

# Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 5

MittBayNot

September/Oktober 1992

## I. A b h a n d l u n g

### Die Anwendung des BMF-Schreibens zu Wettbewerbsverboten auf Altfälle

von Notar a. D. Dr. Oliver Vossius, München

Das Schreiben des BMF vom 04. 02. 1992<sup>1</sup> hat zu einer intensiven literarischen Diskussion mit deutlich kritischen Untertönen geführt. Die Entwicklung von für die Praxis der Steuerberater und Notare brauchbaren Lösungsvorschlägen steht bislang allerdings eher im Hintergrund des wissenschaftlichen Klärungsprozesses<sup>2</sup>.

Mit diesem Beitrag soll die Debatte über die praktische Umsetzung des Erlasses belebt werden. Anhand von Modellfällen will ich Überlegungen dazu vorstellen, welche Änderungen des Gesellschaftsvertrags, des Geschäftsführer-anstellungsvertrags und der Praxis dieser Verträge vorgenommen werden müssen, um die Anforderungen des Erlasses zu erfüllen. Hierzu nehme ich den Erlaß zunächst einmal als gegeben hin.

Die Kritik, die auch ich am Erlaß übe, ergibt sich letztlich aus den darzustellenden Schwierigkeiten, eine brauchbare Umsetzung des Erlasses in die Praxis zu erreichen.

#### 1. Fall 1 (Einmann-GmbH und Einzelfirma)

A betreibt seit 1960 unter der Firma „A“ einen Einzelhandel mit Waren aller Art. 1985 gründete er als alleiniger Gesellschafter die A-Handels-GmbH mit einem Stammkapital von 50.000 DM und folgendem Unternehmensgegenstand:

„Gegenstand des Unternehmens ist der Handel mit Waren aller Art.“

A bestellte sich zum alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer der A-Handels-GmbH. Im Anstellungsvertrag — einem Formular — heißt es u. a.:

„Der Geschäftsführer hat seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen ... Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Wochenstunden ... Die Übernahme

einer Nebenbeschäftigung oder Nebentätigkeit bedarf der Genehmigung der Gesellschafter ... Der Geschäftsführer darf mit der Gesellschaft weder unmittelbar noch mittelbar in Wettbewerb treten, sich an Konkurrenzunternehmen beteiligen oder sonst für diese tätig sein.“

Entgegen der früheren und jetzigen Rechtslage<sup>3</sup> existiert keine Vereinbarung, durch die im vorhinein der Kreis der Geschäfte der A-Handels-GmbH und der Einzelfirma A klar und eindeutig voneinander abgegrenzt ist.

Lösung:

#### 1.1 Satzung:

##### 1.1.1 Objektive Abgrenzung

In Übereinstimmung mit einer wohl weit verbreiteten Praxis wurde bislang keine hinreichende objektive Abgrenzung der Unternehmensgegenstände der Fa. A und A-Handels-GmbH vorgenommen. Dies ist nunmehr nachzuholen<sup>4</sup>.

Der Gegenstand des Unternehmens<sup>5</sup> der A-Handels-GmbH ist zu beschränken, die Firma möglicherweise zu ändern. Denkbar erscheint die Abgrenzung nach Groß- und Einzelhandel, Inland und Ausland, Regionen, Waren- oder Kundengruppen und dergleichen<sup>6</sup>. Damit ist für den Teilbereich, auf dem die GmbH nicht mehr tätig ist, ein Wettbewerbsverhältnis mit dem Einzelunternehmen ausgeschlossen.

<sup>3</sup> Vgl. zuletzt BFH BStBl. 1983-II-487/489 = DB 1983, 1409. Hierzu *Knobbe-Keuk*, GmbHRdsch 1992, 333. Zur Überlagerung dieses Ansatzes durch die neuere BFH-Rechtsprechung und den Erlaß siehe sogleich.

<sup>4</sup> Eine Heilung von in der Vergangenheit vorgenommenen vGA ist allerdings insoweit unter Berufung auf den Erlaß nicht möglich, als diese auf der fehlenden objektiven Abgrenzung beruhen.

<sup>5</sup> Der statutarische Unternehmensgegenstand ist maßgebend für die steuerliche Beurteilung, so *Thiel*, GmbHRdsch 1992, 338/342. unter Hinweis auf BFH BStBl 1987-II-461. Eine abstrakte Wettbewerbslage reicht aus. So auch *Niehues*, DB 1992, 496/499.

<sup>6</sup> Für die objektive Abgrenzung der Unternehmensgegenstände („Marktteilungsabrede“) dürften also die Anforderungen an die Geschäftsverteilungspläne von Gerichten entsprechend gelten.

<sup>1</sup> IV B 7 — S 2742 — 6/92 = DB 1992, 404 = MittBayNot 1992, 157 = DStR 1992, 253, im folgenden „Erlaß“.

<sup>2</sup> Eine Ausnahme bildet der Beitrag von *Münch*, MittBayNot 1991, 147 ff. (im wesentlichen zu Fällen der Neugründung).

Eine Eingrenzung des Unternehmensgegenstandes der Einzelfirma ist nicht möglich, da Einzelunternehmen und Personenhandelsgesellschaften zwar ein vollkaufmännisches Gewerbe nach §§ 1, 2 HGB ausüben müssen, darüber hinaus der Gegenstand des Unternehmens aber nicht weiter bestimmt bzw. bei Personenhandelsgesellschaften nur mit Wirkung für das Innenverhältnis beschränkt werden kann. Eine Eintragung in das Handelsregister findet demgemäß nicht statt, die Angabe ist nur für die gutachtliche Prüfung durch die IHK erforderlich.

Die objektive Abgrenzung der Tätigkeit der Fa. A und der A-Handels-GmbH wirft weitere Probleme auf. Der vollständige Ausschluß des Wettbewerbs zwischen den beiden Unternehmen<sup>7</sup> durch objektive Abgrenzung ihrer Gegenstände würde eine entsprechende Verpflichtungserklärung der A gegenüber der GmbH auf Unterlassung von Wettbewerb auf dem Gebiet des Unternehmensgegenstandes der GmbH voraussetzen, die ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann aber ebenfalls nur entgeltlich abgeben würde<sup>8</sup>. Die Gegenleistung der GmbH läge hier in der Beschränkung des Unternehmensgegenstandes zugunsten der Einzelfirma. Ob diese entgeltlich erfolgen muß (Folge: vGA der GmbH an ihren Gesellschafter bei Unentgeltlichkeit), ist fraglich, da Abgrenzung durch äußere Umstände — den Erlaß — aufgezwungen wurde. Sicher ist nur, daß dieser Wettbewerbsverzicht infolge objektiver Abgrenzung entgeltlich erfolgen kann.

#### 1.1.2 Regelung des Wettbewerbsverhältnisses

Nach den Prämissen des Erlasses ist trotz objektiver Abgrenzung denkbar, daß auf dem Gebiet des Unternehmensgegenstandes der GmbH die A-Handels-GmbH und die A miteinander in Wettbewerb treten. Zur Lösung dieses Konflikts gibt es nur drei Möglichkeiten: der Wettbewerb wird in vollem Umfang gestattet, teilweise gestattet oder er wird ausgeschlossen.

Läßt man in Anwendung des Erlasses Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen zu, so stößt man zunächst auf den gesetzlichen Schwierigkeiten. Denn bei Zulassung des Wettbewerbs zwischen mehreren Unternehmen bleibt unklar, wie Wettbewerb begrifflich bei klarer und eindeutiger objektiver Abgrenzung der Geschäfte überhaupt möglich ist<sup>9</sup>.

Sollen beide Unternehmen (unterstellt, dies ist bei objektiver Abgrenzung der Unternehmensgegenstände möglich) miteinander ganz oder teilweise in Wettbewerb treten, so setzt dies nach dem Erlaß eine Befreiung der Fa. A von diesem

Wettbewerbsverbot in der Satzung<sup>10</sup> der A-Handels-GmbH voraus. Diese Befreiung darf in den hier zu behandelnden Altfällen nur gegen angemessenes Entgelt erfolgen<sup>11</sup>.

Für die Vergangenheit kann man allerdings davon ausgehen, daß die wechselseitig bestehenden Ansprüche der A und der A-Handels-GmbH auf Entschädigung auch durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden können<sup>12</sup>.

Die Möglichkeit der Aufrechnung wechselseitig bestehender Ansprüche auf Karenzentschädigung scheint prima facie dem Erlaß zu widersprechen<sup>13</sup>. Dem sind jedoch zwei Argumente entgegenzuhalten.

Zum einen läuft ein Aufrechnungsverbot auf die Unterstellung hinaus, daß die Vornahme eines bestimmten Geschäfts im Zweifel der GmbH und nicht ihrem Gesellschafter zusteht. Ein Vorrang der Gewinnchancen der GmbH vor denen der Einzelfirma besteht in unserer Rechtsordnung jedoch nicht<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Kritisch zur Berechtigung dieses im Erlaßwege statuierten Formzwangs *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 335 und *Meyer-Armdt*, a. a. O. (Fußnote 7), 536 f.

<sup>11</sup> Sehr restriktiv allerdings *N. Meier*, a. a. O. (Fußnote 7), 345 f., wonach das Entgelt wegen „Manipulationsmöglichkeiten“ nicht als Einmalbetrag zahlbar sein soll; aA *Peika/Wüst*, DStR 1992, 597/599 unter Berufung auf den Erlaß. M. E. bedarf die Vereinbarung eines einmaligen Betrags als Karenzentschädigung umfangreicher Darlegungen gegenüber den Finanzbehörden und wird im Interesse der Schonung von Liquidität nur selten in Betracht kommen. Vorzugswürdig erscheint eine laufende auf das einzelne Geschäft bezogene Vergütung.

<sup>12</sup> Nach dem Erlaß und der Rechtsprechung des BFH wäre es unzulässig, auf eine Karenzentschädigung für die Vergangenheit mit dem Argument zu verzichten, die Wettbewerbshandlungen seien konkludent genehmigt oder entsprechende Ansprüche seien verwirkt. Diese zivilrechtlich nicht von der Hand zu weisenden Gesichtspunkte sind nach Ansicht des BFH nicht zu berücksichtigen, vgl. BFH BStBl. 87-II-461 = DB 1232/1233; BStBl. 89-II-633 = DB 1989, 2101/2102; BStBl. 89-II-673 = DB 1989, 1904 und besonders deutlich BFH BStBl. 89-II-636 = DB 1989, 1702/1703: „förmlicher Gesellschafterbeschuß“ erforderlich.

<sup>13</sup> Der Erlaß verlangt die Vereinbarung eines „angemessenen Entgelts“, trifft aber keine Aussage über die Art der Erfüllung dieses Anspruchs.

<sup>14</sup> Infolgedessen ist der Erlaß gewichtigen verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt und bedarf der verfassungskonformen Auslegung:

Prüfungsmaßstab ist jedenfalls die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, deren Schutz auch die juristische Person GmbH genießt (Art. 19 Abs. 3 GG). Der Zwang zur objektiven Abgrenzung ihres Tätigkeitsbereichs von der eines anderen Unternehmens ist jedenfalls eine Regelung der Berufsausübung (wenn nicht gar eine partielle subjektive Beschränkung des Berufszugangs), die nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes zulässig ist und auch dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen muß (siehe nur *v. Münch*, GG, Art. 12 Rdz. 34, 37). Selbst wenn man annimmt, daß die Erfordernisse gleichmäßiger Besteuerung über §§ 8 Abs. 3 KStG, 42 AO eine hinreichende Rechtsgrundlage darstellen (aA jedenfalls *Peika/Wüst*, DStR 1991, 578/580), so scheint mir eine zusätzliche objektive Abgrenzung jedenfalls in Fällen der Befreiung von einem zivilrechtlich tatsächlich bestehenden Wettbewerbsverbot (hierzu *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 335 und *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 339) gegen angemessenes Entgelt nicht erforderlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu sein, da der GmbH über die Karenzentschädigung entsprechende Einnahmen zufließen. Erforderlich dürfte eine objektive Abgrenzung, so man das Bestehen einer Rechtsgrundlage für dieses Erfordernis annimmt, allenfalls in den Fällen des Wettbewerbs ohne Karenzentschädigung sein. Selbst dann bedürfte der so postulierte Vorrang der GmbH besonderer verfassungsrechtlicher Begründung (in diese Richtung auch *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 337). Letztlich hat auch *Wassermeyer*, a. a. O. (Fußnote 9), 1065 ff. die Grundrechtsrelevanz der geforderten objektiven Abgrenzung erkannt.

<sup>7</sup> Dies im übrigen entgegen der zivilrechtlichen Rechtslage, nach der dem Einmann-Gesellschafter Wettbewerb mit seiner GmbH gestattet ist, vgl. *Meyer-Armdt*, BB 1992, 534/535 f. mit weiteren Nachweisen sowie ausführlich *Münch*, a. a. O. (Fußnote 2), 151. Demgegenüber ist allerdings auf die Auffassung der Strafsenate des BGH zu verweisen, wonach auch bei der Einmann-GmbH eine Untreue des Gesellschafter-Geschäftsführers zum Nachteil der Gesellschaft nicht ausgeschlossen ist (vgl. nur *Dreher/Tündler*, StGB, § 266 Rdz. 4). In diese Richtung auch *N. Meier*, DStR 1992, 344/345.

<sup>8</sup> *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 336.

<sup>9</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, daß die neuere Rechtsprechung des BFH das Erfordernis objektiver Abgrenzung der älteren Rechtsprechung nicht etwa aufgibt, sondern mit dem Gedanken des Wettbewerbsverbots kombiniert; besonders deutlich BFH DB 1989, 2101 und a. a. O., 2102: „Es kommt eine weitere Überlegung hinzu.“ Zum ganzen *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 333 und 334 f. unter Hinweis auf *Wassermeyer*, DStR 1991, 1065 ff.

Zum anderen führt die Aufrechnung nicht zu einer als vGA zu qualifizierenden Vermögensminderung oder verhinderten Vermögensmehrung<sup>15</sup>. Denn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer darf auch zulässige Erfüllungssurrogate wie die Aufrechnung wählen. Weiter ist ihm auch eine gewisse Pauschalierung im Vergleichswege gestattet. Denn in Verhandlungen über die Höhe einer Karenzentschädigung sind auch die Kosten der buchhalterischen Erfassung der betroffenen Geschäfte und der gutachtlichen Feststellung der Entschädigungshöhe in Rechnung zu stellen<sup>16</sup>, die Bedeutung der Gewinnung einer bestimmten Person als Geschäftsführer oder Gesellschafter für die Gesellschaft oder die Einschaltung der GmbH für besonders risikoträchtige Geschäfte zu berücksichtigen<sup>17</sup>. Diese Umstände können dazu führen, daß auf die eingehende Analyse einzelner Geschäftsvorfälle bis zur zeitlichen Grenze der Verjährung aus nachvollziehbaren geschäftspolitischen und betriebswirtschaftlichen Erwägungen zulässigerweise verzichtet werden kann.

Beide Gesichtspunkte tragen auch eine Aufrechnung künftiger entstehender wechselseitiger Ansprüche auf Karenzentschädigung. Für die Praxis möchte ich allerdings davor warnen, dies bereits vorweg im Wege der „Generalabsolution“ zu erklären<sup>18</sup>.

Die Befreiung vom Wettbewerbsverbot in der Satzung könnte somit lauten:

„Die Tätigkeit des A als Inhaber der Fa. A wird gestattet. Für die Entschädigung, die bei Vornahme von unter diese Befreiung fallenden Geschäften jeweils geschuldet ist, gilt: ...“<sup>19</sup>

Im Urkundenmantel wird weiter vereinbart:

„A und die Gesellschaft sind darüber einig, daß wegen etwaiger Verstöße gegen ein etwa bestehendes Wettbewerbsverbot der Gesellschaft eine Entschädigung in Höhe von DM ... zusteht, und zwar aus folgenden Gründen: (folgt nähere Begründung).“<sup>20</sup>

## 1.2 Geschäftsführer-Anstellungsvertrag

Die Tätigkeit als Inhaber der Einzelfirma muß (auch) im Geschäftsführeranstellungsvertrag<sup>21</sup> gestattet sein:

„Von seiner Tätigkeit in der Fa. A abgesehen, die hiermit im Umfang von bis zu ... Wochenstunden genehmigt wird, hat der Geschäftsführer seine Arbeitskraft nur der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Im übrigen bedürfen Nebentätigkeiten der Genehmigung der Gesellschafterversammlung.“<sup>22</sup>

Hinweise auf Arbeitszeiten sollten besser entfallen. Die Vergütung wird vermindert um den Anteil, der der Arbeitszeit für das andere Unternehmen im von der GmbH aufgegebenen Unternehmensgegenstand im Durchschnitt entspricht<sup>23</sup>.

## 2. Fall 2 (Familien-GmbH und Einzelfirma)

Im Fall 1 hält A an der A-Handels-GmbH nur eine Stammeinlage von DM 13.000,—, die weiteren Anteile von 12.000,— DM und 25.000,— DM liegen bei seiner Ehefrau und seinem nunmehr 18-jährigen Sohn. Seine Ehefrau ist gelernte Kindergärtnerin und seit Jahren Hausfrau, sein Sohn will nach dem humanistischen Abitur das Studium der Byzantinistik aufnehmen.

Variante:

A wird als Geschäftsführer abberufen und sein Sohn zum neuen Geschäftsführer bestellt.

Lösung:

2.1 In diesem Fall stellt sich zunächst die Frage, ob A überhaupt als beherrschender Gesellschafter der A-Handels-GmbH anzusehen ist. Die Frage dürfte nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen im Sinne einer Beherrschung zu lösen sein (Addition der Anteile nahestehender Personen mit gleichgerichteten Interessen, Stellung des A als know-how-Geber)<sup>24</sup>.

Im Regelfall der Beherrschung der GmbH durch A ist der Fall wie oben zu Fall 1 ausgeführt zu lösen.

2.2 Sieht man A — ausnahmsweise — nicht als beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer an, so wird nach dem Erlaß der Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot zwar für die Vergangenheit steuerlich nicht aufgegriffen. Für die Zukunft ist jedoch eine Befreiung durch Ergänzung der Satzung vorzunehmen. Die Befreiung kann unentgeltlich gewährt werden. Der Anstellungsvertrag des A ist wie oben dargestellt zu ändern.

Ist A nicht Geschäftsführer und sein Sohn auch nicht sein „Strohmann“, so bedürfte es nach dem Wortlaut des Erlases auch keiner Befreiung des A von einem Wettbewerbsverbot. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht erscheint dies deshalb zweifelhaft, da u. U. in dieser Konstellation A kraft Treupflicht einem Wettbewerbsverbot unterliegen kann, wenn nicht die Gesellschafter konkludent bereits hiervon Befreiung erteilt haben.

<sup>21</sup> Fraglich ist, ob darüberhinaus eine statutarische Befreiung des Geschäftsführers notwendig ist (so *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl., Anh. zu § 6 Rdz. 22; *Niehues*, a. a. O. (Fußnote 5), 500, *Münch*, a. a. O. (Fußnote 2), 151 und BFH BStBl 1987-II-461 = DB 1987, 1232/1233. Ausschlaggebend soll der Gesichtspunkt des Schutzes neu eintretender Gesellschafter sein (kritisch hierzu *Meyer-Arndt*, a. a. O. (Fußnote 7), 539). Eine Befreiung in der Satzung ist jedoch hierzu nicht erforderlich, ein einfacher Gesellschafterbeschuß reicht aus.

Jedenfalls im Beispielfall wird unter diesem Aspekt eine zusätzliche satzungsmäßige Befreiung des A nicht nur in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern auch als Geschäftsführer nicht erforderlich sein, da die Befreiung des A in der gewählten Formulierung beide Funktionen umfaßt. Dennoch erscheint die entsprechende Anpassung des Anstellungsvertrags im Interesse der Widerspruchsfreiheit der Vertragsgrundlagen unabdingbar. Selbst wenn der Erlaß hierauf verzichtet, so kann sich die Stellung des beherrschenden Gesellschafters durch Änderung der Beteiligungsverhältnisse ebenfalls ändern.

<sup>22</sup> Im Urkundenmantel sollte klargestellt werden (z. B. durch entsprechende Sachverhaltsschilderung, daß A auch Geschäftsführer der Gesellschaft ist und sich die erklärte Befreiung durch die Gesellschafter sowohl auf die Gesellschafter- als auch auf die Geschäftsführerstellung bezieht.

<sup>23</sup> Vgl. *Meyer-Arndt*, a. a. O. (Fußnote 7), 541 f. und *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 599 f.

<sup>24</sup> Siehe *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 341 f.

<sup>15</sup> So der methodische Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BFH, vgl. insbesondere BFH BStBl 89-II-673/674 = DB 1989, 1904.

<sup>16</sup> Siehe auch *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 599 (wechselseitige Befruchtung und Förderung der unternehmerischen Tätigkeit der GmbH und der Einzelfirma als ausreichender Grund für beiderseitigen Entgeltverzicht).

<sup>17</sup> So *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 599.

<sup>18</sup> Schon bürgerlich-rechtlich wäre diese Erklärung weniger als Aufrechnung als als antezipierte Generalquittung zu beurteilen. Sie begegnet demgemäß Bedenken im Hinblick auf § 8 Abs. 3 KStG.

<sup>19</sup> Zur Höhe der Karenzentschädigung siehe Fußnote 48.

<sup>20</sup> Nicht ausgeschlossen ist, daß die Aufstellung der wechselseitigen Entschädigungsansprüche einen Saldo zu lasten der GmbH ergibt.

### 3. Fall 3 (gemeinsame Vertriebsgesellschaft)

Die S-AG und die B-GmbH stellen sog. „weiße Ware“ her, d. h. Waschmaschinen, Kühlschränke, Herde etc. Die S-AG hält 25% der Anteile der B-GmbH. Beide Gesellschaften sind zu je 50% an der BS-Hausgeräte-GmbH beteiligt, über die der Vertrieb und der Kundendienst laufen. Aufgrund einer bestehenden Vereinbarung entwickeln und fertigen beide Gesellschaften ihre Produkte gemeinsam, der Vertrieb erfolgt über die gemeinsame Tochter unter dem jeweiligen Markennamen. Die Produkte sind nach Preis, Konstruktion, Qualität und Zielgruppe gleich und werden in Deutschland überall zusammen angeboten.

#### Lösung:

Die Beteiligung an der gemeinsamen Vertriebstochter und die Sperrminorität an der B-GmbH dürfte für sich genommen nicht ausreichen, eine Beherrschung der in zahlreichen weiteren Märkten tätigen B-GmbH durch die S-AG anzunehmen. Sofern Leitungspositionen nicht in Personalunion besetzt sind, fällt die Konstellation nicht unter den Erlaß. Eine förmliche wechselseitige Befreiung der jeweils anderen Gesellschaft vom Wettbewerbsverbot auf dem Sektor der „weißen Ware“ (wohl keine Aufnahme in die Satzung erforderlich) kann allenfalls aus gesellschaftsrechtlichen Gründen in Betracht kommen. Ratsam ist eine beiderseitige Verpflichtung, über die Vertriebstochter dem Kunden stets beide Produkte anzubieten, um willkürliche Steuerungen des Absatzes und die hieraus folgende Annahme von vGA auszuschließen<sup>25</sup>.

### 4. Fall 4 (Hinzuerwerb von Konkurrenzunternehmen)

Die X-S. A. mit Sitz in Frankreich unterhält für den deutschen Markt in Deutschland eine Zweigniederlassung. Sie erwirbt in 1991 alle Anteile an der Y-GmbH, einem Konkurrenzunternehmen. Sie will zum Zwecke der Kundenbindung die Zweigniederlassung eine Übergangszeit (einige Jahre) bestehen lassen, mittel- bis langfristig jedoch die Geschäfte auf die Y-GmbH unter Beibehaltung dieser Firma übertragen.

#### Lösung:

Die X-S. A. ist beherrschende Gesellschafterin der Y-GmbH im Sinne des Erlasses. Die beherrschte Gesellschaft tritt mit der Zweigniederlassung ihrer Gesellschafterin auch in Wettbewerb<sup>26</sup>.

#### 4.1 Objektive Abgrenzung

Eine objektive Gegenstandsabgrenzung zwischen der Zweigniederlassung und der Y-GmbH ist nur partiell möglich<sup>27</sup>. Allenfalls läßt sich darauf abstellen, welcher Gesellschaft ein Auftrag erteilt wurde. Die nur auf Steuerberatungsgesellschaften bezogene — nicht unproblematische<sup>28</sup> — Aussage des Erlasses (Wahl des Mandanten reicht nicht

<sup>25</sup> Auch die Steuerung des Geschäfts mehrerer Steuersubjekte über willkürliche Eingriffe in deren gemeinsame Vertriebsorganisation kann zur Annahme einer vGA führen. Daß dieser Fall („umgekehrte Beherrschung“, Wettbewerb der Muttergesellschaften) vom Anwendungsbereich des Erlasses ausgenommen sein soll, scheint unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 1 GG und des Gebots der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht recht einzuleuchten.

<sup>26</sup> Die Anwendung des Erlasses auf Konzerne ist nicht unproblematisch, so mit Recht *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 342 und *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 600.

<sup>27</sup> Auf die Grenzen der Voraussehbarkeit angesichts sich schnell wandelnder Märkte weist auch *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 334 hin.

<sup>28</sup> Instrukтив hierzu *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 334.

aus) dürfte nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig sein<sup>29</sup>. Der hiermit verbundene Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit des Kunden (Vertragsabschlußfreiheit) dürfte nicht gerechtfertigt sein<sup>30</sup>. Das Kriterium der Auftragserteilung — selbst wenn es zulässig sein sollte — versagt allerdings dann, wenn beide Unternehmen im Vertrieb kooperieren (vgl. Fall 3), da dann über entsprechende Anweisungen an Vertriebspersonen, für die eine oder andere Gesellschaft zu akquirieren, eine willkürliche Zuordnung möglich wäre. Eine objektive Abgrenzung nach anderen Kriterien (z. B. Absatzgebiet, Produktgruppen) ist aus geschäftspolitischen Gründen nicht möglich<sup>31</sup> und nicht immer ratsam<sup>32</sup>; „Konkurrenz im eigenen Haus“ im Rahmen einer profit-center-Organisation ist ein betriebswirtschaftlich anerkanntes Mittel zur Produktivitätssteigerung<sup>33</sup>.

In diesem Fall ist es den beteiligten Unternehmen wirtschaftlich unzumutbar, in Erfüllung der Auflagen des Erlasses eine ausreichende objektive Abgrenzung ihrer Gegenstände vorzunehmen. Hält man die rigide Anwendung des Erlasses auf solche Fälle für verfassungsrechtlich haltbar, so bleibt der X-S. A. nur die Einbringung ihrer Zweigniederlassung in die Y-GmbH<sup>34</sup> unter gleichzeitiger objektiver Abgrenzung der Unternehmensgegenstände der Y-GmbH und der X-S. A.<sup>35</sup>.

#### 4.2 Regelung des Wettbewerbsverhältnisses

Die Notwendigkeit der Vernichtung eines im Einklang mit der Rechtsordnung tätigen und wirtschaftlich gesunden Unternehmens (Zweigniederlassung der X-S. A.) kann jedoch keine verfassungsrechtlich zulässige Folge der Anwendung einer schlichten Verwaltungsanweisung sein. In Fällen wie diesem dürfte es somit ausreichen<sup>36</sup>, in die Satzung der Y-GmbH eine Befreiung der X-S. A. vom Wettbewerbsverbot aufzunehmen, verbunden mit der schuldrechtlichen wechselseitigen Verpflichtung der Gesellschaften, die Entscheidung des Kunden zu respektieren und im Fall der Kooperation im Vertrieb dem Kunden die Produkte beider Gesellschaften nebeneinander anzubieten. Entgeltlichkeit dieser

<sup>29</sup> So zwar der hier gebotene Umkehrschluß aus dem Erlaß, aA wohl aber BFH BStBl. 1981-II-448 = DB 1981, 1596 (Werbeagentur), vgl. *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 598.

<sup>30</sup> Die Annahme, jeder Kunde sei willenloses Werkzeug in der Hand des beherrschenden Gesellschafters/Geschäftsführers, ist nicht verifizierbar. Der mündige Kunde, auch der Verbraucher, entscheidet oft genug nach den Kriterien des Vertrauensverhältnisses oder des guten Namens, aufgrund von Empfehlungen oder Bankauskünften. Auch unter diesem Aspekt scheint die verfassungskonforme restriktive Anwendung des Erlasses geboten.

<sup>31</sup> Zu Fällen unmöglicher bzw. unzumutbarer objektiver Abgrenzung auch *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 600, die aber im wesentlichen nur Steuerberatungsgesellschaften im Auge haben.

<sup>32</sup> *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 600: „unsinnig“.

<sup>33</sup> In diesen Fällen zeigt sich die Konsequenz des „selbstgezimmernten planwirtschaftlichen Gewinnverteilungsmodells“ des BFH (so plastisch *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 336) besonders deutlich.

<sup>34</sup> Die Begründung einer Organschaft scheitert am Auslandssitz, ebenso die sonst mögliche Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf ihre Mutter. In dieser Fallkonstellation darf auch die Frage der Vereinbarkeit des Erlasses mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 76 EWG-Vertrag gestellt werden (für einen Verstoß gegen die Fusionsrichtlinie *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 338).

<sup>35</sup> Der faktische Zwang des Erlasses zur Änderung des Unternehmensgegenstands einer französischen S. A. (!) dürfte die ihm zugrundeliegende Hybris hinreichend belegen.

<sup>36</sup> Diese Lösung ist letztlich Folge der oben dargelegten verfassungskonformen Auslegung des Erlasses.

Befreiung ist jedenfalls dann nicht erforderlich<sup>37</sup>, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer sowohl der Mutter- als auch der Tochtergesellschaft im Hinblick auf den buchhalterischen Aufwand der Erfassung, die Schwierigkeiten bei der Berechnung der Entschädigung und die voraussichtliche Kompensation der gegenseitigen Entschädigungsansprüche davon absehen würde, ein Entgelt zu fordern. Wenn es zu keiner Kooperation im Vertriebsbereich kommt, sondern zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft aufgrund getroffener Vereinbarungen aus unternehmensstrategischen Gründen freie Konkurrenz herrschen soll und auch herrscht, dann dürfte eine unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot ebenfalls hinreichen.

Die wirtschaftlich unzumutbare Abgrenzung der Unternehmensgegenstände müßte in jedem Fall durch eine klare, von vornherein abgeschlossene und tatsächlich durchgeführte Verpflichtung der Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochter kompensiert werden, ihrer Tochter geschäftspolitisch beim Vertrieb ihrer Produkte freie Hand zu lassen (Vertrieb in eigener Verantwortung).

Im übrigen dürfte der Fall, daß eine Wettbewerbslage zwischen bestehenden Gesellschaften erst durch einen Beteiligungserwerb eintritt, dem Fall der Neugründung einer GmbH gleichzustellen sein<sup>38</sup>.

#### 5. Fall 5 (Wettbewerb über Schwestergesellschaften)

Die Y-KG ist Holding einer großen Gruppe aus dem Kosmetikbereich. In der Bundesrepublik Deutschland tätig sind die Gesellschaften A und B. Die Y-KG hält 25% der Anteile an B und 75% der Anteile an A, bei der wiederum 24% der Anteile an B liegen. Die übrigen Anteile sind Streubesitz. A und B sind Inhaber bestimmter eingetragener Warenzeichen und Marken, unter denen sie zum Teil identische Kosmetikprodukte vertreiben.

#### Lösung:

Der Fall betrifft die Anwendung des Erlasses auf einen Gleichordnungskonzern<sup>39</sup>.

Zunächst ist zu prüfen, inwieweit hier Beherrschungsverhältnisse vorliegen. Unproblematisch ist jedenfalls die Beherrschung der A durch die Y-KG. Auch über die A hält die Y-KG jedoch nur 49% der Anteile an der B, eine Beherrschung kann sich hier allenfalls über andere Verflechtungstatbestände (z. B. personelle Verflechtung) ergeben.

Kommt man zur Annahme eines Beherrschungsverhältnisses, so ist die objektive Abgrenzung der Unternehmensgegenstände aller beteiligten Unternehmen ratsam<sup>40</sup>. Soweit die objektive Abgrenzung wirtschaftlich nicht zumutbar ist, gilt das zu Fall 4 gesagte.

Die Y-KG selbst tritt A bzw. B zwar nicht unmittelbar, aber mittelbar über die jeweiligen Beteiligungen als Wettbewerber gegenüber. Der Erlaß ist somit voll anwendbar. In diesem Fall dürfte eine entgeltliche Befreiung<sup>41</sup> der Y-KG vom Wettbewerbsverbot hinsichtlich der Beteiligung an Schwestergesellschaften in den Satzungen der A und B erforderlich sein<sup>42</sup>. Hinsichtlich der späteren Aufrechnung wird auf die Ausführungen zu Fall 1 verwiesen<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> In diesem Sinne auch *Niehues*, a. a. O. (Fußnote 5), 501.

<sup>38</sup> Im Fall der Neugründung läßt der Erlaß auch die unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot zu. Die Analogie dürfte auf Fälle des Beteiligungserwerbs nach dem 11.02.1987 zutreffen (Datum der ersten einschlägigen Entscheidung des BFH, DB 1987, 1232 = BStBl. 87-II-461).

<sup>39</sup> Instrukтив hierzu *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 601.

Um nicht beim Erwerb einer neuen Beteiligung sofort die Satzungen aller anderen Konzerngesellschaften ändern zu müssen, wäre die Aufnahme einer bloßen Öffnungsklausel<sup>44</sup> in die Satzungen zweckmäßig des Inhalts, daß die Gesellschafterversammlung einzelnen oder allen Gesellschaftern oder Geschäftsführern durch Beschluß ganz oder teilweise Befreiung von einem etwa bestehenden Wettbewerbsverbot gegen oder ohne Entschädigung erteilen kann. Der spätere Befreiungsbeschluß wäre dann formfrei, aus steuerlichen Gründen ist die Schriftform ratsam. Wegen der bestehenden Unsicherheit<sup>44</sup> ist von Öffnungsklauseln allerdings derzeit abzusehen.

#### 6. Fall 6 (Anwaltskanzlei mit angeschlossener Steuerberatungsgesellschaft)

Die Rechtsanwälte A, B und C bilden eine Sozietät. A und B sind Fachanwälte für Steuerrecht, C ist zugleich Steuerberater. Sie halten je  $\frac{1}{3}$  der Anteile an einer Steuerberatungsgesellschaft, wo sie jeweils zu einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführern bestellt sind. Die Anwaltskanzlei führt alle gerichtlichen Steuerverfahren und Strafverfahren, die Steuerberatungsgesellschaft erledigt für Mandanten Aufgaben der Buchhaltung und der Erstellung von Steuerklärungen. Die steuerrechtliche Beratung ist nicht eindeutig zugeordnet.

#### Lösung:

Die Rechtsanwaltskanzlei mit „angeschlossener“ Steuerberatungsgesellschaft fällt nicht unter das Privileg, das der Erlaß den Steuerberatern hinsichtlich der Heilung von vGA in der Vergangenheit und der Unentgeltlichkeit des Wettbewerbsverbots für die Zukunft einräumt<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Umfaßt der Unternehmensgegenstand zweier Tochtergesellschaften die Herstellung und den Vertrieb identischer Produkte, der Gegenstand der Muttergesellschaft die Verwaltung von Beteiligungen, so sind die Gegenstände von Mutter- und Tochtergesellschaft nicht objektiv abgegrenzt, da zum einen die willkürliche Zuordnung einzelner Geschäfte über die Mutter- an die Tochtergesellschaft möglich ist, zum anderen Wettbewerbsverhältnisse auch mittelbar über die Inhaberschaft von Beteiligungen möglich sind. Im Fall der Beherrschung beider Tochtergesellschaften ist somit die objektive Abgrenzung deren Unternehmensgegenstände erforderlich, der Gegenstand der Muttergesellschaft sollte so gefaßt sein, daß die Begründung eines Beteiligungsverhältnisses mit Beherrschung zu einer Gesellschaft ausgeschlossen ist, soweit sich deren Gegenstand mit der einer schon existierenden Tochter überschneidet.

<sup>41</sup> Die Frage nach der Notwendigkeit einer objektiven Abgrenzung der Unternehmensgegenstände auch bei Schwestergesellschaften problematisieren *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 601.

<sup>42</sup> Fraglich ist, ob bei Verletzung eines Y gegenüber A bzw. B obliegenden Wettbewerbsverbots eine vGA der Tochter- an die Muttergesellschaft oder auch der Schwester- an die Schwestergesellschaft anzunehmen ist. Letzteres wird verneint von *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 346 und liegt im übrigen aufgrund der Entscheidung des Großen Senats des BFH zur Nutzungseinlage (BFH DB 1988, 529/535 (sub. II. 2.)) auch nicht nahe. Wie hier auch *Niehues*, a. a. O. (Fußnote 5), 498 und *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 601.

<sup>43</sup> In diesem Fall versagt auch die These des BFH vom Vorrang der GmbH gegenüber der natürlichen Person/Personengesellschaft. Denn letztlich konkurrieren hier zwei GmbH, mag auch eine Holding zwischengeschaltet sein. Soweit die BFH-Rechtsprechung einen Gegenanspruch der Gesellschafterin aus Wettbewerbsbehandlungen der Gesellschaft negiert, führt dies dazu, daß im Ergebnis die Zielrichtung einer vGA davon abhängt, welche GmbH zuerst geprüft wird.

<sup>44</sup> Für die Zulässigkeit *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 343 und *Münch*, a. a. O. (Fußnote 2), 152. Ablehnend allerdings *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 599 unter Berufung auf *Priester*, DStR 1992, 254/258 und den Wortlaut des Erlasses.

<sup>45</sup> Wohl im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG plädieren *Pelka/Wüst*, a. a. O. (Fußnote 11), 598 vorsichtig für eine Ausdehnung des Privilegs auf Berufszweige, in denen ebenfalls Unklarheiten über das Verhältnis zwischen Steuer- und Ständerecht besteht.

Die Geschäftsanteile der Soziern sind wegen ihrer kraft Gesellschaftsvertrags bestehenden Interessenidentität zusammenzurechnen, so daß ein Beherrschungsfall vorliegen dürfte. Somit ist der Erlaß anwendbar.

Für die Zukunft ist eine objektive Abgrenzung vorzusehen, etwa dergestalt, daß die Anwaltskanzlei nur die Beratungsmandate bearbeitet, die nicht nur rein steuerrechtliche Rechtsfragen aufwerfen (z. B. auch Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht etc.).

Weiter ist eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot gegen angemessenes Entgelt für Vergangenheit und Zukunft erforderlich. Legt man im Rückgriff auf vorliegende statistische Daten zu den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen einen Kostenanteil von mindestens 70% des Honorarumsatzes bei größeren Steuerberatungsgesellschaften zugrunde<sup>46</sup>, so dürfte unter Berücksichtigung des anzusetzenden kalkulatorischen Unternehmerlohns des Rechtsanwalts eine Entschädigung von 5% des auf steuerliche Beratungsmandate entfallenden Honorarumsatzes<sup>47</sup> angemessen sein<sup>48</sup>.

Wegen der Kosten des Herausziehens der Beratungsmandate aus der Buchhaltung der Anwaltskanzlei und der GmbH werden sich sorgfältige und gewissenhafte Geschäftsführer der GmbH ebenso wie die Anwaltssoziern mit einer Pauschalierung der gegenseitigen Ansprüche zufriedengeben, sofern die Schätzungsgrundlagen nachvollziehbar dargelegt sind. Für die Aufrechnung wechselseitig bestehender Ansprüche gelten die Ausführungen zu Fall 1.

Die Anstellungsverträge der Geschäftsführer sind ebenfalls entsprechend Fall 1 zu gestalten.

#### Schlußbemerkung:

Die Anwendung des Erlasses wirft im Einzelfall hochkomplexe Rechtsfragen auf. Deren Lösung ist trotz der mittler-

weile intensiven Diskussion der Literatur weithin unklar. Eine Verlängerung der mit dem Erlaß gesetzten Frist für die Anpassung der Satzungen und Anstellungsverträge bestehender GmbH (31.12.1992) ist angesichts der Masse der Fälle dringend geboten<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Kostenstrukturstatistik bei Rechtsanwälten und Anwaltsnotaren, bei Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, bei Architekten und beratenden Ingenieuren ... 1983, herausgegeben vom Statistischen Bundesamt, 1986, S. 34 lfd. Nrn. 10 ff. Die Kostenbelastung dürfte zwischenzeitlich eher zugenommen haben.

<sup>47</sup> Das entspricht etwa einem Fünftel des kalkulatorischen Unternehmerlohns.

<sup>48</sup> Hierzu *Knobbe-Keuk*, a. a. O. (Fußnote 3), 335 f.; *Thiel*, a. a. O. (Fußnote 5), 343 f. Kritisch zur Annahme der Finanzverwaltung (20-25% des Gewinns bzw. 3-5% des Umsatzes) auch *Meyer-Armdt*, a. a. O. (Fußnote 7), 541. Die genannten Größen werden ohne weitere Begründung von *N. Meier*, a. a. O. (Fußnote 7), 346 in die Diskussion gebracht. Angesichts der eher niedrigen Umsatzrenditen (im Durchschnitt zwischen 4-5%) in der deutschen Wirtschaft ist das „angemessene Entgelt“ nach den Maßstäben für die branchenübliche Lizenzgebühr zu bestimmen und dürfte eher bei 1-2% des infolge Wettbewerbs erzielten Umsatzes liegen. Ein gewinnbezogenes Entgelt dürfte wegen der Unwägbarkeiten ausscheiden, die aufgrund der innerbetrieblichen Kostenrechnung mit der Ermittlung eines geschäftsbezogenen Ertrags verbunden sind.

<sup>49</sup> Allein wegen des unscharfen Begriffs der „Beherrschung“ sind die Verhältnisse in jeder bestehenden GmbH zu überprüfen. In der Mehrzahl der Fälle wird es zu Satzungsänderungen kommen müssen, denen kontroverse Diskussionen unter den Gesellschaftern vorausgehen werden. Es erscheint nicht ganz verständlich, wie die Finanzverwaltung in einem Bereich, der Hunderttausende von Gesellschaften betrifft, mit einer Anpassungsfrist von nicht ganz 11 Monaten auskommen will. Für das vergleichsweise klare und überschaubare Gebiet der Unternehmensverträge ist die Anpassung an die geänderte BGH-Rechtsprechung (BGH DB 1988, 2623) gem. BMF-Schreiben vom 31.10.1989 — IV B 7 — S 2270 — 31/89, DB 1989, 2249 f. bis zum 31.12.1992 steuerunschädlich möglich (= 38 Monate).

## II. Kurze Beiträge

### Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen

— zugleich Anm. zu BGH MittBayNot 1992, 322 —

von Notar Dr. Gregor Basty, Werneck

Die im Titel zitierte Entscheidung des BGH vom 14.5.1992 bringt eine wesentliche Klarstellung für die Frage, welche Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde möglich sind. Die für die Vertragsgestaltung zentrale Frage, ob die Aufnahme einer Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (mit Nachweisdispens im Hinblick auf § 726 ZPO) in einen formularmäßigen Bauträgervertrag überhaupt zulässig ist, wird ausdrücklich offen gelassen. Dies wird von der derzeit wohl überwiegenden Meinung bejaht<sup>1</sup>; *Kniffka* kommt in einem ausführlichen Beitrag<sup>2</sup>, der anknüpft an diese Entscheidung, zum gegenteiligen Ergebnis. Die wesentlichen Bedenken (Verstoß jeder formularmäßigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegen § 11 Nr. 15 AGBG und/oder § 9 Abs. 2 AGBG sowie in Bauträgerverträgen gegen §§ 3, 12 MaBV) sollen hier untersucht werden.

1. Unter dem Gesichtspunkt der (unzulässigen) Beweislastumkehr wird teilweise auf das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage, teilweise auf das Klauselerteilungsverfahren abgestellt.

a) Im gerichtlichen Verfahren über die Vollstreckungsklage wird die Beweislast nach richtiger Ansicht nicht umgekehrt<sup>3</sup>. Der prozessuale Nachweisverzicht berührt die materiell-rechtliche Frage der Beweislast nicht. Der Bauträger muß im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage insbesondere die Zahlungsvoraussetzungen gem. § 3 Abs. 1, 2 MaBV darlegen und ggfs. beweisen. Dies kann in der Formulierung der Vollstreckungsunterwerfung in der Weise klargestellt werden, daß durch einen Verzicht auf den Nachweis der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen die Beweislast in einem gerichtlichen Verfahren unberührt bleibt.

b) Teilweise wird eine unzulässige Beweislastumkehr in dem (faktischen) Ausschluß der Rechte des Schuldners im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens gesehen<sup>4</sup>. Für das

Klauselerteilungsverfahren stellt sich die Frage nach einer Beweislastumkehr nach richtiger Ansicht überhaupt nicht<sup>5</sup>. Wird auf den Nachweis verzichtet, ist § 726 ZPO nicht anwendbar, vielmehr ist damit klargestellt, daß kein Titel geschaffen werden soll, der vom Beweis der Fälligkeit des Anspruchs abhängt<sup>6</sup>. § 726 ZPO ist nicht zwingendes Recht; der Gesetzgeber hat die Möglichkeit des Nachweisverzichts eröffnet und damit die „Beeinträchtigung“ des Schuldners im Klauselerteilungsverfahren in Kauf genommen. Die Gegenauffassung würde über § 11 Nr. 15 AGBG diese Wertung des Gesetzgebers unterlaufen.

2. Nach überwiegender Ansicht führt auch § 9 Abs. 2 AGBG nicht zur Unwirksamkeit von Vollstreckungsunterwerfungen mit Nachweisdispens. Aus § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ergibt sich, daß nicht von einem gesetzlichen Leitbild ausgegangen werden kann, nach dem jede Zwangsvollstreckung ein vorgeschaltetes gerichtliches Erkenntnisverfahren voraussetzt. Dies betont auch der BGH in seiner Entscheidung vom 18.12.1986<sup>7</sup>.

Nach Auffassung von *Kniffka* vernachlässigt die herrschende Meinung, daß nach dieser Entscheidung auf den Schutz des Erkenntnisverfahrens nur unter engen Voraussetzungen verzichtet werden kann; Voraussetzung sei zum einen die ausreichende Sicherung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners und zum anderen die gesicherte Schadenersatzpflicht des Gläubigers im Falle des ungerichtfertigen Vollstreckungszugriffs. Anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall, wo eine Bank Gläubigerin gewesen sei, sei dies bei Bauträgern nicht gewährleistet.

Diese Auslegung scheint sehr fragwürdig; der BGH-Entscheidung vom 18.12.1986 ist allenfalls zu entnehmen, daß die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Einzelfällen gegen § 9 Abs. 2 verstoßen kann. Nicht veranlaßt ist, diese Gestaltung für einen gesamten Vertragstyp abzulehnen.

Jedenfalls nach der Entscheidung des BGH vom 14.5.1992 kann von einem unzureichenden Schutz des Schuldners gegen den Vollstreckungsversuch eines Bauträgers nicht

<sup>1</sup> Vgl. die Nachweise in der Entscheidung vom 14.5.1992, MittBayNot 1992, 322.

<sup>2</sup> In ZfBR 1992, 195.

<sup>3</sup> H. M. *Wolfsteiner* NJW 1982, 2851; ders. DNotZ 1990, 531 ff.; *Reithmann* in *Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf vom Bauträger*, 6. Aufl. 1992, S. 119; *Münch* NJW 1991, 795; *Kniffka* ZfBR 1992, 195, 197 m. w. N.; wohl auch BGH ZfBR 1991, 150; a. A. BGH NJW 1981, 2756.

<sup>4</sup> LG Waldshut-Thiengen NJW 1990, 192; LG Köln DNotZ 1990, 570.

<sup>5</sup> *Kniffka* ZfBR 1992, 195.

<sup>6</sup> *Kniffka* a. a. O.

<sup>7</sup> BGHZ 99, 274, 283.

die Rede sein. Zuweilen geltend gemachte psychologische Gründe, die den Schuldner hindern können, Rechtsbehelfe geltend zu machen, können insofern keine Rolle spielen; sie bestehen im übrigen auch im Erkenntnisverfahren und dürften gegenüber Banken eher größer sein als gegenüber Bauträgern.

Richtig ist, daß Schadenersatzansprüche gegen den Gläubiger im Falle des ungerechtfertigten Vollstreckungszugriffs gegenüber einer Bank leichter durchsetzbar sind als gegenüber einem Privaten. Das Risiko des Vermögensverfalls des Bauträgers ist nicht zu leugnen. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch schwerlich ein Sonderrecht für Banken begründen. Das Risiko des Vermögensverfalls besteht in dem gleichen Umfang auf Seiten des Schuldners. Ausbleibende Zahlungen können zu erheblichen Schäden des Bauträgers führen; bleiben fällige Rechnungen unbezahlt, stellen Handwerker ihre Arbeiten möglicherweise ein und werden Lieferungen zurückgehalten, wodurch das ganze Bauvorhaben gefährdet werden kann. Andererseits sind eingehende Zahlungen gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV zweckgebunden für das Objekt des jeweiligen Käufers zu verwenden. Zudem wird die Zwangsvollstreckung in den hier in Rede stehenden Fällen regelmäßig noch nicht zu einer endgültigen Vermögensverschiebung führen; vielmehr ordnet das Vollstreckungsgericht gem. § 769 ZPO in diesen Fällen i. d. R. an, daß der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden kann. In der Interessenabwägung sollte auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Bauträger sich in eklatanten Mißbrauchsfällen strafbar machen kann (§ 263 StGB) und die Entziehung der Erlaubnis nach § 34 c GewO unter dem Gesichtspunkt der Unzuverlässigkeit riskiert. Die Ausgewogenheit des Bauträgervertrags wird daher nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Erwerber dazu angehalten wird, seine fälligen Verpflichtungen gegenüber dem vorleistenden Bauträger zu erfüllen<sup>8</sup>. In der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist eine der (wenigen) im Bauträgervertrag möglichen Sicherungen zugunsten des Bauträgers zu sehen<sup>9</sup>.

Bedenken gegen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisdispens im Hinblick auf § 9 Abs. 2 AGBG sind danach unbegründet.

3. Besondere Fragen stellen sich insofern unter dem Blickwinkel der MaBV. Es wird geltend gemacht, der durch die MaBV bezweckte Schutz werde gefährdet<sup>10</sup>. Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisdispens sei daher gem. § 12 MaBV unwirksam, und zwar unabhängig davon, ob sie formulärmäßig getroffen wird oder ob sie sich in einem Individualvertrag findet.

a) Zum einen wird geltend gemacht, solche Bestimmungen ermöglichten dem Bauträger den Zugriff auf Vermögenswerte des Erwerbers, ohne daß die zwingenden Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 MaBV vorliegen oder nachgewiesen werden müßten.

Insofern ist allerdings zu beachten, daß diese Zahlungsvoraussetzungen nie sämtlich von einem unparteiischen Dritten geprüft werden; der Notar prüft und bestätigt (aufgrund eines besonderen Betreuungsauftrags der Beteiligten) üblicherweise nur die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz Nr. 1, 2 und 3 MaBV. Eine Prüfung darüber, ob eine das Bauvorhaben deckende Baugenehmigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV) vorliegt, wird regelmäßig nicht übernommen.

<sup>8</sup> *Reithmann* a. a. O. (FN 3) S. 119 gegen *Ritzinger* BWNotZ 1990, 25.

<sup>9</sup> *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 1989, Rz. 3213.

<sup>10</sup> *Kniffka* ZfBR 1992, 195; *Ritzinger* BWNotZ 1990, 25; *Brandt* BauR 1988, 748; *Klosak*, BB 1984, 1125.

Der die Fälligkeit der einzelnen Raten begründende Baufortschritt (§ 3 Abs. 2 MaBV) wird ebenfalls vom Bauträger nur behauptet, evtl. unter Vorlage einer entsprechenden Bestätigung des bauleitenden Architekten. Liegen die Fälligkeitsvoraussetzungen objektiv nicht vor, kann der Erwerber die Zahlung verweigern. An dieser Situation ändert sich nichts, wenn der Bauträger wegen verweigerter Zahlung die Zwangsvollstreckung einleitet: der Erwerber kann im Verfahren der Vollstreckungsklage vortragen, der notwendige Baufortschritt sei nicht erreicht.

b) Der Vollstreckungszugriff führt auch nicht notwendig dazu, daß der Bauträger entgegen § 3 (oder § 7) MaBV Vermögenswerte des Erwerbers entgegennimmt oder zu deren Verwendung ermächtigt wird. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn der Schuldner keine der ihm eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten ergreift. Insofern besteht aber kein Unterschied zu der Situation, daß der Bauträger Leistungen abrufen und der Erwerber zahlt, obwohl objektiv die Voraussetzungen der MaBV nicht gegeben sind.

Erhebt der Schuldner Vollstreckungsgegenklage, stehen dem Gericht die Möglichkeiten des § 769 ZPO offen. In der Regel wird die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung eingestellt. Die Sicherheitsleistung ist keine dem Bauträger nach der MaBV verbotene Entgegennahme von Leistungen. Auch Bedenken aus § 11 Nr. 2 a AGBG<sup>11</sup> sind unbegründet<sup>12</sup>; Leistungsverweigerungsrechte werden nicht eingeschränkt, der Erwerber kann sie in vollem Umfang im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage geltend machen; jedenfalls behält diese Sicherheitsleistung nicht auf allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauträgers, sondern auf der Entscheidung des Gerichts, der ihrerseits die vom Gesetzgeber für solche Fälle getroffene Interessenabwägung zugrunde liegt.

Ein Verstoß gegen §§ 3, 12 MaBV kommt daher letztlich nur in Betracht, wenn der Erwerber sich entweder gegen den Vollstreckungszugriff nicht wehrt oder wenn das Vollstreckungsgericht keine der MaBV gerecht werdende Entscheidung trifft. Dies kann die generelle Unzulässigkeit jeder Zwangsvollstreckungsunterwerfung (mit Nachweisverzicht) in Bauträgerverträgen nicht begründen.

4. Abschließend ein Wort zum Nachweisverzicht: Da nicht alle Fälligkeitsvoraussetzungen des Zahlungsanspruchs, insbesondere der Bautenstand, durch öffentliche Urkunden beweisbar sind (vgl. § 726 ZPO), besteht für den Nachweisdispens im Bauträgervertrag ein dringendes Bedürfnis. Die Vollstreckungsunterwerfung wäre sonst praktisch unbrauchbar<sup>13</sup>, die notarielle Urkunde könnte ihre die ordentliche Gerichtsbarkeit entlastende Funktion in diesem Bereich nicht erfüllen<sup>14</sup>.

Wenn aus Rechtsgründen auch nicht geboten, sollte die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung jedoch nicht ohne jede Einschränkung vorgesehen werden. Eintragung der Auflassungsvormerkung, Sicherstellung der Lastenfreistellung u. ä. sind dem Notar jedenfalls dann ohne weiteres nachprüfbar, wenn er entsprechende Prüfungs- und Mitteilungspflichten übernommen hat. Ein praktisches Bedürfnis, eine vollstreckbare Ausfertigung schon zu einem früheren

<sup>11</sup> Vgl. hierzu BGH DNNotZ 1985, 287 mit abl. Anm. *Reinartz*; abl. auch *Usinger* NJW 1987, 937.

<sup>12</sup> So aber OLG Koblenz 23.3.1988 in BauR 1988, 748 mit zustimmender Anm. *Brandt*; *Ritzinger* BWNotZ 1990, 25, 30.

<sup>13</sup> *Reithmann* a. a. O. (FN 3) S. 119 f.

<sup>14</sup> Vgl. insofern auch den neu eingeführten vollstreckbaren Anwaltsvergleich, §§ 1042 a ff. ZPO.

Zeitpunkt zu erlangen, ist nicht zu erkennen. Noch weiter geht der Vorschlag, die Darlegung der die Fälligkeit begründenden Tatsachen zur Voraussetzung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu machen<sup>15</sup>; hier hat der Bauträger auch den die Fälligkeit der einzelnen Rate begründenden Baufortschritt wenigstens zu behaupten. Offensichtlichen Mißbrauchsfällen wird damit begegnet. In Zweifelsfällen wird der Notar dem Schuldner rechtliches Gehör gewähren. Der dadurch mögliche und ggfs. gebotene Hinweis

auf die Rechtslage durch den unabhängigen und unparteiischen<sup>16</sup> Notar wird nicht selten eine Eskalation des Streits der Beteiligten vermeiden können. Der Notar sollte sich dieser Aufgabe nicht entziehen.

<sup>15</sup> Vgl. *Reithmann* a. a. O. (FN 3) S. 120.

<sup>16</sup> Wer freilich — so wie es in der BGH-Entscheidung vom 14.5.1992 im Rahmen der Ausführungen zum Formularvertrag anklingt — vom entgegen § 14 Abs. 1 BNotO möglicherweise parteilichen, im Lager des Bauträgers stehenden Notar ausgeht, wird sich auf diesen Gedanken kaum einlassen können.

## Praktische Hinweise zur notariellen Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen nach § 1044 b ZPO

von Notarassessor *Hilmar Keller*, Bamberg

### I. Einleitung

Der vollstreckbare Anwaltsvergleich spielt in der notariellen Praxis bisher eine unbedeutende Rolle. Der Notar ist demgemäß mit seinen formellen und materiellen Voraussetzungen, dem Verfahren und der büromäßigen Behandlung in der Regel wenig vertraut. Ziel des Beitrages ist die rasche Information des Notars, der einen Anwaltsvergleich für vollstreckbar erklären soll und eine Zusammenstellung der praxisrelevanten Ergebnisse der bisherigen Literatur (*Bachmayer*, BWNotZ 1991, 135 ff., *Geimer* DNotZ 1991, 266 ff., *Hansens*, AnwBl 1991, 113 ff., *Will*, BWNotZ 1992, 89 ff., *Ziege* NJW 1991, 1580 ff. und Schreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 25.06.1991, in dem Verfahrenshinweise des Bayer. Staatsministeriums der Justiz bekanntgegeben wurden).

### II. Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleiches

1. Der Notar ist nach § 1044 b Abs. 2 ZPO zuständig, wenn er seinen Amtssitz im Bezirk des Gerichts hat, das nach § 1044 b Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 1046, 1045 Abs. 1 ZPO für die gerichtliche Vollstreckbarerklärung zuständig wäre.

Nach §§ 1044 b Abs. 1 ZPO i. V. m. § 1045 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist primär das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, das im Anwaltsvergleich als zuständig bezeichnet wurde.

Hilfsweise ist nach §§ 1044 b Abs. 1 i. V. m. § 1045 Abs. 1 Nr. 2 ZPO das Gericht zuständig, das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig wäre nach den Vorschriften des GVG, der ZPO oder Spezialgesetzen. Eine ausschließliche Zuständigkeit ist hier — anders als im Falle des § 1045 Abs. 1 Nr. 1 ZPO — von Bedeutung.

Die hilfsweise Zuständigkeit nach § 1045 Abs. 1 Nr. 3 ZPO gilt für die Vollstreckbarerklärung durch den Notar wohl nicht (vgl. *Geimer* a. a. O. S. 279 und *Hansens* a. a. O. S. 114).

Das Mitwirkungsverbot des § 3 BeurkG ist zu beachten (s. Schreiben der Landesnotarkammer Bayern, a. A. *Geimer* a. a. O. S. 271, der dafür §§ 41 ff. ZPO anwenden will).

2. Da die Vollstreckbarerklärung die Zustimmung aller Parteien nach § 1044 b Abs. 2 ZPO voraussetzt, ist es grundsätzlich nicht geboten nach Art. 103 Abs. 1 GG, daß der Notar den Beteiligten nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (*Geimer* a. a. O. S. 272).

3. Der Anwaltsvergleich muß bzw. sollte den folgenden Anforderungen genügen:

a) Der Anwaltsvergleich muß von den Parteien und ihren jeweiligen Rechtsanwälten unterschrieben sein. Der Vergleich kann auch im Umlaufverfahren abgeschlossen werden. Alle Unterschriften müssen sich aber auf einer Urkunde befinden (*Ziege* a. a. O. S. 1581). Hat eine Partei mehrere Rechtsanwälte beauftragt, genügt die Unterschrift eines Anwalts. Der Notar sollte die Echtheit der Unterschriften und die Identität der Parteien und ihrer Rechtsanwälte anhand von Lichtbildausweisen überprüfen (*Geimer* a. a. O. S. 281).

b) Auf dem Anwaltsvergleich muß der Tag des Zustandekommens nach § 1044 b Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 1144 a Abs. 1 Satz 2 ZPO angegeben werden. Maßgebend ist das Datum der zuletzt geleisteten Unterschrift. Da § 1044 b Abs. 2 ZPO die Zustimmung aller Parteien für die Vollstreckbarerklärung des Vergleiches voraussetzt, stehen Gründe des Vertrauensschutzes der Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleiches, der vor dem 22. 12. 1990 (Ausgabetag des BGBl.) entstand, meines Erachtens nicht entgegen. Demgegenüber ist nach *Albers* § 1044 b ZPO auf Vergleiche, die vor dem 01.04. 1991 (Inkrafttreten der Vorschrift) geschlossen wurden, nicht anwendbar (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO 50. Auflage, § 1044 b Vorbem).

c) Der Vergleich bedarf der Schriftform, nicht aber der Protokollform. Weitergehende Formerfordernisse

können sich aber insbesondere aus §§ 313, 518 BGB, § 15 GmbHG ergeben. § 127 a BGB ist nicht analog anwendbar (*Bachmayer*, a. a. O., S. 137, *Ziege* a. a. O. S. 1581).

- d) Die Parteien können sich vertreten lassen. Schriftliche Vollmachten sollten dem Vergleich angefügt werden. Rechtsanwälte, die den Vergleich im Sinne von § 1044 b Abs. 1 ZPO unterschreiben, dürfen die Parteien nicht gleichzeitig vertreten. Die am Vertragsschluß mitwirkenden Rechtsanwälte können sich nicht vertreten lassen. Aufgrund des höchstpersönlichen Mandates muß der jeweilige Rechtsanwalt seine Unterschrift eigenhändig leisten (*Geimer* a. a. O. S. 277 f.).
- e) Eine ausreichende Bezeichnung der Parteien und ihrer Rechtsanwälte ist im Hinblick auf die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit dringend zu empfehlen.
- f) Der Vergleich setzt nach § 779 BGB ein gegenseitiges Nachgeben voraus (*Will*, a. a. O. S. 89).
- g) Streitig ist, ob die Verpflichtung, hinsichtlich deren sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterwirft, der streitigen Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte unterliegen muß. *Ziege* (a. a. O. S. 1582) und *Albers* (a. a. O. Anm. 2 A) bejahen dies. *Geimer* (a. a. O. S. 285) und in *Zöller* Zivilprozeßordnung 17. Auflage, § 1044 b Rdnr. 5) und *Hansens* (a. a. O. S. 113) vertreten demgegenüber die Ansicht, daß der Vergleich auch öffentlich-rechtliche Streitfragen erledigen kann, soweit diese der Parteidisposition unterliegen.
- h) Das Rechtsverhältnis muß der Verfügung der Parteien unterliegen. Die Verfügungsbefugnis fehlt z. B. bei einem Vergleich über die Gültigkeit der Ehe, über die Abstammung, über das Erbrecht als solches und über die gesetzliche Unterhaltspflicht im Falle des § 1614 BGB (vgl. Pal. § 779 Rdnr. 6).
- i) Nach § 1044 Abs. 2 Nr. 2 in Verb. mit § 1044 a Abs. 2 ist die Vollstreckbarerklärung abzulehnen, wenn der Vergleich unwirksam ist oder gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Der Notar hat demnach die Wirksamkeit in vollem Umfang zu prüfen (z. B. §§ 104 ff., 134, 138, 119 ff., 125, 779, 1822 Nr. 12 BGB).

Etwa erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen müssen in bestandskräftiger Form vorliegen (*Geimer* a. a. O. S. 282 f.).

Hat der Notar Zweifel an der Wirksamkeit des Vergleiches, muß er bedenken, daß auch eine negative Sachentscheidung Rechtskraft entfaltet. Will er dies vermeiden, insbesondere weil ihm die Möglichkeit der Beweisaufnahme entsprechend den §§ 355 ff. ZPO nicht offensteht, sollte er eine Sachentscheidung verweigern. Damit verstößt er nicht gegen § 15 BNotO (vgl. § 1044 b Abs. 2 ZPO „kann“), die Vollstreckbarerklärung stellt keine Pflichtaufgabe des Notars dar (*Geimer* a. a. O. S. 274).

- j) Der Vergleich muß die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldners enthalten. Unterwirft sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung erst in einem Nachtrag, muß auch dieser von den Parteien und ihren Rechtsanwälten unterzeichnet werden.
- k) Nicht erforderlich ist nach h. M. ein vollstreckungsfähiger Inhalt des Anwaltsvergleiches (*Geimer* a. a. O. S. 269; a. A. *Will* a. a. O. S. 90). So kann z. B. ein Vergleich, der nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses enthält, für „vollstreckbar erklärt“ werden. Dem Vergleich wird dadurch zwar keine Vollstreckbarkeit verliehen, die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses wird aber rechtskräftig festgestellt. Eine „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ ist auch in diesem Falle erforderlich, obwohl eine solche Formel nach ihrem Wortlaut an sich sinnlos ist (s. *Geimer* a. a. O. S. 277). Eine Vollstreckungsklausel kann allerdings nur erteilt werden, wenn bzw. soweit der Vergleich vollstreckbar ist.
- l) Der Anwaltsvergleich sollte möglichst eine Kostenregelung enthalten, ansonsten entscheidet der Notar über die Kosten nach § 91 ff. ZPO.
4. Alle Parteien müssen der notariellen Verwahrung des Originals des Vergleiches und der Vollstreckbarerklärung zustimmen und mindestens 1 Partei muß einen schriftlichen Antrag auf Vollstreckbarerklärung stellen. Die Zustimmung aller Parteien muß zur Zeit der Vollstreckbarerklärung noch vorliegen.

### III. Formulierung der Vollstreckbarerklärung und allgemeine Hinweise

1. Der Notar entscheidet durch Beschluß. Die Vollstreckbarerklärung ist auf die Urschrift oder ein mit ihr urkundlich zu verbindendes gesondertes Blatt zu setzen.

Die Beschlußformel kann wie folgt lauten:

„Vorstehender Anwaltsvergleich wird gem. § 1044 b ZPO für vollstreckbar erklärt.

Die Notarkosten trägt . . .“

Diese kurze Beschlußformel reicht in einfachen Fällen aus (vgl. auch *Will* a. a. O. S. 91). In schwierigeren Fällen sollte der Notar den Beschluß begründen. Will der Notar den hoheitlichen Charakter der Vollstreckbarerklärung auch äußerlich hervorheben, was standespolitisch erwünscht sein kann, mag er den Beschluß in einer äußeren Gestaltung erlassen, die einem Gerichtsbeschluß entspricht (siehe Muster am Ende des Beitrags).

Der Beschluß ist mit Ort, Datum, Unterschrift und Siegel des Notars zu versehen. *Hansens* (a. a. O. S. 115) hält noch einen Vermerk für erforderlich, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Anwaltsvergleich nach § 798 ZPO nur beginnen darf, wenn der Schuldtitel mindestens 2 Wochen vorher zugestellt ist. Meines Erachtens ist dies bei der Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen ebensowenig notwendig wie bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in notariellen Urkunden (ebenso *Will*, a. a. O. S. 91).

2. Die Zustellung erfolgt von Amts wegen (§§ 270 Abs. 1, 329 Abs. 3 ZPO). Der Notar kann die Zustellung selbst bewirken nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO.

3. Die Vollstreckungsklausel ist bei positiver Entscheidung zu erteilen, soweit der Vergleich einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Die vollstreckbare Ausfertigung ist mit dem Vollstreckbarkeitsbeschuß zu verbinden.

4. Der Vergleich samt Vollstreckbarerklärung und Vollstreckungsklausel ist in der Urkundensammlung zu verwahren und in der Urkundenrolle zu registrieren (Schreiben der Landesnotarkammer vom 25.06.1991).

Im Falle der bloßen Verwahrung des Anwaltsvergleiches ist die Urschrift zur Urkundensammlung zu nehmen. Über die Verwahrung sollte eine Niederschrift gefertigt werden, die in der Urkundenrolle registriert wird.

5. Für das Verfahren über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleiches erhält der Notar die Hälfte der vollen Gebühr nach § 148 a KostO. Nach § 148 a Abs.1 Satz 2 KostO erhält der Notar für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur unter den Voraussetzungen des § 133 KostO eine besondere Gebühr. Der Geschäftswert richtet sich gem. § 148 a Abs.2 nach den Ansprüchen, die Gegenstand der Vollstreckbarerklärung sein sollen.

Die bloße Inverwahrungnahme des Anwaltsvergleiches löst Gebühren nach § 147 Abs.2 KostO aus. Bei einer etwaigen späteren Vollstreckbarerklärung werden diese durch die Gebühren nach § 148 a KostO konsumiert. Die Frage der kostenrechtlichen Behandlung der bloßen Inverwahrungnahme des Anwaltsvergleiches ist allerdings noch nicht geklärt.

#### IV. Muster einer Vollstreckbarerklärung mit Begründung

(vgl. hierzu oben, III. 1.):

In dem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleiches vom ..... der ..... erläßt Notar XY mit dem Amtssitz in X-Stadt folgenden

##### Beschluß

1.

Der Anwaltsvergleich vom ..... der ..... wird gemäß § 1044 b ZPO für vollstreckbar erklärt.

2.

Die Kosten des Verfahrens trägt .....

##### Gründe:

Obiger Vergleich ist unter Mitwirkung von Rechtsanwälten zustandegekommen und wurde von den Parteien und ihren Rechtsanwälten unterschrieben. Der schriftliche Vergleich ist mit dem Datum seines Zustandekommens versehen. Der Vergleich (bzw. der Nachtrag) enthält eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des (bzw. der) Schuldner(s).

Alle Parteien haben die Zustimmung dazu erklärt, daß der amtierende Notar den Vergleich im Original in Verwahrung nimmt und für vollstreckbar erklärt.

X-Stadt, den .....

XY, Notar

## Verbraucherkreditgesetz und notarielle Amtsverweigerung

von Wolf-George Harms, Notar in Klingenberg a. M.

### I. Einführung

Am 1. Januar 1991 ist das „Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze“ vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2840) in Kraft getreten. Das Gesetz setzt die „Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG); in nationales Recht um.<sup>1</sup>

Zielsetzung des Gesetzes ist gem. der vorgenannten Richtlinie:

- ein angemessener Verbraucherschutz bei Kreditverträgen zwischen gewerblichen Kreditgebern und Verbrauchern sicherzustellen und
- Ansprüche aus Kreditverträgen vom Mahnverfahren, wenn der effektive Jahreszinssatz eine bestimmte Höchstgrenze übersteigt, auszuschließen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Seibert, Ulrich, Handbuch zum Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze, Köln 1991, S. 107

<sup>2</sup> Seibert, a. a. O., S. 107

### II. Verbraucherkreditgesetz und Zinsgrenze

Durch Art. 6 des Gesetzes vom 17. Dezember 1990 wurde u. a. § 688 Abs. 2 ZPO neugefaßt. Die Nummer 1 des genannten Absatzes lautet wie folgt:

„Das Mahnverfahren findet nicht statt für Ansprüche des Kreditgebers, wenn der nach dem Verbraucherkreditgesetz anzugebene effektive oder anfänglich effektive Jahreszins den bei Vertragsabschluß geltenden Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zuzüglich zwölf vom Hundert übersteigt.“

Damit erklärt § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n. F. bei Kreditverträgen, die dem Verbraucherkreditgesetz unterliegen, das Mahnverfahren für unstatthaft, sobald die Zinsgrenze, die am Bundesbankdiskontsatz zur Zeit des Vertragsabschlusses zuzüglich 12% ausgerichtet ist, überschritten wird.<sup>3</sup>

Die Zinsgrenze stellt weder eine Wuchergrenze noch ein Kriterium der Sittenwidrigkeit dar.<sup>4</sup> Sie bildet lediglich eine Sperre für das summarische Mahnverfahren gem. der Zivil-

<sup>3</sup> Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 17., neubearbeitete Auflage, München 1991, § 688 n. F., Anm. 1

<sup>4</sup> Seibert, a. a. O., S. 123 u. 144

prozeßordnung. Jenseits der Zinsgrenze ist eine richterliche Überprüfung des geltend gemachten Anspruches im ordentlichen Gerichtsverfahren notwendig.<sup>5</sup>

Dem Kreditgeber ist damit der Weg zur Durchsetzung seiner Ansprüche aus einem Kreditvertrag, der dem Verbraucher-kreditgesetz unterliegt, durch Begründung eines Vollstreckungstitels mittels des Mahnverfahrens versperrt. Zugleich werden die rechtskräftige Titulierung und Vollstreckbarkeit von Ansprüchen aus Verbraucherkreditverträgen, die die Zinsgrenze (§ 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) überschreiten, und die häufig folgenden Streitigkeiten über die Bestandskraft dieser Vollstreckungsbescheide, die im summarischen Mahnverfahren ergangen sind, durch die richterliche Kontrolle verhindert.<sup>6</sup>

### III. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und Zinsgrenze

Der Rechtsgedanke und die gesetzgeberische Zielsetzung die in der neugefaßten Nummer 1 des § 688 Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommt:

Schutz der Verbraucher durch Versagung der Begründung von Vollstreckungstiteln bei Verbraucherkreditverträgen im Wege des summarischen Mahnverfahrens bei Überschreitung der Zinsgrenze und umfassender Rechtsschutz bei Überschreitung derselben,

sind auch von den Notaren zu beachten, da die Normen des Prozeßrechtes wie die des materiellen Rechtes auslegungsfähig sind und die Analogie im Prozeßrecht zulässig ist.<sup>7</sup> Die Analogie — als „Lückenausfüllung“ zur Gleichbewertung einander ähnlicher Tatbestände — ist heranzuziehen um eine offene Gesetzeslücke durch den Rückgriff auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip auszufüllen<sup>8</sup>, hier durch Übertragung des Schutzgedankens des § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO auf die Bestimmung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Die Übertragung gründet sich darauf, daß beide Tatbestände gleich zu bewerten sind, also auf die Forderung der Gerechtigkeit.<sup>9</sup>

### IV. Amtsverweigerung und Zinsgrenze

#### 1. Schuldanerkenntnis und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Im allgemeinen verlangen Teilzahlungs- und Finanzierungsbanken als Kreditgeber von ihren Kreditnehmern (Verbrauchern), die in der Regel keine anderweitigen Sicherheiten stellen können, vor der Ausreichung des Kredites die Abgabe eines abstrakten Schuldanerkenntnisses (§ 781 BGB) nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) vor einem Notar sowie die sofortige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Urkunde.

Zur Beurkundung dieser von den Teilzahlungs- und Finanzierungsbanken allgemein geforderten Erklärung ist der Notar gem. § 15 BNotO (Urkundsgewährungsanspruch)<sup>10</sup> grundsätzlich verpflichtet, da die Beurkundung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unter „Beurkundungen jeder Art“ im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO fällt.<sup>11</sup> Eine Ablehnung

der Beurkundung wäre nur zulässig, wenn die Voraussetzungen gem. § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO gegeben sind.<sup>12</sup>

In den vorformulierten Erklärungen der Teilzahlungs- und Finanzierungsbanken sind generell nicht nur der geschuldete Darlehensbetrag, sondern auch der Zinssatz angegeben. Der Notar ist aufgrund des Rechtsgedankens und der gesetzgeberischen Zielsetzung des § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verpflichtet, die Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung abzulehnen, sobald der angegebene Zinssatz die Zinsgrenze überschreitet.

Die Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Zinsgrenze ist ein „ausreichender Grund“ (§ 15 Abs. 1 BNotO) zur Amtsverweigerung gem. § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO. Denn dem Notar ist im allgemeinen bekannt oder doch zumindest bewußt, daß der Inhalt der zu errichtenden Urkunde — Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung und sofortige Übersendung einer vollstreckbaren Ausfertigung an die Teilzahlungs- bzw. Finanzierungsbank unter Kostenübernahme durch dieselbe — zur Absicherung eines bereits abgeschlossenen oder in Aussicht gestellten Kreditvertrages im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKrG dient.

Verweigert der Notar aufgrund dieser Kenntnis und bei Überschreitung der Zinsgrenze laut auszufertigender Urkunde seine Amtstätigkeit nicht, würde er dem Rechtsgedanken und der Zielsetzung des Gesetzgebers zuwider handeln, die die Errichtung von Vollstreckungstiteln bei Überschreitung der Zinsgrenze ohne richterliche Kontrolle für unzulässig erachtet und den Kreditnehmer indirekt auf die Erhebung der Zwangsvollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) oder die Erinnerung gem. § 732 ZPO verweisen.<sup>13</sup> Dies ist mit den Amtspflichten des Notars nicht zu vereinbaren.<sup>14</sup>

#### 2. Der Titel gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

Der Notar als Rechtspflegeorgan hat aber die bestehenden Rechtsvorschriften zu beachten.<sup>15</sup> Ein direkter Gesetzesverstoß läge bei einer Mißachtung des § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO allerdings nicht vor, da die Zinsgrenze durch das Gesetz vom 17. Dezember 1990 nicht in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eingefügt wurde, was allerdings nahegelegen hätte. Hieraus etwa zu schließen, der Notar dürfe eine vollstreckbare Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO errichten und eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen ohne die Zinsgrenze (§ 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) zu beachten, kann nicht richtig sein. Der beabsichtigte Schutz des Verbrauchers (Kreditnehmers) würde unterlaufen und außerdem besteht auch dann eine Pflicht zur Amtsverweigerung, wenn der mißbilligte Zweck des Rechtsgeschäftes erkennbar ist. An die Erkenntnisfähigkeit und Verantwortung des Notars sind insoweit scharfe Anforderungen zu stellen.<sup>16</sup> Hinzu kommt, daß es keine Titel höherer oder niedriger Ordnung gibt, sondern alle Titel gleichermaßen zur Zwangsvollstreckung geeignet sind<sup>17</sup>, somit der Vollstreckungsbescheid ergangen auf Grund Mahnbescheids und die vollstreckbare Urkunde ergangen auf Grund notarieller Beurkundung gleichrangig sind.

<sup>5</sup> Seibert, a. a. O., S. 144

<sup>6</sup> Seibert, a. a. O., S. 122 f. u. S. 144 f.

<sup>7</sup> Thomas-Putzo, a. a. O., Einl. VI

<sup>8</sup> Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4., ergänzte Auflage, Berlin u. a. 1979, S. 366

<sup>9</sup> Larenz, a. a. O., S. 366

<sup>10</sup> Seybold/Hornig, Bundesnotarordnung — Kommentar, 5., neubearbeitete Auflage, München 1976, § 15 Rdnr. 16

<sup>11</sup> Wolfsteiner, Hans, Die vollstreckbare Urkunde, München 1978, Rdnr. 15.1

<sup>12</sup> Mecke/Lerch, Beurkundungsgesetz — Kommentar, 2., völlig neubearbeitete Auflage, München 1991, § 4 Rdnr. 1

<sup>13</sup> Thomas-Putzo, a. a. O., § 767 Anm. 3 b, § 732 Anm. 2

<sup>14</sup> Seybold/Hornig, a. a. O., § 14 Rdnr. 9

<sup>15</sup> Arndt, Herbert, Bundesnotarordnung, 2., neubearbeitete Auflage, Köln 1982, § 14 Anm. II B 2.4

<sup>16</sup> Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz — Kommentar, 2. Auflage, Berlin — New York 1987, § 4 Rdnr. 22

<sup>17</sup> Sauer, Klaus-Jürgen, Bestimmtheit und Bestimmbarkeit im Hinblick auf die vollstreckbare notarielle Urkunde, Bochum 1986, S. 35

Mit der Beurkundung der Unterwerfungserklärung und der Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Kreditgeber schafft der Notar kraft seines öffentlichen Amtes einen Vollstreckungstitel, der an seine Prüfungspflicht besondere Anforderungen stellt.<sup>18</sup>

### 3. Die Prüfungspflicht des Notars

Die besonderen Anforderungen an die Prüfungspflicht des Notars ergeben sich aus der Rechtsfolge, daß die vollstreckbare notarielle Urkunde dem Gläubiger, die Zwangsvollstreckung, ohne daß der Anspruch zuvor durch ein gerichtliches Urteil festgestellt wird, ermöglicht. Diese prozeßersetzende Funktion der vollstreckbaren Urkunde erspart dem Kreditgeber Zeit, denn er kann ohne ein oft langwieriges gerichtliches Verfahren die Vollstreckung betreiben.<sup>19</sup>

Andererseits darf der Kreditgeber mit Hilfe einer vollstreckbaren notariellen Urkunde nicht mehr erreichen können, als er auch mit einem Urteil erreichen könnte.<sup>20</sup>

Diese besonderen Anforderungen an die Prüfungspflicht des Notars sind vorliegend gegeben, insbesondere da die herrschende Lehre die Vollstreckungsunterwerfung als eine reine Prozeßhandlung ansieht, die im materiellen Recht vorgesehenen zwingenden Schutzvorschriften im Unterwerfungsverfahren nicht berücksichtigt wissen will und den Schuldner (Verbraucher/Kreditnehmer), der sich nicht zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage oder der Einlegung der Erinnerung gem. § 732 ZPO entschließt, schutzlos stellt.<sup>21</sup>

Da die Beurkundung der Unterwerfungserklärung bereits eine hoheitliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel enthält<sup>22</sup>, hat der Notar die Zinsgrenze des neugefaßten § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO als eine sich aus der Zivilprozeßordnung ergebende Schutzvorschrift, also eine des prozessualen Rechtes, bei seiner Entscheidung über die Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu beachten (§ 12 EGZPO, § 550 ZPO).

Insbesondere ist hervorzuheben, daß der Notar die Beurkundung der Unterwerfung abzulehnen hat, wenn bereits bei der

Beurkundung feststeht, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel abgelehnt werden müßte.<sup>23</sup>

Die Überschreitung der Zinsgrenze schließt im summarischen Mahnverfahren die Erteilung eines Mahnbescheides aus und damit zugleich die Erteilung eines Vollstreckungstitels gem. § 699 Abs. 1 ZPO. Ein entsprechender Antrag müßte also abgelehnt werden.

### V. Notarieller Darlehensvertrag und Zinsgrenze

Auch ein Ausweichen der Teilzahlungs- und Finanzierungsbanken als Kreditgeber auf § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG — also notarielle Beurkundung des Kreditvertrages — kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Der Notar kann zwar die Beurkundung eines Kreditvertrages, der eine Jahreszinsangabe oberhalb der Zinsgrenze beinhaltet nicht ablehnen, da dieselbe nicht die Sittenwidrigkeit des Vertrages indiziert.<sup>24</sup> Gleichwohl hat der Notar auch hier die Beurkundung der Unterwerfungserklärung aus den vorstehenden Gründen abzulehnen, da § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG nur eine partielle Ausnahme von der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes begründet<sup>25</sup> und § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO durch die partielle Ausnahmegesetzvorschrift nicht berührt wird.

### VI. Ergebnis:

Der Notar, der gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur „Innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse“ eine vollstreckbare Urkunde errichten darf, hat gem. § 4 BeurKG, § 14 Abs. 2 BNotO die Amtsausübung zu verweigern, sobald von ihm verlangt wird, eine vollstreckbare Urkunde zur Durchsetzung eines Kreditvertrages, der dem Verbraucherkreditgesetz unterliegt, unter Mißachtung der prozessualen Schutzvorschrift des § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (Zinsgrenze) zu errichten. Eine solche Urkunde wäre nicht „innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse ... aufgenommen“, da sie auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 12 EGZPO, § 550 ZPO).

Die Beurkundung des Schuldanerkenntnisses (§ 781 BGB) oder des Kreditvertrages (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG) jeweils ohne Zwangsvollstreckungsunterwerfung bleibt dagegen zulässig, da bei Überschreitung der Zinsgrenze grundsätzlich keine Sittenwidrigkeit vorliegt.

<sup>18</sup> Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 17.1

<sup>19</sup> Sauer, a. a. O., S. 2

<sup>20</sup> Sauer, a. a. O., S. 35

<sup>21</sup> Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 5.5

<sup>22</sup> Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 17.4

<sup>23</sup> Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 17.5

<sup>24</sup> Seibert, a. a. O., S. 123

<sup>25</sup> Seibert, a. a. O., § 3 Rdnr. 1 u. 15

## IV. Rechtsprechung

### A. Bürgerliches Recht

1. ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5; AGBG §§ 1, 11 Nr. 2 a; BGB § 320 (Bauträgervertrag: Vollstreckungsunterwerfung; Leistungsverweigerungsrecht)

1. Ist eine gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und mit der Vollstreckungsklausel versehen, ist eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 BGB unabhängig davon zulässig, ob die Unterwerfungserklärung aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam ist.
2. Die Unwirksamkeit des Titels wird in einer auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft.
3. Der Erwerber genügt seiner Darlegungslast für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Vorlage eines Bauträgervertrages, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung allem Anschein nach für eine mehrfache Verwendung entworfen und vom Bauträger gestellt wurde.
4. Das dem Erwerber gegenüber dem Ratenzahlungsverlangen des Bauträgers zustehende Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB kann in einem Formularvertrag nicht dahin beschränkt werden, daß es nur wegen anerkannter oder rechtskräftig festgestellter Forderungen geltend gemacht werden dürfe.

BGH, Urteil vom 14.5.1992 — VII ZR 204/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte verkaufte mit notariellem Vertrag an die Kläger ein Grundstück und verpflichtete sich gleichzeitig zur Errichtung einer Doppelhaushälfte. Die Fälligkeit des Kaufpreises war entsprechend der Makler- und Bauträgerverordnung geregelt.

Wegen der Kaufpreisforderung unterwarfen sich die Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in ihr ganzes Vermögen. Der Notar wurde ermächtigt, jederzeit vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne besonderen Fälligkeitsnachweis zu erteilen. Der Vertrag enthielt zudem folgende Regelung:

„Aufrechnung sowie die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten sind nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig.“

Wegen von ihnen gerügter Mängel verweigerten die Kläger die Zahlung der fünften und sechsten (letzten) Kaufpreisrate.

Auf Veranlassung der Beklagten wurden vollstreckbare Ausfertigungen des notariellen Erwerbsvertrages erteilt und zugestellt. Mit

Ihrer Klage haben die Kläger beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären. Sie haben wegen der in einem Schiedsgutachten bestätigten Mängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben.

Das Landgericht hat den Klägern wegen dieser Mängel ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem noch offenen Restkaufpreis von 81.900 DM zugestanden und der Klage ohne Einschränkung stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, soweit sie sich gegen die Vollstreckung wegen der fünften Rate richtet. Die Vollstreckung wegen der sechsten Rate hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht für unzulässig gehalten.

Die Revision der Kläger führte zur teilweisen Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

- I. Die Klage ist zulässig.

Es handelt sich um eine Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO. Ziel dieser Klage ist es, die Vollstreckungsfähigkeit des in der notariellen Urkunde titulierten Zahlungsanspruches zu beseitigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es deshalb eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage, daß überhaupt ein vollstreckungsfähiger und in diesem Sinne wirksamer Titel vorliegt (BGHZ 22, 54, 56).

1. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob eine Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam ist. Überwiegend wird diese Frage bejaht (OLG Celle NJW-RR 1991, 667; OLG Hamm BB 1991, 865; OLG München NJW-RR 1992, 125; LG München II NJW-RR 1990, 1465 [= MittBayNot 1989, 332]; LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 696; AG Köln DNotZ 1990, 579; *Rastätter* NJW 1991, 392; *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531, 544 ff.; *Reithmann* in *Reithmann/Meichsner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl., Kap. B Rdnr. 218 ff.; wohl auch *Münch* NJW 1991, 795, 801; differenzierend OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1467 [= DNotZ 1990, 564 = MittBayNot 1990, 323]). Teilweise wird sie unter Annahme eines Verstoßes gegen die Makler- und Bauträgerverordnung generell für den Bauträgervertrag (*Ritzinger* BWNNotZ 1990, 25; dazu *Reithmann* BWNNotZ 1990, 88; Bedenken auch bei *Klosak* BB 1984, 1125) oder jedenfalls für den Fall verneint, daß die Unterwerfung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt (OLG Koblenz BauR 1988, 748; LG Mainz DNotZ 1990, 567; LG Köln DNotZ 1990, 570, 571; LG Waldshut-Tiengen NJW 1990, 192). Insoweit wird ein Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGB-Gesetz angenommen.

2. Der Senat braucht diese Frage nicht zu entscheiden. Auch wenn die vorliegende Unterwerfungserklärung wegen eines Verstoßes gegen die Makler- und Bauträgerverordnung oder das AGB-Gesetz unwirksam ist, liegt ein vollstreckungsfähiger Titel vor. Offen bleiben kann deshalb auch, ob die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels überhaupt noch als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage angesehen werden kann (zweifelnd wohl BGH Urteil vom 3.12.1987 — III ZR 261/86 = NJW 1988, 707 f. = WM 1988, 109; Beschluß vom 23.11.1989 — III ZR 40/89 = WM 1990, 304 [= DNotZ 1990, 558]) oder jedenfalls dann in der Revision nicht mehr zu prüfen ist, wenn bis zum Abschluß des Berufungsrechtszuges keine der Parteien die Auffassung vertreten hat, die Klage richte sich gegen einen unwirksamen Vollstreckungstitel (BGH Beschlüsse vom 6. 10. 1988 — III ZR 4/88 = BGHR ZPO § 732 Abs. 1 Vollstreckungsabwehrklage 1 und vom 20. 12. 1990 — III ZR 366/89 = BGHR ZPO § 732 Abs. 1 Vollstreckungsabwehrklage 2).

a) Ein Titel ist nicht vollstreckungsfähig, wenn er nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung nicht geeignet ist (BGHZ 22, 54, 57). Die Prüfung, ob der Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung nicht geeignet ist, hat der Bundesgerichtshof im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 81, 299, 300; 132, 6, 8) zunächst nur auf formelle Kriterien bezogen. Einen zur Zwangsvollstreckung ungeeigneten Titel hat er angenommen, wenn ein nach der Zivilprozeßordnung anerkannter Vollstreckungstitel gar nicht vorlag (BGHZ 15, 190, 191), ein als Titel dienender Verwaltungsakt schlechthin unwirksam wäre (BGHZ 55, 255, 256), die zu vollstreckende Forderung nicht bestimmt genug bezeichnet war (BGHZ 22, 54, 57; Urteil vom 23. 11. 1970 — III ZR 58/67 = WM 1971, 165, 166) oder aus der Urkunde nicht ersichtlich war, wem gegenüber sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterworfen hat (BGH Urteil vom 19. 5. 1958 — VII ZR 114/57 = WM 1958, 1194, 1195).

Der Senat hat im Anschluß an diese Rechtsprechung die Prüfung auf die Frage ausgedehnt, ob eine Unterwerfungserklärung wegen fehlerhafter Beurkundung des notariellen Vertrages unwirksam ist (Urteil vom 21. 5. 1987 — VII ZR 210/86 = NJW-RR 1987, 1149 = WM 1987, 1232). Dies bejahend, hat er eine auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gerichtete Vollstreckungsgegenklage als unzulässig abgewiesen. In konsequenter Anwendung dieser Rechtsprechung ist von den Gerichten, die die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einem Bauträgervertrag für unwirksam halten, die auf Mängel des Bauwerks gestützte Vollstreckungsgegenklage von Erwerbern ebenfalls als unzulässig abgewiesen worden (OLG Koblenz BauR 1988, 748; LG Mainz DNotZ 1990, 567).

b) Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum kritisiert (*Messer WuB VII A. § 732 ZPO 1.87; Rieble/Rumler MDR 1989, 499; Windel ZJP 102, 175 ff.; Wolfsteiner DNotZ 1990, 531 ff.; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., Rdnr. 740; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 1333*). Neben systematischen Bedenken wird es vor allem als unbillig empfunden, daß der Schuldner trotz begründeter materiell-rechtlicher Einwendungen gegen den titulierten Anspruch keinen Erfolg in der Klageart hat, die das Gesetz für diese Einwendungen vorsieht. Mit Modifikationen wird deshalb die Auffassung vertreten, der Schuldner könne materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Anspruch auch dann mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, wenn infolge dieser Einwendungen oder aus sonstigen Gründen der Titel unwirksam sei

(vgl. auch *Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., § 13 II 2 h (S. 135); Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 797 Rdnr. 18 Fn. 49*).

c) Nach erneuter Prüfung hält der Senat an seiner Rechtsprechung nicht fest.

aa) Ein Titel, der nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und zudem mit der Vollstreckungsklausel versehen ist, ist vollstreckungsfähig, auch wenn er aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam ist. Die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels kann sich nicht an materiell-rechtlichen Kriterien orientieren. Die Zwangsvollstreckungsorgane müssen wegen der formalisierten Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens den mit der Klausel versehenen Titel unbeschadet seiner materiell-rechtlichen Fehlerhaftigkeit vollstrecken. Die durch Inhalt und gesetzliche Form des Titels sowie die Klauselerteilung belegte formelle Vollstreckungsfähigkeit ist deshalb eine ausreichende Voraussetzung für eine Klage mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig zu erklären (ähnlich *Messer WuB VII A. § 732 ZPO 1.87; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde Rdnr. 59.5; ders. DNotZ 1990, 531, 540 ff.*).

Die im Urteil vom 21. 5. 1987 geäußerten systematischen Bedenken hält der Senat nicht aufrecht. Die dort vertretene Auffassung, eine Vollstreckungsgegenklage sei stets unzulässig, wenn ein Titel unwirksam ist, dem Schuldner stehe also ausschließlich die Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO zu, läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Beide Rechtsbehelfe haben verschiedene Rechtsschutzziele (*Messer a. a. O.; Windel a. a. O. S. 206 ff.*). Mit der Klauselerinnerung kann nur eine Entscheidung darüber herbeigeführt werden, daß die Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel unzulässig ist (*Rosenberg/Gaul/Schilken a. a. O. § 17 II 2 d (S. 222); Zöller/Stöber, ZPO, 17. Aufl., § 732 Rdnr. 15; Windel a. a. O. S. 215*). Dieses Verfahren führt nicht zu einer rechtskräftigen Entscheidung darüber, daß die Vollstreckung aus dem Titel unzulässig ist. Demgegenüber verschafft die Vollstreckungsgegenklage dem Schuldner die Möglichkeit, gestützt auf die materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, eine rechtskräftige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel herbeizuführen. Es besteht kein Grund, dem Schuldner jedenfalls in den Fällen, in denen der mit der Vollstreckungsklausel versehene Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, den weitergehenden Rechtsbehelf abzuschneiden, den das Gesetz für Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorsieht.

bb) Die Parteien erleiden durch diese Begrenzung der im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfenden Einwendungen keine Nachteile. Im Gegenteil wird dem Schuldner auf diese Weise die Notwendigkeit erspart, sich gegen die Klauselerteilung zu wenden, wenn die Unwirksamkeit des Titels in Betracht kommt. Daran kann ihm und auch dem Gläubiger gelegen sein, wenn beide nur an einer Klärung der materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den Anspruch interessiert sind und deshalb der u. U. kostengünstigeren Vollstreckung aus der Urkunde im Grundsatz nichts entgegensetzen wollen. Ein besonderes Interesse an einer Vollstreckungsgegenklage wird der Schuldner z. B. auch dann haben, wenn die materiell-rechtlichen Einwendungen klar auf der Hand liegen, während die materiell-rechtliche Unwirksamkeit des Titels ungewiß oder umstritten ist (vgl. *Baur/Stürner a. a. O.; Brox/Walker a. a. O.*)

d) Hier liegt eine Unterwerfungserklärung in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO errichteten notariellen Urkunde vor, die als solche zur Zwangsvollstreckung geeignet ist. Auch die zu vollstreckende Forderung ist bestimmt genug bezeichnet. Die Vollstreckungsklausel ist erteilt. Die Unwirksamkeit des Titels kann sich nicht aus formellen, sondern nur aus materiell-rechtlichen Erwägungen ergeben, die in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich keine Rolle spielen. Die Vollstreckungsgegenklage ist also zulässig.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet, soweit mit ihr der uneingeschränkte Klageantrag verfolgt wird, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Darauf haben die Kläger keinen Anspruch. Sie können nur eine Beschränkung der Vollstreckung Zug-um-Zug gegen Beseitigung der geltend gemachten Mängel verlangen. Die weitergehende Revision ist deshalb zurückzuweisen.

1. Die uneingeschränkte Klage ist unabhängig davon unbegründet, ob die Unterwerfungserklärung unwirksam ist. Denn die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung wird im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft.

Diese Klage hat zum Ziel, die Vollstreckbarkeit eines titulierten Anspruchs zu beseitigen (BGH Urteil vom 19. 6. 1984 — IX ZR 89/83 = LM ZPO § 767 Nr. 63). Mit ihr können nur Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorgebracht werden. Sie ist eine prozeßrechtliche Klage auf ein rechtsgestaltendes Urteil dahin, daß die einem sachlichrechtlichen Anspruch gewährte Vollstreckbarkeit nach Wegfall ihrer Voraussetzung entfällt. Das ist ihr Streitgegenstand (RGZ 165, 374, 380; BGHZ 15, 190, 191; BGHZ 22, 54, 56). Einwendungen, mit denen die Unwirksamkeit des Titels geltend gemacht wird, gehören nicht in das Verfahren nach § 767 ZPO (ganz h. M., BGH Beschluß vom 23. 11. 1989 — III ZR 40/89 = WM 1990, 304 [= DNotZ 1990, 558] m. w. N.; *Rosenberg/Gaul/Schilken* a. a. O. § 40 IV 2 (S. 463); *Stein/Jonas/Münzberg* a. a. O. § 767 Rdnr. 24; *Thomas/Putzo*, ZPO, 17. Aufl. § 767 Anm. 3 b; *Zöller/Herget*, ZPO, 17. Aufl., § 767 Rdnr. 13). Die aus der Unwirksamkeit des Titels hergeleitete Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann somit nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage sein. Der Auffassung, im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage sei ohne weiteres auch die Wirksamkeit des Titels zu überprüfen (LG Köln DNotZ 1990, 570; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 59.6; anders aber *ders.* DNotZ 1990, 531, 540 ff.) kann deshalb nicht gefolgt werden.

2. Dadurch wird der Schuldner nicht im Hinblick darauf rechtlos gestellt, daß er mit der Klauselerinnerung keine rechtskräftige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Unwirksamkeit des Titels erlangen kann. Eine solche Entscheidung kann er mit einer gesonderten Klage herbeiführen. Diese Klage kann mit der Vollstreckungsgegenklage verbunden werden. Ob es sich dabei um eine Feststellungsklage gem. § 256 ZPO (vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken* a. a. O. S. 463) oder in analoger Anwendung des § 767 ZPO um eine prozessuale Gestaltungs-klage handelt (so wohl *Stein/Jonas/Münzberg* a. a. O. § 797 Rdnr. 18 Fn. 49 m. w. N.; *Zöller/Stöber* a. a. O. § 797 Rdnr. 7; *Rieble/Rumler* MDR 1989, 499, 500 a. E.; *Hager* ZJP 97, 192; ähnlich *Windel* a. a. O. S. 203 ff.), ist hier nicht zu entscheiden. Jedenfalls hat diese Klage einen anderen Streitgegenstand als die auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützte Vollstreckungsgegenklage.

3. Im vorliegenden Verfahren haben sich die Kläger ausschließlich mit Einwendungen gegen den titulierten An-

spruch verteidigt. Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Unwirksamkeit des Titels ist nicht Gegenstand des Verfahrens. Eine Prüfung dieser Frage verbietet sich deshalb.

III. Die Revision hat aber Erfolg, soweit das Berufungsgericht auch den in dem umfassenden Klageantrag enthaltenen Antrag abgewiesen hat, die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Beseitigung der geltend gemachten Mängel für zulässig zu erklären. Diesen Antrag durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung abweisen, das Leistungsverweigerungsrecht der Kläger sei wirksam beschränkt worden.

1. Das Berufungsgericht meint, die Parteien hätten einen Individualvertrag geschlossen, so daß das AGB-Gesetz keine Anwendung finde. Der Vertrag enthalte keine Klauseln, die die Beklagte den Klägern gestellt habe, jedenfalls fehle es hierzu an jeglichem Vorbringen der Kläger. Es sei auch sonst nichts dafür ersichtlich, daß der Notar etwa im Auftrag der Beklagten formularmäßige Bedingungen entwickelt habe und daß sich die Beklagte dieser vorformulierten Bedingungen „gleichsam mittelbar“ bedient habe.

Die Klausel halte auch einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB stand, die bei formelhaften Klauseln vorzunehmen sei. Die Kläger seien durch die Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes nicht unangemessen benachteiligt.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es kann dahinstehen, ob das Leistungsverweigerungsrecht wirksam ausgeschlossen wäre, wenn die Parteien einen nicht der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegenden Individualvertrag geschlossen hätten. Davon kann jedenfalls in der Revision nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat die Darlegungslast der Kläger für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen verkannt. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist allem Anschein nach ein von der Beklagten verwendeter Formularvertrag, so daß das AGB-Gesetz Anwendung findet.

a) Das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muß grundsätzlich der Vertragspartner des Verwenders darlegen und beweisen, der sich im Individualprozeß auf den Schutz des AGB-Gesetzes beruft (*Wolf* in *Wolf/Lindacher/Horn*, AGBG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 61; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 60; *Staudinger/Schlosser*, BGB, 12. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 35).

Der Erwerber eines zu bebauenden Grundstücks kann seiner Darlegungslast unter Umständen jedoch schon durch Vorlage des mit einem Bauträger abgeschlossenen Vertrags genügen. Handelt es sich um einen Vertrag, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung aller Lebenserfahrung nach für eine mehrfache Verwendung entworfen wurde und vom Bauträger gestellt worden ist, so spricht der erste Anschein für einen vom Bauträger verwendeten Formularvertrag, der der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegt (vgl. zum Anscheinsbeweis *Bartsch* NJW 1986, 28, 31 m. w. N.).

b) Der vorliegende Vertrag ist seinem ersten Anschein nach ein Formularvertrag. Die Beklagte ist gewerblich tätige Bau-trägerin. Bau-träger arbeiten erfahrungsgemäß mit Formularverträgen (vgl. *Usinger* NJW 1987, 934, 936; *Rastätter* NJW 1991, 393). Der Vertrag enthält denn auch zahlreiche formelhafte Klauseln, die typischerweise in Bau-trägerverträgen enthalten sind. Das gilt insbesondere für die hier einschlägige Unterwerfungsklausel, die Vereinbarung einer zweijährigen Verjährungsfrist, die subsidiäre Haftung des Bau-trä-

gers und zahlreiche andere, die Kläger belastenden Bestimmungen. Der Vertrag stellt an verschiedenen Stellen, in denen nur von einem Käufer die Rede ist, obwohl deren zwei vorhanden sind, nicht auf die individuelle Vertragsgestaltung ab. Dieser äußere Anschein eines für eine mehrfache Verwendung entworfenen Vertrages wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die das Vertragsobjekt selbst betreffenden Angaben (Bezeichnung, Größe, Beschreibung und Preis des Grundstücks) individuell gestaltet oder einzelne Teile des Vertrages (z. B. Baubeschreibung und Fertigstellungstermin) ausgehandelt worden sind. Ein dem AGB-Gesetz unterliegender Formularvertrag liegt auch in diesem Fall vor (Senatsurteil vom 11. 10. 1984 — VII ZR 248/83 = NJW 1985, 852).

c) Der erste Anschein spricht auch dafür, daß der Vertrag von der Beklagten gestellt wurde. Typischerweise nehmen Bauträger auf die Gestaltung der mehrfach zu verwendenden Bedingungen Einfluß, sei es, daß sie sie selbst entwerfen (vgl. *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl., Rdnr. 462), sei es, daß sie sie durch Dritte, z. B. ihren sogenannten Hausnotar, entwerfen lassen (vgl. dazu *MünchKomm/Kötz*, 2. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 8; *Locher/Koebke*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 96; *Stein*, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 75 ff.). In diesen Fällen ist der Bauträger Verwender, denn es spielt keine Rolle, ob er den Vertrag selbst entwirft (vgl. Urteil vom 30. 10. 1987 — V ZR 174/85 = NJW 1988, 558, 559 [= DNotZ 1988, 484]) oder ihn vom Notar unter einseitiger Berücksichtigung seiner Interessen für seine Vielfachverwendung entwerfen läßt (vgl. BGH Urteil vom 20. 3. 1985 — IVa ZR 223/83 = NJW 1985, 2477 [= MittBayNot 1985, 185]: Entwurf für einen Bauträger durch einen später als Treuhänder auf Erwerberseite tätigen Wirtschaftsprüfer; *Stürner JZ 1979, 758*; *Staudinger/Schlosser* a. a. O. § 1 Rdnr. 27 m. w. N.; *MünchKomm/Kötz* a. a. O.; *Wolf* a. a. O. § 1 Rdnr. 51). Die Literatur geht denn auch durchweg davon aus, daß der Bauträgervertrag in aller Regel ein Formularvertrag ist, auf den das AGB-Gesetz Anwendung findet (*Rastätter BWNNotZ 1991, 81, 84*; *Brambring DNotZ 1990, 99, 101*; *Locher/Koebke* a. a. O. Rdnr. 61; *Usinger NJW 1987, 934, 936*; *Erman/Hefermehl*, BGB, 8. Aufl., § 9 AGBG Rdnr. 143; *Reithmann in Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl., Kap. D Rdnr. 11).

In Betracht kommt allerdings auch, daß der Notar als unparteiischer Dritter die von ihm vorformulierten Vertragsbedingungen verwendet (vgl. *Walchshöfer* in 10 Jahre AGB-Gesetz S. 167). Ob in diesem Fall nicht ohnehin das AGB-Gesetz Anwendung findet, wenn sich der Bauträger die Bedingungen einseitig zu nutze macht, kann dahinstehen (bejahend Senatsurteile vom 6. 5. 1982 — VII ZR 74/81 = NJW 1982, 2243 [= DNotZ 1982, 626 = MittBayNot 1982, 117], und BGHZ 74, 204, 211 [= DNotZ 1979, 741] zur Inhaltskontrolle vor dem AGB-Gesetz; nach Geltung des AGB-Gesetzes offen gelassen im Senatsurteil vom 5. 4. 1984 — VII ZR 21/83 = NJW 1984, 2094 [= DNotZ 1984, 760 = MittBayNot 1984, 123]; bejahend jüngst OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1467, 1468; sinngemäß LG Köln DNotZ 1990, 577, 578; mit Anscheinbeweis für die Verwendung durch den Bauträger LG Köln DNotZ 1990, 571; zum Streitstand *Roth BB 1987, 977, 979*; *MünchKomm/Kötz* a. a. O. § 1 Rdnr. 8; *Ulmer* a. a. O. § 1 Rdnr. 31 f.). Denn ein von einem unabhängigen Notar entworfener Vertrag dürfte hier nicht vorliegen. Solche Verträge enthalten in aller Regel einen angemessenen Interessenausgleich der Vertragsparteien. Der von den Parteien ge-

schlossene Vertrag enthält hingegen fast ausschließlich den Erwerber belastende Bedingungen, die über die in gängigen Formularbüchern zu findenden Bedingungen hinausgehen und zudem in ihrem rechtlichen Regelungsgehalt zweifelhaft sind, wie zum Beispiel der Gewährleistungsausschluß für fehlerhafte Leistungen anderer Unternehmer, die auf Mängeln der Verkäuferteistungen beruhen (S. 15 des Vertrages), oder die Abnahmepflicht trotz fehlender Fertigstellung (S. 13 des Vertrages).

d) Die Beklagte hat nichts vorgetragen, das den durch die Vertragsgestaltung hervorgerufenen Anschein eines von ihr verwendeten Formularvertrages in Frage stellen könnte. Es ist deshalb jedenfalls in der Revision davon auszugehen, daß der Vertrag der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegt. Darauf, daß das Berufungsgericht für die Frage der Verwendereigenschaft erhebliches Vorbringen der Kläger im nachgelassenen Schriftsatz unberücksichtigt gelassen hat, kommt es nicht an.

3. Das Berufungsgericht legt die Klausel, nach der die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig ist, so aus, daß damit auch das den Bestellern zustehende Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB beschränkt ist. Das ist eine mögliche Auslegung, die von der Revision nicht angegriffen wird.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß den Klägern ohne die Klausel ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen kann, wenn die behaupteten Mängel vorliegen. Die Beklagte hat nach den in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts das Gebäude bezugsfertig erstellt. Die Kläger sind eingezogen. Die Beklagte hat deshalb die von ihr geschuldete Vorleistung erbracht. Die fünfte Rate ist fällig. Mängel an den erbrachten Teilleistungen stehen der Fälligkeit nicht entgegen. Sie führen aber, ebenso wie bei Vereinbarungen von Abschlagszahlungen gem. § 16 Nr. 1 VOB/B, zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers gem. § 320 BGB (Senatsurteil vom 11. 10. 1984 — VII ZR 248/83 = NJW 1985, 852 [= DNotZ 1985, 287 = MittBayNot 1985, 10]). Die fünfte Rate ist deshalb möglicherweise ganz oder teilweise nur Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zu entrichten (vgl. Senatsurteil BGHZ 73, 140, 145).

b) Das Leistungsverweigerungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte die Gewährleistungsansprüche gegen die Handwerker an die Kläger abgetreten hat. Auch in diesem Fall können die Kläger entgegen der Auffassung der Revision die Leistung bis zur Beseitigung der Mängel verweigern (vgl. Senatsurteil vom 8. 10. 1981 — VII ZR 99/80 = NJW 1982, 169 [= DNotZ 1982, 122 = MittBayNot 1981, 235]).

c) Die vertragliche Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes verstößt gegen § 11 Nr. 2 a AGBG. Danach sind Bestimmungen unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 BGB zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Eine Beschränkung des dem Besteller zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes dahin, daß es nur wegen anerkannter oder rechtskräftig festgestellter Forderungen geltend gemacht werden dürfe, ist demnach unzulässig (*Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen* a. a. O. § 11 Nr. 2 Rdnr. 8; *MünchKomm/Kötz* a. a. O. § 11 Rdnr. 20; *Reithmann* a. a. O. Kap. B Rdnr. 122). Anders ist das allerdings bei der Aufrechnung, § 11 Nr. 3 AGBG. Die auf eine Anwendung des

§ 11 Nr. 3 AGBG zielende Auffassung der Revisionserweiterung, die Kläger machten hier in Wahrheit einen zur Aufrechnung gestellten Zahlungsanspruch geltend, ist ohne jede Grundlage in den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach machen die Kläger bis zur Beseitigung der von ihnen gerügten Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

d) Ein nach allem nicht auszuschließendes, sich aus § 320 BGB ergebendes Leistungsverweigerungsrecht der Kläger führt nicht zum vollen Erfolg der Vollstreckungsgegenklage. Die Kläger können lediglich die rechtsgestaltende Erklärung verlangen, daß die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde nur Zug um Zug gegen Beseitigung der von ihnen gerügten Mängel zulässig ist (OLG Hamm VersR 1984, 1049, 1050; *Thomas/Putzo*, ZPO, 17. Aufl., § 767 Anm. 4). Dieser Antrag ist in dem umfassenden Antrag, die Zwangsvollstreckung uneingeschränkt für unzulässig zu erklären, enthalten (BGHZ 27, 241, 249). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stützen sich die Kläger auf die in den Gutachten des Sachverständigen aufgeführten Mängel.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Basty*, in diesem Heft S. 311.

2. ZGB-DDR § 70; VermG §§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 (*Vorrang des Vermögensgesetzes auch gegenüber Anfechtung einer Überlassung*)

**Die zivilrechtliche Anfechtung des Vertrags über die Veräußerung eines Grundstücks, den der Eigentümer auf Druck staatlicher Stellen zu dem Zweck abgeschlossen hat, die Genehmigung zur Ausreise aus der ehemaligen DDR zu erhalten, ist auch dann durch das Vermögensgesetz ausgeschlossen, wenn die Veräußerung unentgeltlich erfolgt ist (Ergänzung zum Urteil des Senats vom 3.4.1992, MittBayNot 1992, 254).**

BGH, Beschluß vom 21.5. 1992 — V ZR 265/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

(Nur Leitsatz)

3. BGB § 638 Abs. 1 (*Dreißigjährige Gewährleistung für Werkmängel*)

**Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen läßt, muß die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Bauwerk bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterläßt er dies, so verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers — wie bei arglistigem Verschweigen eines Mangels — erst nach dreißig Jahren, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre (Fortführung von BGHZ 62, 63 und 66, 43).**

**Zu den Anforderungen an die Darlegungslast des Bestellers in diesen Fällen.**

BGH, Urteil vom 12.3.1992 — VII ZR 5/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte errichtete 1968 für den Kläger eine Scheune aus Spannbeton-Fertigteilen. 1988 stürzte ein Teil des Daches ein. Die Ursache des Einsturzes lag darin, daß die Pfetten des Flachdaches nicht ausreichend auf den in die Giebelwand eingebauten Konsolen

auflagen. Die in die Pfetten eingelassenen Eisenschlaufen erfaßten überdies — nach der Behauptung des Klägers von Anfang an — nicht die aus den Konsolen herausstehenden Dorne.

Der Kläger hat einen Sanierungsaufwand von 53.152,78 DM, hilfsweise Nutzungsentschädigung von 18.225 DM verlangt. Zudem hat er die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weiterer Schäden begehrt. Gegenüber der Verjährungseinrede der Beklagten hat er geltend gemacht, der Mangel sei arglistig verschwiegen worden.

Das Landgericht hat der Klage aus unerlaubter Handlung stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings Schadensersatzansprüche des Klägers aus unerlaubter Handlung verneint. Insoweit wird das Urteil von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Klägers sind nach dem Vortrag des Klägers noch nicht verjährt. Das Berufungsgericht hat den Anwendungsbereich des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB bezüglich des arglistigen Verschweigens des Unternehmers zu eng gesehen und deshalb die Darlegungslast des Bestellers verkannt.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats verschweigt arglistig, wer sich bewußt ist, daß ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (BGHZ 62, 63, 66). Im Ansatz richtig geht das Berufungsgericht davon aus, daß einem Unternehmer im Rahmen des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig nur die Arglist solcher Mitarbeiter zugerechnet wird, deren er sich bei der Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller bedient. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 62 a. a. O.; BGHZ 66, 43 ff.) und der ganz überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung (MünchKomm/Soergel 2. Aufl. § 638 Rdnr. 36; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 11. Aufl., B § 13 Rdnr. 267 ff.; *Locher*, Das private Baurecht, 4. Aufl., Rdnr. 49; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 6. Aufl., Rdnr. 2029 f.; *Nicklisch/Weick*, VOB, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 83; *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB, 6. Aufl., B § 13 Rdnr. 35 e; *Otto ZSW* 1981, 194, 195; *Siegburg*, Gewährleistung beim Bauvertrag, 2. Aufl., Rdnr. 339 ff.). Erfüllungsgelhilfe in diesem Sinn ist in der Regel derjenige, der mit der Ablieferung des Werkes an den Besteller betraut ist oder dabei mitwirkt (BGHZ 62, 63, 68). Die Kenntnis derjenigen Mitarbeiter, deren sich der Unternehmer lediglich bei der Herstellung bedient, muß sich er dagegen nicht zurechnen lassen. Etwas anderes gilt allerdings, wenn solche Mitarbeiter auch mit der Prüfung des Werkes auf Mangelfreiheit betraut sind und allein ihr Wissen und ihre Mitteilung den Unternehmer in den Stand setzen, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller zu erfüllen (BGHZ 62, 68; BGHZ 66, 43, 45).

b) Damit wird aber der Anwendungsbereich des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB bezüglich des arglistigen Verschweigens nicht vollständig erfaßt. Wie der Senat bereits früher dargelegt hat, kann sich der Unternehmer seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werkes nicht dadurch entziehen, daß er sich unwissend hält oder sich keiner Gehilfen bei der Pflicht bedient, Mängel zu offenbaren (BGHZ 66, 43, 46 f.). Sorgt er bei der Herstellung des Werkes nicht für eine den Umständen nach angemessene Über-

wachung und Prüfung der Leistung und damit auch nicht dafür, daß er oder seine insoweit eingesetzten Erfüllungsgehilfen etwaige Mängel erkennen können, so handelt er vertragswidrig. Er ist gehalten, den Herstellungsprozeß angemessen zu überwachen und das Werk vor Abnahme zu überprüfen. Denn der Unternehmer muß fehlerfrei leisten. Er muß daher jedenfalls die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das fertiggestellte Werk bei Ablieferung keinen Fehler aufweist.

Es ist zwar allein Sache des Unternehmers, wie er seinen Betrieb organisiert. Der Besteller darf jedoch nicht dadurch haftungsrechtlich benachteiligt werden, daß er anstelle eines Alleinunternehmers ein Unternehmen beauftragt, das arbeitsteilig organisiert ist (*Hochstein in Schäfer/Finnern* Z 2.415.0; *Schubert* JR 1974, 282, 283; *Jagenburg* NJW 1971, 1425, 1427; *Staudinger/Peters*, BGB, 12. Aufl., § 638 Rdnr. 33; *Kaiser*, Mängelhaftungsrecht, 6. Aufl., Rdnr. 179; *Gassner* BauR 1990, 312, 316 f.). Dies führt zwar entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (*Hoffmann* JR 1969, 372 ff.; *AK/Derleder*, BGB, § 638 Rdnr. 1) nicht zur Zurechnung der Kenntnisse einer jeden bei der Herstellung des Werkes mitwirkenden Hilfsperson. Das hat der Senat bereits in seinem Urteil BGHZ 62, 63, 67 f. im einzelnen dargelegt. Daran ist festzuhalten.

Der Unternehmer hat jedoch dann einzustehen, wenn er die Überwachung und Prüfung des Werkes nicht oder nicht richtig organisiert hat und der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Der Besteller ist dann so zu stellen, als wäre der Mangel dem Unternehmer bei Ablieferung des Werkes bekannt gewesen. In diesem Fall verjähren seine Gewährleistungsansprüche erst nach dreißig Jahren, so daß die auf § 638 BGB gestützte Verjährungseinrede nicht begründet ist (vgl. BGHZ 71, 144, 149; BGHZ 83, 17, 27).

c) Daraus ergibt sich für die Darlegungslast folgendes:

aa) Grundsätzlich hat der Besteller die Voraussetzungen darzulegen, die zur dreißigjährigen Verjährungsfrist nach § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB führen (Senatsurteil vom 6. Februar 1975 — VII ZR 209/72 = WM 1975, 525 = BauR 1975, 419). Er genügt seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, nach denen entweder der Unternehmer selbst oder die von diesem zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht eingesetzten Gehilfen den Mangel erkannt — aber nicht offenbart haben.

bb) Nach den vorstehend entwickelten Kriterien ist aber gegebenenfalls schon der Vortrag ausreichend, der Unternehmer habe die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht oder nicht richtig organisiert, so daß der Mangel nicht erkannt worden sei. Welche Anforderungen an die Substantiierung im Hinblick auf die beim Besteller regelmäßig nicht vorhandenen Kenntnisse über die Organisation des Herstellungsprozesses zu stellen sind, wird der Tatrichter anhand der Umstände des jeweiligen Streitfalles zu beurteilen haben. Dabei kann die Art des Mangels ein so überzeugendes Indiz für eine fehlende oder nicht richtige Organisation sein, daß es weiterer Darlegung hierzu nicht bedarf (zur Arglist vgl. insoweit OLG Frankfurt *Schäfer/Finnern/Hochstein* § 638 BGB Nr. 13; *Kaiser* a. a. O. Rdnr. 179; *Gassner* BauR 1990, 312, 317 f., *Siegburg* a. a. O. Rdnr. 339). So kann ein gravierender Mangel an besonders wichtigen Gewerken ebenso den Schluß auf eine mangelhafte Organisation von Überwachung und Überprüfung zulassen wie ein besonders augenfälliger Mangel an weniger wichtigen Bauteilen.

Demgegenüber wird der Unternehmer vorzutragen haben, wie er seinen Betrieb im einzelnen organisiert hatte, um den Herstellungsprozeß zu überwachen und das Werk vor Ablieferung zu überprüfen.

d) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Hier spricht nach der Art des Mangels alles dafür, daß die Überwachung und Überprüfung der durch die Mitarbeiter der Beklagten erbrachten Leistungen mangelhaft organisiert worden waren. Der Mangel war schon deshalb besonders augenfällig, weil die Pfetten deutlich sichtbar zu kurz waren. Das war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für die mit den Maurerarbeiten befaßten Zeugen sogar Anlaß, die Mitarbeiter der Beklagten auf die auffällige Lücke anzusprechen. Zudem waren die Auflage und Verankerung der Pfetten für die Stabilität des Daches von wesentlicher Bedeutung. Eine mit der Überwachung und Überprüfung betraute Hilfsperson der Beklagten, etwa ein Bauleiter, hätte diesem Teil des Gewerkes besondere Aufmerksamkeit gewidmet und die Lücke mit Sicherheit erkannt. Er hätte dabei auch bemerkt, daß die beabsichtigte Verankerung nicht erreicht worden war, weil — wovon entsprechend der vom Sachverständigen bestätigten Behauptung des Klägers in der Revision auszugehen ist — die an den Pfetten befestigten Ösen die aus den Wandkonsolen herausragenden Dorne von Anfang an nicht erfaßten.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist mithin nach dem Vortrag des Klägers sein Gewährleistungsanspruch noch nicht verjährt.

3. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil der Beklagten Gelegenheit zu geben ist, im Hinblick auf die erstmals in der Revision entwickelten Kriterien zur Darlegungslast insbesondere zur Organisation ihres Betriebes vorzutragen. Die Sache ist deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

4. BGB §§ 133, 157, 452 (*Abgrenzung einer Fälligkeitzinsabrede zur Schadenspauschalierung und Vertragsstrafe im Individualvertrag*)

**Zur Abgrenzung zwischen Fälligkeitzinsen, Schadenspauschalierung und Vertragsstrafenvereinbarung in der Klausel eines notariellen Vertrages, mit der sich der Grundstückskäufer verpflichtet, auf den Kaufpreis „Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Fälligkeit in Höhe von 10% p.a. zu bezahlen“:**

BGH, Urteil v. 24.4.1992 — V ZR 13/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagten im Rahmen einer gegenseitigen Abrechnung nach Vollzug eines Grundstückskaufvertrages gegen den Kläger ein Anspruch auf Zinsen in Höhe von 125.611,11 DM zusteht.

Die Beklagte (damals als B. K. L. firmierend) verkaufte durch notariellen Vertrag vom 24.8.1987 der BGB-Gesellschaft „W-WK P. G. mbH“ ein Grundstück zum Kaufpreis von 1.868.000 DM, der spätestens am 31.12.1987 zur Zahlung fällig war. Einer der Gesellschafter war der Kläger, der inzwischen die Anteile der früheren Mitgesellschafterin übernommen hat. Die Käuferin verpflichtete sich, „Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Fälligkeit in Höhe von 10% p.a. zu bezahlen“ (§ 4 des Vertrages). Die Übergabe des Grundbesitzes war an die Zahlung des Kaufpreises gebunden; von diesem Tage an sollten die Gefahr, Nutzungen und Lasten auf die Käuferin übergehen (§ 6 des Vertrages). Die Beklagte hatte sich unter anderem

verpflichtet, der Käuferin bestimmte Aufwendungen bis zur Höhe von 100.000 DM zu erstatten. Der Kaufpreis wurde erst am 26.9.1988 bezahlt.

Die Beklagte erstellte mit Schreiben vom 30.3.1989 eine Schlußabrechnung zum 26.9.1988, in der sie für die Zeit vom 1. Januar 1988 bis 26. September 1988 Zinsen nach § 4 des Kaufvertrages in Höhe von 125.611,11 DM geltend machte.

Der Kläger, über dessen Aktiv- und Passivlegitimation die Parteien im Rahmen der Abrechnung nicht mehr streiten, hat von der Beklagten Zahlung von 140.974,87 DM nebst 4% Prozeßzinsen verlangt. Er hat vorgetragen, § 4 des Vertrages enthalte eine Vertragsstrafenvereinbarung, einen entsprechenden Anspruch habe sich die Beklagte bei Entgegennahme des Kaufpreises aber nicht vorbehalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter Klageabweisung im übrigen die Beklagte zur Zahlung von 101.369,80 DM nebst 4% Zinsen seit 1.3.1990 verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Beklagten auf Zinsen in rechnerisch unbestrittener Höhe von 125.611,11 DM, weil in § 4 des Kaufvertrages nicht eine Schadenspauschale, sondern eine Vertragsstrafe vereinbart worden sei, deren Zahlung sich die Beklagte bei Annahme des Kaufpreises als Erfüllung nicht vorbehalten habe (§ 341 Abs. 3 BGB). Ausnahmsweise liege hier in der Vereinbarung von Zinsen eine Vertragsstrafenabrede, weil die Vertragsparteien, insbesondere die Beklagte, genau gewußt hätten, daß ein relevanter Verzugschaden überhaupt nicht eintreten werde. Unstreitig seien der Beklagten bis zur Zahlung des Kaufpreises Mieteinnahmen von 133.000 DM zugeflossen. Da sie auch nicht substantiiert bestritten habe, daß die Lasten des Grundstücks geringfügig seien, werde der Nachteil der verspäteten Kaufpreiszahlung durch den eingenommenen Mietzins „mehr als ausgeglichen“. Selbst wenn man in § 4 des Vertrages eine Schadenspauschalierung sehe, halte diese einer Inhaltskontrolle nach §§ 138, 242 BGB nicht stand. Auf der Grundlage nun nicht mehr streitiger Abrechnungsposten bejaht es Ansprüche des Klägers in Höhe von 141.001,69 DM, denen nur Ansprüche der Beklagten in Höhe von 39.631,89 DM gegenüberstünden, woraus sich ein Saldo von 101.369,80 DM ergebe.

II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Bei der Auslegung der Zinsklausel zieht das Berufungsgericht nur die Alternative Schadenspauschalierung oder Vertragsstrafe in Betracht und engt damit seinen Blickwinkel rechtsfehlerhaft ein. Es erwägt nämlich nicht eine dritte Möglichkeit. Schon nach dem Vertragswortlaut kommt ernsthaft in Betracht, daß die Vertragspartner Fälligkeitszinsen vereinbaren wollten. Eine solche nach Grund und Höhe von § 452 BGB abweichende Vereinbarung ist zulässig (vgl. Senatsurteil vom 16. 11. 1990 — V ZR 217/89 [= DN0Z 1991, 680 = MittBayNot 1991, 21]; *Erman/Weitnauer*, BGB, 8. Aufl., § 452 Rdnr. 3; *Palandt/Putzo*, BGB, 51. Aufl., § 452 Rdnr. 1). Sie ist auch in Höhe von 10% jedenfalls in einer Individualvereinbarung rechtlich unbedenklich (Senatsurteil a. a. O.). Verfehlt ist deshalb die Hilfsüberlegung des Berufungsgerichts, die Zinsregelung würde einer „Inhaltskontrolle nach §§ 138, 242 BGB nicht standhalten“.

2. Die Auslegung des Berufungsgerichts läßt sich deshalb nicht halten. Weitere tatsächliche Feststellungen kommen

nicht mehr in Betracht; insbesondere macht die Revisionserwiderung — auch nach eingehender Erörterung der möglichen Auslegungsvarianten in der mündlichen Verhandlung nicht geltend, daß Auslegungstoff übergangen worden sei oder noch in Betracht komme. Das Revisionsgericht ist damit zu eigener Auslegung befugt (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22).

a) In der Zinsklausel liegt keine Vertragsstrafenvereinbarung. Auch das Berufungsgericht verkennt nicht, daß hier der Wortlaut des Vertrages nicht den geringsten Anhaltspunkt für eine solche Annahme hergibt. Da auf beiden Seiten aber geschäftserfahrene Firmen beteiligt waren (Bank und Immobilienfirma), wäre — zumal in einem notariellen Vertrag — zu erwarten gewesen, daß eine etwa gewollte Vertragsstrafenabrede auch ausdrücklich so bezeichnet würde. Hier spricht alles dafür, daß die Regelung in erster Linie nicht die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung sichern und auf den Vertragspartner einen möglichst wirkungsvollen Druck zur Zahlung ausüben, sondern eher eine zusätzliche vertragliche Leistung begründen oder der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Schadenersatzes dienen soll (vgl. BGH, Urteile vom 8. 10. 1969 — VIII ZR 20/68 — NJW 1970, 31, 32; vom 25. 11. 1982 — III ZR 92/81 — NJW 1983, 1542, je m. w. N.). Eine Abgrenzung ist nur nach dieser primären Zielsetzung möglich, weil einerseits auch eine Zinsregelung auf den Vertragspartner unverkennbar Druck zur Zahlung des Kaufpreises ausübt, andererseits auch eine Vertragsstrafe dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis eröffnet (vgl. BGHZ 85, 305, 313 m. w. N.). An dieser Auslegung können auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über die unstreitig eingenommenen Mieten und die in dieser Zeit als geringfügig angesehenen Lasten nichts ändern. Insoweit kann schon nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte vor dem Besitzübergang auch die volle Gefahr trug (§ 6 des Vertrages) und bei Vertragsschluß noch nicht feststand, ob sich dieses Risiko verwirklichen würde. Insbesondere aber schlosse eine — zutreffende — Prognose über den Eingang der Mieten nicht die Vereinbarung einer zusätzlichen Leistung aus.

b) Daß die Käuferin sich in § 4 des Vertrages „verpflichtet“, Zinsen „ab Fälligkeit“ zu bezahlen, spricht in der Tat dafür, daß damit Fälligkeitszinsen als Nebenleistung zum Kaufpreis gewollt sind; diese setzen einen Verzugschaden weder voraus, noch können sie durch eine Vorteilsausgleichung (vgl. z. B. BGHZ 91, 209, 210) gemindert werden. Obwohl sich Fälligkeitszinsen auch als Druck dahin auswirken, den Kaufpreis termingerecht zu zahlen, handelt es sich nicht um eine Vertragsstrafe als Druckmittel zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung, sondern um einen Teil der versprochenen Leistung selbst. Demgemäß hat der Senat auch eine ähnliche Klausel wie hier nicht als Vertragsstrafenregelung verstanden (Senatsurteil vom 16. 11. 1990 a. a. O.).

Allerdings erwähnt die Vertragsklausel auch noch den „Gesichtspunkt des Verzuges“. Das zwingt aber nicht zu einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise, weil hier wegen der kalendermäßigen Bestimmung der Leistungszeit (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB) Fälligkeit und Verzug zusammenfallen. Die vereinbarten Zinsen sind damit zwangsläufig auch Verzugszinsen, ohne daß mit Erwähnung des Verzuges zugleich feststünde, die Vertragsparteien hätten ihre Zinsab-

sprache als Schadenspauschale verstanden. Für diesen Fall hätte es vor allem in einem notariellen Vertrag ohnehin nahegelegen, den Begriff des „Verzugsschadens“ zu verwenden.

Letztlich kann aber die Abgrenzung zwischen Fälligkeitszinsen und einer Verzugsschadenspauschale hier offenbleiben. Auch wenn die Zinsregelung der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Verzugsschadens dienen sollte, müßte angenommen werden, daß die Vertragsparteien gleichzeitig konkludent eine Abrede dahin getroffen haben, die während der Verzugszeit eingenommenen Mieten nicht auf den Zinsschaden anzurechnen. Haben die Vertragsparteien — wie das Berufungsgericht feststellt — bei Vertragsabschluß als sicher angenommen, daß sich die 10%ige Verzinsung des Kaufpreises und der während der Verzugszeit eingenommene Reinertrag aus den Mieten jedenfalls die Waage halten würden, dann wäre unverständlich, warum sie trotzdem eine ausdrückliche Verpflichtung der Käuferin zur Zinszahlung ab Fälligkeit in den Vertrag aufgenommen haben. Eine solche Klausel wäre praktisch folgenlos geblieben — und damit überflüssig gewesen —, wenn die als sicher vorausgesehenen Mieteingänge im Wege der Vorteilsausgleichung hätten angerechnet werden sollen. Insbesondere bei geschäftserfahrenen Partnern ist nicht vorstellbar, daß sie eine derartig „leerlaufende“ Regelung treffen wollten. Dieser auch schon für Fälligkeitszinsen sprechende Umstand führt jedenfalls dazu, von einer Nichtanrechnungsvereinbarung der Vertragsparteien hinsichtlich der Mieteinnahmen auszugehen. Auch hierauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen, ohne daß der Kläger dem Überzeugendes entgegenhalten konnte.

5. BGB § 571 (*Mietvertragskündigung durch Käufer vor Eigentumsumschreibung nur in offener Stellvertretung für den Verkäufer*)

**Soll der Käufer vor dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs die Kündigung von Mietverhältnissen bezüglich des Kaufobjektes erklären können, kann er nur aufgrund entsprechender Vollmacht in offener Stellvertretung für den Verkäufer handeln. Kündigungserklärungen in verdeckter Stellvertretung, aufgrund eingeräumter Ermächtigung zur Kündigung im eigenen Namen oder aufgrund isolierter Abtretung des Kündigungsrechtes sind unwirksam.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Augsburg, Urteil vom 8. 10. 1991 — 4 S 1785/91 — sowie AG Augsburg, Urteil vom 15. 4. 1991 — 6 C 5783/90 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten um die Räumung und Herausgabe von Mieträumen.

Zwischen den Rechtsvorgängern der Klägerin und der Beklagten wurde über die streitgegenständlichen Räume am 11. 4. 1989 ein Mietvertrag abgeschlossen. Das Mietverhältnis begann am 1. 6. 1989 und war auf die Dauer bis 31. 12. 90 geschlossen. In § 2 des Mietvertrages ist weiter bestimmt, daß sich das Mietverhältnis jedesmal um 1 Jahr verlängert, wenn es nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf der Mietzeit gekündigt wird.

Die Klägerin behauptet, mit Schreiben vom 28. 09. 1990 das Mietverhältnis gekündigt zu haben. Sie habe am 6. 11. 1989 als Käuferin einen notariellen Kaufvertrag über die streitgegenständlichen Gebäude geschlossen, in dem unter Ziffer V. auf Seite 8 folgende Bestimmung enthalten sei:

„Der Verkäufer bevollmächtigt hiermit ab Besitzübergang bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch den Käufer, ihn bei Abgabe aller Erklärungen, die die Mietverhältnisse betreffen, zu vertreten. Diese Vollmacht berechtigt den Käufer auch zu Mietvertragsänderungen und Auflösung der Mietverhältnisse. Im Innenverhältnis zwischen den Vertragsteilen wird vereinbart, daß durch die Ausübung dieser Vollmacht der Verkäufer in keiner Weise berechtigt oder verpflichtet wird.“

Am 9. 10. 1990 sei sie in das Grundbuch als Eigentümerin eingetragen worden.

Die Klägerin ist der Auffassung, schon am 28. 9. 1990 zur Kündigung berechtigt gewesen zu sein. Diese sei durch Genehmigung der damaligen Eigentümer rechtswirksam gewesen.

Die Beklagte behauptet, das Schreiben vom 28. 9. 1990 nicht erhalten zu haben. Sie ist der Auffassung, daß erst mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch die Vermieterrechte auf den Erwerber übergehen.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Klage erwies sich als unbegründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Räumung der gemieteten Räume und Flächen.

Auch nach Auffassung der Kammer war die Klägerin vor ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses mit der Beklagten berechtigt.

Auch wenn man in Ziff. V. des notariellen Vertrages vom 6. 11. 1989 die Einräumung einer Vertretungsmacht und eine Ermächtigung zur Abgabe der dort beschriebenen Willenserklärungen im eigenen Namen sehen wollte, so hat die Klägerin dennoch nicht wirksam gekündigt.

Von einer eingeräumten Vollmacht hat sie keinen Gebrauch gemacht, weil sie nicht im Namen der Vertretenen gekündigt hat, sondern im eigenen Namen.

Eine verdeckte Stellvertretung ist bei mietvertraglichen Gestaltungsrechten wie Kündigungen nicht zulässig (vgl. LG München in WuM 89, 282). Es würde sonst an der erforderlichen Klarheit für den Mieter über die Person des jeweiligen Vermieters fehlen.

Eine der Klägerin etwa darüberhinaus eingeräumte Ermächtigung zur Kündigung im eigenen Namen vor endgültigem Eigentumsübergang wäre unwirksam (vgl. z. B. *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rdnr. 18 und I Rdnr. 125, *Schmidt-Futterer-Blank*, 6. Aufl., Anm. B 52, *Emmerich-Sonnenschein*, Miete, 5. Aufl., § 564 b BGB Anm. 29 und § 571 BGB Rdnr. 9).

Das Recht zur Kündigung ist als mietvertragliches Gestaltungsrecht auch nicht gesondert abtretbar (*Sternel* a. a. O., *Schmidt-Futterer-Blank* a. a. O., LG München a. a. O.).

Ein vorzeitiger Eintritt der Klägerin als Erwerberin in den Mietvertrag der Beklagten mit ihrer, der Klägerin, Rechtsvorgängerin wäre nur mit Zustimmung der Beklagten als Mieterin möglich gewesen (*Emmerich-Sonnenschein* § 571 BGB Rdnr. 10). Eine solche Zustimmung lag unstreitig nicht vor.

Es ist auch keine Heilung der unwirksamen Kündigung durch die zwischenzeitlich erfolgte Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetreten, weil die Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich ist, da dem Gekündigten der mit dem Abwarten auf den Bedingungseintritt verbundene Zeitaufschub sowie die Ungewißheit der Rechtslage nicht zuzumuten sind (vgl. LG Hamburg in WuM 77, 260/261).

6. BGB §§ 289, 571; ErbbauVO § 9 Abs. 1 (*Übergang und Verzinsung eines schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruchs*)

**a) Ein schuldrechtlicher Erbbauzinsanspruch geht bei Veräußerung des Grundstücks nicht schon entsprechend § 571 BGB auf den Erwerber über.**

**b) Ein nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbarter Erbbauzins unterliegt nicht dem Zinseszinsverbot aus § 289 Satz 1 BGB.**

BGH, Urteil vom 24. 1. 1992 — V ZR 267/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger zu 1 und sein Bruder waren je zur Hälfte Mitigentümer der Flurstücke 1731/1 und 1744. In notarieller Urkunde vom 1. 8. 1980 in Verbindung mit der Nachtragsurkunde vom 17. 12. 1980 bot der Kläger zu 1 einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts den Abschluß eines auf eine noch abzuvermessende Teilfläche der beiden Parzellen von ca. 5.500 qm bezogenen Erbbauvertrages an. Diese Teilfläche sollte im Nordosten durch den Verlauf einer noch anzulegenden Entflechtungsstraße begrenzt sein. Ausbedungen war ein Erbbauzins von jährlich 5,30 DM/qm mit der Verpflichtung, diesen ab dem auf die Annahme des Angebots folgenden Monatsersten zu zahlen. Bei einem sich aufgrund amtlicher Vermessung etwa ergebenden „Mehr- oder Mindermaß“ der Fläche sollte der Erbbauzins entsprechend berichtigt werden, und zwar mit Wirkung ab Beginn der Zahlungspflicht. Die Gesellschaft, damals bestehend aus den beiden Beklagten sowie aus zwei weiteren Gesellschaftern, nahm das Vertragsangebot durch notariell beurkundete Erklärung vom 22. 6. 1981 an. Der Vertrag ist noch nicht dinglich vollzogen, doch hat die Gesellschaft die Teilfläche in der vertraglich vorgesehenen Art bebaut.

Im Jahre 1983 erteilte das Vermessungsamt zu Händen des beurkundenden Notars einen Veränderungsnachweis (Nr. 482), der eine Flächengröße des Erbbaugeländes von 8.192 qm belegte. Dieser Nachweis wurde im November 1986 auf ein Flächenmaß von 8.363 qm geändert.

Eigentümer des Erbbaugrundstücks sind jetzt zur Hälfte die in einer BGB-Gesellschaft verbundenen Kläger zu 2 bis 4 als Rechtsnachfolger des Klägers zu 1 und zu je ein Viertel die Kläger zu 3 und 4 als Rechtsnachfolger der Klägerin zu 5, die ihrerseits diesen Hälfteanteil von dem Bruder des Klägers zu 1 erworben hatte. Die Kläger zu 2 bis 4 sind durch notariell beurkundete Vereinbarung mit dem Kläger zu 1 an dessen Stelle in den Erbbauvertragsvertrag eingetreten. Zwischen den Klägern besteht die weitere Vereinbarung, daß rückständiger Erbbauzins aus der Zeit bis zum 30. 6. 1984 dem Kläger zu 1 nach Maßgabe seines früheren Mitigentumsanteils, hierauf entfallende Rückstände aus späterer Zeit hingegen den Klägern zu 2 bis 4 als BGB-Gesellschaftern zustehen; die dem früheren Hälfteanteil der Klägerin zu 5 entsprechenden Erbbauzinsrückstände sollen ihr gebühren.

Die Kläger haben, gestützt auf die sich aus der amtlichen Vermessung ergebende Vergrößerung der Erbbauvertragsfläche von 5.500 qm auf 8.363 qm, rückständige Erbbauzinsansprüche gegen die Beklagten geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sowohl den Klägern zu 2 bis 4 — diesen als Gesamthandsgläubigern — als auch der Klägerin zu 5 Forderungen ohne Zinsen zuerkannt. Den weitergehenden, für den Zeitraum vor 1985 geltend gemachten Anspruch dieser Kläger und den die Zeit bis 30. 6. 1984 betreffenden Anspruch des Klägers zu 1 hat es als verjährt angesehen und deshalb abgewiesen.

Die Kläger haben Revision eingelegt, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

#### *Aus den Gründen:*

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Ansprüche der Kläger auf rückständigen Erbbauzins, soweit dieser sich auf die im Jahre 1986 dem Erbbaugrundstück amtlich hinzugemessenen 171 qm bezieht, nicht verjährt. Fällig geworden ist die sich hieraus gem. Abschnitt C Nr. 1.3 der Vertragsurkunde vom 1. 8. 1980 ergebende Nachforderung erst mit Bekanntgabe des Messungsergebnisses. Für

diesen Anspruch konnte daher im Zeitpunkt der Klageerhebung im Jahre 1989, die vierjährige Verjährungsfrist (§ 197 BGB) noch nicht abgelaufen sein.

Der Anspruch ist auch schlüssig. Die Sachlegitimation der Kläger zu 2 bis 4, die das Eigentum an dem Erbbaugrundstück erworben haben, läßt sich allerdings nicht, wie das Berufungsgericht meint, aus dem Rechtsgedanken des § 571 BGB herleiten. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kommt nur in Betracht, wenn der Erbbauberechtigte das mit seinem Recht belastete Grundstück vermietet und dann das Erbbaurecht an einen Dritten veräußert, nicht hingegen bei einem Eigentümerwechsel für das Verhältnis des neuen Eigentümers zu dem Erbbauberechtigten (Senatsurteil v. 19. 11. 1971, V ZR 88/69, NJW 1972, 198, 199). Dem neuen Eigentümer — den Klägern zu 2 bis 4 — steht daher der von einem Voreigentümer mit dem Erbbauberechtigten vereinbarte Erbbauzins nur zu, wenn dieser als Reallast im Grundbuch eingetragen ist (§ 9 Abs. 1 ErbbauVO, §§ 1105 ff. BGB) oder wenn der neue Eigentümer den schuldrechtlichen Anspruch rechtsgeschäftlich oder kraft Gesamtrechtsnachfolge erworben hat. Das Berufungsurteil ist jedoch in diesem Punkt im Ergebnis richtig (§ 563 ZPO).

Hier ist zwar der Erbbauzins bislang nicht eingetragen, die Kläger zu 2 bis 4 haben aber den schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruch des Klägers zu 1 aus dessen Vertrag mit der BGB-Gesellschaft durch Vereinbarungen vom 27. 7. 1984 und vom 19. 2. 1986 erworben. Danach nämlich sind die Kläger zu 2 bis 4 anstelle des Klägers zu 1 in den Erbbauvertragsvertrag eingetreten. Eine solche Vertragsübernahme ist zulässig (BGHZ 95, 88, 94 f.). Sie erfordert allerdings, weil damit nicht nur die vertraglichen Rechte des Vorgängers, sondern auch dessen Pflichten übernommen worden sind, die Genehmigung durch den Gläubiger (§ 415 Abs. 1 BGB). Eine Genehmigung haben die Beklagten und die übrigen Mitglieder der BGB-Gesellschaft, die den Erbbauvertragsvertrag mit dem Kläger zu 1 geschlossen hat, bisher jedenfalls nicht ausdrücklich erteilt. Auch für eine konkludent zum Ausdruck gekommene Genehmigung sind hinreichende Tatsachen nicht festgestellt. Dem Erfordernis der Genehmigung trägt jedoch § 6 b Abs. 3 des Vertrages vom 23. 12. 1988 dadurch Rechnung, daß sich die Kläger zu 2 bis 4 gegenüber dem Kläger zu 1 zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Erbbauvertragsvertrag bis zur Genehmigung oder bei deren Verweigerung bereiterklärt haben. Angesichts dieser Erfüllungsübernahme aber ist abweichend von der Regel des § 139 BGB auf den Willen der Beteiligten zu schließen, daß die schwebende Unwirksamkeit der befreienden Schuldübernahme — oder deren endgültige Unwirksamkeit bei Ablehnung der Genehmigung — sich auf diesen Teil der Vertragsübernahme beschränken und nicht auch die Unwirksamkeit der nicht zustimmungsbedürftigen Übertragung des Erbbauzinsanspruchs und der sonstigen abtretbaren Rechte auf die Kläger zu 2 bis 4 herbeiführen sollte. Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, weil hierzu tatsächliche Feststellungen nicht mehr erforderlich sind (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22).

Demgemäß sind — soweit jetzt noch von Bedeutung — die Kläger zu 2 bis 4 Inhaber des schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruchs bis auf denjenigen Teil, den sie durch Vertrag vom 23. 12. 1988 dem Kläger zu 1 abgetreten haben, und den Teil, den sie als der Klägerin zu 5 zustehend anerkennen, somit ihr abgetreten haben. Die Beklagten haften als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft, die den Erbbauvertragsvertrag mit dem Kläger zu 1 geschlossen hat, für die Zahlung des schuld-

rechtlich vereinbarten Erbbauzinses persönlich (vgl. BGHZ 74, 240, 241; *Palandt/Thomas*, BGB, 51. Aufl., § 718 Rdnr. 8 m. w. N.) und gem. § 427 BGB gesamtschuldnerisch (MünchKommU/Immer, BGB, 2. Aufl., § 714 Rdnr. 37). Da der schuldrechtliche Erbbauzins schon vom ersten Tage des auf die Angebotsannahme folgenden Monats an zu zahlen war, begründet diese Abrede und nicht lediglich, wovon das Berufungsgericht ausgeht, das hier tatsächlich bestehende Nutzungsverhältnis die Pflicht zur Erbbauzinszahlung.

Nicht zu beanstanden ist die tatrichterliche Auslegung, daß Gegenstand des Erbbauvertrages die von den damaligen Flurstücken 1731/1 und 1744 abzuvermessende Teilfläche in demjenigen Umfang ist, wie er sich aus dem künftigen Verlauf der im Nordosten dieser Fläche anzulegenden Entflechtungsstraße und der hierauf bezogenen amtlichen Vermessung ergibt. Das entspricht der Regelung unter Abschnitt B 1.1 und C 1.3 des Angebots vom 1.8. 1980 in Verbindung mit Nr. 3.1 der Nachtragsurkunde vom 17. 12. 1980. Der durch Annahme dieses Angebots am 22. 6. 1981 zustande gekommene Erbbauvertragsvertrag erstreckt daher die schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung des Erbbauvertrages auf die in dem Veränderungsnachweis Nr. 482 festgestellte Fläche von 8.363 qm unter Einschluß der darin enthaltenen 171 qm, die im November 1986 hinzugemessen worden sind. Nach Abschnitt C 1.3 der Angebotsurkunde vom 1. 8. 1980 ist bei einem sich aus der amtlichen Vermessung ergebenden „Mehrmaß“ der vereinbarte Erbbauzins entsprechend zu berichtigen, und zwar mit Wirkung ab Beginn der Zahlungspflicht, also ab dem auf die Vertragsannahme folgenden Monatsersten

Somit haben die Kläger — über die den Klägern zu 2 bis 5 im Berufungsurteil zuerkannten Forderungen hinaus — nach Maßgabe der ihnen zustehenden Quoten und auf der Grundlage eines jährlichen Erbbauzinses von 5,30 DM/qm für die im Rahmen des Veränderungsnachweises Nr. 482 hinzugemessenen 171 qm folgende Beträge zu beanspruchen. (*Wird ausgeführt.*)

2. Die Revision ist auch insoweit begründet, als die Kläger auf die ihnen zustehenden Erbbauzinsbeträge 4% Verzugszinsen beanspruchen. Der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß der nur schuldrechtlich vereinbarte Erbbauzins ebenso wie die Einzelleistungen einer Erbbauzinsrealast nicht zu verzinsen sei, ist unzutreffend.

Nach § 289 Satz 1 BGB sind von Zinsen keine Verzugszinsen zu entrichten. Zinsen im Rechtssinne sind die Vergütung für den Gebrauch eines überlassenen Kapitals und von dessen Laufzeit abhängig (BGH, Urt. v. 16. 11. 1978, III ZR 47/77, NJW 1979, 540, 541; *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892). Das trifft auf den Erbbauzins nicht zu; denn er ist keine Vergütung für eine Kapitalnutzung, sondern gem. § 9 Abs. 1 ErbbauVO die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbauvertrages. Wenn gleichwohl dieser dingliche Erbbauzins dem Zinseszinsverbot aus § 289 BGB unterstellt wird, so nur deswegen, weil hierauf nach § 9 Abs. 1 ErbbauVO die Vorschriften über die Realasten entsprechend anzuwenden sind, somit auch § 1107 BGB, wonach auf die einzelnen Leistungen aus einer Realast die für Hypothekenzinsen geltenden Bestimmungen entsprechend anwendbar sind und demzufolge auch § 289 Satz 1 BGB (BGH, Urt. v. 27. 10. 1969, III ZR 135/66, NJW 1970, 243; so auch der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung: Urt. v. 20. 10. 1972, V ZR 196/71, WM 1973, 42, 44; v. 13. 1. 1978, V ZR 72/75, NJW 1978, 1261; v. 30. 3. 1979, V ZR 150/77, NJW 1979, 1543, 1545; v. 4. 6. 1980, V ZR 49/79,

NJW 1980, 2519, 2520 a. E.; v. 30. 4. 1982, V ZR 31/81, WM 1982, 765, 767; a. M. *Bringezu*, NJW 1971, 1168). Auch in dem der entgeltlichen Bestellung des Erbbauvertrages zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag — dem Rechtskauf (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB; BGHZ 96, 385, 386) — können sich die Beteiligten auf die Vereinbarung eines dinglichen, mit Eintragung in das Grundbuch entstehenden Erbbauzinses beschränken, indem sie nur die dafür nötige dingliche Einigung erklären oder indem sich der Erbbauvertragskäufer lediglich zu dieser Einigung verpflichtet.

Es kann jedoch auch die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Erbbauzinses getroffen werden, die dann bis zur dinglichen Einigung und Grundbucheintragung die alleinige Grundlage der Zahlungspflicht bildet. Auf den schuldrechtlichen Erbbauzins ist § 9 Abs. 1 ErbbauVO nicht anwendbar, so daß auch § 1107 BGB und das in dessen Rahmen geltende Zinseszinsverbot aus § 289 BGB nicht eingreifen (BGB-RGRK/Räfle, 12. Aufl., ErbbauVO § 9 Rdnr. 23, 24 a. E.; *Erman/Hagen*, BGB, 8. Aufl., ErbbauVO § 9 Vorbem. und Rdnr. 2 a. E.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 51. Aufl., ErbbauVO § 9 Rdnr. 9). Auf die Frage, ob in der Regel nur ein dinglicher Erbbauzins gem. § 9 Abs. 1 ErbbauVO als vereinbart anzusehen ist (so LG Münster, Rpfleger 1991, 330; MünchKomm/von Oefele, BGB, 2. Aufl., ErbbauVO § 9 Rdnr. 7), braucht hier nicht eingegangen zu werden; denn im vorliegenden Fall enthält der Erbbauvertragsvertrag die ausdrückliche Abrede, daß bis zur Eintragung des Erbbauvertrages ein schuldrechtlicher Erbbauzins zu zahlen ist.

Soweit der Senat in seiner vorgenannten Rechtsprechung auch für den aus einer schuldrechtlichen Anpassungsklausel hergeleiteten Anspruch auf Zahlung eines erhöhten Erbbauzinses in Anwendung des § 9 Abs. 1 ErbbauVO Verzugszinsen ausgeschlossen hat, betraf dies die Verpflichtung des Erbbauberechtigten zu einer Anpassung des dinglichen, nicht eines schuldrechtlichen Erbbauzinses.

Die Beklagten sind deshalb aufgrund des unstreitig am 20. 7. 1987 eingetretenen Zahlungsverzuges verpflichtet, auf die den Klägern im Berufungsurteil und darüber hinaus in dem vorliegenden Revisionsurteil zuerkannten Erbbauzinsbeträge gem. § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB 4% Zinsen zu leisten.

7. GBO § 18 Abs. 1, § 78; WEG § 5 Abs. 2 (*Heizungsraum und Zugang notwendig WEG-Gemeinschaftseigentum*)

1. Die weitere Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist zulässig, auch wenn das Grundbuchamt den Eintragungsantrag nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung wegen der in der Zwischenverfügung genannten Eintragungshindernisse zurückgewiesen hat.
2. Ist der Raum, in dem sich die gemeinschaftliche Heizungsanlage befindet, in der Teilungserklärung als „Heizungsraum“ bezeichnet und im Aufteilungsplan mit „Heizung“ gekennzeichnet, so kann er nur als Teil des gemeinschaftlichen Eigentums in das Grundbuch eingetragen werden. Das gleiche gilt grundsätzlich auch für die Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zum Heizungsraum eröffnen.

BayObLG, Beschluß vom 25. 3. 1992 — 2 Z BR 1/92 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind Eigentümer eines Grundstücks, das mit einem Wohnhaus (einer Heimstätte) bebaut ist. Zu notarieller Urkunde vom 13. 8. 1990 teilten sie das Grundstück gem. § 8 WEG in zwei Wohnungen auf. Nach der Teilungserklärung sollen der Treppenabgang zum Keller, der dort gelegene Flur und der nur vom Flur aus zugängliche Heizungsraum zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 1 gehören; im Aufteilungsplan ist dieser 10,87 m<sup>2</sup> große Raum mit dem Wort „Heizung“ gekennzeichnet. In Abschnitt III der Teilungserklärung („Gegenstand des Wohnungseigentums“) ist weiter ausgeführt, daß sich die gemeinsame Heizung im Hausteil 1 befindet und daß Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums u. a. die Heizung ist.

Das Landratsamt bescheinigte die Abgeschlossenheit der Wohnungen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag, die Teilung zu vollziehen mit Zwischenverfügung vom 7. 11. 1990 beanstandet:

Es fehle eine Regelung, wie der Eigentümer der Wohnung Nr. 2 zur Heizung gelangen könne; diese sei nur über das Sondereigentum Nr. 1 zu erreichen. Der Zugang über die Wohnung Nr. 1 erscheine rechtlich nicht möglich, wohl aber der Zugang über eine Außentreppe in Verbindung mit einem Zugangsrecht über die Sondernutzungsfläche. Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit Beschluß vom 17. 1. 1991 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben dagegen am 21. 2. 1991 beim Landgericht weitere Beschwerde eingelegt, die dem Bayerischen Obersten Landesgericht jedoch erst am 14. 1. 1992 vorgelegt worden ist.

Das Grundbuchamt wies den Eintragungsantrag mit Beschluß vom 13. 2. 1991 zurück.

#### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig, obwohl das Grundbuchamt nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung den Eintragungsantrag zurückgewiesen hat. Die Zurückweisung ist auf die Gründe gestützt, die in der vom Landgericht bestätigten Zwischenverfügung als Eintragungshindernisse genannt sind. Damit ist das rechtliche Interesse der Beteiligten an der Beseitigung der Zwischenverfügung nicht entfallen. Das Grundbuchamt hätte den Zurückweisungsbeschluß wegen fehlender Rechtsgrundlage aufzuheben, falls die weitere Beschwerde gegen den Inhalt der Zwischenverfügung erfolgreich wäre. Bis dahin aber ist das Grundbuchamt an die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts und damit an die Zurückweisung des Eintragungsantrags gebunden (BGHZ 88, 62/64; BayObLG NJW-RR 1988, 980 m. w. N.; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 78 Anm. 3 a).

2. Das Landgericht hat ausgeführt: Es sei grundsätzlich möglich, daß die zum gemeinschaftlichen Eigentum gehörende Heizung im Bereich eines Sondereigentums liege. Es müsse aber auch für den Eigentümer der Wohnung Nr. 2 möglich sein, zur Heizung zu gelangen.

Das Landgericht bezieht sich dann auf die Entscheidung des Senats BayObLGZ 1986, 26 ff. [= MittBayNot 1986, 494 = DNotZ 1986, 78]. Danach könnten Räumlichkeiten wie Treppenhäuser, Diele oder Flure, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum bildeten, nicht Sondereigentum sein, denn diese Räumlichkeiten gehörten ihrerseits zu den Anlagen und Einrichtungen im Sinne von § 5 Abs. 2 WEG. Gebrauchsregelungen würden daran nichts ändern, da sie die für § 5 Abs. 2 WEG maßgebenden Eigentumsverhältnisse unberührt ließen.

Nach Ansicht des Landgerichts kann nichts anderes gelten, wenn es um den Zugang des Eigentümers der Wohnung Nr. 2 zur gemeinschaftlichen Heizung geht. Dieser Zugang sei erforderlich. Dies folge aus den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zum Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Danach sei die Frage, ob eine Sache dem gemein-

schaftlichen Gebrauch diene, nach ihrer Art, Funktion und Bedeutung für die Wohnungseigentümer zu beurteilen. Nach diesen Grundsätzen müsse nicht nur die Heizung gemeinschaftliches Eigentum sein; sie müsse auch für alle Eigentümer erreichbar sein. Bei Begründung des Wohnungseigentums sei deshalb im Interesse der Miteigentümer darauf zu achten, spätere Divergenzen unter ihnen zu vermeiden.

Das Grundbuchamt habe somit zu Recht die fehlende Zugangsmöglichkeit des Eigentümers der Wohnung Nr. 2 zur Heizung beanstandet.

3. Die weitere Beschwerde führt aus formellen Gründen zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und der Zwischenverfügung. Das Landgericht gibt bauliche und rechtliche Veränderungen auf („Zugang über die Außentreppe in Verbindung mit einem entsprechenden Zugangsrecht über die Sondernutzungsfläche“). Beides kann nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein (BayObLGZ 1986, 29/31; *Horber/Demharter* § 18 Anm. 8 b bb m. w. N.). Außerdem ist die Begründung von Wohnungseigentum nur möglich, wenn am Heizungsraum gemeinschaftliches Eigentum gebildet wird; nur dann könnte ein weiterer Zugang von außen her das Eintragungshindernis beseitigen. Auch dies setzt aber eine Änderung der Teilungserklärung (die zugleich die Eintragungsbewilligung darstellt) voraus, die nicht zum Inhalt einer Zwischenverfügung gemacht werden kann.

a) Die Heizung dient dem gemeinschaftlichen Gebrauch der beiden Wohnungseigentümer und nur diesem Gebrauch, nicht auch der Versorgung anderer Häuser oder Wohnungen mit Wärme; sie muß damit gem. § 5 Abs. 2 WEG gemeinschaftliches Eigentum sein und ist in der Teilungserklärung auch als solches ausgewiesen. Damit dient grundsätzlich auch der Raum, in dem sich die Heizung befindet, dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer und muß gem. § 5 Abs. 2 WEG gleichfalls gemeinschaftliches Eigentum sein; zu den „Anlagen und Einrichtungen“ im Sinne dieser Vorschrift gehören auch Räume (BGHZ 73, 302/311; BGH NJW 1991, 2909 [= MittBayNot 1992, 41]; BayObLGZ 1986, 26/28; vgl. auch OLG Düsseldorf MittRhNotK 1986, 123/124).

b) Eine Ausnahme — Sondereigentum an dem Raum, gemeinschaftliches Eigentum an der darin befindlichen Heizung — ist durch die Regelung des § 5 Abs. 2 WEG nicht ausgeschlossen und kann vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient, wenn er also nicht nur als Heizungsraum oder Heizungskeller benutzt wird (BGH jeweils a. a. O.; vgl. auch LG Bonn Rpfleger 1984, 14; LG Landau Rpfleger 1985, 360; *Röll* Rpfleger 1992, 94/95). Dabei ist es aber nicht so, daß jeder denkbare Sondervorteil dieses Raums bereits die Begründung von Sondereigentum ermöglichen würde (BGH a. a. O.). Bei dem Raum, in dem sich die gemeinschaftliche Heizung befindet, ist nach den Eintragungsunterlagen davon auszugehen, daß er nur Heizzwecken dient. In der Teilungserklärung ist er als „Heizungsraum“ bezeichnet, im Aufteilungsplan ist dort „Heizung“ angegeben. Nach den im Grundbucheintragungsverfahren allein verwertbaren urkundlichen Unterlagen muß dieser Raum daher gemeinschaftliches Eigentum sein. Ob der Heizungsraum überhaupt anderweitig genutzt werden dürfte (was im wesentlichen von der Gesamtwärmeleistung der Heizungsanlage abhängt, vgl. § 7 Abs. 1 der Verordnung über Feuerungsanlagen und Heizräume vom 20. 3. 1985, BayRS 2132-1-3-I), kann auf sich beruhen.

c) Grundsätzlich müssen damit auch die Räumlichkeiten, die den Zugang zum Heizungsraum eröffnen, gemeinschaftliches Eigentum sein (BGH NJW 1991, 2909; BayObLGZ 1986, 26 mit kritischer Anmerkung von Röll DNotZ 1986, 707 ff.; BayObLG Rpfleger 1989, 99/100), wobei allerdings nach der hier gegebenen Sachlage wohl nur ein Zugang von außen her geschaffen werden könnte. Eine andere rechtliche Gestaltung (einziger Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum als Sondereigentum) wäre dann möglich, wenn der gemeinschaftliche Raum seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer zu dienen hätte (BayObLGZ 1991, 165/169 f. [= MittBayNot 1992, 131]). Bei der Heizung und dem Heizungsraum ist dies indes der Fall; die Wohnungseigentümer sind ständig auf deren Gebrauch angewiesen und der Gebrauch erfordert einen laufenden Bedienungs-, Kontroll- und Wartungsaufwand. Es muß auch von vornherein ausgeschlossen sein, daß der gemeinschaftliche Gebrauch am Heizungsraum und an den Zugängen dazu durch eigenmächtige Verfügungen eines Wohnungseigentümers über sein Sondereigentum (§ 13 Abs. 1 WEG) beeinträchtigt wird (BGH NJW 1991, 2909). Grunddienstbarkeiten oder Nutzungsregelungen gem. § 15 Abs. 1 WEG stellen keinen geeigneten Ersatz für das gemeinschaftliche Eigentum dar (BGH a. a. O.; BayObLGZ 1986, 26/29).

d) Die Frage, ob Sondereigentum an der Heizungsanlage begründet werden kann, obwohl mit ihr auch die Wohnung Nr. 2 beheizt werden soll (offengelassen in BGH NJW 1991, 2909), braucht hier nicht entschieden zu werden.

#### 8. GBO § 22 (Zur Richtigstellung der Bezeichnung des herrschenden Grundstücks einer Dienstbarkeit)

**Die wegen Abweichung von der Einigung und der Eintragungsbewilligung offensichtlich fehlerhafte Bezeichnung des herrschenden Grundstücks (Flst. 1/1 statt Flst. 1) bei der Eintragung einer Grunddienstbarkeit kann nicht von Amts wegen richtiggestellt werden. In Betracht kommen ein Amtswiderspruch, eine Löschung der unrichtigen Eintragung und eine neue rechtsändernde Eintragung (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Düsseldorf Rpfleger 1987, 496).**

BayObLG, Beschluß vom 25. 6. 1992 — 2 Z BR 37/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 42 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

(Nur Leitsatz)

#### 9. BGB § 748, § 1010 Abs. 1 (Kostentragungsregelungen gem. § 1010 BGB eintragungsfähig)

**Der Senat vertritt entgegen OLG Hamm (DNotZ 1973, 546) die Meinung, daß von § 748 BGB abweichende Regelungen von Miteigentümern eines Grundstücks über die Lasten- und Kostentragung grundsätzlich gem. § 1010 Abs. 1 BGB in das Grundbuch eingetragen werden können und daß sie eingetragen werden müssen, um gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers zu wirken. Die Bestimmung: „Die Kosten der Beseitigung von Schäden, welche auf unsachgemäßes Verhalten eines Miteigentümers, seiner Familie oder Besucher zurückzuführen sind, gehen zu dessen Lasten“ kann aber wegen ihrer rein schadensersatzrechtlichen Natur nicht eingetragen werden.**

BayObLG, Beschluß vom 30. 7. 1992 — 2 Z BR 49/92 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und von Notarassessor *Dr. Hofstetter*, Fürth

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 kaufte zu notarieller Urkunde vom 20. 2. 1991 von der im Grundbuch als Berechtigter eingetragenen Beteiligten zu 2 ein Grundstück (Gebäude- und Freifläche zu 195 m<sup>2</sup>) und einen Miteigentumsanteil zu 1/2 an dem Grundstück Flst. 44/21 (bei der P-Straße, Verkehrsfläche zu 19 m<sup>2</sup>) zur Errichtung eines Eigenheims. In Abschnitt XIV 2 a und b der Urkunde treffen die Miteigentümer der Gemeinschaftsfläche eine Benutzungsregelung. Sodann heißt es:

c) Die Kosten der laufenden Unterhaltung des Gemeinschaftseigentums tragen die Miteigentümer anteilig. Die Kosten der Beseitigung von Schäden, welche auf unsachgemäßes Verhalten eines Miteigentümers, seiner Familie oder Besucher zurückzuführen sind, gehen zu dessen Lasten.

d) Die Eintragung dieser Benutzungsregelung wird hiermit bewilligt und beantragt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag, Auflassung und Gemeinschaftsregelung einzutragen, mit Zwischenverfügung beanstandet. Es rügt (soweit im Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse), daß die Regelung der Kostentragung in Abschnitt XIV 2 c nicht eintragungsfähig sei; es fehle dafür anders als für die Regelung von Verwaltung und Benutzung die gesetzliche Grundlage.

Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel mit Beschluß zurückgewiesen. Die Beteiligten haben gegen den Beschluß weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

##### 1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die im Kaufvertrag getroffenen Regelungen über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks Flst. 44/21 entsprächen der gesetzlichen Regelung. Da sie grundsätzlich auch Sondernachfolgern gegenüber wirkten, hätten sie dinglichen Charakter. Bei einem Grundstück gelte dies aber nur, wenn die Regelung in das Grundbuch eingetragen werde. Die Eintragung stelle eine dingliche Belastung eigener Art dar, die zu den beschränkten dinglichen Rechten des 4. bis 9. Abschnittes des Sachenrechts hinzukämen.

Diese besondere dingliche Ausgestaltung von Verwaltung und Benutzung gem. § 1010 Abs. 1 BGB sei einer entsprechenden Anwendung auf andere Vereinbarungen der Teilhaber nicht zugänglich. Die Kosten- und Lastenregelung des § 748 BGB werde in § 1010 BGB nicht aufgeführt, sie könne somit nicht durch Grundbucheintragung verdinglicht werden; dies würde den Katalog der Sachenrechte erweitern, was nicht zulässig sei. Die Kammer schließe sich dieser in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Meinung an. Die Beteiligten hätten vorliegend eine von § 748 BGB abweichende Regelung gerade nicht getroffen. Durch die Eintragung im Grundbuch würde ein gesetzlich nicht zugelassenes dingliches Recht entstehen; ein solches könnten die Beteiligten im Rahmen der Vertragsfreiheit jedoch nicht schaffen.

##### 2. Die Entscheidung des Landgerichts hält jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) An dem Wegegrundstück Flst. 44/21 besteht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB). Die Teilhaber (Miteigentümer) können durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß gem. § 745 BGB die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks regeln. Nach § 748 BGB ist jeder Teilhaber den anderen gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Eine Regelung über die Verwaltung und Benutzung wirkt nach § 746 BGB nicht nur für, sondern auch gegen einen Sonder-

nachfolger; bei einem Grundstück gilt das zweite gem. § 1010 Abs. 1 BGB aber nur, wenn die getroffene Regelung als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist. Daraus, daß in § 1010 Abs. 1 BGB neben anderen Regelungsgegenständen die Verwaltung und Benutzung (§§ 745, 746 BGB), nicht aber Lasten- und Kostentragung (§ 748 BGB) genannt sind, folgert das Oberlandesgericht Hamm (DNotZ 1973, 546; ebenso LG Köln MittRhNotK 1984, 104), daß eine vom Gesetz abweichende Lasten- und Kostenregelung nicht im Grundbuch eingetragen werden könne, um gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers zu wirken; dies sei mit der Sondervorschrift des § 1010 Abs. 1 BGB und mit dem sachenrechtlichen Typenzwang nicht vereinbar (a. a. O. S. 549). Die Literatur hat sich dem ganz überwiegend angeschlossen (*Palandt/Bassenge* BGB 51. Aufl. Rdnr. 3, BGB-RGRK/*Pikart* 12. Aufl. Rdnr. 9, *Erman/Aderhold* BGB 8. Aufl. Rdnr. 4, MünchKommK. *Schmidt* BGB 2. Aufl. Rdnr. 9, *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 3, *Staudinger/Gursky* BGB 12. Aufl. Rdnr. 9, jeweils zu § 1010). In Rechtsprechung und Literatur wird aber auch die Meinung vertreten, daß eine von der dispositiven gesetzlichen Regelung des § 748 BGB abweichende Bestimmung der Miteigentümer über die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Grundstücks (oder was sich weitgehend damit deckt, über dessen Unterhaltung) im Rahmen von § 1010 Abs. 1 BGB eintragungsfähig sei (OLG Nürnberg Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, 365 (Nr. 18); LG Traunstein MittBayNot 1978, 157; *KEHE/Ertl/Albrecht* Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. D 31; *Meikel/Sieveling* Grundbuchrecht 7. Aufl. Einl. C 54; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 1467; *Döbler* MittRhNotK 1933, 181/185. Das Kammergericht (OLGE 43, 5) hält eine Regelung der Unterhaltungspflicht jedenfalls dann für eintragungsfähig, wenn zugleich die Benutzung geregelt und dies eingetragen wird.

b) Nach Ansicht des Senats ist dieser Meinung der Vorzug zu geben; die Grundsätze des Sachenrechts (vgl. dazu BayObLGZ 1988, 268/269) stehen nicht entgegen. Die Regelung des § 748 BGB ist nicht zwingend (BGB/RGRK-von *Gamm* § 741 Rdnr. 10; *Erman/Aderhold* Rdnr. 4, MünchKommK. *Schmidt* Rdnr. 5, *Staudinger/Huber* Rdnr. 10, jeweils zu § 748). Bei einer Eintragung gem. § 1010 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Anteilsbelastung eigener Art, eine besondere Art des dinglichen Rechts, die keinem der sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommenden Typen von dinglichen Rechten entspricht (BayObLGZ 1973, 84/88; BayObLG Rpfleger 1980, 478; *KEHE/Ertl/Albrecht* Einleitung D 22; *Meikel/Sieveling* Einleitung C 55). Dem Wortlaut und Aufbau des Gesetzes entspricht wohl mehr die Ansicht, daß eine von der gesetzlichen abweichende Regelung der Lasten- und Kostentragung nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Denn § 1010 Abs. 1 BGB knüpft nur an die §§ 745, 746 BGB (und an sonstige hier nicht einschlägige Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts) an, nicht aber an § 748 BGB; hier aber ist die Lasten- und Kostentragung gesondert und außerhalb der Bestimmungen über Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands geregelt. Die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. „Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen“ (Herausgeber *Jakob/Schubert*) Band 3 Seite 892; Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs III S. 276) tragen zur Lösung der Streitfrage nichts Wesentliches bei. Den Vorrang gegenüber allen anderen Auslegungsbehelfen muß aber eine an Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung orientierte, die Zusammenhänge und Auswirkungen beachtende

Auslegung haben. Durch die Eintragung vom Gesetz abweichender Regelungen der Miteigentümer werden diese Regelungen „verdinglicht“; sie erlangen bei Grundstücken nur dadurch Wirkung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers (Münch-KommK. *Schmidt* Rdnr. 1, *Staudinger/Gursky* Rdnr. 1, jeweils zu § 1010; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 1461). Ihrem Wesen nach handelt es sich aber weiterhin um Absprachen schuldrechtlicher Natur. Daraus folgt, daß die Auslegung hier weiteren Spielraum gewähren muß, als er sonst bei dinglichen Rechten besteht; es kann hier jedenfalls keine engeren Grenzen geben als etwa beim gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, das durch Vereinbarung der Beteiligten sogar abgeändert werden kann, soweit dadurch nicht die begriffswesentlichen Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch verletzt werden (BGHZ 95, 99/10 [= DNotZ 1986, 23]; BayObLGZ 1985, 6/9 [= MittBayNot 1985, 70]; 1988, 268/269 [= DNotZ 1989, 569 = MittBayNot 1988, 234] zum dinglichen Wohnungsrecht). Nun kann der Begriff der „Verwaltung“, wie er in den §§ 745, 746 und 1010 Abs. 1 BGB verwendet wird, zwanglos auch so ausgelegt werden, daß er die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums und die Regelung darüber, wer sie zu tragen hat, umfaßt (vgl. zum Begriff der Verwaltung OLG Köln OLGZ 1976, 276/277 f.; *Walter* DNotZ 1975, 522/523); diese Auslegung hat, da sie die Zusammenhänge wahr und zu sinnvollerem Ergebnissen führt, den Vorrang vor der rein an der Terminologie und an der Paragraphenfolge des Gesetzes orientierten Auslegung. Die Regelung der Verwaltung und Benutzung steht in engem Zusammenhang mit derjenigen der Lasten- und Kostentragung. Haben die drei Miteigentümer vereinbart, daß einer das gemeinschaftliche Grundstück allein nutzen darf, dann werden sie in aller Regel zugleich bestimmen, daß er auch die Lasten des Grundstück und die Kosten seiner Unterhaltung allein tragen muß. Die Benutzungsregelung würde, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist, auch gegen die Sondernachfolger der beiden anderen Miteigentümer wirken; die Regelung über die Lasten- und Kostentragung aber nicht gegen den Sondernachfolger des nutzungsberechtigten Miteigentümers, wenn man deren Eintragungsfähigkeit verneint. Ein solches Ergebnis kann nicht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sein. Ein vom Gesetz nicht anerkanntes, neues dingliches Recht oder ein dingliches Recht mit einem gesetzlich nicht zugelassenen Inhalt entsteht durch die Eintragung von Regelungen über die Lasten- und Kostentragung nicht.

c) Der Senat ist aber nicht gehalten, die weitere Beschwerde gem. § 79 Abs. 2 FGG wegen Abweichung von der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Denn die Regelung in Abschnitt XIV 2 c der notariellen Urkunde kann auch dann nicht in das Grundbuch eingetragen werden, wenn die oben unter II 2 b dargelegten Grundsätze herangezogen werden. Eintragungsfähig ist nur eine Regelung, die die Lasten des gemeinschaftlichen Grundstücks sowie die Kosten seiner Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung nach einem anderen Maßstab als dem des § 748 BGB verteilt. Dies ist hier nicht der Fall. Zunächst soll eingetragen werden, daß die Miteigentümer die Kosten der laufenden Unterhaltung anteilig tragen. Die Eintragung dieser Klausel ist überflüssig, denn sie entspricht der gesetzlichen Regelung. Die Eintragung muß zwar dadurch noch nicht unzulässig werden (vgl. KG OLGE 43, 4; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. § 10 Rdnr. 13 zu der vergleichbaren Problematik bei § 10 Abs. 2 WEG). Nicht eintragungsfähig ist

aber die weitere Klausel, daß die Kosten der Beseitigung von Schäden, die auf unsachgemäßes Verhalten eines Miteigentümers, seiner Familie oder Besucher zurückzuführen sind, zu dessen (d. h. des Miteigentümers) Lasten gehen. Denn hier soll nicht ein mit § 748 BGB übereinstimmender oder von ihm abweichender Verteilungsmaßstab für die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Grundstücks bestimmt, hier soll auch nicht die Lasten- und Kostentragung in Beziehung zur Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks gesetzt werden. Es soll vielmehr die persönliche Verantwortlichkeit für unsachgemäßes (d. h. schuldhaftes) Verhalten des Miteigentümers selbst oder anderer Personen festgelegt werden. Eine solche Regelung sprengt den Rahmen des § 1010 Abs. 1 BGB auch bei weiter Auslegung; eine deliktische Schadensersatzpflicht oder die Schadensersatzpflicht wegen Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Pflichten (vgl. dazu BGHZ 62, 243/246 f.; *Palandt/Thomas* Rdnr. 3, *BGB-RGRK-von Gamm* Rdnr. 12, *MünchKomm/K. Schmidt* Rdnr. 33, jeweils zu § 741) kann ebensowenig wie eine andere Schadensersatzpflicht durch Eintragung in das Grundbuch „verdinglicht“ werden.

10. GBO §§ 3, 28 (*Anliegerweg als unselbständiger Grundstücksbestandteil*)

1. Ein Grundstück, zu dem ein Anliegerweg gehört, ist auch dann „übereinstimmend mit dem Grundbuch“ bezeichnet, wenn in der Eintragungsbewilligung der Hinweis auf den Anliegerweg fehlt.
2. Ist bei einem Grundstück im Bestandsverzeichnis vermerkt „hierzu die zum Weg Flst. ... gezogene Teilfläche“, so handelt es sich dabei um einen sog. Anliegerweg, der einen unselbständigen Bestandteil des Grundstücks bildet.

BayObLG, Beschluß vom 30.7.1992 — 2 Z BR 48/92 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1 hatte von ihrem Vater ein Grundstück übereignet bekommen, das im Grundbuch wie folgt bezeichnet war: „Flst. 1045/6 an der N.straße, Grünland-Acker (Bauplatz) zu 0,0969 ha, hierzu die zum Weg Flst. 990/3 gezogene Teilfläche“.

Im Januar 1977 veräußerte die Beteiligte zu 1 das Grundstück an den Beteiligten zu 2. Der Kaufgegenstand ist im notariellen Vertrag, der auch die Auflassung und Eintragungsbewilligung enthält, wie folgt bezeichnet:

„Flst.Nr. 1045/6 An der N.straße, Grünland-Acker (Bauplatz) zu 0,0969 ha, vorgetragen im Grundbuch ...“

Der Beteiligte zu 2 ist seit 10.8.1977 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Beschrieb lautet jetzt:

„Flst. 1045/6 N.straße 62, Wohnhaus, Nebengebäude, Garten zu 0,0969 ha, hierzu die zum Weg Flst. 990/3 gezogene Teilfläche (Best. Nr. 93).“

Mit Schreiben vom 26.10.1991 hat die Beteiligte zu 1 beim Grundbuchamt beantragt, gegen die Richtigkeit des Grundbuchs einen Widerspruch einzutragen, weil der Beteiligte zu 2 zu Unrecht als Eigentümer der Wegeteilfläche Flst. 990/3 eingetragen worden sei. Ausweislich des notariellen Kaufvertrags sei diese Teilfläche nicht an ihn veräußert worden.

Das Grundbuchamt hat die Eintragung eines Widerspruchs abgelehnt. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist unbegründet.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand:

a) Die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 GBO, die allein Ziel des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens sein kann (§§ 78, 71 Abs. 2 GBO), setzt voraus, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muß die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (*Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 53 Anm. 9 m. w. N.).

b) Im vorliegenden Fall steht weder eine Gesetzesverletzung bei der Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer fest noch ist erkennbar, daß das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist.

(1) Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer nicht gegen § 28 GBO verstoßen. § 28 Satz 1 GBO verlangt, daß in der Eintragungsbewilligung das betroffene Grundstück entweder „übereinstimmend mit dem Grundbuch“ oder „durch Hinweis auf das Grundbuchblatt“ bezeichnet wird. Diesem Erfordernis war im notariellen Kaufvertrag, der auch die Auflassung und die Eintragungsbewilligung enthält, Rechnung getragen. Da, wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat, die Vorschrift des § 28 GBO nicht formalistisch überspannt werden darf, ist die Eintragungsbewilligung der Beteiligten zu 1 im notariellen Kaufvertrag auszulegen. Diese Auslegung, die das Landgericht richtig vorgenommen hat, hinterläßt keinerlei Zweifel, daß die mit Flst. 990/3 bezeichnete Teilfläche an den Beteiligten zu 2 mitübereignet worden ist.

Abgesehen von den Gesichtspunkten, die das Landgericht für diese Auslegung angeführt hat, ergibt sich dies daraus, daß die Wegeteilfläche von Flst. 990/3 kein selbständiges Grundstück im Rechtssinne ist. Bei Flst. 990/3 handelt es sich um einen sog. Anliegerweg (auch Angrenzerweg genannt). Bei der Anlegung der Liegenschaftskataster in Bayern erhielten die vorhandenen Anliegerwege ohne Rücksicht auf die Eigentumsgrenzen eigene Flurstücknummern (*BayObLG* Rpfleger 1977, 103/104; *Bengel/Simmerding* Grundbuch, Grundstück, Grenze 3. Aufl. §§ 3, 4 Rdnrn. 22 und 24). Ein solcher Anliegerweg besteht aus so vielen Teilflächen wie Grundstücke im Rechtssinn daran grenzen, wobei jeder Grundstückseigentümer Alleineigentümer der vor seinem Grundstück liegenden Wegeteilfläche bis zur Mitte des Weges ist. Die Wegeteilfläche ist eigentumsrechtlich ein unselbständiger Bestandteil des angrenzenden Grundstücks (*BayObLG* Rpfleger 1977, 103/104; *BayObLG* 1981, 324/329 f. für ein Anliegergewässer; *Bengel/Simmerding* § 22 Rdnr. 45; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 563). Die Wegeteilfläche kann nur dann ein vom Hauptgrundstück verschiedenes rechtliches Schicksal haben, wenn sie vorher vermessen wurde und eine eigene Flurstücknummer erhält. Für dieses dann verselbständigte Grundstück muß zudem ein eigenes Grundbuchblatt angelegt werden (*BayObLG* Rpfleger 1977, 103/104 a. E.; *Bengel/Simmerding* § 22 Rdnrn. 46 und 47; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 668). Entsprechende Erklärungen enthält der notarielle Kaufvertrag nicht.

Demgemäß ergeben sich aus der Weglassung des Vermerks „hierzu die zum Weg Flst. 990/3 gezogene Teilfläche“ im

notariellen Kaufvertrag keinerlei Zweifel über den Vertragsgegenstand. Auch ohne diesen Zusatz ist das Grundstück „übereinstimmend mit dem Grundbuch“ bezeichnet (*Horber/Demharter* § 28 Anm. 5 a; *Meikel/Lichtenberger* Grundbuchrecht 7. Aufl. § 28 Rdnr. 40).

(2) Es ist auch nicht glaubhaft gemacht, daß das Grundbuch unrichtig ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Auflasung die Wegeteilfläche nicht mitumfaßt hätte. Das kann nach dem Wortlaut der Urkunde nicht angenommen werden. Als unselbständiger Grundstücksbestandteil mußte die Wegeteilfläche nicht ausdrücklich als Vertragsgegenstand genannt werden. Eine besondere Erwähnung wäre nur dann notwendig gewesen, wenn die Wegeteilfläche nicht auf den Beteiligten zu 2 hätte übertragen werden sollen. Dann wäre allerdings, wie vorstehend ausgeführt, außerdem eine Vermessung der Wegeteilfläche und die Anlegung eines eigenen Grundbuchblatts erforderlich gewesen. Nichts davon ist hier geschehen. Für die Entscheidung unerheblich ist die öffentlich-rechtliche Einstufung des Weges nach dem Bayer. Straßen- und Wegegesez, auf die der Beteiligte zu 2 hingewiesen hat.

Ob die notarielle Urkunde den erklärten Willen der Beteiligten zu 1 richtig wiedergibt, ist im Grundbuchverfahren ebensowenig zu prüfen wie die Frage einer etwaigen Anfechtung der damaligen Willenserklärung.

11. GBO § 53, 29 (*Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit aufgrund Unrichtigkeitsnachweises*)

**Die rangrichtige Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten kann im Wege der Grundbuchberichtigung entweder aufgrund Berichtigungsbewilligungen des Eigentümers des dienenden Grundstücks sowie der am dienenden Grundstück nachrangig dinglich Berechtigten oder aber aufgrund Unrichtigkeitsnachweises herbeigeführt werden. Im letzteren Fall sind lediglich Entstehen und Fortbestand des Altrechtes in der Form des § 29 GBO nachzuweisen; dem Eigentümer des dienenden Grundstücks sowie den daran dinglich Berechtigten ist dabei zwar rechtliches Gehör zu gewähren, es bedarf jedoch keiner Grundbuchbewilligungen ihrerseits.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Nürnberg-Fürth, Beschluß vom 11.6.1992, — Az. 13 T 3294/92 —, mitgeteilt von Inspektor i. N. *Rainer Haußmann*, Nürnberg

*Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte zu 1) und Antragsteller ist Eigentümer des Grundstücks Flur-Nr. 23/4 der Gemarkung G. Mit Anträgen vom 16.01.1992 verlangte er die Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit am Nachbargrundstück, Flur-Nr. 23/3 der Gemarkung G. Dazu legte er einen notariellen Vertrag des königlichen Notars S. vom 21.07.1890 vor, aus dem die seinerzeitige vertragliche Einräumung eines Durchgangsrechts ersichtlich ist.

Mit Zwischenverfügung vom 20.01.1992 verlangte das Grundbuchamt den Antrag in der Form des § 29 GBO und darüber hinaus Rangrücktrittserklärungen der im Grundbuch (nachträglich) in Abteilung II eingetragenen Berechtigten, da die altrechtliche Dienstbarkeit im Wege der Grundbuchberichtigung nur mit dem ihm zustehenden Rang im Grundbuch eingetragen werden könne.

Am 16.03.1992 ließ der Beteiligte zu 1) den Antrag in der Form des § 29 GBO vorlegen, in welchem auch ein Rangrücktritt des Antragstellers hinter die Rechte der Beteiligten zu 2) und 3) erklärt war, mit dem Hinweis, eine Berichtigungsbewilligung dieser Berechtigten sei zum rangrichtigen Eintrag derzeit nicht erreichbar.

Mit Beschluß vom 20.03.1992 wies das Amtsgericht den Antrag zurück mit dem Hinweis, es fehle für die Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit an erster Rangstelle die Eintragungsbewilligung der Betroffenen der Rechte in Abteilung II, ferner sei zur gewünschten Rangänderung die Einigung zwischen den vor- und zurücktretenden Berechtigten erforderlich.

Hiergegen ließ der Antragsteller am 07.04.1992 Erinnerung einlegen, auf deren Begründung bei den Akten Bezug genommen wird.

Das Amtsgericht half der Erinnerung nicht ab und legte die Sache dem Landgericht vor.

*Aus den Gründen:*

Auf die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung des Antragstellers ist der Beschluß des Amtsgerichts vom 20.03.1992 mitsamt der Zwischenverfügung vom 20.01.1992 in Nr. 2 aufzuheben gewesen. Zu Unrecht macht das Grundbuchamt die Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit von der Bewilligung der später in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Berechtigten abhängig, denn die Eintragung soll aufgrund Unrichtigkeitsnachweis geführt werden. Gelingt dieser Nachweis, bedarf es einer Bewilligung der betroffenen Berechtigten nicht.

Hierzu ist im einzelnen auszuführen:

1. Die Eintragung eines altrechtlichen Geh- und Fahrrechtes kommt im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 53 GBO in Betracht. Voraussetzung ist, daß entweder

a) die Berichtigungsbewilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks sowie Berichtigungsbewilligungen evtl. weiterer Berechtigter vorliegen, oder

b) der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs erbracht ist.

Der Antragsteller begehrt vorliegend die Eintragung über den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Denn für die Entstehung des Geh- und Fahrrechtes hat er den notariellen Begründungsvertrag aus dem Jahre 1890 vorgelegt.

Zutreffend geht das Amtsgericht davon aus, daß damit der Nachweis der Entstehung der altrechtlichen Dienstbarkeit erbracht ist. Dies alleine reicht jedoch noch nicht, um die Unrichtigkeit des Grundbuchs, wie das Grundbuchamt meint, annehmen zu können. Auch das Fortbestehen des Altrechtes ist in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (BayObLG 1991/139 [= MittBayNot 1991, 171], 142; BayObLG RPfl 1990/351). Dies ist jedoch noch nicht geschehen, denn der Antragsteller hat bislang einen Nachweis dafür, daß die altrechtliche Dienstbarkeit seit ihrer Entstehung im Jahre 1890 ununterbrochen ausgeübt worden ist (BayObLG 1991/144), nicht erbracht. Die bloße Behauptung, der Durchgang werde auch heute noch genutzt, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr muß der Antragsteller den vollen Beweis für seine Behauptung erbringen.

Dem Antragsteller wäre durch Zwischenverfügung aufzugeben gewesen, diesen Nachweis zu führen, bevor sein Antrag zurückgewiesen worden wäre. Das Grundbuchamt wird dies bei der künftigen Behandlung des Antrags nachzuholen haben.

2. Das Grundbuchamt wird, da Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises beantragt ist, auch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und den Berechtigten aus Abteilung II rechtliches Gehör zu gewahren haben (vgl. *Horber/Demharter*, Grundbuchordnung, 19. Aufl., § 22 Anm. 12 e), denn deren grundbuchmäßigen Rechte können durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt werden (*Horber/Demharter*, a. a. O., § 1 Anm. 16 a).

3. Schließlich ist der Beschluß des Amtsgerichts aufzuheben gewesen, soweit das Grundbuchamt die Bewilligung der Berechtigten aus Abteilung II des Grundbuchs zur Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit an erster Rangstelle verlangt.

Das Grundbuchamt stellt dabei zu Unrecht auf die Entscheidung des Kammergerichts (Jahrbuch 51, Seite 252) ab. In dem dort entschiedenen Fall ist der Nachweis des Bestehens der altrechtlichen Dienstbarkeit nicht geführt gewesen. Damit war eine Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nicht möglich. Vielmehr hatte der dortige Eigentümer des belasteten Grundstücks die Eintragung des Altrechts gem. § 19 GBO bewilligt. Wenn aber der Eigentümer die Belastung seines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit, deren Entstehung vor 1900 nicht nachgewiesen ist, nachher unter der Geltung der Grundbuchordnung bewilligt, bedarf es auch der Bewilligung der Gläubiger später zur Eintragung gekommener Rechte, denen die Dienstbarkeit im Range vorgehen soll. Denn auch diesen Berechtigten gegenüber gilt, daß die Entstehung der Dienstbarkeit nicht nachgewiesen ist.

Vorliegend beabsichtigt jedoch der Antragsteller, den Unrichtigkeitsnachweis zu führen. Gelingt ihm dies, bedarf es weder der Bewilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks, die das Grundbuchamt bislang zutreffend auch gar nicht verlangt hat, noch der Bewilligung der weiteren Berechtigten in Abteilung II. Denn deren Berichtigungs-bewilligung wird dann durch den geführten Unrichtigkeitsnachweis ersetzt (*Horber/Demharter*, a. a. O., § 22 Anm. 8 a).

4. Das Grundbuchamt wird daher mit neuer Zwischenverfügung dem Antragsteller aufzugeben haben, den Nachweis für das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit in der Form des § 29 GBO zu führen. Hierzu wird es auch Erkenntnisse gewinnen können nach erfolgter notwendiger Anhörung der belasteten Buchberechtigten zum Bewilligungsbegehren des Antragstellers.

Die Grundschuld war zuvor durch notariell beglaubigte Abtretungserklärung der Bayerischen Vereinsbank vom 26. 2. 1980 unter gleichzeitiger Übergabe des Briefes an den Eigentümer (= Verfahrensbeteiligter zu 2) abgetreten worden. In dieser Abtretungserklärung ist erwähnt, daß die Grundschuld mit Erklärung vom 14. 8. 1975 notariell an die Bayerische Vereinsbank abgetreten worden sei.

Die Verfahrensbeteiligten bewilligen und beantragen die pfandfreie Abschreibung einer Teilfläche des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks im Grundbuch.

Die Rechtspflegerin hat dem beauftragten Notar durch Zwischenverfügung vom 7. 11. 1991 aufgegeben, die Abtretungserklärung der Verfahrensbeteiligten zu 2) an die Bayerische Vereinsbank vom 14. 8. 1975 binnen einer Frist von 4 Wochen vorzulegen, andernfalls eine Zurückweisung der Eintragungsanträge erfolge.

Hiergegen richtet sich die mit Schriftsatz des befaßten Notars eingelegte Erinnerung, der die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat mit der Begründung, die Verfahrensbeteiligte zu 1) müsse ihre Berechtigung aus einer zusammenhängenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen, in welche die Bayerische Vereinsbank einzu beziehen sei und die auf den eingetragenen Gläubiger zurückführe, nachweisen; dies gelte auch dann, wenn der eingetragene Gläubiger in die Abtretungskette falle und erneut die Grundschuld weiter übertrage.

*Aus den Gründen:*

Die Erinnerung ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden; sie hat auch in der Sache Erfolg.

Die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin ist nicht gerechtfertigt; denn der beantragten Eintragung steht ein Hindernis nach § 18 Abs. 1 S. 1 GBO nicht entgegen.

Die beantragende Grundschuldgläubigerin, die Verfahrensbeteiligte zu 1), steht einem eingetragenen Berechtigten im Sinne des § 39 Abs. 1 GBO gleich, weil sich ihre Rechtsposition aus einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers (und Eigentümers), des Verfahrensbeteiligten zu 2), ergibt, womit die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 GBO erfüllt sind.

Daß die Grundschuld zwischenzeitlich möglicherweise an einen Dritten abgetreten war, wofür die vorgelegte Rückabtretungserklärung der Bayerischen Vereinsbank an den eingetragenen Gläubiger spricht, ist für die begehrte Eintragung bedeutungslos; denn die jetzige Grundschuldgläubigerin leitet ihre Berechtigung nicht aus einer Abtretung der Bayerischen Vereinsbank ab, sondern aus einer unmittelbaren Abtretung des eingetragenen Gläubigers und Eigentümers. Es ist also eine neue zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende formgültige Abtretungsreihe eröffnet.

Durch die begehrte Eintragung wird das Grundbuch — für das Grundbuchamt erkennbar — auch nicht offensichtlich unrichtig. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Entweder war nämlich die Bayerische Vereinsbank aufgrund einer notariellen oder notariell beglaubigten Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers (vom 14. 8. 1975) Berechtigter und hat ihr Recht durch die notariell beglaubigte Rückabtretung an den eingetragenen Gläubiger vom 26. 2. 1980 wirksam wieder zurückübertragen (§ 1155 BGB), oder die Abtretung an die Bayerische Vereinsbank vom 14. 8. 1985 war — aus welchen Gründen auch immer — ungültig, was zur Folge hätte, daß der eingetragene Gläubiger Berechtigter geblieben wäre.

Aber selbst wenn die Bayerische Vereinsbank ihre frühere — vermeintliche — Rechtsposition aus einer Abtretungserklärung eines nicht legitimierten Dritten abgeleitet oder wenn die Abtretungserklärung nicht den Formerfordernissen des § 1155 BGB entsprochen hätte, wäre das für das Grundbuchamt unbeachtlich, weil Anhaltspunkte für eine

12. BGB § 1155, GBO § 39 Abs. 2 (*Zur Legitimation eines nichteingetragenen Grundschuldbriefbesitzers*)

**Es genügt zur Legitimation des nichteingetragenen Eigenbesitzers eines Grundschuldbriefes auch gegenüber dem Grundbuchamt, daß eine Kette beglaubigter Abtretungserklärungen auf den im Grundbuch eingetragenen Gläubiger zurückführt. Dies gilt auch dann, wenn das Grundbuchamt von früheren Abtretungen des eingetragenen Gläubigers an Dritte Kenntnis hat. Die erneute formgültige Abtretung durch den eingetragenen Gläubiger eröffnet eine neue Abtretungsreihe mit Legitimationswirkung im Sinne des § 1155 BGB.**

*(Leitsatz nicht amtlich)*

AG Pirmasens, Beschluß vom 16. 1. 1992 — WF 16/624 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Gerald Wolf*, Waldfischbach-Burg-alben.

*Aus dem Tatbestand:*

Der Verfahrensbeteiligte zu 2) ist eingetragener Eigentümer des betroffenen Grundstücks. In Abteilung III des Grundbuchs ist eine Eigentümerbriefgrundschuld in Höhe von 15.000,— DM nebst Zinsen eingetragen. Diese hat der Verfahrensbeteiligte zu 2) durch notariell beglaubigte Abtretungserklärung vom 31. 3. 1980 an die Verfahrensbeteiligte zu 1) unter gleichzeitiger Übergabe des Grundschuldbriefes abgetreten.

solche Fallgestaltung nicht vorliegen. Das Grundbuchamt hat die materielle Rechtslage, die mit der formellen nicht übereinstimmt, nur dann zu beachten, wenn sie klar erkennbar ist. Das ist aber bei dieser Konstellation nicht der Fall. Das Grundbuchamt müßte hier zur Feststellung der materiellen Rechtslage Ermittlungen anstellen, wie es die Rechtspflegerin mit der angefochtenen Zwischenverfügung auch getan hat. Das sprengt aber den Rahmen der dem Grundbuchamt obliegenden Pflicht, lediglich die formellen Voraussetzungen der beantragten Eintragung zu überprüfen.

Auch für das Grundbuchamt gilt die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die besagt, daß dem im Grundbuch als Berechtigten eines Rechts Eingetragenen das Recht auch tatsächlich zusteht. Das weitere Erfordernis des Briefbesitzes bei der hier vorliegenden Briefgrundschuld ist ebenfalls erfüllt.

### 13. BGB §§ 2316, 2057 a (§ 2316 findet auch zu Ungunsten eines Pflichtteilsberechtigten Anwendung)

**Besondere Mitarbeit oder Pflegetätigkeit eines Abkömmlings (§ 2057 a BGB) ist im Rahmen der Pflichtteilsberechnung gem. § 2316 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn dieser Abkömmling testamentarisch zum Alleinerben eingesetzt wurde. § 2316 BGB findet also nicht nur zugunsten des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings Anwendung (a. A. OLG Stuttgart, DNotZ 1989, 184).**

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Nürnberg, Urteil vom 25. 2. 1992 — 1 U 3542/91 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, ihre Schwester, einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von zuletzt 85.657,32 DM geltend.

Die Parteien sind die einzigen Kinder des am 22.1.1988 verstorbenen Landwirts L. Die Mutter der Parteien und Ehefrau des L. war bereits am 2.5.1976 verstorben.

Durch notarielles Testament vom 21.1.1988 wurde die Beklagte Alleinerbin ihres Vaters.

Wegen der näheren Umstände sowie des Sach- und Streitstands in erster Instanz wird gem. § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Amberg vom 9.10.1991 Bezug genommen, mit dem der Klage in Höhe von 76.507,32 DM stattgegeben wurde.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Sie ist der Ansicht, ihre für den Hof des Erblassers und dessen Betreuung geleistete Arbeit im Rahmen des § 2057 a BGB sei so hoch anzusetzen, daß überhaupt kein Pflichtteilsanspruch mehr verbleibe. So habe sie seit ihrer Schulentlassung im Jahre 1967 bis zum Tod des Erblassers in wechselndem Umfang auf dessen Hof mitgearbeitet, ihm nach dem Tod der Mutter seinen Haushalt mitversorgt und ihn, als er zunehmend gebrechlich wurde, gepflegt. Außerdem habe das Landgericht fälschlich einen ihr gegen den Vater als dem Alleinerben der Mutter zustehenden Pflichtteilsanspruch in Höhe von 8.000,00 DM nicht als Nachlaßverbindlichkeit berücksichtigt und zu Unrecht eine Ausstattung in Höhe von 15.000,00 DM zu ihrem Nachteil angerechnet.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten führt zu einer Ermäßigung des Pflichtteilsanspruchs der Klägerin.

Der Senat kommt zu dem Ergebnis, daß der gemäß § 2316 Abs. 1 BGB berichtigte gesetzliche Erbteil der Klägerin 67.614,65 DM, mithin ihr Pflichtteilsanspruch 33.807,33 DM beträgt (§ 2303 Abs. 1 BGB).

Die Parteien gehen übereinstimmend in der Berufungsinstanz von einem Reinnachlaß in Höhe von 342.629,30 DM

aus, wobei allerdings die Frage der Bewertung des Pflichtteilsanspruchs der Beklagten gegen den Erblasser in Höhe von 8.000,00 DM als Nachlaßverbindlichkeit noch streitig ist.

Nach Meinung des Senats liegt hier eine den Nachlaß mindernde Verbindlichkeit vor. Der unstreitig beim Erbfall bestehende Pflichtteilsanspruch der Beklagten gegen den Erblasser ist infolge ihrer Alleinerbschaft durch Konfusion untergegangen, was einer Erfüllung des Anspruchs gleichkommt. Gleichwohl bestand im Zeitpunkt des Erbfalles diese Schuld, die zu einer Minderung des Nachlasses führte (vgl. auch Münchener Kommentar, 2. Aufl., Rdnr. 8 zu § 1976).

Somit ergibt sich ein endgültiger Reinnachlaß von 334.629,30 (342.629,30 DM ./. 8.000,00 DM).

Die Klägerin konnte nicht nachweisen, daß eine Ausstattung im Sinne von §§ 2050, 1624 BGB gem. §§ 2316, 2055 BGB zu ihren Gunsten anzurechnen ist. Für ihre bestrittene Behauptung, der Erblasser hätte der Beklagten 15.000,00 DM für den Kauf einer Küche zur Verfügung gestellt, ist sie beweisfällig geblieben. Die Beklagte hat lediglich allgemein eingeräumt, 5.000,00 DM vom Erblasser geschenkt bekommen zu haben. Aus diesen Angaben ergibt sich jedoch nicht, daß eine Ausstattung im Sinne der oben genannten Vorschriften vorlag.

Bei der Berechnung des Pflichtteils ist gem. §§ 2316, 2057 a BGB zugunsten der Beklagten eine Ausgleichung in Höhe von 199.400,00 DM in Ansatz zu bringen.

§ 2316 BGB ist nicht nur zugunsten des Pflichtteilsberechtigten, sondern auch zugunsten des als Alleinerben eingesetzten Abkömmlings anwendbar (a. A. OLG Stuttgart, DNotZ 89, 184 mit ablehnender Anmerkung Cieslar sowie Palandt, BGB, 51. Aufl., Rdnr. 1 zu § 2316). Der Wortlaut dieser Vorschrift gibt für eine Beschränkung auf Einwendungen und Leistungen, die zugunsten des Pflichtteilsberechtigten wirken, nichts her. Sinn der Vorschrift ist, § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB näher zu konkretisieren, und zwar dergestalt, daß der (hypothetische) gesetzliche Erbteil in dem Umfang zugrunde gelegt wird, den er unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflichten der §§ 2050 ff. und des § 2057 a BGB erfährt (vgl. z. B. Staudinger/Fendl-Cieslar, 12. Aufl., Rdnr. 3 zu § 2316). § 2316 BGB beantwortet also die Frage, wie sich der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten errechnet, wenn dieser im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausgleichungspflichtig oder ausgleichungsberechtigt geworden wäre (so Münchener Kommentar, 2. Aufl., Rdnr. 3 a. E zu § 2315).

Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, daß bei gesetzlicher Erbfolge (oder bei einer gewillkürten, bei der der Erblasser die gesetzliche Erbfolge wählt, vgl. § 2052 BGB), der Ausgleichungsberechtigte unter Umständen mehr erhält als bei einer Einsetzung als Alleinerbe. Beträgt z. B. bei zwei Abkömmlingen der Nachlaß 100.000,00 DM und sind 60.000,00 DM gem. § 2057 a BGB zur Ausgleichung zu bringen, so bleiben bei gesetzlicher Erbfolge dem Ausgleichungsberechtigten A 80.000,00 DM und dem Verpflichteten B 20.000,00 DM. Ist A Alleinerbe, bekäme er unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Klägerin nur 75.000,00 DM, weil B einen ungeschmälernten Pflichtteilsanspruch von 25.000,00 DM hätte.

Das Vorbringen der Klägerin zur Untermauerung ihres Rechtsstandpunktes, nämlich daß bei einer gewillkürten, von der gesetzlichen abweichenden, Erbfolge der Erblasser stets schon eine bei gesetzlicher Erbfolge bestehende Ausgleichungspflicht berücksichtigt habe, kann daher nicht überzeugen.

Zu Grund und Höhe der Ausgleichspflicht hat der Senat folgendes erwogen:

Die Beklagte hat durch Mitarbeit im Haushalt und Geschäft des Erblassers während eines Zeitraums von mehr als 21 Jahren in besonderem Maße dazu beigetragen, das Vermögen des Erblassers zu erhalten und zu vermehren (§ 2057 a Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Voraussetzungen für eine Anrechnung der in den letzten Jahren erforderlichen Pflege des Erblassers liegen hingegen nicht vor, weil diese nicht unter Verzicht auf eigenes berufliches Einkommen geschah (§ 2057 a Abs. 1 Satz 2 BGB). Zu berücksichtigen sind neben den übrigen Umständen in erster Linie Dauer und Umfang der Leistungen sowie der Wert des Nachlasses (§ 2057 a Abs. 3 BGB), wobei auf eine Nachrechnung jeder Einzelheit verzichtet werden und statt dessen eine pauschale Schätzung vorgenommen werden kann (vgl. z.B. *Staudinger/Werner*, 12. Aufl., Rdnr. 1 zu § 2057 a).

Es liegt nahe, die gesamte Mitarbeit der Beklagten in drei Zeiträume zu gliedern und diese getrennt zu bewerten:

1. Juli 1967 bis Oktober 1970 (40 Monate)

Die Beklagte wurde im Juli 1967 aus der Hauptschule entlassen. Sie erlernte im Gegensatz zur Klägerin, die Kindergärtnerin wurde, keinen Beruf, sondern arbeitete bis November 1970 ganztags im Haushalt und auf dem 8 ha großen Hof des Erblassers, der selbst als Maschinenwärter einer Vollzeit-Beschäftigung in einem Hüttenwerk nachging. Es bestand bereits seinerzeit beim Erblasser eine 30%ige MdE. Die Ehefrau und Mutter der Beklagten litt seit 1963/64 an Herzbeschwerden. Von Frühjahr 1968 bis Sommer 1970 half die Beklagte außerdem noch bei der Aufstockung und dem Umbau des elterlichen Anwesens. Während dieser Zeit hatte sie Verköstigung und Wohnung im Rahmen ihres Unterhaltsanspruchs frei. Daß sie gem. § 1619 BGB zur Mitarbeit verpflichtet war, steht der Ausgleichspflicht nicht entgegen (§ 2057 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

Der Senat hält für diesen Zeitraum einen Ausgleichsbetrag von 800,00 DM im Monat, das sind insgesamt 32.000,00 DM für angemessen.

2. November 1970 bis April 1976 (66 Monate)

Die Beklagte heiratete im November 1970 und zog auf den in der Nähe gelegenen, ca. 20 ha großen Hof ihres Ehemannes, der ebenfalls wie der Erblasser ganztags in abhängiger Stellung berufstätig war. Beim Erblasser bestand ab 1975 eine MdE von 60%. Die Beklagte war in diesem Zeitraum in deutlich geringerem Umfang auf dem Hof des Erblassers tätig, was sich schon daraus ergibt, daß sie den eigenen Hof weitgehend allein bewirtschaften und ihre Kinder versorgen mußte. Allerdings erbrachte ihr Ehemann in gewissem — durch die eigene Erwerbstätigkeit beschränktem — Umfang mit seinen landwirtschaftlichen Geräten ebenfalls Arbeitsleistungen auf dem Hof des Erblassers. Andererseits wurden aber auch umgekehrt Geräte von diesem Hof auf dem Hof der Beklagten verwendet. Diese Leistungen des Ehemannes kann die Beklagte ebenfalls im Rahmen des § 2057 a BGB geltend machen (vgl. z.B. Münchener Kommentar, 2. Aufl., Rdnr. 20 zu § 2057 a). Der Senat bewertet die Mitarbeit in diesem Zeitabschnitt mit durchschnittlich 400,00 DM im Monat, so daß sich ein Ausgleichsbetrag von insgesamt 26.400,00 DM ergibt.

3. Mai 1976 bis Januar 1988 (141 Monate)

Im Mai 1976 starb die Ehefrau des Erblassers und Mutter der Beklagten. Der Erblasser war ab 1976 nicht mehr berufstätig und bezog eine Rente in Höhe von etwa 400,00 DM, die sich bis 1988 auf rund 650,00 DM erhöhte. 1984 wurde eine Minderung der Erwerbsfähigkeit des Erblassers um 70% festgestellt. Außerdem lagen die Voraussetzungen des Merkmals „G“ (= Gehbehinderung) im Sinne des Schwerbehindertengesetzes vor. Krankenhausaufenthalte von mehrwöchiger Dauer häuften sich.

Die Beklagte versorgte in diesem Zeitraum vollständig den Haushalt des Erblassers, der bis zehn Monate vor seinem Tod in seinem Anwesen, danach bei der Beklagten wohnte. Mit zunehmendem Alter und dem Nachlassen der körperlichen Leistungsfähigkeit des Erblassers vermehrte sich auch der Einsatz der Beklagten und ihres Ehemannes in der Landwirtschaft des Vaters. Daß die Leistungen der Beklagten nicht nur der Erhaltung des Vermögens des Erblassers, sondern auch der Vermehrung dienten, zeigt der Umstand, daß letzterer von 1979 bis 1988 trotz seiner niedrigen Rente ein Guthaben von rund 74.000,00 DM ansparen konnte. Der Erblasser konnte nämlich noch 1979, als die Klägerin ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Tod der Mutter gerichtlich geltend machte, diesen nur in monatlichen Raten von 220,00 DM erfüllen.

Der Senat hält daher für die Mitarbeit auf dem Hof und dem Haushalt des Erblassers im Durchschnitt einen Ausgleichsbetrag von 1.000,00 DM im Monat, das sind zusammen 141.000,00 DM, für angemessen.

Der gesamte Ausgleichsbetrag beläuft sich demnach auf 199.400,00 DM. Dies ergibt einen gem. § 2057 a BGB berechtigten gesetzlichen Erbteil im Wert von 67.614,65 DM ( $334.629,30 \cdot 199.400,00 = 135.229,30 : 2 = 67.614,65$  DM) und einen Pflichtteil von 33.807,33 DM.

B.

#### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

14. FGG § 20 Abs. 2; AktG 1965 §§ 36 Abs. 1, 23 Abs. 3 Nr. 2 (*Zulässigkeit offener Vorratsgründung von Aktiengesellschaften*)

- a) Auch die erstmalige Anmeldung der Aktiengesellschaft zum Handelsregister durch die in § 36 Abs. 1 AktG genannten Personen erfolgt im Namen der Gesellschaft. Die Gesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand, ist daher auch beschwerdeberechtigt i. S. des § 20 Abs. 2 FGG (Ergänzung zu BGHZ 105, 324).
- b) Die Gründung von Vorrats-Aktiengesellschaften ist zulässig, wenn die Bestimmung der Gesellschaft, als sog. Mantel für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebs zu dienen, bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes deutlich klargestellt wird (sog. offene Vorratsgründung). Ausreichend dafür ist die Angabe „Verwaltung des eigenen Vermögens“. Eine wegen der Angabe eines unzutreffenden Unternehmensgegenstandes unwirksame sog. verdeckte Vorratsgründung liegt auch dann vor, wenn der angegebene Unternehmensgegenstand nicht in absehbarer Zeit verwirklicht werden soll.

BGH, Beschluß vom 16.3.1992 — II ZB 17/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Mit Beschluß vom 29.11.1990 hat das Amtsgericht Stuttgart — Registergericht — den Antrag auf Bestellung eines Gründungsprüfers für die A. AG, sowie die von ihren Gründern, Aufsichtsratsmitgliedern und ihrem Alleinvorstand bewirkte Anmeldung dieser Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Wahl des Gesellschaftssitzes in Stuttgart sei rechtsmißbräuchlich und unwirksam. Es handle sich außerdem um eine unzulässige Vorratsgründung. Der angegebene Unternehmensgegenstand sei rein fiktiv und die Satzung deshalb wegen Fehlens der nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG erforderlichen Angabe nichtig. Dieselbe Personengruppe habe in dem Zeitraum zwischen September 1989 und Juli 1990 eine Vielzahl von Aktiengesellschaften, die alle dieselben Gründer, Aufsichtsratsmitglieder sowie dasselbe Vorstandsmitglied gehabt hätten, mit sehr farblosen, wenig konkreten Unternehmensgegenständen angemeldet. Dieses Vorgehen der auch im gegebenen Fall wieder beteiligten Personen mache deutlich, daß eine ernsthafte Absicht der Aufnahme einer dem angegebenen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftstätigkeit nicht bestehe, sondern es vielmehr darum gehe, Gesellschaften ins Leben zu rufen, über deren Verwendung erst im Bedarfsfalle entschieden werden solle. Die gegen diese Entscheidung von der Gesellschaft, vertreten durch ihren (Allein-)Vorstand, eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts Stuttgart, 4. Kammer für Handelsachen, vom 22.1.1991 zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Stuttgart legt die dagegen „namens und in Vollmacht des Vorstandes der Gesellschaft“ eingelegte Beschwerde so aus, daß der Vorstand auch in diesem Rechtszug nicht für sich selber, sondern im Namen der Gesellschaft handeln will. Es möchte der Beschwerde stattgeben, sieht sich daran aber gehindert, weil es nach der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung, die bei der Anmeldung einer Kapitalgesellschaft nicht das Vertretungsorgan allein, sondern nur alle anmeldenden Personen gemeinsam als beschwerdeberechtigt ansieht (BayObLG AG 1973, 344 und für die GmbH BayObLG BB 1985, 610; BayObLGZ 1986, 454 = DB 1987, 215 [= MittBayNot 1987, 47]; BayObLG BB 1987, 1627; OLG Hamm OLGZ 1981, 419 und DB 1984, 238; KG OLGZ 1969, 501; OLG Köln OLGZ 1987, 33), die weitere Beschwerde mit der Maßgabe zurückweisen müßte, daß die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird. Es hat sie deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Die vorstehend bezeichneten Gerichte haben in den angeführten Beschlüssen die Ansicht vertreten, bei Kapitalgesellschaften stehe die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung einer angemeldeten Tatsache in das Handelsregister nur den anmeldenden Personen gemeinsam, nicht aber der Gesellschaft zu. Von diesen Entscheidungen müßte das vorliegende Gericht abweichen, wenn es der weiteren Beschwerde stattgeben will, weil es das Beschwerderecht der Gesellschaft, vertreten durch ihr gesetzliches Vertretungsorgan, zubilligt. Wie das vorliegende Gericht zutreffend erkennt, kann diese Rechtsfrage auch nicht durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHZ 105, 324 als geklärt gelten, weil diese eine Anmeldung in den Angelegenheiten einer bereits eingetragenen Gesellschaft betrifft und der Fall der erstmaligen Anmeldung einer Kapitalgesellschaft hinsichtlich der Beschwerdebefugnis nicht notwendigerweise rechtlich gleich zu beurteilen sein muß.

1. a) Die von dem verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalt „namens und in Vollmacht des Vorstandes der Gesellschaft“ eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig. Entsprechendes gilt auch für die von der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, eingelegte Erstbeschwerde. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung BGHZ 105, 324, 327 f. ausgeführt hat, erfolgt jedenfalls eine Anmeldung, die auf eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung gerichtet ist, im Namen der Kapitalgesellschaft, in deren Angelegenheiten die Eintragung zu bewirken ist. Bei Ablehnung der Eintragung ist sie deshalb beschwert und infolgedessen auch beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 2 FGG). Zwar hat die be-

zeichnete Senatsentscheidung nicht den Fall einer Aktiengesellschaft in Gründung zum Gegenstand, sondern die Eintragung eines Unternehmensvertrages bei der GmbH. Der dort ausgesprochene Grundsatz gilt aber auch für die erstmalige Eintragung einer Aktiengesellschaft. Die auch im Schrifttum bisher noch überwiegende gegenteilige Ansicht wird, soweit sie nicht noch auf der vom Senat in BGHZ 105, 324 aufgegebenen Auffassung beruht, die generell nur die anmeldenden Personen als solche als Antragsteller und deshalb als Beschwerdeberechtigte gem. § 20 Abs. 2 FGG ansah (vgl. KK/Kraft, AktG 2. Aufl. § 38 Rdnr. 17; Eckardt in: *Geßler/Hefermehl*, AktG § 36 Rdnr. 19; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG 7. Aufl. § 9 c Rdnr. 36 und § 11 Rdnr. 34; *Hueck* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 9 c Rdnr. 2; *Meyer-Landrut*, GmbHG § 10 Rdnr. 10; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. § 10 Rdnr. 1; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 8. Aufl. § 9 c Rdnr. 44), nicht dem veränderten, heute nahezu unangefochtenen Verständnis von der Rolle und dem Wesen der Vorgesellschaft gerecht (vgl. insoweit *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. und *Bassenge/Herbst*, FGG/RPflG 5. Aufl. § 125 Anm. 5 d, die ohne weiteres davon ausgehen, daß die Entscheidung BGHZ 105, 324 nur die bereits eingetragene Gesellschaft betreffe). Dies gilt für die Aktiengesellschaft nicht anders als für die GmbH.

Danach ist die Vorgesellschaft (vgl. dazu und zu den folgenden Ausführungen insbesondere BGHZ 80, 129 ff. [= MittBayNot 1981, 192] sowie aus dem Schrifttum statt aller *Eckardt* in: *Geßler/Hefermehl* a. a. O. § 29 Rdnr. 6 ff. und neuerdings *Weimar*, AG 1992, 69 ff. — für die AG — sowie *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 11 Rdnr. 24 ff. — für die GmbH —, jeweils m. w. N.) als notwendige Vorstufe zu der mit der Eintragung entstehenden juristischen Person als werdende Kapitalgesellschaft bereits ein eigenständiges, von ihren Gründern und Gesellschaftern verschiedenes körperschaftlich strukturiertes Rechtsgebilde mit eigenen Rechten und Pflichten. Die Vorgesellschaft als solche und nicht jeder einzelne Gesellschafter oder eine von ihr verschiedene Gesamtheit ihrer Gesellschafter ist Träger der eingebrachten Vermögenswerte. Die Vorgesellschaft verfügt bereits über eine eigene Firma oder doch jedenfalls über einen eigenen Namen, ist konto- und grundbuchfähig, nach der im Schrifttum herrschenden Auffassung auch wechsel- und scheckfähig, und auch im übrigen imstande, durch ihre Geschäftsführung oder ihren Vorstand als satzungsmäßiges Vertretungsorgan nach außen geschlossen aufzutreten und eigene Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, deren Träger nicht die Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selber ist, die infolgedessen auch schon die Fähigkeit besitzt, als solche die Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters in einer Kommanditgesellschaft zu übernehmen. Ihr Wesen als die im Entstehen begriffene Kapitalgesellschaft zeigt sich auch darin, daß die ihr übertragenen Vermögenswerte und die in ihrer Vertretung begründeten Rechte und Pflichten mit der Eintragung automatisch auf die damit entstandene juristische Person übergehen. Sie ist mithin die durch Eintragung zur Rechtsfähigkeit gelangende Kapitalgesellschaft. Als solche besitzt sie grundsätzlich auch die Fähigkeit, im Registerverfahren Beteiligte zu sein. Mit dieser Auffassung vom Wesen der Vorgesellschaft wäre es nur schwer vereinbar, ihr diese Stellung ausgerechnet in ihrem eigenen Eintragungsverfahren, das ihr zur Erlangung der vollen Rechtsfähigkeit verhelfen soll, zu versagen und ihr insoweit unter Leugnung ihres im übrigen in nahezu allen anderen Bereichen anerkannten Eigenlebens in striktem Gegensatz zu der bereits eingetragenen Gesellschaft lediglich

die Rolle eines nicht am Verfahren beteiligten Objekts der Tätigkeit der anmeldenden Personen zuzuweisen. In konsequenter Fortführung der in den letzten Jahrzehnten entwickelten Auffassung vom Wesen der Vorgesellschaft ist vielmehr davon auszugehen, daß auch die erstmalige Anmeldung der Gesellschaft durch ihre Geschäftsführer (§§ 7, 78 GmbHG) oder ihre Vorstands-, Aufsichtsratsmitglieder und Gründer (§ 36 AktG) nicht anders als alle späteren konstitutiven Anmeldungen bereits im Namen der Gesellschaft erfolgt. Durch die Ablehnung des Antrags auf erstmalige Eintragung im Handelsregister beschwert und infolgedessen beschwerdeberechtigt ist deshalb die Gesellschaft, der dadurch die Erlangung ihrer vollen Rechtsfähigkeit versagt wird. Dabei wird sie durch die Mitglieder ihres dafür nach Gesetz und Satzung zuständigen Organs in vertretungsberechtigter Zahl vertreten.

b) Der Umstand, daß die Anmeldung der Aktiengesellschaft nach § 36 Abs. 1 AktG von allen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats vorzunehmen ist, steht der vorstehenden Auslegung des § 20 Abs. 2 FGG nicht entgegen. Wenn sich das Gesetz bei der Anmeldung einzelner Vorgänge nicht mit der Anmeldung durch die Mitglieder des Vorstandes oder die Geschäftsführer, jeweils in vertretungsberechtigter Zahl, begnügt, sondern die Mitwirkung weiterer Personen bei der Anmeldung vorschreibt, so geht es ihm darum, diese Personen zusätzlich in die Verantwortung für die Ordnungsgemäßheit dieser in ihrer Bedeutung herausgehobenen, in besonderem Maße schutzwürdige Interessen auch der Allgemeinheit und der Gesellschaftsgläubiger berührenden Vorgänge und die Richtigkeit ihrer Anmeldung einzubinden. Dies zeigt sich vor allem auch daran, daß ihre Anmeldung regelmäßig mit Erklärungen oder Versicherungen zu verbinden ist, für deren Richtigkeit diese Personen die zivil- und strafrechtliche Mitverantwortung übernehmen sollen. (*Wird ausgeführt*).

2. Von einer Mantel- oder Vorratsgründung (früher auch als Fassongründung bezeichnet, vgl. KG JFG 1, 200, 201) spricht man bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft, bei welcher der in der Satzung angegebene Gegenstand des Unternehmens, § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG (entsprechend bei der GmbH § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) gar nicht oder doch mindestens vorerst nicht verwirklicht werden soll (KK/Kraft a. a. O. § 23 Rdnr. 55; Barz in: Groß.Komm. zum AktG 3. Aufl. § 23 Anm. 13; zu der entsprechenden Erscheinung bei der GmbH s. Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 3 Rdnr. 32, 33 m. w. N.). Die Gründung einer solchen Kapitalgesellschaft, die in Ermangelung einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung zunächst nur die äußere Rechtsform einer solchen, eine leere „Hülse“ (KG JW 1924, 1537) ist, dient dem Zweck, eine juristische Person auf Vorrat zu schaffen, die erst später bei Bedarf im Wege der sogenannten Mantelverwendung — vielfach, aber nicht notwendigerweise nach Erwerb durch andere Gesellschafter und unter Auswechslung ihrer Organmitglieder sowie unter Änderung des in der Satzung angegebenen Unternehmensgegenstandes und ihres Sitzes — unternehmerischer Verwendung zugeführt werden soll. Dahinter steht regelmäßig die Absicht der Gründer, einem späteren Nutzer, insbesondere auch Erwerber, bei Bedarf sofort für den angegebenen oder jeden beliebigen anderen Zweck eine Kapitalgesellschaft zur Verfügung stellen zu können, um ihm die mit der (Neu-)Gründung einer Kapitalgesellschaft zum Zwecke der Erlangung der Haftungsbeschränkung verbundenen erheb-

lichen und zeitraubenden Gründungsformalitäten einschließlich etwaiger dabei auftretender Haftungsgefahren zu ersparen. Das früher mindestens teilweise zusätzlich verfolgte Ziel, steuerliche Verlustvorträge für das neue Unternehmen nutzen zu können, ist seit Inkrafttreten des Steuerreformgesetzes 1990 (BGBl. 1988 I, 1093, Art. 2 Ziff. 3 und 12) fortgefallen.

a) Die Bedenken gegen die Zulassung derartiger Vorratsgründungen beruhen aus der hier allein maßgeblichen gesellschaftsrechtlichen Sicht in erster Linie auf der Befürchtung, daß bei einer späteren Verwendung des Mantels die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten. Diese Besorgnis rechtfertigt jedoch kein generelles, präventiv wirkendes Verbot der Gründung von Vorratsgesellschaften (gegen die Zulässigkeit einer solchen Gründung aber im Ergebnis mit im einzelnen unterschiedlichen Begründungen KG JFG 1, 200; 3, 193; OLG Köln GmbHR 1988, 25; Barz a. a. O.; Baumbach/Hueck, AktG 13. Aufl. § 23 Anm. 5; Scholz/Emmerich, GmbHG 7. Aufl. § 3 Rdnr. 19; Hueck in: Baumbach/Hueck a. a. O. § 3 Rdnr. 13; Roth, GmbHG 2. Aufl. § 3 Anm. 2.3.3). Zweck der Gründungsvorschriften ist es in erster Linie, die reale Aufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Ausgleich für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sicherzustellen. Diesem Anliegen wird aber auch bei einer Vorratsgründung in dem vom Gesetz geforderten Umfang Rechnung getragen. Die Gesellschaft erhält wie jede andere den ihr nach Gesetz und Satzung zustehenden Haftungsfonds und muß sich wie jede andere Kapitalgesellschaft gleichen Typs darauf sowie auf die Einhaltung der gesetzlichen Gründungsvorschriften im übrigen vom Registergericht kontrollieren lassen. Bezieht sich mithin das Bedenken einer Gesetzesumgehung nicht auf die Gründung der Gesellschaft, sondern auf Gefahren, die allein im Zusammenhang mit der späteren Verwendung des Mantels zu besorgen sind, so spricht schon dieser Umstand dafür, ihm nicht in Form eines generellen, präventiv wirkenden Verbots der Gründung, sondern bei der späteren wirtschaftlichen Neugründung Rechnung zu tragen, was durch eine sinnngemäße entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften bei der Mantelverwendung geschehen kann (vgl. dazu — jeweils für die GmbH — statt aller Priester DB 1983, 2291, 2295 ff. sowie Ulmer BB 1983, 1125 f. sowie bei Hachenburg a. a. O. Rdnr. 39 ff.; s. aber auch Scholz/Emmerich a. a. O. § 3 Rdnr. 22; Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 3 Rdnr. 8; Meyer-Landrut a. a. O. § 3 Rdnr. 17). Die dabei auftretende Schwierigkeit, Mantelverwendungen zu erkennen und in geeigneter Form zu kontrollieren, dürfte für das Registergericht im Ergebnis nicht wesentlich größer sein als diejenige festzustellen, ob es sich bei der zur erstmaligen Eintragung angemeldeten Gesellschaft um eine verdeckte Mantelgründung handelt. Gegen die Annahme einer allgemeinen Unzulässigkeit von Vorratsgründungen spricht ferner der Umstand, daß das eingangs bezeichnete Anliegen, das mit der Gründung derartiger Gesellschaften verfolgt wird, nicht von vornherein als unberechtigt und mißbräuchlich gelten kann. Angesichts des vor allem bei der Aktiengesellschaft, aber auch bei der GmbH, sehr komplizierten Gründungsverfahrens und der Dauer des Eintragungsvorgangs ist das Bedürfnis, den damit verbundenen Zeitverlust zu vermeiden oder doch mindestens abzukürzen und erforderlichenfalls über eine Kapitalgesellschaft verfügen zu können, die ihren Geschäftsbetrieb umgehend auf-

nehmen kann, wirtschaftlich durchaus anzuerkennen. Auch der Wunsch, die mit einer Aufnahme des Geschäftsbetriebs vor Eintragung der Gesellschaft verbundenen Gefahren persönlicher Haftung nach Möglichkeit zu vermeiden, ist, ohne daß dazu an dieser Stelle abschließend Stellung zu nehmen ist, jedenfalls nicht von vornherein unberechtigt, da es sich um ein Haftungsrisiko handelt, das zu wesentlichen Teilen erst durch die Dauer der Bearbeitung der Anmeldung beim Handelsregister geschaffen wird (so insbesondere *Priester* a. a. O. S. 2299 und *Bommert*, GmbH 1983, 209). Hinzu kommt, daß (worauf vor allem *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. § 4 III. 2. S. 61 hingewiesen hat) das geltende Recht keine befriedigende Möglichkeit vorsieht, gegen alte Mäntel, die in der Folge nachträglicher Einstellung des Geschäftsbetriebes leer geworden sind, einzuschreiten. Eine Löschung derartiger Gesellschaften ist nach § 2 LösSchG erst dann möglich, wenn sie vermögenslos geworden sind, d. h. ohne verwertbares Vermögen sind, nicht aber solange überhaupt noch Vermögen, wenn auch möglicherweise weit unterhalb der Grund- oder (bei der GmbH) Stamm-Kapitalziffer vorhanden ist. Trotzdem wird die Verwendung solcher Mäntel, wenn auch zumeist verbunden mit der Forderung nach Wahrung der Kontrolle einer den gesetzlichen Mindestvorschriften entsprechenden Kapitalausstattung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung, im Schrifttum heute überwiegend für zulässig erachtet (vgl. *Scholz/Emmerich* a. a. O. § 3 Rdnr. 21, 22; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 3 Rdnr. 8; *Roth* a. a. O. § 3 Anm. 2.3.3 sowie *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 3 Rdnr. 37 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in FN 63; aus der Rechtsprechung s. OLG Karlsruhe DB 1978, 1219). Im Vergleich dazu erscheint die Gründung und spätere Verwendung einer zunächst inaktiven Vorratsgesellschaft eher weniger gefährlich, da ihre bei der Gründung durch das Registergericht kontrollierte Kapitalausstattung zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung durch Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes regelmäßig noch unversehrt, vermindert allenfalls um die Gründungskosten und geringfügige Steuern, vorhanden sein wird. Das Bedenken, daß dadurch ein Rechtsträger geschaffen wird, dessen Funktion sich zunächst in der regelmäßig minimalen Tätigkeit der Verwaltung des in ihn eingebrachten Vermögens erschöpft, muß demgegenüber zurücktreten. Bei dieser Sachlage ist die Annahme einer generellen Unzulässigkeit von Vorratsgründungen unter dem Gesichtspunkt einer mißbräuchlichen Umgehung der gesetzlichen Kapitalaufbringungs- und Gründungsvorschriften bei Berücksichtigung des vernünftigerweise nicht zu leugnenden berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnisses nach der Schaffung solcher Gesellschaften sachlich nicht zu rechtfertigen.

b) Die Feststellung, daß Vorratsgründungen nicht schon wegen einer zu besorgenden Umgehung der Kapitalaufbringungs-vorschriften unwirksam sind, entbindet jedoch nicht von der Einhaltung der für die betreffende Kapitalgesellschaft geltenden Gründungsvorschriften. Die Zulassung der Gründung von Vorratsgesellschaften hat vielmehr zur unabdingbaren Voraussetzung, daß auch bei ihnen die gesetzlichen Gründungsvorschriften ohne Abstriche beachtet werden. Zu den bei Gründung einer Aktiengesellschaft einzuhaltenden Anforderungen gehört auch die in § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG vorgeschriebene Angabe des zutreffenden Unternehmensgegenstandes. Ist der in der Satzung bezeichnete Unternehmensgegenstand fiktiv, weil die Gesellschaft in Wahrheit zur Verwendung für einen späteren, zur Zeit ihrer Anmeldung noch nicht feststehenden Zweck vorrätig gehalten werden soll und es deshalb an der ernsthaften Absicht

fehlt, den angegebenen Unternehmensgegenstand tatsächlich zu verwirklichen, d. h. mit der Gesellschaft eine ihrer Satzung entsprechende Geschäftstätigkeit aufzunehmen, so ist dieser Teil der Satzung und infolgedessen die gesamte Satzung sowie die Gründung der Gesellschaft nichtig. Die Gesellschaft darf, wenn das Registergericht die unzutreffende Angabe des Unternehmensgegenstandes bemerkt, nicht eingetragen werden. Dabei kann es letztlich dahinstehen, ob die Nichtigkeit auf § 117 BGB oder § 134 BGB beruht, was voraussetzen würde, daß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG zugleich als Verbot der Angabe eines in Wahrheit nicht gewollten Unternehmensgegenstandes zu verstehen wäre, oder ob sie unmittelbar aus § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG wegen Nichterfüllung einer der gesetzlichen Gründungsbestimmungen folgt. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG ist jedenfalls keine rein formale Ordnungsvorschrift, die lediglich die vorsorgliche Angabe irgendeines, wenn auch möglicherweise in Wahrheit gar nicht beabsichtigten, bei Bedarf jederzeit austauschbaren Unternehmensgegenstandes verlangt. Die Bezeichnung des wirklich und ernsthaft gewollten Gegenstandes des Unternehmens ist vielmehr unabdingbare Voraussetzung für die wirksame Gründung der Gesellschaft. Können oder wollen ihn die Gründer nicht benennen, so fehlt es mit den bereits genannten Folgen an der Erfüllung eines vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Erfordernisses für eine wirksame Gesellschaftsgründung.

c) Dies gilt nicht nur dann, wenn die Aufnahme des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes nach aller Wahrscheinlichkeit für überhaupt keinen zukünftigen Zeitpunkt geplant ist. Von einer Vorratsgründung mit unzutreffender Angabe des Unternehmensgegenstandes ist grundsätzlich vielmehr auch dann auszugehen, wenn die Gründer nur vorerst nicht die Absicht haben, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, wobei die üblichen Anlauf- und Vorlaufzeiten außer Betracht zu bleiben haben (für die Gleichbehandlung beider Fälle ausdrücklich *KK/Kraft* a. a. O. Rdnr. 56, 57; *Scholz/Emmerich* a. a. O. § 3 Rdnr. 18; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 3 Rdnr. 7, 8; *Hueck* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 3 Rdnr. 13; *Meyer-Landrut* a. a. O. § 3 Rdnr. 15; *Kantak*, Mantelgründung und Mantelverwendung bei der GmbH, 1989 S. 65; a. A. anscheinend *Barz* in: *Großkomm.* a. a. O. § 23 Anm. 13). Diese Gleichstellung der Gesellschaft, die ihren Unternehmensgegenstand erst nach Ablauf eines bei Eintragung der Gesellschaft noch nicht absehbaren Zeitraums aufnehmen soll, mit derjenigen, bei der die Aufnahme eines entsprechenden Geschäftsbetriebs aus der Sicht der Anmeldung überhaupt offenbleibt, ist bereits aus Gründen der Praktikabilität unumgänglich. Ohne sie fehlte es an einem brauchbaren Abgrenzungskriterium für die Prüfung durch das Registergericht, da die Behauptung der Anmelder, die Gesellschaft solle zu einem unabsehbaren späteren Zeitpunkt einmal als rechtlicher Rahmen für einen ihrer Satzung entsprechenden Geschäftsbetrieb dienen, gerade bei entsprechend weitgefaßten Unternehmensgegenständen so gut wie niemals mit einer die Ablehnung der Eintragung rechtfertigenden Sicherheit widerlegbar sein wird. Die Gleichstellung ist aber auch von der Sache her geboten. Eine Gesellschaft, die von ihren Gründern nicht mit dem Ziel errichtet wird, den in ihrer Satzung genannten Geschäftsbetrieb umgehend, d. h. innerhalb eines überschaubaren Zeitraums, zu verwirklichen, die vielmehr zunächst auf unabsehbare Zeitdauer stillliegen soll, um erst in einem späteren ungewissen Zeitpunkt als Mantel für den Betrieb eines ihrer

Satzung entsprechenden Unternehmens zu dienen, ist in der Sache auf Vorrat und nicht zum Betrieb eines konkreten Geschäfts gegründet. Der Umstand, daß sie später irgendwann einmal aus ihrer Reservestellung heraustreten und den angegebenen Geschäftsgegenstand tatsächlich verwirklichen soll, kann nicht ausreichen, ihr den Charakter einer Vorratsgründung zu nehmen. Unternehmensgegenstand einer derartigen Gesellschaft ist für die vorerst nicht absehbare Dauer ihrer Bereithaltung für eine spätere konkrete Verwendung nicht die in ihrer Satzung bezeichnete Tätigkeit, sondern allein die Verwaltung und Erhaltung des eigenen Vermögens. Sie kann deshalb nur dann wirksam mit dem Anspruch auf Eintragung in das Handelsregister errichtet werden, wenn ihr Charakter als Vorrats- oder Mantelgründung offengelegt wird. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, daß in ihrer Satzung als Unternehmensgegenstand die Verwaltung der ihr zugeführten Einlagen oder des eigenen Vermögens als vorerst tatsächlich ausgeübter und deshalb auch allein zutreffender Gegenstand ihrer Tätigkeit angegeben wird (für die Zulässigkeit einer solchen offenen Vorratsgründung mit entsprechender Bezeichnung des Unternehmensgegenstands im Anschluß vor allem an *Priester a. a. O. S. 2298 f.* auch *KK/Kraft a. a. O. § 23 Rdnr. 57*; *Hachenburg/Ulmér a. a. O. § 3 Rdnr. 33*; *K. Schmidt a. a. O. S. 62*; *Lutter/Hommelhoff a. a. O. § 3 Rdnr. 7*; *Rowedder/Rittner a. a. O. § 3 Rdnr. 16*). Durch eine solche Offenlegung wird zugleich die Erkennbarkeit einer späteren Mantelverwendung verbessert und damit bei der wirtschaftlichen Neugründung eine registergerichtliche Kontrolle der Mindestkapitalaufbringung, über deren rechtliche Ausgestaltung im einzelnen an dieser Stelle nicht abschließend zu befinden ist, ermöglicht (vgl. auch *Priester a. a. O. S. 2299*).

3. Das Registergericht und das Landgericht als Beschwerdegericht haben sich in den Gründen ihrer Entscheidungen für überzeugt erklärt, daß die Beschwerdeführerin eine Vorratsgründung sei, bei der jedenfalls in absehbarer Zeit die Aufnahme einer ihrer Satzung entsprechenden Geschäftstätigkeit nicht geplant sei. Das Landgericht hat sich jedoch, wie bereits das vorlegende Oberlandesgericht in seinem Vorlagebeschluß feststellt, nicht ausdrücklich mit dem Vortrag der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, die Gesellschaft werde treuhänderisch im Auftrage bestimmter Mandanten gegründet, die nach ihrer Eintragung umgehend eine dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechende Geschäftstätigkeit aufnehmen wollten. Wenn dieser Vortrag den Tatsachen entspricht und der namhaft gemachte — anscheinend ebenfalls von der selben Personengruppe wie die Beschwerdeführerin gegründeten — Auftraggeber nicht nur im Hinblick auf die ablehnende Einstellung der Vorinstanzen und der beteiligten Industrie- und Handelskammer vorgeschoben ist, wäre die Eintragung der Beschwerdeführerin nicht unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer unzulässigen Vorratsgründung abzulehnen. Die Sache ist deshalb, damit das Registergericht die notwendigen ergänzenden Feststellungen treffen und sich eine Überzeugung hinsichtlich der tatsächlich mit der Gründung der Gesellschaft verbundenen Absichten bilden kann, unter Aufhebung der Vorentscheidung an das Registergericht zurückzuverweisen.

15. GmbHG §§ 19 Abs. 1, 24 (*Treugeber hat für Kapitalaufbringung wie GmbH-Gesellschafter einzustehen*)

**Wer zur Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich eines Strohmannes bedient, ist auch hinsichtlich der aus § 19 GmbHG und § 24 GmbHG folgenden Verpflichtungen zur Aufbringung des Stammkapitals wie ein Gesellschafter zu behandeln.**

BGH, Urteil vom 13.4.1992 — II ZR 225/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der im Jahre 1988 in Konkurs gefallenen B. GmbH (Gemeinschuldnerin). Die Gemeinschuldnerin wurde 1983 gegründet. Von ihrem Stammkapital in Höhe von nominell 50.000,— DM übernahmen der Kaufmann Bl. eine Einlage von 1.000,— DM und der Steuerberater Sch. von 49.000,— DM. In einem zeitgleich mit der Gründung der Gemeinschuldnerin geschlossenen Treuhandvertrag vereinbarten die Gesellschafter, daß Sch. seine Gesellschaftsanteile treuhänderisch für Bl. halte (§ 1), sich seine Tätigkeit aus diesem Vertrag darauf erstrecke, sämtliche Rechte aus den Geschäftsanteilen formell zu halten und die förmlichen Handlungen in der Gesellschaft, „wie z. B. Feststellung der Jahresabschlüsse, Beschlußfassung über die Gewinnverteilung, Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen“ nach Weisung der Beklagten solange vorzunehmen, bis die Verbindlichkeiten des Herrn Bl. gegenüber der Beklagten beglichen seien (§ 2). Zugleich wurde Sch. unwiderruflich angewiesen, mit den Gewinnen der Gemeinschuldnerin die Steuerschulden von Bl. sowie dessen Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu tilgen (§ 3). Die Kündigung des Vertrages sollte nur mit Zustimmung der Beklagten erfolgen dürfen (§ 6 Abs. 5). Sch. erhielt Anspruch auf Kostenersatz und Vergütung (§ 5).

Geschäftsgegenstand der Beklagten ist der Anlagenbau. Aus Geschäften mit dem nichteuropäischen Ausland mußte sie zum Teil als Bezahlung Bettwäsche hereinnehmen. Für den Vertrieb dieser Kompensationsware bediente sie sich bis 1983 eines kleinen einzelkaufmännischen Unternehmens, das von Frau Bl., der Mutter des Gesellschafters der Gemeinschuldnerin, geführt wurde. Anfang der 80er Jahre hatte die Beklagte aus diesen Geschäften gegen die Firma Bl. uneinbringliche Forderungen in Millionenhöhe. Der Kläger beziffert sie mit rund 28 Mio. DM. Bis 1983 erhöhten sich diese Forderungen um weitere ca. 2,8 Mio. DM. Bei Gründung der Gemeinschuldnerin, die mit der Beklagten Geschäfte gleicher Art abwickelte, erhielt die Gemeinschuldnerin von der Beklagten über Sch. ein Darlehen in entsprechender Höhe, das sie weisungsgem. an die Firma Bl. weiterleitete, die damit ihre Verbindlichkeiten bei der Beklagten beglich. In einem vom Kläger vorgelegten Protokoll einer Besprechung, die am 12. April 1985 im Hause der Beklagten unter Teilnahme von Sch. und einer Reihe leitender Mitarbeiter der Beklagten stattfand, heißt es u. a., das Gespräch habe mit der Erkenntnis geendet, daß man sich zur Zeit keinen Eklat leisten könne; das gemeinsame Ziel sei, per 30. September 1985 „zumindest ein sauberes Buchwerk“ zu haben. Ferner werde einvernehmlich festgelegt, daß die Gemeinschuldnerin selbständig akquiriere, so daß im Markt keinerlei Verbindung zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin hergestellt werden könne; Sch. werde beauftragt, dafür Sorge zu tragen, daß einige innerbetriebliche Abläufe bei der Gemeinschuldnerin besser funktionierten.

Nach dem Vortrag des Klägers ist das Stammkapital der Gemeinschuldnerin entgegen den bei Anmeldung der Gesellschaft abgegebenen Versicherungen zu keinem Zeitpunkt eingezahlt worden. Ihre Gesellschafter seien schon 1983 nicht in der Lage gewesen, das Stammkapital aufzubringen; inzwischen seien sie zahlungsunfähig. Sie seien in Wahrheit auch nur formell Gesellschafter der Gemeinschuldnerin gewesen. Die Gründung der Gemeinschuldnerin sei ausschließlich auf Betreiben und für Rechnung der Beklagten erfolgt. Zweck ihrer Gründung sei es gewesen, eine Auffanggesellschaft für die dem Unternehmensgegenstand der Beklagten fremden Textilgeschäfte zu schaffen, um das unangenehme Aufsehen einschließlich eventueller Haftungsfolgen für die Beklagte zu vermeiden, das in der Öffentlichkeit und der eigenen Konzernspitze entstanden wäre, wenn durch einen Millionenkonkurs des kleinen einzelkaufmännischen Unternehmens Bl. das Ausmaß der von der Beklagten betriebenen Geschäfte mit Kompensationsware und die Höhe der dabei erwirtschafteten Verluste bekannt geworden wären. Aus diesem Grunde habe die Beklagte die Altforderungen gegen die Firma Bl.

aus der Zeit bis 1980 von über 28 Mio. DM auf verschiedenen Wegen aus ihren Büchern entfernt und die neuen Verbindlichkeiten dieses Unternehmens in Höhe von rund 2,8 Mio. DM aus der Zeit danach in eine Darlehensforderung in entsprechender Höhe gegen die Gemeinschaftschuldnerin umgewandelt, die damit sofort überschuldet gewesen sei. Die Gesellschafter der Gemeinschaftschuldnerin hätten sowohl bei der Gründung als auch später nur die Stellung vorgeschobener Strohmann der Beklagten bekleidet, die aus den genannten Gründen nicht selber als Gesellschafter habe in Erscheinung treten wollen. Wirtschaftlich aber sei die Gemeinschaftschuldnerin, insbesondere über den ihren Weisungen unterliegenden Steuerberater Sch., allein von der Beklagten beherrscht und gelenkt worden. Die Beklagte habe nicht nur in ihrem Hause über die Besetzung der Geschäftsführung der Gemeinschaftschuldnerin entschieden, sondern auch durch Einzelanweisungen in diese eingegriffen. Auch die Mittel zur Finanzierung der Gemeinschaftschuldnerin seien ausschließlich von der Beklagten aufgebracht worden. Allein in den Jahren 1984 und 1985 habe sie zu diesem Zweck Sch. treuhänderisch einen Betrag von insgesamt 11.672.564,56 DM zur Verfügung gestellt, den dieser weisungsgem. zur Finanzierung der Gemeinschaftschuldnerin an diese weitergeleitet habe. Die Beklagte hat in Abrede gestellt, daß die Gesellschaft auf ihre Weisung und in ihrem Interesse gegründet worden sei. Der vorgelegte Treuhandvertrag sei ihr nicht bekannt.

Die zunächst auf Zahlung der gesamten ausstehenden Einlage in Höhe von 50.000,— DM nebst Zinsen gerichtete Klage blieb vor dem Landgericht ohne Erfolg. In der Berufungsinstanz hat der Kläger die Klage, die zunächst auch auf die Gründerhaftung für falsche Angaben bei der Anmeldung gestützt war, im Hinblick auf die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede wegen eines Teilbetrages in Höhe von 25.000,— DM nebst anteiligen Zinsen zurückgenommen. Seine Berufung blieb auch hinsichtlich des aufrechterhaltenen Teils der Klageforderung ohne Erfolg. Die zugelassene Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

1. Nach der Rechtsprechung des Senats hat derjenige, der als sogenannter Hintermann mittelbar eine Beteiligung an einer GmbH über einen auf seine Rechnung handelnden Mittels- oder Strohmann hält, sowohl für die Aufbringung des Stammkapitals nach den §§ 19, 24 GmbHG (BGHZ 31, 258) als auch für dessen Erhaltung im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG und der §§ 32 a, 32 b GmbHG (BGHZ 75, 334, 335 f.; 95, 188, 193; 107, 7 ff., 12; Urt. v. 8. Juli 1985 — II ZR 269/84, WM 1985, 1224, 1226 [= DNotZ 1986, 159]; v. 14. November 1988 — II ZR 115/88, WM 1989, 60, 61; v. 22. Oktober 1990 — II ZR 238/89, WM 1990, 2112, 2114; v. 18. Februar 1991 — II ZR 259/89, WM 1991, 678, 679; v. 16. Dezember 1991 — II ZR 294/90, WM 1992, 270, 271) wie der unmittelbare Gesellschafter einzustehen. An dieser Rechtsprechung, der sich auch der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes angeschlossen hat (Urt. v. 3. November 1976 — I ZR 156/74, WM 1977, 73), hält der Senat trotz der dagegen im Schrifttum und von dem Berufungsgericht geäußerten Bedenken (vgl. dazu *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 8. Aufl. § 2 Rdnr. 62 ff. m. w. N.; *Rowedder/Rittner*, GmbHG 2. Aufl. § 2 Rdnr. 27; *Hueck* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 1 Rdnr. 43; *Ballerstedt*, JZ 1960, 513 ff.; *Pleyer*, GmbHR 1960, 44 und 1963, 206; *Ehlke*, DB 1985, 795; *Kuhn*, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, S. 98; *Wolany*, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, 1964, S. 40 ff.; jedenfalls im Ergebnis wie der Bundesgerichtshof dagegen OLG Hamburg BB 1984, 1253 DB 1984, 515; *Meyer-Landrut*, GmbHG § 1 Rdnr. 14, § 9 a Rdnr. 13, § 19 Rdnr. 17 und § 24 Rdnr. 6; *Scholz/Emmerich*, GmbHG 7. Aufl. § 24 Rdnr. 14 sowie § 2 Rdnr. 59; ferner in demselben Kommentar *U. H. Schneider* § 19 Rdnr. 56; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. § 24 Rdnr. 8; *Neflin*, GmbHR 1963, 41, 44 f.) auch für die Kapitalaufbringung im Ergebnis fest. Die innere Berechtigung der Senatsrechtsprechung ergibt sich aus der Notwendigkeit, im Interesse des Gläubigerschutzes für eine wirksame und praktikable Aufbringung und Erhaltung des Haftungsfonds der

Gesellschaft zu sorgen, die unabdingbare Voraussetzung für das Privileg der bei Kapitalgesellschaften auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung sind. Die Wahrung dieses Interesses wäre nicht in gleich effektiver Weise gewährleistet, wenn die Gläubiger der Gesellschaft oder, wie im vorliegenden Fall, der Konkursverwalter als ihr Sachwalter darauf verwiesen würden, mögliche Befreiungsansprüche des Vordermannes gegen seinen Hintermann (aus §§ 669, 670 BGB oder vertraglicher Vereinbarung) geltend zu machen. Zum einen könnte dies, worauf bereits die Ausgangsentscheidung des Senats BGHZ 31, 258, 266 f. hinweist, dazu führen, daß sich die Gesellschaft rein schuldrechtlichen Einwendungen aus dem persönlichen Verhältnis zwischen dem vorgeschobenen formalen Gesellschafter und seinem Hintermann ausgesetzt sähe. Infolgedessen bestünde die Gefahr, daß die Gesellschaft, die auf keinen Fall dadurch Abstriche an dem ihr zustehenden Haftkapital erleiden darf, daß es einer der an ihr Beteiligten aus welchen Gründen auch immer vorgezogen hat, nicht selbst als ihr Gesellschafter in Erscheinung zu treten, sondern die wirtschaftlich ihm zuzurechnende Gesellschaftserstellung durch eine vorgeschobene andere Person wahrnehmen zu lassen, zu kurz käme. Dieser Gefahr könnte sie im Einzelfall um so schwerer begegnen, als ihr die persönlichen Beziehungen und Abmachungen zwischen den beteiligten Personen häufig jedenfalls nicht im einzelnen bekannt sein werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es den Beteiligten, wie es möglicherweise auch vorliegend, vor allem in bezug auf die zwischen dem Steuerberater Sch. und der Beklagten getroffenen Abreden der Fall ist, gelingt, diese geheimzuhalten. Selbst wenn diese Schwierigkeiten, wie sich das Schrifttum teilweise darzulegen bemüht hat (vgl. insbesondere *Ballerstedt* a. a. O. S. 515 ff. und *Ehlke* a. a. O. S. 799 ff.), nach allgemeinem Zivilrecht, eventuell auch unter Zuhilfenahme der ergänzenden Anwendung einzelner gesellschaftsrechtlicher Regeln auf das Innenverhältnis zwischen den Beteiligten sowie unter Heranziehung von Auskunftsansprüchen, letztlich nicht unüberwindbar sein sollten, bleibt doch der Einwand, daß der Weg über den Zugriff (§§ 828, 857 ZPO) auf Befreiungs- oder Erstattungsansprüche des Strohmannes gegen seinen Auftraggeber zu einer Verdoppelung der Prozesse und der Zwangsvollstreckungen führen würde. Ein berechtigtes schutzwertes Interesse des Hintermanns, die Gesellschaft zwecks Vermeidung seiner unmittelbaren Heranziehung zur Aufbringung des Stammkapitals auf diesen Weg zu verweisen, ist demgegenüber nicht anzuerkennen. Seinen Belangen ist, sofern das Vorschieben des Strohmannes nicht ohnehin nur dem von der Rechtsordnung mißbilligten Zweck der Haftungsvermeidung dient, genüge getan, wenn ihm durch die rechtliche Anerkennung der Wirksamkeit von Strohmanngründungen die Möglichkeit verschafft wird, über den an seine Weisungen gebundenen Mittelsmann im Ergebnis alle Rechte eines Gesellschafters auszuüben, ohne nach außen hin offen als solcher in Erscheinung treten zu müssen. Ein darüber hinausgehendes Interesse desjenigen, der von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, ist dagegen nicht anzuerkennen. Wer einen anderen statt seiner formalrechtlich zum Gesellschafter einer GmbH macht, gleichzeitig aber die mit der Gesellschaftstellung verbundenen Rechte und wirtschaftlichen Vorteile für sich selbst reserviert, muß grundsätzlich auch die mit der Gesellschaftserstellung verbundene Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft auf sich nehmen. Dies muß auch insoweit gelten, als es darum geht, ob die Gesellschaft auf den umständlichen und schwierigen Weg einer Pfändung der gegen ihn gerichteten Ansprüche seines

Vordermannes verweisen darf. Es ist (entgegen *Ballerstedt* a. a. O. S. 515) in der Sache nicht unangemessen, wenn die mit der Aufspaltung in eine rechtliche und wirtschaftliche Gesellschafterstellung zusätzlich entstehenden Risiken für die Aufbringung des Stammkapitals der Gesellschaft, wie sie etwa auftreten können, wenn der Mittelsmann ihm zu diesem Zwecke treuhänderisch überlassene Beträge abredewidrig nicht der Gesellschaft zuführt oder Absprachen zuwiderhandelt, nach denen er sich für die aufzubringende Einlage in anderer Weise bezahlt machen soll, nicht von der Gesellschaft, sondern demjenigen getragen werden, der die mit der „Verdoppelung“ der Gesellschafterstellung verbundenen Risiken veranlaßt hat.

Die dagegen im Schrifttum (a. a. O.) vor allem aus dogmatischer Sicht erhobenen, zweifellos gewichtigen Bedenken hält der Senat nicht für zwingend. Die Einbeziehung der wirtschaftlich maßgebenden Hintermänner eines von ihnen vorgeschobenen Strohmannes, der die Stellung eines Gesellschafters und die damit verbundenen Rechte nur formalrechtlich, nicht aber wirtschaftlich wahrnehmen soll, in die Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft bedeutet (entgegen *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 2 Rdnr. 62/63) keinen systemwidrigen Bruch mit dem Grundsatz, daß das Gesetz die verschuldensunabhängige Einstandspflicht für die Aufbringung und Unversehrtheit des Garantiefonds an die Verbandszugehörigkeit der Gesellschafter und die damit verbundene Möglichkeit, für die Erfüllung dieser Pflicht Sorge zu tragen, anknüpft. Die Senatsrechtsprechung führt nicht dazu, verbandsfremde Personen wie Gesellschafter für die Finanzierung der GmbH verantwortlich zu machen. Es geht vielmehr darum, in bezug auf ganz bestimmte Sachverhalte und Rechtsfolgen das Tatbestandsmerkmal der Gesellschafterstellung nicht nach rein formalrechtlichen Kriterien, sondern nach den ihnen innerlich angemessenen funktionalen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Daß dabei, wie auch der vorliegende Rechtsstreit zeigt, bei der Abgrenzung des als Hintermann haftenden Personenkreises sowie bei der Erbringung des Nachweises einer Strohmanngründung Schwierigkeiten auftreten können, steht der grundsätzlichen Richtigkeit eines solchen Ansatzes entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entgegen. Schwierigkeiten ähnlicher Art treten auch bei der rechtlichen Behandlung anderer Fragenkreise auf und können, soweit sie in praktikabler Weise überwindbar sind, einer im übrigen für richtig befundenen rechtlichen Lösung nicht entgegenstehen. Zutreffend ist allerdings der Einwand, daß die Eröffnung des unmittelbaren Zugriffs auf den wirtschaftlichen Hintermann und Auftraggeber eines nur formal die Stellung eines Gesellschafters wahrnehmenden Strohmanns dazu führen kann, daß die Besonderheiten der mittelbaren Stellvertretung außer Betracht bleiben. Die Nichtberücksichtigung bestimmter Folgerungen aus dem Tatbestand einer mittelbaren Stellvertretung rechtfertigt sich jedoch aus dem oben dargelegten vorrangigen Interesse der Gesellschaft an der gesicherten und praktikablen Aufbringung und Gewährleistung der Unversehrtheit ihres gesetzlichen Garantiefonds. Das dem allgemeinen Zivilrecht angehörende, vom Gesetzgeber nicht generell, sondern nur in einigen Sonderfällen (etwa §§ 383 ff., 407 ff. HGB) anerkannte, im übrigen aber außerhalb des Gesetzes entwickelte Rechtsinstitut der mittelbaren Stellvertretung kann insofern keinen Vorrang vor den Grundsätzen des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht für sich in Anspruch nehmen. Auch ein Umkehrschluß aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in der GmbH-Novelle 1980 eine Verant-

wortlichkeit der Hintermänner nur für bestimmte deliktsähnliche Tatbestände des Gründungsrechts (§ 9 a Abs. 4 GmbHG) ausdrücklich angeordnet, aber keine entsprechende allgemeine Regelung für das übrige Kapitalsicherungsrecht vorgesehen hat, wäre nicht gerechtfertigt. Umkehrschlüsse dieser Art setzen eine systematische und vollständige Durchdringung der Gesamtmaterie seitens des Gesetzgebers voraus, die nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Im vorliegenden Fall spricht gegen die Zulässigkeit eines solchen Schlusses bereits der Umstand, daß dem Novellen-Gesetzgeber die Senatsentscheidung BGHZ 31, 258 bekannt war, die — wenn auch wohl nur zusätzlich und in zweiter Linie — die Haftung des Hintermannes sogar ausdrücklich auf eine Analogie zu der dem jetzigen § 9 a Abs. 4 GmbHG entsprechenden aktienrechtlichen Regelung des § 39 Abs. 5 AktG (heute § 46 Abs. 5 AktG) stützte. Gleichwohl hat der Novellen-Gesetzgeber eine dieser aktienrechtlichen Bestimmungen entsprechende Regelung in Gestalt des § 9 a Abs. 4 GmbHG erstmals auch in das Recht der GmbH eingeführt, ohne in irgendeiner Weise zu verstehen zu geben, daß er die daraus von der Rechtsprechung des Senats gezogenen Konsequenzen für die allgemeine Kapitalaufbringungspflicht mißbillige. Dem bezeichneten Schluß stünde im übrigen auch die Tatsache entgegen, daß es das erklärte Ziel der Novelle war, den schon bisher bestehenden Gläubigerschutz in der GmbH nicht einzuschränken, sondern im Gegenteil auszubauen. Bei dieser Sachlage ist die Existenz des § 9 a Abs. 4 GmbHG jedenfalls nicht dazu geeignet, die Richtigkeit und Zulässigkeit der Senatsrechtsprechung zu widerlegen (a. A. *Hueck* in *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 1 Rdnr. 43; wie hier aber im Ergebnis *Ehlke* a. a. O. S. 796, während *Meyer-Landrut* a. a. O. § 1 Rdnr. 14 und § 9 a Rdnr. 13 in der Einführung des § 9 a Abs. 4 GmbHG sogar eine Bestätigung der Senatsrechtsprechung sehen will). Schließlich erscheint es dem Senat auch nicht berechtigt, den Kreis der verantwortlichen Personen für die Kapitalaufbringung anders abzugrenzen als für die Kapitalerhaltung nach den §§ 30, 31 und §§ 32 a, 32 b GmbHG, wo weitgehend auch von dem der Senatsrechtsprechung kritisch gegenüberstehenden Schrifttum die Einbeziehung des mittelbaren Gesellschafters für zutreffend und angebracht erachtet wird (vgl. dazu statt aller *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 2 Rdnr. 64, 65). Der Umstand, daß es bei der Kapitalerhaltung regelmäßig um Leistungen geht, die dem Hintermann aufgrund seiner Eigenschaft als mittelbarer Gesellschafter aus dem zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gebundenen Stammkapital der Gesellschaft zufließen, während es bei der Kapitalaufbringung um die erstmalige Auffüllung dieses Stammkapitals geht, vermag eine solche Unterscheidung nach Ansicht des Senats nicht zu rechtfertigen. In beiden Fällen beruht die (Mit-)Verantwortlichkeit des Hintermannes gleichermaßen auf seiner Stellung als mittelbarer Gesellschafter, die dadurch begründet wird, daß er, indem der formale Rechtsinhaber die Gesellschafterstellung in seinem Interesse und nach seinen Weisungen hält, besondere Einflußmöglichkeiten, wenn nicht sogar die Möglichkeit der Beherrschung der Gesellschaft besitzt, die eine besondere Beziehung nicht nur zu seinem Mittelsmann, sondern auch zu der Gesellschaft selbst schaffen, die es rechtfertigen, ihn in die Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft einzubinden. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine grundlegende Unterscheidung des verantwortlichen Personenkreises nicht sachgerecht. Wie wenig angemessen eine solche Differenzierung wäre, zeigt der innerlich nicht berechtigte Wertungswiderspruch, der darin läge, den

Hintermann wegen seiner angeblich fehlenden Verantwortung für den Haftungsfonds der Gesellschaft haftungsfrei zu lassen, solange er eine Stammeinlage nicht erbracht hat, ihn dagegen haften zu lassen, wenn er sich die von ihm zur Verfügung gestellte Einlage zurückzahlen ließe, obwohl damit wirtschaftlich nur der Zustand wiederhergestellt wäre, der vor Leistung der Einlage bestand. Nach alledem ist daran festzuhalten, daß derjenige, der insbesondere auch im Rahmen eines Treuhandverhältnisses zur Gründung einer GmbH einen Mittelsmann benutzt, der lediglich formal, aber nicht wirtschaftlich die Stellung eines Gesellschafters ausfüllen soll, im Interesse einer effizienten und praktikablen Sicherung des Haftungsfonds der GmbH als mittelbarer Gesellschafter für die ordnungsgemäße Aufbringung des Garantiefonds der GmbH ebenso in die Verantwortung zu nehmen ist wie für dessen spätere Erhaltung.

2. Die Revision muß im Ergebnis auch insoweit Erfolg haben, als sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts wendet, der Kläger habe eine Gründung der Gemeinschaftschuldnerin auf Rechnung der Beklagten nicht schlüssig dargelegt. Nach dem gegenwärtigen Prozeßstand ist nicht auszuschließen, daß sich die Beklagte wie ein Gesellschafter der Gemeinschaftschuldnerin behandeln lassen muß.

Der Kläger hat unter Schilderung des wirtschaftlichen Hintergrundes und der mit der Errichtung der Gemeinschaftschuldnerin verfolgten Zwecke jeweils unter Beweisanzug im einzelnen dargelegt, daß die Gemeinschaftschuldnerin ausschließlich im Interesse und auf Betreiben der Beklagten gegründet und nach ihren Weisungen betrieben worden ist. Trifft dieser Vortrag, wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, zu, so muß die Beklagte die mit der Gründung und dem Betrieb der Gemeinschaftschuldnerin verbundenen Lasten auch insoweit tragen, als es um die Einzahlung der noch ausstehenden Stammeinlagen geht.

Nach dem danach zu unterstellenden Sachverhalt ist die Gemeinschaftschuldnerin ausschließlich als Instrument der Beklagten zur bilanztechnischen Umlagerung und Verschleierung, eventuell auch Abtragung ihrer hohen Außenstände aus der vorangegangenen Verbindung mit dem Einzelkaufmännischen Unternehmen Bl. sowie zur Fortsetzung dieses Geschäftes gegründet und geführt worden. Obwohl Sch. nach dem Wortlaut des bei Gründung der Gemeinschaftschuldnerin geschlossenen Treuhandvertrages Treuhänder nur seines Mitgesellschafters Bl. und nicht der Beklagten war, hatte er nach den konkreten Einzelvorschriften dieses Vertrages seine Gesellschafterstellung allein im Interesse und nach den Weisungen der Beklagten und nicht etwa seines angeblichen Treugebers wahrzunehmen. Im Ergebnis macht diese Konstruktion mithin Sch. in bezug auf die Ausübung der Gesellschafterrechte zum Treuhänder der Beklagten. Da zudem dem Mitgesellschafter Bl. infolge seiner geringen Beteiligung sowie der in dem Treuhandvertrag darüber hinaus festgelegten Wahrnehmung aller Gesellschafterrechte in der Gemeinschaftschuldnerin allein durch Sch. sämtliche mit der Stellung eines Gesellschafters normalerweise verbundenen Einflußmöglichkeiten genommen waren, beherrschte die Beklagte die Gemeinschaftschuldnerin weit über das Maß der Kontrollrechte, die sich außenstehende Gläubiger zur Sicherung ihrer Kredite einräumen lassen, hinaus wie eine 100%ige Tochter (zur Finanzierungsverantwortung in derartigen Fällen vgl. BGHZ 81, 311, 315 f. sowie zuletzt Sen.Urt. v. 16. Dezember 1991 — II ZR 294/90, WM 1992, 270, 272 m. umfangreichen w. N. aus der Senatspr.), ohne nach außen hin

auch eine diesem wirtschaftlichen Tatbestand entsprechende Gesellschafterstellung zu übernehmen. Von diesem beherrschenden Einfluß hat die Beklagte, wie der Kläger des weiteren unter Beweisanzug vorgetragen hat, in der Folgezeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Darüber hinaus ist die Gemeinschaftschuldnerin entsprechend der mit ihrer Gründung verfolgten Zweckbestimmung auch im wirtschaftlichen Ergebnis allein für Rechnung der Beklagten geführt worden. Nach den Bestimmungen des Treuhandvertrages waren ihre Gewinne im wesentlichen zur Abtragung der Forderungen der Beklagten aus der vorangegangenen Geschäftsverbindung zu der Firma Bl. zu verwenden. An diesem Tatbestand vermag es substantiell nichts zu ändern, daß aus den Gewinnen der Gemeinschaftschuldnerin zugleich auch die Steuern des Gesellschafters Bl. berichtigt werden sollten und die Befriedigung der Beklagten mittelbar auch ihm zugute kam, weil er auf Veranlassung der Beklagten im Jahre 1981 eine Bürgschaft für diese Forderungen übernommen hatte. Dagegen entspricht es diesem Tatbestand, daß die Gemeinschaftschuldnerin, die mit ihrem nominellen, zudem niemals eingezahlten Stammkapital von 50.000,— DM zu keinem Zeitpunkt zur Führung ihres satzungsgemäßen Geschäftsbetriebs imstande gewesen wäre, während ihres gesamten Bestehens ausschließlich von der Beklagten finanziert worden ist, die dafür nach dem unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers allein in den Jahren 1984 und 1985 einen Betrag von insgesamt über 11 Mio. DM aufgewendet und damit auch in jeder Beziehung das unternehmerische Risiko der Gemeinschaftschuldnerin getragen hat.

Demgegenüber fällt es nicht ins Gewicht, daß der von dem Kläger vorgetragene Sachverhalt einige von dem typischen Treuhandvertrag abweichende Besonderheiten aufweist. So hat der Kläger keine Vereinbarung vortragen können, welche die Beklagte dazu verpflichtete, Sch. von den ihm durch die Übernahme einer Gesellschafterstellung in der Gemeinschaftschuldnerin, insbesondere auch durch die Leistung einer Stammeinlage, entstehenden Kosten freizuhalten. Nach den Bestimmungen des vorgelegten Treuhandvertrages sollte er Ersatz seiner Auslagen vielmehr von Bl. und die ihm zugebilligte Vergütung für die Ausübung der Gesellschafterrechte unmittelbar von der Gemeinschaftschuldnerin erhalten. Des weiteren fehlt in dem Vertrag eine Vereinbarung, die der Beklagten das Recht gibt, von Sch. die Übertragung der von diesem treuhänderisch gehaltenen Gesellschaftsbeteiligung zu verlangen. Diese Besonderheiten sind jedoch nicht dazu angeht, die Beurteilung der Stellung der Beklagten als mittelbarer Gesellschafter der Gemeinschaftschuldnerin in maßgeblicher Weise zu beeinflussen. Das Fehlen der zuletzt genannten Verpflichtung erklärt sich, soweit es nicht lediglich darauf beruhen sollte, daß dem Kläger die internen Abmachungen nicht bekannt sind, aufgrund derer Sch. in der Gemeinschaftschuldnerin die Stellung eines Sachwalters der Beklagten übernahm, bereits aus der gewählten Konstruktion, als Treugeber von Sch. entgegen den tatsächlichen und rechtlichen Machtverhältnissen in der Gemeinschaftschuldnerin nicht die Beklagte, sondern dessen völlig einflußlosen Mitgesellschafter Bl. auszuweisen, sowie aus dem Umstand, daß der Beklagten nicht daran gelegen sein konnte, in der Gemeinschaftschuldnerin nach Erreichung des mit ihrer Gründung verfolgten Zwecks die offene Stellung eines Gesellschafters zu übernehmen. (*Wird ausgeführt*).

16. BGB §§ 328 Abs. 2, 427; AktG §§ 2, 27 Abs. 3, 183 Abs. 2, 186 Abs. 5, 234, 235; GmbHG § 9 Abs. 2 (Abgrenzung Bareinlage zu verdeckter Sacheinlage bei Kapitalerhöhung im Aktienrecht)

- a) Die „Vorfinanzierung“ einer künftigen Bareinlage aus einer in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung ist keine Einzahlung i. S. des § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG. Sie erfüllt auch nicht die Anforderungen, die nach weit verbreiteter Ansicht an eine auf eine künftige Bareinlageverpflichtung im Rahmen der Sanierung einer AG geleistete „Voreinzahlung“ zu stellen sind.
- b) Zahlt die AG den zur „Vorfinanzierung“ einer Bareinlage gezahlten Betrag dem Kreditgeber mit Mitteln zurück, die ihr als Darlehen von einem anderen Kreditinstitut zur Verfügung gestellt worden sind, wird der sachliche Zusammenhang mit der anschließenden Leistung der Einlage aus einer Kapitalerhöhung nicht unterbrochen.
- c) Übernimmt eine Bank Aktien aus einer Kapitalerhöhung mit der Verpflichtung, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten (§ 186 Abs. 5 AktG; berechtigender Vertrag zugunsten Dritter i. S. des § 328 Abs. 2 BGB), kommt ihr die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zu, soweit alle Bezugsrechte ausgeübt werden. Tilgt die AG eine Forderung der Bank mit den Einlagemitteln, sind die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage nicht anwendbar. Hat die Bank sog. Spitzen und nicht bezogene Aktien nach Weisung des Vorstandes zu verwerten und gelingt die Plazierung nicht, kann ihr insoweit die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zukommen, wenn im Zeitpunkt der Zeichnung die rasche Plazierung unproblematisch erschien, diese jedoch infolge unvorhersehbarer Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt scheitert und die Bank weiterhin um die Unterbringung der Aktien bemüht ist. Nimmt die Bank vor der Plazierung Rechte an den Aktien wahr oder erwirbt sie Aktien durch Selbsteintritt, kommt ihr insoweit eine Stellung als fremdnütziger Treuhänder nicht zu.
- d) Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Gesellschafter einer AG sein. Die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts können ihre Haftung für die von ihnen zu leistenden Einlagen weder auf das Gesamtvermögen noch einen ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Betrag beschränken.
- e) Auch im Aktienrecht unterliegt der Anspruch aus Differenzhaftung der 5-jährigen Verjährung gem. § 9 Abs. 2 GmbHG. Auf den Erfüllungsanspruch des § 183 Abs. 2 Satz 3 (§ 27 Abs. 3 Satz 3) AktG ist diese Vorschrift nicht anwendbar.

BGH, Urteil vom 13. 4. 1992 — II ZR 277/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

(Nur Leitsatz)

17. GmbHG §§ 19 Abs. 1, 5, 55 Abs. 4 (Abgrenzung zwischen schädlicher Unternehmenseinbringung und unschädlichen schuldrechtlichen Verwendungsabsprachen bei Leistung von GmbH-Bareinlagen)

- a) Für den vom Gesellschafter zu führenden Beweis, daß er seine Einlage erbracht hat, gelten die allgemeinen Beweisgrundsätze.
- b) Wird eine Stammeinlage schon vor Gründung der GmbH auf ein später von dieser übernommenes laufendes Konto eingezahlt, werden sodann unter Verwendung dieses Geldes die Geschäfte aufgenommen und übernimmt nach Beurkundung der Satzung die Gesellschaft das auf diese Weise entstandene Unternehmen, so ist hiermit die Bareinlageverpflichtung nicht erfüllt.
- c) Es handelt sich nicht um eine verdeckte Sacheinlage, wenn die Barkapitalerhöhung einer GmbH von vornherein zum Erwerb einer Beteiligung an einer anderen Gesellschaft bestimmt ist, an der der Übernehmer des neuen Geschäftsanteils nicht anderweit beteiligt ist.

BGH, Urteil vom 22.6.1992 — II ZR 30/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der vom Beklagten als Alleingesellschafter am 23.11.1981 mit einem Stammkapital von 100.000,— DM gegründeten und am 8.2.1982 in das Handelsregister eingetragenen ES I. M. S. GmbH. Der Beklagte wurde alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft. Am 15.10.1982 wurde das Stammkapital auf 420.000,— DM erhöht. Die zusätzliche Einlage von 320.000,— DM übernahm ebenfalls der Beklagte. Am 16.8.1983 wurde über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung der gesamten Stammeinlagen von 420.000,— DM in Anspruch. Die Vorinstanzen haben der Klage — bis auf einen Teil des Zinsanspruchs — stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet, soweit es um die ursprüngliche Stammeinlage von 100.000,— DM geht. Hinsichtlich des Kapitalerhöhungsbetrages von 320.000,— DM führt das Rechtsmittel zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Ursprüngliche Stammeinlage von 100.000,— DM:

Der Geldbetrag ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts — unter Abzug einer Bankgebühr von 150,— DM — am 22.7.1981 dem damals bestehenden, nach dem Vortrag des Beklagten am 1.7.1981 eröffneten Konto der „I. M. S. GmbH“ bei der B. V. in F. gutgeschrieben worden. Das Berufungsgericht hat trotzdem gemeint, es sei nicht bewiesen, daß durch die Überweisung der 100.000,— DM die Einlageforderung getilgt worden sei; denn es habe an einer auch für die Gesellschaftsgläubiger nachprüfaren Bestimmung des Zahlungszwecks gefehlt und die GmbH sei damals noch nicht einmal als Vorgesellschaft existent gewesen. Auf ersteres (Zweckbestimmung) kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; die Zahlung ist als solche jedenfalls der Gesellschaft nicht zugeflossen.

Die Satzung der Gemeinschaftsdnerin ist am 23.11.1981 notariell beurkundet worden. Schon vorher hatte der Beklagte — nach seinem Vortrag „im Herbst“ 1981 — die Geschäfte für Rechnung der späteren GmbH zunächst unter der Bezeichnung „I. M. S. GmbH i. Gr.“ aufgenommen. In einem späteren, im März 1982 bei der B. V. gestellten Antrag auf Um-

schreibung des oben genannten Kontos auf die Firma der inzwischen gegründeten und eingetragenen GmbH ist als Eröffnungsdatum der 20.8.1981 angegeben. In der Zeit bis zur Gründung der Gesellschaft am 23.11.1981 sind, wie der Beklagte weiter vorgetragen hat, u. a. Büroeinrichtungsgegenstände angeschafft und Büroräume gemietet worden; außerdem ist ein Darlehen aufgenommen worden. Die mit der Beurkundung der Satzung entstandene Vorgesellschaft hat nach der Darstellung des Beklagten „alle Geschäftsvorgänge ab 22.7.1981“ übernommen. Der auf den 31.12.1981 aufgestellte Jahresabschluß umfaßt den Zeitraum vom 1.8. bis zum 31.12.1981 und weist einen Verlust von 63.405,33 DM aus. Der am 22.7.1981 überwiesene Einlagebetrag soll der GmbH, wie der Beklagte es dargestellt hat, als am 23.11.1981 noch vorhandenes Guthaben auf dem genannten und einem weiteren Gesellschaftskonto zusammen „mit dem Mobiliar und den Darlehen“ zugeflossen sein.

Schließen sich schon vor Abschluß des GmbH-Gesellschaftsvertrages die Gründer zur Vorbereitung der späteren Tätigkeit der Gesellschaft zu einer Personenvereinigung zusammen, so bilden sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, eine offene Handelsgesellschaft. Die von einer solchen Gesellschaft erworbenen Vermögensgegenstände und die von ihr begründeten Rechte und Pflichten gehen mit der GmbH-Gründung nicht ohne weiteres auf die Vorgesellschaft und später auf die GmbH selbst über, sondern müssen, wenn diese sie übernehmen soll, durch besonderes Rechtsgeschäft auf sie übertragen werden (BGHZ 91, 148, 151 m. w. N. [= DNotZ 1984, 585]; es gilt insoweit etwas anderes als für den Übergang des Vermögens der Vorgesellschaft auf die eingetragene GmbH. Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine Einmann-Gründung. Vor Abschluß des GmbH-Gesellschaftsvertrages bestand deshalb keine Personengesellschaft, sondern alleiniger Inhaber des bis dahin bereits betriebenen Unternehmens war der Beklagte. Dieses Unternehmen hat er mit Gründung der GmbH in die dadurch zunächst entstandene Vorgesellschaft eingebracht, von der es mit Eintragung in das Handelsregister ohne weiteres auf die GmbH überging. Daß es so war, ergibt sich nicht nur aus der insoweit unstrittigen Darstellung des Beklagten, sondern besonders augenfällig auch daraus, daß der auf den 31.12.1981 aufgestellte Jahresabschluß den gesamten Zeitraum seit Aufnahme der Geschäfte im August 1981 einbezog. Damit hat die GmbH zwar die Vermögenswerte, die der Beklagte vor Gründung der Gesellschaft für diese als Einzelkaufmann geschaffen hatte, erworben. Zu ihnen gehörte, worauf der Beklagte in seinem Instanzvortrag hingewiesen hat, auch das aus der Einzahlung der Einlage stammende Geld, soweit es noch vorhanden war. Diese Geldmittel ließen sich aber im Zeitpunkt der Einbringung nicht mehr isolieren. Denn außer den am 23.11.1981 noch oder infolge anderer Geschäfte zusätzlich vorhandenen Barmitteln wurden gleichzeitig nicht nur die sonstigen bis dahin angeschafften Vermögensgegenstände, sondern auch die inzwischen begründeten Verbindlichkeiten in die Gesellschaft eingebracht. Im Ergebnis erhielt die Gesellschaft damit nicht einzelne Vermögensgegenstände und unter ihnen einen der Stammeinlage entsprechenden Geldbetrag, sondern das Unternehmen als Sachgesamtheit in seinem damaligen Bestand. Ein Unternehmen kann zwar als Einlage in eine GmbH eingebracht werden; es handelt sich dann aber um eine Sacheinlage, für die die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 GmbHG erfüllt sein müssen. Der Beklagte hat indessen in der Satzungsurkunde keine Sach-, sondern eine

Bareinlage versprochen. Die sich daraus ergebende Bareinzahlungsverpflichtung konnte er nicht durch Einbringung des Handelsgeschäfts erfüllen; Leistungen an Erfüllungsort sind zur Tilgung der Bareinlageverpflichtung nicht geeignet.

Da der Beklagte selbst nicht behauptet hat, daß die 100.000,— DM zu einem Zeitpunkt nach dem 23.11.1981 — nochmals — bar eingezahlt worden sind, ist in Höhe dieses Betrages der Anspruch des Klägers begründet.

## II. Kapitalerhöhung von 320.000,— DM:

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gingen am 8.11.1982 auf dem Dollar-Geschäftskonto der Gemeinschaftsdarlehnerin US-\$ 136.292,83 ein, die der Gesellschaft mit 350.000,— DM gutgeschrieben wurden; davon wurden 320.000,— DM als Einlage auf die Kapitalerhöhung gebucht. Der Beklagte hat behauptet, die Zahlung habe — ebenso wie die im Juli 1981 auf die ursprüngliche Stammeinlage gezahlten 100.000,— DM — von seinem Geschäftsfreund M. gestammt; die Überweisung des genannten Dollarbetrages sei zur Erfüllung der Einlageschuld aus der Kapitalerhöhung bestimmt gewesen. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag für unzureichend gehalten. Es hat ausgeführt, der mit den Kapitalaufbringungs Vorschriften bezweckte Gläubigerschutz gebiete es, beim Nachweis der Einlageeinzahlung strenge Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast zu stellen. Der Gesellschafter könne die Einlageleistung nur durch zweifelsfreie, unanfechtbare und den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entsprechende Belege nachweisen. Diese müßten eine eindeutige, nach außen erkennbare und insbesondere auch für die Gläubiger nachprüfbare Zweckbestimmung der jeweiligen Zahlung zur Tilgung der Einlageschuld ergeben. Daran fehle es. Es komme nicht darauf an, ob M. mit dem Geld die Einlage habe zahlen wollen; ein solcher Wille sei jedenfalls nach außen nicht in Erscheinung getreten.

Dem liegt, wie die Revision mit Recht beanstandet, eine rechtlich unzutreffende Auffassung von den Anforderungen zugrunde, die an den Nachweis der Einzahlung einer Einlage zu stellen sind. Die gesetzlichen Vorschriften, die sich mit der Kapitalaufbringung befassen, und die Ausgestaltung, die sie durch Wissenschaft und Rechtsprechung erfahren haben, sollen gewährleisten, daß die Eigenkapitalmittel, mit denen die Gesellschaft nach außen hin erkennbar ausgestattet worden ist und die die Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsschulden darstellen, auch tatsächlich der Gesellschaft zufließen. Bei einer Bareinlage muß deshalb der entsprechende Geldbetrag der Gesellschaft in Form von Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift auf einem Konto, über das die Gesellschaft verfügen kann, tatsächlich zur Verfügung gestellt werden; die Möglichkeiten einer die Barzahlung ersetzenden Leistung an Erfüllungsort sind grundsätzlich ausgeschlossen. Das alles hat aber nichts damit zu tun, wie der Beweis für die Zahlung des Einlagebetrages zu führen und ob eine bestimmte Zahlung auf die Einlageschuld zu verrechnen ist. Die Frage der Erfüllungswirkung einer Zahlung, die auch hier gem. § 267 BGB durch einen Dritten erbracht werden kann, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 362, 366 BGB; Voraussetzung für die Tilgungswirkung ist lediglich, daß die Leistung sich einem bestimmten Schuldverhältnis zuordnen läßt (Sen.Urt. v. 3.12.1990 — II ZR 215/89, WM 1991, 454, 455 = ZIP 1991, 445 = GmbHR 1991, 152 [= DNotZ 1991, 828]). Soweit danach

überhaupt eine besondere Tilgungsbestimmung nötig ist, genügt zwar nicht der innere Wille des Leistenden, sondern dieser muß auch nach außen zum Ausdruck gebracht werden (BGHZ 75, 299, 303). Dabei kommt es aber allein auf die Sicht des Leistungsempfängers, hier also des Geschäftsführers an. Mußte er die Leistung als Einlagezahlung auffassen, dann ist diese damit erbracht. Dagegen spielt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Rolle, ob der Leistungszweck für die Gesellschaftsgläubiger erkennbar war. Diese haben gewiß, zumal im Konkurs, ein Interesse an klaren Verhältnissen. Daraus lassen sich aber für die Erbringung der Einlage keine besonderen, im Gesetz nicht vorgesehenen förmlichen Beweisregeln ableiten. Den Belangen der Gläubiger ist dadurch genügt, daß die Beweislast für die Einlageleistung beim Gesellschafter liegt. Für die Führung dieses Beweises gelten die allgemeinen Regeln.

Das Berufungsgericht, das diese Rechtsgrundsätze verkannt hat, wird auf ihrer Grundlage den Tatsachenstoff und die in den beiden Tatsacheninstanzen teilweise bereits erhobenen Beweise — insbesondere die Aussage des Zeugen S. — zu würdigen und zu prüfen haben, welchen zusätzlichen Beweisantritten noch nachgegangen werden muß. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, daß der Einzahler des Geldes, M., nach dem vom Beklagten vorgelegten Vertrag vom 19.11.1982 an dessen Geschäftsanteilen im Innenverhältnis beteiligt worden ist. Die Vernehmung des vom Beklagten benannten Zeugen B. wird mit der dafür bisher vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht abgelehnt werden können.

2. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Beklagte habe die Kapitalerhöhungseinlage auch deswegen nicht erbracht, weil sie von vornherein für die Gründung einer weiteren Gesellschaft, der I. S. Gesellschaft für Schifffahrtshandels-geschäfte mit beschränkter Haftung (im folgenden: I.) bestimmt und an diese weitergeleitet worden sei. Die Gemeinschuldnerin habe daher in Wirklichkeit als Einlage kein Bargeld, sondern die Beteiligung an der I. und damit eine — verdeckte — Sacheinlage erhalten; der Beklagte habe auf diese Weise seine Bareinlageverpflichtung nicht erfüllen können.

Auch darin kann dem Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht gefolgt werden. Die am 8.11.1982 bei der Gemeinschuldnerin eingegangenen und als Einlage des Beklagten gebuchten 320.000,— DM sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 2.12.1982 als Einlage der Gemeinschuldnerin an die I. überwiesen worden. Diese war am 14.10.1982 gegründet worden; vom Stammkapital von 400.000,— DM hatten die Gemeinschuldnerin 320.000,— DM und ein weiterer Gründer namens H. 80.000,— DM übernommen. Das Berufungsgericht hat beiläufig in Zweifel gezogen, daß die 320.000,— DM sich in der Zeit zwischen der Bankgutschrift vom 8.11.1982 und der Weiterleitung an die I. am 2.12.1982 in der endgültigen freien Verfügung der Gemeinschuldnerin befunden hätten. Indessen sind Anhaltspunkte dafür, daß die Verfügungsbefugnis der Gemeinschuldnerin insoweit ausgeschlossen gewesen wäre, nicht ersichtlich. Sie ergeben sich jedenfalls nicht daraus, daß die Kapitalerhöhung bei der Gemeinschuldnerin von vornherein zu dem Zweck vorgesehen worden ist, die Beteiligung an der einen Tag zuvor gegründeten I. zu erwerben. Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen sind, auch wenn sie zwischen dem Einleger und der Gesellschaft getroffen werden, unschädlich, wenn sie lediglich der Erreichung bestimmter geschäftlicher Zwecke dienen und nicht dazu bestimmt sind, die ein-

gezählten Mittel wieder an die Gesellschafter zurückfließen zu lassen (Sen.Urt. v. 24.9.1990 — II ZR 203/89, WM 1990, 1820, 1821 [= DNotZ 1991, 824 = MittBayNot 1990, 366]. Dieser letztere Tatbestand ist hier nicht, wie das Berufungsgericht offenbar angenommen hat, deswegen gegeben, weil der Beklagte über die Gemeinschuldnerin mittelbar an der I. mehrheitlich beteiligt ist. Wäre dies ein maßgebender Gesichtspunkt, dann würde im voraus abgesprochene Investition oder Schuldentilgung aus Einlagemitteln der Erfüllung der Bareinlageverpflichtung entgegenstehen, weil sie dem Einleger selbst über seine Beteiligung an der Gesellschaft zugute kommt. Das wäre ein wirtschaftlich unhaltbares Ergebnis.

Das Berufungsgericht stellt darauf ab, daß der Beklagte die Beteiligung an der I. selbst hätte erwerben und sie sodann im Wege der Kapitalerhöhung als Sacheinlage in die Gemeinschuldnerin hätte einbringen können. Das Berufungsgericht meint, die tatsächlich gewählte Gestaltung stelle eine Umgehung einer solchen Sachkapitalerhöhung dar. In einem Fall wie dem vorliegenden kann indessen von einer verdeckten Sacheinlage nicht gesprochen werden. Eine solche kann allerdings in Betracht kommen, wenn der Einleger das Wirtschaftsgut, das die Gesellschaft für das eingelegte Geld anschafft, als Sacheinlage hätte einbringen können (BGHZ 110, 47, 60 f.). Ist das so, dann stellt unter bestimmten Voraussetzungen die Aufspaltung in eine Bargründung oder Barkapitalerhöhung und das Umsatzgeschäft über den der Gesellschaft überlassenen Gegenstand eine Umgehung der Sacheinlagebestimmungen dar. Das setzt aber voraus, daß das Umsatzgeschäft mit dem Einleger selbst abgeschlossen wird. Eine darüber hinausgehende Ausweitung der Umgehungsschutzregeln würde, da jedenfalls eine Kapitalerhöhung ohne Verfolgung eines schon vorher feststehenden Zwecks nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen dürfte (vgl. Sen.Urt. v. 24.9.1990 a. a. O.), Kapitalerhöhungen mit Bareinlagen so gut wie unmöglich machen. Das würde über das Ziel, die vom Gesetz geforderte vorhergehende Offenlegung und Prüfung einer Sacheinlage zu gewährleisten, weit hinausgehen. Benötigt die Gesellschaft die neuen Mittel von vornherein zur Anschaffung bestimmter Wirtschaftsgüter — z. B., wie hier, zum Erwerb einer Beteiligung —, so sind die Übernehmer der neuen Einlagen nicht gezwungen, jene Vermögensgegenstände zunächst selbst zu erwerben und sie sodann als Sacheinlage in die Gesellschaft einzubringen. Das bedeutet freilich, wie sich von selbst versteht, nicht, daß ein Gesellschafter ein ihm schon gehörendes Wirtschaftsgut oder eine eigene Forderung gegen die Gesellschaft nur vorher auf einen anderen zu übertragen brauchte, um so sanktionslos die Einbringung des Gegenstands oder die Befriedigung der Forderung im Wege der „Bareinlage“ bewerkstelligen zu können. Dabei würde es sich wiederum um einen Umgehungstatbestand handeln. Um einen solchen geht es im vorliegenden Fall aber nicht. Der Beklagte war nicht gehindert, der Gemeinschuldnerin im Wege der Barkapitalerhöhung die Geldmittel für die Beteiligung an der I. zur Verfügung zu stellen. Es stellt keine Umgehung der Sacheinlagevorschriften dar, daß er die Beteiligung nicht zunächst selbst erworben hat, um sie sodann der Gemeinschuldnerin als Sacheinlage zu überlassen.

18. GmbHG § 3; EWGV Art. 58, Art. 177 (*Kein identitätswahrender Sitzwechsel einer GmbH in das Ausland*)

1. Eine GmbH mit deutschem Personalstatut kann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz und ihren Satzungssitz nicht unter Wahrung ihrer Identität durch einstimmigen Beschluß (hier des Alleingeschäfters) aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in einen anderen EG-Mitgliedstaat verlegen. Vielmehr hat ein solcher Beschluß die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.
2. Art. 52, 58 EWGV stehen dieser Rechtsfolge nicht entgegen, da die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaftern nach Art. 58 EWGV durch nationales Recht eingeschränkt sein kann.

BayObLG, Beschluß vom 7.5.1992 — 3 Z BR 14/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 25 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister ist eine GmbH mit dem Sitz in München eingetragen. In der notariell beurkundeten Gesellschafterversammlung vom 13.8.1991 beschloß die Alleingeschäftlerin unter Änderung der entsprechenden Satzungsbestimmung, den Sitz der Gesellschaft nach London/England zu verlegen. Am 2.9.1991 meldete die Gesellschaft diese Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister an.

Mit Beschluß vom 23.9.1991 wies der Rechtspfleger die Anmeldung zurück, da die Sitzverlegung ins Ausland die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht beseitige, so daß die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft anzumelden wäre. Die hiergegen gerichtete Beschwerde, der Rechtspfleger und Richter nicht abhalfen, wies das Landgericht — Kammer für Handelssachen — als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

Das Landgericht hat ausgeführt: Eine deutsche GmbH müsse ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben; ein identitätswahrender Sitzwechsel ins Ausland könne nicht wirksam beschlossen werden, so daß ein entsprechender Beschluß nicht eintragungsfähig sei. Zwar sei zweifelhaft, ob dieses Ergebnis mit dem Freizügigkeitsgebot des EWG-Vertrages vereinbar sei, jedoch enthielten die entsprechenden Artikel 52, 58 EWGV nur Programmsätze.

Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. In der deutschen Rechtsordnung gibt es keine Kollisionsnormen für juristische Personen; deshalb fehlt auch eine gesetzliche Regelung darüber, wie grenzüberschreitende Sitzverlegungen juristischer Personen zu behandeln sind. Die Rechtsordnung, die für die Rechtsverhältnisse der juristischen Personen maßgebend ist, also deren Personalstatut, muß somit durch Rechtsprechung und Rechtslehre bestimmt werden. Dabei wird im allgemeinen von der Sitztheorie ausgegangen, daneben wird auch die Gründungstheorie, die vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis und in den Niederlanden vorherrschend ist, vertreten. Der Unterschied zwischen diesen Theorien liegt vereinfacht dargestellt darin, daß nach der Gründungstheorie für das Personalstatut die Rechtsordnung maßgebend ist, nach der die juristische Person gegründet wurde, nach der Sitztheorie hierfür aber die Rechtsordnung des tatsächlichen Verwaltungssitzes bestimmend ist.

a) Der Beschluß der Alleingeschäftlerin, den Sitz der Gesellschaft nach London, also ins Ausland zu verlegen, bein-

haltet ersichtlich sowohl die Verlegung des statutarischen Sitzes als auch die des Verwaltungssitzes. Deshalb muß hier die Frage, ob die bloße Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland zu anderen Rechtsfolgen führen würde als die Verlegung des Verwaltungssitzes, nicht erörtert werden (vgl. hierzu *Staudinger/Großfeld* BGB 12. Aufl. Internationales Gesellschaftsrecht Rdnr. 375 ff., *MünchKomm/Ebenroth* BGB 2. Aufl. Nach Art. 10 EGBGB Rdnr. 221, *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 13. Aufl. Einl. Rdnr. 21, je m. w. N.).

b) Verlegt eine der deutschen Rechtsordnung unterfallende GmbH ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland, dann wechselt sie nach der in der Rechtsprechung nahezu einhellig, im Schrifttum überwiegend vertretenen Sitztheorie ihr Personalstatut (vgl. z. B. BayObLGZ 1985, 272/279 [= MittBayNot 1985, 213], BGHZ 97, 269/271 f., je m. w. N.; OLG Zweibrücken DB 1990, 1660; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 18; *Baumbach/Hueck* GmbHG 15. Aufl. § 3 Rdnr. 8; *Lutter/Hommelhoff* § 3 Rdnr. 4; *Rowedder/Rittner* GmbHG 2. Aufl. Einl. Rdnr. 290, 291; *Scholz/Westermann* GmbHG 7. Aufl. Einl. Rdnr. 128, 129; *Staudinger/Großfeld* Rdnr. 61, *MünchKomm/Ebenroth* nach Art. 10 Rdnr. 177 ff., *Palandt/Heldrich* BGB 51. Aufl. Anh. zu Art. 12 EGBGB Rdnr. 2, *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I § 14 II 1 S. 785, je m. w. N.), während sie es nach der Gründungstheorie behält. Der Senat verkennt nicht, daß in jüngster Zeit im Schrifttum die Gründungstheorie Anhänger gefunden hat, die deren Anwendung vor allem auch im Bereich der europäischen Gemeinschaft unter Hinweis auf die nach Artikel 52, 58 EWGV garantierte Niederlassungsfreiheit fordern (vgl. die Nachweise bei *MünchKomm/Ebenroth* a. a. O. Rdnr. 142 Fn. 468; ferner *Behrens* IPRax 1989, 354 und *EuZW* 1991, 97; *Sandrock/Austmann* RIW 1989, 249; *Knobbe-Keuk* DB 1990, 2573 und *ZHR* 154 [1990], 325; vgl. ferner *Fischer* IPRax 1991, 100). Als Varianten der Gründungstheorie, wodurch deren Schwächen in bestimmten Bereichen vermieden werden sollen, ist hinzuweisen auf die Differenzierungstheorie, die Gestaltungsfreiheit mit Schutz von Drittinteressen verbinden will (vgl. hierzu *MünchKomm/Ebenroth* a. a. O. Rdnr. 169), und die Überlagerungstheorie (vgl. *Sandrock/Austmann* RIW 1989, 249 und *Sandrock* S. 505; vgl. auch *Großfeld/König* IPRax 1991, 380 f.), nach der die Anwendbarkeit des Gründungsstatuts unter bestimmten Voraussetzungen vom Sitzstatut verdrängt wird (vgl. *Wiedemann* S. 788 ff.).

c) Der Senat sieht auch nach erneuter Überprüfung keinen Anlaß, die von ihm schon bisher vertretene Sitztheorie (vgl. BayObLGZ 1985, 272/279) aufzugeben. Für diese Theorie, die eine Schutztheorie ist, sprechen nach wie vor die besseren Argumente. Sie gewährleistet, daß regelmäßig das Recht des Staates durchgesetzt wird, der am meisten betroffen ist; sie hat den Vorzug der Sachnähe, ermöglicht eine wirksame staatliche Kontrolle und bietet den größtmöglichen Schutz der Gläubigerinteressen (vgl. *Staudinger/Großfeld* a. a. O. Rdnr. 61 ff.). Ein Staat, der in Sorge um seine eigene Volkswirtschaft dem Ineinandergreifen der Interessen von Gründern und Gründungsstaat mißtraut, wird grundsätzlich eine von Satzungssitz und Registerbelegenheit unabhängige Anknüpfung wählen und auf das Recht des Ortes abstellen, von dem aus die Gesellschaft tatsächlich gesteuert wird (vgl. *von Bar* Internationales Privatrecht 2. Bd. Besonderer Teil § 5 II 1 a Rdnr. 618 a. E.).

Wie bereits erwähnt, führt nach der Sitztheorie die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in das Ausland zu einer Änderung des Personalstatuts der Gesellschaft. Der Fortbestand der Gesellschaft ist nur gewährleistet, wenn al-

tes und neues Gesellschaftsstatut zusammenwirken. Zwingt bereits der Wegzugsstaat die Gesellschaft zur Auflösung, dann ist schon aus diesen Gründen ein Statutenwechsel bei Erhaltung der Identität unmöglich, unabhängig davon, ob auch der Zuzugsstaat eine Neugründung verlangt (vgl. MünchKomm/Ebenroth a. a. O. Rdnr. 220 ff. m. w. N.).

2. a) Der Beschluß, den tatsächlichen Verwaltungssitz und den Satzungssitz der GmbH ins Ausland zu verlegen, hat nach überwiegender Auffassung die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Dies kann weder durch einen entgegenstehenden Willen der Gesellschafter noch durch eine Satzungsbestimmung verhindert werden; nach anderer Auffassung soll ein solcher Verlegungsbeschluß nichtig sein (vgl. *Staudinger/Großfeld* a. a. O. Rdnr. 365 und 367 m. w. N.). Der Senat hat keine Bedenken, einen solchen Sitzverlegungsbeschluß als Auflösungsbeschluß zu behandeln, da bei einem solchen einstimmig gefaßten Beschluß, hier durch die Alleingesellschafterin, mit der Sitzverlegung auch die Auflösung der Gesellschaft in Kauf genommen wird. Dies (vgl. hierzu *Staudinger/Großfeld* a. a. O. Rdnr. 368 ff.) muß hier nicht weiter ausgeführt werden, weil unabhängig davon, welcher Meinung man folgt, in jedem Fall die Anmeldung der Sitzverlegung zurückzuweisen ist.

b) An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn es um die Sitzverlegung einer deutschen GmbH von einem EG-Staat in einen anderen Mitgliedstaat geht.

Allerdings hat der Senat in seiner Entscheidung vom 18. 9. 1986 (BayObLGZ 1986, 351) nach der Feststellung, daß der EuGH ersichtlich davon ausgehe, Art. 58 EWGV sei unmittelbar geltendes Recht (BayObLG a. a. O. S. 360; anders noch, nämlich nur Programmsatz BayObLGZ 1985, 272/281), Zweifel daran geäußert, ob nicht Art. 58 EWGV für seinen Regelungsbereich die Anwendung der Gründungstheorie erfordere. Da diese Frage aber für den damaligen Fall nicht entscheidungserheblich war, kam eine Vorlage an den EuGH nicht in Betracht; inzwischen ist sie deshalb nicht mehr geboten, weil dieser die Frage bereits entschieden hat.

(1) Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWGV gilt auch für die Freiwillige Gerichtsbarkeit (vgl. *Gröben/Thiesing/Ehlermann/Krück* Kommentar zum EWG-Vertrag 4. Aufl. Art. 177 Rdnr. 56). Nach Art. 177 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 lit. a EWGV hat ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden können, den EuGH anzurufen, wenn es um die Auslegung des EWG-Vertrages geht. Dabei ist nach herrschender Meinung darauf abzustellen, ob im konkreten Fall gegen die Entscheidung noch Rechtsmittel eingelegt werden können (vgl. *Gröben/Krück* Art. 177 Rdnr. 64 m. w. N.). Danach ist im vorliegenden Verfahren eine letztinstanzliche Entscheidung i. S. von Art. 177 EWGV gegeben. Entscheidungserheblich ist im vorliegenden Verfahren, ob Art. 58 EWGV dahin ausulegen ist, daß sich für die Sitzverlegung einer deutschen GmbH in einen anderen EG-Mitgliedstaat die Anwendung der Sitztheorie verbietet.

Die Vorlagepflicht nach Art. 177 EWGV gilt aber nicht uneingeschränkt. Sie entfällt, wenn in einem schwebenden Verfahren zwar eine Frage des Gemeinschaftsrechts gestellt wird, die gestellte Frage aber nicht entscheidungserheblich ist (so im Fall BayObLGZ 1986, 61/73), ferner, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (zu den hierfür erforderlichen strengen Voraussetzungen vgl. im einzelnen: EuGH NJW 1983, 1257/1258; *Gröben/Krück*

Art. 177 Rdnr. 68 Fn. 98 und Rdnr. 70; *Steindorff* ZHR 156 [1992], 1/14 f.) und schließlich auch dann, wenn der Europäische Gerichtshof über eine gleichlautende Frage in einem anderen Verfahren bereits entschieden hat (vgl. *Gröben/Krück* Art. 177 Rdnr. 69 Fn. 100 — EuGH vom 27. 3. 1963 [Da Costa] Vorabentscheidungen 1958–1968 S. 10/11). Letzteres ist hier der Fall.

(2) Der EuGH hat in seinem Urteil vom 27. 9. 1988 (NJW 1989, 2186 = IPRax 1989, 381 — Daily Mail) u. a. ausgeführt, in einigen Mitgliedstaaten müsse nicht nur der Satzungssitz, sondern der wahre Sitz, der tatsächliche Hauptsitz, also die Hauptverwaltung der Gesellschaft, in deren Hoheitsgebiet liegen; die Verlegung der Geschäftsleitung aus diesem Territorium setze somit die Auflösung der Gesellschaft mit allen Folgen voraus, die eine solche Liquidierung gesellschafts- und steuerrechtlich mit sich bringe. Die Unterschiede der Regelungen in den nationalen Rechten seien bei der Schaffung des EWG-Vertrages bekannt gewesen; dieser trage den Unterschieden im nationalen Recht Rechnung. Der EWG-Vertrag habe nicht etwa die durch diese Unterschiede aufgeworfenen Probleme durch Regeln über das Niederlassungsrecht lösen wollen (vgl. IPRax 1989, 381/382 Erwägungsgrund 23), sondern in Art. 54 Abs. 3 lit. g EWGV (Richtlinie) und Art. 220 Unterabs. 3 EWGV (Staatsvertrag) nur die Rechtsgrundlage für gesetzgeberische Maßnahmen oder Übereinkommen geschaffen, die allerdings noch nicht vorlägen (vgl. *von Bar* a. a. O. Rdnr. 632; Nachweise über Besprechungen der EuGH-Entscheidung bei Fn. 129). Entsprechende Übereinkommen oder gesetzgeberische Maßnahmen liegen auch bis heute nicht vor.

Nach Auffassung des EuGH gewähren nicht schon die Art. 52 und 58 EWGV beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, das Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen (vgl. EuGH IPRax a. a. O.).

(3) Die Rechtsbeschwerde weist allerdings zutreffend darauf hin, daß der hier vorliegende Sachverhalt nicht ohne weiteres mit dem vergleichbar ist, welcher der Entscheidung des EuGH zugrunde lag. Dort waren zwei Mitgliedstaaten beteiligt, in denen kollisionsrechtlich die Gründungstheorie maßgebend ist, nämlich das Vereinigte Königreich (UK) und die Niederlande. *Behrens* führt in seiner kritischen Anmerkung zur Entscheidung des EuGH u. a. aus, daß dieser „genaugenommen eine andere Frage beantwortet habe als die, welche ihm gestellt war“ (vgl. *Behrens* IPRax 1989, 354/357), weil der EuGH keinen Anlaß gehabt habe, sich hier zu den kollisionsrechtlichen Folgen der Sitztheorie zu äußern. Das ändert aber nichts daran, daß der EuGH diese Frage eindeutig dahingehend beantwortet hat, die Sitztheorie sei mit Art. 58 EWGV vereinbar, diese Bestimmung gewähre Niederlassungsfreiheit für juristische Personen nur insoweit, als inländisches Recht nicht entgegenstehe. Die nationalen gesellschafts- und steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten haben also Vorrang gegenüber der Auswanderungsfreiheit von Gesellschaften (vgl. *Gröben/Troberg* EWGV 4. Aufl. Art. 58 Rdnr. 10 und *von Bar* a. a. O. Rdnr. 633).

(4) Damit entfällt für den Senat die Pflicht, nach Art. 177 Abs. 3 EWGV die Frage dem EuGH vorzulegen. Zwar besteht nach wie vor ein Recht zur Vorlage nach Art. 177 Abs. 2 EWGV und auch eine Pflicht hierzu, falls der Senat der Rechtsprechung des EuGH nicht folgen wollte (vgl. *Behrens*

a. a. O. S. 361, der eine erneute Vorlage für wünschenswert hält; vgl. ferner *Steindorff* a. a. O. S. 16); denn das Gesellschaftsrecht kennt keine Bindung des EuGH an frühere Entscheidungen (vgl. *Grabitz/Wohlfahrt* Komm. EWGV Art. 177 Rdnr. 71, 72; EuGH Vorabentscheidungen a. a. O.): Der Senat muß hier aber von einer Vorlage absehen, da er die Auslegung von Art. 58 EWGV durch den EuGH für zutreffend hält und für ihn damit auch die in früheren Entscheidungen geäußerten Zweifel, ob Art. 58 EWGV möglicherweise zur Anwendung der Gründungstheorie zwingt, behoben sind.

#### 19. GmbHG § 53 (*Satzungsermächtigung zur Bestimmung des Geschäftsjahres durch Geschäftsführung zulässig*)

**Die Bestimmung des Geschäftsjahres einer GmbH kann durch Satzungsregelung der Geschäftsführung überantwortet werden.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Stuttgart, Beschluß vom 7.5.1992 — 8 W 72/92 —, mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar *Hans-Reinhard Buss*, Wiesmoor

#### *Aus dem Tatbestand:*

Am 10.12.90 wurde vor dem Beschwerdeführer als beurkundendem Notar der Gesellschaftsvertrag einer GmbH geschlossen.

Er enthält in § 10 Ziff. 1 die Bestimmungen: „Das Geschäftsjahr der Gesellschaft wird von der Geschäftsführung bestimmt. Das erste Geschäftsjahr beginnt am 1. Januar 1991.“ Das Registergericht beanstandete den ersten Satz dieser Regelung, da eine Änderung des Geschäftsjahres nur durch Satzungsänderung möglich sei, und wies, nachdem die Beanstandung nicht behoben wurde, die Anmeldung zurück. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des beurkundenden Notars.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet. Für die Zurückweisung des Eintragungsantrags besteht keine rechtliche Grundlage.

Ob die Änderung des Geschäftsjahres einer GmbH grundsätzlich nur durch Satzungsänderung möglich ist, ist streitig. Die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur geht davon aus (*Scholz/Priester*, 7. Aufl., § 53 GmbHG Anm. 9 und 134; *Hachenburg/Ulmer* Anm. 12 und 102 zu § 53 GmbHG; *Hachenburg/Goerdeler* Anm. 20 zu § 41 GmbHG; *Rowedder/Zimmermann* Anm. 23 zu § 53 GmbHG; *Meyer-Landrut* Anm. 4 zu § 53 GmbHG; *Winkler* DNotZ 69, 394 f., 409; wohl auch *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck* GmbHG, § 41 Rdnr. 38 und § 42 Rdnr. 20 sowie *Meyer-Landrut/Niehus/Scholz* Anm. 96 zu §§ 238 bis 335 HGB). Begründet wird dies damit, daß die Regelung des Geschäftsjahres das korporative Statut der Gesellschaft betreffe (*Scholz/Priester*, *Meyer-Landrut* a. a. O.) bzw. materieller Satzungsbestandteil sei (*Hachenburg/Ulmer*, *Rowedder/Zimmermann* a. a. O.). Die Gegenmeinung beruft sich darauf, daß es sich gerade umgekehrt nur um einen unechten Satzungsbestandteil handle (*Zöllner* in *Baumbach/Hueck* GmbHG § 53 Rdnr. 12, ähnlich in KK zu Aktiengesetz § 179 Rdnr. 4, wonach es nicht um die „materielle Grundordnung des Verbandes“ gehe; ohne nähere Begründung ebenso früher *Scholz*, 5. Aufl., § 53 GmbHG Anm. 11). In der Rechtsprechung ist die Änderung des Geschäftsjahres ohne Satzungsänderung hingegen für möglich gehalten worden, da es an einer gegenteiligen gesetzlichen Regelung fehle (KG in JW 26, 599; offengelassen in KG DR 42, 735 f. am Ende).

Zu der verwandten Frage, ob dann, wenn das Geschäftsjahr durch Satzungsänderung geändert werde, die Änderung erst ab Eintragung, ab Anmeldung oder schon vorher wirken könne, wird vielfach auf die durch das Geschäftsjahr berührten Gläubigerinteressen abgehoben, die nach der einen Meinung ohne Eintragung gefährdet sein sollen (*Rowedder/Zimmermann* Anm. 32 zu § 54 GmbHG; *Lutter/Hommelhoff* Rdnr. 8 zu § 54 GmbHG; hier ebenso *Zöllner* in *Baumbach/Hueck* GmbHG § 53 Rdnr. 30), nach anderer Auffassung nicht (eingehend LG Berlin RpfL 78, 143; im Ergebnis noch weitergehend LG Frankfurt GmbHRdsch. 78, 112); auch wird dazu auf das Interesse an der Publizität der Regelungen des Geschäftsjahres abgehoben (OLG Karlsruhe, RpfL 75, 178).

Selbst wenn davon auszugehen ist, daß der Regelung des Geschäftsjahres — wegen seiner Bedeutung für den Jahresabschluß (den Stichtag, auf den er erstellt werden muß, und den Zeitpunkt, bis zu dem er spätestens zu fertigen ist) und die darauf beruhende Gewinnverteilung — grundlegende Bedeutung für die Organisation der Gesellschaft zukommt, so steht dies der hier vorliegenden Satzungsregelung nicht entgegen. Aus § 10 Ziff. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags ergibt sich, daß für das Geschäftsjahr der angemeldeten Gesellschaft zunächst nichts anderes gelten soll als ohne Sonderregelung dem Regelfall entspricht. Aus Satz 1 ergibt sich, daß die Kompetenz zu einer Änderung der Geschäftsführung übertragen wird. Damit hat der Gesellschaftsvertrag selbst — für jedermann ersichtlich — die Organisation der Gesellschaft in dieser Frage geregelt und selbst die Verfassung der Gesellschaft so gestaltet, daß das Geschäftsjahr außerhalb der Satzung geändert werden kann.

Der Senat sieht keine letztlich durchgreifenden konkreten Bedenken gegen diese Regelung. Eine Änderung des Geschäftsjahres ist im Hinblick auf § 240 II 2 HGB nur in der Form der Verkürzung möglich. Wie im Beschluß des Landgerichts Berlin (a. a. O.) näher ausgeführt ist, führt die Verkürzung des Geschäftsjahres von vornherein kaum zu Gefahren für die (bereits vorhandenen) Gläubiger der Gesellschaft. Hier geht es nur um den Unterschied zwischen einer Verkürzung des Geschäftsjahres nur durch Beschluß der Geschäftsführung oder durch Satzungsänderung. Bei der letzteren bedarf es eines (satzungsändernden) Gesellschafterbeschlusses mit notarieller Beurkundung und anschließendem Eintragungsverfahren. Zugleich macht die Verkürzung des Geschäftsjahres jedoch binnen verkürzter Frist den unter Umständen erheblichen Aufwand für den Jahresabschluß nötig. Wenn daher Gründe für die Verkürzung des Geschäftsjahres vorliegen und die Gesellschaft diesen Aufwand auf sich zu nehmen bereit ist, fällt der zusätzliche Aufwand für eine Satzungsänderung gegenüber einem bloßen Gesellschafterbeschuß nicht ins Gewicht, wird er jedenfalls mißbräuchliche Änderungen des Geschäftsjahres nicht verhindern. Soweit künftige Gläubiger ihre Kreditgewährung davon abhängig machen sollten, wer über die Verkürzung des Geschäftsjahres entscheiden kann, ist dies in der Satzung offengelegt. Die Interessen der Gesellschafter selbst stehen der Regelung nicht entgegen, da sie selbst den Gesellschaftsvertrag so geschlossen haben. Allgemein ist das Publikum, auch wenn das Geschäftsjahr aus dem Handelsregister ersichtlich wäre, gegen künftige Änderungen nicht geschützt und die Kenntnis von der Lage des letzten Geschäftsjahres ergibt sich aus dem (ohnein primär inhaltlich interessierenden) letzten Jahresabschluß. Im übrigen sind Unklarheiten und Manipulationen durch allzu häufige Änderungen des Geschäftsjahres praktisch deshalb nicht zu be-

sorgen, weil sie (unabhängig von der Frage, ob solche Änderungen gesellschaftsrechtlich unbegrenzt zulässig sind) nicht nur den erwähnten zusätzlichen Aufwand für den Jahresabschluß verursachen, sondern auch gem. § 7 IV 3 KStG steuerlich nur im Einvernehmen mit dem Finanzamt wirksam sind. Es entspricht der Erfahrung, daß diese „verwaltungsmäßigen Hürden und steuerrechtlichen Komplikationen“ (*Daniel*, BB 85, 2213) Verlegungen des Geschäftsjahres zu verhindern geeignet sind.

Danach stehen weder eine einschlägige gesetzliche Norm noch allgemeine Grundsätze des Gesellschaftsrechts der angemeldeten Satzungsbestimmung entgegen. Die Zurückweisung der Eintragung war nicht begründet. Die entgegenstehenden Beschlüsse waren aufzuheben. Das Registergericht wird über den Eintragungsantrag auf der Grundlage der dargelegten Rechtsauffassung neu entscheiden müssen.

### C.

#### Kostenrecht

20. KostO § 20 Abs. 1 Satz 2; FGG § 27 (*Voraussetzungen der Nichtberücksichtigung einer für Rechnung des Erwerbers vorgenommenen Bebauung*)

1. Die Bestimmung des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO ist Ausfluß eines allgemeinen Bewertungsgrundsatzes und deshalb auch auf die Grundstückseinbringung in eine Gesellschaft entsprechend anwendbar.
2. Voraussetzung für die Anwendung des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO ist in den Fällen der Bebauung des Grundstücks noch vor Abschluß des Kaufvertrags, daß im Zeitpunkt der Bauerrichtung bereits feststand, daß das Grundstück an den Erwerber veräußert wird.
3. Zur Nachprüfbarkeit der Beweisführung durch das Rechtsbeschwerdegericht.

BayObLG, Beschluß vom 30. 1. 1992 — BReg. 3 Z 152/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Mit notarieller Urkunde vom 11. 3. 1990 brachten die Beteiligten zu 1) und 2) in ihrem Miteigentum stehende Grundstücke in die Offene Handelsgesellschaft Fa. X, deren alleinige Gesellschafter die Beteiligten zu 1) und 2) ebenfalls waren, „ohne Gegenleistung“ zum Alleineigentum ein. Die Grundstücke waren zu diesem Zeitpunkt mit Gebäuden bebaut, die nach der Behauptung der Kostenschuldner für Rechnung der OHG und für deren Zwecke erstellt worden waren.

Bereits mit notarieller Urkunde vom 3. 2. 1990 war der Beschluß über die Umwandlung der OHG in die dadurch neu errichtete Fa. X. AG, die Beteiligte zu 3), gefaßt und das Vermögen der OHG auf die Aktiengesellschaft übertragen worden. Die Beteiligte zu 3) wurde am 4. 4. 1990 in das Handelsregister eingetragen.

2. Anlässlich der Erinnerungen der Beteiligten zu 3) gegen die Kostenrechnung des Grundbuchamts vom 3. 12. 1990, welches der OHG eine halbe Gebühr für die Eintragung zweier Auflassungsvormerkungen im Rahmen der Einbringung in Rechnung gestellt hatte, setzte das Amtsgericht (Rechtspfleger) mit Beschluß vom 19. 2. 1991 den Geschäftswert auf 41.500.000 DM fest. Zur Begründung wird ausgeführt, daß sich der Geschäftswert für die Eintragung der Auflassungsvormerkungen aus dem Bodenwert und dem Wert der auf den Grundstücken befindlichen Gebäude ergebe. Die Ausnahmevorschrift des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO, die beim Kauf eines Grundstücks eine für Rechnung des Erwerbers vorgenommene Bebauung außer Betracht lasse, sei vorliegend wegen des großen Zeitraums zwischen Bebauung und Erwerb der Grundstücke nicht anzuwenden.

Gegen die amtsgerichtliche Entscheidung legten die Beteiligten zu 1) bis 3) Erinnerungen ein.

Das Landgericht wies die Beschwerde zurück und ließ die weitere Beschwerde zu.

3. Gegen den Beschluß des Landgerichts legten die Beteiligten zu 1) bis 3) weitere Beschwerde ein, mit der sie ihr ursprüngliches Verfahrensziel weiterverfolgten. Das Gesetz sehe in § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO für den der Bebauung nachfolgenden Grundstückserwerb keine Befristung vor.

#### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist gem. § 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO zulässig. Der beurkundende Notar ist schon nach der Vollmachtsvermutung des § 15 GBO zur Beschwerdeeinlegung ermächtigt (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengell/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. § 14 Rdnr. 51).

2. Das Rechtsmittel ist sachlich jedoch nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung hält im Ergebnis der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO geht davon aus, daß beim Kauf eines unbebauten Grundstücks die Bebauung vielfach schon in der Zeit zwischen der Beurkundung des Kaufvertrags mit Auflassung und der später erfolgenden Eintragung in das Grundbuch oder sogar schon — wie hier — vor Abschluß des Kaufvertrags vorgenommen wird. In diesen Fällen soll die Bebauung, wenn sie für Rechnung des Erwerbers vorgenommen wird, bei der Ermittlung des Grundstückswerts zur Vermeidung einer unbilligen Gebührenerhöhung außer Betracht bleiben (*Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 20 Rdnr. 21). Die Regelung ist zwar Ausnahmevorschrift zu § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 KostO, enthält jedoch in sich einen allgemeinen Bewertungsgrundsatz, so daß sie auch auf Grundstückseinbringungen in eine Gesellschaft — wie hier — entsprechend anwendbar ist (KG DNotZ 1940, 131; *Rohs/Wedewer* Rdnr. 21 d, *Korintenberg* Rdnr. 28 und 29, je zu § 20; *Göttlich/Mümmeler* KostO 10. Aufl. Stichwort Grundstückskaufvertrag S. 569). Voraussetzung für die Anwendung des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO ist in den Fällen der Bebauung vor Abschluß des Grundstückserwerbsvertrages, daß im Zeitpunkt der Bauerrichtung bereits feststand, daß das Grundstück an den Erwerber veräußert wird, daß also die Bebauung eine vorweggenommene Eigentumsnutzung des Erwerbers darstellt (LG Weiden MittBayNot 1976, 189; LG Coburg JurBüro 1977, 710; LG Hagen JurBüro 1988, 888; *Korintenberg* § 20 Rdnr. 29). Ob diese Voraussetzung gegeben ist, ist eine Frage des Einzelfalls.

b) Das Landgericht hat eine Erwerbsabsicht der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 3), der X-OHG, im Zeitpunkt der Bebauung im Ergebnis zu Recht verneint.

(1) Zwar ist das Landgericht nicht auf in den Grundakten befindliche Urkunden eingegangen, wonach zumindest ein Großteil der Bebauung des Fabrikgeländes bereits bestand, bevor die OHG überhaupt errichtet worden ist. Der hierin liegende Verstoß gegen § 25 FGG führt jedoch nicht zur Aufhebung der Entscheidung, weil sie auf dieser Gesetzesverletzung nicht beruht (vgl. § 563 ZPO).

Denn zumindest für einen Großteil der Gebäude schied damit eine Erwerbsabsicht der im Zeitpunkt der Bauerrichtung noch gar nicht bestehenden OHG unabhängig von der Beweiswürdigkeit des Landgerichts von vornherein aus.

(2) Soweit die Beweiswürdigung des Landgerichts hinsichtlich einer Erwerbsabsicht der OHG bezüglich etwaiger nach ihrer Errichtung erstellter Gebäude von Bedeutung ist, ist sie Teil der Tatsachenfeststellung des Landgerichts, an die das Rechtsbeschwerdegericht gebunden ist, soweit die Feststellung ohne Verstoß gegen Verfahrensrecht getroffen worden ist (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i. V. m. § 561 Abs. 2 ZPO). Das Recht zur freien Beweiswürdigung ist nicht sachgemäß ausgeübt, wenn das Gericht Schlüsse gezogen hat, die in dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine Grundlage finden, oder wenn es Beweise, die vorgelegen haben, nicht oder nur teilweise gewürdigt, teilweise aber übergangen hat oder wenn wesentlicher Tatsachenstoff übersehen worden ist. Drängt ein Beweisergebnis zu einem besonders nahe liegenden Schluß, so muß der Tatrichter, wenn er diesen Schluß nicht ziehen will, seine Auffassung begründen; anderenfalls ist die Beweiswürdigung lückenhaft (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 19). Ein Verfahrensfehler liegt aber nicht schon dann vor, wenn die tatsächlichen Folgerungen des Landgerichts nicht die einzig möglichen sind; es schadet nicht einmal, wenn sie nicht schlechthin zwingend sind. Ist der vom Landgericht gezogene Schluß möglich, kann dies vom Rechtsbeschwerdegericht selbst dann nicht beanstandet werden, wenn eine andere Schlußfolgerung ebenso nahe oder sogar noch näher liegt (vgl. BayObLG Rpfleger 1988, 413/414).

Vorliegend hat das Landgericht den von den Beschwerdeführern als entscheidendes Indiz bezeichneten Sachverhalt, daß die Bauwerke nicht vom Grundstückseigentümer für den Erwerber, sondern von diesem selbst und mit Millionenkosten in einer Weise errichtet wurden, die eine Eigennutzung durch den Grundstückseigentümer ausschließen, durchaus umfassend gewürdigt und ist zur Verneinung einer Erwerbsabsicht der OHG im Zeitpunkt der Bauerrichtung gekommen. Die Beweiswürdigung des Landgerichts weist keinen Verfahrensfehler auf.

Sie ist auch nicht durch einen Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG beeinflusst. Denn der Amtsermittlungsgrundsatz enthebt die Beteiligten nicht der Pflicht, durch eingehende Sachdarstellung und Angabe der ihnen bekannten Beweismittel an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken (Darlegungslast). Diese Pflicht besteht insbesondere für den Fall, daß sich die Kostenschuldner auf eine sie begünstigende Rechtsvorschrift berufen. Bei Vernachlässigung dieser Pflicht kann nicht erwartet werden, daß das Gericht allen nur denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachgeht (vgl. *Jansen* Rdnr. 6, *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 12. Aufl. Rdnr. 88, je zu § 12). Da die Beteiligten zu 1) und 2) eine Anfrage des Kostenbeamten vom 24. 9. 1990, welche Gebäude auf den Grundstücken am 11. 3. 1990 errichtet waren und wann sie errichtet wurden, unbeantwortet gelassen hatten und auf diese Fragen auch im Laufe der sich anschließenden Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren nicht eingegangen sind, kann von einer Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht gesprochen werden.

3. Da die Höhe des vom Landgericht bestätigten, anhand der eingetragenen Grundpfandrechte ermittelten Geschäftswerts im übrigen von den Beschwerdeführern nicht bestritten wurde, konnte das Landgericht ohne weiteres davon ausgehen, daß die Grundstücke mit Bebauung einen Wert von mindestens 41,5 Mio DM darstellen.

## D. Steuerrecht

21. EStG 1975 § 7 b Abs. 1 und 3, § 21 Abs. 2, § 21 a; EStG 1977 § 52 Abs. 10 (*Keine Begünstigung nach § 10 e EStG bei mittelbarer Grundstücksschenkung?*).

**Erhöhte Absetzungen nach § 7 b Abs. 3 EStG kann auch ein Schenker beanspruchen, der mit seinen Mitteln den Kauf eines von ihm im voraus bestimmten Grundstücks einem zu Beschenkenden ermöglicht und sich dabei ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstück vorbehält.**

BFH, Urteil vom 15. 5. 1990 — IX R 21/86 —

### *Aus dem Tatbestand:*

Die drei Kinder der Klägerin erwarben aufgrund Kaufvertrags vom 30. 9. 1976 eine Eigentumswohnung. Der Verkäufer verpflichtete sich dabei, die Eigentumswohnung bezugsfertig zu errichten. Die Kinder bestellten der Klägerin am selben Tage ein lebenslangliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung. In einem schriftlichen Schenkungsvertrag zwischen der Klägerin und ihren drei Kindern vom Dezember 1976 heißt es, die Klägerin schenke ihren drei Kindern einen Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises für die Eigentumswohnung. Die Schenkung sei durch Überweisung des Geldes bereits vollzogen. Die Schenkung sei mit der Bedingung verbunden, daß das geschenkte Geld zum Kauf der Eigentumswohnung verwendet werde. Die Beschenkten hätten der Schenkerin ein lebenslangliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung bestellt. Die Klägerin bewohnt die Eigentumswohnung seit dem 1. 10. 1976.

Die Klägerin setzte in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1977 für die Eigentumswohnung den Nutzungswert nach § 21 a des Einkommensteuergesetzes (EStG) an und begehrte erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG in Höhe von 2 v. H. der Anschaffungskosten.

Das FA versagte der Klägerin erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG. Einspruch und Klage blieben im wesentlichen erfolglos. Das Finanzgericht (FG) führte in seinem in Der Betrieb (DB) 1985, 2332 veröffentlichten Urteil aus, die Klägerin habe den Nutzungswert der Eigentumswohnung nach § 21 Abs. 2 Alternative 2 EStG zu versteuern. Sie sei nicht berechtigt, erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG zu beanspruchen, da sie weder Eigentümerin noch Vorbehaltsnießbraucherin sei.

### *Aus den Gründen:*

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. Das angefochtene Urteil war aufzuheben, weil es § 7 b und § 21 a EStG verletzt.

Das FG hat rechtsfehlerhaft die Berechtigung der Klägerin verneint, erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG auf die Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung zu beanspruchen, deren Anschaffungskosten sie getragen und die sie im Streitjahr zu eigenen Wohnzwecken genutzt hatte.

Der Rechtsnachfolger des Bauherrn (Ersterwerber), auf den das Eigentum an einem Einfamilienhaus, einem Zweifamilienhaus oder einer Eigentumswohnung innerhalb von acht Jahren nach der Fertigstellung übergegangen ist, kann erhöhte Absetzungen nach § 7 b Abs. 1 und 3 EStG 1975 beanspruchen, soweit der Bauherr sie nicht geltend gemacht hat. Für den Ersterwerber treten an die Stelle der Herstellungskosten die Anschaffungskosten.

Diese Fassung des Gesetzes ist für den vorliegenden Fall nach § 52 Abs. 10 Satz 2 EStG maßgeblich, da die Kinder der Klägerin die Eigentumswohnung aufgrund eines vor dem 1. 1. 1977 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrags erworben haben.

a) Grundsätzlich ist derjenige als Ersterwerber befugt, erhöhte Absetzungen nach § 7 b Abs. 3 EStG geltend zu machen, der den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Vermietung verwirklicht und der die Anschaffungskosten für das begünstigte Objekt getragen hat. Die Befugnis zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen nach § 7 b EStG setzt jedoch nicht voraus, daß der Steuerpflichtige bürgerlich-rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer ist (BFH-Urteile vom 28.7.1981 VIII R 141/77, BFHE 134, 409, BStBI II 1982, 454 [= MittBayNot 1982, 200] und vom 7.12.1982 VIII R 153/81, BFHE 138, 180, BStBI II 1983, 627).

Aufgrund dessen hat die Rechtsprechung das Recht auf erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG auch einem Vorbehaltsnießbraucher zugesprochen, der die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hatte, bevor er das Grundstück unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs Angehörigen schenkte, und der nunmehr aufgrund seines Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt (BFH-Urteil in BFHE 138, 180, BStBI II 1983, 627). Wer hingegen ein Objekt aufgrund eines ihm unentgeltlich zugewendeten Nießbrauchsrechts nutzt, ist nach Auffassung des BFH in BFHE 134, 409, BStBI II 1982, 454 nicht zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen befugt, wenn nicht er, sondern der Eigentümer die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hat.

Einem zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen berechtigten Nießbraucher, der sich sein Nutzungsrecht bei der unentgeltlichen Übertragung des Grundstücks vorbehalten hat, muß ein Schenker gleichgestellt werden, der mit seinen Mitteln einem zu Beschenkenden den Kauf eines von ihm, dem Schenker, im voraus bestimmten Grundstücks ermöglicht, sich bei der Schenkung ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstück vorbehält und anschließend aufgrund seines Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt.

Ein solcher Schenker ist mit demjenigen vergleichbar, der im Falle einer unmittelbaren Schenkung ein Grundstück zunächst zu seinem Eigentum erwirbt, um es sodann seinerseits auf den zu Beschenkenden unter Vorbehalt eines Nießbrauchs weiter zu übertragen (ebenso *Tiedke*, DB 1986, 984; zweifelnd *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 9. Aufl., 1990, § 7 Anm. 3 e — 5 —); denn sowohl bei der unmittelbaren als auch bei der mittelbaren Grundstücksschenkung trägt der Schenker die Anschaffungskosten des Grundstücks als derjenige, für dessen Rechnung das Grundstück auf den Beschenkten übertragen wird. In beiden Fällen wendet der Schenker die Anschaffungskosten auf, um aufgrund des ihm bei der schenkweisen Übertragung eingeräumten Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. Der Beschenkte erwirbt jeweils ein Grundstück, belastet mit einem Nießbrauch.

Der Gegenstand der Schenkung ist bei der mittelbaren Schenkung der gleiche wie bei der unmittelbaren. Nach der zum Schenkungsrecht ergangenen zivilrechtlichen Rechtsprechung, der sich der BFH für das Schenkungssteuerrecht angeschlossen hat, (Urteil des BGH vom 29.5.1952 IV ZR 167/51, NJW 1952, 1171; BFH-Urteil vom 7.4.1976 II R 87—89/70, BFHE 119, 300, 302, BStBI II 1976, 632), macht es keinen rechtlichen Unterschied, ob jemand ein Grundstück, das er verschenken will, sich zunächst selbst übertragen läßt, um es sodann an den zu Beschenkenden weiter zu übereignen, oder ob er es diesem dadurch verschafft, daß das zu schenkende Grundstück (für Rechnung des Schen-

kers) unmittelbar an den Beschenkten übereignet wird. Um eine mittelbare Schenkung eines Grundstücks bejahen zu können, muß im voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede dahingehend getroffen sein, daß Gegenstand der Schenkung ein ganz bestimmtes Grundstück und nicht etwa ein Geldbetrag ist. Außerdem muß die Schenkung vereinbarungsgemäß vollzogen worden sein.

b) Nicht berechtigt zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen ist hingegen ein Schenker, der nicht auf seine Rechnung ein Grundstück schenkt, sondern einen Geldbetrag dem Beschenkten zuwendet, damit dieser nach seiner Wahl ein bebautes Grundstück anschaffen oder ein Gebäude errichten kann und sodann dem Schenker des Gebäudes ein Nutzungsrecht einräumt (ebenso Oberfinanzdirektion — OFD — Münster, Verfügung vom 6.8.1985 S 2227-76-St 11—31, FinanzRundschau — FR — 1985, 498, zu Nr. 3). Bei dieser Rechtsgestaltung trägt nicht der Schenker, sondern der Beschenkte die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes. Der Beschenkte erwirbt das Gebäude auf eigene Rechnung. Der Schenker, der sich von ihm hieran ein Nießbrauchsrecht einräumen läßt, erhält lediglich einen Zuwendungsnießbrauch.

2. Da das FG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen war, war das angefochtene Urteil aufzuheben. Die nicht spruchreife Sache geht an das FG zurück, damit es die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nachholt.

Der erkennende Senat vermag aufgrund der vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht zu entscheiden, ob die Klägerin nach den obigen Grundsätzen berechtigt war, erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG in Anspruch zu nehmen. Es fehlen tatsächliche Feststellungen zu der Frage, ob die Klägerin und ihre Kinder als Gegenstand der Schenkung ein ganz bestimmtes Grundstück oder einen Geldbetrag vereinbarten und wie die Schenkung tatsächlich vollzogen wurde. Zur Beurteilung dieser Fragen reicht die nach Vollzug der Schenkung aufgesetzte schriftliche Vereinbarung vom Dezember 1976 nicht aus. Es bedarf vielmehr der Feststellung, was die Vertragsparteien vor der tatsächlichen Durchführung als Gegenstand der Schenkung gewollt hatten (vgl. hierzu auch BFH-Urteil vom 28.11.1984 II R 133/83, BFHE 142, 511, BStBI II 1985, 159). Als ein Indiz hierfür kann der Umstand dienen, wann und an wen die Klägerin den Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises überwiesen hatte.

#### *Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. hierzu auch die Verfügung der OFD München vom 13.7.1992, in diesem Heft S. 364.

22. EStG §§ 8 Abs. 2, 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1, 22 Nr. 1 Satz 1 (*Pflegeleistungen Dritter als Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen*)

**Hat der Altenteilsverpflichtete den Altenteiler zu pflegen, und kommt er dieser Verpflichtung nach, indem er eine Pflegekraft anstellt und entlohnt, hat der Altenteiler insoweit Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG), die im Regelfall in Höhe des Lohnaufwandes anzusetzen sind.**

BFH, Urteil vom 22.1.1992 — X R 35/89 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin nach ihrem im Jahre 1984 verstorbenen Vater. Dieser hatte ihr mit Vertrag vom 16.4.1966 das Rittergut A übertragen. Die Klägerin war verpflichtet, ihrem Vater im

Rahmen eines Altenteils u. a. „Hege und Pflege in gesunden und kranken Tagen“ zukommen zu lassen. Sie kam ab dem Jahre 1979 dieser Verpflichtung dadurch nach, daß sie eine Pflegekraft anstellte und entlohnte.

Der Vater der Klägerin hatte in seiner Steuererklärung für das Streitjahr 1981 als Einnahmen aus wiederkehrenden Bezügen u. a. einen Betrag für „Haushaltshilfe“ von 8 350 DM erklärt.

Der auf dieser Grundlage ergangenen Steuerbescheid vom 17. 2. 1983 wurde bestandskräftig.

Anläßlich einer Außenprüfung erhöhte das Finanzamt den bei der Klägerin als dauernden Lasten anzuerkennenden Aufwand für die Kosten der Pflegekraft um 6 167 DM auf 14 517 DM (= 90 v. H. der Gesamtaufwendungen).

Aufgrund der Feststellungen der Außenprüfung erließ das FA gegen die Klägerin als Rechtsnachfolgerin nach ihrem inzwischen verstorbenen Vater den nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO 1977) geänderten Einkommensteuerbescheid vom 12. 12. 1985, in dem die wiederkehrenden Bezüge (§ 22 Nr. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes — EStG —) aus der Inanspruchnahme der Pflegekraft ebenfalls mit 14 517 DM angesetzt wurden. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung des § 22 Nr. 1 EStG. Es gebe keinen Rechtssatz des Inhalts, daß alles das, was beim Verpflichteten eines Altenteils als Sonderausgabe abziehbar sei, in gleicher Höhe beim Berechtigten als Einkommen versteuert werden müsse. Insofern unterscheide sich der Wortlaut des § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG von der gesetzlichen Regelung des Realsplitting (§ 22 Nr. 1 a EStG). Die wiederkehrenden Bezüge (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) seien nach den Vorschriften über den Sachbezug (§ 8 EStG) zu beurteilen. Seien die Dienstleistungen des persönlich Verpflichteten keine Aufwendungen i. S. der §§ 9, 10 EStG (Bezugnahme auf das Urteil des BFH vom 28. 7. 1983 IV R 174/80, BFHE 139, 367, 375, BStBl II 1984, 97, 101 [= MittBayNot 1984, 104]), dann sei auch für die Besteuerung der „substituierten Sachleistungen“ auf den Wert abzustellen, der bei objektiver Beurteilung dem Altenteilsberechtigten tatsächlich zugeflossen sei.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil und den geänderten Einkommensteuerbescheid vom 12. 12. 1985 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Es ist der Auffassung, als „üblicher Mittelpreis des Verbrauchsortes“ i. S. des § 8 EStG sei hier der Aufwand des Leistungsverpflichteten anzusetzen.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist unbegründet. Das FA hat zu Recht die Pflegeleistungen in Höhe von 14 517 DM als Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) der Einkommensteuer unterworfen.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind — anders als Leibrenten (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG) — in vollem Umfang abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Sie sind beim Berechtigten als Einkünfte aus wiederkehrenden Leistungen steuerbar, soweit sie nicht zu den in § 2 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 bezeichneten Einkunftsarten gehören (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG).

Hauptanwendungsfall der in vollem Umfang abziehbaren dauernden Last sind Versorgungsleistungen, die in sachlichem Zusammenhang mit einem Vermögensübergabevertrag vereinbart worden sind (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 15. 7. 1991 GrS 1/90, BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67]). Die Versorgungsleistungen stellen weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten dar (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 5. 7. 1990 GrS 4-6/89, BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]). Dies folgt aus ihrer gesetzlichen Zuweisung zu den wiederkehrenden Bezügen und zur dauern-

den Last (Großer Senat in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1 Buchst. a und b; BFH-Urteil vom 24. 4. 1991 XI R 9/84, BFHE 164, 354, BStBl II 1991, 794). Wegen ihres Charakters als vorbehaltene Vermögenserträge sind die Versorgungsleistungen keine Zuwendungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG. Dementsprechend sind sie dem Empfänger als Einkünfte zuzurechnen (vgl. § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG).

2. Die Verpflichtung, den Übergeber des Vermögens zu pflegen, kann Inhalt einer dauernden Last sein. Offenbleiben kann, ob die von der Klägerin ihrem Vater durch persönliche Arbeit erbrachten Dienstleistungen aus Rechtsgründen nicht als dauernde Last abziehbar sein können, da sie keine Aufwendungen i. S. der §§ 9, 10 EStG darstellen (BFH-Urteil in BFHE 139, 367, 375, BStBl II 1984, 97, dort unter II. 2. b, am Ende [= MittBayNot 1984, 104]). Eine dauernde Last ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Verpflichtete die Pflege durch Dritte verrichten läßt und hierfür Aufwendungen (Einkaufssatz zu § 10 Abs. 1 EStG) tätigt (im Ergebnis ebenso *Schmidt/Heinicke*, Einkommensteuergesetz, 10. Aufl., § 22 Anm. 6 a, bb).

3. Der Senat läßt dahingestellt, ob und in welcher Höhe beim Altenteiler steuerbare Einkünfte anzusetzen sind, wenn der Verpflichtete die Pflegeleistung in eigener Person erbringt. Tätigt der Verpflichtete als dauernde Last abziehbare Aufwendungen, fließen dem Berechtigten Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) zu. Der Verpflichtete läßt damit dem Übergeber die diesem nach dem Übergabevertrag zustehenden „vorbehaltenen Erträge“ zukommen.

Die Auffassung des FG, die „Hege und Pflege“ eines Altenteilers sei ein nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts anzusetzender Sachbezug, ist für den Streitfall revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar ist der nach § 8 EStG zu ermittelnde Betrag ein objektiver Wert. Für seine Bemessung kommt es weder auf die subjektive Wertschätzung des Empfängers noch auf die tatsächlichen Aufwendungen des Leistenden an; ferner ist unerheblich, ob der Empfänger auch ohne die Einnahme Aufwendungen in Höhe des objektiven Werts getätigt hätte (BFH-Urteil vom 22. 7. 1988 III R 175/84, BFHE 154, 218, BStBl II 1988, 995, unter II. 3. b; *Birk in Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 8 EStG Anm. 51 a). Die Bewertung des Sachbezugs in Höhe der dem Verpflichteten entstandenen Aufwendungen ist im Regelfall zutreffend, wenn dem Bezieher, hätte er die Pflegekraft selbst angestellt, mutmaßlich derselbe Aufwand entstanden wäre.

23. EStG § 14 a Abs. 2 (*Vorliegen einer „Veräußerung“ bei rechtlich und wirtschaftlich vergleichbarer Bindung*)

1. Die Abgabe eines Verkaufsangebots gegen zinslose Darlehensgewährung in Höhe des späteren Kaufpreises mit entsprechender dinglicher Sicherung des Käufers und Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Eigentumsübergang kann zu einer so starken Bindung führen, daß eine Veräußerung i. S. von § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG anzunehmen ist.

2. Liegen die Voraussetzungen einer steuerfreien Entnahme von Gebäuden nach § 14 a Abs. 2 EStG nicht vor, so entfällt damit nicht die Steuervergünstigung der Betriebsveräußerung oder -aufgabe nach § 14 a Abs. 1 und 3 EStG.

BFH, Urteil vom 23. 1. 1992 — IV R 95/90 —

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger bewirtschaftete bis zum Streitjahr 1981 einen landwirtschaftlichen Betrieb mit 3,8942 ha eigenen und 11,7868 ha gepachteten Flächen. Der Betrieb lag im Abbaugelände einer Bergwerks-AG. Zum 31. 10. 1981 erklärte er die Betriebsaufgabe, kündigte die Pachtverträge und verpachtete die eigenen Flächen an die AG. Am 1. 4. 1982 gab der Kläger ein notariell beurkundetes, bis zum 31. 3. 1984 unwiderrufliches Angebot ab, die zurückbehaltenen und von ihm weiter genutzten Wohn- und Wirtschaftsgebäude der AG zu veräußern. Dieses durch Auflassungsvormerkung gesicherte Angebot konnte der vorgesehene Erwerber nicht vor dem 1. 12. 1983 annehmen. Gleichzeitig erwarb der Kläger ein Ersatzgrundstück von der AG in A. Die Mittel dafür wurden dem Kläger von der AG darlehensweise und zinslos in Höhe des für die Wohn- und Wirtschaftsgebäude vorgesehenen Veräußerungspreises zur Verfügung gestellt. Das Darlehen wurde durch Eintragung einer Grundschuld auf das zu veräußernde Grundstück gesichert. Die AG nahm mit notarieller Urkunde vom 9. 12. 1983 das Angebot des Klägers an und die Auflassung wurde erklärt. Im Jahre 1984 zog der Kläger nach A um.

Nach einer Betriebsprüfung vertrat das Finanzamt die Auffassung, die Hofstelle sei bereits mit der Abgabe des Verkaufsangebotes und damit innerhalb der in § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG vorgesehenen Zweijahresfrist veräußert worden, die Voraussetzungen des § 14 a EStG seien daher nicht erfüllt. Die gesonderte Feststellung des Gewinns für das Streitjahr wurde berichtigt, der auf die Hofstelle entfallende Entnahmegewinn für steuerpflichtig erklärt und mit dem übrigen Gewinn aus der Aufgabe des Betriebs nach §§ 14, 16, 34 EStG besteuert.

Nach erfolglosem Vorverfahren gab das Finanzgericht (FG) der dagegen gerichteten Klage statt.

Hiergegen richtet sich die vom FG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Revision des FA.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Zu Unrecht hat das FG im Streitfall angenommen, der Kläger habe die Hofstelle erst nach Ablauf der Zweijahresfrist des § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG veräußert.

1. Das FG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß die von der Rechtsprechung zu § 23 EStG vertretene Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Veräußerung auch auf den gleichlautenden Begriff in § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG anzuwenden ist; es hat den Begriff der Veräußerung jedoch verkannt.

a) Nach § 14 a Abs. 1 und Abs. 3 EStG (in der für die Streitjahre geltenden Fassung des EStG 1981) ist die Aufgabe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter bestimmten Voraussetzungen weitergehend als nach §§ 14, 16 EStG begünstigt. Dieser Vergünstigung steht es nach § 14 a Abs. 2 EStG nicht entgegen, wenn der Steuerpflichtige die zum land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehörenden Gebäude samt zugehörigem Grund und Boden zurückbehält (§ 14 a Abs. 2 Satz 1 EStG), diese im Anschluß an die Veräußerung oder Aufgabe des Betriebes mindestens zwei Jahre selbst bewohnt und in dieser Zeit nicht veräußert (§ 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG). In diesem Fall geht das Gesetz von einer steuerfreien Entnahme aus (§ 14 a Abs. 2 Satz 2 und 3 EStG).

Bei Einfügung des § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG durch das Gesetz zur Neuregelung der Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirtschaft vom 25. 6. 1980 (BGBl I, 732, BStBl I, 400) hatte der Gesetzgeber die Steuerbefreiung des Gewinns aus der Wohnungsentnahme bewußt von der bei Grundstücken üblichen Spekulationsfrist von zwei Jahren abhängig gemacht (BT-Drucks 8/3239, S. 11). Der erkennende

Senat geht daher davon aus, daß auch der Begriff der Veräußerung i. S. des § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG dem Begriff der Veräußerung in § 23 Abs. 1 EStG entspricht.

b) Zu den Voraussetzungen, unter denen ein bindendes Angebot als Veräußerung i. S. des § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG angesehen werden kann, hat der VI. Senat des BFH in seiner Entscheidung in BFHE 100, 93, BStBl II 1970, 806 ausgeführt, daß unter besonderen Umständen ein Verkaufsangebot einem Verkauf gleichzustellen ist; dies ist dann gerechtfertigt, wenn bereits durch das Angebot rechtlich und tatsächlich eine Situation geschaffen wird, wie sie auch aufgrund eines Kaufvertrags gegeben ist. Solche besonderen Umstände hat der VIII. Senat des BFH etwa darin gesehen, daß die Abgabe eines Verkaufsangebots mit einer Darlehensgewährung in Höhe des späteren Kaufpreises und dem Abschluß eines „Erbbauvertrags“ verbunden wurde (Urteil vom 15. 1. 1974 VIII R 63/68, BFHE 112, 31, BStBl II 1974, 606). In einer weiteren Entscheidung hat der BFH bereits einen Vorvertrag als Veräußerung beurteilt, weil die dadurch eingegangene Bindung zwischen den Vertragsbeteiligten durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung und eines Grundpfandrechts zur Sicherung des Kaufpreises verstärkt worden war (BFH-Urteil vom 13. 12. 1983 VIII R 16/83, BFHE 140, 238, BStBl II 1984, 31 [= MittBayNot 1984, 156]).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Begriff der Veräußerung i. S. des § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG hat der Kläger auch im Streitfall die Wohn- und Wirtschaftsgebäude bereits mit der Abgabe des unwiderruflichen Verkaufsangebots und damit innerhalb der Frist von zwei Jahren im Anschluß an die Betriebsaufgabe veräußert. Das bindende Verkaufsangebot, die zinslose Darlehensgewährung in Höhe des von vornherein festgelegten Kaufpreises mit der entsprechenden dinglichen Sicherung der Käuferin und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung rechtfertigen den Schluß auf eine endgültig gewollte Eigentumsverschaffung an dem Grundstück. Die mit der Abgabe des unwiderruflichen Verkaufsangebots eingegangene Bindung des Klägers wurde noch durch eine Reihe zusätzlicher Vereinbarungen erheblich verstärkt. So war der Kläger verpflichtet, andere Personen von der Nutzung des Grundstücks auszuschließen, den Grundbesitz für den Erwerber gegen Zugriffe Dritter zu schützen und bergbaurechtliche Einwirkungen ohne Anspruch auf Unterlassung und Wiederherstellung oder Entschädigung zu dulden; für den Fall der Verletzung dieser Vereinbarungen hatte er sich ferner zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet. Auch mit der Ermächtigung des Notars hatte der Kläger alles getan, damit die spätere Annahme des unwiderruflichen Kaufangebots durch den Erwerber nur noch als juristische Formalität ohne wirtschaftliche Eigenbedeutung erfolgen konnte (BFH-Urteil vom 23. 9. 1966 VI 147/65, BFHE 87, 140, BStBl III 1967, 73).

Bei dieser Sachlage kann dem Umstand, daß Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr erst mit der Übergabe des Eigentums auf den Erwerber übergehen sollten, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Der Kläger hat damit lediglich eine der beiden Voraussetzungen des § 14 a Abs. 2 Satz 3 EStG für die Annahme einer steuerfreien Entnahme, nämlich das Erfordernis der Selbstnutzung erfüllt.

2. Allerdings hat das FA aus der vorzeitigen Veräußerung des Wohngebäudes gefolgert, daß die Voraussetzungen des § 14 a EStG insgesamt entfallen seien. Bei einheitlicher Betrachtung des § 14 a Abs. 2 EStG könnte dies eine denkbare Auslegung sein, denn Satz 1 dieser Vorschrift be-

stimmt, daß die Zurückbehaltung der Wohngebäude der Anwendung der Vergünstigung des § 14 a Abs. 1 (und Abs. 3) nicht entgegensteht. Bezieht man aber die weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 auf diese Ausnahmeregelung, so folgt daraus, daß die Anwendung des § 14 a Abs. 1 EStG beim Wegfall einer dieser Voraussetzungen ausgeschlossen wäre.

Dieser Auslegung kann sich der Senat jedoch nicht anschließen. Die nachträglich eingefügte Regelung der Steuerfreiheit des Entnahmegewinns sollte lediglich einen „Hinderungsgrund für die an sich erwünschte und nach § 14 a EStG steuerlich begünstigte Betriebsveräußerung“ (BT-Drucks. 8/3239, S. 11) beseitigen; die Begünstigung des § 14 a EStG sollte danach gerade erhalten bleiben und nicht an der befürchteten Besteuerung stiller Reserven aus den zurückbehaltenen Wohngebäuden scheitern. Diesem Regelungszweck entspricht es aber, das Erfordernis der befristeten Selbstnutzung und das Veräußerungsverbot nur als Voraussetzungen der Steuerbefreiung des Entnahmegewinns und nicht weitergehend auch als Voraussetzung der Steuervergünstigung der Betriebsveräußerung oder -aufgabe zu sehen.

3. Die Vorentscheidung beruht auf einer anderen Rechtsauffassung und ist daher aufzuheben. Der Senat kann jedoch nicht durcherkennen, da die Sache nicht spruchreif ist. Das FG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die weiteren Voraussetzungen des § 14 a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 EStG im Streitfall vorgelegen haben und ob der Kläger danach den Freibetrag von 60 000 DM nach § 14 a Abs. 1 Satz 1 EStG beanspruchen könnte.

#### 24. EStG § 10 e Abs. 6 (Vorkostenabzug auch bei unentgeltlichem Erwerb)

**Vor Bezug entstandene Aufwendungen für die Renovierung einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung können nach § 10 e Abs. 6 EStG abziehbar sein. Der Vorkostenabzug steht dem Eigentümer auch bei unentgeltlichem Erwerb der Wohnung zu.**

BFH, Urteil vom 11.3.1992 — X R 113/89 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 19.6.1987 erhielt der Kläger von seiner Mutter ein Mietwohngrundstück unentgeltlich zu Alleineigentum übertragen. Besitz, Nutzungen und Lasten sollten laut Vertrag zum 1.1.1988 auf den Kläger übergehen.

Im Zeitraum August bis Dezember 1987 renovierte der Kläger eine Wohnung in diesem Anwesen für 30 529,60 DM. Anschließend zogen die Kläger in diese Wohnung ein.

In der Einkommensteuererklärung 1987 beantragten die Kläger, die Renovierungskosten als Vorkosten nach § 10 e Abs. 6 des Einkommensteuergesetzes (EStG) abzuziehen. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt — FA —) lehnte den Abzug ab. Einspruch und Klage gegen den Einkommensteuerbescheid 1987 waren erfolglos.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Herabsetzung der Einkommensteuer 1987 entsprechend dem Antrag der Kläger.

Die Renovierungskosten sind als Vorkosten nach § 10 e Abs. 6 EStG abziehbar.

Nach dieser Vorschrift kann der Steuerpflichtige Aufwendungen wie Sonderausgaben abziehen, die

— bis zum Beginn der erstmaligen Nutzung einer Wohnung i. S. des Absatzes 1 zu eigenen Wohnzwecken entstehen,

— unmittelbar mit der Herstellung oder Anschaffung des Gebäudes oder der Eigentumswohnung oder der Anschaffung des dazugehörenden Grund und Bodens zusammenhängen,

— nicht zu den Herstellungskosten oder Anschaffungskosten der Wohnung oder zu den Anschaffungskosten des Grund und Bodens gehören und

— im Fall der Vermietung oder Verpachtung der Wohnung als Werbungskosten abgezogen werden könnten.

a) Der unentgeltliche Erwerb der Wohnung steht dem Vorkostenabzug nicht entgegen.

aa) Das FG sowie ein Teil des Schrifttums leiten aus der Verweisung auf eine „Wohnung im Sinne des Absatzes 1“ ab, der Steuerpflichtige müsse die Wohnung entgeltlich erworben haben (z. B. *Jaser/Wacker*, Die neue Eigenheimbesteuerung, 5. Aufl., S. 122; *Meyer/Clausen in Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10 e EStG Anm. 513; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 10. Aufl., § 10 e Anm. 9). *Meyer/Clausen* (a. a. O.) und *Schmidt/Drenseck* (a. a. O.) halten darüber hinaus den Abzug von Vorkosten nur dann für zulässig, wenn diese für eine Wohnung aufgewendet wurden, für die der Steuerpflichtige Grundförderung nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG in Anspruch nehmen kann und auch tatsächlich in Anspruch nimmt. Das FG folgert ferner aus dem in § 10 e Abs. 6 EStG geforderten unmittelbaren Zusammenhang mit der Anschaffung des Gebäudes, daß nur Vorkosten für eine entgeltlich erworbene Wohnung begünstigt seien; denn unter Anschaffung sei nur der entgeltliche Erwerb zu verstehen (gl. A. z. B. *Märkle/Franz*, Selbstgenutztes Wohneigentum, 3. Aufl., S. 89). Die Finanzverwaltung läßt Vorkosten im Zusammenhang mit dem unentgeltlichen Erwerb eines Gebäudes ebenfalls nicht zum Abzug zu (Bundesminister der Finanzen — BMF — vom 25.10.1990, BStBl I 1990, 626 Abs. 49 [= MittBayNot 1991, 38]).

Das Hessische FG (Urteil vom 19.12.1990 1 K 3731/89, EFG 1991, 472) und *Obermeier* DStR 1990, 132) halten dagegen einen Vorkostenabzug auch bei unentgeltlichem Erwerb für möglich. Sie gehen davon aus, daß der Begriff Anschaffung den unentgeltlichen Erwerb einschließt.

bb) Gesetzeszweck, Sinnzusammenhang und Entstehungsgeschichte sprechen für eine Auslegung der Vorschrift, die einen Abzug von Vorkosten auch bei unentgeltlichem Erwerb ermöglicht.

§ 10 e Abs. 6 EStG ist ein eigenständiger Begünstigungstatbestand, der unabhängig von der Grundförderung nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG auszulegen ist. Denn in Absatz 6 wird nicht gefordert, daß die Kosten für eine nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG begünstigte Wohnung aufgewendet wurden, sondern es wird nur das Entstehen der Aufwendungen bis zum Beginn der erstmaligen Nutzung einer „Wohnung im Sinne des Absatzes 1“ zu eigenen Wohnzwecken verlangt. Erhält der Eigentümer keine Grundförderung wegen Objektverbrauchs oder wegen räumlichen Zusammenhangs der Wohnung mit einem begünstigten Objekt (§ 10 e Abs. 4 EStG), kann er gleichwohl die vor Bezug ent-

standenen Aufwendungen im Rahmen des § 10 e Abs. 6 EStG abziehen (vgl. BMF, a. a. O., Abs. 59). Die von *Meyer/Clausen* (a. a. O., § 10 e Anm. 513) und *Schmidt/Drenseck* (a. a. O., § 10 e Anm. 9) vertretene Auffassung, nur dem nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG zur Inanspruchnahme der Grundförderung Berechtigten stehe der Vorkostenabzug zu, widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift.

Da der Vorkostenabzug unabhängig von der Inanspruchnahme der Grundförderung gewährt wird, muß die Verweisung auf Absatz 1 nicht bedeuten, daß nur Aufwendungen für eine selbst hergestellte oder entgeltlich erworbene Wohnung begünstigt sind. Vielmehr entspricht es allgemeinem Sprachgebrauch, eine „Wohnung im Sinne des Absatzes 1“ dann anzunehmen, wenn die tatbestandlichen Anforderungen des Absatzes 1 hinsichtlich der Wohnung erfüllt sind; d. h., es müssen die allgemeinen Merkmale des Wohnungsbegriffs vorliegen und es muß sich um eine Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus oder eine im Inland belegene eigene Eigentumswohnung handeln, die keine Ferien- oder Wochenendwohnung ist (gl. A. *Stuhrmann*, Die Neubesteuerung des Hausbesitzes, Rz. 75). Ob sich die Verweisung auch darauf bezieht, daß die Wohnung nicht vom Ehegatten angeschafft sein darf (§ 10 e Abs. 1 Satz 7 EStG 1987), braucht der Senat im Streitfall nicht zu entscheiden. Einen entgeltlichen Erwerb der Wohnung verlangt § 10 e Abs. 1 EStG nicht. Da die Begünstigung nach § 10 e Abs. 1 EStG im Abzug eines bestimmten Betrages der Anschaffungs- oder Herstellungskosten besteht, kommt sie allerdings zwangsläufig nur bei vom Steuerpflichtigen selbst hergestellten oder entgeltlich erworbenen Objekten in Betracht.

Auch aus dem Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhangs der Aufwendungen mit der Anschaffung der Wohnung ist nicht zu folgern, daß Vorkosten nur bei entgeltlichem Erwerb begünstigt sind. Der Begriff „Anschaffung“ hat im EStG unterschiedliche Bedeutungen. Zum Beispiel wird im Rahmen der §§ 6 b und 23 EStG unter „Anschaffung“ ein entgeltlicher Erwerb verstanden (BFH-Urteile vom 11.12.1984 IX R 27/82, BFHE 143, 46, BStBl II 1985, 250 und vom 13.12.1989 X R 208/87, BFHE 159, 114, BStBl II 1990, 274). In anderem Zusammenhang bedeutet „Anschaffung“ die Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht (z. B. BFH-Urteil vom 28.4.1977 IV R 163/75, BFHE 122, 121, BStBl II 1977, 553 unter 1. b). Sofern es um die Abgrenzung der Herstellung von der Anschaffung geht, wird die Anschaffung als Erwerb eines bestehenden Wirtschaftsguts definiert (z. B. BFH-Urteil vom 2.9.1988 III R 53/84, BFHE 154, 413, BStBl II 1988, 1009). Sprachlich umfaßt der Begriff sowohl den entgeltlichen wie den unentgeltlichen Erwerb.

In § 10 e Abs. 6 EStG dient das Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Herstellung oder Anschaffung dazu, Aufwendungen, die sich nicht unmittelbar auf den Herstellungs- oder Anschaffungsvorgang der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung beziehen, auszugrenzen. Anhaltspunkte dafür, daß durch die gewählte Formulierung Vorkosten für eine unentgeltlich erworbene Wohnung vom Abzug ausgeschlossen werden sollten, sind nicht ersichtlich. Vielmehr entspricht die Verwendung des Begriffs „Anschaffung“ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs dem Gesetzeszweck. Wie sich aus der Überschrift des § 10 e EStG „Steuerbegünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im eigenen Haus“ ergibt, wollte der Gesetzgeber nicht nur die Herstellung oder den Erwerb von Wohneigentum fördern, sondern allgemein das Wohnen in der eigenen Wohnung. Auch Aufwendungen im

Zusammenhang mit einer unentgeltlich erworbenen Wohnung fallen daher unter den Förderungszweck.

Die Gesetzesmaterialien sprechen ebenfalls für eine Auslegung des § 10 e Abs. 6 EStG in diesem Sinne. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf (BTDrucks 10/3633 S. 16) soll durch die Regelung in § 10 e Abs. 6 EStG sichergestellt werden, daß die vor Bezug der Wohnung anfallenden Kosten, die bisher bei eigengenutzten Wohnungen als Werbungskosten abziehbar waren, auch künftig steuermindernd berücksichtigt werden können. Nach der Rechtslage vor 1987 waren aber auch bei selbstgenutzten Wohnungen im eigenen Einfamilienhaus, deren Nutzungswert pauschaliert versteuert wurde, vor Bezug entstandene Aufwendungen als Werbungskosten unabhängig davon abziehbar, ob das Einfamilienhaus entgeltlich oder unentgeltlich erworben worden war.

cc) Diese Auslegung steht nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des Senats zu den sog. vergeblichen Aufwendungen. Diese waren zwar nach der Rechtslage vor 1987 ebenfalls als Werbungskosten abziehbar. Jedoch steht dem Abzug als Vorkosten in diesen Fällen der Gesetzeswortlaut entgegen, der einen unmittelbaren Zusammenhang der Aufwendungen mit der Anschaffung oder Herstellung der Wohnung verlangt.

b) Die Renovierungskosten hängen auch unmittelbar mit der Anschaffung der Wohnung zusammen.

Im Schrifttum wird zum Teil die Meinung vertreten, vor Bezug entstandenen Erhaltungsaufwendungen fehle — anders als z. B. den Finanzierungskosten — die vom Gesetz geforderte Beziehung zum Anschaffungsvorgang. Sie seien zwar während der Anschaffungsphase entstanden; ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Anschaffung bestehe jedoch nicht. Die Aufwendungen setzten vielmehr die Anschaffung logisch voraus (*Meyer/Clausen*, a. a. O., § 10 e Anm. 520; *Meyer/Richter*, Die steuerliche Wohnungsbauförderung, S. 158; *Stuhrmann*, DStR 1988, 308).

Der Senat ist dagegen mit der herrschenden Meinung der Auffassung, daß als Erhaltungsaufwand zu beurteilende Renovierungskosten einer Wohnung das Merkmal des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Anschaffung erfüllen, wenn der Steuerpflichtige im Anschluß an den Erwerb oder — wie im Streitfall — im Anschluß an den notariellen Übergabevertrag die Wohnung instandsetzt. Es genügt ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang (z. B. Schleswig-Holsteinisches FG vom 27.11.1990 III 767/90, EFG 1991, 386; BMF, a. a. O., Abs. 55; *Obermeier*, DStR 1990, 132).

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch § 10 f. Abs. 2 Satz 2 EStG. Danach kann der Steuerpflichtige unter bestimmten Voraussetzungen Erhaltungsaufwendungen wie Sonderausgaben abziehen, sofern sie nicht nach § 10 e Abs. 6 EStG berücksichtigt worden sind. Der Gesetzgeber rechnet also im Grundsatz Erhaltungsaufwendungen zu den abziehbaren Kosten i. S. des § 10 e Abs. 6 EStG. Auch die Gesetzesbegründung (s. o. unter 1. a, bb) spricht hierfür, weil vor Bezug angefallene Erhaltungskosten auch bei selbstgenutzten Einfamilienhäusern als Werbungskosten abziehbar waren.

c) Die vom Kläger aufgewendeten Renovierungskosten sind als Erhaltungsaufwand und nicht als Herstellungskosten zu beurteilen. Zwar können grundlegende Maßnahmen zur Instandsetzung einer Wohnung Herstellungsaufwand im steuerrechtlichen Sinn sein, wenn das Gebäude oder die Wohnung über ihren ursprünglichen Zustand hinaus wesentlich

verbessert wird (BFH-Urteil vom 29.10.1991 IX R 117/90, BFHE 166, 203, BStBl II 1992, 285). Im Streitfall liegen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die vor Bezug ausgeführten Renovierungsarbeiten den Wert der Wohnung erheblich erhöht hätten. Auch das FA hat in der mündlichen Verhandlung den Charakter der streitigen Aufwendungen als Erhaltungsaufwand nicht bezweifelt.

d) Als Erhaltungsaufwand wären die Aufwendungen im Falle der Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abziehbar.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu das Schreiben des BMF vom 21.9.92, in diesem Heft S. 364.

25. UmwStG §§ 20, 21 (Keine Gewinnrealisierung, aber Steuerverhaftung bei Übergang stiller Reserven einer Sacheinlage auf Altanteile anlässlich GmbH-Kapitalerhöhung)

**Gehen bei einer Kapitalerhöhung stille Reserven von einer Sacheinlage (§ 20 Abs. 1 UmwStG) unentgeltlich auch auf Altanteile und auf junge Anteile einer nahestehenden Person über, so tritt zwar keine Gewinnrealisation ein; diese Anteile werden aber insoweit ebenfalls von der Steuerverhaftung des § 21 UmwStG erfaßt.**

BFH, Urteil vom 8.4.1992 — I R 160/90 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Kläger, die miteinander verheiratet waren, gründeten mit Vertrag vom 21.12.1979 die W-GmbH mit einem Stammkapital von 50 000 DM gegen Bareinlage. Davon übernahmen der Kläger und die Klägerin jeweils die Hälfte als Stammeinlage. Mit Gesellschafterbeschuß vom 27.6.1980 erhöhten sie das Stammkapital um 1 450 000 DM. Von den neuen Anteilen übernahm der Kläger einen Nennbetrag von 1 225 000 DM und legte dafür seine Einzelfirma zu Buchwerten in die GmbH ein. Den weiteren Anteil aus der Kapitalerhöhung in Höhe von 225 000 DM übernahm die Klägerin und legte dafür eine Darlehensforderung in gleicher Höhe ein, die ihr gegenüber der Einzelfirma des Klägers zustand.

Durch einen weiteren Gesellschafterbeschuß vom selben Tag wurde das Kapital der W-GmbH nochmals um nominal 439 000 DM erhöht. Diese Anteile wurden an insgesamt 13 neue Gesellschafter zum Ausgabekurs von 250% veräußert.

Aufgrund einer Außenprüfung vertrat der Beklagte (das Finanzamt) unter Bezugnahme auf Tz. 66 des Schreibens des Bundesministers der Finanzen (BMF) vom 16.6.1978 (BStBl I 1978, 235) die Auffassung, bei der erstgenannten Kapitalerhöhung seien stille Reserven von durch Sacheinlage i. S. des § 20 des Umwandlungs-Steuergesetzes (UmwStG) erworbenen Gesellschaftsanteilen des Klägers (Einbringung der Einzelfirma in die W-GmbH) auf die bisherigen Anteile des Klägers und der Klägerin und die jungen Anteile der Klägerin übergegangen. Insoweit sei vom Kläger ein Veräußerungsgewinn nach § 21 UmwStG in Höhe von 289 640 DM zu versteuern. Am 16.5.1984 erließ das FA einen entsprechend geänderten Einkommensteuerbescheid. Der Einspruch blieb dem Grunde nach ohne Erfolg. In der Einspruchsentscheidung setzte das FA die Einkommensteuer wegen geänderter Berechnung des Veräußerungsgewinns herab. Der dagegen erhobene Klage gab das Finanzgericht statt.

Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung des § 16 EStG und § 21 UmwStG.

Es beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet; sie war deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Die Entscheidung des FG erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

1. Das FG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob tatsächlich bei der Einbringung des Einzelunternehmens in der vom FA ermittelten Höhe und Aufteilung stille Reserven auf die bisherige Stammeinlage des Klägers und auf die Geschäftsanteile der Klägerin übergingen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, denn in jedem Fall fehlte es für die vom FA durchgeführte Besteuerung der stillen Reserven an einer Rechtsgrundlage.

§ 21 Abs. 1 UmwStG, den das FA als Rechtsgrundlage heranzog, ist mangels Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft nicht anwendbar. Ebensowenig sind die Voraussetzungen eines Ersatztatbestandes des § 21 Abs. 2 UmwStG erfüllt, wonach die Rechtsfolgen des Abs. 1 der Vorschrift ohne Veräußerung eintreten können.

§ 21 Abs. 1 UmwStG führt nur dann zu einer Besteuerung, wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft veräußert werden. Unter einer Veräußerung in diesem Sinne ist die entgeltliche Übertragung solcher Gesellschaftsanteile auf einen anderen Rechtsträger zu verstehen (vgl. Urteil des BFH vom 27.7.1988 I R 147/83, BFHE 155, 52, BStBl II 1989, 271; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Rz. 7377; *Glade/Steinfeld*, Umwandlungs-Steuerrecht, 3. Aufl., Rz. 1175 und 1207). Dies folgt aus der Erwähnung des Veräußerungspreises in § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG und der dort ferner getroffenen Regelung, wonach bei unentgeltlichem Erwerb der Anteile der Rechtsnachfolger in den Status des Rechtsvorgängers eintritt.

Soweit im Streitfall stille Reserven vom Einzelunternehmen des Klägers auf dessen bisherigen Geschäftsanteil übergingen, fehlt es an einer Übertragung auf einen anderen Rechtsträger. Soweit sich stille Reserven auf den bisherigen und den neuen Geschäftsanteil der Klägerin übertrugen, mangelt es an einer entgeltlichen Übertragung. Nach den Feststellungen des FG war die Klägerin nicht verpflichtet, dem Kläger für eine Übertragung stiller Reserven seines Einzelunternehmens ein Entgelt zu zahlen. Überdies wurden in allen Fällen keine „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“ übertragen, zumal die streitgegenständlichen stillen Reserven von einem Einzelunternehmen und nicht — wie das FG angenommen hat — von einbringungsgeborenen Anteilen i. S. des § 21 UmwStG auf die Geschäftsanteile der Kläger übergingen.

2. Der vom FA geltend gemachten analogen Anwendung des § 21 Abs. 1 UmwStG bedarf es im Streitfall nicht. Die stillen Reserven des Einzelunternehmens des Klägers bleiben weiterhin — nach § 21 UmwStG — steuerverhaftet — und zwar auch, soweit sie nicht auf den (jungen) Geschäftsanteil übergingen, den der Kläger bei der Kapitalerhöhung übernahm.

a) Die vorgenannte Steuerverhaftung erfaßt zum einen den jungen GmbH-Anteil der Klägerin, soweit auf ihn stille Reserven des nach § 20 Abs. 2 UmwStG unter dem Teilwert eingebrachten Einzelunternehmens übergingen, denn der Kläger brachte sein Einzelunternehmen für Rechnung der Klägerin, seiner Ehefrau, ein (vgl. BFH-Urteil vom 23.6.1981 VIII R 138/80, BFHE 135, 551, BStBl II 1982, 622). Der junge GmbH-Anteil der Klägerin erweist sich sonach in gleicher Weise steuerverstrickt, als hätte sie einen Anteil am Unternehmen des Klägers in die GmbH eingebracht.

Als an der Kapitalerhöhung notwendig beteiligter Gesellschafter der W-GmbH kannte der Kläger die beschlossenen Beteiligungsverhältnisse und als (vormaliger) Inhaber des

eingebrachten Einzelunternehmens dessen Wert. Es war ihm daher bewußt und von ihm gewollt, daß stille Reserven nicht nur auf den von ihm übernommenen neuen Geschäftsanteil übersprangen; zumindest nahm er dies billigend in Kauf. Als zur Hälfte beteiligter Gesellschafter hätte er andernfalls den Erhöhungsbeschluß verhindert, der einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedurfte (§ 53 Abs. 2 GmbHG) oder sein Unternehmen nicht eingebracht.

Diese Interpretation des Willens des Klägers liegt auch in seinem erkennbaren Interesse, da ansonsten — mangels Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 UmwStG — die Einbringung seines Einzelunternehmens zu einem Veräußerungsgewinn nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG in voller Höhe führen müßte (vgl. auch BFH-Urteil vom 30.4.1975 I R 41/73, BFHE 116, 118, BStBl II 1975, 706), und entspricht deshalb der Sicht eines objektiven Empfängers der Willenserklärung (§ 133 BGB). § 20 UmwStG verlangt nämlich nicht nur, daß ein Betrieb usw. in eine unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaft eingebracht wird, sondern auch, daß der Einbringende dafür neue Anteile an der Gesellschaft erhält. Sinn und Zweck der §§ 20, 21 UmwStG ist es, im Interesse der Umstrukturierung von Unternehmen ein Wahlrecht hinsichtlich des Zeitpunkts der Aufdeckung stiller Reserven zuzulassen, deren Besteuerung (in voller Höhe) aber durch ihre Übertragung auf die Anteile an der aufnehmenden Kapitalgesellschaft zu sichern, die der Einbringende bei der Sacheinlage erhält (vgl. Begründung zu § 17 UmwStG 1969, BTDrucks V/3186, S. 14). Deshalb kann § 20 Abs. 1 UmwStG grundsätzlich nur dann eingreifen, wenn die bei der Einbringung nicht realisierten stillen Reserven des eingebrachten Betriebs usw. vollständig auf die anlässlich der Einbringung gewährten Anteile des Einbringenden oder dritter Personen übertragen werden oder zumindest in anderer Weise steuerverstrickt bleiben.

b) Die vorstehenden Erwägungen gelten insbesondere, soweit im Streitfall stille Reserven auf die Altanteile der Kläger übergingen. Diese bleiben dementsprechend ebenfalls nach § 21 UmwStG steuerverstrickt; die Kläger haben insoweit ihre Altanteile im Sinne der Vorschrift durch Sacheinlage erworben.

26. UmwStG §§ 20, 21 (*Keine Gewinnrealisierung bei Übergang stiller Reserven einer Sacheinlage auf junge Bargeschäftsanteile eines Dritten anlässlich GmbH-Kapitalerhöhung*)

**Entgegen Tz. 66 des BMF-Schreibens vom 16. Juni 1978 (BStBl I 1978, 235) tritt keine Gewinnrealisierung ein, wenn stille Reserven von Gesellschaftsanteilen, die durch Sacheinlage gemäß § 20 Abs. 1 UmwStG erworben worden sind, bei einer Kapitalerhöhung unentgeltlich auf junge, nicht durch Sacheinlage erworbene Anteile eines Dritten übergehen.**

BFH, Urteil vom 8.4.1992 — I R 128/88 —

(Nur Leitsatz)

MittBayNot 1992 Heft 5

E.

## Beurkundungs- und Notarrecht

27. BeurkG §§ 11, 54 (*Einsichtsrecht in notariellen Aktenvermerk über Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten*)

**1. Schriftliche Feststellungen des Notars über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten anlässlich einer Beurkundung sind grundsätzlich in die Niederschrift selbst aufzunehmen.**

**2. Legt der Notar solche Feststellungen vorschriftswidrig in einem von der Urkunde getrennten Aktenvermerk nieder, so steht einem Beteiligten das Einsichtsrecht in diesen Aktenvermerk ebenso zu wie in die Urkunde selbst.**

BayObLG, Beschluß vom 2.7.1992 — 3 Z BR 58/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 46 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

1. Der Beteiligte schloß am 25. 10. 1984 mit seiner inzwischen verstorbenen Mutter einen notariell beurkundeten Hofübergabevertrag, wonach ihm das Eigentum an dem Anwesen übertragen wurde. Getrennt von dieser Urkunde legte der beurkundende Notarvertreter zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Übergeberin einen Aktenvermerk an, weil diese bereits einen Schlaganfall erlitten hatte.

Nunmehr macht in einem Zivilrechtsstreit der Erbe der Übergeberin geltend, der Übergabevertrag sei nichtig, da die Erblasserin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschäftsunfähig gewesen sei. Einen Antrag des Notars, ihn hinsichtlich des Aktenvermerks von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, lehnte der Präsident des Landgerichts ab; dessen Auffassung wurde durch rechtskräftigen Beschluß des Oberlandesgerichts München vom 16. 12. 1991 im Ergebnis bestätigt.

2. Der Beteiligte forderte mit Schreibern vom 23. 1. 1992 den Notar erneut auf, ihm Einsicht in den Aktenvermerk zu gewähren oder ihm eine beglaubigte Abschrift davon zu übermitteln. Der Notar lehnte das Gesuch unter Bezugnahme auf die Gründe des Beschlusses des Oberlandesgerichts mit Bescheid vom 30. 1. 1992 ab. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluß vom 13. 4. 1992 als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

### Aus den Gründen:

Das Bayerische Oberste Landesgericht ist zur Entscheidung zuständig; das zulässige Rechtsmittel (vgl. § 199 FGG; BayObLGZ 1970, 125/127 ff.; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 12. Aufl. § 199 Rdnr. 16 und Teil B § 54 BeurkG Rdnr. 8) ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Ein Einsichtsrecht könne nicht aus § 51 Abs. 3 BeurkG hergeleitet werden, weil sich dieses Recht grundsätzlich nur auf die Urschrift der in § 51 Abs. 1 BeurkG genannten Urkunden beziehe. Dahinstehen könne, in welchem Umfang § 51 Abs. 3 BeurkG ein Einsichtsrecht in die Urkundensammlung des Notars gem. § 19 DONot gewähre; denn der vorliegende Aktenvermerk falle nicht unter die in dieser Vorschrift aufgeführten Urkunden. Er sei daher allenfalls zu den Nebenakten nach § 21 DONot zu nehmen. Selbst wenn aber die Einsicht in diese Nebenakten grundsätzlich zulässig sein sollte, bedürfe sie in jedem Fall des Einverständnisses aller Beteiligten, da andernfalls die Schutzfunktion der Schweigepflicht des Notars außer Kraft gesetzt werden würde. Der Erbe der Übergeberin habe aber der Einsichtnahme widersprochen. Schließlich sei § 34 FGG hier nicht anwendbar, da § 51 Abs. 3 BeurkG als *lex specialis* eine abschließende Regelung darstelle.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht stand; sie

stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 27 Abs. 1 Satz 2 PGG, § 563 ZPO) und ist daher aufzuheben.

2. a) Wann und in welchem Umfang der Notar bei einer Beurkundung Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit zu treffen hat, ergibt sich grundsätzlich aus § 11 BeurkG. Nach dieser Vorschrift soll die Beurkundung abgelehnt werden, falls einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die Geschäftsfähigkeit fehlt (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG); Zweifel an der Geschäftsfähigkeit soll der Notar in der Niederschrift feststellen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Ist ein Beteiligter schwer krank, so soll dies in der Niederschrift vermerkt und angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat (§ 11 Abs. 2 BeurkG). Da grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß die Beteiligten an einer Beurkundung geschäftsfähig sind, hat der Notar zwar nach § 11 BeurkG allgemein die erforderliche Geschäftsfähigkeit zu prüfen, ist aber nicht verpflichtet, in jedem Fall das Ergebnis in der Niederschrift zu erwähnen (vgl. *Mecke/Lerch* BeurkG 2. Aufl. Rdnr. 4, *Huhn/von Schuckmann* BeurkG 2. Aufl. Rdnr. 12 f., *Keidel/Kuntze/Winkler* BeurkG Rdnr. 6, *Jansen* FGG 2. Aufl. BeurkG Rdnr. 6, je zu § 11); § 11 BeurkG begründet für den Notar die tatsächliche Vermutung, daß ein volljähriger Beteiligter auch voll geschäftsfähig ist. Die Bestimmung legt aber andererseits auch fest, daß bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit Feststellungen darüber grundsätzlich in die Urkunde selbst aufzunehmen sind und nicht in davon getrennte Urkunden oder Vermerke. Es steht also nicht im Belieben der Urkundsperson, wie und wo solche Feststellungen schriftlich niedergelegt werden. Die Tatsache, daß § 11 BeurkG nur Sollvorschriften enthält, ändert nichts daran, daß für die Beurkundungsperson eine unbedingte Amtspflicht begründet wird, so zu verfahren, und keine Möglichkeit eröffnet ist, nach eigenem Ermessen davon abzuweichen. Sollvorschriften unterscheiden sich von Mußvorschriften nur dadurch, daß von ihrer Beachtung nicht die Wirksamkeit der Beurkundung abhängt (vgl. BayObLGZ 1983, 101/106; *Keidel/Kuntze/Winkler* BeurkG Einl. Rdnr. 13 m. w. N.). Ob sich im Einzelfall der Notar, um einen Schwerkranken bei Aufnahme seines Krankheitsbildes nicht unnötig zu belasten, mit der Feststellung in der Niederschrift begnügen kann, daß der Beteiligte zwar schwer krank, aber auf Grund des mit ihm geführten Gespräches voll geschäftsfähig ist (vgl. *Haegeler* Pflieger 1969, 414/415) oder ob der Notar gegebenenfalls über die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten dann eine besondere Tatsachenbescheinigung erstellt, wenn es nach Auskunft des Arztes unzulässig wäre, Feststellungen hierüber in der Niederschrift zu treffen (vgl. *Höfer*, JurA 1970, ZPR 56/65 = S. 740/749 f.) und wer ein Einsichtsrecht in eine solche Tatsachenbescheinigung hat, muß hier nicht erörtert werden. Im vorliegenden Fall gibt es schon keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit nur deshalb nicht in die Niederschrift aufgenommen worden wären, um diese Beteiligte nicht unnötig zu belasten. Darüber hinaus wäre aber nach dem Tod der Übergeberin davon auszugehen, daß eine etwa früher auf diesem Grund beruhende Einschränkung des Einsichtsrechts weggefallen ist.

b) Nach den vom Landgericht ohne Rechtsfehler getroffenen Feststellungen, die für den Senat bindend sind, hat der Notarvertreter in dem Aktenvermerk zur Geschäftsfähigkeit

der Übergeberin deshalb Stellung genommen, weil sie einen Schlaganfall erlitten hatte. Er hat somit ersichtlich die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 BeurkG für gegeben erachtet. Bei dieser Sachlage ist nicht zu prüfen, ob die Übergeberin tatsächlich schwer krank i. S. des § 11 Abs. 2 BeurkG war; es genügt, daß der Urkundsnotar davon ausgegangen ist und Anlaß gesehen hat, zur Frage der Geschäftsfähigkeit schriftlich Stellung zu nehmen. Dann hatte er aber seine Feststellungen in der Urkunde selbst, nicht aber in einem davon getrennten Vermerk niederzulegen. Zumindest hätte er diesen Vermerk der Urkunde als Bestandteil beiheften müssen.

c) Nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG kann eine Ausfertigung einer notariellen Urkunde u. a. jeder verlangen, der bei Niederschriften über Willenserklärungen eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat; er ist dann nach § 51 Abs. 3 BeurkG auch berechtigt, einfache oder beglaubigte Abschriften zu verlangen und die Urschrift einzusehen.

Trifft ein Notar Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten nur in einem Aktenvermerk, obwohl das Gesetz die Aufnahme solcher Feststellungen in die Urkunde vorschreibt, so beurteilt sich das Recht auf Einsichtnahme in den Aktenvermerk ausschließlich danach, ob dem Gesuchsteller ein Recht auf Einsicht in die Urkunde selbst zusteht. Steht dem Gesuchsteller das Recht auf Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde nach § 51 Abs. 1 BeurkG zu, so ist er auch berechtigt, eine beglaubigte Abschrift des Aktenvermerks zu verlangen. Deren Erteilung ist insbesondere nicht davon abhängig, daß in einem solchen Fall sämtliche Beteiligte den Notar von einer dann nicht bestehenden Verschwiegenheitspflicht entbinden.

Deshalb kommt es für die Entscheidung über den Antrag des Beteiligten auf die vom Landgericht im einzelnen erörterten Fragen, inwieweit ein Beteiligter allgemein ein Einsichtsrecht in die Urkundensammlung (§ 19 DONot) des Notars oder in dessen Nebenakten (§ 21 DONot; vgl. hierzu BGHZ 109, 260/273 [= DNotZ 1990, 392]) hat, nicht an; ebensowenig ist entscheidend, welchen Beweiswert ein solcher Vermerk nach seinem Inhalt hat. Das Einsichtsrecht bemißt sich nicht formalistisch danach, in welcher Form der Notar erforderliche Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat und wo er das Schriftstück aufbewahrt. Maßgebend ist vielmehr, ob der Vermerk materiell-rechtlich nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften in die Urkunde hätte aufgenommen werden müssen. Ist das der Fall, bemißt sich das Recht auf Einsichtnahme ausschließlich nach dem Einsichtsrecht in die Urkunde. Andernfalls würde einem Beteiligten sein Recht auf Erteilung einer Ausfertigung nach § 51 Abs. 1 BeurkG unzulässigerweise beschnitten, wenn der Notar gesetzwidrig erforderliche Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit nicht in die Urkunde selbst, sondern in einen davon getrennten Aktenvermerk aufnimmt.

3. Eine Kostenentscheidung entfällt, da der Notar am Verfahren über die Beschwerde gegen die Ablehnung einer Einsichtnahme in eine notarielle Urkunde nicht beteiligt ist, so daß ihm auch keine Kosten auferlegt werden dürfen (BayObLGZ 1972, 1; *Keidel/Kuntze/Winkler* BeurkG § 54 Rdnr. 9 Fn. 14); der Notar hat hier die Stellung einer Vorinstanz.

Der Geschäftswert war nach § 131 Abs. 2, § 31 Abs. 1, § 30 Abs. 2 und 3 KostO auf 5 000 DM festzusetzen.

V.  
Hinweise für die Praxis

1. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluß an MittBayNot 1976, 115; 1977, 262; 1978, 248; 1979, 135; 1980, 185; 1981, 213; 1982, 277; 1983, 267; 1984, 219; 1986, 284; 1989, 284; 1990, 328; 1991, 275).

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Nach der Bekanntmachung der Bayerischen Versicherungskammer vom 10.6.1992 — P 814/B —, veröffentlicht im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 25 vom 19.6.1992, gelten für die Versicherung bei der Bayerischen Landesbrandversicherungsanstalt ab 1.10.1992 folgende Richtzahlen:

für Gebäude und Kircheneinrichtungen 23,7  
für Betriebseinrichtungen 13,5.

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und durch die Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, bei der Bewertung von Grundbesitz die Vorschläge der Prüfungsabteilung der Notarkasse, niedergelegt in der Abhandlung „Bewertung von Grundbesitz nach § 19 KostO“ in MittBayNot 1976, 115 zu beachten. Die Bewertungsgrundsätze gelten auch für die Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Grundbesitz, soweit nicht die Sondervorschrift des § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden ist.

Die künftig anzuwendende Tabelle zur Berechnung des Wertes von Gebäuden wurde erstellt für Wohn- und Wirtschaftsgebäude mit einer Lebensdauer von 100, 80, 60, 50 und 20 Jahren. In die Tabelle sind die neue Richtzahl (Teuerungszahl), 23,7, sowie der allgemeine Abschlag von 20% entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG eingearbeitet. Die vierte Dezimalstelle wurde in der Tabelle durch Erhöhung der dritten Dezimalstelle dann mitberücksichtigt, wenn die vierte Dezimalstelle 5 oder höher lag. Lag sie darunter, blieb die vierte Dezimalstelle unberücksichtigt.

Der nach Abzug der Wertminderung wegen Alters verbleibende Gebäuderestwert soll regelmäßig 30% des Herstellungswertes nicht unterschreiten (BayObLG JurBüro 1984, 903; MittBayNot 1988, 92).

Besondere Verhältnisse, z. B. umfangreiche Instandsetzungs-, Umbau- oder Modernisierungsarbeiten an einem Gebäude, erhöhen den Wert des Gebäudes und beeinflussen die restliche Lebensdauer des Gebäudes. In diesen Fällen kann die technische Wertminderung wegen Alters durch eine entsprechend verlängerte Restlebensdauer des Gebäudes berücksichtigt werden (entsprechend WertR 76 Tz 3.5.2.3.). Wesentliche Baumängel und Bauschäden können wertmindernd berücksichtigt werden.

Die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, bei der Ermittlung des Wertes von Gebäuden künftig die neue Tabelle anzuwenden.

Tabelle

zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes

Stand: 1.10.1992

Richtzahl (Teuerungszahl): 23,7

Allgemeiner Abschlag (Sicherheitsabschlag): 20%

Technische Wertminderung:

Abschlag je nach Alter des Gebäudes

A Wohngebäude und Verwaltungsbauten

Lebensdauer: 100 Jahre

B Hallen- und Industriebauten, Massiv- oder Stahlausführung

Lebensdauer: 80 Jahre

C Wirtschafts- und Stallgebäude von landwirtschaftlichen Anwesen

Lebensdauer: 60 Jahre

D Hallen- und Industriebauten in Holz oder gleichwertiger Ausführung

Lebensdauer: 50 Jahre

E Baracken auf Fundamenten

Lebensdauer: 20 Jahre

Alter des Gebäudes	Lebensdauer in Jahren				
	A 100	B 80	C 60	D 50	E 20
1	18,865	18,846	18,808	18,770	18,467
2	18,770	18,714	18,638	18,562	17,917
3	18,676	18,600	18,467	18,353	17,329
4	18,562	18,467	18,277	18,145	16,685
5	18,467	18,334	18,107	17,917	16,002
6	18,353	18,202	17,917	17,690	15,263
7	18,258	18,050	17,728	17,443	14,485
8	18,145	17,917	17,519	17,197	13,651
9	18,031	17,766	17,329	16,950	12,779
10	17,917	17,633	17,121	16,685	11,850
11	17,803	17,481	16,912	16,419	10,883
12	17,690	17,329	16,685	16,135	9,859
13	17,576	17,178	16,457	15,851	8,797
14	17,443	17,007	16,230	15,566	7,679
15	17,329	16,855	16,002	15,263	6,522
16	17,197	16,685	15,756	14,959	5,688
17	17,083	16,514	15,509	14,637	darüber Restwert
18	16,950	16,344	15,263	14,315	
19	16,818	16,173	15,016	13,992	
20	16,685	16,002	14,751	13,651	
21	16,552	15,813	14,485	13,310	
22	16,419	15,642	14,201	12,950	
23	16,287	15,452	13,936	12,589	
24	16,135	15,263	13,651	12,229	
25	16,002	15,073	13,367	11,850	
26	15,851	14,884	13,063	11,471	
27	15,718	14,675	12,779	11,073	
28	15,566	14,485	12,476	10,674	
29	15,414	14,277	12,172	10,276	
30	15,263	14,068	11,850	9,859	
31	15,111	13,860	11,528	9,442	
32	14,959	13,651	11,205	9,006	
33	14,808	13,443	10,883	8,570	
34	14,637	13,215	10,542	8,134	
35	14,485	13,007	10,200	7,679	
36	14,315	12,779	9,859	7,224	
37	14,163	12,552	9,518	6,750	
38	13,992	12,324	9,158	6,276	
39	13,822	12,078	8,797	5,802	darüber Restwert
40	13,651	11,850	8,418	5,688	
41	13,481	11,604	8,058		
42	13,310	11,376	7,679		
43	13,139	11,130	7,300		
44	12,950	10,883	6,901		
45	12,779	10,637	6,522		
46	12,589	10,371	6,124		
47	12,419	10,125	5,726		
48	12,229	9,859	5,688	darüber Restwert	
49	12,040	9,594			
50	11,850	9,328			
51	11,660	9,063			
52	11,471	8,797			
53	11,281	8,513			
54	11,073	8,248			
55	10,883	7,963			
56	10,674	7,679			
57	10,485	7,394			
58	10,276	7,110			
59	10,068	6,807			
60	9,859	6,522			
61	9,651	6,219			
62	9,442	5,916	darüber Restwert		
63	9,234	5,688			
64	9,006				
65	8,797				
66	8,570				
67	8,361				
68	8,134				
69	7,906				
70	7,679				
71	7,451				
72	7,224				
73	6,996				
74	6,750				
75	6,522				
76	6,276				
77	6,048				
78	5,802	darüber Restwert			
79	5,688				

2. **Ergänzung zu den „Mindestanforderungen an Kaufverträge“ gem. Wohnungsbauförderungsbestimmungen 1992**

Schreiben des Bay. Staatsmin. des Innern vom 31.08.1992 — IIC1-4731.1-011/91-e; mitgeteilt von Notar *Dr. Kamlah*, Erlangen

Ein Notar richtete an die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern folgende Anfrage:

„Im Bayerischen Staatsanzeiger Beilage Nr. 27/92 wurde die Neufassung der Wohnungsbauförderungsbestimmungen 1992 veröffentlicht. Zu Punkt 2 bitte ich Sie um die Bestätigung, daß der Kaufpreis auch fällig werden kann, wenn der Käufer eine Bankbürgschaft im Sinne des § 7 der MaBV erhalten hat.

Nachdem dies in den Bestimmungen nicht erwähnt ist, könnte es bei der Bewilligung von öffentlichen Geldern zu Schwierigkeiten kommen. Die Sicherung durch Bankbürgschaft ist insgesamt besser als die Sicherung durch eine Vormerkung. Seit der letzten Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung ist die Sicherung des Käufers durch Bürgschaft nach § 7 MaBV in den Vordergrund getreten. Es wäre gut, wenn in einer künftigen Neufassung die Zulässigkeit dieser Sicherung erwähnt wird und wenn sofort durch das Innenministerium bestätigt wird, daß die Sicherung durch Bankbürgschaft einer öffentlichen Förderung nicht im Wege steht.

Bei dieser Gelegenheit erlaube ich mir die Anregung, Ziff. 6. (Vollmachten) dahin zu ergänzen, daß nur Vollmachten an den Verkäufer gemeint sind. Es verbreitet sich immer mehr, daß die Verkäufer den Käufer bevollmächtigen. Hier wird bewußt keine Begrenzung auf einen Höchstbetrag vorgesehen, damit der Käufer auch künftige Eigenleistungen und sonstige Anschaffungen sofort mit sichern kann. Es sollte daher heißen ‚dem Verkäufer erteilte Vollmachten, zum Zweck ...‘.

Das Staatsministerium des Innern antwortete mit Schreiben vom 31.08.1992, Az IIC1-4731-011-91e:

„Diese Regelungen (sc.: über die Mindestanforderungen an Kaufverträge) sind übergangsweise nur noch bis zum 31.12.93 für staatlich zugelassene Betreuungsunternehmen von Bedeutung, die derzeit noch aufgrund ihrer Zulassung von den Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung befreit sind. Danach bedürfen auch diese Unternehmen der Erlaubnis nach § 34 c der Gewerbeordnung und sind dann an die Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung gebunden.

Wir haben daher keine Einwände, wenn bereits jetzt im Vorgriff auf die künftige Rechtslage so verfahren wird, daß für die Kaufpreisfälligkeit anstelle einer Auflassungsvormerkung für den Käufer eine Sicherung durch Bankbürgschaft im Sinn des § 7 MaBV genügt.

Von einer förmlichen Änderung der Anlage zu den WFB 1992 wollen wir wegen der nur noch kurzen Gültigkeitsdauer dieser Bestimmung ebenso absehen wie von einer redaktionellen Klarstellung im Sinn Ihres Schreibens.

Für Ihre Anregungen danken wir Ihnen.“

3. **Abzug von Vorbezugskosten gem. § 10 e Abs. 6 EStG bei unentgeltlichem Erwerb;**

**hier: Anwendung des BFH-Urteils vom 11. 3. 1992 (Mitt-BayNot 1992, 358)**

Schreiben des BMF vom 21.9.1992 — IV B 3 — S 2225 a — 188/92 —

Der BFH vertritt im Urteil vom 11.3.1992 (= MittBayNot 1992, 358) abweichend vom Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 25.10.1990 (= MittBayNot 1991, 38) und den entsprechenden Ländererlassen die Auffassung, daß vor Bezug entstandene Aufwendungen für die Renovierung einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung nach § 10 e Abs. 6 EStG auch bei unentgeltlichem Einzelrechtserwerb der Wohnung abgezogen werden können. Diese Auslegung ist im Hinblick auf den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck der Vorschrift zweifelhaft. Aufwendungen nach § 10 e Abs. 6 EStG können danach nur von dem Eigentümer, der die Herstellungs- oder Anschaffungskosten getragen hat, und von dessen Gesamtrechtsnachfolger, nicht dagegen von einem unentgeltlichen Einzelrechtsnachfolger, abgezogen werden. Nach dem Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder ist das Urteil, auch im Hinblick auf weitere ähnlich gelagerte beim BFH anhängige Verfahren, nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden.

4. **§ 10 e EStG bei mittelbarer Grundstücksschenkung — Anwendung des BFH-Urteils vom 15. 5. 1990, MittBayNot 1992, 354**

OFD München, Verfügung vom 13.7.1992 — S 2225 a 17/2 St 41

1. In der Hingabe von Geld zum Erwerb eines Grundstücks bzw. der Errichtung eines Gebäudes — sei es in Höhe der vollen oder eines Teils der Anschaffungs- oder Herstellungskosten — ist i. d. R. eine Geldschenkung unter Auflage zu sehen.

Verwendet der Beschenkte die hingegebenen Mittel zur Anschaffung oder Herstellung eines Objekts i. S. des § 10 e EStG nach seiner Wahl, so hat er und nicht der Zuwendende die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen.

Ein nicht nach § 10 e EStG begünstigter unentgeltlicher Erwerb im Wege der „mittelbaren“ Grundstücksschenkung liegt hingegen vor, wenn im voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede dahingehend getroffen ist, daß Gegenstand der Schenkung ein genau bestimmtes Grundstück und nicht etwa ein Geldbetrag sein soll (vgl. BFH-Urteil vom 15. 5. 1990, BStBl II 1992 S. 67 [= MittBayNot 1992, 354]). Entsprechendes gilt, wenn der Beschenkte verpflichtet wird, den hingegebenen Geldbetrag für die Errichtung eines vom Schenker bestimmten Gebäudes oder für ein bei Ausführung der Zuwendung bereits bestehendes konkretes Bauvorhaben zu verwenden. Entscheidend ist jeweils, was dem Bedachten nach dem erkennbaren Willen des Zuwendenden verschafft werden soll. Die zur Schenkungsteuer ergangenen gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 2. 11. 1989 zum Gegenstand der Schenkung

bei Geldhingabe zum Erwerb eines Grundstücks oder zur Errichtung eines Gebäudes (Schreiben der OFD München gl. Datums, Az.: 34 — S 3806 — 1/80 — 65 373, vgl. BStBl. I 1989 S. 443 f. [= MittBayNot 1990, 129]) sind sinngemäß anzuwenden.

2. Die Grundsätze des o. g. BFH-Urteils sind erstmals auf Fälle der „mittelbaren“ Grundstücksschenkung anzuwenden, in denen der Schenkungsvertrag nach dem 31. 1. 1992 rechtswirksam abgeschlossen wurde. Ein Schenkungsvertrag ist in dem Zeitpunkt als rechtswirksam abgeschlossen anzusehen, in dem das Schenkungsversprechen und erforderlichenfalls seine Annahme notariell beurkundet (§§ 518 Abs. 1 und 313 BGB) bzw. ein Formmangel durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt worden ist (§ 518 Abs. 2 BGB).

Beruht die Zuwendung auf einem vor dem 1. 2. 1992 geschlossenen, schwebend unwirksamen Schenkungsvertrag, ist entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis zu verfahren, wenn die Schenkung vereinbarungsgemäß vollzogen worden ist. Voraussetzung ist in diesen Fällen, daß der Beschenkte — hätte er die Anschaffungs- oder Herstellungskosten selbst getragen — das Objekt i. S. des § 10 e EStG noch vor dem 1. 10. 1992 angeschafft oder hergestellt hat.

#### **5. Teilentgeltlicher Erwerb eines §-10 e-Objekts im Wege vorweggenommener Erbfolge;**

**hier: Anwendung des BFH-Urteils vom 7. 8. 1991 (MittBay-Not 1992, 154)**

Schreiben des BMF vom 7. 8. 1992 — IV B 3 — S 2225 a — 171/92 —

Nach dem Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zu der Frage der Anwendung des BFH-Urteils vom 7. 8. 1991 — X R 116/89 (= MittBayNot 1992, 154) — wie folgt Stellung genommen:

Soweit der BFH mit o. g. Urteil entschieden hat, daß auf dem Grundstück lastende Verbindlichkeiten bei Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge nur insoweit Anschaffungskosten darstellen und damit zur Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag nach § 10 e EStG gehören, als sie auf die dem Rechtsvorgänger entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten des Gebäudes und die Hälfte der Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen, ist die Entscheidung nicht über den Einzelfall hinaus anzuwenden. Im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge übernommene Verbindlichkeiten führen unabhängig von ihrem Entstehungsgrund zu Anschaffungskosten und sind somit in die Bemessungsgrundlage nach § 10 e EStG einzubeziehen, soweit der Erwerber die Begleichung der Verbindlichkeiten auf sich nimmt, um die Verfügungsmöglichkeit über die Wohnung im Sinne des § 10 e EStG zu erlangen (vgl. Beschluß des Großen Senats vom 5. 7. 1990, BStBl II S. 847 [= MittBayNot 1990, 372] und BFH-Urteil vom 10. 4. 1991, BStBl II S. 791). Die Aufteilung der hiernach aufgewandten Anschaffungskosten auf Grund und Boden und auf Gebäude oder Gebäudeteile ist nach dem Verhältnis der Verkehrswerte vorzunehmen (vgl. Tz. 17 des BFM-Schreibens vom 25. 10. 1990, BStBl I S. 626 [= MittBayNot 1991, 38]).