

# Rheinische Notar-Zeitschrift

## Das Erbschaftsteuerreformgesetz und seine Auswirkungen auf die notarielle Praxis

(von Notarassessor Dr. Nikolaus Bardenhewer, Bonn)

- A. Einleitung
- B. Die Übertragung von Grundvermögen
  - I. Die Bewertung des Grundvermögens
    - 1. Unbebaute Grundstücke
    - 2. Bebaute Grundstücke
      - a) Die Bewertung von Wohnungs- oder Teileigentum und von Ein- und Zweifamilienhäusern im Vergleichswertverfahren
      - b) Die Bewertung von Mietwohngrundstücken und Geschäftsgrundstücken im Ertragswertverfahren
      - c) Die Bewertung im Sachwertverfahren
    - 3. Die Bewertung in Erbbaurechtsfällen
      - a) Die Bewertung des Erbbaurechts
      - b) Die Bewertung des Erbbaugrundstücks
    - 4. Die Bewertung von Gebäuden auf fremdem Grund und Boden
    - 5. Die Bewertung von Gebäuden im Zustand der Bebauung
    - 6. Nachweis eines niedrigeren gemeinen Werts
  - II. Verschonungsregelungen beim Grundvermögen
    - 1. Begünstigungen für Selbstnutzer von Wohnimmobilien
      - a) Nutzung durch den Ehegatten oder den eingetragenen Lebenspartner
      - b) Nutzung durch die Kinder
      - c) Gestaltungsüberlegungen
    - 2. Begünstigungen für zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke
    - 3. Begünstigungen für Baudenkmäler
- C. Die Übertragung von Betriebsvermögen
  - I. Die Bewertung des Betriebsvermögens
    - 1. Gemeiner Wert
    - 2. Das vereinfachte Ertragswertverfahren
      - a) Berechnungsverfahren
      - b) Ermittlung des Jahresertrags
      - c) Kapitalisierungsfaktor
  - II. Verschonungsregelungen beim Betriebsvermögen
    - 1. Begünstigtes Vermögen
    - 2. Poolvereinbarungen
    - 3. Abgrenzung des Verwaltungsvermögens
      - a) Betriebsaufspaltung
      - b) Betriebsverpachtungen
      - c) Überlassung von Immobilien innerhalb eines Konzerns
    - d) Wohnungsunternehmen
    - e) Land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke
- D. Die Übertragung von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen
  - I. Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens
    - 1. Betriebswohnung und Wohnteil
    - 2. Wirtschaftsteil
    - 3. Mindestwert
    - 4. Nachbewertungsvorbehalt
    - 5. Öffnungsklausel
  - II. Verschonungsregelungen beim land- und forstwirtschaftlichen Vermögen
- E. Nießbrauch
  - I. Neuerungen
  - II. Erlöschen der Belastung
- F. Steuertarife
- G. Freibeträge
  - I. Persönliche Freibeträge
  - II. Freibetrag für Hausrat und andere bewegliche Gegenstände
  - III. Pflegefreibetrag
- H. Weitere Änderungen durch das Erbschaftsteuerreformgesetz
  - I. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln
  - II. Lebensversicherungen
  - III. Änderungen aufgrund des LPartG
  - IV. Abzug von Nachlassverbindlichkeiten
  - V. Steuerfreier Zugewinn

- VI. Haftung des Schenkers für Nachversteuerung
- VII. Bewertung ausländischen Vermögens
- VIII. Befristetes Wahlrecht
- I. Ergänzende Gestaltungshinweise
  - I. „Güterstandsschaukel“
  - II. Schenkungen „über Eck“
  - III. Mittelbare Grundstücksschenkungen
  - IV. Gewerblich geprägte Personengesellschaft
  - V. Übertragung des Vermögens in mehreren Schritten
- J. Zusammenfassende Bewertung

## A. Einleitung

Am 1. Januar 2009 trat das Erbschaftsteuerreformgesetz (ErbStRG) in Kraft<sup>1</sup>. Das neue Gesetz beendet eine über sechs Jahre andauernde Unsicherheit, die durch den Vorlagebeschluss des BFH vom 22. Mai 2002<sup>2</sup> entstanden war. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 7. November 2006<sup>3</sup> nach Vorlage durch den BFH entschieden, dass das bis Ende 2008 geltende Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz und die diesbezüglichen Regelungen des Bewertungsgesetzes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstießen. Alle Vermögensgegenstände müssten bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage mit dem gemeinen Wert bewertet werden. Eine solche verkehrswertnahe Bewertung erfolge aktuell bei keiner der relevanten Vermögensgruppen. Erst nach einer verfassungsmäßigen Bewertung könne der Gesetzgeber in einem zweiten Schritt bei Vorliegen ausreichender Gemeinwohlgründe den Erwerb einzelner Gegenstände durch Verschonungsregelungen begünstigen. Diese Verschonungsregelungen müssten zielgenau sein und innerhalb des Kreises der Begünstigten möglichst gleichmäßig eintreten. Das BVerfG gab dem Gesetzgeber auf, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 2008 zu treffen.

Das Ergebnis ist eine umfassende, an den Vorgaben des BVerfG orientierte Reform des Erbschaftsteuergesetzes, deren Ziel eine gleichmäßigere Besteuerung der unterschiedlichen Vermögensarten bei gleichzeitiger Rücksichtnahme auf kleine und mittlere Vermögen ist. Durchschnittliche Vermögen im engeren Familienkreis sollen danach im Regelfall nicht zu einer erbschaftsteuerlichen Belastung führen<sup>4</sup>. Das durchschnittliche Steueraufkommen von derzeit ca. 4 Mrd. € jährlich soll nach der Reform erhalten bleiben, wobei der engere Familienkreis durch die Erhöhung der Freibeträge begünstigt wurde und die Steuerpflichtigen in Steuerklassen II und III dagegen mit teilweise erheblich erhöhten Steuersätzen belastet wurden. Ferner wurde die Besteuerung der Übergabe unternehmerischen Vermögens stark verändert, so kann der Steuerpflichtige sich in Zukunft zwischen der so genannten Regelverschonung, die einen Abschlag von 85 % vom Steuerwert vorsieht, und der im letzten Moment in das Gesetz aufgenommenen Verschonungsoption, die zu einer vollständigen Steuerfreistellung führt, entscheiden.

## B. Die Übertragung von Grundvermögen

Nach Auffassung des BVerfG genüge die frühere Ermittlung der Bemessungsgrundlage beim Grundvermögen für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer schon auf der Bewertungsebene nicht den Anforderungen des Gleichheitssatzes. Die Bewertungen von bebauten Grundstücken erreichten durchschnittlich nur etwa 60 bis 70 % des gemeinen Werts, wobei die Einzelergebnisse in erheblicher Anzahl auch zwischen weniger als 20 % und über 100 % des gemeinen Werts differierten<sup>5</sup>. Daher erfolgt die Bewertung des Grundvermögens nun nach den Vorgaben des BVerfG anhand des Verkehrswerts. Durch die Bewertung nach dem Verkehrswert entfallen die bisherigen bewertungsbedingten Steuervorteile bei der Schenkung und Vererbung von Grundbesitz weitgehend.

### I. Die Bewertung des Grundvermögens

Die Bewertung des Grundvermögens ist nun in den §§ 176–198 BewG geregelt<sup>6</sup>. Anders als zunächst im Regierungsentwurf vom 11. Dezember 2007 vorgesehen, ist die Bewertung von Grundstücken nun doch im Bewertungsgesetz und nicht in einer Rechtsverordnung geregelt.

#### 1. Unbebaute Grundstücke

Unbebaute Grundstücke werden nun gemäß § 179 BewG nach Grundstücksgröße und von den Gutachterausschüssen der Gemeinden zu ermittelnden jeweils aktuellen Bodenrichtwerten bewertet. Der bisherige 20 %-Abschlag auf den Bodenrichtwert ist nach neuem Recht entfallen, da es sich bei den Bodenrichtwerten bereits um den jeweils gemeinen Wert handelt.

#### 2. Bebaute Grundstücke

Nach dem früheren Recht erfolgte die Bewertung von inländischen bebauten Grundstücken nach § 146 BewG a. F. grundsätzlich anhand des Bedarfswerts, der sich aus der 12,5-fachen Jahresmiete abzüglich eines Altersabschlags und zuzüglich eines Kleinbebauungszuschlags ergab. Als Wertuntergrenze galten 80 % des Bodenrichtwerts. Nach neuem Recht sind den gesetzlich vorgegebenen Grundstücksarten nun folgende Bewertungsverfahren zugeordnet:

1 Der Bundestag billigte in seiner Sitzung am 27. November 2008 mit den vom Finanzausschuss vorgeschlagenen Änderungen in 2. und 3. Lesung das „Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz, ErbStRG) mit deutlicher Mehrheit, nachdem sich am 6. November 2008 die Koalitionsfraktionen auf einen Kompromiss verständigt hatten. Der Bundesrat stimmt dem Gesetz am 5. Dezember 2008 zu, und am 24. Dezember 2008 unterzeichnete der Bundespräsident das Gesetz. Bereits am 11. Dezember 2007 hatte die Bundesregierung einen Entwurf des Erbschaftsteuerreformgesetzes vorgelegt, der nach Uneinigkeit in der Koalition ein Jahr später noch einmal erheblich verändert wurde.

2 BFH DStR 2002, 1438.

3 BVerfG RNotZ 2007, 167; DStR 2007, 235.

4 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 2.

5 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 44.

6 Für die Ermittlung der Grundbesitzwerte für Zwecke der Grunderwerbsteuer bleibt es bei der Anwendung der §§ 138–150 BewG.

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wohnungseigentum, Teileigentum</li> <li>• Ein- und Zweifamilienhäuser</li> </ul>	Vergleichswertverfahren, §§ 182 Abs. 2, 183 BewG
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mietwohngrundstücke</li> <li>• Geschäftsgrundstücke</li> <li>• gemischt genutzte Grundstücke, für die sich auf dem örtlichen Grundstücksmarkt eine übliche Miete ermitteln lässt</li> </ul>	Ertragswertverfahren, §§ 182 Abs. 3, 184 ff. BewG
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wohnungseigentum, Teileigentum, Ein- und Zweifamilienhäuser, soweit ein Vergleichswert nicht vorliegt</li> <li>• Geschäftsgrundstücke und gemischt genutzte Grundstücke, für die sich auf dem örtlichen Grundstücksmarkt keine übliche Miete ermitteln lässt</li> <li>• Sonstige bebaute Grundstücke</li> </ul>	Sachwertverfahren, §§ 182 Abs. 4, 189 ff. BewG

#### a) Die Bewertung von Wohnungs- oder Teileigentum und von Ein- und Zweifamilienhäusern im Vergleichswertverfahren

Die Bewertung von Wohnungs- oder Teileigentum und von Ein- und Zweifamilienhäusern wird nach neuem Recht überwiegend gemäß § 183 Abs. 1 und 2 BewG auf der Grundlage von Vergleichspreisen ermittelt. Ein- und Zweifamilienhäuser sind Wohngrundstücke mit ein oder zwei Wohnungen. In § 181 Abs. 2 S. 2 BewG ist gesetzlich der Wohnungsbegriff definiert. Eine Wohnung setzt eine Mindestfläche von 23 qm voraus; es muss eine Küche, ein Bad und ein WC vorhanden sein.

Die Vergleichspreise werden vorrangig von den örtlichen Gutachterausschüssen mitgeteilt. Gemäß § 183 Abs. 1 BewG sind Kaufpreise von Grundstücken heranzuziehen, die hinsichtlich der ihren Wert beeinflussenden Merkmale mit dem zu bewertenden Grundstück hinreichend übereinstimmen. Alternativ können gemäß § 183 Abs. 2 BewG auch Vergleichsfaktoren herangezogen werden, die von den Gutachterausschüssen z. B. für Flächeneinheiten des Gebäudes ermittelt werden.

*Beispiel:* S erbt im Jahr 2009 eine Eigentumswohnung in der Stadt S. Die Wohnung hat eine Größe von 75 qm und wurde 1980 errichtet. Der örtliche Gutachterausschuss gibt für Wohnungen mit einer Wohnungsgröße von 40–90 qm, Baujahr 1980–1985 in dem entsprechenden Stadtbezirk als mittleren Kaufpreis den Betrag von 1 900 €/qm an. Der Wert der Eigentumswohnung beträgt somit  $75 \text{ qm} \times 1 900 \text{ €} = 142 500 \text{ €}$ .

Besonderheiten, insbesondere den Wert beeinflussende Belastungen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art gemäß § 183 Abs. 3 BewG, werden nicht berücksichtigt.

#### b) Die Bewertung von Mietwohngrundstücken und Geschäftsgrundstücken im Ertragswertverfahren

Mietwohngrundstücke sowie Geschäftsgrundstücke (das sind Grundstücke, die zu mehr als 80 % eigenen oder fremden betrieblichen oder öffentlichen Zwecken dienen) und gemischt genutzte Grundstücke, für die sich eine übliche Miete ermitteln lässt, werden gemäß §§ 184 ff. BewG nun nach dem Ertragswertverfahren be-

wertet. Als Mietwohngrundstücke sind solche Grundstücke zu bewerten, die kein Wohnungseigentum i. S. des WEG darstellen und zu mehr als 80 % zu Wohnzwecken dienen sowie in Abgrenzung zu Ein- und Zweifamilienhäusern mehr als zwei Wohnungen aufweisen. So können auch Ein- und Zweifamilienhäuser durch Einbau von zwei bzw. einer zusätzlichen „Mini“-Wohnung(en) zum Mietwohngrundstück umgestaltet werden<sup>7</sup>.

Der Ertragswert ergibt sich gemäß § 184 BewG aus dem Gebäudeertragswert zuzüglich des Bodenwerts für unbebaute Grundstücke gemäß § 179 BewG. Der jeweilige Bodenwert für das unbebaute Grundstück stellt dabei zugleich den Mindestwert für das bebaute Grundstück dar. Die Ermittlung des Gebäudeertragswerts ergibt sich aus § 185 BewG. Zunächst ist bei der Ermittlung vom Reinertrag des Grundstücks auszugehen, der sich aus dem Rohertrag des Grundstücks (Jahresmiete bzw. übliche Miete für die Benutzung des Grundstücks, § 186 BewG) abzüglich der Bewirtschaftungskosten ergibt (§ 187 BewG). Umlagen, die zur Deckung der Betriebskosten gezahlt werden, sind nicht einzubeziehen. Die Bewirtschaftungskosten betragen ca. 25 % des Rohertrages des Grundstücks. Sie ergeben sich aus Erfahrungssätzen der Gutachterausschüsse; fehlen solche Erfahrungswerte, ergeben sie sich hilfsweise aus Anlage 23 zum BewG. Aufgrund des gesonderten Ansatzes des Bodenwertes fließt die Verzinsung des Bodenwertes mit dem von den Gutachterausschüssen mitgeteilten örtlichen Liegenschaftszinssatz danach als Abzugsposten in die Ermittlung des Gebäudeertragswerts ein (§ 185 Abs. 2 BewG). Soweit der Gutachterausschuss keinen Liegenschaftszinssatz zur Verfügung stellt, ergibt sich dieser aus § 188 Abs. 2 BewG. Dieser sich hiernach ergebende Gebäudereinertrag ist mit dem sich aus Anlage 21 ergebenden Vervielfältiger zu multiplizieren. Maßgebend für den Vervielfältiger ist der jeweils vom Gutachterausschuss ermittelte Liegenschaftszins (bzw. der sich aus § 188 BewG ergebende Zins) und die Restnutzungsdauer des Gebäudes. Die Restnutzungsdauer des jeweiligen Gebäudes ergibt sich aus Anlage 22, die die wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer und das Alter des Gebäudes berücksichtigt. Die Restnutzungsdauer muss nach § 185 Abs. 3 S. 5 BewG mindestens 30 % der wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer betragen, was bei älteren Gebäuden regelmäßig eine weitere Prüfung entbehrlich macht. Soweit der Gutachterausschuss keinen Liegenschaftszinssatz zur Verfügung stellt, ergibt sich dieser aus § 188 Abs. 2 BewG. Ergibt sich bei dieser Berechnung ein negativer Wert, ist als Mindestwert stets der Bodenwert anzusetzen (§ 184 Abs. 3 S. 2 BewG). Sonstige bauliche Anlagen, insbesondere Außenanlagen, sind mit dem Gebäudeertragswert abgegolten (§ 184 Abs. 3 S. 3 BewG).

*Beispiel:* Wertermittlung für ein Mehrfamilienhaus. Das Mehrfamilienhaus hat 10 Wohnungen mit einem Rohertrag von 70 000 €<sup>8</sup> und wurde 1980 gebaut. Das Grundstück ist 1 200 qm groß und der Bodenrichtwert pro qm beträgt 200 €.

<sup>7</sup> Halaczinsky, ZErB 2009, 21, 25.

<sup>8</sup> Für eine leerstehende Wohnung bzw. für eine Wohnung, die der Eigentümer dem Mieter zu einer um mehr als 20 % von der üblichen Miete abweichenden tatsächlichen Miete überlassen hat, ist gemäß § 186 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BewG jeweils die übliche Miete anzusetzen.

I. Bodenwert:	
Bodenrichtwert × Grundstücksfläche 200 €/qm × 1 200 qm	240 000 €
II. Gebäudeertragswert:	
Rohertrag des Grundstücks	70 000 €
abzgl. Bewirtschaftungskosten	
Nutzungsdauer gemäß Anlage 22 BewG	80 Jahre
Alter des Gebäudes	29 Jahre
Restnutzungsdauer	51 Jahre
Bewirtschaftungskosten gemäß Anlage 23 BewG <sup>9</sup>	23 %
23 % × 70 000 €	16 100 €
Reinertrag des Grundstücks (Rohertrag abzgl. Bewirtschaftungskosten, 70 000 € – 16 100 €)	53 900 €
abzgl. Bodenwertverzinsung	
Bodenwert × Liegenschaftszinssatz <sup>10</sup> , 240 000 € × 5 %	12 000 €
Gebäudereinertrag (Grundstücksrein- ertrag abzgl. Bodenwertverzinsung, 53 900 € – 12 000 €)	41 900 €
Kapitalisierung:	
Vervielfältiger gemäß Anlage 21 BewG bei Restnutzungsdauer von 51 Jahren	18,34
Gebäudeertragswert (Gebäuderein- ertrag × Vervielfältiger, 41 900 € × 18,34)	768 446 €
III. Grundbesitzwert:	
Bodenwert + Gebäudeertragswert 240 000 € + 768 446 €	1 008 446 €

### c) Die Bewertung im Sachwertverfahren

Fehlt ein Vergleichswert oder lässt sich eine übliche Miete bei Geschäftsgrundstücken und gemischt genutzten Grundstücken nicht ermitteln, d. h. in Fällen, in denen eine Bewertung nach dem Vergleichswertverfahren bzw. Ertragswertverfahren nicht in Betracht kommt, oder handelt es sich um ein sonstiges bebautes Grundstück, erfolgt die Bewertung gemäß §§ 189 ff. BewG anhand der im Gesetz aufgeführten Regelherstellungskosten des jeweiligen Gebäudetyps zuzüglich des Bodenwerts (Sachwertverfahren). Der jeweilige Bodenwert für das unbebaute Grundstück (§ 179 BewG) stellt wiederum den Mindestwert für das bebaute Grundstück dar. Der Gebäuderegelherstellungswert wird aus der Brutto-Grundfläche und den Regelherstellungskosten ermittelt. Diese sind aus den Normalherstellungskosten abgeleitet und wurden in Anlage 24 bestimmten Gebäudegruppen zugeordnet (§ 190 Abs. 1 BewG). Bei den Regelherstellungskosten werden die Grundstücksart, die Gebäudeklasse und das Baujahr des Gebäudes berücksichtigt. Weiterhin erfolgt eine Differenzierung nach dem Ausstattungsstandard nach den Kategorien einfach, mittel und gehoben. Vom Gebäuderegelherstellungswert ist eine Alterswertminderung abzuziehen. Diese ergibt sich

aus dem Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag und einer entsprechenden wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer nach Anlage 22. Bei den Herstellungskosten wird allerdings eine Alterswertminderung von maximal 60 % berücksichtigt (§ 190 Abs. 2 BewG). Sonstige bauliche Anlagen, insbesondere Außenanlagen, und der Wert der sonstigen Anlagen sind mit dem Gebäudesachwert und dem Bodenwert abgegolten (§ 189 Abs. 1 S. 2 BewG). Bodenwert und Gebäudesachwert ergeben den vorläufigen Sachwert des Grundstücks, der noch mit einer Wertzahl zu multiplizieren ist (§ 191 BewG). Dabei handelt es sich um von den Gutachterausschüssen für das Sachwertverfahren bei der Verkehrswertermittlung abgeleiteten Sachwertfaktoren, hilfsweise sind wiederum die in Anlage 25 zum BewG genannten Wertzahlen zu verwenden.

*Beispiel:* Bewertung eines Einfamilienhauses im Sachwertverfahren, da dem Gutachterausschuss keine Vergleichspreise vorliegen: Einfamilienhaus, errichtet 1975, es besteht aus Keller, Erdgeschoss, 1. Obergeschoss und ausgebautem Dachgeschoss, mittlere Ausstattung, die Grundfläche des Hauses beträgt 75 qm, die Grundstücksfläche 700 qm, und der Bodenrichtwert pro qm beträgt 290 €.

I. Bodenwert:	
Bodenrichtwert × Grundstücksfläche 290 €/qm × 700 qm	203 000 €
II. Gebäudesachwert:	
Regelherstellungskosten × Brutto- grundfläche (BGF)	
Regelherstellungskosten nach Anlage 24 BewG	770 €/qm
BGF (4 × 75 qm)	300 qm
770 €/qm × 300 qm	231 000 €
Abzgl. Alterswertminderung	
Nutzungsdauer gemäß Anlage 22 BewG	80 Jahre
Alter des Gebäudes	34 Jahre
34 Jahre von 80 Jahren	42,5 % <sup>11</sup> = 98 175 €
Gebäudesachwert (231 000 € – 98 175 €)	132 825 €
III. Grundbesitzwert:	
Vorläufiger Sachwert (Bodenwert zzgl. Gebäudesachwert)	335 825 €
Wertzahl gemäß Anlage 25 BewG <sup>12</sup>	0,9
Steuerwert	302 243 €

In ländlichen Regionen liegt eine belastbare Zahl von Grundstücksverkäufen häufig nicht vor, so dass eine aus-

<sup>9</sup> Soweit der Gutachterausschuss keine Erfahrungssätze zu den Bewirtschaftungskosten zur Verfügung stellt, ergeben sich die pauschalierten Bewirtschaftungskosten aus Anlage 23 BewG.

<sup>10</sup> Soweit der Gutachterausschuss keinen Liegenschaftszinssatz zur Verfügung stellt, ergibt sich dieser aus § 188 Abs. 2 BewG.

<sup>11</sup> Es wird eine Alterswertminderung von maximal 60 % berücksichtigt.

<sup>12</sup> Soweit der Gutachterausschuss keine Sachwertfaktoren zur Verfügung stellt, sind die in Anlage 25 zum BewG genannten Wertzahlen zu verwenden.



sagekräftige Kaufpreissammlung nicht erstellt werden kann. Das bedeutet, dass in Regionen, in denen Vergleichswerte nicht zur Verfügung stehen, die Bewertung von Ein- und Zweifamilienhäusern über das häufig zu geringeren Grundbesitzwerten führende Sachwertverfahren erfolgen muss<sup>13</sup>. Der Unterschied wird sich besonders im Süden Deutschlands bemerkbar machen, wo die durchschnittlichen Herstellungskosten für Gebäude sehr hoch sind. In Städten werden über das Vergleichswertverfahren voraussichtlich sehr hohe Werte bei Ein- und Zweifamilienhäusern entstehen, wogegen in ländlichen Gebieten das mangels Vergleichswerten anzuwendende Sachwertverfahren, das als Grundlage die bundeseinheitlichen Regelherstellungskosten nutzt, zu sehr geringen Werten führen wird<sup>14</sup>.

### 3. Die Bewertung in Erbbaurechtsfällen

Die Ermittlung des gemeinen Wertes in Erbbaurechtsfällen ist in §§ 192 ff. BewG geregelt, die Grundbesitzwerte für die wirtschaftliche Einheit Erbbaurecht (§ 193 BewG) und für die wirtschaftliche Einheit des belasteten Grundstücks (§ 194 BewG) sind gesondert zu ermitteln.

#### a) Die Bewertung des Erbbaurechts

Auch bei den Erbbaurechtsfällen ist vorrangig das Vergleichswertverfahren anzuwenden, dies gilt sowohl für die Bewertung des Erbbaurechts als auch für die Bewertung des Erbbaugrundstücks (§ 193 Abs. 1 und § 194 Abs. 1 BewG). Vergleichsfälle sind in der Praxis derzeit allerdings kaum zu finden. Denn dabei müsste es sich um Vergleichsgrundstücke innerhalb der gleichen Grundstücksart, mit etwa gleich hohen Erbbauzinsen, in Gebieten mit etwa gleichem Bodenniveau und mit etwa gleichen Restlaufzeiten handeln<sup>15</sup>. Wegen Fehlens von Vergleichswerten wird bei der Bewertung des Erbbaurechts im Regelfall die finanzmathematische Methode Anwendung finden, d. h. der Grundbesitzwert des Erbbaurechts setzt sich aus dem Bodenwertanteil und dem Gebäudewertanteil zusammen (§ 193 Abs. 2 BewG). Dabei ergibt sich der Bodenwertanteil aus der nach Anlage 21 des BewG kapitalisierten Differenz zwischen dem angemessenen Verzinsungsbetrag des Bodenwerts (§ 193 Abs. 4 BewG) und dem vertraglich vereinbarten jährlichen Erbbauzins (§ 193 Abs. 4 BewG). Dieser entspricht dem wirtschaftlichen Vorteil, den der Erbbauberechtigte dadurch erlangt, dass er in vielen Fällen entsprechend den Regelungen des Erbbaurechtsvertrags über die Restlaufzeit des Erbbaurechts nicht den vollen Bodenwertverzinsungsbetrag leisten muss<sup>16</sup>. Der angemessene Verzinsungsbetrag des Bodenwerts ergibt sich durch Anwendung der vom Gutachterausschuss ermittelten Liegenschaftszinssätze. Liegen solche Zinssätze – wie dies häufig der Fall sein dürfte – nicht vor, gelten die im Gesetz genannten, nach der jeweiligen Nutzung unterscheidenden Zinssätze, die zwischen 3 % für Ein- und Zweifamilienhäuser und 6,5 % für Geschäftsgrundstücke liegen (§ 193 Abs. 4 BewG). Der Gebäudewertanteil ist, wenn das bebaute Grundstück im Ertragswertverfahren zu bewerten ist, der Gebäudeertragswert nach § 185 BewG oder, wenn das Grundstück im Sachwertverfahren zu bewerten ist, der Gebäudesachwert nach § 190 BewG. Für den Fall, dass bei Ablauf des Erbbaurechts der verbleibende Gebäudewert nicht

oder nur teilweise zu entschädigen ist, wird der Gebäudewertanteil des Erbbaurechts noch um den Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks gemindert (§ 193 Abs. 5 Satz 2 BewG).

#### b) Die Bewertung des Erbbaugrundstücks

Wenn der Gebäudewert bei Ablauf des Erbbaurechts vollumfänglich zu entschädigen ist, bildet der Bodenwertanteil bei der Ermittlung des Grundbesitzwerts den Wert des Erbbaugrundstücks (§ 194 Abs. 2 Satz 1 BewG). Dabei ergibt sich der Bodenwertanteil aus der Addition des über die Restlaufzeit des Erbbaurechts abgezinsten Bodenwerts und über die Restlaufzeit des Erbbaurechts kapitalisierten Erbbauzinsen (§ 194 Abs. 3 BewG). Entsprechend der Berechnung des Erbbaurechts erhöht sich der Bodenwertanteil nur dann um den Gebäudewertanteil des Erbbaugrundstücks, wenn der Wert des Gebäudes vom Eigentümer des Erbbaugrundstücks nicht oder nur teilweise zu entschädigen ist (§ 194 Abs. 2 Satz 2 BewG). Problematisch kann sich die Ermittlung des Gebäudewertanteils für den Grundstückseigentümer gestalten, da dieser regelmäßig nicht über die erforderlichen Werte verfügt, um den Gebäudewertanteil ermitteln zu können, da diese nur dem Erbbauberechtigten bekannt sind<sup>17</sup>.

### 4. Die Bewertung von Gebäuden auf fremdem Grund und Boden

Die Bewertung von Gebäuden auf fremdem Grund und Boden ergibt sich aus § 195 BewG. Danach sind die Grundbesitzwerte für die wirtschaftliche Einheit des Gebäudes auf fremden Grund und Boden und die wirtschaftliche Einheit des belasteten Grundstückes gesondert zu ermitteln.

### 5. Die Bewertung von Gebäuden im Zustand der Bebauung

Für Gebäude im Zustand der Bebauung richtet sich die Wertermittlung nach § 196 BewG. Danach sind die am Bewertungsstichtag entstandenen Herstellungskosten dem Wert des Grundstücks hinzuzurechnen.

*Beispiel:* Bei einem Grundstück mit 800 qm Größe bei einem Bodenrichtwert von 170 €/qm und Herstellungskosten von 200 000 € ergibt sich ein Grundbesitzwert von 336 000 € ( $800 \text{ qm} \times 170 \text{ €/qm} + 200 000 \text{ €}$ ).

### 6. Nachweis eines niedrigeren gemeinen Werts

In allen Fällen bleibt der Nachweis eines niedrigeren Verkehrswerts durch Gutachten des örtlich zuständigen Gutachterausschusses oder eines Sachverständigen wie schon bisher möglich. In § 198 BewG wurde für diese Zwecke eine Öffnungsklausel vorgesehen, die für den Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts auf § 199 Abs. 1 BauGB verweist. Das Festhalten an einer Öffnungsklausel zeigt, dass der Gesetzgeber damit rechnet, dass es aufgrund des typisierten Verfahrens in Einzel-

13 Krause/Grootens, BBEV 2009, 18, 20.

14 Krause/Grootens, BBEV 2009, 18, 20.

15 Krause/Grootens, BBEV 2009, 50.

16 Eisele, NWB 2008, 695, 707.

17 Krause/Grootens, BBEV 2009, 50, 52.

fallen zu Überbewertungen kommen kann<sup>18</sup>. Dies kann der Steuerpflichtige nur durch einen Verkehrswertnachweis verhindern. Da im Vergleichswertverfahren wertbeeinflussende Belastungen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art nicht berücksichtigt werden (§ 183 Abs. 3 BewG), bietet sich in solchen Fällen der Nachweis eines niedrigeren gemeinen Werts an. Darüber hinaus werden insbesondere in Fällen der Besteuerung in Steuerklasse II bzw. III Steuerpflichtige die über die im Gesetz vorgegebenen Verfahren ermittelten Werte in Frage stellen und dann von der Möglichkeit Gebrauch machen, mittels eines Gutachtens einen niedrigeren gemeinen Wert nachzuweisen, so dass die Bedeutung der Vorschrift wohl zunehmen wird<sup>19</sup>.

## II. Verschonungsregelungen beim Grundvermögen

Neben den Neuregelungen für Selbstnutzer von Wohnimmobilien gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG werden nach dem neuen Recht zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke mit einem Verschonungsabschlag von 10 % der Bemessungsgrundlage begünstigt.

### 1. Begünstigungen für Selbstnutzer von Wohnimmobilien

Die Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG, nach der Schenkungen des selbstgenutzten Familienheims an den Ehegatten bereits nach altem Recht von der Steuer befreit waren, erstreckt sich nun auch auf Immobilien in EU oder EWR-Staaten, soweit darin eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird. Zukünftig sind auch Wohnungen in Mehrfamilienhäusern begünstigt, nach herrschender Meinung<sup>20</sup> war dies bisher nur möglich, wenn die Wohnung vorher in Wohnungseigentum überführt wurde. Eingetragene Lebenspartner sind Ehegatten insoweit gleichgestellt.

#### a) Nutzung durch den Ehegatten oder den eingetragenen Lebenspartner

Neu ist, dass auch der Erwerb im Erbfall einer Immobilie im Inland, in der EU oder in EWR-Staaten durch Ehegatten und eingetragene Lebenspartner insoweit steuerbefreit ist, als der Erblasser diese bis zum Erbfall selbst zu Wohnzwecken genutzt hat oder an einer solchen Nutzung aus zwingenden Gründen gehindert war (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG). Auf den Wert und die Größe der Immobilie kommt es dabei nicht an. Das Familienheim muss beim überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt sein. Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken ist nach der Gesetzesbegründung auch noch gegeben, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner mehrere Wohnsitze hat (Berufspendler), das Familienheim aber seinen Lebensmittelpunkt bildet. Gibt er die Nutzung innerhalb von 10 Jahren auf, entfällt die Steuerbefreiung rückwirkend, eine zeitanteilige Reduzierung wie bei § 13 a ErbStG erfolgt nicht. Eine Nachbesteuerung findet jedoch dann nicht statt, wenn zwingende Gründe vorliegen, die das Führen des Haushalts unmöglich machen, z. B. Tod oder Pflegebedürftigkeit, wobei noch unklar ist, ab welcher Pflegestufe eine solche Pflegebedürftigkeit anzunehmen ist. Nicht zu unterschätzen ist die mit dieser Begünstigung zusammenhängende Ein-

schränkung der Bewegungsfreiheit. Häufig wird der überlebende Ehepartner nämlich unabhängig von seinem Gesundheitszustand den Wunsch haben, aus dem Haus bzw. aus der Wohnung auszuziehen, um in eine kleinere Wohnung zu ziehen.

Ein Verstoß gegen die Behaltensfrist liegt nach dem Wortlaut nur vor, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nicht mehr selbst nutzt. Offen ist daher, ob der Erwerber des Familienwohnheims dieses innerhalb von zehn Jahren veräußern darf, wenn er weiterhin als Mieter oder unter Ausübung eines vorbehaltenen Wohnrechts die Voraussetzung der Selbstnutzung erfüllt<sup>21</sup>. Fraglich ist ferner, ob die Aufnahme eines Lebensgefährten oder die Wiederheirat als schädliches pachtähnliches Verhältnis aufgefasst werden wird<sup>22</sup>.

#### b) Nutzung durch die Kinder

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG gilt die vorgenannte Steuerbefreiung auch für Kinder des Erblassers und Kinder verstorbener Kinder, allerdings nur insoweit, als die Wohnfläche der erworbenen Wohnung 200 qm nicht übersteigt. Mit der Begrenzung auf 200 qm wird die nur eingeschränkte Bindung erwachsener Kinder an ihre Eltern berücksichtigt. Ist die selbstgenutzte Wohnung größer als 200 qm, fällt Steuer nur auf den nicht begünstigten 200 qm übersteigenden Teil an<sup>23</sup>. Gemäß § 28 Abs. 3 S. 2 ErbStG kommt für diesen Teil eine Stundung der Erbschaftsteuer bis zu 10 Jahren in Betracht, soweit die Steuer nur durch Veräußerung des Familienheims erbracht werden kann<sup>24</sup>. Mit der Begrenzung auf 200 qm wird typisierend eine noch angemessene Größenordnung für ein Familienheim zugrunde gelegt<sup>25</sup>. Für die Selbstnutzung gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei Ehegatten bzw. Lebenspartnern. Offen ist noch, ob die Finanzverwaltung einen beruflichen Wechsel und ein damit zusammenhängenden Umzug an einen neuen Beschäftigungsort als einen zwingenden Grund, der somit keinen Verstoß gegen die Behaltensfrist darstellt, anerkennt. Die Steuerbefreiung kann nicht in Anspruch genommen werden, soweit das begünstigte Vermögen aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen werden muss (etwa durch Ver-

18 Eisele, NWB 2008, 3447, 3456.

19 Krause/Grootens, BBEV 2009, 18, 21; Drosdzol, ZEV 2008, 10, 16.

20 Troll/Gebel/Jülicher ErbStG Kommentar, Stand: Juli 2008, § 13 Rn. 59; Moench-Kien-Hümbert, ErbStG Kommentar, Stand: Dezember 2008, § 13 Rn. 27.

21 Geck, ZEV 2008, 557, 559; Schulz/Althof, BBEV 2009, 76, 82; der Gesetzeswortlaut räumt eine solche Vorgehensweise ein, die Gesetzesbegründung erwähnt dagegen die Veräußerung als schädlichen Verstoß, Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 10.

22 Flick/Hannes, FAZ vom 16. 12. 2008, S. 23.

23 Der begünstigte Anteil des Grundbesitzwerts beträgt bei einer Gesamtwohnfläche von 250 qm 0,8 (200 qm/250 qm). Hat der Grundbesitz einen Wert von 300 000 €, ist ein Betrag von 240 000 € steuerfrei (300 000 € × 0,8).

24 Die Stundungsregelung gemäß § 28 ErbStG, die sich bisher nur auf Betriebsvermögen und land- und forstwirtschaftliches Vermögen bezog, wurde im Zuge der Erbschaftsteuerreform nun auf selbstgenutzte Familienheime und auf vermietete Wohnimmobilien ausgedehnt. Aufgrund der strengen Fassung der Regelung und der engen Auslegung der Finanzverwaltung fand diese Norm in der Praxis bisher nahezu keine Anwendung.

25 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 11.

mächtnis, Aufl. oder Teilungsanordnung). Gleiches gilt, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses begünstigtes Vermögen auf einen Miterben überträgt (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 c S. 2 und 3 ErbStG).

Erben Kinder eine Wohnimmobilie und einigen sich die Erben darauf, dass einer von ihnen die Wohnimmobilie gegen Zahlung einer Abfindung an die Geschwister erhält, kommt nur dem übernehmenden Kind die Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG zugute. Um Erbstreitigkeiten zu vermeiden, sollte daher letztwillig im Rahmen eines Vermächtnisses geregelt werden, wer das Familienheim erhalten soll und ob etwaige Erbschaftsteuerunterschiede auszugleichen sind<sup>26</sup>.

### c) Gestaltungsüberlegungen

Da die Übertragung des selbstgenutzten Familienheims zu Lebzeiten gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG ohne Einschränkung von der Steuer befreit ist, sollte frühzeitig erwogen werden, den selbstbewohnten Grundbesitz zu Lebzeiten auf den Ehepartner zu übertragen. Selbst wenn sich der überlebende Ehegatte etwa entscheidet, in ein Wohnstift mit betreutem Wohnen zu ziehen, wird dies von der Finanzverwaltung voraussichtlich nicht als zwingender Grund für die Durchbrechung der 10-jährigen Nutzungsfrist anerkannt werden. Der zu Lebzeiten übertragende Ehepartner kann sich für den Fall des Vorversterbens des Erwerbers sowie für den Fall der Scheidung der Ehe dadurch absichern, dass er sich vorbehält, den übertragenen Grundbesitz in diesem Fall zurückzufordern. Über die Befreiung von der Schenkungsteuer gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG kann ein Ehegatte dem anderen auch Barvermögen schenkungsteuerfrei überlassen, indem er die zuvor übertragende Wohnimmobilie von seinem Ehepartner zurückkauft.

## 2. Begünstigungen für zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke

Da gerade das Angebot einer Vielzahl von Mietwohnungen durch Private wie auch durch Personenunternehmen als Gegenpol gegen die Marktmacht großer institutioneller Anbieter wichtig für funktionierende Märkte sei, werden vermietete Wohnimmobilien bei der Erbschaftsteuer begünstigt. Das breitere Angebot und der stärkere Wettbewerb garantierten moderate Mieten sowie gleichzeitig eine angemessene Wohnraumversorgung der Bevölkerung auch in der Zukunft<sup>27</sup>. § 13 c Abs. 1 ErbStG sieht einen Verschonungsabschlag für vermietete Wohnimmobilien vor, und zwar in Höhe von 10 % der Bemessungsgrundlage, sofern sie nicht zum begünstigten Betriebsvermögen oder begünstigten Vermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft gehören. Der Verschonungsabschlag gilt auch für entsprechende Grundstücke im EU- bzw. EWR-Raum. Diese Begünstigung ist nicht an Behaltensfristen gekoppelt, so dass die Grundstücke unmittelbar nach dem Besteuerungsstichtag ohne Folgen veräußert werden können. Eine zur Anschaffung der Immobile aufgenommene Schuld kann in diesen Fällen auch nur zu 90 % abgezogen werden (§ 10 Abs. 6 S. 5 ErbStG), was bei hoher Fremdfinanzierung den Vorteil kompensiert. Sowohl selbstgenutzte Wohnimmobilien als auch Immobilien, die nicht zu Wohnzwecken vermietet sind, sind von dieser Privile-

gierung ausgenommen. Zur weiteren Förderung des Ziels, die Wohnraumversorgung der Bevölkerung zu sichern und zugleich die Marktkonzentration auf institutionelle Anbieter zu verringern<sup>28</sup>, kann die im Erbfall anfallende Steuer darüber hinaus auf Antrag bis zu 10 Jahre gestundet werden, soweit sie nur durch Veräußerung des betroffenen Grundvermögens erbracht werden kann. Eine Stundung bleibt ausgeschlossen, wenn der Schenker zur Zahlung der Schenkungsteuer in Anspruch genommen werden kann, weil er die Steuer übernommen hat (§ 10 Abs. 2 ErbStG) oder weil er als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden kann<sup>29</sup>.

### 3. Begünstigungen für Baudenkmäler

Grundbesitz und Teile von Grundbesitz werden gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, wenn die Erhaltung dieser Gegenstände wegen ihrer Bedeutung für Kunst, Geschichte oder Wissenschaft im öffentlichen Interesse liegt, die jährlichen Kosten in der Regel die erzielten Einnahmen übersteigen und die Gegenstände in einem den Verhältnissen entsprechendem Umfang den Zwecken der Forschung oder der Volksbildung nutzbar gemacht sind oder werden, nur mit 15 % ihres Werts angesetzt.

## C. Die Übertragung von Betriebsvermögen

Die neuen Regelungen sehen für Unternehmen aller Rechtsformen grundlegende Neuerungen vor. In einem ersten Schritt erfolgt nach neuem Recht eine rechtsformneutrale Bewertung nach dem gemeinen Wert. In einem zweiten Schritt sieht das ErbStG verschiedene Verschonungsmodelle vor. Unternehmen, die nicht in den Genuss der Begünstigungen kommen, müssen daher mit einer erheblich höheren Steuerbelastung rechnen.

### I. Die Bewertung des Betriebsvermögens

Bei der bisherigen Bewertung erfolgte eine Differenzierung nach der Rechtsform, das bedeutete, dass wirtschaftlich identische Unternehmen nur wegen ihrer unterschiedlichen Rechtsform unterschiedlich bewertet wurden. So ergab sich der Steuerwert nach altem Recht überwiegend aus den Steuerbilanzwerten (Personenunternehmen) oder dem Stuttgarter Verfahren (nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften). Dies führte früher dazu, dass börsennotierte Unternehmen am höchsten, nämlich nach ihrem Börsenwert, nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften niedriger und Personenunternehmen am niedrigsten bewertet wurden<sup>30</sup>. Auf der Bewertungsebene wird damit nach neuem Recht jeder Gestaltungsspielraum entfallen.

26 Brey/Merz/Neufang, BB 2009, 132, 134.

27 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 36.

28 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 15.

29 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 15.

30 Piltz, DStR 2008, 745, 745.



## 1. Gemeiner Wert

Nunmehr ist aufgrund der Vorgaben des BVerfG grundsätzlich der gemeine Wert, d. h. der Verkehrswert maßgeblich (§§ 11 Abs. 2, §§ 109, 199–203 BewG). In erster Linie ist der gemeine Wert des Betriebsvermögens aus zurückliegenden Verkäufen unter fremden Dritten, die weniger als ein Jahr zurückliegen oder im Falle der Notierung aus dem Börsenkurs am Stichtag abzuleiten. Sind solche Werte vorhanden, sind diese der Besteuerung zugrunde zu legen. Hat ein Verkauf wie im Regelfall nicht stattgefunden oder ist ein Unternehmen nicht börsennotiert, muss der Wert des Betriebsvermögens geschätzt werden. Die Schätzung erfolgt entweder durch ein Verkehrswertgutachten mittels der betriebswirtschaftlich gängigen Unternehmensbewertungsverfahren (Ertragswertverfahren, Discounted Cash-Flow-Verfahren<sup>31</sup>, Multiplikatorenverfahren<sup>32</sup>) oder eines anderen anerkannten Verfahrens. Dabei ist die Methode anzuwenden, die ein Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zugrunde legen würde. Als Mindestwert anzusetzen ist der Substanzwert des Unternehmens (Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter abzüglich Schulden). Daraus folgt, dass in Zukunft der Substanzwert immer ermittelt werden muss, weil sonst der Nachweis nicht erbracht werden kann, dass dieser geringer ist als die sich aus den Bewertungsmethoden ergebenden Werte<sup>33</sup>. Besteht die Finanzverwaltung bei der Ermittlung von Substanzwerten darauf, dass auch sämtliche selbst erstellten immateriellen Vermögenswerte in die Ermittlung eingehen, wird insbesondere bei ertragschwächeren Unternehmen der Substanzwert regelmäßig über den nach den üblichen Unternehmensbewertungsverfahren errechneten Werten liegen<sup>34</sup>. Für den Steuerpflichtigen ist es von großer Bedeutung, welche Methode der Unternehmensbewertung zur Anwendung kommt, da die verschiedenen Methoden zu erheblichen Abweichungen führen können<sup>35</sup>.

## 2. Das vereinfachte Ertragswertverfahren

Schließlich kann das sog. vereinfachte Ertragswertverfahren (§§ 199–203) zur Ermittlung des Unternehmenswertes gewählt werden. Über dieses Verfahren soll ohne Kosten für einen Gutachter oder Ermittlungsaufwand auf Grundlage des Ertrages ein Unternehmenswert ermittelt werden können<sup>36</sup>. Nach dem ursprünglichen Regierungsentwurf vom 11. Dezember 2007 sollte das vereinfachte Ertragsverfahren nur bei Großbetrieben (Unternehmen mit einem Jahresumsatz von über 32 Mio. €) angewendet werden. Diese Beschränkung findet sich im Gesetz nun nicht wieder, so dass das vereinfachte Ertragswertverfahren auch bei Großbetrieben angewendet werden kann. Führt dieses Verfahren offensichtlich zu unrichtigen Ergebnissen, so kann sowohl der Steuerschuldner als auch die Finanzverwaltung die Anwendung einer anderen Bewertungsmethode verlangen (§ 199 Abs. 1 und 2 BewG). Da das vereinfachte Ertragsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist, bedarf es anders als bei der Grundbesitzbewertung mit § 198 BewG bei der Bewertung des Betriebsvermögens keiner Öffnungsklausel<sup>37</sup>. Erfolgt nicht erbschaftsteuerbedingt die Bewertung für ein Unternehmen bereits über ein anderes anerkanntes Bewertungsverfahren, z. B. das Multiplika-

torenverfahren, so findet das vereinfachte Ertragswertverfahren jedoch keine Anwendung<sup>38</sup>.

### a) Berechnungsverfahren

Gemäß § 200 Abs. 1 BewG wird der zukünftig nachhaltig erzielbare Jahresertrag mit einem Kapitalisierungsfaktor multipliziert, wobei sich durch die besonderen Bewertungen für bestimmte Gruppen von Wirtschaftsgütern gemäß § 200 Abs. 2–4 BewG Abweichungen ergeben können:

- Nicht betriebsnotwendiges Vermögen (z. B. Mietwohngrundstücke) ist neben dem Ertragswert mit dem gemeinen Wert anzusetzen,
- Beteiligungen an anderen Gesellschaften sind neben dem Ertragswert mit ihrem gemeinen Wert anzusetzen,
- Wirtschaftsgüter und mit diesen im wirtschaftlichen Zusammenhang stehende Schulden, die innerhalb der letzten zwei Jahre eingelegt worden sind, sind neben dem Ertragswert mit ihrem gemeinen Wert anzusetzen.

### b) Ermittlung des Jahresertrags

Der Jahresertrag errechnet sich auf Grundlage des durchschnittlichen ertragsteuerlichen Betriebsergebnisses der letzten drei vor dem Besteuerungszeitpunkt abgelaufenen Wirtschaftsjahre (§ 201 Abs. 2 S. 1 BewG). Das Betriebsergebnis des laufenden Jahres findet nur dann Berücksichtigung, wenn es für den zukünftigen Jahresertrag von Bedeutung ist. Besteht das Unternehmen am Bewertungsstichtag noch keine drei Jahre oder verändern sich die Ertragsaussichten nachhaltig, wird der Durchschnittsertrag aus dem verkürzten Zeitraum errechnet. Zur Ermittlung des Betriebsergebnisses ist von dem Gewinn des § 4 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 EStG auszugehen, wobei die Ergebnisse aus den Sonder- und Ergänzungsbilanzen unberücksichtigt bleiben. Von diesem Ausgangswert sind gemäß § 202 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–3 BewG Hinzurechnungen und Abzüge vorzunehmen, wie z. B.:

31 Beim Discounted-Cash-Flow-Verfahren wird der Wert des gesamten Betriebsvermögens ermittelt, indem der aufgrund einer Prognose künftig erzielbare Ertrag mittels eines Kapitalisierungszinssatzes auf den Bewertungsstichtag abgezinst wird, wobei der Zinssatz sich nach einer Vergleichskapitalanlage bestimmt. Ansatzpunkt ist, dass ein potentieller Käufer den Kaufpreis danach bemessen würde, wie viel Kapital er anderweitig anlegen müsste, um denselben Ertrag zu erwirtschaften.

32 Die Wertfindung erfolgt beim Multiplikatorenverfahren durch Multiplikation einer unternehmensspezifischen Kennzahl (z. B. Betriebsergebnis vor Zinsen und Steuern – EBIT) mit einem branchenspezifischen Faktor, dem sog. Multiplikator. Handelt es sich bei der gewählten Kennzahl um eine Bezugsgröße, die, wie das EBIT, die Fremdkapitalzinsen beinhaltet, ist anschließend von dem Ergebnis das zinstragende Fremdkapital in Abzug zu bringen. Dieses Bewertungsverfahren wird in der Praxis vor allem bei der Bewertung von kleinen und mittleren Unternehmen gewählt, insbesondere für die Kaufpreisermittlung von freiberuflichen Praxen und Kanzleien.

33 Creutzmann, DB 2008, 2784, 2791.

34 Creutzmann, DB 2008, 2784, 2791.

35 Flöter/Matern, NWB 2008, 1727, 1729 f.

36 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 26.

37 Höne, BBEV 2009, 28, 29.

38 Vgl. Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 26.



- Berücksichtigung von einmaligen Veräußerungserträgen bzw. -verlusten sowie außerordentlichen Erträgen bzw. Aufwendungen,
- Berücksichtigung des Ertragssteueraufwands bzw. von Erträgen aus der Erstattung von Ertragsteuern (KSt, Zuschlagssteuern und GewSt),
- Berücksichtigung von Erträgen sowie von Aufwendungen und übernommenen Verlusten, die im Zusammenhang mit nicht betriebsnotwendigem Vermögen und innerhalb von zwei Jahren vor dem Bewertungsstichtag eingelegten Wirtschaftsgütern stehen,
- Hinzurechnungen von Investitionsabzugsbeträgen, Sonderabschreibungen, erhöhten Absetzungen, Bewertungsabschlägen, Zuführungen zu steuerfreien Rücklagen sowie Teilwertabschreibungen,
- Abzug von gewinnerhöhenden Auflösungsbeträgen steuerfreier Rücklagen,
- Abzug eines angemessenen Unternehmerlohns<sup>39</sup>.

Nach § 202 Abs. 3 BewG ist ein positives Ergebnis zur Abgeltung des Ertragssteueraufwands um 30 % zu mindern.

### c) Kapitalisierungsfaktor

Der Kapitalisierungsfaktor ist der Kehrwert des Kapitalisierungszinssatzes, d. h. aus einem Zinssatz von derzeit 8,11 % folgt ein Faktor von 12,33. Der Kapitalisierungszinssatz setzt sich gemäß § 203 Abs. 1 und 2 BewG aus dem Basiszinssatz der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen<sup>40</sup> und einem Zuschlag von 4,5 % zusammen. Der Zuschlag berücksichtigt pauschal das Unternehmerrisiko, einen Zuschlag für mangelnde Fungibilität, einen Inflationsabschlag und inhaberabhängige Faktoren<sup>41</sup>. Der auf diese Weise errechnete Kapitalisierungsfaktor findet unabhängig davon, aus welcher Branche das Unternehmen stammt, Anwendung.

Vor allem die verbindliche Vorgabe des Kapitalisierungsfaktors – insbesondere des Zuschlags von 4,5 % – wird in der Literatur stark kritisiert<sup>42</sup>. Der ursprüngliche Regierungsentwurf vom 11. Dezember 2007 sah noch eine Fixierung des Kapitalisierungsfaktors nicht nur für das vereinfachte Ertragswertverfahren, sondern für alle Ertragswertverfahren vor. Eingewendet wird, dass die verfassungsrechtliche Vorgabe einer am Marktwert orientierten Unternehmensbewertung die Berücksichtigung branchen- und unternehmensspezifischer Merkmale und der Finanzierungsstruktur erfordere<sup>43</sup>. Bei der Unternehmensbewertung spiegelten sich diese Kriterien in entsprechenden Kapitalisierungszinssätzen wider. Die Festelegung eines fixen Zinssatzes werde den jeweiligen Besonderheiten nicht gerecht. Berechnungsbeispiele kommen zu dem Ergebnis, dass sich bei der Bewertung anhand des vereinfachten Ertragswertverfahrens in einer Vielzahl von Fällen höhere Werte ergeben als in der betriebswirtschaftlichen Praxis, beispielsweise anhand der Multiplikatorenmethode<sup>44</sup>.

Die Frage, welche Bewertungsmethode zu den niedrigsten Ergebnissen führt, kann pauschal nicht beantwortet werden. In vielen Fällen wird ein Vergleich der

verschiedenen Bewertungsmethoden trotz der damit zusammenhängenden Kosten empfehlenswert sein. Als Hilfestellung lässt sich feststellen, dass die Verwendung vergangenheitsbezogener Jahreserträge, wie es beim vereinfachten Ertragswertverfahren der Fall ist, bei Unternehmen mit erwarteten hohen zukünftigen Gewinnen eher zu einer geringeren Bewertung führen wird als die Verwendung anderer Methoden, die in der Regel die Wertermittlung anhand zukunftsbezogener Daten vornehmen<sup>45</sup>. Ferner lässt sich feststellen, dass der fixe Risikozuschlag beim vereinfachten Ertragswertverfahren bei weniger risikobehafteten Unternehmen zu geringeren Werten führen wird als bei Anwendung eines Verfahrens, bei dem ein risikoadäquater Diskontierungsfaktor verwendet wird<sup>46</sup>. Aufgrund der Abhängigkeit des Kapitalisierungsfaktors vom Marktzins führen steigende Zinsen zu einem geringeren, fallende Zinsen zu einem höheren Unternehmenswert. Auch dies sollte bei der Wahl des richtigen Übertragungszeitpunktes im Wege der Schenkung keinesfalls vernachlässigt werden.

Es bleibt abzuwarten, ob das vereinfachte Ertragswertverfahren wie vom Gesetzgeber erwartet in der Mehrheit der Fälle zur Anwendung kommt. Es ist vielmehr zu erwarten, dass sich der Steuerpflichtige auf alternative Bewertungsverfahren berufen wird, die mit einem erheblich höheren Verwaltungs- und Kostenaufwand verbunden sind. Durch die notwendige Berechnung der Substanzwerte wird der Aufwand überdies noch steigen. So erreichen die neuen Bewertungs- und Verschonungsregelungen eine Komplexität, die aufgrund des damit einhergehenden Ermittlungs- und Kontrollaufwands sowohl für die Finanzverwaltung als auch für den Erwerber eines Unternehmens bzw. von Unternehmensanteilen mit dem erhofften Aufkommen aus der Erbschaftsteuer, von dem wiederum nur ein Teil aus dem Erwerb von Betriebsvermögen resultiert, kaum noch zu rechtfertigen ist<sup>47</sup>.

## II. Verschonungsregelungen beim Betriebsvermögen

Nach früherem Recht wurde bei der Übertragung von Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen von mehr als 25 % an Kapitalgesellschaften ein Freibetrag in Höhe von 225 000 € sowie ein Bewertungsabschlag in Höhe von 35 % gewährt, unter der Voraussetzung, dass der Betrieb über fünf Jahre fortgeführt wurde.

Nach dem neuen Recht werden Unternehmen, deren Wert einen Abzugsbetrag von 150 000 € überschreitet,

39 Wie bei den verdeckten Gewinnausschüttungen wird sich auch hier das Problem der Angemessenheit des Unternehmerlohns stellen.

40 Der Marktzinssatz für risikolose Anleihen wird vom Bundesministerium der Finanzen jeweils am Jahresanfang veröffentlicht (§ 203 Abs. 2 BewG) und wurde auf den 2. Januar 2009 mit 3,61 % mitgeteilt.

41 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 28.

42 Hannes/Onderka, ZEV 2008, 173, 176 f.; Kußmaul/Pfmann/Hell/Meyering, BB 2008, 472, 477; Creutzmann, DB 2008, 2784, 2789.

43 Hannes/Onderka, ZEV 2008, 173, 176 f.; Kußmaul/Pfmann/Hell/Meyering, BB 2008, 472, 478; Creutzmann, DB 2008, 2784, 2789.

44 Flöter/Matern, NWB 2008, 1727, 1729 ff.

45 Hölzerkopf/Bauer, BB 2009, 20, 21.

46 Hölzerkopf/Bauer, BB 2009, 20, 21.

47 Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16, 17.

nun in erster Linie dadurch begünstigt, dass das übergehende Betriebsvermögen zu 15 % seines Wertes oder überhaupt nicht der Besteuerung unterworfen wird. Dies steht im Einklang mit dem vorgenannten Urteil des BVerfG<sup>48</sup>, das dem Gesetzgeber erlaubt hat, nach der Ermittlung des gemeinen Wertes außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele zu verfolgen. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist, dass es sich zunächst um begünstigtes Vermögen gemäß § 13 b ErbStG handelt. In Höhe von 85 % bzw. 100 % wird dieses begünstigte Vermögen dann vollständig von der Steuer freigestellt. Voraussetzung dafür ist, dass das Unternehmen 7 bzw. 10 Jahre fortgeführt wird und eine bestimmte Lohnsumme über diesen Zeitraum gehalten wird<sup>49</sup>. Werden die Kriterien der Begünstigung nicht erfüllt, unterliegt Unternehmensvermögen in voller Höhe der regulären Besteuerung.

	Regelverschonung	Optionsmodell
Verschonungsabschlag (steuerfrei) zu versteuern	85 %	100 %
	15 %	0 %
Behaltensfrist und Einhaltung der Lohnsumme	7 Jahre	10 Jahre
Verhältnis Ausgangslohnsumme zu Lohnsumme in 7 bzw. 10 Jahren	650 %	1000 %
max. Verwaltungsvermögen	50 %	10 %

## 1. Begünstigtes Vermögen

Die Begünstigung gilt dem produktiven (= betrieblichen) Zwecken dienenden Betriebsvermögen, allerdings geht der Gesetzgeber nach der neuen Regelung nun davon aus, dass in jedem Unternehmen ein gewisser Anteil des Vermögens nicht ausschließlich nur betrieblichen Zwecken dient<sup>50</sup>. Zum begünstigten Betriebsvermögen gehören gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 ErbStG wie bisher sowohl land- und forstwirtschaftliches Vermögen als auch Betriebsvermögen. Erweitert wurde die Begünstigung auf entsprechendes Vermögen im EU- oder im EWR-Raum. Anteile an Kapitalgesellschaften sind unverändert gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG begünstigtes Vermögen, wenn der Erblasser bzw. Schenker zu mehr als 25 % unmittelbar am Nennkapital des Unternehmens beteiligt ist. Die Quote von 25 % ist ein Indiz dafür, dass der Gesellschafter nicht nur Kapitalanleger, sondern unternehmerisch in der Gesellschaft tätig ist<sup>51</sup>. Dies gilt nun auch bei Kapitalgesellschaften für solche Gesellschaften, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsführung in der EU oder im EWR-Ausland haben. Die Hoffnung der Praxis, begünstigtes Vermögen werde weltweit vom Verschonungsabschlag erfasst, hat sich somit nicht erfüllt<sup>52</sup>.

## 2. Poolvereinbarungen

Bezüglich der 25 %-Beteiligung bei Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz in § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG eine Ausnahme vor, die der Gesetzesbegründung zufolge vor allem Familien-Kapitalgesellschaften zugute kommen soll. Danach werden Anteile an Kapitalgesell-

schaften von 25 % oder weniger dann zum begünstigten Vermögen gerechnet, wenn der Erblasser bzw. Schenker sich mit anderen Anteilseignern, die gemeinsam mehr als 25 % der Anteile an der Gesellschaft halten, einer einheitlichen Verfügungsbeschränkung und Stimmbindung unterworfen hat (sog. Poolvereinbarungen). Diese können entweder in entsprechenden Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen aufgenommen oder in einem gesonderten Vertrag vereinbart werden.

Im Einzelnen bedeutet das, dass der Erblasser bzw. Schenker und die weiteren Anteilseigner untereinander verpflichtet sind,

- über die Anteile einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen (Verfügungsbeschränkung) und
- das Stimmrecht gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben (Stimmrechtsbündelung).

In Familiengesellschaften sind schon heute Poolvereinbarungen weit verbreitet, die die Gesellschafter in der Verfügung über ihre Gesellschaftsanteile beschränken. So ist in Gesellschaftsverträgen häufig eine Klausel anzutreffen, die den erwerbsberechtigten Personenkreis auf Familienangehörige beschränkt. Kombiniert sind solche Vereinbarungen häufig mit Einziehungsklauseln, die sicherstellen, dass Erben, die die Voraussetzungen nicht erfüllen, weil sie nicht zum Familienkreis zählen, nicht Gesellschafter bleiben. Was der Gesetzgeber allerdings unter „einheitlicher Verfügung“ versteht, bleibt unklar. Denn legt man den Wortlaut eng aus, fordert das Gesetz ein gleichzeitiges Verfügen aller Gesellschafter, d. h. die Gesellschafter verpflichten sich untereinander, alle gepoolten Anteile nur gleichzeitig zu veräußern. Solche Verpflichtungen bedürfen gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Form, da es sich um eine Vereinbarung handelt, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Da die Gesetzesbegründung aber davon spricht, Familiengesellschaften gegenüber Publikumsgesellschaften zu bevorzugen, ist von einer weiten Auslegung des Merkmals „einheitliche Verfügung“ auszugehen<sup>53</sup>, so dass Klauseln wie die vorgenannte, die eine Beschränkung auf Familienangehörige vorsehen, unter das Gesetz fallen. Die Vereinbarung von Vorkaufsrechten zugunsten der Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag dürfte dagegen nicht ausreichen.

Alternativ zur einheitlichen Verfügung fordert das Gesetz, dass die Anteile ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner übertragen

<sup>48</sup> siehe Fn. 3.

<sup>49</sup> Der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung vom 11. 12. 2007 sah noch eine Behaltensfrist von 15 Jahren vor, die als sog. Fallbeilregelung ausgestaltet war, und eine Lohnsummenkontrolle von 10 Jahren, die schon im Regierungsentwurf als pro-rata-temporis Regelung vorgesehen war, BT-Drs. 16/7918, S. 8.

<sup>50</sup> Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 33.

<sup>51</sup> Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 35.

<sup>52</sup> Geck, ZEV 2008, 557, 561.

<sup>53</sup> Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16, 20; Weber/Schwind, ZEV 2009, 16, 19.

werden dürfen. Nach dem Wortlaut müsste es sich somit bereits um einen Mitgesellschafter handeln. Berücksichtigt man aber wiederum den in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Gesetzeszweck, muss es ausreichend sein, dass der Erwerber erst durch die Übertragung des Anteils zum Anteilseigner wird und – soweit nicht im Gesellschaftsvertrag vereinbart – den bestehenden vertraglichen Verpflichtungen der übrigen Gesellschafter beitrifft<sup>54</sup>.

Zusätzlich muss die Voraussetzung der Stimmrechtsbündelung erfüllt sein. Gemeint ist damit nach der Gesetzesbegründung, dass die Einflussnahme einzelner Gesellschafter zum Zwecke einer einheitlichen Willensbildung zurücktreten muss. Neben der Möglichkeit zur gemeinsamen Bestimmung eines Sprechers oder eines Aufsichts- oder Leitungsgremiums könne die einheitliche Stimmrechtsausübung auch dadurch erreicht werden, dass einzelne Gesellschafter auf ihr Stimmrecht verzichten oder stimmrechtslose Anteile geschaffen werden<sup>55</sup>. Auch letztere werden in die Entlastung miteinbezogen<sup>56</sup>. Solche Stimmrechtsvereinbarungen<sup>57</sup> sind auch heute in der Praxis schon üblich und häufig im Zusammenhang mit den oben genannten Vinkulierungsklauseln anzu treffen.

Wird durch einen Poolvertrag die Beteiligungsgrenze von 25 % überschritten, werden auch etwaige nicht gepoolte Anteile eines Gesellschafters in die Privilegierung einbezogen<sup>58</sup>. Wird innerhalb von 7 bzw. 10 Jahren die Verfügungsbeschränkung oder Stimmrechtsbündelung aufgehoben, entfallen der Verschonungsabschlag sowie der Abzugsbetrag mit Wirkung für die Vergangenheit. Da die Vereinbarung zur einheitlichen Verfügung und Stimmrechtsabgabe im Zeitpunkt der Entstehung der Steuer bestehen muss, reicht es aus, im Vorfeld einer geplanten schenkweisen Übertragung der Kapitalgesellschaftsanteile eine entsprechende Vereinbarung zu treffen.

### 3. Abgrenzung des Verwaltungsvermögens

Der Verschonungsabschlag in Höhe von 85 % wird nur dann gewährt, wenn das Betriebsvermögen sich nicht zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen zusammensetzt. Hat ein Unternehmen ein über 50 % hinausgehendes Verwaltungsvermögen, fällt das gesamte Unternehmen einschließlich seines operativen Teils aus der Begünstigung heraus (Infektionswirkung). Vermögen, das primär der risikolosen Renditeerzielung dient und regelmäßig weder die Schaffung von Arbeitsplätzen fördert noch zusätzlich volkswirtschaftliche Leistungen bewirkt, soll grundsätzlich nicht begünstigt werden<sup>59</sup>. Unter Verwaltungsvermögen fällt gemäß § 13 b Abs. 2 S. 2 Nr. 1–5 ErbStG im wesentlichen folgendes Vermögen:

- Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke, Grundstücksteile, grundstücksgleiche Rechte und Bauten,
- Anteile an Kapitalgesellschaften von 25 % oder weniger,
- Beteiligungen an Gesellschaften, deren Verwaltungsvermögen über 50 % beträgt,
- Wertpapiere und vergleichbare Forderungen,

- Kunstgegenstände, Kunstsammlungen, wissenschaftliche Sammlungen, Bibliotheken und Archive, Münzen, Edelmetalle und Edelsteine.

Was unter vergleichbaren Forderungen zu verstehen ist, ist noch vollständig offen. Kein Verwaltungsvermögen sind nach einhelliger Ansicht Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und der Kassenbestand<sup>60</sup>. Einig ist man sich aber auch dahingehend, dass jedenfalls Liquidität wie Festgelder oder Tagesgelder nicht unter diesen Begriff fällt<sup>61</sup>. Hierfür spricht, dass Barmittel im Gegensatz zum ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht als Verwaltungsvermögen genannt werden.

Im Zusammenhang mit der Überlassung von Grundstücken an Dritte werden jedoch gemäß § 13 b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 a) bis e) ErbStG folgende Ausnahmen gemacht, um dem Zweck des ErbStRG, die Unternehmensnachfolge zu erleichtern, zu genügen:

#### a) Betriebsaufspaltung

Wenn der Erblasser bzw. Schenker sowohl im überlassenden Betrieb als auch im nutzenden Betrieb allein oder zusammen mit anderen Gesellschaftern einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen konnte, soll eine Nutzungsüberlassung an Dritte nicht vorliegen und somit begünstigtes Vermögen vorliegen. Nach wie vor kommt es aber selbst bei einer ertragsteuerlichen Betriebsaufspaltung mit Überlassung eines Grundstücks an die Betriebsgesellschaft zu schädlichem Verwaltungsvermögen, wenn die Betriebsgesellschaft ihrerseits das Grundstück an einen weiteren Dritten zur Nutzung überlässt.

#### b) Betriebsverpachtungen

Zunächst müssen bei der Betriebsverpachtung ertragsteuerlich Gewinneinkünfte nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 bis 3 EStG vorliegen. Darüber hinaus sind für die Begünstigung des Betriebsvermögens folgende zusätzliche Kriterien erforderlich:

- Der Verpächter des Betriebs hat im Zusammenhang mit einer unbefristeten Verpachtung den Pächter durch eine letztwillige Verfügung oder eine rechtsgeschäftliche Verfügung als Erben<sup>62</sup> eingesetzt oder
- die Verpachtung erfolgt an einen Dritten, weil der Beschenkte im Zeitpunkt der Steuerentstehung den Betrieb noch nicht führen kann, und die Verpachtung auf höchstens zehn Jahre befristet ist. Hat der Beschenkte das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet, beginnt die Frist mit der Vollendung des 18. Lebensjahres.

54 Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16, 20; Scholten/Korezkij, DStR 2009, 73, 77.

55 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 35.

56 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 35.

57 Vgl. zu Stimmrechtsvereinbarungen Baumbach/Hueck-Zöllner, 18. Aufl. 2006, § 47 GmbHG, Rn. 113 ff. m. w. N.

58 Schulz/Althof/Markl, BB 2008, 528, 532; Scholten/Korezkij, DStR 2009, 73, 77.

59 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 14.

60 Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16, 21; Geck, ZEV 2008, 557, 562; Piltz, ZEV 2008, 229, 230; Schulz/Althof, BBEV 2009, 76.

61 Geck, ZEV 2008, 557, 562; Schulz/Althof, BBEV 2009, 76.

62 Dies schließt den Erwerb aufgrund gesetzlicher Erbfolge wohl aus, auch die Einsetzung als Vermächtnisnehmer erscheint unsicher.



Dies gilt allerdings nicht für Betriebsverpachtungen, wenn der verpachtete Betrieb bereits in der Zeit vor der Verpachtung nicht die Voraussetzungen als begünstigtes Vermögen erfüllt hat. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass ein an sich nicht begünstigtes Unternehmen über den Weg der Betriebsverpachtung in begünstigtes Vermögen umgewandelt werden kann.

### c) Überlassung von Immobilien innerhalb eines Konzerns

Wenn sowohl der überlassende Betrieb als auch der nutzende Betrieb zu einem Konzern i. S. des § 4 h EStG gehören, soll dies bei der Nutzungsüberlassung von Grundstücken nicht zu einem Ausschluss der Verschonungsregelungen führen. Hiervon werden voraussichtlich vor allem große Familienunternehmen profitieren, die aus betriebswirtschaftlichen Gründen häufig in verzweigten, historisch gewachsenen Betriebsstrukturen organisiert sind<sup>63</sup>.

### d) Wohnungsunternehmen

Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke werden dann ausnahmsweise nicht als Verwaltungsvermögen qualifiziert, wenn sie zum Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft gehören, deren Hauptzweck in der Vermietung von Wohnungen besteht, vorausgesetzt, die Erfüllung dieses Zwecks erfordert die Einrichtung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (§ 14 AO). Der Hauptzweck muss in der Vermietung von Wohnungen i. S. von § 181 Abs. 9 BewG bestehen, d. h. die Ausnahme gilt nicht für Unternehmen mit einem zu hohen Anteil an vermieteten Geschäftsgrundstücken oder gemischt genutzten Grundstücken, der den Hauptzweck der Vermietung von Wohnungen gefährdet. Diese Regelung befand sich noch nicht im ursprünglichen Regierungsentwurf vom 11. Dezember 2007. Da der Geschäftsumfang von gewerblich geprägten vermietenden Personengesellschaften regelmäßig keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erfordert, stellt diese Regelung keine Begünstigung für solche Unternehmen dar, selbst wenn deren Vermögen ausschließlich aus vermieteten Wohngrundstücken besteht. Andererseits werden die mittelständischen Wohnungsunternehmen nunmehr in die Begünstigung mit einbezogen, die ihnen regelmäßig wegen eines zu hohen Anteils an Verwaltungsvermögen versagt geblieben wäre<sup>64</sup>. Fraglich ist, wo in Zukunft die Grenze gezogen werden wird, d. h. ab welcher Größe es sich um ein privilegiertes Wohnungsunternehmen i. S. der Vorschrift handelt.

### e) Land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke

Schließlich stellen land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke, die Dritten zur Nutzung überlassen sind, kein Verwaltungsvermögen dar.

## 4. Fremdfinanzierung und Kaskadeneffekt

Zu beachten ist, dass jede Fremdfinanzierung in einem Unternehmen mit Verwaltungsvermögen eine Erhöhung der Verwaltungsvermögensquote bewirkt. Bei Unternehmen mit hohen Fremdverbindlichkeiten kann daher

schon eine nur geringe Verwaltungsvermögensquote die Inanspruchnahme der Verschonungsregelungen vereiteln. Denn die Verbindlichkeiten mindern den Wert des Unternehmens, finden aber bei der Bewertung des Verwaltungsvermögens keine Beachtung, unabhängig davon, ob die Schulden im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Verwaltungsvermögen stehen oder nicht<sup>65</sup>.

Bei Konzernstrukturen ist die 50 %-Grenze für jede Gesellschaft einzeln zu prüfen. Es findet keine Betrachtung des gesamten Konzerns statt. Dadurch kann die Verwaltungsquote in einem Konzern die 50 %-Grenze deutlich übersteigen (Kaskadeneffekt). Hat eine Tochtergesellschaft 50 % Verwaltungsvermögen und 50 % produktives Vermögen, ist die Gesellschaft grundsätzlich begünstigt. Das Vermögen der Muttergesellschaft besteht aus 50 % Verwaltungsvermögen, die anderen 50 % bestehen aus der Beteiligung an der begünstigten Tochtergesellschaft. Danach hat die Muttergesellschaft insgesamt 75 % Verwaltungsvermögen, ohne die Möglichkeit der Geltendmachung des Verschonungsabschlags zu verlieren. Im Gesetzgebungsverfahren wurde auf diesen Effekt hingewiesen, ohne dass der Gesetzestext diesbezüglich geändert wurde.

## 5. Verschonungsabschlag bei der Regelverschonung

Liegt der Anteil des Verwaltungsvermögens nicht über 50 %, ist grundsätzlich das gesamte Betriebsvermögen begünstigt, einschließlich des Verwaltungsvermögens. In Höhe von 85 % wird dieses begünstigte Vermögen dann vollständig von der Steuer freigestellt, ohne dass es einer Differenzierung des operativen Vermögens vom Verwaltungsvermögen bedarf<sup>66</sup>. Verwaltungsvermögen, das weniger als zwei Jahre zum Betriebsvermögen gehört, ist zur Vermeidung von Missbräuchen durch Zuordnung von Wirtschaftsgütern zum begünstigten Vermögen nicht begünstigt und wird besteuert, als wäre es noch Privatvermögen (§ 13 b Abs. 2 S. 3 ErbStG).

## 6. Freigrenze für Kleinbetriebe

Nach der Abgrenzung des begünstigten Vermögens gemäß § 13 b ErbStG verbleiben 15 %, die in die Bemessungsgrundlage zur sofortigen Besteuerung einfließen. Um Kleinbetriebe und auch das Finanzamt zu entlasten, sieht § 13 a Abs. 2 ErbStG eine Freigrenze von 150 000 € vor. Dadurch kann sowohl die Berechnung des Unternehmenswertes als auch die aufwendige Überwachung der Verschonungskriterien vermieden werden<sup>67</sup>. Der Abzugsbetrag von 150 000 € verringert sich, wenn der 15 %ige Anteil die Wertgrenze von 150 000 € übersteigt, um 50 % und entfällt vollständig bei einer verbleibenden Bemessungsgrundlage von 450 000 €. Diese Freigrenze kann innerhalb von 10 Jahren für mehrere Erwerbe nur

63 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 14.

64 Geck, ZEV 2008, 557, 559.

65 Vernekohl, Erbfolgebesteuerung 2008, 175; Schulz/Althof, BBEV 2009, 76, 77 f.

66 Bei Anwendung des Verschonungsabschlags in Höhe von 85 % bewegt sich die effektive Erbschaftsteuerbelastung nach neuem Recht im Bereich von 0 % bis zu 4,5 % des Verkehrswertes des Unternehmens (ohne Berücksichtigung der persönlichen Freibeträge), Piltz, DSr 2008, 2237 f.

67 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 33 f.

einmal gewährt werden. Der Abzugsbetrag führt daher zu einer möglichen vollständigen Steuerbefreiung bei Betrieben mit einem Wert von 1 Mio. € und einer möglichen teilweisen Steuerentlastung bei Betrieben mit einem Wert bis zu 3 Mio. €.

## 7. Begünstigter

Gemäß § 13 a Abs. 3 ErbStG können der 85 %ige Verschonungsabschlag und der Freibetrag von 150 000 € nur in Anspruch genommen werden, wenn der Erwerber das erworbene Vermögen nicht aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers oder rechtsgeschäftlicher Verfügung des Erblassers bzw. Schenkers auf einen Dritten übertragen muss oder im Rahmen der Erbauseinandersetzung auf einen Miterben überträgt. Insoweit ist diese Regelung weitergehend als die bisherige Regelung. Sie soll dazu führen, dass derjenige entlastet wird, der das Unternehmen tatsächlich fortführt.

## 8. Tarifbegrenzung

Für Erwerber der Steuerklassen II und III ist gemäß § 19 a ErbStG weiterhin ein Entlastungsbetrag vorgesehen, der im Endeffekt die Anwendung des Steuersatzes der Steuerklasse I auch für diese Erwerber sichert. Erfolgte die Gleichstellung nach früherem Recht nur zu 88 %, kommt es nun zu einer vollständigen Gleichstellung mit Erwerbern der Steuerklasse I.

## 9. Lohnsummenregelung

Handelt es sich nach den oben genannten Voraussetzungen um begünstigtes Vermögen, so entfällt die Steuer nur dann, wenn sich innerhalb einer Frist von 7 Jahren die Lohnsummen nicht bzw. nicht wesentlich ändern. Nach Auffassung des Gesetzgebers stellt die Lohnsumme ein geeignetes Instrument zur Überprüfung der Gemeinwohlgründe für die Verschonung begünstigten Vermögens dar<sup>68</sup>. Ein geeigneter Indikator für die Unternehmensfortführung und insbesondere die Erhaltung der Arbeitsplätze sei die jeweilige Lohnsumme, d.h. die Summe der im Unternehmen gezahlten Löhne und Gehälter<sup>69</sup>, wobei ein Abstellen auf die Lohnsumme flexibler sei als eine reine Arbeitsplatzklausel<sup>70</sup>. Als Grundlage zur Berechnung der Einhaltung der Lohnsumme dient die sog. Ausgangslohnsumme; dabei handelt es sich um die durchschnittliche Lohnsumme der letzten fünf vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre. Die Begünstigung wird nur in vollem Umfang gewährt, wenn die Lohnsumme nach 7 Jahren noch 650 % der Ausgangslohnsumme beträgt, d.h. es muss jährlich durchschnittlich ca. 93 % der Ausgangslohnsumme eingehalten werden. Unterschreitet die Gesamtlohnsumme 650 %, so unterliegt der Erwerb einer Nachversteuerung. Eine Nachversteuerung findet nach Ablauf dieses Zeitraums nicht in voller Höhe statt, sondern lediglich prozentual im Verhältnis zur schädlichen Unterschreitung der Lohnsumme<sup>71</sup>. Rechnerisch verringert sich der Verschonungsabschlag für jedes Jahr, in dem dieser Wert unterschritten wird, um 14,28 %. Da es im Gegensatz zum ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung vom 11. Dezember 2007 auf die Gesamtlohnsumme über sieben Jahre hinweg ankommt, können Unterschreitungen der Lohnsumme in einzelnen Jahren

durch eine Erhöhung der Lohnsumme in anderen Jahren ausgeglichen werden. Eine etwaige Steuernachzahlung bei Unterschreiten des Lohnsummenerfordernisses erfolgt erst nach Ablauf der sieben Jahre, woraus sich ein nicht unbeträchtlicher Zinsvorteil ergeben kann.

*Beispiel:* Die Summe der jährlichen Lohnsumme in den sieben Jahren erreicht 585 % der Ausgangslohnsumme und liegt damit 65 % unter der Mindestlohnsumme von 650 %, das entspricht einem Zehntel. Der Verschonungsabschlag verringert sich um ein Zehntel von 85 % auf 76,5 %, womit 23,5 % der Bemessungsgrundlage zu versteuern wären.

Die genaue Definition der Lohnsumme erfolgt in § 13 a Abs. 4 ErbStG. Von der Lohnsumme umfasst sind Löhne, Gehälter und sonstige Vergütungen, wozu beispielsweise auch Steuern, Sozialbeiträge<sup>72</sup>, Prämien, Abfindungen und Provisionen gehören. Leiharbeitsverhältnisse sowie Saisonarbeitsverhältnisse dürfen nicht einbezogen werden<sup>73</sup>. Die Berechnung der Lohnsumme erfolgt nur für Arbeitsverhältnisse, die im Inland, in der EU oder im EWR-Raum liegen, Verlagerungen von Arbeitsplätzen in andere Staaten belasten daher die maßgebliche Lohnsumme. Bei Unternehmen mit höchstens zehn Arbeitnehmern entfällt die Anwendung der Lohnsummenregelung. Sah der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung vom 11. Dezember 2007<sup>74</sup> noch eine Dynamisierung der Ausgangslohnsumme vor, wurde in der endgültigen Fassung auf eine solche verzichtet. Dies führt dazu, dass sich eine Inflation zugunsten des Erwerbers auswirkt. Bei einer durchschnittlichen Lohnerhöhung von jährlich 3 % kann die Ausgangslohnsumme um ca. 20 % unterschritten werden.

## 10. Behaltensfrist

Ferner muss das Unternehmen bzw. die erworbenen Anteile 7 Jahre lang mehr oder weniger unverändert gehalten werden (§ 13 a Abs. 5 ErbStG). Schädliche Verstöße gegen die Behaltensfrist sind Betriebsaufgaben, Veräußerungen von Beteiligungen und wesentlichen Betriebsgrundlagen, Überentnahmen, übermäßige Ausschüttungen an Gesellschafter und veräußerungsähnliche Vorgänge. Die Voraussetzungen entsprechen im Wesentlichen der bisherigen Regelung; bei Überentnahmen wurde die Unschädlichkeitsgrenze auf 150 000 € erhöht.

Zu einer Nachversteuerung kommt es nur dann nicht, wenn eine Veräußerung von Betriebsvermögen nicht auf eine Einschränkung des Betriebes abzielt und der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten wieder zugunsten entsprechenden Vermögens, das nicht zum Verwaltungsvermögen i. S. des § 13 b Abs. 2 ErbStG gehört, im Unternehmen investiert wird. Hierunter fällt neben der Anschaffung von neuen Betrieben, Betriebsteilen oder Anlagegütern, die das veräußerte Vermögen im

68 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 23.

69 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 33.

70 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 12.

71 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 12.

72 Werden Steuern und Sozialabgaben, wie schon lange politisch gefordert, gesenkt, erschwert dies die Erfüllung des Lohnsummenerfordernisses, vgl. Flick/Hannes, FAZ vom 6. 1. 2009, S. 20.

73 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 34.

74 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 33.

Hinblick auf den ursprünglichen oder einen neuen Betriebszweck ersetzen, z. B. auch die Tilgung betrieblicher Schulden oder die Erhöhung von Liquiditätsreserven<sup>75</sup>. Die Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren noch um die letzten beiden Punkte erweitert, um für Unternehmen eine größere Flexibilität zu schaffen.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde § 13 a Abs. 5 ErbStG noch um einen S. 2 ergänzt, der bewirkt, dass der nach S. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 eintretende Wegfall des Verschonungsabschlags bei einer schädlichen Verfügung nur zeitanteilig erfolgt. So bleibt beispielsweise bei einer schädlichen Verfügung im 5. Jahr nach der Übertragung des begünstigten Vermögens der anteilige Verschonungsabschlag zu 57,2 % erhalten und fällt nur zu 42,8 % weg. Ausgenommen von diesem zeitanteiligen Wegfall bleiben die Überentnahmen gemäß § 13 a Abs. 5 S. 1 Nr. 3 ErbStG.

*Beispiel:* Ein Sohn erhält von seinem Vater einen Betrieb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, dessen Wert 2 000 000 € beträgt. Der Betrieb hat ein Verwaltungsvermögen von 30 %. Nach sieben Jahren beträgt die Lohnsumme 520 % der Ausgangslohnsumme.

I. Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag	
Wert des Betriebs	2 000 000 €
abzgl. Verschonungsabschlag von 85 % gemäß § 13 a Abs. 1 i. V. m. 13 b Abs. 4 ErbStG	1 700 000 €
Verbleibender Betrag	300 000 €
Abzugsbetrag gemäß § 13 a Abs. 2 ErbStG: $300\,000\,€ - 150\,000\,€ = 150\,000\,€$ . $50\% \times 150\,000\,€ = 75\,000\,€$ . Der Abzugsbetrag beträgt somit $75\,000\,€ (150\,000\,€ - 75\,000\,€)$ .	225 000 €
II. Lohnsummenregelung	
$\frac{1\,700\,000\,€ \times 520\%}{650\%}$	1 360 000 €
III. Berechnung der Steuer	
Wert des Betriebs	2 000 000 €
Aufgrund Lohnsummenregelung reduzierter Verschonungsabschlag	1 360 000 €
Abzugsbetrag	75 000 €
Steuerpflichtiger Erwerb	565 000 €
abzgl. persönlicher Freibetrag	400 000 €
Steuerpflichtig	165 000 €
Steuersatz 11 %	18 150 €

Nach früherem Recht<sup>76</sup> löste die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft wie eine Veräußerung Nachsteuer aus, der umgekehrte Fall, d. h. die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, jedoch nicht. Dies wurde geändert, so dass nun beide Umwandlungsfälle unschädlich sind.

## 11. Verstoß gegen Behaltensfrist und Mindestlohnsumme

Ungeklärt ist die Konsequenz bei gleichzeitigem Verstoß gegen Behaltensfrist und Mindestlohnsumme. Bei einer

Veräußerung vor Ablauf der Behaltensfrist wird regelmäßig die Lohnsumme unterschritten sein<sup>77</sup>. Das spricht dafür, dass der zeitlich frühere Verstoß gegen die Behaltensfrist die Regelung zum Verstoß gegen die Mindestlohnsumme verdrängt<sup>78</sup>. Dies würde allerdings im Extremfall bedeuten, dass bei massiver Unterschreitung der Lohnsumme eine Veräußerung im siebten Jahr erfolgen könnte und der Verschonungsabschlag nur zu 1/7 wegfiel<sup>79</sup>. Daher sollten die Regelungen zum Verstoß gegen die Behaltensfrist und die Mindestlohnsumme parallel angewendet werden, und zwar, indem zunächst der Verschonungsabschlag zeitanteilig gekürzt wird und danach der gekürzte Verschonungsabschlag anteilig wegen Verstoßes gegen die Mindestlohnsumme gekürzt wird<sup>80</sup>. Um allerdings eine doppelte Berücksichtigung des Verstoßes zu vermeiden, sollte im Rahmen einer teleologischen Auslegung die Mindestlohnsumme ebenfalls zeitanteilig gekürzt werden und nur die Unterschreitung der so gekürzten Lohnsumme zusätzlich sanktioniert werden<sup>81</sup>.

## 12. Anzeigepflicht gegenüber dem Finanzamt

Nach § 13 a Abs. 6 ErbStG ist der Erwerber verpflichtet, dem Finanzamt das Unterschreiten der Lohnsummengrenze innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Ablauf der Lohnsummenfrist und im Falle des Verstoßes gegen die Behaltensfrist innerhalb von einem Monat anzuzeigen. Die Anzeige hat auch dann zu erfolgen, wenn der Vorgang zu keiner Besteuerung führt. Die Vorschrift ist den Regelungen in § 19 Abs. 3 und 5 GrEStG nachgebildet.

## 13. Optionsmodell

Der Erwerber kann nach § 13 a Abs. 8 ErbStG anstelle des oben beschriebenen Regelmodells ein weiteres Verschonungsmodell wählen, das zur vollständigen Befreiung von Erbschaftsteuer führt, d. h. an Stelle des Verschonungsabschlags von 85 % gilt ein Abschlag von 100 %. Nach diesem sog. Optionsmodell darf die Quote des Verwaltungsvermögens 10 % nicht übersteigen. Sowohl für die Lohnsummenregelung als auch für die allgemeine Behaltensfrist gilt ein Zeitraum von 10 Jahren. Die Lohnsumme muss am Ende der 10 Jahre noch 1 000 % der Ausgangslohnsumme betragen. Verstößt der Steuerpflichtige gegen diese Regelungen, verringert sich der Verschonungsabschlag um jährlich 10 %. Dieses Modell sah der ursprüngliche Regierungsentwurf vom 11. Dezember 2007 nicht vor, und es ist erst in letzter Minute in das Gesetz aufgenommen worden. Hat man sich allerdings für ein Modell entschieden, ist eine nachträgliche Änderung nicht mehr möglich, die Ausübung der Option zugunsten einer vollständigen Befreiung ist unwiderruflich (§ 13 a Abs. 8 ErbStG). Nicht zuletzt des-

75 Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, S. 12.

76 § 13 a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG a. F.

77 Lüdike/Fürwentsches, DB 2009, 12, 15.

78 Thonemann, DB 2008, 2616, 2618; Lüdike/Fürwentsches, DB 2009, 12, 15.

79 Thonemann, DB 2008, 2616, 2618; Lüdike/Fürwentsches, DB 2009, 12, 15.

80 Thonemann, DB 2008, 2616, 2618.

81 Lüdike/Fürwentsches, DB 2009, 12, 15.



wegen ist damit zu rechnen, dass von diesem Modell nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht wird<sup>82</sup>.

#### 14. Gestaltungsüberlegungen

Zukünftig wird es sich lohnen zu überprüfen, ob man die oben dargestellten Kriterien erfüllt. Ist der Erblasser nicht zu mehr als 25 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt, ist neben dem Abschluss einer Poolvereinbarung an eine disquotale Kapitalerhöhung, den Zukauf von Geschäftsanteilen oder an einen Formwechsel in eine Personengesellschaft zu denken, bei der die Beteiligungsquote für die Anwendung keine Rolle spielt. Ferner kommen Gestaltungen im Bereich der Lohnsummenregelung und des Verwaltungsvermögens in Betracht:

##### a) Lohnsummenregelung

Im Hinblick auf die vorgesehene Lohnsummenregelung sind Maßnahmen zu erwägen, die Ausgangslohnsumme zu verringern oder die laufende Lohnsumme nach einem Vermögensübergang zu erhöhen. Die Ausgangslohnsumme kann reduziert werden, indem anstelle von Neueinstellungen Leiharbeitnehmer oder freie Mitarbeiter eingesetzt werden, Mitarbeiter auf Konzerngesellschaften in Drittländern (außerhalb der EU und des EWR-Raums) verlagert werden oder die Unternehmerlöhne abgesenkt werden<sup>83</sup>. Umgekehrt kann nach der Übertragung das Lohnsummenniveau angehoben werden, indem Leiharbeitnehmer und freie Mitarbeiter Festanstellungen erhalten, Mitarbeiter aus Konzerngesellschaften in Drittländern in Gesellschaften im Inland oder EU- bzw. EWR-Raum einbezogen werden oder die Unternehmerlöhne angehoben werden<sup>84</sup>. Zudem kann noch kurz vor Ablauf der 7-Jahresfrist die laufende Lohnsumme durch Gewährung von Tantiemen und sonstigen Sondervergütungen erhöht werden. Bei kleinen Unternehmen kommt eine Reduzierung der maßgeblichen Mitarbeiterzahl auf bis zu 10 Personen in Betracht, so dass die Lohnsummenregelung von vornherein keine Anwendung findet<sup>85</sup>.

##### b) Verwaltungsvermögen

Bei Überschreiten der Grenze für Verwaltungsvermögen von 50 % besteht gleichfalls Handlungsbedarf. In Betracht kommt eine Minderung des Verwaltungsvermögens auf unter 50 %, z. B. durch teilweise Veräußerung von Verwaltungsvermögen oder die Konzentration des Verwaltungsvermögens in einer Schwester- bzw. Tochtergesellschaft, so dass die Begünstigungen nur für diese zweite Gesellschaft versagt werden<sup>86</sup>. Ist das in eine zweite Gesellschaft ausgegliederte Verwaltungsvermögen mit Schulden belastet, wird auch diese aufgrund des Abzugs der Verbindlichkeiten nur mit geringen Werten veranschlagt. Bei einer bereits bestehenden Unternehmensgruppe besteht die Möglichkeit, das Verwaltungsvermögen so innerhalb der Gruppe zu verteilen, dass man in den einzelnen Gesellschaften jeweils die 50 %-Grenze nicht erreicht<sup>87</sup>. Schließlich kann man den Ertragswert des Unternehmens bewusst hoch ansetzen, um die Relation zum Verwaltungsvermögen günstig zu beeinflussen und somit ein Überschreiten der Grenze für Verwaltungsvermögen zu verhindern<sup>88</sup>.

Für den Fall, dass im Unternehmen bisher nur weit unter der Grenze liegendes Verwaltungsvermögen vorhanden sein sollte, können die neuen Regelungen derart genutzt werden, dass dem Unternehmen Verwaltungsvermögen zugeführt wird (z. B. Grundstücke, Wertpapiere etc.), das dann ebenfalls in den Genuss der Begünstigungen kommt<sup>89</sup>. Diese Überlegungen sollten auch angestellt werden, wenn die Möglichkeit besteht, aufgrund geringen Verwaltungsvermögens vom Optionsmodell gemäß § 13 a Abs. 8 ErbStG Gebrauch zu machen. Bei erheblichem Privatvermögen, das auf diese Weise jedenfalls in den Genuss des Verschonungsabschlags in Höhe von 85 % käme, kann sich eine solche Einbringung in das Betriebsvermögen lohnen, wobei ertragsteuerliche Nachteile in diesem Zusammenhang nicht außer Betracht gelassen werden dürfen<sup>90</sup>. Eine steuerfreie Veräußerung von eingebrachten Grundstücken wäre beispielsweise auch nach Ablauf der Spekulationsfrist nicht möglich. Diese Gestaltung setzt allerdings voraus, dass das entsprechende eingebrachte Verwaltungsvermögen bei Übergabe bzw. Erbfall bereits zwei Jahre dem Unternehmen zuzurechnen ist (§ 13 b Abs. 2 S. 3 ErbStG). Kurzfristige Gestaltungen sind daher nicht möglich.

#### 15. Doppelbesteuerung mit Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer und Einkommensteuer

Da nach bisherigem Recht aufgrund der Bewertung zu Buchwerten regelmäßig stille Reserven nicht der Erbschaftsteuer unterlagen, führt die neue Bewertung mit Verkehrswerten dazu, dass diese nun auch im Rahmen der Erbschaftsteuer erfasst werden. Aufgrund der Gefahr einer Doppelbelastung der stillen Reserven im Betriebsvermögen mit Erbschaft- bzw. Schenkungssteuer auf der einen Seite und Einkommensteuer auf der anderen Seite ist nach neuer Rechtslage eine Ermäßigung der Einkommensteuer möglich, wenn bei der Ermittlung des Einkommens Einkünfte berücksichtigt werden, die im Veranlagungszeitraum bzw. den vier vorangegangenen Veranlagungszeiträumen der Erbschaftsteuer unterlegen haben (§ 35 b EStG)<sup>91</sup>. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Erbschaftsteuer nicht als Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abgezogen wird. Zu beachten ist ferner, dass diese Vorschrift nur für Erbfälle, nicht aber für Schenkungen zu Lebzeiten gilt.

#### D. Die Übertragung von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen

Die Regelung zur Neubewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens sieht ein typisierendes Verfahren vor, das sich am gemeinen Wert unter Berücksichtigung

82 Geck, ZEV 2008, 557, 563.

83 Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 14; Flick/Hannes, FAZ vom 6. 1. 2009, S. 20.

84 Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 14.

85 Hannes/Onderka/von Oertzen, ZEV 2008, 456, 458.

86 Vgl. Höne, BBEV 2009, 28, 39.

87 Flick/Hannes, FAZ vom 30. 12. 2008, S. 18.

88 Vernekohl, Erbfolgebesteuerung 2008, 175, 176.

89 Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 13.

90 Hölzerkopf/Bauer, BB 2009, 20, 23.

91 Diese Vorschrift stand bereits in derselben Fassung im Gesetz (§ 35 EStG a.F.) und wurde 1998 aus Vereinfachungsgründen aus dem Gesetz gestrichen.

sichtigung der Betriebsfortführung orientiert<sup>92</sup>. Abgestellt wird auf die betriebswirtschaftliche Ausrichtung und die Betriebsgröße. Vergleichsrechnungen ergeben, dass nach dem neuen Recht mit deutlich höheren Wertansätzen bei land- und forstwirtschaftlichem Vermögen zu rechnen ist, die teilweise ein Vielfaches der Werte nach früherem Recht darstellen<sup>93</sup>. Diese werden voraussichtlich aber immer noch spürbar unter den Verkehrswerten bleiben, so dass bereits verfassungsrechtliche Bedenken laut wurden<sup>94</sup>.

## I. Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens

Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens ergibt sich aus §§ 158–175 BewG. Abgesehen von der Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bestimmen sich der Umfang der wirtschaftlichen Einheit Betrieb der Land- und Forstwirtschaft und die Abgrenzung der Vermögensart nach den bisherigen Vorschriften. Auch die Untergliederung in Wirtschaftsteil, Betriebswohnungen und Wohnteil (§ 168 Abs. 1 BewG) bleibt nach dem neuen Recht erhalten.

### 1. Betriebswohnung und Wohnteil

Die Bewertung der Betriebswohnungen und des Wohnteils erfolgt nach den Vorschriften für die Bewertung von Wohngrundstücken (§§ 167 Abs. 1, 182–196 BewG). Für die Abgrenzung dieser ist höchstens das Fünffache der jeweils bebauten Fläche zu Grunde zu legen (§ 167 Abs. 2 BewG). Zur Berücksichtigung von Besonderheiten, die sich aufgrund der eingeschränkten Verkehrsfähigkeit von landwirtschaftlichen Wohngebäuden ergeben, ist der Wert des Wohnteils bzw. der Betriebswohnungen um 15 % zu ermäßigen (§ 167 Abs. 3 BewG). Dem Steuerpflichtigen steht auch bei Betriebswohnungen und Wohnteil ein Verkehrswertnachweis zu (§ 167 Abs. 4 BewG).

### 2. Wirtschaftsteil

Beim Wirtschaftsteil eines Betriebes der Land- und Forstwirtschaft wird nach folgenden land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen unterschieden:

- Landwirtschaftliche Nutzung,
- Forstwirtschaftliche Nutzung,
- Weinbauliche Nutzung,
- Gärtnerische Nutzung,
- die übrigen land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen (Sondernutzungen Hopfen, Spargel, Tabak und andere Sonderkulturen sowie die sonstigen Nutzungen, insbesondere Binnenfischerei, Teichwirtschaft, Fischzucht, Imkerei, Schäferei, Saatzucht, Pilzanbau, Produktion von Nützlingen, Weihnachtsbaumanbau).

Hinzu treten die Nebenbetriebe, das Abbau- und das Geringstland sowie das Unland.

Zunächst ist der bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig erzielbare Reingewinn, d. h. das ordentliche Ergebnis abzüglich eines angemessenen Lohnansatzes

für die Arbeitsleistung des Betriebsinhabers und der nicht entlohten Arbeitskräfte, zu ermitteln. Die im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft stehenden Verbindlichkeiten sind durch den Ansatz der Zinsaufwendungen abgegolten. Zugrunde zu legen ist der durchschnittliche Reingewinn der letzten fünf abgelaufenen Wirtschaftsjahre (§ 163 Abs. 1 und 2 BewG). Der Reingewinn der jeweiligen Nutzung wird mit Hilfe der dem BewG angehängten Anlagen ermittelt, die beispielsweise für die landwirtschaftliche Nutzung unterscheiden nach der Region (Bundesland, Regierungsbezirk), der maßgeblichen Nutzungsart (Ackerbau, Milchvieh etc.) und der Betriebsgröße nach der Europäischen Größeneinheit (Klein-, Mittel- und Großbetriebe). Der Reingewinn ist zu kapitalisieren. Der Kapitalisierungszinssatz beträgt 5,5 % und der Kapitalisierungsfaktor beträgt 18,6. Der kapitalisierte Reingewinn ist mit der jeweiligen Eigentumsfläche des Betriebs zu vervielfältigen (§ 163 Abs. 11 und 12 BewG)<sup>95</sup>.

### 3. Mindestwert

Da viele kleine und mittlere Betriebe zwar werthaltig sind, jedoch nur geringe oder sogar negative Reingewinne erwirtschaften<sup>96</sup>, hat der Gesetzgeber eine Mindestwertregelung geschaffen (§ 164 BewG). Diese sieht eine separate Bewertung von Grund und Boden und sonstigen Wirtschaftsgütern vor; es wird somit einzig an die Ertragsfähigkeit der Wirtschaftsgüter angeknüpft. Der Wert für Grund und Boden ergibt sich aus dem Pachtpreis pro Hektar, differenziert nach der Nutzung, dem Nutzungsteil und der Nutzungsart, vervielfältigt mit den Eigentumsflächen und wiederum kapitalisiert mit einem Zinssatz von 5,5 % (§ 164 Abs. 2 und 3 BewG). Der Wert für die übrigen Wirtschaftsgüter wird im Ertragswertverfahren unter Berücksichtigung eines Kapitalisierungszinssatzes von 5,5 % ermittelt (§ 164 Abs. 4 und 5 BewG).

### 4. Nachbewertungsvorbehalt

Wird ein Betrieb oder werden wesentliche Wirtschaftsgüter innerhalb von 15 Jahren nach dem Bewertungsstichtag veräußert, erfolgt die Bewertung der wirtschaftlichen Einheit abweichend von §§ 163 f. BewG nach dem in § 166 BewG normierten Liquidationswert (§ 162 Abs. 3 und 4 BewG). Dies gilt nicht, wenn der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten im Betrieb reinvestiert wird. Für die Liquidationskosten ist typisierend eine pauschale Minderung in Höhe von 10 % des Werts der Wirtschaftsgüter vorgeschrieben.

### 5. Öffnungsklausel

Auch beim land- und forstwirtschaftlichen Vermögen räumt der Gesetzgeber weiterhin im Wege der Öffnungsklausel die Möglichkeit eines Verkehrswertnachweises ein (§ 165 BewG). Weist der Steuerpflichtige nach,

<sup>92</sup> Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 40.

<sup>93</sup> Eisele, NWB 2008, 1207, 1209 ff.; vgl. auch Hutmacher, ZEV 2008, 22, 26.

<sup>94</sup> Viskorf, FR 2007, 624, 626 f.; Spiegelberger/Wartenburger, ErbStB 2009, 98, 101.

<sup>95</sup> Im Einzelnen siehe Eisele, NWB 2008, 895 ff.

<sup>96</sup> Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 43.

dass der Verkehrswert des Wirtschaftsteils niedriger ist als der Regelertragswert oder Mindestwert, so ist dieser Wert anzusetzen. Die Fälle des Verkehrswertnachweises dürften aber auch zukünftig eine geringe Rolle spielen<sup>97</sup>.

## II. Verschonungsregelungen beim land- und forstwirtschaftlichen Vermögen

Auch für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gelten die Vorschriften der §§ 13 a, 13 b ErbStG. Bei Einhaltung der jeweiligen Behaltensfrist und Lohnsummenfrist kann der Erwerber vom Verschonungsabschlag von 85 % bzw. 100 % profitieren. Da land- und forstwirtschaftliche Betriebe in der Regel von Generation zu Generation weitergegeben werden, wird die Behaltensfrist von 7 bzw. 10 Jahren regelmäßig kein Problem darstellen. Die Lohnsummenregelung wird in den meisten Fällen gar nicht erst zur Anwendung kommen, da diese eine Beschäftigtenzahl von mehr als 10 Personen voraussetzt. Die Begünstigung beschränkt sich auf den Wirtschaftsteil gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 1 BewG und die selbst bewirtschafteten Flächen gemäß § 159 BewG. Denn soweit es nur um die Erzielung von Pachteinnahmen und die Erhaltung des Grund und Bodens geht, liegt eine mit der Vermögensverwaltung vergleichbare Tätigkeit vor, die nach dem Gesetzeszweck nicht begünstigt sein soll<sup>98</sup>.

### E. Nießbrauch

§ 25 ErbStG a.F. sah ein Abzugsverbot für bestimmte wiederkehrende Leistungen vor, wenn bei Erwerben von Todes wegen der Ehegatte des Erblassers anspruchsberechtigt war und bei Schenkungen der Schenker und/oder dessen Ehegatte. Dieses Abzugsverbot galt bei wiederkehrenden Nutzungen (z. B. Nießbrauch, Wohnrecht) und bei Erwerben von Todes wegen zusätzlich auch bei Renten- oder Versorgungsleistungen. Künftig können aus diesen Tatbeständen resultierende Belastungen auch wertmindernd geltend gemacht werden, wenn der Schenker sich den Nießbrauch vorbehält bzw. der Nießbrauch dem Ehegatten des Schenkers zugute kommt. § 25 ErbStG a.F. wurde gestrichen, d. h. der Kapitalwert kann nun grundsätzlich vollständig abgezogen werden. Nach früherem Recht bestand nur die Möglichkeit der Stundung der auf die Nießbrauchslast geschuldeten Steuer bis zum Erlöschen des Nießbrauchs. Die gestundete Steuer konnte nach § 25 Abs. 1 S. 1 ErbStG a.F. alternativ mit ihrem Barwert abgelöst werden. Mit dem Abzugsverbot sollte ein überkompensatorischer Verrechnungseffekt vermieden werden, der sich bei einem uneingeschränkten Abzug des Kapitalwerts der Nutzungen von den ehemals niedrigeren Steuerwerten ergab.

Da die Möglichkeit des Abzugs des Kapitalwerts des Nießbrauchs – insbesondere für junge Schenker – zu einer nicht unerheblichen Steuerentlastung nach neuem Recht führen wird, ist damit zu rechnen, dass in Zukunft vermehrt Gegenstände unter Nießbrauchsvorbehalt auf die nächste Generation übertragen werden, dies gilt insbesondere auch für Übertragungen von Betriebsvermögen, zumal der einkommensteuerliche Vorteil der Übertragung zu Lebzeiten gegen Versorgungsleistungen

(Renten und dauernde Lasten) weggefallen ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG).

### I. Neuerungen

Der bisherigen Anlage 9 zu § 14 BewG a.F. lag die allgemeine Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland 1986/88 zugrunde. Seitdem hat die Lebenserwartung deutlich zugenommen, wie die vom Statistischen Bundesamt jährlich herausgegebenen Sterbetafeln belegen. Das führt dazu, dass sowohl Ansprüche als auch Lasten aus Nutzungen und Leistungen auf Lebenszeit bei einer Bewertung nach § 14 Abs. 1 BewG unangemessen niedrig bewertet werden<sup>99</sup>. Der neue § 14 BewG nimmt nun Bezug auf die jeweils aktuelle Sterbetafel des Statistischen Bundesamts. Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, die sich aus der jeweils aktuellen Sterbetafel ergebenden Vielfältiger für den Kapitalwert einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung nach Lebensalter und Geschlecht in einer Tabelle zu veröffentlichen. Dabei soll unverändert von einem Zinssatz von 5,5 % und dem Mittelwert zwischen dem Kapitalwert für jährlich vorschüssige und jährlich nachschüssige Zahlungsweise ausgegangen werden. Die ab dem 1. Januar 2009 anzuwendende Tabelle wurde mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 20. Januar 2009 als Anlage zu § 14 Abs. 1 BewG bekannt gegeben<sup>100</sup>.

Von der Reform nicht betroffen ist § 16 BewG, mit welcher der Jahreswert von Nutzungen auf den 18,6-Teil (5,37 %) des nach den Vorschriften des Bewertungsrechts ermittelten Steuerwerts begrenzt wird. Infolge der Anhebung der Steuerwerte durch ihre Ermittlung anhand der Verkehrswerte tritt nun aber eine Erhöhung dieser „Deckelung“ ein.

*Beispiel:* Ein 50-jähriger Vater überträgt seinem Sohn vermieteten Grundbesitz, der einen Verkehrswert von 2 000 000 €<sup>101</sup> hat, gegen Vorbehaltsnießbrauch. Die jährlichen Nettomieteinnahmen betragen 120 000 €.

Grundstückswert	2 000 000 €
abzüglich Kapitalwert des Nießbrauchsrechts	
Jahreswert	120 000 €
max. Jahreswert gem. § 16 BewG (5,37 % des Steuerwerts)	107 527 €
Kapitalisierungsfaktor bei 50jährigem	14,740
Kapitalwert des Nießbrauchs	1 584 946 €
abzüglich Freibetrag	400 000 €
steuerlicher Nettoerwerb	15 054 €
Steuersatz 7 %	1 054 €

Bei Anwendung der Begünstigungsregelungen gemäß §§ 13 a und 13 c ErbStG wird ein etwaiger Nießbrauch genauso wie im Zusammenhang mit den Vermögensgegenständen stehende Verbindlichkeiten nur anteilig

<sup>97</sup> Eisele, NWB 2008, 895, 907.

<sup>98</sup> Vgl. Wiegand, DStR 2008, 94, 99.

<sup>99</sup> Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 39.

<sup>100</sup> Abzurufen unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de).

<sup>101</sup> Bei vermieteten Wohnimmobilien ist ein 10 %iger Abschlag gemäß § 13 c Abs. 1 ErbStG zu berücksichtigen.



berücksichtigt (§ 10 Abs. 6 ErbStG). Wird die Verschonungsregelung nachträglich versagt, kann die Belastung in voller Höhe zum Abzug gebracht werden.

## II. Erlöschen der Belastung

Erlischt die Nutzungslast mit dem Tod des Berechtigten, führt dies weder nach altem noch nach neuem Recht zu einem weiteren Steuertatbestand<sup>102</sup>. Anders stellt sich dies beim Verzicht insbesondere bei Fällen des Nießbrauchs dar. Die sich nach altem Recht durch die Nichtabzugsfähigkeit der Nießbrauchlast nach § 25 Abs. 1 ErbStG a. F. und dem späteren Verzicht an sich ergebende Doppelbelastung beseitigte die Rechtsprechung nach früherem Recht durch einen Abzug des ursprünglich unberücksichtigt gebliebenen Kapitalwerts der Belastung vom Kapitalwert zum Zeitpunkt des Verzichts<sup>103</sup>. In aller Regel ergab sich durch einen späteren Verzicht keine weitere Steuerlast, da der Kapitalwert der Nutzungslast zum Zeitpunkt des Verzichts meist niedriger war als derjenige zum Zeitpunkt der Übertragung<sup>104</sup>. Zur Festsetzung einer Steuer kam es nur, wenn der aufgrund des gestiegenen Lebensalters des Schenkers geringere Faktor für die Kapitalisierung durch eine andere Entwicklung, wie z. B. dadurch, dass das Objekt deutlich höhere Erträge erbrachte, überkompensiert wurde<sup>105</sup>. Nach neuem Recht mit seinen höheren Steuerwerten ist es unter Berücksichtigung der Begrenzungsregelung des § 16 BewG und der Benutzung erhöhter Vervielfältiger auf Grundlage der nun jeweils anzuwendenden aktuellen Sterbetafeln allerdings nicht unwahrscheinlich, dass der Kapitalwert zum Zeitpunkt des Verzichts höher ist als zu dem der ursprünglichen Übertragung, so dass es zu einer Besteuerung kommen kann<sup>106</sup>. Der Kapitalwert des Nießbrauchs zur Zeit der Schenkung wird vom Kapitalwert des Nießbrauchs im Zeitpunkt des Verzichts abgezogen. Ergibt sich ein positiver Wert, so ist dieser Bemessungsgrundlage für eine weitere Besteuerung.

## F. Steuertarife

Die Steuersätze ergeben sich unverändert aus § 19 Abs. 1 ErbStG. Dieser stellt wie bisher auf drei Steuerklassen ab. Die anzuwendenden Tarifstufen wurden großzügig aufgerundet. Die Steuersätze in Steuerklasse I blieben unverändert, in den Steuerklassen II und III wurde ein einheitlicher Tarif mit nur zwei unterschiedlichen Steuersätzen (30 % bzw. 50 %) eingeführt.

Wert bis einschließlich €		Steuerklasse					
		I		II		III	
alt	neu	alt	neu	alt	neu	alt	neu
52 000	75 000	7 %	7 %	12 %	30 %	17 %	30 %
256 000	300 000	11 %	11 %	17 %	30 %	23 %	30 %
512 000	600 000	15 %	15 %	22 %	30 %	29 %	30 %
5 113 000	6 000 000	19 %	19 %	27 %	30 %	35 %	30 %
12 783 000	13 000 000	23 %	23 %	32 %	50 %	41 %	50 %
25 565 000	26 000 000	27 %	27 %	37 %	50 %	47 %	50 %
> 25 565 000	> 26 000 000	30 %	30 %	40 %	50 %	50 %	50 %

Die Steuersätze in den Steuerklassen II und III wurden teilweise kräftig angehoben. Da von dieser Erhöhung insbesondere Neffen und Nichten sowie Geschwister betroffen sind, die nun genauso behandelt werden wie völlig außenstehende Erwerber, wurde diese Änderung im Gesetzgebungsverfahren stark kritisiert. Im Gegenzug erfolgte eine Erhöhung der Freibeträge in den Steuerklassen II und III auf 20 000 €, was die Steuerbelastung in vielen Fällen trotzdem erheblich erhöhen wird. Aus den Begründungen der Gesetzesentwürfe geht nicht hervor, warum sowohl die Freibeträge als auch die Steuersätze in Steuerklasse II und III angeglichen wurden und eine Differenzierung zwischen den in Steuerklasse II und III genannten Personen nicht mehr erfolgt. Es kann angenommen werden, dass die Steuereinnahmen, die durch die in Steuerklasse I erhöhten Freibeträge entfallen, über die Erhöhung in den Steuerklassen II und III kompensiert werden sollen<sup>107</sup>.

*Beispiel:* Eine Tante überträgt eine Immobilie an ihre Nichte. Der steuerliche Bedarfswert nach altem Recht beträgt 250 000 € und der Verkehrswert 380 000 €.

Steuerbelastung nach altem Recht: 250 000 € (Bedarfswert) – 10 300 € (Freibetrag) = 239 700 €, Steuersatz 17 % ergibt eine Steuerbelastung von 40 749 €.

Steuerbelastung nach neuem Recht: 370 000 € (Verkehrswert) – 20 000 € (Freibetrag) = 350 000 €, Steuersatz 30 % ergibt eine Steuerbelastung von 105 000 €.

Da adoptierte Kinder nach Steuerklasse I einen Freibetrag von 400 000 € erhalten, ist anzunehmen, dass die Zahl der Adoptionen in den nächsten Jahren zunehmen werden<sup>108</sup>. Soll Betriebsvermögen oder land- und forstwirtschaftliches Vermögen oder eine mehr als 25 %ige Beteiligung an Kapitalgesellschaften übertragen werden, so profitiert der Erwerber gemäß § 19 a ErbStG auch ohne Adoption von der dort geregelten Steuerklassenprivilegierung.

## G. Freibeträge

### I. Persönliche Freibeträge

Um die aus der durch die am gemeinen Wert ausgerichteten Werte verbreiterten Bemessungsgrundlage resultierenden Mehrbelastungen weitgehend zu vermeiden, werden die persönlichen Freibeträge für das unmittelbare und engere familiäre Umfeld des Erblassers bzw. Schenkers deutlich angehoben<sup>109</sup>. Die Erhöhung der Freibeträge dient sowohl der vollständigen Freistellung kleinerer Erwerbe als auch der Steuervereinfachung.

102 Zimmermann, BBEV 2008, 56, 60.

103 BFH ZEV 2004, 211; die Finanzverwaltung hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen, H 85 Abs. 4 ErbStR.

104 Zimmermann, BBEV 2008, 56, 60; Moench, ZEV 2008, 227, 228.

105 Moench, ZEV 2008, 227, 228 m. w. N.

106 Zimmermann, BBEV 2008, 56, 60.

107 So rechnet der Gesetzgeber durch die Erhöhung der Steuersätze in den Steuerklassen II und III mit Mehreinnahmen von 610 Mio. € jährlich und durch die Erhöhung der persönlichen Freibeträge für Ehegatten, Kinder, Enkel mit einer Reduzierung der Steuereinnahmen von 800 Mio. € jährlich, Bericht des Finanzausschusses vom 26. 11. 2008, BT-Drs. 16/11107, Anlage S. 3.

108 Geck, ZEV 2008, 5, 6; Becker, ZEV 2009, 25, 26.

109 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 23.

Steuerklasse I in € (bisher)		Steuerklasse II in € (bisher)	Steuerklasse III in € (bisher)
Ehegatte	500 000 (307 000)	20 000 (10 300)	20 000 <sup>110</sup> (5 200)
Kinder	400 000 (205 000)		
Enkel	200 000 (51 200)		
Eltern <sup>111</sup>	100 000 (51 200)		

Erbschaften bzw. Schenkungen unter eingetragenen Lebenspartnern werden zwar weiterhin in die Steuerklasse III eingeordnet, sie erhalten jedoch nach neuem Recht wie Ehepartner einen Freibetrag in Höhe von 500 000 €, was den Anreiz für gleichgeschlechtliche Paare, eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, vermutlich erhöhen wird.

Bemerkenswert ist vor allem die Erhöhung des Freibetrages der Enkel von 51 200 € auf 200 000 €. Dies wird voraussichtlich vermehrt zu Zuwendungen direkt an die Enkel unter Auslassung der eigenen Kinder führen. In Betracht kommt eine solche Zuwendung vor allem bei drohender oder bereits eingetretener Insolvenz der Kinder. Um Freibeträge bestmöglich auszuschöpfen, kann es sich aber auch anbieten, das Vermögen auf die Kinder und die Enkel gemeinsam zu verteilen. Auch das schon nach früherem Recht bestehende Modell, unter Beachtung der 10-Jahresfrist Schenkungen vorzunehmen, ist durch die Erhöhung der Freibeträge wesentlich attraktiver geworden.

## II. Freibetrag für Hausrat und andere bewegliche Gegenstände

Der Freibetrag gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 b) ErbStG für andere bewegliche körperliche Gegenstände, die üblicherweise zur Ausstattung der gemeinschaftlichen Wohnung gehören, wurde zugunsten von Personen der Steuerklasse I von 10 300 € auf 12 000 € erhöht. Auf die gleiche Weise wurde der zusammengefasste Freibetrag für Hausrat einschließlich Wäsche und Kleidungsstücke sowie andere bewegliche körperliche Gegenstände beim Erwerb durch Personen der Steuerklassen II und III gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 c) erhöht. Der Freibetrag für Hausrat beim Erwerb durch Personen der Steuerklasse I ist unverändert bei 41 000 € geblieben.

## III. Pflegefreibetrag

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG wurde der Freibetrag zur Berücksichtigung von Pflegeleistungen, die gegenüber dem Erblasser unentgeltlich oder gegen zu geringes Entgelt erbracht wurden, von 5 200 € auf 20 000 € erhöht.

## H. Weitere Änderungen durch das Erbschaftsteuerreformgesetz

### I. Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln

Soweit der Steuerwert eines Gesellschaftsanteils im Todeszeitpunkt eines Gesellschafters Abfindungsansprüche Dritter übersteigt, stellt der durch den Tod eines Gesellschafters ausgelöste Übergang von Anteilen einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft auf die Gesellschafter oder auf die Gesellschaft eine Schenkung auf

den Todesfall dar (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG). Das gleiche gilt, wenn ein GmbH-Geschäftsanteil nach dem Tod eines Gesellschafters eingezogen wird und sich dadurch der Wert der Anteile der verbleibenden Gesellschafter erhöht. Erfolgt ein Ausscheiden unter Lebenden, fingiert die Parallelvorschrift § 7 Abs. 7 ErbStG eine steuerpflichtige Schenkung unter Lebenden, wenn der nach Erbschaftsteuergesetz relevante Anteilswert den Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters übersteigt. Bei Personengesellschaften betrifft dies vor allem den Anwachsungserwerb und den Übergang des Gesamthandseigentums in das Alleineigentum des übernehmenden Gesellschafters im Fall einer zweigliedrigen Personengesellschaft. Bei Kapitalgesellschaften sind vor allem Einziehungsklauseln von diesen Vorschriften betroffen.

Umgekehrt würde die nun eingeführte Bewertung nach dem gemeinen Wert zu unbilligen Ergebnissen führen, da der Erbe den gemeinen Wert der Beteiligung versteuern müsste, aber tatsächlich nur die unter dem gemeinen Wert liegende Abfindung erhalten würde. Daher regelt nun § 10 Abs. 10 ErbStG, dass nur der Abfindungsanspruch zum Vermögensanfall i. S. des § 10 Abs. 1 S. 2 ErbStG gehört. Dies gilt nur dann, wenn die Beteiligung bei Erwerb eingezogen wurde oder vom Erwerber unverzüglich nach dem Erwerb aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung auf Mitgesellschafter zu übertragen war.

Neben den nach wie vor verbreiteten Buchwertklauseln gibt es in Gesellschaftsverträgen zahlreiche Abfindungsklauseln, die Bezug nehmen auf das Bewertungsrecht, insbesondere solche die auf das Stuttgarter Verfahren verweisen, und solche, die lediglich den Steuerwert als Berechnungsgrundlage nutzen<sup>112</sup>. Die auf diese Weise ermittelten Werte liegen meist deutlich unter dem wirklichen Wert der Gesellschaftsbeteiligung, in der Regel ca. 60 % bis 80 % des Verkehrswerts<sup>113</sup>. Da nach dem früheren Bewertungsrecht das Vermögen der Gesellschaft für die Erbschaft- und Schenkungsteuer mit dem Steuerbilanzwert anzusetzen war, führten Abfindungsklauseln regelmäßig zu keinem Unterschied zwischen dem Abfindungsbetrag und dem Steuerwert der Gesellschaftsanteile, bei dem es sich um den Buchwert bzw. bei Kapitalgesellschaften dem sich aus dem Stuttgarter Verfahren ergebenden Wert handelte. Zu einer Besteuerung kam es daher früher allenfalls, wenn der Abfindungsbetrag sogar unter dem Buchwert bzw. Stuttgarter Verfahrenswert lag. Da nach dem neuen Bewertungsrecht der wirkliche Anteilswert zu ermitteln ist, wird in Zukunft eine nicht unerhebliche steuerpflichtige Differenz zwischen der Abfin-

<sup>110</sup> Eingetragene Lebenspartner 500 000 €.

<sup>111</sup> Nur im Erbfall, sonst Steuerklasse II.

<sup>112</sup> Abgesehen von den Buchwertklauseln können Klauseln dieser Art in Zukunft zu Auslegungsproblemen führen. Insbesondere beim Verweis auf den Steuerwert besteht die Gefahr, dass nicht mehr der eigentlich gewollte niedrige Erbschaftsteuerwert aus der Zeit der Vereinbarung der Klausel zugrunde gelegt wird, sondern der nun gültige Steuerwert. Auch ein Verweis auf das Stuttgarter Verfahren ist nicht empfehlenswert, da dieses im Erbschaftsteuerrecht in Zukunft keine Rolle mehr spielen wird. Zu empfehlen ist daher, einen üblichen wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsstandard oder den Verkehrswert zur Berechnungsgrundlage zu machen.

<sup>113</sup> Schwind/Schmidt, NWB 2009, 297; Casper/Altgen, DStR 2008, 2319, 2320.

dung und dem Steuerwert des Anteils entstehen. Dadurch werden die Normen ihr bisheriges Schattendasein beenden und zu nicht unerheblichen steuerlichen Belastungen der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter führen.

Teilweise wird daher empfohlen, die Abfindungshöhe in Gesellschaftsverträgen in Zukunft am Verkehrswert zu orientieren<sup>114</sup>. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Klauseln, die Abfindungen unter dem Verkehrswert gewähren, nach wie vor zu vielfältigen Vorteilen für die Gesellschaft führen, ohne die eine Existenz der Gesellschaft in vielen Fällen gefährdet wäre. So sichern sie den Bestand des Unternehmens, indem sie einen zu großen Liquiditätsabfluss vermeiden. Außerdem fördern sie die Loyalität der Gesellschafter zur Gesellschaft, da ein Ausscheiden aus der Gesellschaft mit finanziellen Verlusten verbunden ist<sup>115</sup>. Selbst eine im schlimmsten Fall bei 50 % liegende Erbschaftsteuer würde nicht zu einem vergleichbaren Liquiditätsabfluss wie eine Abfindung zum Verkehrswert führen, zumal die Erbschaftsteuer regelmäßig vom Gesellschafter und nicht von der Gesellschaft getragen wird. Daher wäre es verfehlt, allein aus steuerlichen Erwägungen nun grundsätzlich in Gesellschaftsverträgen Abfindungen in Höhe des Verkehrswerts vorzusehen.

Abzuwarten bleibt, ob die Finanzverwaltung die Anwendung der Begünstigungen der §§ 13 a, 13 b und 19 a ErbStG auf die Bereicherung der übrigen Gesellschafter billigt. Entsprechende Richtlinien der Finanzverwaltung zum neuen Erbschaftsteuergesetz liegen noch nicht vor. Da nicht der abgefundene Erbe, sondern die übrigen Gesellschafter tatsächlich die Unternehmensbeteiligung erhalten, wäre es folgerichtig, diesen auch die entsprechenden Begünstigungen zu gewähren, soweit die Wohlverhaltensregelungen über 7 bzw. 10 Jahre beachtet werden<sup>116</sup>.

Nach den Richtlinien der Finanzverwaltung zum alten Erbschaftsteuergesetz finden die alten Begünstigungen gemäß §§ 13 a, 19 a ErbStG a. F. bei Einziehungsklauseln keine Anwendung, da der Geschäftsanteil selbst weder auf die Gesellschaft noch auf die Gesellschafter übergeht (R 7 Abs. 3 S. 9 ErbStR). Im Gesellschaftsvertrag sollte daher neben der Einziehungsklausel als ultima ratio zusätzlich die Möglichkeit der Zwangsabtretung vorgesehen werden<sup>117</sup>. Denn soweit die Gesellschafter den Geschäftsanteil in Vollzug der Abtretungsverpflichtung erwerben, ist dieser Erwerb nach §§ 13 a, 19 a ErbStG begünstigt (R 7 Abs. 3 S. 5 ErbStR)<sup>118</sup>. Eine zusätzliche Zwangsabtretung neben der Möglichkeit der Einziehung ist schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen geboten, da die Einziehung von Geschäftsanteilen einer GmbH in der Praxis nicht selten an der ungeschriebenen Voraussetzung der vollständigen Einzahlung des Geschäftsanteils scheitert<sup>119</sup>.

## II. Lebensversicherungen

Das Wahlrecht bei noch nicht fälligen Lebensversicherungen gemäß § 12 Abs. 4 S. 1 BewG, an Stelle des Rückkaufswerts 2/3 der gezahlten Prämien anzusetzen, entfällt. Nach neuem Recht ist nur noch der Rückkaufswert maßgeblich, was zu einer Erhöhung der Steuerlast

führt, da spätestens nach einigen Beitragsjahren dieser in der Regel 2/3 der Prämienleistungen übersteigt.

## III. Änderungen aufgrund des LPartG

Die Vorschrift über die Zugewinnngemeinschaft (§ 5 ErbStG) wurde um Lebenspartner i. S. des LPartG ergänzt. Seit 1. Januar 2005 wird im LPartG auf das Güterrecht für Ehegatten verwiesen. Lebt ein Lebenspartner im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und wird dieser Güterstand beendet, soll der Zugewinnausgleich genauso wie unter Ehegatten steuerfrei bleiben. Auch die Änderungen in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG und § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG soll eine Gleichstellung wie bei Ehegatten gewährleisten. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG bleibt unter Lebenspartnern der Erwerb von Hausrat und anderen beweglichen körperlichen Gegenständen, die üblicherweise zur Ausstattung der gemeinschaftlichen Wohnung gehören, im selben Umfang steuerfrei, wie dies unter Ehegatten der Fall ist<sup>120</sup>. Ferner erhält der überlebende Lebenspartner wie der Ehegatte gemäß § 17 Abs. 1 ErbStG nach neuem Recht den Versorgungsfreibetrag in Höhe von 256 000 €, und in den Regelungen zur Gütergemeinschaft, §§ 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG, wurden Lebenspartner Ehegatten gleichgestellt.

## IV. Abzug von Nachlassverbindlichkeiten

Da die neuen Bewertungsverfahren teilweise den Abzug der vom Erblasser herrührenden Schulden bereits bei der Bewertung berücksichtigen, wurde § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG angepasst. Ferner wurde § 10 Abs. 6 S. 4 und 5 ErbStG angepasst. Diese Vorschriften regeln die Abzugsfähigkeit von Schulden und Lasten, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerbefreitem Vermögen i. S. der §§ 13 a und 13 c ErbStG stehen. Schulden und Lasten sind nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem steuerpflichtig verbleibenden Teil des genannten Vermögens entspricht. Im Fall eines 85 %igen Betriebsvermögensabschlags finden daher auch die Schulden nur zu 15 % Berücksichtigung. Fällt die Begünstigung aufgrund eines Verstoßes rückwirkend weg und wird eine Nachsteuer erhoben, finden die bis dahin nicht abgezogenen Schulden dann Berücksichtigung. § 10 Abs. 6 S. 6 ErbStG verhindert, dass Nutzungsrechte an Grundbesitz, die bereits bei der Bewertung berücksichtigt wurden, bei der Ermittlung der Erbschaftsteuer zusätzlich noch abgezogen werden können.

114 Götzenberger, BB 2009, 131, 132.

115 Casper/Altgen, DStR 2008, 2319 m. w. N.

116 Lüdike/Fürwentsches, DB 2009, 12, 15; Thonemann, DB 2008, 2616, 2620; Crezelius, ZEV 2009, 1, 5.

117 Schwind/Schmidt, NWB 2009, 297, 301.

118 Noch weitergehend wird empfohlen, neben der Zwangsabtretung in Gesellschaftsverträgen eine freiwillig ausgehandelte Abtretung vorzusehen, da in diesen Fällen eine Besteuerung gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2, § 7 Abs. 7 ErbStG nicht in Betracht kommt. Bei Vorliegen eines Bereicherungswillens (subjektiver Tatbestand) kann allerdings die Vorschrift der freigiebigen Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zur Anwendung kommen, vgl. Hübner, Erbschaftsteuerreform 2009, S. 402 f.

119 Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich, 18. Aufl. 2006, § 34 GmbHG, Rn. 11.

120 Hausrat bis zu einem Wert von 41 000 € und andere bewegliche körperliche Gegenstände bis zu einem Wert von 12 000 €.



## V. Steuerfreier Zugewinn

Auch wenn die Regelung zur Zugewinnsgemeinschaft gemäß § 5 ErbStG durch die Reform grundsätzlich unverändert blieb, führt die Neuregelung der Bewertung zu erheblichen Steuererleichterungen für Ehegatten, die im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben. Wird der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft oder die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet, bleibt die fiktive Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei, wenn der überlebende Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer wird (§ 5 Abs. 1 S. 1 ErbStG). Es handelt sich dabei um eine Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1378 Abs. 1 BGB, die nur für Zwecke der Erbschaftsteuer ermittelt wird. Die Vorschrift enthält allerdings eine Begrenzungsregelung, die besagt, dass höchstens der dem steuerlichen Wert des Nachlasses entsprechende Betrag der Zugewinnausgleichsforderung von der Bemessungsgrundlage abgezogen wird (§ 5 Abs. 1 S. 5 ErbStG). Betrug beispielsweise nach altem Recht der Steuerwert des Vermögens 1 Mio. €, der Verkehrswert aber 3 Mio. €, und beträgt die Zugewinnausgleichsforderung 1,5 Mio. €, so wäre diese im selben Verhältnis (1:3) zu kürzen, so dass nur 500 000 € als fiktive Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei blieben. Da nach neuem Recht nun der Steuerwert annähernd dem Verkehrswert entspricht, kämen im obigen Beispiel die gesamten 1,5 Mio. € zum Abzug. Dies wirkt sich in den Fällen positiv aus, in denen nach neuem Recht steuerlich privilegiertes Vermögen übertragen wird, da das Gesetz wie bisher ausdrücklich auf den Steuerwert, der dem Verkehrswert entspricht, und nicht auf den steuerlichen Ansatz der Verschonung abstellt<sup>121</sup>. Der Abzug der nun deutlich erhöhten fiktiven Zugewinnausgleichsforderung erfolgt also erst nach Berücksichtigung der Verschonungen (z. B. 85 % Verschonungsabschlag bei betrieblichem Vermögen), so dass auch sehr hohe Erbschaften an den Ehegatten vererbt werden können, ohne dass eine Erbschaftsteuer zu zahlen ist<sup>122</sup>.

## VI. Haftung des Schenkers für Nachversteuerung

Anders als im Erbfall, bei dem die Erbschaftsteuer allein den Erben oder Vermächtnisnehmer trifft, besteht im Schenkungsfall für den Schenker die Gefahr, dass er im Nachversteuerungsfall neben dem Beschenkten für eine etwaige Steuer haftet (§ 20 Abs. 1 ErbStG). Bestand dieses Problem schon nach früherem Recht, so verschärft es sich nach dem neuen Recht aufgrund der neuen Behaltensfristen noch<sup>123</sup>. Schenkt ein Vater beispielsweise seinem Sohn sein Unternehmen oder steuerlich begünstigte Unternehmensteile und geht das Unternehmen einige Jahre später innerhalb der Behaltensfrist in die Insolvenz, so löst dies eine Nachversteuerungspflicht aus, die auch den Schenker trifft. Ist auch der Sohn insolvent, ist die gesamte anfallende Steuer vom Schenker zu tragen. Verhindern kann man dies durch Vereinbarung von Rückforderungsklauseln im Übertragungsvertrag, die üblicherweise auch Vorsorge treffen für den Fall der Insolvenz des Beschenkten. Je länger der Übertragungsfall jedoch zurückliegt, umso schwieriger wird praktisch die Rückabwicklung<sup>124</sup>. Voraussichtlich werden die neuen

Erbschaftsteuerrichtlinien eine Inanspruchnahme des Schenkers in solchen Fällen verbieten.

## VII. Bewertung ausländischen Vermögens

Mit dem neuen Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht trägt der Gesetzgeber bereits der Durchdringung des Erbschaftsteuerrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht Rechnung. Die Verschonungsregelungen bei Betriebsvermögen, qualifizierten Anteilen an Kapitalgesellschaften, land- und forstwirtschaftlichen Vermögen und vermieteten Wohnimmobilien gelten nicht mehr nur bei entsprechendem inländischem Vermögen. Die jeweiligen Begünstigungen gelten nun auch für Vermögen, das sich in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums befindet<sup>125</sup>. Da das neue Bewertungsgesetz nun sämtliche Vermögensarten mit dem gemeinen Wert ansetzt, genauso wie bereits bisher ausländisches Vermögen gemäß § 31 BewG mit dem gemeinen Wert bewertet wurde, und folglich keine wertmäßige Ungleichbehandlung bei in- und ausländischem Vermögen mehr besteht, dürfte ein Verstoß gegen EU-Recht nicht mehr vorliegen<sup>126</sup>. Wegen der einheitlichen Ausrichtung des erbschaftsteuerlichen Bewertungsrechts am gemeinen Wert dürfte der Fortbestand des § 31 BewG entbehrlich sein<sup>127</sup>.

## VIII. Befristetes Wahlrecht

Für Erbfälle nach dem 31. Dezember 2006 und vor Inkrafttreten der Reform besteht ein bis zum 1. Juli 2009 befristetes Wahlrecht zur Anwendung des neuen Rechts (Art. 3 Abs. 2 ErbStRG). Davon ausgenommen ist die Anwendung der neuen Freibeträge gemäß § 16 ErbStG.

### I. Ergänzende Gestaltungshinweise

Neben den bereits angesprochenen neuen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Lohnsummenregelung und beim Verwaltungsvermögen sind viele Gestaltungen auch nach der Reform der Erbschaftsteuer noch möglich.

### I. „Güterstandsschaukel“

Nichts geändert hat sich an der Möglichkeit, über die sog. Güterstandsschaukel, d. h. den Wechsel aus der Zugewinnsgemeinschaft in den Güterstand der Gütertrennung und zurück, Vermögen erbschaftsteuerfrei auf den Ehepartner zu übertragen. Durch die Beendigung des Güterstands der (modifizierten) Zugewinnsgemeinschaft durch Ehevertrag wird ein Zugewinnausgleichsanspruch

121 Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 15.

122 Schlünder/Geißler, NWB 2008, 1540; Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 15.

123 Vgl. Piltz, DStR 2008, 2237, 2241.

124 Piltz, DStR 2008, 2237, 2241.

125 Siehe dazu auch im jeweiligen Kapitel.

126 Der EuGH hatte in der Bewertung von in anderen EU-Staaten belegtem land- und forstwirtschaftlichem Vermögen mit dem gemeinen Wert nach § 31 BewG gegenüber der Bewertung von entsprechendem inländischem Vermögen eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs gemäß Art. 73 b Abs. 1 EG-Vertrag gesehen, EuGH EuZW 2008, 212.

127 Eisele, NWB 2008, 1869, 1875.

ausgelöst, der nach der Rechtsprechung des BFH<sup>128</sup> keinen schenkungsteuerlichen Erwerb (§ 5 Abs. 2 ErbStG) darstellt. Ist eine modifizierte Zugewinnsgemeinschaft vereinbart, so muss die Formulierung im Ehevertrag so erweitert sein, dass auch der Zugewinnausgleich auch für den Fall des Güterstandswechsels bei fortbestehender Ehe erhalten bleibt, d.h. der Zugewinnausgleich darf nicht nur für den Todesfall, sondern muss auch für den Güterstandswechsel außerhalb einer Scheidungsvereinbarung vereinbart sein<sup>129</sup>.

## II. Schenkungen „über Eck“

Ist ein Ehegatte deutlich vermögender als der andere, ist es steuerlich weiterhin sinnvoll, das Vermögen teilweise auf den anderen Ehegatten zu übertragen, der dieses dann auf die Kinder überträgt bzw. bis zu seinem Tode behält. Auf diese Weise können die jeweiligen Freibeträge der Kinder gegenüber beiden Elternteilen genutzt werden. Dies setzt allerdings voraus, dass der Zwischenbeschenkte rechtlich und tatsächlich frei über die geschenkten Gegenstände verfügen kann<sup>130</sup>. Die zweite Schenkung sollte unter Einhaltung einer gewissen Schamfrist vorgenommen werden<sup>131</sup>.

## III. Mittelbare Grundstücksschenkungen

Da Grundstücke nun nach dem gemeinen Wert bewertet werden, sind mittelbare Grundstücksschenkungen, d.h. Geldschenkungen für den Erwerb von vermieteten Wohnimmobilien, nun in der Regel uninteressant, allein bei Grundstücken i. S. des § 13 c ErbStG lohnt sich noch eine mittelbare Grundstücksschenkung, jedoch beträgt der Bewertungsvorteil hier nur 10 %. Weiterhin vorteilhaft kann auch die mittelbare Anteilsschenkung bei begünstigtem Betriebsvermögen i. S. des § 13 b Abs. 1 ErbStG sein.

## IV. Gewerblich geprägte Personengesellschaft

Um Erbschafts- bzw. Schenkungsteuer zu sparen, war es bei höheren Vermögen bisher ein gängiges Gestaltungsinstrument, Privatvermögen (Wertpapiere, Grundbesitz etc.) in gewerblich geprägte Personengesellschaften, regelmäßig in Rechtsform einer GmbH & Co. KG, einzubringen und diese bzw. Anteile an diesen anschließend zu übertragen, um auf diese Weise den Freibetrag sowie den Bewertungsabschlag gemäß § 13 a ErbStG a.F. nutzen zu können<sup>132</sup>. Diese überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften sollen nun von den Verschonungen ausgenommen sein, da sie weder Arbeitsplätze in großer Zahl geschaffen haben noch zusätzliche volkswirtschaftliche Leistungen bewirkt haben<sup>133</sup>. Das neue Recht sieht eine Begünstigung nur noch dann vor, wenn die Verwaltungsvermögensquote nicht mehr als 50 % beträgt, so dass diese Gestaltungsmöglichkeit stark eingeschränkt ist.

## V. Übertragung des Vermögens in mehreren Schritten

Übersteigt das zu übertragende Vermögen der Eltern die jeweiligen Freibeträge der Kinder, so besteht auch nach der Reform weiterhin die Möglichkeit, dass von den El-

tern zu Lebzeiten Vermögen in mehreren Schenkungen in Höhe des jeweiligen Freibetrages übertragen werden. Auch weiterhin soll die Zehnjahresfrist (§ 14 Abs. 1 ErbStG) Gültigkeit behalten, nach deren Ablauf der Freibetrag erneut in voller Höhe in Anspruch genommen werden kann. Durch die Erhöhung des Freibetrages wird die Ausnutzung des Freibetrages alle zehn Jahre sicherlich noch zunehmen.

## J. Zusammenfassende Bewertung

Profitieren werden von dieser Reform vor allem die nahen Verwandten. Durch die Anhebung der Freibeträge wird für einen Großteil der Bevölkerung die Erbschaftsteuer keine Rolle mehr spielen. Da eine Einigung im Gesetzgebungsverfahren erst in letzter Minute zustande gekommen ist, bleiben viele Einzelfragen bis zum Erlass von neuen Erbschaftsteuerrichtlinien und Verwaltungsanweisungen noch ungeklärt. Zudem wirft das neue Recht zahlreiche Fragen verfassungsrechtlicher Art auf<sup>134</sup>, so dass eine erneute Überprüfung durch das BVerfG sehr wahrscheinlich erscheint. Es bleibt abzuwarten, ob die Änderungen im Bewertungsgesetz tatsächlich zu einer den Vorgaben des BVerfG entsprechenden Bewertung nach dem gemeinen Wert führen oder ob nicht durch die alternativen Bewertungsmethoden erneut eine ähnlich hohe Streuung der Steuerwerte im Verhältnis zu den tatsächlichen Verkehrswerten entsteht, wie es nach dem bisherigen Recht der Fall war.

Sowohl bei der Übergabe von Immobilienvermögen als auch bei der Übergabe von Unternehmensvermögen ist zu erwarten, dass sich der Steuerpflichtige auf alternative Bewertungsverfahren berufen wird, um sicher zu gehen, dass die im Gesetz vorgesehenen Verfahren nicht zu überhöhten Ergebnissen führen. Daher wird sich die Zahl der Bewertungsgutachten in Zukunft erheblich erhöhen, so dass die Neuerungen im Erbschaftsteuerrecht insgesamt mit einem erheblich höheren Verwaltungs- und Kostenaufwand verbunden sein werden.

128 BFH RNotZ 2005, 623, zur umgekehrten „Güterstandsschaukel“ vgl. DNotI-Report 2007, 149 ff.

129 Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 2007, Rn 437 ff.

130 BFH NJW 2005, 2176.

131 Schulz/Althof, BBEV 2009, 9, 12.

132 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 35; vgl. Schulz/Althof, BBEV 2009, 9.

133 Begründung RegE, BT-Drs. 16/7918, S. 35.

134 Angenommen wird ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, die Eigentümerfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG und die Unternehmerfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG durch die nur bei Einhaltung der Haltefristen von sieben bzw. zehn Jahren und der Festschreibung auf eine Mindestlohnsomme gewährte Steuerentlastung. Bei notwendigen Restrukturierungen innerhalb der Haltefristen sei der Unternehmer doppelt belastet, nämlich mit den Kosten für die Restrukturierung und den dann möglicherweise fällig werdenden Steuern. Außerdem wird in der zehnjährigen Haltefrist bei Wohnimmobilien und der daraus folgenden Einschränkung der Mobilität der Erben ein Verstoß gegen die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes gesehen (Kirchhof und Lang, Nachrichten beck-online, becklink 270881).

# Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften und GmbHs – Aktuelle Entwicklungen und Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform

(von Notarassessor Dr. Mario Leitzen, M.Jur. (Oxford), Würzburg)

## A. Einleitung

Die Reform des Erbschaftsteuerrechts stellt den Kautelarjuristen nicht nur bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen und Übertragungsverträgen vor neue Herausforderungen, sondern auch bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen. Die neuen Vorschriften zur Bewertung von Betriebsvermögen geben Anlass zur Überprüfung gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln. Vor der Erörterung der Auswirkungen des ErbStRefG auf die Formulierung von Abfindungsklauseln (unten C.) soll der aktuelle Stand von Rechtsprechung und Literatur zu Abfindungsklauseln im Personengesellschafts- und GmbH-Recht zusammengefasst dargestellt werden (nachfolgend B.). Auch wenn sich das Ausscheiden aus einer Personengesellschaft und das Ausscheiden aus einer Kapitalgesellschaft konstruktiv teilweise voneinander unterscheiden, gelten für die Bemessung der Abfindung und die Zulässigkeit vertraglicher Modifikationen doch im wesentlichen die gleichen Regeln.

## B. Abfindungsklauseln im Gesellschaftsrecht

### I. Generalia

Die Grundpfeiler der Rechtsprechung zur Abfindung ausgeschiedener Gesellschafter stehen seit langem unverändert fest und beanspruchen im Grundsatz für sämtliche Personen- und Kapitalgesellschaften Geltung.<sup>1</sup> Im Zentrum steht der gesetzliche Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters bzw. seiner Erben, von der Gesellschaft – und im Falle akzessorischer Gesellschafterhaftung auch von den Gesellschaftern<sup>2</sup> – denjenigen Geldbetrag beanspruchen zu können, der dem Verkehrswert der Beteiligung entspricht (vgl. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>3</sup> Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag ein Wahlrecht der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter statuiert, die Übertragung des Anteils verlangen zu können (sog. indirekte Methode; „Abtretungsklausel“).<sup>4</sup> Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Anspruchs ist die Beteiligungsquote; bei Personengesellschaften ist hierfür auf das feste Kapitalkonto abzustellen, was die Möglichkeit eröffnet, den Abfindungsanspruch mittelbar durch die Beteiligungshöhe zu steuern.<sup>5</sup> Nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft kann auch das unwirksame, aber vollzogene Ausscheiden eines Gesellschafters einen Abfindungsanspruch zur Folge haben.<sup>6</sup>

Der gesetzliche Abfindungsanspruch ist aber soweit dispositiv, wie die Satzungsautonomie in der jeweiligen Rechtsform reicht. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Abfindungsklauseln steht dabei außer Streit.<sup>7</sup> Auch hier bestehen zwischen Personengesellschaften und GmbHs keine grundlegenden Unterschiede. Insbesondere gilt das Leitbild des § 738 Abs. 1 S. 2 BGB (analog), und es gelten die Schranken der §§ 138, 242, 723 Abs. 3 BGB. Ähnlich wie bei der Kontrolle von Eheverträgen unterscheidet die

Rechtsprechung heute zwischen der auf den Abschlusszeitpunkt bezogenen Wirksamkeitskontrolle mit der Folge der Anwendung des dispositiven Rechts im Falle der Nichtigkeit<sup>8</sup> und der auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Abfindungsbeschränkung bezogenen Ausübungskontrolle (Zumutbarkeitsprüfung) mit der sehr viel flexibleren Rechtsfolge einer ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>9</sup> Prüfungsmaßstab ist stets, ob die Abfindungsregelung den Interessen des ausscheidenden Gesellschafters ausreichend Rechnung trägt bzw. sein Kündigungsrecht in angemessener Weise einschränkt. Der vollständige Abfindungsausschluss ist grundsätzlich sittenwidrig.<sup>10</sup> Eine von der Rechtsordnung – sei es nach § 138 BGB, sei es nach § 242 BGB – nicht zu billigende Missachtung des Gesellschafterinteresses liegt regelmäßig dann vor, wenn der „wahre“ Wert des Anteils den Abfindungsbetrag erheblich übersteigt („grobes Missverhältnis“) und die mit der Klausel verbundene Beschränkung außer Verhältnis zu einer im Interesse der Gesellschaft notwendigen Beschränkung des Mittelabflusses steht.<sup>11</sup>

## II. Einzelheiten zur Bewertung

### 1. Verkehrswert

Ausgangspunkt und Maßstab der Wirksamkeitsprüfung von Abfindungsklauseln ist der volle wirtschaftliche Wert (Verkehrswert) des betreffenden Anteils. Dieser kann

1 Vgl. Großfeld, *Recht der Unternehmensbewertung*, 5. Aufl. 2009, Rn. 36 ff.; Ulmer, FS Quack, 1991, 477, 485 f.

2 Vgl. BGH, DStR 2003, 1356, str.

3 BGHZ 17, 130, 136 (OHG); 116, 359 (GmbH).

4 Dies ist vor allem im GmbH-Recht von Bedeutung, wo eine Einziehung (wg. der Erfordernisse der Vollerzahlung und der Abfindungszahlung aus freien Rücklagen) nicht immer möglich ist, s. Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, *Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis*, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 217 ff.; BGHZ 144, 365, 369 f.; jüngst BGH, NZG 2009, 221.

5 Vgl. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2001, § 50 IV, 2 c), S. 1488.

6 BGH, DStR 2003, 1356.

7 BGHZ 65, 22, 27; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 50 IV, 2 c), S. 1484.

8 BGHZ 164, 98; die h. M. lehnt auch bei Vereinbarung einer salvatorischen Klausel eine Abfindung unter dem Verkehrswert ab: Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, *GmbHG*, 2006, § 34 Rn. 110; a. A. Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 279; relevant ist die Frage auch bei unzulässigen Stundungsabreden.

9 MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 738 Rn. 45 ff., 74 f.; aus der Rspr. etwa OLG München, NZG 2004, 1055 (Buchwertklausel mit Zuschlag, Korrektur nach § 242 BGB durch Zuerkennung von 50 % des Verkehrswertes); in der Literatur wird diskutiert, ob durch ausdrückliche gesellschaftsvertragliche „Klarstellung“ eine ergänzende Auslegung abbedungen werden kann, s. Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *HGB*, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 135; die Rechtsprechung hat sich zu der – im Grundsatz zu verneinenden – Frage bislang nicht geäußert.

10 MünchKommHGB/K.Schmidt, 2. Aufl. 2006, § 131 Rn. 166; Baumbach/Hueck/Fastrich, *GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 34 Rn. 34.

11 BGHZ 116, 359, 376; ab wann ein solches Missverhältnis vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls: 17 % unter dem wahren Wert genügen im Regelfall nicht, OLG Naumburg, NZG 2000, 698, während 63 % unter dem wahren Wert eine Anpassung gebieten, BGHZ 123, 281, ebenso bei ca. 66 % OLG München, NZG 2004, 1055; als „Orientierungsgröße“ werden überwiegend 50 % genannt (Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O. (Fn. 9), § 131 Rn. 133).



nicht ohne Ermittlung des Werts der gesamten Gesellschaft bestimmt werden. Sieht man einmal von den Ausnahmefällen ab, in denen der Unternehmenswert auf den Liquidationswert beschränkt ist, ist jede Unternehmensbewertung durch ein stark prognostisches Element geprägt und dementsprechend ihrer Natur nach ungenau. Betriebswirtschaftliche Überlegungen sind in aller Regel unerlässlich, und einen Konsens über die richtige Bewertungsmethode gibt es nicht. Die Entscheidung, nach welcher betriebswirtschaftlichen Methode die Höhe des Unternehmenswertes zu ermitteln ist, ist im Zivilrechtsstreit dem Tatrichter vorbehalten.<sup>12</sup> Die forensische Praxis greift üblicherweise auf Gutachten von Sachverständigen zurück, die wiederum mehrheitlich die IDW-Standards zur Unternehmensbewertung anwenden.<sup>13</sup> Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW), ein privater Verein, veröffentlicht in größeren zeitlichen Abständen Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen, die sog. IDW S 1, zuletzt die IDW S 1 2008.<sup>14</sup> Die an die IDW S 1 2005 und 2008 anknüpfenden Bewertungsgrundsätze führen in der Tendenz zu niedrigeren Unternehmenswerten als zuvor.<sup>15</sup> Rechtliche Bindungswirkung entfalten die IDW S 1 grundsätzlich nicht; den Parteien bleibt es aber vorbehalten, ihnen kraft Verweisung auf die jeweils gültigen IDW S 1 im Verhältnis der Beteiligten untereinander Verbindlichkeit beizulegen; bei Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ist eine Beurkundung des Texts der IDW S 1 ähnlich wie im Fall der Bezugnahme auf die VOB entbehrlich.

## 2. Ertragswertfahren und DCF-Verfahren

Die im Grundsatz unangefochtene, auch den IDW S 1 zugrunde liegende Bewertungsmethode ist das Ertragswertverfahren.<sup>16</sup> Hierbei wird der Unternehmenswert als die auf den Stichtag bewertete Summe der zukünftigen Erträge begriffen. In der Betriebswirtschaft sehr verbreitet und dementsprechend auch in den IDW S 1 als gleichwertig berücksichtigt<sup>17</sup> ist das Ertragswertverfahren in seiner Variante als DCF(discounted cash flow)-Verfahren. Die DCF-Methode zielt im Gegensatz zur reinen Ertragswertmethode verstärkt auf die Liquidität des Unternehmens und blendet Abschreibungen und Fremdkapitalkosten aus; sie wird generell als weniger anfällig gegen eine bestimmte Bilanzpolitik als die reine Ertragswertmethode angesehen.<sup>18</sup> Innerhalb des DCF-Verfahrens gibt es wiederum verschiedene Ansätze, unter denen der sog. WACC-Ansatz dominiert, bei dem der Marktwert des eingesetzten Eigenkapitals ermittelt wird. Daneben gibt es insbesondere den sog. APV-Ansatz und den Equity-Ansatz.<sup>19</sup> In der forensischen Bewertungspraxis dominiert jedoch noch die reine Ertragswertmethode.<sup>20</sup> Auch die gängigen Muster für Ertragswertklauseln in Gesellschaftsverträgen legen die herkömmliche Ertragswertmethode zugrunde.<sup>21</sup> In der M&A-Praxis dominiert weder das eine noch das andere, vielmehr sind hier Multiplikator-Verfahren vorherrschend.<sup>22</sup>

## III. Der aktuelle Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur<sup>23</sup>

Auch wenn die Grundsätze feststehen, kann im Einzelfall die Beurteilung der Wirksamkeit einer Abfindungsklausel schwierig sein. Denn maßgeblich für die Prüfung

anhand der §§ 138, 242 BGB sind die Umstände des Einzelfalls.<sup>24</sup> Im Folgenden sollen einige praxisrelevante Problemfelder herausgegriffen werden:

### 1. Differenzierung der Abfindungshöhe nach Ausschlussstatbeständen

Nicht unproblematisch sind Klauseln, die für unterschiedliche Ausscheidens- bzw. Einziehungsgründe unterschiedliche Abfindungswerte bestimmen. Geklärt ist die Unzulässigkeit einseitig gläubigerbenachteiligender Klauseln, die (nur!) für den Fall der Pfändung und/oder Insolvenz einen geringeren Abfindungsanspruch vorsehen als für die übrigen Fälle.<sup>25</sup> Die Aussage des BGH, dass bei der Abwägung der Angemessenheit auch der Anlass des Ausscheidens in die Prüfung einzubeziehen ist und demjenigen Gesellschafter, der wegen eines in seiner Person liegenden Grundes aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden ist, „u. U.“ das Festhalten an einer sich für ihn ungünstig auswirkenden Klausel in weiterem Umfang zugemutet werden könne als etwa einem Gesellschafter, der sich wegen eines von den anderen Gesellschaftern veranlassten wichtigen Grundes zum Ausscheiden veranlasst sieht<sup>26</sup>, spricht für die Zulässigkeit einer klauselmäßigen Differenzierung zwischen der Ausschließung aus einem in der Gesellschaftersphäre liegenden (wichtigen) Grund (v. a. Pflichtverletzung, aber auch Pfändung/Insolvenz) einerseits und anderen Fällen des Ausscheidens andererseits. Allerdings hatte der BGH, soweit ersichtlich, noch keine Gelegenheit, zu einer entsprechenden Klausel ausdrückliche Stellung zu nehmen. Das OLG Frankfurt hat kürzlich einen vollständigen Abfindungsausschluss für den Fall der von dem Ausscheidenden zu vertretenden Kündigung für unzulässig erklärt.<sup>27</sup> In der Literatur wird aber eine angemessene Reduzierung der Abfindung für die Fälle des Ausschlusses bzw. der Einziehung aus wichtigem Grund (einschließlich Pfändung und Insolvenz) zu Recht ganz

12 BGH, DNotZ 2006, 707.

13 OLG Hamburg, NZG 2005, 87; vgl. auch Burg/Gimnich, NotBZ 2005, 279.

14 FN-IDW 7/2008, 271; Wpg 2008, 271.

15 Großfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 6.

16 BGH, NZG 2003, 1127; OLG Düsseldorf, NZG 2006, 911.

17 IDW S 1 2008, Tz. 101, 124 – 139 (gleichberechtigt neben reinem Ertragswertverfahren).

18 Ausf. Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O. (Fn. 9), § 131 Rn. 91 ff.

19 Näher Großfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1012 ff.

20 Großfeld, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 192; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 36.

21 Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Form. IX. 7 § 8 (GmbH).

22 Creutzmann, DB 2008, 2784, 2788.

23 Vgl. zum GmbH-Recht auch Geißler, GmbHR 2006, 1173 ff.; Haibt, MittRhNotK 1998, 261 ff.; das MoMiG hat auf Abfindungsklauseln, soweit ersichtlich, keine Auswirkungen; zum Personengesellschaftsrecht Henze, FS K. Schmidt, 2009, S. 619 ff.

24 Etwa BGH, MittBayNot 1994, 157; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 27.

25 BGHZ 144, 265, 367; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, a.a.O. (Fn. 8), § 34 Rn. 95.

26 BGH, WM 1983, 1207, 1208; MittBayNot 1994, 157 (jeweils zu GmbH).

27 Urt. v. 29. 7. 2008, 5 U 73/02, juris (zu OHG); ebenso Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 12. Aufl. 2007, § 738 Rn. 50; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 34; a. A. für besonders schwere, enumerativ aufgezählte Pflichtverletzungen: Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, 2. Aufl. 2007, § 738 Rn. 31; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 61.

überwiegend für zulässig gehalten, nicht aber ein Totalausschluss, auch nicht bei einer Ausschließung aufgrund Pflichtverletzung.<sup>28</sup> Im Grundsatz unbedenklich sind demnach auch schuldrechtlich vereinbarte unterschiedliche Rückkaufpreise für „Bad Leaver“ und „Good Leaver“ im Zusammenhang mit Venture-Capital-Beteiligungen.<sup>29</sup> Auch bei Ausübung eines ordentlichen Kündigungsrechts sind Abstriche vom wirklichen Unternehmenswert gerechtfertigt.<sup>30</sup> Im Einzelfall kommt auch die Anwendung einer abfindungsbeschränkenden Regelung über ihren Wortlaut hinaus auf andere Ausscheidenstatbestände in Betracht.

## 2. Differenzierung der Abfindungshöhe nach Erwerbsumständen

### a) Der „Gesellschafter minderen Rechts“ (oder: „zweiter Klasse“)

Aus Sicht der Praxis weit problematischer ist die Frage, ob die Abfindungshöhe auch je nach den Erwerbsumständen des Betroffenen unterschiedlich ausgestaltet werden kann. Diese Frage hängt eng mit derjenigen zusammen, ob die besonderen Umstände des Erwerbs einen erleichterten Ausschluss zu rechtfertigen vermögen. Nach der – vom BGH niemals ausdrücklich übernommen – Doktrin vom Verbot des „Gesellschafters minderen Rechts“ ist insoweit eine Differenzierung prinzipiell unzulässig. Die zur (angeblichen) Unzulässigkeit der Abfindungsbeschränkung bei geschenkten Anteilen häufig zitierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989 hatte gerade keine differenzierende Klausel zum Gegenstand, sondern eine für alle Gesellschafter geltende Abfindungsbeschränkung auf den hälftigen Buchwert, die der BGH insgesamt für sittenwidrig und damit nichtig erachtet und bereits aus diesem Grund auch nicht auf einen Gesellschafter angewendet hat, der seinen Anteil unentgeltlich zugewendet erhalten hatte.<sup>31</sup> Die Bedeutung dieser Entscheidung für die hier interessierenden Fälle darf deshalb nicht überbewertet werden.<sup>32</sup> Für den Erwerb aufgrund Verfügung von Todes wegen ist schon seit langem eine Ausnahme von dem angeblichen Dogma weitgehend anerkannt<sup>33</sup>, wobei es insoweit keinen Unterschied macht, ob die Beschränkung auf einer Verfügung von Todes wegen oder dem Gesellschaftsvertrag beruht.<sup>34</sup> Nach vordringender Ansicht kann im Falle des unentgeltlichen Erwerbs im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder ehebedingten Zuwendung nichts grundsätzlich anderes gelten.<sup>35</sup> Das Verhältnis zwischen Schenkungs- und Gesellschaftsrecht, insbesondere die Geltung des sog. Trennungsgrundsatzes, kann aber nach wie vor nicht als abschließend geklärt angesehen werden.<sup>36</sup> Weitgehend akzeptiert ist demgegenüber, dass die Höhe der Abfindung gestaffelt nach der Dauer der Mitgliedschaft ausgestaltet werden kann.<sup>37</sup>

### b) Neuere Rechtsprechung

Den richtigen Weg haben die Urteile des Bundesgerichtshofs zu den sog. Hinauskündigungsklauseln aufgezeigt: Diese Entscheidungen haben sich zunächst mit der Frage der Zulässigkeit von Differenzierungen bei der Kündbarkeit von Gesellschaftern befasst und hier den Grundsatz aufgestellt, dass Hinauskündigungsklauseln grundsätzlich unzulässig sind, aber durch einen be-

sonderen Grund sachlich gerechtfertigt sein können, wobei insoweit im GmbH-Recht auch § 242 Abs. 2 S. 1 AktG entsprechend gilt.<sup>38</sup> In welchen Fällen im Einzelnen eine erleichterte Hinauskündigungsmöglichkeit und eine Beschränkung des Übertragungsentgelts bzw. Abfindungsanspruchs zulässig ist, soll hier nicht weiter erörtert werden.<sup>39</sup> Der von der Rechtsprechung der Sache nach im Lichte der Funktion der Hinauskündigungsklausel vorgenommenen Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt dabei präjudizierende Wirkung für die Zulässigkeit einer speziell für diesen Gesellschafter geltenden und insbesondere den von ihm geleisteten „Einstandspreis“ berücksichtigenden Abfindungsbeschränkung zu („*naked in, naked out*“), mag auch aus der Zulässigkeit einer Hinauskündigungsklausel nicht automatisch die Zulässigkeit einer Abfindungsbeschränkung folgen.<sup>40</sup> Dabei macht es nach inzwischen herrschender Ansicht keinen Unterschied, durch welche Rechtskonstruktion die Beteiligten das Ausscheiden des Betroffenen „unter Wert“ geregelt haben.<sup>41</sup> Bemerkenswert ist in diesem

28 Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, a.a.O. (Fn. 8), § 34 Rn. 104; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 30; Henze, a.a.O. (Fn. 23), 619, 631 f.; D. Mayer, DB 1990, 1319, 1320; für Zulässigkeit eines Totalausschlusses etwa Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 283; Gestaltungsbeispiele bei: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Form. IX. 7 und GmbH-Handbuch, Band 4, Muster M 9: im Grundsatz 100 %, sonst 50 %; ähnlich D. Mayer, in: Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, Teil D I Rn. 68 und Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 289, vgl. auch Reichert, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 63 (Verkehrswert nach Ertragswertmethode, sonst Buchwert); Priester, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co. KG, 3. Aufl. 2000, S. 92 (§ 20: Stuttgarter Verfahren/Buchwert); Wälzholz, in: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 5. Aufl. 2009, Rn. 453; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, S. 1240: 75 %/50 % des wahren Werts; Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, S. 451: 80 %/60 % des Werts nach vereinfachtem Ertragswertverfahren; vgl. auch BGH, DNotZ 2002, 305: Buchwertklausel bei Ausschließung durch Gestaltungsurteil.

29 Kästle/Heuterkes, NZG 2005, 289, 290.

30 Henze, a.a.O. (Fn. 23), 619, 636; Kallmeyer, in: GmbH-Handbuch, Band I, Rn. 1344; es gilt aber § 723 Abs. 3 BGB (ggfs. analog).

31 BGH, NJW 1989, 2685.

32 Vgl. aber Wälzholz, NZG 2007, 416, 417 f.

33 BGH, DNotZ 1978, 166, 169; Goette, DStR 1997, 337, 338; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, § 131 Rn. 62; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 34; a. A. Teile der älteren Lit.

34 Vgl. zum freien Hinauskündigungsrecht zulasten eines Erben auch BGH, DNotZ 2007, 858; gesellschaftsrechtlich unbedenklich ist auch ein „russisches Roulette“, bei dem die Abfindung der Erben ausgeschlossen wird und der verbleibende Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen erhalten soll, s. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 61; MünchKommHGB/K. Schmidt (Fn. 10), § 131 Rn. 161; für Unverbindlichkeit (§ 762 BGB) dagegen Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2006, S. 252.

35 Münch, ZERB 2007, 410, 413; insoweit vorsichtig aber nach wie vor die h. L., MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 737 Rn. 59.

36 Vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 737 Rn. 21; Bütter/Tonner, NZG 2003, 193; zur Diskussion auch Oppermann, RNotZ 2005, 453, 468 ff.

37 Hülsmann, GmbHR 2001, 409, 412.

38 BGH DStR 1997, 336; BGHZ 164, 98 = RNotZ 2005, 610 = DNotZ 2006, 137 („Manager-Modell“); BGHZ 164, 107 = RNotZ 2005, 614 = DNotZ 2006, 140 („Mitarbeiter-Modell“); BGH DNotZ 2004, 865 („Laborärzte“); NZG 2007, 583 („Gemeinschaftspraxis“); Gehrlein, NJW 2005, 1969.

39 Hierzu etwa Reymann, DNotZ 2006, 106, 108 ff.; Peltzer, ZGR 2006, 702 ff.; Nasall, NZG 2008, 851.

40 Dass im Regelfall die gleichen Kriterien prüfungsrelevant ist, betonen mit Recht Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 27; Henze, FS K. Schmidt, 619, 634 f.; vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 737 Rn. 20 a. E.

41 BGHZ 164, 98; Wälzholz, NZG 2007, 416, 417 f.

Zusammenhang eine – aufgrund Rechtsmittelrücknahme inzwischen rechtskräftige – Entscheidung des OLG Karlsruhe, das eine gesellschaftsvertragliche Rückübertragungspflicht zu Recht für zulässig erklärt hat, die einem Schwiegerkind, das eine KG-Beteiligung unentgeltlich zugewendet bekommen hatte, für den Fall der Scheidung auferlegt worden war und die eine Gegenleistung zugunsten des Schwiegerkindes ausdrücklich ausschloss.<sup>42</sup> Zwar hat das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung ausdrücklich betont, dass kein Ausschlussvorgang vorliege, auf den § 738 BGB anwendbar sein könne, hat aber im gleichen Atemzug ausgeführt, dass selbst dann, wenn dies anders wäre und es um den Ausschluss eines echten Abfindungsanspruches ginge, das Ergebnis kein anderes sein könne.

### 3. Abfindungsbeschränkungen bei Gesellschaften mit ideellem Zweck

Im Anschluss an eine Entscheidung des BGH wird der Ausschluss eines Abfindungsanspruches bei Gesellschaften mit ideellem Zweck ganz überwiegend für zulässig gehalten.<sup>43</sup> Bei einer stark genossenschaftlichen Prägung der Gesellschaft wird die Abfindung zum Buchwert in aller Regel als zumutbar angesehen.<sup>44</sup>

### 4. Ratenzahlungsklauseln und Anspruch auf Sicherung

Grundsätzlich wird der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Zahlung der ihm zustehenden Abfindung sofort, d. h. mit Einziehung oder Ausscheiden, fällig. Viele Gesellschaftsverträge sehen aber im Interesse der Gesellschaft eine zeitliche Streckung der Auszahlung vor. Welche Streckung noch zulässig ist, kann anhand der Rechtsprechung nicht generell beurteilt werden. Das OLG Karlsruhe hat in einer neueren Entscheidung nach Abwägung der Umstände des Einzelfalls eine Verteilung auf 10 gleiche Jahresraten für unzulässig gehalten und die von der Vorinstanz stattdessen vorgenommene Verteilung auf fünf Jahresraten nicht beanstandet.<sup>45</sup> Das OLG Dresden hat die Auszahlung in drei gleichen Raten nach 5, 8 und 10 Jahren für sittenwidrig erklärt, und zu Recht keine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen.<sup>46</sup> Eine Verteilung auf fünf Jahresraten wird bei einer verkehrsüblichen Verzinsung des Restguthabens in aller Regel nicht zu beanstanden sein<sup>47</sup>, während bei über mehr als 5 oder sogar 8 Jahre gestreckten Auszahlungen ein erhöhtes Risiko der Sittenwidrigkeit bestehen dürfte.<sup>48</sup>

Vorbehaltlich abweichender Satzungsregelung kann der Gesellschafter im Falle der zeitlichen Streckung der Auszahlung keine Sicherung seines Anspruchs verlangen.<sup>49</sup>

### 5. Buchwertklauseln

Nach wie vor nur in Ausnahmefällen sittenwidrig sind – auch im GmbH-Recht – Buchwertklauseln.<sup>50</sup> Vorsicht bei der Verwendung von Buchwertklauseln ist aber dann geboten, wenn bei bestehenden Unternehmen mit hohen stillen Reserven eine vollständige Neufassung des Gesellschaftsvertrags stattfindet und eine bisher gültige Buchwertklausel übernommen wird. Entsprechendes gilt für Umwandlungen und Sachgründungen, bei denen Unternehmensvermögen mit stillen Reserven einem neu zu gründenden Rechtsträger zugeordnet wird. Die Verein-

barung einer Abfindung unter Buchwert ist nach der wohl überwiegenden Auffassung grundsätzlich sittenwidrig.<sup>51</sup> Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)<sup>52</sup> mit seiner (vorsichtigen) Tendenz zur „Fair Value“-Bewertung wird die Entstehung stiller Reserven nicht verhindern, sondern nur punktuell einschränken. Insbesondere für Grundstücke und selbstgeschaffene Firmenwerte wird es bei einem Aktivierungsverbot bleiben, so dass es auch in Zukunft verbreitet zu „Wertescheren“ zwischen Buchwert und Verkehrswert kommen wird.

### 6. Ertragswertklauseln

Der BGH hat Ertragswertklauseln im Grundsatz schon vor langer Zeit anerkannt<sup>53</sup>, in einem bemerkenswerten neueren Urteil zu einer Grundbesitz-GbR aber auch hervorgehoben, dass eine Ertragswertklausel gemäß § 723 Abs. 3 BGB unwirksam ist, wenn der Liquidationswert ein Vielfaches des Ertragswertes beträgt.<sup>54</sup> Da die Grenzen zwischen vermögensverwaltenden und „produktiv tätigen“ Gesellschaften fließend sind, kann hier nicht kategorisch nach dem Gesellschaftszweck unterschieden werden. Vielmehr sind auch hier die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Je weniger eine Gesellschaft unternehmerisch tätig ist und je weniger schützenswert die Interessen an der Fortsetzung der Gesellschaft erscheinen, desto kritischer können Ertragswertklauseln zu beurteilen sein. Der Liquidationswert ist zwar der maßgebliche Unternehmenswert, wenn er höher als der Ertragswert ist.<sup>55</sup> Hieraus kann aber im Rahmen der §§ 138, 242 BGB nicht schlechthin gefolgert werden, dass der Liquidationswert bei (ertragsschwachen) Unternehmen immer die zwingend zu beachtende

42 RNotZ 2007, 113 = NZG 2007, 423 m. Anm. Wälzholz 416 = ZEV 2007, 137 m. Anm. Ivo; die Entscheidung hat überwiegend Zustimmung gefunden, etwa Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 284; ablehnend MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 62.

43 BGHZ 135, 387 = MittRhNotK 1997, 434 = DNotZ 1998, 802; Wicke, GmbHG, 2008, Anh § 34 Rn. 19; ausf. Hülsmann, GmbHR 2001, 409, 413.

44 OLG Hamm, GmbHR 1997, 942; OLG Oldenburg, GmbHR 1997, 503; Hülsmann, GmbHR 2001, 409, 413.

45 OLGR Karlsruhe 2006, 306 = NJOZ 2006, 3001.

46 OLG Dresden, NZG 2000, 1042 = NotBZ 2000, 305.

47 S. BGH NJW 1993, 2101, 2103; OLG München, NZG 2004, 1055; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 65; vgl. aber OLG Hamm, NZG 2003, 440; Kombination aus Kürzung um 2/3 und Verteilung auf 5,5 Jahre sittenwidrig.

48 Für Grenze bei 5 Jahren: Bamberger/Roth/Timm/Schöne, a.a.O. (Fn. 27), § 738 BGB Rn. 33; Staudinger/Habermeier, Neubearb. 2003, § 738 BGB Rn. 34; für Zulässigkeit von 8 Jahren bei im Übrigen gesellschafterfreundlicher Regelung etwa Wicke, a.a.O. (Fn. 43), Anh. § 34 Rn. 21; 5–7 Jahre: Geißler, GmbHR 2006, 1173, 1177; für 10 Jahre die früher h. L., etwa Ulmer, NJW 1979, 81, 87.

49 Vgl. Lange, NZG 2001, 635, 637, der gleichwohl entsprechende Satzungsregelungen empfiehlt.

50 Sörgel/Engelmann, DStR 2003, 1260; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 35; aktuelles Bsp. aus der Rspr. OLG Brandenburg, DB 2009, 726 (Auslegung einer „Reinvermögens“-Klausel).

51 Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 9), § 131 Rn. 125; Mayer, DB 1990, 1319; vgl. auch BGH, NJW 1989, 2685 (GmbH & Co. KG: 50 % des Buchwertes sittenwidrig).

52 BT-Drucks. 16/12407, BR-Drucks. 270/09.

53 BGH NJW 1985, 192; BGHZ 116, 359; Baumbach/Hopt, a.a.O. (Fn. 23), § 131 Rn. 49.

54 BGH DNotZ 2006, 707: 350 %; bemerkenswert ist auch, dass trotz der auf den Ausscheidenszeitpunkt vorgenommenen Prüfung die Unwirksamkeit angenommen wurde, Lux, MDR 2006, 1203, 1206.

55 MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 24.



Untergrenze der geschuldeten Abfindung bilden müsse.<sup>56</sup> Dies würde für die verbleibenden Gesellschafter praktisch eine Obliegenheit zur Zerschlagung bedeuten, die nicht nur den Sinn jeder Fortsetzungsklausel aushöhlen würde, sondern auch volkswirtschaftlich fragwürdig wäre und im übrigen einen Anreiz zum Austritt schaffen würde.

## 7. Abschläge vom Verkehrs- oder Ertragswert

Um einerseits die Ungerechtigkeiten und Risiken einer Buchwertklauseln zu vermeiden, andererseits die Liquidität der Gesellschaft zu schonen, sind heute Abfindungsklauseln verbreitet, die zwar im Grundsatz den Verkehrs- oder Ertragswert für maßgeblich erklären, jedoch einen prozentualen Abschlag von dem so ermittelten Wert vorsehen. Eine feste Untergrenze hat sich hierbei nicht herausgebildet. Ein Abschlag von bis zu 1/3 dürfte regelmäßig zulässig sein<sup>57</sup>, während jedenfalls ein Abschlag von mehr als 50 % regelmäßig unzulässig sein dürfte, es sei denn, es lägen besondere Umstände vor, die eine weitergehende Beschränkung ausnahmsweise rechtfertigen würden (erleichterte Hinauskündigung, ggfs. auch Ausschließung aus wichtigem Grund).<sup>58</sup>

## 8. Abfindung über dem Verkehrswert

Selten, aber um so interessanter sind Fälle, in denen die vereinbarte Abfindung über dem wahren Wert der Beteiligung liegt. Für den Fall, dass der Buchwert über dem wahren Wert liegt, wird in der Literatur zu Recht eine Beschränkung des Abfindungsanspruchs auf der Grundlage von § 242 BGB befürwortet.<sup>59</sup> Das OLG München hat im Fall der Auflösung einer KG den verbleibenden Gesellschafter allerdings an der für ihn nachteiligen Abfindungsregelung festgehalten.<sup>60</sup>

## 9. Freiberufliche Gesellschaften

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Bewertung eines Anteils an einer freiberuflich tätigen Gesellschaft. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass die Ertragskraft und damit der Wert der Sozietät in besonderem Maße von der Persönlichkeit und dem Arbeitseinsatz der jeweiligen Mitglieder abhängen und Good Will und Mandantenstamm einen erheblichen Anteil des Unternehmenswerts ausmachen.<sup>61</sup> Neben Ertragswertverfahren werden für die Bewertung hier verbreitet sog. Umsatzwertverfahren angewendet.<sup>62</sup> Für abfindungsbeschränkende Vereinbarungen hat die Rechtsprechung Sonderregeln entwickelt: Danach ist der Ausschluss des Abfindungsanspruchs oder dessen Beschränkung auf den anteiligen Wert des Praxisinventars unter Ausklammerung des Good Will grundsätzlich unbedenklich, wenn der Vertrag auf eine Mandantenschutzklausel oder ein entsprechendes Wettbewerbsverbot zu Lasten des Ausgeschiedenen verzichtet.<sup>63</sup>

## 10. GmbH: Heilung nichtiger Abfindungsregelungen

Seit langem anerkannt ist, dass im GmbH-Recht die Regelung des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG entsprechend gilt, so dass die Nichtigkeit einer Satzungsregelung nach Ablauf von drei Jahren seit ihrer Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden kann.<sup>64</sup> Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch für nichtige Einziehungs- und Ab-

findungsregelungen.<sup>65</sup> Bemerkenswert ist, dass der BGH in dem von ihm entschiedenen Fall zwar § 242 Abs. 2 S. 1 AktG entsprechend angewendet hat, gleichzeitig aber eine Abfindung zum „Steuerkurswert“, wie sie der Satzungsregelung entsprochen hätte, abgelehnt und insoweit das Recht zur Ausübungskontrolle in Anspruch genommen hat. Dem ist zuzustimmen, da die Ausübungskontrolle naturgemäß an ein nachträgliches Auseinanderfallen von Abfindungsbetrag und tatsächlichem Anteilswert anknüpft und insoweit keine Ablehnung der Eintragung hätte stattfinden können. Die Anwendung des § 242 Abs. 2 AktG auf nichtige Abfindungsregelungen führt dann dazu, dass die Bestimmung als wirksam zu behandeln ist, was aber eine Ausübungskontrolle gerade nicht verhindert.<sup>66</sup>

## C. Die neuen steuerrechtlichen Vorschriften zur Bewertung von Gesellschaftsanteilen

### I. Einleitung

Anders als nach altem Recht ist die Bewertung von Gesellschaftsanteilen nun im Ausgangspunkt rechtsformneutral. Die für die Bewertung von Anteilen an Kapitalgesellschaften maßgeblichen Rechtsvorschriften gelten entsprechend für die Bewertung von Anteilen an Personengesellschaften (vgl. § 12 Abs. 1, 2, 5 ErbStG i. V. m. §§ 9 Abs. 2, 11 Abs. 2 und Abs. 3, 109 Abs. 1, 199 Abs. 1 und 2, 200 ff. BewG).

Lässt sich der Anteilswert nicht mit der Marktwertmethode auf der Grundlage des Verkaufspreises aus einem zeitnahen Drittgeschäft ermitteln, kommt für die

56 Str., Darstellung des Meinungsstandes bei BGH, a.a.O. (Fn. 54), Tz. 13, wo die Frage offen gelassen wird.

57 Ulmer, FS Quack, 1991, 477, 500; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 BGB Rn. 52 („Faustregel“); Wachter, in: Kersten/Bühling, 22. Aufl. 2008, § 130 Rn. 44: 1/3; Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, 6. Aufl. 2009, Rn. 114, Rn. 338: 30 %; s. a. Langenfeld, in: Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2006, Muster 111.1 (GmbH & Co. KG) und Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, S. 1240: 25 % (KG); Riegger/Götze, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 1, 6. Aufl. 2005, Form. III.10 (GmbH): 20 %; vgl. auch Fn. 28.

58 OLG Oldenburg, GmbHR 1997, 503: 10 % des Verkehrswertes zulässig.

59 Hülsmann, GmbHR 2001, 409, 416; ähnlich Sörgel/Engelmann, DStR 2003, 1260, 1264.

60 OLGR München 2006, 516 = NJOZ 2006, 2198; zust. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer (Fn. 9), § 738 Rn. 49; vgl. aber OLG Bamberg, NZG 1998, 898.

61 Näher zur Bewertung etwa BGH NJW 1991, 1547; Heid, DStR 1998, 1565; Englert, BB 1997, 142; Wolff, NJW 2009, 1302; vgl. auch BGH, NJW 2008, 1221 und Knief, DStR 2009, 604 (Bewertung von StB-Praxen) sowie BGHZ 168, 220 (modifiziertes Ertragswertverfahren bei Arztpraxis).

62 Aktuelles Bsp. aus der Rspr. zur Jahresumsatzmethode OLG Frankfurt, Urt. v. 3. 6. 2008, 8 U 64/07, juris (Steuerberaterpraxis).

63 BGH, WM 1979, 1064; NJW 2000, 2584; NZG 2008, 623; OLG Celle, NZG 2007, 542; s. auch BGH, NJW 2004, 2449: Zahlung einer Rente anstelle einer Einmalzahlung bei altersbedingtem Ausscheiden aus einer Freiberufler-Sozietät.

64 BGHZ 99, 211; OLG Stuttgart, NZG 2001, 40.

65 BGHZ 144, 365, 367 f. = DNotZ 2001, 868; zust. Zöllner, DNotZ 2001, 872, 876; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 278; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 31; vgl. auch BGH, DNotZ 1992, 526; str. ist, ob die Beschränkung auch Gläubigern gegenüber wirkt, dagegen etwa Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 10), § 34 Rn. 32.

66 Geißler, GmbHR 2006, 1173, 1179.

Anteilsbewertung auffangweise das sog. vereinfachte Ertragswertverfahren (§§ 199 f. BewG) zur Anwendung. Hierbei handelt es sich um ein vergangenheitsbezogenes Verfahren, das dem Stuttgarter Verfahren zwar nachgebildet wurde, hiervon aber doch erheblich abweicht, indem es nicht mehr auf den Steuerbilanzwerten basiert: Der zukünftig nachhaltig erzielbare Jahresertrag wird mit einem Kapitalisierungsfaktor multipliziert, und der so ermittelte gemeine Wert ist dann quotaal auf die einzelne Beteiligung umzulegen (§§ 200 ff. BewG). Der Kapitalisierungsfaktor ist gemäß § 203 BewG der Kehrwert des Kapitalisierungszinssatzes, der wiederum ermittelt wird aus einem anhand von Zinsstrukturdaten der Bundesbank ermittelten, nicht mit dem EZB-Basiszinssatz zu verwechselnden Basiszinssatz, der pauschal um einen Zuschlag von 4,5 Prozentpunkten erhöht wird. Der Basiszinssatz wird einmal jährlich zum 1.1. festgelegt und gilt dann für das Kalenderjahr. Für 2009 beträgt der Kapitalisierungsfaktor 12,33 ( $1/[3,61 + 4,5]$ ).<sup>67</sup> Falls das Ergebnis des vereinfachten Ertragswertverfahrens den Substanzwert des Betriebsvermögens unterschreitet, ist dieser maßgeblich (§ 11 Abs. 2 S. 3 BewG).

Das sog. Stuttgarter Verfahren hat sich damit erledigt.<sup>68</sup> Hierbei handelte es sich um ein Verfahren zur Schätzung des gemeinen Werts von nicht notierten Anteilen an Kapitalgesellschaften. Es war von der Finanzverwaltung zur Ausfüllung der Vorgaben des § 11 Abs. 2 S. 2 BewG entwickelt worden und zuletzt in den Erbschaftsteuererrichtlinien geregelt (R 96 ff. ErbStR 2003). Der BFH hat das Stuttgarter Verfahren als sachgerechtes Schätzungsverfahren angesehen.<sup>69</sup> Die Zivilrechtsprechung hat das Verfahren ganz überwiegend als den Vorgaben des Unternehmensschutzes, der angemessenen Abfindung und der Einfachheit entsprechend erachtet.<sup>70</sup> In der Literatur war das Bewertungsverfahren aber zuletzt vermehrt in die Kritik geraten, weil aufgrund diverser Änderungen der zugrunde liegenden gesetzlichen Bewertungsvorschriften keine realistische Bewertung mehr gewährleistet sei.<sup>71</sup>

Auch das vereinfachte Ertragswertverfahren stößt in der Literatur verbreitet auf Kritik. Insbesondere, so die überwiegende Einschätzung, führten die neuen Vorschriften in vielen Fällen zu zu hohen Werten, u. a. aufgrund des hohen Kapitalisierungsfaktors in Zeiten niedriger Zinsen. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass das neue Bewertungsrecht in aller Regel zu höheren Anteilsbewertungen führen wird.<sup>72</sup> Durch die steuerliche Höherbewertung haben auch die Besteuerungstatbestände der §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2, 7 Abs. 7 ErbStG erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>73</sup> Auch wenn abzuwarten bleibt, welche Bedeutung diese Tatbestände in der Praxis gewinnen werden, ergibt sich vor allem bei Abfindungen aufgrund Buch- und Nennwertklauseln ein Gefahrenpotential, das nicht unterschätzt werden sollte und ein weiteres Argument gegen die Verwendung solcher Klauseln liefert.<sup>74</sup>

## II. Vertragsgestaltung und Behandlung von Altfällen

### 1. Allgemeines

Da den Gesellschaftern grundsätzlich die Wahl des Bewertungsverfahrens für die Ermittlung des Abfindungs-

guthabens freisteht, bedeutet die Abschaffung des Stuttgarter Verfahrens zwar nicht, dass die Vereinbarung dieses Verfahrens – in der zuletzt angewendeten Fassung oder irgendeiner früheren – nun nicht mehr zulässig wäre. Allerdings erscheint es doch wenig sinnvoll, auf eine in Finanzverwaltung und -rechtsprechung sowie von Steuerberatern grundsätzlich nicht mehr praktizierte Bewertungsmethode zu verweisen.<sup>75</sup>

### 2. Probleme der Bezugnahme auf das BewG

Bei einer ausdrücklichen oder sinngemäßen Bezugnahme auf die Vorschriften des BewG stellt sich – auch für Altfälle mit dynamischer Verweisung – zunächst die Frage nach der Konkurrenz der Bewertungsmethoden. Bei einem pauschalen Verweis auf das ErbStG/BewG wäre etwa unklar, ob der verbindliche Vorrang der Ableitung des gemeinen Werts aus Verkäufen innerhalb von 12 Monaten vor dem Stichtag auch im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter gilt. Weiter wäre fraglich, ob § 11 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BewG entsprechend gilt, d. h. die Maßgeblichkeit derjenigen Methode, die „der Interessenlage des Erwerbers am besten gerecht wird“. Nicht zuletzt wäre offen, ob das vereinfachte Ertragswertverfahren im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter den Stellenwert eines „Regelverfahrens“ hat und solange maßgeblich ist, wie es nicht zu einem – mutmaßlich von der hierdurch benachteiligten Partei zu beweisenden – „offensichtlich unzutreffenden Ergebnis“ führt (vgl. § 199 BewG).<sup>76</sup> In Anbetracht dieser Unklarheiten ist von einer pauschalen Bezugnahme auf das BewG jedenfalls dann abzuraten, wenn nicht gleichzeitig ein Schiedsgutachter benannt wird; dies gilt auch für eine Bezugnahme auf § 199 BewG, da sie die Konkurrenzfrage offen ließe und auch die Frage der „offensichtlich unzutreffenden“ Bewertung in das Gesellschaftsverhältnis hineingetragen würde, ohne dass zwingend ein Lösungsmechanismus oder auch nur eine Beweislastverteilung vorgegeben wären. Hiervon abgesehen würde sich das schon bekannte Problem ergeben, dass bei einer dynamischen Verweisung auch hier zukünftige Steuerrechtsänderungen automatisch auf das Zivilrecht durchschlagen, was bei dem Stuttgarter Verfahren zu den beschriebenen Problemen geführt hat. Da

67 Basiszinssätze für 2007: 4,02 %, für 2008: 4,58 % (BMF, DStR 2008, 586).

68 Halaczinsky/Riedel, Das neue Erbschaftsteuerrecht, 2009, S. 141 Fn. 3.

69 BFH, GmbHR 1991, 592.

70 BGH, GmbHR 1986, 425; OLG Naumburg, 2. 10. 2006, 2 U 14/06; OLG Karlsruhe, GmbHR 2006, 883.

71 Hülsmann, GmbHR 2007, 290, 295; Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 34 Rn. 45; Heller, GmbHR 1999, 594; Mohr, GmbH-StB 1997, 117; Göllert/Ringling, DB 1999, 516.

72 Schulte/Birnbaum/Hinkers, BB 2009, 300, 301; Creutzmann, DB 2008, 2784, 2789; Casper/Altgen, DStR 2008, 2319, 2320.

73 Hierzu Jülicher, ZErB 2008, 214; Riedel, ZErB 2009, 113.

74 Vgl. Götzenberger, BB 2009, 131; Milatz/Kämper, GmbHR 2009, 470.

75 So die wohl allg. Ansicht: Wälzholz, in: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 5. Aufl. 2009, Rn. 442; Richter/Viskorf/Philipp, DB-Beil. Nr. 2/2009, S. 13; Götzenberger, BB 2009, 131, 132.

76 Vgl. Moench/Albrecht, Erbschaftsteuer, 2. Aufl. 2009, Rn. 796 ff.; Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 93; für Wahlrecht des Stpfl. bzgl. des vereinfachten Ertragswertverfahrens die h. L., s. Creutzmann, DB 2008, 2784, 2785 f.; Hölzerkopf/Bauer, BB 2009, 20, 21; Schulte/Birnbaum/Hinkers, BB 2009, 300, 301; Hannes/Onderka, ZEV 2008, 173, 174; Piltz, DStR 2008, 745, 747; Crezelius, ZEV 2009, 1, 6 f.

auch das BewG nun grundsätzlich auf den Verkehrswert abstellt und die „Bewertungsschere“ geschlossen hat, ist einer der früher maßgeblichen Gründe für die Verweisung auf das Bewertungsrecht entfallen, was die Überlegung nahelegt, stattdessen unmittelbar auf den Verkehrswert abzustellen und auf die IDW S 1 zu verweisen.

Auch eine Bezugnahme auf § 200 BewG ist nicht unproblematisch, weil so (u. a.) die betriebswirtschaftlich nicht angezeigten Abweichungen vom Stichtagsprinzip und vom Prinzip der Gesamtbewertung, aber auch § 202 BewG und der starre, branchenunabhängige Risikozuschlag (auch) zivilrechtlich maßgeblich werden.<sup>77</sup> Vor allem aber dürfte das vereinfachte Ertragswertverfahren mehr als nur vereinzelt zu höheren Werten als Ertragswert- oder DCF-Verfahren nach IDW S 1 führen – ohne dass notwendigerweise die Grenze zu einem „offensichtlich unzutreffenden Ergebnis“ überschritten sein muss –, was die Frage aufwirft, ob Gesellschaft und verbleibende Gesellschafter mit einer Berechnung auf der Grundlage des § 200 BewG gut beraten sind oder ob die Bezugnahme nicht sogar zu einer „Belohnung“ des ausscheidenden Gesellschafters führt und so unerwünschte Anreize bildet. Für eine Bezugnahme auf das vereinfachte Ertragswertverfahren – und nicht pauschal auf das BewG oder § 199 BewG – spricht allerdings der vor allem für kleinere Unternehmen sehr bedeutende Vereinfachungsaspekt, der durch die Entwicklung einer einheitlichen Verwaltungspraxis noch verstärkt werden wird, ebenso wie die Tatsache, dass kein anderes, allgemein akzeptiertes „einfaches“ Ertragswertverfahren zur Verfügung steht. Der Tendenz zur Höherbewertung kann durch Abschläge Rechnung getragen werden.

### 3. Auslegung von bestehenden Klauseln

Entsprechend den früher verbreiteten Gestaltungsempfehlungen dürften noch sehr viele GmbH-Verträge einen Verweis auf das Stuttgarter Verfahren oder auch nur auf den „gemeinen Wert nach den bewertungsrechtlichen Vorschriften“ o. ä. enthalten. Die Auswirkungen des neuen Rechts auf die Anwendung solcher Klauseln ist offen.<sup>78</sup> Eine allgemeingültige Patentlösung dürfte es hier nicht geben. Vielmehr ist eine Auslegung der jeweiligen Klausel vorzunehmen, die jedoch – da es sich um körperschaftliche Regelungen handelt – „objektiv“ zu erfolgen hat. Folgende Fallgruppen können gebildet werden:

– Wollten die Gesellschafter gerade keine Ermittlung des wahren Werts auf der Grundlage des Ertrags (– etwa weil explizit nur auf das Stuttgarter Verfahren verwiesen wurde, ohne dass hinzugefügt wurde, dass es sich hierbei nur um ein Hilfsverfahren zur Ermittlung des allein maßgeblichen gemeinen Werts handelt –), liegt es nahe, das Stuttgarter Verfahren auch weiterhin, und zwar in seiner zuletzt gültigen Fassung anzuwenden, und zwar auch dann, wenn auf das Stuttgarter Verfahren in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen wird.<sup>79</sup>

– Nimmt der Gesellschaftsvertrag nicht auf das Stuttgarter Verfahren, sondern auf das erbschaftsteuerliche Bewertungsrecht (oder den „Vermögenssteuerwert“) in seiner jeweils gültigen Fassung Bezug (dynamische Verweisung), ist regelmäßig das neue Recht maßgeblich, mag es auch zu einer Erhöhung der Belastung der Gesell-

schaft führen. In Ausnahmefällen drastischer Bewertungssteigerungen ist aber eine Korrektur aufgrund ergänzender Vertragsauslegung geboten.

– Ergibt sich aus der Verweisung zwar die Maßgeblichkeit des „gemeinen Werts“ im steuerlichen Sinne, ist die Verweisung aber nicht ausdrücklich dynamisch, ist fraglich, ob diese Klausel nunmehr auf das neue Recht mit seinen regelmäßig höheren Wertansätzen verweist oder ob die frühere Bewertung maßgeblich bleibt. Entscheidend für letzteres spricht es, wenn die Beteiligten (mutmaßlich) bewusst auf eine Bezugnahme auf den Ertragswert (oder Verkehrswert) verzichtet haben. Denn das Vertrauen auf die – nun grundsätzlich abgeschaffte – Divergenz zwischen „gemeinem Wert“ und „Ertragswert“ sowie ein vergleichsweise einfaches Bewertungsverfahren ist schützenswert.<sup>80</sup> Auch wenn das OLG Naumburg eine Verweisung auf § 9 BewG als im Zweifel dynamisch interpretiert hat<sup>81</sup>, kann dem in dem hier einschlägigen Kontext nicht gefolgt werden. Sieht man dies anders, wäre jedenfalls die Schwelle für eine Korrektur aufgrund ergänzender Vertragsauslegung niedrig anzusetzen.

### D. Zusammenfassung und Gestaltungstips

Die jüngere Rechtsprechung sowie das neue Erbschaftsteuerrecht sollten Anlass genug sein, Abfindungsklauseln in bestehenden Verträgen unter die Lupe zu nehmen und sie auf ihre Zweckmäßigkeit und Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zu überprüfen. Der Wegfall des Stuttgarter Verfahrens und die nun auch im Steuerrecht anerkannte Geltung der Ertragswertmethode für die Bewertung von Kapital- und Personengesellschaften sprechen dafür, die Gestaltung von Abfindungsklauseln nicht an der Rechtsform auszurichten, sondern ausschließlich an der Charakteristik der Gesellschaft und der Interessenlage der Beteiligten. Überarbeitungsbedarf besteht insbesondere bei GmbH-Satzungsregelungen, die noch auf das „Stuttgarter Verfahren“ Bezug nehmen. Aber auch bei der Bezugnahme auf den „gemeinen Wert“ können sich Auslegungsschwierigkeiten ergeben, deren streitfördernde Wirkung durch eine Ergänzung oder Neufassung der Regelung beseitigt werden kann. Bei der Änderung bestehender Einziehungs-/Abfindungsklauseln ist aber zu beachten, dass die Einführung einer für den Gesellschafter ungünstigeren Regelung seiner Zustimmung bedarf.<sup>82</sup>

77 Näher Creutzmann, DB 2008, 2784, 2787 ff.; vgl. auch Schulte/Birnbaum/Hinkers, DB 2009, 300, 301.

78 Hierzu ausf. Casper/Altgen DStR 2008, 2319 ff.; vgl. auch Riedel, ZErB 2009, 2 ff.

79 So auch Casper/Altgen, DStR 2008, 2319, 2323 für nach 1993 vereinbarte Verweise auf das Stuttgarter Verfahren; anders zu Unrecht für vor 1993 vereinbarte Verweise, weil das vereinfachte Ertragswertverfahren einen ähnlichen Vereinfachungseffekt biete.

80 Casper/Altgen, DStR 2008, 2319, 2324; vgl. schon Heller, GmbHR 1999, 594, 595 f.

81 Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 2. 10. 2006, 2 U 14/06, juris.

82 BGH, DNotZ 1992, 526; vgl. auch OLG Brandenburg, DB 2009, 726; ob auch für die nachträgliche Einführung einer Schiedsgutachterklausel ein Zustimmungserfordernis (gem. § 53 Abs. 3 GmbHG) besteht, ist offen, aber zu bejahen; für eine Schiedsvereinbarung ist dies h. M., s. nur Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 41.



Nach derzeitigem Stand kommen für den Kautelarjuristen im Wesentlichen folgende Abfindungsregelungen in Betracht, soweit es um die Höhe der Abfindungszahlung geht.<sup>83</sup>

- Ertragswertklausel<sup>84</sup>,
- Schlichte Verkehrswertklausel<sup>85</sup>,
- Verkehrswertklausel mit Bezugnahme auf IDW S 1<sup>86</sup>,
- Verweis auf Bewertungsvorschriften des BewG oder speziell auf vereinfachtes Ertragswertverfahren<sup>87</sup>,

jeweils ggfs. i. V. m. mit einem pauschalen prozentualen Abschlag und/oder einer Schiedsgutachterabrede;

- bei Freiberufersozietäten: Umsatzwertverfahrensklausel, modifizierte Ertragswertklausel oder bloße Beteiligung am gemeinschaftlichen Vermögen<sup>88</sup>,
- Buchwertklausel<sup>89</sup>,
- Substanzwertklausel (Aufstellung einer Abfindungsbilanz unter Ansatz der Verkehrswerte, aber ohne Geschäftswert)<sup>90</sup>.

Auch Mischklauseln, die verschiedene Elemente miteinander verbinden, sind denkbar.<sup>91</sup> Welche Klausel im Einzelfall vorzugswürdig ist, muss mit den Beteiligten erörtert und anhand der Interessenlage und aller übrigen Umstände entschieden werden. Komplexe Ertragswertklauseln oder die Bezugnahme auf die IDW S 1 führen zwar zu marktgerechten Ergebnissen, sind aber regelmäßig nur um den Preis eines hohen Bewertungsaufwandes zu haben. In der Tendenz wird sich eine Bezugnahme auf die Bewertungsgrundsätze des IDW aufgrund der Komplexität und der Kosten eines entsprechenden Gutachtens eher für mittlere bis große Unternehmen empfehlen.<sup>92</sup> Bei Bezugnahme auf den Verkehrs- oder Ertragswert dürfte ein pauschaler Abschlag von bis zu 1/3 empfehlenswert und unbedenklich sein. Unkompliziert, aber auch am ehesten unangemessen und deshalb tendenziell streitanfällig sind Buchwertklauseln, die uneingeschränkt wohl allenfalls rein vermögensverwaltenden sowie genossenschaftlich geprägten Gesellschaften empfohlen werden können. Für solche Unternehmen, aber auch für ertragsschwache Unternehmen bieten sich auch Substanzwertklauseln an. Nennwertklauseln erscheinen aufgrund des hohen Risikos der Unanwendbarkeit nur in Ausnahmefällen vertretbar. Einen Kompromiss zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Bewertungsaufwand bilden einfache Ertragswertklauseln, deren geringerer Aufwand notwendigerweise mit einer Vergrößerung und einer mehr oder weniger starken Abweichung vom tatsächlichen Wert einhergeht.<sup>93</sup> Geht man davon aus, dass sich zu § 200 BewG im Laufe der Zeit eine im wesentlichen einheitliche Praxis herausbilden wird, kommt, trotz der zuvor geschilderten Nachteile, auch eine Bezugnahme auf das vereinfachte Ertragswertverfahren nach dem BewG in Betracht, die jedoch wegen dessen Tendenz zu hohen Bewertungen mit einem Abschlag von mindestens 20 % kombiniert werden sollte. Im Falle einer eklatanten Überbewertung bliebe dann allerdings nur ein Rückgriff auf § 242 BGB (und ggfs. §§ 317 ff. BGB). Insbesondere bei Verwendung einer Verkehrswert- oder Ertragswertklauseln bietet es sich an, die Bewertung durch einen Wirtschaftsprüfer vorzuschreiben, der dann gleichzeitig

als Schiedsgutachter fungiert.<sup>94</sup> Bei einer (dynamischen) Bezugnahme auf die Vorschriften des BewG/ErbsStG ist dies aufgrund der vielen Unklarheiten des neuen Rechts sogar dringend zu empfehlen. Soweit bei GmbHs aus dem Zeitraum vor dem Systemwechsel zum Halbeinkünfteverfahren noch KSt-Guthaben existieren, sollte die Abfindungsregelung zur Partizipation des Abzufindenden hieran ggfs. eine Klarstellung enthalten.<sup>95</sup>

Soll die Auszahlung zeitlich gestreckt werden, sollte vorzugsweise ein Zeitraum von nicht mehr als fünf Jahren gewählt werden. Eine Differenzierung nach dem Grund des Ausscheidens ist nach dem gegenwärtigen Diskussionsstand unbedenklich, die Abfindung sollte aber auch für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund möglichst nicht 50 % des Verkehrswerts unterschreiten. Soll ausnahmsweise für bestimmte Gesellschafter eine Abfindung ausgeschlossen oder der Abfindungswert unter dem unter regelmäßigen Umständen anzusetzenden Wert liegen („Manager-Modell“ etc.), empfiehlt sich nicht nur eine parallele schuldrechtliche Regelung<sup>96</sup>, sondern auch die deutliche Erkennbarkeit der Motive für die Beschränkung aus dem Gesellschaftsvertrag.<sup>97</sup>

83 Vgl. auch die Zusammenstellung bei Weber/Reinhardt, GmbH-StB 2002, 22.

84 Reichert, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 63; Ulmer, FS Quack, 477, 501 f.; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Form. IX. 7 § 8 (GmbH).

85 Kanzleiter, in: Kersten/Bühling (Fn. 28), § 142 Rn. 127 M, Ziff. 8 (GmbH); Riegger/Götze, a.a.O. (Fn. 28), Form. III.10 (GmbH & Co. KG); Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, Form. IV.19 (GmbH).

86 GmbH-Handbuch, Band IV, Muster M 9 (Stand: Juli 2006); Langenfeld, in: Wurm/Wagner/Zartmann, M 103.1 (OHG), M 108.1 (GmbH & Co. KG), M 111.1 (GmbH); ähnlich Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 289.

87 Letzteres empfiehlt Spiegelberger, a.a.O. (Fn. 28), § 15, S. 451 (mit Abschlag von 20 %).

88 Wachter, in: Kersten/Bühling (Fn. 28), § 130 Rn. 75 M und 136 M (jeweils GbR).

89 Meister/Klöcker, a.a.O. (Fn. 85), Form. IV.21 (GmbH); Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rn. 288; Streck/Schwedhelm, in: Formularbuch Recht und Steuern, 6. Aufl. 2008, Form. A.6.00 (GmbH); Sommer, Die Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KG, 3. Aufl. 2005, S. 193 f.; von der Verwendung von Buchwertklauseln wird aber zunehmend abgeraten, s. Spiegelberger, in: DAI, Intensivkurs Gesellschaftsrecht, 2008, S. 159; vgl. auch Hülsmann, GmbHR 2001, 409.

90 Limmer, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 5, Kap. 2 Rn. 111 (OHG); Wachter, in: Kersten/Bühling (Fn. 28), § 132 Rn. 99 M (OHG), § 137 Rn. 40 M (KG); Weigell, in: Formularbuch Recht und Steuern (Fn. 89), Form. A.8.00 (GmbH & Co. KG) und A.9.00 (OHG); ähnlich Hund v. Hagen, in: Formularbuch Recht und Steuern, A.5.00 (GbR: „Verkehrswert des Gesellschaftsvermögens“); wegen Bewertungsproblemen sind solche Klauseln aber tendenziell unpraktisch, Ulmer, FS Quack, 1991, 477, 482 f.; hinzu kommt, dass sich wegen §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 7 ErbStG der Vereinfachungseffekt ggfs. erübrigt, Casper/Altgen, DStR 2008, 2319, 2322.

91 Meister/Klöcker, a.a.O. (Fn. 89), Form. IV.20 (GmbH): Ermittlung eines Reinvermögens, bei dem die Gegenstände teils mit Bilanzsteuerwerten, teils mit Verkehrswerten angesetzt werden und ein pauschal zu ermittelnder originärer Firmenwert addiert wird.

92 Spiegelberger, in: DAI, Intensivkurs Gesellschaftsrecht, 2008, S. 155; Behringer, DStR 2001, 719.

93 Etwa die einfache Ertragswertklausel bei Ulmer, FS Quack, 1991, 477, 503 (sog. pauschale Methode).

94 Weber/Reinhardt, GmbH-StB 2002, 22, 24.

95 Mayer, a.a.O. (Fn. 28), Teil D I Rn. 68.

96 Münch, ZErB 2007, 410, 411 f.

97 Peltzer, ZGR 2006, 702, 713 f.; Goette, DStR 1993, 1791, 1793.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Eintragung eines Hofaufgabevermerks im Grundbuch

(*OLG Köln*, Beschluss vom 10. 2. 2009 – 23 WLw 12/08 – mit Anmerkung von *Notar Dr. Heiner Roemer, Jülich*)

#### HöfeO § 1 Abs. 4

**Das Erlöschen der Hofeigenschaft kann auch dann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn im Grundbuch ein Hofvermerk nicht eingetragen ist.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

#### Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. ist Eigentümer des im Grundbuch des AG . . . von . . . eingetragenen Grundbesitzes. Bei diesem Grundbesitz handelt es sich um eine landwirtschaftliche Besitzung mit einem Wirtschaftswert von 33 866,- €. Im Grundbuch ist weder ein positiver noch ein negativer Hofvermerk eingetragen.

Am 16. 4. 2008 hat der Ast. die notariell beurkundete Erklärung abgegeben, dass seine landwirtschaftliche Besitzung nicht mehr die Eigenschaft eines Hofes im Sinne der Höfeordnung haben soll. Mit am 23. 4. 2008 beim Landwirtschaftsgericht eingegangener Schrift hat er beantragt, das Erlöschen der Hofeigenschaft im Grundbuch einzutragen.

Das Landwirtschaftsgericht hat durch Beschluss vom 24. 10. 2008 den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, Voraussetzung für die Löschung eines Hofvermerks sei dessen Vorhandensein. Es bestehe auch kein Anlass, einen Hofvermerk zum Zweck der Löschung einzutragen. Dem Rechtsschutzinteresse des Ast. sei dadurch gedient, dass die Hofaufgabeerklärung mit dem Ersuchen zu den Grundakten gegeben worden sei, sie bei diesen aufzubewahren.

Gegen diesen Beschluss hat der Ast. mit am 8. 11. 2008 beim Landwirtschaftsgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Die Beschwerde ist zulässig. Dem Eigentümer steht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 22 Abs. 1 LwVG) zu, wenn das Landwirtschaftsgericht es ablehnt, seiner negativen Hoferklärung gemäß § 1 Abs. 4 HöfeO durch ein Ersuchen des GBA auf Löschung des Hofvermerks Folge zu leisten (BGH NJW-RR 1995, 705 = RdL 1995, 134; NJW-RR 1998, 361 = RdL 1998, 13; OLG Hamm RdL 2004, 26). Dementsprechend findet gegen die Zurückweisung des Antrags, das Erlöschen der Hofeigenschaft im Grundbuch einzutragen, die sofortige Beschwerde statt.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeht ohne Zuziehung ehrenamtlicher Richter (§ 3 Abs. 3 HöfeVfO).

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die landwirtschaftliche Besitzung des Ast. ist ein Hof i. S. des § 1 Abs. 1 HöfeO. Sie steht in seinem Alleineigentum, verfügt über eine zu ihrer Bewirtschaftung geeignete Hofstelle und hat einen Wirtschaftswert von mindestens

10 000,- €. Die Besitzung ist daher auch ohne Eintragung eines Hofvermerks im Grundbuch kraft Gesetzes Hof im Sinne der Höfeordnung.

Gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO verliert eine Besitzung die Eigenschaft als Hof, wenn der Eigentümer erklärt, dass sie kein Hof mehr sein soll, und wenn der Hofvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Der Verlust der Hofeigenschaft infolge einer so genannten Hoferklärung setzt demnach neben der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Landwirtschaftsgericht die Löschung im Grundbuch voraus (BGH, Beschluss vom 28. 11. 2008 – BLw 11/08 = ZEV 2009, 144).

Im vorliegenden Fall ist zwar im Grundbuch kein Hofvermerk eingetragen, der gelöscht werden könnte. Die vom Ast. begehrte Eintragung scheitert daran jedoch nicht. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass der Eigentümer nicht die Eintragung des Hofvermerks abwarten muss, um eine Gestaltungserklärung nach § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO abgeben zu können. Um sicherzustellen, dass eine Besitzung nicht kraft Gesetzes die Hofeigenschaft erlangt, kann er vielmehr vorsorglich die Hofaufgabe erklären (Senat, Beschluss vom 25. 11. 1980 – 23 WLw 16/80 – RdL 1981, 130; Steffen, RdL 1974, 85 ff., 86; Fassbender, DNotZ 1982, 736, 737; Wöhrmann, Das Landwirtschaftsrecht, 9. Aufl., § 1 Rn. 118; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, 10. Aufl., § 1 HöfeO Rn. 56). In einem solchen Fall hat das Landwirtschaftsgericht in entsprechender Anwendung des § 10 HöfeVfO das GBA von der Erklärung des Eigentümers zu unterrichten und um die Anlegung von Höfeakten zu ersuchen, die bei den Grundakten aufzubewahren sind (Senat a.a.O.; Fassbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 10 HöfeVfO Rn. 2).

Ein Rechtsschutzinteresse an der Eintragung in die Höfeakten hat der Eigentümer auch, wenn eine kraft Gesetzes entstandene Hofeigenschaft durch Hofaufgabeerklärung erlöschen soll. Deren Eintragung dient ebenso wie diejenige der vorsorglichen Aufgabeerklärung der Beseitigung einer unklaren oder zweifelhaften Rechtslage. Die bloße Aufbewahrung der Hofaufgabeerklärung bei den Grundakten bietet weniger Klarheit und Sicherheit als die Eintragung in zu diesem Zweck angelegte Höfeakten. Ebenso wie für eine vorsorgliche Hofaufgabeerklärung (Fassbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo a.a.O.) sind daher auch für eine Aufgabeerklärung der vorliegenden Art in jedem Fall Höfeakten anzulegen.

Es mag sein, dass es nicht der Eintragung eines Hofvermerks zum Zweck ihrer Löschung bedarf (so LG Mönchengladbach MittRhNotK 1981, 45). Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr eine Eintragung in die anzulegenden Höfeakten etwa folgenden Wortlauts:

„Die kraft Gesetzes entstandene Hofeigenschaft ist aufgrund der am . . . beim Landwirtschaftsgericht . . . (Az.) eingegangenen Erklärung des Eigentümers erloschen“

(Fassbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 6 HöfeVfO Rn. 8).

**Anmerkung:**

1. Hof i. S. der Höfeordnung (HöfeO) ist nach § 1 Abs. 1 HöfeO eine im Gebiet der Bundesländer Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein oder Nordrhein-Westfalen belegene land- oder forstwirtschaftliche Besitzung mit einer zu ihrer Bewirtschaftung geeigneten Hofstelle, die im Alleineigentum einer natürlichen Person (Alleineigentümerhof) oder im gemeinschaftlichen Eigentum (Ehegattenhof) steht oder zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, sofern die Besitzung einen Wirtschaftswert von mindestens 10 000,- € hat (Ist-Hof). Bei einer Besitzung, die einen Wirtschaftswert von weniger als 10 000,- €, mindestens jedoch einen solchen von 5 000,- € hat, kann der Eigentümer die Hofeigenschaft herbeiführen, wenn er eine Hofeinführungserklärung abgibt und der Hofvermerk anschließend im Grundbuch eingetragen wird. (Kann-Hof, § 1 Abs. 1 S. 3 HöfeO).

2. Mit der Eigenschaft als Hof iSd. HöfeO sind einschneidende Rechtsfolgen verbunden. Der Hof kann aufgrund der höferechtlichen Sondernachfolge immer nur an eine Person vererbt oder übertragen werden (§§ 4, 17 HöfeO). Eine Ausnahme gilt insoweit nur für Ehegatten: Da die HöfeO den Ehegattenhof kennt, kann der Hof auch an ein Ehepaar vererbt oder zu Lebzeiten übertragen werden<sup>1</sup>. Hofnachfolger kann nur eine natürliche und gemäß § 6 Abs. 6 HöfeO wirtschaftsfähige Person werden. Ausgenommen vom Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit sind der Ehegatte des Hofeigentümers sowie solche Personen, die nur mangels Altersreife noch nicht wirtschaftsfähig sind (§ 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO).

Den Miterben, die nicht Hoferben geworden sind (weichende Erben), steht an Stelle eines Anteils am Hof gegen den Hoferben eine Abfindung gemäß § 12 HöfeO zu. Überträgt der Eigentümer den Hof durch Hofübergabevertrag an einen Abkömmling, so gilt gem. § 17 Abs. 2 HöfeO zugunsten der anderen Abkömmlinge der Hoferbfall mit dem Zeitpunkt der Übertragung als eingetreten (Fiktion des Erbfalls) mit der Folge, dass die Abfindungsansprüche der Abkömmlinge gem. § 12 HöfeO bereits zu Lebzeiten des Übergebers mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch fällig werden<sup>2</sup>. Die Abfindungsansprüche der weichenden Erben richten sich nicht nach dem Verkehrswert, sondern nur nach dem sog. Hofeswert, der gem. § 12 Abs. 2 HöfeO lediglich das Eineinhalbfache des letzten Einheitswertes und damit lediglich ein Bruchteils des Verkehrswertes beträgt. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände können gemäß § 12 Abs. 2 S. 3 HöfeO auf Verlangen Zu- und Abschläge nach billigem Ermessen geltend gemacht werden<sup>3</sup>.

Die Abfindungsregelung des § 12 HöfeO begünstigt den Hofnachfolger. Sie findet – wie die höferechtliche Sondernachfolge selbst – ihre Rechtfertigung in dem Bestreben, eine Zersplitterung des Grund und Bodens und eine wirtschaftliche Zerschlagung bäuerlicher Betriebe im Rahmen des Erbgangs oder der lebzeitigen Hofübergabe zu verhindern und dient damit dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien<sup>4</sup>. Der Grund für die abfindungsrechtliche Privilegierung des Hofnachfolgers entfällt mit dem Wegfall des höferechtlichen Zwecks, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Hoferbe den Hof

oder einzelne Hofgrundstücke veräußert. Für diese und weitere Fälle ordnet § 13 HöfeO eine Nachabfindungspflicht des Hofübernehmers an, um die auf § 12 beruhende abfindungsrechtliche Benachteiligung der weichenden Erben insoweit auszugleichen<sup>5</sup>.

Soll ein Hof i. S. der HöfeO zu Lebzeiten durch Hofübergabevertrag übertragen werden, so bedarf der Vertrag der Genehmigung durch das Landwirtschaftsgericht (§ 17 Abs. 1 iVm. § 16 Abs. 1 HöfeO). Bildet die landwirtschaftliche Besitzung dagegen keinen Hof i. S. der HöfeO, ist für die Erteilung der Genehmigung nicht das Landwirtschaftsgericht, sondern die Genehmigungsbehörde zuständig, z. B. in Nordrhein-Westfalen die Landwirtschaftskammer.

3. Wer die mit der Hofeigenschaft verbundenen Rechtsfolgen vermeiden möchte, weil er z. B. den Hof an mehrere seiner Kinder oder an eine nicht wirtschaftsfähige Person übertragen möchte, kann die Hofeigenschaft aufheben (§ 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO). Wer diese Rechtsfolgen, insbesondere das Abfindungsprivileg des § 12 HöfeO, hingegen wünscht, kann, sofern es sich nicht ohnehin schon um einen Hof i. S. der HöfeO handelt, die Hofeigenschaft bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einführen (§ 1 Abs. 4 S. 2 HöfeO). Die HöfeO folgt daher dem fakultativen, d. h. von dem Eigentümer frei wählbaren und ausschließbaren Höferecht. Der Eigentümer kann die Hofeigenschaft auch mehrfach abgeben, z. B. die Hofeigenschaft zunächst aufheben, sie sodann wieder einführen und schließlich wieder aufheben. Das fakultative Höferecht erlaubt daher auch die von vornherein zeitlich beschränkte Aufgabe der Hofeigenschaft zu dem Zweck, bei der Übertragung des Hofes die Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich aus der Anwendung der höferechtlichen Vorschriften ergeben<sup>6</sup>. Es bestehen daher keine Bedenken, wenn der Eigentümer vor der geplanten Übergabe die Hofeigenschaft aufhebt, z. B. weil Zweifel an der Wirtschaftsfähigkeit des Erwerbers bestehen, und der Erwerber nach der Übergabe die Hofeigenschaft wieder einführt. Dies stellt, wie der BGH kürzlich entschieden hat, selbst dann keine unzulässige Umgehung des Höferechts dar, wenn der Erwerber sich in dem Übergabevertrag zur Wiedereinführung der Hofeigenschaft verpflichtet hatte<sup>7</sup>.

4. Zur Aufhebung der Hofeigenschaft ist zweierlei erforderlich: Die Erklärung des Hofeigentümers, dass seine Besitzung nicht mehr Hof i. S. der HöfeO sein soll, und die Löschung des Hofvermerks im Grundbuch (§ 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO). Die Hofaufgabeerklärung ist gegen-

1 Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl. 1994, § 7 Rz. 5.

2 BGH NJW 1951, 561; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery § 17 Rz. 83.

3 § 12 Abs. 2 S. 3 HöfeO gilt nach BGH RNotZ 2001, 167 = NJW 2001, 1726 entsprechend, wenn sich die bei Inkrafttreten der HöfeO im Jahre 1976 zugrunde gelegte Wertrelation zwischen Einheitswert und Ertragswert infolge der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse und der unterbliebenen Anpassung der steuerlichen Einheitswerte erheblich verschoben hat.

4 BVerfG NJW 1963, 947; 1995, 2977; Peter/Roemer RNotZ 2005, 169.

5 Zur Belehrung des Notars über Nachabfindungsansprüche gem. § 13 HöfeO vgl. Peter/Roemer RNotZ 2005, 169.

6 BGH, Beschluss vom 28. November 2008 – BLw 11/08 = ZEV 2009, 144. Der BGH spricht treffend von einer zulässigen „Umschiffung“ von Schwierigkeiten, die ansonsten bei einer Anwendung der HöfeO auftreten könnte.

7 BGH, Beschluss vom 28. November 2008 – BLw 11/08 = ZEV 2009, 144.



über dem Landwirtschaftsgericht abzugeben; sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beglaubigung (§ 4 Abs. 2 HöfeVfO). Entsprechendes gilt in umgekehrter Richtung für die Einführung der Hofeigenschaft. Die Besitzung wird daher, sofern die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HöfeO erfüllt sind, Hof, wenn der Eigentümer erklärt, dass sie Hof sein soll, und wenn der Hofvermerk im Grundbuch eingetragen wird (§ 1 Abs. 4 S. 2 HöfeO). Wird der Hofvermerk aufgrund der Hofaufgabeerklärung oder der Hofeinführungserklärung des Eigentümers gelöscht oder eingetragen, so tritt die dadurch bewirkte Rechtsfolge, also der Verlust bzw. die Entstehung der Hofeigenschaft, rückwirkend mit dem Eingang der Erklärung beim Landwirtschaftsgericht ein (§ 1 Abs. 7 HöfeO).

5. In der Praxis kommt es gar nicht so selten vor, dass bei landwirtschaftlichen Besitzungen, die Hof sein könnten, weder ein positiver noch ein negativer Hofvermerk im Grundbuch eingetragen ist, also weder eingetragen ist, dass es sich um einen Hof i. S. der HöfeO handelt, noch vermerkt ist, dass eine vormals vorhanden gewesene Hofeigenschaft aufgehoben und damit erloschen ist. Das Schweigen des Grundbuchs ist leider kein verlässlicher Hinweis auf das Fehlen der Hofeigenschaft. Eine landwirtschaftliche Besitzung, welche die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HöfeO erfüllt, ist nämlich auch dann Hof i. S. der HöfeO, wenn kein Hofvermerk im Grundbuch eingetragen ist. Zwar begründet die Eintragung eines Hofvermerks gemäß § 5 HöfeVfO die – widerlegbare – Vermutung für das Bestehen der Hofeigenschaft. Umgekehrt gibt es aber keine Vermutung dafür, dass eine Besitzung ohne oder mit gelöschtem Hofvermerk nicht Hof i. S. der HöfeO ist<sup>8</sup>. Die Beteiligten und ihre Rechtsberater benötigen aber Klarheit darüber, ob es sich bei einer landwirtschaftlichen Besitzung um einen Hof i. S. der HöfeO handelt und deshalb das Sonderrecht der HöfeO zu beachten ist, oder ob für die Übergabe oder Vererbung eines landwirtschaftlichen Betriebes mangels Hofeigenschaft das allgemeine Recht gilt.

Zwar kann das Landwirtschaftsgericht gemäß § 11 Abs. 1 Buchst. a) HöfeVfO im Wege eines besonderen Feststellungsverfahrens auf Antrag darüber entscheiden, ob ein Hof i. S. der HöfeO vorliegt oder vorgelegen hat. Ein gerichtliches Feststellungsverfahren ist jedoch entbehrlich, wenn der Eigentümer das angestrebte Ergebnis auch durch eine höferechtliche Erklärung, nämlich die Hofaufgabeerklärung, erreichen kann. Wünscht der Eigentümer keine Hofeigenschaft, so kann er z. B. vor Abschluss eines Übergabevertrages oder der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen die Erklärung abgeben, seine Besitzung solle nicht Hof i. S. der HöfeO sein. Dieser Weg ist unproblematisch, wenn der Hofvermerk („Hof i. S. der HöfeO“) im Grundbuch eingetragen ist. Er ist aufgrund der Hofaufgabeerklärung sodann zu löschen und die Hofeigenschaft entfällt. Wie aber, und dies sind die hier interessierenden Fälle, wenn das Grundbuch über die Hofeigenschaft schweigt, der Eigentümer aber gleichwohl eine möglicherweise bestehende Hofeigenschaft aufheben möchte?

Auch in einem solchen Fall ist eine Hofaufgabeerklärung und die anschließende Eintragung des Erlöschens der Hofeigenschaft möglich, wie das OLG Köln mit dem

vorstehend abgedruckten Beschluss im Ergebnis zu Recht entschieden hat. Das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – war anderer Auffassung. Es hatte den Antrag, das Erlöschen der Hofeigenschaft aufgrund der Hofaufgabeerklärung im Grundbuch einzutragen (genauer: den Antrag, das Grundbuchamt zu ersuchen, das Erlöschen im Grundbuch einzutragen) mit folgender Begründung zurückgewiesen: Die Löschung eines Hofvermerks setze einen bereits eingetragenen Hofvermerk voraus. Daran fehle es aber hier. Es bestehe auch keine Veranlassung, einen nicht vorhandenen Hofvermerk zum Zwecke seiner sogleich folgenden Löschung einzutragen. Dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers sei dadurch Genüge getan, dass das Landwirtschaftsgericht die Hofaufgabeerklärung als vorsorgliche Gestaltungserklärung angesehen habe und diese gemäß § 10 HöfeVfO zu den Grundakten gegeben habe mit dem Ersuchen, sie dort aufzubewahren.

Das OLG Köln hat der sofortigen Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts stattgegeben und dieses angewiesen, das Grundbuchamt zu ersuchen, das Erlöschen der Hofeigenschaft einzutragen. Zur Begründung hat das OLG auf die Zulässigkeit einer vorsorglichen Hofaufgabeerklärung hingewiesen, die es dem Eigentümer ermögliche, die Hofaufgabe zu erklären, ohne die Eintragung des Hofvermerks abwarten zu müssen. Diese Begründung trifft den entschiedenen Fall nicht ganz. Dort handelte es sich um einen Hof i. S. der HöfeO, da alle Voraussetzungen für eine Hofeigenschaft gemäß § 1 Abs. 1 HöfeO vorlagen. Die Hofaufgabe ist daher nicht vorsorglich erklärt worden, weil unklar gewesen wäre, ob eine Hofeigenschaft bestand. Von der Hofeigenschaft war vielmehr ohne weiteres auszugehen. Es war lediglich kein Hofvermerk eingetragen.

Nach § 1 Abs. 4 HöfeO verliert eine landwirtschaftliche Besitzung die Eigenschaft als Hof, wenn der Eigentümer erklärt, dass sie kein Hof mehr sein soll, *und* wenn der Hofvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Die Löschung des Hofvermerks im Grundbuch ist daher im Falle der Hofaufgabeerklärung Voraussetzung für den Wegfall der Hofeigenschaft. Zwar geht § 1 Abs. 4 HöfeO von dem Regelfall aus, dass die Hofeigenschaft des Hofes vor der Hofaufgabeerklärung auch im Grundbuch eingetragen ist (vgl. § 2 der HöfeVfO).

Es gibt aber Fälle – und diese sind in der Praxis gar nicht so selten –, dass trotz bestehender Hofeigenschaft der Hofvermerk nicht im Grundbuch eingetragen ist. Gleichwohl handelt es sich in diesen Fällen um einen Hof i. S. der Höfeordnung. Soll daher in einer solchen Konstellation die Hofeigenschaft durch Hofaufgabeerklärung des Eigentümers wegfallen, so ist auch hier gemäß § 1 Abs. 4 HöfeO das Erlöschen der Hofeigenschaft im Grundbuch zu vermerken. Dass der Hofvermerk vorher nicht im Grundbuch eingetragen war, steht dem nicht entgegen.

Es gibt zwei Möglichkeiten, in diesen Fällen das Erlöschen im Grundbuch zu vermerken. Entweder in der Weise, dass zunächst der Hofvermerk eingetragen wird und sodann sofort wieder gelöscht wird. Es ist aber auch

8 Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 5 HöfeVfO Rz. 5.

möglich – und das wird in der Praxis der Landwirtschaftsgerichte und Grundbuchämter immer wieder übersehen –, in einem solchen Fall das Erlöschen der Hofeigenschaft im Grundbuch auf andere Weise zu verlautbaren, etwa durch folgende Formulierung: „Die bisherige (im Grundbuch nicht eingetragene) Hofeigenschaft ist durch Hofaufgabeerklärung des Eigentümers vom ... erloschen.“

Die bloße Aufbewahrung der Hofaufgabeerklärung bei den Grundbuchakten gemäß § 10 der HöfeVfO reicht dagegen nicht aus. Die Aufbewahrung kann einen Vermerk über das Erlöschen der Hofeigenschaft nicht ersetzen; daran ändert auch § 1 Abs. 7 HöfeO nichts. Dass eine solche bloße Aufbewahrung bei den Grundakten – ohne eine Eintragung im Grundbuch über das Erlöschen der Hofeigenschaft – auch sehr unbefriedigend ist, zeigt der vorliegende Fall. Hier ist nach den Ermittlungen des Landwirtschaftsgerichts – insoweit in der Entscheidung nicht enthalten – bereits im Jahr 1958 durch den Vater des Eigentümers eine Hofaufgabeerklärung abgegeben worden, ohne dass offensichtlich das Erlöschen der Hofeigenschaft im Grundbuch vermerkt worden wäre. Wenn in Zukunft wieder die Übergabe des landwirtschaftlichen Betriebs anstehen sollte, könnte trotz erneuter Hofaufgabeerklärung wieder nicht aus dem Grundbuch entnommen werden, dass es sich nicht mehr um einen Hof i. S. der Höfeordnung handelt. Ein solches Ergebnis widerspräche auch § 2 der HöfeVfO.

6. Die Entscheidung des OLG Köln ist, auch wenn die Begründung nicht unterscheidet, ob ein Hof vorliegt oder ob das Vorliegen der Hofeigenschaft zweifelhaft ist, sehr zu begrüßen. Sie kann nunmehr all denjenigen Amtsgerichten entgegengehalten werden – und das sind nicht wenige – welche die Eintragung des Erlöschens der Hofeigenschaft mit dem unzutreffenden Argument ablehnen, es könne nur ein eingetragener Hofvermerk gelöscht werden. Darüber hinaus enthält der Beschluss des OLG Köln auch Aussagen zur vorsorglichen Hofaufgabeerklärung, die über den entschiedenen Fall hinausreichen.

7. Die vorsorgliche Hofaufgabeerklärung ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt<sup>9</sup>. Danach ist der Eigentümer berechtigt, die Hofaufgabe trotz fehlenden Hofvermerks bereits dann zu erklären, wenn er nur befürchten muss, dass seine Besitzung Hof ist oder werden könnte<sup>10</sup>. Folgende Anwendungsfälle der vorsorglichen Hofaufgabeerklärung sind anerkannt:

a) Der Eigentümer einer landwirtschaftlichen Besitzung, deren Wirtschaftswert derzeit 10 000,- € noch unterschreitet, hegt die begründete Erwartung, dass der Wirtschaftswert demnächst auf über 10 000,- € ansteigen könnte. Hier darf der Eigentümer bereits vorab die Hofaufgabeerklärung abgeben, um das spätere Entstehen der Hofeigenschaft zu verhindern<sup>11</sup>.

b) Hat ein Voreigentümer die Hofeigenschaft aufgehoben und den Hofvermerk im Grundbuch löschen lassen, so wirkt die Hofaufgabeerklärung für alle Rechtsnachfolger, die das Eigentum am Hof im Wege eines (auch vorweggenommenen) Erbgangs erworben haben (Dauerwirkung der Hofaufgabeerklärung), wobei es auf die konkrete Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs (vor-

weggenommene Erbfolge, Schenkung von Todes wegen, Erbvertrag, Vermächtnis, Erbauseinandersetzung) nicht ankommt<sup>12</sup>. Dagegen wird bei einem Erwerb des Hofes durch ein Verkehrsgeschäft unter Lebenden (z. B. Kauf) die Dauerwirkung der Hofaufhebung überwiegend verneint<sup>13</sup>. Die Rechtslage ist aber streitig. Daher wird dem Erwerber der Besitzung in einem solchen Fall gestattet, zur Beseitigung des unklaren Rechtszustands eine vorsorgliche Hofaufgabe zu erklären<sup>14</sup>.

8. Durch die Entscheidung des OLG Köln vom 10. Februar 2009 ist nunmehr klargestellt, dass die vorsorgliche Hofaufgabeerklärung über ihre bisherigen Anwendungsfälle hinaus stets dann zulässig ist, wenn sie der Beseitigung einer unklaren oder zweifelhaften Rechtslage dient. Sie kann immer schon dann abgegeben werden, wenn nicht sicher ist, ob es sich bei der landwirtschaftlichen Besitzung um einen Hof i. S. der HöfeO handelt oder nicht. Die fehlende Eintragung eines Hofvermerks steht dem nicht entgegen.

*Notar Dr. Heiner Roemer, Jülich*

## **2. Liegenschaftsrecht – Unrichtige Grundstücksbezeichnung bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch einen Nichtberechtigten**

(*OLG München*, Beschluss vom 29. 1. 2009 – 34 Wx 070/08)

**BGB §§ 133; 1018**

**GBO §§ 19; 22 Abs. 1; 53 Abs. 1**

- 1. Zur Rechtslage, wenn die Beteiligten bei Bestellung einer Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) das dienende Grundstück unrichtig bezeichnen, weil die amtliche Flurkarte fälschlich die Ausübungsstelle nicht als eigenes Grundstück ausweist.**
- 2. Wird das Geh- und Fahrrecht nach Richtigstellung der Flurkarte vom GBA nunmehr an dem „richtigen“ Grundstück eingetragen, kann ein hiergegen eingelegtes Rechtsmittel nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass die erste Eintragung die Bewilligung „verbraucht“ hätte.**
- 3. Wird das Geh- und Fahrrecht von einem Nichtberechtigten eingeräumt, kann die Verfügung nach Maßgabe von § 185 Abs. 2 BGB wirksam werden.**

### **Zum Sachverhalt:**

I. Mit notarieller Urkunde vom 31. 5. 1983 überließ Frau K. ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter, den Bet. zu 1), zum Miteigentum je zur Hälfte aus dem Grundstück Fl.St. 1133 eine erst zu vermessende Teilfläche. Diese Teilfläche wurde im beigegeführten Lageplan rot gekennzeichnet. Die Bet. verpflichteten sich, nach Vorliegen des Veränderungsnachweises das ihrem Willen

9 OLG Köln AgrarR 1981, 171; Steffen RdL 1974, 85 ff., 86; Faßbender DNotZ 1982, 736, 737; Wöhrmann, Das Landwirtschaftsrecht, 9. Aufl., § 1 Rn. 118; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery; HöfeO, 10. Aufl., § 1 Rn. 56.

10 Wöhrmann, a.a.O., § 1 Rn. 118; OLG Köln AgrarR 1981, 171.

11 OLG Köln AgrarR 1981, 171.

12 BGH MittRhNotK 1992, 242 = NJW 1992, 2825.

13 Wöhrmann, a.a.O., § 1 Rn. 93; Schrimpf AgrarR 1984, 86; offen gelassen von BGH MittRhNotK 1992, 242 = NJW 1992, 2825.

14 Wöhrmann, a.a.O., § 1 Rn. 93; Lüdtke/Handjery, § 1 Rn. 56.

entsprechende Messungsergebnis in einer Nachtragsurkunde anzuerkennen und die Auflassung zu erklären. Zudem wurde in Abschnitt XIII ein Geh- und Fahrrecht auf Fl.St. 1133 zugunsten des Eigentümers von Fl.St. 1360 eingeräumt. Weiter heißt es unter Bezugnahme auf einen beigefügten und von den Parteien unterzeichneten Lageplan:

Dieses Recht kann ausgeübt werden in einer Breite von 4 m entlang der Ostgrenze des Vertragsgrundstücks. Diese Fläche ist in beigefügtem Lageplan grün eingezeichnet. . . .

Die notarielle Urkunde vom 26. 1. 1984 enthält als Nachtrag zur Urkunde vom 31. 5. 1983 die Messungsanerkennung und die Auflassung. Der veräußerte und vermessene Grundbesitz beschrieb sich nach dem Auszug aus dem Veränderungsnachweis Nr. 245. Die Bet. erkannten die Messungsergebnisse als richtig und ihrem Vertragswillen entsprechend an. Unter Abschnitt VII wurde zur Sicherung des in der Vorurkunde eingeräumten Geh- und Fahrrechts eine Grunddienstbarkeit im Grundbuch bewilligt und beantragt. Die Fläche, auf der das Recht ausgeübt werden kann, ist in der beigefügten Planskizze grün eingezeichnet. Die Planskizze wurde von den Urkundsbeteiligten unterzeichnet und als richtig anerkannt. Die Bet. zu 1) sind seit 21. 3. 1984 im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks Fl.St. 1133 eingetragen; zum gleichen Zeitpunkt wurde an diesem Grundstück in der Zweiten Abteilung des Grundbuchs auch das Geh- und Fahrrecht eingetragen.

Im Jahr 2005 stellte das Vermessungsamt im Zuge einer Qualitätsprüfung fest, dass das Fl.St. 1146/22 bisher nicht in der amtlichen Flurkarte dargestellt war. Das Liegenschaftskataster wurde am 16. 3. 2005 diesbezüglich berichtigt und dieses Flurstück nunmehr in die amtliche Flurkarte aufgenommen. Das Fl.St. 1146/22 liegt innerhalb des bis zu diesem Zeitpunkt in der Flurkarte ausgewiesenen Fl.St. 1133. Die Fläche, auf der das an Fl.St. 1133 eingetragene Geh- und Fahrrecht zugunsten des Eigentümers des Grundstücks Fl.St. 1360 ausgeübt werden kann, liegt vollständig auf Fl.St. 1146/22. Das Grundstück Fl.St. 1146/22 stand zum Zeitpunkt der Bestellung des Geh- und Fahrrechts im Eigentum der Stadt S. Es befindet sich gemäß Grundbucheintragung vom 25. 1. 2005 nun im Eigentum der Bet. zu 1).

Am 31. 10. 2006 haben die Bet. zu 2) als Eigentümer des herrschenden Grundstücks Fl.St. 1360 beim GBA beantragt, das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Geh- und Fahrrechts zu berichtigen. Das AG – GBA – hat eine Erklärung des Vermessungsamts eingeholt und nach Anhörung der Bet. zu 1) am 21. 3. 2007 am Grundstück Fl.St. 1146/22 in der Zweiten Abteilung eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers von Fl.St. 1360 eingetragen.

Die Bet. zu 1) haben gegen diese Entscheidung Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, das GBA anzuweisen, die eingetragene Grunddienstbarkeit zu löschen. Das LG hat am 3. 7. 2008 die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1).

Nach wie vor im Grundbuch eingetragen ist ein Geh- und Fahrrecht für den jeweiligen Eigentümer von Fl.St. 1360 zu Lasten des Grundstücks Fl.St. 1133.

### Aus den Gründen:

II. Gegenstand der Rechtsbeschwerde bildet die vom GBA am 21. 3. 2007 vorgenommene Eintragung der Grunddienstbarkeit auf dem Grundstück Fl.St. 1146/22. Die Bet. zu 1) haben den Rechtsbeschwerdeantrag dahingehend formuliert, den Beschluss des LG aufzuheben und den Antrag der Bet. zu 2) auf Berichtigung des Grundbuchs zurückzuweisen. In diesem wörtlichen Sinne könnte dem Antrag nicht entsprochen werden, weil die

Eintragung an Fl.St. 1146/22 bereits stattgefunden hat. Ersichtlich wird jedoch mit dem Rechtsmittel – wie bereits mit der Erstbeschwerde – die Löschung dieser Eintragung verlangt. So tragen die Bet. zu 1) nämlich ausdrücklich vor, die Berichtigung hätte nicht vorgenommen werden dürfen und sei rückgängig zu machen. Dem steht zwar die vom Rechtsbeschwerdegericht ebenso zu beachtende Beschränkung in § 71 Abs. 2 S. 2 GBO (vgl. Demharter, 26. Aufl., § 78 GBO Rn. 5) entgegen, weil sich an die erfolgte Eintragung des Rechts ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann (Budde in Bauer/von Oefele, 2. Aufl., § 71 GBO Rn. 35; Demharter, § 71 Rn. 36 f.). Jedoch ist der Antrag einschränkend dahin auszulegen, dass mit ihm die Eintragung eines Amtswiderspruchs erstrebt wird (Demharter, § 71 Rn. 55). Mit diesem Ziel kann die Rechtsbeschwerde zulässig verfolgt werden.

Auch in diesem beschränkten Umfang hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

### 1. Das LG hat ausgeführt:

Die zulässige Beschwerde sei unbegründet. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Dienstbarkeit an dem Grundstück Fl.St. 1146/22 lägen vor. Zwar beziehe sich die Bewilligung gemäß der Urkunde vom 26. 1. 1984 ausdrücklich nur auf das Grundstück Fl.St. 1133 und sei in ihrem Wortlaut daher eindeutig; gleichwohl sei die Erklärung einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zugänglich. Die Auslegung ergebe, dass die Bewilligung das Grundstück Fl.St. 1146/22 betroffen habe.

Das Geh- und Fahrrecht, auf das sich die Bewilligung vom 26. 1. 1984 bezogen habe, liege nach der Feststellung des Vermessungsamts unter Zugrundelegung der den notariellen Urkunden beigefügten Lagepläne bzw. Planskizzen tatsächlich auf dem Fl.St. 1146/22. Das Fl.St. 1133 sei von der Grunddienstbarkeit hingegen in keiner Weise berührt. Da es vorliegend zum Zeitpunkt der Bewilligung ein Grundstück Fl.St. 1146/22 mangels katastertechnischer Erfassung nicht gegeben habe, sei auch eine Grundbucheintragung insoweit unmöglich gewesen. Gleichwohl sei die Fläche des Geh- und Fahrrechts farblich am Ostrand des Grundstücks Fl.St. 1133 markiert. Aus diesen objektiven Gesichtspunkten lasse sich ein Erklärungsinhalt dahingehend ableiten, dass das Geh- und Fahrrecht auf der jeweils grün gekennzeichneten Fläche am vermeintlichen Ostrand des Grundstücks Fl.St. 1133 ausgeübt werden dürfe. Dass diese Fläche nicht zum Grundstück Fl.St. 1133 gehöre, stehe dem nicht entgegen.

Die in der Urkunde vom 26. 1. 1984 erklärte Bewilligung könne auch heute noch Grundlage für die Eintragung bilden. Die seitdem verstrichene Zeit mache die Bewilligung nicht unverwertbar. Diese unterliege als verfahrensrechtliche Handlung keiner Verjährung oder Verwirkung.

Die Eintragungsbewilligung sei auch durch die frühere Eintragung der Dienstbarkeit an dem dienenden Grundstück Fl.St. 1133 nicht „verbraucht“. Sie könne aufgrund der vorgenommenen gegenstandslosen Eintragung der Grunddienstbarkeit als Grundlage für eine neue Eintragung verwendet werden.



Dass die Bewilligung seinerzeit von einem Nichtberechtigten vorgenommen worden sei, stehe nicht entgegen. Die Bet. zu 1) hätten inzwischen das Grundstück Fl.St. 1146/22 erworben; dadurch sei eine Heilung gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB eingetreten. Das objektiv Gewollte entspreche zum heutigen Zeitpunkt auch dem Erfordernis der Berechtigung.

2. Aus Rechtsgründen ist dies im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde war nach § 71 Abs. 2 GBO nur beschränkt zulässig (s. o. vor 1.). Die Eintragung eines Widerspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO kommt jedoch nicht in Betracht, weil das Grundbuch durch die vorgenommene Eintragung der Grunddienstbarkeit an Fl.St. 1146/22 nicht unrichtig geworden ist. Denn eine unrichtige Bezeichnung des von den Bet. übereinstimmend gewollten Belastungsobjekts ist materiell-rechtlich insofern unschädlich, als sich die Einigung auf das in Wirklichkeit Gewollte bezieht (sog. falsa demonstratio; BGH DNotZ 2001, 846; NJW 2002, 1038; BayObLG Rpfleger 2005, 21). Mit der Eintragung auf dem zutreffenden Grundstück entsteht die Grunddienstbarkeit erstmals (BGH WM 1993, 2176, 2177 = DNotZ 1994, 230; KEHE/Dümig § 22 Rn. 13). Für den Fall der Vertauschung des Belastungsobjekts gelten insoweit dieselben Grundsätze wie für die fehlerhafte Bezeichnung des Berechtigten in Form des herrschenden Grundstücks (BayObLGZ 1986, 513, 516 f. = DNotZ 1987, 621; Meikel/Böttcher, 10. Aufl., § 22 GBO Rn. 12).

a) Die Bewilligungsurkunde ist als Grundbucheintragung auslegungsfähig. Für die Auslegung gilt § 133 BGB entsprechend, wobei jedoch zu beachten ist, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das GBA Grenzen setzen. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (z. B. BGHZ 113, 374, 378 = DNotZ 1991, 888 = MittRhNotK 1991, 151; BayObLGZ 2002, 263, 265 = DNotZ 2002, 950 = RNotZ 2002, 509; Demharter, § 19 Rn. 28 m. w. N.). Der Senat als Rechtsbeschwerdegericht hat die Auslegung ohne Bindung an die tatrichterliche Würdigung selbst vorzunehmen (Demharter, § 19 Rn. 29 a. E.; § 78 Rn. 15 m. w. N.).

b) Die Auslegung ergibt, dass die Parteien eine rechtsgeschäftlich auf eine Ausübungsstelle festgelegte Dienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht; § 1018 BGB) zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines herrschenden Grundstücks vereinbart haben (vgl. Demharter, Anh. zu § 44 Rn. 12; § 7 Rn. 21). Das Recht als solches sollte an der gesamten Fläche des dienenden Grundstücks eingeräumt werden. Davon getrennt und sprachlich abgehoben wurde die Ausübungsstelle von den Parteien örtlich wie im Umfang genau beschrieben sowie entsprechend den grundbuchspezifischen Bestimmtheitsanforderungen in einem als Bestandteil der öffentlichen Urkunde beigefügten Lageplan farblich dargestellt (BGH NJW 1972, 1283 f.; vgl. auch Senat vom 5. 1. 2009, 34 Wx 021/08). Dass die Parteien in Widerspruch zum Lageplan eine Ausübungsstelle bestimmen wollten, die sich an der erst 2005 bekannt gewordenen tatsächlichen Ostgrenze

des Grundstücks Fl.St. 1133 befindet, kann aufgrund der für jedermann in der Natur ohne weiteres ersichtlichen Verhältnisse (vgl. BGH NJW 1982, 1039 = DNotZ 1982, 230; BayObLG DNotZ 1989, 568 = MittRhNotK 1988, 234) – dort befindet sich ein landwirtschaftliches Gebäude – ausgeschlossen werden.

c) Mit dem bei den Grundakten befindlichen unterschriebenen und mit Dienstsiegel versehenen Schreiben des Vermessungsamts vom 7. 2. 2007 ist in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 107 f. = DNotZ 1989, 164; BayObLG DNotZ 1998, 295, 297), dass die dermaßen festgelegte Ausübungsstelle für die Grunddienstbarkeit sich nicht auf dem Grundstück Fl.St. 1133, sondern ausschließlich und vollständig auf dem östlich anschließenden selbständigen Grundstück Fl.St. 1146/22 befindet. Hiernach erscheint es dem Senat möglich, auch ohne Umdeutung (§ 140 BGB; siehe BayObLG DNotZ 1998, 295, 297) bereits durch Auslegung der Grundbucheintragung den wahren Willen der Bet. zweifelsfrei festzustellen (vgl. BayObLG Rpfleger 2005, 21).

d) Auch wenn die Auslegung der Bestellsurkunde ergeben hat, dass dienendes Grundstück das Grundstück Fl.St. 1146/22 ist, so ist dies doch nicht durch die Eintragung im Grundbuch von vorneherein Grundbuchinhalt geworden und damit einer bloßen Richtigstellung zugänglich (so aber OLG Düsseldorf Rpfleger 1987, 496). Denn die eindeutige Ausweisung des Belastungsgegenstands im Grundbuch verbietet eine Heranziehung der Eintragungsbewilligung. Zum einen erlaubt § 874 BGB nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts die Bezugnahme, was einer Auslegung der Eintragung auf der Grundlage der Eintragungsbewilligung entgegensteht. Zum anderen ist die Eintragung an dem bezeichneten Flurstück selbst eindeutig (vgl. § 28 S. 1 GBO) und einer Auslegung nicht zugänglich (BGH WM 1993, 2176, 2177 = DNotZ 1994, 230).

e) Hieraus folgt, dass die Dienstbarkeitsbestellung im Vertrag vom 31. 5. 1983 im Grundbuch noch nicht vollzogen, das Recht damit auch noch nicht entstanden war. Wegen der Berechtigung der Bet. zu 1) verweisen die Vorinstanzen zutreffend auf § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB, der im Sachenrecht ebenso Anwendung findet (RGZ 54, 362, 367; 89, 152, 157). Das GBA konnte rechtsfehlerfrei vom Fortbestehen der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Bet. zu 1) ausgehen, die zugunsten Dritter – der Eigentümer von Fl.St. 1360 – eingeräumte Dienstbarkeit (LG Traunstein MittBayNot 1980, 200; vgl. Limmer, ZfIR 1997, 633, 637) zur Entstehung zu bringen. Dies ist erst mit der Grundbucheintragung am 21. 3. 2007 übereinstimmend mit der materiellen Rechtslage geschehen.

Im Übrigen würde nichts anderes gelten, wenn der jeweilige Eigentümer von Fl.St. 1360 durch die Eintragung des Rechts an Fl.St. 1133 aufgrund der auch dem öffentlichen Glauben nach § 892 BGB unterliegenden Bestandsangaben (vgl. Staudinger/Gursky, Bearb. 2008, § 892 BGB Rn. 30) ein Geh- und Fahrrecht bereits erworben hatte, bevor das Recht nunmehr an dem Grundstück Fl.St. 1146/22 eingetragen wurde.

In jedem Fall ist das Grundbuch durch die angegriffene Eintragung des Geh- und Fahrrechts am Grundstück

1146/22 nicht unrichtig geworden (vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO). Ob es zu einem „Verbrauch“ der Eintragungsbevollmächtigung bereits durch die Eintragung vom 21. 3. 1984 gekommen ist (siehe Demharter, § 19 Rn. 114), kann auf sich beruhen. Denn § 19 GBO ist nur Ordnungsvorschrift; durch die Eintragung wird eine Rechtsänderung, falls ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen, deshalb auch dann herbeigeführt, wenn keine oder keine formgerechte Bewilligung vorgelegen hat (BayObLGZ 2000, 176, 179).

3. Weil das Recht am dienenden Grundstück Fl.St. 1146/22 bestellt wurde, erweist sich die noch vorhandene Eintragung am Grundstück Fl.St. 1133 als unrichtig. Sie ist nicht Gegenstand der Rechtsbeschwerde. Vom GBA wird sie nach Maßgabe von § 22 Abs. 1 GBO zu löschen sein.

### 3. Liegenschaftsrecht – Zur Änderung einer Teilungserklärung aufgrund Vollmacht

(*OLG München*, Beschluss vom 17. 2. 2009 – 34 Wx 091/08 – mitgeteilt von *RichterIn am OLG München Edith Paintner*)

#### BGB §§ 167; 308 Nr. 4

#### GBO §§ 13; 19

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

#### Zum Sachverhalt:

I. Mit Erklärung vom 4. 7. 2002 wurde das Eigentum an dem gegenständlichen Grundstück nach § 8 WEG in Miteigentumsanteile aufgeteilt und die Teilung am 18. 7. 2002 im Grundbuch vollzogen.

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

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

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

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

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

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

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

a) Die beabsichtigten Um- und Ausbaumaßnahmen vorzunehmen und das Dachgeschoß auszubauen . . .

b) Änderungen der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung und der Teilungspläne vorzunehmen . . .

c) die den Sondereigentumsanteilen zugeordneten Sondernutzungsrechte an Kellern und Abstellflächen neu zuzuordnen, neu zu begründen oder aufzuheben, soweit Sondernutzungsrechte, die den vom Käufer erworbenen Einheiten zugewiesen sind, nicht berührt werden;

d) . . . Hinsichtlich der vorzunehmenden Umbau- und Ausbaumaßnahmen gilt Folgendes: . . .

In der Folgezeit verkaufte und übereignete die Bet. zu 1) Miteigentumsanteile. In den notariellen Kaufvertragsurkunden wurde auf die oben genannte Urkunde Bezug genommen. Unter § 15 („Änderung der Teilungserklärung; Vollmacht“) ist jeweils vereinbart:

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

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

Darüber hinaus behält sich der Verkäufer das Recht zum Dachgeschoßausbau entsprechend den in der Teilungserklärung vom 4. 7. 2002, . . . getroffenen Feststellungen vor; auch insoweit wird auf die genannte Urkunde Bezug genommen.

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

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

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

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

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

#### V o l l m a c h t

zur Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung.

Diese Vollmacht ist im Außenverhältnis unbeschränkt; im Innenverhältnis ist der Verkäufer verpflichtet, die Beschränkungen

gen, wie vorstehend festgelegt, zu beachten. Die Vollmacht kann nur vor dem amtierenden Notar, dessen amtlich bestellten Vertreter oder Amtsnachfolger verwendet werden. Die Vollmacht erlischt, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum in der Wohnanlage ist. Der Käufer verpflichtet sich, etwaigen Rechtsnachfolgern die sich aus den getroffenen Vereinbarungen ergebenden Verpflichtungen mit Weitergabeverpflichtung aufzuerlegen.

Mit Schreiben vom 8. 8. 2005 an das GBA wandten sich drei Miteigentümer in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbeiräte gegen die beabsichtigte Begründung von Sondernutzungsrechten an Gartenanteilen. Sie erklärten „höchst vorsorglich“ den Widerruf der „eventuell wirksam erteilten Vollmacht“. Der Widerruf erfolge aus wichtigem Grund. In den jeweiligen Kaufverträgen sei die Bauträgervollmacht eingeschränkt für Dachausbaumaßnahmen erteilt worden. Sondernutzungsrechte am gemeinschaftlichen Grundstück dürften damit nicht begründet werden, weil die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts die anderen Miteigentümer vom Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausschließe.

Mit Urkunde vom 11. 8. 2006 (4. Nachtrag zur Teilungserklärung) wurden zusätzliche Sondernutzungsrechte an Gartenanteilen – bislang im Gemeinschaftseigentum – für die Wohnungen im Erdgeschoß begründet und den jeweiligen Eigentümern dieser Wohnungen zugewiesen. Auf den Eintragungsantrag des Notars hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 20. 4. 2007 unter Fristsetzung u. a. beanstandet, dass, soweit neue Sondernutzungsrechte an Gartenflächen zugewiesen würden, die in Bezug genommenen Vollmachten in den Kaufverträgen nicht ausreichend seien. Die gegen diesen Punkt der Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde hat das LG mit Beschluss vom 24. 9. 2008 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom beurkundenden Notar eingelegte weitere Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

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

##### 1. Das LG hat ausgeführt:

Das GBA habe die in den Kaufverträgen enthaltenen Vollmachten hinsichtlich der Begründung von Sondernutzungsrechten an Gartenanteilen zu Recht als nicht ausreichend erachtet. Voraussetzung für die Eintragung sei eine wirksame Eintragungsbewilligung der Betroffenen, die in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sei. (...)

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

a) Vollmachten (§ 167 BGB) zur Abgabe von Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträgen hat das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen, da es um die Wirksamkeit von Verfahrenshandlungen geht (§§ 13, 19 GBO; BayObLGZ 2002, 296, 298 = DNotZ 2003, 51 = RNotZ 2002, 513; Demharter, § 78 Rn. 15

m. w. N.). Desgleichen hat der Senat die Rechtsfrage zu beurteilen, ob die Vollmachten dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BayObLG a. a. O.; Demharter, § 19 Rn. 28 und 29).

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

Die Vollmacht ist auch nicht offensichtlich nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam. Ob diese Vorschriften auf Grundbuchvollmachten überhaupt anzuwenden sind, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Angesichts der Bindungen im Innenverhältnis liegt trotz der Unbeschränktheit im Außenverhältnis bei der konkret vorliegenden Vertragsgestaltung jedenfalls kein offensichtlicher Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB vor. Insbesondere dürfen im Innenverhältnis das Sondereigentum und die dem Käufer zur Sondernutzung zugewiesenen Gegenstände durch die Änderung nicht berührt werden. Insoweit ist die Klausel einschränkender als die, welche der Entscheidung des BayObLG vom 12. 9. 2002 (BayObLGZ 2002, 296 = DNotZ 2003, 51 = RNotZ 2002, 513) zugrunde lag. Dort durfte das Sondereigentum bei „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ nicht beeinträchtigt werden. Die Prüfungskompetenz des GBA beschränkt sich auf offensichtliche Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB (BayObLG a. a. O.; BayObLG OLG-Report 2003, 149; 2003, 151; Demharter, § 19 Rn. 43), weil eine umfassende Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen die Prüfungsmöglichkeiten des GBA, wie sie von der Grundbuchordnung vorgegeben sind, übersteigen würden (vgl. Demharter, § 19 Rn. 41, 42; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 211 ff., Rn. 217). Nur Wertungen, die im Einzelfall ohne weitere Ermittlungen und ohne nähere Kenntnis weiterer Umstände lediglich aus den vorgelegten Eintragungsunterlagen ohne Zweifel beurteilt werden können, berechtigen das GBA zur Prüfung und Beanstandung (vgl. BayObLG OLG-Report 2003, 149).

b) Das LG geht mit der Rechtsprechung des damals für Grundbuchsachen zuständigen 32. Zivilsenats (Beschluss vom 13. 6. 2006, 32 Wx 079/06 = DNotZ 2007, 41 = RNotZ 2006, 426) davon aus, dass eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht den Bevollmächtigten nicht zur Abgabe von Erklärungen gegenüber dem GBA berechtigt, die ihm durch eine interne Abrede mit dem Vollmachtgeber in derselben Urkunde untersagt sind, wenn evident ist, dass dem Vollmachtgeber durch die Erklärung ein Vermögensschaden entsteht. Evident muss nach dieser Entscheidung auch die Überschreitung der intern vereinbarten Beschränkungen sein. Ob dem der nun für Grundbuchsachen zuständige 34. Senat im dort gegebenen Fall gefolgt wäre (ablehnend Munzig, DNotZ 2007, 43; Holzer, NotBZ 2007, 29; Demharter, § 19 Rn. 76), kann auf sich beruhen. Dort durften im Innenverhältnis die Vollmachten nur zu solchen Änderungen verwendet werden, durch die die Rechte der Käufer bei



wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht geschmälert wurden. Hier erklärt sich der Käufer hingegen mit Änderungen der Teilungserklärung unter der Voraussetzung einverstanden, dass ihm hierdurch keine zusätzlichen Belastungen entstehen und das Sondereigentum sowie die ihm zugewiesenen Sondernutzungsrechte nicht berührt werden. Das Sondereigentum wird durch die beabsichtigte Änderung nicht berührt. Was unter „zusätzlichen Belastungen“ zu verstehen ist, erschließt sich zwar nicht auf den ersten Blick. Falls damit aber rechtliche wie wirtschaftliche Nachteile jeglicher Art gemeint sein sollten, ist nicht ersichtlich, weshalb, ohne Zusätze wie „insbesondere“ oder „besonders“, noch ausdrücklich festgehalten ist, dass das Sondereigentum nicht berührt werden darf.

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

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

Die Vollmacht ist nicht ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet. Es handelt sich nicht um eine isolierte Vollmacht. Sie soll ersichtlich dem Vorteil des Vollmachtnehmers dienen. Die Möglichkeit der Schaffung neuen zusätzlichen Wohnungseigentums gehört zur sinnvollen und von vornherein beabsichtigten Verwertung des Grundstücks. Damit ist die Vollmacht auch ohne ausdrückliche Erklärung unwiderruflich (vgl. BGH WM 1985, 646; BayObLG NJW-RR 1996, 848 = DNotZ 1997, 312 = MittRhNotK 1996, 217; BayObLGZ 2001, 279 = DNotZ 2002, 149 = RNotZ 2002, 107).

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

ohne Ausschluss der Miteigentümer vom (weiteren) Gebrauch nicht denkbar sind.

d) Die Vollmacht ist zeitlich befristet, sie erlischt nämlich dann, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum in der Wohnanlage ist.

Ob sie noch gilt, wird das GBA anhand der einzelnen Grundakten abschließend zu klären haben.

#### 4. Liegenschaftsrecht – Eintragung einer (Rück-)Auflassungsvormerkung bei Erwerb in GbR

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 3. 2. 2009 – 25 T 52/09)

#### BGB §§ 705 ff.; 883

**Erwirbt eine aus mehreren Personen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts Grundbesitz, so kann eine Rückauflassungsvormerkung nur hinsichtlich des gesamten Grundbesitzes zu Lasten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Rückauflassungsvormerkung kann demgegenüber nicht in das Grundbuch eingetragen werden, wenn nur derjenige zur Rückübertragung verpflichtet sein soll, in dessen Person die Voraussetzungen des Rückübertragungsanspruches erfüllt sind.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) hat durch Vertrag vom 17. 9. 2008 (UR-Nr. . . / 2008 des Notars . . .) das Eigentum an dem in Rede stehenden Grundbesitz an die Bet. zu 2) bis 4) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegen Einräumung eines Nießbrauchs und eines Rückauflassungsanspruches übertragen. Mit Schriftsatz vom 18. 9. 2008 beantragte Notar . . . für die Bet. unter Bezugnahme auf den notariellen Kaufvertrag die Eintragung der Eigentumsumschreibung, des Nießbrauchsrechts für die Bet. zu 1) und einer Rückauflassungsvormerkung.

Der Rechtspfleger hat mit Zwischenverfügung vom 13. 11. 2008 darauf hingewiesen, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne, da Inhalt der Rückübertragungsvormerkung sein solle, dass bei mehreren Erwerbern nur derjenige zur Rückübertragung verpflichtet sei, bei dem die Voraussetzungen des Rückübertragungsanspruches erfüllt seien. Eine teilweise Rückübertragung sei aber nicht möglich, da die Erwerber in Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwürben.

Im Kaufvertrag heißt es unter Ziff. III. 2. insoweit:

„[Die Bet. zu 1)] ist berechtigt, die Rückübertragung des übertragenen Grundbesitzes zu verlangen, wenn:

a) ein Erwerber ohne schriftliche Zustimmung der Rückforderungsberechtigten über den an ihn übertragenen Grundbesitz oder Teile desselben verfügt, insbesondere ihn belastet oder veräußert; oder

b) Dritte die Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz betreiben oder beantragen, über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Insolvenzverfahren zu eröffnen, oder der Grundstückseigentümer eine eidesstattliche Versicherung über seine Vermögensverhältnisse abgeben muss und der jeweilige Antrag nicht binnen zwei Monaten wieder zurückgenommen wird; oder

c) ein Erwerber vor der Veräußerin versterben sollte.

Bei mehreren Erwerbern ist nur derjenige zur Rückübertragung verpflichtet, bei dem die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind.“

Der Notar ist der Zwischenverfügung mit Schriftsatz vom 29. 12. 2008 entgegengetreten und hat die Auffassung vertreten, die Erwerber hätten sich insgesamt verpflichtet, den Grundbesitz nicht ohne Zustimmung der Bet. zu 1) zu veräußern oder zu belasten; dies könne durch eine Rückauffassungsvormerkung gesichert werden. Der Sonderfall, dass nur in der Person eines Erwerbers die Rückübertragungsvoraussetzungen vorliegen, setze eine Auseinandersetzung der Gesellschaft voraus; sei diese erfolgt, spreche nichts gegen die Eintragung einer Vormerkung zu Lasten des gesamten Grundbesitzes. Andernfalls sei eine Auffassungsvormerkung überhaupt nicht eintragungsfähig, weil keine verfügbaren Miteigentumsanteile gebildet wurden.

Mit weiterer Zwischenverfügung vom 7. 1. 2009 hat der Rechtspfleger darauf hingewiesen, dass dem Antrag nach wie vor nicht entsprochen werden könne. Es gebe nur einen Erwerber, nämlich die Gesellschaft; der Text des Kaufvertrages lasse in der eingangs zitierten Passage aber darauf schließen, dass auch das Verhalten eines einzelnen Gesellschafters gemeint sei. Dies werde durch den letzten Satz des Zitats bestätigt. Da nicht die Gesellschafter, sondern die Gesellschaft Eigentümerin sei, könne es keinen Rückübertragungsanspruch gegen einzelne Gesellschafter geben.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde des beurkundenden Notars hat der Rechtspfleger nicht abgeholfen und sie der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 Abs. 1, 73 GBO), in der Sache jedoch nicht begründet.

Die Kammer schließt sich den überzeugenden Ausführungen des Rechtspflegers uneingeschränkt an.

Der Rechtspfleger hat zutreffend darauf hingewiesen, dass Eigentümerin die Gesellschaft wird (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 4. 12. 2008, Az. V ZB 74/08 = RNotZ 2009, 227 mit Anm. Heil). Eine Rückauffassungsvormerkung könnte daher nur hinsichtlich des gesamten Grundbesitzes zu Lasten aller – in Gesellschaft verbundenen – Erwerber eingetragen werden (vgl. BeckOK-GBO/Kral, Stand: 1. 10. 2008, Sonderbereich „Gesellschaftsrecht“, Rn 83 a; Schöner/Stöber, 14. Aufl. 2008, Rn 982 i). Einen solchen Rückübertragungsanspruch haben die Bet. hingegen der Bet. zu 1) vertraglich nicht eingeräumt; vielmehr soll sich der Anspruch ausdrücklich nur gegen denjenigen Erwerber richten, in dessen Person der Rückübertragungsgrund entstanden ist. Mithin würde das Grundbuch bei Eintragung einer Vormerkung zu Lasten der Erwerberin unrichtig. Zu Lasten einzelner Gesellschafter ist die Einräumung eines Rückübertragungsanspruchs zu Gunsten der bisherigen Eigentümerin nur schuldrechtlich möglich, da nicht das Grundstück oder ein Anteil dessen belastet ist, sondern lediglich ein – im Grundbuch als solcher nicht eingetragener – Gesellschaftsanteil betroffen ist (vgl. a.a.O.).

Nicht zu folgen vermag die Kammer der mit der Beschwerdeschrift vertretenen Auffassung, der Kaufvertrag sei in dem Sinne auszulegen, dass der Anspruch sich gegen die Gesellschaft richte, die bei einem Rückübertragungsgrund, der nicht in der Person aller Gesellschafter vorliege, verpflichtet sein solle, einen dem Anteil des Gesellschafters entsprechenden Miteigentums-

anteil zu bilden und diesen rückzuübertragen. Ausgehend vom Wortlaut „ein Erwerber“ [in Ziff. III. 2. a) und c)] sowie „Bei mehreren Erwerbern [. . .] nur derjenige [. . .]“ (in Ziff. III. 2. am Ende) ergibt die Auslegung einen solch eindeutigen Wortsinn der Vereinbarung, über den hinaus ein Verständnis in dem von den Bet. vorgetragenen Sinn nicht möglich ist.

Überdies steht der Umstand, dass die Rückübertragung verschieden großer Anteile geschuldet sein kann, je nachdem ob der Grund in der Person eines, zweier oder aller Gesellschafter bzw. der Gesellschaft vorliegt, der Eintragung entgegen. Selbst wenn man die Belastung eines Bruchteils eines ungeteilten Grundstückes zuließe (vgl. dazu Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 883 BGB Rn. 97 und 100, jeweils m. w. N.), wäre die Vormerkung zu unbestimmt, da zumindest die Miteigentumsquote festgelegt oder bestimmbar sein müsste (a.a.O., Rn. 100). Daran fehlt es. Erst recht kann für den nicht auszuschließenden Fall, dass – unter Einhaltung der vertraglichen Voraussetzungen – Veränderungen bei den Gesellschaftsanteilen eintreten, keine bestimmte Quote festgelegt werden. Im Hinblick auf die grundsätzliche freie Übertragbarkeit der Anteile an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts wäre diese nicht einmal bestimmbar.

#### 5. Liegenschaftsrecht – Zur Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach dem BauGB

(VG Saarlouis, Beschluss vom 12. 2. 2009 – 5 L 69/09)

##### BauGB § 28 Abs. 2 S. 2 BGB §§ 463; 464 Abs. 2

- 1. Ein notarieller Kaufvertrag zwischen einer GmbH und einer GbR, an der die GmbH mit 10 % beteiligt ist und deren Zweck u. a. der Handel mit Immobilien ist, stellt keine Einbringung des Kaufobjekts in die Gesellschaft dar, wenn die Beteiligten zudem über das Bestehen eines Vorkaufsrechts belehrt wurden.**
- 2. Der Verkauf eines Grundstücks von einer GmbH an eine aus dieser und einer weiteren GmbH als Gesellschafter bestehenden GbR ist als Verkauf an einen „Dritten“ i. S. von § 463 BGB zu qualifizieren.**
- 3. Tritt die Gemeinde nach § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB i. V. m. § 464 Abs. 2 BGB in den Kaufvertrag ein, besteht von Gesetz wegen keine Möglichkeit der Heaufsetzung des Kaufpreises.**

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Ast. zu 1), eine GmbH, gründete mit Gesellschaftsvertrag vom 7. 11. 2008 zusammen mit der Ast. zu 2), ebenfalls eine GmbH, die Ast. zu 3), eine GbR. An dem Gesellschaftsvermögen der Ast. zu 3) sind die Ast. zu 1) mit 10 % und die Ast. zu 2) mit 90 % beteiligt.

Am 25. 11. 2008 schlossen die Ast. vor dem Notar S. in O. folgenden Kaufvertrag: Die Ast. zu 1) verkauft u. a. das Anwesen in A. an die Ast. zu 1) und 2) als Ast. zu 3). Im Grundbuch ist unter Abteilung II Nr. 1 eingetragen, dass die Sanierung durchgeführt wird. Als Kaufpreis ist in dem Vertrag ein Betrag von 243 000,- € für das Objekt genannt. Unter Nummer 12 heißt es in dem Vertrag, dass der Notar die Bet. auf die Möglichkeit des

Bestehens und der Bedeutung gesetzlicher Vorkaufsrechte, insbesondere nach §§ 24 ff. BauGB hingewiesen habe.

Der Notar bat die Ag. mit dem am 1. 12. 2008 eingegangenen Schreiben vom 27. 11. 2008 um Erteilung eines Negativattestes gemäß § 24 BauGB.

Privatschriftlich beschlossen die Ast. zu 1) und 2) unter dem 25. 11. 2008 unter Verzicht auf Formen und Fristen die Einbringung verschiedener Grundstücke in die Ast. zu 3), u. a. des „Objektes A-Stadt mit einem Wert von 243 000,- € sowie 500 000,- € als Kreditübernahme aus dem Gesamtkredit der Ast. zu 1) von 700 000,- €, worüber noch eine Grundschuld bestellt“ werde.

Mit Kaufvertrag vom 3. 12. 2008 verkauften die Ast. zu 1) und 2) zugleich in eigenem Namen als auch als Gesellschafter der Ast. zu 3) handelnd das Objekt an die Projektgesellschaft m. . . 1 GmbH mit Sitz in S. zum Kaufpreis von 900 000,- €.

Mit Schriftsatz vom 11. 12. 2008 teilte die Ag. dem Notar mit, dass sie die Ausübung des Vorkaufsrechts beabsichtige. Zugleich beantragte die Ag. beim GBA die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Überweisung des Grundstücks.

Der Notar machte unter dem 7. 1. 2009 geltend, dass kein Vorkaufsfall vorliege und bat um Erteilung einer Löschungsbewilligung für die Eigentumsvormerkung im Grundbuch. Bereits am 6. 1. 2009 erstellte der Notar eine Nachtragsurkunde zum Vertrag vom 25. 11. 2008, mit der der Kaufpreis auf 900 000,- € geändert wurde.

Mit dem in Streit stehenden Bescheid vom 21. 1. 2009 übte die Ag. das Vorkaufsrecht an dem Anwesen zu dem im notariellen Vertrag vom 25. 11. 2008 vereinbarten Kaufpreis von 243 000,- € aus und ordnete gemäß § 80 Abs. 2 Ziffer 4 VwGO die sofortige Vollziehung an. ( . . . )

Gegen den Bescheid vom 21. 1. 2009 haben die Ast. mit Schriftsatz vom 29. 1. 2009 beim Ag. Widerspruch erhoben.

Mit dem bei Gericht am 2. 2. 2009 gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts machen die Ast. geltend, die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB für die Ausübung des Vorkaufsrechts lägen schon deshalb nicht vor, weil es sich bei dem „Grundstückskaufvertrag“ in Wirklichkeit um die Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft handele, die kein Vorkaufsrecht auslöse.

### Aus den Gründen:

II. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die für sofort vollziehbar erklärte Ausübung des Vorkaufsrechts im Bescheid der Ag. vom 21. 1. 2009 ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Ag. hat das aus ihrer Sicht bestehende besondere öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung der Ausübung des Vorkaufsrechts in einer den formalen Erfordernissen des § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 S. 1 VwGO genügenden Weise ausreichend dargelegt, indem sie auf die Eilbedürftigkeit für den Erwerb des Grundstücks im Hinblick auf das laufende Vergabeverfahren abgestellt hat. ( . . . )

2. Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs gegen einen für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakt ganz oder teilweise anordnen. Im Rahmen der vom Gericht dabei zu treffenden Abwägung, ob das

öffentliche Interesse an der sofortigen Durchsetzung der Ausübung des Vorkaufsrechts das entgegenstehende private Interesse der Ast., unter Berücksichtigung von § 80 b VwGO bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Rechtsbehelf von Vollzugsmaßnahmen der Ausübung des Vorkaufsrechts verschont zu bleiben, überwiegt, sind die Erfolgsaussichten des Widerspruchs zu berücksichtigen. Dabei ist die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs in der Regel abzulehnen, wenn das Rechtsmittel nach dem derzeitigen Erkenntnisstand offensichtlich aussichtslos ist; umgekehrt überwiegt bei einer offensichtlichen Erfolgsaussicht des Widerspruchs das Aussetzungsinteresse der Ast. (vgl. Kopp, 14. Aufl. 2005, § 80 VwGO Rz. 152 ff., 158 ff.).

Die im Streit befindliche Ausübung des Vorkaufsrechts ist zur Überzeugung der Kammer offensichtlich rechtmäßig, sodass die Interessenabwägung zu Lasten der Ast. ausfällt.

Der Ag. hat sich als Rechtsgrundlage für den angegriffenen Bescheid auf § 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB gestützt. Danach steht der Gemeinde beim Verkauf von Grundstücken in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet und städtebaulichen Entwicklungsbereich ein Vorkaufsrecht zu.

Ob ein Kaufvertrag oder ein sonstiger nicht dem Vorkaufsrecht unterliegender Vertrag vorliegt, ist häufig schwierig zu entscheiden und muss aus Zweck und Inhalt des Vertrages u. U. abweichend von dessen Wortlaut ermittelt werden (Brügelmann/Rees, § 24 BauGB Rn. 11). Es kommt nicht auf die Absicht und die Ansicht der Vertragsparteien an, sondern darauf, wie das von ihnen Vereinbarte rechtlich zu beurteilen ist (RGZ 88, 361, 364; BGH vom 13. 7. 1957 – IV ZR 93/57, NJW 1957, 1515).

Auf dieser Grundlage handelt es sich bei dem am 21. 11. 2008 geschlossenen Vertrag entgegen der Einschätzung der Ast. um einen Kaufvertrag. Vom Ansatz her zutreffend machen die Ast. zwar geltend, dass bei der Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft kein Kaufvertrag vorliegt.

Der notariell beurkundete „Kaufvertrag“ lässt nach Form und Ausgestaltung keinen ernsthaften Zweifel daran, dass er das richtige Etikett trägt. Insoweit macht sich die Kammer die Einschätzung der Ag. zu eigen.

Bei dem Kaufvertrag handelt es sich auch um einen Kaufvertrag mit einem Dritten im Verständnis von § 463 BGB. Wenn das Grundstück im Eigentum von mehreren Personen steht, kann „Dritter“ in diesem Sinne nur sein, wer an der Gemeinschaft der Berechtigten nicht beteiligt ist (BGH, Urteil vom 23. 4. 1954 – V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 138). Dieser Grundsatz gilt insbesondere für Gesamthandsgemeinschaften wie Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 24 BauGB Rn. 54). Der Verkauf eines Grundstücks durch eine KG an eine GbR ist kein Verkauf an einen Dritten, wenn die Gesellschafter in beiden Gesellschaften identisch sind (OVG Lüneburg, Urteil vom 28. 2. 1983 – 6 A 108/81, BIGWB 1984, 79). Auch der Verkauf von Bruchteilseigentum unter Miteigentümern löst ein Vorkaufsrecht der Gemeinde nicht aus, denn der



Erwerber des Anteils bleibt innerhalb der Eigentümergemeinschaft; es wird kein Kaufvertrag mit einem „Dritten“ i. S. von § 463 BGB geschlossen (BGH, Urteile vom 23. 4. 1954, a.a.O., und vom 28. 4. 1967 – V ZR 163/65, BGHZ 48, 1).

Vorliegend ist die Verkäuferin – die Ast. zu 1) – zwar auch als Gesellschafterin an der Käuferin – der Ast. zu 3) – beteiligt. Die Ast. zu 2) war aber bisher nicht Eigentümerin des Grundstücks, sodass keine Identität von Verkäuferin und Käuferin vorliegt. Wenn die vorliegende Konstellation kein Vorkaufsrecht der Gemeinde auslösen würde, ließe sich jedes Vorkaufsrecht durch den Verkauf an eine aus Verkäufer und Käufer bestehende GbR und die anschließende Übertragung des Miteigentumsanteils des Verkäufers an den Käufer umgehen. Denn im letzteren Falle liegt nach dem Vorstehenden kein Verkauf an einen Dritten i. S. von § 463 BGB vor.

Die Ag. hat auch die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts eingehalten. Für die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 24 BauGB gilt § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB. Daher hat die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages zu erfolgen. Diese Frist ist vorliegend eingehalten worden.

Das Grundstück liegt auch im Geltungsbereich des mit Satzung vom 5. 4. 1972 förmlich festgesetzten Sanierungsgebietes „A-Stadt-Zentrum“, das das streitige Grundstück erfasst. Diese Satzung hat ihre Wirksamkeit nicht verloren. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass § 142 Abs. 3 S. 3 BauGB i. d. F. der Änderung durch Art. 1 des Gesetzes vom 21. 12. 2006 (BGBl I S. 3316) für die vorliegende Sanierungssatzung nicht anwendbar ist. Nach § 235 Abs. 4 BauGB sind Sanierungssatzungen, die vor dem 1. 1. 2007 bekannt gemacht worden sind, spätestens bis zum 31. 12. 2021 mit den Rechtswirkungen des § 162 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 aufzuheben, es sei denn, es ist entsprechend § 142 Abs. 3 S. 3 oder 4 eine andere Frist für die Durchführung der Sanierung festgelegt worden. Daher ist die in § 142 Abs. 3 S. 3 BauGB getroffene Regelung über die Festlegung einer Frist, in der die Sanierung durchgeführt werden soll, wobei die Frist 15 Jahre nicht überschreiten soll, hier nicht einschlägig. Der Umstand, dass der Beschluss über die Aufstellung der Sanierungssatzung inzwischen mehr als 36 Jahre zurückliegt, führt für sich allein nicht zur Unwirksamkeit der Satzung. Denn wie von der Ag. vorgetragen, werden gerade jetzt Maßnahmen durchgeführt, die der Umsetzung der in der Sanierungssatzung festgelegten Ziele dienen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Sanierungssatzung nicht durch Zeitablauf obsolet geworden ist.

Auch die Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB, wonach das Vorkaufsrecht nur dann ausgeübt werden darf, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt, liegen aller Voraussicht nach vor. Dabei bestimmt S. 2, dass die Gemeinde bei der Ausübung des Vorkaufsrechtes den Verwendungszweck des Grundstücks anzugeben hat. Bei der Konkretisierung des Begriffes des Wohles der Allgemeinheit ist immer auf den Einzelfall abzustellen, wobei allgemein ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Anforderungen, die sich aus dem Tatbestandsmerkmal des Wohls der Allgemeinheit ergeben, und dem Stand der Konkretisierung der Sa-

nierungsziele sowie dem Fortschritt bei der Verwirklichung der Sanierung besteht (vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, a.a.O.; BVerwG, Beschluss vom 15. 2. 1990 – 4 B 245.89, RdL 1990, 63 = ZfBR 1990, 207 = Buchholz, 406.11 § 24 BauGB Nr. 3 = NJW 1990, 2703 = BauR 1991, 191 = BRS 50 Nr. 107).

In dem Bescheid vom 21. 1. 2009 ist ausgeführt, der Innenstadtbereich sei in den Jahren 2002–2007 Modellprojekt im ExWoSt-Forschungsvorhaben des Bundes „Stadtumbau-West“ gewesen. Bestandteil des dabei erarbeiteten Handlungskonzeptes sei die Revitalisierung des ehemaligen Kaufhofstandortes. Aufgrund der Ergebnisse dieses Modellprojektes seien die Sanierungsziele neu formuliert worden. Ziel sei der Verkauf des ehemaligen K-Areals mit einer Baukonzession im Rahmen eines Investorenauswahlverfahrens. Da sich die ideale Größenordnung von 9 000 – 15 000 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche allein auf der Fläche des ehemaligen K. nicht realisieren lasse, solle die Fläche des Parkhauses in die Konzeption einbezogen werden. Diesem Konzept komme zur Stärkung der mittelstädtischen Versorgungsfunktion höchste Priorität zu.

Diese Begründung reicht aus, das vom Gesetz geforderte Wohl der Allgemeinheit zu belegen. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist im Hinblick auf das Wohl der Allgemeinheit schon dann gerechtfertigt, wenn bezogen auf eine bestimmte gemeindliche Aufgabe überwiegende Vorteile für die Allgemeinheit angestrebt werden. Dabei stellt auch ein langer Zeitraum seit der Inkraftsetzung einer Sanierungssatzung allein nicht schon in Frage, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB dem Wohl der Allgemeinheit dienen kann (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 15. 2. 1990, a.a.O. und vom 15. 3. 1995 – 4 B 33.95, NVwZ 1995, 897 = BauR 1995, 663 = Buchholz, 406.11 § 24 BauGB Nr. 6 = BRS 57 Nr. 125).

Im Hinblick darauf, dass das streitgegenständliche Grundstück derzeit nicht in einer Weise genutzt wird, die den Zielen der Sanierung entspricht, liegen die Voraussetzungen des § 26 Nr. 4 BauGB nicht vor, die eine Ausübung des Vorkaufsrechts ausschließen würden. Deshalb ist es auch unerheblich, ob das Gebäude derartige bauliche Mängel aufweist, dass von dem Vorliegen von Missständen oder Mängeln i. S. des § 177 Abs. 2 und 3 S. 1 auszugehen wäre.

Die Höhe des Kaufpreises stellt vorliegend kein Kriterium dar, das vom Ansatz her geeignet wäre, Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 21. 1. 2009 zu begründen. Insbesondere sieht die Gesetzeslage nicht die von den Ast. favorisierte Heraufsetzung des Kaufpreises (von 243 000,- auf 900 000,- €) vor. Nach § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB sind (im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts) die §§ 463, 464 Abs. 2, §§ 465 bis 468 und 471 BGB anzuwenden. Von Bedeutung für die Höhe der „Entschädigung“ ist hier allein § 464 Abs. 2 BGB, der lautet:

„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bedingungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.“

Da die Ag. das Vorkaufsrecht allein in Bezug auf den Kaufvertrag vom 25. 11. 2008 und nicht auch auf den

Nachtrag vom 6. 1. 2009 ausgeübt hat, bedeutet das vorliegend, dass der Kaufvertrag mit der Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen der Ast. zu 1) und der Ag. zum Kaufpreis von 243 000,- € zustande gekommen ist.

Zwar eröffnet § 28 Abs. 3 BauGB der vorkaufsberechtigten Gemeinde die Möglichkeit, den Kaufpreis herabzusetzen, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich überschreitet. Darum geht es vorliegend indes gerade nicht. Eine umgekehrte Möglichkeit, den Kaufpreis heraufzusetzen, sieht das Gesetz nicht vor.

Soweit sich die Ast. auf das Urteil des BGH vom 25. 9. 1986 (II ZR 272/85, NJW 1987, 890) stützen, lässt sich diesem für das vorliegende Verfahren nichts entnehmen. Dort ging es um die Auslegung eines in einem Aktien-Pool-Vertrag enthaltenen Vorkaufsrechts mit der Klausel, dass sich das Vorkaufsrecht nicht auf einen Verkauf erstreckt, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. Damit hat das vorliegende Verfahren nichts zu tun.

Spricht derzeit alles dafür, dass das Vorkaufsrecht von der Ag. offensichtlich rechtmäßig ausgeübt wurde, ist der Antrag mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO zurückzuweisen.

## **6. Familienrecht – Formbedürftigkeit einer Vereinbarung über den Ersatz von Aufwendungen eines Ehegatten für den Umbau des Familienheims** (*OLG Karlsruhe*, Urteil vom 19. 1. 2009 – 1 U 175/08)

### **BGB §§ 125; 1378; 1408; 1410**

- 1. Soll zwischen Eheleuten, die im gesetzlichen Güterstand leben, rechtswirksam vereinbart werden, dass Aufwendungen des einen in den Umbau des Wohnhauses der Familie, welches sich auf dem im Alleineigentum des anderen stehenden Grundstück befindet, zu ersetzen sind – im Gegenzug zu einem Verzicht auf sonstige Rechte an dem Anwesen –, so kann sich dies als Modifikation des gesetzlichen Güterstands durch Herausnahme bestimmten Vermögens aus dem Zugewinnausgleich darstellen und bedarf dann der für Eheverträge in § 1410 BGB bestimmten Form (im Anschluss an BGH NJW 1997, 2239 = DNotZ 1999, 514 = MittRhNotK 1998, 11).**
- 2. Allein aufgrund einer nach dieser Maßgabe formnichtigen privatschriftlichen Vereinbarung der Eheleute lässt sich in einer solchen Konstellation ohne zusätzliche Anhaltspunkte eine Ehegatteninnengesellschaft nicht annehmen.**

### **Zum Sachverhalt:**

I. Der Kl. verlangt die Erstattung von Aufwendungen für den Umbau eines im Alleineigentum der Bekl. stehenden Wohnanwesens.

Die Parteien sind im gesetzlichen Güterstand, aber getrennt lebende Eheleute. Das Scheidungsverfahren vor dem AG – Familiengericht – ist rechtshängig.

Die Eltern der Bekl. übertrugen dieser mit Übergabevertrag des Notariats S. (unter dem 15. 12. 1994 an die Bekl. zur Kenntnis-

nahme versandt), im Wege vorweggenommener Erbfolge das Alleineigentum am Wohnhausgrundstück K. Straße 3, ... S.-R. Dabei wurde den Eltern in § 3 des Vertrags ein lebenslanges Wohnrecht, ein Zustimmungsrecht hinsichtlich Verfügungen über das bzw. zu Lasten des Anwesens sowie ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf kostenfreie Rückübertragung eingeräumt. Der Rückübertragungsanspruch besteht danach, wenn die Bekl. gegen die Verfügungsbeschränkungen verstoßen, eine Zwangsvollstreckung in den übergebenen Grundbesitz erfolgen, die Bekl. vor ihren Eltern versterben, über das Vermögen der Bekl. ein Insolvenzverfahren eröffnet werden oder etwa auch die Ehe der Prozessparteien geschieden werden sollte. Einen Rückübertragungsanspruch haben die Eltern der Bekl. bis dato nicht geltend gemacht.

Nach der Übergabe des Anwesens wurde dieses anschließend von den Parteien umgebaut, wofür die Bekl. in Höhe von mehreren hunderttausend DM Bankdarlehen in Anspruch genommen hat. Ende 1996 zog die Familie in das Wohnanwesen ein. Am 24. 11. 1996 wurde das erste ehedemgemeinsame Kind geboren, das zweite folgte am 7. 11. 2000. Ab der Geburt des ersten Kindes wurde die zuvor durch einen etwa gleich hohen Verdienst beider Parteien geprägte Ehe als Hausfrauenehe geführt.

Am 18. 12. 1995 trafen die Parteien privatschriftlich folgende „Vereinbarung zwischen den Eheleuten“:

Herr R. verzichtet laut Übergabevertrag vom 15. 12. 1994 unwiderruflich auf sämtliche Rechte an dem Gebäude xy und der noch zu bildenden zweiten Wohneinheit (Aufstockung) falls einer im Übergabevertrag unter § 3 genannten Fälle eintritt und die Eltern von Frau R. ihr Rückforderungsrecht in Anspruch nehmen.

Im Gegenzug versichert Frau R., dass Herr R. alle nachweisbaren Kosten (Überweisungsbelege genügen), die ihm durch den Umbau entstanden sind, voll ersetzt bekommt, falls einer der o. g. Fälle eintritt.

Außerdem versichert Frau R., falls Herr R. als Bürge für einen oder für beide Darlehen bei der Volksbank S. über insgesamt DM 380 000,- für den Umbau in Anspruch genommen wird, ihm ebenfalls auch diese Kosten voll zu ersetzen, so dass Herrn R. keinerlei finanzielle Nachteile aus dem Umbau entstehen.

Es wird weiter vereinbart, dass nach Ablauf der Bauphase die gesamte finanzielle Beteiligung von Herrn R. für das Bauvorhaben festgestellt und zur Absicherung der Rechte aus dieser Vereinbarung ein notariell beglaubigter Vertrag zwischen den Eheleuten geschlossen wird.

Der zuletzt genannte notarielle Vertrag kam in der Folgezeit nicht zustande.

Der Kl. macht nun einen Aufwendungsersatzanspruch wegen von ihm verauslagter Umbaukosten für das Anwesen xy geltend.

Das LG hat Zeugen vernommen, namentlich zu den behaupteten (Bar-)Zahlungen des Kl. an Handwerker, dem Einkauf von Umbaumaterial sowie zur Gewährung eines PKW-Kauf-Darlehens durch den Vater der Bekl. Sodann hat das LG die Bekl. verurteilt, an den Kl. 48 766,22 € nebst Zinsen zu zahlen. Das LG sei zuständig, weil es sich bei der Vereinbarung vom 18. 12. 1995 um keine güterrechtliche Vereinbarung der Eheleute gehandelt habe; denn die Vereinbarung lasse den bestehenden Güterstand zwischen den Parteien unberührt. Der Kl. könne aufgrund dieser privatschriftlichen Vereinbarung von der Bekl. auch Zahlung verlangen. Die Vereinbarung sei weder sittenwidrig noch formnichtig. Die Formabrede habe nur der Beweissicherung gedient. Die Auslegung ergebe, dass ein Zahlungsanspruch des Kl. für alle Fälle bestehen sollen, in denen er das Nutzungsrecht am Grundstück verliere. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Kl. jedenfalls im teno-

rierten Umfang Zahlungen erbracht. Aufrechenbare Gegenansprüche stünden der Bekl. nicht zu.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Bekl. mit ihrer Berufung, im Rahmen derer sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft.

### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage.

Ohne Erfolg macht die Berufung freilich geltend, das LG habe zu Unrecht seine Zuständigkeit bejaht (dazu unter A.). Dem Kl. steht gegen die Bekl. allerdings ein Anspruch auf Ersatz – behaupteter – Aufwendungen für den Umbau des Anwesens xy nicht zu. Denn die entsprechende Vereinbarung der Parteien vom 18. 12. 1995 (nachfolgend nur: die Vereinbarung) ist unwirksam und gesetzliche Zahlungsansprüche des Kl. sind insoweit nicht ersichtlich (dazu B.).

Der Kl. kann auch nicht – wie zuletzt hilfsweise beantragt – von der Bekl. die Zustimmung zu einer notariellen Beurkundung der Vereinbarung vom 18. 12. 1995 verlangen (dazu C.).

A. Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, dass das LG zu Unrecht seine Zuständigkeit bejaht habe; schließlich sei vorliegend von einer Zuständigkeit der Familiengerichte auszugehen. Denn nach § 513 ZPO kann die Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das erstinstanzliche Gericht seine Zuständigkeit zu Unrecht bejaht habe.

B. In der Sache hat die Berufung indessen Erfolg. Denn der Kl. kann von der Bekl. Ersatz seiner – bestrittenen – Aufwendungen für den Umbau des Anwesens xy nicht verlangen.

1. Ein solcher Anspruch lässt sich insbesondere nicht aus der Vereinbarung der Parteien herleiten. Denn diese Vereinbarung ist gemäß § 125 BGB formunwirksam.

a) Dies folgt freilich nicht bereits, wie die Bekl. meint, daraus, dass die Parteien in Abs. 4 der Vereinbarung bestimmt haben, dass „nach Ablauf der Bauphase“ die gesamte finanzielle Beteiligung des Kl. am Bauvorhaben festgestellt und „zur Absicherung der Rechte aus dieser Vereinbarung“ vom 18. 12. 1995 ein „notariell beglaubigter Vertrag zwischen den Eheleuten geschlossen“ werden sollte.

Zwar sieht § 125 S. 2 BGB – entsprechend § 154 Abs. 2 BGB – vor, dass der Mangel einer vereinbarten Form (wie nach § 125 S. 1 BGB jener der gesetzlich vorgeschriebenen Form) „im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge“ hat.

Inhalt und Tragweite von Formvereinbarungen sind freilich durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, namentlich dabei, ob die vereinbarte Form lediglich der Beweissicherung dienen – dann bei Nichtbeachtung keine Nichtigkeit – oder aber Wirksamkeitserfordernis sein soll (konstitutive Bedeutung; vgl. dazu Palandt/Heinrichs, 68. Aufl. 2009, § 125 BGB Rn. 17 m. w. N.).

Insoweit hat vorliegend das LG in der angefochtenen Entscheidung zu recht festgehalten, dass die in Abs. 4 der

Vereinbarung vorgesehene „notariell beglaubigte“ Vereinbarung lediglich der Beweissicherung dienen sollte, mithin der Wirksamkeit der Vereinbarung nicht entgegensteht.

Schon der Wortlaut „zur Absicherung der Rechte aus dieser Vereinbarung“ impliziert, dass die Parteien seinerzeit von einer – unabhängig von dem späteren, „notariell beglaubigten Vertrag“ – wirksamen Begründung von Rechten schon durch die Vereinbarung vom 18. 12. 1995 selbst ausgegangen sind. Diese Rechte sollten lediglich noch in bestimmter Form zusätzlich „abgesichert“ werden; und zwar – wie der Zusammenhang mit der nach Ablauf der Bauphase festzustellenden gesamten finanziellen Beteiligung des Kl. deutlich macht – zusammen mit einer abschließenden konkreten Bezifferung. Dafür, dass die Parteien schon die Rechte aus der Vereinbarung von der vereinbarten Form abhängig machen wollten, liegen demgegenüber keinerlei Anhaltspunkte vor. Gegen dieses Auslegungsergebnis haben die Parteien denn auch in der Berufungsinstanz Erhebliches nicht vorgebracht.

b) Die Vereinbarung vom 18. 12. 1995 ist jedoch gemäß § 125 S. 1 BGB wegen Nichteinhaltung einer gesetzlichen Form nichtig.

aa) Entgegen der Ansicht der Bekl. bedurfte die Vereinbarung zwar wohl nicht der von § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB für eine (nur ausnahmsweise zulässige) Vereinbarung über die Zugewinnausgleichsforderung vorgesehenen notariellen Beurkundung.

Denn bei der hier in Rede stehenden Vereinbarung handelte es sich nicht um eine solche „über die Ausgleichsforderung“ als solche (vgl. dazu etwa Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein/Bergschneider, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 6. Aufl. 2008, 12. Kap. Rn. 109; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. 2004, VII Rn. 320, 322 ff.), sondern lediglich über die Rechte am Grundstück xy einerseits und die mit dem Umbau seitens des Kl. verbundenen Kosten, mithin um einen Teilausschnitt des Familienvermögens. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann auch – entgegen der Rechtsansicht der Bekl. – nicht zugrunde gelegt werden, dass jedwede, sich auch nur irgendwie, mittelbar auf die Ausgleichsforderung auswirkende Vereinbarung ohne weiteres § 1378 Abs. 3 BGB unterfiele (vgl. dazu OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 273 bzw. Palandt/Brudermüller, § 1408, Rn. 14). Vielmehr kommt das ausschließlich hinsichtlich solcher Vereinbarungen in Betracht, die in ihren Auswirkungen einer Vereinbarung über die Ausgleichsforderung selbst nahekommen (vgl. BGH NJW 1997, 2239, 2240 = DNotZ 1999, 514 = Mitt-RhNotK 1998, 11). Dafür indessen ist hier weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich. Das gilt umso mehr, als die Vereinbarung nach dem Wortlaut ihres Abs. 2 einen Anspruch des Kl. auf Erstattung seiner Aufwendungen für den Umbau des Familienwohnanwesens vorsieht, „falls einer der o. g. Fälle“, d. h. – gemäß Abs. 1 – einer der „im Übergabevertrag unter § 3 genannten Fälle“ einträte. Diese beschränken sich freilich nicht nur auf den Fall der Scheidung, sondern gehen – wie im Tatbestand ausgeführt – weit über diesen hinaus, sodass in der Vereinbarung auch eine „Liquidation der Zugewinn-



gemeinschaft“ (Brudermüller, a.a.O.) ersichtlich nicht geregelt werden sollte.

bb) Die Vereinbarung ist aber infolge Nichteinhaltung der gemäß §§ 1410, 1408 BGB erforderlichen Form als nichtig anzusehen.

Nach § 1408 Abs. 1 BGB können Eheleute zwar ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere ändern. Ein solcher Vertrag muss jedoch – um wirksam zu sein – nach § 1410 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden (vgl. dazu Bergschneider, a.a.O., Rn. 120 ff.; Schwab, a.a.O., VII Rn. 309, 316). An dieser Form fehlt es hier.

Bei der Vereinbarung der seinerzeit unstreitig verheirateten Parteien vom 18. 12. 1995 handelt es sich um einen Ehevertrag im Sinne der vorgenannten Vorschriften. Denn die Parteien haben damit eine Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse treffen wollen.

Der für einen Ehevertrag erforderliche Güterstandsbezug liegt zwar immer, aber nicht nur dann vor, wenn der Güterstand – wie hier nicht – insgesamt beendet wird. Vielmehr ist ein solcher Bezug insbesondere auch gegeben, wenn die Parteien den Zugewinnausgleich durch Herausnahme von Vermögensgegenständen aus dem Zugewinnausgleich modifizieren wollen (st. Rspr. BGH NJW 1978, 1923; BGHZ 89, 137, 140 f. = DNotZ 1984, 573; NJW 1997, 2239, 2240 = DNotZ 1999, 514 = Mitt-RhNotK 1998, 11; Brudermüller, a.a.O.; Finke, MDR 1957, 577, 579). So aber liegt der Fall hier.

Denn die Vereinbarung wurde unbestritten – selbst nach dem ausdrücklichen Vorbringen des Kl. – „auch und gerade deshalb geschlossen, um die neu geschaffene Wohneinheit im Falle einer Scheidung aus dem Zugewinn herauszunehmen.“

Dieses grundsätzlich mögliche Unterfangen hätte indessen der Form des § 1410 BGB bedurft, an der es hier fehlt. Infolgedessen ist von einer Nichtigkeit der Vereinbarung gemäß § 125 S. 1 BGB auszugehen.

Angesichts der expliziten Konnexität der darin enthaltenen gegenseitigen Verpflichtungen („Im Gegenzug . . .“) ist auch gemäß § 139 BGB hier von einer Gesamtnichtigkeit der ganzen Vereinbarung auszugehen.

Aus der nichtigen Vereinbarung vom 18. 12. 1995 kann der Kl. mithin für sich keine Ansprüche gegen die Bkl. herleiten.

cc) Es ist auch weder Hinreichendes dafür vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass es der Bkl. – ausnahmsweise – nach Treu und Glauben verwehrt sein könnte, sich auf die Formnichtigkeit der Vereinbarung vom 18. 12. 1995 zu berufen. Soweit der Kl. lediglich wiederholt pauschal behauptet hat, die Bkl. habe sich in der Folgezeit einer notariellen Beurkundung gemäß Abs. 4 widersetzt, hat die Bkl. dieses – im Übrigen unsubstantiierte – Vorbringen bestritten. Tauglichen Beweis hat der Kl. insoweit nicht angeboten.

Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Formzwang des § 1410 BGB auch schon einen Vorvertrag – als was nach Ansicht des Kl. die Vereinbarung vom 18. 12. 1995 folge-

richtig zu qualifizieren sein müsste – erfasst (vgl. BGH FamRZ 1966, 492; Brudermüller, a.a.O., § 1410 Rn. 1). Andernfalls ließe sich auch ohne weiteres durch das – hier unstreitig vom Kl. initiierte – Vorgehen des Abschlusses eines privatschriftlichen Vorvertrags der gesetzliche Formzwang umgehen, was freilich dessen Schutzzweck unterliefe.

2. Sonstige quasi-vertragliche oder gesetzliche Zahlungsansprüche stehen dem Kl. wegen dessen behaupteter finanzieller Beiträge zum Umbau des im Alleineigentum der Bkl. stehenden, vormaligen Familienanwesens ebenfalls nicht zu.

a) Dies gilt namentlich für Ansprüche aus einer etwaigen Ehegatten-Innengesellschaft.

Eine Ehegatten-Außengesellschaft (vgl. hierzu etwa BGH FamRZ 1982, 141 = DNotZ 1982, 159) haben die Parteien hier unstreitig nicht gegründet.

Hinreichende Anhaltspunkte für die Gründung einer Ehegatten-Innengesellschaft lassen sich dem Sachverhalt aber gleichfalls nicht entnehmen.

Die Annahme einer Innengesellschaft setzt generell unabdingbar die Einigung über einen gemeinsamen Zweck und dessen Förderung durch vermögenswerte Leistungen voraus (vgl. BGH ZIP 2008, 2311). Speziell zwischen Ehegatten kann davon nach zutreffender höchstgerichtlicher Rechtsprechung allenfalls dann ausgegangen werden, wenn die Eheleute einen über die Verwirklichung der Ehegemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, wie er etwa vorliegt, wenn die Eheleute durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam und etwa gleichberechtigt ein Unternehmen aufbauen oder eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben. Gerade beim Bestehen des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft sind dabei aber – anders als etwa bei vereinbarter Gütertrennung – die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ehegatten-Innengesellschaft nur sehr restriktiv zu bejahen, weil grundsätzlich von einem interessengerechten Vermögensausgleich zwischen den Eheleuten für den Fall des Scheiterns der Ehe auszugehen ist (vgl. BGH NJW 2006, 1268, 1269 = DNotZ 2006, 531 m.w.N.; dazu ausführlich auch v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., 10. Kap. Rn. 30 ff.; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl. 2005, 3. Kap. § 4 Rn. 290 ff. m.w.N.). Die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft scheidet danach insbesondere aus, wenn ein Ehegatte nur Beiträge leistet, die der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen (vgl. BGH FamRZ 1989, 147, 148; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075, 1076 = RNotZ 2001, 453; v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., Rn. 37). Dies gilt auch, wenn ein Ehegatte durch seine Leistungen zum Erwerb und/oder dem Ausbau eines Familienheims beiträgt. Denn dabei handelt er nur in dem Bestreben, die eheliche Lebensgemeinschaft in der von ihm gewünschten Art und Weise zu verwirklichen (vgl. BGHZ 84, 361, 366; v. Heintschel-Heinegg, ebenda sowie Rn. 42 b; v. Proff, NJW 2008, 3266, 3268 [Fn. 18 m.w.N.] – in Abgrenzung zu den Entscheidungen des BGH zu nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften, vgl. NJW 2008, 3277 = DNotZ 2009, 52 = RNotZ 2008, 611 u. NJW 2008, 3282).

Nach diesen Grundsätzen liegen hier hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme einer – zumindest konkludent geschlossenen – Ehegatten-Innengesellschaft der Parteien nicht vor.

Die Parteien haben nicht durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam und gleichberechtigt ein Unternehmen aufgebaut oder eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausgeübt.

Selbst wenn der Kl. – wie er bestrittenermaßen behauptet – gewisse Beiträge zum Umbau des infolge des Übergabevertrags von 1994 im Alleineigentum der Bekl. stehenden Wohnanwesens der Familie erbracht hätte, welche nach der – infolge gesetzgeberischer Entscheidung formnichtigen und nicht über § 140 BGB aufrecht zu erhaltenden – Vereinbarung der Parteien vom 18. 12. 1995 jedenfalls in enumerativen Fällen wie u. a. der Scheidung ihrer Ehe von der Bekl. hätten ersetzt werden sollen; „Im Gegenzug“ sollte der Kl. in den Fällen des § 3 des Übergabevertrags auf jedwede Rechte am Anwesen verzichten. Das ändert freilich nichts daran, dass die Parteien das Wohnanwesen nicht nur für die Familie umgestalteten, sondern auch mit dieser alsbald dort Wohnung nahmen und bis zur späteren Trennung beibehielten, statt anderweitig in Miete zu wohnen. Evident handelten beide Parteien dabei im Bestreben, die eheliche Lebensgemeinschaft in der von ihnen gewünschten Art und Weise zu verwirklichen. Ein darüber hinausgehender Zweck ist demgegenüber nicht erkennbar.

Das gilt im Ergebnis auch, soweit der Kl. zuletzt auf die Vermietung eines kleinen Büros an die R., eine Buchhaltungs-Gesellschaft, an der er beteiligt ist, im Obergeschoss des Anwesens (ohne separaten Eingang) hingewiesen hat. Soweit er insoweit geltend macht, nicht zuletzt wegen dieser seiner selbstständigen Tätigkeit und der daraus erwachsenen steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch steuerlich günstige Vermietung von Teilflächen an die GbR habe die Bekl. Alleineigentümerin des Anwesens werden sollen, bestätigt dies zur Überzeugung des Gerichts nur zusätzlich und mit Nachdruck, dass insoweit lediglich durch die Wahl einer für die Familie möglichst vorteilhaften rechtlichen Gestaltung die eheliche Lebensgemeinschaft gefördert werden sollte. Die für die Annahme einer – jedenfalls konkludent geschlossenen – Ehegatten-Innengesellschaft unabdingbare Verfolgung eines über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden, eigenständigen Zwecks ergibt sich aus diesem Vorbringen hingegen nicht.

b) Ansprüche des Kl. unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (bzw. § 313 BGB) kommen schon deshalb nicht in Betracht, weil solche tatbestandlich voraussetzen, dass die gesetzlichen Regeln über den Zugewinnausgleich zu einem der Sache nach für den Kl. unzumutbaren Ergebnis führen (vgl. BGH NJW 2006, 1268, 1269 = DNotZ 2006, 531, Tz. 21). Das jedoch macht der Kl. nicht geltend und ist auch sonst nicht feststellbar.

c) Auch bereicherungsrechtliche Ansprüche kommen vorliegend nicht in Betracht.

aa) Dies gilt schon deshalb, weil nach dem vorstehend Ausgeführten davon auszugehen ist, dass sich der Kl. im Ergebnis – in Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber der Bekl. (sowie den ehedem gemeinsamen Kindern) – um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung bzw. Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft (und Familie) in den Umbau des Familienwohnhauses eingebracht hat (vgl. insoweit BGH FamRZ 1999, 1580, 1582 = DNotZ 2000, 514 = MittRhNotK 1999, 308; FamRZ 2006, 1023 = ZNotP 2006, 303; v. Heintschel-Heinegg, a.a.O., Rn. 42 a).

bb) Im Übrigen hat der Kl. bis zuletzt – trotz vehementen und substantiierten Bestreitens seitens der Bekl. sowie (leider insoweit versehentlich nicht auch protokollierten) Hinweises des Gerichts – nicht hinreichend deutlich zu machen vermocht, aus welchen Mitteln er die behaupteten umfänglichen Zahlungen – angesichts des „überschaubaren“ eigenen Vermögens und Einkommens, von dem zudem zumindest ab Ende 1996 die gesamte Familie leben musste – tatsächlich erbracht haben will.

cc) Auf den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB kommt es danach nicht mehr entscheidungserheblich an.

C. Der Kl. kann von der Bekl. auch nicht verlangen – wie mit dem entsprechend § 189 ZPO jedenfalls tatsächlich zugegangenen Kl.-Schriftsatz vom 22. 12. 2008 hilfsweise beantragt –, dass die Bekl. der notariellen Beurkundung der Vereinbarung vom 18. 12. 1995 zustimmt.

1. Allerdings ist der Antrag – entgegen der Rechtsansicht der Bekl. – nicht gemäß § 533 ZPO unzulässig. (. . .)

2. Der Hilfsantrag ist aber in der Sache unbegründet.

Diesbezüglich legt das Gericht das Vorbringen der Bekl., die zwar hinsichtlich des Hilfsantrags keinen ausdrücklichen Antrag gestellt, sich freilich primär gegen die Zulässigkeit des Hilfsantrags ausgesprochen sowie alsdann ausgeführt hat, es sei im Übrigen höchst zweifelhaft, ob dem Kl. der geltend gemachte Anspruch zustehe, dahin aus, dass die Bekl. zwar primär eine Verwerfung, subsidiär aber auch eine Zurückweisung des Hilfsantrags des Kl. beantragt.

Dem Kl. steht gegen die Bekl. indessen ein Anspruch auf Zustimmung zu einer notariellen Beurkundung der Vereinbarung vom 18. 12. 1995 nicht zu.

Die genannte Vereinbarung ist – wie ausgeführt – wegen Nichteinhaltung der von Gesetzes wegen zwingend vorgeschriebenen Form gemäß § 1410 i. V. m. § 125 S. 1 BGB nichtig. Diese gesetzliche Folge erstreckt sich auch auf Abs. 4 der Vereinbarung, in welchem die Parteien den späteren Abschluss eines „notariell beglaubigten Vertrags“ ins Auge gefasst hatten. Einer Berufung der Bekl. auf die Formnichtigkeit steht auch § 242 BGB nicht entgegen.

Eine sonstige Anspruchsgrundlage für das vom Kl. mit seinem Hilfsantrag verfolgte Begehren ist nicht ersichtlich.

## **7. Familienrecht – Zur Rückforderung von während der Ehezeit zwischen Ehegatten erbrachten Leistungen nach Scheidung**

(*OLG München*, Urteil vom 28. 1. 2009 – 20 U 2673/08 – mit Anmerkung von *Notarassessor Dr. Maximilian Frhr. v. Proff zu Irnich, Würzburg*)

**BGB §§ 123; 313; 530**

- 1. Die Rückforderung von Geldzahlungen zwischen Ehegatten nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt nur dann in Betracht, wenn die Geldzahlungen ehebezogene Zuwendungen, nicht aber bloße Schenkungen darstellen.**
- 2. Wird bei einer Zuwendung an den Ehegatten kein Rückforderungsrecht für den Fall der Scheidung vereinbart, kann dies für das Vorliegen einer Schenkung sprechen.**
- 3. Ist in einem Übertragungsvertrag ein Rückforderungsrecht für den Fall der vertragswidrigen Veräußerung und Belastung des Grundbesitzes durch den Erwerber vorgesehen, berechtigt diese Klausel nicht ohne weiteres zur Rückforderung des Grundbesitzes bei Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf Betreiben von Gläubigern des Erwerbers.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

### **Zum Sachverhalt:**

I. Der Kl. fordert von der Bekl. Zuwendungen aus der Ehezeit zurück.

Die Parteien, die am 25. 5. 1990 geheiratet haben, hatten zuvor, am 17. 5. 1990, einen Ehevertrag geschlossen, in welchem Gütertrennung vereinbart und Versorgungsausgleich sowie Unterhaltsansprüche weitgehend ausgeschlossen worden waren. Am 8. 12. 1991 gebar die Bekl. einen Sohn. Ende September 2003 trennten sich die Parteien. Scheidungsantrag wurde im Mai 2004 gestellt. Am 20. 6. 2006 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden.

Die Bekl. gab mit der Eheschließung ihre Berufstätigkeit auf und widmete sich der Haushaltsführung für den Kl. Der Kl., der Erbe eines Pharmakonzerns und aufgrund eines Verkehrsunfalls schwerbeschädigt ist, ging ebenfalls keiner Erwerbstätigkeit nach. Die Parteien lebten vom ererbten Vermögen des Kl. Die Bekl. war bei Eheschließung vermögenslos.

Während der Ehezeit erwarben die Parteien gemeinsam aus den Mitteln des Kl. Grundeigentum. Mit Vertrag vom 24. 8. 2001 erwarben sie zu hälftigen Miteigentumsanteilen das Anwesen T. 3 in S. (Fl.Nr. . . 24). Ferner kam es zum gemeinschaftlichen Erwerb eines Anwesens in der M-Straße 18 in G. Ihren Hälftanteil am Anwesen T. 3 in S. übertrug die Bekl. aufgrund einer hierzu erfolgten Verurteilung auf den Kl. Der Kauf des Anwesens in der M-Straße 18 in G. wurde rückgängig gemacht. Die Bekl. erhielt ihren Anteil am Kaufpreis in Raten ausgezahlt.

Darüber hinaus erwarb die Bekl. während der Ehezeit aus Mitteln des Kl. Grundeigentum zu Alleineigentum. Mit Kaufvertrag vom 16. 5. 2002 erwarb die Bekl. das Anwesen W-Straße 37/39 in M., zum Preis von € 530 000,-. Zur Finanzierung des Kaufpreises verwandte die Bekl. € 270 000,- aus Mitteln des Kl., die ihr mit Überweisung vom 28. 6. 2002 zugeflossen waren. Der Restbetrag wurde von der Bekl. fremdfinanziert. Die Kreditraten in Höhe von € 1 070,- pro Monat bezahlte die Bekl. ursprünglich aus ihren Mieteinkünften aus dem Objekt T. 3 in S., die jedoch mit Übertragung ihres Miteigentumsanteiles an den Kl. entfallen sind. Im Kaufvertrag hatte sich der Kl. unter Ziffer XIV Übereignungsansprüche am Grundstück unter bestimmten

Voraussetzungen ausbedungen, die auch am 19. 9. 2003 per Auflassungsvormerkung abgesichert wurden.

Am 12. 6. 2007 wurde für den Freistaat Bayern für dieses Grundstück eine Zwangshypothek wegen einer Gerichtskostenforderung in Höhe von € 15 434,- eingetragen.

Seit der Trennung der Parteien im September 2003 lebt die Bekl. mit ihrem Sohn in diesem Anwesen.

Die Bekl. erwarb ferner während der Ehe im Jahre 2001 aus Mitteln des Kl. eine Eigentumswohnung in A. zum Preis von DM 103 000,- zu Alleineigentum, die sie mit Vertrag vom 12. 12. 2006 zu einem Preis von € 80 000,- wieder verkaufte. Den Erlös verwandte sie in der Folgezeit auf ihren Lebensunterhalt und die Erfüllung von Verbindlichkeiten.

Der Kl. war und ist der Meinung, die Bekl. habe die für den Alleinwerb von Immobilien zur Verfügung gestellten Gelder zurückzuerstatten. Im Hinblick auf das zwischenzeitlich veräußerte Objekt in A. stehe ihm der Erlös zu.

Die Parteien hätten wirksam Gütertrennung vereinbart. Die Zuwendung der Geldmittel sei ausschließlich in der Erwartung erfolgt, die eheliche Gemeinschaft werde Bestand haben. Mit der Trennung sei die Geschäftsgrundlage für seine Zuwendungen entfallen. Ihm sei es aus Gründen der Billigkeit nicht zumutbar, die zugewandten Vermögenswerte nach der Trennung bei der Bekl. zu belassen. Im Hinblick auf das Objekt in der W-Straße 37/39 in M., T., habe er aus Ziffer XIV des Vertrages vom 16. 5. 2002 einen Übertragungsanspruch, da das Grundstück gegen seinen Willen mit einer Zwangshypothek belastet worden sei. Diesen Anspruch verfolge er zumindest hilfsweise.

Mit Endurteil vom 29. 2. 2008 hat das LG die Klage abgewiesen. Rückzahlungsansprüche nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage seien nicht gegeben. Problematisch sei bereits, ob der Güterstand der Gütertrennung wirksam vereinbart worden oder der Vorrang des Zugewinnausgleiches zu beachten sei. Dies könne jedoch dahinstehen, da auch bei Annahme einer wirksam vereinbarten Gütertrennung die Voraussetzungen einer Rückforderung nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht vorlägen. Der Kl. habe weder für das Objekt in der W-Straße noch für die Eigentumswohnung in A. schlüssig vortragen und unter Beweis stellen können, dass Geschäftsgrundlage der Fortbestand der Ehe gewesen sei. Im Übrigen habe der Kl. keine konkreten Umstände darlegen und beweisen können, die hier einen Verbleib der Zuwendungen bei der Bekl. als ausnahmsweise unzumutbar erscheinen lassen. Solche Umstände seien bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch nicht anderweit ersichtlich. Der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Übertragung des Objektes W-Straße 37/39 könne nicht mit Erfolg auf die Klausel XIV des notariellen Vertrages vom 16. 5. 2002 gestützt werden, da die dort niedergelegten Voraussetzungen durch die Eintragung der Zwangshypothek gerade nicht erfüllt seien.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Kl., der sein Klagebegehren vollumfänglich weiterverfolgt und die Verletzung materiellen Rechts sowie seines Anspruchs auf rechtliches Gehör wegen übergangenen Sachvortrages rügt.

Am 8. 10. 2008 wurde die mündliche Verhandlung vor dem Senat geschlossen und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 26. 11. 2008 bestimmt.

Mit Schriftsatz vom 19. 11. 2008, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, trägt der Kl. nunmehr vor, dass zwischenzeitlich im Rahmen eines Vaterschaftsprozesses vor dem AG/Familiengericht M. durch ein Gutachten festgestellt worden sei, dass der Kl. nicht der leibliche Vater des von der Bekl. am 8. 12. 1991 geborenen Sohn M. sei. Deshalb habe der Kl. vorsorglich mit Schreiben vom 17. 11. 2008 die vermeintlichen verfahrensgegenständlichen Schenkungen angefochten.



Aufgrund dieses neuen Sachvortrages des Kl. hob der Senat den Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf und trat erneut in die mündliche Verhandlung ein.

#### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung des Kl. ist unbegründet. Der Kl. hat weder Anspruch auf Rückzahlung der verfahrensgegenständlichen Zuwendungen noch auf Übertragung des Anwesens W-Straße 37/39 in M./T.

(A) Der Kl. hat keinen Anspruch auf Zurückzahlung der verfahrensgegenständlichen Geldzuwendungen bzw. auf Herausgabe des von der Kl. für die verfahrensgegenständliche Wohnung in A. erzielten Erlöses.

1. Der Kl. hat der Bekl. während der Ehezeit aus seinem Vermögen Beträge in Höhe von DM 103 000,- und € 270 000,- zum Zwecke des Erwerbs von Immobilien zu Alleineigentum zugewandt. Dieser Sachverhalt steht aufgrund der Feststellungen des LG im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils fest. Soweit der Kl. in der Berufung erstmals die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendungen in Zweifel zieht, ist dieser Vortrag neu und gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zuzulassen. Dessen ungeachtet kommt der pauschale klägerische Vortrag, die Bekl. habe den Nachweis der Unentgeltlichkeit nicht geführt, einem unzulässigen Bestreiten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO gleich. Zu einem substantiierten Bestreiten der Unentgeltlichkeit wäre die Behauptung einer konkreten Gegenleistung für die verfahrensgegenständlichen Zuwendungen erforderlich gewesen, da dies Gegenstand eigener klägerischer Wahrnehmung gewesen wäre.

2. Diese Zuwendungen kann der Kl. nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückfordern.

a) Die grundsätzliche Möglichkeit der Rückforderung sogenannter ehebezogener Zuwendungen unter Ehegatten nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) besteht nach rechtskräftiger Scheidung, sofern kein güterrechtlicher Ausgleich nach gesetzlichem Güterstand erfolgt. Andernfalls stellen die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich ein angemessenes Ausgleichssystem zur Verfügung, das den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften, insbesondere den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, vorgeht (BGH, Urteil vom 10. 7. 1991, XII ZR 114/91, NJW 1991, 2553 = DNotZ 1992, 435 = MittRhNotK 1991, 311 m. w. N.).

Vorliegend bestehen bereits Zweifel, ob die Parteien mit Ehevertrag vom 17. 5. 1990 wirksam den Güterstand der Gütertrennung vereinbart haben und somit die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden können. Da in diesem Vertrag einerseits Gütertrennung und andererseits kompensationslos Versorgungsausgleich und weitestgehend Unterhaltsansprüche ausgeschlossen wurden, obwohl die vermögenslose Bekl. nach den unstreitigen Feststellungen des LG nach der Eheschließung ihren Beruf aufgab und sich der Haushaltsführung widmete, bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit des gesamten Vertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB. Nach den getroffenen Regelungen drängt sich eine einseitige Lastenverteilung im Scheidungsfall

zum Nachteil der Bekl. auf, die durch den geplanten Zugschnitt der Ehe nicht gerechtfertigt und durch keinerlei Vorteile ausgeglichen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 9. 7. 2008, XII ZR 6/07, NJW 2008, 3426, 3427 = DNotZ 2009, 62).

b) Im Ergebnis kann diese Frage jedoch dahinstehen, da dessen ungeachtet die Voraussetzungen für eine Rückforderung der Geldzahlungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) nicht vorliegen. Eine solche Rückforderung kommt nur in Betracht in Bezug auf ehebezogene Zuwendungen, nicht in Bezug auf Schenkungen. Von einer Schenkung unter Ehegatten ist auszugehen, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigabe erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Dagegen liegt eine ehebezogene Zuwendung vor, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er ersichtlich die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Darin liegt die Geschäftsgrundlage der Zuwendung (BGH, Urteil vom 30. 6. 1999, XII ZR 230/96, NJW 1999, 2962 = DNotZ 2000, 514 = MittRhNotK 1999, 308, BGH Urteil vom 28. 3. 2006, X ZR 84/04, NJW 2006, 2330 = ZNotP 2006, 303 m. w. N.). Von einer ehebezogenen Zuwendung kann somit nicht zwangsläufig bei jeder Zuwendung unter Ehegatten ausgegangen werden, die ohne Gegenleistung erfolgt ist. Es sind vielmehr positive Feststellungen dazu erforderlich, dass die in der ständigen Rechtsprechung des BGH entwickelten Voraussetzungen vorgelegen haben, die zu einer Würdigung der Zuwendung als ehebezogene Zuwendung führen. Hierfür trägt der Kl. die anspruchsbegründende Darlegungs- und Beweislast (Bamberger/Roth, BeckOK, § 313 BGB Rn. 96; Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 313 BGB Rn. 43; BGH NJW 2006, 2330 = ZNotP 2006, 303).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und des klägerischen Vortrages hierzu kann keine der verfahrensgegenständlichen Geldzuwendungen als ehebezogen qualifiziert werden.

Im Gegensatz zu anderen in der Ehezeit von den Parteien gemeinsam erworbenen Immobilien, hat die Bekl. die verfahrensgegenständlichen Gelder dazu verwendet, Alleineigentum an der Eigentumswohnung in A., T-Straße 28, und am Anwesen W-Straße 37/39 in M., T. zu erwerben. Ausweislich des klägerischen Vortrages in den Schriftsätzen vom 21. 12. 2006 und vom 23. 12. 2006 geschah dies mit Wissen und Billigung des Kl. Dass der Kl. hierbei die Vorstellung oder Erwartung hegte, die eheliche Lebensgemeinschaft werde Bestand haben und er werde innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert der Immobilien weiter teilhaben, hat er weder schlüssig vorgetragen noch unter Beweis gestellt. Die bloße – von der Bekl. bestrittene – Behauptung einer entsprechenden Geschäftsgrundlage für die Zuwendungen ist nicht ausreichend. Die tatsächlichen Umstände

deuten vielmehr auf eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne echter Freigebigkeit hin. Zum Zeitpunkt der Zuwendungen war die Bekl. vermögenslos und ohne eigenes Einkommen. Sie kümmerte sich im gegenseitigen Einvernehmen ausschließlich um Haushalt und Familie. Ausweislich des zwischen den Parteien geschlossenen Ehevertrages hatte sie keinerlei Absicherung oder Auskommen. Der Kl., der seinem eigenen Vortrag im Schriftsatz vom 23. 12. 2006, Seite 2 unten, zufolge aus seinem Erbe Geldmittel von ca. DM 10 000 000,- realisieren konnte, wandte der Bekl. für die verfahrensgegenständlichen Immobilienkäufe einen Gesamtbetrag von rund € 323 000,- zu. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlich unsicheren Situation der Bekl. und der zu erwartenden Probleme, nach langjähriger Pause wieder eine Berufstätigkeit aufzunehmen, lag es nahe, die Bekl. – wie sie vorträgt – zumindest in gewissem Umfang abzusichern und diese Zuwendungen gerade nicht vom Fortbestand der Ehe abhängig zu machen. Diese Annahme rechtfertigt sich insbesondere in Differenzierung zu den von den Parteien anderweit gemeinsam getroffenen Anlagen. Dem ist der Kl. nicht substantiiert entgegengetreten, sondern beschränkt sich lediglich auf die Behauptung der Ehebezogenheit. Dies ist für deren positive Feststellung nicht ausreichend.

Ein anderes rechtfertigt sich auch nicht daraus, dass die Zuwendungen möglicherweise Vermögensteile vor Verschwendung durch den Kl. retten sollten. Dieser Vortrag der Bekl., den sich der Kl. nach anfänglichem Bestreiten nunmehr zu Eigen zu machen scheint (Schriftsatz vom 29. 1. 2008, Seite 2 und Schriftsatz vom 5. 11. 2008, Seite 3), ist vielmehr gerade geeignet, das Absicherungsbedürfnis für die Bekl. durch eigenes, unbedingtes Eigentum herauszustellen.

Dies konnte der darlegungs- und beweisbelastete Kl. im Hinblick auf den Erwerb der Eigentumswohnung in A. nicht schlüssig entkräften.

Soweit der Kl. im Hinblick auf das Objekt W-Straße 37/39 in M., T. auf Ziffer IV des notariellen Vertrages vom 16. 5. 2002 verweist, rechtfertigt dies die Annahme einer ehebezogenen Zuwendung von € 270 000,- gleichfalls nicht. Gerade das dort geregelte Belastungs- und Veräußerungsverbot manifestiert die Absicht, die Bekl. auf Dauer gesichert wissen zu wollen, auch gesichert vor Verschleuderung durch die Bekl. selbst. Dass kein Übertragungsanspruch des Kl. für den Fall der Scheidung aufgenommen wurde, was bei einer ehebezogenen Zuwendung zu erwarten gewesen wäre, macht deutlich, dass es den Parteien auf einen dauerhaften Verbleib des Grundeigentums bei der Bekl. ankam. Ein diesbezügliches Regelungsbedürfnis hätte sich aufgedrängt, denn der Kl. stellt gerade nicht in Abrede, dass die Ehe der Parteien in den Jahren 2001/2002 „am Ende war“ (Schriftsatz der Klagepartei vom 26. 1. 2009, Seite 2). Auch wurden Ansprüche des Kl. keineswegs – wie er vorträgt – mit einer Grundschuld über € 260 000,- gesichert. Gesichert wurden lediglich die oben genannten Übertragungsansprüche des Kl. mit einer Vormerkung. Die angesprochene Grundschuld wurde – ausweislich des Grundbuchs – lediglich für die finanzierende Bank eingetragen.

c) Dessen ungeachtet hat der Kl. im Übrigen nicht schlüssig dargetan und bewiesen, dass ihm ein Festhalten

am gegenwärtigen Zustand nicht zuzumuten sei. Auch unter Anwendung der gesetzlichen Regelung in § 313 BGB ist Voraussetzung einer Rückforderung erbrachter Leistungen die Unzumutbarkeit am Festhalten an der bestehenden Vermögensverteilung (Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 313 BGB Rn. 24 und 52 m. w. N.), wofür wiederum der Kl. die Darlegungs- und Beweislast trägt (Bamberger/Roth, BeckOK, § 313 BGB Rn. 96; Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 313 BGB Rn. 43).

Bei der Abwägung, ob und ggf. in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Kl. es einmal für richtig erachtet hat, der Bekl. diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Kl. die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist (BGH, Urteil vom 9. 7. 2008, XII ZR 39/06, NJW 2008, 3282, 3283).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist ein Festhalten an der bestehenden Vermögensverteilung nicht unbillig.

Zweifel bestehen bereits daran, dass den verfahrensgegenständlichen, klägerischen Zuwendungen eine erhebliche Bedeutung zukommt, da es sich unter Zugrundelegung der vom Kl. selbst vorgetragenen Zahlen um Zuwendungen in Höhe von knapp 7 % seines anfänglichen ererbten Vermögens gehandelt hat. Der Bekl. würde bei vollständiger Rückabwicklung weitgehend die wirtschaftliche Basis entzogen. Dies beurteilt sich auch bei eventuell drohender Zwangsverwertung des Anwesens W-Straße 37/39 durch die finanzierende Bank nicht anders, da der Bekl. dann jedenfalls der überschüssende Erlös als wirtschaftliche Basis verbleibt. Dass der Kl. eine solche Verwertung als „nicht mehr zu überbietenden Unsinn“ empfindet, rechtfertigt es jedenfalls ebenso wenig wie seine Verbitterung über die gescheiterte Beziehung den Verbleib der Zuwendungen bei der Bekl. als unzumutbar anzusehen. Weiteres trägt der Kl. schlüssig nicht vor.

d) Die Frage der ehelichen Abstammung des Sohnes der Bekl. kann dahinstehen, da dieser Umstand gleichfalls nicht Geschäftsgrundlage der verfahrensgegenständlichen Zuwendungen geworden ist. Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (st. Rspr. BGH NJW-RR 2006, 1037, 1038). Hierfür trägt die Partei, die sich auf die Geschäftsgrundlage beruft, die Darlegungs- und Beweislast. Die Bekl. hat bestritten, dass die Zuwendungen in einem Zusammenhang mit dem Sohn gestanden hätten. Es sei vielmehr ausschließlich um ihre Absicherung als Ehefrau

nach 11 Ehejahren gegangen. Der Kl. ist dem nicht mit substantiiertem Vortrag entgegen getreten und im Übrigen für die Geschäftsgrundlage beweisfällig geblieben.

Die eheliche Abstammung des Sohnes mag Motiv bzw. einseitige Erwartung des Kl. bei seinen Zuwendungen gewesen sein. Lediglich einseitige Erwartungen einer Partei, selbst wenn sie dem anderen Partner mitgeteilt worden sein sollten, gehören grundsätzlich nicht zur Geschäftsgrundlage, es sei denn, der andere Teil hätte diese Erwartung akzeptiert und auch in seinen Geschäftswillen aufgenommen (BGH NJW-RR 93, 774 = DNotZ 1994, 857). Dafür fehlt hier jeder Vortrag und Anhaltspunkt.

3. Der Kl. konnte die verfahrensgegenständlichen Schenkungen nicht gemäß § 530 BGB widerrufen, da es am Widerrufsgrund fehlt.

Der Widerruf setzt voraus, dass sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung des groben Undanks schuldig gemacht hat. Diesbezüglich beruft sich der Kl. auf die angebliche eheliche Untreue der Bekl. im März 1991 (Schriftsatz vom 22. 1. und vom 26. 1. 2009). Zwar ist dem Kl. darin Recht zu geben, dass eheliche Untreue den Widerruf einer Schenkung rechtfertigen kann, jedoch nur dann, wenn sie der Schenkung nachfolgt. Denn die darin möglicherweise liegende schwere Verfehlung muss sich gerade im Lichte der vorangegangenen Schenkung als grober Undank darstellen (MünchKomm/Koch, 5. Aufl., § 530 BGB Rn. 2). Ein zum Zeitpunkt der Schenkung bereits 10 Jahre zurückliegender Fehltritt kann daher den Widerruf nicht rechtfertigen.

4. Die vom Kl. erklärte Anfechtung der Schenkungen wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) hat ebenfalls keinen Erfolg. Der Kl. ist für die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung gleichfalls beweisfällig geblieben. Die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 123 BGB trägt der Anfechtende.

Der Kl. beruft sich hier auf Täuschung durch Verschweigen einer offenbarungspflichtigen Tatsache, nämlich, dass er nicht der Vater des in der Ehezeit geborenen Sohnes sei. Ob diese Tatsache zutrifft, kann dahinstehen, da auch für den Fall ihrer Richtigkeit die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen nicht hinreichend dargetan bzw. bewiesen sind.

Fraglich ist bereits, ob diese Tatsache hier im konkreten Kontext der Zuwendungen offenbarungspflichtig gewesen wäre. Ungefragt offenbarungspflichtig sind nur Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, was vor allem dann anzunehmen ist, wenn sie den Vertragszweck vereiteln oder erheblich erschweren können (Palandt/Ellenberger, 68. Aufl., § 123 BGB Rn. 5 b). Nach Vortrag der Bekl. war Vertragszweck ihre wirtschaftliche Absicherung, unabhängig vom Kind. Es ist zumindest zweifelhaft, ob ein 11 Jahre zurückliegender Fehltritt der Bekl. den Kl. in seiner diesbezüglichen Entscheidung beeinflusst hätte. Letztlich kann die Entscheidung dieser Frage jedoch offen bleiben, da die Bekl. jedenfalls diesen Umstand nicht arglistig verschwiegen hat.

Im Fall des Verschweigens einer offenbarungspflichtigen Tatsache handelt nämlich nur arglistig, wer einen Umstand mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß

oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner diesen Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln der Bekl., das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (BGH NJW 2001, 2326, 2327 = ZNotP 2001, 317). Weitere Voraussetzung ist, dass der offenbarungspflichtige Umstand der Bekl. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch präsent ist (BGH a.a.O.).

Die Bekl. trägt hierzu vor, dass sie zum einen stets fest von einer Vaterschaft des Kl. überzeugt war und zum anderen der Sohn im Rahmen der Zuwendungen keine Rolle gespielt habe, sondern allein ihre Versorgungsbedürftigkeit nach 11-jähriger Ehe.

Dass eine Vaterschaft des Kl. gar nicht in Betracht kommt, trägt der Kl. selbst nicht vor, so dass auch die Bekl. wohl Grund hatte, von einer Vaterschaft des Kl. ausgehen zu können, so dass es bereits fraglich ist, ob sie das Gegenteil für möglich halten musste. Die konkreten Geschehnisse sind im Dunkeln, was grundsätzlich zu lasten des Kl. geht.

Aber selbst wenn der Bekl. zu unterstellen wäre, dass sie im Zeitpunkt der Zuwendung zumindest damit rechnete oder es billigend in Kauf nahm, dass der Kl. nicht der Vater ihres Sohnes war, musste sie im konkreten Fall nicht damit rechnen und es billigend in Kauf nehmen, dass er bei entsprechender Offenbarung die verfahrensgegenständlichen Zuwendungen nicht vorgenommen hätte. Der Kl. trägt selbst vor, dass die Ehe der Parteien in den Jahren der Zuwendungen 2001/2002 „am Ende war, was auch zur Scheidung führte“ (zuletzt Schriftsatz vom 26. 1. 2009). Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Folglich hätte die Offenbarung eines 10 Jahre zurückliegenden Fehltrittes und damit der – damals theoretischen – Möglichkeit, dass der Kl. nicht der Vater des Sohnes ist, keinen entscheidenden Einfluss mehr auf den Fortgang der ohnedies zerrütteten Ehe gehabt. Damit, dass der Kl. nach einer doch immerhin 11 Jahre andauernden Ehe der Bekl. wegen dieses weit zurückliegenden Ereignisses jegliche Versorgung versagen würde, die er ihr offensichtlich aufgrund ihres übrigen Verhältnisses zuwenden wollte, musste die Bekl. nicht rechnen. Der jetzige Vortrag des Kl. beschränkt sich auf das plakative Argument des betrogenen Ehemannes, ohne auf die konkreten Umstände des Einzelfalles einzugehen, die es hier zu entscheiden gilt. (. . .)

Weitere Anspruchsgrundlagen sind für das klägerische Begehren im Hauptantrag nicht ersichtlich.

(B) Der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Übertragung des Anwesens W-Straße 37/39 in M., T. besteht in keiner der vom Kl. beantragten Formen.

In Betracht kommt nur ein vertraglicher Anspruch aus Ziffer XIV des Vertrages vom 16. 5. 2002. Die dort vereinbarten Voraussetzungen für einen Übertragungsanspruch liegen jedoch nicht vor.



Die Bekl. hat das Grundstück weder veräußert noch selbst belastet. Die Eintragung einer Zwangshypothek steht dem nicht gleich. Die Zwangshypothek ist vielmehr ein Mittel der Zwangsvollstreckung und wird auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen (§ 867 ZPO). Die Bekl. hat hierauf grundsätzlich keinen Einfluss, „handelt“ damit folglich auch nicht der vertraglichen Vereinbarung „zuwider“. Der Vermögensverfall der Bekl. bzw. gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind als Voraussetzungen eines Übertragungsanspruches des Kl. gerade nicht vereinbart. Im Hinblick auf die einschneidenden Konsequenzen für die Rechte der Bekl. und im Hinblick auf die Rechtssicherheit verbietet sich eine extensive Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen über den Wortlaut hinaus.

#### Anmerkung:

Das Urteil hat die Rückforderung einer ehezeitlichen mittelbaren Grundstückszuwendung nach Scheidung zum Gegenstand. Es thematisiert die Wirksamkeit eines vorsorgenden Ehevertrages (u. a. Gütertrennung) und damit verbunden das Verhältnis zwischen Zugewinnausgleich und Vermögensausgleich außerhalb des Güterstandes (nachstehend 1.), die Eheauseinandersetzung außerhalb des Güterstandes (nachstehend 2.) und die Auslegung einer Rückforderungsklausel in einem notariell beurkundeten Grundstücksübertragungsvertrag zwischen Eheleute (nachstehend 3.).

Die Eheleute schlossen acht Tage vor ihrer Heirat im Mai 1990 einen Ehevertrag nach dem Typ „Totalausschluss“: Gütertrennung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs und weitgehender Ausschluss des nachehelichen Unterhalts. Der Ehemann war schwerbeschädigt und ging keiner Erwerbstätigkeit nach. Letzteres hatte er auch nicht nötig, weil er über ein ererbtes Vermögen von € 5 Mio. verfügte. Von diesem Vermögen lebten die Ehegatten, wobei dem mitgeteilten Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, ob die Früchte ausreichten oder auch auf die Substanz zurückgegriffen wurde. Die vermögenslose Ehefrau gab nach der Heirat ihre Berufstätigkeit auf und führte ihrem Mann den Haushalt. Im Dezember 1991 gebar sie einen Sohn; er stammt nicht vom Ehemann ab, wie im November 2008 im Rahmen eines Vaterschaftsprozesses gutachterlich festgestellt wurde. Im Mai 2002 erwarb die Frau ein Hausgrundstück zu Alleineigentum. Den Kaufpreis in Höhe von € 530 000 beglich sie in Höhe von € 270 000 aus Geldmitteln des Mannes. Den Rest finanzierte sie fremd. Die Tilgungs- und Zinslast beglich sie zunächst aus Mieteinnahmen, die ihr aus einer anderen mit Mitteln des Mannes erworbenen Immobilie zufließen. Ihren Anteil an dieser letztgenannten Immobilie übertrug sie später auf den Mann. Forthin bediente sie das Darlehen u. a. aus dem Erlös von € 80 000, den sie aus der Veräußerung einer Eigentumswohnung erzielte. Diese hatte sie 2001 ebenfalls mit Mitteln des Ehemannes (ca. € 55 000) auf ihren Namen erworben. Ende September 2003 trennten sich die Eheleute. Auf den im Mai 2006 hin gestellten Scheidungsantrag wurden sie im Juni 2006 rechtskräftig geschieden.

Der Ehemann verlangte nun von seiner Verflorenen Rückzahlung der Geldbeträge, die er ihr zum Erwerb des (erstgenannten) Hausgrundstücks durch Kaufvertrag vom Mai 2002 in Höhe von € 270 000 zur Verfügung ge-

stellt hatte, sowie des Erlöses aus der Veräußerung der Wohnung (ca. € 80 000). Hilfsweise forderte er die Übereignung des Hausgrundstücks. Er stützte sich auf den Kaufvertrag vom Mai 2002. Darin hatte sich die Ehefrau zur Übereignung an den Mann verpflichtet für den Fall, dass sie ohne dessen Zustimmung den Grundbesitz veräußert oder belastet. Der entsprechende aufschiebend bedingte Übereignungsanspruch des Ehemannes war durch Eintragung einer Vormerkung gesichert. Eine Belastung im Sinne dieser Klausel sah der Mann darin, dass auf Antrag des Freistaates Bayern im Juni 2007 wegen einer Gerichtskostenforderung eine Zwangshypothek in Höhe von gut € 15 000 in den Grundbesitz eingetragen worden war.

1. Inhaltskontrolle des vorsorgenden Ehevertrages, Verhältnis zwischen Zugewinnausgleich und Vermögensausgleich außerhalb des Güterstandes

Die Ehefrau wandte u. a. ein, die Vereinbarung der Gütertrennung im Ehevertrag sei sittenwidrig und nichtig (§ 138 BGB). Die Ehegatten hätten mithin im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt. Dieser sei den vom Ehemann geltend gemachten Ansprüchen (Herausgabe der geschenkten Geldbeträge nach Widerruf der etwaigen Schenkung wegen groben Undanks nach §§ 530, 531 Abs. 2, 818 ff. BGB, Rückgewähr etwaiger ehebedingter Zuwendungen wegen scheidungsbedingten Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach §§ 313, 346 ff. BGB bzw. wegen des aufschiebend bedingten kaufvertraglichen Übereignungsanspruches) vorrangig und die Klage schon aus diesem Grunde abzuweisen. Das OLG München deutet Sympathien für diese Sichtweise an, lässt die Frage nach der Wirksamkeit der vereinbarten Gütertrennung jedoch offen, weil dem Kl. die begehrte Rechtsfolge selbst dann unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zugebilligt werden könne, wenn die vereinbarte Gütertrennung Bestand hat.

Die vom OLG München vertretene Auffassung, wonach in der Zugewinnngemeinschaft ein Vermögensausgleich neben dem Güterstand ausgeschlossen sei, vermag nicht zu überzeugen. Ihr fehlt jede Rechtsgrundlage. Sie steht zudem im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH. Danach ist die gesonderte Geltendmachung schuldrechtlicher Ansprüche nicht durch den Vorrang des Güterrechts ausgeschlossen.<sup>1</sup> Die Ansprüche sind vielmehr bei der Berechnung des Zugewinns im Endvermögen des Gläubigers als Aktivposten und im Endvermögen des Schuldners als Passivposten zu berücksichtigen.<sup>2</sup> Bei richtiger Handhabung des Güterrechts kann der Zugewinnausgleich durch Geltendmachung schuldrechtlicher Ansprüche nicht verfälscht werden.<sup>3</sup> Dies ist zutreffend, weil die Erfüllung der Ansprüche an der Zugewinnausgleichsbilanz nichts ändert (Aktiv- bzw. Passivtausch). Werden schuldrechtliche Ansprüche vor Durchführung des Zugewinnausgleichs geltend gemacht, muss allerdings vorausschauend berücksichtigt werden, wie über

1 BGH, FuR 2009, 102, Tz. 10; BGHZ 115, 132 = DNotZ 1992, 435 = MittRhNotK 1991, 311.

2 BGH, FuR 2009, 102, Tz. 10; BGH, FamRZ 2007, 877; BGH, FamRZ 2006, 1178; BGH, FamRZ 1989, 147; BGH, FamRZ 1987, 1239 = DNotZ 1988, 176; vgl. auch jüngst OLG Düsseldorf, FuR 2009, 177 = JMBI NW 2009, 16.

3 BGH, FuR 2009, 102, Tz. 11.

den Zugewinnausgleich entschieden wird, damit nicht im Zivilprozess zugesprochen wird, was im Zugewinnausgleichsprozess zurück gewährt werden muss (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*).<sup>4</sup>

War die Vereinbarung der Gütertrennung vorliegend unwirksam? Für sich genommen sicherlich nicht. Der Güterstand ist nach stetiger Rechtsprechung des BGH einer Abweichung vom dispositiven Recht im weitesten Umfang zugänglich, weil er nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehört.<sup>5</sup> Vorliegend war es angesichts der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse legitim, dass der Ehemann Wertsteigerungen des ererbten Vermögens von einer Teilhabe seiner Ehefrau ausschloss, zumal diese nicht dazu beitragen hat. Doch war die Frau durch den weitgehenden Unterhaltsverzicht schutzlos gestellt mit der Folge einer Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages und damit auch der Gütertrennung? Nach der Rechtsprechung des BGH kann sich die Gesamtnichtigkeit im Rahmen einer „Gesamtschau“<sup>6</sup> aus einer evident einseitigen und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigten, nicht durch anderweitige Vorteile kompensierten<sup>7</sup> und für den belasteten Ehegatten unzumutbaren Lastenverteilung (§ 138) ergeben. Bei der „Gesamtschau“ stellt die Rechtsprechung nicht nur auf das Zusammenspiel der einzelnen Vertragsklauseln, sondern insbesondere auch darauf ab, ob der Vertrag den Gesamteindruck einer einseitigen Lastenverteilung vermitteln. Er kann sich auch dann ergeben, wenn Verzicht formal gegenseitig erklärt werden. So hat der BGH jüngst im Fall einer „Diskrepanz“<sup>8</sup> den Ausschluss des Versorgungsausgleichs für nichtig erklärt und weiter die Ansicht vertreten, dass die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag einschließlich Gütertrennung und Ausschluss des Unterhalts erfasst. Die salvatorische Klausel war in diesem Fall wirkungslos.<sup>9</sup>

Der mitgeteilte Sachverhalt rechtfertigt es m. E. nicht, den Ehevertrag für gesamtnichtig zu erklären. Immerhin hat der Ehemann der Ehefrau im Verlauf der Ehe umfangreiche Zuwendungen gemacht, offensichtlich um diese abzusichern. Es liegt nahe, dass dies einem bereits bei Eheschließung vorhandenen Einvernehmen der Ehegatten entsprach; eine Fixierung dieses Motivs im Ehevertrag ist m. E. ebenso wenig erforderlich wie die Aufnahme sonstiger Motive, erst recht nicht die Statuierung entsprechender klagbarer Verpflichtungen.<sup>10</sup> Anderenfalls ist kaum verständlich, warum die Ehefrau auf Unterhalt verzichtet hat und offensichtlich kurze Zeit nach Eheschließung ihre Berufstätigkeit aufgegeben hat. Zudem bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ehemann bei Abschluss des Ehevertrages seiner Frau gegenüber in einer überlegenen Verhandlungsposition war. Die Ehefrau war in diesem Zeitpunkt weder schwanger noch arbeitslos oder in sonstiger Weise von ihrem Gatten wirtschaftlich abhängig. Ihre Berufstätigkeit gab sie erst nach der Ehe auf. Der Umstand, dass die Eheleute den Ehevertrag acht Tage vor Heirat abschlossen, deutet für sich genommen noch nicht darauf hin, dass der Ehemann die Heirat davon abhängig gemacht hat, dass die Ehefrau den sie im Ergebnis benachteiligenden Kautelen zustimmte. Der BGH hat jüngst bestätigt, dass vom objektiven Tatbestand (d. h. einer einseitigen Belastung der Ehefrau durch eine Vereinbarung)

nicht auf den subjektiven Tatbestand (Ausnutzung einer überlegenen Verhandlungsposition) geschlossen werden kann.<sup>11</sup> Vielmehr besteht keine Vermutung für eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten (hier des Ehemannes). Diese Klarstellung durch den BGH kann in der Praxis nur mit Erleichterung zur Kenntnis genommen werden. Ehevertragliche Vereinbarungen, die vom dispositiven Recht abweichen, unterliegen keinem Generalverdacht, sittenwidrig zu sein.

Mithin trägt der mitgeteilte Sachverhalt m. E. nicht die Annahme, die vereinbarte Gütertrennung sei unwirksam gewesen.

## 2. Eheauseinandersetzung außerhalb des Güterstandes

Der Ehemann stützte seine Ansprüche auf einen Widerruf der etwaigen Schenkung wegen groben Undanks nach §§ 530, 531 Abs. 2, 818 ff. BGB, alternativ auf einen scheidungsbedingten Wegfall der Geschäftsgrundlage etwaiger ehebedingter Zuwendungen nach §§ 313, 346 ff. BGB und schließlich auf den aufschiebend bedingten im Kaufvertrag zu seinen Gunsten vereinbarten Überweisungsanspruch.

Das OLG München verneint all diese Ansprüche. Grober Undank (§ 530 Abs. 1 BGB) kann, wie das Gericht zutreffend ausführt, in der Geburt eines nicht-ehelichen Kindes hier schon deshalb nicht gesehen werden, weil die Zuwendung der Geburt zeitlich (um fast zehn Jahre) nachfolgte. Von mangelnder Dankbarkeit kann hier schon begrifflich nicht die Rede sein. Selbst wenn die Geldzahlungen des Mannes an die Frau eine ehebedingte Zuwendung und keine freigebige Schenkung waren, könne hier eine Rückgewähr nach §§ 313, 346 ff. BGB nicht verlangt werden. Dieses Ergebnis sei dem Ehemann angesichts der Vermögensverhältnisse der Beteiligten und der durch den Ehevertrag bewirkten Einkommens- und Vermögensstrennung zuzumuten. In der Tat entspricht diese vom Gericht gelieferte Begründung der maßgeblichen BGH-Rechtsprechung. Danach kann eine ehebedingte (unbenannte) Zuwendung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur korrigiert werden, wenn dem leistenden Partner die Beibehaltung der durch seine Leistungen und Beiträge geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist.<sup>12</sup> Praktisch führt dies kaum je dazu, dass die ehebedingte Zuwendungen voll zurück zu erstatten sind.

Die Kautelarpraxis hat sich bei Vermögenszuwendungen unter Ehegatten bewusst zu sein, dass die Rechtsgrund-

4 BGH, FuR 2009, 102, Tz. 24; BGH, FamRZ 2007, 877; BGHZ 115, 132 = DNotZ 1992, 435 = MittRhNotK 1991, 311.

5 Zuletzt BGH, NJW 2008, 1076, Tz. 21 m. w. N.

6 BGH, NJW 2008, 3426, Tz. 20 ff.; NJW 2006, 2331, 2333.

7 Z. Bsp. BGH, NJW 2007, 2851.

8 Der (spätere) Ehemann war bei Vertragschluss (zwei Wochen vor Heirat) erfolgreicher Jurist, die (nachmalige) Ehefrau von ihm im neunten Monat schwangere Kindergärtnerin.

9 BGH, NJW 2008, 3426, Tz. 20 ff.

10 Einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor.

11 BGH, FamRZ 2009, 198 m. Anm. Bergschneider = NJW 2009, 842 m. Anm. Grziwotz; vgl. schon BGH, FamRZ 1985, 788; FamRZ 1992, 1403.

12 BGH, DNotZ 2009, 52 m. Anm. Löhnig = RNotZ 2008, 611, Tz. 44; NJW 2008, 3282, Tz. 32; DNotZ 2000, 514; BGHZ 84, 361 = DNotZ 1983, 180.

angabe „unbenannte Zuwendung“ nicht bedeutet, dass die Zuwendung im Trennungs- oder Scheidungsfall vollständig rückgängig gemacht wird. Vielmehr setzt sie die Beteiligten einer kaum berechenbaren Billigkeitsjustiz aus. Vorzugswürdig dürfte es zumeist sein, „Farbe zu bekennen“ und – insbesondere abhängig vom Güterstand – entweder eine freigebige Schenkung oder aber eindeutige Rückforderungsklauseln zu vereinbaren. Die „unbenannte Zuwendung“ hat allerdings immerhin den Vorteil, dass sie den Beteiligten, wenn die Ehe gescheitert ist, Verhandlungsspielräume belässt. Insbesondere in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, die über keinen nennenswerten ErbSt-Freibetrag verfügen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG), bietet sich hier die Möglichkeit, Vermögen schenkungssteuerfrei zu entflechten. Vorliegend mildert die Entscheidung des OLG zudem immerhin die Härten des ehevertraglichen Totalauschlusses für die Frau ab.

### 3. Aufschiebend bedingte Übereignungspflicht

Der Ehemann hat sich auf den Kaufvertrag vom Mai 2002 berufen. Darin hatte sich die Ehefrau zur Übereignung an den Mann verpflichtet für den Fall, dass sie ohne dessen Zustimmung den Grundbesitz veräußert oder belastet. Die für den Freistaat Bayern eingetragene Zwangssicherungshypothek erfülle diese Voraussetzungen. Das OLG München widerspricht dieser Auslegung. Die Eintragung einer Zwangshypothek stehe nicht den ausdrücklich im Übertragungsvertrag aufgenommenen Fällen einer Veräußerung oder Belastung gleich.

Die Auffassung des Gerichts ist abzulehnen. Sie ist m. E. in der Sache unzutreffend. Zudem setzt sich das Gericht nicht mit der entgegengesetzten Rechtsprechung des OLG Frankfurt auseinander, sondern ignoriert diese. Das OLG Frankfurt hat in einem Urteil vom 19. 2. 2003 entschieden, dass ein in einem Übertragungsvertrag geregeltes Rückforderungsrecht für den Fall einer ohne Zustimmung des Übergebers vorgenommenen Veräußerung oder Belastung i. d. R. auch den Fall der Belastung im Wege der Zwangsvollstreckung umfasst.<sup>13</sup> Dieses Urteil des OLG Frankfurt hatte folgenden Sachverhalt zum Gegenstand: Der Übergeber schenkte und übereignete mit notariell beurkundetem Vertrag seinen beiden Kindern zu je 1/2 Grundstücke. Im Übertragungsvertrag wurde dem Übergeber das Recht eingeräumt, Rücküberweisung zu verlangen, wenn ein Erwerber ohne Zustimmung des Übergebers den Grundbesitz veräußert oder belastet. Das Rücküberweisungsrecht wurde durch Vormerkung gesichert. Ein Erwerber hatte bereits vor dem Abschluss des Übertragungsvertrages Schulden, wegen derer es bereits eine Vielzahl von Pfändungsversuchen gegeben hatte, die größtenteils fruchtlos verlaufen waren. Nach der Grundbuchumschreibung auf die Erwerber ließ der Landesfiskus Zwangssicherungshypotheken wegen dieser Schulden eintragen. Das OLG Frankfurt legte die Rücküberweisungsklausel dahingehend aus, dass diese auch für den Fall der Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Fiskus gilt. Sie sei nicht auf rechtsgeschäftliche Verfügungen beschränkt.

Die Auffassung des OLG Frankfurt dürfte auch durch ein Urteil des BGH v. 22. 9. 1994 gestützt werden.<sup>14</sup> Darin war zu entscheiden, ob ein kaufvertraglich vereinbartes Wiederkaufsrecht, das an die Bedingung geknüpft

war, dass „die Kaufgrundstücke [ . . . ] in unbebautem Zustand an Dritte veräußert werden“, auch den Fall einer Zwangsversteigerung erfasst. Der BGH hat dies bejaht. Er führt aus, dass das Verfahrensrecht unter einer „Veräußerung“ auch eine Zwangsversteigerung verstehe (vgl. §§ 265, 266, 325, 771, 806 ZPO). Möglicherweise hätten die Vertragsparteien jedoch an den Fall der Zwangsversteigerung nicht gedacht, so dass man zweifeln könnte, ob die Vertragsparteien auch die Zwangsversteigerung unter eine „Veräußerung“ gefasst haben. Selbst wenn die Vertragsparteien an den Fall der Zwangsversteigerung nicht gedacht haben, führt nach Ansicht des BGH die Anwendung der Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu dem Ergebnis, dass das Wiederkaufsrecht auch den Fall der Zwangsversteigerung erfasst. Wären sich die Parteien der Vertragslücke bewusst gewesen, hätten sie diese in dem Sinne geschlossen, dass auch die Zwangsversteigerung zum Wiederkauf berechtigt.

M. E. können die Ausführungen des BGH auch im vorliegenden Falle fruchtbar gemacht werden. Auch spricht die gesetzliche Regelung in §§ 135 Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 1 S. 2, 184 Abs. 2, 883 Abs. 2 S. 2, 2115 BGB, welche eine im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgte Verfügung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichstellt, dafür, dass unter „Belastung“ i. S. der vorliegenden Klausel auch die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek fällt.

Auch ein weiteres vom BGH in seinem vorstehend zitierten Urteil vom 22. 9. 1994<sup>15</sup> angeführtes Argument lässt sich für die hier vertretene Auslegung ins Feld führen: Der BGH weist darauf hin, dass es in vergleichbaren Kaufverträgen üblich sei, als Wiederkaufsfall auch eine Zwangsversteigerung zu vereinbaren. Daher sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) davon auszugehen, dass die Parteien dies auch so vereinbart hätten, wenn sie die insofern bestehende Lücke bedacht hätten. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass in den von der kautelarpraktischen Literatur zu Überlassungsverträgen entwickelten Mustern ganz überwiegend empfohlen wird, den Tatbestand, dass „Zwangsvollstreckungen in den Vertragsbesitz oder Teile davon betrieben werden“, ausdrücklich als Rückforderungsgrund in den Übertragungsvertrag aufzunehmen.<sup>16</sup> Auch Krauß sieht als Rückforderungsgrund vor u. a., dass der Übernehmer „von Zwangsvollstreckung oder Zwangsverwaltung in den Grundbesitz betroffen ist, sofern die Maßnahme nicht binnen zwei Monaten aufgehoben wird“.<sup>17</sup> Lediglich H. Götte stellt schlichtweg auf die „Belastung des Grundbesitzes“ ab, ohne dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, insbesondere die Eintragung von Sicherungshypotheken, ausdrücklich erwähnt werden.<sup>18</sup>

13 OLG Frankfurt, NotBZ 2005, 219.

14 BGH, NJW 1994, 3299 = DNotZ 1995, 204.

15 BGH, NJW 1994, 3299 = DNotZ 1995, 204.

16 Vgl. z. B. Basty, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 39 Rn. 31 M sowie Rn. 85 M; Jerschke, in: Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2005, A IV Rn. 228.

17 Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, Rn. 1637.

18 Vgl. H. Götte, in: Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 38 Rn. M 38.3.



Hinzu kommt, dass es für den Übergeber im Hinblick auf die von ihm bewerkte Erhaltung des Übertragungswerts im Vermögen des Übernehmers grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob ein drohender Verlust des Übertragungsobjekts auf ein freiwilliges Verhalten des Erwerbers oder einen zwangsweisen Zugriff Dritter zurückzuführen ist.<sup>19</sup> Der mit Rückforderungsklauseln typischerweise verbundene Zweck, dem Übergeber bei einem wirtschaftlichen Scheitern des Übernehmers die Rückforderung vorzubehalten (und damit den übertragenen Grundbesitz im Familienbesitz ungeschmälert zu halten), spricht dafür, dass auch die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek die Rückforderung rechtfertigt.

*Notarassessor Dr. Maximilian Frhr. v. Proff zu Irnich,  
Würzburg*

### **8. Erbrecht – Keine Anfechtung der Erbschaftsannahme bei Irrtum über die tatsächlichen Wertverhältnisse des Nachlasses**

(*OLG Stuttgart*, Urteil vom 29. 1. 2009 – 19 U 150/08)

#### **BGB § 119; 1943; 2306**

**Ein Irrtum über die tatsächlichen Wertverhältnisse des Nachlasses stellt keinen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses dar und berechtigt daher nicht zur Anfechtung der Erbschaftsannahme.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

#### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

1. Zu Recht geht das LG davon aus, dass der Kl. das ihm zugewendete Erbteil nicht fristgerecht ausgeschlagen hat, § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die Ausschlagungsfrist beträgt 6 Wochen und beginnt mit der Kenntnis vom Anfall der Erbschaft, dem Berufungsgrund und der Beschwerung, §§ 2306 Abs. 1 S. 2, 1943, 1944 BGB.

Mit Testamentseröffnung am 12. 7. 2006 hatte der Kl. Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und vom Berufungsgrund. Er erhielt ferner Kenntnis von dem der Bekl. zugewendeten Vermächtnis und der Anordnung der Testamentsvollstreckung, weswegen er sich auch zur Annahme der Erbschaft noch nicht erklären wollte. Er wurde in diesem Zusammenhang auch über die Geltendmachung seines Pflichtteilsrechts belehrt.

Nach ganz herrschender Meinung ist für den Vergleich zwischen Erbteil und Pflichtteilshöhe und damit für die Frage, ob dem Erben das Ausschlagungsrecht nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB zusteht, grundsätzlich die Quotentheorie anzuwenden (Palandt/Edenhofer, 68. Aufl., § 2306 BGB Rz. 2 f sowie MünchKomm/Lange, 4. Aufl., § 2306 Rz. 3 m. Fn. 5). Das bedeutet, nur die Quoten, also die Bruchteilsgößen, sind maßgebend, nicht aber der Wert. Anderes gilt nur, wenn dem Pflichtteilsberechtigten nur ein Geldbetrag oder ein einzelner Gegenstand zugewandt wurde und trotz § 2087 Abs. 2 BGB eine Erbeinsetzung vorliegt. In diesem Fall muss die Quote

des Hinterlassenen aus dem Wertverhältnis zwischen Zuwendung und Gesamtnachlass errechnet werden (MünchKomm/Lange a.a.O.). Ebenso wird verfahren, wenn bei der Berechnung des Pflichtteils Vorempfänge über Anrechnungs- oder Ausgleichspflichten (§§ 2315, 2316 BGB) anzurechnen sind (Palandt/Edenhofer, a.a.O.; MünchKomm/Lange, a.a.O.).

Die genannten Ausnahmen sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Insbesondere fällt die im Testament verfügte Ausgleichszahlung in Höhe von zuletzt 30 000,- DM nicht unter die genannten Vorschriften.

Für den Fristbeginn maßgebend ist die Kenntnis von Umständen, aufgrund deren ein Abwägen und damit ein Handeln erwartet werden kann (BGH WM 1968, 542). Diese Kenntnis hat der Kl. spätestens mit der Auskunft der Bekl. vom 20. 8. 2006 – zugegangen am 19. 9. 2006 – erhalten, in der die Größenordnungen von Vermächtnis und Restnachlass schon ausdrucksvoll deutlich wurde.

Die mit Schreiben vom 10. 8. 2007 erklärte Ausschlagung ist folglich verfristet. Auf den Erhalt des Wertgutachtens vom 14. 6. 2007 kommt es mithin nicht an. Der neue Vortrag, dem Kl. sei die Bewertung nicht möglich gewesen, weil die Bekl. ihre Mitwirkung verweigert habe – was diese bestreitet –, ist überdies gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen.

2. Die hilfsweise erklärte Anfechtung der Erbschaftsannahme gemäß §§ 1945, 1954, 1955 BGB wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses nach § 119 Abs. 2 BGB greift ebenfalls nicht.

a) Die Anfechtung erfolgte wirksam durch Abgabe des Bevollmächtigten mit Schreiben vom 10. 8. 2007 und öffentlich beglaubigter Vollmacht beim Nachlassgericht (Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 1945 Rz. 3 m. w. N.).

b) Unter verkehrswesentlichen Eigenschaften werden alle wertbildenden Faktoren wie Größe, Lage, Belastungen verstanden, nicht aber der Wert oder Marktpreis selbst.

Eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses i. S. von § 119 Abs. 2 BGB wird bejaht, wenn es um die Überschuldung des Nachlasses geht oder um eine Belastung des Nachlasses mit wesentlichen Verbindlichkeiten (z. B. Vermächtnis), deren rechtlicher Bestand ungeklärt ist (BGH NJW 1989, 2885 = DNotZ 1990, 50). Weiter wird hierzu gerechnet die Höhe des Erbanteils (OLG Hamm NJW 1966, 1080), die Größe des Nachlasses (KG OLGZ 1993, 1 [Unkenntnis von in früherer DDR gelegenen Immobilienvermögen]), Irrtum über Zugehörigkeit von Rechten oder Verbindlichkeiten zum Nachlass, wenn dieser Irrtum zur Vorstellung einer tatsächlich nicht bestehenden Überschuldung führt (KG NJW-RR 2004, 941 = RNotZ 2004, 234).

Der Kl. macht einen Irrtum über die tatsächlichen Wertverhältnisse des Nachlasses geltend. Es geht nicht um den ungeklärten rechtlichen Bestand von Nachlassverbindlichkeiten oder Nachlassforderungen oder Belastungen oder deren Zugehörigkeit zum Nachlass und dem sich

<sup>19</sup> So zu Recht Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41, 46.

hieraus ergebenden Irrtum über den Erbteilswert. Der Kl. wusste vielmehr seit der Auskunft der Bekl., dass das vermächtnisweise zugewendete Grundstück weitgehend das Erbe ausmachte (vgl. auch BayObLG NJW-RR 1994, 904).

Die Anfechtung der Erbschaftsannahme scheidet folglich aus.

3. Die hilfsweise erklärte Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist gemäß §§ 1956, 1955, 1945 BGB ist ebenfalls erfolglos.

a) Die Abgabe im Schriftsatz vom 10. 8. 2007 gegenüber dem Nachlassgericht ist formwirksam (vgl. 2. a).

b) Bezüglich der Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 Abs. 2 BGB gilt das unter 2. b Ausgeführte entsprechend.

### **9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Eintragung einer Generalvollmacht in das Handelsregister**

(*Hanseatisches OLG Hamburg*, Beschluss vom 4. 12. 2008 – 11 Wx 80/08)

**HGB §§ 8 Abs. 1; 48 Abs. 1; 53 Abs. 2; 106 Abs. 2 Nr. 4; 162**

**Eine Generalvollmacht kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.**

#### **Aus den Gründen:**

Die weitere Beschwerde ist statthaft, § 27 Abs. 1 FGG, und auch formgerecht eingelegt, § 29 Abs. 1 S. 1 und S. 3 FGG. Soweit sich die der Beschwerdeschrift beigelegte Vollmacht auf die bereits erledigte Eintragung einer Generalvollmacht für Herrn T. bezieht, hat der Senat die mit der Beschwerde eingereichte Vollmacht vom 27. 6. 2008 betreffend die Eintragung der Generalvollmacht für Herrn To. für maßgebend erachtet.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet. Sowohl das Registergericht als auch das LG haben die von der Ast. begehrte Eintragung der Generalvollmacht in das Handelsregister zu Recht abgelehnt.

Im Handelsregister sind grundsätzlich nur solche Tatsachen eintragungsfähig, die von Gesetzes wegen zur Eintragung bestimmt und zugelassen sind (Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 85). Eine gesetzliche Vorschrift, die die Eintragung der Erteilung einer Generalvollmacht ausdrücklich zulässt, besteht jedoch nicht. Weder kann die Eintragung auf §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 162 HGB gestützt werden, da sich diese Vorschriften nur auf organschaftliche Vertretungsverhältnisse beziehen, zu denen die rechtsgeschäftliche Vollmacht nicht gehört (OLG Frankfurt NZG 2006, 262, 263), noch ist § 13 e Abs. 2 Nr. 3 HGB einschlägig, nach dem die Vertretungsbefugnis von ständigen Vertretern einer Zweigniederlassung von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Ausland in das Handelsregister einzutragen ist. Denn um eine solche Zweigniederlassung handelt es sich bei der Ast. mit Sitz in Deutschland nicht.

In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings anerkannt, dass auch solche Tatsachen in das Handelsregister einge-

tragen werden können, deren Eintragung gesetzlich zwar nicht vorgesehen ist, an deren Bekanntmachung der Rechtsverkehr bzw. der eingetragene Rechtsträger unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Handelsregisters ein besonderes Interesse hat (BGH NJW 1992, 1452, 1453 f. = DNotZ 1993, 176 = MittRhNotK 1992, 89; BGH NJW 1998, 1071 = DNotZ 1998, 968; Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 88; MünchKomm-HGB/Krafka, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 32). Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist bei einer solchen Erweiterung der Eintragungsmöglichkeiten jedoch äußerste Zurückhaltung geboten (BGH NJW 1992, 1452, 1453 f. = DNotZ 1993, 176 = MittRhNotK 1992, 89; BGH NJW 1998, 1071 = DNotZ 1998, 968; Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 88). Sie ist daher nur durch Auslegung gesetzlicher Vorschriften, durch Analogiebildung oder im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung möglich (BGH NJW 1992, 1452, 1453 f. = DNotZ 1993, 176 = MittRhNotK 1992, 89). Des weiteren ist bei Zulassung einer Eintragungsmöglichkeit zu berücksichtigen, dass das Handelsregister nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben darf (BGH NJW 1998, 1071 = DNotZ 1998, 968; Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 88), denn der Zweck des Handelsregisters besteht zum einen in der Sicherheit des Rechtsverkehrs, zum anderen darin, die eingetragenen Rechtsverhältnisse zutreffend wiederzugeben (Baumbach/Hopt, 33. Aufl. 2008, § 8 HGB Rn. 5).

Entsprechend diesen strengen Grundsätzen hat das LG ein sachliches Bedürfnis an der begehrten Eintragung der Generalvollmacht zu Recht abgelehnt. Ein zwingendes Interesse der Ast. ergibt sich weder aus einer analogen Anwendung des § 53 HGB (dazu unter 1.), noch aus der besonderen Konzernstruktur der Ast. (dazu unter 2.).

1. Entgegen den Ausführungen der Ast. lässt sich die Eintragungsfähigkeit der Generalvollmacht nicht mit einer Analogie zu § 53 Abs. 1 HGB, der die Eintragung der Prokura anordnet, begründen. Eine Analogie ist zulässig und geboten, „wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (...) und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen“ (BGH NJW 2003, 1932, 1933; BGH NJW 2007, 3124, 3125 = DNotZ 2008, 132). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Es ist schon fraglich, ob in dem Schweigen des Gesetzes über die Eintragungsfähigkeit bzw. -pflicht der Generalvollmacht überhaupt eine planwidrige Regelungslücke gesehen werden kann. Zwar ist es richtig, dass der Generalvollmacht heute eine wirtschaftliche Bedeutung zukommt, die bei Kodifizierung des HGB noch nicht vorauszusehen war. Folglich hatte der Rechtsverkehr zu dem damaligen Zeitpunkt auch kein Interesse an ihrer Eintragung. Jedoch hat das HGB in der Folgezeit mehrere Reformen erfahren, deren Ziele es jedenfalls auch waren, die Aussagekraft des Handelsregisters zu stärken. Das gilt für das HRefG vom 22. 6. 1998 (BGBl I S. 1474 ff.), mit dem neben der Neuregelung des Kauf-

mannsbegriffs und des Firmenrechts auch die Effizienzsteigerung des registerrechtlichen Verfahrens erreicht werden sollte (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 42 f.). Insbesondere trifft dies aber zu auf das ERJuKoG vom 10. 12. 2001 (BGBl I S. 3422). Durch dieses Gesetz wollte es der Gesetzgeber erreichen, Registereintragungen zur Vertretungsmacht bei Personenhandelsgesellschaften eindeutiger und verständlicher zu machen (BT-Drucks. 14/6855, S. 16 und S. 19). Zu diesem Zweck fügte er einen neuen § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB in das Gesetz ein, wonach künftig bei der Gründung einer Personenhandelsgesellschaft die Anmeldung zum Handelsregister auch dann eine entsprechende Erklärung zu den (organschaftlichen) Vertretungsverhältnissen beinhalten muss, wenn die Vertretungsregelung dem gesetzlichen Regelfall entspricht. Nach der früheren Rechtslage bestand im Falle der gesetzlich vorgesehenen Einzelvertretungsmacht weder eine Pflicht noch eine Möglichkeit der Eintragung. Angesichts der Tatsache, dass zu jenem Zeitpunkt die Bedeutung der Generalvollmacht und der Streit um deren Eintragungsfähigkeit bekannt waren, wie bereits die Aufsätze von Joussen (Die Generalvollmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, WM 1994, 273) und Spitzbarth (Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, DB 1962, 851) ausweisen, hätte für den Gesetzgeber im Zuge dieser Neuregelungen Anlass zur Beantwortung der Frage bestanden, ob die Transparenzfunktion des Handelsregisters es gebietet, auch für sonstige Vertretungsverhältnisse, wie die Generalvollmacht, eine Eintragungspflicht zu statuieren. Dass der Gesetzgeber eine entsprechende Normierung nicht vorgenommen hat, rechtfertigt den Schluss auf eine bewusste legislative Entscheidung, die nicht im Wege der Annahme einer Analogie umgangen werden kann.

Die Frage nach der Planwidrigkeit der Regelungslücke bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung, da es jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage zwischen der Eintragung einer Prokura und der Eintragung einer Generalvollmacht in der Gestalt, wie sie von der Ast. erteilt wurde, fehlt.

Die Generalvollmacht wird definiert als Vollmacht, die zur Vornahme aller Geschäfte ermächtigt, bei denen eine Vertretung überhaupt zulässig ist (Hübner, zur Zulässigkeit der Generalvollmacht, ZHR 143 (1979) 1, 3; Schroeder/Oppermann, Die Eintragungsfähigkeit der kaufmännischen Generalvollmacht, JZ 2007, 176, 177). Die durch die Generalvollmacht vermittelte Ermächtigung des Vertreters kann also über die Vertretungsbefugnisse des Prokuristen hinauszugehen. Da mit der Generalvollmacht zumeist eine herausragende Stellung im Unternehmen eingeräumt und eine eigene Hierarchieebene zwischen der Geschäftsführung/Vorstand und den Prokuristen geschaffen werden soll (Joussen, WM 1994, 273, 275; Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 176, 177), ist dies sogar der Regelfall. Insoweit verkennt der Senat nicht, dass der Rechtsverkehr ein besonderes Interesse daran hat, von Bestehen und Widerruf der Generalvollmacht verlässlich Kenntnis zu erlangen.

Anders als die Prokura, deren Umfang in § 49 HGB gesetzlich geregelt ist, handelt es sich bei der Generalvollmacht jedoch um keine fest definierte Vertretungsmacht. Es hängt vom Willen des Vollmachtgebers ab, ob die

Generalvollmacht uneingeschränkt erteilt oder dem Umfang nach auf bestimmte Geschäfte beschränkt wird (MünchKomm-HGB/Krebs, a.a.O., vor § 48 Rn. 93). Von dieser Möglichkeit hat die Ast. Gebrauch gemacht, indem sie Grundstücksgeschäfte, Grundstücksbelastungen und die Befugnis zur Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus dem Umfang der Vollmacht heraus genommen hat. Jedenfalls in dieser eingeschränkten Form kann die Generalvollmacht nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Dies entspricht auch der überwiegenden Ansicht in der wissenschaftlichen Literatur, die die Eintragung der Generalvollmacht entweder vollkommen ablehnt (Staub/Joost, 5. Aufl. 2008, § 53 HGB Rn. 4 m. w. N.; MünchKomm-HGB/Krafka, a.a.O., § 8 Rn. 55; MünchKomm-HGB/Krebs, a.a.O., § 53 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber, 2. Aufl. 2008, vor § 48 HGB Rn. 7 und § 53 Rn. 2; Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 104; Joussen, WM 1994, 273) oder nur für den Fall der uneingeschränkten Generalvollmacht bejaht (Baumbach/Hopt, 33. Aufl. 2008, § 8 HGB Rn. 5; ohne Differenzierung bejahend Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 4 Rn. 11; Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 176, 180). Auch die Rechtsprechung hat bisher die Eintragung einer Generalvollmacht abgelehnt (so OLG Celle 9 W 93/04 – unveröffentlicht, zitiert nach Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 176, 177; OLG Hamm MDR 1978, 224 = DNotZ 1978, 295 (für einen Verein; weitere Nachweise bei Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 176, 177 Fn. 10).

Durch die Flexibilität ihres Umfangs weist die Generalvollmacht Ähnlichkeit zur nicht eintragungsfähigen Handlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 HGB auf. Mit der Prokura, deren wesentliches Merkmal gerade die absolute Unbeschränkbarkeit im Außenverhältnis ist (vgl. Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 4f. mit Verweis auf Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB, Teil I, 1858, S. 73 ff.), ist sie nicht vergleichbar. Die Eintragung der eingeschränkten Generalvollmacht in das Handelsregister dennoch zuzulassen, würde zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit führen. Das gilt zum einen deshalb, weil die Generalvollmacht im Gegensatz zur Prokura (vgl. § 48 Abs. 1 HGB) auch konkludent erteilt werden kann, der Vollmachtgeber sich des Vorliegens einer Generalvollmacht also gar nicht bewusst sein muss, zum anderen zeigt die Praxis, dass die Generalvollmacht in unterschiedlicher Ausgestaltung erteilt wird und längst nicht immer zu allen Rechtsgeschäften, bei denen eine Vertretung zulässig ist, ermächtigen soll. Die Abgrenzung einer eingeschränkten Generalvollmacht zu einer umfassenden (General-)Handlungsvollmacht (zum Begriff der Generalhandlungsvollmacht: MünchKomm-HGB/Krebs, a.a.O., § 54 Rn. 15) kann daher im Einzelfall zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Die Eintragungsfähigkeit würde dann von der Auslegung der konkreten Vollmacht abhängen mit der Gefahr, dass die Vollmachten bei einzelnen Registergerichten unterschiedlich behandelt würden. Dies liefe aber dem aus der Publizitätsfunktion des Handelsregisters folgenden Grundsatz zuwider, dass das Register dem Rechtsverkehr standardisierte, abstrakt miteinander vergleichbare Informationen zur Verfügung stellen muss (Staub/Hüffer, 4. Aufl. 1995, vor § 8 HGB Rn. 1; MünchKomm-HGB/



Krafka, a.a.O., § 8 Rn. 6; soweit Schroeder/Oppermann [JZ 2007, 176, 182] darauf abstellen, dass, da die Erteilung der Prokura einzutragen ist, erst recht die weiterreichende Generalvollmacht einzutragen sein müsse, lassen sie außer Acht, dass die Generalvollmacht nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch im Außenverhältnis beschränkt werden kann).

Zusätzlich würde diese Rechtsunsicherheit noch verstärkt, wenn nicht nur die Eintragungsfähigkeit der Generalvollmacht, sondern auch deren Eintragungspflicht bejaht würde (so für die uneingeschränkte Vollmacht Baumbach/Hopt, a.a.O., § 8 Rn. 5; Canaris, Handelsrecht, a.a.O., § 4 Rn. 11; Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 177, 182). Dann könnte die Eintragung der Generalvollmacht mit Festsetzung von Zwangsgeld nach § 14 HGB durchgesetzt werden – eine Maßnahme, deren Verhältnismäßigkeit angesichts der genannten Abgrenzungsschwierigkeiten zweifelhaft erscheint.

Die Möglichkeit der Beschränkbarkeit der Generalvollmacht führt darüber hinaus – sollte die Eintragungsfähigkeit bejaht werden – zu praktischen Problemen, die bei der Eintragung einer Prokura nicht auftreten. Denn um einen umfassenden Schutz des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, müsste neben dem Hinweis auf die Erteilung der Generalvollmacht zusätzlich deren gesamter Inhalt in das Register eingetragen werden. Hierauf hat das LG zu Recht hingewiesen. Die damit einhergehende Unübersichtlichkeit des Registers hätte zur Folge, dass das Register seine Informationsfunktion nicht mehr hinreichend erfüllen könnte.

Entgegen der Ansicht der Ast. ließe sich eine solche Unübersichtlichkeit nicht dadurch vermeiden, dass im Handelsregister neben dem Hinweis auf die Generalvollmacht nur die Geschäfte aufgeführt werden, die von der Vollmacht nicht umfasst sind. Denn eine solche Lösung setzt voraus, dass es einen allgemein anerkannten Katalog von Geschäften gibt, zu denen diese Vertretungsmacht ermächtigt. Das ist der Fall bei der gesetzlichen Vertretungsmacht sowie bei der Prokura. Für diese Fälle ist in der Rechtsprechung daher auch anerkannt, dass die Befreiung des Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB mit ausdrücklicher Nennung der Geschäfte, für die die Befreiung nicht gilt, eingetragen werden kann (OLG Düsseldorf GmbHHR 1995, 51 = DNotZ 1995, 237 = MittRhNotK 1994, 212 – juris Tz. 23 und 26; MünchKommHGB/Krafka, a.a.O., § 8 Rn. 44). Wegen des gesetzlich bestimmten Katalogs an Geschäften, die von der Vertretungsmacht umfasst werden, ist die Subtraktion der Ausnahmefälle möglich. Für die Generalvollmacht gilt dies aber nicht. Auch bei einer unbeschränkt erteilten Generalvollmacht kann die Auslegung eine Begrenzung auf bestimmte Arten von Geschäften ergeben (BGH NZG 2002, 813 = DNotZ 2003, 147; Hübner, ZHR 143 (1979), 1, 3). Im allgemeinen Rechtsverkehr ist diese Unsicherheit hinzunehmen, mit der Informations- und Publizitätsfunktion des Registers ist sie jedoch nicht zu vereinbaren.

Auch die von der Ast. vorgeschlagene Verfahrensweise, lediglich den Bestand der Generalvollmacht eintragen zu lassen und wegen deren weiteren Inhalts auf eine zu den Akten des Handelsregisters gereichte notariell beglaubigte Vollmacht zu verweisen, führt nicht dazu, die praktischen Probleme, die der Eintragung entgegen ste-

hen, zu beheben. Eine solche Praxis ist anerkannt für die (konstitutive) Eintragung von Unternehmensverträgen im Register der beherrschten GmbH (BGH NJW 1989, 295, 300 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261). In diesem Fall sind Abschluss, Abschlussdatum und Art des Unternehmensvertrags sowie die Tatsache des erforderlichen Gesellschafterbeschlusses in das Register einzutragen, wegen des weitergehenden Inhalts des Vertrags kann auf die dem Handelsregister beigefügten Unterlagen Bezug genommen werden. Eine Übertragung dieser Vorgehensweise auf die Eintragung einer beschränkten Generalvollmacht ist jedoch abzulehnen. Denn gerade bei der Eintragung der Vertretungsbefugnis erfordert die Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs, dass eine solche Eintragung ohne Hinzuziehung anderer Registerblätter oder zum Handelsregister eingereichter Urkunden aus sich heraus verständlich sein muss (BayObLG DNotZ 2000, 527, 529 = MittRhNotK 1999, 390; OLG Düsseldorf GmbHHR 1995, 51 = DNotZ 1995, 237 = MittRhNotK 1994, 212 – juris Tz. 26 f.; Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 102). Hinzu kommt, dass auch europarechtliche Vorgaben erfordern, dass sich die Vertretungsbefugnis und deren Umfang aus dem Register selbst ergeben (dazu MünchKommHGB/Krafka, a.a.O., § 8 Rn. 44). Eine zu den Registerakten gereichte Vollmacht wird diesen Anforderungen nicht gerecht, da ihr Inhalt aus dem Registerauszug nicht zu sehen ist.

2. Auch aus der besonderen Konzernstruktur der Ast. ergibt sich kein schutzwürdiges Interesse, die Eintragung der Generalvollmacht in das Handelsregister zuzulassen. Zu Recht hat das LG darauf hingewiesen, dass sich das Unvermögen der Ast., ihre Vertretungsverhältnisse aus einem deutschen Register nachzuweisen, aus der bewussten Konzernentscheidung zugunsten einer dänischen Gesellschaft als Komplementärin ergibt.

Darüber hinaus gebieten weder der Schutz des Rechtsverkehrs noch die Schutzwürdigkeit der Ast., dass der Generalbevollmächtigte aus dem Register erkennbar wird. Dem Informationsinteresse des Rechtsverkehrs ist jedenfalls dann genüge getan, wenn wenigstens ein zur Vertretung berechtigtes Organ dem Register entnommen werden kann. Dies ist im Falle der Ast. möglich, da die Komplementärin mit der Firma „R.K.“ in das dänische Register eingetragen ist und sich ihrem Eintrag entnehmen lässt, dass die Gesellschaft durch den namentlich genannten „Chairman of the Board of Directors“ gemeinschaftlich mit zwei weiteren Mitgliedern des „Board“ vertreten werden kann. Dass die Geschäftsführung tatsächlich durch das daneben berechnete „Management“ mit der Firma „A.M.“, die wiederum in kein Register eingetragen ist, ausgeführt wird, betrifft den besonderen Organisationsaufbau der Gesellschaft, der sich im Register nicht widerspiegeln muss.

Ob es darüber hinaus der Schutz des Rechtsverkehrs gebietet, die gesetzlichen Vertretungsverhältnisse der dänischen Komplementärin in das Register der Ast. einzutragen (bejahend für den Fall einer Limited & Co. KG: BayObLG GmbHHR 1986, 305, 309; LG Chemnitz GmbHHR 2007, 263, 264 f.; LG Stade GmbHHR 2007, 1160; verneinend: LG Berlin GmbHHR 2008, 431, 433), bedarf vorliegend keiner Entscheidung, da ein entsprechender Antrag nicht gestellt wurde.

Ebenso wenig führt das Interesse der Ast., nach Widerruf der Generalvollmacht von Dritten nicht aus Rechtsscheinsgesichtspunkten in Anspruch genommen zu werden, dazu, die Eintragung zuzulassen. Denn diesem Interesse kann auch dadurch abgeholfen werden, dass neben der Generalvollmacht gleichzeitig Prokura erteilt und in das Handelsregister eingetragen wird. Dies ist zulässig und entspricht auch gängiger Praxis (Joussen, WM 1994, 273, 283; Schroeder/Oppermann, JZ 2007, 176, 182). Wird dem Bevollmächtigten die Vertretungsmacht später wieder entzogen, ist der Widerruf der Prokura gemäß § 53 Abs. 3 HGB in das Handelsregister einzutragen. Dies hat unmittelbar zwar nur zur Folge, dass ein Dritter den Widerruf der Prokura nach § 15 Abs. 2 HGB gegen sich gelten lassen muss. Auch hat die Löschung der Prokura keine Prüfungsobliegenheit des Geschäftspartners über den Bestand der Generalvollmacht zur Folge. Auf den objektiven Rechtsscheintatbestand der Generalvollmacht kann sich jedoch derjenige nicht berufen, der das Fehlen der Vertretungsmacht hätte erkennen müssen. Maßgeblich ist, ob im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die Anlass zu Misstrauen und erhöhter Vorsicht hätten geben müssen (MünchKomm-BGB/Schramm, 5. Aufl. 2006, § 167 Rn. 70). Zwar stellt die Löschung der Prokura nicht zwangsläufig einen solchen Umstand dar. Jedoch kann sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, dass der Dritte von dem Entzug der Prokura auch auf den Entzug der noch weitergehenden Vollmacht hätte schließen können und Anlass zu weiteren Nachfragen gehabt hätte. Ist dies der Fall, kann sich der Dritte auf den Rechtsscheintatbestand der Vollmacht nicht berufen (so auch Joussen, WM 1994, 273, 283). Dem Rechtsschutzbedürfnis der Ast. wird dadurch weitgehend Genüge getan. Die verbleibende Restunsicherheit vermag die Widersprüche zum Registerrecht, die die Eintragung einer Generalvollmacht mit sich führen würde, nicht zu rechtfertigen.

Auch das Interesse der Ast., die Bedeutung des Generalbevollmächtigten als leitende Führungspersönlichkeit durch den Registereintrag publik zu machen, rechtfertigt die Eintragung nicht. Denn das Handelsregister dient nicht dazu, die Verhältnisse und Beziehungen des eingetragenen Unternehmens umfassend darzustellen (Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 85; BayObLGZ 1971, 55, 57). Auch in anderen Fällen, kann die – finanziell oder persönlich – einflussreichste Person im Hintergrund bleiben. Solange eine Person als Verantwortlicher vorhanden und aus dem Handelsregister erkennbar wird, ist den Anforderungen des Registerrechts Genüge getan (Hübner, ZHR 143 (1979) 1, 21).

#### **10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Beschränkung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers abweichend von der satzungsgemäßen Vertretungsregelung**

(LG Mönchengladbach, Beschluss vom 18. 2. 2009 – 8 T 13/09 – mit Anmerkung von *Notarassessor Dr. Jan Link, Essen*)

#### **GmbHG § 35**

**Sieht der Gesellschaftsvertrag einer GmbH vor, dass die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch**

**einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten wird, kann die Gesellschafterversammlung ohne eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Ermächtigung nicht beschließen, dass ein bestimmter Geschäftsführer zur Vertretung stets der Mitwirkung eines weiteren Geschäftsführers bedarf, also eine organ-schaftliche Vertretung in Gemeinschaft mit einem Prokuristen ausgeschlossen ist.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Die Bf. ist im Handelsregister des AG Mönchengladbach eingetragen. Gesellschafter sind die Herren E. und F. sowie die K. B. V., Niederlande. In § 6 des Gesellschaftsvertrags der Bf. heißt es:

„(1) Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer, oder, falls Prokuristen vorhanden sind, auch durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Ist nur ein Geschäftsführer vorhanden, vertritt er die Gesellschaft allein.

(2) Geschäftsführern kann von der Gesellschafterversammlung die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft allein zu vertreten, auch dann, wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind. Die Gesellschafterversammlung kann die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.“

In einer Gesellschafterversammlung vom 1. 10. 2008 wurde u. a. Folgendes einstimmig beschlossen:

„Herr E., (Niederlande) ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht mehr alleine, sondern in Zukunft nur in Gemeinschaft eines weiteren Geschäftsführers berechtigt und befugt, die Gesellschaft zu vertreten.“

Diesen Beschluss hat die Bf. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Auf Anfrage des AG hat der die Bf. vertretende Notar ausgeführt, dass der Beschluss bedeute, dass der Geschäftsführer E. die Gesellschaft ausschließlich gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer vertreten solle.

Mit Zwischenverfügung vom 19. 11. 2008 hat das AG Folgendes ausgeführt: „In der Handelsregistersache pp. muss die konkrete Vertretungsbefugnis mit der allgemeinen Vertretungsregelung übereinstimmen. Dies wäre aber nicht der Fall bei ausschließlicher Gesamtvertretung mit einem Geschäftsführer. Die Satzung lässt auch keine abweichende Regelung zu. Um Überprüfung der konkreten Vertretungsbefugnis des Herrn E. wird daher gebeten.“

Dagegen richtet sich die als Beschwerde geltende Erinnerung der Bf. Sie ist der Auffassung, dass durch die abstrakte Vertretungsregelung auch die alternative Wahlmöglichkeit eröffnet worden sei, dass ein Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer vertritt. Aus Sinn und Zweck der abstrakten Vertretungsregelung ergebe sich, dass eine Verschärfung der konkreten gegenüber der abstrakten Vertretungsregelung stets zulässig sei. Im Übrigen ergebe sich die Wirksamkeit des Beschlusses vom 1. 10. 2008 auch aus dem Rechtsinstitut des so genannten „satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses“.

#### **Aus den Gründen:**

II. 1. Die Beschwerde ist zulässig. Nach § 19 Abs. 1 FGG ist gegen die Verfügungen des Gerichts I. Instanz das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft. Anfechtbar ist eine Äußerung des Gerichts, die mit Rechtsfolgen verbunden ist, die den Beteiligten nach einer Anregung

oder einem Antrag vor die Wahl stellt, entweder in bestimmter Richtung tätig zu werden oder mit einer endgültigen Ablehnung seines Antrags rechnen zu müssen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, nachdem sich aus der Zwischenverfügung ergibt, dass das AG zu erkennen gegeben hat, dass es die begehrte Eintragung nicht vornehmen werde.

2. Die Beschwerde ist aber unbegründet. Das AG ist zu Recht der Auffassung, dass der Beschluss vom 1. 10. 2008 über die Vertretungsregelung nicht eingetragen werden darf. Der Beschluss ist nichtig.

Nach § 6 Abs. 1 der Satzung wird die Gesellschaft bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer entweder durch zwei Geschäftsführer oder, falls Prokuristen vorhanden sind, auch durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Nach § 6 Abs. 2 der Satzung kann die Vertretung auch abweichend geregelt werden.

Der Beschluss vom 1. 10. 2008 hält sich aber nicht an den Rahmen dieser Ermächtigung. Er wird vielmehr von der Satzung nicht gedeckt. Die Satzung sieht neben der Vertretung durch zwei Geschäftsführer auch die Vertretung durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vor. Die Satzung lässt eine abweichende Regelung – wie hier eine Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers ausschließlich mit einem weiteren Geschäftsführer – durch Gesellschafterbeschluss insoweit nicht zu.

Entgegen der Auffassung der Bf. trifft es nicht zu, dass abweichende Regelungen durch Gesellschafterbeschluss nur unwirksam seien für Abweichungen von der in § 35 GmbHG geregelten gesetzlichen Vertretungsbefugnis. Da die Vertretungsregelung des § 35 GmbHG dispositiv ist, bestimmt letztlich die Satzung die Regelung der Aktivvertretung der Geschäftsführer. Dann bedarf auch jede Änderung dieser Vertretungsbefugnis grundsätzlich einer Satzungsänderung, wenn die Satzung nicht selbst eine Ermächtigung zur Änderung der Vertretungsbefugnis in einem bestimmten Rahmen gibt. Dieser Rahmen ist dann überschritten, wenn der Geschäftsführer E. auch in Zukunft nur mit einem weiteren Geschäftsführer – und nicht auch mit einem Prokuristen, wenn er denn eingestellt wird – vertretungsbefugt ist.

Der Beschluss erweist sich auch nicht als satzungsdurchbrechender Gesellschafterbeschluss wirksam.

Eine im Einzelfall regelnde Satzungsdurchbrechung ist nach der Rechtsprechung des BGH, der sich die Kammer anschließt, zwar im Grundsatz auch ohne Einhaltung der formellen Voraussetzungen einer Satzungsänderung jedenfalls nicht nichtig (vgl. z. B. BGH NJW 1993, 2246, 2247 = DNotZ 1994, 313). Unwirksamkeit wird aber dann ganz allgemein angenommen für von der Satzung abweichende abstrakte Regelungen, bei denen sich die Anwendung unter Umständen erst in der Zukunft konkretisiert (Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 18. Aufl., § 53 Rn. 45). Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen, sind ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften unwirksam (BGH a.a.O.).

Letzteres ist hier der Fall. Der Beschluss vom 1. 10. 2008 bestimmt, dass der Geschäftsführer E. auch in Zukunft nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer vertretungsbefugt ist, auch wenn die Gesellschaft – was zur Zeit nicht der Fall ist – einen Prokuristen hat. Sie ist somit eine abstrakte Regelung, die im Widerspruch zur Satzung steht.

Da der Beschluss nicht notariell beurkundet ist (§ 53 Abs. 3 GmbHG), ist er unwirksam. Das AG wird die Eintragung daher zu Recht ablehnen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 13 a FGG.

#### Anmerkung:

1. Die allgemeine Vertretungsregelung, die der Entscheidung des LG Mönchengladbach zugrunde liegt, ist in der Praxis sehr verbreitet. Sie bestimmt, dass ein Geschäftsführer die Gesellschaft grundsätzlich nur mit einem anderen Geschäftsführer oder mit einem Prokuristen vertreten kann, es sei denn, er ist der alleinige Geschäftsführer. Diese Regelung wird ergänzt durch eine Ermächtigung der Gesellschafterversammlung, die Vertretungsmacht eines jeden Geschäftsführers durch einfachen Mehrheitsbeschluss zu *erweitern*, indem ihm Einzelvertretungsbefugnis eingeräumt wird und/oder er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wird. Eine entsprechende Ermächtigung, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer gegenüber der allgemeinen Vertretungsregelung zu *beschränken* – z. B. die Möglichkeit, einen Geschäftsführer auf eine Vertretung mit einem anderen Geschäftsführer festzulegen und somit eine (organschaftliche) Vertretung mit einem Prokuristen auszuschließen – ist in den Gesellschaftsverträgen in der Regel nicht ausdrücklich enthalten. Bedarf es einer solchen ausdrücklichen Regelung vielleicht nicht, weil die Gesellschafterversammlung ohnehin jederzeit zur Beschränkung der Vertretungsmacht befugt ist? Das LG Mönchengladbach verneint diese Frage inzident. Es erstaunt, dass sich zu dieser Thematik im Übrigen in der veröffentlichten Rechtsprechung und im Schrifttum kaum hinreichend begründete Stellungnahmen finden (siehe allerdings DNotI-Gutachten Nr. 83576 vom 13. 3. 2008; OLG Hamm GmbHR 1992, 807). Dabei hat die Frage, ob eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis gegenüber der allgemeinen Vertretungsregelung zulässig ist, eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Dies gilt nicht nur in Fällen, die dem hier entschiedenen Sachverhalt entsprechen. Es kommt z. B. auch vor, dass eine Gesellschaft „A-Geschäftsführer“ (z. B. „kaufmännische Geschäftsführer“ oder Geschäftsführer eines bestimmten Familienstammes) und „B-Geschäftsführer“ (z. B. „technische Geschäftsführer“ oder Geschäftsführer eines weiteren Familienstammes) besitzt, wobei zur Vertretung der Gesellschaft stets die Mitwirkung eines A- und eines B-Geschäftsführers erforderlich sein soll. Eine solche Gestaltung stellt ebenfalls eine Beschränkung der Vertretungsmacht dar, die auf der Grundlage der Auffassung des LG Mönchengladbach nur bei einer ausdrücklichen Grundlage in dem Gesellschaftsvertrag zulässig wäre.

2. Ob die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden kann, ist eine Frage der Satzungsauslegung. Das LG Mönchengladbach hat hier die



Beschränkung der Vertretungsmacht als unwirksam bewertet, weil in dem Gesellschaftsvertrag eine ausdrückliche Ermächtigung der Gesellschafterversammlung zu einer solchen Beschränkung nicht enthalten war. M.E. hätte das Gericht auch anders entscheiden können:

Der Zweck einer allgemeinen Vertretungsregelung besteht in der Regel nicht darin, die Beschränkung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers zu untersagen (es sei denn, den Geschäftsführern soll ausnahmsweise ein Sonderrecht eingeräumt werden). Eine solche Regelung will vielmehr die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers für den Fall festlegen, dass in dem Bestellungsbeschluss keine besondere Vertretungsregelung getroffen wird. Dass Erweiterungen der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers gegenüber der allgemeinen Vertretungsregelung (z.B. Einräumung von Einzelvertretungsmacht, Gestattung von Insichgeschäften) einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Satzung bedürfen, wird mit den entsprechenden Gefahren für die Gesellschaft und die Minderheitsgesellschafter (z.B. Übereilungsrisiko sowie Gefahr der Unehrlichkeit und Unzulänglichkeit der Geschäftsführer) sowie im Übrigen mit dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG begründet („Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, sind sie alle nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt.“). Diese Argumentation lässt sich aber auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht (durch Untersagung einer unechten Gesamtvertretung) nicht übertragen. Insbesondere sind die hieraus theoretisch für die Gesellschaft folgenden Nachteile (nämlich die ggf. eingeschränkte Handlungsfähigkeit) mit den Gefahren, die sich aus der Aufgabe des Vier-Augen-Prinzips oder der Gestattung von Insichgeschäften ergeben, nicht zu vergleichen. Daher kann auch aus der Existenz einer ausdrücklichen satzungsmäßigen Ermächtigung zur Erweiterung der Vertretungsmacht nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass Beschränkungen der Vertretungsmacht ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag unzulässig sind. Im Gegenteil: Wenn die Gesellschafterversammlung die Vertretungsmacht erweitern kann, dürfte sie im Zweifel erst recht befugt sein, die Vertretungsmacht zu beschränken.

Auch der Schutz des Rechtsverkehrs erfordert nicht, dass Beschränkungen der Vertretungsmacht nur bei einer ausdrücklichen Grundlage im Gesellschaftsvertrag zugelassen werden, da die besonderen Vertretungsregelungen im Handelsregister eingetragen werden und somit für jeden Dritten ersichtlich sind.

Dass dem Geschäftsführer vom Landgericht Mönchengladbach im Ergebnis eine nur durch Satzungsänderung einschränkbare Befugnis eingeräumt wird, die Gesellschaft auch gegen den Willen der Gesellschafterversammlung mit einem Prokuristen zu vertreten, passt auch nicht zu der sonstigen Rechtsstellung eines Geschäftsführers, die dadurch geprägt wird, dass er jederzeit abberufen werden kann (§ 38 Abs. 1 GmbHG) und im Übrigen den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen ist.

Nach der allgemeinen Vertretungsregelung, die der abgedruckten Entscheidung zugrunde liegt, kann ein Geschäftsführer die Gesellschaft alleine vertreten, wenn er

der alleinige Geschäftsführer ist. Dass der Streitgegenständliche Gesellschafterbeschluss nicht danach differenziert, ob die Gesellschaft nur einen oder mehrere Geschäftsführer hat, und daher entgegen der allgemeinen Vertretungsregelung eine echte Gesamtvertretung auch für den Fall anordnet, dass nur ein Geschäftsführer existiert, ist vom LG Mönchengladbach nicht problematisiert worden. M.E. spricht aber auch dieser Gesichtspunkt nicht gegen die Wirksamkeit des Beschlusses. Denn es ist anerkannt, dass die echte Gesamtvertretung mehrerer Geschäftsführer als einzige Möglichkeit der organschaftlichen Vertretung vorgesehen werden kann. Dass dies nur aufgrund einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung möglich sein soll, erscheint aus den genannten Gründen zweifelhaft.

3. Trotz dieser Erwägungen ist die Notarpraxis gut beraten, sich vorsichtshalber an der abgedruckten Entscheidung zu orientieren:

a) Zunächst sollte die abgedruckte Entscheidung im Rahmen der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen berücksichtigt werden: Wenn – wie weitgehend üblich – eine ausdrückliche Ermächtigung, von der allgemeinen Vertretungsregelung abweichende Gesellschafterbeschlüsse zu fassen, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird, bietet sich in der Regel an, diese Ermächtigung möglichst weit zu formulieren. Denkbar wäre etwa im Anschluss an die allgemeine Vertretungsregelung folgende Formulierung aufzunehmen:

*„Die Gesellschafterversammlung kann die Vertretung abweichend regeln, insbesondere bestimmte Geschäftsführer zur Einzelvertretung ermächtigen und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.“*

Aufgrund einer solchen Bestimmung wird der Gesellschafterversammlung eine größtmögliche Flexibilität eingeräumt und ihr damit auch ermöglicht, für bestimmte Geschäftsführer Beschränkungen der Vertretungsmacht zu beschließen. Ein „Bestimmtheitsgrundsatz“ für die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung existiert nicht, so dass die Möglichkeiten besonderer Vertretungsregelungen nicht im Einzelnen aufgeführt werden müssen (vgl. etwa die generalklauselartige allgemeine Vertretungsregelung, die der Entscheidung des OLG Hamm MittRhNotK 1996, 426 zugrunde lag).

b) Soweit die Satzung keine ausdrückliche Ermächtigung zu Gesellschafterbeschlüssen enthält, die von der allgemeinen Vertretungsregelung abweichen, und im Einzelfall gleichwohl die Beschränkung der Vertretungsmacht eines bestimmten Geschäftsführers beabsichtigt ist, kann sich die Frage stellen, ob das Ziel der Beteiligten durch einen so genannten satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschluss erreicht werden kann. Unter einem satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschluss versteht man einen Beschluss, der von dem Gesellschaftsvertrag für einen Einzelfall abweicht, den Text des Gesellschaftsvertrags aber unverändert lässt und ihn für die Zukunft weiterhin als verbindlich betrachtet. Die Voraussetzungen eines wirksamen satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses sind allerdings im Einzelnen von Rechtsprechung und Schrifttum nicht hinreichend geklärt (ausführlich Stöhr, MittRhNotK 1996, 389 ff.). Nach der heute herrschenden Meinung bedürfen

jedenfalls Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen (wobei hierunter nach Auffassung des Landgerichts Mönchengladbach auch Vertretungsregelungen für bestimmte Geschäftsführer fallen, die dem Gesellschaftsvertrag widersprechen), den für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften (grundlegend BGH DNotZ 1994, 314). Es dürften daher mit einer Satzungsdurchbrechung in der Praxis kaum Vorteile verbunden sein, so dass angesichts der mit einem Durchbrechungsbeschluss verbundenen Unsicherheiten stets eine förmliche Satzungsänderung vorgezogen werden sollte.

c) In dem Sachverhalt, der der abgedruckten Entscheidung zugrunde lag, sollte die Vertretungsbefugnis eines bereits wirksam bestellten Geschäftsführers nachträglich geändert werden. Wenn die – vermeintlich – unwirksame besondere Vertretungsregelung bereits in dem Beschluss über die Bestellung des Geschäftsführers enthalten gewesen wäre, hätte die Auffassung des LG Mönchengladbach wohl die Gesamtwirksamkeit des Bestellungsbeschlusses zur Folge gehabt (vgl. OLG Hamm GmbHR 1992, 807). Es kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass ein Geschäftsführer für den Fall, dass sich die ausdrücklich beschlossene besondere Vertre-

tungsregelung als unwirksam erweist, mit einer der allgemeinen Vertretungsregelung entsprechenden Vertretungsbefugnis bestellen werden würde.

d) Die vorstehend diskutierten Fragen stellen sich auch für die Vertretungsorgane von Gesellschaften anderer Rechtsform. Es sind insoweit die gleichen Erwägungen maßgeblich. Bei Aktiengesellschaften ist allerdings zu beachten, dass die Hauptversammlung als das für die Satzungsfeststellung zuständige Organ nicht auch für die Vorstandsbestellung zuständig ist (diese obliegt vielmehr dem Aufsichtsrat). Dementsprechend sind auch für die – als Satzungsbestandteil festzulegende – allgemeine Vertretungsregelung und die im Rahmen eines Vorstandsbestellungsbeschlusses ggf. zu treffende besondere Vertretungsregelung unterschiedliche Gesellschaftsorgane zuständig. Gleichwohl sprechen die genannten Gründe dafür, auch im Aktienrecht dem Bestellungsorgan (Aufsichtsrat) grundsätzlich die Befugnis zuzugestehen, die Vertretungsbefugnis einzelner Mitglieder des Vertretungsorgans (Vorstand) zu beschränken, und zwar unabhängig von einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Satzung.

*Notarassessor Dr. Jan Link, Dipl.-Kfm., Essen*

## Buchbesprechungen

**Ernst Sarres, Vermächtnis, C. H. Beck Verlag, München, 2009, 141 Seiten, kartoniert, 32,- €**

Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht sowie Fachanwalt für Erbrecht in Düsseldorf und hat erstmals ein Handbuch zum Vermächtnisrecht für die erbrechtliche Beratung herausgegeben. Das Handbuch in der NJW-Praxis-Reihe des C.H. Beck-Verlages befindet sich auf dem Stand vom 1. Januar 2009 und hat somit die zum Jahresbeginn 2009 in Kraft getretene Reform des Erbschaftsteuerrechtes berücksichtigt. Es ist in zwölf Teile gegliedert, die wiederum überwiegend in einzelne Kapitel unterteilt sind. Die Randnummern sind fortlaufend vergeben, was zur Übersichtlichkeit des Werkes beiträgt. Zudem enthält das Handbuch einen Anhang, in dem die für das Vermächtnisrecht maßgeblichen Vorschriften des BGB abgedruckt sind.

Das Handbuch gibt einen kompakten Überblick über die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten mit dem Rechtsinstitut des Vermächtnisses. Für die notarielle Praxis von Bedeutung sind die in Teil 4 dargestellten Möglichkeiten zur Vollzugsabsicherung für den Vermächtnisnehmer vor und nach Eintritt des Erbfalls: Soll verhindert werden, dass der Erblasser über den vermachten Gegenstand zu Lebzeiten verfügt, kann der Vermächtnisnehmer nur durch einen Verfügungsunterlassungsvertrag mit dem Erblasser abgesichert werden. In diesem Vertrag muss der Erblasser zudem die Verpflichtung übernehmen, bei einem Verstoß gegen die Nichtverfügungspflicht dem Vermächtnisnehmer das Eigentum an dem vermachten Gegenstand zu Lebzeiten zu übertragen. Ein solcher aufschiebend bedingter Übertragungsanspruch kann durch eine Auflassungsvormer-

kung im Grundbuch gesichert werden. Sarres bietet einen prägnanten Formulierungsvorschlag für einen Verfügungsunterlassungsvertrag zum Schutze des Vermächtnisnehmers an (Rn. 275). Die Erteilung einer transmittalen Vollmacht für den von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vermächtnisnehmer sowie die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, wobei die einzige Aufgabe des Testamentsvollstreckers darin besteht, die eigene Vermächtniserfüllung zu realisieren, vermögen zwar eine Vereitelung der Vermächtniserfüllung durch die Erben abzuwenden, hindern den Erblasser aber nicht an Verfügungen über den Vermächtnisgegenstand zu seinen Lebzeiten.

In Teil 7 stellt Sarres die einzelnen vom Gesetz vorgesehenen Vermächtnisarten vor und erörtert die dadurch möglichen Gestaltungseffekte. Insbesondere stellt er das Vor- und Nachvermächtnis in einzelnen Fallgestaltungen als probate Alternative zur Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft dar. Im Gegensatz zu einem Nacherben ist jedoch die Rechtsstellung des Nachvermächtnisnehmers gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer verhältnismäßig schwach, da dem Nachvermächtnisnehmer lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer bzw. dessen Erben zusteht. So schlägt Sarres vor, den Vorvermächtnisnehmer mit einem Untervermächtnis zu belasten, wonach der Vorvermächtnisnehmer verpflichtet wird, den vermachten Gegenstand sofort aufschiebend bedingt an den Nachvermächtnisnehmer zu übereignen, sodass der Nachvermächtnisnehmer durch § 161 Abs. 1 BGB vor Zwischenverfügungen des Vorvermächtnisnehmers geschützt wird (Formulierungsvorschlag unter Rn. 348). Bei Grund-

stücksvermächtnissen kann der Vorvermächtnisnehmer nach seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch verpflichtet werden, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Nachvermächtnisnehmers zu bewilligen, um diesen vor schädigenden Zwischenverfügungen möglichst zu bewahren oder die Risiken zu minimieren (Formulierungsvorschlag unter Rn. 350). Die Vorschläge von Sarres zur Verbesserung der Rechtslage des Nachvermächtnisnehmers vor Anfall des Nachvermächtnisses helfen diesem jedoch nicht, wenn über das Vermögen des Vorvermächtnisnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird, da dem Nachvermächtnisnehmer kein Recht zur Aussonderung oder Absonderung gemäß §§ 47, 49 InsO zusteht und er lediglich normaler Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO ist (Rn. 351). Aufgrund der eher schwachen Rechtsposition des Nachvermächtnisnehmers taugt das Rechtsinstitut des Vor- und Nachvermächtnisses im Ergebnis nur eingeschränkt als Ersatz von Vor- und Nacherbfolge, was Sarres auch andeutet.

Im Hinblick auf den Sozialhilferegress durch den Erben gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 SGB XII gelangt Sarres nach Auswertung der Literatur zum Ergebnis, dass bei der Nachlasswertermittlung aus § 102 SGB XII der Nachvermächtnisanspruch einen Abzugsposten darstellt und der schuldrechtliche Anspruch des Nachvermächtnisnehmers gegen den Erben des Vorvermächtnisnehmers vor dem Ersatzanspruch des Sozialhilfeträgers greift (Rn. 101 unter Bezug auf Baltzer, ZEV 2008, 116, 119). Der Gegenstand des Nachvermächtnisses war nur dergestalt Vermögensbestandteil des Vorvermächtnisnehmers, dass er von Anfang an mit einer bedingten Nachlassverbindlichkeit schuldrechtlich belastet war, und stellte kein Schonvermögen dar, das der Sozialhilfeträger dem Vorvermächtnisnehmer zu dessen Lebzeiten aus bloßer Gnade belässt. Sarres weist auf die Schwächen der Vermächtnislösung beim Behindertentestament wegen einiger noch nicht höchststrichterlich entschiedener Streitfragen hin, hält jedoch die Darstellung zum Behindertentestament im Allgemeinen knapp (Rn. 99). Auch ein Formulierungsmuster findet sich insoweit nicht.

Zur optimalen Ausnutzung steuerlicher Freibeträge gemäß § 10 ErbStG legt Sarres beim Berliner Testament das sog. Supervermächtnis nahe, welches dem längstlebenden Ehegatten bei Alleinerbenberufung durch den Erstversterbenden die Möglichkeit gibt, den zu Schluss-erben berufenen gemeinsamen Kindern aufgrund eines gemäß § 2156 BGB angeordneten Zweckvermächtnisses aus dem Nachlass des Erstversterbenden herrührendes Vermögen zuzuwenden (Rn. 155–162). Insoweit stellt Sarres auch insoweit zwei Formulierungsvorschläge zur Verfügung, diese berücksichtigen jedoch nicht, dass möglicherweise eine Gefahr darin liegt, dem überlebenden Ehegatten den Zeitpunkt der Erfüllung gemäß § 2181 BGB nach freiem Ermessen zu überlassen (J. Mayer, ZEV 1998, 50, 55). Anders als im von Sarres vorgegebenen Formulierungsvorschlag sollte man bei einem zum Zwecke der Erbschaftsteuersparnis angeordneten Supervermächtnis einen Auffangtermin festsetzen, zu dem das Vermächtnis durch den Längstlebenden spätestens erfüllt werden muss. Dieser Termin sollte nach der voraussichtlichen statistischen Lebenserwartung des Erben noch vor dessen Todeszeitpunkt liegen,

da ansonsten möglicherweise gemäß § 6 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 ErbStG der Vermächtniserwerb als Erwerb vom Beschwerten als dem längstlebenden Ehegatten und nicht als Erwerb vom Erblasser, dem erstverstorbenen Ehegatten, gilt. Eine Rechtskonstruktion, die dem längstlebenden Ehegatten den Zeitpunkt der Erfüllung des Vermächtnisses völlig freistellt, stellt möglicherweise einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 Abs. 1 AO dar, die das Entstehen eines Steueranspruches nicht verhindert.

In Teil 11 Kapitel 7 fasst Sarres die Auswirkungen des noch nicht in Kraft getretenen Änderungsgesetzes zum Erb- und Verjährungsrecht (BT-Drs. XVI/8954) in übersichtlicher Form zusammen. Durch die angedachte Verkürzung der Verjährung des Vermächtnisanspruches von bisher 30 Jahren gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf die Regelverjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB bzw. zehn Jahren beim Immobilienvermächtnis gemäß § 196 BGB müssen Ansprüche aus Vermächtnissen künftig deutlich schneller geltend gemacht und vor Vollendung der Verjährungsfrist auch durchgesetzt werden. Sarres kritisiert die angedachte Verkürzung der Verjährungsfrist, da der Vermächtnisnehmer seinen Anspruch oftmals aus Dankbarkeit gegenüber dem Erblasser, aufgrund des Näheverhältnisses zum Erben sowie zur Streitvermeidung zunächst nicht gerichtlich geltend macht und verjährungsunterbrechende Handlungen im Vertrauen auf eine gütliche Einigung zunächst vernachlässigt. Sarres weist zu Recht darauf hin, dass keine Notwendigkeit besteht, den Vermächtnisnehmer zur Vermeidung von Rechtsnachteilen in eine gerichtliche Auseinandersetzung mit einem nahen Angehörigen zu drängen, weil sich die dreijährige Regelverjährungsfrist als zu kurz erweist (Rn. 484). Der eine Verfügung von Todes wegen beurkundende Notar ist jedoch in der Lage, eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen Erben und Vermächtnisnehmer aufgrund drohender Verjährung der Vermächtnisansprüche zu verhindern, indem er dem Erblasser anheim stellt, bereits in der Verfügung von Todes wegen die Verlängerung der Verjährung des Vermächtnisanspruches anzuordnen (Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl. 2009, § 202 Rn. 6).

Der letzte Abschnitt des Handbuches (Teil 12, Rn. 514–528) beschäftigt sich mit Vermächtnisanordnungen über im Ausland belegene Gegenstände sowie dem materiellen Vermächtnisrecht einiger anderer europäischer Länder, insbesondere der für Deutschland in der Praxis wichtigen Nachbarstaaten Österreich, Schweiz sowie der Niederlande.

Insgesamt gibt das Handbuch von Sarres zum Vermächtnisrecht einen guten kompakten Überblick über die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten mittels des Vermächtnisses, die Sicherung des Vermächtnisnehmers, die steuerlichen Rahmenbedingungen sowie die Rechtsentwicklung. Des Weiteren liefert Sarres zahlreiche praxistaugliche Formulierungsvorschläge. Angesichts des begrenzten Seitenumfanges kann selbstverständlich nicht darauf verzichtet werden, in Detailfragen vertiefende Literatur hinzuzuziehen, auf die Sarres regelmäßig in seinen Fußnoten verweist. Auch angesichts des geringen Anschaffungsaufwandes kann der Erwerb des Hand-



buches den mit der erbrechtlichen Beratung befassten Notaren und Rechtsanwälten empfohlen werden.

*Notarassessor Oliver Gehse, Würzburg*

**Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, 1854 Seiten, 249,- €**

„Karsten Schmidt ist ein Virtuose“ – so beginnt der Hamburger Notar *Prof. Dr. Peter Rawert* seinen Beitrag in der hier zu rezensierenden Festschrift (S. 1323). Dieser Aussage wird man schon allein aufgrund des Schriftenverzeichnisses des Jubilars, der mit der Festschrift anlässlich seines 70. Geburtstags am 24. Januar 2009 geehrt werden soll, schwerlich widersprechen können: Wer außer *Karsten Schmidt* wird bei einem Blick in ein ihm zu Ehren gereichtes Werk feststellen, dass die – bei weitem nicht erschöpfende (vgl. S. 1845)! – Auflistung seiner Schriften mit insgesamt 49 Seiten weit mehr Platz beansprucht als ein jeder der insgesamt 97 Beiträge? *Karsten Schmidt*, Präsident der Bucerius Law School in Hamburg, hat in allen Bereichen des Zivilrechts seine Spuren hinterlassen und bekanntlich vor allem das Handels- und Gesellschaftsrecht mit seinem Bemühen um die Entwicklung systematischer Einheit gleichsam als „Landschaftsbildner des Rechts“ (Vorwort) maßgeblich mitgeprägt. Wenig überraschend daher, dass in der insgesamt 1854 Seiten umfassenden Festschrift Beiträge aus allen Gebieten des Zivilrechts von über 100 namhaften Autoren enthalten sind, die interessante Einblicke in die verschiedensten Fragestellungen bieten. Hier können schon aus Platzgründen nur einige wenige kurz vorgestellt werden.

*Prof. Dr. Dr. h. c. Carsten Peter Claussen* schlägt in seinem Beitrag „Der Aktionär – Das unbekannte Wesen“ den Bogen vom müden und passiven Aktionär bis hin zum hyperaktiven räuberischen Aktionär und stellt die verschiedenen Aktionärstypen in einem pragmatisch feuilletonistischen Stil dar. Der Beitrag ist gerade auch vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzmarktkrise überaus lesenswert, und die von *Claussen* dargestellte „Elementarfunktion eines Eigentümers“, wonach „er und ausschließlich er . . . die Risikotragungsfunktion tragen“ muss, und zwar „bis hin zur Insolvenz“ (S. 218), macht nur umso deutlicher, wie rechts- und wirtschaftspolitisch problematisch das am 8. April 2009 verkündete Finanzmarktstabilisierungsgesetz und die hierdurch ermöglichte Enteignung von Aktionären zur Sicherung der Finanzmarktstabilität ist (BGBl I, S. 725 ff.).

*Prof. Dr. Hartwig Henze*, Richter am Bundesgerichtshof a. D., vermittelt in seinen Ausführungen über „Einschränkung und Ausschluss des Abfindungsanspruchs des Personengesellschafters in der Rechtsprechung des BGH“ einen anschaulichen Überblick über die rechtlichen Grenzen von Einschränkungs- und Ausschlussklauseln in Personengesellschaftsverträgen und die Rechtsfolgen unwirksamer Bestimmungen. Nach einer Untersuchung der durch die Rechtsprechung insbesondere auf Grundlage der §§ 138, 242 und 723 Abs. 3 BGB für die Einschränkung des Abfindungsanspruchs eines ausgeschiedenen Gesellschafters aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB gezogenen Grenzen wendet sich der Autor dem gänzlichen

Ausschluss dieses Anspruchs zu und kommt zu dem Ergebnis, dass letzteres regelmäßig unzulässig ist (S. 638 f.; s. dazu auch den Beitrag von *Leitzen* in diesem Heft); es bedarf keiner näheren Begründung, dass die Kenntnis dieser Rechtsprechung auch für die notarielle Praxis unerlässlich ist.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft, die „Societas Privata Europea (SPE)“, aus dem Jahr 2007 ist Gegenstand der Betrachtungen von *Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Hommelhoff*. Er hält den im Kommissionsentwurf enthaltenen Appell an die eigene Finanzierungsverantwortung der Anteilseigner für unzureichend, um „Harsardeure und potentielle Pleitiers von der Nutzung einer haftungsbeschränkenden Gesellschaft fernzuhalten“ und fordert daher „ein gewisses Mindestkapital“ (S. 672 f.). Dieser Einschätzung kann man nur zustimmen, zeigen doch die Erfahrungen der Praxis mit den Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) allzu deutlich, dass ein Mindestkapital jedenfalls als „Seriositätsschwelle“ im Interesse eines redlichen Geschäftsverkehrs unerlässlich ist. Nach der Forderung einer Konzeption der SPE als zwingend und dauerhaft transnationale Rechtsform wendet sich der Autor der Rolle der Notare zu (S. 675 ff.) und meint zu erkennen, dass „der Entwurf an versteckten Stellen den Notaren verheißungsvolle neue Aufgaben eröffnet“ (S. 676). Ob indes die insoweit angeführte Überprüfung der eingereichten Gründungsunterlagen tatsächlich den Notaren überantwortet werden wird, bleibt abzuwarten, und wie diese Rechtmäßigkeitsprüfung dann im Wege der Beurkundung – und nicht Beglaubigung – erfolgen soll, wird nicht weiter erläutert und erscheint in der praktischen Umsetzung durchaus problematisch. Insgesamt zeigt der Beitrag deutlich, dass das Projekt der SPE derzeit noch unausgegoren ist und insoweit weiterhin großer Diskussionsbedarf besteht (zum aktuellen Diskussionsstand nach dem Votum des Europäischen Parlaments vgl. *Teichmann/Limmer, GmbH* 2009, 537 ff.). Ob man vor diesem Hintergrund das Fazit *Hommelhoffs*, der Vorschlag der Kommission sei „liberal ausgerichtet auf und durchdrungen vom Gedanken der Unternehmerfreiheit zur eigenverantwortlichen Gestaltung (und) . . . rechtspolitisch wohl gelungen“ (S. 680), teilen mag, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Bruchstellen in dem Kommissionsentwurf für eine SPE-Verordnung durchaus zweifelhaft.

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht nach dem MoMiG behandelt Rechtsanwalt *Dr. Andreas Pentz* und gibt in diesem Rahmen einen instruktiven Überblick über die Lehre von der verdeckten Sacheinlage und deren Änderungen durch das MoMiG. Er stellt mit Blick auf § 27 AktG fest, dass es mit der Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG „zu einem unschönen Auseinanderlaufen bisher parallel geregelter Bereiche im Aktien- und GmbH-Recht (kommt), da das Aktienrecht keine entsprechende Änderung erfahren hat und eine Übertragung des GmbH-rechtlichen Modells auf die Aktiengesellschaft unter europarechtlichen Aspekten wohl auch bedenklich wäre.“ (S. 1272). Nach einem Hinweis auf die nach wie vor anzunehmende Unzulässigkeit verdeckter Sacheinlagen und eine dadurch möglicherweise eröffnete Haftung des Notars bei unterlassener Belehrung hierüber –

wobei es freilich im Regelfall nunmehr an einem erstattungsfähigen Schaden fehlen wird (S. 1274) – wendet sich der Autor der praxisrelevanten Frage zu, ob eine Anrechnung nach § 19 Abs. 4 GmbHG auch für solche Einlageschulden erfolgt, die mangels Gesellschafterbeschlusses (§ 46 Nr. 2 GmbHG) zwar noch nicht fällig, gleichwohl aber vom Wert des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstandes gedeckt sind oder von ihm sogar überstiegen werden. Kommt es in einem solchen Fall zu einer Anrechnung auch bezüglich des noch nicht fälligen Teils der Einlage oder wird der Wert des Vermögensgegenstandes zunächst nur in Höhe der fälligen Einlage angerechnet, so dass eine weitere Anrechnung erst dann erfolgt, wenn auch die Resteinlage fällig wird? Unter Hinweis auf § 271 Abs. 2 BGB und auf die Überwindung des Vorbelastungsverbots plädiert *Pentz* überzeugend für ersteres (S. 1279 f.).

Notar a. D. *Prof. Dr. Priester*, ein „aktenkundiger Verheerter des Jubilars“ (S. 1288 unter Hinweis auf ZIP 2004, 191) setzt sich in seinem Beitrag mit der – vom Bundesgerichtshof verneinten (BGHZ 171, 293 = DNotZ 2007, 854) – Frage auseinander, ob in Fällen der Verschmelzung bei einer Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers Platz greift. In eingehender Auseinandersetzung mit den vom BGH für dessen Sichtweise angeführten Argumenten kommt *Priester* entgegen dieser Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass man „von einer Differenzhaftung bei unzureichender Abdeckung des zur Durchführung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft erhöhten Nennkapitals infolge nicht werthaltigen Nettovermögens einer übertragenden Gesellschaft sowohl im Falle der GmbH als auch im Falle der Aktiengesellschaft ausgehen (sollte).“ (S. 1297), um sich dann der Frage nach der Durchführung dieser Haftung, d. h. den Adressaten, dem Haftungsumfang, gewissen Sonderfällen (bspw. solche der Mehrfachverschmelzung) und der Haftung Dritter, d. h. von Organen und Prüfern, zuzuwenden. Ob man tatsächlich mit *Priester* auch bei Beteiligung von Publikumsgesellschaften für Klein- und Kleinstbeteiligte von einer pro-rata-Differenzhaftung ausgehen kann, erscheint jedenfalls im Ergebnis nicht ganz zweifelsfrei: Auch wenn dieser Standpunkt die konsequente Umsetzung der von *Priester* gerade auch für Fälle der Verschmelzung angeführten „Kapitaldeckungsverantwortung aus einem Anteilerwerb im Wege der Sacheinlage“ (S. 1303) ist, erscheint doch zweifelhaft,

ob allein diese dogmatische Stringenz tatsächlich die Tatsache zu überlagern vermag, dass Klein- und Kleinstanleger keinerlei Einfluss auf die Bewertung ihres Unternehmens haben und sich regelmäßig auch nicht gegen eine Verschmelzung sperren können. *Priester* findet den Ausweg aus diesem Dilemma pragmatisch darin, dass man dem Vorstand der anspruchsberechtigten übernehmenden Gesellschaft „ein pflichtgemäßes Ermessen einräumen könne, ob er Kleinbeträge geltend macht“ (S. 1303). Inwieweit sich dieser Standpunkt jedoch mit den in § 93 AktG normierten Sorgfaltspflichten der Vorstandsmitglieder in Einklang bringen lässt und wo die Grenzen einer Inanspruchnahme im Einzelfall liegen, wäre zu lesen interessant gewesen, aber über das Thema des Beitrags wohl hinausgegangen.

Der hier abschließend zu betrachtende Beitrag von *Prof. Dr. Ursula Stein* mit dem Titel „Vom Plappern und Lallen im Gesellschaftsrecht“ ist schließlich nicht nur inhaltlich überaus amüsant und ein sprachlicher Genuss, sondern kann zugleich auch als Ansporn dienen, die eigenen notariellen Urkunden gegen „Plappern und Lallen“ zu immunisieren. So bedarf es wohl keiner näheren Begründung, dass man Formulierungen wie etwa das von der Autorin in einem Kölner Kommentar aufgegriffene Zitat „Voraussetzung ist freilich, dass die . . . Voraussetzungen gegeben sind“ (S. 1557 f.) besser vermeidet, und die – ironische – Empfehlung *Steins* an die Notare, sich in ihren Textbausteinen für GmbH-Verträge unbedingt der jede Deutung zulassenden „qualifizierten gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel“ (S. 1555) zu bedienen, findet sich selbstverständlich in dem Abschnitt über das „Gelalle“, also Aussagen, deren Sinn sich auch bei angestrengtestem Nachdenken nicht erschließt.

Insgesamt bietet die Festschrift für Karsten Schmidt eine beeindruckende Fülle von Beiträgen zu sämtlichen Gebieten des Wirtschaftsrechts, die auch für die notarielle Praxis wertvolle Anregungen und Hilfestellungen geben können. Insbesondere der auch an der wissenschaftlichen Beschäftigung mit diesem Rechtsgebiet interessierte Notar wird an der Vielfalt der allesamt auf höchstem Niveau behandelten Themen seine Freude haben, den Kauf daher sicher nicht bereuen und bei aufmerksamem Lesen schließlich auch erfahren, warum die Kautelarjurisprudenz *Karsten Schmidt* die „virtuelle Stiftung des realen Virtuosen“ (*Rawert*, S. 1339) verdankt.

Notarassessor Dr. Paul Turner, LL.M., Köln