

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

Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Dr. Hans Wolfsteiner  
Schriftleiter: Notarassessorin Eva Rumpf, Notarassessor Dr. Johann Mayr

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstr. 35, 80333 München – Gedruckt auf Recyclingpapier

# MittBayNot

1

Januar/Februar  
1997  
Begründet 1864

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

## ABHANDLUNGEN

### Das ErbStG 1997 – Darstellung und Bewertung aus notarieller Sicht

Von Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater *Dr. Reinhard Geck*, Hannover

#### I. Einführung

Das Jahressteuergesetz 1997 (JStG) und mit ihm die Änderung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) ist noch im Jahre 1996 im Bundesgesetzblatt<sup>1</sup> veröffentlicht worden. Den zeitlichen Vorgaben des BVerfG aus dem Beschluß vom 22.06.1995<sup>2</sup> ist damit Rechnung getragen. Das BVerfG hatte bekanntlich den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31.12.1996 die für verfassungswidrig erachtete Ungleichbehandlung des Grundbesitzes zu beseitigen. Die Neuregelung der Erbschaft- und Schenkungsteuer findet gemäß § 37 Abs.1 ErbStG auf alle Erwerbe Anwendung, für die die Steuer nach Ablauf des 31.12.1995 entstanden ist. Die zarte Hoffnung der kautelarjuristischen Praxis, die Übergangsfrist des BVerfG werde auf alle bis zum 31.12.1996 entstandenen steuerpflichtigen Tatbestände erweitert, ist nicht in Erfüllung gegangen. Der Gesetzgeber hat die Option für das Jahr 1996 nicht genutzt, die das BVerfG ihm eröffnet hatte.

Nicht unmittelbar in diesem Themenzusammenhang von Belang, aber von praktischer Bedeutung, ist, daß die Neuregelung des Bewertungsgesetzes mit der Neubewertung des Grundbesitzes zwar für die Erbschaftsteuer erstmals zum 01.01.1996, im übrigen aber erst zum 01.01.1997 anzuwenden ist (§ 152 BewG). Dies hat für die Vermögensteuer, die bekanntlich im Veranlagungszeitraum 1996 noch erhoben werden kann, zur Folge, daß für ihre Zwecke im Jahre 1996 noch die (alten) Einheitswerte für den Grundbesitz maßgebend sind und auf eine Neubewertung auf der Grundlage der Grundbesitzwerte nach den §§ 138 ff. BewG verzichtet werden kann. In Fachkreisen war befürchtet worden, daß die Neubewertung auch für die Vermögensteuer ab 01.01.1996 gilt, was zu einer Vielzahl von Neu- und Nachveranlagungen, einer beträchtlichen Ausweitung der Bemessungsgrundlagen und damit der Vermögensteuerfestsetzungen geführt hätte. Auch für die Gewerbesteuer – sofern sie denn erhoben werden sollte<sup>3</sup> – kommen die Regelungen über die Neufest-

setzung des Grundbesitzes erstmals für Steuertatbestände ab dem 01.01.1997 zur Anwendung.

Der Verf. hat in dieser Zeitschrift<sup>4</sup> bereits die Gesetzesentwürfe der Bundesregierung und der SPD-geführten Länder dargestellt und erläutert. Das JStG 1997 als Kompromiß zwischen Bundestag und Bundesrat weicht in wesentlichen Teilen erheblich von dem RegE der Bundesregierung ab. Dies gilt schon für die vom Bundestag am 07.11.1996 verabschiedete Fassung des JStG 1997, die die Kehrtwendung bei der Grundbesitzbewertung vom vereinfachten Sachwertverfahren auf ein Ertragswertverfahren vollzogen hat, und erst recht für die Änderungen, die im Vermittlungsausschuß am 05.12.1996 verhandelt und Grundlage des anschließend von den Gesetzgebungsorganen verabschiedeten JStG 1997 geworden sind. Im genuinen Bereich des ErbStG ist vor allem auf § 19 a ErbStG hinzuweisen, der beträchtliche Erleichterungen für Betriebsvermögen begründet und damit den Vorgaben des BVerfG im Beschluß vom 22.06.1995<sup>2</sup> Rechnung trägt.

Eine erste vergleichende Bewertung des RegE mit der geltenden Fassung des JStG 1997 kommt zu dem Ergebnis, daß im Bereich der Bewertung von Grundvermögen mit höheren Werten als noch nach dem RegE angenommen zu rechnen ist. Die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer ist insoweit beträchtlich erhöht worden, was zur Kompensation der ab 1997 nicht mehr zu erhebenden Vermögensteuer im Interesse der Bundesländer erforderlich war. Selbst diese neuen Grundbesitzwerte werden jedoch den Verkehrswert in aller Regel mehr oder weniger deutlich unterschreiten. Durch den Übergang vom vereinfachten Sachwertverfahren in das Ertragswertverfahren werden die Probleme auf die Praxis verlagert, die sich aus der mit dem Ertragswertverfahren verbundenen und vielleicht auch beabsichtigten Entwicklung zu mehr Einzelfallgerechtigkeit ergeben. Auf Einzelheiten wird noch einzugehen sein. Es läßt sich jedoch aus notarieller Sicht zufrieden festhalten, daß die Vergünstigungen bei der Bewertung

<sup>1</sup> BGBl. I 1996, 2049. Die Änderungen des BewG und des ErbStG sind in den Art. 1, 2 enthalten. Die Vorschriften des BewG und des ErbStG werden nachfolgend in der für die ErbSt ab 01.01.1996 gültigen Fassung zitiert.

<sup>2</sup> Az. 2 BvR 552/91, BStBl. II 1995, 671 = Beilage zu ZEV H9/95.

<sup>3</sup> Die Gewerbesteuer ist mangels Einigung zwischen Bundestag und Bundesrat nicht aufgehoben. Nach Presseberichten (FAZ v. 03.01.1997, S. 9) sollen die Vorauszahlungen auch in den alten Bundesländern vorerst nicht erhoben werden, da nach wie vor die Aufhebung angestrebt wird.

<sup>4</sup> MittBayNot 1996, 245.

von Grundbesitz auch im ErbStG 1997 in Verbindung mit der Neuregelung des BewG erhalten geblieben sind, wenn auch nicht mehr in dem bisherigen Umfang. Von Verfassungen wegen war der Gesetzgeber daran gehindert, die Vergünstigungen im bisherigen Umfang zu erhalten. Die bekannten und bei den Notaren mit Recht oft verwendeten Gestaltungen wie mittelbare Grundstücksschenkung, Schenkung unter Nutzungs- und Leistungsaufgaben stehen der kautelarjuristischen Praxis weiterhin zur Verfügung. Gleichwohl ist aufgrund des geänderten Grundbesitzwertes sowie der veränderten Freibeträge und Steuersätze „neu zu rechnen“.

Nachfolgend werden zunächst die Neuregelungen vorgestellt (Abschn. II – IX). Anschließend wird ein erster Kurzüberblick über die verbleibenden bzw. ggf. sogar neu eröffneten Gestaltungsspielräume für die notarielle Praxis gegeben.

## II. Bewertung von Grundbesitz zum Zwecke der Ermittlung der Erbschaft- und Schenkungsteuer

Nach § 12 Abs. 1 ErbStG richtet sich die Bewertung vorbehaltlich der genuinen erbschaftsteuerrechtlichen Regelungen nach den Vorschriften des Ersten Teils des Bewertungsgesetzes. Damit wäre für den Grundbesitz nach § 9 Abs. 1 BewG der gemeine Wert zugrunde zu legen, der durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für den Vermögensgegenstand erzielt wird. Diese Bewertung nach jeweiligen Marktpreisen für die Immobilie wäre sicherlich in Anbetracht der beabsichtigten Gleichbehandlung von Geld- und Grundvermögen die gerechteste Lösung gewesen, hätte jedoch zum einen die gegenüber Geldvermögen nur eingeschränkte Umschlagbarkeit von Grundbesitz unberücksichtigt gelassen, zum anderen auch eine Fülle von Bewertungsproblemen zur Folge gehabt, da gerade bei Immobilien der Markt nur sehr schwer einzuschätzen ist.

Dementsprechend legt § 12 Abs. 3 ErbStG fest, daß Grundbesitz mit dem sogenannten Grundbesitzwert anzusetzen ist, der nach dem 4. Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer festgestellt wird. Die Neuregelung der §§ 138 ff. BewG<sup>5</sup> ist für sämtliche inländischen Grundstücke anzuwenden. Die Sonderregelungen für die neuen Bundesländer (§§ 125 ff., 133 BewG) entfallen für Zwecke der Erbschaftsteuer genauso wie der Zuschlag auf die Einheitswerte gemäß § 121 a BewG. Für im Ausland belegenen Grundbesitz bleibt es bei dem Ansatz des gemeinen Wertes nach § 31 BewG, wie § 12 Abs. 6 ErbStG ausdrücklich klarstellt. In aller Regel stellt dies eine Diskriminierung des ausländischen Grundbesitzes dar, weil nach überschlägigen ersten Schätzungen der Grundbesitzwert inländischen Grundbesitzes nach den §§ 138 ff. BewG nur ca. 50–60 % des Verkehrswertes erreichen und der gemeine Wert ausländischen Grundbesitzes in aller Regel dem Verkehrswert entsprechen wird<sup>6</sup>.

Wie schon im RegE<sup>7</sup> vorgesehen, ist der Grundbesitzwert nur im Bedarfsfall festzustellen (§ 138 Abs. 5 Satz 1 BewG, Bedarfsbewertung). Ein Bedarf ist immer vorhanden, wenn der Wertansatz für eine etwaige Festsetzung der Erbschaft- oder

Schenkungssteuer benötigt wird. Nach § 138 Abs. 6 BewG kann das Finanzamt von jedem, für dessen Besteuerung eine Bedarfsbewertung erforderlich ist, die Abgabe einer Feststellungserklärung innerhalb einer vom Finanzamt festzusetzenden Frist von mindestens einem Monat verlangen. Ist offensichtlich, daß keine Steuer festzusetzen ist, weil auch unter Berücksichtigung eines großzügig geschätzten Grundbesitzwertes die Bemessungsgrundlage die persönlichen Freibeträge nicht überschreitet, ist die Aufforderung des Finanzamtes zur Abgabe einer Erklärung über die Feststellung des Grundbesitzwertes rechtswidrig wegen Ermessensfehlergebrauches. Allerdings dürfte dies nur in den Fällen gegeben sein, in denen die fehlende Relevanz des Wertes unzweifelhaft auf der Hand liegt.

Stichtag für die Wertfeststellung ist wie schon im RegE der 01.01.1996. Die Wertverhältnisse an diesem Stichtag gelten für sämtliche Feststellungen von Grundbesitzwerten bis zum 31.12.2001 (§ 138 Abs. 4 BewG). Der Wertfeststellungszeitpunkt und der Besteuerungszeitpunkt sind strikt zu trennen. Besteuerungszeitpunkt ist stets der Zeitpunkt, an dem der steuerpflichtige Tatbestand vollendet ist (in aller Regel der Erbfall), während der Wertfeststellungszeitpunkt der 01.01.1996 ist. Wie noch zu zeigen sein wird, können sich hieraus Wertungswidersprüche ergeben (dazu III.1.).

Verfahrensrechtlich kann auf die Ausführungen des Verf. in MittBayNot 1996, 245, Abschn. II, verwiesen werden. Zusammengefaßt sei nochmals darauf hingewiesen, daß der Grundbesitzwert gesondert festzustellen ist, so daß Einwendungen gegen den Wert in dem Feststellungsverfahren über den Grundbesitzwert zu erheben sind. Dieser Bescheid ist Grundlagenbescheid für den Folgebescheid (Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuerbescheid). Änderungen des Grundlagenbescheides führen auch zu Änderungen des Folgebescheides (§ 175 Abs. 1 Nr. 1 AO). Im Grundlagenbescheid sind nach § 138 Abs. 5 BewG auch Feststellungen über die Zurechnungen der wirtschaftlichen Einheit und bei mehreren Beteiligungen über die Beteiligungsquote, aber auch die Zuordnung des Grundbesitzes zum Betriebsvermögen zu treffen. Gerade der letzte Punkt ist durch die Tarifiermäßigung gemäß § 19 a ErbStG (dazu Abschn. VII) von besonderer Bedeutung, so daß der Steuerpflichtige den Bescheid über die Feststellung des Grundbesitzwertes nicht nur auf den Wert selbst, sondern auch auf die übrigen Feststellungen hin sorgfältig überprüfen sollte.

## III. Ermittlung des Grundbesitzwertes

Sah der RegE noch ein vereinfachtes Sachwertverfahren vor, ist im Zuge der parlamentarischen Beratung eine Kehrtwende eingetreten. Für alle bebauten Grundstücke – gleich welcher Grundstücksart – ist nunmehr zwingend eine Bewertung auf der Grundlage des Ertragswertverfahrens durchzuführen, was vielleicht eine erhöhte Einzelfallgerechtigkeit bedeutet, jedoch für Finanzverwaltung, Finanzgerichte und auch Steuerpflichtige mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden sein wird. Ohne Prophet zu sein, ist anzunehmen, daß das Ertragswertverfahren sehr viel streitträchtiger als das vereinfachte Sachwertverfahren sein wird.

Im einzelnen:

### 1. Unbebaute Grundstücke (§ 145 BewG)

Da unbebaute Grundstücke von wenigen Ausnahmen abgesehen keinen Ertrag bringen, konnte eine verfassungskonforme Bewertung nur auf der Grundlage eines Sachwertverfahrens

<sup>5</sup> Der Grundbesitzwert erlangt ab 01.01.1997 auch für die GrEST Bedeutung, da nach § 8 Abs. 2 GrESTG der Grundbesitzwert als Bemessungsgrundlage anzusetzen ist, wenn eine Gegenleistung nicht vorhanden oder wie bei Umwandlungen oder Anteilsvereinigungen nicht ermittelt werden kann.

<sup>6</sup> Ob § 31 BewG vor dem EuGH Bestand hätte, muß an dieser Stelle offen bleiben.

<sup>7</sup> BR-Drs 360/96.

erfolgen. Im wesentlichen entspricht die gesetzliche Neuregelung den Vorschlägen des RegE. Es bleibt somit dabei, daß die Grundbesitzwerte aus den Angaben der Gutachterausschüsse der Gemeinden nach § 193 Abs. 3 BauGB gekürzt um einen Abschlag von 20% abzuleiten sind. Dabei sind als unbebaute Grundstücke solche Grundstücke zu bewerten, auf denen sich keine benutzbaren Gebäude oder zur Nutzung vorgesehene Gebäude im Bau befinden. Anderenfalls ist der Grundbesitzwert nicht nach § 145 BewG, sondern nach dem für bebaute Grundstücke geltenden Ertragswertverfahren (§ 149 BewG) zu ermitteln.

Das Ertragswertverfahren ist grundsätzlich auch dann anzuwenden, wenn sich auf dem Grundstück ein Gebäude befindet, das zwar benutzbar ist, jedoch nicht genutzt wird. Um in Fällen nur geringfügiger Nutzung das aufwendigere Ertragswertverfahren zu vermeiden, ordnet § 145 Abs. 2 BewG an, daß Gebäude, die allenfalls einer unbedeutenden Nutzung zugeführt werden können, als nicht vorhanden gelten, so daß das Grundstück als unbebaut gilt. Dabei gilt insoweit typisierend als unbedeutende Nutzung eine für die Nutzung erzielte Jahresmiete oder übliche Miete von weniger als 1% des Grundstückswertes.

Abweichend von dem RegE, der den Bewertungsabschlag in § 155 Abs. 1 BewGE quasi für alle Grundstücksarten nach der Klammer anordnete, ist der Bewertungsabschlag für den Wert des unbebauten Grundbesitzes als Ausgleich für die Unsicherheit der Bewertung in § 145 Abs. 3 BewG enthalten. Da der Bewertungsabschlag für bebaute Grundstücke entfallen ist, lag es nahe, den Abschlag bei der Regelung über die Bewertung des unbebauten Grundstückes niederzulegen, da er nur dort noch Bedeutung erlangt. Der Abschlag beträgt nur noch 20%<sup>8</sup>.

Dem Steuerpflichtigen steht nach § 145 Abs. 3 Satz 3 BewG der Nachweis eines niedrigeren gemeinen Wertes offen. Da das BewG den Begriff „gemeiner Wert“ als terminus technicus kennt, ist § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG zu beachten. Danach sind ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse nicht zu berücksichtigen<sup>9</sup>.

## 2. Bebaute Grundstücke (§§ 146–150 BewG)

Wie schon angesprochen, ist abweichend vom RegE bebauter Grundbesitz – gleich welcher Grundstücksart – nach dem Ertragswertverfahren zu bewerten. Erfaßt ist auch Wohnungs- und Teileigentum (§ 146 Abs. 8 BewG). Der Wert des bebauten Grundstücks ist das 12,5fache der für dieses im Durchschnitt der letzten drei Jahre vor dem Besteuerungszeitpunkt erzielten Jahresmiete, vermindert um die Wertminderung wegen des Alters des Gebäudes. Im Vermittlungsausschuß wurde der noch vom Bundestag mit dem 12fachen der Jahresmiete angesetzte Ertragswert auf das 12,5fache erhöht. Diese Wertermittlung gilt auch für Grundstücke des Betriebsvermögens, so daß diese Grundstücke nicht mehr mit 140% des Einheitswertes, sondern dem Grundbesitzwert anzusetzen sind (§ 138 Abs. 3 Satz 1 BewG). Jahresmiete ist das Gesamtentgelt, das der Mieter für die Nutzung der bebauten Grundstücke aufgrund vertraglicher Vereinbarung für den Zeitraum von zwölf Monaten zu zahlen hat. Die Vorschrift stellt auf das vereinbarte, nicht das vereinnahmte Entgelt ab, so daß Forde-

rungsausfälle sowie Stundungen keinen Einfluß auf die Höhe der Jahresmiete haben. Jahresmiete ist die Nettokaltmiete, die um sämtliche nicht ohnehin vom Mieter zu tragenden Betriebskosten zu kürzen ist.

Dem Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 05.11.1996<sup>10</sup> ist zu entnehmen, daß die Höhe des Vielfältigers (12,5) auf der Überlegung beruht, welcher Betrag bei anderen Anlageformen hätte angelegt werden müssen, um einen entsprechenden Ertrag zu erwirtschaften. Wegen der Einzelheiten dieser Berechnung sei auf die Fundstelle verwiesen. Im Ergebnis entspricht der Faktor von 12,5 in etwa dem Faktor, der für gewerbliche vollvermietete Immobilien am Markt gehandelt wird, wobei die zeitweilige Hausse in den neuen Bundesländern mit Faktoren von 16 bis 18fachen Jahresmieten mit Recht außer Betracht gelassen worden sind. Ist das Grundstück vor dem Besteuerungszeitpunkt weniger als drei Jahre vermietet worden, ergibt sich die Jahresmiete aus der auf das Jahr umgerechneten vereinbarten Miete.

Die übliche, nicht die tatsächlich vereinbarte Miete ist als Jahresmiete zugrunde zu legen, wenn der Eigentümer, dessen Familie, Angehörige oder Arbeitnehmer des Eigentümers das Grundstück selbst nutzen oder es an andere Personen unentgeltlich zur Nutzung überlassen wird (§ 146 Abs. 3 Satz 1 BewG). Selbst wenn das Grundstück an den vorgenannten Personenkreis entgeltlich überlassen wird, tritt an die Stelle der vereinbarten Miete die übliche Miete. Ob dieses Mißtrauen des Gesetzgebers vor manipulierten Entgelten berechtigt ist, mag an dieser Stelle durchaus bezweifelt werden. Übliche Miete ist die für vergleichbare bebaute Grundstücke von fremden Dritten zu entrichtende Miete. In aller Regel wird auf den Mietspiegel zurückgegriffen werden müssen, wobei allerdings Vergleichsmieten aus demselben Haus oder derselben Wohnanlage als Indiz für die übliche Miete herangezogen werden können. Die Regelung des § 146 Abs. 3 BewG wird sehr streitbefangen sein. Die Einschätzung im Bericht des Finanzausschusses<sup>11</sup>, wonach die Ermittlung der üblichen Miete aufgrund der Relevanz bei der Einkommensteuer (§ 21 Abs. 2 EStG) keine Besonderheit darstellt und infolgedessen keine nennenswerten Belastungen der Finanzverwaltung bei der Ermittlung der üblichen Mieten erwartet werden, kann eigentlich nur als blauäugig bezeichnet werden. Zwar ist richtig, daß die Finanzämter nach § 21 Abs. 2 EStG bei der teilunentgeltlichen Überlassung von Wohnraum an – in aller Regel – Familienangehörige die ortsübliche Miete überschlägig ermitteln, da nur bei einer vereinbarten Miete in Höhe von mindestens 50% der ortsüblichen Miete der volle Werbungskostenabzug beim Eigentümer gewährt wird. Gleichwohl ist der Sachverhalt insoweit ein anderer, als einkommensteuerrechtlich die Feststellung ausreicht, daß die vereinbarte Miete mindestens den vorgenannten Prozentsatz erreicht. In diesem Fall wird der Werbungskostenabzug in voller Höhe gewährt, so daß es auf die Frage, ob die vereinbarte Miete nun 50 oder 100% der üblichen Miete erreicht, nicht ankommt. Aus der Erfahrung des Verf. heraus begnügen sich daher die Finanzämter in aller Regel mit einer überschlägigen Prüfung. Bei der Bemessung des Grundbesitzwertes ist die übliche Miete hingegen nicht nur Vergleichsmaßstab gegenüber der vereinbarten Miete im Bereich des Werbungskostenabzuges, sondern

<sup>8</sup> Der im RegE und im vom Bundestag verabschiedeten Gesetzentwurf vorgesehene Abschlag von 30% ist im Vermittlungsausschuß auf 20% verringert worden.

<sup>9</sup> Wegen der Einzelheiten vgl. die Kommentierungen zum BewG.

<sup>10</sup> BT-Drs 13/5951 (Beschlussempfehlung) und BT-Drs 13/5952 (Begründung).

<sup>11</sup> BT-Drs 13/5952 S. 41.

der variable Faktor des Grundstückswertes im Rahmen des Ertragswertverfahrens, so daß das Finanzamt gezwungen ist, die ortsübliche Miete exakt zu ermitteln. Es ist daher zu erwarten, daß § 146 Abs. 3 Satz 1, 2 BewG in den nächsten Jahren zunehmend zu einem Zankapfel zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen werden wird. Maßgeblich ist wie bei der vereinbarten Jahresmiete die übliche Miete im Besteuerungszeitpunkt.

An dieser Stelle sei auch auf einen Wertungswiderspruch hingewiesen. Nach § 138 Abs. 4 BewG sind die Wertverhältnisse zum 01.01.1996 maßgebend. Die Höhe der Jahresmiete ermittelt sich jedoch aus der durchschnittlichen Jahresmiete der letzten drei Jahre vor dem Besteuerungszeitpunkt. Dieser Besteuerungszeitpunkt wird vom 01.01.1996 abweichen. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts des § 146 Abs. 2 Satz 1 BewG, der den Besteuerungszeitpunkt für maßgeblich erklärt, ist dieser Norm als speziellerer Regelung der Vorrang gegenüber § 138 Abs. 4 BewG einzuräumen. Im Ergebnis hat dies zur Folge, daß bei mehreren Steuerfällen im Zeitraum vom 01.01.1996 bis 31.12.2001 der Ertragswert abweichend von § 138 Abs. 4 BewG zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich zu ermitteln ist. Der Anwendungsbereich des § 138 Abs. 4 BewG dürfte sich daher auf unbebaute Grundstücke beschränken.

Die Wertminderung wegen Alters des Gebäudes beträgt für jedes Jahr von der Bezugsfertigkeit bis zum Besteuerungszeitpunkt 0,5%, höchstens jedoch 25% des Wertes, ermittelt aus dem 12,5fachen der Jahresmiete oder üblichen Miete. Der vom Bundestag am 05.11.1996 verabschiedete Gesetzentwurf sah noch eine Wertminderung pro Jahr von 1%, höchstens jedoch 50% des Wertes vor. Im Zuge der Gegenfinanzierung des Wegfalls der Vermögensteuer ist der Prozentsatz halbiert worden.

Gegenüber dem RegE neu und nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist die Werterhöhung, die § 146 Abs. 5 BewG für bebaute Grundstücke vorsieht, die ausschließlich Wohnzwecken dienen und nicht mehr als zwei Wohnungen enthalten. Eine Eigennutzung ist nicht Voraussetzung für den Zuschlag. Der vorstehend ermittelte Wert – resultierend aus dem Ertragswert, gekürzt um die Wertminderung wegen Alters – ist für diese Grundstücksart um 20% zu erhöhen, wobei der noch vom Bundestag ursprünglich vorgesehene Zuschlag von 10% im Vermittlungsausschuß auf 20% erhöht worden ist. Der Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages<sup>10</sup> führt zur Begründung aus, daß Ein- und Zweifamilienhäuser nicht zu Renditezwecken, sondern zum Eigengebrauch errichtet werden. In aller Regel werde in diesen Fällen die Miete im Verhältnis zur ursprünglichen Investition niedriger als bei als Renditeobjekten vorgesehenen Gebäuden liegen, da der Vermieter bei der Auswahl der Mieter höhere Anforderungen stellen werde und diese Objekte in aller Regel eine üppigere Ausstattung ausweisen. Ob sich diese Auffassung mit dem tatsächlichen Befund deckt, mag offenbleiben. Irritierend ist jedoch, daß das BVerfG in seinem zitierten Beschluß<sup>2</sup> dem Gesetzgeber aufgegeben hatte, das sogenannte Gebrauchsvermögen steuerfrei zu stellen und in diesem Zusammenhang ausdrücklich das eigengenutzte Einfamilienhaus erwähnt hat. Es ist daher überraschend, daß gerade dieser Vermögensgegenstand mit einem höheren Wert anzusetzen ist als jedes beliebige Renditeobjekt, zumal die persönlichen Freibeträge schon ihrem Charakter nach keine Differenzierung bezüglich der Zusammensetzung des steuerpflichtigen Erwerbes treffen bzw. treffen können. Es sei zwar davor gewarnt, diese Regelung für verfassungswidrig zu erachten, da entscheidend sein

dürfte, ob der Grundbesitzwert in Verbindung mit den Freibeträgen die Steuerfreiheit sicherstellt. Müßte das ErbStG sich der Meßlatte des AGBG stellen, wäre die Klausel gleichwohl als überraschend im Sinne des § 3 AGBG einzustufen, da die Gesetzesbegründung zu § 146 Abs. 2 Satz 1 BewG ausdrücklich darauf hinweist, daß der dort gefundene Wert unter Renditeaspekten ermittelt worden sei. Der Hinweis auf eine geringere Rendite von Ein- und Zweifamilienhäusern hätte einen Bewertungsabschlag, nicht jedoch einen -zuschlag zur Folge.

Mindestwert für das bebaute Grundstück ist der Wert, mit dem der Grund und Boden allein als unbebautes Grundstück zu bewerten wäre (§ 146 Abs. 6 BewG).

Ein Unsicherheitsabschlag ist – anders als nach dem RegE – nicht vorgesehen. Es steht dem Steuerpflichtigen jedoch offen, einen niedrigeren Wert nachzuweisen (§ 14 Abs. 7 BewG).

### 3. Bewertung von Grundbesitz in Sonderfällen

Läßt sich für ein bebautes Grundstück die übliche Miete nicht ermitteln, ist der Wert nach § 147 Abs. 1 BewG aus der Summe des Wertes von Grund und Boden und Gebäude zu ermitteln, wobei in diesem Fall der Gebäudewert nach den ertragsteuerlichen Bewertungsvorschriften zu bestimmen ist. Dies dürfte eine Bewertung mit den Anschaffungs- und Herstellungskosten abzüglich der linearen AfA zur Folge haben. Der Wert des Grund und Bodens ist in diesem Sonderfall nicht um 20, sondern um 30% zu kürzen. Hiermit wird der besonderen Situation, insbesondere der schwierigen Verwertbarkeit des bebauten Grundstücks Rechnung getragen.

Bei Belastung eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht ist der Wert des belasteten Grundstücks mit dem 18,6fachen des nach den vertraglichen Bestimmungen im Besteuerungszeitpunkt zu zahlenden jährlichen Erbbauzinses anzusetzen (§ 148 Abs. 1 BewG). Der Wert des Erbbaurechts hingegen ist nach den Grundsätzen über die Bewertung bebauter Grundstücke abzüglich des auf das belastete Grundstück ermittelten Wertes zu bemessen. Erfreulich ist die Klarstellung in § 148 Abs. 1 Satz 3 BewG, daß der Erbbauzinsanspruch weder als Bestandteil des Grundstücks noch als gesondertes Recht anzusetzen ist. Korrespondierend ist allerdings auch die Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses weder in die Bemessung des Wertes des belasteten Grundstücks einzubeziehen noch als Verbindlichkeit im Rahmen des sonstigen Vermögens abzugsfähig.

Bei Grundstücken im Zustand der Bebauung (§ 149 BewG) ist der Gebäudewert nach der erzielbaren üblichen Miete zu ermitteln, die nach Bezugsfertigkeit des Gebäudes zu erzielen wäre, wobei von diesem Wert nur 80% als Gebäudewert anzusetzen sind. Der Grundstückswert ermittelt sich nach § 145 Abs. 3 BewG.

### 4. Zwischenbilanz

Die neu anzusetzenden Grundbesitzwerte übersteigen in aller Regel die bisherigen Einheitswerte bei weitem, auch wenn der Verkehrswert in aller Regel nicht erreicht wird. Mit diesem Ergebnis mußte die Praxis rechnen, da anderenfalls die Neuregelung den Anforderungen des BVerfG nicht standgehalten hätte.

Die Auswirkungen sollen an den zwei nachfolgenden Beispielen, die typisch für die Praxis sein könnten, dokumentiert werden:

### Fall 1:

Ein im Jahre 1990 in einer mittleren Großstadt zum Preis von DM 750.000,00 erworbenes bebautes Grundstück (Einfamilienhaus) wird am 31.12.1996 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Sohn übertragen. Der Verkehrswert ist mittlerweile auf DM 1.000.000,00 gestiegen. Der Einheitswert per 01.01.1964 beträgt DM 100.000,00. Die Jahresnettomiete beläuft sich auf DM 40.000,00 im Durchschnitt der letzten drei Jahre. Die Mietnebenkosten bleiben zur Vereinfachung außer Betracht. Belastungen bestehen nicht.

Nach altem Recht ergab sich eine Bemessungsgrundlage von DM 140.000,00 (Einheitswert plus 40% Zuschlag).

Nach neuem Recht ist wie folgt zu bewerten:

Jahresmiete DM 40.000,00 x Faktor 12,5 =	DM 500.000,00
abzgl. Alterswertminderung für sieben Jahre, 3,5%	<u>./ DM 17.500,00</u>
	DM 482.500,00
Zuschlag gemäß § 146 Abs. 5 BewG, Einfamilienhaus	+ DM 96.500,00
Grundbesitzwert	<u>DM 579.000,00</u>

Der Grundbesitzwert entspricht 57,9% des Verkehrswertes.

### Fall 2:

A verstirbt am 01.01.1997. Im Nachlaß befindet sich ein im Jahre 1930 errichtetes Mehrfamilienhaus. Wegen wirtschaftlichen Verbrauches (unterlassene Instandhaltung) wird pro anno nur eine Jahresmiete von DM 150.000,00 erzielt. Der Verkehrswert beträgt DM 1.000.000,00. Der Einheitswert ist auf DM 200.000,00 festgesetzt. Tochter T ist Alleinerbin. Belastungen bestehen nicht.

Nach altem Recht betrug die Bemessungsgrundlage DM 280.000,00.

Nach neuem Recht ist der Wert wie folgt zu ermitteln:

12,5 x DM 150.000,00 =	DM 1.875.000,00
abzgl. 25%, Höchstbetrag der Wertminderung gemäß § 146 Abs. 4 Satz 1 BewG	<u>DM 468.750,00</u>
	DM 1.406.250,00
Abrundung auf volle TDM gemäß § 139 BewG	<u>DM 1.406.000,00</u>

Gelingt dem Steuerpflichtigen der Nachweis, daß der Verkehrswert niedriger ist, ist dieser anzusetzen. Auch in diesem Fall bestehen beträchtliche Abweichungen gegenüber dem nach altem Recht anzusetzenden Wert.

Als Gestaltungshinweis ist anzuregen, den Zuschlag von 20% nach § 146 Abs. 5 BewG in der Weise zu vermeiden, daß im Zweifel ein Gebäude nicht mit zwei, sondern mit drei Wohnungen errichtet wird.

## IV. Bewertung land- und forstwirtschaftlichen Vermögens

Wie schon im RegE sieht das JStG 1997 auch für die Betriebe der Land- und Forstwirtschaft nur eine Bedarfswertung vor, die in den §§ 140 bis 144 BewG geregelt sind. Die Regelungen sind bis auf kleinere Änderungen unverändert dem RegE entnommen, so daß auf die Erläuterung des RegE<sup>4</sup> Bezug genommen wird.

## V. Entlastung bei der Vererbung und Schenkung von Betriebsvermögen durch § 13 a ErbStG

§ 13 Abs. 2a ErbStG wird im Interesse der Übersichtlichkeit aus dem Katalog der Steuerbefreiungen des § 13 ErbStG heraus in einen neu geschaffenen § 13 a ErbStG übernommen. Die Fassung des RegE hat die parlamentarischen Gremien bis auf die nachfolgend aufgeführten Änderungen passiert, so daß zur Vermeidung von Wiederholungen auf den schon zitierten Beitrag des Verf.<sup>4</sup> verwiesen werden kann. Es sei nochmals betont – dies ist für die Praxis von eminenter Bedeutung –, daß § 13 a Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die Inanspruchnahme des Freibetrages nicht mehr an einen Erwerb durch Erbanfall, sondern an einen Erwerb von Todes wegen bindet. Es besteht insoweit Kongruenz mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, so daß nunmehr auch der Vermächtnisnehmer, dem im Vermächtniswege Betriebsvermögen zugewandt worden ist, in den Genuß des Freibetrages kommen kann. Dies ist von der kautelarjuristischen Praxis stets gefordert worden. Der Gesetzgeber hat diesem Drängen nunmehr nachgegeben. Ferner gilt die Vorschrift auch für den Erwerb durch Stiftungen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG (§ 13 a Abs. 7 ErbStG).

Wie schon im RegE ausgewiesen, ist der Freibetrag von DM 500.000,00 unverändert geblieben. Abweichend vom RegE ist der Bewertungsabschlag von bislang 25% nicht auf 50, sondern nur auf 40% erhöht worden. Noch das JStG in der vom Bundestag im November 1996 verabschiedeten Fassung sah einen Bewertungsabschlag von 50% vor, der im Zuge der Gegenfinanzierung des Wegfalls der Vermögensteuer auf 40% herabgesetzt worden ist. In allen Steuerfällen ab dem 01.01.1996 ist somit Betriebsvermögen, das nach Abzug des Freibetrages verbleibt, nur mit 60% der Bemessungsgrundlage anzusetzen. Wie schon bislang, kann der Bewertungsabschlag innerhalb der Zehn-Jahres-Frist mehrfach in Anspruch genommen werden. Die Verbleibensvoraussetzungen des § 13 a Abs. 5 ErbStG für die Dauer von fünf Jahren sind allerdings auch beim Bewertungsabschlag zu beachten.

Die zweite Änderung im Rahmen des § 13 a ErbStG betrifft den Umfang des begünstigten Vermögens. Galt nach § 13 a Abs. 4 Ziff. 3 ErbStG in der Fassung des RegE als begünstigt für Freibetrag und Bewertungsabschlag noch ein Anteil an einer inländischen Kapitalgesellschaft von mindestens 25%, hat das JStG 1997 den Schwellenwert auf einen Anteil von *mehr als* einem Viertel erhöht. Die aus ertragsteuerlichen Gründen verbreiteten „Quartett-Gesellschaften“ oder „Kleeblatt-Gesellschaften“ (vierblättrig!), die eine Beteiligung von vier Personen mit jeweils 25% am Stammkapital vorsehen, bleiben nach wie vor einkommensteuerlich begünstigt, weil Veräußerungsgewinne nicht den Tatbestand des § 17 EStG erfüllen, sind jedoch aus dem Anwendungsbereich des § 13 a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG ausgeschlossen. Aus systematischen Gründen, die vielleicht mit dem Schlagwort „Einheit der Steuerrechtsordnung“ bezeichnet werden können, mag man dies begrüßen. Aus Sicht des steuerlichen Beraters bleibt die Entscheidung des Gesetzgebers bedauerlich.

## VI. Steuerklassen, Freibeträge, Tarif

Wie schon der RegE faßt das JStG 1997 die vier Steuerklassen zu drei Klassen in der Weise zusammen, daß die alten Steuerklassen I und II zur Steuerklasse I zusammengefaßt werden, während die Steuerklassen III und IV in Zukunft die Steuerklassen II und III bilden. Der von den Steuerklassen erfaßte Personenkreis hat sich hingegen nicht geändert. Innehalb der Steuerklasse I wird bei den Freibeträgen differenziert.

Enthielt der RegE noch Freibeträge von beträchtlicher Höhe für die Angehörigen der Steuerklasse I, sind diese durch das JStG 1997 aus fiskalischen Gründen beträchtlich verringert, überschreiten aber die bisherigen Freibeträge immer noch deutlich.

Der Freibetrag des überlebenden Ehegatten beträgt nunmehr gemäß § 16 Abs. 1 Nr.1 ErbStG DM 600.000,00 (RegE DM 1 Mio.). Der Erwerb durch Kinder einschließlich Stiefkinder sowie der Kinder verstorbener Kinder, mithin durch Personen der alten Steuerklasse I mit Ausnahme des Ehegatten, beträgt nunmehr DM 400.000,00 (RegE DM 750.000,00). Die übrigen Personen der Steuerklasse I – insbesondere also Kinder noch lebender Kinder sowie Eltern und Großeltern bei Erwerben von Todes wegen – kommen nur noch in den Genuß eines Freibetrages von DM 100.000,00 (RegE DM 150.000,00). Die Freibeträge für Personen der Steuerklasse II betragen DM 20.000,00, die der Steuerklasse III DM 10.000,00. Auch diese Freibeträge sind gegenüber dem RegE beträchtlich herabgesetzt worden.

Im Ergebnis hat dies bei der sogenannten Normal-Familie, bestehend aus Eltern und zwei Kindern, zur Folge, daß die Freibeträge für den überlebenden Ehegatten und die Kinder kumuliert DM 1.400.000,00 betragen. Gleiches gilt bei Schenkung. Nach dem RegE hätten die Freibeträge noch DM 2.500.000,00 betragen. Auch der abgeschmolzene Freibetrag dürfte ausreichen, den Anforderungen des BVerfG Genüge zu tun. Allerdings wird bei wertvollen Immobilien der erhöhte Ansatz des Grundbesitzes durch die angepaßten Freibeträge nicht aufgewogen, so daß in diesen Fällen die Übertragung von Grundbesitz durch vorweggenommene Erbfolge bis zum 31.12.1995 sich als sinnvoll erweisen dürfte. Dies wird belegt durch die Weiterentwicklung der vorstehend unter III.4. behandelten Sachverhalte.

#### Fall 1:

##### Altes Recht

Erwerb	DM	140.000,00
Freibetrag	./.	<u>DM 90.000,00</u>
steuerpflichtiger Erwerb	DM	50.000,00

##### Neues Recht

Erwerb	DM	579.000,00
Freibetrag	./.	<u>DM 400.000,00</u>
steuerpflichtiger Erwerb	DM	179.000,00

#### Fall 2:

##### Altes Recht

Erwerb	DM	280.000,00
Freibetrag	./.	<u>DM 90.000,00</u>
steuerpflichtiger Erwerb	DM	190.000,00

##### Neues Recht

Erwerb	DM	1.406.000,00
Freibetrag	./.	<u>DM 400.000,00</u>
steuerpflichtiger Erwerb	DM	1.006.000,00

Die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer ist somit bei Grundvermögen auch unter Berücksichtigung der Freibeträge deutlich angestiegen.

Wie schon der RegE sieht auch das JStG 1997 in § 17 Abs. 1 ErbStG eine Verdopplung des besonderen Versorgungsfreibetrages für Ehegatten auf DM 500.000,00 vor. Auch die

gegenüber dem alten Recht verminderten Versorgungsfreibeträge für Abkömmlinge sind unverändert aus dem RegE übernommen worden. Gleiches kann allerdings nicht für die Regelung der Steuersätze mitgeteilt werden. Schränkte der RegE die Zahl der Tarifstufen noch beträchtlich ein, hat das JStG 1997 insoweit schon anknüpfend an den vom Bundestag verabschiedeten Gesetzentwurf die Tarifstufen beträchtlich zerfasert mit dem Ziel, eine höhere Erbschaftsteuer zu erzielen.

Im Vermittlungsausschuß sind die vom Bundestag verabschiedeten Steuersätze noch um jeweils 2% erhöht worden. Im einzelnen gelten folgende Steuersätze:

Wert des steuerpflichtigen Erwerbes bis einschließlich Deutsche Mark	Vomhundertsatz in der Steuerklasse		
	I	II	III
100.000	7	12	17
500.000	11	17	23
1.000.000	15	22	29
10.000.000	19	27	35
25.000.000	23	32	41
50.000.000	27	37	47
über 50.000.000	30	40	50

Gleichwohl bleibt zu beobachten, daß Erwerber mit ungünstigeren Steuerklassen zu den „Gewinnern“ des neuen Rechts zumindest in den Fällen zählen, in denen die Nachteile der Neubewertung des Grundbesitzes sich nicht oder nicht nennenswert auswirken, weil der Nachlaß aus Vermögenswerten besteht, die keine höhere Bewertung erfahren haben, andererseits aber die Steuersätze abgesenkt sind. Der Spitzensteuersatz von 50% ist durch die Vorgabe des BVerfG begründet, das den sogenannten Halbtteilungsgrundsatz Erbe/Fiskus als Obergrenze für die Höhe des Steuersatzes aufgestellt hat.

In unseren Sachverhalten ergibt sich nunmehr folgendes Endergebnis:

#### Fall 1:

altes Recht: steuerpflichtiger Erwerb	DM	50.000,00
Steuersatz 3%, ErbSt:	DM	<u>1.500,00</u>
neues Recht: steuerpflichtiger Erwerb	DM	179.000,00
Steuersatz 11%, ErbSt:	DM	<u>19.690,00</u>
(Erhöhung alt/neu um 1.313%)		

#### Fall 2:

altes Recht: steuerpflichtiger Erwerb	DM	190.000,00
Steuersatz 5,5%, ErbSt:	DM	<u>10.450,00</u>
neues Recht: steuerpflichtiger Erwerb	DM	1.006.000,00
Steuersatz 19%, ErbSt:	DM	<u>191.140,00</u>

Die Steuerbelastung wird aufgrund der Härtefallregelung (§ 19 Abs. 3 ErbStG) auf DM 153.000,00 ermäßigt. Gleichwohl bleibt eine Mehrbelastung von 1.464%.

Im Ergebnis ist somit eine erhebliche Steuermehrbelastung festzustellen.

### VII. Die Tarifbegrenzung nach § 19 a als „Clou“ des ErbStG 1997

Die nachfolgend dargestellte Tarifbegrenzung nach § 19 a ErbStG ist eine erhebliche Vergünstigung für Erwerber von Betriebsvermögen, die in ihrer Bedeutung noch nicht ab-

schätzbar ist. Nach § 19 a Abs.1 ErbStG wird der Erwerber von Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen sowie von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die eine wesentliche Beteiligung im Sinne des Einkommensteuergesetzes sind, im Ergebnis bei der Festsetzung der tariflichen Erbschaftsteuer so behandelt, als sei er Angehöriger der Steuerklasse I. Technisch wird die Entlastung durch eine Minderung der Erbschaftsteuerschuld vollzogen, so daß auf der Ebene der Ermittlung der Bemessungsgrundlage keine Besonderheiten zu beachten sind. Für Angehörige der Steuerklasse I treten keine Änderungen infolge des § 19 a ErbStG ein. Die Entlastung betrifft ausschließlich den Personenkreis der Steuerklasse II oder III, bei denen die Erbschaftsteuer infolge der progressiven Wirkung unter Umständen zu einer Existenzbedrohung für das begünstigte unternehmerisch gebundene Vermögen führen kann. Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen ist die Vorschrift eng an § 13 a ErbStG angelehnt. Dies gilt vor allem für den Umfang des begünstigten Vermögens. § 19 a Abs. 2 ErbStG, der den Umfang des begünstigten Vermögens festlegt, ist identisch mit § 13 a Abs. 4 ErbStG. Auch die Verbleibensvorschriften in § 19 a Abs. 5 ErbStG entsprechen denen des § 13 a ErbStG.

Die Entlastung vollzieht sich nach folgendem Schema, das an dem nachfolgenden Beispielfall verdeutlicht werden soll, wobei der Erwerber dem Personenkreis der Steuerklasse II angehören soll:

Erwerb von Todes wegen	DM 3.000.000,00
davon Privatvermögen (PV)	DM 1.500.000,00
Betriebsvermögen (BV)	DM 1.500.000,00
Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbes bzgl. des Betriebsvermögens unter Berücksichtigung des § 13 a ErbStG	
abzgl. Freibetrag	DM 500.000,00
abzgl. Bewertungsabschlag	DM 400.000,00
verbleibendes Betriebsvermögen	DM 600.000,00
Steuerpflichtiger Erwerb (§ 10 ErbStG)	DM 1.500.000,00 (PV)
	DM 600.000,00 (BV)
abzgl. Freibetrag Steuerklasse II	DM 20.000,00
verbleibender steuerpflichtiger Erwerb	DM 2.080.000,00
Steuersatz 27%	DM 561.600,00
<i>Ermittlung des Entlastungsbetrages:</i>	
Anteil des steuerpflichtigen Betriebsvermögens am gesamten Vermögensanfall (6/21)	
gemäß § 19 a Abs. 3 ErbStG	28,57%
Steuer auf den steuerpflichtigen Erwerb bei Anwendung der Steuerklasse I (Steuersatz 19%)	
	DM 395.200,00
Belastung des Betriebsvermögens (28,57%) nach Steuerklasse II	
	DM 160.908,00
Belastung des Betriebsvermögens (28,57%) nach Steuerklasse I	
	DM 112.908,00
Entlastungsbetrag	DM 47.541,00

Als Quintessenz ist festzuhalten, daß im Bereich des Betriebsvermögens beträchtliche steuerliche Entlastungen festzustellen sind. Dies dürfte in der Zukunft ein Anreiz sein, Betriebsvermögen entgegen bisherigen Empfehlungen zumindest in den Fällen bewußt zu bilden, in denen keine ertragsteuerlichen Nachteile drohen.

## VIII. Sonstige Änderungen

### 1. Gemischte Schenkung bei teilentgeltlicher Übertragung von Anteilen an vermögensverwaltenden Personengesellschaften

§ 10 Abs. 1 Satz 3 ErbStG ist in das Gesetz neu eingefügt und lautet wie folgt:

„Der unmittelbare oder mittelbare Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft, die nicht nach § 12 Abs. 5 zu bewerten ist, gilt als Erwerb der anteiligen Wirtschaftsgüter.“

Dieser aus sich heraus nicht verständliche Einschub birgt eine beträchtliche Brisanz in sich. Gegenstand ist die Bewertung eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, wie sie ein Großteil der geschlossenen Immobilienfonds darstellt. Sind die Anteile des Gesellschafters an diesem Immobilienfonds fremdfinanziert, war bei Übertragung eines Anteils etwa im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Übernahme der Belastungen durch den Erwerber fraglich, ob der Nominalwert der Belastung (Kreditverbindlichkeit) vom Steuerwert des Anteils an der Personengesellschaft (Fonds) abzugsfähig war, was in aller Regel zu einem Negativerwerb führte, oder ob die Grundsätze zur gemischten Schenkung anzuwenden waren mit der Folge, daß die Verbindlichkeiten nur in dem Verhältnis vom Steuerwert abzugsfähig waren, in dem ein entgeltlicher Erwerb vorlag. Der BFH hat mit Urteil vom 14.12.1995<sup>12</sup> die Auffassung vertreten, daß entgegen seiner Rechtsprechung zur gemischten Schenkung der Nominalbetrag der übernommenen Verbindlichkeiten vom Steuerwert des Anteils abgezogen werden konnte, so daß unter Umständen ein Negativerwerb ohne eine Steuerbelastung noch mit positivem Vermögen aufgefüllt werden konnte. Die Finanzverwaltung<sup>13</sup> hat daraufhin einen Nichtanwendungserlaß veröffentlicht. Dieser Nichtanwendungserlaß ist durch den Gesetzgeber quasi zum Gesetz erhoben worden, so daß die Rechtsprechung des BFH obsolet geworden ist. Man wird sich in der Praxis darauf einrichten müssen, daß bei entsprechenden Vermögensübertragungen unter Übernahme von Verbindlichkeiten die Grundsätze zur gemischten Schenkung anwendbar bleiben. Die Vorschrift wird zwar durch die Neubewertung des Grundbesitzes an Bedeutung einbüßen, sie jedoch nicht vollständig verlieren, da – wie vorstehend skizziert – der Grundbesitz auch in Zukunft mit einem Wert unter dem Verkehrswert angesetzt werden wird. Offen ist allerdings, ob die Rechtsprechung zur gemischten Schenkung nicht durch die Neubewertung des Grundbesitzes überholt ist (dazu sogleich X. 1.).

### 2. Änderung der Steuerbefreiungen nach § 13 ErbStG

Hausrat einschließlich Wäsche und Kleidungsstücke beim Erwerb durch Personen der Steuerklasse I bleiben in Höhe von DM 80.000,00 steuerfrei. Andere bewegliche körperliche Gegenstände bleiben beim Erwerb durch Personen der Steuerklasse I in Höhe von DM 20.000,00 steuerfrei. Bei Personen der Steuerklasse II und III besteht ein Freibetrag für Hausrat und bewegliche körperliche Gegenstände in Höhe von insgesamt DM 20.000,00. Es handelt sich dabei um nachlaßbezogene Freibeträge, die unabhängig von der Zahl der Erwerber in der vorstehenden Höhe gewährt werden und ggf. quotal auf die Beteiligten zu verteilen sind.

<sup>12</sup> II R 79/94 – BStBl. II 1996, 546 = ZEV 1996, 76.

<sup>13</sup> BdF v.10.09.1996, BStBl. I 1996, 1173.

<sup>14</sup> Zuletzt BFH v. 18.09.1985, BStBl. II 1985, 710.



In § 13 Abs. 1 Nr. 6 ErbStG ist der Erwerb durch Personen, die erwerbsunfähig sind oder durch einen gemeinsamen Hausstand mit erwerbsunfähigen Personen an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gehindert sind, in Höhe von DM 80.000,00 steuerbefreit (bislang DM 40.000,00). Der Freibetrag für Personen, die den Erblasser unentgeltlich gepflegt oder gegen unzureichendes Entgelt Pflege oder Unterhalt gewährt haben, wird von DM 2.000,00 auf DM 10.000,00 erhöht (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG). Dieser Freibetrag wird nicht gewährt, wenn die Pflege auf einer entgeltlichen Grundlage beruht.

## IX. Berücksichtigung früherer Erwerbe

Bekanntlich sind mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile in der Weise zusammenzurechnen, daß dem letzten Erwerb die früheren Erwerbe nach ihrem früheren Wert zugerechnet werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). So ist z. B. eine Schenkung mit einem Steuerwert von DM 280.000,00 im Jahre 1995 mit einem Erwerb von Todes wegen in Höhe von DM 700.000,00 im Jahre 1997 zu addieren, so daß ein Gesamterwerb von DM 980.000,00 der Erbschaftsteuer unterliegt. Probleme ergaben sich immer bei der Berechnung des Freibetrages sowie des Steuersatzes, wenn sich innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraumes die rechtlichen Verhältnisse geändert hatten. In genau dieser Situation befindet sich der Rechtsanwender derzeit. Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG wird von der Steuer auf den Gesamtbetrag die Steuer abgezogen, die für die früheren Erwerbe nach den persönlichen Verhältnissen des Erwerbers auf der Grundlage der Vorschriften im Zeitpunkt des letzten Erwerbes (1997) zu erheben gewesen wäre.

Hieraus ergibt sich zunächst, daß bei der Bemessung der Erbschaftsteuer für den Erwerb im Jahre 1997 unter Berücksichtigung der Vorschenkung der persönliche Freibetrag – etwa im Falle des Erwerbes von Kindern DM 400.000,00 – zu berücksichtigen ist. Steuerpflichtig ist daher nur ein Betrag von DM 580.000,00, auf den bei Anwendung der Steuerklasse I eine Steuer von 15% = DM 87.000,00 entfällt. Der Erwerb im Jahre 1995 hatte unter Berücksichtigung des Freibetrages von DM 90.000,00 und einem Steuersatz auf den verbleibenden steuerpflichtigen Erwerb von DM 190.000,00 in Höhe von 5,5% eine Steuer von DM 10.450,00 ausgelöst. Abzugsfähig nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG ist jedoch die Steuer, die auf der Grundlage des geltenden Rechts zur Zeit des letzten Erbfalls (1997) zu erheben gewesen wäre, wobei der Wert noch aus dem Jahre 1995 der Steuerermittlung des Jahres 1997 zugrunde zu legen ist. Dies hätte bei einem steuerpflichtigen Erwerb von DM 280.000,00 und einem Freibetrag von DM 400.000,00 keine Steuerbelastung ausgelöst, weil der Freibetrag nicht überschritten worden wäre. Eine Anrechnung wäre nach dieser Vorschrift ausgeschlossen gewesen. Diese dem alten Recht zu entnehmende Rechtsfolge hat der BFH<sup>14</sup> in einer Art teleologischen Reduktion des § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a.F. für nicht durch den Gesetzeszweck gedeckt erachtet. Vielmehr wurde die Steuer so berechnet, als wenn die alten, niedrigeren Freibeträge noch im Zeitpunkt des Letzterwerbes wirksam gewesen wären. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber nun durch § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbStG in das Gesetz aufgenommen, so daß die unter Berücksichtigung der alten Freibeträge zu entrichtende Steuer abzuziehen ist, wenn diese höher ist als die Steuer, die sich nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG ergeben würde. In unserem Fall hat dies zur Folge, daß auf die festzusetzende Erbschaftsteuer im Jahre 1997

von DM 87.000,00 die im Jahre 1995 entrichtete Steuer von DM 10.450,00 anzurechnen ist, so daß die Zahllast nur DM 76.550,00 beträgt. Im Ergebnis hat dies zur Folge, daß auf den höheren Freibetrag innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraumes die Inanspruchnahme des niedrigeren Freibetrages angerechnet werden muß und die auf den Ersterwerb entrichtete Steuer von der Steuerschuld des Letzterwerbes abgezogen wird.

## X. Folgerungen für die Praxis

### 1. Relevanz der Rechtsprechung zur gemischten Schenkung?

Die Rechtsprechung des BFH<sup>15</sup> zerlegt die gemischte Schenkung in einen unentgeltlichen und einen entgeltlichen Teil und löst aus ihm die (ungemischte) freigebige Zuwendung heraus. Nur insoweit ist der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt. Der Schenkungsteuer unterliegt der Steuerwert des zugewendeten Gegenstandes in dem Anteil, in dem dieser unentgeltlich zugewendet wird. Die Rechtsprechung war motiviert durch die hohe Differenz zwischen dem Steuerwert des Schenkungsgegenstandes und dem Verkehrswert, insbesondere bei Grundbesitz, was dazu führte, daß bei niedrigen Einheitswerten übernommene Verbindlichkeiten (Gegenleistung) die steuerliche Bemessungsgrundlage auf Null drückten, wenn nicht sogar einen Negativerwerb auslösten.

Es bleibt abzuwarten, ob der BFH in Anbetracht der Grundbesitzwerte, die den Verkehrswerten zumindest näher gekommen sind, seine Auffassung zur gemischten Schenkung aufrechterhalten wird. Die Begründung zu § 146 BewG läßt den Schluß zu, daß der Grundbesitzwert der Verkehrswert ist. Es dürfte allerdings mehr für den Fortbestand der Rechtsprechung sprechen, da auch bei den erhöhten Grundbesitzwerten noch eine Aufteilung in einen unentgeltlichen und einen entgeltlichen Teil möglich ist. Andererseits läßt sich aus der Gesetzesbegründung ableiten, daß der Gesetzgeber zumindest bei bebauten Grundstücken in Anbetracht der unter Renditeaspekten entwickelten Verkehrswerttheorie der Auffassung ist, daß seine Wertansätze dem Verkehrswert entsprechen, so daß auch nicht auszuschließen ist, daß der BFH schon aus Vereinfachungsgründen in Zukunft auf die Aufteilung dann verzichten wird, wenn zumindest Gegenleistungen in Höhe des Grundbesitzwertes erbracht werden. Für die Praxis empfiehlt es sich, die weitere Entwicklung zu beobachten und ggf. Rechtsmittel bis zur endgültigen Klärung dieser Rechtsfrage zu führen.

### 2. Gezielte Verlagerung von Vermögen in Betriebsvermögen und Auswirkungen auf das Stuttgarter Verfahren

Aus steuerlicher Sicht wurde in der Vergangenheit stets davor gewarnt, Betriebsvermögen bewußt herbeizuführen, weil die realisierten Wertsteigerungen des Betriebsvermögens der Ertragsteuer unterliegen. Darüber hinaus drohte unter Umständen eine Belastung mit Gewerbesteuer. Wurde Vermögen in eine GmbH übertragen, war ferner noch die Doppelbelastung bei der Vermögensteuer zu beachten.

Diese globale Abneigung gegen Betriebsvermögen dürfte der Vergangenheit angehören. Die Doppelbelastung bei der Vermögensteuer ist bekanntlich weggefallen. Vermögensverwaltende Tätigkeiten unterliegen auch bei Steuersubjekten, die

<sup>15</sup> BFH v. 21.10.1981, BStBl. II 1982, 83, v. 12.04.1989, BStBl. II 1989, 524.



dem Grunde nach gewerbsteuerpflichtig sind, nicht der Gewerbesteuer, soweit die Kürzungsvorschrift des § 9 Abs. 1 Ziff. 2 GewSt eingreift.

In Zukunft sind die ertragsteuerlichen und erbschaftsteuerlichen Vorteile gegeneinander abzuwägen, wobei darauf hinzuweisen ist, daß gewerbliche Einkünfte der Tarifbegrenzung nach § 32 c EStG (Spitzensteuersatz 47%) unterliegen, während für Einkünfte des Privatvermögens diese Tarifbegrenzung nicht in Anspruch genommen werden kann. Ertragsteuerlich verbleibt allerdings der Nachteil, daß realisierte Wertsteigerungen steuerpflichtig sind. Als Vorteil ist zu verzeichnen, daß auch Wertverluste steuerlich Relevanz erlangen. Insbesondere in den Fällen, in denen keine nennenswerten Wertsteigerungen der Vermögenssubstanz zu erwarten sind, sollte ernsthaft über die Übertragung von Vermögen in einen Gewerbebetrieb (Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft) nachgedacht werden, insbesondere wenn Nachlaßberechtigte Personen der Steuerklassen II und III werden. Bei der Kapitalgesellschaft unterliegen die Einkünfte des Gesellschafters allerdings dem Spitzensteuersatz von 53%.

In diesen Fällen bietet die Vererbung bzw. Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge von Betriebsvermögen dreierlei Vorteile:

- a) Inanspruchnahme des Freibetrages gemäß § 13 a Abs. 1 ErbStG
- b) Bewertungsabschlag von 40% gemäß § 13 a Abs. 2 ErbStG
- c) Tarifbegrenzung nach § 19 a ErbStG bei Erwerb durch natürliche Personen (nicht Kapitalgesellschaften) der Steuerklassen II oder III

Diese Vorteile können im Einzelfall dazu führen, daß das erbschaft- oder schenkungsteuerpflichtige Vermögen mit erheblichen Wertabschlägen der Steuer unterliegt und zudem der Tarif der Steuerklasse I anzuwenden ist.

Dem Einwand, die Vorteile fielen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Erwerber innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb das Vermögen veräußere, ist entgegenzuhalten, daß bei Übertragung des Vermögens auf eine Kapitalgesellschaft oder eine Personengesellschaft nur die Veräußerung der Anteile die Vergünstigungen entfallen läßt oder wenn wesentliche Betriebsgrundlagen dieses Gewerbebetriebes veräußert oder in das Privatvermögen rücküberführt werden. Die normale Vermögensverwaltung, insbesondere Umschichtung des Vermögens, erfüllt die vorgenannten Tatbestände nicht, so daß von einer Übertragung auf eine Gesellschaft nur dann abzuraten ist, wenn die Anteilsveräußerung als Totalveräußerung des ererbten unternehmerischen Vermögens oder die Veräußerung wesentlicher Teile des Vermögensstammes, mit denen die Gesellschaft ausgestattet ist, zu erwarten ist.

Bei der Bemessung des gemeinen Wertes von Anteilen an Kapitalgesellschaften hatte sich die Praxis an die Regelungen des sogenannten Stuttgarter Verfahrens (Abschnitt 4 ff. VStR) gewöhnt. Die Wertermittlung sah eine Kombination zwischen Substanz- und Ertragswert vor. Insbesondere bei ertragstarken Gesellschaften war zum Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer ein Nachteil der Kapitalgesellschaften

gegenüber der Personengesellschaft festzustellen, da bei der Personengesellschaft nach § 12 Abs. 5 ErbStG nur der Substanzwert maßgebend war und auch weiterhin ist. Die VStR gelten m.E. fort, da das Vermögensteuergesetz bekanntlich nicht aufgehoben, sondern lediglich nicht angewendet wird. Es ist daher anzunehmen, daß die Regelungen des Stuttgarter Verfahrens auch für die Anteilsbewertung weiterhin maßgebend bleiben, sei es durch Fortbestand der VStR oder aufgrund eines gesonderten Schreibens der Finanzverwaltung für den Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer. Die Neubewertung des Grundbesitzes hat zur Folge, daß der gegenüber der bisherigen Praxis erhöhte Grundbesitzwert den *Substanzwert* der Kapitalgesellschaft und somit auch den gemeinen Wert erhöht, der sich überschlägig errechnet aus dem Substanzwert sowie dem mit dem Faktor 5 multiplizierten Ertragswert ermittelt. Demgegenüber erhöht bei der Personengesellschaft der erhöhte Grundbesitzwert die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer ohne Abmilderung, da – wie ausgeführt – eine Einbeziehung der Ertragswertkomponente nicht vorgesehen ist. Es ist daher festzuhalten, daß der erhöhte Grundbesitzwert im Ergebnis einen stärkeren Einfluß auf die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer bei Personengesellschaften als bei Kapitalgesellschaften haben wird, da bei Personengesellschaften der erhöhte Grundbesitzwert unmittelbar in voller Höhe durchschlägt, während er bei Kapitalgesellschaften nur eine – zudem untergeordnete – Komponente beeinflusst. Gleichwohl bleibt der Ratschlag bestehen, zumindest unter dem Aspekt der Erbschaft- und Schenkungsteuer im Zweifel bei ertragstarken Gesellschaften nicht die Rechtsform der GmbH, sondern die einer Personenhandelsgesellschaft zu wählen.

## XI. Ausblick

Das JStG 1997 hat die lang erhoffte Rechtssicherheit im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer gebracht. Wie zu erwarten war, ist im Bereich der Bewertung von Grundbesitz eine deutliche Erhöhung der Bemessungsgrundlage festzustellen. Ob diese Erhöhung durch die erhöhten Freibeträge aufgefangen wird, ist zweifelhaft, zumal zumindest in Teilbereichen die Steuersätze deutlich angestiegen sind. Es erscheint zweifelhaft, ob sich die Wertermittlungsmethode über die Jahresnettomiete in der Praxis bewähren wird.

Erwerber von Betriebsvermögen, die dem Personenkreis der Steuerklassen II und III angehören, sind eindeutig die „Gewinner“ der Neuregelung. Für sie kommen erhebliche Erleichterungen in Betracht, die in Zukunft dem Betriebsvermögen unter Umständen einen gewissen Charme verleihen werden.

Aus notarieller Sicht bleibt festzuhalten, daß die Privilegien des Grundbesitzes in aller Regel erhalten geblieben sind, so daß die notarielle Praxis mit dem JStG 1997 gut leben kann. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob aus verfassungsrechtlicher Sicht die Neuregelung ausreicht, die Bedenken gegen die Bewertung von Grundbesitz auszuräumen.

# Auswirkungen einer Schuldübernahme auf eine Vormerkung

Von Notar Dr. Klaus Hoffmann, Amberg

## I. Ausgangsfälle

1. Der Bauträger A gerät in die Krise. Er verkauft sein in Wohnungseigentum aufgeteiltes Grundstück, auf dem bereits der Rohbau fertiggestellt ist, an seinen bisherigen Konkurrenten B, der dabei auch in die von A schon abgeschlossenen Bau-trägerverträge eintritt. Zugunsten der Wohnungskäufer K sind Vormerkungen eingetragen. Die Käufer sind über den gefundenen Ausweg glücklich und genehmigen die befreiende Schuldübernahme.

2. Der Landwirt A hat noch nichtvermessene Teilflächen als Straßengrund an die BRD (K) verkauft. Die Ansprüche sind durch Vormerkung gesichert. Er übergibt den Hof an seinen Sohn B, der anstelle des Vaters in die Verträge mit dem „Straßenbauamt“ eintritt. Dessen Vertreter bestätigt anlässlich einer Ortsbesichtigung dem Vater, daß dieser mit der „Sache“ nichts mehr zu tun habe. Man werde sich in Zukunft ausschließlich an den Sohn halten.

3. A hat von der Gemeinde K eine Bauparzelle gekauft, sich zur Bebauung verpflichtet und der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht für den Fall der Nichtbebauung eingeräumt, das durch Vormerkung gesichert ist. Vor Bebauung verkauft er das Grundstück an B, der seinerseits die Verpflichtungen anstelle von A übernimmt. Die Gemeinde erklärt sich hiermit einverstanden und verlängert sogar die Baufrist.

Haben die Vereinbarungen Auswirkungen auf die im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkungen?<sup>1</sup>

## II. § 418 BGB

1. Ein Ausgangspunkt der Überlegung ist § 418 I S. 1 und 2 BGB. Danach erlöschen „infolge der Schuldübernahme die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte“, Hypotheken werden zu Eigentümergrundschulden.

Die ratio der Vorschrift ist einleuchtend. Das Risiko des Sicherungsgebers, selbst in Anspruch genommen zu werden, hängt entscheidend von der Bonität des Hauptschuldners ab. Mit einem Wechsel des Hauptschuldners ändern sich die Voraussetzungen für die Stellung der Sicherheit. Die Sicherheit erlischt deshalb, sofern der Sicherungsgeber nicht mit dem Wechsel einverstanden ist<sup>2</sup>.

Nach ganz h.M. ist die vorstehende Regelung analog auf die Vormerkung anwendbar<sup>3</sup>. Nach *Hoche*<sup>4</sup> ist die Vormerkung wohl lediglich durch ein Redaktionsversehen nicht in den Text des § 418 I BGB aufgenommen worden.

<sup>1</sup> So heißt es etwa bei *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. Rdnr. 1493 lapidar: „Bei einem Schuldnerwechsel (befreiende Schuldübernahme) erlischt die Vormerkung; ...“.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. *Staudinger-Kaduk* 12. Aufl. § 418 Rdnr. 3; *MünchKomm-BGB/Möschel* 3. Aufl. § 418 Rdnr. 1 jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>3</sup> *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 4, der sogar von einer unmittelbaren Anwendung spricht; *MünchKomm-BGB* a.a.O. § 418 Rdnr. 4 jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>4</sup> *NJW* 1960 Rdnr. 464.

Ebenso unstrittig sind die Regelungen der Schuldübernahme auf die Vertragsübernahme entsprechend anwendbar<sup>5</sup> und damit auch § 418 BGB<sup>6</sup>.

Fraglich erscheint allerdings, ob § 418 BGB auch dann anwendbar ist, wenn der ursprüngliche Schuldner mit dem Sicherungsgeber identisch ist. Vom geschilderten Sinn der Regelung müßte dies verneint werden<sup>7</sup>. Eine potentielle Verschlechterung des Risikos für den Sicherungsgeber bei einem Schuldnerwechsel ist von vornherein ausgeschlossen, wenn Erstschuldner und Sicherungsgeber identisch sind. Wird tatsächlich im Einzelfall ohne Mitwirkung des Erstschuldners dessen Schuld in befreiender Weise vom Zweitschuldner übernommen (§ 414 BGB), so kann darin nur eine Verbesserung, nie eine Verschlechterung für den Erstschuldner eintreten. Ohne Schuldübernahme hätte er die Schuld allein erfüllen müssen. Jetzt haftet er nur noch als Sicherungsgeber.

Folgt man dieser Auffassung, so führt die im Eingangsfall genannte befreiende Schuldübernahme schon deshalb nicht zum Erlöschen der Vormerkung. Die herrschende Meinung ist jedoch anderer Ansicht<sup>8</sup>.

2. Folgt man der herrschenden Meinung, so kann nur die ebenfalls entsprechende Anwendung des § 418 I 3 BGB zu einem Bestehenbleiben der Vormerkung führen. Dort ist ausgeführt, daß § 418 I 1 u. 2 BGB keine Anwendung findet, „wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt“. Da dies Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes „volenti non fit iniuria“ ist, steht einer analogen Anwendung nichts im Wege. Nicht alle Autoren, die sich für eine entsprechende Anwendung des § 418 I 1 auf die Vormerkung aussprechen, äußern sich auch zur Anwendbarkeit des § 418 I 3. Eine Meinung, die zwar Absatz I Satz 1 auf die Vormerkung anwendet, die gleichzeitige Anwendung des Absatzes I Satz 3 jedoch ablehnt, wurde nicht gefunden<sup>9</sup>.

Die überwiegende Meinung geht dabei entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes davon aus, daß in die Schuldübernahme „eingewilligt“ werden muß i.S.d. § 183 BGB, ihr also vorher zugestimmt werden muß<sup>10</sup>, eine nachträgliche Genehmigung reiche nicht aus. Wird die Schuldübernahme ohne die vorherige Zustimmung vereinbart, erlösche die Vormerkung. Sie müßte ggf. neu bestellt werden<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. *MünchKomm-BGB/Roth* 3. Aufl. § 398 Rdnr. 4.

<sup>6</sup> *MünchKomm-BGB* a.a.O. § 418 Rdnr. 1; *Palandt* 55. Aufl. § 398/39.

<sup>7</sup> So *Erman/H. P. Westermann* 9. Aufl. § 418 Rdnr. 1; vgl. auch BGH DNotZ 1966, 667: „Der Grund für die in § 418 BGB getroffene Regelung besteht darin, daß der Bürge oder Pfandgläubiger eine fremde Schuld sichert“.

<sup>8</sup> Vgl. *Hoche* a.a.O. gegen *Granderath* NJW 1960, 462; *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 26; *MünchKomm-BGB* a.a.O. § 418 Rdnr. 7.

<sup>9</sup> Ausdrücklich für die Anwendung des § 418 I 3: *Hoche* a.a.O.; *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 26; *Staudinger-Gursky* 13. Bearb. § 883 Rdnr. 54; *Albrecht* in *Reithmann/Albrecht/Basty* Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Rdnr. 415.

<sup>10</sup> Vgl. *MünchKomm-BGB* § 418 Rdnr. 8; *Staudinger* § 418 Rdnr. 18 jeweils mit Nachweisen auch für die Gegenansicht.

<sup>11</sup> *Albrecht* a.a.O.

In den Ausgangsfällen haben die Schuldner des durch Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruchs und Eigentümer des durch die Vormerkung belasteten Grundstücks die Schuldübernahme gemäß § 415 BGB mit dem Neuschuldner vereinbart. Hierin liegt die Einwilligung im Sinn des § 418 I 3 BGB, ohne daß diese ausdrücklich erklärt werden müßte<sup>12</sup>. Danach wären im vorliegenden Fall die Vormerkungen nicht nach § 418 I 1 BGB erloschen.

Nun wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, daß auch der Vormerkungsgläubiger die Einwilligung gemäß § 418 I 3 BGB zu erklären habe<sup>13</sup>. Diese Zustimmung liegt in den Ausgangsfällen zwar ebenfalls vor, geht jedoch nach überwiegender Meinung ins Leere, da sie erst nachträglich erteilt wurde.

Der zitierten Rechtsauffassung, die von den Autoren nicht näher begründet wird, kann nicht gefolgt werden. Sie widerspricht nicht nur dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, sondern auch seinem oben geschilderten Sinn. Die Bestimmung schützt den Sicherungsgeber und das ist der Eigentümer des durch die Vormerkung belasteten Grundstücks. Die Auffassung führt auch zu einem systematisch wenig sinnvollen Ergebnis: Solange die Zustimmung des Vormerkungsgläubigers, der gleichzeitig Gläubiger der übernommenen Schuld ist, nicht vorliegt, ist überhaupt keine befreiende Schuldübernahme gegeben und damit § 418 BGB nicht anwendbar (§ 418 gilt nicht bei Schuldbeitritt<sup>14</sup>). Die Genehmigung der befreienden Schuldübernahme, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 418 I 1 BGB ist, kann sinnvollerweise nicht gleichzeitig über Abs. I Satz 3 dessen Anwendung wieder ausschließen. *Kaduk* und *Gursky* verweisen im *Staudinger* als Nachweis für ihre Rechtsauffassung jeweils auf *Hoche*<sup>15</sup> sowie auf *Planck-Siber*<sup>16</sup>. Beides dürfte nicht richtig sein. *Hoche* zitiert etwa selbst *Strohal*<sup>17</sup>, „bei vorhandener Einwilligung des mit der Vormerkung Belasteten in die Schuldübernahme waltet dagegen gegen den Fortbestand des Vormerkungsrechts kein Bedenken ob“ und zitiert *Planck/Siber*<sup>18</sup> dahin, daß § 418 Abs. 1 anwendbar sei, „d.h. also grundsätzlich Erlöschen der Vormerkung, anders bei Einwilligung des Bestellers (Grundstückseigentümers) in die Schuldübernahme“. Die zitierten Kommentarstellen fallen daher möglicherweise in die Kategorie der „offensichtlichen Schreib- bzw. Abschreibversehen“. Im übrigen könnte die nach Schuldübernahme gemäß § 415 BGB vom Vormerkungsgläubiger erklärte Zustimmung keine – nach h.M. unzureichende – nachträgliche Genehmigung nach § 418 I 3 BGB darstellen, da vor dieser Gläubigererklärung noch gar keine befreiende Schuldübernahme vorliegt.

Als Zwischenergebnis kann daher für die Praxis festgehalten werden, daß bei allen nach § 415 BGB vereinbarten Schuldübernahmen (Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner) die zur Sicherung der Schuld bestellte Vormerkung nicht nach § 418 I BGB erlischt. Im Ausgangsfall 1 kann § 418 I BGB auch in anderem Zusammenhang Bedeutung haben, etwa

wenn A Zahlungen gegen Bürgschaft gemäß § 7 MABV erhalten hat und B die bedingte Rückzahlungsverpflichtung im Rahmen der Vertragsübernahme in befreiender Weise übernimmt: Die Bürgschaften erlöschen, wenn der Bürge nicht vorher zugestimmt hat!

### III. Vormerkungsrechtliche Überlegungen

§ 418 BGB setzt voraus, daß ein Schuldnerwechsel als Sondernachfolge in die Verbindlichkeit an sich die für die Forderung bestellten akzessorischen Sicherungsmittel unberührt läßt, da die Identität der Schuld unverändert bleibt<sup>19</sup>. Wendet die ganz h.M. § 418 BGB auf die Vormerkung an, bestätigt sie damit mittelbar, daß auch die Vormerkung an sich durch den Schuldnerwechsel nicht erlischt. Das schließt nicht aus, daß sich aus dem Recht der Vormerkung selbst etwas anderes ergibt.

1. Bedenken gegen das Fortbestehen könnten entstehen, da die Zustimmung des Vormerkungsgläubigers zu einer Verfügung über das mit der Vormerkung belastete Recht durchaus zum Erlöschen der Vormerkung führen kann. Wäre in den Ausgangsfällen keine Vertragsübernahme vereinbart worden, hätte B lediglich die Vormerkung in „dinglicher“ Weise übernommen, so wäre die Eigentumsumschreibung auf B gegenüber den Vormerkungsberechtigten relativ unwirksam, da sie die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs beeinträchtigen, hier sogar vereiteln würde, § 883 II 1 BGB<sup>20</sup>.

Sobald ein Käufer allerdings die Verfügung als solche genehmigt, wird sie auch ihm gegenüber wirksam<sup>21</sup>. Ansprüche aus § 888 BGB erlöschen. Die Vormerkung verliert „ihre Kraft“<sup>22</sup>, sie ist zu löschen.

Übernimmt B jedoch nicht nur die Vormerkung in „dinglicher“ Weise, sondern im Wege der Schuldübernahme auch den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Anspruch, ist die Situation anders. In diesem Fall wird die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs nicht vereitelt. Es liegt keine vormerkungswidrige Verfügung vor. Die Verfügung bleibt nicht relativ unwirksam.

Zur Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gegen B bedarf es keines Rückgriffs auf die Vormerkung, insbes. nicht auf § 888 BGB. B selbst schuldet die Eigentumsverschaffung. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn A im Ausgangsfall 1 die Auflassung schon erklärt hat. A schuldet darüberhinaus die Verschaffung des Eigentums, hat alles zu tun, damit dies eintritt<sup>23</sup>. Übernimmt B diese Pflicht, hat er die zum Eigentumsübergang notwendigen Erklärungen abzugeben (Genehmigung bzw. Bewilligung nach § 185 BGB, § 19 GBO).

2. Bedenken gegen das Fortbestehen der Vormerkung können sich schließlich daraus ergeben, daß der Schuldner des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht gleichzeitig Inhaber des durch die Vormerkung belasteten Rechts ist, jedenfalls dann, wenn die Genehmigung zur befreienden Schuld-

<sup>12</sup> Vgl. *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB a.a.O. § 418 Rdnr. 7; *Hoche* a.a.O.

<sup>13</sup> *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 12; ihm folgend *Staudinger/Gursky* 12. Aufl. § 883 Rdnr. 54 – zur 13. Bearb. s.u. Ziff. III/2; *Albrecht* a.a.O.; offensichtlich auch DNotf-Report 1995 S. 173/176.

<sup>14</sup> *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 5.

<sup>15</sup> a.a.O.

<sup>16</sup> 4. Aufl. 1914, § 418 BGB, Bem. 5.

<sup>17</sup> JhJahr 57 (1910) S. 36.

<sup>18</sup> a.a.O.

<sup>19</sup> Vgl. *Staudinger* a.a.O. § 418 Rdnr. 3.

<sup>20</sup> *Staudinger/Gursky* 13. Bearb. § 883 Rdnr. 150; die Verfügung ist „vormerkungswidrig“ oder eigentlich genauer „anspruchswidrig“.

<sup>21</sup> *Staudinger* a.a.O. § 883 Rdnr. 165; zur Eintragung eines „Wirksamkeitsvermerks“ in den Fällen, in denen die Vormerkung durch die Zustimmung nicht wie hier gegenstandslos wird, *Frank MittBayNot* 1996, 271.

<sup>22</sup> *Hoche* a.a.O.

<sup>23</sup> Vgl. z.B. *Staudinger/Köhler* 13. Bearb. § 433 Rdnr. 98.

übernahme vor Übergang des Rechts auf ihn, hier also vor Eigentumsumschreibung auf B wirksam wird<sup>23a</sup>. B ist dann bereits Schuldner, während A noch Eigentümer ist.

Es ist ganz überwiegende Meinung, daß eine Vormerkung wirksam nur begründet werden kann, wenn der Inhaber des mit der Vormerkung belasteten Rechts und der Schuldner des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs identisch sind<sup>24</sup>. Es genügt auch nicht, wenn der Eigentümer des durch die Vormerkung zu belastenden Grundstücks der Eintragung nach § 185 BGB zustimmt, ohne selbst Schuldner zu sein<sup>25</sup>.

Hieraus schließt *Gursky*<sup>26</sup>, daß auch ohne Rückgriff auf § 418 I 1 BGB bei einem Schuldnerwechsel die Vormerkung erlösche, da dann der Schuldner nicht mehr Inhaber des durch die Vormerkung belasteten Rechts ist. Auch eine Zustimmung nach § 418 I 3 BGB ändere daran nichts. Konsequenterweise führt die Schuldübernahme jedoch dann nicht zum Erlöschen der Vormerkung, wenn der Übernehmer gleichzeitig das durch die Vormerkung belastete Grundstück erwirbt, wobei durch entsprechende Vertragsgestaltung (aufschiebende Bedingung) sichergestellt werden muß, daß die befreiende Schuldübernahme nicht vor dem Eigentumsübergang wirksam wird (eine solche Bedingung dürfte auch im Interesse des Vormerkungsberechtigten liegen. Er will die Schuldentlassung des Altschuldners nur, wenn das Eigentum tatsächlich auf den Neuschuldner übergeht). „Da hier der Eigentümer des vormerkungsbelasteten Grundstücks und der Schuldner der gesicherten Forderung sowohl vor der privaten Schuldübernahme wie auch nach dieser identisch sind, besteht kein Anlaß für einen Untergang der Vormerkung“<sup>27</sup>.

#### IV. Grundbuchmäßige Behandlung

1. Unter Berufung auf eine Entscheidung des KG von 1927<sup>28</sup> ist nach allg. Meinung der Schuldnerwechsel nicht im Grundbuch eintragbar<sup>29</sup>. Dem ist zu folgen: Für die Hauptwirkung der Vormerkung, ihren Verfügungsschutz nach § 883 II BGB, ist allein der Inhalt des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs entscheidend. Hiernach richtet sich die Frage, ob die Verfügung „vormerkungswidrig“ ist oder nicht. Die Person des Schuldners des Anspruchs spielt keine Rolle. Sie ist auch für die Konkurs- und Zwangsversteigerungsfestigkeit der Vormerkung ohne Bedeutung, ebenso für die Rangwirkung.

2. Eine andere Frage ist, wieweit Inhaltsänderungen, die bei einer Schuldübernahme vereinbart werden, im Grundbuch eingetragen werden müssen, etwa die Fristverlängerung im Ausgangsfall 3. Hier ist vieles unklar und str.<sup>30</sup>. Laut *Gursky*

bedarf die Frage, wann eine Änderung des Anspruchsinhalts bei der Vormerkung eingetragen werden muß, um den Vormerkungsschutz zu erhalten, noch näherer Untersuchung. „Eine handliche Formel der Abgrenzung ist bisher nicht gefunden.“ *Gursky* weist jedoch – eher nebenbei – auf einen für die Praxis wichtigen Punkt hin<sup>31</sup>:

„In solchen Fällen, in denen bei einer Inhaltsänderung des gesicherten Anspruchs der Vormerkungsschutz nur durch eine entsprechende Änderung der Vormerkung selbst aufrecht erhalten bleiben kann, muß schon die Änderung des Anspruchsinhalts unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung der Vormerkung gestellt werden. Andernfalls wäre ja die ursprüngliche Forderung bereits zu einem Zeitpunkt in Wegfall gekommen, in dem die korrespondierende Änderung des Vormerkungsinhalts noch nicht eingetreten ist. Damit wäre aber die Kongruenz von gesichertem Anspruch und Vormerkung beseitigt und die Vormerkung müßte erlöschen.“

Dies gilt allerdings wohl nicht bei einer reinen Anspruchserweiterung, bei welcher der bisherige Anspruch gewissermaßen als „minus“ im neuen mitenthalten ist, wie z.B. eine Fristverlängerung. Dies fällt dann aber möglicherweise nicht mehr unter eine Inhaltsänderung, die nach § 877 BGB durchzuführen ist, sondern unter eine Erweiterung, die durch zusätzliche Vormerkung zu sichern ist, auch wenn dies buchungstechnisch durch Änderung des Eintragungsvermerks geschieht<sup>32</sup>.

In der Praxis wird man daher immer anregen, die Inhaltsänderung bei der Vormerkung eintragen zu lassen und zudem die Anspruchsänderung durch die entsprechende rangrichtige Eintragung bei der Vormerkung aufschiebend bedingt zu gestalten.

#### V. Wiederkaufsrecht

1. Im Zusammenhang mit der hier angesprochenen Frage, welche Auswirkungen ein Schuldnerwechsel auf eine Vormerkung hat, wird von allen Autoren *Hoche*<sup>33</sup> zitiert (der seinerseits Ausführungen von *Graderath*<sup>34</sup> erwidert). Ausgangspunkt der Überlegungen war die Übernahme eines damals wohl nicht unüblichen Wiederkaufsrechts beim Kauf einer Eigentumswohnung. Dem Wohnungsunternehmen stand das Wiederkaufsrecht für den Fall zu, daß der Eigentümer der Wohnung bestimmte Verpflichtungen nicht erfüllt. Übernimmt ein Wohnungskäufer diese Vereinbarungen, so begründet er nach *Hoche* in seiner Person selbst die Verpflichtungen neu. Hierfür müsse eine neue Vormerkung eingetragen werden<sup>35</sup>.

Hieran ist natürlich richtig, daß sich die Frage nach dem Bestehenbleiben einer Vormerkung nur dann stellt, wenn tatsächlich eine Schuldübernahme vorliegt. Wird nicht die Schuld übernommen, sondern vom Käufer eine wenn auch inhaltsgleiche Schuld neu begründet, bedarf es einer neuen Vormerkung.

Das schließt jedoch auch beim Wiederkaufsrecht nicht aus, tatsächlich eine Schuldübernahme zu vereinbaren. Auch beim Wiederkaufsrecht wird durch die Vormerkung nichts anderes

<sup>23a</sup> DNotI-Report a.a.O.

<sup>24</sup> „Identitätsgebot“, vgl. *Amann DNotZ* 1995, 253; *Staudinger/Gursky* 13. Bearb. § 888 Rdnr. 46 mit weiteren Nachweisen auch zu Gegenmeinungen.

<sup>25</sup> So jedoch *MünchKomm-BGB/Wacke* 2. Aufl. § 883 Rdnr. 17.

<sup>26</sup> *Staudinger* 13. Bearb. 1996 § 883 Rdnr. 54; *Gursky* hat hier die Auswirkungen eines Schuldnerwechsels auf die Vormerkung völlig neu bearbeitet und argumentiert anders als in der 12. Aufl.

<sup>27</sup> *Gursky* a.a.O.

<sup>28</sup> JR 27 Nr. 1394.

<sup>29</sup> *Palandt* a.a.O. § 883 Rdnr. 14; *MünchKomm/Wacke* a.a.O. § 883 Rdnr. 19; *Staudinger/Kaduk* a.a.O. § 418 Rdnr. 12; *Erman/Hagen* 9. Aufl. § 883 Rdnr. 14; *Haegeler* a.a.O. Wenn sich das KG mit der Eintragungsfähigkeit eines Schuldnerwechsels auseinandersetzt, geht es offensichtlich davon aus, daß die Vormerkung bestehen bleibt.

<sup>30</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung des Meinungsstandes bei *Staudinger/Gursky* 13. Bearb. § 883 Rdnr. 223 ff.

<sup>31</sup> a.a.O. § 883 Rdnr. 225.

<sup>32</sup> Vgl. *MünchKomm/Wacke* a.a.O. § 885 Rdnr. 2, zur best. Abgrenzung zwischen § 877 BGB und § 885 BGB bei der Vormerkung *Staudinger/Gursky* a.a.O. § 883 Rdnr. 224 a.E.

<sup>33</sup> a.a.O.

<sup>34</sup> NJW 1960, 462

<sup>35</sup> Ihm folgt *Erman/Hagen* a.a.O.

gesichert als ein wie auch immer bedingter Anspruch auf Eigentumsverschaffung. Dieser Anspruch bleibt bei Übernahme durch den Käufer unverändert<sup>36</sup>. Auch *Hoches* Argument, bei einer Wiederkaufspflicht sei eine Schuldübernahme möglicherweise nicht denkbar, weil der Übernehmer, der es nicht vom ursprünglichen Eigentümer erworben habe, es ihm nicht „wiederverkaufen“, könne, überzeugt nicht. Es bleibt zu sehr im rein Begrifflichen hängen.

Ob der Notar, solange das Problem nicht höchstrichterlich entschieden ist, sicherheitshalber eine neue Vormerkung anregen sollte<sup>37</sup>, ist eine andere Frage.

2. Die eigentliche Problematik liegt hier wohl eher darin, daß bei der Übernahme von Wiederkaufspflichten häufig die Bedingungen für die Ausübung des Wiederkaufsrechts geändert werden, was zu den bereits unter IV. Abs. 2. angesprochenen Fragen führt. Dies ist jedoch kein Problem der Schuldübernahme als solcher. Trotzdem hierzu noch folgende Überlegungen:

a) Übernimmt K anstelle A nicht nur die Wiederkaufspflicht als solche, sondern auch die Bauverpflichtung und kann die Gemeinde daher das Wiederkaufsrecht nur ausüben, wenn K die Verpflichtung nicht erfüllt, so liegt darin eine Änderung des Inhalts des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. A ist nicht mehr zur Bebauung verpflichtet. Die Bedingung für die Ausübung des Wiederkaufsrechts, daß A seine Verpflichtung nicht erfüllt, kann nicht mehr eintreten. Der Überweisungsanspruch erlischt und damit auch die Vormerkung<sup>38</sup>. Die Änderung der Bedingung für die Ausübung des Wieder-

kaufsrechts muß bei der Vormerkung eingetragen werden. Das ist jedoch nur möglich, wenn die Änderung der Bedingung durch die Eintragung bei der Vormerkung aufschiebend bedingt ist<sup>39</sup>. Das Problem stellt sich natürlich nicht, wenn gleich eine neue Vormerkung bestellt wird.

b) Anders ist es, wenn das Wiederkaufsrecht nicht an das Verhalten einer bestimmten Person anknüpft, falls etwa das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden kann, „wenn das Grundstück nicht bis ..... bebaut ist“<sup>40</sup>. Übernimmt K. ein solches Wiederkaufsrecht, dann ändert sich die Bedingung für die Ausübung nicht. Die Eintragung bei der Vormerkung ist nicht nötig und nicht möglich.

c) Verlängert im Ausgangsfall 3. die Gemeinde die Baufrist, wird dadurch die Entstehung des Rückübertragungsanspruchs der Gemeinde nur erschwert. Dies kann unter dem Schutz der alten Vormerkung geschehen<sup>41</sup>.

## VI. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß in den Ausgangsfällen die Vormerkungen nicht erlöschen, auch wenn die Vormerkungsberechtigten erst nach Abschluß der Verträge zwischen A und B der befreienden Schuldübernahme zugestimmt haben, vorausgesetzt, die Schuldübernahme wird frühestens mit Eigentumserwerb durch B wirksam. Im Ausgangsfall 3. muß allerdings zusätzlich die Änderung des Anspruchs bei der Vormerkung eingetragen werden. Die Änderung selbst muß zudem durch diese Eintragung bei der Vormerkung aufschiebend bedingt sein (die Löschung der alten und die Eintragung einer neuen Vormerkung dürfte daher im Ausgangsfall 3 auch der praktisch einfachere Weg sein).

<sup>36</sup> Ebenso DNotI a.a.O. mit einer ausführlichen Darstellung der Argumentationen und weiteren Nachweisen.

<sup>37</sup> So DNotI a.a.O.

<sup>38</sup> Hierin liegt auch der richtige Kern der Überlegungen *Hoches*, die zu dem insoweit richtigen Ergebnis führen, daß anders als *Graderath* a.a.O. meinte, bei einer Schuldübernahme mit gleichzeitiger Inhaltsänderung die Vormerkung ohne entsprechende Eintragung im Grundbuch erlischt.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu bereits oben IV./2 a.E.

<sup>40</sup> Zu dieser Art der Formulierung bereits *Wöbelauer* DNotZ 1963, 582; vgl. auch *Amann* DNotZ 1995, 260, der empfiehlt, die Bedingungen für die Ausübung von Rücknahmerechten bei Übergaben in der Passivform zu formulieren.

<sup>41</sup> *Staudinger/Gursky* a.a.O. § 883 Rdnr. 225; LG Düsseldorf MittRhNotK 1983, 154 hält dies für eintragungsfähig.

# Änderung der Kostenordnung in Handelssachen

Von Notariatsrat i.N. *Werner Tiedtke*, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

## Inhaltsverzeichnis

- I. Allgemeiner Überblick
- II. 1. Gesetzestext § 26\* – Anmeldungen zum Handelsregister, Eintragungen in das Handelsregister
  - 2. § 26 Abs. 1 – bestimmter Geldwert
    - a) Kapitalgesellschaften
    - b) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
    - c) Erhöhung oder Herabsetzung Stammkapital
    - d) Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaft
    - e) Kommanditgesellschaft
    - f) Ausscheiden/Eintritt Kommanditist
    - g) Erhöhung/Herabsetzung Kommanditeinlage
  - 3. Sonstige Anmeldungen und Eintragungen
  - 4. Erstmalige Anmeldungen und Eintragungen
    - a) Einzelkaufmann, Unternehmen nach § 36 HGB
    - b) offene Handelsgesellschaft
    - c) juristische Personen nach § 33 HGB
  - 5. Spätere Anmeldungen
    - a) Kapitalgesellschaften
    - b) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
    - c) offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft
    - d) Einzelkaufmann, Unternehmen nach § 36 HGB, juristische Personen nach § 33 HGB
  - 6. Höchstwerte für Eintragungen in das Handelsregister
  - 7. Zweigniederlassungen
  - 8. Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung
  - 9. Zusammenrechnung der Werte für Eintragungsgelühr
- III. 1. Gesetzestext § 26 a – Partnerschaftsregister
  - 2. Erstanmeldung Partnerschaftsgesellschaft
- IV. Gesetzestext § 27 Abs. 1 – Beschlüsse von Organen bestimmter Gesellschaften  
Anmeldung bei Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
Beispiele 1., 2. und 3.
- V. Aufhebung § 28, bisheriger § 29 wird § 28.
- VI. Gesetzestext § 29 – Sonstige Anmeldungen zu einem Register
  - a) Anmeldung zum Vereinsregister
  - b) Anmeldung zum Genossenschaftsregister
- VII. Gesetzestext § 39 Nr. 4 – Höchstwert für Anmeldungen zum Handelsregister
- VIII. § 79 – Eintragungen in das Handelsregister
- IX. Firmen- und/oder Namenszeichnung
- X. Schlußbemerkungen

### I. Allgemein

Durch das am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Änderung des Rechtspflegeanpassungsgesetzes – RpfAnpG – und anderer Gesetze<sup>1</sup> wurden die §§ 26, 26 a, 27 Abs. 1, 39 Abs. 4, 79 Abs. 1 und 2 geändert bzw. neu gefaßt. § 28 wurde aufgehoben, der bisherige § 29 ist nunmehr § 28. Es wurde ein neuer § 29 eingefügt.

Die Änderungen beruhen im wesentlichen darauf, daß nach Auffassung des Bundesjustizministeriums die Einheitsbewertung der Gewerbebetriebe durch die Änderung des Bewertungsgesetzes mit dem Jahressteuergesetz 1997 entfallen sollten. Dies war dann zwar nicht mehr der Fall (vgl. § 11 Abs. 2 a BewG in der Fassung des JStG 1997), die vorgeschlagene Änderung der Kostenordnung wurde aber gleichwohl beschlossen.

Der Gesetzgeber hat die Änderung der Kostenordnung aber auch zum Anlaß genommen, die in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortete Frage, ob die Bewertung des Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft über die bedingte Kapitalerhöhung oder über genehmigtes Kapital oder die Fristverlängerung ein Beschluß, eine Anmeldung oder eine Eintragung mit oder ohne bestimmten Geldbetrag ist, zu klären. Eine entsprechende Regelung findet sich im neugefaßten § 26 Abs. 1 Ziff. 4 a. Nicht unter § 26 Abs. 1 fällt die Durchführung der Kapitalerhöhung, woraus sich ergibt, daß hier eine Anmeldung oder Eintragung ohne bestimmten Geldwert vorliegt, die nach § 26 Abs. 4 zu bewerten ist.

Unverändert blieben die bisherigen Höchstwerte und Höchstgebühren. Die Höchstwertvorschrift für Anmeldungen zum Handelsregister wurde jedoch aus § 26 – bisher Abs. 10 – herausgenommen und in § 39 Abs. 4 eingefügt.

Für die Einordnung, ob mehrere Anmeldungen oder Beschlüsse gegenstandsgleich oder gegenstandsverschieden sind, bleibt es bei den bisherigen Grundsätzen.

\* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der KostO.

<sup>1</sup> BGBl. Nr. 69/96 I, 2090 vom 30.12.1996.

## II. Der neue § 26

### 1. Gesetzestext

„§ 26 Anmeldungen zum Handelsregister, Eintragungen in das Handelsregister

(1) Bei den folgenden Anmeldungen zum Handelsregister und Eintragungen in das Handelsregister ist Geschäftswert der in das Handelsregister einzutragende Geldbetrag, bei Änderung bereits eingetragener Geldbeträge der Unterschiedsbetrag:

1. erste Anmeldung oder Eintragung einer Kapitalgesellschaft; ein in der Satzung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bestimmtes genehmigtes Kapital ist dem Grundkapital hinzuzurechnen;

2. erste Anmeldung oder Eintragung eines Versicherungsverins auf Gegenseitigkeit;

3. Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung;

4. Beschluß der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien über

a) Maßnahmen der Kapitalbeschaffung (§§ 182 – 221 des Aktiengesetzes); dem Beschluß über die genehmigte Kapitalerhöhung steht der Beschluß über die Verlängerung der Frist, innerhalb derer der Vorstand das Kapital erhöhen kann, gleich;

b) Maßnahmen der Kapitalherabsetzung (§§ 222 – 240 des Aktiengesetzes);

5. erste Anmeldung oder Eintragung einer Kommanditgesellschaft; maßgebend ist die Summe der Kommanditeinlagen, hinzuzurechnen sind 50.000 Deutsche Mark für den ersten und 25.000 Deutsche Mark für jeden weiteren persönlich haftenden Gesellschafter;

6. Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft oder Ausscheiden eines Kommanditisten; ist ein Kommanditist als Nachfolger eines anderen, ein bisher persönlich haftender Gesellschafter als Kommanditist oder ein bisheriger Kommanditist als persönlich haftender Gesellschafter einzutragen, ist die einfache Kommanditeinlage, höchstens ein Betrag von 1.000.000 Deutsche Mark, maßgebend;

7. Erhöhung oder Herabsetzung einer Kommanditeinlage.

(2) Bei sonstigen Anmeldungen und Eintragungen bestimmt sich der Geschäftswert nach den Absätzen 3–7.

(3) Der Geschäftswert beträgt bei der ersten Anmeldung oder Eintragung

1. eines Einzelkaufmanns oder eines Unternehmens nach § 36 des Handelsgesetzbuchs 50.000 Deutsche Mark;

2. einer offenen Handelsgesellschaft mit zwei Gesellschaftern 75.000 Deutsche Mark; hat die Gesellschaft mehr als zwei Gesellschafter, erhöht sich der Wert für den Dritten und jeden weiteren Gesellschafter um jeweils 25.000 Deutsche Mark;

3. einer juristischen Person (§ 33 des Handelsgesetzbuchs) 100.000 Deutsche Mark.

(4) Bei einer späteren Anmeldung oder Eintragung beträgt der Geschäftswert, wenn die Anmeldung

1. eine Kapitalgesellschaft betrifft, eins vom Hundert des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals, mindestens 50.000 Deutsche Mark und höchstens 1.000.000 Deutsche Mark;

2. einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit betrifft, 100.000 Deutsche Mark;

3. eine Personenhandelsgesellschaft betrifft, 50.000 Deutsche Mark; bei Eintritt oder Ausscheiden von mehr als zwei persönlich haftenden Gesellschaftern sind als Wert 25.000 Deutsche Mark für jeden eintretenden und ausscheidenden Gesellschafter anzunehmen;

4. einen Einzelkaufmann, ein Unternehmen nach § 36 des Handelsgesetzbuchs oder eine juristische Person (§ 33 des Handelsgesetzbuchs) betrifft, 50.000 Deutsche Mark.

(5) Der Geschäftswert nach Abs. 4 Nr. 1 und 2 beträgt bei der Eintragung

1. einer Prokura oder deren Änderung höchstens 300.000 Deutsche Mark;

2. des Erlöschens einer Prokura höchstens 50.000 Deutsche Mark;

3. des Erlöschens einer Firma oder der Löschung einer Gesellschaft höchstens 400.000 Deutsche Mark.

(6) Betrifft die Anmeldung oder Eintragung eine Zweigniederlassung, so beträgt der Geschäftswert die Hälfte des nach den vorstehenden Absätzen bestimmten Wertes. Betrifft die Anmeldung oder Eintragung mehrere Zweigniederlassungen, so ist der Wert für jede Zweigniederlassung durch Teilung des nach Satz 1 bestimmten Betrages durch die Anzahl der betroffenen Zweigniederlassungen zu ermitteln.

(7) Ist eine Anmeldung oder Eintragung nur deshalb erforderlich, weil sich der Ortsname geändert hat, oder handelt es sich um eine ähnliche Anmeldung oder Eintragung, die für das Unternehmen keine wirtschaftliche Bedeutung hat, so beträgt der Geschäftswert 5.000 Deutsche Mark.

(8) Bei Eintragungen, für die nach § 79 Abs. 2 eine einheitliche Gebühr anzusetzen ist, werden die nach den vorstehenden Absätzen bestimmten Werte zusammengerechnet.“

### 2. § 26 Absatz 1 – bestimmter Geldwert

In Absatz 1 sind nunmehr alle Anmeldungen und Eintragungen mit bestimmtem Geldwert abschließend geregelt; er entspricht im wesentlichen der bisherigen Praxis.

a) Nach § 26 Abs. 1 Ziff. 1 ist der Geschäftswert für die erste Anmeldung oder Eintragung einer Kapitalgesellschaft immer nach dem einzutragenden Stamm- oder Grundkapital zu bestimmen mit der Besonderheit, daß bei einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ein in der Satzung bestimmtes genehmigtes Kapital dem Grundkapital zuzurechnen ist.

*Beispiel:*

Zur Eintragung wird die Neugründung einer Aktiengesellschaft mit Grundkapital 100.000,- DM angemeldet. Nach der Satzung ist der Vorstand ermächtigt, das Grundkapital um 100.000,- DM zu erhöhen.

Geschäftswert: Grundkapital 100.000,- DM + genehmigtes Kapital 100.000,- DM = 200.000,- DM.

b) Nach der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur wurde die Anmeldung oder Eintragung eines Versicherungsverins auf Gegenseitigkeit (vgl. § 15 des Gesetzes



über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen -VAG-) als Erstanmeldung ohne bestimmten Geldwert eingeordnet<sup>2</sup>.

Nunmehr ist die erstmalige Anmeldung oder Eintragung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in § 26 Abs. 1 Ziff. 2 geregelt. Es liegt ein bestimmter Geldwert vor.

Bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit handelt es sich im Gegensatz zur Aktiengesellschaft um eine eigene versicherungsspezifische Rechtsform<sup>3</sup>. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist ein (privater) rechtsfähiger Verein, der seine Rechtsfähigkeit nicht durch Eintragung in das Handelsregister, sondern mit der Zulassung zum Geschäftsbetrieb durch die Aufsichtsbehörde erlangt (§ 15 Hs. 2 VAG).

Sämtliche Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haben den Verein zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; hiervon sind die kleineren Vereine nach § 53 VAG ausgenommen.

Nach § 32 Abs. 1 VAG sind bei der Eintragung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in das Handelsregister neben Firma und Sitz, dem Versicherungszweig usw. auch die Höhe des Gründungsstocks anzugeben. Nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 VAG ist der Anmeldung die Urkunde über die Bildung des Gründungsstocks mit einer Erklärung des Vorstands und des Aufsichtsrats, wie weit und in welcher Weise der Gründungsstock eingezahlt ist und daß der eingezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, beizufügen.

Da bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit kein Grundkapital in das Handelsregister eingetragen wird, ist der in der Satzung vorgesehene Gründungsstock (Gründungsstocks) maßgebend. Anzusetzen ist der Gründungsstock mit dem Nennbetrag.

c) Eine Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag liegt vor bei Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese schon bisher in Rechtsprechung und Literatur vertretene einhellige Auffassung<sup>4</sup> findet sich nunmehr in § 26 Abs. 1 Ziff. 3.

Der Geschäftswert richtet sich immer nach dem Nennbetrag der Kapitalerhöhung oder -herabsetzung.

d) Unterschiedlich beantwortet wurde bisher die Frage der Bewertung einer Anmeldung oder Eintragung des Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, nämlich die Anmeldung oder die Eintragung über

- den Beschluß über genehmigtes Kapital,
- den Beschluß über die Verlängerung der Frist, innerhalb derer der Vorstand das Kapital erhöhen kann,
- den Beschluß der Durchführung der Kapitalerhöhung.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum sah in dem Beschluß und damit auch in der Anmeldung und Eintragung über die Ermächtigung des Vorstandes zur Er-

höhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien einen bestimmten Geldwert<sup>5</sup>, ebenso bei Verlängerung der Frist<sup>6</sup>.

Die Anmeldung und Eintragung der späteren Durchführung der Kapitalerhöhung hat einen unbestimmten Geldwert<sup>7</sup>, die Anmeldung und Eintragung der teilweisen Durchführung einer genehmigten Kapitalerhöhung jedoch einen bestimmten Geldwert<sup>8</sup>.

Diese Streitfragen sind durch § 26 Abs. 1 Ziff. 4 nunmehr dahingehend geklärt, daß ein bestimmter Geldwert vorliegt, bei Anmeldungen und Eintragungen von Beschlüssen über

- Maßnahmen der Kapitalbeschaffung (§§ 182-221 AktG),
- genehmigte Kapitalerhöhung (Ermächtigung des Vorstands),
- Verlängerung der Frist, innerhalb derer der Vorstand das Kapital erhöhen kann,
- Maßnahmen der Kapitalherabsetzung (§ 222-240 AktG).

Als Geschäftswert ist jeweils der Nennbetrag der genehmigten Kapitalerhöhung oder der Kapitalherabsetzung maßgebend. Für die Anmeldung oder die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung liegt kein bestimmter Geldwert vor. Diese sind daher nach § 26 Abs. 4 Ziff. 1 zu bewerten. Als Geschäftswert ist hier 1% des eingetragenen Grundkapitals, mindestens 50.000,- DM, höchstens 1 Mio. DM, maßgebend.

*Beispiel:*

aa) Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft mit eingetragenem Grundkapital 1 Mio. DM ist ermächtigt, das Grundkapital um 500.000,- DM zu erhöhen.

Geschäftswert: 500.000,- DM, da Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag.

bb) Zur Eintragung in das Handelsregister wird die Durchführung der Kapitalerhöhung angemeldet:

Geschäftswert: 1% des Nennbetrages des eingetragenen Grundkapitals = 10.000,- DM, aber Mindestwert 50.000,- DM, da Anmeldung ohne bestimmten Geldbetrag.

c) Neu ist die Einordnung der erstmaligen Anmeldung oder Eintragung einer Kommanditgesellschaft als solche mit einem bestimmten Geldbetrag. Gegenüber dem früheren § 26 Abs. 9 wurde die Wertbestimmung zudem durch § 26 Abs. 1 Ziff. 5 sehr vereinfacht.

Als Geschäftswert ist die Summe der Kommanditeinlagen unter Hinzurechnung eines Betrages von 50.000,- DM für den ersten persönlich haftenden Gesellschafter und 25.000,- DM für jeden weiteren persönlich haftenden Gesellschafter maßgebend.

<sup>5</sup> BayObLG Rpfleger 1984, 333 mit Anmerkung *Lappe* = MittBayNot 1984, 98, BayObLG Rpfleger 1986, 438 mit Anmerkung der Schriftleitung, OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 33 = JurBüro 1980, 255 mit Anmerkung *Mümmeler*, OLG Düsseldorf DNotZ 1984, 651, *Rohs/Wedewer* § 26 Rdnr. 12, Streifzug Rdnr. 20, a.A.: KG Rpfleger 1985, 170, *Lappe* Kostenrechtsprechung § 26 Nr. 104 und Nrn. 110, 111.

<sup>6</sup> BayObLG JurBüro 1990, 738, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 19, a.A.: OLG Hamm MittRhNotK 1985, 50.

<sup>7</sup> OLG Hamburg MittBayNot 1972, 33, OLG Zweibrücken Rpfleger 1976, 334, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 20, a.A.: OLG Köln Rpfleger 1966, 25, OLG Frankfurt JurBüro 1975, 1240, *Göttlich/Mümmeler* S. 686.

<sup>8</sup> BayObLGZ 73, 259 = JurBüro 1979, 92 = DNotZ 1979, 679, BayObLG JurBüro 1990, 738 = Rpfleger 1990, 212, OLG Hamm Rpfleger 1981, 413, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 20.

<sup>2</sup> *Rohs/Wedewer* KostO 3. Auflage - nachfolgend *Rohs/Wedewer* - § 26 Rdnr. 9, *Göttlich/Mümmeler* KostO 12. Auflage - nachfolgend *Göttlich/Mümmeler* - S. 1217.

<sup>3</sup> *Prölls*, VAG-Kommentar 11. Auflage Vorbemerkung zu § 15 Rdnr. 22.

<sup>4</sup> *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Auflage - nachfolgend *Korintenberg* - § 26 Rdnr. 14, *Rohs/Wedewer* § 26 Rdnr. 11, *Göttlich/Mümmeler* S. 46, OLG Celle JurBüro 1985, 1850, OLG Hamm MittBayNot 1979, 197, Streifzug durch die KostO 3. Auflage - nachstehend Streifzug - Rdnr. 20.

*Beispiel:*

Zur Eintragung wird eine neuerrichtete Kommanditgesellschaft angemeldet. Persönlich haftende Gesellschafter sind A und B.

Kommanditisten sind C mit einer Einlage von 10.000,- DM und D mit einer Einlage von 50.000,- DM.

Geschäftswert:

- Kommanditeinlagen 10.000,- DM und 50.000,- DM = 60.000,- DM
  - persönlich haftende Gesellschafter 50.000,- DM + 25.000,- DM = 75.000,- DM
- Gesamtgeschäftswert gemäß § 44 Abs. 2 a = 135.000,- DM.

f) § 26 Abs. 1 Ziff. 6 regelt die Festsetzung des Geschäftswertes für den Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Kommanditgesellschaft oder des Ausscheidens eines Kommanditisten.

Es handelt sich ebenfalls um Anmeldungen oder Eintragungen mit bestimmtem Geldbetrag. Geschäftswert ist die einfache Kommanditeinlage des eintretenden oder ausscheidenden Kommanditisten. Dies entspricht der schon bisherigen Praxis<sup>9</sup>.

Bei Kommanditistenwechsel im Wege der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge ist für die Anmeldung oder Eintragung die einfache Kommanditeinlage als Geschäftswert anzunehmen. Gleiches gilt, wenn der bisherige persönlich haftende Gesellschafter als Kommanditist oder ein bisheriger Kommanditist als persönlich haftender Gesellschafter einzutragen ist.

Die Bestimmungen über die Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge und die sogenannte Beteiligungsumwandlung waren in dem früheren § 26 Abs. 9 Satz 3 und 4 in gleicher Weise enthalten. In dieser Hinsicht hat sich somit nichts geändert<sup>10</sup>.

Wird lediglich das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft angemeldet oder eingetragen, liegt eine Anmeldung oder Eintragung ohne bestimmten Geldwert vor, welche nach § 26 Abs. 4 Ziff. 3 zu bewerten ist. Hierzu wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

In allen Fällen ist der Höchstwert 1 Mio. DM.

*Beispiel:*

Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:

- A ist als persönlich haftender Gesellschafter aus der Kommanditgesellschaft ausgeschieden,
- C ist anstelle von B als Kommanditist mit einer Kommanditeinlage von 10.000,- DM in die Kommanditgesellschaft eingetreten,
- D ist als Kommanditist (Einlage 100.000,- DM) ausgeschieden,
- E ist als Kommanditist mit einer Kommanditeinlage von 20.000,- DM eingetreten,
- F ist als bisheriger Kommanditist mit einer Einlage von 50.000,- DM ausgeschieden und als persönlich haftender Gesellschafter in die Kommanditgesellschaft eingetreten.

<sup>9</sup> BayObLG JurBüro 1988, 211, *Korintenberg* § 26 Rdnrn. 24, 25, *Göttlich/Mümmeler* S. 706, 707, *Rohs/Wedewer* § 26 Rdnr. 55 a, *Streifzug* Rdnr. 20.

<sup>10</sup> *Korintenberg* § 26 Rdnr. 82, *Rohs/Wedewer* § 26 Rdnr. 55, *Göttlich/Mümmeler* S. 707, *Streifzug* Rdnr. 20.

Geschäftswert:

- Ausscheiden des A = Anmeldung ohne bestimmten Geldbetrag, gem. § 26 Abs. 4 Ziff. 3 = 50.000,- DM
  - Ausscheiden des B, Eintritt des C = Sonder- oder Gesamtrechtsnachfolge, Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag = einfache Kommanditeinlage gem. § 26 Abs. 1 Ziff. 6 = 10.000,- DM
  - Ausscheiden des D = Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag = einfache Kommanditeinlage gem. § 26 Abs. 1 Ziff. 6 = 100.000,- DM
  - Eintritt des E = Anmeldung mit bestimmtem Geldbetrag = einfache Kommanditeinlage gem. § 26 Abs. 1 Ziff. 6 = 20.000,- DM
  - Ausscheiden des F als Kommanditist und sein Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter = Beteiligungsumwandlung = einfache Kommanditeinlage gem. § 26 Abs. 1 Ziff. 6 = 50.000,- DM
- Gesamtgeschäftswert gemäß § 44 Abs. 2 a = 230.000,- DM.

Es handelt sich um fünf gegenstandsverschiedene Anmeldungen gemäß § 44 Abs. 2 a<sup>11</sup>, an deren Einordnung sich nichts geändert hat.

g) Eine Erhöhung oder Herabsetzung einer Kommanditeinlage ist nach § 26 Abs. 1 Ziff. 7 als Anmeldung oder Eintragung mit bestimmtem Geldbetrag zu behandeln. Geschäftswert ist der Nennbetrag der Erhöhung oder Herabsetzung.

Auch in diesem Punkt ist keine Änderung gegenüber der bisherigen Bewertungspraxis eingetreten.

**3. § 26 Abs. 2 – sonstige Anmeldungen und Eintragungen**

Gemäß § 26 Abs. 2 bestimmt sich der Geschäftswert für alle Anmeldungen und Eintragungen, die nicht unter § 26 Abs. 1 fallen, nach den Absätzen 3–7 des neuen § 26.

Daraus ergibt sich, daß alle Anmeldungen und Eintragungen mit bestimmtem Geldbetrag in Absatz 1 abschließend geregelt sind.

**4. § 26 Abs. 3 – Einzelkaufmann oder Unternehmen nach § 36 HGB, Offene Handelsgesellschaft, juristische Personen nach § 33 HGB**

Die Bewertungsmaßstäbe im neuen § 26 Abs. 3 bringen für die Praxis eine starke Vereinfachung, da die Wertbestimmung nicht mehr an die Vermögenslage des Unternehmens gebunden ist. Zeitaufwendige Wertermittlungen erübrigen sich nunmehr.

a) § 26 Abs. 3 Ziff. 1 regelt den Geschäftswert für die erste Anmeldung oder Eintragung eines Einzelkaufmanns oder eines Unternehmens nach § 36 HGB (Unternehmen öffentlicher Körperschaften z.B. Verkehrsbetriebe, Städtische Sparkassen).

Unabhängig von der Größe des erstmals einzutragenden Betriebes oder Unternehmens beträgt der Geschäftswert immer 50.000,- DM.

<sup>11</sup> *Korintenberg* § 26 Rdnr. 85 u. 93 (unabhängige Kommanditistenwechsel), *Göttlich/Mümmeler* S. 738, *Streifzug* Rdnr. 27.

Spätere Anmeldungen oder Eintragungen betreffend den Einzelkaufmann oder die Unternehmen nach § 36 HGB sind nach § 26 Abs. 4 zu bewerten (vgl. nachfolgende Ausführungen Ziff. II. 5.).

b) Die erstmalige Anmeldung einer offenen Handelsgesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister und deren Eintragung ist nach § 26 Abs. 3 Ziff. 2 zu bewerten. Der Geschäftswert beträgt 75.000,- DM, wenn zwei Gesellschafter vorhanden sind.

Hat die zur erstmaligen Eintragung angemeldete offene Handelsgesellschaft mehr als zwei Gesellschafter, erhöht sich der Geschäftswert für die Anmeldung und die Eintragung für den dritten und jeden weiteren Gesellschafter um 25.000,- DM.

*Beispiel:*

Zur Eintragung in das Handelsregister wird eine neu errichtete offene Handelsgesellschaft angemeldet.

Gesellschafter sind A, B, C und D.

Geschäftswert:

Gemäß § 26 Abs. 3 Ziff. 2 =  
75.000,- DM + 25.000,- DM  
+ 25.000,- DM = 125.000,- DM.

Spätere Anmeldungen und Eintragungen betreffend eine oHG richten sich nach § 26 Abs. 4 Ziff. 3.

c) Wird eine juristische Person nach § 33 HGB erstmals zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, beträgt der Geschäftswert gemäß § 26 Abs. 3 Ziff. 3 für die Anmeldung und die Eintragung fest 100.000,- DM.

Derartige juristische Personen können sein:

- rechtsfähige Vereine (§ 21 ff. BGB), die ein Vollhandels-gewerbe betreiben, sowie wirtschaftliche Vereine (§ 22 BGB) wie Idealvereine mit kaufmännischem Betrieb,
- privatrechtliche Stiftungen (§§ 80 ff. BGB),
- öffentlich-rechtliche Körperschaften, Stiftungen und Anstalten (vgl. § 89 BGB), aber: Ausnahme für Gebiets-körperschaften in § 36 HGB.

Da diesen Unternehmen die Eintragung in das Handelsregister freigestellt ist, werden derartige Anmeldungen für die notarielle Praxis eher eine untergeordnete Rolle spielen.

## 5. § 26 Abs. 4 – spätere Anmeldungen und Eintragungen

Auch die Bewertung von späteren Anmeldungen und Eintragungen ohne bestimmten Geldwert wurde grundlegend geändert.

Im einzelnen ergeben sich folgende Änderungen:

a) Betrifft eine spätere Anmeldung oder Eintragung eine Kapitalgesellschaft, ist der Geschäftswert in Höhe von 1% des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals zu bestimmen, mindestens jedoch 50.000,- DM und höchstens 1 Mio. DM.

*Beispiel:*

Im Handelsregister ist eine GmbH mit Stammkapital 100.000,- DM eingetragen. Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:

- Die Satzung der Gesellschaft wurde geändert.
- A und B werden als Geschäftsführer abberufen.
- C und D werden zu neuen Geschäftsführern bestellt.
- E wurde Einzelprokura erteilt.

Geschäftswert für die Anmeldung:

- Änderung der Satzung, 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
- Abberufung des A = 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
- Abberufung des B = 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
- Neubestellung des C, 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
- Neubestellung des D, 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
- Erteilung der Prokura für E, 1% des Stammkapitals, aber Mindestwert	50.000,- DM
Gesamtgeschäftswert, gemäß § 44 Abs. 2 a =	300.000,- DM.

Zur Frage, ob bei mehreren Anmeldungen Gegenstands-gleichheit oder -verschiedenheit vorliegt, hat sich durch die Änderung des § 26 nichts geändert.

Bei der Änderung der Satzung liegt *eine* Anmeldung vor, auch wenn die Satzung in mehreren Punkten geändert oder völlig neu gefaßt wird<sup>12</sup>. Werden mehrere Geschäftsführer abberufen oder neu bestellt, liegt Gegenstandsverschiedenheit (Zahl entsprechend Veränderung nach Köpfen) vor<sup>13</sup>. Die Werte der einzelnen Anmeldungen sind gemäß § 44 Abs. 2 a zu addieren.

b) Für eine spätere Anmeldung oder Eintragung betreffend einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit beträgt der Geschäftswert 100.000,- DM. Auch hier wurde damit ein fester Wert eingeführt.

c) § 26 Abs. 4 Ziff. 3 behandelt die Festsetzung des Geschäftswertes für spätere Anmeldungen und Eintragungen, die eine Personenhandelsgesellschaft betreffen, sofern kein bestimmter Geldwert einzutragen ist.

Der Geschäftswert einer späteren Anmeldung oder Eintragung beträgt, wenn kein bestimmter Geldbetrag einzutragen ist, 50.000,- DM. Dieser Wert erhöht sich bei Eintritt oder Ausscheiden von mehr als zwei persönlich haftenden Gesellschaftern um 25.000,- DM für jeden weiteren eintretenden oder ausscheidenden Gesellschafter.

*Beispiele:*

aa) Zur Eintragung in das Handelsregister wird hinsichtlich einer offenen Handelsgesellschaft angemeldet:

- A ist als Gesellschafter ausgeschieden,
- B und C sind als neue Gesellschafter eingetreten,
- D wurde Prokura erteilt,
- der Sitz der Gesellschaft wurde verlegt.

Geschäftswert:

- Ausscheiden von A und Eintritt von B und C =	75.000,- DM
50.000,- DM + 25.000,- DM =	75.000,- DM
- Prokuraerteilung für D =	50.000,- DM
- Sitzverlegung =	50.000,- DM
Gesamtgeschäftswert gemäß § 44 Abs. 2 a =	175.000,- DM

<sup>12</sup> *Korintenberg* § 27 Rdnr. 65, *Rohs/Wedewer* § 27 Rdnr. 27, *Göttlich/Mümmeler* S. 182, Streifzug Rdnr. 26.

<sup>13</sup> Vergleiche Sonderregelung für Eintragungen § 26 Abs. 8, ferner bisherige Rechtsprechung OLG Frankfurt DNotZ 1964, 244, OLG Frankfurt DNotZ 1967, 332, OLG Hamm Rpfleger 1971, 156, OLG Karlsruhe DNotZ 1963, 500, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 93, *Göttlich/Mümmeler* S. 47, a.A.: OLG Stuttgart Justiz 1979, 391, OLG Köln JurBüro 1987, 88, OLG Düsseldorf JurBüro 1988, 1371.

bb) Zur Eintragung in das Handelsregister wird hinsichtlich einer Kommanditgesellschaft angemeldet:

- A ist als persönlich haftender Gesellschafter ausgeschieden.
- B und C wird je Einzelprokura erteilt,
- D ist als Kommanditist mit einer Einlage von 10.000,- DM ausgeschieden,
- die Firma wird geändert.

Geschäftswert:

- |   |             |
|---|-------------|
| - Ausscheiden des A   | 50.000,- DM |
| - Erteilung der Prokura an B  | 50.000,- DM |
| - Erteilung der Prokura an C  | 50.000,- DM |
| - Ausscheiden D gemäß § 26 Abs. 1 Ziff. 6 (bestimmter Geldbetrag) = | 10.000,- DM |
| - Änderung der Firma  | 50.000,- DM |

Gesamtgeschäftswert gemäß § 44 Abs. 2 a 210.000,- DM

Bei beiden Beispielfällen liegen mehrere spätere Anmeldungen vor, die unter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung und Literatur gegenstandsverschieden sind<sup>14</sup>. Die Werte der einzelnen Anmeldungen sind zu addieren (§ 44 Abs. 2 a).

d) Bei einer späteren Anmeldung oder Eintragung beträgt der Geschäftswert gemäß § 26 Abs. 4 Ziff. 4 50.000,- DM, wenn die Anmeldung betrifft:

- einen Einzelkaufmann,
- ein Unternehmen nach § 36 HGB,
- eine juristische Person im Sinne des § 33 HGB.

*Beispiel:*

Der im Handelsregister unter der Firma XY eingetragene Einzelkaufmann meldet zur Eintragung in das Handelsregister an:

- Die Prokura des A ist erloschen,
- B wurde Einzelprokura erteilt,
- die Firma wurde geändert.

Geschäftswert:

- |                               |             |
|-------------------------------|-------------|
| - Erlöschen der Prokura für A | 50.000,- DM |
| - Erteilung der Prokura für B | 50.000,- DM |
| - Änderung der Firma          | 50.000,- DM |

Gesamtgeschäftswert gemäß § 44 Abs. 2 a 150.000,- DM

Auch hier liegen drei gegenstandsverschiedene spätere Anmeldungen ohne bestimmten Geldwert vor. Für jede der Anmeldungen ist gemäß § 26 Abs. 4, Ziff. 4 der Betrag von 50.000,- DM als Geschäftswert maßgebend. Die Gesamtsumme der einzelnen Werte (§ 44 Abs. 2 a) ist Geschäftswert für die Anmeldung.

## 6. § 26 Abs. 5 – Höchstwerte für Eintragungen in das Handelsregister

Der neue § 26 Abs. 5 regelt *ausschließlich* Höchstwerte für Eintragungen in das Handelsregister für

- a) die Eintragung oder die Änderung einer Prokura, Höchstwert 300.000,- DM,
- b) das Erlöschen einer Prokura, Höchstwert 50.000,- DM,
- c) das Erlöschen einer Firma oder der Löschung einer Gesellschaft, Höchstwert 400.000,- DM.

§ 26 Abs. 5 gilt *nicht für Anmeldungen zum Handelsregister und ist daher für Notargebühren nicht einschlägig.*

<sup>14</sup> Korintenberg § 26 Rdnr. 93, Götlich/Mümmeler S. 47, a.A. Rohs/Wedewer § 44 Rdnr. 10 mit Hinweis auf die unterschiedliche Rechtsprechung.

## 7. § 26 Abs. 6 – Zweigniederlassungen

§ 26 Abs. 6 behandelt die Bewertung von Anmeldungen und Eintragungen, die eine Zweigniederlassung betreffen. Die kostenrechtliche Behandlung von Anmeldungen und Eintragungen, die Zweigniederlassungen betreffen, war bisher in § 26 Abs. 8 geregelt. Danach gestaltete sich die Bewertung als äußerst schwierig und zeitaufwendig, in vielen Fällen sogar als undurchführbar.

§ 26 Abs. 6 gibt nunmehr klare Bewertungsrichtlinien vor, was für die Praxis sehr zu begrüßen ist. Der Geschäftswert beträgt die Hälfte des nach den vorstehenden Absätzen bestimmten Wertes, bei mehreren Zweigniederlassungen geteilt durch die Anzahl der betroffenen Zweigniederlassungen.

*Beispiel:*

Bezüglich einer bereits im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft mit Grundkapital 1 Mio. DM wird zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

A ist Einzelprokura erteilt.

Die Aktiengesellschaft hat noch eine weitere Zweigniederlassung.

Geschäftswert:

1% des Grundkapitals (§ 26 Abs. 4 Nr. 1)  
mindestens 50.000,- DM,  
davon 1/2 = 25.000,- DM.

Von der Anmeldung ist nur eine Zweigniederlassung betroffen, so daß hier keine Teilung des Geschäftswertes durch die Anzahl der Zweigniederlassungen zu erfolgen hat.

§ 26 Abs. 6 stellt auf die Zahl der von der Anmeldung oder Eintragung betroffenen – nicht auf die vorhandenen – Zweigniederlassungen ab.

## 8. § 26 Abs. 7 – Anmeldungen oder Eintragungen ohne wirtschaftliche Bedeutung

§ 26 Abs. 7 entspricht im wesentlichen dem bisherigen § 26 Abs. 7. An die Stelle des bisherigen Geschäftswertes von 1/10 des Stufenwertes ist nunmehr ein Regelwert von 5.000,- DM getreten.

Anmeldungen und Eintragungen ohne wirtschaftliche Bedeutung sind z.B.<sup>15</sup>

- Änderung des Namens des Unternehmensinhabers wegen Verheiratung,
- Änderung des Namens eines Gesellschafters,
- Änderung der Firma, weil sich der Ortsname geändert hat,
- Satzungsänderungen technischer oder redaktioneller Art, aber ohne wirtschaftlichen Wert,
- die isolierte Anmeldung der abstrakten Vertretungsbefugnis.

## 9. § 26 Abs. 8 – Zusammenrechnung der Werte bei einheitlichem Gebührensatz bei Eintragungen in das Handelsregister

Neu ist die in § 26 Abs. 8 aufgenommene Bestimmung, daß für Eintragungen in das Handelsregister die Werte zusam-

<sup>15</sup> Korintenberg § 26 Rdnr. 109, Streifzug Rdnr. 28.

mengerechnet werden, bei Anmeldungen, die am selben Tag eingehen und dasselbe Unternehmen betreffen und für die gemäß § 79 Abs. 2 eine einheitliche Gebühr anzusetzen ist. Ausdrücklich ausgenommen sind hier aber Eintragungen, die Prokuren betreffen (§ 79 Abs. 2). Diese werden, wie nach früherem Recht, gesondert abgerechnet.

### III. § 26 a Partnerschaftsregister

#### 1. Gesetzestext:

„§ 26 a Anmeldungen zum Partnerschaftsregister, Eintragungen in das Partnerschaftsregister

Für Anmeldungen zum Partnerschaftsregister und Eintragungen in das Partnerschaftsregister gilt § 26, soweit er auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung findet, entsprechend.“

#### 2. Erstanmeldung Partnerschaftsgesellschaft

Schon der bisherige § 26 a, der erst mit Wirkung zum 1.7.1995 in die Kostenordnung aufgenommen worden ist, hat auf § 26 verwiesen, jedoch mit der Einschränkung, daß für die erste Anmeldung oder Eintragung der Geschäftswert mindestens 50.000,- DM beträgt. Dies hatte zur Folge, daß auch für Anmeldungen und Eintragungen zum Partnerschaftsregister grundsätzlich vom Betriebseinheitswert auszugehen war, weil kein bestimmter Geldbetrag einzutragen ist. Die nunmehrige Verweisung schränkt die Anwendung des § 26 für Anmeldungen und Eintragungen nach § 26 a dahingehend ein, daß die Bestimmungen des § 26 nur insoweit anzuwenden sind, als sie für die offene Handelsgesellschaft gelten. Dies war erforderlich, da beim neuen § 26 zwischen Einzelunternehmen und Personenhandelsgesellschaften unterschieden wird.

Der Mindestwert für die Erstanmeldung oder Ersteintragung einer Partnerschaftsgesellschaft beträgt somit 75.000,- DM, der sich für den dritten und jeden weiteren Partner um 25.000,- DM erhöht.

Bei jeder späteren Anmeldung oder Eintragung beträgt der Wert 50.000,- DM.

Die Ausführungen zur offenen Handelsgesellschaft – vgl. vorstehend II. 4. b) und II. 5. c) – gelten für § 26 a entsprechend.

### IV. Der neue § 27 Abs. 1

#### Gesetzestext:

„§ 27 Beschlüsse von Organen bestimmter Gesellschaften

(1) § 26 Abs. 4 gilt entsprechend für Beschlüsse von Organen von Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit oder juristischen Personen (§ 33 des Handelsgesetzbuches), deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat.“

(2) Gesetzestext unverändert.

(3) Gesetzestext unverändert.

Eine inhaltliche Anpassung des § 27 Abs. 1 war durch die strukturelle Änderung des § 26 erforderlich.

Der Geschäftswert für Beschlüsse ohne bestimmten Geldwert ist durch den Verweis auf § 26 Abs. 4 in gleicher Weise wie für Anmeldungen und Eintragungen ohne bestimmten Geldwert von Organen von Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit oder juristischen Personen (§ 33 HGB) anzusetzen.

#### Beispiele:

1. Die Gesellschafterversammlung einer GmbH mit Stammkapital 100.000,- DM faßt folgende Beschlüsse:

- A wird als Geschäftsführer abberufen.
- B wird zum neuen Geschäftsführer bestellt.
- Die Satzung wird neu gefaßt.
- Dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag vom 30.12.1995 wird zugestimmt.

Geschäftswert gemäß § 27 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 4 Nr. 1:

- Abberufung und Neubestellung der Geschäftsführer, gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 *ein* Beschluß (Wahlen), 1% des Stammkapitals = 1.000,- DM, aber Mindestwert 50.000,- DM
  - Neufassung der Satzung (es liegt *ein* Beschluß vor, auch wenn die Satzung in mehreren Punkten geändert wird), 1% des Stammkapitals = 1.000,- DM, aber Mindestwert 50.000,- DM
  - Zustimmung zum Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag (es handelt sich um einen Beschluß ohne bestimmten Geldwert, sofern der Vertrag, dem zugestimmt wird, in der Vergangenheit weniger als 13 Jahre gelaufen ist<sup>16</sup>), 1% des Stammkapitals = 1.000,- DM, aber Mindestwert 50.000,- DM
- Gesamtwert gemäß § 44 Abs. 2 a (vgl. § 27 Abs. 2 Satz 1) = 150.000,- DM

Es handelt sich um drei gegenstandsverschiedene Beschlüsse.

2. Gleicher Sachverhalt wie 1. Beispiel, jedoch mit dem Unterschied, daß das Stammkapital der betroffenen Gesellschaft 50.000.000,- DM beträgt.

Geschäftswert gemäß § 27 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 4 Nr. 1:

- Abberufung und Neubestellung, 1% des Stammkapitals = 500.000,- DM
  - Satzungsneufassung, 1% des Stammkapitals = 500.000,- DM
  - Zustimmung zum Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag, 1% des Stammkapitals = 500.000,- DM
- Gesamtwert gemäß § 44 Abs. 2 a = 1.500.000,- DM

aber

gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 Höchstwert 1.000.000,- DM

3. A und B errichten eine GmbH, deren Stammkapital 50.000,- DM beträgt. Das Stammkapital wird bar eingezahlt.

C wird durch Beschluß zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Er wird von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> BayObLG MittBayNot 1990, 268, MittBayNot 1990, 379 = DNotZ 1991, 401 = JurBüro 1990, 1495 = MittRhNotK 1990, 205, OLG Hamm DNotZ 1994, 126 = JurBüro 1994, 355, *Rohs/Wedewer* § 27 Rdnr. 22, a.A.: *Korintenberg* § 27 Rdnr. 25, *Holger Schmidt* BB 1989, 1290, die Auffassung im Streifzug Rdnr. 290 ist durch die Rechtsprechung des BayObLG überholt.

Geschäftswert:

- a) Gesellschaftsvertrag – wie bisher –  
gemäß § 39 Abs. 1 = Einlagen der  
Gesellschafter 50.000,- DM
- b) Beschluß, gemäß § 27 Abs. 1  
i. V.m. § 26 Abs. 4 Nr. 1,  
1% des Stammkapitals =  
500,- DM, aber Mindestwert 50.000,- DM

Die Gebühren nach § 36 Abs. 2 für den Gesellschaftsvertrag und § 47 für den Beschluß sind getrennt zu erheben, weil § 44 hier nicht gilt.

Die Absätze 2 und 3 des § 27 blieben unverändert, so daß nach wie vor der Höchstwert für Beschlüsse ohne bestimmten Geldwert 1.000.000,- DM beträgt. An den weiteren Bewertungsgrundsätzen, wie z.B. der Anwendung des § 44 oder der Unterscheidung, ob mehrere Beschlüsse gegenstandsgleich oder gegenstandsverschieden sind, hat sich ebenfalls nichts geändert. Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert werden wie bisher bewertet.

## V. Aufhebung des § 28, bisheriger § 29 wird § 28

Der bisherige § 28 wurde aufgehoben. Die Bewertungsgrundsätze finden sich allerdings im wesentlichen nach entsprechender Anpassung im neuen § 29 wieder. Der bisherige § 29 – Anmeldungen zum Güterrechtsregister, Eintragungen in das Güterrechtsregister und Eintragungen aufgrund von Eheverträgen – wird ohne inhaltliche Änderung § 28.

## VI. Der neue § 29

„§ 29 Sonstige Anmeldungen zu einem Register, sonstige Eintragungen in ein Register, Beurkundung von sonstigen Beschlüssen

Für sonstige Anmeldungen zu einem Register, für sonstige Eintragungen in ein Register und bei der Beurkundung von Beschlüssen (§ 47) bestimmt sich der Geschäftswert, wenn der Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat, nach § 30 Abs. 2.“

Der neue § 29 erfaßt die Fälle, die nicht durch die §§ 26 bis 28 geregelt sind. Er entspricht somit inhaltlich – nach entsprechender Anpassung – dem bisherigen aufgehobenen § 28.

Es bleibt für die Fälle, für die der neue § 29 anzuwenden ist, bei der Verweisung auf § 30 Abs. 2.

§ 29 gilt z.B. für Anmeldungen<sup>17</sup> zum

- a) Vereinsregister,
- b) Genossenschaftsregister,
- c) Schiffs- und Schiffsbauregister,
- d) Musterregister,
- e) Kartellregister.

<sup>17</sup> Keine unrichtige Sachbehandlung, wenn nach der Satzung nur durch Beschluß der Gesellschafterversammlung Einzelvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann und von dieser Möglichkeit gleich Gebrauch gemacht wird = OLG Oldenburg JurBüro 1989, 825, KG DNotZ 1984, 116 = JurBüro 1983, 1551, OLG Zweibrücken JurBüro 1988, 1047 unter Aufgabe der früheren Auffassung in DNotZ 1978, 674 = MittBayNot 1977, 257, *Göttlich/Mümmeler* S. 525, Streifzug Rdnr. 257.

<sup>18</sup> *Korintenberg* § 28 Rdnr. 4, Prüfungsabteilung der Notarkasse MittBayNot 1970, 97.

Durch den Verweis auf § 30 Abs. 2 beträgt der Geschäftswert regelmäßig 5.000,- DM und gilt für alle durchschnittlichen Fälle<sup>19</sup>.

Der Geschäftswert kann jedoch je nach Lage des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung der Bedeutung, der Vermögenslage sowie des Zwecks der Vereinigung und der Mitgliederzahl niedriger oder höher angenommen werden, wobei die niedrigste Wertstufe 2.000,- DM beträgt (§ 32) und der Höchstwert 1.000.000,- DM.

*Beispiele:*

a) Geschäftswert bei Anmeldungen zum Vereinsregister, bei Idealvereinen ohne nennenswertes Vermögen im Regelfall 5.000,- DM, bei wirtschaftlich orientierten Vereinen, z.B. Fußballvereine im Profifußball, bis zu 1.000.000,- DM.

b) Geschäftswert bei Anmeldungen zum Genossenschaftsregister, z.B. betreffend eine Raiffeisenbank oder Volksbank, je nach Größenordnung bis zu 1.000.000,- DM. Als Grundlage für die Wertschätzung nach § 30 Abs. 2 erscheint es angemessen, die Bewertungsmaßstäbe des § 26 heranzuziehen, den Geschäftswert also nicht unter 50.000,- DM anzusetzen.

## VII. Änderung des § 39 Abs. 4 – Höchstwert für Anmeldungen zum Handelsregister

**Gesetzestext**

§ 39 Abs. 4:

„Bei der Beurkundung von Satzungen ist der Wert höchstens auf 10.000.000 Deutsche Mark, in den Fällen des § 38 Abs. 2 Nr. 7, auch wenn mehrere Anmeldungen in derselben Verhandlung beurkundet werden, auf höchstens 1.000.000 Deutsche Mark, anzunehmen.“

Die Absätze 1, 2 und 3 des § 39 wurden nicht geändert. Der Höchstwert für Anmeldungen zum Handelsregister – nicht jedoch für Eintragungen in das Handelsregister – beträgt nach wie vor 1 Mio. DM.

Die bisher in § 26 Abs. 10 enthaltene Regelung wurde nunmehr aus systematischen Gründen ohne inhaltliche Änderung in § 39 Abs. 4 aufgenommen.

## VIII. Änderung des § 79 – Eintragungen in das Handelsregister

**Gesetzestext:**

„§ 79 Eintragungen in das Handelsregister

(1) Für Eintragungen in das Handelsregister wird die volle Gebühr erhoben.

(2) Für Eintragungen aufgrund von Anmeldungen, die am selben Tag beim Registergericht eingegangen sind und dasselbe Unternehmen betreffen, wird nur eine Gebühr erhoben; dies gilt nicht, soweit Eintragungen, die Prokuren betreffen, mit anderen Eintragungen zusammentreffen.“

Die Absätze 3 und 4 des § 79 blieben unverändert.

§ 79 regelt ausschließlich Gebühren für Eintragungen in das Handelsregister.

<sup>19</sup> BayObLG Pflieger 1979, 398, *Korintenberg* § 28 Rdnr. 5, Streifzug Rdnr. 48.

Durch die Aufhebung der Sätze 2–5 in Absatz 1 wurde eine Vereinheitlichung des Gebührensatzes eingeführt. Einheitlich wird für die Eintragung in das Handelsregister nunmehr eine 10/10 Gebühr erhoben aus den nach § 26 Abs. 1–7 geregelten Geschäftswerten.

Einen Höchstwert gibt es für Eintragungen in das Handelsregister allerdings nicht, ausgenommen für die in § 26 Abs. 5 und 7 aufgezählten Eintragungen.

## IX. Firmen- und/oder Namenszeichnungen

Soweit die Firmen- und/oder Namenszeichnung mit der Anmeldung zum Handelsregister erfolgt, liegt Gegenstands- gleichheit mit dieser gem. § 44 Abs. 1 vor<sup>20</sup>.

Eine selbständige Firmen- und/oder Namenszeichnung fällt wie bisher nicht unter § 26, sondern unter § 30 Abs. 1<sup>21</sup>.

Nach dem bis 31.12.1996 geltenden Kostenrecht kam als Anhaltspunkt für eine Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 die Größe und die Vermögenslage des Unternehmens in Frage, also der jeweils im Zeitpunkt der Bewertung maßgebliche Betriebseinheitswert. Nach der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur war eine Wertbestimmung in Höhe der Hälfte des nach § 26 Abs. 4 (a.F.) zu bestimmenden halben Stufenwertes angemessen, mindestens ein Wert in Höhe von 5.000,- DM<sup>22</sup>.

Unter Beibehaltung dieser Bewertungskriterien dürfte es weiterhin angemessen sein, die Hälfte des für eine Anmeldung ohne bestimmten Geldwert maßgebenden Wertes als Geschäftswert für eine isolierte Firmen- und/oder Namens- zeichnung zugrunde zu legen.

### Beispiel:

Die Prokuristen A und B der X-OHG zeichnen in einer eigen- en Erklärung die Firma und ihren Namen zur Aufbewahrung bei Gericht.

Geschäftswert gem. § 30 Abs. 1:

– Zeichnung durch A = halber Wert der Anmeldung seiner Prokuraerteilung (gemäß § 26 Abs. 4 = 50.000,- DM) =	25.000,- DM
– Zeichnung durch B = halber Wert der Anmeldung seiner Prokuraerteilung (gemäß § 26 Abs. 4 = 50.000,- DM) =	25.000,- DM
Gesamtgeschäftswert, § 44 Abs. 2 a =	50.000,- DM

## X. Schlußbemerkungen

1. Durch die Neustrukturierung der Kosten in Handelssachen wurden die bisher in vielen Fällen oft zeitraubenden und schwierigen Gebührenbewertungen spürbar vereinfacht. Fer-

<sup>20</sup> Streifzug Rdnr. 32.

<sup>21</sup> KG Rpfleger 1971, 410 = DNotZ 1972, 439, BayObLG DNotZ 1984, 641, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 130, Streifzug Rdnr. 37.

<sup>22</sup> BayObLG MittBayNot 1983, 247 = JurBüro 1984, 95, OLG Karlsruhe Kostenrechtsprechung § 30 Rdnr. 9, KG MittBayNot 1972, 82, *Korintenberg* § 26 Rdnr. 130, Streifzug Rdnr. 37.

ner ist zu beachten, daß der Geschäftswert – zumindest bei Anmeldungen zum Handelsregister, Eintragungen in das Handelsregister und bei Beschlüssen ohne bestimmten Geldwert mindestens 50.000,- DM beträgt.

2. Der Gesetzgeber hat die Änderung der Kostenvorschriften weiter zum Anlaß genommen, Streitfragen zur Anwendung der von der Änderung betroffenen Kostenvorschriften zu be- seitigen (vgl. hierzu § 26 Abs. 1 Nr. 4).

Im Zuge der Anpassung der kostenrechtlichen Vorschriften in Handelssachen ist auch § 39 Abs. 4 betroffen durch Auf- nahme der Höchstwertvorschrift für Registeranmeldungen. Der sonstige Wortlaut blieb unverändert.

§ 39 Abs. 4 legt für Satzungen einen Höchstwert von 10 Mio. DM fest. Dieser Höchstwert ist maßgebend für die Beurkun- dung aller Gesellschaftsverträge von Handelsgesellschaften, nach der wohl herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung somit nicht nur für Gesellschaftsverträge von Kapitalgesellschaften, sondern auch bei Personenhandelsge- sellschaften (oHG, KG)<sup>23</sup> und bei für Gesellschaften bürger- lichen Rechts<sup>24</sup> (streitig).

Da § 39 Abs. 4 nur auf rechtsgeschäftliche Erklärungen Anwendung findet, ist klargestellt, daß die Wertvorschrift nicht für Umwandlungsbeschlüsse gilt. Hier greift dann die Höchstgebührenschrift des § 47 mit 10.000,- DM.

Nicht anwendbar ist § 39 Abs. 4 auf Umwandlungsverträge nach dem Umwandlungsgesetz 1995. Verschmelzungsver- träge werden in der Rechtsprechung des BayObLG<sup>25</sup> als Aus- tauschverträge nach § 39 Abs. 2 behandelt. Die Anwendung des § 39 Abs. 2 schließt aber, so das BayObLG, § 39 Abs. 4 aus. Der Rechtsprechung des BayObLG ist die Literatur ein- hellig gefolgt<sup>26</sup>.

Die gleichen Grundsätze gelten für Spaltungsvorgänge (Spal- tungsvertrag, Spaltungsplan, Ausgliederung). Zu diesem Pro- blem wird auf eine aktuelle Entscheidung des BayObLG<sup>27</sup> hingewiesen. Das BayObLG stellt fest, daß sich der Ge- schäftswert der Beurkundung eines Spaltungsplanes (§ 136 UmwG) nach § 39 Abs. 1 Satz 1 richtet. Als Geschäftswert ist der Wert des auf den oder die neugegründeten Rechtsträger übergehenden Aktivvermögens maßgebend. Die Höchstwert- grenze nach § 39 Abs. 4 ist nicht anzuwenden.

Allerdings beabsichtigt der Gesetzgeber eine Änderung des § 39 Abs. 4 dahingehend, daß die Höchstwertvorschrift (10 Mio DM) auch auf Pläne und Verträge nach dem Um- wandlungsgesetz anzuwenden ist. Mit der Verabschiedung dieser Kostenrechtsänderung ist noch im ersten Halbjahr 1997 zu rechnen.

<sup>23</sup> BayObLG DNotZ 1964, 552, *Korintenberg* § 39 Rdnr. 102, Streif- zug Rdnr. 253.

<sup>24</sup> DNotZ 1982, 770.

<sup>25</sup> DNotZ 1975, 676.

<sup>26</sup> *Korintenberg* § 39 Rdnr. 102, § 26 Rdnr. 40, *Göttlich/Mümmeler* S. 1213, *Rohs/Wedewer* § 39 Rdnr. 31, Streifzug Rdnr. 253.

<sup>27</sup> Entscheidung vom 23.10.1996, Az: 3 Z BR 145/96 = BayObLGZ 1996, Nr. 57 veröffentlicht in diesem Heft, S. 54.



## Änderungen des Grunderwerbsteuergesetzes durch das Jahressteuergesetz 1997

von Notarassessor Dr. Stephan Schuck, Sinzig

Das Jahressteuergesetz 1997 (BGBl 1996 I S. 2049) hat u.a. auch zu Änderungen im Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) geführt.

### 1. Erhöhung des Steuersatzes

Die für den Rechtsverkehr wohl bedeutendste Änderung betrifft den Steuersatz, der um 75% auf 3,5% angehoben wurde. Die Bundesnotarkammer hatte angeregt, durch eine Übergangsregelung für Rechtsklarheit zu sorgen, wann der neue Steuersatz, insbesondere bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften, Anwendung findet. Der im Vermittlungsverfahren sodann eingefügte § 23 Abs. 3 GrEStG, über den bereits an anderer Stelle berichtet wurde<sup>1</sup>, regelt nun, daß Kaufverträge noch dem alten Steuersatz unterliegen, wenn die Beteiligten im Verhältnis zueinander gebunden sind. Rechtssystematisch wird damit eine Spezialregelung zu § 14 GrEStG für Zwecke des Steuersatzes statuiert. Nach § 14 GrEStG entsteht der Steueranspruch bei genehmigungsbedürftigen oder aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften an sich erst, wenn die zivilrechtliche Wirksamkeit eintritt. Durch die Übergangsregelung kommt es für Zwecke des Steuersatzes nur darauf an, ob die Beteiligten vor dem 1.1.1997 gebunden waren. Steuerschädlich sind daher Potestativbedingungen, eine fehlende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sowie das Auftreten eines vollmachtlosen Vertreters auf Seiten der Beteiligten. Nur schuldrechtlich wirkende Rücktrittsrechte, das Auftreten eines Vertreters mit lediglich mündlicher Vollmacht, die Erforderlichkeit später erteilter Genehmigungen nach dem WEG, dem GrdstVG oder etwa gemäß § 144 BauGB hindern hingegen die Anwendung des alten Steuersatzes nicht, und zwar selbst dann, wenn der Besitz erst nach dem 31.12.1996 übergeht.

Die Übergangsvorschrift des § 23 Abs. 3 GrEStG findet auch auf Umwandlungen Anwendung. Relevanz besitzt dies für den Steuersatz sowie für die geänderte Bemessungsgrundlage (s.u.). Auch insoweit ist daher zu fragen, wann der Erwerbsvorgang verwirklicht ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>2</sup> ist auch hierfür entscheidend, wann die Beteiligten untereinander gebunden sind. Diese Bindung liegt bereits vor, wenn die der Umwandlung zugrunde liegenden Verträge und Beschlüsse in ordentlicher Form gefaßt sind. Auf die Eintragung im Handelsregister kommt es daher nicht an. Dies entspricht auch dem Sinn der Regelung, da andernfalls Steuersatz und Bemessungsgrundlage von der Eintragungsgeschwindigkeit des Gerichts abhängen.

### 2. Neue Bemessungsgrundlage bei Umwandlungen

Die Besteuerung der Umwandlungen war teilweise unklar. So unterliegt nach der Literatur die formwechselnde Umwandlung als Gesamtrechtsnachfolge nicht der GrESt<sup>3</sup>, was die Finanzverwaltung allerdings anders beurteilt<sup>4</sup>. Der BFH hat sich in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes der Literatur angeschlossen<sup>5</sup>. Umstritten war bisher auch die Bemessungsgrundlage. Nach dem neu eingefügten § 8 Nr. 2 GrEStG wird die Steuer nunmehr bei Umwandlungen im Sinne des Umwandlungsgesetzes, bei einer Einbringung sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nach den Werten im Sinne des § 138 Abs. 2 oder Abs. 3 BewG bemessen. § 138 BewG regelt die Bewertung landwirtschaftlichen Grundbesitzes (§§ 138 Abs. 2 i.V.m. §§ 139–144 BewG) sowie des sonstigen Grundvermögens, über die in diesem Heft berichtet wird<sup>6</sup>. Im Ergebnis wird damit nicht mehr auf die Gegenleistung abgestellt, sondern auf den Bedarfswert gemäß BewG.

### 3. Besteuerung der Anteilsabtretung bei Personengesellschaften

Eingefügt wurde mit § 1 Abs. 2a GrEStG ein neuer Steuertatbestand, wonach die Abtretung von Anteilen an Personengesellschaften, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, bereits dann steuerpflichtig ist, wenn sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand vollständig oder wesentlich ändert. Eine wesentliche Änderung soll danach anzunehmen sein, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Übertragung des Grundbesitzes auf eine neue Personengesellschaft erfolgt ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dies „stets der Fall, wenn 95 vom Hundert der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen“.

In der Sache ging es den Ländern, die die neue Vorschrift eingebracht haben, darum, die BFH-Rechtsprechung auszuhebeln<sup>7</sup>. Nach der Rechtsprechung tritt die Steuerpflicht wegen Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG nicht ein, wenn auch nur ein Mini-Anteil zurückbehalten wird<sup>8</sup>. Leider läßt die Vorschrift vieles offen und wird damit Streitigkeiten auslösen, bei denen die Finanzverwaltung wegen der Umschreibungssperre des § 22 GrEStG am langen Hebel sitzt<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Statt vieler: *Dehmer*, UmwG/UmwStG, II § 25 Rdnr. 62.

<sup>4</sup> Etwa Fin.Min. Baden-Württemberg v. 11.11.1994 DSStR 1995 S.217.

<sup>5</sup> BFH v. 4.12.1996 – II B 116/96 – (DB 1997 S. 79).

<sup>6</sup> Vgl. in diesem Heft: *Geck*, S. 1.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 13/6151 S. 16.

<sup>8</sup> BFH v. 16.03.1966 BStBl 1966 III S. 254.

<sup>9</sup> Umgekehrt kann sich ein Steuerpflichtiger, der zunächst 85% der Anteile erwirbt, ohne einen Steuerbescheid zu erhalten, und nach Ablauf der Festsetzungsfrist weitere 11% kauft, darauf berufen, der Steuertatbestand hätte bereits beim Ersterwerb vorgelegen.

<sup>1</sup> Vgl. DNotf-Report 23/96: Das Gesetz ist hinsichtlich der Übergangsregelung genau wie im Entwurf angekündigt beschlossen worden.

<sup>2</sup> BR-Drucks. 390/96 S. 75.

So ergibt sich zwar klar, daß eine Anteilsverschiebung von mindestens 95% innerhalb der Frist die Steuerpflicht auslöst. Bei welcher Schwelle jedoch die Steuerpflicht verneint werden kann, läßt sich angesichts der unklaren Formulierung des Gesetzgebers nicht mit Sicherheit sagen. Nach der Gesetzesbegründung soll dies wirtschaftlich gesehen werden mit der Folge, daß auch ein Gesellschafterwechsel im Bereich von deutlich unter 95% grunderwerbsteuerpflichtig wäre. Schon die steuerauslösende Beteiligungshöhe ist daher streitanfällig und ein Beispiel dafür, wie durch unklare Vorschriften Rechtsunsicherheit eintritt. Die Begründung des Gesetzes lautet dazu wie folgt<sup>10</sup>:

„Nach der vorgeschlagenen Regelung löst ein Übergang von mindestens 95 v.H. der Anteile innerhalb von fünf Jahren stets Grunderwerbsteuer aus. Bei einem Übergang von weniger als 95 v.H. der Anteile ist Grunderwerbsteuer zu erheben, wenn hierin eine wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes zu sehen ist. Dies ist anhand von Vereinbarungen und der tatsächlichen Durchführung im Einzelfall zu entscheiden. Die Gesetzesfolge tritt aufgrund der in diesen Fällen anzuwendenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch bei einer GmbH & Co.KG ein, bei deren Komplementär-GmbH, die zu mehr als 5 v.H. an der KG beteiligt ist, die Gesellschafter ausgetauscht werden. Entsprechendes gilt, wenn Gesellschafter an einer Personengesellschaft treuhänderisch beteiligt sind und der Treugeber ausgewechselt wird.“

Der Wortlaut des Gesetzes gibt das in der Begründung gewünschte Ergebnis nicht wieder. Das Auswechseln der Gesellschafter der Komplementär-GmbH führt zunächst einmal überhaupt nicht zu einem Wechsel der Gesellschafter der KG. Vor und nach dem Gesellschafterwechsel sind an der KG die gleichen Personen unmittelbar beteiligt. Das Auswechseln der mittelbar Beteiligten wird vom Wortlaut nicht erfaßt. Im übrigen wäre der Steuertatbestand uferlos, wenn schon der Wechsel der mittelbaren Gesellschafter, die nur 5% der Anteile repräsentieren, als Übertragung des KG-Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft<sup>11</sup> gewertet würde.

M.E. ist die Vorschrift so zu verstehen, daß bei Anteilsabtretungen unterhalb der Schwelle von 95% weitere Gesichtspunkte hinzukommen müssen, die die wirtschaftliche Zurechnung zum Mehrheitsgesellschafter erlauben. Da nach dem Gesellschaftsrecht die 95% Mehrheit keine Rechte beinhaltet, die etwa eine 90% Stimmenmehrheit nicht hätte, müssen bei Beteiligungen unterhalb der Schwelle gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen oder sonstige Aspekte hinzukommen, die eine Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im Sinne des § 39 AO ermöglichen: Zu denken wäre etwa an eine Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Mehrheitsgesellschafters, die Abgabe eines Verkaufsangebotes o.ä. Dafür spricht auch der Gesetzeszweck, nach dem die BFH-Rechtsprechung zum Verbleib von Mini-Anteilen korrigiert werden soll. Dem Berater bleibt allerdings nichts anderes übrig, als in diesem Punkte Vorsicht walten zu lassen. Möglicherweise wird die Branche, die in diesem Geschäft tätig ist, mit neuen Gestaltungen operieren. Zu denken ist hier an die doppelstöckige Personengesellschaft, die aus dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG wohl ausscheidet.

Bei der Ermittlung des Vomhundertsatzes bleiben lediglich Erwerbe von Todes wegen außer Ansatz. Schenkungen sind demnach steuerschädlich, obwohl dies keinen Sinn macht. Die Vorschrift tritt in Konkurrenz zu den §§ 1 Abs. 3, 5 GrEStG. Der Gesetzgeber hat diese Spannungslage gesehen und § 1 Abs. 3 für subsidiär erklärt<sup>12</sup>.

Zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bei der Einbringung eines Grundstückes und dem anschließenden Erwerb von Anteilen ist durch den Vermittlungsausschuß an den Abs. 2a ein weiterer Satz angefügt worden: „Hat die Personengesellschaft vor dem Wechsel des Gesellschafterbestandes ein Grundstück von einem Gesellschafter erworben, sind die Sätze 1–4 insoweit nicht anzuwenden, als die Steuer nach § 5 GrEStG von der Bemessungsgrundlage für das von dem Gesellschafter erworbene Grundstück zu erheben ist“. Sprachlich ist diese Regelung kaum noch verständlich. Nach dem Wortlaut ist der neue Steuertatbestand insoweit nicht anzuwenden, als die Steuer nach § 5 (...) zu erheben ist. Richtig ist, daß eine Steuer niemals nach § 5 GrEStG erhoben wird, vielmehr handelt es sich dabei um eine sachliche Steuerbefreiung<sup>13</sup>. Gemeint ist folgender Fall: Bringt ein Gesellschafter ein Grundstück in die Gesellschaft ein, so entsteht Grunderwerbsteuer. Gem. § 5 GrEStG besteht jedoch in Höhe der eigenen Beteiligung an der Gesellschaft Steuerfreiheit. Erwirbt nunmehr ein Gesellschafter 95% der Anteile, so würde erneut in voller Höhe Grunderwerbsteuer anfallen. § 1 Abs. 2a letzter Satz GrEStG bestimmt nun, daß wirtschaftlich gesehen die bereits gezahlte Grunderwerbsteuer angerechnet wird.

Beispiel: A veräußert an die A, B & C oHG, an der er zu 2% beteiligt ist, ein Grundstück für 1 Mio DM. Gem. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 11 GrEStG entsteht dabei eine Steuer von 35.000,00 DM, die jedoch wegen der Beteiligung gem. § 5 GrEStG auf 34.300 DM (Bemessungsgrundlage nur 980.000,- DM) zu reduzieren ist. Erwirbt nunmehr A weitere 93% der Anteile hinzu, so fällt erneut GrESt an. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 8 GrEStG der anteilige Grundstückswert, hier also 930.000,- DM. Diese ist jedoch von der Steuer freigestellt. Ist der Grundstückswert höher als 980.000 DM, entsteht die Steuerpflicht erneut, wobei § 3 Nr. 1 GrEStG Anwendung finden müßte (Freigrenze: 5.000,00 DM). Die Berücksichtigung der bereits gezahlten Steuer ist nach dem Wortlaut unabhängig davon vorzunehmen, wer die Anteile kauft. Im obigen Beispiel wäre also die Anrechnung auch vorzunehmen, wenn der Nicht-Gesellschafter X 95% der Anteile erwirbt.

Verfahrensrechtlich ist die Personengesellschaft Steuerschuldner geworden (§ 13 GrEStG) und nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG zur Anzeige an das zuständige Finanzamt verpflichtet, das sich gemäß § 17 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG nach dem Sitz der Geschäftsleitung bestimmt. Für die Einschaltung einer Personengesellschaft zur Vermeidung von GrESt bedeutet dies eine erhebliche Erschwerung. Die Steuerschuldnerschaft der Gesellschaft führt dazu, daß wirtschaftlich gesehen der Nachfolgesellschafter für nicht angemeldete Steuertatbestände haften muß. Wird die Anmeldung versäumt, verliert die Gesellschaft das Recht auf Abänderung der Steuer gemäß § 16 Abs. 5 GrEStG.

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>11</sup> Daß das Gesetz von einer „neuen“ Personengesellschaft spricht, läßt sich nur durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise erklären, da zivilrechtlich die Gesellschaft identisch bleibt, vgl. Wenz, MittRhNotK 1996 S. 377, 382 f. m.w.N.

<sup>12</sup> Da die Bemessungsgrundlage bei § 1 Abs. 3 GrEStG der Bedarfswert i.S.d. § 138 BewG ist, hingegen bei § 1 Abs. 2a GrEStG die anteilige Gegenleistung, § 9 Abs. 1 Nr. 8 GrEStG, können sich steuerlich sinnvolle Gestaltungsüberlegungen ergeben.

<sup>13</sup> Pahlke/Franz, GrEStG, § 5 Rdnr. 2; Boruttau/Egly/Sigloch, GrEStG, 13. Aufl., – Viskorf § 5 Rdnr. 3.

#### 4. Fazit:

Die deutliche Erhöhung des Steuersatzes wird dazu führen, daß die GrESt künftig stärker bedacht wird. Im klassischen Grundstücksbereich kann dies zu Falschangaben des Kaufpreises zum Zwecke der Steuerhinterziehung führen, zumal die AfA-Sätze derzeit niedrig sind. Im Bereich der Umwandlungen herrscht hinsichtlich der Bemessungsgrundlage nun Klarheit; die Steuerbarkeit des Formwechsels müssen die Gerichte klären. Der neue Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG schießt weit über das Ziel hinaus und bringt schon

wegen der in der Verkehrssteuer unsystematischen wirtschaftlichen Betrachtungsweise Schwierigkeiten. Zudem ist der Steuertatbestand zu unbestimmt gefaßt. Die Inanspruchnahme der Personengesellschaft als Steuerschuldner mag fiskalisch vernünftig sein; sie ist jedoch unangemessen: Der neue Gesellschafter hat auf bereits verwirklichte Steuertatbestände keinen Einfluß; die Finanzverwaltung selbst könnte bei der Zurechnung der Einkünfte zeitnah feststellen, ob Grunderwerbsteuertatbestände verwirklicht wurden. Hier wird der Steuerbürger für Informationsdefizite in der Sphäre der Finanzverwaltung in Anspruch genommen.

**J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung 1993 ff., Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin, voraussichtlich 46.000 Seiten einschließlich Sachregister in ca. 78 Bänden, Abonnementpreis ca. 21.500 DM.**

Unter den aktuellen Kommentierungen des BGB nimmt das im Jahre 1898 erstmals herausgegebene, nach dem Geheimrat Julius von Staudinger benannte Standardwerk eine besondere Stellung ein, handelt es sich doch hierbei um den heute traditionsreichsten und umfassendsten Kommentar zum BGB. Ein gewisses Manko dieses Werks bestand allerdings zuletzt darin, daß angesichts der erreichten beeindruckenden Größe bei der hohen Qualität der Bearbeitung bis zur vollständigen Fertigstellung einer Neuauflage immer längere Zeiträume verstrichen. So stehen beispielsweise von der 12. Auflage, deren erste Lieferungen schon 1978 und damit also noch vor Abschluß der 11. Auflage erfolgten, leider immer noch einige Bände aus. Diese für Kommentatoren und Benutzer gleichermaßen wenig befriedigende Situation hat den Verlag bewogen, vom System geschlossener Neuauflagen abzugehen und statt dessen ein „Gesamtwerk Staudinger“ zu präsentieren, bei dem nicht mehr komplette Neuauflagen einander ablösen, sondern je nach konkretem Aktualisierungsbedarf lediglich Einzelbände in Neubearbeitungen erscheinen. Um die Austauschbarkeit der einzelnen Bände zu erleichtern, wurde deren Gesamtzahl erhöht und ihr jeweiliger Umfang reduziert, was am Rande bemerkt der Handlichkeit sehr zugute kommt. Jeder Band bildet eine in sich geschlossene Einheit, enthält neben einer Inhaltsübersicht ein eigenes ausführliches Sachregister und kann dank des neuen Konzepts immer sogleich in gebundener Form erscheinen; für broschiierte Teillieferungen, wie sie von der 12. Auflage her zur zeitlichen Überbrückung bis zur Vorlage des ganzen Bandes als Kompromißlösung bekannt sind, besteht keine Notwendigkeit mehr. Für den Benutzer bringt die geänderte Erscheinungsweise vor allem den Vorteil, daß er stets auf ein laufend aktualisiertes Gesamtwerk des Staudinger zurückgreifen kann.

Bislang sind zwischen 1993 und 1996 folgende Bände in der 13. Bearbeitung erschienen (in Klammern sind jeweils das Erscheinungsjahr und die Bearbeiter vermerkt):

- Einleitung zum BGB; §§ 1–12; VerschollenheitsG (1995; Coing, Habermann, Weick);
- §§ 21–103 (1995; Dilcher, Habermann, Rawert, Weick);
- §§ 134–163 (1996; Bork, Kohler, Roth, Sack);
- §§ 164–240 (1995; Gursky, Peters, Schilken, Werner);
- Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241–243 (1995; Schieman, Schmidt);
- §§ 255–292 (1995; Löwisch, Selb);
- §§ 293–327 (1995; Löwisch, Mader, Otto, Wufka);
- §§ 328–361 (1995; Jagmann, Kaiser, Rieble);
- §§ 362–396 (1995; Gursky, Olzen);
- §§ 433–534 (1995; Cremer, H. Honsell, Köhler, Mader, Mayer-Maly);
- Wiener UN-Kaufrecht (CISG) (1994; Magnus);
- §§ 535–563; Anhang zu § 556 a: Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung (1995; Emmerich, Sonnenschein);
- §§ 581–606 (1996; Emmerich, v. Jeinsen, Pikalo, Reuter, Sonnenschein);

- §§ 620–630 (1995; Neumann, Preis);
- §§ 631–651 (1994; Peters);
- §§ 652–704 (1995; Martinek, Reuter, Werner, Wittmann);
- §§ 812–822 (1994; Lorenz);
- Einleitung zu §§ 854 ff.; §§ 854–882 (1995; Bund, Gursky, Kutter, Seiler);
- §§ 883–902 (1996; Gursky);
- §§ 903–924; Anhang zu § 906: Umwelthaftungsrecht (1996; Kohler, Roth, Seiler);
- §§ 925–984, Anhang zu §§ 929 ff.: Sonderformen der Übereignung (1995; Gursky, Pfeifer, Wiegand);
- §§ 985–1011 (1993; Gursky);
- ErbbVO; §§ 1018–1112 (1994; Amann, J. Frank, Mader, Mayer-Maly, Ring);
- §§ 1363–1563 (1994; B. Thiele, Eichenhofer);
- Einleitung; §§ 1922–1966 (1994; Marotzke, Otte, Werner);
- §§ 1967–2086 (1996; Gursky, Marotzke, Otte, Werner);
- §§ 2087–2196 (1996; Avenarius, Behrends, Otte);
- §§ 2197–2264 (1996; Baumann, Reimann);
- Einleitung zum IPR; Art. 3–6 EGBGB (1996; Blumenwitz, Hausmann, F. Sturm, G. Sturm);
- Internationales Gesellschaftsrecht (1993; Großfeld);
- MSA; SorgeRÜbk; Art. 19 EGBGB (1994; Henrich, Kropholler, Pirrung);
- Art. 20–24 EGBGB (1996; Henrich, Kropholler);
- Art. 25, 26 EGBGB (1995; Dörner);
- Art. 219–222 EGBGB; 230–236 EGBGB; Gesamtanhang zu 230–236 EGBGB (1996; Dörner, v. Jeinsen, Neumann, Rauscher, Sonnenschein);
- Internationales Sachenrecht (1996; Stoll).

Ein erster kompletter Durchlauf der 13. Bearbeitung ist bis zum Jahr 2000 vorgesehen. Das „Gesamtwerk Staudinger“ wird dann eine vollständige Kommentierung des BGB, des EGBGB, der in der vorstehenden Übersicht genannten Nebengesetze sowie des BeurkG (in Auszügen), des § 13a UWG, des HaustürWG, des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetzes, des VerbrKrG, des ProdHaftG, des SchiffsRG, des EheG, der BarwertVO, der HausratsVO, des VAHRG, des RKEG, des KJHG und des BtG enthalten. Jeweils ein eigener Band ist ferner für das AGBGB und das WEG geplant. Jeder Band kann erstmals auch einzeln bezogen werden. Außerdem bietet der Verlag alternativ zu der bekannten Gesamtabnahmeverpflichtung, bei der ein Preisnachlaß von ca. 23% gewährt wird, als Neuheit Teilabonnements an.

Bei äußerlicher Betrachtung fällt zunächst die übersichtliche Gestaltung der 13. Bearbeitung ins Auge. Durch eine Überarbeitung des Layouts sowie eine Vergrößerung der Zeilenabstände wurde im Vergleich zur 12. Auflage die Lesbarkeit verbessert. Die Zitate befinden sich weiterhin im Text und nicht in Fußnoten, sind jedoch in einem kleineren Schriftgrad gesetzt, der ggf. ein rasches Hinweglesen ermöglicht. Zur Erleichterung der Orientierung sind neben Hinweisen auf die Gesetzesmaterialien und auf weiterführendes Schrifttum allen umfangreicheren Kommentierungen je eine ausführliche systematische und alphabetische Übersicht vorangestellt.

Inhaltlich besticht der Staudinger heute wie seit jeher durch die erschöpfende analytische Aufarbeitung der Materie bis ins Detail, die einerseits wertvolle Hilfe leistet bei der Beantwortung der in der alltäglichen Praxis auftretenden konkreten

Rechtsfragen, zumal sie selbst Randprobleme nicht ausgeklammert läßt, die andererseits aber auch höchsten wissenschaftlichen Ansprüchen genügt, indem sie Hintergründe aufzeigt, Gesamtzusammenhänge darstellt und so das tiefere Verständnis für die Strukturen und tragenden Grundprinzipien der Rechtsordnung fördert. Eine Rezension der bislang in der 13. Bearbeitung vorliegenden Bände kann sich im Rahmen der inhaltlichen Auseinandersetzung naturgemäß nur darauf beschränken, in einem kurzen Streifzug einige wenige Eindrücke wiederzugeben.

Aus dem Allgemeinen Teil des BGB können zur Lektüre insbesondere die Erläuterungen *Rawerts*, eines der 22 Notare unter den 127 Kommentatoren, zum Stiftungsrecht empfohlen werden. Die Stiftung bietet in ihren diversen Erscheinungsformen interessante Gestaltungsmöglichkeiten und gewinnt damit im tatsächlichen Rechtsleben immer stärker an Bedeutung. So wurden allein in Bayern 167 Stiftungen zwischen 1993 und 1995 neu errichtet, was einer Zunahme von 70% gegenüber dem vorangegangenen Dreijahreszeitraum entspricht. Auf knapp 80 Seiten geht *Rawert*, der sich schon mit seiner Monographie zur Genehmigungsfähigkeit der unternehmensverbundenen Stiftung aus dem Jahr 1990 als Kenner der Materie profilierte, in der Vorbemerkung zu §§ 80 ff. BGB auf die Grundlagen des Stiftungsrechts, dessen Entwicklung, die Landesstiftungsgesetze, die Stiftungsaufsicht, die stiftungsrechtlichen Publizitätsvorschriften und die wesentlichen Bezüge zum Steuerrecht ein. Sein Hauptaugenmerk widmet der Autor der Darstellung der verschiedenen Sonderformen der rechtsfähigen privatrechtlichen Stiftungen (Familienstiftung, unternehmensverbundene, kirchliche und kommunale Stiftung) sowie der Stiftungen und stiftungsähnlichen Gebilde außerhalb der §§ 80–88 BGB (unselbständige Stiftung, Sammelvermögen, Stiftungsvereine und -gesellschaften, öffentlich-rechtliche Stiftung). Namentlich die unternehmensbezogene Familienstiftung wurde von der Kautelarpraxis als probates Instrumentarium zur Regelung von Unternehmensnachfolgen entdeckt. Diese nach h. L. de lege lata uneingeschränkt zulässige Gestaltung ermöglicht eine Perpetuierung von Familienunternehmen über die Generationenfolge hinweg, wobei nach landesrechtlichen Bestimmungen in einer Reihe von Bundesländern keine oder nur eine eingeschränkte Stiftungsaufsicht besteht. Allerdings erheben in der rechtswissenschaftlichen Lit. nach wie vor einige Stimmen Bedenken gegen die Zulässigkeit der unternehmensbezogenen Stiftung und der Familienstiftung. Über den gegenwärtigen Streitstand hierzu informiert *Rawert*, der selbst unter Berufung auf eine Analogie zu § 22 BGB sowie auf Parallelen zum Familienfideikommiß der Mindermeinung anhängt, umfassend und kompetent.

Aus dem Schuldrecht ist aus notarieller Sicht im besonderen die Bearbeitung des § 313 BGB durch *Wufka* von Interesse. Das gilt wegen der Stringenz der Gedankenführung selbst in den Bereichen, in denen die Rspr. zu abweichenden Ergebnissen gelangt, beispielsweise in der Frage nach der Beurkundungsbedürftigkeit von Vertragsänderungen im Zeitraum zwischen der Erklärung der Auflassung und der Eigentumsumschreibung im Grundbuch oder der Ausübung eines in einem aufschiebend bedingten Grundstückskaufvertrag vereinbarten Ankaufsrechts (vgl. Rdnr. 77 ff. bzw. 72, 75, 182 f.; jeweils für Formlosigkeit hingegen BGH MittBayNot 1996, 26 bzw. 367).

Bei der Kommentierung *H. Honsells* zu § 477 BGB fällt auf, daß der Autor zwar den Meinungsstreit zu dem Problem darstellt, ob auch Übergabesurrogate wie die Vereinbarung eines

Besitzkonstituts oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs geeignet sind, bei Grundstücken die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen, eine eigene Stellungnahme aber vermeidet (vgl. Rdnr. 43). Der BGH hat jedenfalls die Frage in der Zwischenzeit dahingehend entschieden, daß unter der Übergabe i. S. des § 477 I 1 BGB ausschließlich die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen ist (MittBayNot 1996, 94).

Aus dem Bereich des Sachenrechts verdienen die Kommentierungen *Gurskys* zu den §§ 883–888 BGB besondere Erwähnung, der die Auswirkungen eines Schuldnerwechsels auf die Vormerkung völlig neu bearbeitet hat (§ 883 Rdnr. 54; vgl. dazu *Hoffmann* in diesem Heft S. 10). Unbeeindruckt von der Entscheidung des OLG Hamm in DNotZ 1995, 315 bekennt sich *Gursky* weiterhin zu der Ansicht, daß durch eine vom gegenwärtigen Rechtsinhaber bewilligte Vormerkung auch solche durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Ansprüche gesichert werden können, die aufgrund einer darin enthaltenen Bedingung oder Befristung nicht vom Bewilligenden selbst, sondern erst von dessen Erben zu erfüllen sind (§ 883 Rdnr. 52; ebenso *Amann* DNotZ 1995, 252). Dieser Frage kommt in der notariellen Praxis bei Grundstücksübertragungen erhebliche Relevanz zu, wenn zugunsten des Veräußerers für bestimmte Fallgruppen ein Rückforderungsrecht nicht nur gegen den Erwerber, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger begründet werden soll. Entgegen der vom OLG Hamm vertretenen Meinung handelt es sich bei dem Rückkaufanspruch nicht um einen nach Versterben des Erwerbers in der Person von dessen Erben neu entstehenden Anspruch; vielmehr geht hier die vom Erblasser herrührende Verpflichtung auf dessen Erben gemäß § 1967 II 1. Alt. BGB über. Somit liegt kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter vor. Die erforderliche Identität zwischen dem Schuldner des vorzumerkenden Anspruchs und dem Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks ist gewahrt, da der von der Vormerkung betroffene Rechtsinhaber im Zeitpunkt von deren Bestellung zugleich Schuldner des aufschiebend bedingten Anspruchs ist. Es bleibt zu hoffen, daß der BGH demnächst die Rechtsfrage wie *Gursky* entscheiden wird. Die Gelegenheit hierzu wurde ihm durch einen Vorlagebeschluß des BayObLG (MittBayNot 1996, 433), das wie *Gursky* argumentiert, vor kurzem eröffnet.

Zur Eintragung einer Vormerkung bei Ansprüchen auf Erhöhung von Erbbauzinsrealasten führt *Gursky* aus, daß seit der Neufassung des § 9 II ErbbVO durch das am 1.10.1994 in Kraft getretene SachRändG eine echte Gleitklausel zum Inhalt einer Erbbauzinsrealast gemacht werden kann und daß in diesen Fällen dann die Bestellung einer Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Anpassung des Zinses entbehrlich ist (§ 883 Rdnr. 94). Diese Auffassung wurde durch das BayObLG aufgrund der Entstehungsgeschichte trotz des nicht ganz klaren Gesetzeswortlauts zwischenzeitlich bestätigt (MittBayNot 1996, 372 mit zust. Anm. *Ring*). Für den Leser ist diese Kommentierung hilfreich, zumal die 13. Bearbeitung der ErbbVO durch *Ring* dem Stand der Gesetzgebung vom Januar 1994 entspricht und demzufolge die Gesetzesänderung noch nicht berücksichtigen konnte.

In dem einzigen bisher zum Familienrecht in der 13. Bearbeitung vorliegenden Band vertritt *B. Thiele* wie bereits in der 12. Auflage unverändert die Minderheitsauffassung, wonach im Fall des Abschlusses eines Ehevertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter die Nachgenehmigung des Vertretenen immer der Form des § 1410 BGB bedarf (vgl. § 1410 Rdnr. 6).

Während *Schöner* in seiner Rezension zur 12. Auflage aufgrund der Pflicht des Notars, den sichersten Weg zu wählen, die Empfehlung aussprach, aus dieser Kommentierung Konsequenzen zu ziehen (MittBayNot 1986, 160, 161), geht *Langenfeld* in der 1996 erschienenen 3. Auflage seines Handbuchs der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (vgl. dazu die Besprechung von *Grziwotz* in MittBayNot 1996, 360) nach wie vor von der Formfreiheit der Nachgenehmigung aus, ohne hiervon abweichende Meinungen anzusprechen (Rdnr. 17). Festgehalten wird von *B. Thiele* ebenfalls an der schon in der 12. Auflage geäußerten Minderheitsansicht über den Vorrang des § 1412 BGB gegenüber den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (§ 1412 Rdnr. 47 ff.). Demzufolge würde die Eintragung der Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister den gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks von einem im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragenen, tatsächlich aber in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten trotz § 892 BGB stets ausschließen. Dem ist bereits *Schöner* (a.a.O.) unter Hinweis auf die Verkehrsschutzfunktion des Grundbuchs mit Recht entgegengetreten.

Die Kommentierung der Regelungen über den Versorgungsausgleich durch Ehevertrag (§§ 1408 II, 1414 S. 2 BGB) hat nunmehr *Eichenhofer* übernommen. Dieser trägt – wie bereits *Ruland* in der 12. Auflage – anschaulich die Argumente im Streit um die Zulässigkeit eines Teilausschlusses und von Modifikationen des Versorgungsausgleichs zusammen und zeigt dann, nachdem er sich im Einklang mit der h. M. grundsätzlich für die Möglichkeit hierzu entschieden hat, in einer informativen Übersicht Grenzen und Gestaltungen im Rahmen von Vereinbarungen nach § 1408 II BGB auf (§ 1408 BGB Rdnr. 51 ff.). Soweit *Eichenhofer* es in diesem Zusammenhang zulassen will, den Ausschluß des Versorgungsausgleichs von einem Scheidungsverschulden abhängig zu machen (vgl. § 1408 Rdnr. 63), entspricht dies gleichfalls der Linie des BGH. Dessen Beschluß in MittBayNot 1996, 441 lag eine Vereinbarung über den Ausschluß des Versorgungsausgleichs zugrunde, die durch den Zusatz ergänzt war, daß im Fall einer Ehescheidung derjenige Ehegatte, der unter der Herrschaft des alten Scheidungsrechts ohne Verschulden geschieden worden wäre, von dem anderen verlangen konnte, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie wenn der Versorgungsausgleich nicht ausgeschlossen worden wäre. Der BGH prüfte den Sachverhalt allein unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Verstoßes gegen § 138 BGB, ohne die Abhängigkeit des Versorgungsausgleichs vom Verschulden an der Scheidung überhaupt zu problematisieren. Die Grenzen der Sittenwidrigkeit eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs zieht der BGH allerdings in der zitierten Entscheidung enger als *Eichenhofer* (vgl. § 1408 Rdnr. 62). So hält letzterer den Versorgungsausgleich (gemeint ist sicherlich der Ausschluß desselben) für unwirksam, wenn dieser offenkundig der Interessenlage eines Ehegatten widerspricht, und führt als Beispiel hierfür eine Hausfrauenehe mit fünf Kleinkindern an. Demgegenüber ist nach Ansicht des BGH der Ausschluß des Versorgungsausgleichs nicht schon dann sittenwidrig, wenn er in Kenntnis des Umstands vereinbart wird, daß der andere Teil nicht in der Lage sein wird, eine eigene Altersversorgung aufzubauen, und daher die Gefahr besteht, daß er im Scheidungsfall der Sozialhilfe anheimfällt. Um Sittenwidrigkeit zu begründen, müssen laut BGH vielmehr besondere Umstände hinzutreten. Im Gegensatz zu *Eichenhofer* nimmt der BGH auch keine Sittenwidrigkeit an, wenn die Frau bei Abschluß des Ehevertrages ein Kind erwartet und dessen Vater die Eheschließung vom vorherigen Ausschluß des Versorgungsaus-

gleichs abhängig macht. Gewiß handelt es sich hierbei jeweils um Wertungsfragen, die man durchaus auch mit gewichtigen Gründen wie *Eichenhofer* entscheiden könnte. In der Rspr. des BGH scheint sich jetzt jedoch eine Tendenz abzuzeichnen. So hat dieser in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem genannten Beschluß gleichfalls entschieden, daß ein Ehevertrag, in dem bei einer bestehenden Hausfrauenehe Gütertrennung vereinbart, der Versorgungsausgleich ausgeschlossen und auf nahehelichen Unterhalt verzichtet wird, nicht deshalb wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist, weil ein Vertragsteil in einer Ehekrise den Versuch, die Ehe fortzusetzen, vom Abschluß eines derartigen Vertrags abhängig macht (BGH in diesem Heft S. 40).

Die Kommentierung des Erbrechts ist in der 13. Bearbeitung ebenfalls durchgehend gut gelungen. Exemplarisch genannt seien nur die Erläuterungen *Reimanns* zur Testamentvollstreckung. Dessen Erkenntnis, daß auch ein Kommanditanteil grundsätzlich einer Testamentvollstreckung unterliegen kann (§ 2197 Rdnr. 29; § 2205 Rdnr. 124 ff.) hat sich inzwischen in der Rspr. durchgesetzt (BGH MittBayNot 1989, 323). Im Gegensatz zu *Reimann* (Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rdnr. 102 ff.; § 2205 Rdnr. 134 f.) verneint allerdings das KG (MittBayNot 1996, 53 mit Anm. *Weidlich*) die Eintragungsfähigkeit eines Testamentvollstreckervermerks in das Handelsregister. Soweit *Reimann* von dem Grundsatz, daß ein Testamentvollstreckervermerk in das Grundbuch nicht ohne gleichzeitige Eintragung der Erben eingetragen werden darf, eine Ausnahme für den Fall der Entbehrlichkeit der Eintragung des Erben gemäß § 40 GBO zuläßt (Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rdnr. 95; ebenso LG Bamberg MittBayNot 1965, 187), ist zu ergänzen, daß es das BayObLG in einem nach Abschluß der Kommentierung ergangenen Beschluß unter Hinweis auf ein mangelndes Bedürfnis hierfür abgelehnt hat, in dieser Konstellation von der Regel abzuweichen (MittBayNot 1996, 33).

Aus dem Bereich des IPR haben die Ausführungen *Großfelds* aus dem Jahr 1993 zu Formfragen im Band Internationales Gesellschaftsrecht jüngst Bestätigung durch eine vielbeachtete Entscheidung des LG Augsburg (MittBayNot 1996, 318) erhalten. *Großfeld* begründet zunächst eingehend, warum entgegen dem Wortlaut des Art. 11 I 2. Alt. EGBGB bei der Vornahme gesellschaftsrechtlicher Akte die Beachtung der Ortsform nicht ausreicht, sondern sich die Form ausschließlich nach dem Wirkungsstatut, also nach dem Gesellschaftsstatut, richtet (Rdnr. 413 ff.). Dem hat sich das LG Augsburg auch für den Abschluß eines Verschmelzungsvertrages nach dem neuen Umwandlungsrecht ausdrücklich angeschlossen. In den Fällen, in denen danach die deutschen Formvorschriften zur Anwendung gelangen und diese notarielle Beurkundung vorsehen, stellt sich im Anschluß das praxisrelevante Substitutionsproblem, ob die ausländische Beurkundung das deutsche Beurkundungserfordernis erfüllt. Konkret für den Schweizer Notar verneint *Großfeld* diese Frage namentlich für Gesellschaftsgründungen sowie Umwandlungen und Verschmelzungen nach dem alten Umwandlungsrecht (Rdnr. 435 ff.). Die dabei von ihm vorgetragene Argumente (fehlende Vergleichbarkeit der Stellung und Funktion des Notars sowie Sachkunde im deutschen Gesellschaftsrecht, Richtigkeitsgewähr der Beurkundung, mangelnde Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit eines Vertrauens auf frühere gegenteilige Rspr. u. a.) finden sich weitgehend wieder in der Begründung des zitierten Beschlusses, in dem das LG Augsburg das Formerfordernis der notariellen Beurkundung gemäß §§ 6, 13 III UmwG bei einer Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages durch einen Züricher Notar als nicht erfüllt erachtet.

Aus *Stolls* Kommentierung des Internationalen Sachenrechts ist einmal die ausgesprochen instruktive Übersicht über die sachenrechtlichen Kollisionsnormen verschiedener ausländischer Rechtsordnungen sowie über wichtiges Schrifttum zu den einzelnen Rechtskreisen hervorzuheben. Ferner ist positiv zu vermerken, daß die von *Schöner* zur 12. Auflage geäußerte Kritik an den zahlreichen zwar platzsparenden, aber nicht sonderlich benutzerfreundlichen Verweisungen auf die Voraufgabe (MittBayNot 1986, 160, 162) nicht ungehört verhallte.

Nur vier Jahre nach seinem Erscheinen in der 12. Auflage liegt der Band des *Staudinger*, in dem der fünfte (Übergangsrecht aus Anlaß jüngerer Änderungen des BGB und des EGBGB) und sechste (Inkrafttreten und Übergangsrecht aus Anlaß der Einführung des BGB und des EGBGB in dem in

Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet) Teil des EGBGB kommentiert werden, in der 13. Bearbeitung vor. Die zahlreichen Änderungen der Gesetzeslage und Rspr. in diesem Bereich erforderten eine kurzfristige Aktualisierung. Allein der Umfang der Kommentierung zum sechsten Teil von annähernd 850 Seiten läßt die Tiefe der Durchdringung dieses Stoffs erahnen. Ergänzt wird die Darstellung durch einen praktischen Anhang, der auf über 100 Seiten wichtige Gesetze und Verordnungen der ehemaligen DDR enthält und somit langes Suchen erspart.

Der Fertigstellung der weiteren Bände des *Staudinger* in der 13. Bearbeitung darf mit großem Interesse entgegengeblickt werden.

Notarassessor *Dr. Johann Mayr*, München

**Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung. [Mit Checklisten, Vertragsmustern und Formulierungshilfen; mit Formular-CD]. Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne/Berlin 1996, LVI, 857 Seiten, geb. DM 230,-.**

Seit gut zwei Jahren sammelt die Praxis nun ihre Erfahrungen mit dem neuen Umwandlungsrecht. Konnte bei Verschmelzung und Formwechsel von Kapitalgesellschaften zur Auslegung der neuen Bestimmungen zumindest teilweise auf Bekanntes zurückgegriffen werden, so wurde das Rechtsinstitut der Spaltung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge erstmals umfassend geregelt. Die Zahl von 200 Anfragen zum Umwandlungsrecht an das Deutsche Notarinstitut spricht eine deutliche Sprache zu der noch bestehenden Unsicherheit beim Umgang mit dem neuen Recht. Mit dem hier anzuzeigenden Werk liegt nun eine umfassende und systematische, zudem aktuelle und reichhaltig ausgestattete Gesamtdarstellung des neuen Umwandlungsrechts vor.

Das Handbuch ist in fünf Abschnitte gegliedert. Einer knappen Einführung zu historischen, rechtspolitischen und dogmatischen Grundlagen des neuen Umwandlungsrechts folgen drei große Teile zu Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, bevor das Werk mit einem Überblick über steuerliche Aspekte der Umwandlung abschließt. Ausgespart bleibt die Vermögensübertragung. Zur kostenrechtlichen Behandlung von Umwandlungen wird das einschlägige Rundschreiben der Notarkasse im Wortlaut wiedergegeben. Zu den einzelnen Umwandlungsarten werden die für alle Rechtsträger gemeinsamen Probleme jeweils in einem Grundlagen-Kapitel vorweg abgehandelt; es folgen dann – mit beeindruckendem Detailreichtum, aber dennoch aus einem Guß geschrieben – Son-

derprobleme für die beteiligten Rechtsträger. Eine Vielzahl von Checklisten mit den anzuwendenden Vorschriften hilft dem Leser, im Dickicht der Verweisungen des Umwandlungsgesetzes die Übersicht zu behalten. Diesem besonderen Teil sind sehr knapp und prägnant gehaltene Muster beigegeben, jeweils für die Varianten Aufnahme und Neugründung: Umwandlungsverträge, Musterschreiben für die Einberufung der Versammlungen der Anteilseigner, Zustimmungsbeschlüsse der beteiligten Rechtsträger und Registeranmeldungen. Daß die Muster auch auf CD-ROM beigegeben sind, ist innerhalb des Genres der Handbuchliteratur sicherlich äußerst fortschrittlich, hat aber den Nachteil, daß sie auch derjenige mitkaufen muß, der über die entsprechende Hardware nicht verfügt und mit der CD letztlich nichts anfangen kann.

Es macht den besonderen praktischen Wert dieses Handbuchs aus, daß es auch den im Umwandlungsrecht weniger erfahrenen Leser behutsam in die komplexe Problematik einführt, dann aber sehr schnell und wissenschaftlich vertieft zu den Einzelproblemen vordringt. Der Diskussionsstand wird dann knapp, aber präzise, zuverlässig und vollständig referiert und zu praxisgerechten Ergebnissen gebracht. Zu einigen Einzelheiten:

Breiten Raum widmet die Darstellung von *Limmer* dem Kapitalschutz der beteiligten Rechtsträger (Rdnr. 241 ff.), insbesondere den Problemen der Verschmelzung bei Schwestergesellschaften (Rdnr. 240) und überschuldeter übertragender Gesellschaft (Rdnr. 241 ff.). Er weist darauf hin, daß es zum Schutz der Gläubiger erforderlich ist, daß im Zuge einer Umwandlung die ursprünglich vorhandene Haftungsmasse erhalten bleibt (Rdnr. 62). Ob die dafür vorgesehenen Schutzvorschriften (§§ 22, 24, 25, 125, 133, 204 UmwG) ausreichen, ist



durchaus fraglich, und zwar nicht nur im Bereich der Spaltung, sondern auch im Bereich der Verschmelzung, weil es (abgesehen von einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung) keine Bestimmung darüber gibt, um welchen Betrag das Kapital beim übernehmenden Rechtsträger erhöht werden muß (Rdnr. 252 a.E., 258 zur Verschmelzung, Rdnr. 1063 f. zur Spaltung). Zulässig ist daher auch eine nur ganz geringfügige Kapitalerhöhung (Rdnr. 240). Dies entspricht *de lege lata* der bei weitem herrschenden Auffassung (vgl. *Widmann/Mayer*, § 55 Rdnr. 35 und § 36 Rdnr. 58 ff. m.w.N.; *Dehmer*, UmwG/UmwStG, 2. Aufl., § 56 Rdnr. 5). Man wird dann aber in Kauf nehmen müssen, daß das Institut der Verschmelzung auch dazu eingesetzt werden kann, unter Umgehung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung gebundenes Kapital oder auch „gefährdete“ eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen dadurch freizumachen, daß man die Gesellschaft auf eine eigens zu diesem Zweck gegründete und mit dem Mindeststammkapital ausgestattete GmbH verschmilzt und bei dieser das Kapital nur geringfügig erhöht.

Die Zulässigkeit der – in der Praxis bedeutsamen – Verschmelzung auf den Alleingesellschafter auch dann, wenn eine Eintragung im Handelsregister des Zielrechtsträgers nicht möglich ist (Minderkaufmann, Freiberufler), ist durch ein Urteil des OLG Zweibrücken (NJW 1996, 3282; teilweise zustimmend *Dehmer/Stratz*, DB 1996, 1071; vgl. auch *Dehmer*, UmwG/UmwStG, § 122 Rdnr. 2; *Felix*, DSStR 1996, 658 ff.) in die Diskussion geraten. Der Gesetzgeber hat die Problematik übersehen. *Limmer* (Rdnr. 967 ff.) schließt sich der überwiegenden (*Widmann/Mayer*, § 120 Rdnr. 18 m.w.N.; *Heckschen*, ZIP 1996, 450; *Priester*, DB 1996, 413 ff.) Meinung im Schrifttum an, die im Wege der systematischen Auslegung zur Zulässigkeit der Verschmelzung auf eine natürliche Person auch dann kommt, wenn diese nicht im Handelsregister eingetragen werden kann. Dies entspricht dem Bedürfnis der Praxis und der Intention des Gesetzgebers und soll auch im Zuge der Handelsrechtsreform durch eine Klarstellung ausdrücklich in § 122 Abs. 2 UmwG verankert werden.

Während des Gesetzgebungsverfahrens war besonders umstritten, welche Auswirkungen Umwandlungsvorgänge auf die Rechte der Arbeitnehmer der betroffenen Unternehmen, insbesondere auf die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, haben können und wie deren Schutz gewährleistet werden kann. Dies hat sich bei der Auslegung, etwa des im letzten Moment eingefügten § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG, fortgesetzt. Das Gelingen eines Umwandlungsvorhabens kann davon abhängen, welche Pläne zu offenbaren sind und welche nicht. *Frenz* (Rdnr. 148; ebenso *Engelmeyer*, DB 1996, 2542) plädiert hier für eine eher weite Auslegung und will auch mittelbare Folgen für die Arbeitnehmer (z.B. projektierte Handlungskonzepte) einbeziehen. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit meint er im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut in Kauf nehmen zu müssen. Dies erscheint nicht zwingend (ausführlich *Sagasser/Bula*, Umwandlungen, Rdnr. G 52; *Widmann/Mayer*, § 5 Rdnr. 182 ff.; *Dehmer*, UmwG/UmwStG, § 5 Rdnr. 48.). In Übereinstimmung mit der h.M. verneint *Frenz* aber unter Hinweis auf den Schutzzweck des § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG ein Anfechtungsrecht der Anteilsinhaber bei unrichtigen Angaben und nimmt ein Eintragungshindernis nur bei offenbar unrichtigen Angaben an (Rdnr. 159).

Die Pflichten bei der Zuleitung des Umwandlungsvertrages oder seines Entwurfs an den Betriebsrat (§§ 5 Abs. 3, 126 Abs. 3, 194 Abs. 2 UmwG) sind für den Geschmack des Rezensenten etwas knapp abgehandelt worden. Diese werfen

doch in der Praxis einige Zweifelsfragen auf, etwa welcher Betriebsrat bei mehreren Betriebsstätten oder im Konzern der maßgebliche ist oder in welchen Fällen bei Änderungen des zugeleiteten Entwurfs eine erneute Zuleitungspflicht ausgelöst wird (ausführlich *Engelmeyer*, DB 1996, 2542 ff.). Neuerdings wird auch noch die Berechnung der Frist diskutiert (vgl. *Berg*, WiB 1996, 932). Daß Fristberechnungen ihre Tücken haben, zeigt der Fehler, der sich in das Beispiel in Rdnr. 520 eingeschlichen hat. Die Konsequenzen einer Mißachtung der Zuleitungspflicht sind einschneidend: Eintragungshindernis gem. § 17 Abs. 1 UmwG; evtl. Ablauf der 8-Monats-Frist gem. § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG und damit Scheitern der Umwandlung (vgl. näher *Widmann/Mayer*, § 5 Rdnr. 264 f.; *Dehmer*, UmwG/UmwStG, § 5 Rdnr. 58; *Sagasser/Bula*, Umwandlungen, Rdnr. G 53.)

Im Bereich des Spaltungsrechts würde die Auslegung des § 132 UmwG nach seinem Wortlaut dazu führen, daß die Überleitung von Vermögensteilen des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen der Spaltung ebenfalls den bei Einzelrechtsnachfolge geltenden Beschränkungen unterliegen würde. Damit hätte das neue Recht für die Durchführung einer Spaltung – entgegen der Absicht des Gesetzgebers – keine nennenswerte Erleichterung gebracht (*Mayer*, GmbH 1996, 403; *Kallmeyer*, GmbH 1996, 242.). *Limmer* geht mit der einhelligen Meinung in der Literatur daher davon aus, daß die Vorschrift „nur bei vom Wortlaut deutlich abweichender Auslegung wirtschaftlich und rechtlich sinnvolle Ergebnisse ermöglicht“ (Rdnr. 1006). Im einzelnen ist vieles streitig. *Limmer* verneint die Anwendbarkeit der §§ 414, 415 BGB (Rdnr. 1013) und befürwortet grundsätzlich die Möglichkeit der Überleitung von Vertragsverhältnissen auch ohne Zustimmung des anderen Vertragspartners. Ausreichenden Gläubigerschutz sieht er über § 133 Abs. 1 UmwG gewährleistet (Rdnr. 1008 f). In jedem Fall sollen (auch staatliche) Genehmigungserfordernisse die Wirksamkeit und Eintragungsfähigkeit der Spaltung nicht hindern, sondern nur den Rechtsübergang am einzelnen Vermögensgegenstand bis zum Vorliegen der Genehmigung aufschieben (Rdnr. 1009 f).

Das Umwandlungsgesetz kommt nicht nur den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Es bietet auch (wenngleich sicherlich nicht das Hauptanliegen des Gesetzes) für die Notare neue Chancen und ein weites Betätigungsfeld. In kaum einem anderen Gesetz ist an so vielen und zentralen Stellen die Beurkundung vorgeschrieben. Hier hat sich in der Praxis die Frage gestellt, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar für § 6 UmwG genügt. Dies wird im Handbuch immer wieder nachdrücklich und überzeugend mit Argumenten verneint (besonders Rdnr. 112 ff., 353 ff.; 1541 ff.), die sich zunehmend durchsetzen (*Goette*, DSStR 1996, 709; LG Augsburg, MittBayNot 1996, 318). Das Ausweichen auf die „billigeren“ Länder hat daher in letzter Zeit deutlich an Attraktivität verloren.

Daß die Notare der Herausforderung durch das neue Recht Stand halten können, dazu leistet das Handbuch als verlässlicher Führer durch das Umwandlungsrecht einen wichtigen und verdienstvollen Beitrag. Es eignet sich als Nachschlagewerk zur Lösung von Einzelfällen und als fundierte Anleitung zur Gestaltung und Durchführung von Umwandlungen ebenso, wie es Freude macht, es einfach von vorne bis hinten durchzulesen. Der „*Neue/Limmer/Frenz/Harmacke*“ wird in der Standardliteratur zum Umwandlungsrecht seinen festen Platz finden.

Notarassessor *Dr. Stefan Kurz*, Regen

**Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht. Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Martin Heidenhain und Rechtsanwalt und Notar Dr. Burkhardt W. Meister. 4., neubearbeitete und erweiterte Auflage 1996. 1601 Seiten. DM 268.– (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München).**

1. Dieses für die tägliche Praxis des in der Gestaltung von Rechtsgeschäften tätigen beratenden Juristen äußerst nützliche und, wie ich meine, unentbehrliche Werk liegt jetzt in 4., neubearbeiteter und erweiterter Auflage vor. Das Konzept des Gesamtwerkes (Münchener Vertragshandbuch) ist auf vier Bände, nämlich „Gesellschaftsrecht“, „Handels- und Wirtschaftsrecht“, „Wirtschaftsrecht“ und „Bürgerliches Recht“ (in nun sechs Teilbänden) angelegt.

Der Band 1 (Gesellschaftsrecht) ist in 4. Auflage erschienen; die übrigen Bände sind derzeit noch in Vorbereitung.

Der Band 1 (Gesellschaftsrecht) behandelt alle Gesellschaftsformen von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts samt Partnerschaftsgesellschaft über die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die GmbH und die AG bis zur Genossenschaft, Stiftung, Stille Beteiligung, Unterbeteiligung und gesellschaftsrechtliche Treuhand.

Hier finden sich weiterhin Unternehmensverträge, Eingliederung und Verschmelzung, Spaltung sowie die formwechselnde Umwandlung. Abschließend finden sich Verträge zu Gesellschaften in den neuen Bundesländern sowie zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung.

Während die Kapitel über die OHG, die KG, die Genossenschaft und die Stiftung sowie die Kapitel über die Stille Beteiligung, Unterbeteiligung, gesellschaftsrechtliche Treuhand, über die Gesellschaften in den neuen Bundesländern und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung weitgehend unverändert blieben, haben umfangreiche Gesetzesänderungen, die das Gesellschaftsrecht seit Erscheinen der Voraufgabe erfahren hat, bis zum Abschluß der Bearbeitungen zum Jahresende 1995 eine Erweiterung der übrigen Kapitel erforderlich gemacht.

So hat das am 1.7.1995 in Kraft getretene Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe vom 25.7.1994 (PartGG, BGBl. I, S. 1744) eine neue Gesellschaftsform geschaffen, in der sich Angehörige freier Berufe zur Berufsausübung zusammenschließen können.

Dies führte zur Erweiterung des Kapitels über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und zur Aufnahme eines Modells über einen einfachen Partnerschaftsvertrag sowie einer Anmeldung der Errichtung einer Partnerschaft zum Partnerschaftsregister.

Das Kapitel über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde im Bereich der Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen um ein weiteres Formular zum Thema der Vermeidung verdeckter Sacheinlagen ergänzt.

Das Formular geht von einem Sachverhalt aus, dessen Einordnung als Bar- oder (verdeckte) Sacheinlage zweifelhaft ist. Demnach läßt es auch offen, ob es sich letztlich um Bar- oder (verdeckte) Sacheinlagen handelt.

Die Offenlegung der erbrachten Einlagen im Kapitalerhöhungsbeschluß und in der Übernahmeerklärung sowie die registergerichtliche Kontrolle aufgrund der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen sollen die verschärften Anforderungen an Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen sicherstellen.

Die Anmerkungen zu diesem Formular zur Thematik der Heilung verdeckter Sacheinlagen sind bereits durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überholt, der nunmehr eine Heilung verdeckter Sacheinlagen durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage zugelassen hat (BGH Beschl. v. 4.3.1996; MittBayNot 1996, S. 222).

Diese Rechtsprechung gibt sicherlich Anlaß zur Aufnahme weiterer Muster zu diesem Themenkomplex in der nächsten Auflage – dies nur als Anregung –.

Positiv fällt im Rahmen der Bearbeitung des Themenkomplexes GmbH auch die Einarbeitung der Neuregelungen (§§ 57 c-o bzw. 58 a-f GmbHG) im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sowie der vereinfachten Kapitalherabsetzung in den entsprechenden Mustern bzw. Anmerkungen auf.

Wesentliche Neuerungen hat auch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994 mit sich gebracht.

Mußten sich nach der bisherigen Fassung von § 2 AktG an der Gründung einer Aktiengesellschaft mindestens fünf Personen beteiligen, so läßt die Neufassung des Aktiengesetzes nunmehr die Gründung einer Aktiengesellschaft durch einen einzelnen Gründer gesetzlich zu.

Diese gesetzlichen Neuerungen führten dazu, daß das Kapitel V. (Aktiengesellschaft) um insgesamt 24 Formulare erweitert worden ist; neu sind hier insbesondere Muster zur Ein-Mann-Gründung, zu den Aktionärsrechten im Zusammenhang mit der Hauptversammlung und zum Poolvertrag mit Stimmrechtsbindung.

So finden sich u. a. z.B. auch Muster über die Einberufung der ordentlichen Hauptversammlung durch eingeschriebenen Brief und einer Niederschrift über eine außerordentliche Hauptversammlung in Form einer Vollversammlung.

In das Recht der Unternehmensverträge wurden durch das Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts mit Wirkung ab 1.1.1995 erweiterte Berichts-, Prüfungs- und Informationspflichten der §§ 293 a bis 293 g AktG eingeführt.

Dies führte zu einer Erweiterung des Kapitel IX. (Unternehmensverträge) und zur Aufnahme zweier Formulare über einen „Bericht über den Unternehmensvertrag nach § 293 a AktG“ und die „Prüfung des Unternehmensvertrages nach § 293 b AktG“.

Die Reform des Umwandlungsrechts und die seit dem 1.1.1995 geltende völlige Neufassung des handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzes hat zu einer völligen Umstrukturierung der bisherigen Kapitel IX. und X. geführt.

Der Verschmelzung nach dem neugefaßten Umwandlungsgesetz ist nunmehr ein eigenes Kapitel X. gewidmet.

Völlig neu geschrieben wurden die Kapitel XI. (Spaltung) und XII. (Formwechselnde Umwandlung).

2. Nach altbewährter Methode werden zu Beginn eines jeden formularmäßig behandelten Gebietes in der Regel Formulare für Gründung und Anmeldung nebst dem jeweiligen Grundmodell des Gesellschaftsvertrages dargestellt, um anschließend dann auf schwierigere oder ausführlichere Gestaltungen überzugehen.

Es folgen dann jeweils die Veränderungen, die das Bestehen einer Gesellschaft im Laufe der Zeit mit sich bringt, wie Änderungen des Kapitals, des Gesellschaftsverhältnisses, des Kreises der Gesellschafter samt der Beteiligungsabtretung.

Den jeweiligen Mustern folgen systematisch aufgebaute und gegliederte hervorragende Anmerkungen, die die vorher formularmäßig verarbeitete Materie kommentarähnlich und mit einer für ein Formularbuch erstaunlichen Gründlichkeit aufarbeiten. Diese Anmerkungen sind zudem versehen mit einem äußerst ergiebigen Schrifttumsverzeichnis sowie zahlreichen weiterführenden Hinweisen auf Rechtsprechung, Kommentare und Literatur, die es dem Benutzer leicht machen, über einen ersten Einstieg in einen Themenkomplex hinaus sich vertieft mit dem jeweiligen Sachgebiet zu beschäftigen.

Diese umfangreichen Kommentierungen führen zudem dazu, die Gefahr einer allzu kritiklosen Übernahme der angebotenen Muster – die allen Formularbüchern innewohnt – zu bannen. Das Durcharbeiten der Anmerkungen zusammen mit dem angebotenen beispielhaften Formular erleichtert es dem Bearbeiter, für einen konkreten Lebenssachverhalt eine passende vertragliche Gestaltung zu finden.

Am Münchner Vertragshandbuch kann daher ein Kautelarjurist nicht vorbeigehen. Es ist für die Vertragsgestaltung unentbehrlich und zudem bei richtiger Benutzung als Ratgeber in allen behandelten Gebieten besonders zu empfehlen.

3. Abschließend seien mir noch einige wenige Anmerkungen zu Formularen bzw. Formularbestandteilen erlaubt, die keinesfalls den Wert des Buches schmälern, sondern allenfalls auch Anregungen für Neuauflagen sein sollen:

a) So ist z.B. in den ausführlicheren Gesellschaftsverträgen einer GmbH in dem Abschnitt über die Einziehung von Geschäftsanteilen als Einziehungsgrund immer noch, wie auch in den Voraufgaben, der Tatbestand aufgeführt, daß ein Gesellschafter Auflösungsklage erhebt (Form. IV 19 § 14 (2)d; IV 20 § 21 (2)d; IV 21 § 18 (2)h).

Zwar ist in den Anmerkungen ein Hinweis auf die Strittigkeit dieses Einziehungsgrundes aufgeführt; nach der Rechtsprechung des BayObLG ist jedoch eine Bestimmung nichtig, in der die Einziehung auch für den Fall vorgesehen wird, daß ein Gesellschafter Auflösungsklage nach § 61 GmbHG erhebt (BayObLG DB 1978, 2164).

b) Die in der Anmeldung einer Aktiengesellschaft zum Handelsregister enthaltene pauschale Versicherung der Mitglieder des Vorstands, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Be-

stellung nach § 76 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG entgegenstehen, genügt nach Ansicht vieler Registergerichte nicht.

Die Versicherung in der Anmeldung gem. § 76 AktG muß vielmehr die gesetzlichen Bestellungshindernisse im einzelnen aufzählen und jedes Hindernis verneinen, so wie auch die Anmeldung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Handelsregister.

Die Registergerichte berufen sich hierbei auf eine Entscheidung des BayObLG, veröffentlicht im Betriebsberater 1984, S. 238, die zur Versicherung eines GmbH-Liquidators ergangen ist.

c) Zu den Formularen des Kapitels X. (Verschmelzung) sei generell angemerkt, daß eine Verschmelzung, wie auch in den Anmerkungen erläutert, nicht nur zwischen Kapitalgesellschaften, sondern auch zwischen Personengesellschaften sowie zwischen Kapital- und Personengesellschaften möglich ist. Wünschenswert wäre hierbei die Aufnahme einiger Muster unter Beteiligung von Personengesellschaften, insbesondere einer GmbH & Co. KG, gewesen, wenngleich in diesem Zusammenhang in der Praxis häufig mit Anwachsungsmodellen gearbeitet wird.

Gänzlich fehlt auch ein Muster zu der in der Praxis häufig vorkommenden Fallgestaltung der Verschmelzung einer GmbH auf ihren Alleingesellschafter.

d) Erschöpfend dargestellt ist dagegen der gesamte Themenkomplex der formwechselnden Umwandlung, in der nahezu keine mögliche Fallgestaltung unerwähnt bleibt.

Zu der Variante Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG sei angemerkt, daß die Beteiligung der Komplementär-GmbH am Vermögen der durch Formwechsel entstehenden KG wohl nicht zwingend erforderlich ist. Dies gilt v.a. für die in der Praxis i.d.R. vorkommende Fallgestaltung, daß die als Komplementär-GmbH vorgesehene GmbH einen Minianteil an der formwechselnden GmbH nur treuhänderisch erwirbt.

In diesem Fall kann wohl bedenkenlos vereinbart werden, daß die GmbH zwar Gesellschafter der KG wird, aber ohne Kapitaleinlage.

Notarassessor *Günther Lindner*, München

**Bürgerliches Recht**

1. BGB §§ 164, 313 Satz 1 (*Rechtsschein bei unwirksamer Vollmacht; Bezugnahme auf Anlagen zur Niederschrift*)

**Bei einer nicht wirksam beurkundeten Vollmacht kann eine Haftung aus wesentlich veranlaßtem Rechtsschein auch dann zu bejahen sein, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint.**

BGH, Urteil vom 22.10.1996 – XI ZR 249/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin verlangt als Rechtsnachfolgerin der B.-Bank AG (künftig: B.) von der Beklagten die teilweise Rückzahlung zweier zum Erwerb von zwei Eigentumswohnungen gewährter Darlehen.

Im Jahre 1984 beabsichtigte die Beklagte, sich an einer Bauherrengemeinschaft zu beteiligen und zwei Eigentumswohnungen in M. zu erwerben. Mit notariell beurkundeter Erklärung bot sie der G.-GmbH (künftig: G.) den Abschluß eines umfassenden Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages an. Darin war vorgesehen, daß die G. die Beklagte bei der Abwicklung des Vorhabens vertreten und eine entsprechende Vollmacht erhalten sollte. Dieses Angebot nahm G. durch notariell beurkundete Erklärung an. Durch Schreiben vom 6.12.1984 teilte die B. der Beklagten mit, daß für sie durch G. bei ihr zwei Konten errichtet worden seien, auf denen nach entsprechender Bonitätsprüfung die von der G. hereingegebenen Belastungen vorgenommen werden würden. Vertreten durch die Treuhänderin G. ließ sich die Beklagte bei der B. 1984 auf beiden Konten ein Kreditvolumen in Höhe von jeweils 134.700 DM einräumen. Diese Kredite wurden durch Überweisungsaufträge der G. an Dritte voll ausgeschöpft.

Die Klägerin hat die Kredite fristlos gekündigt. Sie behauptet, daß die Schuld der Beklagten nach Abzug des Erlöses aus der späteren Zwangsversteigerung der beiden Wohnungseinheiten noch über 145.000 DM bzw. über 140.000 DM betrage. Hiervon macht sie mit der Klage jeweils eine Teilforderung in Höhe von 50.000 DM, insgesamt 100.000 DM nebst Zinsen, geltend.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung. Sie macht geltend, der Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag sei nicht wirksam beurkundet und die G. nicht wirksam bevollmächtigt worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Mit der durch den Streithelfer unterstützten Revision verfolgt die Klägerin die Klage weiter.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

*Aus den Gründen:*

I. ...

II. Das Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht gelangt ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, daß die notarielle Form nicht eingehalten worden ist. Die notarielle Vollmacht, von der die Treuhänderin G. bei der Begründung der Darlehensverbindlichkeiten Gebrauch gemacht hat, ist unwirksam.

a) Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, entbehrte der am 10.12.1984 zwischen der G. und der Beklagten geschlossene Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag der in § 313 Satz 1 BGB vorgeschriebenen Form. Er war deshalb gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Der Treuhandvertrag war beurkundungsbedürftig, weil er mit einem von den Beteiligten beabsichtigten Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bilden sollte. Hierfür ist entscheidend, daß Treuhandvertrag, Grundstückserwerb und die Errichtung der Eigentumswohnungen nach den Vorstellungen der Beteiligten untrennbar voneinander abhängig sein sollten (vgl. Senatsurteil vom 17.5.1994 – XI ZR 117/93 = NJW 1994, 2095 m.w.N. [= MittBayNot 1994, 371]). Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages erfaßte nach § 139 BGB auch die in Ziffer 2 und 3 enthaltene notarielle Vollmacht.

b) Die notarielle Form wurde nicht eingehalten, weil ein wesentlicher Bestandteil des Treuhandvertrages, die nach der Behauptung der Klägerin als Anlage a) I, 1 beigefügten „Besonderen Bedingungen“, nicht mitbeurkundet wurde (§§ 1 Abs. 1, 8, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG). Dagegen wendet sich die vom Streithelfer der Klägerin unterstützte Revision ohne Erfolg.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen muß die Niederschrift die Erklärungen der Beteiligten enthalten. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß Erklärungen, die als Anlage der Niederschrift beigefügt werden, nur dann als in der Niederschrift selbst enthalten gelten, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die Verweisung muß als Erklärung der Beteiligten protokolliert werden und den Willen erkennen lassen, daß die Erklärungen in der beigefügten Anlage ebenfalls Gegenstand der Beurkundung sein sollen. Die Verweisung muß daher insbesondere klar ergeben, welche Schrift unter den Anlagen gemeint ist, so daß über den Gegenstand der Beurkundung kein Zweifel bestehen kann (BGH NJW 1994, 2095 [= MittBayNot 1994, 371]).

In der Niederschrift vom 5.11.1984 findet sich jedoch kein Hinweis auf die angeblich als Anlage a) I, 1 beigefügten „Besonderen Bedingungen“, in denen das künftige Sondereigentum der Beklagten, nämlich die Wohnungen Nr. 253 und 255, mit allen wesentlichen Einzelheiten (Lage, Wohnfläche, voraussichtlicher Gesamtaufwand, Mittelverwendung) bezeichnet sind. In Ziffer II der Niederschrift, in der die wesentlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten enthalten sind, wird nur auf den als Anlage I beigefügten Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag hingewiesen. Die Anlagen a) I, 1 und A III (Beitritt zum Gesellschaftsvertrag) werden nicht erwähnt.

Zwar wird in Ziffer IV der Niederschrift festgehalten, daß die Kosten der Errichtung der Urkunde im kalkulierten Gesamtaufwand des Erwerbers gemäß den „Besonderen Bedingungen“ enthalten seien. Das Berufungsgericht hat jedoch in dieser Erwähnung der „Besonderen Bedingungen“ im Zusammenhang mit den Protokollierungskosten zu Recht keine Verweisungserklärung gesehen. Auch über den Schlußvermerk ist die Anlage a) I, 1 schon deshalb nicht in die Niederschrift einbezogen worden, weil darin nur allgemein auf die Anlagen verwiesen wird, ohne daß sie im einzelnen bezeichnet werden oder auch nur ihre Anzahl genannt wird.

b) Angesichts des auf Erfüllung des Vergleichs gerichteten Klagebegehrens liegt hiernach ein wirksamer Rücktritt auch weder in der Klageerhebung noch in dem weiteren prozessualen Verhalten der Kläger (wird ausgeführt).

2. Ist der Anspruch der Kläger nach dem abgeschlossenen Vergleich begründet, kann der Beklagte seinerseits die in dem Vergleich versprochene Gegenleistung fordern; dies ist die dort zugesagte Zahlung von 100.000 DM. Andererseits kann der Beklagte dem Anspruch der Kläger aber auch keine weiteren Ansprüche als die im Vergleich vereinbarten entgegenzusetzen. Denn mit ihm haben die Parteien ersichtlich eine abschließende Regelung der mit dem Grundstückskauf bzw. -rückkauf zusammenhängenden Fragen gewollt. Etwas anderes ist auch nicht vorgetragen.

Da der Beklagte sich hilfsweise auf Gegenansprüche berufen hat, ist seine Verurteilung nur aufrechtzuerhalten mit der Maßgabe, daß er die Löschungserklärung nur Zug um Zug gegen Zahlung der versprochenen Gegenleistung abzugeben hat.

3. BGB §§ 157, 607, 812 (*Zum Anspruch des Darlehensnehmers auf Erstattung des Disagios bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrages*)

1. Bei nicht subventionierten Darlehen ist das Disagio in der Regel als Vorauszahlung eines Teils der Zinsen anzusehen.
2. Macht der Kreditnehmer von einem Recht zur Kündigung des Darlehens wirksam Gebrauch, so hat die Bank das unverbrauchte Disagio zu erstatten. Ein Verzicht des Kreditnehmers auf den Erstattungsanspruch liegt fern.
3. Wird ein Darlehensvertrag mit fester Laufzeit durch fristlose Kündigung der Bank wegen schuldhafter Vertragsverletzung des Kreditnehmers vorzeitig beendet, so verbleibt das unverbrauchte Disagio in der Regel der Bank in vollem Umfang. Kann die Bank das vorzeitig zurückgezahlte Darlehen wegen des gestiegenen Zinsniveaus zu einem den effektiven Zins des beendeten Vertrages übersteigenden Zinssatz wieder anlegen, so muß sie sich diesen Vorteil anrechnen lassen.
4. Gleiches gilt, wenn die Bank auf Wunsch des Kreditnehmers der vorzeitigen Beendigung eines unkündbaren Vertrages zustimmt.

BGH, Urteil vom 8.10.1996 – XI ZR 283/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH.

4. BGB § 133; GBO § 19; WEG §§ 10 Abs. 1, 15 Abs. 1 (*Zu den Voraussetzungen der Begründung von Sondernutzungsrechten durch den teilenden Alleineigentümer*)

Die Bestimmung in einer Teilungserklärung, daß hinsichtlich genau bezeichneter Pkw-Stellplätze „noch eine Sondernutzungsregelung getroffen wird“, ermächtigt den teilenden Alleineigentümer nicht, Sondernutzungsrechte noch nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums allein zu begründen.

BayObLG, Beschluß vom 31.7.1996 – ZZ BR 66/96 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Firma L. E. & Sohn oHG war Eigentümerin eines Grundstücks. Mit notarieller Urkunde vom 16.10.1980 begründete sie nach § 8 WEG Wohnungs- und Teileigentum. Die Firma L. E. & Sohn oHG wird nach dem Tod des Mitgesellschafters seit dem Jahr 1985 unter geänderter Firma von dem Beteiligten als Alleininhaber fortgeführt.

Der Beteiligte ist Eigentümer der Wohnung Nr. 9. Die übrigen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten wurden verkauft; die Käufer sind in den Wohnungsgrundbüchern eingetragen.

In der Teilungserklärung heißt es:

Westlich des Nebengebäudes Nr. 25 befinden sich noch 3 Pkw-Stellplätze. Hinsichtlich dieser 3 Stellplätze wird noch eine Sondernutzungsregelung getroffen,

Die Stellplätze sind im Aufteilungsplan eingezeichnet. Mit notarieller Urkunde vom 17.5.1995 wies der Beteiligte die drei genannten Pkw-Stellplätze der Wohnung Nr. 9 zu.

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung vom 30.5.1995 beanstandet, weil für die beantragte Eintragung die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer fehle. Außerdem müsse, soweit die Wohneinheiten selbständig mit dem Recht eines Dritten belastet seien und diese durch die Zuweisung beeinträchtigt würden, die Zustimmung dieser Dritten beigebracht werden. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das Landgericht mit Beschluß vom 24.11.1995 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

a) Wird wie hier der Gebrauch der im gemeinschaftlichen Eigentum befindlichen Kraftfahrzeugabstellplätze in der Weise geregelt, daß sie einem Miteigentümer zur ausschließlichen Benutzung zugewiesen werden, und soll diese Gebrauchsregelung gemäß §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG durch Grundbucheintragung Inhalt des Sondereigentums werden, so bedeutet diese dann dinglich wirkende Vereinbarung eines Sondernutzungsrechts eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums im Sinn des § 877 BGB. Die materielle Wirksamkeit der Zuweisung der Sondernutzungsrechte zur Wohnung Nummer 9 hängt somit, wovon die Vorinstanzen zu Recht ausgegangen sind, nicht nur von der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer, sondern auch von der Zustimmung der dinglich Berechtigten an allen Wohnungen mit Ausnahme der begünstigten Wohnung Nr. 9 ab. Dem entspricht die Notwendigkeit einer Bewilligung der betroffenen Wohnungseigentümer und Drittberechtigten nach § 19 GBO (BGHZ 91, 343; BayObLG Rpfleger 1990, 63 f.)

b) Im Fall der Vorratsteilung nach § 8 WEG kann der teilende Alleineigentümer Sondernutzungsrechte auch einseitig durch entsprechende Regelung in der Teilungserklärung begründen. Zur nachträglichen Begründung von Sondernutzungsrechten kann ein Dritter bevollmächtigt werden; auch kann sich der teilende Eigentümer dies vorbehalten (BayObLGZ 1974, 294/298; 1993, 259/263). Schließlich kann in der Teilungserklärung festgelegt werden, daß alle oder einzelne künftige Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch bestimmter Teile des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen werden und ein Dritter ermächtigt wird, Sondernutzungsrechte daran zuzuteilen; dieses Recht kann sich insbesondere der teilende Eigentümer vorbehalten (BayObLGZ 1985, 124 = MittBayNot 1985, 74).

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die im Grundbuch eingetragene Teilungserklärung selbständig auslegen; dabei ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende

dingliche Rechte eindeutig Aufschluß zu geben, auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände, die außerhalb dieser Urkunden liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (*Demharter* GBO 21. Aufl. § 53 Rdnr. 4 m.w.N.). Darauf, was der Verfasser der Teilungserklärung mit einer Bestimmung erreichen wollte, kommt es nicht an (BayObLG NJW-RR 1986, 317/318).

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze hat das Landgericht zu Recht die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten verlangt.

In der Teilungserklärung wird bestimmt, daß hinsichtlich der drei genannten Pkw-Stellplätze noch eine Sondernutzungsregelung getroffen werden soll. Es kann offenbleiben, ob damit verbindlich für alle künftigen Wohnungseigentümer festgelegt wurde, daß in jedem Fall an den Flächen Sondernutzungsrechte begründet werden müssen. Auch wenn dies bejaht wird, müssen dabei, da in der Teilungserklärung nicht bestimmt ist, wer die Regelung zu treffen hätte, alle Wohnungseigentümer mitwirken. Aus der Teilungserklärung kann anders als in dem Fall BayObLGZ 1985, 124 [= MittBayNot 1985, 74] nicht entnommen werden, daß die künftigen Wohnungseigentümer bereits durch diese Regelung vom Mitgebrauch ausgeschlossen sein sollten, so daß ihre Mitwirkung nicht erforderlich wäre. Für die Bestimmung genügt die Bewilligung des teilenden Alleineigentümers nur bis zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums (BayObLGZ 1993, 259). Nach dem Wortlaut und dem Sinn der Teilungserklärung spricht nichts dafür, daß die teilende Alleineigentümerin oder deren Rechtsnachfolger auch nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung weiterhin berechtigt sein sollte, die „Zuweisung“ der Pkw-Stellplätze vorzunehmen und damit die späteren Erwerber zu binden. Entgegen der Auffassung des Beteiligten kann bei der Auslegung auch nicht berücksichtigt werden, zu welchem Zeitpunkt welche Kaufverträge über Wohnungen der Wohnanlage abgeschlossen worden sind. Die Rüge des Beteiligten, er und sein Verfahrensbevollmächtigter hätten durch die Vorinstanzen vernommen werden müssen, greift ebenfalls nicht durch, weil im Grundbuchantragsverfahren der Antragsteller die Eintragungsgrundlagen in Urkundenform beizubringen hat (§ 29 Abs. 1 GBO); § 12 FGG gilt insoweit nicht.

5. GBO § 71; BGB § 883 Abs. 2 (*Keine Beschwerdeberechtigung des Vormerkungsberechtigten gegen vormerkungswidrige Eintragung*)

**Der Vormerkungsberechtigte ist durch eine Eintragung im Grundbuch, der eine vormerkungswidrige Verfügung zugrundeliegt, nicht beeinträchtigt; er ist daher nicht zur Beschwerde gegen die Eintragung berechtigt.**

BayObLG, Beschluß vom 5.9.1996 – 2Z BR 96/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Zugunsten der Beteiligten ist im Wohnungsgrundbuch seit 7.11.1994 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Am 14.12.1995 wurde für einen Bauhandwerker aufgrund einstweiliger Verfügung eine

Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek eingetragen.

Das Grundbuchamt hat am 1.7.1996 den Antrag der Beteiligten abgewiesen, diese Vormerkung zu löschen oder gegen sie einen Amtswiderspruch einzutragen. Die Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen.

Auch weitere Beschwerde hat keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. ...

2. Die Entscheidung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Allerdings hätte das Landgericht die Beschwerde als unzulässig verwerfen und nicht als unbegründet zurückweisen müssen. Denn es fehlte den Beteiligten an der Beschwerdeberechtigung.

a) Die Beschwerde richtete sich gegen die Eintragung der Vormerkung zugunsten des Bauhandwerkers. Diese ist unbeschränkt anfechtbar im Sinn des § 71 Abs. 2 GBO (*Demharter* GBO 21. Aufl. § 71 Rdnr. 39). Beschwerdeberechtigt ist jeder, dessen Rechtsstellung durch die Eintragung beeinträchtigt wäre, wenn diese in dem behaupteten Sinn unrichtig wäre; es genügt die Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses (*Demharter* § 71 Rdnr. 58).

b) Danach sind die Beteiligten nicht beschwerdeberechtigt. Denn ihr Recht als Vormerkungsberechtigte wird durch die Eintragung der Vormerkung zugunsten des Bauhandwerkers nicht beeinträchtigt, weil die zugrundeliegende Verfügung ihnen gegenüber unwirksam ist (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB). Offenbleiben kann dabei, ob die Auflassungsvormerkung überhaupt noch besteht, zumal die Beteiligten vortragen, der ihr zugrundeliegende Kaufvertrag sei aufgehoben worden; dies würde nämlich zum Erlöschen der Auflassungsvormerkung führen (vgl. *Demharter* Anh. zu § 44 Rdnr. 89 m.w.N.). Der Hinweis der Beteiligten, der Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek sei ohne Aufteilung der zugrundeliegenden Forderung an mehreren Wohnungseigentumsrechten im Grundbuch vorgemerkt worden, läßt im übrigen außer Betracht, daß § 867 Abs. 2 ZPO nur für die Eintragung einer Sicherungshypothek im Weg der Zwangsvollstreckung gilt; um eine solche handelt es sich hier nicht.

6. GBO §§ 18, 27 (*Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Grundschuldlöschung*)

**Durch Zwischenverfügung kann aufgegeben werden, die fehlende Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung einer Grundschuld beizubringen, wenn die Bewilligung des Gläubigers bereits vorliegt.**

BayObLG, Beschluß vom 10.10.1996 – 2Z BR 102/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Vertrag vom 12.5.1995 verkauften die Eheleute G. dem Beteiligten zu 1 ein Grundstück. Dieses Grundstück ist mit einer Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 2 belastet. Nr. VII des Kaufvertrags lautet:

Gewährleistung

Der Verkäufer haftet für ungehinderten und lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang. Ausgenommen sind hiervon die in dieser Urkunde übernommenen Rechte oder Rechte, die mit Zustimmung des Käufers neu bestellt werden.

Im übrigen verpflichtet sich der Verkäufer zur unverzüglichen Freistellung des Vertragsbesitzes von allen nicht übernommenen Belastungen; der Lastenfreistellung wird mit dem Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zugestimmt. ...

Der Beteiligte zu 1 wurde am 1.8.1995 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligte zu 2 hat am 24.4.1996 den Vollzug der Löschungsbewilligung vom 20.6.1995 beantragt. Das Grundbuchamt hat ihr mit Zwischenverfügung vom 2.5.1996 aufgegeben, die Löschungsbewilligung des jetzigen Grundstückseigentümers vorzulegen. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Landgericht mit Beschluß vom 1.8.1996 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich ihre weitere Beschwerde.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) (...)

b) Nach § 27 GBO darf eine Grundschuld nur mit Zustimmung des zum Zeitpunkt der Löschung im Grundbuch eingetragenen Eigentümers gelöscht werden (*Demharter* § 27 Rdnr. 15). Die Eigentümerzustimmung muß ausdrücklich oder durch Auslegung das Einverständnis des Eigentümers mit der Löschung des Grundpfandrechts zum Ausdruck bringen. Für den Inhalt der Zustimmungserklärung des Eigentümers ist der Gebrauch bestimmter Worte (insbesondere „Zustimmung“) nicht vorgeschrieben; es genügt, wenn der Wille, daß das Grundpfandrecht gelöscht werden soll, in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht wird. Die Zustimmung kann allgemein erklärt werden, z.B. als Zustimmung zur Löschung aller auf dem Grundstück eingetragenen Belastungen (*Meikel/Böttcher Grundbuchrecht* 7. Aufl. § 27 Rdnr. 75 ff.).

Hier liegt weder eine ausdrückliche Zustimmung des Beteiligten zu 1 vor noch ergibt sich sein Einverständnis mit der Löschung der Grundschuld durch Auslegung des Kaufvertrags.

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die grundbuchrechtlichen Erklärungen im Kaufvertrag selbst auslegen, da es sich dabei wie hier bei der Löschungszustimmung um reine Verfahrenserklärungen handelt (*Demharter* § 78 Rdnr. 15). Die mit „Gewährleistung“ überschriebene Bestimmung Nr. VII des Kaufvertrags beinhaltet, soweit sie eingangs wiedergegeben ist, bis auf den letzten Halbsatz nach ihrem Wortlaut ausschließlich Erklärungen der Verkäufer, also der Eheleute G. Ob die im letzten Halbsatz enthaltene Zustimmung zur Lastenfreistellung von den Eheleuten G. oder vom Beteiligten zu 1 erklärt ist, kann aufgrund der sprachlichen Formulierung im Passiv vom Wortlaut her nicht eindeutig entschieden werden. Der Wortlaut schließt zwar nicht aus, daß es sich dabei um eine Erklärung des Beteiligten zu 1 handelt. Die für die Auslegung maßgebende nächstliegende Bedeutung (*Demharter* § 19 Rdnr. 28) ist dies aber nicht. Diese geht vielmehr, da der zweite Halbsatz mit einem Strichpunkt an den ersten angebunden ist, dahin, daß es sich dabei um eine Erklärung der Eheleute G. handelt. Diese haben sich im ersten Halbsatz zur Lastenfreistellung verpflichtet. Diese Verpflichtung trifft den Eigentümer des Grundstücks; das waren zum Zeitpunkt der Erklärung die Eheleute G. Aus dem Wechsel vom Aktiv in das Passiv bei der Formulierung der beiden Halbsätze ergibt sich nichts anderes. Abgesehen davon betreffen Gewährleistungspflichten ausschließlich den Verkäufer; es liegt auch deshalb

nicht nahe, daß in einer Bestimmung über die Gewährleistung rechtlich erhebliche Erklärungen des Käufers enthalten sind. Eine andere Auslegung ergibt sich auch nicht daraus, daß nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2 die Löschung der Grundschuld erst nach Eigentumsumschreibung von den Vertragsparteien gewollt war. Bei der Auslegung von grundbuchrechtlichen Erklärungen kann dies nicht berücksichtigt werden, weil es sich insoweit um einen Umstand handelt, der außerhalb dieser Erklärung liegt (vgl. *Demharter* § 19 Rdnr. 28).

7. GBO §§ 15, 55 (*Vollmachtsumfang des § 15 GBO nicht partiell einschränkbar*)

**1. Die Eintragungsmittelung gemäß § 55 GBO ist dem aufgrund von § 15 GBO handelnden Notar auch dann allein zu übersenden, wenn dieser ausdrücklich um die unmittelbare Übersendung an die Beteiligten durch das GBA bittet und insoweit „von § 15 GBO keinen Gebrauch“ macht.**

**2. § 15 GBO ist eine gesetzliche Außenvollmacht für das Eintragungsverfahren als Ganzes. Eine im Außenverhältnis vorgenommene partielle Einschränkung ist gegenüber dem Grundbuchamt unwirksam.**

LG Koblenz, Beschluß vom 12.8.1996 – 2 T 498/96

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1) und 2) haben mit der Urkunde Nr. 712/96 des verfahrensbevollmächtigten Notars einen Kaufvertrag über Grundbesitz geschlossen.

In § 2 der notariellen Urkunde heißt es:

„Der Notar kann alle Anträge auch getrennt und eingeschränkt stellen und in gleicher Weise zurückziehen.“

Mit Schreiben vom 9.7.1996 hat der Notar die erste Ausfertigung der notariellen Urkunde, die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes und die Genehmigungserklärung des Beteiligten zu 2) dem Grundbuchamt übersandt und die in der Urkunde enthaltenen Anträge gestellt.

Gleichzeitig hat er ausgeführt:

„Die Eintragungsnachrichten bitte ich den Beteiligten von dort aus unmittelbar zu übersenden. Von der Vollmacht gem. § 15 GBO wird insoweit meinerseits kein Gebrauch gemacht.“

Mit der angefochtenen Verfügung vom 17.7.1996 hat der Rechtspfleger die Eintragungsmittelungen dem Notar übersandt und diesem gleichzeitig aufgegeben, die Mittelungen dem von ihm vertretenen antragsberechtigten Eigentümer und Veräußerer in eigener Zuständigkeit zu übermitteln. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der Erinnerung ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 24.7.1996 und machen geltend, daß die Eintragungsmittelungen ihnen unmittelbar hätten zugestellt werden müssen, da dies so beantragt gewesen sei und der Notar von § 15 GBO insoweit ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht habe. Die Vollmachtsvermutung des § 15 GBO sei damit partiell widerlegt.

Der Rechtspfleger hat der Erinnerung ebenso wie die Abteilungsrichterin nicht abgeholfen.

Nachdem die Grundbuchrichterin der Erinnerung nicht abgeholfen hat, ist diese gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 RPfIG als Beschwerde zu behandeln. Sie ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die Beteiligten haben ebenso wie der Notar in eigener Person keinen Anspruch darauf, daß ihnen, d.h. den Beteiligten zu 1) und 2), eine Eintragungsmittelung unmittelbar gemäß § 55 GBO zugeht.



§ 55 GBO sieht vor, daß jede Eintragung dem den Antrag einreichenden Notar, dem Antragsteller und den eingetragenen Eigentümern sowie gegebenenfalls weiter genannten Personen bekanntzumachen ist. Dabei ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß mit der Mitteilung an den Notar als den gemäß § 15 GBO vermuteten Bevollmächtigten der Antragsteller § 55 GBO genüge getan ist und es einer weiteren Zustellung an die in § 55 GBO genannten Personen nicht bedarf soweit sie Antragsteller sind. Es ist also dann nicht mehr notwendig, die Eintragung auch noch den (vertretenen) Antragstellern selbst unmittelbar mitzuteilen (vgl. *Demharter*, § 55 Rdnr. 10 und § 15 Rdnr. 19; *Häcke*, § 15 Rdnr. 69; *Meikel/Sieveling*, § 15 Rdnr. 24 m.w.N. in Fußnote 99, wo sogar davon ausgegangen wird, daß eine Mitteilung an die übrigen Beteiligten selbst unwirksam wäre; BayObLG, Rpfleger 1989, S. 147, 148; OLG Zweibrücken DNotZ 1969, 358; OLG Zweibrücken Rpfleger 84, S. 92, 93; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311).

Im Kern wurde dies in den zitierten Entscheidungen mit der umfassenden Vollmachtswirkung des § 15 GBO begründet und aus der sachlichen Rechtfertigung von § 55 GBO entnommen. Die Eintragungsnachricht hat den Sinn und Zweck, den Empfänger zu verpflichten, die Richtigkeit der Eintragung zu überprüfen und Beanstandungen gegebenenfalls vorzubringen. Hierzu ist aber der Notar aufgrund seiner Sachkunde in der Regel immer besser geeignet als die übrigen Beteiligten selbst. Die erkennende Kammer schließt sich im Ergebnis wie in der Begründung den genannten Entscheidungen an.

Zu einem anderen Ergebnis kann auch die vorliegend von dem Notar verwandte Formulierung nicht führen, die insoweit über die bisher entschiedenen Fälle hinausgeht.

Zunächst ist festzustellen, daß der Notar seinen Eintragungsantrag allein unter Bezugnahme auf § 15 GBO stellt. Der Notar hat seinem Antrag keine gesonderte Vollmacht beigelegt. Aus der überreichten notariellen Urkunde ergibt sich, daß der Notar berechtigt ist, Anträge getrennt und eingeschränkt zu stellen und in gleicher Weise zurückzuziehen. Daraus ergibt sich, daß der Notar nicht nur als Bote der Beteiligten zu 1) und 2) fungiert, sondern selbst berechtigt ist, Art und Umfang der Anträge zu bestimmen, es mithin einer eigenen Willenserklärung des Notars bedarf. Die Bevollmächtigung zur Beantragung der hier konkret erstrebten Eintragungen ergibt sich mithin erst aus § 15 GBO. Davon ging – entgegen seiner späteren Beschwerde – ersichtlich auch der Notar selbst aus, da es ansonsten keinen Sinn ergäbe, im Hinblick auf die Übersendung der Eintragungsmittelungen auszuführen, daß insoweit von § 15 GBO kein Gebrauch gemacht werde.

Es erscheint sodann schon fraglich, ob der Versuch einer solchen partiellen Einschränkung von § 15 GBO nicht bereits als treuwidrig zurückzuweisen ist. Der Notar möchte einerseits die Vorteile der Vollmachtsfiktion nutzen, soweit er Eintragungsanträge stellt, andererseits sich aber den daraus ergebenden Pflichten in Form des Empfanges und der Weiterleitung der Eintragungsmittelungen entziehen. Letzteres offensichtlich allein aus Kostengründen. Eine andere sachliche Begründung ist jedenfalls nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen.

Letztlich kann dies aber dahinstehen. Eine partielle Einschränkung von § 15 GBO ist nämlich nicht möglich. § 15 GBO stellt eine gesetzliche Außenvollmacht dar, die im Hinblick auf das Vorliegen sowie den Umfang nicht rechts-

geschäftlich einschränkbar ist. Mit anderen Worten: die Frage, ob § 15 GBO zur Anwendung kommt und in welchem Umfang sodann von einer Vollmacht auszugehen ist, ist der Disposition der Beteiligten jedenfalls im Hinblick auf die Außenwirkung entzogen.

Dies verlangt schon der Grundsatz der Rechtssicherheit des formalisierten Grundbuchverfahrens. Tritt für die sachlich Berechtigten ein Notar auf, so muß für alle Fälle geklärt sein, welche Rechte und Pflichten auf diesen zukommen. Diese Frage kann nicht von diversen Formulierungen in den Antragsschreiben abhängen. Die damit verbundenen Risiken für die Eintragungshandlungen und deren Prüfungen und damit letztlich für die Richtigkeit des Grundbuches verbieten ein solches Verständnis von § 15 GBO. Die Vollmacht des § 15 GBO ist eine Vollmacht für das Eintragungsverfahren als Ganzes. Dies ist aber erst mit der Mitteilung der Eintragungen an die Beteiligten beendet, so daß sich die Vollmacht notwendigerweise und nicht einschränkbar auch auf diesen Teilbereich bezieht. Eine im Außenverhältnis vorgenommene Einschränkung ist gegenüber dem Grundbuchamt unwirksam. Diese Grundsätze hat schon der Bundesgerichtshof für § 81 ZPO, d.h. den Umfang der Prozeßvollmacht eines Rechtsanwaltes aufgestellt (vgl. BGHZ 92, 137, 142, wo der BGH auch ausdrücklich ausführt, daß die Beschränkung auf einzelne Anträge unzulässig ist). Dieser Grundgedanke zeigt sich auch in anderen gesetzlichen Außenvollmachtsfiktionen (vgl. § 50 Abs. 1 HGB für die Prokura, § 126 Abs. 2 Satz 1 HGB für die geschäftsführende Gesellschafter einer OHG bzw. KG, § 82 Abs. 1 AktG für den Vorstand einer Aktiengesellschaft). Im Rahmen von § 15 GBO kann nichts anderes gelten.

Nach alledem war die Beschwerde der Beteiligten zurückzuweisen. Das Grundbuchamt hat zu Recht allein dem Notar als Bevollmächtigten gemäß § 15 GBO die Eintragungsmittelungen zur Weiterleitung an die übrigen Beteiligten übersandt. Soweit das Grundbuchamt entsprechende Abschriften beigelegt hat, ist es entgegen seiner gesetzlichen Verpflichtung dem Notar bereits entgegengekommen.

8. ErbbauVO § 11 Abs. 1; BGB §§ 875, 876 (*Gläubigerzustimmung zur Aufhebung eines Erbbaurechts*)

**Die Aufhebung eines Erbbaurechts bedarf dann nicht der Zustimmung der am Erbbaurecht dinglich Berechtigten, wenn deren Rechte nach Wegfall des Erbbaurechts mit gleicher Rangstelle am Grundstück weiterbestehen.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Bayreuth, Beschluß vom 10.10.1996 – 4 T 109/96 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Jens Eue*, Kulmbach

*Aus den Gründen:*

Die Grundpfandrechte bestehen vorliegend nach Wegfall des Erbbaurechts mit gleicher Rangstelle am Grundstück weiter. Die Position der Grundpfandgläubiger wird hierdurch sogar verbessert, da neben dem Gebäude nunmehr auch das Grundstück haftet und da dieses im Gegensatz zum Erbbaurecht auch nicht durch Zeitablauf erlöschen kann.

Für diesen Ausnahmefall hält die Kammer in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Literaturmeinung (vgl. z. B. *Palandt*, BGB, 54. Aufl., Anm. 2 b zu § 876 BGB; *Demhar-*

ter, Grundbuchordnung, Rdnr. 52 zum Anhang zu § 8 GBO) sowie dem vom BayObLG in seiner Entscheidung vom 11.12.1986 (vgl. Rpfleger 87/S. 156, 157) geäußerten obiter dictum eine Zustimmung der am Erbbaurecht dinglich Berechtigten für die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts für entbehrlich.

Nachdem eine Rechtsbeeinträchtigung der dinglich Berechtigten in derartigen Fällen nicht gegeben ist, wäre die im Regelfall erforderliche Zustimmung eine bloße Förmlichkeit, welche einen unnötigen Aufwand verursacht.

9. BGB §§ 1408 Abs. 2, 138 Abs. 1 (*Keine Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags, von dessen Abschluß die Fortsetzung der Ehe abhängig gemacht wird*)

**Ein Ehevertrag, in dem die Eheleute Gütertrennung vereinbaren, den Versorgungsausgleich ausschließen und für den Fall der Scheidung gegenseitig auf Unterhalt verzichten, ist nicht deshalb wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, weil ein Ehegatte in einer Ehekrise den Versuch, die Ehe fortzusetzen, vom Abschluß eines solchen Vertrages abhängig gemacht hat.**

BGH, Beschluß vom 2.10.1996 – XII ZB 1/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die 1946 geborenen Parteien lebten schon vor der Eheschließung seit 1971 zusammen. Der Antragsteller studierte noch und erhielt von seinen Eltern eine monatliche Unterstützung, durch Aushilfsarbeiten verdiente er etwas hinzu. Die Antragsgegnerin arbeitete als kaufmännische Angestellte. Wenige Monate, nachdem der Antragsteller sein Examen abgelegt hatte, heirateten die Parteien am 10.4.1974. Nach der Eheschließung war die Antragsgegnerin nicht mehr berufstätig. Sie war zeitweise krank, in der übrigen Zeit arbeitslos. Später betreute sie das am 2.4.1976 geborene gemeinsame Kind der Parteien.

Im Jahre 1978 kam es zu einer ersten Ehekrise. Die Antragsgegnerin warf dem Antragsteller vor, Beziehungen zu anderen Frauen zu unterhalten. Der Antragsteller zog ernsthaft in Erwägung, sich von der Antragsgegnerin zu trennen und sich scheiden zu lassen. Die Antragsgegnerin bemühte sich, ihn davon abzubringen. Er war mit einer Fortsetzung der Ehe nur einverstanden unter der Bedingung, daß die Antragsgegnerin bereit sei, einen Ehevertrag abzuschließen. Am 27.4.1978 schlossen die Parteien einen notariellen Vertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten, den Versorgungsausgleich ausschlossen und für den Fall der Scheidung gegenseitig auf Unterhalt verzichteten. Der Antragsteller behauptet, er habe sein Einverständnis zu dem Versuch, die Ehe fortzusetzen, deshalb von dem Abschluß eines solchen Vertrages abhängig gemacht, weil die Antragsgegnerin zuvor bei ehelichen Auseinandersetzungen ständig versucht habe, ihn mit der Androhung von vermögensrechtlichen Ansprüchen unter Druck zu setzen, und weil er nicht bereit gewesen sei, dies länger hinzunehmen.

Die Parteien haben anschließend zehn Jahre zusammengelebt. In dieser Zeit waren die Regelungen des notariellen Vertrages kein Streitpunkt zwischen ihnen. Mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 18.10.1988 hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller mitgeteilt, sie sei aufgrund seines Verhaltens nicht mehr in der Lage, die bisherige Form des Zusammenlebens fortzusetzen. Daraufhin ist der Antragsteller aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und hat mit Schriftsatz vom 13.7.1989 die Scheidung der Ehe beantragt.

Durch Urteil vom 29.11.1991 hat das Familiengericht die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge für das gemeinschaftliche Kind der Antragsgegnerin übertragen und den Versorgungsausgleich in der Weise durchgeführt, daß es von dem Versicherungskonto des Antragstellers auf das Versicherungskonto der Antragsgegnerin Rentenanwartschaften in Höhe von monatlich 441,57 DM bezogen

auf den 31.7.1989 übertragen hat. Es hat die Ansicht vertreten, der notarielle Vertrag, in dem die Parteien die Durchführung des Versorgungsausgleichs ausgeschlossen hätten, sei wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig.

Gegen die Entscheidung zum Versorgungsausgleich hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, mit Rücksicht auf den abgeschlossenen notariellen Vertrag von der Durchführung des Versorgungsausgleichs abzusehen. Die Antragsgegnerin hat Anschlußbeschwerde eingelegt mit dem Antrag, über den Versorgungsausgleich zu ihren Gunsten anders zu entscheiden.

Das Beschwerdegericht hat die Entscheidung über den Versorgungsausgleich geringfügig zugunsten des Antragstellers korrigiert, indem es entschieden hat, es seien lediglich monatliche Rentenanwartschaften im Werte von 438,95 DM zu übertragen.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Beschwerdebegehren weiter. Die Antragsgegnerin hat erneut Anschlußbeschwerde eingelegt, mit der sie eine für sie günstigere Entscheidung über den Versorgungsausgleich erreichen will.

Die weitere Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Der Versorgungsausgleich ist nicht durchzuführen, weil die Parteien ihn in einem Ehevertrag wirksam ausgeschlossen haben (§ 1408 Abs. 2 BGB). Daraus ergibt sich, daß die Anschlußbeschwerde der Antragsgegnerin unbegründet ist.

1. Das Beschwerdegericht führt aus, der Ehevertrag der Parteien sei jedenfalls insoweit sittenwidrig und damit unwirksam (§ 138 BGB), als er einen Ausschluß des Versorgungsausgleichs enthalte. Für eine Sittenwidrigkeit reiche es zwar nicht aus, daß die Vereinbarung in dem Bestreben abgeschlossen worden sei, sich von sämtlichen nachteiligen Folgen einer Scheidung freizuzeichnen. Eine Vereinbarung erhalte aber dann ein anstößiges Gepräge, wenn sie ein Leistungsversprechen zum Gegenstand habe, das den Versprechenden nach Art einer Konventionalstrafe von der künftigen Erhebung eines Scheidungsantrags abhalten solle. Die Ehegatten könnten sich nicht rechtswirksam verpflichten, künftig keinen Scheidungsantrag zu stellen. Ebenso wenig könnten sie die Ausübung ihres Scheidungsrechts durch eine Vertragsstrafenregelung oder durch eine ähnliche Vereinbarung, die für den Scheidungsfall nachteilige Folgen vorsehe, erschweren. Genau darauf liefen aber die Regelungen in dem Ehevertrag der Parteien hinaus. Der von der Antragsgegnerin erklärte Verzicht auf Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich stelle sich in der besonderen Situation, in der er abgegeben worden sei, als eine empfindliche Sanktion für den Fall einer Scheidung dar. Aufgrund der Betreuung des gemeinsamen Kindes sei die Antragsgegnerin im Falle einer Trennung der Parteien für einen Zeitraum von ca. acht Jahren nicht in der Lage gewesen, auch nur eine Teilzeitbeschäftigung auszuüben, ohne die Belange des Kindes zu vernachlässigen. Sie sei deshalb wegen des Ehevertrages gezwungen gewesen, Defizite in der Partnerbeziehung – auch ein eheliches Fehlverhalten des Antragstellers – über ein normalerweise zu tolerierendes Maß hinaus hinzunehmen, ohne hierauf mit einer Trennung und einem Scheidungsantrag reagieren zu können. Eine solche Folge, die das Festhalten an der Ehe bzw. ein eheliches Wohlverhalten sozusagen kommerzialisieren, könne von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die weitere Beschwerde mit Erfolg. Ob sich aus einem bestimmten festgestellten Sachverhalt ein Verstoß gegen die guten Sitten ableiten läßt, ist eine Rechtsfrage, die der Nachprüfung durch das Revisionsgericht bzw. durch das Gericht der weiteren Beschwerde unterliegt (BGH, Urteil vom 30. Oktober 1990 – IX

ZR 9/90 – NJW 1991, 353, 354 m.N.). Die Ausführungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2. Das Beschwerdegericht leitet die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages entscheidend aus dem darin ebenfalls enthaltenen Unterhaltsverzicht für den Fall der Scheidung her. Dieser Unterhaltsverzicht betrifft das vorliegende Verfahren, in dem es ausschließlich um den Versorgungsausgleich geht, nicht unmittelbar. Wäre der Unterhaltsverzicht sittenwidrig, so könnte allerdings diese Sittenwidrigkeit auf den gesamten Ehevertrag ausstrahlen bzw. die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts könnte nach § 139 BGB die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Unterhaltsverzicht stelle einen Verstoß gegen die guten Sitten dar, beruht jedoch schon im Ansatz auf einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung. Das Beschwerdegericht nimmt nämlich zu Unrecht an, die Antragsgegnerin hätte nach einer eventuellen Scheidung aufgrund des Unterhaltsverzichts auch dann keinen Unterhaltsanspruch gegen den Antragsgegner geltend machen können, wenn sie wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes der Parteien nicht in der Lage gewesen wäre, ihren Unterhalt selbst zu verdienen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senates, daß sich ein geschiedener Ehegatte auf einen vereinbarten Unterhaltsverzicht nach Treu und Glauben nicht berufen kann, wenn und soweit das Wohl eines gemeinsamen, von dem anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltspflicht erfordert (Senatsurteil vom 9.7.1992 – XII ZR 57/91 – FamRZ 1992, 1403, 1404 f. m.N.). Der Senat hat dementsprechend bereits entschieden, daß ein zwischen den Eheleuten für den Fall der Scheidung vereinbarter Unterhaltsverzicht grundsätzlich nicht deshalb unwirksam ist, weil er den Betreuungsunterhalt des § 1570 BGB mit umfaßt (Senatsurteil vom 24.4.1985 – IVb ZR 22/84 – FamRZ 1985, 788 f. [= MittBayNot 85, 207]). Mit der gegebenen Begründung kann deshalb der angefochtene Beschluß keinen Bestand haben.

3. Er erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Da der im wesentlichen unstreitige Sachverhalt geklärt und weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten und nicht erforderlich sind, kann der Senat anhand des feststehenden Sachverhaltes selbst entscheiden, ob im konkreten Fall ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 30.4.1993 – V ZR 234/91 – NJW 1993, 2178; *Stein/Jonas/Grunsky*, ZPO 21. Aufl. § 565 Rdnr. 22). Der den Ausschluß des Versorgungsausgleichs enthaltende Ehevertrag der Parteien verstößt nicht gegen die guten Sitten und ist deshalb nicht gemäß § 138 BGB nichtig.

a) Für Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art, die Ehegatten während der Ehe oder vorsorglich schon vor der Eheschließung für den Fall einer späteren Scheidung treffen, besteht grundsätzlich volle Vertragsfreiheit (§ 1408 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Eine besondere Inhaltskontrolle, ob die Regelung angemessen ist, hat – anders als bei einer Vereinbarung nach § 1587 o BGB – nicht stattzufinden. Die Wirksamkeit der Vereinbarung hängt nicht von zusätzlichen Bedingungen ab, z.B. davon, daß für einen Unterhaltsverzicht oder einen Ausschluß des Versorgungsausgleichs eine Gegenleistung oder die Zahlung einer Abfindung vereinbart ist (vgl. Senatsbeschluß vom 27.9.1995 – XII ZB 75/93 – FamRZ 1995, 1482, 1484).

Die Schranken der Gültigkeit einer solchen Vereinbarung ergeben sich allein aus den §§ 134 – Verstoß gegen ein ge-

setzliches Verbot – und 138 – Verstoß gegen die guten Sitten – BGB (vgl. für alles Vorstehende im einzelnen Senatsbeschluß vom 18.9.1996 – XII ZB 206/94 [= MittBayNot 1996, 441]). Daß sich die Regelung eines Ehevertrages im Falle der Scheidung ausschließlich oder überwiegend zu Lasten eines der beiden Ehegatten auswirken kann, rechtfertigt allein nicht die Annahme, eine eventuelle Scheidung werde für diesen Ehegatten unzulässig erschwert und deshalb verstoße der Ehevertrag gegen die guten Sitten. Daß in einem solchen Falle der Entschluß, sich scheiden zu lassen, einem der beiden Ehegatten aus wirtschaftlichen Gründen schwerer fallen könnte als dem andern, hat keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung (Senatsurteil vom 19.12.1989 – IVb ZR 91/88 – FamRZ 1990, 372, 373 m.N. [= MittBayNot 90, 117]). Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, wenn im Einzelfall ausnahmsweise das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit begründet sein soll (Senatsurteil vom 19.12.1989 a.a.O. und Senatsbeschluß vom 18.9.1996 a.a.O. m.N.).

b) Solche besonderen Umstände hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt und Anhaltspunkte dafür, daß solche besonderen Umstände vorgelegen haben könnten, ergeben sich auch nicht aus dem im wesentlichen unstreitigen Vortrag der Parteien. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Antragsteller habe die Antragsgegnerin zum Abschluß eines für sie ungünstigen Ehevertrages gedrängt, um sie für die Zukunft dazu zu zwingen, Defizite in der Partnerbeziehung über ein normalerweise zu tolerierendes Maß hinaus hinzunehmen, ohne hierauf mit einer Trennung und einem Scheidungsantrag reagieren zu können, findet in dem Vortrag der Parteien – auch in dem Vortrag der Antragsgegnerin – keine hinreichende Stütze. Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien war es gerade nicht so, daß der Antragsteller auf den Abschluß des Ehevertrages gedrängt hat, weil er mit einem Scheidungsantrag der Antragsgegnerin gerechnet hat und ihr die Scheidung erschweren wollte. Die Ehe der Parteien befand sich in einer Krise und es war der Antragsteller, der sich deshalb aus der Ehe lösen wollte. Zu dem Versuch, die Ehe fortzusetzen, war er nur bereit, wenn der von ihm vorgeschlagene Ehevertrag abgeschlossen und auf diese Weise sichergestellt würde, daß es für ihn – insbesondere hinsichtlich des Versorgungsausgleichs und des Zugewinnausgleichs – keine wirtschaftlichen Nachteile haben würde, wenn die Ehe nicht sofort, sondern – wenn der Versuch scheitern sollte – erst in einiger Zeit geschieden würde.

Der Senat hat bereits entschieden, daß ein entsprechender Ehevertrag nicht deshalb nichtig sei, weil der Mann die Eheschließung mit der schwangeren Frau von dem Abschluß dieses Vertrages abhängig gemacht habe. Da der Mann – ungeachtet der Schwangerschaft der Frau – von einer Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen können, könne von einer zu mißbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage der Frau nicht ausgegangen werden (Senatsbeschluß vom 18.9.1996 a.a.O.).

Im vorliegenden Fall waren die Parteien bei Abschluß des Ehevertrages seit ca. vier Jahren verheiratet. Dennoch sind beide Fälle insofern vergleichbar, als der Antragsteller vor Abschluß des Ehevertrages berechtigt war, die unstreitige schwere Ehekrise zum Anlaß zu nehmen, sich – entsprechend seinem ursprünglichen Vorhaben – von der Antragsgegnerin zu trennen und einen Scheidungsantrag einzureichen. Es kann nicht als sittenwidrige Ausnutzung einer Zwangslage oder sonst als sittenwidriges Verhalten des Antragstellers ange-

sehen werden, wenn er von dem beabsichtigten Scheidungsantrag nur absehen wollte, wenn die Antragsgegnerin bereit sein würde, den von ihm vorgeschlagenen Ehevertrag abzuschließen.

c) Die beiden Fälle unterscheiden sich insofern, als es in dem früher entschiedenen Fall ohne Abschluß des Ehevertrages nicht zu einer Eheschließung gekommen wäre, so daß Unterhaltsansprüche und Ansprüche auf Zugewinnausgleich und auf Durchführung des Versorgungsausgleichs gar nicht erst entstanden wären, während es im vorliegenden Fall ohne Abschluß des Ehevertrages (schon damals) zur Scheidung gekommen wäre. Hätten sich die Parteien damals ohne Abschluß eines Ehevertrages scheiden lassen, so hätten der Antragsgegnerin vermögensrechtliche Ansprüche zugestanden. Durch Abschluß des Ehevertrages hat sie auf diese bereits entstandenen oder zumindest bereits angelegten Ansprüche verzichtet.

Dieser Unterschied könnte aber allenfalls dann entscheidende Bedeutung gewinnen, wenn die Parteien bei Abschluß des Ehevertrages schon lange Zeit verheiratet gewesen wären und sich bereits ein entsprechendes Versorgungsvermögen geschaffen gehabt hätten. So hat das OLG Karlsruhe einen Ehevertrag wegen Sittenwidrigkeit für nichtig angesehen, in dem die Ehefrau nach 25-jähriger (Hausfrauen-) Ehe ohne nennenswerte Gegenleistung auf Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich und nachehelichen Unterhalt verzichtet und zusätzlich ihren hälftigen Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück dem Ehemann übertragen hat (FamRZ 1991, 332 f). Der vorliegende Fall gibt dem Senat keine Veranlassung, abschließend dazu Stellung zu nehmen, ob dem uneingeschränkt zu folgen ist und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Ehevertrag nach langjähriger Ehe sittenwidrig sein kann. Im vorliegenden Fall waren die Parteien bei Abschluß des Ehevertrages erst seit ca. vier Jahren verheiratet, und die Antragsgegnerin war 31 Jahre alt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß sie sich bereits größere Vermögenswerte und Versorgungsansprüche geschaffen hatten. Auch wenn man berücksichtigt, daß die Antragsgegnerin zunächst für das gemeinsame Kind zu sorgen hatte, war sie angesichts ihres relativ jungen Alters auf Dauer gesehen in der Lage, durch eine Tätigkeit in ihrem erlernten Beruf ihren Lebensunterhalt selbst zu verdienen und sich eine ausreichende Alterssicherung zu schaffen.

In dieser Situation kann in dem Abschluß des Ehevertrages kein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gesehen werden (vgl. auch OLG Koblenz, FamRZ-1986, 1220, 1221).

10. BGB §§ 119 Abs. 2, 1954, 2087 (*Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen; Anfechtung der Erbschaftsannahme*)

1. a) **Daß eine tatrichterliche Auslegung des Testaments als Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen mit Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Erbquoten anhand des Wertverhältnisses der zugewandten Gegenstände zum Gesamtnachlaß verbunden sein kann, macht eine solche Auslegung nicht rechtsfehlerhaft.**

b) **Zu den Folgen für eine derartige Testamentsauslegung, wenn der Erblasser die in seinem Testament für einen der Bedachten vorgesehenen Gegenstände diesem schon vor dem Erbfall schenkt.**

## 2. **Ist einem Erben bei Annahme der Erbschaft die testamentarische Berufung eines weiteren Miterben nicht bekannt, kann er die Annahme wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses anfechten.**

BGH, Urteil vom 16.10.1996 – IV ZR 349/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

### *Aus dem Tatbestand.*

Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren Zugewinnausgleich geltend. Sie ist die Witwe des am 8.11.1988 verstorbenen Erblassers. Er war deutscher Staatsangehöriger; auch die Klägerin ist Deutsche. Beide lebten im gesetzlichen Güterstand. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Seit 1961 unterhielt der Erblasser eine Beziehung zu der Beklagten, aus der drei weitere Kinder stammen; der Erblasser hat ihnen seinen Familiennamen erteilt. Er hinterließ am 29.3.1977 in Liechtenstein errichtetes, maschinenschriftliches Testament, das von ihm und drei Zeugen unterschrieben worden ist. Es lautet:

„Für den Fall meines Todes verfüge ich über mein in der Schweiz, ausgenommen meine Liegenschaft in Flims, in Liechtenstein, Österreich und Italien (Südtirol) sich befindliche Vermögen wie folgt:

Alleinerbin nach meinem Tode ist (die Beklagte), derzeit wohnhaft in Villach ...

Sollte (die Beklagte) vor mir sterben, so setze ich an deren Stelle als meine Erben zu gleichen Teilen deren Kinder ein (meine unehelichen Kinder P. und B.). Sollte nach Eröffnung des Testaments noch ein uneheliches Kind nachgeboren werden, so gilt die vorumschriebene Erbberechtigung auch für dieses Kind.

Ich stelle fest, daß meine eheliche Frau und meine ehelichen Kinder in Düsseldorf, aus meinem in Deutschland liegenden Vermögen und aus meiner Liegenschaft in Flims/GR bedacht bzw. abgefunden sind. ...“

Das Testament befand sich beim Erbfall in den Händen der Beklagten. Die Klägerin beantragte für sich und ihre Kinder einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge, der im Februar 1989 erteilt wurde. Als sie von der Beklagten über das Testament unterrichtet wurde, hielt sie es zunächst für nichtig, weil es nicht mit der Hand geschrieben war. Aus einem Rechtsgutachten, das ihr damaliger Prozeßbevollmächtigter in Auftrag gegeben hatte, erfuhr sie am 3.8.1989, daß es nach dem maßgeblichen Recht des Errichtungsorts formwirksam sei. Daraufhin schlug sie die Erbschaft mit notariell beglaubigtem Schreiben an das Nachlaßgericht vom 11.9.1989, dort eingegangen am 12.9.1989, aus allen möglichen Berufungsgründen aus und focht die Annahme der Erbschaft an. Das Testament wurde am 19.10.1989 vom Nachlaßgericht eröffnet.

Die Klägerin versteht das Testament als Erbeinsetzung der Beklagten einerseits und der ehelichen Familie andererseits nach Vermögensgruppen, verbunden mit entsprechenden Teilungsanordnungen. Aufgrund ihrer Ausschlagung fordert sie von der Beklagten als Miterbin Zugewinnausgleich in Höhe eines bereits bezifferten Teilbetrages sowie ferner im Rahmen einer Stufenklage, mit der sie unter anderem Auskunft über sämtliche unentgeltlichen und teilweise unentgeltlichen Zuwendungen verlangt, die der Erblasser der Beklagten oder Dritten, insbesondere den drei vom Erblasser abstammenden Kindern der Beklagten, in den zehn Jahren vor dem Erbfall gemacht hat, und zwar durch Vorlage eines von einem Notar aufgenommenen Verzeichnisses. Die Beklagte meint dagegen, sie sei nur mit einem Vermächtnis bedacht; daher sei sie nicht zum Zugewinnausgleich verpflichtet. Im übrigen habe die Klägerin die Erbschaft nicht wirksam ausgeschlagen.

Das Amtsgericht – Familiengericht – hat den bezifferten Zahlungsanspruch und den im Wege der Stufenklage geltend gemachten Auskunftsanspruch bezüglich unentgeltlicher Zuwendungen durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat der Familienrat des Oberlandesgerichts die Beklagte durch Teilurteil zur Auskunft über die unentgeltlichen Zuwendungen des Erblassers an sie selbst, ihre vom Erblasser stammenden Kinder und andere Dritte

durch Vorlage eines von einem Notar aufgenommenen vollständigen systematischen Verzeichnisses verurteilt. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte insoweit die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Das Rechtsmittel hatte nur zum Teil Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Der Senat hat die Formgültigkeit des vorliegenden Testaments bereits in seinem Urteil vom 19.1.1994 (IV ZR 207/92 – NJW 1994, 939 unter A I 1) bestätigt und klargestellt, daß sich die Erbfolge und damit die Auslegung dieses Testaments nach deutschem Recht richten. Daran wird festgehalten. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch die güterrechtlichen Ansprüche nach deutschem Recht beurteilt.

2. a) Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte sei durch das Testament als Miterbin eingesetzt worden und daher grundsätzlich zugewinnausgleichspflichtig. Gemäß § 2087 Abs. 1 BGB sei die Zuwendung eines Bruchteils des Vermögens im Zweifel als Erbeinsetzung anzusehen. Die Zuwendung eines Vermögensbruchteils könne auch vorliegen, wenn Gruppen von Vermögensgegenständen zugewandt werden, die zusammen das ganze Vermögen ausmachen. Im vorliegenden Fall habe der Erblasser sein Vermögen im Ausland (mit Ausnahme der Liegenschaft in Flims) der Beklagten zugedacht und sein restliches Vermögen der ehelichen Familie. Das Auslandsvermögen sei hier eine Sachgesamtheit von sehr erheblichem Wert. Hinzu komme, daß der Erblasser aufgrund seiner langjährigen Beziehung der Beklagten eine möglichst starke Stellung gegenüber seiner Ehefrau und seinen ehelichen Kindern habe verschaffen wollen. Dafür spreche auch die Behauptung der Beklagten, der Erblasser habe ihr wesentliche Teile seines Auslandsvermögens, insbesondere Aktien, nach Testamenterrichtung noch zu seinen Lebzeiten geschenkt. Ferner falle ins Gewicht, daß der Erblasser die Beklagte im Testament als „Alleinerbin“ seines Auslandsvermögens bezeichnet habe. Für die Auslegung des Testaments gemäß § 2087 BGB nach dem Erblasserwillen bei seiner Errichtung komme es nicht darauf an, daß die Beklagte nach ihrer Behauptung möglicherweise bereits wesentliche Teile des Auslandsvermögens zu Lebzeiten des Erblassers geschenkt erhalten habe.

b) Diese, schon im Senatsurteil vom 19.1.1994 (unter A I 2) gebilligte Testamentsauslegung des Tatrichters ist nicht zu beanstanden. Zwar ist die Ermittlung der Erbquoten anhand des wirtschaftlichen Wertverhältnisses der zugewandten Vermögensgruppen zum Gesamtnachlaß umständlich und führt nicht ohne weiteres zu genauen Bruchteilen. Eine solche Auslegung wird deshalb nicht die Regel bilden. Die rechtliche Zulässigkeit der Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen ist aber anerkannt; die genannten Schwierigkeiten machen die Auslegung nicht rechtlich fehlerhaft (BGH, Urteil vom 17.2.1960 – V ZR 144/58 – LM § 2084 Nr. 12; vgl. BGHZ 120, 96, 102; BayObLG NJW-RR 1995, 1096, 1097).

Daß eine Ermittlung der Erbquoten, die das Berufungsgericht hier offenlassen konnte, im vorliegenden Fall nicht möglich sei, zeigt die Revision nicht auf und ist auch nicht ersichtlich. Insoweit bleibt durch weitere Auslegung zu klären, ob es dem Erblasser darauf ankam, die Beklagte in einem bestimmten Verhältnis am Nachlaß zu beteiligen – dann liegt es nahe, bei der Bewertung der Vermögensgruppen vom Zeitpunkt der Testamenterrichtung auszugehen –, oder ob er der Beklagten bestimmte Gegenstände unabhängig von deren Wertänderungen ohne Ausgleichszahlungen zukommen lassen wollte –

dann wird deren Wert zur Zeit des Erbfalls zu ermitteln sein (Staudinger/Otte, BGB 12. Aufl. § 2087 Rdnr. 26; Soergel/Loritz, BGB 12. Aufl. § 2087 Rdnr. 8; Leipold, Erbrecht 11. Aufl. Rdnr. 284).

Kommt es auf den Wert einer Sachgesamtheit beim Erbfall an, kann sich die Erbquote reduzieren, wenn die zugedachten Gegenstände teilweise nicht mehr zum Nachlaß gehören, etwa weil sie dem Bedachten schon zu Lebzeiten des Erblassers geschenkt worden sind. Voraussetzung einer so gemeinten Erbeinsetzung wird im allgemeinen sein, daß die zugewandten Gegenstände beim Erbfall mindestens zu einem nicht ganz unerheblichen Teil noch zum Nachlaß gehören. Im vorliegenden Fall steht fest, daß es beim Erbfall jedenfalls noch ein Konto des Erblassers bei der D.-Bank in Zürich mit einem Guthaben von circa 1 Mio. DM gab.

Wenn dagegen vom Wertverhältnis bei Testamenterrichtung auszugehen ist, ändert ein späterer Vermögenszuwachs nichts an den Erbquoten (BGH, Urteil vom 22.3.1972 – IV ZR 134/70 – FamRZ 1972, 561 unter 3 a.E. [= MittBayNot 1972, 173]). Daß das Bankkonto in Zürich nach dem Vorbringen der Klägerin bei Testamenterrichtung noch nicht bestand, schließt nicht aus, daß es der Beklagten zustehen könnte, wenn die für sie ermittelte Erbquote bei Anwendung auf den beim Erbfall vorhandenen Nachlaß ausreicht, etwa weil auch das übrige, nicht der Beklagten zugedachte Vermögen nach Testamenterrichtung entsprechend gewachsen ist. Aber auch eine spätere Verringerung des bei Testamenterrichtung vorhandenen Vermögens des Erblassers läßt die Erbquote unberührt; im Wege ergänzender Testamentsauslegung kann anzunehmen sein, daß die Schenkung solcher Gegenstände, aus denen die testamentarische Erbeinsetzung zu entnehmen war, an den Bedachten auf die mit seiner Erbeinsetzung verbundene Teilungsanordnung anzurechnen ist (vgl. Staudinger/Otte, § 2087 Rdnr. 28).

3. Ob die Klägerin zusammen mit ihren Kindern im Testament als Erbin eingesetzt worden ist oder bezüglich des nicht der Beklagten vererbten Restvermögens gesetzliche Erbfolge gemäß § 2088 Abs. 1 BGB eingetreten ist, hat das Berufungsgericht offengelassen. Denn die Klägerin habe die Erbschaft in jedem Fall wirksam ausgeschlagen.

a) Das greift die Revision nicht an, soweit eine testamentarische Einsetzung der Klägerin in Betracht kommt. Denn in diesem Fall befand sie sich bei Annahme der Erbschaft in einem Irrtum über den Grund ihrer Berufung, der gemäß § 1949 Abs. 1 BGB dazu führt, daß die Annahme als nicht erfolgt gilt. Auch ein Rechtsirrtum, wie er hier in der ursprünglichen Meinung der Klägerin liegt, das maschinenschriftliche Testament sei wegen Verstoßes gegen § 2247 BGB unwirksam, ist ein beachtlicher Willensmangel (vgl. RG Recht 1923 Nr. 52; BGHZ 106, 359, 363; Staudinger/Otte, BGB 13. Aufl. § 1949 Rdnr. 6; Soergel/A. Stein § 1949 Rdnr. 3; Münch-Komm/Leipold, BGB 2. Aufl. § 1949 Rdnr. 2).

Mangels Annahme konnte die Klägerin die Erbschaft ausschlagen, was im Hinblick auf die erst später erfolgte Testamentseröffnung in jedem Fall rechtzeitig geschehen ist (§ 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB).

b) Sofern dagegen von gesetzlicher Erbfolge auszugehen ist, hält das Berufungsgericht die Klägerin gemäß §§ 1954, 119 Abs. 2 BGB für berechtigt, die Annahme anzufechten. Daß die Erbschaft aufgrund des Testaments zu einem erheblichen Teil der Beklagten zustehe, stelle eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses dar (vgl. BGHZ 106, 359, 363; OLG Hamm NJW 1966, 1080), über die sie im Irrtum gewesen sei.

Dem hält die Revision entgegen, die Beklagte habe alles, was ihr im Testament zugeordnet sei, schon zu Lebzeiten des Erblassers geschenkt erhalten; der danach verbleibende Nachlaß sei nicht größer, als sich die Klägerin vorgestellt habe. Nach ihrem eigenen Vorbringen habe sie von dem Auslandsvermögen des Erblassers – mit Ausnahme der Liegenschaft in Flims und des Bankkontos in Zürich, für das ihr eine Vollmacht erteilt worden war, – keine Kenntnis gehabt, als sie den Erbschein beantragte.

Die Anfechtung stützt sich jedoch im vorliegenden Fall nicht auf einen Irrtum über die zum Nachlaß gehörenden Aktiva. Vielmehr macht die Klägerin die Belastung des Nachlasses mit Rechten der Beklagten geltend. Während die Klägerin bei Beantragung des Erbscheins davon ausgehen konnte, daß der Nachlaß den gesetzlichen Erben zustehe, also der ehelichen Familie sowie den auf Erbersatzansprüche beschränkten nichtehelichen Kindern, geht aus dem Testament hervor, daß die nicht zu diesem Personenkreis gehörende Beklagte zu einem (noch zu bestimmenden) Bruchteil Miterbin ist. Welche Werte ihr deshalb bei einer Erbteilung zustehen, ist zwar ungeklärt und hängt u.a. davon ab, ob die ausländischen Aktien tatsächlich schon zu Lebzeiten des Erblassers der Beklagten geschenkt worden sind oder noch zum Nachlaß gehören und welches Vermögen der Erblasser sonst im Zeitpunkt seines Todes noch im Ausland hatte. In jedem Fall ist die Beklagte aber bis zur Erbteilung dinglich an allen Nachlaßgegenständen mitberechtigigt, selbst wenn sie ihr letzten Endes nicht zustehen (§§ 2032 f., 2040 BGB). Ohne ihre Zustimmung kann die Erbengemeinschaft auch hinsichtlich der der Klägerin und anderen Miterben zugeordneten Nachlaßgegenstände nicht auseinandergesetzt werden. Wenn ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten verkauft, ist die Beklagte zum Vorkauf berechtigt (§§ 2034, 2035 BGB). Vor der Erbteilung steht ihr gemeinschaftlich mit den anderen Miterben die Verwaltung des gesamten Nachlasses zu; sie kann zum Nachlaß gehörende Ansprüche selbständig geltend machen (§§ 2038, 2039 BGB). Schon im Hinblick auf diese Rechte ist die bei Annahme der Erbschaft unbekannt Berufung eines zusätzlichen Miterben ebenso als zur Anfechtung berechtigte verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses anzusehen wie die Beschränkung des Erben durch Testamentsvollstreckung oder Nacherbeinsetzung, für die dies anerkannt ist (MünchKomm/Leipold § 1954 Rdnr. 9; Staudinger/Otte, BGB 13. Aufl. § 1954 Rdnr. 7).

Das Berufungsgericht hat daher die Anfechtung im Ergebnis mit Recht als begründet angesehen. Sie ist auch innerhalb der am 3.8.1989 beginnenden Frist des § 1954 Abs. 1 BGB erfolgt.

4. Danach stehen der Klägerin gemäß § 1371 Abs. 2 und 3 BGB Ansprüche auf Zugewinnausgleich zu.

(...)

11. BGB §§ 185, 2096, 2100, 2102, 2353; GBO § 35 (Bindung des Grundbuchamts an Erbschein; Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB auf Verfügungen des Vorerben)

**1. Das Grundbuchamt ist an die in einem Erbschein bezeugte Erbfolge gebunden; zu einer eigenen abweichenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen des Erblassers ist es weder verpflichtet noch berechtigt.**

**2. § 185 Abs. 2 BGB ist auf Verfügungen des Vorerben im Verhältnis zum Nacherben entsprechend anwendbar.**

**3. Die Heilung der unwirksamen Verfügung eines Nichtberechtigten nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB setzt voraus, daß die Haftung des Berechtigten für die Nachlaßverbindlichkeiten des nichtberechtigten Verfügenden unbeschränkt geworden ist.**

BayObLG, Beschluß vom 14.11.1996 – 2Z BR 83/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1 erstrebt die Löschung eines Nacherbenvermerks am Grundstück Flst. 756/26.

Das Grundstück hatte zunächst zum Grundbesitz des am 28.7.1957 verstorbenen Anton U. sen. (im folgenden Erblasser genannt) gehört. Dieser wurde laut Erbschein vom 19.11.1957 aufgrund eigenhändigen Testaments von 1951 von seinen Söhnen Anton U. jun. (im folgenden nur noch Anton U.) und Alfred U. als Vorerben je zur Hälfte beerbt. Nacherben sollten die beim Eintritt des Nacherbfalls (jeweils Tod des Vorerben) vorhandenen „Abkömmlinge der Vorerben“, Ersatznacherbe jeweils der andere Vorerbe sein.

Anton und Alfred U. setzten sich zu notarieller Urkunde vom 16.4.1959 über den Nachlaß auseinander. Sie „verzichteten“ in dem Vertrag „auf das ihnen ... eingeräumte Ersatznacherbenrecht bezüglich des dem anderen Bruder zugewiesenen Nachlaßteils, soweit dies gesetzlich überhaupt zulässig ist“. Sie verpflichteten sich weiter „alles zu tun, was erforderlich ist, daß die seinerzeitigen Erben des Vorerben den Nachlaßanteil ohne Beschränkung erhalten werden“. Weiter heißt es, daß „die zugunsten der Abkömmlinge angeordnete Nacherbfolge durch diese Vereinbarung nicht berührt“ werde.

In Vollzug der Auseinandersetzung wurde das Grundstück Flst. 756/26 an Alfred U. aufgelassen und dieser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Nacherbenvermerk wurde dabei insoweit gelöscht, als er den anderen Vorerben als Ersatznacherben auswies. Alfred U. übertrug später das halbe Miteigentum an dem Grundstück auf seine Ehefrau; diese starb 1986 und wurde gemäß Erbschein vom 6.10.1989 von ihrem Mann als alleinigem Vorerben beerbt; als alleinige Nacherbin ist in diesem Erbschein die Beteiligte zu 1 genannt.

Alfred U. starb am 24.7.1989; laut Erbschein vom 6.10.1989 wurde er von der Beteiligten zu 2 allein beerbt. Der Antrag von Anton U., ihm nunmehr einen Erbschein als Alleinerbe des 1957 verstorbenen Erblassers zu erteilen, blieb ohne Erfolg.

Aufgrund der beiden Erbscheine vom 6.10.1989 (betreffend den Nachlaß der Ehefrau von Alfred U. und von Alfred U. selbst) und eines Erbscheins vom 6.3.1992 (betreffend den Nachlaß des Erblassers) wurden am 29.9.1992 die Beteiligte zu 1 (als Nacherbin der Ehefrau bezüglich des dieser übertragenen Hälfteanteils) und die Beteiligte zu 2 (als Alleinerbin des Alfred U. bezüglich des anderen, ihm verbliebenen Hälfteanteils) als Miteigentümer je zur Hälfte in das Grundbuch eingetragen. In der zweiten Abteilung ist weiterhin Nacherbfolge vermerkt; nach dem Vermerk tritt der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben Anton U. ein und sind Nacherben die dann vorhandenen Abkömmlinge der Vorerben, von denen derzeit die Beteiligte zu 3 bekannt ist. Diese ist eine 1928 geborene nichteheliche Tochter von Anton U., der am 8.6.1995 verstorben und laut Erbschein vom 20.9.1995 von der Beteiligten zu 3 allein beerbt worden ist. Das Nachlaßgericht erteilte der Beteiligten zu 3 am 2.10.1995 weiter einen Erbschein, daß sie den Erblasser Anton U. sen. allein beerbt hat.

Die Beteiligte zu 3 hat beantragt, sie aufgrund der Nacherbfolge als Alleineigentümerin des Grundstücks in das Grundbuch einzutragen. Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, diesen Antrag zurückzuweisen und den Nacherbenvermerk zu löschen. Das Grundbuchamt hat den Löschantrag mit Beschluß vom 27.2.1996 abgewiesen, das Landgericht die dagegen gerichtete Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1 mit Beschluß vom 17.6.1996 zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 blieb ohne Erfolg.



#### Aus den Gründen:

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens der weiteren Beschwerde ist nur der Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks, nicht auch der auf Eintragung der Beteiligten zu 3 als Alleineigentümerin des Grundstücks.

Die isolierte Löschung des Nacherbenvermerks setzt den Nachweis voraus, daß das Grundbuch insoweit unrichtig ist.

Die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Berichtigung gemäß § 22 GBO sind nicht nachgewiesen.

a) Das Grundbuch ist bezüglich des Nacherbenvermerks unter anderem unrichtig, wenn feststeht, daß der Nacherbfall nicht oder nicht mehr eintreten kann oder wenn das vom Nacherbenvermerk erfaßte Grundstück oder Grundstücksrecht endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist (vgl. BayObLG MittBayNot 1991, 122/123; Rpfleger 1993, 148; BayObLGZ 1995, 55/56, jeweils m.w.N.).

(1) Das Landgericht stellt im Ergebnis zu Recht fest, daß die Beteiligte zu 3 auch bezüglich des Erbteils des Vorerben Alfred U. als Nacherbin berufen ist. Dies ergibt sich für das Grundbuchverfahren mit bindender Wirkung aus dem Erbschein vom 2.10.1995, der die Beteiligte zu 3 als nunmehrige Alleinerbin des 1957 verstorbenen Erblassers ausweist.

(2) Das Landgericht hat sich im einzelnen mit der Echtheit des Testaments von 1951 und mit der erbrechtlichen Lage aufgrund dieses Testaments auseinandergesetzt. Dies war indes nicht zulässig. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge – vom Fall des Vorliegens eines öffentlichen Testaments abgesehen – für das Grundbuchamt nur durch einen Erbschein geführt werden. Dementsprechend ist die im Erbschein verlautbarte Erbfolge für das Grundbuchamt verbindlich; zu einer eigenen Prüfung der Rechtslage, insbesondere zu einer eigenen ergänzenden oder abweichenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen, ist das Grundbuchamt nicht berechtigt; die Verantwortung für die Auslegung der Anordnungen des Erblassers trägt allein das Nachlaßgericht (BayObLGZ 1990, 52/53; 1990, 82/86, jeweils m.w.N.). Etwas anderes gilt nur in dem hier nicht gegebenen Ausnahmefall, daß das Grundbuchamt neue, vom Nachlaßgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die Unrichtigkeit des Erbscheins in irgendeinem Punkt erweisen und daher die Einziehung erwarten lassen (BayObLG, jeweils a.a.O.).

In dem Erbschein vom 2.10.1995 ist die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin des Erblassers Anton U. sen. bezeugt; an dieses Zeugnis über die Erbfolge sind die Gerichte im Grundbuchverfahren gebunden. Der Erbschein, der der Beteiligten zu 3 als Nacherbin erteilt wurde, ist insoweit unvollständig, als er den Zeitpunkt nicht angibt, von dem an sie durch Anfall der Erbschaft (§ 2139 BGB) Erbin geworden ist; dieser Zeitpunkt ist in dem Erbschein, der einem Nacherben erteilt wird, anzugeben (BayObLGZ 1965, 77/86; OLG Stuttgart DNotZ 1979, 104/107; Palandt/Edenhofer BGB 55. Aufl. § 2363 Rdnr. 10). Ob diese Unvollständigkeit zur Einziehung des Erbscheins führt, kann auf sich beruhen; Beweiskraft und Bindungswirkung des Erbscheins, was die Rechtsstellung der Beteiligten zu 3 als alleiniger Erbin betrifft, werden davon jedenfalls nicht berührt. Im übrigen kann nicht zweifelhaft sein, daß das Nachlaßgericht nach Einziehung des Erbscheins vom 2.10.1995 einen inhaltlich übereinstimmenden, nur um den Tag des Anfalls der Erbschaft an die Beteiligte zu 3 (8.6.1995) ergänzten Erbschein erteilen würde.

(3) Es kann auf sich beruhen, ob die Grundsätze über die Bindungswirkung eines Erbscheins im Grundbuchverfahren dann nicht gelten, wenn der Erbschein eine Rechtslage bezeugt, die es nicht geben kann. Dann wäre jedenfalls eine Rückfrage des Grundbuchamts oder des Beschwerdegerichts beim Nachlaßgericht (vgl. BayObLGZ 1990, 51/57 m.w.N.) oder die Anregung an das Nachlaßgericht angebracht, den Erbschein einzuziehen. Jedoch verlaubar der Erbschein vom 2.10.1995 ebenso wie der gleichfalls über den Nachlaß des Erblassers Anton U. sen. erteilte Erbschein vom 6.3.1992 jedenfalls keine rechtlich unmögliche Erbfolge.

b) Die Beteiligte zu 3 ist somit auch für den Anteil des Vorerben Alfred U. gemäß dem Erbschein vom 2.10.1995 als Nacherbin zu betrachten. Das Landgericht hat die Löschung des Nacherbenvermerks mit der Begründung, daß das Grundstück endgültig aus der Vorerbschaft ausgeschieden ist, im Ergebnis gleichfalls zu Recht abgelehnt.

(1) Ein Grundstück scheidet dann endgültig aus der dem Recht des Nacherben unterliegenden Erbschaft aus, wenn der Vorerbe es mit Zustimmung des Nacherben veräußert; der Zustimmung eines Ersatznacherben bedarf es dazu nicht (BayObLG Rpfleger 1993, 148 f.; BayObLGZ 1995, 55/56, jeweils m.w.N.). Die Zustimmung der Beteiligten zu 3 wäre aber erforderlich gewesen, weil sie nicht nur als Ersatznacherbin nach Alfred U., sondern auch als unmittelbare Nacherbin nach Anton U. und außerdem als weitere Nacherbin nach Alfred U. berufen ist.

(2) Durch die Auseinandersetzung und die in deren Vollzug vorgenommene Auflassung des Grundstücks an den Vorerben Alfred U. schied dieses nicht aus der der Anordnung der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft aus; der Nacherbenvermerk wurde dadurch nicht gegenstandslos (vgl. BGH NJW 1969, 2043; OLG Hamm FGPrax 1995, 7 f.). Da der Auflassung dieses Grundstücks keine Teilungsanordnung des Erblassers zugrunde lag, kann insoweit auch nicht von der Verfügung eines befreiten Vorerben ausgegangen werden, die auch ohne Zustimmung des Nacherben wirksam sein könnte (vgl. BayObLGZ 1974, 312/314).

(3) Nicht folgen kann der Senat schließlich der von der Beteiligten zu 1 vertretenen, vom Landgericht nicht erörterten Rechtsansicht, die Veräußerung des Grundstücks an Alfred U. sei gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB mit dem Tode von Anton U. endgültig wirksam geworden, da die Beteiligte zu 3 Anton U. allein beerbt hat. § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auf das Verhältnis des Vorerben (als nichtberechtigten Verfügenden) zum Nacherben (als Berechtigtem) entsprechend anzuwenden (RGZ 110, 94 f.; BGH MDR 1964, 577). Die endgültige Wirksamkeit der Veräußerung, d.h. das Ausscheiden des Grundstücks aus dem Recht des Nacherben unterliegenden Erbschaft, scheidet aber einmal daran, daß bei der Veräußerung des Grundstücks nicht nur der Vorerbe Anton U., sondern auch der Vorerbe Alfred U. über dieses verfügte, die Beteiligte zu 3 aber nur Anton U. beerbt hat. Alfred U. mußte, auch wenn er der aus der Verfügung Begünstigte war, gemäß § 2040 Abs. 1 BGB auf der Passivseite gleichfalls an der Verfügung mitwirken; dies geschieht dadurch, daß der begünstigte Miterbe die Auflassungserklärung des anderen Miterben annimmt und gleichzeitig in dessen Verfügung einwilligt (vgl. v. Lübtow Band II S. 838). Die Einwilligung steht ihrerseits im Sinne von § 185 Abs. 2 BGB einer Verfügung gleich (BGH LM Nr. 7 zu § 185; Palandt/Heinrichs Rdnr. 2 a.E., MünchKomm/Schramm BGB 3. Aufl. Rdnr. 9, jeweils zu § 185).

(4) Weiter setzt § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB nach der fast einhellig vertretenen Meinung voraus, daß der Erbe die Möglichkeit verloren hat, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken; die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten muß also unbeschränkbar geworden sein (OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 968; *Palandt/Heinrichs* Rdnr. 11, *Erman/Brox* BGB 9. Aufl. Rdnr. 13, *MünchKomm/Schramm* Rdnr. 64, *Soergel/Leptien* BGB 12. Aufl. Rdnr. 32, *Staudinger/Gursky* BGB 13. Aufl. Rdnr. 78 (unter Hinweis auf § 2013 BGB), jeweils zu § 185; *Enneccerus-Nipperdey* Allgemeiner Teil des BGB 15. Aufl. Band II § 204 V 2 b; *Medicus* Allgemeiner Teil des BGB 4. Aufl. Rdnr. 1032; *Ebel* NJW 1982, 724/725). Weitere Voraussetzungen für die Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 stellen *Larenz* (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts § 24) und *Hagen* (AcP Band 167, 481/499 ff.) auf; offen gelassen wird die Frage in RGZ 110, 94/96, nicht näher behandelt in BGH MDR 1974, 577; OLG München DNotZ 1971, 544. Der Senat schließt sich der herrschenden Meinung an. Vor allem der Hinweis auf § 2013 BGB überzeugt, weil sich aus dieser Bestimmung zweifelsfrei ergibt, daß nicht auf die vorläufige Unbeschränktheit, sondern auf die Unbeschränkbarkeit der Haftung abzustellen ist.

Da nicht festgestellt und auch sonst nicht ersichtlich ist, daß die Beteiligte zu 3 die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten von Anton U. nicht mehr auf den Nachlaß beschränken könnte, ist die Verfügung über das Grundstück nicht auf diesem Wege endgültig wirksam geworden.

c) Die Einsetzung der Beteiligten zu 3 zur Nacherbin ist, wie das Landgericht zutreffend feststellt, nicht durch Fristablauf nach § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam geworden. Denn die Nacherbfolge war für den Tod des Vorerben Anton U. angeordnet, der zur Zeit des Erbfalls 1957 schon gelebt hat (§ 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB).

12. BGB §§ 133, 1923, 2084, 2269 Abs. 1 (*Auslegung einer letztwilligen Verfügung für den Fall des „gleichzeitigen Versterbens“*)

**Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament eine letztwillige Verfügung für den Fall ihres „gleichzeitigen Todes“ getroffen, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob sie nur den Ausnahmefall des im gleichen Bruchteil einer Sekunde eintretenden Todes beider regeln wollten, oder ob die letztwillige Verfügung nach dem Willen der Testierenden auch für andere Fallgestaltungen (hier: Selbsttötung beider Ehegatten und Eintritt des Todes im Abstand von 30 Minuten) gelten sollte.**

BayObLG, Beschluß vom 30.9.1996 – 1Z BR 42/96 = BayObLGZ 1996 Nr. 51 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG.

*Aus dem Tatbestand:*

Der 85jährige Erblasser und seine 66jährige Ehefrau sind durch Selbsttötung aus dem Leben geschieden. Ihre Ehe war kinderlos geblieben. Der Ehemann hatte aus erster Ehe zwei Töchter, die Beteiligte zu 1 und die vorverstorbene Mutter der Beteiligten zu 2. Die Eheleute haben mehrere letztwillige Verfügungen hinterlassen.

Die letzte, vom Ehemann eigenhändig geschriebene und unterzeichnete sowie von der Ehefrau mitunterzeichnete Verfügung von Todes wegen trägt das Datum 4.10.1992 und lautet:

„Unser Testament.

Für den Fall unseres Todes setzen wir, ... und seine Ehefrau ..., uns gegenseitig als Alleinerben ein.

Im Falle unseres gleichzeitigen Todes setzen wir ... (Beteiligter zu 3), ... (Beteiligte zu 4) ... (Beteiligte zu 5), zu je einem Drittel als unsere Erben ein. Wir bestellen hiermit ... (Beteiligter zu 3) zum Testamentsvollstrecker.

Die Ehefrau hat handschriftlich angefügt:

Das ist auch mein letzter Wille. ... 4.10.1992“

Am 27.5.1993 wurden die Eheleute im Keller ihres Wohnhauses mit Kopfschüssen aufgefunden. Die Ehefrau verstarb um 16.00 Uhr, der Tod des Ehemanns trat um 16.30 Uhr ein. Anhaltspunkte für eine Beteiligung Dritter sind nicht festgestellt worden.

Beim Nachlaßgericht haben die Beteiligten zu 1 und 2 die Ansicht vertreten, ihr Vater bzw. Großvater sei aufgrund des Testaments vom 4.10.1992 Alleinerbe seiner Ehefrau geworden und aufgrund gesetzlicher Erbfolge von ihnen beerbt worden, weil der in diesem Testament geregelte Fall des gleichzeitigen Todes beider Ehegatten nicht eingetreten sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben Erbscheinsanträge des Inhalts gestellt, daß sie jeweils zur Hälfte Erben des Ehemanns geworden seien. Die Beteiligten zu 3 bis 5 sind diesen Anträgen entgegengetreten und haben ihrerseits Erbscheine beantragt, wonach sie aufgrund des Testaments vom 4.10.1992 beide Ehegatten jeweils zu 1/3 beerbt hätten. Der Beteiligte zu 3 hat außerdem die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen für die Nachlässe der Ehefrau und des Ehemanns beantragt.

Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 22.11.1996 die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen und die Erteilung von Erbscheinen gemäß den Anträgen der Beteiligten zu 3 bis 5 sowie die Erteilung der vom Beteiligten zu 3 beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisse angekündigt. Die Beteiligte zu 1 hat Beschwerde eingelegt, die vom Landgericht durch Beschluß vom 19.12.1995 zurückgewiesen worden ist.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 blieb ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

...

c) Die letztwillige Verfügung vom 4.10.1992 haben die Vorinstanzen zu Recht als formgültig errichtetes gemeinschaftliches Testament der Ehegatten gewertet (§ 2247 Abs. 1 und 2, Abs. 3 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 2265, 2267 BGB). Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht angenommen, daß dadurch frühere inhaltlich widersprechende letztwillige Verfügungen aufgehoben worden sind (§ 2258 Abs. 1 BGB), soweit sie nicht schon durch Veränderungen an der Urkunde widerrufen worden waren (§ 2255 BGB, vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2255 Rdnr. 5 und 6).

d) Das Landgericht hat angenommen, daß die im Testament vom 4.10.1992 verfügte Erbeinsetzung auslegungsfähig und -bedürftig ist. Dies unterliegt als Rechtsfrage der Nachprüfung des Gerichts der weiteren Beschwerde (BayObLGZ 1991, 173/176 [= MittBayNot 1991, 174] und ständige Rechtsprechung). Das Landgericht hat die Auslegungsfähigkeit zu Recht bejaht.

aa) Der Begriff „gleichzeitig“ bedeutet seinem Wortsinn nach, daß mehrere Ereignisse zur selben Zeit eintreten. Der gleichzeitige Tod mehrerer untereinander erbberechtigter Personen führt dazu, daß keiner des anderen Erbe werden kann (§ 1923 Abs. 1 BGB; vgl. BayObLG FamRZ 1990, 563/564). Die Vorschrift des § 1923 Abs. 1 BGB macht die Erbfähigkeit allein davon abhängig, daß der Erbe den Erblasser überlebt, wenn auch nur um den Bruchteil einer Sekunde (vgl. OLG Hamm FamRZ 1995, 1606/1607 [= MittBayNot 1995, 478];



OLG Köln FamRZ 1992, 860/862). In erbrechtlicher Hinsicht kann von einem gleichzeitigen Tod daher nur die Rede sein, wenn die untereinander erbberechtigten Personen im gleichen Bruchteil einer Sekunde, also zu einer Zeit, den Tod gefunden haben (vgl. *Nagel* Das Versterben untereinander erbberechtigter Personen aufgrund derselben Ursache, S. 89 Fn. 1, S. 144 f.).

bb) Im Hinblick auf diesen scharf umgrenzten Wortsinn des Begriffs „gleichzeitiges Versterben“ haben der Senat und mehrere Oberlandesgerichte wiederholt ausgesprochen, daß dieser Begriff grundsätzlich eindeutig sei (vgl. BayObLGZ 1979, 427/432, 1981, 79/82, 1982, 331/337 und 1986, 426/429 [= MittBayNot 1987, 157]; BayObLG FamRZ 1990, 563/564; KG FamRZ 1968, 217 und 1970, 148 f.; OLG Frankfurt/Main Rpfleger 1988, 483/484; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 9). Jedoch ist die Auslegung einer letztwilligen Verfügung auch in den seltenen Fällen eines klaren und eindeutigen Wortlauts nicht durch eben diesen Wortlaut begrenzt. Auch in diesen Fällen hat der wirkliche Wille des Erblassers (§ 133 BGB) Vorrang, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (vgl. BGHZ 86, 41/46; BayObLG NJW-RR 1991, 6/7 und ständige Rechtsprechung; *Staudinger/Otte* BGB 13. Aufl. vor §§ 2064 ff. Rdnr. 54 bis 57). Daher ist stets zu prüfen, ob es der Wille der testierenden Ehegatten war, die Geltung einer für den Fall des „gleichzeitigen“ Versterbens getroffenen letztwilligen Verfügung auf den der Wortbedeutung entsprechenden, aber nur selten eintretenden (vgl. BayObLGZ 1986, 426/432; *Palandt/Edenhofer* § 2269 Rdnr. 9) Fall zu beschränken, daß rechtlich gesehen keiner von ihnen des anderen Erbe werden kann, oder ob sie diesen Begriff auch für andere Fallgestaltungen gebrauchen wollten (vgl. BayObLGZ 1979, 427/431 f., 1981, 79/84 und 1986, 426/432; BayObLG FamRZ 1996, 1307; siehe auch OLG Stuttgart FamRZ 1994, 852; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 9/10; KG FamRZ 1970, 148/149; *Staudinger/Otte* a.a.O. Rdnr. 57; *Soergel/Wolf* BGB 12. Aufl. § 2269 Rdnr. 11; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 4 III 2 a; *Nieder* Handbuch der Testamentsgestaltung Rdnr. 605). Dies hat das Landgericht berücksichtigt und zu Recht das Testament vom 4.10.1992 der Auslegung unterzogen.

e) Die Testamentsauslegung selbst (§§ 133, 2084 BGB) obliegt den Gerichten der Tatsacheninstanz. Sie kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur daraufhin nachgeprüft werden, ob sie nach den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem Sinn und Wortlaut des Testaments nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. BayObLGZ 1991, 173/176 [= MittBayNot 1991, 174] und ständige Rechtsprechung). Der in diesem Rahmen vorzunehmenden Prüfung hält die Auslegung des Landgerichts stand.

aa) Bei der Auslegung eines Testaments ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Bei einem gemeinschaftlichen Testament kommt es nicht nur auf den Willen des Ehegatten an, um dessen Verfügung es geht. Vielmehr ist zu prüfen, ob ein nach dem Willen des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teils entsprochen hat (vgl. BGH NJW 1993, 256; BayObLGZ 1993, 240/246).

bb) Das Landgericht hat das Testament vom 4.10.1992 dahin ausgelegt, daß der festgestellte Geschehensablauf, wonach jeder der Ehegatten sich in Selbsttötungsabsicht einen oder mehrere Kopfschüsse beigebracht habe und der Ehemann etwa eine halbe Stunde nach der Ehefrau verstorben sei, als gleichzeitiger Tod im Sinn der letztwilligen Verfügung anzusehen sei. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

(1) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Ehegatten hätten den Begriff des „gleichzeitigen Todes“ nicht nur in seinem engen Wortsinn für den kaum vorkommenden Ausnahmefall gebraucht, daß sie beide im gleichen Bruchteil einer Sekunde versterben. Im Sinn des Testaments sei ein gleichzeitiger Tod auch dann zu bejahen, wenn die Eheleute nicht genau im selben Zeitpunkt verstürben, aber der kurze Zeit überlebende Ehegatte beim Eintritt des ersten Erbfalls, etwa wegen einer bis zu seinem Tod anhaltenden Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung, praktisch gleichzeitig mit dem anderen Teil als handlungsfähiges Rechtssubjekt aus dem Rechtsleben ausscheide. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht erwogen, die sich gegenseitig zu Erben einsetzenden Eheleute, die einen Dritten unter der Voraussetzung ihres gleichzeitigen Todes bedächten, wollten in der Regel dem Überlebenden von ihnen freie Hand lassen, über seinen Nachlaß nach Gutdünken zu verfügen. Dieser Wille könne aber nicht Platz greifen, wenn der Überlebende, wie hier der Ehemann, zu einer solchen Verfügung tatsächlich nicht mehr in der Lage sei. Diese Annahme hält sich im Rahmen der Lebenserfahrung (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1994, 852/853 und FamRZ 1982, 1136 f.; KG FamRZ 1970, 148/149; *Palandt/Edenhofer* § 2269 Rdnr. 9; *Lange/Kuchinke* § 4 III 2 a a.E.). Demgegenüber macht die Rechtsbeschwerde geltend, die Ehefrau hätte noch letztwillige Anordnungen treffen können, nachdem ihr Ehemann sich erschossen habe und sie ihn für tot hielt, sie habe jedoch aus eigenem Entschluß ihrem Leben ein Ende gesetzt. Dabei läßt die Beteiligte zu 1 jedoch schon außer Betracht, daß nicht die Ehefrau – von der die Abkömmlinge des Ehemanns ein gesetzliches Erbrecht nicht herleiten könnten – zuletzt verstorben ist. Sie wurde vielmehr von ihrem Ehemann um etwa eine halbe Stunde überlebt, der nach den ohne Verfahrensfehler getroffenen Feststellungen der Tatsacheninstanzen tödlich verletzt und nicht mehr in der Lage war, Rechtshandlungen vorzunehmen oder gar testamentarische Verfügungen über seinen Nachlaß zu treffen.

(2) Das Landgericht ist davon ausgegangen, daß ein gleichzeitiger Tod nicht durch dasselbe äußere Ereignis herbeigeführt werden müsse. Das Beschwerdegericht weist darauf hin, daß der gleichzeitige Eintritt zweier Ereignisse von der Wortbedeutung her nur die Zeitgleichheit voraussetzt, nicht aber die gleiche Ursache. Versterben mehrere untereinander erbberechtigte Personen gleichzeitig im Rechtssinn, also innerhalb des selben Bruchteils einer Sekunde, so hat dies gemäß § 1923 Abs. 1 BGB immer zur Folge, daß keiner des anderen Erbe werden kann, ohne daß es darauf ankäme, ob der Tod aufgrund des gleichen äußeren Ereignisses oder aufgrund verschiedener Ereignisse eingetreten ist (vgl. *Nagel* S. 118/119 und S. 144 bis 146).

Ergibt die Auslegung einer von Ehegatten für den Fall des gleichzeitigen Todes getroffenen letztwilligen Verfügung, daß ihre Geltung nicht auf den Ausnahmefall des zeitgleichen Versterbens beschränkt sein sollte, so ist weiter zu prüfen, welche Fallgestaltungen die Testierenden regeln wollten, insbesondere ob sie für den in kurzem zeitlichen Abstand eintretenden Tod beider Ehegatten nur eine einheitliche Ursache – etwa

einen gemeinsamen Unfall (vgl. BayObLG FamRZ 1995, 1446/1447) – oder auch verschiedene – etwa krankheitsbedingte – Ursachen in Betracht gezogen haben (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1994, 852 f.). Das Landgericht hat aufgrund des Ermittlungsergebnisses, insbesondere der Zeugenaussagen, angenommen, das kurzzeitige Nacheinanderversterben der Ehegatten infolge Selbsttötung sei nach ihrem Willen als gleichzeitiger Tod im Sinn des Testaments vom 4.10.1992 anzusehen. Diese Auslegung ist unter den hier gegebenen Umständen nicht nur möglich, sondern naheliegend. Der Senat schließt sich ihr an.

(3) Das Landgericht hat auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände bei der Auslegung mitberücksichtigt. Es hat in Betracht gezogen, daß der Ehemann wiederholt erklärt habe, seine Abkömmlinge sollten nur den Pflichtteil erhalten, und dies als Anhaltspunkt für die von ihm vorgenommene Wertung des Begriffs des gleichzeitigen Todes angesehen. Mit Recht hat das Landgericht auch den Inhalt des widerrufenen Testaments vom 6.12.1990 zur Auslegung herangezogen (vgl. BayObLGZ 1981, 79/82 und BayObLG FamRZ 1990, 563/564) und den Umstand gewürdigt, daß die Eheleute eine in diesem Testament enthaltene Einsetzung der für den Fall des gleichzeitigen Todes bestimmten Erbin auch als Erbin des Überlebenden in das spätere Testament vom 4.10.1992 nicht übernommen haben. Dem Fehlen einer solchen Regelung in dem hier maßgeblichen Testament brauchte das Landgericht keine Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs des „gleichzeitigen Todes“ zu entnehmen.

(4) Das Beschwerdegericht mußte die von der Nachlaßpflegerin zu den Akten gegebenen Entwürfe und Ablichtungen widerrufener früherer letztwilliger Verfügungen der Ehegatten zur Auslegung nicht heranziehen. Der Inhalt dieser Schriftstücke beschränkt sich auf Regelungen, die in die maßgeblichen letztwilligen Verfügungen Eingang gefunden haben, und ist daher nicht geeignet, den vorhandenen Auslegungstoff zu ergänzen oder zu erweitern. Auch der Senat hat die Schriftstücke bei seiner Überprüfung der landgerichtlichen Entscheidung daher im Ergebnis außer Betracht lassen können.

f) Bei einem gleichzeitigen Versterben von Eheleuten geht nicht wie bei einer Schlußerbeneinsetzung (§ 2269 Abs. 1 BGB) der gesamte Nachlaß auf den oder die Erben über, sondern das Vermögen jedes einzelnen von ihnen (§§ 1922, 1923 Abs. 1 BGB, vgl. BayObLGZ 1981, 79/87). Dementsprechend sind die Vorinstanzen ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß die Beteiligten zu 3 bis 5 aufgrund des Testaments vom 4.10.1992 sowohl die Ehefrau als auch den kurze Zeit nach ihr verstorbenen Ehemann jeweils zu  $\frac{1}{3}$  beerbt haben. Weiterhin ohne Rechtsfehler haben die Vorinstanzen angenommen, daß der Beteiligte zu 3 durch dieses Testament zum Testamentsvollstrecker für die Nachlässe der Ehefrau und des Ehemanns ernannt worden ist (§ 2197 Abs. 1 BGB) und ihm daher die beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisse zu erteilen sind (§ 2368 Abs. 1 BGB).

## Gesellschafts- und Registerrecht

13. BGB § 823 Abs. 2; StGB §§ 14 Abs. 1 Nr. 1, 266 a (*Aufgabe eines GmbH-Geschäftsführers zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten der Gesellschaft; Delegation von Aufgaben und deliktische Verantwortlichkeit*)

1. Zu den Aufgaben des Geschäftsführers einer GmbH gehört es, dafür zu sorgen, daß die der Gesellschaft auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten, zu denen die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gehört, erfüllt werden.
2. Diesen Pflichten können sich die Geschäftsführer einer mehrgliedrigen Geschäftsleitung weder durch Zuständigkeitsregelungen noch durch Delegation auf andere Personen entledigen.
3. Interne Zuständigkeitsvereinbarungen oder die Delegation von Aufgaben können aber die deliktische Verantwortlichkeit des Geschäftsführers beschränken.

In jedem Fall verbleiben ihm Überwachungspflichten, die ihn zum Eingreifen verpflichten können.

Eine solche Überwachungspflicht kommt vor allem in finanziellen Krisensituationen zum Tragen, in denen die laufende Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht mehr gewährleistet erscheint.

BGH, Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

14. GmbHG § 32 a (*Eigenkapitalersetzendes Darlehen*)

1. Ob ein Darlehen als eigenkapitalersetzend anzusehen ist, beurteilt sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der verbindlichen Kreditzusage, sofern die Leistung später gewährt wird.
2. Hat die Darlehensgewährung, bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Zusage, kapitalersetzenden Charakter, entgeht der Gesellschafter der Rechtsfolge des § 32 a GmbHG nicht schon dadurch, daß er die Auszahlung erst nach Stellung des Konkursantrags vornimmt.
3. Eine Finanzierungshilfe, die ein Gesellschafter der konkursreifen Gesellschaft gewährt, hat auch dann kapitalersetzenden Charakter, wenn sie nicht der Sanierung, sondern lediglich der Durchführung eines bestimmten Rechtsgeschäfts dienen soll.
4. Hat die Gesellschaft dem Gesellschafter für eine kapitalersetzende Leistung ein Recht sicherungshalber übertragen, kann der Konkursverwalter gegenüber dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung unmittelbar den Einwand aus § 32 a GmbHG erheben; der Anfechtungseinrede bedarf es nicht.

BGH, Urteil vom 19.9.1996 – IX ZR 249/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

15. GmbHG §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 54; FGG § 144a (*Ablehnungsbefugnis des Registergerichts bei Eintragung einer GmbH-Satzungsänderung*)

1. **Das Registergericht darf die Eintragung einer zulässigen Satzungsänderung nicht deshalb ablehnen, weil es eine weitere Satzungsregelung (hier Angabe des Betrages der Stammeinlagen und Namen der Übernehmer) für erforderlich hält. In einem solchen Fall hat es vielmehr das Verfahren auf Feststellung eines Satzungs mangels durchzuführen.**
2. **Nach Eintragung einer GmbH in das Handelsregister können bei einer Neufassung der Satzung die Angaben über die Stammeinlagen und die Person ihrer Übernehmer auch dann entfallen, wenn die Stammeinlagen noch nicht voll eingezahlt sind (Abweichung von OLG Hamm OLGZ 1984, 266).**

BayObLG, Beschluß vom 13.11.1996 – 3Z BR 168/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Im Handelsregister ist die GmbH eingetragen. Die Gesellschafterversammlung hat am 27.12.1995 u. a. die Änderung der Satzung im § 5 (Vertretung) und § 14 (Erbfolge) beschlossen, ferner, daß § 11 (Gewinnverteilung) unverändert bleibt. Die Gesellschaft hat diese Satzungsänderung vom 27.12.1995 am 16.1.1996 beim Registergericht zur Eintragung angemeldet. Das Registergericht hat mit Beschluß vom 13.3.1996 die Anmeldung zurückgewiesen, weil § 3 der Satzung nicht mehr die Namen der Gründungsgesellschafter enthalte und nicht davon ausgegangen werden könne, daß die Stammeinlagen voll eingezahlt seien; im übrigen sei die angemeldete Satzungsänderung grundsätzlich eintragungsfähig. Gegen diese Entscheidung hat die Gesellschaft Beschwerde eingelegt, welcher der Registerrichter nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht hätte die Eintragung der zulässigen Satzungsänderung nicht deshalb ablehnen dürfen, weil es eine andere – von der angemeldeten Änderung nicht betroffene – Satzungsregelung für unvollständig hielt.

Gegenstand der Anmeldung vom 16.1.1996 ist lediglich die am 27.12.1995 beschlossene Satzungsänderung. Nur wenn gegen die Zulässigkeit der Eintragung dieser angemeldeten Satzungsänderung begründete Bedenken bestehen (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 125 Rdnr. 24), darf das Registergericht die Eintragung ablehnen. Ist wie hier die Anmeldung nicht zu beanstanden, kann sie nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil der Inhalt des Handelsregisters oder die Satzung in anderer Hinsicht zu Beanstandungen Anlaß geben (*Jansen* § 28 Rdnr. 31). Eine als solche nicht zu bemängelnde Anmeldung zum Handelsregister darf das Registergericht grundsätzlich nicht deshalb zurückweisen, um eine von ihm als erforderlich angesehene sonstige Anmeldung herbeizuführen. Zu diesem Zweck muß es sich auf die einschlägigen Verfahren (hier § 144a FGG) beschränken (vgl. BGH NJW 1977, 1879/1880; OLG Hamm BB 1977, 967/968 und DNotZ 1985, 172).

Das Registergericht wird somit erneut über die Anmeldung zu entscheiden und, da gegen die Eintragung Bedenken nicht bestehen, ihr zu entsprechen haben.

Das Verfahren gibt Anlaß zu folgenden Hinweisen:

(1) Die vom Landgericht angenommene Gesetzeswidrigkeit des § 3 der Satzung kann, wie dargelegt, nicht dadurch beseitigt

werden, daß eine Anmeldung trotz ihrer Eintragungsfähigkeit nicht eingetragen wird. Eine solche „Registersperre“ hat keine gesetzliche Grundlage. Eine gesetzwidrige, weil unvollständige Fassung des § 3 der Satzung ist im Verfahren nach § 144a FGG zu beseitigen.

Dieses Verfahren ist immer dann durchzuführen, wenn die Satzung einer GmbH eine nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG wesentliche Bestimmung nicht enthält. Es setzt allerdings regelmäßig voraus, daß der Tatbestand des § 144a FGG weitgehend zweifelsfrei vorliegt (vgl. KG Rpfleger 1991, 255/256). Daran könnte es hier schon deshalb fehlen, weil eine Volleinzahlung der Einlagen zumindest nicht unwahrscheinlich ist. Von der Verfahrenseinleitung kann überdies abgesehen werden, wenn das öffentliche Interesse nicht oder nur unwesentlich berührt wird. Im vorliegenden Fall besteht die fehlende Eintragung in § 3 der Satzung, die das Registergericht für rechtswidrig hält, schon seit ca. zehn Jahren, ohne daß deshalb ein Verfahren nach § 144a FGG eingeleitet worden wäre.

(2) Gegen die Einleitung eines Verfahrens nach § 144a FGG sprechen auch folgende Erwägungen:

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG muß die Satzung einer GmbH als Mindestinhalt den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage) enthalten. Anerkannt ist, daß bei einer späteren Neufassung der Satzung diese Bestimmung nur noch eingeschränkt gilt. Nach ganz herrschender Meinung darf die Angabe der ursprünglichen Gesellschafter mit ihren Stammeinlagen jedenfalls dann entfallen, wenn die Einlagen voll geleistet sind (*Baumbach/Hueck* § 3 Rdnr. 20 m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen hält die neuere Literatur die Beibehaltung dieser Angaben nach Eintragung der GmbH unabhängig von einer Volleinzahlung für entbehrlich (vgl. *Baumbach/Hueck* § 3 Rdnr. 20; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 48 und § 53 Rdnr. 13, 105; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 14. Aufl. § 3 Rdnr. 15 f.; *Rowedder/Rittner* GmbHG 2. Aufl. § 3 Rdnr. 22, 24; *Scholz/Priester* § 53 Rdnr. 23; *Priester* GmbHR 1973, 170 f.; a. A. OLG Hamm OLGZ 1984, 266; ferner *Scholz/Emmerich* § 3 Rdnr. 32 f.). Der Senat teilt diese Auffassung. Er hat bereits in einer früheren Entscheidung dargelegt, daß die gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG im Gründungsvertrag erforderlichen Angaben über die Stammeinlagen und ihre Übernehmer in späteren Fassungen der Satzung ohne deren Änderung entfallen dürfen, weil es sich insoweit nur formell um Satzungsbestandteile, materiell aber um Übernahmeeckklärungen handelt (vgl. BayObLGZ 1991, 365/367 = DB 1991, 2537/2538). Diese Meinung vertritt ersichtlich auch der Bundesgerichtshof (vgl. BGH NJW 1989, 168/169). Gläubigerschutzinteressen stehen dem nicht entgegen, da die Einsicht in den beim Handelsregister aufbewahrten Gründungsvertrag jederzeit offensteht (vgl. *Scholz/Priester* a.a.O.).

16. GmbHG § 68 Abs. 1 (*Einzelvertretungsbefugnis eines geborenen GmbH-Liquidators*)

**Die einem Geschäftsführer einer GmbH aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung durch Gesellschafterbeschuß erteilte stete Einzelvertretungsbefugnis gilt grundsätzlich nicht für den (geborenen) Liquidator.**

BayObLG, Beschluß vom 24.10.1996 – 3Z BR 262/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Die GmbH ist im Handelsregister eingetragen. § 5 (Geschäftsführung, Vertretung) der Satzung lautet:

„1)

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die Gesellschaft allein.

2)

Die Gesellschafterversammlung kann durch Beschluß einem, mehreren oder allen Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen und jederzeit wieder entziehen. Sie kann außerdem einen, mehrere oder alle Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB generell oder für den Einzelfall befreien.“

Zum stets einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer wurde B. bestellt.

Am 9.11.1994 wurde im Handelsregister eingetragen: „Die Gesellschaft ist aufgelöst. Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 LösChG von Amts wegen eingetragen.“

Am 10.2.1995 meldete die Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister an:

„Nach Auflösung kraft Gesetzes ist Liquidator gemäß § 66 Abs. 1 GmbH-Gesetz der Unterzeichnete als der bisherige alleinige Geschäftsführer (geborene Liquidator). Demgemäß ist er auch als Liquidator stets alleinvertretungsbefugt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Mit Zwischenverfügung wies das Amtsgericht darauf hin, daß es für die angemeldete Alleinvertretungsbefugnis und Befreiung von § 181 BGB des Liquidators eines einfachen Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedürfte.

Beschwerde und weitere Beschwerde blieben ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

a) Das Landgericht geht zutreffend davon aus, daß die für den Beschwerdeführer als Geschäftsführer beschlossene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht für ihn als (geborenen) Liquidator gilt. Zwar wurde der Geschäftsführer der GmbH ohne weiteren Bestellungsakt – da die Satzung für die Liquidation keine Bestimmungen enthält – Liquidator der Gesellschaft (§ 66 Abs. 1 GmbHG; *Baumbach/Schulze-Osterloh* § 66 Rdnr. 12). Die Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB geht aber, auch wenn sie geborene Liquidatoren sind, im Zweifel nicht auf diese über (*BayObLGZ* 1995, 335/337; *BayObLG* BB 1985, 1148/1149; *OLG Düsseldorf GmbHR* 1989, 465; *GmbH-Handbuch I/ Eder* Rdnr. 729.2; *Hachenburg/Hohner GmbHG* 8. Aufl. § 68 Rdnr. 9; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus GmbHG* § 68 Rdnr. 3; a.A. *Scholz/K. Schmidt* 8. Aufl. § 68 Rdnr. 5).

b) Das Landgericht hat sich zwar nicht ausdrücklich mit der – nur für den Fall der Bestellung weiterer Liquidatoren bedeutsamen – Frage auseinandergesetzt, ob die für den Geschäftsführer beschlossene generelle Einzelvertretungsbefugnis auch für ihn als Liquidator gilt. Es hat aber durch die Zurückweisung der Beschwerde der Gesellschaft diese Frage verneint. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Es besteht kein allgemeiner Grundsatz, daß die für den Geschäftsführer bestehenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die Vertretung ohne weiteres auch für den Liquidator gelten (*BayObLG* BB 1985, 1148/1149; *OLG Düsseldorf GmbHR* 1989, 465). Trifft die Satzung, wie hier, keine Regelung für die Vertretung der GmbH, wenn diese aufgelöst ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, inwieweit die Bestimmungen für die Vertretung durch Geschäftsführer auch für die

Vertretung durch Liquidatoren gelten. Da Satzungsbestimmungen, die die Art und Weise der Vertretung der Gesellschaft regeln, körperschaftsrechtliche Fragen betreffen, hat ihre Auslegung allein aus sich heraus nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen (*BGH NJW* 1987, 1890/1891; *BayObLGZ* 1995, 335/337; *OLG Düsseldorf a.a.O.* S.466).

Ist die stete Einzelvertretungsbefugnis eines oder mehrerer Geschäftsführer in der Satzung niedergelegt, wird überwiegend angenommen, daß sie auch der geborene Liquidator hat (*Rowedder/Rasner GmbHG* 2. Aufl. § 68 Rdnr. 3; *GmbH-Handbuch/Eder* Rdnr. 729.7 Anm. 31; *Scholz/K. Schmidt GmbHG* 8. Aufl. § 66 Rdnr. 3; *Baumbach/Schulze-Osterloh* § 68 Rdnr. 4; tendenziell auch *BayObLG GmbHR* 1994, 478/479; a.A. *Hachenburg/Hohner* § 68 Rdnr. 7; *Lutter/Hommelhoff* § 66 Rdnr. 2).

Hiervon zu unterscheiden ist, ob die stete Einzelvertretungsbefugnis des Geschäftsführers auch dann für ihn als geborenen Liquidator gilt, wenn sie nicht unmittelbar in der Satzung bestimmt ist, sondern – wie hier – aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung durch Gesellschafterbeschuß erteilt wurde. Die Auslegung von § 5 des Gesellschaftsvertrages führt zur Verneinung dieser Frage. Wenn die Satzung die stete Einzelvertretungsbefugnis der Geschäftsführer schon von einem Gesellschafterbeschuß abhängig macht, dann ist hierdurch zum Ausdruck gebracht, daß diese Befugnis nur von Fall zu Fall erteilt werden soll. Bei einem so einschneidenden Ereignis, wie dies die Auflösung für die Gesellschaft darstellt, ergibt hier die Auslegung der Satzung, daß die durch Gesellschafterbeschuß begründete stete Einzelvertretungsbefugnis nicht weitergelten soll. Diese Befugnis kann der Liquidator durch einen Mehrheitsbeschuß der Gesellschafterversammlung erhalten.

17. HGB § 13 e Abs. 2 Satz 2; GüKG § 3 (*Genehmigungspflichtigkeit des Gegenstands der deutschen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft*)

**Weicht der Gegenstand der deutschen Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft von dem der Hauptniederlassung ab, ist bei der Anmeldung zum Handelsregister im Rahmen des § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB darauf abzustellen, ob der konkret angemeldete Gegenstand der deutschen Zweigniederlassung genehmigungspflichtig ist oder nicht.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Regensburg, Beschluß vom 6.11.1996 – 16 AR 367/96 –, mitgeteilt von Notar Dieter Kreuzer, Regensburg

#### Tatbestand der Schriftleitung:

Zur Eintragung in das Handelsregister des Amtsgerichts Regensburg wurde die Errichtung einer Zweigniederlassung der Firma M. Ungarische Schifffahrts AG mit dem Sitz in B. (Ungarn) unter der Firma „M. Ungarische Schifffahrts AG, Zweigniederlassung für Deutschland“ in Regensburg angemeldet. Das Registergericht erließ eine Zwischenverfügung, in der es im Hinblick auf den Gegenstand der Hauptniederlassung die Eintragung vom Nachweis einer Genehmigung nach dem GüKG abhängig machte, obwohl die Zweigniederlassung in Deutschland keinen Gütertransport auf der Landstraße durchführte und der Gegenstand der Zweigniederlassung dementsprechend enger gefaßt war als derjenige der Hauptniederlassung, so daß für den Gegenstand der Zweigniederlassung keine Genehmigung nach dem GüKG erforderlich war.

Die Beschwerde führte zur Aufhebung der Zwischenverfügung und Zurückweisung an das Amtsgericht.

Aus den Gründen:

In § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB ist auf den Gegenstand des Unternehmens abgestellt. Aus dem Wortlaut der Vorschrift läßt sich nicht entnehmen, ob mit dem Begriff Unternehmen die Hauptniederlassung oder die Zweigniederlassung gemeint ist. Soweit sich Aufsätze mit der Neufassung des § 13 e HGB befassen, werden hierzu keine Ausführungen gemacht (vgl. *Hahnefeld*, DSz 93, 1596 und *Plesse*, DSz 93, 133; *Kögel*, Rpfleger 93 S. 8; *Seibert*, GmbH-Recht 92, 738 und DB 93, 1705). Lediglich bei *Seibert* GmbH-Recht 92, 738, findet sich ein Hinweis in der Form, daß er vom Gegenstand der Zweigniederlassung spricht. Die Kammer ist der Ansicht, daß mit Unternehmen in der Vorschrift des § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB die Zweigniederlassung gemeint ist. Dies ergibt sich daraus, daß Gegenstand der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung nicht identisch sein müssen (vgl. *Baumbach/Höpt*, HGB, 29. Aufl., § 13 Rdnr. 3). Nachdem die Tätigkeit der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung auseinanderfallen kann, ist die Kammer der Ansicht, daß im Rahmen des § 13 e Abs. 2 Satz 2 HGB darauf abzustellen ist, ob der konkret angemeldete Gegenstand der Zweigniederlassung genehmigungspflichtig ist oder nicht. Die andere Auslegung würde unter Umständen dazu führen, daß wie im konkreten Fall die Beteiligte, weil sie keine güterverkehrsrechtliche Genehmigung erhalten kann, nicht einmal für Teilbereiche ihrer Tätigkeit eine Zweigniederlassung in Deutschland gründen könnte. Ferner kommt hinzu, daß gegen die Zweigniederlassung, falls sie doch Gütertransporte auf der Straße durchführen sollte, ein Bußgeldverfahren nach dem GüKG eingeleitet werden kann.

Somit ist die vom Amtsgericht geforderte Vorlage der Genehmigung nach dem GüKG nicht notwendig.

## Zwangsvollstreckungsrecht

18. AnfG § 11 Abs. 1; BGB §§ 275, 894; PStG § 61 Abs. 1 Satz 3; GBO §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 22, 29 (*Gläubigeranfechtung gegen Erben des Schuldners; Recht auf Erteilung einer Sterbeurkunde zwecks Grundbuchberichtigung*)

1. Gegen Erben findet die Anfechtung nicht wegen solcher (anfechtbar begründeten) Rechte statt, die mit dem Tode des ursprünglichen Anfechtungsschuldners vollständig erlöschen.
2. Hängt eine Grundbuchberichtigung von einem Todesnachweis ab, so hat der nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO Antragsberechtigte ein rechtliches Interesse an der Erteilung einer Sterbeurkunde jedenfalls unmittelbar an das Grundbuchamt.

BGH, Urteil vom 11.7.1996 – IX ZR 81/94 – mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin erwirkte gegen die Beklagte zu 1) und den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) (nachfolgend auch: Schuldner) ab 7.7.1989 Vollstreckungstitel über rückständige Geschäftsraummiete von zusammen 46.919,36 DM zuzüglich Zinsen und Kosten. Voll-

streckungsversuche blieben erfolglos; die Beklagte zu 1) und der Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) haben die eidesstattliche Offenbarungsversicherung abgegeben.

Ihnen gehörte eine Eigentumswohnung, die unter anderem mit einer – nur teilweise valutierenden – Grundschuld von 256.000 DM belastet war. In einem notariellen Vertrag vom 23.8.1989 erklärten sie die Auflassung der Eigentumswohnung an ihre Tochter, die als Gegenleistung – ohne persönliche Haftung – die Belastung übernahm. Als „weitere Gegenleistungen“ räumte die Tochter ihren Eltern (den Schuldner) ein lebenslangliches, unentgeltliches Wohnungsrecht am Grundbesitz ein und verpflichtete sich, nach deren Tode das Wohnungsrecht löschen zu lassen und sodann einen hälftigen Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung schenkungsweise auf den damals achtjährigen Sohn der Beklagten zu 1) und des Rechtsvorgängers der Beklagten zu 2) zu übertragen. Weiter verpflichtete die Tochter sich, das Grundstück zu Lebzeiten ihrer Eltern nicht ohne deren Zustimmung zu veräußern oder zu belasten; verstieß sie gegen diese Verpflichtung, so sollten die Eltern von ihr die Rückübertragung verlangen dürfen. Das Eigentum der Tochter wurde am 27.10.1989 gleichzeitig mit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Wohnungsrecht) zugunsten der Schuldner im Grundbuch eingetragen. Nachrangig wurden Vormerkungen eingetragen zur Sicherung der Ansprüche der Schuldner auf Rückauflassung sowie ihres Sohnes auf Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils.

Die Klägerin erwirkte gegen die Tochter der Beklagten zu 1) und des Rechtsvorgängers der Beklagten zu 2) gemäß Anfechtungsgesetz ab November 1991 Urteile auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum. Aufgrund dessen ließ die Klägerin Zwangshypotheken im Grundbuch eintragen und betrieb daraus die Zwangsversteigerung. In diesem Verfahren wurde der Wert des Wohnungseigentums auf 280.000 DM geschätzt. Den Rechten der Klägerin gingen die erstrangige Grundschuld, die auf 236.000 DM festgesetzten Ersatzwerte für die Wohnungsrechte der Beklagten sowie die auf je 100 DM festgesetzten Ersatzwerte für die beiden Vormerkungen unmittelbar vor. Das Verfahren wurde im März 1993 gemäß § 30 ZVG einstweilig eingestellt.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 1) und den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) antragsgemäß verurteilt, die Löschung des Wohnungsrechts und der Rückauflassungsvormerkung zu bewilligen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin. Der Senat hat dem Rechtsmittel gegen die Beklagte zu 1) durch Teilurteil vom 13.7.1995 (BGHZ 130, 314) im wesentlichen stattgegeben. Der Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) ist 1994 – während des Revisionsverfahrens – verstorben; für seine unbekannteten Erben hat der Nachlaßpfleger den Rechtsstreit aufgenommen.

Das Rechtsmittel gegen die Beklagten zu 2) hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beklagten zu 2) sind wegen der hier eingeklagten Ansprüche nicht Gesamtrechtsnachfolger (§ 11 Abs. 1 AnfG) des früheren Beklagten geworden.

I.

Der Senat hat in seinem Teilurteil vom 13.7.1995 – das beiden Parteien bekannt ist – ausgeführt:

Die Beklagte zu 1) schulde die Rückgewähr der erlangten Vermögensrechte gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2, § 7 Abs. 1 AnfG. Sie sei Sonderrechtsnachfolgerin ihrer Tochter sowohl hinsichtlich des Wohnungsrechts als auch hinsichtlich des vorgezeichneten Anspruchs auf Rückauflassung, welche die Tochter ihr an dem zuvor übertragenen Wohnungseigentum eingeräumt hatte. Schon die Übertragung des Wohnungseigentums an die Tochter sei gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG anfechtbar gewesen. Als Anfechtungsfolge könne die Klägerin die Einräumung des Vorrangs für ihre titulierten Forderungen vor den Rechten der Beklagten zu 1) verlangen. Dagegen könne die Klägerin nicht die Löschung der zugunsten der Schuldner eingetragenen Rechte fordern.

Diese Ausführungen treffen gegenüber dem früheren Beklagten zu 2) – dem Ehemann und Mitschuldner der Beklagten zu 1) – in gleicher Weise zu. Insbesondere hatte er nach dem insoweit nicht substantiiert bestrittenen Parteivortrag der Klägerin ebenfalls Kenntnis von der gläubigerbenachteiligenden Folge, als er das Wohnungseigentum an seine Tochter übertrug (vgl. B I 1 b cc des Teilurteils). Ferner ist nicht dargetan, daß er beim Erwerb des Wohnungsrechts die Umstände nicht gekannt hätte, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seiner Tochter begründeten (vgl. B I 1 e des Teilurteils).

## II.

Jedoch hat der frühere Beklagte nur höchstpersönliche Rechte erlangt, die mit seinem Tod erloschen sind. Insoweit sind seine unbekannteten Erben – die Beklagten zu 2) – nicht in seine Rückgewährpflicht eingetreten.

§ 11 Abs. 1 AnfG setzt stillschweigend voraus, daß die gegen den Rechtsvorgänger begründete Rückgewährverbindlichkeit auf den Erben aus Rechtsgründen übergehen kann und übergegangen ist. Die Vorschrift greift hingegen nicht bei unübererblichen Pflichten des Anfechtungsgegners ein, die mit seinem Tod erlöschen und nicht von einem Rechtsnachfolger erfüllt werden können (§ 275 BGB).

1. Das zugunsten des früheren Beklagten zu 2) eingetragene Wohnungsrecht ist mit dessen Tod erloschen.

a) Die Tochter der Schuldner hatte ihnen als Gesamtberechtigten ein lebenslanges, unentgeltliches Wohnrecht an der Eigentumswohnung eingeräumt. Dementsprechend ist in Abteilung II Nr. 3 des Grundbuchs für die Schuldner als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnrecht) mit dem Zusatz eingetragen, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.

aa) Hinsichtlich des früheren Beklagten erlosch dieses Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) als beschränkt persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 Abs. 2, § 1061 Satz 1 BGB mit dem Tode des Berechtigten. Die Beklagten zu 2) als dessen allgemeine Erben können mit Bezug auf dieses Recht keine erheblichen Erklärungen abgeben. Insbesondere wären sie nicht befugt, eine vom Grundbuchamt zu beachtende „Berichtigungsbewilligung“ (§§ 19, 22 GBO) zu erklären. Zwar kann allgemein auch der Erbe einer zu Unrecht im Grundbuch eingetragenen Person schon zur Berichtigung im Sinne des § 894 BGB verpflichtet sein, ehe die Rechtsnachfolge selbst im Grundbuch eingetragen wurde (*Staudinger-Gursky*, BGB 12. Aufl. § 894 Rdnr. 79; vgl. auch *Giithe/Triebel*, GBO 6. Aufl. § 22 Rdnr. 32). Das setzt aber eine vererbliche Buchposition voraus; für befristete Rechte enthalten dagegen die §§ 23, 24 GBO Sonderregeln. Darüber hinaus mag eine nicht eingetragene Person zur Berichtigung verpflichtet sein, wenn ohne ihre Mitwirkung die Berichtigung nicht erfolgen kann (BGHZ 41, 30, 32; MünchKomm-BGB/Wacke, 2. Aufl. § 894 Rdnr. 21; *Soergel/Stürner*, BGB 12. Aufl. § 894 Rdnr. 18). Diese Voraussetzung trifft hier ebenfalls nicht zu, weil wegen der Befristung des Rechts die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen werden kann (s. u. b bb).

bb) Ferner schuldete der frühere Beklagte zu 2) bis zu seinem Tode noch Rückgewähr in Natur, nicht Wertersatz. Deshalb sind die Beklagten zu 2) nicht gemäß § 1967 Abs. 1 BGB zu einer Zahlung verpflichtet worden.

b) An diesem Ergebnis ändert die fortdauernde Gesamtberechtigung der Beklagten zu 1) nichts.

aa) Die Gesamtberechtigung mehrerer (§ 428 BGB) an einem Wohnungsrecht bedeutet, daß jeder einzelne von ihnen die Nutzung der Wohnung durch sich allein verlangen kann. Mit dem Tode des Erstversterbenden enden nicht etwa alle Wohnungsrechte, sondern nur dasjenige des Verstorbenen, während das Wohnungsrecht des übrig gebliebenen Berechtigten bis zu seinem Tode fortbesteht (BGHZ 46, 253, 259 f; vgl. auch *Staudinger/Frank*, BGB 13. Aufl. § 1061 Rdnr. 5). Der Verstorbene selbst scheidet jedoch als Berechtigter aus. Seinen Erben fällt, von denkbaren Forderungsrückständen abgesehen, nichts an.

Die Voraussetzung für Rückstände auf das Wohnungsrecht (vgl. dazu einerseits BayObLG Rpfleger 1980, 20 f; OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 11, 12; LG Wuppertal MittBayNot 1977, 235 f; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht 7. Aufl. §§ 23, 24 Rdnr. 35; andererseits OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 146; *Gantzer* MittBayNot 1972, 6 f) ist im vorliegenden Falle nicht dargetan. Im übrigen bezieht sich der hier verfolgte Lösungsantrag auch nicht darauf, sondern allein auf das Stammrecht.

bb) Verfahrensrechtlich steht eine Eintragung des früheren Beklagten im Grundbuch einem Vollstreckungszugriff der Klägerin ebenfalls nicht entgegen. Vielmehr wäre das Grundbuch unrichtig, wenn der Schuldner zu 2) darin noch als Berechtigter eingetragen wäre; es wäre gemäß § 22 GBO aufgrund der Vorlage einer Sterbeurkunde zu berichtigen (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1988, 247, 248 f). Antragsberechtigt im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO wäre auch die Klägerin wegen des zu ihren Gunsten nachrangig eingetragenen Grundpfandrechts. Denn bei einer Berichtigung gemäß § 22 GBO gewinnt unmittelbar unter anderem derjenige Teil, der einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB hat (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO 4. Aufl. § 22 Rdnr. 85 zu a; *Horber/Demharter*, GBO 19. Aufl. § 22 Anm. 12). Aufgrund dieser Vorschrift steht dem nachstehenden Hypothekengläubiger ein Berichtigungsanspruch mit Bezug auf eine vorgehende rechtsunwirksame Eintragung zu (BayObLG BWNtZ 1988, 165, 166; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* a.a.O. § 13 Rdnr. 61; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. § 894 Rdnr. 20 m.w.N.).

Ferner ist die Klägerin imstande, den Tod des früheren Beklagten zu 2) in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Gemäß § 61 Abs. 1 Satz 3 PStG haben Privatpersonen dann ein Recht auf Einsicht in die Personenstandsbücher und auf Erteilung von Personenstandsurkunden, wenn sie ein rechtliches Interesse glaubhaft machen. Dieses liegt unter anderem vor, wenn die Kenntnis der Personenstandsdaten eines anderen zur Verfolgung von Rechten oder zur Abwehr von Ansprüchen erforderlich ist (vgl. *Hepting/Gaaz*, PStG § 61 Rdnr. 21; *Pfeiffer/Strickert*, PStG § 61 Rdnr. 5 unter e). Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn ein Gericht in zulässiger Weise von einem Beteiligten die Urkundenvorlage fordert (vgl. OLG Düsseldorf JMBI NW 1963, 10, 11). Das erscheint hier im Hinblick auf die §§ 29, 18 Abs. 1 GBO sicher. Jedenfalls für den Antrag, die beantragte Sterbeurkunde zu Händen des für die Berichtigung zuständigen Grundbuchamts zu erteilen (zu dieser Möglichkeit vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 1963, 162, 163), kann ein berechtigtes Interesse der Klägerin nicht mit Erfolg bestritten werden.

cc) Endlich kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidend darauf an, ob die Beklagten zu 2) gemäß § 857 BGB wenigstens den Besitz ihres Rechtsvorgängers geerbt haben. Das mag schon im Hinblick auf die nunmehr ausschließliche dingliche Berechtigung der Beklagten zu 1) –

die, soweit dargetan, weiter auf dem Grundstück wohnt – zweifelhaft sein. Jedenfalls bezieht sich der Klageantrag nicht auf einen denkbaren abgeleiteten Besitz der Beklagten, sondern lediglich auf eine angenommene Rechtsposition, die dem Vollstreckungszugriff der Klägerin entgegenstehen könnte. Der Besitz ist dagegen für einen Zugriff auf das Grundstück bedeutungslos.

2. Aus gleichartigen Erwägungen können die Beklagten zu 2) nicht verurteilt werden, wegen des vorgemerkten Rückkauflassungsanspruchs zurückzutreten. Dieser Anspruch ist nämlich ebenfalls mit dem Tode des früheren Schuldners zu 2) erloschen.

a) Die Tochter der Schuldner hatte sich ihnen gegenüber verpflichtet, solange sie leben, das Grundstück nicht ohne deren Zustimmung zu veräußern oder zu belasten. Für den Fall eines Verstoßes der Tochter gegen diese Verpflichtung sollten die Schuldner berechtigt sein, von ihr die Rückübereignung des Grundstücks zu verlangen; dieser aufschiebend bedingte Anspruch war durch Vormerkung zu sichern. Dementsprechend ist in Abteilung II Nr. 4 des Grundbuchs eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rückkauflassung für beide Schuldner „als Berechtigte je zur Hälfte“ eingetragen.

Die nur für die Lebenszeit des früheren Schuldners zu 2) begründete Unterlassungspflicht ist mit dessen Tod ihm gegenüber erloschen. Für ihn kann deshalb ein Rückkauflassungsanspruch nicht mehr entstehen. Die einen solchen Anspruch sichernde Vormerkung ist infolgedessen gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls erloschen. Nicht durchgesetzte Leistungsrückstände aus dem vorgemerkten Anspruch können nach dem Tode des Inhabers nicht mehr entstehen (vgl. BGHZ 117, 390, 392; BGH, NJW 1996, 59, 60).

b) Auch insoweit steht die fortdauernde Berechtigung der Beklagten zu 1) nicht einer Löschung des Rechts des früheren Beklagten zu 2) entgegen. Jeder der beiden Schuldner hatte sich einen eigenen (bedingten) Rückkauflassungsanspruch gegen die Tochter einräumen lassen. Diese Ansprüche waren allerdings jeweils nur auf die Wiederherstellung des früheren Zustands – nämlich Bruchteilseigentum je zur Hälfte – gerichtet. Diese inhaltliche Beschränkung der selbständigen Ansprüche ändert nichts daran, daß derjenige des früheren Beklagten zu 2) ohne weiteres erloschen, die sichernde Vormerkung insoweit also gegenstandslos ist.

Demgegenüber haben die Schuldner in der notariellen Übertragungsurkunde ihre Tochter bevollmächtigt, nach dem Tode der Eltern die Löschung der Vormerkung zu bewilligen. Ob sie insoweit gem. § 7 Abs. 1 AnfG die Mitwirkung bei der Löschung schuldet, kann hier offenbleiben.

3. Der Senat hat diese tatsächliche Änderung, die erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingetreten ist, zu berücksichtigen (*wird ausgeführt*).

19. KostO §§ 19 Abs. 2, 20 Abs. 2 (*Heranziehung eines mehr als drei Jahre alten Kaufvertrags zur Ermittlung des Grundstückswerts*)

**1. Der Kaufpreis aus einem bei den Grundakten befindlichen Kaufvertrag kann im Einzelfall nach § 19 Abs. 2 KostO auch dann als Anhaltspunkt für einen den Einheitswert übersteigenden Wert des Grundstücks herangezogen werden, wenn der Kaufvertrag schon mehr als drei Jahre zurückliegt.**

**2. Bewertung der Eintragung von Auflassungsvormerkungen zur Sicherung einer bedingten Rückübereignungsverpflichtung und von Ankaufsrechten.**

BayObLG, Beschluß vom 5.11.1996 – 3Z BR 147/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Mit notarieller Urkunde vom 15.12.1993 überließ der Beteiligte zu 3) an seine Söhne, die Beteiligten zu 1) und 2), Grundbesitz zum Miteigentum je zur Hälfte. Der Veräußerer behielt sich den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch vor. Ferner wurde ihm das Recht eingeräumt, unter bestimmten Voraussetzungen – insbesondere wenn der jeweilige Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt und von anderen Personen als seinen Abkömmlingen beerbt wird – die unentgeltliche Rückübereignung des Grundbesitzes zu verlangen. Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs wurde die Eintragung je einer Auflassungsvormerkung am jeweiligen Miteigentumsanteil des jeweiligen Erwerbers bewilligt und beantragt. Schließlich trafen die Beteiligten zu 1) und 2) Vereinbarungen „zur Sicherung der Gemeinschaft“ – Ausschluß der Aufhebung der Gemeinschaft, gegenseitige Vorkaufsrechte für alle Verkaufsfälle am jeweiligen Hälfteanteil, gegenseitige Verpflichtung der beiden Erwerber, ihren jeweiligen Miteigentumsanteil unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. bei Veräußerung des Miteigentumsanteils ohne vorherige schriftliche Zustimmung des anderen Miteigentümers, Eröffnung des Vergleichs- oder Konkursverfahrens über das Vermögen des Miteigentümers, Vermögensverfall des Miteigentümers, Tod eines Miteigentümers und Nichtbeerbung durch seine Abkömmlinge) auf den anderen Miteigentümer entgeltlich zu übertragen und zu übereignen - und bewilligten zur Sicherung des bedingten Übertragungsanspruchs gegenseitig die Eintragung von Vormerkungen für den jeweils anderen von ihnen an ihrem jeweiligen Hälfteanteil.

Die Urkunde ist am 6.12.1994 im Grundbuch vollzogen worden.

2. Mit Beschluß vom 19.9.1995 setzte das Amtsgericht (Rechtspfleger) den Geschäftswert für die Grundbucheintragungen wie folgt fest:

für die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 1) und 2) 4 300 000 DM,

für die Eintragung der Auflassungsvormerkung zur Sicherung des bedingten Rückübereignungsanspruchs des Beteiligten zu 3) 2 150 000 DM,

für die Belastung jedes Hälfteanteils mit dem Ausschluß der Aufhebung der Gemeinschaft 2 x 215 000 DM,

für die Eintragung des Vorkaufsrechts für alle Verkaufsfälle an den beiden Hälfteanteilen je 1 075 000 DM,

für die Eintragung der Auflassungsvormerkungen zur Sicherung des bedingten Übertragungsanspruchs der Beteiligten zu 1) und 2) je 1 075 000 DM.

Für die Eintragung des Nießbrauchs zugunsten des Beteiligten zu 3) wurde lediglich die Mindestgebühr erhoben.

Bei der Bewertung des Grundbesitzes sah das Amtsgericht als Anhaltspunkt für einen höheren Wert als den Einheitswert i.S. des § 19 Abs. 2 KostO den aus den Grundakten ersichtlichen Nettokaufpreis von 3 884 400 DM aus einem Kaufvertrag vom 21.2.1991, mit dem der Beteiligte zu 3) das Grundstück erworben hatte. Es be-



rücksichtigte darüber hinaus eine pauschale Werterhöhung bis zum 6.12.1994 in Höhe von 10% und setzte den Wert des Grundstücks mit – gerundet – 4 300 000 DM an.

Gegen diesen Beschluß erhoben die Beteiligten zu 1) und 2) Beschwerde, mit der beantragt wird, von einem Verkehrswert des Grundstücks von 1 598 388 DM auszugehen. Der Grundstückswert sei nach dem Bodenwert (von 300 DM/m<sup>2</sup>) und dem Gebäudewert zu bestimmen. Von dem Grundstückswert sei sodann ein Abschlag von 40% zu machen. Der vom Beteiligten zu 3) 1991 bezahlte Kaufpreis sei heute nicht mehr maßgeblich, da im Gewerbeimmobilienbereich Preisschwankungen und sogar beachtliche Preisrückgänge zu verzeichnen seien. Im übrigen sei ein kostenträchtiger Reparaturstau vorhanden (Kostenvoranschlag über 256 169,64 DM).

Rechtspfleger und Grundbuchrichter haben den Beschwerden nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 9.2.1996 die Beschwerden zurückgewiesen; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Heranziehung eines sich aus den Grundakten ergebenden früheren Kaufpreises zur Grundstückswertbestimmung nicht zu beanstanden sei. Der vom Amtsgericht angenommene Grundstückswert liege insgesamt noch unter dem 1991 vereinbarten Kaufpreis, da der Beteiligte zu 3) damals noch zusätzlich 14% Umsatzsteuer zu zahlen hatte, so daß sich der Bruttokaufpreis auf 4 428 216 DM belaufen habe. Eine Herabsetzung des Grundstückswerts wegen eines Reparaturstaus komme vorliegend nicht in Betracht. Der von den Beschwerdeführern behauptete Preisrückgang bei Gewerbeimmobilien führe ebenfalls nicht zur Herabsetzung des Geschäftswerts. Maßgebend sei der Zeitpunkt der Eintragung, der 6.12.1994. Ein allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, daß bereits zu diesem Zeitpunkt ein Preisrückgang stattgefunden habe, bestehe nicht. Es sei nicht ersichtlich, daß die Kaufpreise für Gewerbeimmobilien im Jahr 1994 bereits unter das Niveau von 1991 gesunken sein könnten. Gegen die Ableitung der einzelnen Geschäftswerte für die jeweiligen Eintragungen aus dem Verkehrswert für das Grundstück hätten die Beteiligten zu 1) und 2) keine Einwendungen erhoben.

3. Mit ihren weiteren Beschwerden gegen die Entscheidung des Landgerichts machen die Beteiligten zu 1) und 2) geltend, der gemeine Wert des Grundstücks könne nicht nach einem fast vier Jahre zurückliegenden Verkaufswert bemessen werden. Dabei bleibe unberücksichtigt, daß es sich um ein gewerblich genutztes und nutzbares Grundstück handle und sich hier in den Jahren 1991 bis 1994 eine von der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung abweichende signifikante wirtschaftliche Verschlechterung ergeben habe. Der Geschäftswert für die Auflassungsvormerkungen zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs des Beteiligten zu 3) und der bedingten Übertragungsansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) (Ankaufsrechte) betrage nicht 50%, sondern allenfalls 20% des Werts der Sache, da das Entstehen des jeweiligen Anspruchs äußerst unwahrscheinlich sei.

Die weiteren Geschäftswertbeschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) blieben ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

a) Der Geschäftswert für die gebührenpflichtige Eintragung eines Eigentümerwechsels im Grundbuch (§ 60 KostO) richtet sich nach dem Wert des betroffenen Grundstücks. Der Wert von Grundbesitz bestimmt sich nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO. Nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert – als dem gemeinen Wert i.S. von § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO – möglichst nahe zu kommen. Der Kaufpreis aus dem bei den Grundakten befindlichen Kaufvertrag vom 21.2.1991, mit dem der Beteiligte zu 3) das Grundstück erworben hatte, ist ein solcher sicherer Anhaltspunkt (vgl. *Rohs/Wedewer* 3. Aufl. § 19 Rdnr. 33; *Göttlich/Mümmeler* KostO 12. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 557 f.).

Die Höhe des Kaufpreises (einschließlich 14% Mehrwertsteuer 4 428 216 DM) ist ersichtlich von der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit einer Wohnbebauung des Grundstücks beeinflusst. Die Tatsache, daß der Kaufvertrag vom 21.2.1991 mehr als drei Jahre vor Fälligkeit der nunmehrigen Eintragungsgebühr (6.12.1994) geschlossen wurde, führt zu keiner für die Beteiligten günstigeren Wertfestsetzung. Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, ihm sei nicht ersichtlich geworden, daß die Kaufpreise für Gewerbeimmobilien im Jahr 1994 bereits unter das Niveau von 1991 gesunken sein könnten. An diese rechtsfehlerfrei zustande gekommene Tatsachenfeststellung des Landgerichts, der auch die Beweiswürdigung zuzurechnen ist, ist der Senat gebunden (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 19 und 43). Eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 12 FGG) ist auch bei Berücksichtigung des Vortrags der Beschwerdeführer in den Vorinstanzen nicht ersichtlich.

Der von den Beschwerdeführern behauptete Reparaturstau dürfte in ähnlicher Form bereits im Jahr 1991 vorgelegen haben; jedenfalls ist er bei der den Bruttokaufpreis 1991 unterschreitenden Geschäftswertfestsetzung schon berücksichtigt.

b) Als Geschäftswert für die Eintragung der Auflassungsvormerkungen zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs des Beteiligten zu 3) ist von den Vorinstanzen zu Recht entsprechend § 20 Abs. 2 KostO der Regelwert des halben Grundstückswerts angenommen worden (vgl. *BayObLGZ* 1992, 171/174; *BayObLG Rpfleger* 1986, 31). Ebenso wurde hinsichtlich der Auflassungsvormerkungen zur Sicherung der bedingten Übertragungsansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) (Ankaufsrechte) verfahren (vgl. *BayObLGZ* 1975, 450; 1992, 171/174). Durch die in § 20 Abs. 2 vorgeschriebene geringere Bewertung dieser Rechte in der Regel nur mit dem halben Wert des Grundstücks ist die Ungewißheit des Entstehens des jeweiligen Anspruchs bereits berücksichtigt (vgl. *BayObLGZ* a.a.O.). Gründe dafür, wegen der besonderen Umstände des Falles vom Regelwert abzuweichen, liegen nach den für das Rechtsbeschwerdegericht bindenden tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts nicht vor.

20. KostO § 39 Abs. 1 und 4; UmwG § 136 (*Geschäftswert eines Spaltungsplanes*)

**Der Geschäftswert der Beurkundung eines Spaltungsplans (§ 136 UmwG) richtet sich nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO und somit nach dem auf den neugegründeten Rechtsträger übergelassenen Aktivvermögen. Die Wertbeschränkung des § 39 Abs. 4 KostO ist nicht anzuwenden.**

BayObLG, Beschluß vom 23.10.1996 – 3Z BR 145/96 – = *BayObLGZ* 1996 Nr. 57, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 16.8.1995 u.a. einen Spaltungsplan samt Satzung des neugegründeten Rechtsträgers nach § 136 UmwG, nach dem im Wege der Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG aus dem Vermögen der A-GmbH rückwirkend zum 1.1.1995 das operative Geschäft durch partielle Gesamtrechtsnachfolge auf eine zu errichtende, die bisherige Firma fortführende GmbH gegen „Gewährung von Gesellschaftsrechten“ übertragen und das Mutterunternehmen unter Zurückbehaltung des Immobilien- und Beteiligungsvermögens in eine geschäftsleitende Holding, die Beteiligte, umgestaltet wird. Das auf den ausgegliederten Rechtsträger übergehende Aktivvermögen belief sich auf 28 145 295,59 DM.



2. Mit Kostenrechnung vom 16.8.1995 forderte der Notar für die Erstellung des Spaltungsplans samt Satzung, ausgehend vom übertragenen Aktivvermögen von 28 145 295,59 DM als Geschäftswert, eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO in Höhe von 27 089 DM.

Die Beteiligte beanstandete dem Notar gegenüber die Kostenberechnung, da sie der Meinung ist, daß bei der vorliegenden Abspaltung zur Neugründung die für die Beurkundung von Satzungen vorgesehene Regelung des § 39 Abs. 4 KostO mit der Folge anzuwenden sei, daß der Geschäftswert höchstens auf 10 Mio. DM anzunehmen sei.

Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 9.5.1996 die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde des Beteiligten blieb ohne Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. a) Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLGZ 1975, 110 = Rpfleger 1975, 268) hat zur Umwandlungsform der Verschmelzung nach früherem Recht (§§ 339 ff. AktG a.F.) den Standpunkt vertreten, daß Verschmelzungsverträge mit Gegenleistungen kostenrechtlich als Austauschverträge i.S. des § 39 Abs. 2 KostO zu behandeln seien und die Wertbeschränkung des § 39 Abs. 4 KostO bei diesen Verträgen nicht eingreife. Als „Satzung“ begünstige § 39 Abs. 4 KostO im Anschluß an die frühere Regelung in den Landeskostengesetzen (vgl. dazu BayObLGZ 1963, 141/153) hinsichtlich des Geschäftswerts nur Gesamtkakte bei der Gründung von Gesellschaften und gleichartige Gesellschaftsverträge. Bei Verschmelzungen nach dem AktG stehe das Austauschverhältnis im Vordergrund. Neben diesem für die kostenrechtliche Einordnung maßgeblichen beurkundeten Inhalt des von den Vorständen der sich vereinigenden Gesellschaften geschlossenen Vertrags könne kostenrechtlich nicht auf die zugleich in der Verschmelzung als wirtschaftlichem Vorgang liegenden körperschaftsrechtlichen und organisatorischen Elemente abgestellt werden. Als Geschäftswert für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages könne daher nicht der nur für Satzungen geltende beschränkte Wert des § 39 Abs. 4 KostO in Betracht kommen. Bei einem Verschmelzungsvertrag ohne Gegenleistung bestimmt sich der Geschäftswert nach § 39 Abs. 1 KostO (BayObLG DNotZ 1993, 273).

Diese Rechtsprechung ist durch das Umwandlungsgesetz 1995 nicht überholt, wie Reimann (MittBayNot 1995, 1/2; ihm beitreten Mümmler JurBüro 1995, 461/464) dies andeutet. Das neue Umwandlungsrecht – dessen Zielsetzung die Zusammenfassung und einheitliche Kodifizierung bereits bestehender Möglichkeiten der Umstrukturierung und Reorganisation von Unternehmen, die Zulassung weiterer Umwandlungsmöglichkeiten und die angemessene Berücksichtigung des Schutzes von Anlegern, Gläubigern und Arbeitnehmern ist (vgl. Dehmer Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz 2. Aufl. Einf. UmwG Rdnr.11-24) – hat das körperschaftsrechtliche und organisatorische Element nicht so stark in den Vordergrund gerückt, daß § 39 Abs. 4 KostO anwendbar wäre. Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum früheren Recht ist nicht überholt (Göttlich/Mümmler KostO 12. Aufl. Stichwort „Umwandlung“ S. 1146; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – nachfolgend Korintenberg – KostO 13. Aufl. § 39 Rdnr. 102; Hartmann Kostengesetze 26. Aufl. § 39 KostO Rdnr. 31).

b) Die für die Verschmelzung maßgeblichen Grundsätze gelten auch für den Spaltungsplan. Wird wie hier eine Spaltung zur Neugründung (vgl. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG) durchgeführt, so fehlt dem übertragenden Rechtsträger anders als bei

der Verschmelzung zur Neugründung ein Vertragspartner. Anstelle eines Spaltungsvertrags hat das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers deshalb einen Spaltungsplan – eine eineitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung – aufzustellen. Dessen Zweck entspricht dem eines Spaltungs- und Übernahmevertrages (§ 136 Satz 2 UmwG; vgl. Dehmer § 136 Rdnr. 1 und 2). Der bereits für den Verschmelzungsvertrag eingenommene negative Standpunkt zur Anwendung des § 39 Abs. 4 KostO muß deshalb folgerichtig auch hierher übertragen werden (Göttlich/Mümmler a.a.O. S. 1148; Korintenberg § 26 Rdnr. 41; Reimann MittBayNot 1995, 1/3). Der beurkundete Spaltungsplan erschöpft sich somit nicht in der Beurkundung der Satzung als dem Gesamtkakt bei der Gründung einer Gesellschaft. Kostenrechtlich maßgeblicher Inhalt der vorgenommenen Beurkundung ist vielmehr die Ausgliederung eines Teils seines Vermögens durch den übertragenden Rechtsträger und die rechtliche Regelung des Verhältnisses der Gesellschaften zueinander. Als Geschäftswert für die Beurkundung des Spaltungsplans kann daher nicht der nur für Satzungen geltende beschränkte Wert des § 39 Abs. 4 KostO in Betracht kommen. Der Geschäftswert des Spaltungsplans, bei dem es sich um keinen Vertrag i.S. des § 39 Abs. 2 KostO handelt, bestimmt sich vielmehr gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO „nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht“ (vgl. BayObLG DNotZ 1993, 273). Dieser richtet sich – wie vom Notar angenommen – nach dem auf den neugegründeten Rechtsträger übergehenden Aktivvermögen (Göttlich/Mümmler a.a.O. S. 1148, Reimann a.a.O.).

2. Die weitere Beschwerde der Beteiligten erweist sich somit als unbegründet und ist zurückzuweisen.

## Steuerrecht

21. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (*Verdeckte Gewinnausschüttung durch Überlassung von Wissen des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH*)

1. Überläßt der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH Wissen, das er als Ausfluß seiner Geschäftsführertätigkeit für die GmbH erwarb, entgeltlich einem Dritten, so ist eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in der Form einer verhinderten Vermögenmehrung anzunehmen.
2. Handelt es sich bei dem entgeltlich überlassenen Wissen um ein solches, das der Gesellschafter-Geschäftsführer durch seine Geschäftsführertätigkeit bei zwei GmbH erwarb, so ist bei der Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG davon auszugehen, daß sich beide Gesellschaften zur gemeinsamen Nutzung ihrer Geschäftschancen zusammengeschlossen und das Entgelt nach einem angemessenen Schlüssel geteilt hätten.
3. Unterhält der Gesellschafter-Geschäftsführer kein Einzelunternehmen, so kann das FG in Ermangelung anderer Beweismittel die Geschäftschance entsprechend den Unternehmensgegenständen den in Betracht kommenden Gesellschaften zurechnen.

BFH, Urteil vom 11.6.1996 – I R 97/95 –

## 1. Einkommensteuerrechtliche Behandlung von wiederkehrenden Leistungen bei der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 23.12.1996 (IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I S. 1508)

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen wie folgt Stellung genommen:

### A. Arten von wiederkehrenden Leistungen

1 Wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung können Versorgungsleistungen, Unterhaltsleistungen oder wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung sein. Versorgungsleistungen sind bei dem Verpflichteten Bezüge nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG und bei dem Berechtigten wiederkehrende Bezüge nach § 22 Nr. 1 EStG (Renten oder dauernde Lasten) (vgl. B.). Unterhaltsleistungen (Zuwendungen) dürfen nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abgezogen werden. Wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung enthalten eine nicht-steuerbare oder steuerbare Vermögensumschichtung und einen Zinsanteil (vgl. C.).

### B. Unentgeltliche Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen

2 Versorgungsleistungen (Renten oder dauernde Lasten) sind wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung zur vorweggenommenen Erbfolge (Vermögensübergabe). Versorgungsleistungen können auch auf Verfügungen von Todes wegen beruhen (vgl. Tz. 28). Soweit im Zusammenhang mit der Vermögensübergabe Versorgungsleistungen zugesagt werden, sind diese weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten (BFH v. 5.7.1990, BStBl. II S. 847).

#### I. Vermögensübergabe

##### 1. Begriff der Vermögensübergabe

3 Vermögensübergabe ist die Vermögensübertragung kraft einzelvertraglicher Regelung unter Lebenden mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge, bei der sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen (BFH v. 15.7.1991, BStBl. II S. 1992, 78).

##### 2. Abgrenzung zu voll entgeltlichen Geschäften

4 Nach dem Willen der Beteiligten soll der Vermögensübernehmer wenigstens teilweise eine unentgeltliche Zuwendung erhalten. Es spricht eine widerlegbare Vermutung dafür, daß die wiederkehrenden Leistungen unabhängig vom Wert des übertragenen Vermögens nach dem Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähig-

keit des Verpflichteten bemessen worden sind. Diese Vermutung ist widerlegt, wenn die Beteiligten Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen haben und subjektiv von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen ausgehen durften, auch wenn Leistung und Gegenleistung objektiv ungleichgewichtig sind (BFH v. 29.1.1992, BStBl. II S. 465 und v. 16.12.1993, BStBl. 1996 II S. 669). In diesem Fall gelten die Grundsätze über die einkommensteuerrechtliche Behandlung wiederkehrender Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung (vgl. C.).

##### 3. Gegenstand der Vermögensübergabe

5 Gegenstand der Vermögensübergabe muß eine die Existenz des Vermögensübergebers wenigstens teilweise sichernde Wirtschaftseinheit sein. Gleichzeitig muß auch die Versorgung des Übergebers aus dem übernommenen Vermögen wenigstens teilweise sichergestellt sein. Dabei behält sich der Übergeber typischerweise vom Übernehmer zu erwirtschaftende Erträge seines Vermögens vor (BFH v. 5.7.1990, BStBl. II S. 847).

6 Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist gegeben, wenn eine existenzsichernde und ertragbringende Wirtschaftseinheit des Privat- und/oder Betriebsvermögens übertragen wird, deren Erträge ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (Typus 1). Gegenstand der Vermögensübergabe kann auch eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit sein, deren Erträge aber nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (Typus 2).

##### a) Existenzsichernde Wirtschaftseinheit

7 Das übertragene Vermögen muß für eine generationenübergreifende dauerhafte Anlage geeignet und bestimmt sein und dem Übernehmer zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen werden, um damit wenigstens teilweise die Existenz des Übergebers zu sichern.

8 Wirtschaftseinheiten in diesem Sinne sind typischerweise Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile, Anteile an Kapitalgesellschaften, Geschäfts- oder Mietwohngrundstücke, Einfamilienhäuser, Eigentumswohnungen und verpachtete unbebaute Grundstücke. Zu Wirtschaftsüberlassungsverträgen vgl. BFH v. 18.2.1993 (BStBl. II S. 546 und 548).

9 Wird ein Vorbehaltsnießbrauch oder ein durch Vermächtnis eingeräumter Nießbrauch abgelöst, kann dieser Nießbrauch auch Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein, wenn er für den Nießbraucher eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit darstellt (BFH v. 25.11.1992, BStBl. 1996 II S. 663 und S. 666). Zur Ablösung eines Nießbrauchs im Rahmen einer zeitlich gestreckten „gleitenden“ Vermögensübergabe vgl. Tz. 10.

10 Keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit ist dagegen Vermögen, das dem Übernehmer nicht zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen wird. Hierzu gehören

- ertragloses Vermögen, wie z. B. Hausrat, Wertgegenstände, Kunstgegenstände, Sammlungen und unbebaute Grundstücke (Brachland),
- Wertpapiere und typische stille Beteiligungen,

- Vermögen, dessen gesamte Erträge der Übergeber sich mittels eines Nießbrauchs vorbehält (sog. Totalnießbrauch, vgl. BFH v. 25.3.1992, BStBl. II S. 803 und v. 14.7.1993, BStBl. II 1994 S. 19).

Die Anerkennung von Versorgungsleistungen ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn der Vorbehalt des Nießbrauchs lediglich Sicherungszwecken dient und der Übergeber gleichzeitig mit der Bestellung des Nießbrauchs dessen Ausübung nach § 1059 BGB dem Übernehmer überläßt. Wird das vom Übergeber des Vermögens vorbehaltene Nutzungsrecht später gegen wiederkehrende Leistungen abgelöst, können diese im sachlichen Zusammenhang mit der Vermögensübergabe stehen und daher Versorgungsleistungen sein (zeitlich gestreckte - „gleitende“ - Vermögensübergabe, vgl. BFH v. 3.6.1992, BStBl. II 1993 S. 23). Für die Anerkennung von Versorgungsleistungen kommt es nicht darauf an, ob die Versorgungsleistungen im Vermögensübergabevertrag selbst oder erst im Zusammenhang mit der Ablösung des Nießbrauchs vereinbart werden (BFH v. 3.6.1992, BStBl. II 1993 S. 12). Wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Geldbetrags sind Zuwendungen i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG.

*b) Ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit (Typus 1)*

**11** Von einer ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit ist auszugehen, wenn nach überschlägiger Berechnung die Versorgungsleistungen nicht höher sind als der langfristig erzielbare Ertrag des übergebenen Vermögens.

**12** Zu Erträgen führen nur Einnahmen aus einer Tätigkeit, die den Tatbestand einer Einkunftsart i.S.d. § 2 Abs. 1 EStG erfüllt. Einnahmen aus einer Tätigkeit ohne Einkunfts- oder Gewinnerzielungsabsicht sind daher nicht als Erträge zu beurteilen.

**13** Zu den Erträgen des übergebenen Vermögens gehört auch der Nutzungswert der vom Übernehmer eigengenutzten Wohnung (vgl. Tz. 14). Der Nutzungswert der Wohnung, die vom Übergeber aufgrund vorbehaltenen Nutzungsrechts zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, gehört dagegen nicht zu den Erträgen des übergebenen Vermögens (vgl. dazu auch Tz. 10).

*aa) Ermittlung der Erträge*

**14** Wird das übernommene Vermögen zur Einkunftserzielung genutzt, sind die Erträge auf der Grundlage der steuerlichen Einkünfte zu ermitteln. Der Nutzungswert der vom Übernehmer eigengenutzten Wohnung ist in entsprechender Anwendung von R 162 Abs. 2 EStR zu ermitteln. Hinzuzurechnen sind Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen, z. B. größere Erhaltungsaufwendungen, die nicht jährlich üblicherweise anfallen.

**15** Die Versorgungsleistungen müssen durch entsprechende Erträge aus dem übernommenen Vermögen abgedeckt sein. Davon ist auszugehen, wenn nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Vermögensübergabe der durchschnittliche jährliche Ertrag ausreicht, um die jährlichen Versorgungsleistungen zu erbringen. Bei Ablösung eines vom Übergeber vorbehaltenen Nutzungsrechts in den Fällen der zeitlich gestreckten Vermögensübergabe (vgl. Tz. 10) sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ablösung maßgeblich. Aus Vereinfachungsgründen ist es nicht zu beanstanden, wenn zur Ermittlung des durchschnittlichen Ertrags die Einkünfte des Jahres der Vermögensübergabe und der beiden vorangegangenen Jahre herangezogen werden.

*bb) Ermittlung der Erträge bei teilentgeltlichem Erwerb*

**16** Wird Vermögen zum Teil entgeltlich und zum Teil unentgeltlich übertragen, ist zu prüfen, ob Erträge, die auf den unentgeltlich erworbenen Teil entfallen, zur Erbringung der Versorgungsleistungen ausreichen. Für die Aufteilung in einen entgeltlich und einen unentgeltlich erworbenen Teil gelten die Grundsätze im BMF-Schreiben vom 13.1.1993 (BStBl. I S. 80). Bei der Ermittlung der Erträge bleiben im Falle der Übertragung von Privatvermögen sowie einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens auch Schuldzinsen außer Betracht, soweit sie der Finanzierung von Anschaffungskosten dienen. Schuldzinsen für übernommene betriebliche Verbindlichkeiten sind dagegen zu berücksichtigen, wenn ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil übertragen wird (vgl. BMF v. 13.1.1993, a.a.O., Tz. 29).

**Beispiel:**

S erhält im Januar 1996 im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung von seinem Vater V ein Mehrfamilienhaus mit einem Verkehrswert von 1 Mio. DM, das mit einer Verbindlichkeit von 300 000 DM belastet ist. S verpflichtet sich, die Verbindlichkeit zu übernehmen, an seinen Bruder B ein Gleichstellungsgeld von 200 000 DM und an V wiederkehrende Leistungen i. H. v. jährlich 18 000 DM zu zahlen.

Die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung betragen:

1994	6 000 DM
1995	20 000 DM
1996 (V + S insgesamt)	10 000 DM
durchschnittliche Einkünfte	12 000 DM

Schuldzinsen und AfA haben die Einkünfte wie folgt gemindert:

1994	AfA	15 000 DM
	Schuldz.	10 000 DM
1995	AfA	15 000 DM
	Schuldz.	10 000 DM
1996 (V + S insgesamt)	AfA	18 750 DM
	Schuldz.	13 000 DM
im Durchschnitt	AfA	16 250 DM
	Schuldz.	11 000 DM

S hat Anschaffungskosten für das Mehrfamilienhaus von insgesamt 500 000 DM (Gleichstellungsgeld 200 000 DM, Verbindlichkeit 300 000 DM). S erwirbt nach dem Verhältnis des Verkehrswerts des Grundstücks zu den Anschaffungskosten das Mehrfamilienhaus zu 1/2 entgeltlich und 1/2 unentgeltlich.

Bei Ermittlung der Erträge sind den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung die AfA und die Schuldzinsen hinzuzurechnen.

Durchschnittliche Einkünfte 12 000 DM + durchschnittliche AfA 16 250 DM + durchschnittliche Schuldzinsen 11 000 DM = Durchschnittsertrag 39 250 DM.

Die auf den unentgeltlich übertragenen Teil des Vermögens entfallenden Erträge von 19 625 DM (1/2 von 39 250 DM) reichen demnach aus, um die wiederkehrenden Leistungen an V (18 000 DM) erbringen zu können. Es ist daher eine Vermögensübergabe i. S. des Typus 1 gegeben.

*c) Existenzsichernde Wirtschaftseinheit ohne ausreichende Erträge (Typus 2)*

**17** Gegenstand der Vermögensübergabe kann auch eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit sein, deren Erträge aber nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (BFH v. 23.1.1992, BStBl. II S. 526). Wirtschaftseinheiten in diesem Sinne sind typischerweise Betriebe mit geringen Gewinnen oder Mietwohngrundstücke mit geringen oder negativen Einkünften.

**18** Voraussetzungen für eine Vermögensübergabe in diesen Fällen ist, daß der Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Ver-

mögensübergabe bei überschlägiger und großzügiger Berechnung mindestens die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen beträgt (vgl. BFH v. 15.7.1991, BStBl. II 1992 S. 78). Bei der zeitlich gestreckten „gleitenden“ Vermögensübergabe (vgl. Tz. 10) ist auf den Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Vermögensübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt abzustellen. Dabei ist der Nießbrauch nicht wertmindernd zu berücksichtigen. Beträgt der Wert des Vermögens weniger als die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen, sind die wiederkehrenden Leistungen nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbare Unterhaltsleistungen (R 123 Satz 6 EStR).

**19** Bei teilentgeltlichem Erwerb ist Voraussetzung, daß der auf den unentgeltlich erworbenen Teil entfallende Wert des übernommenen Vermögens mindestens die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen beträgt.

#### **Beispiel:**

M überträgt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Mietwohngrundstück an ihre Tochter T mit einem Verkehrswert von 1 Mio DM. T verpflichtet sich, eine Grundschuldverbindlichkeit i. H. v. 600 000 DM zu übernehmen und wiederkehrende Leistungen an M von jährlich 50 000 DM mit einem Kapitalwert von 700 000 DM zu erbringen. Die nach Tz. 16 ermittelten Erträge aus Vermietung und Verpachtung betragen jährlich 30 000 DM.

T hat Anschaffungskosten i. H. v. 600 000 DM. Nach dem Verhältnis des Verkehrswerts des Grundstücks zu den Anschaffungskosten erwirbt T das Grundstück zu 40% unentgeltlich und zu 60% entgeltlich.

Eine Vermögensübergabe i. S. d. Typus 1 ist nicht gegeben, weil die auf den unentgeltlichen Teil entfallenden Erträge i. S. d. Tz. 16 nicht ausreichen, die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Es handelt sich jedoch um Versorgungsleistungen im Rahmen einer Vermögensübergabe i. S. d. Typus 2. Das übertragene Mietwohngrundstück ist eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit. Der auf den unentgeltlich erworbenen Teil des übernommenen Mietwohngrundstücks entfallende Wert (40% von 1 Mio. DM) übersteigt die Hälfte des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen (350 000 DM).

#### **4. Nachträgliche Umschichtung des übertragenen Vermögens**

**20** Der sachliche Zusammenhang der wiederkehrenden Leistungen mit der Vermögensübergabe endet nicht, wenn das übernommene Vermögen nachträglich in Vermögen i. S. d. Tz. 8 umgeschichtet wird (z. B. wenn ein Mietwohngrundstück durch ein anderes Mietwohngrundstück ersetzt wird).

**21** Bei Umschichtung in Vermögen i. S. d. Tz. 10 sind die wiederkehrenden Leistungen dagegen nur dann als Versorgungsleistungen zu beurteilen, wenn sich der Übernehmer aufgrund eines frühestens nach Ablauf von 5 Jahren seit der Übergabe abgeschlossenen Vertrags zur Veräußerung des Vermögens verpflichtet (z. B. Veräußerung eines Mietwohngrundstücks nach 6 Jahren seit Übergabe und Anlage des Veräußerungserlöses in Wertpapieren). Veräußert aber z. B. der Übernehmer ein ihm unter Vorbehalt des Nießbrauchs übertragenes Mietwohngrundstück und verzichtet der Übergeber in diesem Zusammenhang auf sein Nutzungsrecht gegen Vereinbarung wiederkehrender Leistungen, sind diese nicht als Versorgungsleistungen anzuerkennen (vgl. BFH v. 14.2.1996, BStBl. II S. 687). In diesem Fall werden die wiederkehrenden Leistungen vom Zeitpunkt der Vermögensübertragung an entgeltlich im Austausch mit einer Gegenleistung erbracht (vgl. C.). Sind die wiederkehrenden Leistungen bereits als Versorgungsleistungen berücksichtigt worden, ist die Veräußerung ein Ereignis, das Rückwirkung für die Vergangenheit hat (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO).

#### **5. Wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Empfängers**

**22** Versorgungsleistungen sind regelmäßig nur wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Empfängers (vgl. Tz. 24). Wiederkehrende Leistungen auf bestimmte Zeit, auf eine Mindest- oder eine Höchstzeit sind dagegen nur ausnahmsweise Versorgungsleistungen (vgl. Tz. 50).

#### **6. Empfänger des Vermögens**

**23** Empfänger des Vermögens können die Abkömmlinge und grundsätzlich auch gesetzlich erbberechtigte entferntere Verwandte des Übergebers sein (vgl. dazu auch BFH v. 16.12.1993, BStBl. 1996 II S. 669). Fehlen gesetzliche Erben, kommt auch eine Vermögensübergabe an nahestehende Dritte in Betracht.

#### **7. Empfänger der Versorgungsleistungen**

**24** Als Empfänger der Versorgungsleistungen kommen in erster Linie der Übergeber, dessen Ehegatte und die gesetzlich erbberechtigten Abkömmlinge des Übergebers in Betracht (BFH v. 27.2.1992, BStBl. II S. 612). Familienfremde Dritte können nicht Empfänger von Versorgungsleistungen sein (BFH v. 14.12.1994, BStBl. 1996 II S. 680).

Empfänger von Versorgungsleistungen kann auch sein, wer gegenüber dem Übergeber Anspruch auf Versorgungsleistungen aus dem übernommenen Vermögen hat.

#### **8. Anforderungen an den Versorgungsvertrag**

**25** Die steuerrechtliche Anerkennung des Übergabevertrages setzt voraus, daß die gegenseitigen Rechte und Pflichten klar und eindeutig sowie rechtswirksam vereinbart und ernsthaft gewollt sind und die Leistungen wie vereinbart tatsächlich erbracht werden. Als wesentlicher Inhalt des Übergabevertrages müssen der Umfang des übertragenen Vermögens, die Höhe der Versorgungsleistungen und die Art und Weise der Zahlung vereinbart sein (BFH v. 15.7.1992, BStBl. II S. 1020).

**26** Die Vereinbarungen müssen zu Beginn des durch den Übergabevertrag begründeten Rechtsverhältnisses oder bei Änderung dieses Verhältnisses für die Zukunft getroffen werden. Änderungen der Versorgungsleistungen sind steuerrechtlich nur anzuerkennen, wenn sie durch ein in der Regel langfristig verändertes Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und/oder die veränderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten veranlaßt sind (BFH v. 15.7.1992, BStBl. II S. 1020). Rückwirkende Vereinbarungen sind steuerrechtlich nicht anzuerkennen, es sei denn, die Rückbeziehung ist nur von kurzer Zeit und hat lediglich technische Bedeutung (BFH v. 21.5.1987, BStBl. II S. 710 und v. 29.11.1988, BStBl. II 1989 S. 281).

**27** Werden die auf der Grundlage eines Vermögensübergabevertrages geschuldeten Versorgungsleistungen ohne Änderung der Verhältnisse, also willkürlich nicht mehr erbracht, sind sie steuerrechtlich nicht anzuerkennen, auch wenn die vereinbarten Zahlungen später wieder aufgenommen werden. Tz. 25 und 26 bleiben unberührt.

#### **II. Versorgungsleistungen aufgrund einer Verfügung von Todes wegen**

**28** Versorgungsleistungen können ihren Entstehungsgrund auch in einer Verfügung von Todes wegen (Erbeinsetzung, Vermächtnis) haben, wenn sie bei einer Vermögensübergabe

im Wege vorweggenommener Erbfolge zu Lebzeiten des Erblassers als Versorgungsleistungen zu beurteilen wären (BFH v. 27.2.1992, BStBl. II S. 612). Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn das nach gesetzlichem Erbrecht an sich dem überlebenden Ehegatten zumindest zum Teil zustehende Vermögen auf den Übernehmer übergeht.

**29** Die aufgrund einer Verfügung von Todes wegen zu erbringenden wiederkehrenden Leistungen sind hingegen nicht als Versorgungsleistungen, sondern als Veräußerungs- oder Unterhaltsleistungen zu beurteilen, wenn der Empfänger der Versorgungsleistungen im Erbwege existenzsicherndes Vermögen erhält (BFH v. 26.1.1994, BStBl. II S. 633).

### III. Umfang der Versorgungsleistungen

**30** Versorgungsleistungen sind alle im Vermögensübergabevertrag vereinbarten wiederkehrenden Leistungen in Geld oder Geldeswert. Hierzu gehören insbesondere Geldleistungen, Übernahme von Aufwendungen und Sachleistungen.

**31** Leistungen in Geld sind mit dem vom Verpflichteten tatsächlich aufgewendeten Geldbetrag anzusetzen. Bei Sachleistungen sind mit Ausnahme persönlicher Dienstleistungen und der Wohnraumüberlassung die Werte nach § 8 Abs. 2 EStG maßgebend. Zur Bewertung von Anteilsleistungen vgl. BFH v. 18.12.1990, BStBl. II 1991 S. 354).

**32** Die Verpflichtung zur Erbringung wiederkehrender persönlicher Dienstleistungen durch persönliche Arbeit ist keine Versorgungsleistung. Stellt der Verpflichtete dagegen eine fremde Arbeitskraft, sind die Dienstleistungen Versorgungsleistungen in Höhe des Lohnaufwands (BFH v. 22.1.1992, BStBl. II S. 552).

**33** Die Überlassung einzelner Räume im Rahmen eines Leibgedinges ist mit dem Wert der Nutzung anzusetzen, wenn der Übernehmer den ihm nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EStG zuzurechnenden Nutzungswert zu versteuern hat (§ 52 Abs. 15 Satz 1 bis 4 EStG oder § 52 Abs. 21 Satz 1 bis 3 EStG). Der Wert der Nutzung bemisst sich in diesem Fall nach dem auf die überlassenen Räume entfallenden Mietwert, der in sinnvoller Anwendung von § 8 Abs. 2 EStG zu schätzen ist (BFH v. 11.8.1992, BStBl. II 1993 S. 31, BStBl. II S. 836 und v. 26.7.1995).

**34** Ist dagegen der Nutzungswert dem Übergeber zuzurechnen (z. B. bei Überlassung einer ganzen Wohnung) oder ist die Nutzungswertbesteuerung nicht mehr anzuwenden, sind nur die mit der Nutzungsüberlassung tatsächlich zusammenhängenden Aufwendungen anzusetzen. Hierzu gehören insbesondere Aufwendungen für Sachleistungen wie Strom, Heizung, Wasser und Instandhaltungskosten, zu denen der Übernehmer sich verpflichtet hat. Ein Abzug anteiliger Absetzungen für Abnutzung und Schuldzinsen sowie anteiliger – vor allem öffentlicher – Lasten des Grundstücks, die vom Übernehmer als Eigentümer geschuldet werden, kommt nicht in Betracht (BFH v. 25.3.1992, BStBl. II S. 1012).

### IV. Rechtliche Einordnung der Versorgungsleistungen

#### 1. Korrespondenzprinzip

**35** Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbarte Versorgungsleistungen sind vom Berechtigten als Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen nach § 22 Nr. 1 EStG zu versteuern, soweit der Verpflichtete zum Abzug der Lei-

stungen als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG (Leibrente oder dauernde Last) berechtigt ist (BFH v. 26.7.1995, BStBl. II 1996 S. 157).

#### 2. Versorgungsleistungen bei Übergabe einer existenzsichernden und ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit (Typus 1)

**36** Versorgungsleistungen sind beim Empfänger in vollem Umfang steuerpflichtige wiederkehrende Bezüge und beim Verpflichteten in vollem Umfang als Sonderausgaben abziehbare dauernde Lasten (§§ 22 Nr. 1 Satz 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG), wenn sie abänderbar sind. Versorgungsleistungen, die im Rahmen einer Vermögensübergabe i. S. des Typus 1 (vgl. Tz. 11) vereinbart werden, sind regelmäßig abänderbar (BFH v. 11.3.1992, BStBl. II S. 499). Eine Bezugnahme auf § 323 ZPO oder eine gleichwertige Änderungsklausel nach den Bedürfnissen des Übergebers und/oder der Leistungsfähigkeit des Übernehmers sind nicht erforderlich.

**37** Versorgungsleistungen sind dagegen eine nur mit dem Ertragsanteil steuerpflichtige und als Sonderausgaben abziehbare Leibrente (§§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a, 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG), wenn und soweit die Vertragsparteien ihre Abänderbarkeit ausdrücklich ausschließen. Die bloße Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel schließt die Abänderbarkeit der wiederkehrenden Leistungen nicht aus (BFH v. 11.3.1992, BStBl. II S. 499). Bei Sachleistungen können die Vertragsparteien die Abänderbarkeit nur ausschließen, soweit es sich um vertretbare Sachen handelt. Haben Geldleistungen schwankende Bezugsgrößen wie z. B. Umsatz oder Gewinn oder hängen sie von dem Bedürfnis des Empfängers oder von der Leistungsfähigkeit des Gebers ab, kann die Abänderbarkeit auch nicht hinsichtlich eines festen Mindestbetrages ausgeschlossen werden (BFH v. 30.5.1980, BStBl. II S. 575). Haben die Vertragsparteien bei bürgerlich-rechtlich unterschiedlichen Leistungsverpflichtungen in einem einheitlichen Vertrag die Abänderbarkeit nur einzelner Leistungen ausdrücklich ausgeschlossen, sind nur diese als Leibrenten und die übrigen als dauernde Lasten zu beurteilen.

#### 3. Versorgungsleistungen bei Übergabe einer existenzsichernden Wirtschaftseinheit ohne ausreichende Erträge (Typus 2)

**38** Versorgungsleistungen im Rahmen einer Vermögensübergabe i. S. des Typus 2 (vgl. Tz. 17) sind regelmäßig unabänderbar und daher nur mit dem Ertragsanteil steuerpflichtige und als Sonderausgaben abziehbare Leibrenten (§§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a, 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG). Anders als bei der Vermögensübergabe i. S. des Typus 1 ergibt sich die Abänderbarkeit der Versorgungsleistungen nicht allein aus ihrer Rechtsnatur als vorbehaltene Vermögenserträge (BFH v. 16.12.1993, BStBl. II 1996, S. 669).

**39** Die Versorgungsleistungen sind nur ausnahmsweise in folgenden Fällen mangels Gleichmäßigkeit als dauernde Lasten zu behandeln:

- Die Vertragsparteien nehmen ausdrücklich auf § 323 ZPO oder auf eine gleichwertige Änderungsklausel nach den Bedürfnissen des Übergebers und/oder der Leistungsfähigkeit des Übernehmers Bezug. Die Bezugnahme auf § 323 ZPO reicht jedoch für die Annahme der Abänderbarkeit nicht aus, wenn die Höhe der Leistungen materiell-rechtlich von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die einer Wertsicherungsklausel entsprechen (BFH v. 28.1.1986, BStBl. II S. 348).
- Es handelt sich um Sachleistungen, die nicht vertretbar sind oder die nach dem Übergabevertrag nicht in gleichbleibender Höhe zu erbringen sind.

- Es handelt sich um Geldleistungen, die schwankende Bezugsgrößen wie z. B. Umsatz oder Gewinn haben oder deren Höhe von dem Bedürfnis des Empfängers oder von der Leistungsfähigkeit des Gebers abhängt.

**40** Sind bei bürgerlich-rechtlich unterschiedlichen Leistungsverpflichtungen in einem einheitlichen Vertrag nur einzelne Leistungen als ungleichmäßig zu beurteilen, sind nur diese als dauernde Lasten und die übrigen als Leibrenten zu behandeln.

## V. Rechtliche Einordnung von wiederkehrenden Leistungen, die keine Versorgungsleistungen sind

**41** Liegt keine unentgeltliche Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen vor, z. B. weil keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit übertragen worden ist, gelten die Grundsätze zu C.

## C. Entgeltliche Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen

### I. Übertragung von Privatvermögen

#### 1. Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen auf Lebenszeit

##### a) Wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung

**42** Wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung enthalten bis zur Grenze der Angemessenheit eine nichtsteuerbare oder steuerbare Vermögensumschichtung in Höhe ihres Barwerts (Tilgungsanteil) und einen Zinsanteil. Wiederkehrende Leistungen werden entgeltlich im Austausch mit einer Gegenleistung erbracht, wenn die Beteiligten Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen haben und subjektiv von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen ausgehen durften. Wiederkehrende Leistungen werden teilentgeltlich erbracht, wenn der Wert des übertragenen Vermögens höher ist als der Barwert der wiederkehrenden Leistungen. Ist der Barwert der wiederkehrenden Leistungen höher als der Wert des übertragenen Vermögens, ist Entgeltlichkeit in Höhe des angemessenen Kaufpreises anzunehmen. Der übersteigende Betrag ist eine Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG. Ist der Barwert der wiederkehrenden Leistungen mehr als doppelt so hoch wie der Wert des übertragenen Vermögens, liegt insgesamt eine Zuwendung i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG vor.

##### b) Behandlung beim Verpflichteten

###### aa) Anschaffungskosten

**43** Die Anschaffungskosten bemessen sich nach dem Barwert der wiederkehrenden Leistungen, ggf. nach dem anteiligen Barwert (vgl. Tz. 42), der nach §§ 12 ff. BewG (bei lebenslänglichen Leistungen nach § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. Anlage 9) oder nach versicherungsmathematischen Grundsätzen berechnet werden kann (vgl. R 32 a Abs. 2 Satz 2 EStR). Bei der Berechnung des Barwerts ungleichmäßig wiederkehrender Leistungen (dauernde Lasten) ist als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der aus der Sicht des Anschaffungszeitpunkts in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt wird (BFH v. 18.10.1994, BStBl. II 1995 S. 169).

**44** Werden die wiederkehrenden Leistungen für den Erwerb eines zur Einkunftszielung dienenden abnutzbaren Wirtschaftsguts gezahlt, ist der Barwert der Rente oder dauernden Last Bemessungsgrundlage für die Absetzungen für Ab-

nutzung, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen (BFH v. 9.2.1994, BStBl. II 1995 S. 47). Der in den dauernden Lasten enthaltene Tilgungsanteil kann nicht abgezogen werden.

###### bb) Zinsanteil

**45** Der Zinsanteil von Veräußerungsleibrenten ist nach der Ertragsanteilstabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG i.V.m. § 55 Abs. 1 EStDV zu ermitteln (BFH v. 25.11.1992, BStBl. II 1996 S. 666). Der Zinsanteil von dauernden Lasten ist in entsprechender Anwendung der Ertragsanteilstabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG i.V.m. § 55 EStDV zu berechnen (BFH v. 9.2.1994, BStBl. II 1995 S. 47). Der Zinsanteil von dauernden Lasten kann auch nach finanzmathematischen Grundsätzen unter Verwendung eines Zinsfußes von 5,5 v.H. berechnet werden. Bei der Berechnung nach finanzmathematischen Grundsätzen ist die voraussichtliche Laufzeit nach der Allgemeinen Deutschen Sterbetafel (Anhang 4 VStR 1995) zu bemessen (BFH v. 25.11.1992, BStBl. II 1996 S. 663).

**46** Der Zinsanteil von Renten und dauernden Lasten darf grundsätzlich nicht abgezogen werden (BFH v. 25.11.1992, BStBl. II 1996 S. 666). Dient das gegen Zahlung einer Rente oder dauernden Last erworbene Wirtschaftsgut der Einkunftszielung, ist der in den einzelnen Zahlungen enthaltene Zinsanteil dagegen als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abzuziehen (BFH v. 9.2.1994, BStBl. II 1995 S. 47).

##### c) Behandlung beim Berechtigten

###### aa) Veräußerungspreis

**47** Der Berechtigte erzielt für das entgeltlich im Austausch mit wiederkehrenden Leistungen übertragene Vermögen einen Veräußerungspreis in Höhe des nach Tz. 43 zu ermittelnden Barwerts der wiederkehrenden Leistungen.

**48** Veräußerungspreis bei Spekulationsgeschäften (§ 22 Nr. 2 EStG) gegen wiederkehrende Leistungen (Renten oder dauernde Lasten) ist – bis zur Höhe des nach Tz. 43 ermittelten Barwerts der wiederkehrenden Leistungen – der Unterschiedsbetrag zwischen der Summe der jährlichen Zahlungen und dem nach Tz. 45 zu ermittelnden Zinsanteil. Ein Gewinn aus Spekulationsgeschäften entsteht erstmals in dem Veranlagungszeitraum, in dem der in der Summe der jährlichen Zahlungen enthaltene Veräußerungspreis die ggf. um die Absetzungen für Abnutzung, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen verminderten Anschaffungs- oder Herstellungskosten sowie die zugehörigen Werbungskosten übersteigt. Bei Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 17 Abs. 2 EStG entsteht der Gewinn im Zeitpunkt der Veräußerung. Wird eine wesentliche Beteiligung i.S.d. § 17 EStG gegen eine Leibrente oder gegen einen in Raten zu zahlenden Kaufpreis veräußert, gilt R 139 Abs. 11 EStR entsprechend.

###### bb) Zinsanteil

**49** Der in dauernde Lasten enthaltene Zinsanteil ist auf die Laufzeit der wiederkehrenden Leistungen zu verteilendes Entgelt (Zinsen) für die Stundung des Veräußerungspreises. In diesen Fällen ist der nach Tz. 45 zu ermittelnde Zinsanteil als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern (vgl. BFH v. 25.11.1992, BStBl. II 1996 S. 663 und 26.11.1992, BStBl. II 1993 S. 298). Der in Veräußerungsleibrenten enthaltene Ertragsanteil ist nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG zu versteuern.

### Beispiel:

Der 70jährige V überträgt seinem Sohn S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Wertpapiere (Kurswert im Zeitpunkt der Übertragung: 200 000 DM). S verpflichtet sich, V eine an seinen Bedürfnissen orientierte lebenslängliche Rente i. H. v. mtl. 3 900 DM (jährlich 46 800 DM) zu zahlen. Der Barwert der wiederkehrenden Leistungen beträgt 351 515 DM.

Da Wertpapiere keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit darstellen (vgl. Tz. 10), liegt keine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (vgl. B.), sondern bis zur Höhe eines angemessenen Kaufpreises ein entgeltliches Geschäft gegen wiederkehrende Leistungen vor. Die Gegenleistung ist in dem Umfang als unangemessen anzusehen, in dem der Barwert der wiederkehrenden Leistungen (351 515 DM) den Verkehrswert des übertragenden Vermögens (200 000 DM) übersteigt ( $151\,515 : 351\,515 = 43,1$  v. H.). Der übersteigende Betrag ( $43,1$  v. H. von 46 800 DM  $\Rightarrow$ ) i. H. v. 20 170 DM ist als Zuwendung i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG zu beurteilen. Der verbleibende Betrag von (46 800 DM  $\cdot$  20 170 DM  $\Rightarrow$ ) 26 630 DM ist in einen Tilgungs- und einen Zinsanteil zu zerlegen. Der nach der Ertragsanteilstabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG ermittelte Zinsanteil ist nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG im Rahmen seiner Einkünfte aus Kapitalvermögen abziehen.

### 2. Vermögensübertragung gegen wiederkehrende Leistungen auf bestimmte Zeit

#### a) Wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung

**50** In Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung vereinbarte wiederkehrende Leistungen auf bestimmte Zeit oder die Lebenszeit des Berechtigten, die auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind (sog. abgekürzte Leibrenten oder dauernde Lasten), sind regelmäßig nach den Grundsätzen über wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung zu behandeln. Dies gilt auch, wenn Leistung und Gegenleistung nicht wie unter Fremden nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen sind. Die wiederkehrenden Leistungen können ausnahmsweise Versorgungsleistungen sein, wenn die zeitliche Beschränkung dem etwaigen künftigen Wegfall der Versorgungsbedürftigkeit des Berechtigten Rechnung trägt (BFH v. 26.1.1994, BStBl. II S. 663). Hiervon ist auszugehen, wenn die wiederkehrenden Leistungen dazu bestimmt sind, eine Versorgungslücke beim Berechtigten zu schließen (z. B. bis zum erstmaligen Bezug einer Sozialversicherungsrente vgl. BFH v. 31.8.1994, BStBl. II 1996 S. 672).

**51** Wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Berechtigten, die jedoch für eine Mindestlaufdauer zu erbringen sind (sog. Mindestzeitrenten oder verlängerte Leibrenten oder dauernde Lasten), sind als wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung zu behandeln, wenn die Mindestlaufzeit die nach Anhang 4, Tabelle 6 VStR 1995 zu bemessende Lebenserwartung des Berechtigten übersteigt (BFH v. 31.8.1994, BStBl. II 1996 S. 672).

**52** Tz. 42 gilt entsprechend.

#### b) Anschaffungskosten und Veräußerungspreis

**53** Bei wiederkehrenden Leistungen auf bestimmte Zeit und bei für eine Mindestlaufzeit zu erbringenden wiederkehrenden Leistungen (vgl. Tz. 51) liegen Anschaffungskosten in Höhe des nach § 13 Abs. 1 BewG i.V.m. Anlage 9 a zu § 13 BewG zu ermittelnden (ggf. anteiligen) Barwerts (Tilgungsanteil) vor. Bei wiederkehrenden Leistungen auf die Lebenszeit des Berechtigten, die auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind, hat der Verpflichtete Anschaffungskosten i.H. d. nach

§ 13 Abs. 1 Satz 2 BewG i.V.m. § 14 BewG zu ermittelnden Barwerts. Der Barwert kann auch nach versicherungsmathematischen Grundsätzen ermittelt werden.

#### c) Zinsanteil

**54** Der Zinsanteil wiederkehrender Leistungen auf bestimmte Zeit ist der Unterschiedsbetrag zwischen der Summe der jährlichen Zahlungen (vgl. aber Tz. 42) und der jährlichen Minderung des Barwerts der wiederkehrenden Leistungen, der nach finanzmathematischen Grundsätzen unter Verwendung eines Zinsfußes von 5,5 v. H. zu ermitteln ist (BFH v. 26.11.1992, BStBl. II 1993 S. 298). Die jährliche Barwertminderung ist nach § 13 Abs. 1 BewG i.V.m. Anlage 9 a zu § 13 BewG, bei sog. verlängerten Leibrenten oder dauernden Lasten nach § 13 Abs. 1 Satz 2 BewG i.V.m. § 14 BewG zu bestimmen. Aus Vereinfachungsgründen kann der Zinsanteil auch in Anlehnung an die Ertragswerttabelle des §§ 55 Abs. 2 EStDV bestimmt werden.

#### d) Steuerrechtliche Behandlung

**55** Zur steuerrechtlichen Behandlung von Anschaffungskosten, Veräußerungspreis und Zinsanteil vgl. Tz. 42 – 49.

## II. Übertragung von Betriebsvermögen

**56** Zur ertragssteuerlichen Behandlung der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens gegen Leibrenten, Veräußerungsrenten oder Kaufpreistraten im Fall der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG siehe R 16 Abs. 4 und 5 EStR.

**57** Das in R 139 Abs. 11 EStR behandelte Wahlrecht im Fall der Veräußerung eines Betriebs gegen Leibrente bleibt unberührt.

## D. Anwendungsregelung

**58** Die Grundsätze dieses Schreibens sind vorbehaltlich der Tz. 59 in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

**59** Bei Übertragung von unbebauten Grundstücken, Wertpapieren und typischen stillen Beteiligungen ist Tz. 10 nicht anzuwenden, wenn die Vermögensübertragung vor dem 1.1.1997 rechtswirksam geworden ist und Berechtigter und Verpflichteter übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten. In Fällen des Totalnießbrauchs tritt an die Stelle des 1.1.1997 der 30.9.1992.

Vor dem 1.1.1997 im Rahmen einer Vermögensübergabe i.S.d. Typus 1 nicht ausdrücklich als unabänderbar vereinbarte wiederkehrende Leistungen können entgegen Tz. 37 weiterhin als Leibrenten behandelt werden, wenn dies dem Willen der Vertragsparteien entspricht.

Nutzt der Stpfl. das übertragene Vermögen nicht zur Einkunftserzielung, sind die Grundsätze in Tz. 44 und 46 erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 1997 anzuwenden.

Nutzt der Stpfl. das übertragene Vermögen zur Einkunftserzielung, können abweichend von den Grundsätzen in Tz. 44 und 46 dauernde Lasten, die aufgrund einer vor dem 1.3.1995 begründeten Verpflichtung erbracht werden, in voller Höhe als Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abgezogen werden, soweit ihr Wert den Wert der Gegenleistung übersteigt.

## **2. Berichtigung zu dem Hinweis für die Praxis in MittBayNot 1996, 457 (Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO)**

Bei dem Bewertungsbeispiel wurde der Gebäudewert versehentlich mit dem Vervielfältiger, der sich aus der bis 1.10.1996 maßgeblichen Richtzahl von 25,1 ergibt, berechnet.

Die Berechnung wird wie folgt berichtigt:

### **Berechnung:**

Versicherungssumme 1996 = 3.520.000,- DM geteilt durch die Teuerungszahl 1996 = 25,80 ergibt Stammversicherungssumme 1914 = 136.434,- DM.

Nach dem Vervielfältiger A für Wohngebäude und Verwaltungsbauten (Lebensdauer 100 Jahre) = 17,255 bei einem hier angenommenen Alter des Gebäudes von 26 Jahren ergibt sich ein Gebäudewert in Höhe von 2.354.168,- DM.

Der so ermittelte Gebäudewert ist nach Hinzurechnung des Wertes für den Grund und Boden als Verkehrswert nach § 19 Abs. 2 KostO maßgebend.



## Personaländerungen

### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.1997:

Notar Hans Kleider, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.4.1997:

Notar Dr. Karl Heinz Flörchinger, Landau i.d. Pfalz

Notar Joachim Kern, Landau i.d. Pfalz

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.1997:

Donauwörth dem Notar Wolfgang Pürschel  
(bisher in München)

Grünstadt der Notarassessorin  
Dr. Anette Köster  
(bisher in Schifferstadt  
Notarstellen Hutzler/Regel)

Ludwigshafen dem Notarassessor  
Dr. Axel Wilke  
(bisher Geschäftsführer  
der Notarstelle Pfalz)

München der Notarassessorin  
(neuerrichtete Dr. Eva-Maria Hepp  
Notarstelle) (Geschäftsführerin  
der Notarkasse München)

Rosenheim dem Notar  
(in Sozietät mit Lothar Walter Lederer  
Notar Schiebel) (bisher in Günzburg)

Mit Wirkung vom 1.3.1997:

Hof dem Notarassessor  
(neuerrichtete Dr. Peter Schubert  
Notarstelle) (bisher in Würzburg  
Notarstellen Dr. Grimm/ Friedrich)

München Dem Notarassessor  
Horst Joachim Barth  
(bisher in München  
Notarstellen Graf Castell/Singer)

Mit Wirkung vom 1.4.1997:

Bad Aibling dem Notar  
(neuerrichtete Bernd Schmitt  
Notarstelle) (bisher in Ludwigsstadt)

### 3. Neuernannte Assessoren/innen:

Mit Wirkung vom 1.1.1997:

Gunther Philippsen, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann)

Mit Wirkung vom 15.1.1997:

Sibylle Wanner, Lindau (Notarstelle Kluy)

### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Hans-Joachim Vollrath, München (Landesnotarkammer Bayern), wurde mit Wirkung vom 12.12.1996 promoviert

Notarassessorin Elisabeth Laing, Babenhausen (Notarstelle Dr. Schrödl), ab 20.1.1997 in Augsburg (Notarstellen Dr. Weigel/Laue)

Notarin Dr. Eva-Maria Hepp, München, seit 15.2.1997  
Notarin a.D. in München (Geschäftsführerin der Notarkasse)

Oberinspektorin i.N. Monika Ebner (Notarstelle Wüben), ab 18.1.1997 in Münnerstadt (Notarstelle Reiß)

### 5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.1.1997:

zum Oberamtsrat i. N. (VergGr. IIa BAT):

Peter Steinberger, Landshut (Notarstellen Dr. Ring/Volland)

Heinz Schmid, München (Notarstellen Graf Castell/Singer)

Erwin Braulik, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)

zum Amtsrat/zur Amtsrätin i. N. (VergGr. III BAT):

Margiet Nitsch-Schilling, München (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt)

Manfred Meier, Gunzenhausen (Notarstelle Bandele)

Hans Lugert, Tirschenreuth (Notarstelle Dr. Stützel)

Heinz Emmert, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Bölsche/Klotz)

Dieter Lau, Donauwörth (bisher Notarstelle Dr. Waibel)

Utho Speth, Kronach (Notarstellen Dr. Thum/Büschel)

Artur Feckler, Augsburg (Notarstellen Albrecht/Kammer)

Josef Schrottenbaum, Ebersberg (Notarstelle Stühler)

Horst Müller, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wischermann)

zum Amtmann i. N. (VergGr. IVa BAT):

Gertrud Niggel, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Günther Schiedermeier, Mitterfels (Notarstelle Hötzl)

Christine Weidenegger, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier)

Peter Betz, Parsberg (Notarstelle Blomeier)

Helmut Strangmüller (Notarstellen Dr. Schmidt/Meier-Kraut)

Helmut Pfister (Notarstellen (Pölsterl/Dr. Asam)

Rainer Queste (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

Ulrike Suttner, Regensburg (Dr. Merznicht/Dr. Gschoßmann)

Rainer Söhnlein, Fürth (Notarstelle Angermaier)

Gerhard Sonnberger, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)

Gerd Langer, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/Dr. Rausch)

Kludia Kahl, München (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Susanne Vané, Nürnberg (Notarstelle Volland)

Christine Fenn, Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Sabine Greiner, Freyung (Notarstelle Burghart)

Burkhard Klein, Kitzingen (Notarstelle Dr. Schmied/Dr. Münch)

Jörg Hörchner, Nürnberg (Notarstellen Prof. Dr. Knöchlein/Hübner)

Gisela Meier, Hemau (Notarstelle Brödel)

Marion Trenner, Markt Erlbach (Notarstelle Dr. Buchta)

Jürgen Kasper, München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Elke Reissaus, Fürstenfeldbruck (Notarstelle Dr. von Bary)