesamthänderische Berechtigung am Grundstück zu verschaffen. Die Übertragung der Gesellschaftsanteile habe lediglich den Verkauf der Grundstücke an die neuen Gesellschafter verdecken sollen und sei deshalb als unangemessene bürgerlich-rechtliche Gestaltung nicht zu beachten.

Auf die Klage hob das FG den Bescheid vom 14. 10. 1983 sowie die Einspruchsentscheidung des FA auf.

Mit der Revision beantragt das FA, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

Im Ergebnis hat das FG den Grunderwerbsteuerbescheid vom 14. 10. 1983 sowie die Einspruchsentscheidung vom 8. 8. 1984 zu Recht aufgehoben.

Es entspricht der st. Rspr. des Senats (vgl. BFHE 145, 242 = BStBl. II 1986, 190 = MittRhNotK 1986, 278; BFHE 149, 75 = BStBl. II 1987, 394 = MittRhNotK 1987, 234; BFHE 156, 527 = BStBl. II 1989, 803), daß die Übertragung sämtlicher Anteile an einer nur Grundbesitz haltenden Personengesellschaft gem. § 42 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegen kann, weil durch den vollständigen Wechsel im Personenstand einer Personengesellschaft, der als solcher nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt (vgl. BFHE 129, 88 = BStBl. II 1980, 28), dasselbe Ergebnis erreicht wird wie durch den Abschluß eines auf die Übereignung des Grundstücks gerichteten Kaufvertrages zwischen Alt- und Neugesellschaftern in ihrer jeweiligen gesamthänderischen Verbundenheit, der den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllen würde. Maßgebend ist danach, daß sich die Rechtszuständigkeit in Gestalt des Gesamthandseigentums der Gesellschafter an dem Grundstück ändert. Diese Folge tritt aber nur ein, wenn sämtliche Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft übertragen werden. Verbleibt, wie im Streitfall, ein Gesellschafter in der Gesellschaft, so kommt es nicht zu einer dem Rechtsgeschäft i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG vergleichbaren, auf die Übertragung des gesamten Grundstücks gerichteten Gestaltung (BFHE 150, 366 = BStBl. II 1987, 722).

Entgegen der vom FG wie vom FA vertretenen Auffassung ist es nicht bereits dann gerechtfertigt, die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte an einer Personengesellschaft gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i.V.m. § 42 AO der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen, wenn die Veränderung im Gesellschafterbestand zur Folge hat, daß – im Innenverhältnis – ausschließlich die Neugesellschafter (wertmäßig) am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind, der verbleibende Gesellschafter seine vermögensmäßige Beteiligung aufgibt, oder, wie das FA bezogen auf den Streitfall angenommen hat, von vornherein im Innenverhältnis nicht am Vermögen der Gesellschaft (wertmäßig) beteiligt war. Denn der entscheidende Gesichtspunkt – vollständige Änderung der Zuordnung der Gesamthandsberechtigung – ist dann nicht erfüllt, weil auch dem am Gesellschaftsvermögen, d. h. wertmäßig, nicht beteiligten Gesellschafter in seiner Verbundenheit mit den anderen Gesellschaftern (sachenrechtlich, §§ 903, 718 BGB) die Eigentumsrechte an dem den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehörenden Grundstück zusteht. Anders als im Geltungsbereich des § 5 GrEStG Bayern (= § 5 GrEStG; siehe hierzu BFHE 163, 246 = BStBl. II 1991, 374 und BFHE 163, 249 = BStBl. II 1991, 376) kommt der Beteiligung der Gesellschafter am Grundstückswert bei der Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG keine Bedeutung zu.

Anhaltspunkte dafür, daß hinsichtlich der Vereinbarung über die Stellung der geschäftsführenden Gesellschafterin, der B-GmbH, ein Scheingeschäft vorgelegen habe oder daß der Anteil der B-GmbH einem der übrigen Gesellschafter zuzurechnen sei, sind nicht ersichtlich; Sachverhaltsrügen (§ 118 Abs. 2 FGO) hat das FA insoweit nicht erhoben.

13. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Zur Anwendung der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 5 GrEStG bei Gütertrennung (FG Köln, Urteil vom 8. 5. 1991 – 1 K 2431/87 – rechtskräftig)

GrEStG § 3 Nr. 5

Der Befreiungstatbestand des § 3 Nr. 5 GrEStG ist durch die Vereinbarung einer Gütertrennung nicht ausgeschlossen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. und ihr Ehemann erwarben 1968 zu je $\frac{1}{2}$ das hier umstrittene Grundstück in B. und bebauten es gemeinsam. Sie waren und blieben zu je $\frac{1}{2}$ Miteigentümer. Sie lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft.

1978 vereinbarten sie Gütertrennung. In Abschn. B des bezeichneten Vertrages ist das hier umstrittene Grundstück angesprochen. Die Kl. sollte unter bestimmten Bedingungen den ideellen Hälfteanteil des Ehemannes entschädigungslos übertragen bekommen, und zwar bis zum 30. 4. 1983. Die Vertragsparteien verpflichteten sich, nach dem 1. 5. 1983 auf Wunsch des anderen Vertragspartners einen Kaufvertrag zum Verkehrswert zuzustimmen. Diese Vereinbarung kam nicht zum Tragen.

Im April 1985 wurden die Vertragsbeteiligten geschieden. In der Niederschrift einer Verhandlung des AG vom November 1984 heißt es:

„Allerdings wäre evtl. vermögensrechtlich noch das gemeinsame Hausgrundstück in B. auseinanderzusetzen. Insofern soll abgewartet werden, was die Einkünfte zum Versorgungsausgleich ergeben, um evtl. zu einer umfassenden Regelung zu kommen.“

Ab September 1985 fanden zwischen den Anwälten der Kl. und ihres geschiedenen Ehemannes Verhandlungen über die Übernahme des hälftigen Anteils am Hausgrundstück statt, bei denen auch ein Kredit und Vorstellungen über einen Abfindungsvertrag betreffend die Anwartschaft des geschiedenen Ehemannes auf die Betriebsrente zur Sprache kamen. Diese Verhandlungen führten zu einem notariellen Auseinandersetzungsvertrag, in dem der geschiedene Ehemann (Veräußerer) der Kl. seinen hälftigen Anteil an dem Grundstück in B. zum Preis von 162.500,- DM übertrug. Die mit der notariellen Urkunde verbundenen Steuern wollte die Kl. tragen.

Am 19. 9. 1986 übersandte der Bekl. der Kl. einen Grunderwerbsteuerbescheid über 3.250,- DM, bei dem als Bemessungsgrundlage der Kaufpreis von 162.500,- DM zugrunde gelegt worden war. Mit ihrem Einspruch berief sich die Kl. auf die Vorschrift des § 3 Ziff. 5 GrEStG 1983, wonach „der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung“ von der Grunderwerbsteuer befreit ist. Der Bekl. stellte sich jedoch auf den Standpunkt, daß im Streitfall die Voraussetzungen des § 3 Ziff. 5 GrEStG 1983 nicht erfüllt seien. Begünstigt sei der Grundstückserwerb nach der Scheidung dann nicht, wenn die Eheleute im Güterstand der Gütertrennung gelebt hätten.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Der Kl. steht die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 5 GrEStG zu. Der angefochtene Bescheid ist daher rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten (§ 100 FGO).

Zwar unterliegt der Erwerbsvorgang gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Nach § 3 Ziff. 5 GrEStG ist jedoch „der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung von der Besteuerung ausgenommen“. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Da die Kl. den Hälfteanteil 14 Monate nach der Scheidung vom Veräußerer erwarb, kann nur streitig sein, ob dies „im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung“ geschah. Entgegen der Meinung des Bekl. ist das zu bejahen.

Der Zusammenhang des Grunderwerbs mit der Scheidung

vom Veräußerer ergibt sich bereits eindeutig aus dem Sitzungsprotokoll des AG – Familiengericht – vom 9. 11. 1984. Dort ist das umstrittene Hausgrundstück ausdrücklich erwähnt. Die Auseinandersetzung hierüber wurde hinausgeschoben, um nach Vorliegen der Daten zum Versorgungsausgleich „evtl. zu einer umfassenden Regelung zu kommen“. Daß die Auseinandersetzung des Hauses seine Ursache allein in der Scheidung hatte, ergibt sich weiter aus der nachfolgenden Anwaltskorrespondenz sowie dem Übertragungsvertrag selbst. Man verhandelte über den Verkehrswert, die aufgewendeten Reparaturkosten und die Anrechnung eines Bauspardarleihens sowie die Verrechnung eines Anspruchs auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich mit dem Ergebnis, daß die Kl. den Kaufpreis in Höhe von 162.500,— DM für den Hälfteanteil teilweise durch Verrechnung mit diesen Gegenansprüchen tilgen durfte. Damit war die im Sitzungsprotokoll des FamG vom 9. 11. 1984 angestrebte „umfassende Regelung“ erreicht. Inhaltlich ergibt sich der Zusammenhang des Grunderwerbs mit der Scheidung unzweifelhaft schon daraus, daß sich die Kl. ihren Anspruch auf schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (§ 1587 a BGB) kapitalisiert in Höhe von 40.000,— DM abfinden ließ und diesen Betrag gegen die Kaufpreisforderung aufrechnen durfte. Aber auch das Bauspardarlehen ist nach der Scheidung noch tatsächlich vermögensmäßig auseinandergesetzt worden und hat seinen Niederschlag im Erwerbsvertrag gefunden, so daß nach den Gesamtumständen kein Zweifel daran bestehen kann, daß der Grunderwerb i. S. d. § 3 Ziff. 5 GrEStG „im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung“ erfolgt ist. Damit sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Steuerbefreiung erfüllt.

Zu Unrecht meint der Bekl., der Grunderwerb stehe im Streitfall deshalb nicht im Zusammenhang mit der Scheidung, weil der Erwerb die Erfüllung des Güterrechtsvertrages vom 24. 4. 1978 sei. Darin haben die Kl. und der Veräußerer, ihr damaliger Ehemann, zwar Gütertrennung vereinbart und u. a. eine Übertragung des Hälfteanteils auf die Kl. aufschiebend bedingt vereinbart; zu dieser Übertragung des Hälfteanteils auf die Kl. aufgrund der Güterrechtsvereinbarung ist es damals (!) aber gerade *nicht* gekommen, so daß nach dem ausdrücklichen Inhalt des Güterrechtsvertrages von 1978 die Auseinandersetzung über den hier streitigen Hälfteanteil mit Ablauf des 1. 5. 1983 hinfällig wurde. Ausdrücklich haben sich die Kl. und der Veräußerer darauf geeinigt, *nach* dem 1. 5. 1983 einem Kaufvertrag zum *Verkehrswert* zuzustimmen, so daß die ins Auge gefaßte *entschädigungslose*, aufschiebend bedingte Grundstücksübertragung auf die Kl. nach der Güterrechtsvereinbarung von 1978

gerade nicht zum Tragen gekommen ist und mithin nichts für die Beantwortung der Frage hergibt, ob es sich vorliegend um einen „Grunderwerb nach Scheidung“ handelt.

Der Bekl. geht auch fehl in seiner Annahme, § 3 Ziff. 5 GrEStG komme deshalb nicht zum Zuge, weil die Kl. mit dem Veräußerer schon weit vor der Scheidung im Güterstand der Gütertrennung gelebt habe, so daß keine „Vermögensauseinandersetzung“ i. S. d. § 3 Ziff. 5 GrEStG vorliege. Das Gesetz macht diese Einschränkung nicht. Es verlangt insbesondere nicht, und zwar weder bei der Scheidung noch beim Grunderwerb, das Vorliegen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft.

In den Befreiungen des § 3 GrEStG 1940 waren tatsächlich nur in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten berücksichtigt (Hinweise bei Boruttau/Egly/Sigloch, 12. Aufl., Vorbem. 123 bis 132 sowie Rd.-Nr. 376 ff. zu § 3 Nr. 5 GrEStG). Aus dieser Rechtsgeschichte stammt die für das GrEStG 1983 nicht mehr haltbare Fehlvorstellung des Bekl., bei in Gütertrennung lebenden Ehegatten gebe es keine „Vermögensauseinandersetzung im engeren Sinne“, sprich: „ehegüterrechtliche Auseinandersetzung“ über ein Grundstück im Anschluß an die Scheidung. Der Wortlaut des § 3 Ziff. 5 GrEStG läßt dies auch offen (Boruttau/Egly/Sigloch, a.a.O., Rd.-Nr. 132). Selbst wenn man bei der Auslegung des § 3 Ziff. 5 GrEStG in erster Linie an „ehegüterrechtliche Auseinandersetzungen“ (Boruttau/Egly/Sigloch, a.a.O.) oder zwingende Scheidungsfolgesachen zu denken hätte, ist damit nicht gesagt, daß das GrEStG 1983 den alten Rechtszustand aufrechterhalten wollte. Im Gegenteil war es auch erklärtes Ziel des Gesetzgebers (BT-Drucks. 9/251, Begr. B zu § 3 Nr. 4 GrEStG), eine Gleichstellung der Ehegattenerwerbe mit den Erwerben zwischen Verwandten gerader Linie zu erreichen und damit *schlechthin* den Grundstückserwerb zwischen Ehegatten ohne jede Diskriminierung eines Güterstandes von der Grunderwerbsteuer zu befreien (Boruttau/Egly/Sigloch, a.a.O., Rd.-Nr. 382 u. 385). In der genannten BT-Drucks. heißt es wörtlich (wenn auch zu § 3 Ziff. 4 GrEStG): „... Die Benachteiligung der Ehegatten gegenüber Verwandten in gerader Linie erscheint deshalb nicht gerechtfertigt... Grundstücksgeschäfte zwischen Ehegatten sollten deshalb schlechthin von der Grunderwerbsteuer befreit werden.“ Die Begründung zu § 3 Ziff. 5 GrEStG (BT-Drucks., a.a.O.) macht demzufolge keinen Unterschied zwischen den jeweiligen denkbaren „Vermögensauseinandersetzungen aus Anlaß einer Ehescheidung“.

Eine einschränkende Auslegung i. S. d. Rechtsauffassung des Bekl. vermag der Senat daher nicht mitzutragen.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Körperschaftsteuer – Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH

(BMF, Schreiben vom 4. 2. 1992 – IV B 7 – S 2742 – 6/92)

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur steuerrechtlichen Behandlung der konkurrierenden Tätigkeit des beherrschenden Gesellschafters und des Geschäftsführers – insbesondere des Gesellschafter-Geschäftsführers – gegenüber seiner GmbH wie folgt Stellung:

Nach der Rspr. des BFH liegt eine Verletzung des Wettbewerbsverbotes vor, wenn der beherrschende Gesellschafter oder der Gesellschafter-Geschäftsführer im Geschäftszweig der Gesellschaft ohne Erlaubnis Geschäfte für eigene Rechnung macht. Bei einer Verletzung des Wettbewerbsverbots steht der Gesellschaft ein Anspruch auf Schadenersatz oder auf Herausgabe des erlangten Vorteils zu. Verzichtet die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer (BFH-Urteil vom 11. 2. 1981, BStBl. II, 448) oder dem nicht

geschäftsführenden beherrschenden Gesellschafter (BFH-Urteil vom 26. 4. 1989, BStBl. II, 673) auf diesen Anspruch, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Dasselbe gilt für die Konkurrenzfähigkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft, der im Verhältnis zum beherrschenden Gesellschafter nahestehende Person ist (BFH-Urteil vom 11. 2. 1987, BStBl. II, 461).

Die Gesellschaft kann dem beherrschenden Gesellschafter und dem Geschäftsführer eine Konkurrenzfähigkeit in ihrem Geschäftszweig durch Vereinbarung gestatten (= Befreiung vom Wettbewerbsverbot). Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird bei einer Konkurrenzfähigkeit aufgrund einer solchen Vereinbarung jedoch nur dann vermieden, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Die Befreiung vom Wettbewerbsverbot muß eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer auf der anderen Seite enthalten, die eine spätere willkürliche Zuordnung der Geschäfte unmöglich macht.

Die Vereinbarung muß zivilrechtlich wirksam im voraus getroffen sein. Das ist der Fall, wenn die Befreiung des *beherrschenden Gesellschafters* vom Wettbewerbsverbot entweder in der ursprünglichen Satzung enthalten ist oder durch späteren satzungsändernden Beschluß in sie aufgenommen worden ist. Mit dem *Geschäftsführer* kann das Wettbewerbsverbot im Anstellungsvertrag, dem die Mehrheit der Gesellschafter (nach Stimmrechten) zugestimmt haben muß, wirksam abbedungen werden. Bei *beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern* muß die Befreiung vom Wettbewerbsverbot in der Satzung vereinbart werden; die Aufnahme in den Anstellungsvertrag ist nicht erforderlich.

b) Es muß eine angemessene Gegenleistung vereinbart werden, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer die Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Interesse der Gesellschaft nicht unentgeltlich erteilen würde. Ein angemessenes Entgelt muß insbesondere vereinbart werden, wenn die konkurrierende Tätigkeit des beherrschenden Gesellschafters oder des Geschäftsführers auf einem Teilbereich des Unternehmensgegenstandes erlaubt wird, auf dem die Gesellschaft bereits ihre Tätigkeit entfaltet hat, die sich der beherrschende Gesellschafter oder der Geschäftsführer zunutze machen kann. Bei der Neugründung einer Gesellschaft kann eine unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot erfolgen.

Vereinbarungen, die die genannten zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, werden wegen dieses Formmangels (vgl. unter Buchstabe a) für die Zeiträume bis zum 31.12.1992 nicht beanstandet. Fehlen Vereinbarungen oder enthalten Vereinbarungen keine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung, sind für jeden Veranlagungszeitraum der Vergangenheit, für den die zivilrechtlichen Ansprüche auf Schadenersatz oder auf Herausgabe des erlangten Vorteils nicht geltend gemacht worden sind, verdeckte Gewinnausschüttungen anzunehmen. Werden die fehlenden Formerfordernisse behoben, sind die Bet. – wenn die Voraussetzungen im übrigen dafür vorliegen – gehalten, für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot ein angemessenes Entgelt (vgl. oben unter b) zu vereinbaren. Geschieht dies nicht, ist in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Vereinbarung wirksam wird, eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen.

Im Verhältnis zwischen Gesellschaft und nicht beherrschendem Gesellschafter-Geschäftsführer werden auch fehlende Vereinbarungen über die Befreiung vom Wettbewerbsverbot für Zeiträume bis zum 31.12.1992 nicht beanstandet. Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird jedoch auch hier angenommen, wenn die Befreiung in 1992 nachgeholt, ein angemessenes Entgelt hierfür jedoch nicht vereinbart wird. Wegen der Entstehung der verdeckten Gewinnausschüttung wird auf den vorstehenden Absatz Bezug genommen.

Im Verhältnis zwischen Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften besteht das Wettbewerbsverbot ebenfalls, so daß grundsätzlich auch für diesen Bereich die vorstehenden Regelungen gelten. Eine Vereinbarung, die dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer eine Konkurrenzfähigkeit erlaubt und dabei hinsichtlich der Aufgabenabgrenzung (vgl. oben unter a) allein auf die Wahl des Mandanten abstellt, reicht zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung jedoch nicht aus. Mit Rücksicht auf die über das Verhältnis von Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaft bisher bestehende Rechtsunsicherheit, inwieweit das Berufsrecht das Zivilrecht überlagert, wird den Steuerberatungsgesellschaften und ihren beherrschenden Gesellschaftern oder den Geschäftsführern Gelegenheit gegeben, ihre Rechtsbeziehungen bis zum 31.12.1992 neu zu ordnen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden wegen fehlender Vereinbarungen oder wegen mangelhafter Vereinbarungen verdeckte Gewinnausschüttungen nicht angenommen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters oder des Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot im Rahmen der Neuordnung der Rechtsbeziehungen unentgeltlich geschieht. Für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie für Buch-

prüfer und Buchprüfungsgesellschaften gelten die vorstehenden Regelungen für Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften entsprechend.

2. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Ableitung des Steuerwerts des Betriebsvermögens aus dem zuletzt festgestellten Einheitswert

(FinMin. NW, Erlaß vom 21.11.1991 – S 3811 – 18 – V A 2)

Nach § 12 Abs. 5 ErbStG sind für den Bestand und die Bewertung von Betriebsvermögen mit Ausnahme der Bewertung der Betriebsgrundstücke und der Mineralgewinnungsrechte die Verhältnisse zur Zeit der Entstehung der Steuer maßgebend (Stichtagswerte). Nehmen die Bet., insbesondere bei dem Übergang von Anteilen an Personengesellschaften keine besondere Wertermittlung auf den maßgebenden Stichtag vor, werden die Stichtagswerte aus Vereinfachungsgründen vielfach aus dem zuletzt festgestellten Einheitswert abgeleitet, indem dieser um die Gewinne und Einlagen der Zwischenzeit erhöht und um die Verluste und Entnahmen der Zwischenzeit vermindert wird.

Diese Hilfsberechnung kann in bedeutenden Steuerfällen zu nicht hinnehmbaren Ungenauigkeiten führen. Ergibt sich bei überschlägigen Berechnungen ein Betriebsvermögen von 500.000,- DM oder mehr, ein Rohvermögen von mehr als 1 Mio. DM oder eine Steuerforderung gegen den bzw. einen Erben von mehr als 50.000,- DM, ist eine differenziertere Wertermittlung erforderlich.

Hierzu bietet es sich in vielen Fällen an, zunächst den Einheitswert auf den der Übertragung zeit nächsten Bilanzstichtag zu ermitteln, auch wenn dieser – z. B. wegen Nichterreichens der Wertfortschreibungsgrenzen – nicht förmlich festgestellt werden kann.

Als Korrekturen kommen insbesondere in Betracht:

- Vermögensveränderungen infolge zwischenzeitlichem Erwerb oder der Veräußerung von Betriebsgrundstücken
- Erfassung ausländischen Betriebsstättenvermögens, das aufgrund vermögenssteuerlicher Doppelbesteuerungsabkommen außer Ansatz geblieben ist
- Änderungen des Gewinns/Verlustes um z. B. die AfA für Betriebsgebäude, Absetzungen für Substanzverringerung bei Mineralgewinnungsrechten und andere Aufwendungen, die zwar ertragsteuerlich Betriebsausgaben sind, sich jedoch auf die Höhe des Einheitswerts des Betriebsvermögens nicht auswirken.

Bei der Bearbeitung bedeutender Steuerfälle sind daher stets auch die Ertragsteuer-, Vermögensteuer- und die Einheitswertakten des Betriebsvermögens heranzuziehen. Ggf. sind die Prüfungsdienste mit der abschließenden Wertermittlung zu beauftragen. In geeigneten Fällen soll die Amtshilfe der für die Einheitsbewertung des Betriebsvermögens zuständigen FA in Anspruch genommen werden.

3. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Besteuerung bei Umwandlung kommunaler Betriebe der Wohnungswirtschaft in GmbH

(FinMin. Sachsen, Erlaß vom 28.11.1991 – 43 – S 4548 – 2/2 – 27712)

Die in § 4 GrEStG neu aufgenommene Nr. 5 läßt den Erwerb eines Grundstücks, das nach Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages in das Eigentum einer Kommune übergegangen ist, dann steuerfrei, wenn der Erwerb vor dem 1.1.1993 durch eine Wohnungsgesellschaft erfolgt, deren Anteile ausschließlich der

übertragenden Kommune gehören. Die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 5 GrEStG gilt für Übertragungsvorgänge seit 1.1.1991.

Vor dem 1.1.1991 verwirklichte Übertragungen von kommunalem Wohnungseigentum auf GmbHs, deren Anteile ausschließlich der übertragenden Kommune gehören, sind demnach nicht nach § 4 Nr. 5 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Es bestehen jedoch keine Bedenken, bei vor dem

1.1.1991 verwirklichten Übertragungen der beschriebenen Art aus sachlichen Billigkeitsgründen von der Festsetzung bzw. Erhebung der Grunderwerbsteuer abzusehen.

Im Vorgriff auf eine Änderung des § 4 Nr. 5 GrEStG gilt Entsprechendes auch für die Fälle, in denen mehrere Kommunen ihren Wohnungsbestand auf eine Wohnungsgesellschaft übertragen, deren Anteile ausschließlich den übertragenden Kommunen gehören.

Buchbesprechung

Tries, Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 328 Seiten, 98,- DM

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung entstammt dem Steuerrecht (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG) und wurde von dem BGH in st. Rspr. geprägt. In seinen Entscheidungen vom 22. 2. 1989 (BStBl. II, 475, 631) hat er diesen Begriff neu definiert: Demnach handelt es sich dabei um eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt, nicht mit einer offenen Ausschüttung in Zusammenhang steht, auf einer bewußten Handlung ihrer Organe beruht und einem Gesellschafter zumindest mittelbar einen Vorteil verschafft. Stellt die Finanzverwaltung eine verdeckte Gewinnausschüttung fest, so führt dies zu einer nicht unerheblichen steuerlichen Belastung der Gesellschaft. Diese unerwünschte Folge versuchten – und versuchen – die Kautelarjuristen durch sogenannte „Steuerklauseln“ zu beseitigen. Diesen Steuerklauseln versagte aber der BFH letztlich die gewünschte Wirkung, die steuerschädliche verdeckte Gewinnausschüttung durch Rückforderung der gewährten Leistung an die Gesellschaft zu neutralisieren.

Damit könnte man das Kapitel der verdeckten Gewinnausschüttung im GmbH-Recht eigentlich wieder schließen – wäre da nicht noch ein weiterer, rein gesellschaftsrechtlicher Gesichtspunkt, der immanent in der verdeckten Gewinnausschüttung schlummert: der Minderheitenschutz. In einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter und damit auch eine Verletzung des Minderheitenschutzes, wenn einzelnen Gesellschaftern ungerechtfertigte Steuervorteile zugewendet werden.

Tries greift mit seiner Arbeit an dieser Stelle den Faden auf und untersucht die Frage, welche Lösungsansätze sich im geltenden Recht finden, um die durch eine verdeckte Gewinnausschüttung bewirkte Ungleichbehandlung der Gesellschafter wieder in das Lot zu bringen. Er modifiziert gleich zu Anfang die steuerrechtliche Definition der verdeckten Gewinnausschüttung, bei der es auf eine Ungleichbehandlung nicht ankommt. Mit anderen Worten: Ein steuerrechtlich als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizierender Vorgang, bei dem alle Gesellschafter gleichmäßig bedacht werden, wird von Tries von vornherein ausgeklammert. Diese sich bereits zu Anfang der Arbeit abzeichnende Lösung von dem steuerrechtlichen Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung bedingt die Gliederung dieser Arbeit:

Tries stellt seiner Untersuchung nicht die von ihm verwandte Definition einer verdeckten Gewinnausschüttung voran, sondern formuliert eine Reihe von Beispielfällen. Erst im Verlaufe der Arbeit deckt er einzelne Definitionsmerkmale auf und benennt die verdeckte Gewinnausschüttung in eine versteckte Vorteilsgewährung um. Dies erschwert die Lektüre der Arbeit, da er z. B. den Leser lange Zeit im unklaren darüber läßt, ob nach seinem Dafürhalten für die Verwirklichung einer verdeckten Gewinnausschüttung unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes ein subjektives Element erforderlich ist.

In einem ersten Schwerpunkt untersucht Tries, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG verstößt. Das – zutreffende –

Ergebnis liegt auf der Hand: Immer dann, wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung zugleich auch den Tatbestand des § 30 Abs. 1 GmbHG erfüllt, findet sich die Lösung in § 31 GmbHG. Mit anderen Worten: Die Kapitalerhaltungsvorschriften bieten eine Lösung für verdeckte Gewinnausschüttungen nicht deshalb, weil es sich um verdeckte Gewinnausschüttungen handelt, sondern immer und nur dann, wenn es sich bei ihnen zugleich um verbotene Rückzahlungen gem. § 30 GmbHG handelt.

Einen zweiten Schwerpunkt setzt Tries bei der Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei verdeckten Gewinnausschüttungen. Zunächst untersucht er die Gewährung einer verdeckten Gewinnausschüttung unter dem Gesichtspunkt des Kompetenzverstößes: Soweit eine verdeckte Gewinnausschüttung als Akt der Ergebnisverwendung zu qualifizieren wäre, bestünde eine ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Nach seinem Dafürhalten handelt es sich bei der verdeckten Gewinnausschüttung nicht um einen Akt der Ergebnisverwendung, so daß eine Einschränkung der Vertretungsmacht aus dem Gesichtspunkt des Kompetenzverstößes, sei es in unmittelbarer oder mittelbarer Anwendung des § 46 Abs. 1 GmbHG, nicht in Betracht kommt. Die Begründung ist zwar sehr formal, das Ergebnis ist jedoch begrüßenswert: Die Bejahung würde zur Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte führen, was unter dem Gesichtspunkt der Erkennbarkeit der verdeckten Gewinnausschüttung für Dritte äußerst problematisch wäre.

Bei der sich anschließenden Untersuchung zu dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs der Vertretungsmacht zeichnet sich ein weiteres Definitionsmerkmal des von Tries verwandten Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung ab: Er will auf ein subjektives Merkmal verzichten und kommt daher auch hier zu dem Ergebnis, daß der Mißbrauch der Vertretungsmacht allenfalls zufällig Fälle der verdeckten Gewinnausschüttung miterfaßt, ohne hierfür einen allgemeinen Lösungsansatz zu bieten.

Der nun folgende Hauptteil der Arbeit, dem die zweite Hälfte des Buches gewidmet ist, befaßt sich mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgebot als Schranke verdeckter Vorteilsgewährung. Nicht deutlich wird in diesem Zusammenhang, inwieweit die Treuepflicht der Gesellschaft als Rechtsgrundlage für ein Verbot verdeckter Vorteilsgewährung herangezogen werden kann, wenn diese selbst kein subjektives Element voraussetzt, sondern von einem objektiv zu bewertenden Sachverhalt ausgeht. In diesem Zusammenhang folgt eine weitere Modifikation der Definition der von ihm untersuchten verdeckten Vorteilsgewährung: Auf das Merkmal „durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt“ kommt es nach seinem Dafürhalten nicht an, da eine verdeckte Vorteilsgewährung immer den mitgliedschaftlichen Bereich tangiere. Tries versucht dann nicht, den so eingegrenzten Begriff der verdeckten Vorteilsgewährung zu definieren, sondern er verlegt sich darauf, kasuistisch alle möglichen Fälle im Detail zu erfassen. Damit umgeht er zwar die Gefahren, die in einer abstrakten Definition liegen können, erschwert damit aber auch die praktische Umsetzung der von ihm erarbeiteten Erkenntnisse.

Die Rechtsfolge eines Verstoßes des aus Gleichbehandlungsgebot und Treuepflichtverletzung abgeleiteten Prinzips des Sondervorteilsverbotes besteht in der Pflicht der Erstattung

des erlangten Vorteils. Rechtsgrundlage sollen – aufgrund der bekannten Unzulänglichkeiten – nicht die §§ 812 ff. BGB sein, sondern eine im Wege der Rechtsfortbildung auf der Basis des Mitgliedschaftsverhältnisses begründete neue Anspruchsgrundlage.

Die verfahrensmäßige Durchsetzbarkeit sieht Tries dadurch als gegeben an, daß die Gesellschafter über § 51 a GmbHG die Möglichkeit zur Aufdeckung von Sondervorteilen haben, und der Anspruch ließe sich, sei es über einen Gesellschafterbeschluß gem. § 48 Nr. 8 GmbHG, aktivieren oder aber hilfsweise im Wege der *actio pro socio*.

Es ist das Verdienst von Tries, mit der vorliegenden Arbeit eine Facette der verdeckten Gewinnausschüttung beleuchtet zu haben, die gerade auch für den Kautelarjuristen von Bedeutung ist. Die sehr ausführliche Arbeit versucht neben der rechtstheoretischen Begründung des untersuchten Problems, der versteckten Vorteilsgewährung, auch die verfahrensrechtliche Abwicklung zu erarbeiten. Gerade die zum Teil nur im Wege der Rechtsfortbildung gefundenen Lösungen machen deutlich, daß in den GmbH-Satzungen über die bisher üblichen Steuerklauseln hinaus möglicherweise noch ein weitergehender Regelungsbedarf besteht.

Notarassessor Dr. Jörg Buchholz, Meerbusch