2 MittBayNot
Begründet 1864
März/April 2006
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer, Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei gebleichten Faserstoffen

EDITORIAL

Wechsel im Herausgeberbeirat

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

mit Ablauf des Jahres 2005 ist Notar Professor Dr. Wolfgang Reimann aus dem Kreis des Herausgeberbeirats der MittBayNot ausgeschieden, dem er seit der Einführung im Jahre 1994 angehört hat. Professor Dr. Reimann hat sich in dieser Zeit große Verdienste für die Qualität und Geschlossenheit der von ihm betreuten Rechtsgebiete erworben. Die Landesnotarkammer Bayern, die Mitglieder des Herausgeberbeirats und die Schriftleitung der MittBayNot danken ihm für seine langjährige, engagierte und ertragreiche Arbeit im Herausgeberbeirat und hoffen, dass er den MittBayNot auch weiterhin verbunden bleibt.

Gleichzeitig möchten wir unseren Lesern die neuen Mitglieder im Herausgeberbeirat vorstellen. Zukünftig werden Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach, und Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen, dem Kreis des Herausgeberbeirats angehören und dort ihr vielseitiges juristisches Wissen aktiv für die Belange der MittBayNot einsetzen. Wir freuen uns auf eine langjährige erfolgreiche Zusammenarbeit.

Der Herausgeber und
die Schriftleitung

Aufsätze

AUFSÄTZE

Die englische Limited

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. *Jürgen Kadel*, M.B.L.T., Mannheim/Frankenthal (Pfalz)

Die englische[1] Limited tritt scheinbar ihren Siegeszug in Deutschland an. Zu verlockend scheint es, über das Internet binnen weniger Tage eine Gesellschaft zu gründen. Die Zweckmäßigkeit einer solchen Gründung ist jedoch mehr als zweifelhaft, wenn dies ohne Kenntnis des maßgeblichen Rechts geschieht und die Gründer noch nicht einmal der englischen Sprache mächtig sind. Man mag hiergegen einwenden, dass auch viele Gesellschafter einer deutschen GmbH nicht zwangsläufig Kenntnisse über das Recht der GmbH haben. Doch steht ihnen bei der Gründung einer GmbH aufgrund des Beurkundungserfordernisses kompetente Beratung zur Seite und die Gesellschafter werden nach der Gründung durch ihren Notar oder Anwalt beraten oder – wenn auch nicht mit dem Rechtsberatungsgesetz vereinbar – von ihrem Steuerberater um die Klippen des GmbH-Rechts geleitet. Dies ist bei einer englischen Limited nicht der Fall. Die Gründungsagenturen dürfen eine rechtliche Beratung nicht anbieten. Limited-Gründer werden in Zukunft einen Ansprechpartner benötigen und der deutsche Rechtsberatungsmarkt wird sich darauf einstellen müssen, in Zukunft mit der Limited umzugehen.

Das Notariat darf sich dieser Entwicklung nicht verschließen. Der Notar ist im Rahmen der Anmeldung der Zweigniederlassung meistens erster „richtiger" Ansprechpartner für Limited-Gründer. Dieser Erstkontakt muss als Chance betrachtet werden, zu bestätigen, dass der Gesetzgeber den Notar durch das Beurkundungserfordernis im deutschen Gesellschaftsrecht bei zentralen Weichenstellungen bei einer Kapitalgesellschaft den Gesellschaftern und der Gesellschaft mit gutem Grund als kompetenten Berater zur Seite gestellt hat. Will das Notariat diese zentrale Kompetenz im Gesellschaftsrecht behaupten, muss es beweisen, dass es auch neuen Herausforderungen wie der der Limited gewachsen ist, und sei es nur, um Limited-Gründer auf die mit dieser Gesellschaftsform verbundenen Gefahren und Nachteile hinzuweisen. Dies erfordert jedoch Kenntnis zumindest der Grundlagen des englischen Kapitalgesellschaftsrechts. Ziel der nachfolgenden Darstellung soll es daher sein, einen ersten kurzen Einblick in das Recht der englischen Limited zu geben und dem Leser die Möglichkeit zu eröffnen, sich selbst weiter in das englische Gesellschaftsrecht einzuarbeiten.[2]

I. Rechtsgrundlagen

Wichtigste gesetzliche Grundlage ist der Companies Act 1985 (CA 1985), der zwischenzeitlich durch verschiedene Artikelgesetze ergänzt und aktualisiert sowie durch weitere Gesetze, z. B. durch den Insolvency Act 1986, flankiert wurde.[3] Ebenso wie in Deutschland basieren viele Reformen auf europäischen Vorgaben. Änderungen im Companies Act werden unmittelbar in diesen eingearbeitet; dies ändert jedoch nichts an dessen Zitierung als CA 1985.

Der Companies Act ist in einzelne Paragraphen (sections) unterteilt. Auf Grundlage gesetzlicher Ermächtigung sind Richtlinien, der deutschen Rechtsverordnung vergleichbar, ergangen, die Companies Regulations 1985, die ebenfalls zwischenzeitlich mehrfach aktualisiert wurden.[4] Der anglo-amerikanischen Rechtstradition entsprechend sind, wenn der Gesetzgeber zum Mittel des Gesetzes greift, die gesetzlichen Regelungen und Richtlinien sehr ausführlich und erschöpfend gehalten. So umfasst allein der Companies Act 747 Paragraphen.

II. Struktur englischer Kapitalgesellschaften

Kapitalgesellschaften (incorporated companies) im englischen Recht können auf zwei Wege differenziert werden: Zunächst nach ihrer Haftungsstruktur, wobei unterschieden wird zwischen der company limited by shares, bei der die Haftung der Gesellschafter auf die vereinbarte Einlage begrenzt ist, der company limited by guarantee, bei der ein Stammkapital nicht vorhanden ist und die Gesellschafter verpflichtet sind, im Falle der Liquidation einen bestimmten Geldbetrag zu leisten, sowie der unlimited company, bei der die Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen haften.[5] Ferner danach, ob Gesellschaften ihre Anteile öffentlich anbieten können. Ist dies der Fall, handelt es sich um eine public company (plc),[6] andernfalls um eine private company, bei der die öffentliche Offerte von Geschäftsanteilen strikt untersagt ist. Im Folgenden soll nur die private company limited by shares behandelt werden, die als häufigste Gesellschaftsform für den deutschen Praktiker derzeit fast ausschließlich bedeutsam ist. Soweit daher nachfolgend von der Limited die Rede ist, beziehen sich alle Ausführungen ausschließlich nur auf diese Gesellschaftsform.

---

1 Im Vereinigten Königreich von Großbritannien (England, Wales, Schottland, Nordirland) sind die wesentlichen Gesetzesgrundlagen im Gesellschaftsrecht identisch. Es bestehen jedoch partielle Unterschiede zwischen Großbritannien (England, Wales, Schottland) und Nordirland und wiederum innerhalb Großbritanniens zwischen England und Wales zu Schottland. Aus Vereinfachungsgründen soll nachstehend nur die Rechtslage nach englischem und walisischem Recht besprochen werden, wobei der sprachlichen Vereinfachung wegen nur vom englischen Recht gesprochen wird.

2 Einführende Literatur in englischer Sprache *Hannigan*, Company Law, 2003; *Rose*, Company Law in a Nutshell, 6. Aufl., 2004. Gesetzessammlung: Blackstone's Statutes on Company Law.

3 Insbesondere durch den Business Names Act 1985, den Financial Service Act 1986, den Companies Directors Disqualification Act 1986, den Companies Act 1989, den Financial Services and Markets Act 2000 und den Enterprise Act 2002.

4 Ursprünglich aufgrund sec. 454 para. 2 CA 1948 und nunmehr insbesondere aufgrund sec. 3, 8 CA 1985.

5 Sec. 1 para. 2 CA 1985.

6 Sec. 1 para. 3, 101 para. 1, 117 CA 1985.

III. Gesellschaftsregister

Für England und Wales besteht ein einheitliches Gesellschaftsregister, das Companies House mit Hauptsitz in Cardiff und einer Außenstelle in London.[7] Das Gesellschaftsregister ist öffentlich und kann von jedermann eingesehen werden.[8] Das offizielle Verkündungsblatt des Gesellschaftsregisters ist die Gazette, in der bestimmte wesentliche Eintragungen in das Register veröffentlicht werden.[9]

Das Companies House ist im Internet bereits mit einem großen Informationsangebot vertreten und bietet auf seiner Webseite u. a. umfangreiche Erstinformationen zur Limited, die notwendigen Formulare sowie eine Onlineeinsichtnahme in das Register (Webcheck) an.[10] Für professionelle Nutzer besteht die Möglichkeit, Gesellschaften vollständig über das Internet zu gründen. Sämtlicher Schriftverkehr, einschließlich sämtlicher Gründungsurkunden, wird in diesem Fall online übermittelt.

Korrespondenzsprache mit dem Companies House ist Englisch. In Grenzen akzeptiert das Companies House auch Korrespondenz und fernmündliche Anfragen in anderen Sprachen, u. a. in deutscher Sprache. Einzureichende Unterlagen für das Register müssen jedoch zwingend in Englisch erfolgen. Dies ist für deutsche Limited-Gesellschafter, wie die tägliche Praxis zeigt, eine erhebliche Hürde.

IV. Organisationsstruktur der Limited

1. Gesellschaftsvertrag

Die Limited ist eine juristische Person (legal entity). Ihre Struktur ergibt sich aus ihrem Gesellschaftsvertrag (constitutional document), der aus dem memorandum of association und den articles of association besteht.

Im Memorandum müssen mindestens die Firma (business name, company name), der Sitz (registered office), der Status (private oder public company), der Gesellschaftszweck (object), die Haftungsbeschränkung (liability clause), das genehmigte Kapital (authorised share capital) und die ausgegebenen Gesellschaftsanteile (shares) nebst Angabe der Gesellschafter bezeichnet werden.[11] Die Richtlinien geben für die unterschiedlichen Formen der Limited jeweils ein Muster für ein Memorandum vor, dessen Verwendung sich in der Praxis anbietet.[12]

Die Wahl der Firma unterliegt gewissen Restriktionen. Einzelheiten ergeben sich aus den Bestimmungen des CA 1985[13], dem Business Names Act 1985 und den Companies and Business Names Regulations 1981[14]. Die Firma darf z. B. nicht anstößig sein oder einen Straftatbestand verwirklichen, nicht zu Verwechslungen mit einer bestehenden Firma führen und nicht in Widerspruch zum Unternehmensgegenstand stehen. Bestimmte Bezeichnungen müssen durch die zuständige Aufsichtsbehörde genehmigt werden. Eine aktuelle Liste verbotener bzw. genehmigungsbedürftiger Firmenbezeichnungen ist auf der Internetseite des Companies House abrufbar. Der Firma muss die Bezeichnung limited oder die Abkürzung ltd. beigefügt werden.[15] Firmenänderungen sind zulässig und werden mit Ausgabe des geänderten Certificate of Incorporation wirksam.[16]

Der Unternehmensgegenstand kann einzelne spezifische Tätigkeiten ausweisen oder, im Gegensatz zum deutschen Recht, bestimmen, dass die Gesellschaft befugt ist „to carry on any trade or business whatsoever“ (general commercial company, sog. „catch-all-clause“).[17]

Mit der Wahl des registered office wird zugleich der zuständige Gerichtsstand und das zuständige Handelsregister gewählt. Im Gegensatz zur deutschen GmbH (§ 4 a GmbHG) muss sich am registered office weder der Verwaltungs- noch der Betriebssitz der Gesellschaft befinden und es kann sich auch um die Anschrift eines Dritten, z. B. eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters, handeln. An diese registrierte Adresse der Gesellschaft sind alle förmlichen Akte zu richten,[18] ebenso müssen dort bestimmte Unterlagen vorgehalten werden. Das registered office kann durch Mitteilung gegenüber dem Gesellschaftsregister geändert werden. Die Änderung wird wirksam mit Eintragung in das Register.[19] Innerhalb von 14 Tagen nach Eintragung kann noch zulässigerweise an die alte Adresse zugestellt werden. Darüber hinaus kann gutgläubigen Dritten eine Änderung des registered office nur entgegengehalten werden, wenn die Änderung dem Register mitgeteilt und die Änderung ordentlich in der Gazette bekannt gegeben wurde.[20]

Während bei der Gründung die Erstellung des Memorandums zwingend ist, sind die Articles fakultativ. Werden solche nicht beschlossen, gelten die gesetzlichen Regelungen, wie sie in den Companies Regulations 1985, Table A (statutory model form of articles) – nachfolgend als Muster-Articles bezeichnet –, niedergelegt sind.[21] Mithin gelten die Muster-Articles nur, wenn keine abweichenden Satzungsbestimmungen getroffen wurden.[22] Die Bestimmungen der Articles dürfen jedoch nicht gegen die gesetzlichen Bestimmungen des CA 1985 verstoßen.

Satzungsänderungen (alteration) sind grundsätzlich durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, der einer Dreiviertelmehrheit bedarf, zulässig.[23] Sie sind dem Companies House innerhalb bestimmter Fristen anzuzeigen, wobei die Anzeige keine konstitutive Wirkung hat.[24] Die Rechtsprechung ist bei Satzungsänderungen, die mit der erforderlichen Mehrheit beschlossen werden, äußerst großzügig und geht nur in extremen Ausnahmefällen davon aus, dass eine Änderung gegen Treu und Glauben (bona fide) verstößt und damit nichtig ist. Es besteht daher eher ein geringer Minderheitenschutz. Gesetzlich geregelt ist, dass ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters keine Erhöhung seiner Haftung oder eine Ver-

---

7 Für Schottland und Nordirland existiert jeweils ein eigenes Handelsregister.

8 Sec. 709 CA 1985.

9 Sec. 711 CA 1985. Online abrufbar unter www.gazettes-online.co.uk.

10 www.companieshouse.gov.uk.

11 Sec. 2 CA 1985.

12 Sec. 3 CA 1985. Table B der Richtlinien.

13 Sec. 26 CA 1985.

14 Ermächtigungsgrundlage ist sec. 29 CA 1985.

15 Sec. 25, 27 CA 1985.

16 Sec. 28 CA 1985.

17 Sec. 3 A CA 1985.

18 Sec. 287 CA 1985.

19 Sec. 287 para. 3 CA 1985.

20 Sec. 287 para. 4 CA 1985.

21 Sec. 7, 8 CA 1985.

22 Gaiman v National Association for Mental Health (1971) Ch 317.

23 Für den Unternehmensgegenstand im Memorandum sec. 4, für die Articles sec. 9 CA 1985.

24 Grundsätzlich binnen 15 Tagen nach Inkrafttreten. Sondervorschriften gelten für die Änderung des Unternehmensgegenstandes, vgl. sec. 5 f. CA 1985.

pflichtung zur Zeichnung weiterer Anteile beschlossen werden kann.[25] Satzungsänderungen, die nicht gerichtlich binnen 21 Tage vor Gericht angefochten werden, sind bindend.[26]

2. Finanzverfassung

Ein Mindestkapital existiert bei der Limited nicht. Theoretisch kann ein Penny vereinbart werden, auch wenn sich in der Praxis für einen Geschäftsanteil eine Untergrenze von einem Pfund (GBP) herausgebildet hat.

Bei Gründung der Gesellschaft ist im Memorandum das Nominalkapital (nominal capital) auszuweisen. Hierbei handelt es sich um ein genehmigtes Kapital, das keinesfalls gezeichnet (issued share capital) sein muss. Typisches Beispiel ist die am häufigsten anzutreffende 100 GBP-Limited mit einer Unterteilung des Kapitals in 100 Gesellschaftsanteile (shares) zu je einem GBP. Das Nominalkapital beträgt 100 GBP, ausgegeben wird jedoch in der Regel pro Gesellschafter nur ein Gesellschaftsanteil (share). Die restlichen Anteile stellen nur genehmigtes Kapital dar und können nach den Muster-Articles jederzeit von der Geschäftsführung der Gesellschaft ohne weiteren Beschluss der Gesellschafterversammlung ausgegeben werden (allotment of shares). Die Gründungsgesellschafter haften nur für die Einzahlung der übernommenen Geschäftsanteile, nicht auch für die Resteinzahlung des gezeichneten Kapitals. Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die weiteren Anteile auszugeben. Das genehmigte Kapital kann bei Gründung oder zu einem späteren Zeitpunkt durch Gesellschafterbeschluss zugelassen werden.[27] Bei der private company kann diese Ermächtigung dem Board durch einstimmigen Beschluss unbefristet gewährt werden.[28] Ausgegebene Anteile müssen binnen eines Monats dem Gesellschaftsregister mit näheren Angaben zur Ausgabe gemeldet werden.[29] Erhöhungen des genehmigten Kapitals sind binnen 15 Tagen dem Gesellschaftsregister anzuzeigen.[30] Neu ausgegebene Gesellschaftsanteile sind zunächst den Altgesellschaftern anzubieten, wenn dieses Vorkaufsrecht nicht durch die Satzung ausgeschlossen ist.[31]

Das gezeichnete Kapital muss nicht tatsächlich eingezahlt (paid up capital) sein. In diesem Fall handelt es sich um ausstehende Einlagen (uncalled capital). Gesellschaftsanteile können zum Nominalwert oder mit Agio (share premium account)[32] ausgegeben werden, nicht aber darunter (at discount)[33]. Die Einlage kann durch Bar- oder Sacheinlage und durch Dienstleistungen erbracht werden.[34] Eine Werthaltigkeitsprüfung bei Sacheinlagen durch das Gesellschaftsregister erfolgt nicht, sondern obliegt allein der Geschäftsführung. Die Gerichte sind äußerst restriktiv, eine Angemessenheit zu verneinen.[35]

Nach den Muster-Articles steht den Direktoren das Recht zu, jederzeit die volle oder teilweise Einzahlung ausstehender Einlagen zu fordern. Geschieht dies nicht innerhalb der in der Satzung genannten Frist, kann ein Gesellschafter seines Gesellschaftsanteils für verlustig erklärt und dieser eingezogen werden (forfeiture).[36] Die Gesellschafterversammlung kann durch special resolution bestimmen, dass noch nicht eingezahltes Kapital erst im Liquidationsfall gezahlt werden muss.[37]

Damit unterliegt die private company in Bezug auf das Kapital kaum gesetzlichen Restriktionen. Nur bei der public company besteht ein Mindestkapital- und ein Mindesteinzahlungserfordernis sowie die Verpflichtung, bei Sacheinlagen deren Wert durch einen unabhängigen Gutacher prüfen zu lassen.[38] Die Kapitalerhaltungsvorschriften (maintenance of capital)[39] sind bei der private company in der Praxis aufgrund des in der Regel geringen Eigenkapitals auch von untergeordneter Bedeutung, weshalb diese hauptsächlich nur für public companies gelten. Wesentlich ist lediglich die Beschränkung, dass Ausschüttungen (distributions) nur aus Gewinnen (profits) zulässig sind.[40]

V. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft

1. Direktoren

Die Geschäfte der Limited werden durch die Direktoren (directors) geführt. Das Gesetz verlangt mindestens einen Direktor,[41] die Muster-Articels sehen mindestens zwei Direktoren vor.[42] Mehrere Direktoren bilden das board of directors, aus dem wiederum der Vorsitzende gewählt wird (chairman). Director kann nicht nur eine natürliche Person, sondern auch eine juristische Person sein. In größeren Gesellschaften findet sich häufig die Unterscheidung zwischen den managing directors, die das operative Geschäft betreiben, und sonstigen Direktoren, die aus deutscher Sicht die Aufgabe des Aufsichtsrats übernehmen.

Der erste Direktor einer Gesellschaft wird durch gesonderte Anzeige mit der Anmeldung der Gesellschaft an das Companies House bestimmt. Spätere Direktoren werden durch die Gesellschafterversammlung benannt (appointment, election). Nach den Muster-Articles genügt hierfür die einfache Mehrheit. Die Abberufung (removal) eines Direktors erfolgt ebenfalls durch die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit.[43] Die Muster-Articels sehen vor, dass eine Abberufung zwingend zu erfolgen hat, wenn ein Direktor insolvent oder geschäftsunfähig wird, von einem Gericht als Direktor disqualifiziert wurde, länger als sechs Monate den Board-Versammlungen fernbleibt oder sein Amt kündigt. Die Bestellung und Abberufung eines Direktors ist dem Companies House binnen 14 Tagen anzuzeigen.[44] Bei Bestellungen muss zugleich eine Einverständniserklärung des Direktors mit ein-

---

25 Sec. 16 CA 1985.

26 Sec. 5 CA 1985 für eine Änderung des Unternehmensgegenstands im Memorandum.

27 Zu den Einzelheiten sec. 80, 80 A, 121 CA 1985. Nach den Muster-Articles genügt die einfache Mehrheit, Art. 32 Table A.

28 Sec. 80, 80 A CA 1985.

29 Sec. 88, 122 f. CA 1985.

30 Sec. 123 CA 1985.

31 Sec. 89, 91 CA 1985.

32 Sec. 130 CA 1985.

33 Sec. 100 CA 1985.

34 Sec. 99 CA 1985.

35 Völliges Missverhältnis: Re White Star Line Ltd. (1983) Ch 458, 476; Park Business Interiors Ltd. v Park 1991 SLT 818, 822; bei Scheingeschäften: Re Wragg (1987) 1 Ch 796, 814 f.; betrügerischer Sachverhalt: Tintin Exploration Syndicate Ltd v Sandys (1947) 177 LT 412.

36 Art. 12–22 der Muster-Articles.

37 Sec. 120 CA 1985.

38 Sec. 99 ff. CA 1985, insbesondere sec. 99, 101, 103, 118 CA 1985.

39 Chapter V, sec. 142 ff. CA 1985.

40 Sec. 263 CA 1985.

41 Sec. 282 para. 3 CA 1985.

42 Art. 64 der Muster-Articles.

43 Sec. 303 CA 1985.

44 Sec. 288 mit Form 288 a. Der Inhalt der Anzeige ergibt sich aus sec. 289 CA 1985.

gereicht werden. Die Gesellschaft führt an ihrem registered office ein öffentliches Register ihrer Direktoren.[45] Nach den Muster-Articles kann jeder Direktor für sich einen Stellvertreter (alternate director) bestimmen, der in seiner Abwesenheit seine Funktion innehat.[46] Sollte sich herausstellen, dass die Bestellung eines Direktors unzulässig war, bleiben seine Handlungen dennoch wirksam.[47]

2. Haftung

Der Direktor einer Gesellschaft haftet grundsätzlich nicht persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Ausnahmsweise kann eine persönliche Haftung begründet werden bei einer Insolvenzverschleppung (wrongful trading),[48] bei betrügerischer Geschäftsführung (fraudulent trading),[49] Bekleidung des Amts eines Direktors trotz Disqualifikation,[50] bei Überschreitung der Vertretungsmacht oder bei Verletzung der Treuepflicht (fiduciary duty) oder der Sorgfaltspflichten (duty of care and skills) oder wenn die Gesellschaft lediglich aus Schein bei Geschäften zwischengeschaltet wird (mere facade concealing the facts)[51]. Diese Haftungsbeschränkung wird im englischen als „veil of incorporation" bzw. „corporate veil" bezeichnet.[52]

Eine bloße Unterkapitalisierung der Limited führt grundsätzlich zu keiner Haftung.[53] Bei der in der Regel starken Unterkapitalisierung der Limited scheint jedoch als Haftungsnorm auf den ersten Blick die Insolvenzverschleppung (wrongful trading) größere Bedeutung aufzuweisen. Die Haftung setzt nach sec. 214 Insolvency Act 1986 die Eröffnung des formellen Insolvenzverfahrens und die tatsächliche Insolvenz der Gesellschaft voraus. Der Anspruch richtet sich gegen tatsächliche, faktische oder „heimliche" Direktoren (de jure, de facto or shadow directors[54]). Voraussetzung ist, dass der Direktor positiv wusste oder hätte wissen müssen, dass sich die Insolvenz nicht vermeiden ließ. Er kann sich jedoch damit entlasten, dass er die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat, die Verluste zu verkleinern. Die Haftung wird durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht. Die Höhe der Haftung steht im Ermessen des Gerichts, wobei in der Regel der entstandene Schaden auszugleichen ist, der durch die Nichthandlung oder verspätete Handlung des Direktors eingetreten ist. Jedoch kann das Gericht auch punitative Elemente berücksichtigen.[55] Da die Gerichte jedoch den Zeitpunkt, ab dem die Insolvenz unvermeidlich erscheint (moment of truth), relativ spät ansetzen, hat diese Haftung in der Praxis geringe Bedeutung. Noch höhere Hürden sind beim fraudulent trading nach sec. 213 Insolvency Act 1986 zu überwinden, da hier eine Betrugsabsicht nachgewiesen werden muss, so dass dieser Haftungsnorm in der Praxis kaum Bedeutung zukommt und im Übrigen vom allgemeinen Deliktsrecht (tort) abgedeckt wird.

3. Sekretär

Eine dem deutschen Recht unbekannte Funktion ist die des Sekretärs (companies secretary), den jede Gesellschaft haben muss.[56] Dem Sekretär kommt die Aufgabe zu, für die Erfüllung gewisser ihm übertragener gesetzlicher Verpflichtungen Sorge zu tragen, insbesondere gegenüber dem Companies House. Der erste Sekretär ist bei Anmeldung der Gesellschaft zu benennen. Nach den Muster-Articles wird der Sekretär durch das board of directors benannt und abberufen.[57] Personalunion zwischen Sekretär und Direktor ist zulässig mit der wichtigen Ausnahme, dass der alleinige Direktor nicht auch zugleich Sekretär sein darf.[58] Die Gesellschaft muss an ihrem registered office ein öffentliches Register ihrer Sekretäre führen.[59]

4. Vertretung der Gesellschaft

Die Direktoren führen die Geschäfte und vertreten die Gesellschaft nach außen (acting on behalf of the company). Die Muster-Articles bestimmen, dass „the company shall be managed by the directors who may exercise all powers of the company".[60] Ist nur ein Direktor vorhanden, vertritt dieser die Gesellschaft allein. Nach den Muster-Articles besteht bei mehreren Direktoren Gesamtvertretung. Wechselseitige Delegation zwischen Direktoren und auf Dritte ist zulässig.[61]

Zu den überkommenen Grundsätzen des englischen Common Law gehört die „ultra vires"-Lehre,[62] die auf eine Entscheidung des House of Lords aus dem Jahr 1875 zurückgeht.[63] Das Gericht entschied, dass ein Vertrag, der nicht vom Unternehmenszweck gedeckt wird, nichtig und die Gesellschaft hieran nicht gebunden ist. Die Rechtsprechung erkannte wohl im Anschluss die Sprengkraft ihrer Entscheidung und milderte die Wirkungen der „ultra vires"-Doktrin in der Folgezeit ab.[64] Dennoch bestand dieser Unsicherheitsfaktor bis zur Umsetzung der ersten europäischen Gesellschaftsrichtlinie durch den European Communities Act 1972, mit dem das Vertrauen Dritter geschützt wurde, wenn Handlungen der Vertretungsorgane einer Gesellschaft über deren Gesellschaftszweck hinausgehen. Aktuell ist dieser Vertrauensschutz in sec. 35–35 B CA 1985 niedergelegt. Nach sec. 35 A CA 1985 gilt im Außenverhältnis, dass „the validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum." Die Direktoren machen sich bei Verstößen lediglich im

---

45 Sec. 288 para. 1 und 3 CA 1985.

46 Art. 65–69 der Muster-Articles.

47 Sec. 285 CA 1985.

48 Sec. 214 Insolvency Act 1986.

49 Sec. 213 Insolvency Act 1986.

50 Sec. 15 Companies Directors Disqualification Act 1986.

51 *Hannigan*, S. 69 ff.

52 Vgl. die Grundsatzentscheidung Salomon v Salomon & Co. Ltd. (1897) A. C. 22.

53 *Fleischer*, GmbHR 2000, 1015, 1017.

54 Ein shadow director ist eine Person, gemäß deren Anweisung ein Direktor üblicherweise handelt, wobei in beruflicher Kapazität erteilter Rat nicht ausreicht. Erfasst werden damit vor allem Konzernsachverhalte, vgl. der ehemals geltenden Grundsätze der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern. Aber auch der Einfluss von Kapitalgebern wie Banken kann eine Haftung begründen.

55 Der Einfluss punitativer Elemente ist umstritten. Vgl. Re Produce Marketing Consortium Ltd. [1989], 5 BCC 569, 597; Re Sherbone Associates Ltd. [1995], BCC 40.

56 Sec. 283 CA 1985.

57 Art. 99 der Muster-Articles.

58 Sec. 283 para 2 CA 1985.

59 Sec. 288 para. 1 und 3 CA 1985.

60 Art. 70 der Muster-Articles.

61 Art. 71, 72 der Muster-Articles.

62 *Hannigan*, S. 101 ff.

63 Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd. v. Riche (1875) LR 7 HL 653.

64 Die Kautelarjurisprudenz entwickelte als Reaktion Unternehmensgegenstände, die versuchten, jede irgendwie denkbare Betätigung abzudecken, so unwahrscheinlich sie auch sein sollte. Der Unternehmensgegenstand umfasste in der Regel mehrere Seiten in der Satzung. Heute besteht die Möglichkeit einer „general commercial company", vgl. sec. 3 A CA 1985.

Innenverhältnis schadensersatzpflichtig. Sec. 35A CA 1985 bestimmt ferner, dass „in favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the board of directors to bind the company, or authorise other to do so, shall be deemed to be free of any limitation under the company's constitution." Gutgläubigkeit wird gesetzlich vermutet und es besteht keine Verpflichtung, sich nach der genauen Vertretungskompetenz der Direktoren zu informieren.

Die gesetzlichen Vertretungsregelungen nach dem CA 1985 stellen vorrangig auf die antiquierte Verwendung des Firmensiegels (common seal) ab, der in der Praxis nur noch selten verwendet wird. So lautet die maßgebliche Vorschrift in sec. 36 A para. 2 CA 1985: „A document is executed by a company by the affixing of its common seal." Alternativ kann aber eine Gesellschaft nach sec. 36 A para. 4 CA 1985 auch wie folgt vertreten werden: „A document signed by a director and the secretary of a company, or by two directors of a company, and expressed (in whatever form of words) to be executed by the company has the same effect as if executed under the common seal of the company." Nach sec. 36 A para. 6 CA 1985 gilt: „In favour of a purchaser a document shall be deemed to have been duly executed by a company of it purports to be signed by a director and the secretary of the company, or by two directors of the company, and where it makes it clear on its face that it is intended by the person or persons making it to be a deed, to have been delivered upon its being executed."

Damit kann festgehalten werden, dass zwei Direktoren oder ein Direktor und ein Sekretär die Gesellschaft zulässigerweise vertreten können.[65] Trotz der etwas unklaren Ausdrucksweise handelt es sich hierbei lediglich um eine Gutglaubensvorschrift.[66] Die tatsächliche Vertretungsmacht der Direktoren ergibt sich nur durch Einsicht in die Articles und die Gesellschafterbeschlüsse über die Bestellung der Direktoren. Aber auch insoweit besteht ein Gutglaubensschutz, da sich eine Gesellschaft gegenüber einer gutgläubigen Person nicht auf eine Satzungsänderung oder eine Änderung ihrer Direktoren berufen kann, wenn dieser Umstand nicht dem Handelsregister angezeigt und nicht offiziell in der Gazette veröffentlicht wurde oder wenn seitdem noch keine 15 Tage vergangen sind.[67]

Ein gesetzliches Verbot des Selbstkontrahierens mit Wirkung im Außenverhältnis wie im deutschen Recht (§ 181 BGB) kennt das englische Gesellschaftsrecht nicht. In-Sich-Geschäfte sind unter Umständen der Gesellschaft anzuzeigen bzw. es bestehen im Innenverhältnis gewisse Beschränkungen.[68] Problematisch ist, ob für Handlungen unter deutschem Recht eine Befreiung nach § 181 BGB erteilt werden muss und ob eine solche Befreiung im deutschen Handelsregister bei der Zweigniederlassung eintragungsfähig ist.[69]

65 Die Handlungsfähigkeit des Sekretärs im Vertretungsbereich wird im deutschen Schrifttum meist übersehen. Vgl. aber KG, NotBZ 2005, 406 („Es steht zwischen den Parteien außer Streit, dass die Gesellschaft rechtsgeschäftlich durch zwei Direktoren oder einen Direktor und einen Sekretär vertreten werden kann.") und *Süß* in Würzburger Notarhandbuch, S. 2818.

66 Zur Vertretung der englischen Limited vgl. *Dreibus*, Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in den europäischen Ländern, Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, 2000; *Langhein*, NZG 2001, 1123; *Vorpeil/Wieder*, RIW 1995, 285.

67 Sec. 42 CA 1985. Siehe auch sec. 287 para. 4 CA 1985. Diese Gutglaubenswirkung wird im deutschen Schrifttum häufig übersehen.

68 Sec. 317 CA 1985; Art. 94 der Muster-Articles.

69 Eintragungsfähigkeit bejahend LG Freiburg, EWiR 2004, 1225; GmbHR 2005, 168; LG Ravensburg, GmbHR 2005, 489; LG Augsburg, NZG 2005, 356; *Süß*, DNotZ 2005, 185; verneinend OLG München, MittBayNot 2005, 512.

VI. Gesellschafter

1. Allgemein

Eine Einmann-Limited ist zulässig.[70] Alle Gesellschafter sind in die Gesellschafterliste (registrar of members), die bei der Gesellschaft zu führen ist, einzutragen.[71] Die Gesellschafterliste ist grundsätzlich am registered office zu führen,[72] in jedem Fall aber in England bzw. Wales.[73] Der Ort ist dem Gesellschaftsregister mitzuteilen. Die Gesellschafterliste ist für alle Gesellschafter und Dritte einsehbar. Auf Anforderung sind Kopien binnen zehn Tagen hieraus zu fertigen.[74]

2. Gesellschafterversammlung

Entscheidungen der Gesellschafter werden in Gesellschafterversammlungen getroffen (general meetings – GM). Hierbei kann es sich um die jährlich einmal abzuhaltende ordentliche Gesellschafterversammlung (annual general meeting – AGM)[75] oder um eine außerordentliche Gesellschafterversammlung (extraordinary general meeting – EGM) handeln.[76] Ein AGM muss jährlich einmal stattfinden und zwischen zwei Versammlungen dürfen nicht mehr als 15 Monate liegen. Nach den Muster-Articles steht das Recht auf Einberufung den Direktoren zu. Alternativ können Gesellschafter, die mindestens 10 % des Kapitals innehaben, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen.[77] Eine Einberufung kann auch auf Antrag eines Gesellschafters durch Gerichtsbeschluss angeordnet werden.[78] Durch einstimmigen Beschluss können alle Gesellschafter auf die Abhaltung eines AGM verzichten, die Einberufung eines GM kann dann aber durch jeden Gesellschafter jederzeit verlangt werden.[79]

Zu Gesellschafterversammlungen sind die Gesellschafter zu laden (notice). Die Formalien, die Beschlusserfordernisse (quorum) und den Abstimmungsmodus (mode of voting) regeln die Articles. Die Ladungsfrist für das AGM muss mindestens 21 Tage und beim EGM mindestens 14 Tage betragen.[80] Entgegenstehende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sind nichtig.[81] Auf die Einhaltung von Form- und Fristvorschriften kann jedoch einstimmig verzichtet werden.[82] Kürzere Fristen können auch durch 95 %[83] des stimmberechtigten Kapitals auf der Gesellschafterversammlung genehmigt werden. Vertretung durch einen Vertreter (proxy) ist zulässig, soweit die Satzung keine entgegenstehende Bestimmung enthält.[84]

Auf Gesellschafterversammlungen fassen die Gesellschafter ihre Entscheidungen durch Beschlüsse (resolutions). Bei

70 Sec. 1 para. 3 a CA 1985. Für eine public company bedarf es mindestens zweier Gründer sec. 1 para. 1 CA 1985.

71 Sec. 22, 352–354 CA 1985.

72 Ausnahmen siehe sec. 353 para. 1 CA 1985.

73 Sec. 353 CA 1985.

74 Sec. 356 CA 1985.

75 Sec. 366 CA 1985.

76 Art. 36 der Muster-Articles.

77 Sec. 368 para. 2 a CA 1985.

78 Sec. 367, 371 CA 1985.

79 Sec. 366 A CA 1985.

80 Sec. 369 CA 1985 und Art. 38 der Muster-Articles.

81 Sec. 369 para. 1 CA 1985.

82 Sec. 379 A para. 2 a, 381 para. 1 CA 1985.

83 90 %, falls dies zuvor durch einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter so beschlossen wurde.

84 Sec. 372 CA 1985 und Art. 60 mit Form der Vollmacht. Gesetzlicher Vertreter Art. 56 der Muster-Articles.

einer ordinary resolution genügt die einfache Mehrheit, bei einer extraordinary resolution bzw. einer special resolution bedarf es qualifizierter Mehrheiten und der Einhaltung bestimmter Form- und Fristvorschriften. Eine extraordinary resolution ist ein Gesellschafterbeschluss, dem die Jahreshauptversammlung mit Dreiviertelmehrheit zustimmt und auf den in der Einladung ausdrücklich hingewiesen wurde.[85] Eine special resolution liegt vor, wenn ebenfalls die Jahreshauptversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit zustimmt und auf diese Versammlung mit Hinweis auf den Beschluss mindestens 21 Tage im Vorfeld eingeladen wurde.[86] 95 %[87] des stimmberechtigten Kapitals können auf der Versammlung kürzere Einladungsfristen genehmigen. Ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafterversammlung (nicht aller Gesellschafter) ist eine elective resolution.[88] Auf eine geplante elective resolution ist 21 Tage im Vorfeld hinzuweisen oder sämtliche Gesellschafter müssen zustimmen. Schriftliche Abstimmung (written resolution), auch im Umlaufverfahren, ist grundsätzlich zulässig, wenn alle Gesellschafter mit diesem Verfahren einverstanden sind.[89] Bei Gesellschaftsversammlungen wird grundsätzlich offen abgestimmt (show of hands), solange nicht schriftliche Abstimmung (poll) durch mindestens zwei Gesellschafter oder einen Gesellschafter, der 10 % des erschienenen Kapitals hält, gefordert wird.[90]

Über Gesellschafterversammlungen sind Protokolle (minutes of meetings) zu führen.[91] Diese sind durch den Chairman des Boards zu unterschreiben. Auch der alleinige Gesellschafter einer Gesellschaft muss seine Beschlüsse schriftlich festhalten.[92] Die Beschlüsse können von jedem Gesellschafter jederzeit eingesehen werden. Dem Gesellschaftsregister sind bestimmte Beschlüsse, insbesondere extraordinary und special resolutions, binnen 14 Tagen mitzuteilen.[93]

VII. Abtretung von Gesellschaftsanteilen

Gesellschaftsanteile sind nach Maßgabe der Articles übertragbar.[94] Die Abtretung (transfer of shares) muss bei der Gesellschaft registriert werden, was nur erfolgen darf, wenn die Übertragung in geeigneter Weise nachgewiesen ist.[95] Gesetzliche Formvorschriften für die Übertragung bestehen nicht. Die Muster-Articles sehen „any usual form" vor.[96] Dies gilt auch, wenn eine Abtretung in Deutschland erfolgt, da sich die Abtretung nach dem englischen Gesellschaftsstatut richtet und damit die Einhaltung der Form nach englischem Recht ausreicht (Art. 11 Abs. 1 Fall 1 EGBGB).[97] Die Registrierung hat grundsätzlich konstitutive Wirkung, wenn nicht Inhaberpapiere (bearer shares) ausgegeben wurden. Bei nicht voll eingezahlten Gesellschaftsanteilen kann die Gesellschaft eine Registrierung ablehnen. Lehnt die Gesellschaft die Registrierung einer angemeldeten Übertragung ab, muss sie dies binnen zwei Monaten bekannt geben.[98] Falls eine Registrierung erfolgt, hat die Gesellschaft dies durch Ausgabe eines certificate of transfer zu bestätigen. Satzungsbestimmungen, die eine Übertragung ausschließen oder in das Belieben der Geschäftsführung stellen, sind zulässig. Ist in der Satzung bestimmt, dass eine Abtretung der Zustimmung der Gesellschaft bedarf, hat die Geschäftsführung einen fast unbegrenzten Entscheidungsspielraum und muss eine ablehnende Entscheidung grundsätzlich nicht begründen. Im Erbfall (transmission of shares) kann der Erbe bestimmen, selbst Gesellschafter zu werden oder den Anteil an einen Dritten übertragen.[99]

Der Anteilsveräußerer kann bei nicht voll eingezahlten Gesellschaftsanteilen bei einer späteren Insolvenz der Gesellschaft unter gewissen Voraussetzungen noch zur Volleinzahlung herangezogen werden.[100] Diese Verpflichtung endet, wenn ein Jahr nach der Abtretung die Insolvenz nicht eingetreten ist und gilt nicht für Verbindlichkeiten, die nach dem Ausscheiden begründet wurden. Im Übrigen besteht keine Weiterhaftung früherer Gesellschafter für rückständige Einlagen.

VIII. Rechnungslegungs- und Prüfungspflichten sowie Jahresbericht

Für Gesellschaften bestehen umfangreiche handelsrechtliche Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften (accounts and audit), die in Part VII (sec. 221 ff.) des CA 1985 niedergelegt sind. Der genaue Umfang richtet sich danach, ob es sich um eine kleine, mittlere oder große Gesellschaft handelt.[101] Für ruhende Gesellschaften (dormant company)[102], die keine Geschäftstätigkeit entfalten, bestehen Ausnahmevorschriften. Eine ruhende Gesellschaft liegt aber nicht vor, wenn die Gesellschaft ausschließlich in Deutschland ihre Geschäftstätigkeit entfaltet. Bei einer kleinen Gesellschaft ist dem Gesellschaftsregister eine Kurzfassung der Bilanz in englischer Sprache gemäß den englischen Rechnungslegungsvorschriften (UK-GAAP) einzureichen (abbreviated financial statement).[103] Die nicht fristgemäße Einreichung kann mit Bußgeldern von 100 GBP bis zu 1.000 GBP geahndet werden. Der erste Jahresabschluss der Gesellschaft ist spätestens nach 22 Monaten nach Gründung einzureichen, allgemein immer zehn Monate nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres.

Neben der Verpflichtung zur Einreichung des Jahresabschlusses bestehen jährliche Mitteilungs- und Offenlegungspflichten in Form eines Jahresberichts (annual return).[104] Dem Gesellschaftsregister sind bei einer kleinen Gesellschaft jährlich u. a. der aktuelle Sitz, die Direktoren und Sekretäre, die ausgegebenen Gesellschaftsanteile und die Gesellschafter mitzuteilen. Anhand des Formularbogens Annual Return werden

---

85 Sec. 378 para. 1 CA 1985.

86 Sec. 378 para. 2 CA 1985.

87 90 %, falls dies zuvor durch einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter so beschlossen wurde.

88 Sec. 379 A CA 1985.

89 Sec. 381 A CA 1985. Zu den Ausnahmen siehe Schedule 15 A des CA 1985.

90 Art. 46 der Muster-Articles.

91 Sec. 382 CA 1985.

92 Sec. 382 B CA 1985.

93 Sec. 380 CA 1985.

94 Sec. 182 para. 1 b CA 1985.

95 Sec. 183 para. 1 CA 1985.

96 Art. 23 der Muster-Articles.

97 In diese Richtung „neigt" der BGH, MittBayNot 2005, 155, 156 rechte Spalte; vgl. hierzu auch *Süß*, DNotZ 2005, 189 f., der aber aus Sicherheitsgründen die Beurkundung empfiehlt.

98 Sec. 183 para. 5 CA 1985 und Art. 25 der Muster-Articles.

99 Art. 29–31 der Muster-Articles.

100 Sec. 74 Insolvency Act 1986.

101 Da die Rechnungslegungs- und Prüfungsschriften überwiegend auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, kann insoweit auf das deutsche Recht verwiesen werden. Für kleine Gesellschaften (Umsatz: 5.6 Mio. GBP, Bilanzsumme 2.8 Mio. GBP, 50 Beschäftigte) besteht keine Prüfungspflicht.

102 Sec. 249 AA CA 1985.

103 Sec. 246 CA 1985. Ausführlich unter http://www.companies house.gov.uk/about/gbhtml/gba3.shtml, dort unter Punkt 3. „What does a small or medium-sized company have to deliver to the Registrar?"

104 Part XI, chapter III. Die Einreichungsgebühr beträgt 15 GBP.

damit die Stammdaten jeder Gesellschaft einmal jährlich abgefragt. Verzögert sich die Abgabe um mehr als 28 Tage nach dem Stichtag, ist dies mit bis zu 5.000 GBP je Zuwiderhandlung bußgeldbewährt und jeder Direktor ist hierfür persönlich haftbar.[105] Nach Angaben des Companies House werden jedes Jahr um die 1.000 Direktoren mit einem Bußgeld belegt, weil sie ihren Mitteilungspflichten nicht nachkommen.

Es ist davon auszugehen, dass viele deutsche Limited-Gründer vorerwähnten Mitteilungspflichten nicht nachkommen werden. Dies bedeutet, dass zahlreiche Gesellschaften bald in die kritische Phase ihrer Existenz kommen, da bei Pflichtverletzungen neben der Verhängung eines Bußgelds auch ein Löschungsverfahren der Gesellschaft von Amts wegen eingeleitet werden kann.

IX. Gründung einer Limited

Die Gründung einer Limited ist verhältnismäßig einfach. In der einfachsten Form wird lediglich die Erstellung eines Memorandums, die Benennung des Direktors und des Sekretärs (Form[106] 10, statement of particulars), die Versicherung durch einen Rechtsanwalt, einen Direktor oder den Sekretär, dass die gesetzlichen Gründungsvorschriften eingehalten wurden (Form 12 – declaration of compliance) sowie die Zahlung der Registrierungsgebühr verlangt. Bei der Gründung müssen die Gründungsgesellschafter das Memorandum im Beisein eines Zeugen unterschreiben oder ihre Unterschrift öffentlich beglaubigen lassen.[107] Innerhalb weniger Tage erstellt sodann das Companies House das certificate of incorporation[108] und veröffentlicht die Gründung in der London Gazette.[109] Mit ihrer Eintragung existiert die Limited.[110] Eine Vor-Limited kennt das englische Recht nicht.[111] Werden Verträge für eine noch nicht eingetragene Gesellschaft geschlossen (pre-incorporation contracts), haftet grundsätzlich der Handelnde (promoter) persönlich.[112] Verträge müssen nach der Gründung von der Gesellschaft neu begründet werden. In der Praxis behilft sich der Handelnde mit vertraglichen Rücktrittsrechten, falls eine Bestätigung nicht erfolgt. Trotz der kurzen Gründungszeiten einer Limited – in der Regel unter einer Woche, teilweise sogar binnen eines Tages – kann in Eilfällen auch ein Mantelkauf (buying off the shelf) erfolgen, der in der Regel von jeder Gründungsagentur erworben werden kann. Für professionelle Nutzer besteht seit 2001 die Möglichkeit, Gesellschaften vollständig über das Internet zu gründen (web and electronic incorporation). Die Gründungskosten bei Gericht betragen bei einer schriftlich beantragten Gründung 20 GBP, bei der elektronischen Gründung 15 GBP und bei einer Sofortgründung (same-day incorporation) 50 GBP. Sowohl in Großbritannien als auch in Deutschland existieren zahlreiche Gründungsagenturen, die gegen höhere Gebühren die komplette Abwicklung und in der Regel weitere Dienstleistungen (z. B. Bereitstellung einer Geschäftsanschrift, Übernahme der Aufgaben eines Sekretärs) übernehmen.

105 Sec. 363 para. 3, 4 CA 1985.

106 Die Nummerierung der Formulare richtet sich nach der Nummer der jeweiligen section im CA 1985. Form 10 ist mithin das erforderliche Formular, das nach sec. 10 CA 1985 erforderlich ist.

107 Sec. 2 para. 6 CA 1985.

108 Sec. 13 CA 1985.

109 www. gazettes-online.co.uk.

110 Sec. 13 CA 1985.

111 *Rose*, S. 4 ff.

112 Sec. 36 A CA 1985.

X. Liquidation

Auf Antrag sämtlicher Direktoren oder deren Mehrheit ist eine Gesellschaft aus dem Gesellschaftsregister zu löschen (winding up).[113] Zuvor muss in der Gazette die Löschung angekündigt und darauf hingewiesen werden, dass entgegenstehende Gründe dem Register anzuzeigen sind. Die Löschung selbst wird wiederum in der Gazette veröffentlicht und ist mit dieser Veröffentlichung wirksam (dissolved). Das Gesellschaftsregister selbst kann eine Gesellschaft aus dem Gesellschaftsregister löschen (striking off), wenn es der Ansicht ist, dass eine Gesellschaft kein Unternehmen mehr betreibt.[114] Diese Absicht hat das Gesellschaftsregister der Gesellschaft zunächst mit einfachem Brief anzuzeigen und falls hierauf keine Reaktion erfolgt, nochmals in einer zuzustellenden Aufforderung zu wiederholen. Sodann hat das Gesellschaftsregister durch Veröffentlichung in der Gazette die geplante Auflösung anzuzeigen und kann nach Ablauf von drei Monaten die Löschung vornehmen, die mit ihrer Veröffentlichung wirksam wird. Sondervorschriften bestehen im Insolvenzfall.

XI. Geplante Änderungen

Die britische Regierung plant seit längerem umfangreiche Änderungen am Companies Act. Am 17.3.2005 wurde das Company Law Reform White Paper veröffentlicht.[115] Durch die geplanten Änderungen sollen insbesondere im Bereich der kleineren Gesellschaften Bürokratiehürden abgebaut werden und eine Anpassung des CA 1985 an die tatsächlichen Verhältnisse erfolgen. Hierfür soll auch der Aufbau des CA 1985 grundlegend geändert werden. Man hat erkannt, dass die jetzige Gestaltung des CA 1985 – die meisten Vorschriften sind auf die public company zugeschnitten und die Vorschriften für private companies sind lediglich als Ausnahmevorschriften ausgestaltet, obwohl ca. 97 % aller Gesellschaften private companies sind – die Lesbarkeit und das Verständnis des Gesetzes erschwert. Weiteres Ziel der Gesetzesreform ist es, das Internetangebot des Gesellschaftsregisters weiter auszubauen, insbesondere allgemein eine web incorporation anzubieten. Für kleinere Gesellschaften sollen weitere Muster-Articles angeboten werden, die mit einem Minimum von Vorschriften auskommen sollen. Geplant ist auch, für kleine Gesellschaften die Verpflichtung, einen Gesellschaftssekretär zu haben, abzuschaffen, die Pflichten der Direktoren, die derzeit vor allem auf Richterrecht beruhen, gesetzlich festzuschreiben, Gesellschafterversammlungen auch dann im Umlaufverfahren zuzulassen, wenn Beschlüsse nicht einstimmig gefasst werden und die Rechnungslegungsvorschriften zu vereinfachen.

Nach Eingang der Stellungnahmen der interessierten Öffentlichkeit hat die Regierung im Juli, September und Oktober 2005 je überarbeitete Gesetzesentwürfe veröffentlicht, die der Öffentlichkeit jeweils zur Stellungnahme zur Verfügung gestellt wurden.[116]

XII. Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland

In Umsetzung der Elften EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts („Zweigniederlassungsrichtlinie“) verpflichten die §§ 13 g–h HGB ausländische Gesellschaften, ihre inländische Zweigniederlassung in das deutsche Handelsregister eintragen zu lassen. Die Eintragung hat lediglich

113 Sec. 652 A CA 1985.

114 Sec. 652 CA 1985.

115 www.dti.gov.uk/cld/review.htm.

116 www.dti.gov.uk/cld/facts/clr.htm.

deklaratorische, keine konstitutive Wirkung.[117] Auch können an eine Nichteintragung keine anderen Rechtsfolgen geknüpft werden als bei einer erfolgten Eintragung, insbesondere kann keine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG begründet werden.[118] Das Handelsregister kann jedoch die Eintragung notfalls mit Zwangsgeld durchsetzen.

Nach herrschender Meinung sind auch ausländische Gesellschaften, die ihren Hauptsitz in Deutschland haben, in das Handelsregister als Zweigniederlassung einzutragen.[119] Die Praxis wünscht die Eintragung, da Dritte die Aufnahme von Geschäftsverbindungen häufig von der Eintragung abhängig machen und eine deutsche Handelsregisternummer auf Geschäftspapieren das Erscheinungsbild nach außen verbessert. Auch ermöglicht die zulässige[120] Eintragung des Direktors zugleich als ständiger Vertreter der Zweigniederlassung der Gesellschaft in das Handelsregister, die Vertretungsbefugnis leichter nachzuweisen.

Derzeit können noch nicht alle Probleme im Zusammenhang mit der Eintragung der Zweigniederlassung in der Praxis als gelöst betrachtet werden. Zutreffend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die Anmeldung einer Zweigniederlassung aufwendig ist, zumal die einschlägigen Vorschriften des HGB unübersichtlich, umstritten und vielfach noch nicht ausreichend kommentiert sind.[121]

Überwiegend anerkannt ist, dass die Anmeldung durch das Vertretungsorgan der ausländischen Gesellschaft in vertretungsberechtigter Anzahl zu erfolgen hat.[122] Problematisch erscheint aber bereits, ob und inwiefern auf den Namen der Zweigniederlassung vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit ergänzend das deutsche Firmenrecht Anwendung findet, jedenfalls wenn keine abweichende Firma geführt wird.[123] Die Frage, ob die Unterlagen des Gesellschaftsregisters mit der Apostille versehen sein müssen, wird trotz der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und des deutsch-britischen Abkommens vom 14.7.1960 über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen von den Handelsregistern unterschiedlich gesehen.[124] Die Ansichten der Handelsregister divergieren auch, wie die nach § 13 b HGB geforderte Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift des Gesellschaftsvertrages gehandhabt wird. So verwundert, dass manche Gerichte entgegen dem Gesetzeswortlaut einfache Kopien des Gesellschaftsvertrags nicht beanstanden. Unterschiedliche Handhabungen bestehen auch bezüglich der einzureichenden deutschen Übersetzung des Gesellschaftsvertrages. Teilweise wird verlangt, dass nur etwaige abweichende Bestimmungen zu Table A zu übersetzen seien, während andere Registergerichte die komplette Übersetzung der Table A verlangen, wenn auf diese verwiesen wird.[125] Unklar ist weiter, ob lediglich der Unternehmensgegenstand der Zweigniederlassung oder auch der der Hauptniederlassung bei der Anmeldung anzugeben und zu veröffentlichen ist. Soweit vertreten wird, dass dies von § 13 g Absatz 3 HGB i. V. m. § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbH gefordert wird, wird dies als europarechtswidrig betrachtet, da dies in der EG-Zweigniederlassungsrichtlinie nicht vorgesehen sei.[126] Probleme können sich insoweit ergeben, wenn in der Satzung nicht eine catch-all-clause verwendet wird, sondern, wie in England häufig, ein sehr umfangreicher Unternehmensgegenstand der Hauptniederlassung ausgewiesen ist. In diesem Fall können für die entstehenden Veröffentlichungskosten erhebliche Kosten entstehen. Das AG Charlottenburg forderte in der Vergangenheit einen Kostenvorschuss von bis zu 3.000 € an.[127]

Die gleiche Problematik stellt sich bezüglich der Genehmigungsbedürftigkeit. Teilweise wird vertreten, dass sich die Genehmigung nicht nach dem Gegenstand der Zweigniederlassung, sondern auch nach dem Unternehmensgegenstand der Hauptniederlassung richtet. Dies bedeutet im Falle einer catch-all-clause, dass eine Limited jede erdenkliche Genehmigung nachweisen müsste. Die bisher hierzu ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen gehen aber mit Recht davon aus, dass Genehmigungen nur für in Deutschland tatsächlich ausgeübte Tätigkeiten verlangt werden können.[128] Manche Registergerichte übersehen auch, dass die Bestellung eines ständigen Vertreters für die Zweigniederlassung nur zulässig, aber nicht zwingend erforderlich ist. Hier reicht in der Praxis aber der Hinweis auf das Gesetz, um dieses Hindernis auszuräumen.[129]

XIII. Besteuerung

Eine Limited, die ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich in Deutschland ausübt, wird in Deutschland besteuert. Die oft gepriesenen Steuervorteile der englischen Limited sind irreführend. Die Limited ist in Deutschland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, da der Ort der Geschäftsleitung sich in Deutschland befindet (§ 2 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 2 a EStG, §§ 12, 13 AO). Aufgrund des statutarischen Sitzes der Gesellschaft in England ist die Gesellschaft dort ebenfalls unbeschränkt steuerpflichtig. Nach Art. 2 Abs. 1 h) iii) des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und Großbritannien ist der Staat zur Besteuerung berechtigt, in dem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung (place of effective management) befindet.

XIV. Aktuelle Fragen

Die Rechtsprechung beginnt gerade, sich mit den zahlreichen Fragen, die sich mit der Limited stellen, zu beschäftigen. Eine

---

117 KG, DNotZ 2004, 730.

118 BGH, DNotZ 2005, 712.

119 Vgl. nur *Wachter*, MDR 2004, 612; *Süß*, DNotZ 2005, 181 m. w. N. A. A. wohl *Ebert/Levedag,* GmbHR 2003, 1338; vgl. auch *Happ/Holler*, DStR 2004, 734.

120 Zum Begriff des ständigen Vertreters vgl. *Wachter*, MDR 2004, 612. Ein Direktor ist als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft nicht zugleich deren ständiger Vertreter. Jedoch wird man aufgrund einer Erst-Recht-Argumentation auch dessen Eintragung als ständiger Vertreter zulassen müssen.

121 So ausdrücklich *Süß*, DNotZ 2005, 181. Vgl. ausführlich zur Anmeldung einer Zweigniederlassung einer englischen Limited *Wachter*, MDR 2004, 611 ff.; *ders.*, GmbHR 2003, 1254 ff.

122 KG, DNotZ 2004, 730. Die Namenszeichnung hat durch alle Geschäftsführer zu erfolgen. Hiervon kann die Eintragung aber nicht abhängig gemacht werden.

123 Vgl. hierzu *Süß*, DNotZ 2005, 187; *Wachter*, MDR 2004, 614; *ders.*, GmbHR 2003, 1254; *Kögel*, DB 2004, 1765; *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 412; *Hirsch/Britain*, NZG 2003, 1102; *Ebert/Levedag*, GmbHR 2003, 1338.

124 Entscheidend dürfte sein, ob man eine Registerauskunft auch als eine Entscheidung des Gerichts ansieht. Jedenfalls sollte eine analoge Anwendung in Betracht gezogen werden. Vgl. LG Berlin, DB 2005, 2630: Die Echtheit ausländischer Urkunden bestimmen sich nach § 438 Abs. 1 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen. Eine Apostille sei daher bei einer Urkunde des „Registrar of Companies" nicht notwendig. Zu dieser Entscheidung vgl. *Wachter*, DB 2005, 2795.

125 Vgl. *Süß*, DNotZ 2005, 187 f.

126 Ausführlich *Süß*, DNotZ 2005, 182.

127 Zitiert nach *Süß*, DNotZ 2005, 182.

128 KG, DNotZ 2004, 730; OLG Thüringen, GmbHR 1999, 822; *Wachter*, GmbHR 2003, 1256.

129 Ausführlich zum ständigen Vertreter *Wachter*, MDR 2004, 613.

zentrale Frage wird dabei sein, inwiefern eine persönliche Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern möglich ist. Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 14.3.2005 deutlich gemacht, dass sich die Behandlung der Rechtsbeziehungen innerhalb der Limited und auch im Außenverhältnis nach englischem Gesellschaftsrecht richtet.[130] Einer analogen Anwendung von GmbH-Vorschriften – so in der Entscheidung die Haftung des Direktors analog § 11 GmbHG – hat der BGH mit Recht eine klare Absage erteilt. Der BGH hat aber in dieser Entscheidung zutreffend auf die Anspruchsgrundlagen nach englischem Recht oder nach deutschem Deliktsrecht hingewiesen.

Unproblematisch sind Ansprüche aus § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder eine Vertreterhaftung nach § 311 Abs. 3 BGB. Hier ist deutsches Recht anwendbar (Art. 28, 29, 40 EGBGB). Diese Ansprüche entsprechen im Wesentlichen auch der Rechtslage nach englischem Recht. Problematischer stellt sich jedoch bereits eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs dar.[131] Hier wird in der aktuellen Rechtsprechung noch nicht deutlich, ob dieses Rechtsinstitut mehr aus dem Deliktsrecht oder mehr aus dem deutschen Gesellschaftsrecht abgeleitet wird. Aber selbst wenn es mehr dem Gesellschaftsrecht zu entnehmen ist, darf dabei eines nicht übersehen werden: Deutsche Gerichte sind wohl an das englische Recht gebunden. Keine Bindung besteht aber an die englische Rechtsprechung. Selbst wenn englische Gerichte bei der Haftung einen sehr restriktiven Standpunkt einnehmen, kann durchaus aus dem englischen Gesellschaftsrecht ein Rechtsinstitut, wie es die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs darstellt, abgeleitet werden. Ähnliche Probleme stellen sich bei eigenkapitalersetzenden Darlehen. Nicht zurückgegriffen werden darf auf §§ 32 a, b GmbHG, wenn sie lediglich eine Ausgestaltung des deutschen Gesellschaftsrechts darstellen.[132] Anders jedoch, wenn man davon ausgeht, dass diese Vorschriften auch insolvenzrechtlicher Natur sind, da dann, wie nachfolgend noch ausgeführt wird, ein Rückgriff erfolgen kann.[133] Weiter darf nicht übersehen werden, dass die Regelungen zu eigenkapitalersetzenden Darlehen nur eine gesetzliche Ausgestaltung der früheren Rechtsprechung beinhalten, die ohne eine gesetzliche Grundlage aus allgemeinen Rechtsprinzipien hergeleitet wurde. Ebenso wird man eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung in Betracht ziehen müssen, auch wenn eine solche derzeit noch von der deutschen und englischen Rechtsprechung abgelehnt wird. Anerkannt wiederum ist eine Haftung, wenn eine Trennung der Vermögenssphären nicht stattfindet, oder eine Rechtsscheinhaftung, wenn der Limited-Zusatz in der Firma nicht erkennbar ist. Letztendlich kann, wenn auch nur in extremen Fällen, der Missbrauchseinwand eingreifen. In der Literatur wird hierzu das Beispiel genannt, dass eine unterkapitalisierte Limited lediglich als Prozessvehikel eingesetzt wird, um bei wenig aussichtsreichen Gerichtsverfahren mit Erpressungspotential, zum Beispiel bei aktienrechtlichen Anfechtungsklagen oder Spruchstellenverfahren, zu agieren.[134]

Die deutsche Rechtsprechung wird sich weiter mit Insolvenzen von Limiteds beschäftigen müssen. Nach der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)[135] sind für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gerichte zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO). Soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt, gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO). In diesem Zusammenhang kommen insolvenzrechtliche Haftungstatbestände in Betracht, wenn sie gemäß Art. 4 Abs. 2 EuInsVO als Teil des lex fori concursus zu qualifizieren sind.[136] Dies bedeutet, dass bei Haftungstatbeständen wie vorstehend ausgeführt genau danach differenziert werden muss, ob sie insolvenzrechtlicher Natur sind. Ein Rückgriff auf deutsche gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände darf nicht erfolgen.

In der künftigen Praxis wird insbesondere die Frage erhebliche Bedeutung haben, ob bei einer Insolvenzverschleppung eine Haftung in Betracht kommt. Vielen Limited-Gründern ist nicht bewusst, dass häufig bereits bei Gründung der Überschuldungstatbestand (§ 19 InsO) eingetreten ist, da die entstehenden Kosten durch das vorhandene Stammkapital nicht gedeckt ist. Dies fällt nur deshalb nicht auf, weil eine Vermögenssphärentrennung von den wenigsten Limited-Gründern vorgenommen wird. Ob jedoch eine Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG) eingreift, stellt wie vorerwähnt eine Frage der rechtlichen Einordnung dieses Tatbestandes dar. Im Schrifttum hat sich hierzu noch keine herrschende Ansicht herausgebildet.[137] Falls man dies verneint, wird man jedoch auf die englischen Insolvenzverschleppungsvorschriften (wrongful trading) zurückgreifen können.[138] Die englische Rechtsprechung ist bei deren Bejahung wohl restriktiv. Es kann aber auch nur hier nochmals betont werden, dass die deutsche Rechtsprechung nicht an diese restriktive Rechtsprechung englischer Gericht gebunden ist.

XV. Vor- und Nachteile

Als großer Vorteil der Limited wird betont, dass die Limited im Gegensatz zur GmbH eine kostengünstige Alternative sei. Dies ist unzweifelhaft, wenn die Gesellschaft selbst durch die Gesellschafter beim Companies House gegründet wird. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gründer fundierte rechtliche Kenntnisse haben und auf jegliche juristische Beratung verzichten können. Ist dies jedoch nicht der Fall, wandelt sich das Bild schnell. Zieht man als Beispiel eine der, jedenfalls nach eigener Darstellung, größeren Gründungsagenturen heran, ergeben sich folgende Kosten: Gründung 259 €, Apostille 20 €, deutsche Übersetzung der Gründungsdokumente 29 €, Servicepaket (Erinnerung an wichtige Termine, Befreiung bei der englischen Steuerbehörde, Sekretär für zwölf Monate) 129 €, Anmeldung der Limited 189 €,[139] mithin insgesamt Gründungskosten von 626 €. Hinzu kommen die

---

130 DNotZ 2005, 712.

131 Bejahend *Wachter*, GmbHR 2003, 1254 unter III.1, jedoch ohne weitere Differenzierung.

132 So *Zimmer*, NJW 2003, 3589; *Müller*, NZG 2003, 417; *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 411 f.

133 Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1207; *Haas*, NZI 2001, 5 ff.; *Paulus*, ZIP 2002, 734; *Kindler*, NZG 2003, 1090.

134 *Weller*, DStR 2003, 1803.

135 ABl-EG Nr. L 160 vom 30.6.2000, S. 1 ff. = NZI 2000, 407.

136 Vgl. *Paulus*, ZIP 2002, 734; *Kindler*, NZG 2003, 1090.

137 Bejahend *Müller*, NZG 2003, 416; *Zimmer*, NJW 2003, 3590; *Riegger*, ZGR 2004, 527; verneinend *Ulmer*, NJW 2004, 1207.

138 Nach englischem Insolvenzrecht scheint aber nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht die Überschuldung ein Insolvenzeröffnungsgrund zu sein. Vgl. näher sec. 122 f. Insolvency Act 1986, insbesondere sec. 122 para. 1 f.

139 Stand: 24.9.2005.

Kosten der Eintragung der Zweigniederlassung im Handelsregister. In den Folgejahren fallen bei vorgenannter Gründungsagentur Kosten von 250 € jährlich an. Dabei wird man vorerwähnte Gründungsagentur eher noch als preisgünstig bezeichnen können. Es gibt andere Gründungsagenturen, die für die Gründung einmalig 2.000 € und mehr und jährliche Gebühren von knapp 1.000 € verlangen. Vor diesem Hintergrund wird man die Notarkosten einer GmbH-Gründung mit einem Gesellschafter von weniger als 400 € (inkl. MWSt) als Preisdumping und die damit verbundene umfangreiche persönliche Beratung als wettbewerbswidrig bezeichnen müssen. Besonders die fehlende Gründungsberatung bei Internet-Gründungsagenturen erweist sich als besonders gefährlich. Denn welche Folgen eine Limited-Gründung ohne Beratung hat, zeigen die Erfahrungen mit den Limited-Gründern in aller Deutlichkeit.

Auch der vermeintliche Vorteil der Limited, dass sie innerhalb kürzester Zeit gegründet wird, verkehrt sich in der Realität in das Gegenteil. Die Gründung erfolgt wohl relativ schnell. Bis die Gründer jedoch die notwendigen Unterlagen zur Verfügung haben, vergehen oft zwei Wochen und mehr, insbesondere, wenn, wie die Praxis zeigt, die Unterlagen unvollständig sind und nachgefordert werden müssen. Da Geschäftspartner, insbesondere Banken, eine Geschäftsaufnahme häufig von der Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland abhängig machen, und diese derzeit nach wie vor einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, sechs Monate und mehr sind eher Standard als Ausnahme, eignet sich die Limited in der Praxis selten für einen schnellen Start.

Wenigstens von seriösen Gründungsagenturen wird zwischenzeitlich zumindest betont, dass sich in Bezug auf die Gewerbeanmeldung, auf die Erfüllung gesetzlicher Vorschriften wie nach der Handwerksordnung und in Bezug auf die Pflichtzugehörigkeit zur IHK bei der Limited keine Vorteile ergeben.[140]

Ein entscheidender Nachteil bei der Limited ist, dass der Vertretungsnachweis erheblich schwieriger zu führen ist als bei einer deutschen GmbH.[141] Abhilfe schafft daher nur die Eintragung eines ständigen Vertreters der Limited in Deutschland, der, wenn auch nach umstrittener Ansicht, auch der Direktor selbst sein kann.[142] Denn in diesem Fall hilft der Gutglaubensschutz des deutschen Registers. Jedoch müssen sich die deutschen Handelsregister bewusst sein, dass dies eine genaue Überprüfung der Legitimation des Anmeldenden fordert, da hieraus Amtshaftungsansprüche gegenüber dem Staat entstehen können. Das haftungsrechtliche Richterprivileg greift hier nicht ein.

Damit verbleibt im Wesentlichen nur der Vorteil, dass im Gegensatz zur GmbH kein Mindestkapital aufzubringen ist. Hier wird jedoch meist übersehen, dass das Mindestkapital kein verschenktes Kapital ist, sondern mit diesem Kapital gearbeitet werden kann. Auch eine Limited bedarf einer Mindestkapitalausstattung. Und ohne persönliche Haftung auch der Gesellschafter wird keine Bank einer Limited einen Kredit gewähren.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Nachteile der Limited gegenüber der GmbH erheblich überwiegen und das Handling einer Limited erhebliche rechtliche Kenntnisse voraussetzt. Diese sind beim normalen Limited-Gründer jedoch nicht vorhanden. Die Gefahren, dadurch in eine persönliche Haftung oder gar in strafrechtliche Tatbestände zu geraten, sind erheblich. Generell stellt die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit der Limited ein erhebliches Problem dar.

---

140 Davon zu unterscheiden ist, ob öffentlich-rechtliche Genehmigungen bei der Eintragung der Zweigniederlassung nachgewiesen werden müssen. Bejahend *Wachter* noch in GmbHR 2003, 1254 und nunmehr verneinend in MDR 2004, 616. Vgl. ebenda die Hinweise zur IHK-Zugehörigkeit.

141 Zu den damit verbundenen Problemen vgl. *Süß*, DNotZ 2005, 185.

142 *Süß*, DNotZ 2005, 186; *Heidinger*, MittBayNot 1998, 75. Zur Vollmachtslösung vgl. *Wachter*, DB 2005, 2797.

UK Company Law Reform Bill

– Geplante Reform bei der englischen private limited company –

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. *Jürgen Kadel*, M.B.L.T., Mannheim/Frankenthal (Pfalz)

Die in Großbritannien bereits seit einiger Zeit diskutierte Gesellschaftsrechtsreform nimmt allmählich konkretere Züge an. Am 1.11.2005 wurde der Gesetzentwurf in das Parlament eingebracht. Die zweite Lesung des Gesetzentwurfes fand am 11.1.2006 im Oberhaus statt. Ehe das Gesetz an das Unterhaus weitergegeben wird, wird es dort in den Fachausschüssen beraten. Der nunmehr erreichte Stand der Gesetzgebung erlaubt einen genaueren Einblick in die geplanten Änderungen für die private limited company. In Ergänzung zum vorstehend abgedruckten Beitrag sollen nachstehend die zentralen Änderungen der Gesetzesreform in Hinblick auf die private limited company aufgezeigt werden. Aus drucktechnischen Gründen konnte eine direkte Einarbeitung in den vorherigen Beitrag nicht mehr erfolgen.

I. Der „think small first approach“ als zentrales Reformziel

Es handelt sich bei der Company Law Reform Bill um eine komplette Neufassung des englischen Gesetzes über das Recht der Gesellschaften, wenn auch die bisherigen Regelungen des Companies Act 1985 (CA 1985) überwiegend übernommen werden. Der CA 1985 ist nach wie vor „the centrepiece of (...) current law“, wie es Lord Sainsbury of Turville in der zweiten Lesung des Gesetzes im House of Lords betonte. Nach den Gesetzesmaterialien werden etwa zwei Drittel aller Regelungen des CA 1985 inhaltsgleich bzw. nur sprachlich neu gefasst übernommen. Dies betrifft vor allem die Regelungen im Bereich der private company. Die Paragraphenfolge wird dennoch grundlegend neu geordnet. Das ist notwendig, da der CA 1985 die public company als Ausgangspunkt betrachtet und für die private company im Rahmen von Ausnahmevorschriften Erleichterungen geschaffen werden. Diese Vorgehensweise erschwert erheblich das Verständnis des CA 1985 und verkehrt die Realität in das Gegenteil. Denn mehr als 97 % der englischen Gesellschaften sind private companies. Wesentliche Zielsetzungen der Gesetzesreform sind

daher der „think small first approach“ und der „clearer law approach“. Der CA wird dahingehend umgestaltet, dass die private company den Ausgangspunkt darstellt und für die public company ergänzende Vorschriften bestehen. Durch die sprachliche Neufassung von Bestimmungen soll zugleich ein leichterer Zugang zum Gesetz geschaffen werden. Bei Durchsicht der Company Law Reform Bill kann dieses Regelungsziel als gelungen betrachtet werden. Allgemein ist der Aufbau strukturierter und das Gesetz leichter lesbar geworden.

II. Einzelne Änderungen

1. Gründung und Gesellschaftsvertrag

Nach bisherigem Recht setzt sich der Gesellschaftsvertrag aus dem memorandum of association und den articles of association zusammen. Diese Zweiteilung wird zukünftig nur noch teilweise aufrechterhalten. Im Memorandum bringen die Gründer nur noch zum Ausdruck, eine Gesellschaft gründen zu wollen und übernehmen darin einen oder mehrere Anteile an der Gesellschaft. Weitere Bestimmungen können in das Memorandum nicht aufgenommen werden, sondern nur noch in die Articles. Damit geht einher, dass nunmehr in die Articles Bestimmungen aufgenommen werden können, die nicht, nur durch einstimmigen Beschluss oder nur unter qualifizierten Bedingungen abänderbar sein sollen (entrench elements). Solche Bestimmungen waren bisher im Memorandum enthalten, da es nur unter erschwerten Bedingungen abänderbar war. Eine damit verbundene Folgeänderung ist, dass nunmehr explizit eine Handelsregisteranmeldung in gesonderter Urkunde gefordert wird (application for registration), aus der die wesentlichen Rahmendaten der Gesellschaft hervorgehen müssen (Firma, registered office, Haftungsbeschränkungsbestimmung, private company oder public company, Gründungsgesellschafter, Kapitalausweis, erste Direktoren). Hierauf konnte in der Vergangenheit verzichtet werden, da diese Rahmendaten im Memorandum enthalten waren.

Im Rahmen der Gesetzesreform wurde auch deutlich, dass die bestehenden Muster-Articles nicht für alle Gesellschaften gleich gut geeignet sind. So musste Art. 64, der bestimmt, dass eine Gesellschaft mindestens zwei Direktoren haben muss, für die typische Einmann-Limited und damit für die häufigste Form einer Limited stets ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund erlaubt nunmehr sec. 20,[1] dass für unterschiedliche Formen von Gesellschaften unterschiedliche Muster-Articles zur Verfügung gestellt werden.

Durch die Gesetzesreform ergeben sich auch Änderungen in Bezug auf den Unternehmensgegenstand und die Kapitalbestimmung. Wird ein Unternehmensgegenstand zukünftig im Gesellschaftsvertrag nicht bestimmt, ist die Gesellschaft berechtigt, jeden Geschäftszweck zu betreiben (sec. 33). Die Angabe eines genehmigten Kapitals (authorised share capital) entfällt. Angegeben wird zukünftig nur noch das tatsächlich von den Gründern übernommene Stammkapital im Rahmen eines statement of share capital.

Bei der Gründung einer Gesellschaft musste bisher mit der Anmeldung der Gesellschaft eine Bestätigung vorgelegt werden, dass die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Erklärung erfolgte durch den ersten Direktor oder Sekretär und war durch einen Rechtsanwalt oder eine behördliche Stelle, die zur Abnahme von Eiden befugt ist, zu beglaubigen. Diese statutory declaration wird ersetzt durch ein statement of compliance, bei der eine Beglaubigung komplett entfällt. Das Gesellschaftsregister bestimmt zukünftig nach sec. 725, wer zur Abgabe der Erklärung befugt ist.

2. Gesellschafterbeschlüsse

Entsprechend der Realität bei kleineren Gesellschaften wird nunmehr keine jährliche Gesellschaftsversammlung (annual general meeting, AGM) mehr gefordert, sondern weite Möglichkeiten eröffnet, im schriftlichen Beschlussverfahren (written resolution) zu beschließen. Die Bedeutung der Abstimmung im schriftlichen Beschlussverfahren kommt deutlich darin zum Ausdruck, dass das Gesetz diese Möglichkeit nunmehr ausdrücklich vor der Gesellschafterversammlung nennt (sec. 258 para. 1). Dabei darf der Begriff aber nicht im Sinne eines Schriftformerfordernisses missverstanden werden. Im Rahmen des schriftlichen Beschlussverfahrens sind vielmehr alle Möglichkeiten moderner Kommunikationsmitteln zugelassen (z. B. Abstimmung per E-Mail oder über eine Website, sec. 268 para. 3, 272). Das schriftliche Beschlussverfahren kann nicht wirksam im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (sec. 276). Verwendet die Gesellschaft bei Übersendung eines Beschlusses im schriftlichen Beschlussverfahren in ihrem Anschreiben eine elektronische Anschrift ist davon auszugehen, dass einer elektronischen Übersendung des Beschlusses zugestimmt wird (sec. 274).

Für das schriftliche Beschlussverfahren ist es nicht mehr notwendig, dass alle Gesellschafter dem Beschluss zustimmen (sec. 259 para. 2, 260 para. 2, 268). Aus diesem Grund werden detaillierte Regelungen eingeführt, wie ein Beschluss im schriftlichen Verfahren zu erfolgen hat. Eine Abstimmung im schriftlichen Beschlussverfahren kann durch die Direktoren oder Gesellschafter, bei denen das gesetzliche Mindestquorum von 5 % oder ein in den Articles geringeres vorgesehenes Mindestquorum erfüllt ist (sec. 269 para. 5), binnen 21 Tagen (sec. 270 para. 3) vorgeschlagen und gefordert werden (sec. 260 para. 3). Auch um missbräuchliche Verwendungen auszuschließen, hat der den Beschluss fordernde Gesellschafter die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn die Gesellschaft nicht etwas anderes beschließt (sec. 270 para. 5). Durch Anrufung des Gerichts durch die Gesellschaft kann bei missbräuchlicher Verwendung ein schriftliches Beschlussverfahren verhindert werden (sec. 271). Ausdrücklich ausgeschlossen ist das schriftliche Beschlussverfahren nur, wenn es um die Abberufung des Direktors oder Abschlussprüfers vor Ablauf der Amtsperiode geht (sec. 265 para. 2). Das erforderliche Quorum zu einem Beschluss muss innerhalb der festgelegten Frist oder, falls eine solche nicht bestimmt ist, innerhalb von 28 Tagen erfolgen (sec. 273). Überraschenderweise macht die Nichteinhaltung der Vorschriften über das schriftliche Beschlussverfahren einen beschlossenen Beschluss grundsätzlich nicht nichtig (sec. 268 para. 7, 270 para. 8).

Die Gesetzesreform führt weiter zu einer materiellen Änderung bei der Art von Beschlüssen. Das Gesetz kennt nunmehr, neben dem einstimmigen Beschluss, nur noch den normalen Mehrheitsbeschluss (ordinary resolution) und den qualifizierten Mehrheitsbeschluss (special resolution). Die Unterscheidung zwischen extraordinary resolution und special resolution entfällt.

3. Direktor und Sekretär

Eine private company muss unverändert mindestens einen Direktor haben (sec. 138 para. 1). Nunmehr muss jedoch mindestens ein Direktor eine natürliche Person sein (sec. 139)

---

1 Die im Folgenden genannten Gesetzesstellen beziehen sich auf den Gesetzestext in der Fassung der Company Law Reform Bill. Der Entwurf ist im Internet abrufbar unter www.publications.parliament.uk.

und das Mindestalter eines Direktors wird auf 16 Jahre festgelegt (sec. 141). Die Pflichten der Direktoren (general duties of directors) und deren Haftung, die bisher nur auf Rechtsprechungsgrundsätzen beruhten, werden gesetzlich kodifiziert (sec. 154 ff.), wobei bewusst fast ausschließlich die bisher durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nur festgeschrieben werden und im Gesetz betont wird, dass durch die gesetzliche Kodifikation keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erfolgen soll.

Eine wesentliche Änderung im Zusammenhang mit dem „think small first approach" ist die Abschaffung des Sekretärs (sec. 247 para. 1) bei der private company. Dessen Aufgaben übernimmt nunmehr die Gesellschaft und damit indirekt der Direktor.

4. Vertretung der Gesellschaft

Die Vorschriften über die Vertretung der Gesellschaft sind inhaltlich übernommen worden, jedoch sprachlich neu und klarer gefasst. Unverändert gilt, dass die Vertretungsmacht der Direktoren bei Rechtsgeschäften mit Dritten, die im guten Glauben (good faith) sind, unbegrenzt ist und Dritte nicht verpflichtet sind, sich über die genaue Vertretungsmacht im Innenverhältnis zu unterrichten (sec. 40). Die bisher in sec. 322 A CA 1985 enthaltene Bestimmung, wonach diese Gutglaubenswirkung nicht eingreift und ein Rechtsgeschäft damit unter gewissen Voraussetzungen nichtig ist, wenn Insider, insbesondere Direktoren, als Vertragspartei daran beteiligt sind, wurde in leicht modifizierter Form in sec. 41 übernommen.

Verträge werden für die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten unverändert bindend, wenn sie unter ihrem common seal oder durch eine vertretungsberechtigte Person abgeschlossen werden (sec. 43). Damit wurde die antiquierte, aber in Großbritannien noch teilweise verwendete Form des Siegelführens nicht abgeschafft. Eine Gesellschaft ist aber nicht mehr verpflichtet, ein Siegel zu führen (sec. 45). Eine private limited company wird stets wirksam vertreten, wenn – wie bisher – ein Vertrag von zwei Direktoren oder – insoweit neu, da ein Sekretär nicht mehr gesetzlich gefordert ist – von einem Direktor im Beisein eines Zeugen, der die Echtheit der Unterschrift bestätigt (sec. 44 para. 2), unterzeichnet wird. Vertritt eine Person mehrere Gesellschaften, muss diese für jede Gesellschaft getrennt unterzeichnen (sec. 44 para. 5).

5. Online-Gründung und elektronische Form

Ein weiteres Hauptziel der Reform ist die Erweiterung der Online-Gründung und allgemein die Möglichkeit, in elektronischer Form zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sowie zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsregister zu kommunizieren. Die genauen Bestimmungen werden noch vom Department of Trade and Industry erarbeitet. Die Möglichkeit einer Online-Gründung für jedermann ist ab 2007 geplant.

Neues zur vorweggenommenen Erbfolge von Personengesellschaften

– Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 3.3.2005* –

Von Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

Die vorweggenommene Erbfolge in Anteile an Personengesellschaften ist steuerlich mit beträchtlichen Tücken verbunden, da abweichend vom Zivilrecht auch das sog. Sonderbetriebsvermögen Bestandteil der steuerlichen Einheit „Mitunternehmeranteil" ist und grundsätzlich mit übertragen werden muss. Der folgende Beitrag erläutert die Folgen einer quotenentsprechenden Übertragung von Sonderbetriebsvermögen bei der Übertragung ganzer Mitunternehmeranteile oder bloßer Teilanteile, sowie die Konsequenzen der unter- oder überquotalen Übertragung des Sonderbetriebsvermögens. Der Beitrag kommentiert das neue Schreiben des BMF vom 3.3.2005 zu diesem Themenbereich.

I. Einführung

Die unentgeltliche Übertragung von betrieblichen Anteilen an Personengesellschaften ist in § 6 Abs. 3 EStG geregelt.[1] § 6 Abs. 3 EStG lautet:

> Wird ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen, so sind bei der Ermittlung des Gewinns des bisherigen Betriebsinhabers (Mitunternehmers) die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben; dies gilt auch bei der unentgeltlichen Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen sowie bei der unentgeltlichen Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils auf eine natürliche Person. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn der bisherige Betriebsinhaber (Mitunternehmer) Wirtschaftsgüter, die weiterhin zum Betriebsvermögen derselben Mitunternehmerschaft gehören, nicht überträgt, sondern der Rechtsnachfolger den übernommenen Mitunternehmeranteil über einen Zeitraum von mind. fünf Jahren nicht veräußert oder aufgibt. Der Rechtsnachfolger ist an die in Satz 1 genannten Werte gebunden.

Nach der vorstehend aufgeführten Bestimmung ist für die vorweggenommene Erbfolge in Anteile an betrieblichen Personengesellschaften zwischen der Übertragung des gesamten Anteils eines Mitgesellschafters an der Personengesellschaft und der Übertragung eines Teiles der Beteiligung zu unterscheiden. Dem gesellschaftsrechtlichen Begriff des Gesellschaftsanteils an einer Personengesellschaft entspricht dabei der steuerrechtliche Terminus des Mitunternehmeranteils. Dieser steuerliche Begriff unterscheidet sich jedoch teilweise

* MittBayNot 2005, 176 (in diesem Heft).

1 § 6 Abs. 3 EStG ist insoweit die Nachfolgevorschrift zum bisherigen § 7 EStDV.

von den zivilrechtlichen Vorgaben insofern, als auch Sonderbetriebsvermögen Bestandteil des einheitlichen Mitunternehmeranteiles ist. Sonderbetriebsvermögen ist dabei dasjenige Vermögen, das dem Betrieb der Mitunternehmerschaft zu dienen bestimmt ist (Sonderbetriebsvermögen I) oder die Beteiligung des Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft stärkt oder fördert (Sonderbetriebsvermögen II). Der Bundesfinanzhof hat in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass das Sonderbetriebsvermögen stets integrativer Bestandteil des Mitunternehmeranteiles ist.[2] Daraus folgt grundsätzlich, dass eine begünstigte Übertragung eines Mitunternehmeranteils nur dann vorliegt, wenn auch das Sonderbetriebsvermögen mit übertragen wird. Das Zurückbehalten von Sonderbetriebsvermögen schloss daher die Buchwertfortführung, also die Ertragsteuerneutralität, aus. Diese noch zu § 7 Abs. 1 EStDV ergangenen Entscheidungen sind zum Teil durch die Neufassung des § 6 Abs. 3 EStG in der Fassung des Unternehmensteuerfortsetzungsgesetzes vom 20.12.2001[3] modifiziert worden. Die daraus folgenden Probleme werden vom Bundesfinanzministerium nunmehr in seinem Schreiben vom 3.3.2005 aufgearbeitet.[4] Die zwischenzeitlich bestehende Rechtsunsicherheit[5] soll nunmehr durch das neue BMF-Schreiben gemildert werden.

II. Anwendungsbereich

In den ersten beiden Teilen des Anwendungsschreibens setzt das BMF sich mit dem persönlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 EStG auseinander. Grundsätzlich ist diese Norm sowohl auf natürliche Personen, Mitunternehmerschaften und Kapitalgesellschaften anwendbar. Folgende Bereiche sind jedoch bei Einschaltung von Kapitalgesellschaften bzw. Mitunternehmerschaften aus der Möglichkeit der Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG ausgeschlossen:

> **Beispiel 1:** *A ist Inhaber eines Einzelunternehmens und gleichzeitig alleiniger Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile an einer Betriebs-GmbH. Er überlegt, die Betriebs-GmbH unentgeltlich in sein Einzelunternehmen dergestalt aufzunehmen, dass auf diese Art und Weise das bisherige Einzelunternehmen in eine OHG, bestehend aus dem Einzelunternehmer und der GmbH, zu unter sich gleichen Teilen eingebracht wird.*

Diese Form der Aufnahme in ein Einzelunternehmen ist nicht nach § 6 Abs. 3 EStG unter Buchwertfortführung möglich. Es liegt vielmehr eine gewinnrealisierende verdeckte Einlage gem. § 6 Abs. 6 EStG vor, soweit der hälftige Anteil am Einzelunternehmen wirtschaftlich unentgeltlich auf die GmbH übertragen wird. Sämtliche stille Reserven würden aufgedeckt und als laufender Gewinn steuerpflichtig.

> **Beispiel 2:** *Würde sich die Lösung des Beispieles 1 ändern, wenn anstelle der GmbH eine GmbH & Co. KG an der Umstrukturierung beteiligt wäre?*

Nach Tz. 1 des BMF-Schreibens ist eine Buchwertfortführung auch in diesem Fall nicht möglich, da die Übertragung ausschließlich auf natürliche Personen zulässig sein soll. Diese Auffassung des BMF ist vom Wortlaut gedeckt[6].

Gestaltung: Eine entsprechende Übertragung von hälftigen Miteigentumsanteilen von Einzelwirtschaftsgütern ist bei einer Mitunternehmerschaft jedoch nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG möglich, soweit keine anderen Gegenleistungen erbracht werden als die Gewährung von Gesellschaftsrechten oder überhaupt keine Gegenleistung erbracht wird. Ferner kann alternativ eine unentgeltliche Übertragung zwischen dem Einzelunternehmen eines Mitunternehmers und dessen Mitunternehmerschaft in der Weise erfolgen, dass die zu übertragenden Wirtschaftsgüter oder auch der hälftige Betrieb des Einzelunternehmens an die GmbH & Co. KG verkauft wird und der Veräußerungsgewinn gem. § 6 b EStG sogleich bei der Mitunternehmerschaft wieder zugunsten des verkaufenden Mitunternehmers neutralisiert wird[7]. Die Vorgehensweise nach § 6 b EStG ist in diesem Fall jedoch nur vollständig steuerneutral, wenn es sich um eine 100%ige Beteiligung an der GmbH & Co. KG handelt. Bei geringeren Beteiligungsquoten besteht die Steuerfreiheit nur in der Höhe der Beteiligungsquote des Veräußernden.

Die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 KStG und zur verdeckten Einlage gem. § 6 Abs. 6 EStG gehen § 6 Abs. 3 EStG nach Meinung des BMF vor (Tz. 2). Damit entscheidet sich das BMF in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BFH[8] gegen die gegenteilige Meinung in der Rechtslehre.[9] Danach ist die unentgeltliche Übertragung von Mitunternehmeranteilen in eine GmbH vollständig gewinnrealisierend, § 6 Abs. 6 EStG. Zur Vermeidung der Gewinnrealisierung ist insoweit eine Einbringung nach § 20 UmwStG erforderlich.[10] Die Einbringung hat gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile zu erfolgen, um eine Buchwertfortführung zu ermöglichen, § 20 UmwStG.

Bei Vornahme einer verdeckten Einlage in eine GmbH stellt sich schließlich die im BMF-Schreiben nicht näher erläuterte Frage der Schenkungsteuerpflicht der Zuwendung an die GmbH. Die Zuwendung an die GmbH selbst löst keine Schenkungsteuer aus. Dies entspricht auch bisher bereits der Meinung der Finanzverwaltung. Diese sieht jedoch bei einander nahe stehenden Gesellschaftern in der Vermögenszuwendung an die GmbH eine Schenkung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zugunsten der Mitgesellschafter.[11] Dieser Sichtweise ist jüngst jedoch das FG Köln mit guten Argumenten entgegengetreten.[12] Der BFH differenziert hingegen:[13] Er verneint grundsätzlich ebenso die Schenkungsteuerpflicht, es sei denn,

---

2 BFH, BStBl II 2001, 26 = MittBayNot 2001, 107 (Ls.) = NJW 2001, 534; BFH, MittBayNot 2001, 104.

3 BGBl I, 3853.

4 Abgedruckt auch in MittBayNot 2005, 176 (in diesem Heft). Alle folgenden Tz.-Angaben ohne weitere Spezifizierung sind solche des genannten BMF-Schreibens. Vgl. dazu auch *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448; *Geck*, ZEV 2005, 196; *Kai*, DB 2005, 794; *Neufang*, BB 2005, 1595; *Neumann*, EStB 2005, 140; *Rogall/Stangl*, DStR 2005, 1073; *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139 ff.; *Wendt*, FR 2005, 468; *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416.

5 So auch *Geck*, ZEV 2005, 196; vgl. auch *Düll/Fuhrmann/Eberhard*, DStR 2001, 1773; *Groh*, DB 2001, 2162; *Münch*, DStR 2002, 1025 f.; *Wendt* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 6 Anm. J 01–22; *Wendt*, FR 2002, 127; *Geck*, ZEV 2002, 41; *Bode*, DStR 2002, 114; *Storg,* DStR 2002, 1384 ff.

6 Für eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG, falls ein Teilanteil eines Mitunternehmeranteils an eine andere Mitunternehmerschaft unentgeltlich übertragen wird, überzeugend *Geck*, ZEV 2005, 196. Ebenso wohl *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139, 140 m. w. N. Der Fehler liegt insoweit aber beim Gesetzgeber. Das BMF versäumt insoweit eine sinnvolle Klarstellung zum Gesetz.

7 Siehe *Bogenschütz/Hierl*, DStR 2002, 1097, 1101; *Kanzler*, FR 2002, 117; *Strahl*, FR 2001, 1156.

8 BFH, MittBayNot 2001, 104.

9 Siehe unter anderem *Tiedtke/Wälzholz*, DB 1999, 2026.

10 Dabei ist dann auch dazugehöriges Sonderbetriebsvermögen einzubringen: BFH, BStBl II 1996, 342 = GmbHR 1996, 549; BMF vom 16.8.2000, BStBl I 2000, 1253 = DStR 2000, 1603.

11 R 18 Abs. 3 ErbStR.

12 EFG 2004, 574 = ZEV 2004, 297.

13 BFH vom 12.5.2005, II R 8/04, ZEV 2005, 494 (demnächst in den MittBayNot).

es werden in Wirklichkeit die GmbH-Anteile wie bei einer mittelbaren Grundstücksschenkung mittelbar zugewandt.

Die unentgeltliche Übertragung von Mitunternehmeranteilen aus der GmbH an einen Gesellschafter stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung i. S. d. § 8 Abs. 3 KStG dar, soweit sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Zur Erläuterung wird im Übrigen auf die instruktiven Beispiele in Tz. 2 des BMF-Schreibens verwiesen.

Zur Anwendung des neuen BMF-Schreibens auf Fälle der Anwachsung sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.[14]

III. Der Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlage

Das BMF schließt sich der Ansicht des BFH[15] an, wonach integrativer Bestandteil eines Mitunternehmeranteils auch das Sonderbetriebsvermögen ist (Tz. 3). Danach kann § 6 Abs. 3 EStG grundsätzlich nur gewährt werden, wenn alle wesentlichen Betriebsgrundlagen des Mitunternehmeranteils, also einschließlich des Sonderbetriebsvermögens übertragen werden. Insoweit stellt sich die Frage, wie der Begriff der „wesentlichen Betriebsgrundlage" zu verstehen ist. Eine gesetzliche Definition besteht nicht. Im Rahmen der §§ 16 Abs. 3, 18 Abs. 3 EStG sowie des § 14 EStG wird üblicherweise eine Betriebsgrundlage dann als wesentlich angesehen, wenn sie entweder für die Fortführung des Betriebes funktional wesentlich ist, also von besonderer Bedeutung für die Fortführung des Betriebes ist oder wenn ein funktional unbedeutendes Wirtschaftsgut jedoch erhebliche stille Reserven enthält (funktional-quantitative Betrachtungsweise).[16] Ebenso wie im Umwandlungssteuerrecht[17] vertritt das BMF in Tz. 3 des Schreibens nunmehr die Ansicht, dass es im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG ausschließlich auf die funktionale Betrachtungsweise ankommt. Ob viele stille Reserven in einem Wirtschaftsgut enthalten sind, ist im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG hingegen irrelevant. Diese Klarstellung ist zu begrüßen und entspricht der h. M. in der Rechtslehre.[18]

Aus dem Vorstehenden folgt, dass das Zurückbehalten unwesentlicher Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens stets unschädlich ist.[19] Soweit im Folgenden von Sonderbetriebsvermögen die Rede ist, so ist hierbei stets das funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen gemeint (siehe auch Tz. 8, 19 des BMF-Schreibens).

IV. Übertragung eines gesamten Mitunternehmeranteils (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 EStG)

Bei unentgeltlicher Übertragung eines gesamten Mitunternehmeranteils muss auch das gesamte funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen mit übertragen werden (Tz. 4 des BMF-Schreibens). Dies leuchtet nach den bisherigen Entscheidungen des BFH und der gesetzlichen Regelung in § 6 Abs. 3 EStG ein. Beachtlich sind jedoch die Folgen bei Zurückbehaltung des Sonderbetriebsvermögens.

> **Beispiel 3:** *A ist zu 50 % an einer gewerblichen GmbH & Co. KG beteiligt. Ihm gehört das Betriebsgrundstück allein. Er verpachtet dieses an die GmbH & Co. KG. Zur Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge überträgt er seine vollständige Beteiligung an der GmbH & Co. KG, behält sich jedoch das funktional wesentliche Betriebsgrundstück zurück.*

Nach Tz. 5 des BMF-Schreibens zu § 6 Abs. 3 EStG führt eine entsprechende Gestaltung nicht nur zu einer Aufdeckung der stillen Reserven in dem Grundstück, sondern zu einer Auflösung sämtlicher stillen Reserven in dem hälftigen Anteil an der GmbH & Co. KG. Da sämtliche stillen Reserven in dem gesamten Mitunternehmeranteil aufgedeckt werden, handelt es sich um eine Aufgabe des Mitunternehmeranteils gem. § 16 Abs. 3 EStG, für die der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG sowie die Tarifvergünstigung nach § 34 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 EStG (56%iger Steuersatz) gewährt wird.[20] Das gleiche Ergebnis tritt m. E. auch bei einer verunglückten qualifizierten Nachfolgeklausel ein.[21]

> **Beispiel 4:** *Wie Beispiel 3. Nach der Nachfolgeklausel der GmbH & Co. KG sind nur Abkömmlinge nachfolgebefugt. A verstirbt ohne Hinterlassung eines Testaments und wird von seiner Frau und zwei Kindern beerbt, wobei die Kinder automatisch den Gesellschaftsanteil des A je zur Hälfte im Todeszeitpunkt erhalten. Da das betriebliche Grundstück zumindest hinsichtlich der Hälfte der Ehefrau aus dem betrieblichen Zusammenhang des Mitunternehmeranteils gelöst wird, werden alle stillen Reserven im Mitunternehmeranteil des A aufgelöst und sind zu versteuern. Verbreitet wird das BMF-Schreiben hingegen anders verstanden, so dass nur die stillen Reserven in dem anteiligen Sonderbetriebsvermögen entstrickt werden.[22] Dies wäre wünschenswert – allerdings völlig inkonsequent.*

Die vorstehende Androhung der Auflösung sämtlicher stillen Reserven lädt zu Gestaltungsüberlegungen ein. So wurde in der Vergangenheit regelmäßig versucht, die Verknüpfung zwischen dem Sonderbetriebsvermögen und dem Rest des Mitunternehmeranteils zu lösen, indem das Grundstück entweder zeitgleich oder zeitlich vorausgehend in ein anderes Betriebsvermögen, insbesondere in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG überführt wurde (§ 6 Abs. 5 Satz 3 EStG). Diesen Gestaltungen schiebt das BMF nunmehr einen Riegel vor.[23]

> **Beispiel 5:** *Das vorstehende Beispiel 3 wird dahingehend abgewandelt, dass A das Grundstück des Sonderbetriebsvermögens unter Buchwertfortführung in eine selbständige GmbH & Co. KG, die ihm allein gehört, überführt. Macht es insoweit einen Unterschied, ob dies gleichzeitig oder zwei Monate vorher zur Vermeidung der Aufdeckung stiller Reserven erfolgt?*

---

14 Siehe *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 449.

15 BFH, BStBl II 2001, 26 = MittBayNot 2001, 107 (Leitsatz) = NJW 2001, 534; BFH, MittBayNot 2001, 104.

16 *Reiß* in Kirchhof/Söhn, EStG, § 16 Rz. B 276 f.; aus der Rechtsprechung, BFH, BStBl II 2005, 395 = GmbHR 2005, 699; BFH, BStBl II 1990, 428 = MittBayNot 1990, 210; BFH, BStBl II 1990, 55, 56; BStBl II 1987, 342, 344; BFH/NV 1986, 147; BStBl II 1983, 312, 313; BStBl II 1979, 557; BStBl II 1975, 232; ebenso die Verwaltung, H 139 Abs. 8 EStR, „stille Reserven".

17 BFH, BStBl II 1998, 104; BMF vom 16.8.2000, BStBl I, 1253 = DStR 2000, 1603.

18 *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139, 141; *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 477; *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1010.

19 *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 477.

20 Vgl. auch BFH v. 31.8.1995, VIII B 21/93, BStBl. II 1995, 890 = DStR 1995, 1870.

21 Siehe dazu *Storg*, DStR 2002, 1384 ff.; *Tiedtke/Hils*, ZEV 2004, 441; a. A. *Geck*, ZEV 2005, 196, 200; wohl auch *Kai*, DB 2005, 794, 802 f.

22 *Geck*, ZEV 2005, 196, 200: aus dem Verweis in Tz. 23 auf die bisherigen Tz. 83 ff. des BMF-Schreibens zur Erbauseinandersetzung, BStBl I 1993, 62, leitet er her, dass nur der nicht auf den qualifizierten Erben übergehende Anteil des Sonderbetriebsvermögens entnommen wird. Wie *Geck* auch *Stangl/Rogall*, DStR 2005, 1073, 1081; ebenso wohl *Kai*, DB 2005, 794, 802 f.

23 Zustimmend *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 477; a. A. hingegen *Strahl*, FR 2004, 929; kritisch auch *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416.

Nach Tz. 6, 7 des BMF-Schreibens lässt sich auf diese Art und Weise die Aufdeckung sämtlicher stillen Reserven nicht vermeiden. Erfolgt die Einbringung in die zurückbehaltene GmbH & Co. KG zeitgleich, so ist im Zeitpunkt der unentgeltlichen Übertragung des Mitunternehmeranteils die Verknüpfung zwischen Sonderbetriebsvermögen und Mitunternehmeranteil noch gegeben. Da nicht der vollständige Mitunternehmeranteil übertragen wird, findet § 6 Abs. 3 EStG keine Anwendung. Da nicht sämtliche stillen Reserven im gesamten Mitunternehmeranteil aufgedeckt werden,[24] sind § 16 Abs. 4, § 34 Abs. 2, 3 EStG nicht anzuwenden. Es handelt sich also um einen laufenden, regulär zu versteuernden Gewinn. Das Gleiche gilt wohl, wenn das Sonderbetriebsvermögen zeitgleich entgeltlich an Dritte verkauft wird.[25] Nichts anderes soll gelten, wenn die Trennung zwischen Sonderbetriebsvermögen und Mitunternehmeranteil in nahem zeitlichem Zusammenhang aufgrund eines Gesamtplanes erfolgt ist.[26] Schädlich sind daher alle aufgrund eines Gesamtplans vorgenommenen vorbereitenden Umstrukturierungen, um in den Genuss der Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG zu gelangen.[27] Die Finanzverwaltung macht insoweit ernst und dehnt den bisher vor allem aus dem Bereich des § 16 EStG[28] bekannten Gesamtplan auch auf § 6 Abs. 3 EStG aus. Das größte Problem der Praxis besteht darin, dass die Grenzen der Gesamtplanrechtsprechung nicht in scharfe Konturen zu fassen ist.[29] Das BMF selbst bildet ein Beispiel, wo zwischen den einzelnen Übertragungsvorgängen nur vier Monate liegen. Dass dies ein Fall der Gesamtplanrechtsprechung ist, verwundert nicht. Teilweise werden jedoch auch Fristen von einem Jahr, bis zu zwei Jahren, drei Jahren[30] oder gar fünf Jahren genannt.[31] Dies macht jede steuerliche Gestaltung zum Roulette-Spiel. Insoweit kann der Praxis nur zur größten Vorsicht geraten werden.

V. Exkurs: Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit

Das BMF-Schreiben setzt sich nicht näher mit den Fragen der Abgrenzung einer entgeltlichen und einer unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils auseinander. Es setzt dies voraus. Für den nicht ständig mit steuerrechtlichen Fragen beschäftigten Notar ist dies jedoch eine entscheidende Vorfrage, die an dieser Stelle kurz erläutert werden soll. Unentgeltlichkeit i. S. d. § 6 Abs. 3 EStG bedeutet nicht das Fehlen jeglicher Gegenleistung.[32] Unschädlich ist vielmehr jede Gegenleistung, die den Buchwert des übertragenen Mitunternehmeranteils nicht übersteigt.[33]

> **Beispiel 6:** *A ist zu 50 % an einer GmbH & Co. KG beteiligt. Das anteilig auf ihn entfallende bilanziell ausgewiesene Eigenkapital der Gesellschaft beträgt 70.000 €. In seiner Sonderbilanz ist ein Grundstück des Sonderbetriebsvermögens ausgewiesen, das einen Buchwert von 130.000 € hat. Verbindlichkeiten oder andere Wirtschaftsgüter sind in der Sonderbilanz nicht enthalten. Der Übernehmer kann im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine Gegenleistung in Höhe von 200.000 € zahlen, ohne dass der Vorgang als entgeltlicher Vorgang eingestuft würde. § 6 Abs. 3 EStG findet bei Übertragung des gesamten Mitunternehmeranteils einschließlich Sonderbetriebsvermögen sogar bei Zahlung von 200.000 € Anwendung.*

> **Beispiel 7:** *Wie wäre das vorstehende Beispiel zu lösen, wenn der Erwerber anstelle einer Einmalzahlung von 200.000 € eine dauernde Last i. S. d. § 22 Abs. 1 Nr. 1 EStG, die aus den Erträgen des Mitunternehmeranteils finanzierbar ist, mit einem kapitalisierten Wert von 400.000 € zu zahlen hat?*

Da die dauernde Last unabhängig von ihrem kapitalisierten Wert nicht als Entgelt im ertragsteuerlichen Sinne angesehen wird,[34] sofern sie aus den Erträgen der ertragbringenden Wirtschaftseinheit finanziert werden kann, bleibt auch dieser Fall ein Anwendungsfall des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG.

> **Beispiel 8:** *Wie im Beispiel 6, nur dass in der Sonderbilanz weiterhin ein Darlehen in Höhe von 100.000 € ausgewiesen ist, so dass der bilanzielle Reinwert der Sonderbilanz nur noch 30.000 € ausmacht und das anteilig auf ihn entfallende bilanziell ausgewiesene Eigenkapital der Gesellschaft wiederum 70.000 € beträgt. Der Übernehmer soll eine Barzahlung von 100.000 € an einen Geschwisterteil erbringen.*

Gleichstellungsgelder an Geschwister sind ebenfalls Entgelt.[35] Da die Gegenleistung jedoch nicht höher ist als der Buchwert des gesamt erworbenen Mitunternehmeranteils, bleibt § 6 Abs. 3 EStG anwendbar. Die Buchwerte werden fortgeführt. Die Übernahme betrieblicher Verbindlichkeiten des Mitunternehmeranteils stellt kein Entgelt dar.[36]

> **Beispiel 9:** *Wie im Ausgangsbeispiel 6, nur dass in der Summe von Gesamthandsbilanz und Sonderbilanz ein negatives Kapital von 100.000 € ausgewiesen ist. Der Erwerber soll ein Gleichstellungsgeld in Höhe von 10.000 € an einen Geschwisterteil auszahlen.*

---

24 Das in die GmbH & Co. KG überführte Grundstück des Sonderbetriebsvermögens wurde ja unter Buchwertfortführung übertragen.

25 Vom BMF nicht ausdrücklich angesprochen, so aber konsequent *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416; *Kai*, DB 2005, 795, 796.

26 Vgl. zur sog. Gesamtplanrechtsprechung BFH, BStBl II 2005, 395 = GmbHR 2005, 699; BFH, BStBl II 2001, 229; BFH, BStBl II 2002, 685 = ZEV 2002, 198; *Spindler*, DStR 2005, 1; *Söffing*, BB 2004, 2777; *Förster/Schmidtmann*, StuW 2003, 114; *P. Fischer*, FR 2003, 1013; *ders.*, DB 1996, 644; *Strahl*, KÖSDI 2003, 13918; *ders.*, FR 2004, 929; kritisch *Crezelius*, FR 2003, 537; kritisch zu dieser Annahme des BMF *Geck*, ZEV 2005, 196, 197.

27 Nach Ansicht von *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416, 1417 (ebenso BFH-Richter *Wendt*, FR 2005, 468) soll die Gesamtplanrechtsprechung jedoch nicht für vorbereitende *entgeltliche* Veräußerungen des Sonderbetriebsvermögens gelten, da dies im BMF-Schreiben nicht ausdrücklich erwähnt sei. Diese Annahme ist jedoch ungesichert.

28 BFH, BStBl II 2005, 395 = GmbHR 2005, 699; BFH, BStBl II 2001, 229 = GmbHR 2001, 35. Daher lehnt *Schiffers (*GmbH-StB 2005, 139, 142; ebenso *Wendt*, FR 2005, 468 und *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 451) die Übertragung der Gesamtplanrechtsprechung auf den Fall des § 6 Abs. 3 EStG auch insgesamt ab.

29 Daher auch kritisch insoweit *Kai*, DB 2005, 794.

30 *Neufang*, BB 2005, 1595, 1598.

31 *Spindler* – Präsident des BFH – spricht von fünf Jahren als absoluter Obergrenze, DStR 2005, 1, 4. Im Rahmen des sog. Zwei-Stufen-Modells der Gründung/Erweiterung von Sozietäten hat der BFH jüngst eine Obergrenze von einem Jahr aufgestellt, vgl. BFH, BStBl II 2004, 106 = DStR 2004, 1953.

32 *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 158 und 479.

33 *Neufang*, BB 2005, 1595, 1597; *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 158 und 479.

34 BFH, BStBl II 2004, 820 = RNotZ 2004, 521; BMF vom 16.9.2004, BStBl II 2004, 922; vgl. dazu *Geck*, DStR 2005, 85; *Hipler*, ZEV 2004, 412; *Neufang*, Stbg 2004, 401; *Schütze*, StB 2004, 447; *Schwenke*, DStR 2004, 1679; *Kirchhof/Reiß*, EStG, § 16 Rdnr. 140 f.

35 *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 181 und *Kirchhof/Reiß*, EStG, § 16 Rdnr. 137–139.

36 *Neufang*, BB 2005, 1595, 1597; *Kirchhof/Reiß*, EStG, § 16 Rdnr. 137 – sog. Einheitstheorie.

Da die Gegenleistung höher ist als das bilanziell ausgewiesene Eigenkapital, werden die stillen Reserven bis zur Höhe der Gegenleistung aufgedeckt. Der Veräußerer hat in diesem Fall einen Gewinn von 110.000 € zu versteuern. Die Buchwerte beim Erwerber werden aufgestockt, das Abschreibungsvolumen erhöht sich dadurch beim Erwerber. Gewinn ist in diesem Fall die Differenz zwischen Gegenleistung und negativem Eigenkapital.[37]

Die vorstehenden Grundsätze gelten so nur im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG. Komplizierter ist die Rechtslage hingegen, wenn nicht ein ganzer Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil Gegenstand einer unentgeltlichen Übertragung ist, sondern einzelne Wirtschaftsgüter nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG zwischen dem Gesamthandsvermögen und dem Sonderbetriebsvermögen hin und her übertragen werden sollen. Der wichtigste Unterschied ist vor allen Dingen die Anwendung der sog. Trennungstheorie[38] im Rahmen des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG. Während im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG die Übernahme betrieblicher Verbindlichkeiten unschädlich ist und nicht als Entgelt angesehen wird, ist dies im Rahmen des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG anders.

> **Beispiel 10:** *A ist alleiniger Eigentümer eines Grundstücks im Sonderbetriebsvermögen, das er einer GmbH & Co. KG überlässt, an der er zu 50 % beteiligt ist. Das Grundstück hat einen bilanziellen Buchwert von 500.000 € und ist belastet mit Verbindlichkeiten des Sonderbetriebsvermögens in Höhe von 1 Mio. €. Der Verkehrswert der Immobilie beträgt ca. 1.500.000 €. Grundstück und Verbindlichkeiten sollen nunmehr in das Gesamthandsvermögen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG eingebracht werden. Der weitere Mitgesellschafter leistet aus Gründen der Gleichstellung einen Betrag von 500.000 € in bar in die Mitunternehmerschaft ein.*

Der Einbringungsvorgang führt zu einer Gewinnrealisierung beim einbringenden A. Denn der Einbringungsvorgang ist im Rahmen des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG im Verhältnis von Verkehrswert der Leistung (1,5 Mio. €) zum Wert der Gegenleistung (1 Mio. €) also zu 2/3 entgeltlich, und zu einem Drittel unentgeltlich. Dem Wert von 2/3 des Buchwertes, also 333.333 €, ist die Gegenleistung von 1 Mio. € gegenüberzustellen. Die Differenz (= Gewinn) beträgt 666.667 €, jeweils gerundet.[39]

> **Abwandlung zu Beispiel 10:** *Würde sich etwas ändern, wenn sich die Höhe der von der Gesellschaft zu übernehmenden Verbindlichkeiten nur auf 500.000 € belaufen würde?*

Die Höhe des steuerpflichtigen Gewinnes würde sich ändern, nicht jedoch der Umstand der Steuerpflicht als solcher. Auf den ersten Blick sollte man annehmen, dass die Höhe der Verbindlichkeit genau dem Buchwert entspricht und daher keine Gewinnrealisierung eintreten dürfte. Es sollte sich um ein neutrales Geschäft handeln. Dem ist jedoch nicht so. Die Verbindlichkeiten von 500.000 € werden wieder dem Verkehrswert von 1.500.000 € gegenübergestellt. Die Einbringung ist hier also zu einem Drittel entgeltlich und zu zwei Dritteln unentgeltlich. Daher wird ein Drittel des Buchwertes, also 166.667 € Buchwert des Grundstückes, den übernommenen Schulden von 500.000 € gegenübergestellt. Die Differenz ist steuerpflichtiger Gewinn. Insoweit gelten also die gleichen Grundsätze wie bei teilentgeltlichen Veräußerungen im Rahmen des § 23 EStG.[40]

VI. Übertragung von Teilanteilen eines Mitunternehmeranteils

Hinsichtlich der Übertragung eines Teiles eines Mitunternehmeranteils ist zwischen folgenden Fällen zu unterscheiden:

- quotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens,
- unterquotale Übertragung des Sonderbetriebsvermögens,
- überquotale Übertragung des Sonderbetriebsvermögens.

1. Quotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens

Für den Fall der quotalen Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens liegt ein Fall des § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 Alt. 2 EStG vor (Tz. 9). Haltefristen sind in diesem Fall nicht einzuhalten.

> **Beispiel 11:** *A ist Alleineigentümer eines im Sonderbetriebsvermögen befindlichen Grundstücks. Er ist zu 50 % an einer GmbH & Co. KG beteiligt. Er überträgt 50 % seines Miteigentumsanteiles, also 25 % Beteiligung an der Gesamt-GmbH & Co. KG. Gleichzeitig muss er einen 50%igen Miteigentumsanteil am Grundbesitz des Sonderbetriebsvermögens übertragen. Die Buchwertfortführung ist in diesem Fall gesichert und zwingend.*

2. Unterquotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens

Bei unterquotaler Übertragung des Sonderbetriebsvermögens liegt ein Fall des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG vor (Tz. 10). Die Buchwertfortführung wird also nur dann gewährt, wenn das zurückgehaltene Sonderbetriebsvermögen weiterhin zum Betriebsvermögen derselben Mitunternehmerschaft gehört[41] und der Rechtsnachfolger den übernommenen Mitunternehmeranteil über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren nicht veräußert oder aufgibt.[42] In diesen Fällen wird auch §§ 13 a, 19 a ErbStG gewährt.[43] Schädlich ist insoweit auf der Seite des Erwerbers:

- die Veräußerung des gesamten hinzuerworbenen Mitunternehmeranteils durch den Erwerber,[44]

---

37 *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1041 f.

38 Vgl. BFH, BStBl II 2002, 420 = MittBayNot 2002, 412; *Brandenberg*, DStZ 2002, 551, 557 ff.; *Wendt*, FR 2002, 53; *Groh*, DB 2002, 1904, 1907; kritisch *Böhme/Forster*, BB 2003, 1979; *Kloster/Kloster*, GmbHR 2002, 717 ff.; *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 188 b.

39 In entsprechenden Fällen kann zumindest teilweise der Gewinn nach § 6 b EStG wieder durch eine Rücklage neutralisiert werden.

40 Vgl. BFH, DStR 2004, 1077 = RNotZ 2004, 343; *Seitz*, DStR 2001, 277, 285; *Kohlrust-Schulz*, NWB Fach 3, 10775, 10781; *Gottwald*, MittBayNot 2001, 8, 10; *Reich*, ZNotP 2000, 375, 378 f.; *Risthaus*, DB 1999, 1032, 1033; *Sauren*, DStR 2000, 60, 61; *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2000, 293 ff.

41 Wie lange diese Voraussetzung bestehen bleiben muss ist weiterhin ungeklärt. Die Finanzverwaltung wird insoweit voraussichtlich die Gesamtplanrechtsprechung anwenden, also die Lösung von der Mitunternehmerschaft aufgrund eines Gesamtplans in zeitlichem Zusammenhang mit der vorweggenommenen Erbfolge als schädlich ansehen; ebenso *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1018; *Förster*, FR 2002, 649, 655.

42 *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 182 a.

43 R 51 Abs. 3 Satz 5 ErbStR; *Neufang*, BB 2005, 1595, 1598.

44 Unschädlich ist hingegen die spätere, nicht der Gesamtplanrechtsprechung unterfallende Veräußerung des dem Veräußerer verbleibenden Mitunternehmeranteils, insoweit unzutreffend Beispiel 2 von *Neufang*, BB 2005, 1595, 1600.

- die Veräußerung lediglich eines Teiles des erworbenen Mitunternehmeranteils[45] oder
- die Veräußerung des funktional wesentlichen Sonderbetriebsvermögens oder eines Teiles oder Anteils davon[46] (Tz. 11).

Für den Fall eines Verstoßes gegen das vorstehende Veräußerungsverbot wird nicht nur die aus der Veräußerung resultierende Aufdeckung stiller Reserven durchgeführt, sondern für die gesamte ursprüngliche Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG werden rückwirkend (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) für den damaligen Schenker die Teilwerte angesetzt.[47] Der so nachträglich realisierte Gewinn ist als laufender, also nicht nach §§ 16 Abs. 4, 34 Abs. 2, Abs. 3 EStG begünstigter Gewinn zu versteuern.[48] Die in dem dem Veräußerer verbleibenden Mitunternehmerteilanteil vorhandenen stillen Reserven werden hingegen nicht aufgedeckt.[49] Für die Fristberechnung ist der jeweilige Zeitpunkt des Übergangs von Besitz, Nutzungen und Lasten maßgeblich (Tz. 11).[50]

Der vorstehende Fall kann sowohl realisiert werden, wenn das Sonderbetriebsvermögen vollständig vom Veräußerer des Mitunternehmerteilanteils zurückbehalten wird oder nur unterquotal übertragen wird (Tz. 10). War der unentgeltliche Erwerber des Teilanteils am Mitunternehmeranteil bereits vor der unentgeltlichen Übertragung an der Mitunternehmerschaft beteiligt, so wird eine schädliche Veräußerung erst dann angenommen, wenn der Anteil des Erwerbers unter die Quote gesunken ist, an der er bereits vor der Übertragung an der Mitunternehmerschaft beteiligt war. Es wird also unterstellt, dass zunächst der bereits vor der unentgeltlichen Übertragung gehaltene Mitunternehmeranteil oder ein Anteil daran veräußert wird. Insoweit sei an dieser Stelle auf das instruktive Beispiel in Tz. 11 des BMF-Schreibens verwiesen.

Trotz umwandlungssteuerrechtlicher Privilegierung in §§ 20, 24 UmwStG wird nach Ansicht des BMF auch eine Einbringung des erworbenen Vermögens in eine andere Mitunternehmerschaft oder in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten sogar bei Buchwertfortführung als schädliche Veräußerung angesehen (Tz. 13).[51] Als Veräußerung gilt nach Ansicht des BMF auch die formwechselnde Umwandlung der Mitunternehmerschaft in eine Kapitalgesellschaft nach § 25 UmwStG. In den Fällen der Einbringung des gesamten unentgeltlich erworbenen Mitunternehmeranteils unter Buchwertfortführung gem. § 20 oder § 24 UmwStG wird von einer Nachversteuerung jedoch nach Ansicht des BMF (Tz. 13) abgesehen[52], wenn der Erwerber den als Gegenleistung für die Einbringung erworbenen Geschäftsanteil oder Mitunternehmeranteil für die Dauer von fünf Jahren ab dem ursprünglichen Fristbeginn nicht veräußert und nicht aufgibt und die aufnehmende Kapital- oder Personengesellschaft den eingebrachten Mitunternehmeranteil und die eingebrachten Wirtschaftsgüter innerhalb der genannten Frist ebenfalls nicht veräußert bzw. aufgibt. Die vorstehende Ausnahme von der Besteuerung muss m. E. auch in den Fällen des § 25 UmwStG gelten, auch wenn dies das BMF so nicht ausdrücklich schildert.[53]

> **Beispiel 12:** *A ist Alleineigentümer eines Grundstücks des Sonderbetriebsvermögens und zu 50 % an einer GmbH & Co. KG beteiligt. Er überlässt die Hälfte seiner Beteiligung an der GmbH & Co. KG und einen 25%igen Miteigentumsanteil am Sonderbetriebsvermögen an seinen Sohn S. Der Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten erfolgt zum 1.1.2005. Zum 1.1.2006 wird der erworbene Mitunternehmeranteil einschließlich des Sonderbetriebsvermögens unter Buchwertfortführung gem. § 20 UmwStG in eine Kapitalgesellschaft (GmbH) des S gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht.*

Eine Nachversteuerung der unentgeltlichen Übertragung i. S. d. § 6 Abs. 3 EStG unterbleibt, sofern die GmbH des S weder den 25%igen Anteil am Grundstück noch einen Teil der Beteiligung an der GmbH & Co. KG bis zum Ablauf des 31.12.2009 veräußert.[54] Ebenso muss S seine einbringungsgeborenen Anteile i. S. d. § 21 UmwStG für die selbe Dauer halten und darf sie so lange nicht veräußern.

Unschädlich ist es, wenn der Erwerber den 25%igen Anteil am Grundbesitz in ein anderes *eigenes* Betriebsvermögen oder in ein anderes *eigenes* Sonderbetriebsvermögen überträgt (vgl. Tz. 13).[55] Veräußert[56] oder entnimmt hingegen der Veräußerer sein zurückbehaltenes Sonderbetriebsvermögen aufgrund eines Gesamtplanes, so soll dies hingegen schädlich sein (Tz. 15). Welche Zeitläufe hierfür zu beachten sind, sagt das BMF nicht. Das Erfordernis der Zugehörigkeit zur selben Mitunternehmerschaft ist jedoch dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG zu entnehmen. Bei einem planmäßigen Vorgehen könnte insoweit die Gesamtplanrechtsprechung wiederum eingreifen (siehe auch Tz. 15 und die Ausführungen oben)[57].

Sehr pragmatisch – aber nicht vom BMF abgesegnet – ist die beschränkende Auslegung des Gesetzes dahingehend, dass eine Veräußerung innerhalb der Sperrfrist dann unschädlich

---

45 Dies ist vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt, worauf *Geck* (ZEV 2005, 196, 198) zutreffend hinweist; ebenso *Wendt*, FR 2005, 468; *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 454. Dennoch dem BMF zustimmend *Neufang*, BB 2005, 1595, 1600.

46 Dies ist vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt, worauf *Geck* zutreffend hinweist, *Geck*, ZEV 2005, 196, 199; ebenso *Wendt*, FR 2005, 468; *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 454.

47 Ebenso *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 182 a.

48 Denn für die Veräußerung eines Teilanteils eines Mitunternehmeranteils werden nicht mehr die genannten Tarifvergünstigungen gewährt, siehe § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG.

49 *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 182 a. Ebenso wohl das BMF-Schreiben, Tz. 11.

50 Ebenso *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 453; *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1018; *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 482.

51 Kritisch im Hinblick auf § 24 UmwStG noch in der Vorauflage *Schmidt/Glanegger*, EStG, 23. Aufl. 2004, § 6 Rdnr. 477.

52 Zustimmend *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416, 1418.

53 Ebenso *Kai*, DB 2005, 794, 800; *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 455; ebenso wohl *Geck*, ZEV 2005, 196, 199. Dabei ist im Übrigen festzuhalten, dass weder zivil- noch steuerrechtlich der Formwechsel als Veräußerung betrachtet werden kann. Es wird bei gleichbleibendem Rechtsträger nur das rechtliche Gewand gewechselt.

54 Unter gestalterischen Gesichtspunkten sollte im Rahmen der Einbringung vereinbart werden, dass die aufnehmende Gesellschaft bis zum Ablauf der Haltefrist zur Veräußerung nur mit Zustimmung des einbringenden Gesellschafters befugt ist.

55 Dabei handelt es sich um einen Fall des § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG, vgl. auch *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 182 a am Ende.

56 Aus dem Umstand, dass das BMF-Schreiben nur Veräußerung und Entnahme als schädlich erwähnt, wird teilweise gefolgert, dass Buchwertübertragungen nach § 6 Abs. 5 Sätze 1–3 EStG unschädlich seien (so *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416, 1418 m. w. N.; vgl. auch *Stegemann*, INF 2005, 344, 349; *Stangl/Rogall*, DStR 2005, 1073, 1080 [offen]). Dies vermag im Hinblick auf die strenge Auffassung in Tz. 7 kaum zu überzeugen und wäre ein gewagtes Spiel! A. A. daher auch *Kai*, DB 2005, 794, 799.

57 *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 482 stimmt dem BMF zu und geht insoweit von einer 5-Jahres-Frist auch auf Veräußererseite aus.

sei, wenn eine Ersatzinvestition i. S. d. § 6 b EStG getätigt werde.[58] Dies wird der Gesetzgeber jedoch wohl selbst anordnen müssen, ist derzeit also wohl nicht geltendes Recht.

Schädlich ist es auch, wenn das erworbene Sonderbetriebsvermögen, im vorstehenden Beispielsfall der 25%ige Anteil am Grundstück, nach § 6 Abs. 5 EStG auf Drittpersonen übertragen wird (Tz. 13).[59] Dies kann als Einbringung des Sonderbetriebsvermögens nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgen, sofern die entstandenen stillen Reserven nicht durch eine Ergänzungsbilanz dem Einbringenden vorbehalten werden.[60] M. E. lassen sich die Folgen der Nachversteuerung also durch Bildung von Ergänzungsbilanzen vermeiden.[61]

Das BMF hält es im Rahmen des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG für unschädlich, wenn das durch den Erwerber erworbene Vermögen unentgeltlich weiter übertragen wird (Tz. 14).[62] Ohne gesetzliche Grundlage[63] geht das BMF jedoch davon aus, dass der Rechtsnachfolger des ursprünglichen Erwerbers wiederum an die *ursprüngliche* Behaltefrist gebunden sei. Es beginnt nach Meinung des BMF also keine neue Fünfjahresfrist zu laufen, es sei denn, es läge wiederum ein Fall des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG vor.[64] Dem ist zuzustimmen. Das BMF setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob dies auch bei der isolierten Übertragung von Teilen des erworbenen Mitunternehmeranteils gilt. Dies ist m. E. jedoch zu bejahen.[65] Denn die Schädlichkeit einer unentgeltlichen Übertragung ist im Gesetz nicht geregelt. Nur entgeltliche Veräußerungen müssen als schädlich angesehen werden.

Gestaltung: Die Folgen des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG für den Fall von Veräußerung oder Betriebsaufgabe auf Seiten des Erwerbers führen zu einer schweren Steuerbelastung auf der Ebene des ursprünglichen Veräußerers, obwohl ihm kein Erlös aus der späteren Veräußerung zugute kommt. Um diesbezügliche Schwierigkeiten zu vermeiden, sollte grundsätzlich eine quotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens erfolgen. Dabei lässt sich ein Nießbrauch zugunsten des Veräußerers vorbehalten.[66] Lässt sich dies dennoch nicht realisieren, so sollte einerseits eine Regelung aufgenommen werden, wonach für den Fall der Nachversteuerung gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG – die durch den Erwerber gleich aus welchem Grund verursacht wird – der Erwerber diese Steuerbelastung zu tragen hat.[67] Um darüber hinaus als Veräußerer eine Veräußerungskontrolle zu haben, sollte es bei den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen bleiben, dass eine Veräußerung der Gesellschaftsbeteiligung nur mit Zustimmung des Veräußerers möglich ist. Eine parallele Regelung dazu sollte ein übliches bedingtes Rückforderungsrecht hinsichtlich des Grundstücks des Sonderbetriebsvermögens vereinbart werden. In diesem Fall ist der Erwerber verhindert, ohne Zustimmung des Veräußerers über den Grundbesitz zu verfügen. Problematisch hieran ist lediglich, dass der Abschluss des Veräußerungsvertrages möglicherweise bereits die Nachversteuerung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG auslöst, selbst wenn es nie zum Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten kommt. M. E. ist eine entsprechende Sichtweise jedoch verfehlt, da als Weiterveräußerungszeitpunkt i. S. d. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG nicht bereits der Abschluss des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäftes, sondern erst der Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten gelten kann. Dies kann bei einem entsprechenden Veräußerungsgeschäft, das einem bedingten Rückforderungsrecht widerspricht, jedoch kaum eintreten.

3. Überquotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens

Bei Übertragung eines Teilmitunternehmeranteils samt überquotalem Sonderbetriebsvermögen ist der Vorgang nach Ansicht des BMF aufzuspalten in einen solchen Fall des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG und einen solchen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG.[68] Die Lösung dieses Falles war bisher heftig umstritten[69] und wird auch heute noch von BFH-Richtern bestritten[70].

> **Beispiel 13:** *A ist Alleineigentümer eines Grundstücks des Sonderbetriebsvermögens und zu 50 % an einer GmbH & Co. KG beteiligt. Er überträgt das vollständige Grundstück auf seinen Sohn S zu dessen Alleineigentum, gleichzeitig jedoch nur 50 % seiner Beteiligung an der GmbH & Co. KG. Macht es insoweit einen Unterschied, ob sich im Sonderbetriebsvermögen Verbindlichkeiten befinden, die der S mit zu übernehmen hat?*

Der Vorgang ist aufzuteilen in die Übertragung eines vollständigen hälftigen Mitunternehmeranteils und die isolierte Übertragung eines Anteils am Sonderbetriebsvermögen. In Höhe des vollständigen übertragenen Mitunternehmerteilanteils und hinsichtlich des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundbesitz liegt ein Fall des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG vor.[71] Die Buchwerte sind fortzuführen, auch wenn betriebliche Verbindlichkeiten des Sonderbetriebsvermögens mit zu über-

---

58 *Neufang*, BB 2005, 1595, 1596.

59 Kritisch hiergegen *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 455.

60 Nur so können die Ausführungen in Tz. 13 Satz 2 des BMF-Schreibens verstanden werden. Denn nur die Veräußerung an einen Dritten soll schädlich sein. Dies kann jedoch durch die Ergänzungsbilanz neutralisiert werden – was in der Literatur allerdings nicht erörtert wird. A. A. als das BMF – allerdings undifferenziert – *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416, 1418; ohne Möglichkeit der Neutralisierung durch Ergänzungsbilanz *Kai*, DB 2005, 794, 801; *Stangl/Rogall*, DStR 2005, 1073, 1079.

61 In der Rechtslehre und vom BMF wird dies jedoch nicht weiter thematisiert – es ist insoweit ungesichert.

62 *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 454; *Kirchhof/Fischer*, EStG, § 6 Rdnr. 182 a, 182 c.

63 Zustimmend dennoch *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 482; *Stangl/Rogall*, DStR 2005, 1073, 1079.

64 Ebenso *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 454.

65 Ebenso *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 482, der zutreffend darauf hinweist, dass dann ggfs. aber wegen dieser neuen Übertragung eine neue Frist nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG beginnen kann.

66 Schmidt/*Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 477; *Strahl*, FR 2004, 929; *Geck*, ZEV 2005, 196, 198.

67 *Stangl/Rogall*, DStR 2005, 1073, 1079; *Neufang*, BB 2005, 1595, 1596; *Geck*, ZEV 2005, 196, 198; *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 456.

68 Erbschaftsteuerlich wird nach der Finanzverwaltung auch das überquotal erworbene Sonderbetriebsvermögen von §§ 13 a, 19 a ErbStG begünstigt, FinMin. Baden-Württemberg, Erlass vom 8.4.2002, DStR 2002, 678.

69 Vgl. *Kanzler*, FS Korn, S. 287; *Geck*, DStR 2000, 2031 ff.; *Förster*, FR 2002, 649; *Hoffmann*, GmbHR 2002, 236; wie hier *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1017.

70 *Wendt*, FR 2005, 468 – er subsumiert diesen Fall insgesamt unter § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG, da es sich immer noch um die Übertragung eines einheitlichen Mitunternehmeranteils handelt, so dass insbesondere die Übernahme von Verbindlichkeiten des Sonderbetriebsvermögens unschädlich ist und keine Sperrfrist nach § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG läuft.

71 *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, Loseblatt, § 6 Rdnr. 1017. Ebenso BMF-Schreiben, Tz. 16.

nehmen sind. Eine Haltefrist ist nicht zu wahren (Tz. 16). Der zusätzlich übertragene hälftige Miteigentumsanteil am Grundstück des Sonderbetriebsvermögens ist hingegen nicht nach § 6 Abs. 3 EStG zu behandeln, sondern ein Fall des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG. Dies gilt auch dann, wenn der S erst in diesem Zusammenhang Mitunternehmer wird (Tz. 18). Im Gegensatz zu § 6 Abs. 3 ist die Übernahme von Verbindlichkeiten – auch von betrieblichen Verbindlichkeiten – jedoch schädlich (siehe oben) und steht der vollständigen Unentgeltlichkeit i. S. d. § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG entgegen.[72] Da die Übertragung dieses weiteren hälftigen Miteigentumsanteils bei Übernahme betrieblicher Verbindlichkeiten des Sonderbetriebsvermögens nicht vollständig unentgeltlich ist, werden in diesem Fall stille Reserven aufgedeckt, die beim Veräußerer als laufender Gewinn zu versteuern sind. Die vollständige Buchwertfortführung ist in diesem Fall daher nur dann möglich, wenn keine Verbindlichkeiten im Sonderbetriebsvermögen vorhanden sind.[73] Hinsichtlich des zusätzlich erworbenen hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück des Sonderbetriebsvermögens ist im Übrigen die (zeitlich abweichende!) Sperrfrist[74] des § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG zu beachten. Verkauft also der S das gesamte erworbene Vermögen innerhalb von zwei Jahren nach dem Erwerb, so ist die Veräußerung der erworbenen Gesellschaftsbeteiligung und eines hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück für den ursprünglichen Veräußerer (also A) unschädlich; die Veräußerung des anderen hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück (§ 6 Abs. 5 Satz 4 EStG) führt jedoch beim Veräußerer A zu einer Nachversteuerung der ursprünglichen Schenkung als laufender Gewinn.[75]

VII. Unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen

Die unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein Einzelunternehmen führt nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG zur zwingenden Buchwertfortführung. Stille Reserven werden also nicht aufgedeckt.

> **Beispiel 14:** *A ist Inhaber eines Einzelunternehmens und möchte unter Begründung einer Kommanditgesellschaft seine Tochter in das Einzelunternehmen aufnehmen.*

Sofern die Tochter keine Barzahlung oder Gleichstellungsgelder zu erbringen hat, erfolgt dieser Vorgang vollständig unentgeltlich unter Buchwertfortführung. Fristen sind grundsätzlich nicht einzuhalten. Ein Fall des § 24 UmwStG liegt nach der wohl vom BMF vertretenen Auffassung (Tz. 21) nicht vor. Das Verhältnis von § 6 Abs. 3 EStG zu § 24 UmwStG ist insoweit jedoch weiterhin teilweise schwer zu definieren.[76] Um den Weg des § 24 UmwStG zu beschreiten und auf diese Art und Weise eine Buchwertaufstockung zu ermöglichen,[77] kann zunächst eine KG gegründet werden. Anschließend kann der Vater A sein Einzelunternehmen gegen Erhöhung seines Kapitalanteils an der KG in die KG einbringen.[78] Hierbei ist dann nach § 24 UmwStG auch ein Teilwert- oder Zwischenwertansatz möglich.

> **Abwandlung:** *Wie ist der vorstehende Sachverhalt zu lösen, wenn nur das sonstige Vermögen des Einzelunternehmens in die neu gegründete KG eingebracht werden soll, der Vater sich das Betriebsgrundstück jedoch als Sonderbetriebsvermögen zum Alleineigentum zurückbehalten möchte?*

In diesem Fall ist grundsätzlich eine Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG möglich, sofern das Betriebsgrundstück tatsächlich weiterhin der neu entstehenden Mitunternehmerschaft dient. Wie lange diese Zugehörigkeit halten muss, wird wohl vom BMF weiterhin nach der Gesamtplanrechtsprechung beurteilt. Auf die daraus folgenden Unsicherheiten wurde bereits oben hingewiesen. In diesem Fall sind jedoch die bereits oben erläuterten Haltefristen des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG einzuhalten. Die dort genannten Veräußerungs- oder Aufgabefälle sind wiederum zu beachten.

Die Besonderheiten von Fällen einer mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung sollen an dieser Stelle nicht weiter erläutert werden. Insoweit wird auf die Tz. 22 des BMF-Schreibens verwiesen.

VIII. Zusammenfassung

Das BMF-Schreiben verdeutlicht, welche Tücken und gestalterische Schwierigkeiten bei der vorweggenommenen Erbfolge mit Mitunternehmerschaften bestehen. Besondere Herausforderungen stellen sich vor allem bei überquotalen oder unterquotalen Übertragungen von Sonderbetriebsvermögen bei gleichzeitiger Übertragung eines Teilanteils an einem Mitunternehmeranteil. Hierbei sind knifflige Haltefristen zu beachten. Nachlässigkeit in diesem Bereich kann zu verheerenden Folgen beim ursprünglichen Veräußerer führen. Vor jeder weiteren Transaktion muss sich der Berater heutzutage fragen, welche Transaktionen innerhalb der letzten fünf bis sieben Jahre durchgeführt wurden. Besonders beunruhigend ist die stetige Ausweitung der Gesamtplanrechtsprechung durch den BMF. Rechtssicherheit bei entsprechenden mehrstufigen Umstrukturierungen ist insoweit kaum noch zu erlangen.

---

72 Ganz h. M.; a. A. dennoch *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 452.

73 *Geck*, ZEV 2005, 196, 199.

74 Dauer drei Jahre, Beginn mit Abgabe der Steuererklärung für den ÜbertragungsVZ.

75 Vgl. dazu Tz. 17 des BMF-Schreibens.

76 Vgl. dazu *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 478; differenzierend *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 452 f.

77 Dies ist in der Regel einkommensteuerlich uninteressant, es sei denn der Einbringende wollte Verlustvorträge beseitigen.

78 *Geck*, ZEV 2005, 196, 200. Ebenso *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448, 452 f., Letztere allerdings nur, wenn die gewährten Gesellschaftsanteile vollwertig sind; sonst soll eine Kombination von § 6 Abs. 3 EStG und § 24 UmwStG Anwendung finden.

Der Notar und die (reformierte) Rechtschreibung

Von Notarassessor *Markus Sikora*, Berchtesgaden

Die Kultusministerkonferenz hat am 2.6.2005 beschlossen, dass ab 1.8.2005 in Schulen als falsch bewertet werden muss, was nicht der reformierten deutschen Rechtschreibung entspricht, wie sie sich aus der amtlichen Regelung von 1996[1] in der Fassung von 2004[2] ergibt.[3] Ausgenommen sind jedoch zunächst die Getrennt- und Zusammenschreibung, die Worttrennung am Zeilenende sowie die Interpunktion.[4] Insoweit sind Änderungen des Rats für deutsche Rechtschreibung[5] zu erwarten. Bayern und Nordrhein-Westfalen haben vor diesem Hintergrund beschlossen, das Inkrafttreten der Rechtschreibreform auf den 1.8.2006 zu verschieben. Dagegen ist in den übrigen Bundesländern seit dem 1.8.2005 die Übergangsfrist zu Ende. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1998 festgestellt, dass der Neuregelung Verbindlichkeit ohnehin nur für den Bereich der Schulen zukommt und „Personen außerhalb dieses Bereichs […] rechtlich nicht gehalten [sind], die neuen Rechtschreibregeln zu beachten und die reformierte Schreibung zu verwenden".[6] Gleichwohl haben zwischenzeitlich alle Bundesländer die „neue" Schreibweise auch zur Amts- und Behördensprache erklärt, bisweilen noch mit Übergangsfristen.[7] Dieser Beitrag will die neuen Regeln nicht bewerten, sondern der Frage nachgehen, ob die reformierte Rechtschreibung für den Notar verbindlich ist oder jedenfalls künftig für verbindlich erklärt werden könnte.

A. De lege lata – Verbindlichkeit der neuen Rechtschreibregeln für den Notar?

I. Beurkundungs- und Berufsrecht

1. Keine Vorschrift über die Rechtschreibung

Gemäß § 8 BeurkG muss bei der Beurkundung von Willenserklärungen eine Niederschrift über die Verhandlung aufgenommen werden. Gemeint ist damit – von den Fällen des § 5 Abs. 2 BeurkG abgesehen – eine Niederschrift in deutscher Sprache, § 5 Abs. 1 BeurkG. Über die äußere Form der Urkunde oder die zu verwendenden Regeln der deutschen Rechtschreibung trifft das BeurkG indessen keine Aussage.[8] In den Richtlinien der Notarkammern finden sich zwar nähere Bestimmungen zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens,[9] jedoch nicht zur äußeren Form der Urkunden oder zur Verwendung bestimmter Schreibregeln. Einzelheiten zur reinen Urkundentechnik sind vielmehr der Dienstordnung für Notare (DONot) vorbehalten, bei der es sich um eine (bundeseinheitliche) allgemeine Verwaltungsvorschrift der Landesjustizverwaltungen handelt.[10] Deren 6. Abschnitt behandelt die „Herstellung der notariellen Urkunden" und enthält zu mancher Einzelheit detaillierte Vorschriften, z. B. über die Schreibweise von Zahlen,[11] das zu verwendende Papier,[12] die zulässige Tinte[13] sowie das Druck-[14] und Kopierverfahren[15]. Auch die DONot legt jedoch weder die sprachliche Gestaltung der Urkunden näher fest noch erklärt sie bestimmte Rechtschreibregeln für verbindlich.

Einzig § 5 Abs. 1 BeurkG setzt somit die „deutsche Sprache" und die „notarielle Urkunde" in Beziehung zueinander. Anordnungen über die Rechtschreibung enthält die Norm aber nicht. Demgemäß hat das OLG Köln für die vergleichbare Vorschrift des § 184 GVG („Die Gerichtssprache ist deutsch.") bereits 1928 festgestellt, daraus folge nicht, „dass die in deutscher Sprache verfassten Schriftsätze den jeweils geltenden Regeln der deutschen Rechtschreibung entsprechen müssen".[16]

2. Die Regelung in § 17 Abs. 1 BeurkG

Auch wenn das BeurkG und das notarielle Berufsrecht nichts über die zu verwendenden Schreibregeln aussagen, könnte der Notar bereits durch § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet sein, künftig in neuer Rechtschreibung zu beurkunden. Durch das Beurkundungsverfahren als Kernstück notarieller Tätigkeit[17] sollen bekanntlich nicht nur beweiskräftige, weil mit öffentlichem Glauben versehene (§ 415 ZPO), sondern vor allem auch inhaltlich „vollkommene Urkunden"[18] errichtet werden. Die *ars notarii* und § 17 Abs. 1 BeurkG verlangen deshalb vom Notar, die Erklärungen der Beteiligten (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG) „klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben" (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), um so „Irrtümer und Zweifel" (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) zu vermeiden. Die Wiedergabe muss also derart eindeutig sein, dass spätere Auslegungsfragen (Zweifel) nach Möglichkeit gar nicht erst auftreten können.[19] Erfüllt die notarielle Urkunde diese Anfor-

---

1 Bundesanzeiger Nr. 205 a vom 31.10.1996; KWMBl Teil I vom 21.7.1998, Sondernummer 1, 1–250; zur Entstehungsgeschichte siehe BVerfGE 98, 218; *Roth*, Süddeutsche Zeitung vom 3.6.2005, 2.

2 Verfügbar beim Institut für Deutsche Sprache, Mannheim, unter http://www.ids-mannheim.de/reform/regelwerk2004.pdf (20.11.2005).

3 310. Plenarsitzung, nachzulesen unter http://www.kmk.org/aktuell/310_KMK_TOP%2004. pdf (20.11.2005).

4 Es ist somit keine vollständige Umsetzung der Reform erfolgt, vgl. *Seibt*, Süddeutsche Zeitung vom 3.6.2005, 2.

5 Dessen jeweilige Empfehlungen sind unter http://www.rechtschreibrat.com (20.11.2005) nachzulesen.

6 BVerfGE 98, 218, 261.

7 Vgl. die Übersicht in BT-Drs. 14/356. Nach einem zunächst ablehnenden Volksentscheid am 27.9.1998 hat auch Schleswig-Holstein durch Landtagsbeschluss vom 17.9.1999 die Reform umgesetzt.

8 *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG/DONot, 2. Aufl., § 8 BeurkG Rdnr. 7.

9 Vgl. etwa Abschnitt II. und IX. der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern, die sich an die Empfehlungen der Bundersnotarkammer (DNotZ 1999, 258) anlehnen.

10 *Kanzleiter* in Eylmann/Vaasen, BeurkG/BNotO, 2. Aufl., Einleitung zur DONot Rdnr. 1.

11 „Wichtige Zahlen sind in Ziffern und Buchstaben zu schreiben", § 28 Abs. 1 Satz 2 DONot.

12 „Festes holzfreies weißes oder gelbliches Papier in DIN-Format", § 29 Abs. 2 Satz 1 DONot.

13 „Blaue oder schwarze Pastentinten", § 29 Abs. 2 Satz 2 DONot.

14 „In schwarzer oder dunkelblauer Druckfarbe hergestellte Drucke des Buch- und Offsetdruckverfahrens", § 29 Abs. 2 Satz 2 DONot.

15 „Kopiergeräte, Laserdrucker, Tintenstrahldrucker", § 29 Abs. 2 Satz 2 DONot.

16 Zitiert nach http://www.sprache.org/bvr/bn7617.htm (20.11.2005).

17 *Gonella*, DNotZ 1956, 453, 456.

18 *Eue*, FS Schippel, 599, 606.

19 *Frenz* in Eylmann/Vaasen, § 17 BeurkG Rdnr. 22.

derungen nicht, wird der beabsichtigte Zweck des Beurkundungsverfahrens weitgehend verfehlt.[20]

Grundsätzlich ist der Notar frei, wie er die Erklärungen der Beteiligten beurkundet. § 17 Abs. 1 BeurkG setzt aber Grenzen: Die Freiheit des Notars bei der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens endet, wenn dessen Zweck (Schaffung einer mit besonderer Beweiskraft ausgestatteten öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 ZPO) nicht mehr erreicht wird. Wann freilich diese Grenze überschritten ist und die Urkunde bereits wegen einer eigenwilligen sprachlichen Gestaltung ihre besondere Beweiskraft einbüßt, lässt sich nicht pauschal sagen. Errichtet der Notar beispielsweise eine Urkunde vollständig in einem nicht allgemein geläufigen Dialekt, in Versform oder unter konsequenter Missachtung anerkannter Regeln deutscher Rechtschreibung und Interpunktion, kann dies den Beweiswert der Urkunde beeinträchtigen oder gar aufheben. Die Beweissicherung durch Urkunden dient nämlich nicht nur der Streitvermeidung unter den Urkundsbeteiligten, sondern gilt auch im Verhältnis zu Dritten. Als Grundlage für Grundbuch- und Registereintragungen liegen Beurkundungen darüber hinaus im öffentlichen Interesse.[21]

Vor diesem Hintergrund genügt es also nicht, dass allein die unmittelbar Beteiligten und der Notar den Inhalt einer im Dialekt oder in Versform verfassten Urkunde verstehen. Ihr Inhalt muss vielmehr jedermann aufgrund sprachlich einwandfreier Gestaltung ohne weiteres zugänglich sein. Der Notar ist hierbei für die unzweideutige Textfassung der öffentlichen Urkunde mit dem Beweiswert der Vollständigkeit und Richtigkeit verantwortlich.[22]

Für die Rechtschreibung gilt daher: Erst wenn die reformierte Schreibweise sich in Deutschland derart durchgesetzt haben sollte, dass das Festhalten des Notars am alten Regelwerk zu Verständigungsschwierigkeiten führen würde, zwänge § 17 Abs. 1 BeurkG den Notar, sich bei der Errichtung öffentlicher Urkunden der neuen Schreibweise zu bedienen. Andernfalls verstieße er gegen diese Norm und damit gegen das Kernstück des BeurkG.[23] Von derartigen Folgen alter Rechtschreibung sind wir aber noch weit entfernt, solange namhafte Druckmedien, allen voran die Frankfurter Allgemeine Zeitung, sich der „bewährten“[24] Rechtschreibung bedienen.

II. Die „neue“ Rechtschreibung als Norm- und Behördensprache

Auch wenn das BeurkG und das notarielle Berufsrecht derzeit die neuen Rechtschreibregeln dem Notar nicht verbindlich vorschreiben, könnten entweder das amtliche Regelwerk zur Reform der deutschen Rechtschreibung[25] oder entsprechende allgemeine Behördenanweisungen der Länder den Notar zur neuen Rechtschreibung verpflichten.

1. Amtliches Regelwerk zur Rechtschreibreform

Außerhalb des notariellen Berufs- und Verfahrensrechts ist Ausgangspunkt für die Frage, ob die reformierte Schreibung für den Notar derzeit verbindlich ist, zunächst das amtliche Regelwerk selbst. Dieses bestimmt in Abschnitt 1 seines Vorworts, dass es „die Rechtschreibung innerhalb derjenigen Institutionen (Schule, Verwaltung) [regelt], für die der Staat Regelungskompetenz hinsichtlich der Rechtschreibung hat“.[26] Im Übrigen komme den Regeln nur „Vorbildcharakter für alle zu, die sich an einer allgemein gültigen Rechtschreibung orientieren möchten“.[27] Noch deutlicher schränkt das Bundesverfassungsgericht die Verbindlichkeit auf Schulen ein und formuliert für alle Personen außerhalb dieses Bereichs: „Sie sind vielmehr frei, wie bisher zu schreiben.“[28] Dieses obiter dictum stützt das Gericht auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit.

2. Umsetzung der Rechtschreibreform durch Verwaltungsanweisungen

Die Bundesländer haben über den schulischen Bereich hinaus inzwischen die „neue“ Rechtschreibung zur Behörden- und zur Normsprache erklärt. Für Bayern hat etwa die Staatsregierung angeordnet, dass die Behörden des Freistaats im dienstlichen Schriftverkehr und in der Normsprache „die deutsche Rechtschreibung in der jeweils für verbindlich erklärten Fassung“[29] anzuwenden haben. Maßgeblich sind insoweit das amtliche Regelwerk und das Wörterverzeichnis. Allerdings können Schreibweisen, die gebräuchlich waren, bevor die neu geregelte deutsche Rechtschreibung im dienstlichen Schriftverkehr am 1.1.1999 eingeführt wurde, „bis auf Weiteres weiter verwendet werden“[30]. Die zunächst bis Ende 2005 vorgesehene Übergangsfrist wurde damit auf unbestimmte Zeit verlängert.[31]

a) Verbindlichkeit der Verwaltungsanweisungen für Beamte und Angestellte

Vor dem Hintergrund der Aussage des Bundesverfassungsgericht, dass die Verbindlichkeit der neuen Schreibregeln auf den Bereich der Schulen beschränkt ist, stellt sich zunächst die Frage, ob der Staat seinen Beamten und Angestellten überhaupt die Verwendung der neuen Regeln vorschreiben darf. Im Kern geht es darum, ob Personen, die im öffentlichen Dienst tätig sind, sich auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) berufen können. Zum Teil wird hierzu die Auffassung vertreten, die grundrechtliche Freiheit sei im Beamtenverhältnis von vornherein nur insoweit gewährleistet, als sie mit den jeweiligen Sachgesetzlichkeiten des Berufsbeamtentums vereinbar sei.[32] Der Beamte habe den demokratischen Willen des Gesetzgebers sachlich, nüchtern und neutral zur Geltung zu bringen. Er stelle sich zudem in freier Willenentschließung auf die Seite des Staates und könne sich daher nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen wie der Bürger. Die herrschende Meinung und das Bundesverfassungsgericht[33] lehnen indessen die Figur eines früher oftmals bemüh-

---

20 *Reithmann,* FS Schippel, 769 ff.

21 In diesem Sinne auch *Limmer* in Eylmann/Vaasen, § 8 BeurkG Rdnr. 7.

22 *Jerschke*, ZNotP 2001, 89, 90.

23 Vgl. *Frenz* in Eylmann/Vaasen, § 17 BeurkG Rdnr. 1.

24 Diese Diktion verwendet die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), vgl. etwa *Schirrmacher*, FAZ vom 7.8.2004, 1.

25 Fn. 2 und 3.

26 Vgl. Seite 1 des amtlichen Regelwerks in der Fassung von 2004 (Fn. 2).

27 A. a. O.

28 BVerfGE 98, 218, 261.

29 Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 13.12.2005, Staatsanzeiger Nr. 50/2005, Ziffer 1.

30 A. a. O., Ziffer 3.

31 Vgl. Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 15.12.1998, Staatsanzeiger Nr. 53/1998 = JMBl vom 10.2.1999, Nr. 1, 7.

32 Dissenting vote im sog. Kopftuchurteil, BVerfG, NJW 2003, 3111, 3117 f.

33 Senatsmehrheit in BVerfG, NJW 2003, 3111, 3117 f. m. w. N.

ten „besonderen Gewaltverhältnisses“[34] ab und gehen davon aus, dass der Beamte sich auch im Verhältnis zum Dienstherrn auf Grundrechte berufen kann. So stellt etwa *Böckenförde* pointiert fest: „Es bedarf heute keiner Begründung mehr, dass die Grundrechte … auch im Beamtenverhältnis und bei der Tätigkeit des Beamten gelten und nicht etwa beim Eintritt in das Beamtenverhältnis, wie man noch nach 1949 meinte, an der Türe ‚abgegeben‘ werden.“[35]

Verwaltungsanordnungen, die etwa in Form von Kabinettsbeschlüssen, Erlassen oder sonstigen allgemeinen (Dienst-)anweisungen eine bestimmte Schreibweise im dienstlichen Schriftverkehr verbindlich vorschreiben, sind vor diesem Hintergrund fragwürdig.

b) Geltung von allgemeinen Verwaltungsanweisungen für den Notar

Der Streit, wie weit Grundrechte des einzelnen Staatsdieners einer verbindlichen Anordnung der neuen Rechtschreibregeln entgegenstehen, kann und muss an dieser Stelle nicht abschließend entschieden werden. Unabhängig von grundrechtlichen Vorbehalten stellt sich nämlich die Frage, ob den Notar Anordnungen, die der Staat für den dienstlichen Schriftverkehr seiner Behörden getroffen hat, binden können:

Notare gehören als „unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes“ (§ 1 BNotO) zum „erweiterten Justizpersonal des Staates“[36], für den sie gleichsam als „externer Funktionsträger“[37] in der vorsorgenden Rechtspflege tätig werden. Der Notar nimmt dabei zwar staatliche Rechtspflegeaufgaben wahr, die der Staat sonst durch eigenes, in den Justizapparat eingegliedertes Personal erledigen müsste. Er ist jedoch bei der Ausübung seiner vorsorgenden Rechtspflegegewalt weder einem Gericht noch einer Behörde zugeordnet.[38] Der einzelne Notar ist in keine organisierte staatliche Einrichtung „Notariat“ und auch nicht in den allgemeinen Behördenaufbau eingebunden.

Gleichwohl ist der Notar bisweilen auch „Behörde“, und zwar etwa im Bereich des Personenstandswesens. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 LPartG sind die Erklärungen zur Begründung einer Lebenspartnerschaft vor der „zuständigen Behörde“ abzugeben. Diese ist in Bayern bekanntlich der Notar, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayAGLPartG. Daraus folgt jedoch keineswegs die Einordnung des Notars in die unmittelbare Staatsverwaltung.[39] Auch der sonst mit dem Personenstandswesen betraute Standesbeamte ist nämlich nicht Teil der inneren Verwaltung.[40]

Eine abschließende Einordnung des Notars in den Gesamtbereich staatlichen Handelns kann an dieser Stelle allerdings nicht erfolgen. Jedenfalls steht der Notar – auch wenn er bisweilen funktional als „zuständige Behörde“ oder „zuständige Stelle“ (vgl. § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB) tätig ist und auch im Übrigen staatliche Aufgaben erfüllt – jedenfalls außerhalb des Bereichs der unmittelbaren staatlichen (Justiz-)Verwaltung. Er erfüllt öffentliche Rechtspflegeaufgaben, ohne hierarchisch in den Staatsaufbau eingegliedert zu sein. Er steht damit zum Staat in einer vergleichbaren Stellung wie die herkömmlich als Träger mittelbarer Staatsverwaltung bezeichneten Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstige der Aufsicht des Staates unterstehenden Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts. Für diese sieht etwa in Bayern der Kabinettsbeschluss zur Einführung der reformierten Rechtschreibung als Amts- und Behördensprache in Ziffer 4 eine Ausnahme vor: Den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung wird die Verwendung der neuen Schreibregeln nicht verbindlich vorgeschrieben, sondern lediglich empfohlen.[41] Die milde Form der Empfehlung fußt darauf, dass die Kompetenz des Staates zur verbindlichen Einführung der reformierten Schreibweise sich nicht auf die klassischen Träger mittelbarer Staatsverwaltung und somit auch nicht auf die Notare erstreckt.

III. Pflicht zur Verwendung der reformierten Rechtschreibung auf Wunsch eines Beteiligten?

De lege lata bleibt die Frage, ob den Notar eine Pflicht trifft, die reformierte Schreibweise zu verwenden, wenn ein Beteiligter dies wünscht, etwa weil er möchte, dass „seine Erklärungen“ in „seiner Urkunde“ dem amtlichen Regelwerk folgen. Gegen eine derartige Pflicht des Notars spricht indessen schon seine sachliche Unabhängigkeit gegenüber den Beteiligten gemäß § 1 BNotO. Auch eine pflichtwidrige Amtsverweigerung (§ 15 BNotO) ist hierin nicht zu erblicken, weil der Notar zur Beurkundung – wenn auch nach „seinen“ Rechtschreibregeln – bereit ist und es ihm im Rahmen seiner Befugnis zur Verfahrensleitung (§ 8 BeurkG) frei steht, in welcher Schreibweise er die Erklärungen der Beteiligten protokolliert. Solange er sich an das Gesetz hält sowie seine Amtspflichten und die Regeln der notariellen Vertragskunst nicht verletzt, steht es ihm frei, wie er öffentliche Urkunden errichtet. Hierzu zählen nicht nur der Aufbau und die Formulierung des Urkundstextes, sondern ebenso die Frage, ob der Notar der reformierten Schreibweise folgt oder nicht.[42] Vor dem Hintergrund, dass die Erklärungen der Beteiligten auch im öffentlichen Interesse für den Gerichts- und Registerverkehr beurkundet werden, steht allein dem Notar und nicht ihnen die Formulierungsmacht zu. Er hat den Willen der Beteiligten in entsprechende rechtliche Kategorien zu transformieren.[43]

B. De lege ferenda – Verbindlichkeit der neuen Rechtschreibregeln für den Notar?

I. Änderung des BeurkG

Beurkundungen darf der Notar ausschließlich nach den Regeln des BeurkG vornehmen (§ 1 BeurkG). Auch wenn das BeurkG derzeit keine entsprechende Bestimmung enthält, stellt sich die Frage, ob der Notar jedenfalls dann die neuen Schreibregeln seinen Urkunden zugrunde legen müsste, wenn das BeurkG – etwa in § 5 oder § 9 – dies vorschriebe. Grundsätzlich gilt: Weil der Staat öffentlichen Urkunden besondere Beweiskraft beimisst (§ 415 ZPO), steht es ihm frei, das Ver-

---

34 Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis soll längst überwunden sein, so *Baer/Wrase*, Jus 2003, 1162, 1164.

35 *Böckenförde*, NJW 2001, 723, 725.

36 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2004, 13.

37 Vgl. den Titel der Schrift von *Preuß* (Fn. 36).

38 Näher hierzu *Preuß* (Fn. 36), 70.

39 So auch *Vollrath*, MittBayNot-Sonderheft Lebenspartnerschaften 2001, 1, 4 f.

40 *Vollrath*, MittBayNot-Sonderheft 2001, 1, 9.

41 Vgl. Ziffer 4 der Bekanntmachung der Staatsregierung vom 13.12.2005, Staatsanzeiger Nr. 50/2005.

42 Zum Ganzen näher *Limmer* in Eylmann/Vaasen, § 8 BeurkG Rdnr. 9 f.

43 Vgl. hierzu auch *Limmer* in Eylmann/Vaasen, § 9 BeurkG Rdnr. 7.

fahren zu bestimmen, nach welchem sie errichtet werden. Bereits heute enthält § 9 BeurkG Bestimmungen zum Inhalt der Niederschrift. Das Grundgesetz dürfte einer gesetzlichen Anordnung, bestimmte Rechtschreibregeln zu verwenden, nicht entgegenstehen. Das Bundesverfassungsgericht hat 1998 in seiner Entscheidung zur Rechtschreibreform nämlich festgestellt, dass dem Grundgesetz kein Verbot zu entnehmen sei, die Rechtschreibung zum Gegenstand staatlicher Regelung zu machen.[44] Ob der Notar, der bei einer Änderung des BeurkG seine Urkunden zwingend in reformierter Schreibweise errichten müsste, sich insoweit auf Grundrechte berufen könnte, erscheint zumindest fraglich. Jedenfalls Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) sieht das Bundesverfassungsgericht nicht als verletzt an. Denn die Einführung der reformierten Rechtschreibung habe keinen berufsregelnden Charakter.[45]

II. Einführung durch Verwaltungsvorschriften, insb. durch eine Änderung der DONot

Wahrscheinlicher als eine Änderung des BeurkG erscheint jedoch der Versuch, durch notarbezogene Verwaltungsvorschriften die reformierte Schreibweise für verbindlich zu erklären. Nahe liegend wäre insoweit eine entsprechende Anpassung des 6. Abschnitts des DONot zur „Herstellung der notariellen Urkunden“. Einer derartigen Regelung stünde jedenfalls nicht die Wesentlichkeit im Sinne der Rechtsprechung zum Vorbehalt des Gesetzes entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich die Einführung der reformierten Rechtschreibung in Schulen auch ohne gesetzliche Grundlage für zulässig erachtet.[46]

Eine durch Verwaltungsanweisung begründete Pflicht des Notars, die reformierte Schreibweise zu verwenden, wäre jedoch mit seiner organisatorischen Unabhängigkeit unvereinbar. Eng verknüpft mit seiner Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) ist die Unabhängigkeit des Notars, die nicht nur gegenüber den Beteiligten, sondern gerade auch gegenüber dem Staat selbst besteht. Als eine Ausprägung des Unabhängigkeitsbegriffs im Notarrecht ist hierbei die organisatorische Unabhängigkeit anerkannt.[47] Der Notar ist demnach frei wie er die Wahrnehmung seiner Aufgaben zeitlich und sachlich organisiert, solange er seine Pflicht zur Amtsbereitschaft (§ 15 BNotO) und sonstige Amtspflichten nicht verletzt.

Eine Änderung der DONot, welche die reformierte Schreibweise dem Notar verbindlich vorschriebe, wäre mit der Unabhängigkeit des Notars nicht zu vereinbaren. Entscheidend ist hierbei, dass die DONot keine selbständigen Anforderungen an das Beurkundungsverfahren begründen kann. Verfahrenspflichten entstehen für den Notar vielmehr ausschließlich durch das Gesetz oder durch freiwillige Übernahme.[48] Die Vorschriften der DONot bilden nur Richtlinien bzw. Orientierungshilfen zur Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften. Selbst wenn der 6. Abschnitt der DONot entsprechend ergänzt würde, wäre der Notar weiterhin frei, die Niederschrift in der nicht reformierten Schreibweise vorzunehmen. Wie nämlich beim Richter die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens zum Kernbereich der sachlichen Unabhängigkeit zählt, umfasst die sachliche Unabhängigkeit des Notars den Ablauf des Beurkundungsverfahrens, soweit es nicht gesetzlich normiert ist.[49]

III. Verbindlichkeitserklärung durch Selbstverwaltungsorgane

Schließlich stellt sich die Frage, ob etwa die Notarkammern dem Notar die Verwendung der neuen Regeln vorschreiben können. Gemäß § 67 Abs. 2 BNotO obliegt es ihnen, u. a. die Amtspflichten der Notare durch den Erlass von Satzungen (Berufsrichtlinien) zu konkretisieren, aber nur im Rahmen des in § 67 Abs. 2 Satz 3 BNotO enthaltenen abschließenden[50] Katalogs. Die Befugnis, Anordnungen zur Schreibweise zu treffen, enthält dieser Katalog nicht. Ob Urkunden in alter oder reformierter Schreibung verfasst werden müssen, ist nämlich – wie bereits dargelegt – keine Frage notarieller Amtspflichten, sondern eine solche des Beurkundungsverfahrens. Zwar sind die Notarkammern auch zu Anordnungen in diesem Bereich befugt, aber nur im gleichen Rahmen wie die DONot: Auch die Richtlinien der Notarkammern sind lediglich als Auslegungs- und Orientierungshilfe zu den gesetzlichen Vorschriften zu verstehen. Sie können die gesetzlichen Vorschriften nur konkretisieren ohne neue Pflichten des Notars zu begründen.[51] Der einzelne Notar genießt sachliche und organisatorische Unabhängigkeit auch gegenüber der Notarkammer.[52]

C. Fazit

Sieht man von einer wohl zulässigen Änderung des BeurkG ab, trifft den Notar weder heute noch in Zukunft eine Pflicht, die reformierte Schreibweise bei der Errichtung öffentlicher Urkunden oder im sonstigen Schriftverkehr zu verwenden. Allenfalls wenn sich die reformierte Schreibweise in Deutschland derart durchsetzen würde, dass das Festhalten des Notars am alten Regelwerk zu Verständigungsschwierigkeiten führt, wäre er auch ohne Gesetzesänderung bereits durch § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, den neuen Regeln zu folgen. Nur unzweideutige, klare und für Dritte – insbesondere Gerichte und Behörden – verständliche Urkunden erfüllen nämlich den Beurkundungszweck, Unklarheiten und Risikolagen zu vermeiden. Ob sich indessen die Neuregelung der Rechtschreibung jemals in einem Umfang durchsetzen wird, dass der Einsatz der alten Regeln Verständnisschwierigkeiten auslöst, darf bezweifelt werden. Solange jedenfalls namhafte deutsche Tageszeitungen und Verlage, wie etwa die Frankfurter Allgemeine Zeitung, die neue Rechtschreibung ablehnen, wird eine derartige Situation auf sich warten lassen. Auch künftig sind Notare also „frei, wie bisher zu schreiben“[53], was natürlich einschließt, dass sie die neuen Regeln anwenden *können*, aber *nicht müssen*.

---

44 BVerfGE 98, 218, 246.

45 BVerfGE 98, 218, 258 f.

46 BVerfGE 98, 218, 258.

47 *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 144; *Dickert*, MittBayNot 1995, 421, 422.

48 *Dickert*, MittBayNot 1995, 421, 425.

49 *Dickert*, a. a. O.

50 *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, Einl. BeurkG Rdnr. 10.

51 *Dickert*, MittBayNot 1995, 421, 425.

52 Vgl. *Preuß* (Fn. 36), 188.

53 BVerfGE 98, 218, 261.

Die Befreiungsvorschrift des § 7 GrEStG

– unter besonderer Berücksichtigung der Begründung und Aufhebung von Wohnungseigentum –

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Pappenheim, und Notarassessor Dr. *Thomas Schiffner*, Ingolstadt

I. Realteilung eines Grundstücks

Wenn ein Grundstück zwischen Personen flächenweise aufgeteilt wird, denen das Grundstück bereits zum Miteigentum oder zu Gesamthandseigentum gehört, so kann dieser Rechtsvorgang gem. § 7 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit sein. Ohne die Befreiungsvorschrift müsste die flächenmäßige Aufteilung eines Grundstückes zwischen diesen Personen als gegenseitiger Tausch angesehen werden, welcher nach § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 GrEStG zwei eigenständige Erwerbsvorgänge beinhalten würde. § 7 GrEStG befreit diese Vorgänge jedoch von der Grunderwerbsteuer insoweit, als der einzelne Erwerber eine Grundstücksfläche erhält, die dem Wert seiner bisherigen Beteiligung entspricht.[1] Erfasst ist lediglich die Aufteilung eines Grundstückes in *reale* Teile. Miteigentumsanteile (ideelle Anteile) und Gesamthandseigentum sind keine realen Teile eines Grundstücks.[2]

Der Gesetzeswortlaut des § 7 GrEStG bezieht sich eindeutig stets nur auf die flächenmäßige Teilung *eines* einzelnen Grundstücks. Bei der Verteilung mehrerer Grundstücke unter den Miteigentümern ist der Umfang der Steuerbefreiung nach § 7 Abs. 1 GrEStG daher für jedes Grundstück unabhängig von den anderen Grundstücksteilungen zu prüfen.[3] Eine Ausnahme besteht nur, wenn mehrere zivilrechtliche Grundstücke eine wirtschaftliche Einheit bilden (§ 2 Abs. 3 Satz 1 GrEStG), da sie insoweit *ein* Grundstück im grunderwerbsteuerlichen Sinn bilden und folglich § 7 GrEStG eingreift.

> **Beispiel:** *A und B sind zu je 1/2 Miteigentümer von zwei rechtlich selbständigen, aber wirtschaftlich gleichwertigen Grundstücken. Sie setzten sich in der Weise auseinander, dass jeder von ihnen ein Grundstück zu Alleineigentum erwirbt.*[4]

Lösung:

Sofern es sich bei den beiden rechtlich selbständigen Grundstücken um zwei unterschiedliche Grundstücke handelt, die auch keine wirtschaftliche Einheit und somit ein Grundstück im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 GrEStG darstellen, so liegen zwei nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 5 GrEStG steuerbare Tauschvorgänge von Miteigentumsanteilen (Erwerbe von A und B) vor. Eine Befreiung nach § 7 Abs. 1 GrEStG kommt hier nicht in Betracht, weil nicht *ein* Grundstück unter mehreren Miteigentümern flächenweise geteilt wird. Auch die §§ 5 und 6 GrEStG sind nicht einschlägig bei der Auseinandersetzung von Miteigentümern.

Würden die beiden Grundstücke dagegen eine wirtschaftliche Einheit und somit ein Grundstück im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 GrEStG darstellen, so läge eine nach § 7 Abs. 1 GrEStG steuerbefreite Umwandlung von Miteigentum in Flächeneigentum vor.

> **Beispiel:** *A und B sind an einer GbR zu je 1/2 beteiligt, zu deren Vermögen zwei gleichwertige selbständige Grundstücke gehören. A und B erwerben von der GbR jeweils ein Grundstück.*[5]

Lösung:

Handelt es sich bei den beiden Grundstücken auch um grunderwerbsteuerrechtlich selbständige Grundstücke (also keine wirtschaftliche Einheit im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 GrEStG), so liegen zwei getrennt zu behandelnde Erwerbsvorgänge vor. Eine Steuerbefreiung nach § 7 Abs. 2 GrEStG ist ausgeschlossen. Allerdings kommt für beide Erwerbe – unter dem Vorbehalt des § 6 Abs. 4 GrEStG – eine Steuerbefreiung jeweils zur Hälfte nach § 6 Abs. 2 GrEStG in Betracht.[6]

Würden die beiden Grundstücke dagegen eine wirtschaftliche Einheit im grunderwerbsteuerlichen Sinn bilden, so läge – unter dem Vorbehalt des § 7 Abs. 3 GrEStG – eine steuerbefreite Umwandlung von Gesamthandseigentum in Flächeneigentum gemäß § 7 Abs. 2 GrEStG vor.

Nach § 7 Abs. 1 GrEStG wird bei einer flächenweisen Teilung eines Grundstücks, das mehreren Miteigentümern gehört, die Steuer nicht erhoben, soweit der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Bruchteil entspricht, zu dem er am gesamten zu verteilenden Grundstück beteiligt ist.

> **Beispiel:** *Ein 600 m² großes Grundstück gehört A, B und C zu je 1/3-Anteil. Es wird flächenmäßig in der Weise aufgeteilt, dass jeder Beteiligte 200 m² erhält.*

Lösung:

Grunderwerbsteuer wird nach § 7 Abs. 1 GrEStG nur unter der Voraussetzung nicht erhoben, dass jedes Teilgrundstück (200 m²) nicht nur flächen-, sondern auch wertgleich ist. Bei fehlender Wertgleichheit wird die Grunderwerbsteuer nur insoweit erhoben, als ein Miteigentümer bei der Teilung wertmäßig einen größeren Teil des Grundstücks erhält, als ihm aufgrund seiner Beteiligung als Miteigentümer dem Werte nach zugestanden hätte.

> **Beispiel:** *A und B sind Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks, dessen gemeiner Wert 120.000 € beträgt. Im Rahmen der Realteilung des Grundstücks erhält A 2/6 und B 4/6 der gleichwertigen Grundstücksfläche.*

---

1 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG, Rdnr. 1; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 1; *Boruttau/Viskorf*, § 7 GrEStG Rdnr. 11.

2 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 3; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 4 ff.

3 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 4; BFH, BStBl III 1957, 69; *Hofmann*, § 3 GrEStG Rdnr. 3.

4 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 5; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 154.

5 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 5; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 155.

6 *Pahlke/Franz*, § 6 GrEStG Rdnr. 5. Zu beachten ist, dass im ersten Beispiel die Grunderwerbsteuer auch nur aus dem jeweils halben Grundstück erhoben wird, da jeweils nur Hälftemiteigentumsanteile getauscht werden; demgegenüber wird bei einer GbR eine Auseinandersetzung über das ganze Grundstück vorgenommen, die jedoch nach § 6 Abs. 2 GrEStG wiederum zur Hälfte befreit ist.

Lösung:

B erhält im Rahmen der Realteilung 1/6 Grundstücksfläche mehr als es seiner bisherigen Beteiligung am Grundstück entsprach. Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG für den Erwerb des B ist der gemeine Wert des von B hingegebenen Hälfte-Miteigentumsanteils. Die Grunderwerbsteuer beträgt 3,5 % von 60.000 €, damit 2.100 €.

Derjenige Teilbetrag, der nach § 7 Abs. 1 GrEStG davon unerhoben bleibt, berechnet sich wie folgt:

2.100 € × (60.000 € : 80.000 €) = 1.575 €.

Für die nach § 7 Abs. 1 GrEStG nicht zu erhebende Grunderwerbsteuer gilt daher folgende Formel:

Volle Grunderwerbsteuer × Wert des Bruchteils/Wert des Teilgrundstücks = nicht zu erhebende Grunderwerbsteuer.

Bei der Realteilung eines Grundstückes in Teilparzellen ist jedoch erforderlich, dass die Teilung des Grundstückes (1. Stufe) und die Übertragung der Miteigentumsanteile an den neu gebildeten Grundstücken (2. Stufe) aufgrund planmäßiger Durchführung in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang erfolgen. Solange die Miteigentümer des Gesamtgrundstückes dieses nur vermessen lassen und parzellieren, werden alle Beteiligten wiederum nur Miteigentümer der einzelnen Teilflächen. Es liegt insoweit noch kein Rechtsträgerwechsel vor. Wenn anschließend die einzelnen Teilparzellen den Miteigentümern jeweils zu Alleineigentum zugewiesen werden, greift die Befreiungsvorschrift des § 7 Abs. 1 GrEStG nur ein, wenn diese Zuweisungen (Tausch der Miteigentumsanteile) in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der Realteilung des Grundstücks erfolgen.[7] In diesem Fall bestehen Indizien dafür, dass die Auseinandersetzung der Teilflächen und die ursprüngliche Teilung des Grundstücks einem einheitlichen vorgefassten Plan unterlagen.

Von der Rechtsprechung wird ein zeitlicher Zusammenhang abgelehnt, wenn zwischen der Zuweisbarkeit der Teilflächen (dem Vorliegen des Veränderungsnachweises) und dem Tausch der Miteigentumsanteile eine Zeitspanne von mehr als einem Jahr liegt.[8] In diesem Fall verblasst folglich die Indizwirkung für einen vorgefassten Plan. Deshalb bietet es sich an, bei der ursprünglichen Teilung im Eigenbesitz zu dokumentieren, dass noch eine Zuweisung der einzelnen Teilparzellen zum Alleineigentum an die einzelnen Miteigentümer vorgesehen ist. Sofern diese Absicht von vornherein klargestellt wird, dürfte es auch unschädlich sein, wenn die endgültige Zuweisung der Teilflächen an die einzelnen Alleineigentümer erst nach Ablauf der vorbezeichneten Zeitspanne erfolgt.[9] Auf den Zeitpunkt des Vollzuges des Veränderungsnachweises im Grundbuch kommt es allerdings nicht an, da die Vertragsbeteiligten keinen Einfluss auf die Schnelligkeit des Rechtspflegers am Grundbuchamt haben. Es reicht vielmehr aus, wenn die Grundbuchanträge rechtzeitig vorgelegt werden.

§ 7 Abs. 1 GrEStG greift nicht nur beim Erwerb von Alleineigentum ein. Auch wenn beispielsweise vier Miteigentümer ein Grundstück in der Weise teilen, dass jeweils zwei Miteigentümer wertgleiche Grundstückshälften wiederum jeweils zum Miteigentum erhalten, so ist auch dieser Vorgang nach § 7 Abs. 1 GrEStG vollständig steuerbefreit.[10]

§ 7 Abs. 1 GrEStG ist nach herrschender Meinung auch dann anwendbar, wenn nur einer der ehemaligen Miteigentümer eine bestimmte Grundstücksfläche zum Alleineigentum erwirbt und die Restfläche zugunsten der übrigen Miteigentümer an Dritte veräußert wird. Der Erwerb des Flächeneigentums bedeutet also nicht, dass die Aufteilung des Grundstückes nur unter den Miteigentümern erfolgen muss. Voraussetzung ist jedoch stets, dass ein einheitlicher Entschluss zur entsprechenden Teilung des gesamten Grundstücks vorliegt.[11]

Nicht begünstigt nach § 7 Abs. 1 GrEStG ist dagegen, wenn ein vormaliger Miteigentümer das gemeinschaftliche Grundstück *im ganzen* zum Alleineigentum erwirbt. Hier liegt nämlich keine flächenmäßige Aufteilung des Grundbesitzes vor; vielmehr handelt es sich um einen Hinzuerwerb der Bruchteile der übrigen Miteigentümer.[12]

II. Aufteilung in Wohnungseigentum

Nach der Rechtsprechung kann § 7 Abs. 1 GrEStG auch bei der Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in *Wohnungseigentum* entsprechend anwendbar sein, wenn etwa das Miteigentum an einem Grundstück in der Weise beschränkt wird, dass jedem Miteigentümer Sondereigentum nach WEG eingeräumt wird.[13] Sofern eine Aufteilung gemäß § 3 WEG erfolgt, greift die Befreiungsvorschrift des § 7 Abs. 1 GrEStG ein, ohne dass irgendwelche Zeitprobleme bestünden.[14]

Wenn dagegen die Miteigentümer das Grundstück gemäß § 8 WEG aufteilen, so entsteht an jeder Sondereigentumseinheit wiederum Miteigentum der bisherigen Miteigentümer. Dies allein führt noch nicht zu einer Grunderwerbsteuerpflicht, da noch kein Rechtsträgerwechsel erfolgt. Anstelle des Miteigentums an dem Gesamtobjekt besteht vielmehr Miteigentum an den einzelnen Eigentumswohnungen durch dieselben Personen. Folglich ist insofern auch noch kein Bedarf für die Befreiungsvorschrift. Der Rechtsträgerwechsel erfolgt erst, wenn anschließend die einzelnen Sondereigentumseinheiten den einzelnen Miteigentümern jeweils als Alleineigentum zugewiesen werden, so dass jeder Miteigentümer künftig Alleineigentümer der ihm zugewiesenen Wohnung wird.[15] Hier gilt nach der Rechtsprechung die Befreiungsvorschrift des § 7 GrEStG nur, wenn die Teilungserklärung gemäß § 8 WEG und die anschließende Zuweisung der Sondereigentumseinheiten in einem *sachlichen und zeitlichen Zusammenhang* erfolgen.[16] Sofern die Teilung gemäß § 8 WEG, welche

---

7 *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 5.

8 BFH/NV 1995, 156 im Zusammenhang mit § 8 WEG; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 5.

9 Ebenfalls nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 GrEStG ist, dass im Zeitpunkt der Teilung bereits feststeht, welcher Miteigentümer welches Grundstück erhält; vgl. BFH, BStBl 1990 II, 922.

10 BFH, BStBl II 1969, 669; *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 9; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 6.

11 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 10; vgl. FG Niedersachsen, EFG 1996, 721.

12 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 10; bei Bruchteilseigentum gibt es auch keine dem § 6 GrEStG entsprechende Befreiungsvorschrift.

13 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 21; vgl. BFH, BStBl II 1980, 667; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 1.

14 Erfolgt die Teilung nach § 3 Abs. 1 WEG durch Vertrag unter den Miteigentümern eines Grundstücks, so ergibt sich die Grunderwerbsteuerbarkeit aus § 1 Abs. 1 GrEStG, da Miteigentumsanteile aufgegeben werden und Alleineigentum erworben wird. Der der Grunderwerbsteuer unterliegende Tatbestand ist somit der Erwerb der restlichen Miteigentumsanteile hinsichtlich der jeweiligen Sondereigentumseinheit aus der Hand der anderen Miteigentümer. Da § 7 Abs. 1 GrEStG anwendbar ist, ist nur ein etwaiger Mehrerwerb der Besteuerung unterworfen; vgl. BFH, BStBl 1980 II, 667.

15 *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 5.

16 BFH, BStBl II 1990, 922.

die Verteilung der Sondereigentumseinheiten nur vorbereitet, und die Zuweisung der einzelnen Sondereigentumseinheiten durch mehrere aufeinander folgende Verträge erfolgen sollen, hat der Notar somit auf eine zeitlich gedrängte Abwicklung zu achten. Beim zeitlichen Zusammenhang gilt, dass die Zeitspanne bereits anläuft, sobald die Eigentumswohnungen zuweisbar sind, d. h., sobald die Teilungserklärung beurkundet wurde und die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt;[17] es kommt also nicht auf den Vollzug der Teilung gemäß § 8 WEG im Grundbuch an.[18]

Der BFH hat einen zeitlichen Zusammenhang verneint, wenn bei einer Aufteilung eines der Gesamthand gehörenden Grundstücks durch die Gesamthänder gem. § 8 WEG die neu entstandenen Wohnungseigentumseinheiten erst mehr als ein Jahr nach erfolgter Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseinheiten auf die einzelnen Gesamthänder übertragen werden.[19] Auch hier sollte daher in der Teilungserklärung nach § 8 WEG bereits angedeutet werden, dass eine Aufteilung der Wohnungen an die bisherigen Miteigentümer zu Alleineigentum beabsichtigt ist.

III. Aufhebung von Wohnungseigentum

Im Fall der *Aufhebung der Gemeinschaft* bestimmt sich nach § 17 WEG der Anteil der Miteigentümer nach dem Verhältnis des Wertes ihrer Wohnungs- bzw. Teileigentumsrechte zur Zeit der Aufhebung der Gemeinschaft. Bei unveränderten Bruchteilen tritt hinsichtlich des *gemeinschaftlichen Eigentums* keine Rechtsänderung ein. Allerdings erwirbt bei der Aufhebung jeder Wohnungseigentümer auch Miteigentum an den *Sondereigentumseinheiten* der übrigen Beteiligten. Dieser Erwerb ist grunderwerbsteuerbar.

Nach ihrem Wortlaut lassen sich die Befreiungsvorschriften in §§ 5 bis 7 GrEStG hier zumindest nicht unmittelbar anwenden, nachdem bei der Aufhebung von Sondereigentum keiner der dort begünstigten Tatbestände vorliegt. Ausgehend von der vergleichbaren Sach- und Interessenlage wird jedoch überwiegend vertreten, den Rechtsgedanken des § 7 GrEStG bzw. dessen Umkehrung auch auf diese Fälle anzuwenden und nur Wertverschiebungen i. S. eines Mehrerwerbs zu besteuern.[20] Deutlicher wird dieser Gedanke, wenn die Beteiligten bestehendes Sonder- und Teileigentum aufheben und in Flächeneigentum umwandeln.

> **Beispiel:** *A und B sind Eigentümer zu je ½ eines mit einem Doppelhaus bebauten Grundstücks, das nach WEG aufgeteilt ist. Jedem Miteigentumsanteil ist das Sondereigentum an einer Doppelhaushälfte zugeordnet. A und B heben die bestehende Wohnungseigentümergemeinschaft auf und teilen das Grundstück real in der Weise, die der bisherigen Aufteilung entspricht.*

Lösung:

Die Überführung des Wohnungs- in Flächeneigentum erfolgt in zwei Schritten: Zunächst wird die Gemeinschaft aufgehoben und die bisherigen Sondereigentumseinheiten werden in das Miteigentum überführt. Erst anschließend erfolgt die flächenweise Teilung des Grundstücks. Während der zweite Schritt unproblematisch von § 7 GrEStG erfasst wird, wurde die entsprechende Anwendung des Befreiungstatbestandes auf den ersten Schritt von der Finanzverwaltung bislang nicht immer anerkannt. Als Argument hierfür wurde in Anlehnung an die BFH-Rechtsprechung[21] unter anderem der mit der Aufteilung in Sondereigentum eingetretene „Verbrauch" des § 7 GrEStG herangezogen. Wenn eine Aufteilung einmal vertraglich konkretisiert worden sei – hier die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum –, dann sei für eine weitere Privilegierung – hier die Aufteilung in Flächeneigentum – kein Raum mehr.

Mittlerweile scheint die Finanzverwaltung allerdings von dieser Ansicht abgerückt zu sein. In gegenseitigem Einvernehmen der obersten Finanzbehörden der Länder soll künftig bei der Aufhebung von Sondereigentum und realer Teilung folgende Auffassung vertreten werden: Nach dem Rechtsgedanken des § 5 Abs. 2 GrEStG und des § 7 GrEStG sind bei diesen und ähnlichen Konstellationen nur echte Wertverschiebungen grunderwerbsteuerlich zu erfassen. Liegen solche nicht vor, weil die Aufteilung wertneutral erfolgt, ist Grunderwerbsteuer nicht zu erheben.[22]

Damit fällt im Beispiel keine Grunderwerbsteuer an. Zahlt A an B etwa einen Geldbetrag von 30.000 €, um Wertunterschiede hinsichtlich der zugewiesenen Grundstücksflächen auszugleichen, so ist nur dieser Betrag steuerliche Bemessungsgrundlage für den Erwerb des A.

IV. Grundstücksteilung von Gesamthandseigentum in Flächeneigentum

Nach § 7 Abs. 2 GrEStG wird, wenn das Grundstück einer Gesamthand flächenweise geteilt wird, die Steuer insoweit nicht erhoben, soweit der Wert des Teilgrundstückes, das der einzelne Erwerber erhält, dem Anteil entspricht, zu dem er am Vermögen der Gesamthand beteiligt war. Die Vorschrift soll somit die flächenmäßige Aufteilung eines Grundstücks unter Gesamthändern erleichtern. Während § 6 Abs. 2 GrEStG die Umwandlung von Gesamthandseigentum an einem Grundstück in Alleineigentum begünstigt, erfasst § 7 Abs. 2 GrEStG dagegen die Umwandlung von Gesamthandseigentum in Flächeneigentum an Teilen des bisher gemeinsamen Grundstücks. Sofern der erworbene Grundstücksteil und die gesamthänderische wertmäßige Beteiligung an dem gesamten Grundstück gleichwertig sind, führt § 7 Abs. 2 GrEStG somit zur vollständigen Steuerbefreiung des Vorganges.

Demgegenüber wird durch § 6 Abs. 2 GrEStG stets nur der Teil des Erwerbs von der Grunderwerbsteuer befreit, zu dem sich die dingliche Berechtigung des Erwerbers an dem erworbenen Grundstück gleichwertig fortsetzt. Oftmals überschneiden sich die beiden Vorschriften jedoch ganz oder teilweise.[23]

> **Beispiel:** *Ein 800 m² großes Grundstück gehört einer GbR, an der A, B, C und D zu je ¼-Anteil beteiligt sind. D scheidet aus der GbR aus und erhält als Ausgleich eine Grundstücksteilfläche, die 50% der Größe und des Werts des bisherigen Grundstücks ausmacht.*

---

17 Nach anderer Ansicht kann sogar unabhängig vom Vorliegen der Abgeschlossenheitsbescheinigung bereits die Jahresfrist in Gang gesetzt werden, da eine schuldrechtliche Auseinandersetzung schon ab dem Vorliegen der Teilungserklärung möglich ist; vgl. hierzu das Gutachten des DNotI zu § 7 GrEStG – Nr. 56865.

18 BFH/NV 1995, 156.

19 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 21; vgl. BFH/NV 1995, 156; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 1 m. w. N.

20 *Hofmann*, § 2 GrEStG Rdnr. 41; *Boruttau/Viskorf*, § 2 GrEStG Rdnr. 219.

21 Vgl. etwa BFH, BStBl II 1989, 54.

22 Beachte die entsprechenden Erlasse der jeweiligen Landesfinanzministerien, z. B. Bayerisches Staatsministeriums für Finanzen v. 19.9.2005, Az. 36 – S 4514–031–38787/05, MittBayNot 2006, 179 (in diesem Heft); Finanzministerium Baden-Württemberg v. 27.9.2005, Az. 3 – S 4514/19, DStR 2005, 1774.

23 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 11; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 6.

Lösung:

Die Grundstücksübertragung ist nach § 7 Abs. 2 GrEStG zur Hälfte (50 % von 50 %iger Teilfläche) steuerfrei, denn D war über die GbR nur zu einem 1/4-Anteil am gesamten Grundstück beteiligt.

§ 7 Abs. 2 GrEStG ist lediglich anzuwenden bei einer *flächenweisen* Teilung, d. h. einer Teilung in reale Teile. Bei der Bestellung eines *Erbbaurechts* kommt es – anders als bei der Begründung von Wohnungseigentum – nicht zur Realteilung eines Grundstücks. Wenn sich somit die Gesellschafter einer GbR in der Weise über das der GbR gehörende Grundstück auseinandersetzen, dass der Gesellschafter A ein Erbbaurecht an dem Grundstück erhält und der Gesellschafter B Alleineigentümer des nunmehr belasteten Grundstücks wird, so ist § 7 Abs. 2 GrEStG nicht einschlägig.[24]

Ebenso wie bei § 7 Abs. 1 GrEStG muss es sich auch bei § 7 Abs. 2 GrEStG bei der flächenweisen Aufteilung um *ein* einzelnes Grundstück i. S. d. § 2 GrEStG handeln. Die Vorschrift ist daher nicht einschlägig, wenn der Grundbesitz einer Gesamthand aus mehreren rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Objekten besteht. Werden diese Grundstücke auf die einzelnen Gesamthänder verteilt, so ist der Vorgang nicht vollständig nach § 7 Abs. 2 GrEStG, sondern nur teilweise nach § 6 Abs. 2 GrEStG privilegiert.[25]

§ 7 Abs. 3 GrEStG schließt die Anwendung des § 7 Abs. 2 GrEStG insoweit aus, als ein Gesamthänder seinen Anteil an der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren vor der Umwandlung in Flächeneigentum durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. § 7 Abs. 2 Satz 2 GrEStG gilt außerdem insoweit nicht, als eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Auflösung der Gesamthand vereinbart wurde. § 7 Abs. 3 GrEStG entspricht den Regelungen in § 6 Abs. 4 GrEStG.[26]

Nach herrschender Meinung ist es zulässig, den begünstigten Personenkreis des § 7 GrEStG im Wege der interpolierenden Betrachtung um die personenbezogenen Befreiungsvorschriften (§ 3 Nr. 2–7 GrEStG) zu erweitern.[27]

V. Zusammenfassung

Während bisher nur bei der *Begründung* von Sondereigentum eine analoge Anwendung der Befreiungsvorschrift des § 7 GrEStG anerkannt war, hat nunmehr die Finanzverwaltung erfreulicherweise auch die Anwendbarkeit des Rechtsgedankens aus § 5 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 GrEStG bei der *Aufhebung* von Sondereigentum bejaht. Dies hat zur Folge, dass bei der Aufhebung von Wohnungseigentum und anschließender Realteilung eines Grundstücks (z. B. unter den einzelnen Reihenhauseigentümern) Grunderwerbsteuer nur insoweit anfällt, als Wertverschiebungen erfolgen.

---

24 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 23; Finanzministerium Niedersachsen, Erlass v. 8.8.1996, UVR 1996, 319; *Boruttau/Viskorf* , § 7 GrEStG Rdnr. 45.

25 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 13; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 10

26 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 18; *Hofmann*, § 7 GrEStG Rdnr. 16.

27 *Pahlke/Franz*, § 7 GrEStG Rdnr. 29.

BUCHBESPRECHUNGEN

Merle/Krüger/Krämer/Kreuzer: Festschrift für Joachim Wenzel zum 65. Geburtstag. O. Schmidt, 2005. 507 S., 59,80 €

Der langjährige Vorsitzende des V. Zivilsenats des BGH, *Joachim Wenzel*, ist in Notarkreisen wohlbekannt. Nicht nur das allgemeine, die Notare besonders berührende Grundstücksrecht, das bei ihm in der Rechtsprechung seines Senats in guten Händen lag, sondern ganz besonders das Recht des Wohnungseigentums wurde von ihm wie kaum von einem anderen geprägt. So macht es einen guten Sinn, wenn die Festschrift zu seinem 65. Geburtstag in der Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes PiG erschien, an dessen jährlichen Tagungen zum Wohnungseigentum in Fischen/Allgäu – der Schmiede zur Entwicklung des Wohnungseigentums – er seit Anfang der 90er-Jahre regelmäßig teilnahm: als aufmerksamer Zuhörer, als Referent vor allem zur Rechtsprechung des BGH, als Diskutant und gar als „tapferer Prügelknabe“ zur „Jahrhundertentscheidung“ vom 20.9.2000, in der der so bequeme „Zitterbeschluss“ abgeschafft wurde. *Wenzel* blieb nie im stillen Richterstübchen sitzen, sondern ist ein Mann der Kommunikation und stellte sich stets der Öffentlichkeit und der Diskussion, auch als gefragter Referent bei Fachtagungen. Das würdigt *Horst Hagen*, weiland Vizepräsident des BGH, in seinem Beitrag in der Festschrift ganz besonders, *Hagen*, der als Richter selbst Vorbild dafür war und insbesondere den Kontakt mit den Notaren pflegte.

Die Bibliographie *Wenzels* in der Festschrift weist eine enorme wissenschaftliche Leistung auf: Mitwirkung bei bedeutenden Kommentaren, Beiträge in Fachzeitschriften und Sammelwerken – alles in beeindruckender Vielfältigkeit bis hin zum besonderen Experten des Agrarrechts in den neuen Ländern. Und neben der Juristerei steht das kirchliche Engagement in Hessen und Baden, wo er u. a. der Bezirkssynode und dem Verwaltungsgericht der Evangelischen Landeskirche in Baden angehörte. So dachte er auch über theologische und kirchliche Bezüge des Lebens nach.

Die Festschrift enthält 29 Beiträge, davon sieben von Notaren. Sie sind gegliedert in die Bereiche Zivilprozessrecht (fünf Aufsätze), Wohnungseigentumsrecht (elf Aufsätze), Grundstücksrecht (elf Aufsätze) und „Varia“ (zwei Aufsätze). Es ist unmöglich, auf alle einzugehen. Entsprechend dem Leserkreis werden die besonders den Notar berührenden Beiträge behandelt. Dies geschieht grundsätzlich nach ihrer Reihenfolge in der Festschrift.

Begonnen sei mit *Wolfsteiner*, der über „Vollstreckbare Urkunden über Wohngeld“ schreibt. Auch wenn es kein superaktuelles Thema zu sein scheint, ist es doch immer wieder virulent. Gerade angesichts häufiger Ausfälle von Wohngeldzahlungen ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung dazu in einer Urkunde ein neuerdings wieder gern gesehenes Mittel, um im Ernstfall schnell zugreifen zu können. So bieten sich entweder an in der Gemeinschaftsordnung eine Verpflichtung jedes Eigentümers zur Abgabe einer vollstreckbaren Urkunde oder die unmittelbare Zwangsvollstreckungsunterwerfung in ihr oder aber die Vollstreckungsunterwerfung des Erwerbers im Erwerbsvertrag. Erstere reicht bereits in die frühen Jahre des WEG zurück. So findet sich bei *Bärmann* in der 2. Aufl. der „Praxis des Wohnungseigentums“ von 1968 im Formular einer Teilungserklärung eine direkte Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen des Wohngeldes (II Abschnitt 6 Nr. 3 § 39) ebenso wie im Kommentar von *Weitneuer/Wirths*, 3. Aufl. 1969, S. 336. Dies war in den 60er- und 70er-Jahren noch weitgehende Praxis. Sie hat sich aber nicht bewährt, wie sich auch Vollstreckungsunterwerfungen in Kaufverträgen nicht durchgesetzt haben. So kommt *Wolfsteiner* zutreffend zu dem Ergebnis, dass sich vollstreckbare Urkunden für künftige Wohngeldschulden nicht sinnvoll einsetzen lassen – eine wertvolle Klarstellung. Das war auch immer meine Meinung, weshalb ich im Münchener Vertragshandbuch das Thema nie angesprochen habe.

Zimmermann befasst sich mit dem aktuellen Thema „Erteilung einer Vollstreckungsklausel trotz nichtigen Grundstücksgeschäfts?“ und mit der BGH-Rechtsprechung dazu. Er analysiert diese und unterscheidet beim Notar zwischen dessen Aufgaben als Urkundsnotar bei der Beurkundung und seiner Tätigkeit als Klauselerteilungsstelle im Sinn der ZPO. Im ersten Fall ist neuerdings das Rechtsberatungsgesetz zu beachten, im zweiten Fall ist es sachlich nicht einschlägig – eine zwiespältige Position des Notars. M. E. offenbart sich in diesen Dingen eine mehr als merkwürdige Einstellung des BGH, der nach Jahren plötzlich über Umwege das Rechtsberatungsgesetz entdeckte, um ganz normale Dinge zu Fall zu bringen. Man hat den Eindruck, dass man einfach etwas gesucht hat, um zu einem bestimmten Ergebnis zu kommen.

Armbrüster zieht Parallelen zwischen dem Wohnungseigentumsrecht und dem Gesellschaftsrecht, zielgerichtet auf die inzwischen vom BGH beschlossene Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft und wird dafür auch im BGH-Beschluss zitiert. Ob alle jetzt glücklich werden (vgl. *Schmidt*, NotBZ 2005, 309; *Rapp*, MittBayNot 2005, 449)?

Basty nimmt sich des immer noch umstrittenen und wahrscheinlich mit dem gegenwärtigen Abnahmebegriff, wie ihn der BGH interpretiert, kaum sinnvoll lösbaren Problems der Abnahme des Gemeinschaftseigentums an. Er fasst kundig und grundlegend alles zusammen, was dazu bislang vorgetragen und vorgeschlagen wird. Die Probleme der Abnahme von Sondereigentum (einschließlich fertigen und zur Benützung notwendigen Gemeinschaftseigentums) und des Gemeinschaftseigentums (Einzelabnahme dazu völlig überforderter Erwerber oder gemeinschaftliche Abnahme mit oder ohne Vollmachten, oder gar mit einem rechtlich wertlosen Sachverständigen) sind kautelarjuristisch kaum oder gar nicht lösbar, solange BGB-Regelungen dazu nicht passen und der BGH nur unverständliche Hindernisse aufbaut. Den Sachverständigen und die Kosten dafür kann sich der Bauträger eigentlich sparen, wenn er einen Studenten oder eine Studentin beauftragt, die 50 Erwerber je einzeln durch das Haus zu führen. Die Bemühung des Rechtsberatungsgesetzes ist eine ebenso abwegige Formalität wie in den von *Zimmermann* behandelten Fällen. Sie zeigt aber, wie unsere Rechtsordnung für jeden ein Pflästerchen hat. Was eine gemeinschaftliche Abnahme betrifft, räumt *Basty* hoffentlich endgültig mit der Vorstellung auf, dass sie in der Gemeinschaftsordnung geregelt werden kann. Insgesamt Respekt vor *Basty*, der aus einem Dschungel einen gangbaren Weg zu weisen versucht.

Der frühere Richter am V. Senat des BGH *Gaier* (jetzt BVerfG) befasst sich mit der Unterteilung von Wohnungseigentum. Bei dem falltypischen Problem des Eingangsflures,

der bei der Unterteilung von einer in zwei Wohnungen vom Sondereigentum zum Gemeinschaftseigentum geschlagen wird, lässt *Gaier* den einseitigen Verzicht auf das Sondereigentum nach § 928 BGB zu, was dann gesetzlich dazu führt, dass die Fläche Gemeinschaftseigentum wird. Die These vom „Aufdrängen" von Gemeinschaftseigentum, weshalb die anderen zustimmen müssten, lehnt *Gaier* ab. Probleme einer damit verbundenen Kostenbelastung löst er durch analoge Anwendung von § 16 Abs. 3 WEG. Die vielfältigen Gedanken *Gaiers* bis hin zu neuen Lösungsansätzen bei Mehrhausanlagen verdienen Beachtung.

Häublein befasst sich mit Fragen der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft und wird mit seinem Beitrag im BGH-Beschluss vom 2.6.2005 als Befürworter zitiert. Auch hier: ist das jetzt geglückt?

Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander nach § 10 Abs. 2 WEG bedürfen keiner Form. Wenn aber Rechtsnachfolger gebunden werden sollen, müssen sie in das Grundbuch eingetragen werden, was zwangsläufig eine „notarielle Form" bedingt. Sie sind in der Regel Bestandteil der Gemeinschaftsordnung und bilden dann die „dinglichen" oder „verdinglichten" Vereinbarungen. Daneben stehen die „schuldrechtlichen" Vereinbarungen, die mehr oder weniger formlos unter den Wohnungseigentümern getroffen werden und nur sie binden, nicht dagegen Rechtsnachfolger. Sie verlieren ihre Wirkung, wenn ein Eigentümerwechsel eintritt. Die Literatur befasst sich zunehmend mit ihnen. In der Festschrift werden sie von *Merle* („Die Vereinbarung als mehrseitiger Vertrag – Vertragsschluss durch Zustimmung zu einem Text?") und *Hügel* („Der „Eintritt" in schuldrechtliche Vereinbarungen") behandelt. *Hügel* plädiert im Ergebnis für Pflichten von Erwerbern zum Eintritt in solche schuldrechtlichen Vereinbarungen und die dazu notwendige Zustimmung der übrigen Eigentümer. Gegebenenfalls sei in eine solche Vereinbarung eine Klausel zur Weitergabe an Rechtsnachfolger aufzunehmen. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Das Ganze ist für die notarielle Praxis bei der Veräußerung von Eigentumswohnungen ein heißes Eisen. Grundlage ist zunächst immer das Grundbuch, wo der Inhalt (Vereinbarungen) für jeden Erwerber einsichtbar und erkennbar enthalten ist. Vor dem BGH-Beschluss vom 20.9.2000 musste der Notar darauf hinweisen, dass es bestandkräftige Beschlüsse geben könne, die vom Grundbuchinhalt abweichen und auch den Erwerber binden, jetzt treten an deren Stelle solche schuldrechtlichen Vereinbarungen außerhalb des Grundbuchs, für die der Notar ebensowenig eine Erkenntnisquelle hat wie bei den Beschlüssen. Er kann nur über das Problem belehren, selbst aber nichts zur Lösung beitragen. Das Grundbuch bleibt insofern wertlos. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, dass der BGH-Beschluss von 2000 nunmehr auf diese Weise langsam unterlaufen wird.

Rapp schreibt über „Identische Strukturen bei Erbbaurecht und Wohnungseigentum" und findet viel Gemeinsames sowohl was die Begründung der Rechte wie die internen Strukturen betrifft. Es ist eine interessante Gegenüberstellung zweier Rechtsfiguren, die das Akzessionsprinzip durchbrechen und zum täglichen Brot des Notars gehören. *Rapp* schließt mit der Feststellung „Rechtsdogmatisch betrachtet ist danach das Wohnungseigentum ein geklontes Erbbaurecht".

Besonders erfrischend ist der Beitrag von *Kanzleiter* „Der Schutz des Erwerbers durch Vormerkung im Bauträgervertrag". Basierend auf der Entwicklung des Bauträgervertrages mit seinem hohen Stand der Sicherheiten, nicht zuletzt durch die MaBV, wendet er sich mit beredten Worten an neue Gedanken, die die Auflassungsvormerkung „mies" machen und das Heil in frühen Auflassungen suchen. Er stellt deutlich die Funktion der Vormerkung beim Grundstückskauf als unverzichtbares Sicherungsinstrument und ihr Verhältnis zur Auflassung bzw. deren Vollzug heraus, so dass die Vormerkung auch im Bauträgervertrag ihren legitimen Platz hat. Er zeigt aber auch auf, was die Vormerkung nicht leisten kann, nämlich die Sicherung der Bebauung. Auch eine vollzogene Auflassung könne dies ebensowenig, was die Auflassungsbefürworter immer wieder verkennen. *Kanzleiter* stellt den Bauträgervertrag wieder auf seine soliden Füße. Dank sei ihm dafür. Bei der letzten Rate befürwortet er eine „Zug um Zug"-Regelung: Auflassung gegen Zahlung, wohl wissend, dass dies *„aus praktischen Gründen (nahezu) ausgeschlossen, jedenfalls nicht praktikabel ist"*.

Zwei Autoren befassen sich mit Vorkaufsrechten: *Kreuzer*, „Die BGH-Vorkaufs-Rechtsprechung in der notariellen Praxis" und *Vogt*, Richter am BGH a. D., „Umgehung des Vorkaufsrechts". *Kreuzer* gliedert in vier Abschnitte: Die Dreiecksbeziehung im Vorkaufsfall, Umgehungsfälle, Tätigkeit des Notars in Vorkaufsfällen und Tätigkeit des Notars bei der Vorkaufsrechts-Begründung. Sein zweiter Abschnitt berührt auch die Thematik von *Vogt*. Während *Kreuzer* verschiedene Fallkonstellationen und Gestaltungsmöglichkeiten mit ihren Grenzen aufzeigt, setzt *Vogt* beim Kaufvertrag als Ausgang jedes Vorkaufsrechts an. Er verweist mit deutlichen Worten darauf, dass nur Kaufverträge ein Vorkaufsrecht auslösen können und Umgehungsgeschäfte an diesen und ihrer Begrifflichkeit gemessen werden müssen. Eine Zauberformel für alle Fallgestaltungen gebe es nicht. Es müsse ein Weg gefunden werden aus dem systemimmanenten Grundsatz, dass der Vorkaufsverpflichtete dem Berechtigten nicht die Ausübung seines Rechts ermöglichen und sich auch keine Abstriche an den getroffenen Abreden des Drittvertrages gefallen lassen müsse. Andererseits dürfe dieser Grundsatz nicht als Deckmantel für Umgehungsgeschäfte missbraucht werden. Bei *Kreuzer* sind besonders seine Ausführungen im vierten Abschnitt beherzigenswert. Vorkaufsrechtswünsche werden gern und leicht an den Notar herangetragen. Dabei entsteht erheblicher Aufklärungsbedarf über Sinn, Zweck sowie Vor- und Nachteile eines Vorkaufsrechts, die *Kreuzer* anschaulich schildert. Häufig entspricht dann ein Ankaufsrecht mehr der Interessenlage als ein Vorkaufsrecht. Dafür bietet *Kreuzer* sogar noch gute Formulierungen als Kleinformular an.

Die Festschrift enthält viele lesenswerte weitere Beiträge, so etwa auch einen mit dem Titel „Der Vizepräsident" von *Norbert Groß*, der die „Vizes" als eine Kaste für sich vom ersten amerikanischen Vizepräsidenten bis in die verschiedenen Verästelungen der Gegenwart behandelt. Was Gerichte betrifft, komme übrigens der Vize im GVG gar nicht vor. Ein schöner Beitrag zu Ehren des ehemaligen BGH-Vize *Joachim Wenzel*. Wegen ihrer vielfältigen Notar-Bezogenheit und der aktuellen Behandlung vieler Probleme sei die Anschaffung sehr empfohlen.

Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Frank/Wachter: Handbuch Immobilienrecht in Europa. C. F. Müller, 2004. 1 717 S., 159 €

Es dürfte nur sehr selten vorkommen, dass ein juristisches Fachbuch eine Referenz in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung findet. So aber das hier besprochene Handbuch Immobilienrecht in Europa. Dieser Umstand allein zeigt, welch große Bedeutung das Thema hat. Schätzungen zufolge haben etwa eine Million Deutsche Immobilienbesitz im Ausland, überwiegend in Spanien, gefolgt von Italien, Frankreich und Florida. Die osteuropäischen Staaten werden sicher ein weiterer Schwerpunkt des gewerblichen und privaten Immobilienerwerbs sein, wenn sie es nicht schon längst sind.

Das von den Notaren Susanne Frank und Thomas Wachter herausgegebene Handbuch umfasst 24 Länderberichte (Belgien, Dänemark, England, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Russland, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei und Ungarn) und damit alle für den Immobilienerwerb in Europa bedeutenden Länder. Wünschenswert wäre aber auch ein deutscher Länderbericht gewesen, um diesem Buch auch im – insbesondere deutschsprachigen – Ausland mehr Beachtung zu verschaffen. Alle Länderberichte wurden von ausgewiesenen Kennern – Notaren, Rechtsanwälten und Hochschullehrern – des entsprechenden Landes geschrieben. Das Werk selbst ist systematisch aufgebaut und folgt auch bei den Länderberichten einer einheitlichen Gliederung, die für den Verwender schnell und unproblematisch zu verstehen ist. Im ersten Teil eines jeden Länderberichts wird eine allgemeine Einführung gegeben, die staatspolitische Betrachtungen ebenso wie einen Überblick über das jeweilige Notariatssystem einschließt. Der zweite eigentliche Teil behandelt das Grundstücksrecht. Unter Punkt A werden die Grundstrukturen des Grundstücksrechts dargelegt, Punkt B behandelt den Grundstückskaufvertrag, Punkt C Besondere Vertragstypen, Punkt D die Immobilienfinanzierung, Punkt E Vollmachten und Punkt F schließlich Immobilien und Steuern. Der dritte Teil stellt die Rechtsnachfolge von Todes wegen im Hinblick auf etwaige Auslandsimmobilien dar einschließlich des internationalen Privatrechts, der gewillkürten und testamentarischen Erbfolge, des Nachlassverfahrens und der Nachlassabwicklung sowie der Steuern im Erbfall. Im Anhang eines jeden Länderberichts finden sich Muster eines Grundbuchauszuges, eines Kaufvertrages, einer Hypothek, einer Kaufs- und Verkaufsvollmacht. Neben weiterführenden Literaturhinweisen zu den einzelnen Teilen werden auch Fundstellen von Gesetzen und Verordnungen sowie Adressen von Behörden und Einrichtungen nebst Internetadressen angegeben.

Ziel dieses Werkes kann es nicht sein und ist es auch nicht, den Benutzer den Immobilienerwerb im Ausland selbst vollziehen zu lassen, ohne sich der Mitwirkung ortsansässiger Experten zu bedienen. Wohl aber kann der Notar, der Rechtsanwalt, der Steuer- oder Vermögensberater den Mandanten auf dem Weg zum Immobilienerwerb mit diesem Buch sinnvoll begleiten. Zu diesem Zweck ist es unerlässlich, sich einen Überblick über die Rechtslage im Ausland zu verschaffen, um den ausländischen Kollegen zu verstehen und ihm im Rahmen des Kaufvertrags bzw. der Abwicklung die richtigen Fragen zu stellen und nicht zuletzt, um von der deutschen Denkweise ein wenig loslassen zu können. Das Werk schließt damit eine große praktische Lücke in der deutschen Literatur für unzählig viele Interessenten, ist aber auch zugleich ein rechtsvergleichend einmaliges Werk.

Wenn man dieses Standardwerk kritisieren soll, so kann man es eigentlich nur positiv besprechen. Es sind Kleinigkeiten, die auffallen, die den Wert dieser Arbeit aber in keiner Weise beeinträchtigen können. So wurde sowohl im Länderbericht Frankreich (Rdnr. 348) als auch im Länderbericht Portugal (Rdnr. 391) übersehen, dass in beiden Ländern das Haager Stellvertretungsabkommen vom 14.3.1978 in Kraft getreten ist, welches erfreulicherweise bei *Eule* (Niederlande, Rdnr. 182) niedergelegt ist. Bedauerlich, aber durch den Stand von Anfang 2004 nicht zu vermeiden, ist, dass das neue belgische Internationale Privatrecht vom 1.10.2004 nicht berücksichtigt werden konnte. Ein kleiner Hinweis auf die bevorstehende Reform wäre wünschenswert gewesen. Das Benelux Abkommen über Kommorienten (*Moniteur belge* 10 January 1978) fehlt leider in dem Länderbericht. Für Frankreich wäre ergänzend noch auf die Homepage des CRIDON Paris hinzuweisen (Anhang VII, www.cridon-paris.fr).

Diesem Pionierwerk ist eine große Beachtung zu wünschen und wohl auch sicher. Bei einer Neuauflage könnte man daran denken auch Florida und Deutschland mit einzubeziehen, auch wenn der Titel dann zu erweitern wäre. Insgesamt aber durchdringt das Werk auf höchstem Niveau in einmaliger Weise ein praktisch überaus wichtiges Thema, das in Deutschland keine Entsprechung kennt. Es ist zu wünschen, dass dieses Buch einen festen Platz auf dem Schreibtisch bei allen rechtsberatenden Personen einnimmt, die mit Auslandsimmobilien konfrontiert sind. Hierzu zählen nicht zuletzt auch die Notare, die ihren Mandanten mit Ferien- oder Gewerbeimmobilien im Ausland entscheidende und überaus wertvolle Hinweise diesbezüglich geben können.

Rechtsanwalt Dr. *Wolfgang Riering*
LL. M. (Montréal), Würzburg

Grziwotz/Lüke/Saller: Praxishandbuch Nachbarrecht. Beck, 2005. 528 S., 52 €

Das Nachbarrecht hat für die notarielle Praxis nicht nur Bedeutung im Schlichtungsverfahren. Vielmehr muss auch bei Grundstücksgeschäften das Verhältnis zu den (künftig) benachbart gelegenen Grundstücken oft sorgfältig geregelt werden. Das *Praxishandbuch Nachbarrecht* bietet dem Leser eine umfangreiche Darstellung aller damit verbundenen Fragen. Im 1. Teil des Werkes soll als Einleitung ein Überblick über Grundbegriffe von Nachbarrecht und Eigentum gegeben werden. Der 2. und 3. Teil und der erste Abschnitt des 4. Teils behandeln die gesetzlichen Regelungen über Grenzverhältnisse, die Einwirkungen auf Grundstücke und die Befugnisse Nachbargrundstücke, z. B. als Folge eines Notwegerechtes, mitzubenutzen. Wie ein daraus folgender Regelungsbedarf durch schuldrechtliche Vereinbarungen oder dingliche Rechte befriedigt werden kann, wird anschließend erörtert. Im 5. Teil folgt eine Darstellung über die gerichtlichen Verfahren und die außergerichtliche Streitbeilegung bei Nachbarstreitigkeiten, wobei für den Notar vor allem Letzteres von Interesse sein dürfte. Schließlich werden von *Grziwotz* im 6. Teil um-

fangreiche Mustertexte für alle angesprochenen Punkte angeboten.

Obwohl das Buch seinen Schwerpunkt im Zivilrecht hat, behandelt es auch die öffentlich-rechtlichen Fragen an den gebotenen Stellen. Damit erhält der Leser eine vollständige Darstellung aller Probleme, die sich in der Beratungspraxis stellen können. Erfreut stellt man fest, dass gerade auch die seltenen Fragen, die nicht schnell selbst recherchiert werden können, erörtert werden, wie beispielsweise die Regelungen zum wild abfließenden Regenwasser, zum Schutz- und Schonwald oder zum Hammerschlags- und Leiterrecht. Auch dem eigenen Anspruch, bundesweit einsetzbar zu sein, wird das Werk gerecht. Es findet sich stets eine vollständige Aufzählung der einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften, zum Teil in Fußnoten, zum Teil in tabellarischen Übersichten, die den wesentlichen Gehalt der landesrechtlichen Bestimmungen wiedergeben. Letzteres ist besonders lobenswert, weil dem Leser dadurch oftmals erspart werden dürfte, sich erst den Text des einschlägigen Landesgesetzes zu besorgen.

Abgesehen von den fachlichen Kenntnissen, die man gewinnt, ist die Lektüre des Buches durchaus kurzweilig, insbesondere wenn man lesen kann, mit welchen Absurditäten sich die Rechtsprechung zu beschäftigen hatte. So stellt man beispielsweise überrascht fest, dass Hunde nur 30 Minuten am Tag bellen dürfen und nie länger als zehn Minuten ohne Unterbrechung. Fast ebenso erschreckend ist, dass sich sogar der Bundesgerichtshof mit der Frage beschäftigen musste, ob und in welchem Umfang nächtliches Schreien von Säuglingen und Kleinkindern vom Nachbarn geduldet werden muss. Zweifel, ob die Jurisprudenz nicht doch eine wertlose Wissenschaft ist, dürfen nach solchen Erkenntnissen durchaus aufkommen.

Auffällig ist der unterschiedliche Stil der Autoren. Während *Lüke* in akribischer Detailarbeit Entscheidungen zusammenträgt, stellen *Grziwotz* und *Saller* Rechtslage und Meinungsstand allgemeiner dar und verwenden die ebenfalls zahlreichen Zitate nur als Beleg für ihre Ausführungen. Kritisches gibt es wenig anzumerken. Bei Dienstbarkeiten wird in den Mustern regelmäßig auf die Eintragung eines Aktivvermerks im Bestandsverzeichnis beim herrschenden Grundstück verzichtet. Ob man dies nicht doch in der Regel beantragen sollte, um auch den Eigentümern selbst und noch nach Ablauf vieler Jahre die Möglichkeit zu geben, ohne großen Aufwand herauszufinden, an welchen Grundstücken zu ihren Gunsten Dienstbarkeiten eingetragen sind, ist wohl nur Geschmackssache. Zur Sicherstellung umfassender Produktzufriedenheit daher an dieser Stelle nur ein Ratschlag: Die ersten 71 Randziffern sollte man einfach überblättern. Dort verursacht der Versuch, Detailtiefe mit einem allgemeinen Überblick über die Rechtslage zu verbinden, Unvollständigkeiten, Missverständliches und Widersprüche. Befolgt man diesen Rat, ist das Werk, da für jeden am Nachbarrecht interessierten Leser von hohem Nutzen, uneingeschränkt zum Kauf zu empfehlen.

Notarassessor *Sebastian Ruhwinkel*, München

Schützeberg: Der Notar in Europa. Deutscher Anwaltverlag, 2005. 321 S., 48,50 €

In seiner von *Henssler* betreuten Dissertation untersucht *Schützeberg* das notarielle Berufsrecht in Europa. Hierzu betrachtet er zum einen den Einfluss der europarechtlichen Vorgaben auf das Notariat, um dann im Schwerpunkt der Arbeit eine rechtsvergleichende Darstellung des Status quo des notariellen Berufsstandes in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und England anzuschließen.

Unter der Überschrift „Notar und Europarecht“ stellt *Schützeberg* die Frage, ob die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf den Notarberuf Anwendung finden oder ob die notarielle Tätigkeit „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist“ und damit unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EG fällt. Maßgeblich gestützt auf die Bindungs- und Vollstreckungswirkung der notariellen Urkunde arbeitet *Schützeberg* heraus, dass zumindest die „Kerntätigkeiten“ des Notars als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Europarechts anzusehen sind. An dieser Stelle hätte man sich allerdings gewünscht, dass sich der Autor auch mit der zwingenden Folgefrage auseinander setzt, wie sich eine Trennungslinie zwischen Kern- und sonstigen Tätigkeiten ziehen lässt. Zudem verwundert es, dass die Arbeit, die laut Vorwort Rechtsprechung und Schrifttum bis Mai 2004 berücksichtigt, das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-409/01 („Spanische Kapitäne“) vom 30.9.2003 nicht heranzieht und auch die seit März 2002 bzw. Januar 2004 im Normsetzungsprozess der europäischen Institutionen befindlichen Vorschläge für Richtlinien zur Anerkennung von Berufsqualifikation bzw. Dienstleistung im Binnenmarkt nur am Rande erwähnt. Insgesamt bleibt die Analyse des Europarechts leider vielfach an der Oberfläche, zahlreiche interessante Fragen (Verstößt die Nichtanerkennung ausländischer Urkunden in Deutschland wirklich gegen die „passive Dienstleistungsfreiheit“?, Stellen die Gebühren für die Veräußerung von GmbH-Anteilen tatsächlich eine Behinderung des Kapitalverkehrs dar und laufen damit dem Ziel der Gesellschaftsteuerrichtlinie zuwider?) werden nur angerissen.

Die Schwächen des europarechtlichen Teils der Dissertation werden durch die detailreiche und präzise Darstellung des notariellen Berufsrechts im rechtsvergleichenden zweiten Teil der Arbeit wettgemacht. *Schützeberg* stellt hier in erster Linie Grundlagen, Haupttätigkeitsfelder, Berufszugang, Berufsverbindungen und Gebührensystem nebeneinander. Vor dem Hintergrund der Reformforderungen der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission an die freien Berufe, die leider undifferenziert auch immer wieder das Notariat einbeziehen, bietet die Untersuchung hier lehrreiche Lektüre: Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang die Erfahrungen mit der Reform des notariellen Berufsrechts in den Niederlanden, die sich der Deregulierung verschrieben hatte. So gibt es in den Niederlanden seit 1999 keine Festlegung der Zahl der Notare nach den Bedürfnissen der Rechtspflege mehr, vielmehr herrscht Niederlassungsfreiheit; jeder entsprechend qualifizierte niederländische Jurist, der die vorgeschriebene notarspezifische Ausbildung bestanden und einen Businessplan vorgelegt hat, kann sich als Notar niederlassen. Zu einer nennenswerten Zunahme von neuen, selbständigen Kanzleien hat dies freilich nicht geführt, vielmehr ist ein Konzentrationsprozess durch die Vergrößerung der bestehenden multidisziplinären Kanzleien mit allen damit einhergehenden Risiken für die Versorgung der rechtssuchen-

den Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen zu beobachten. Auch die Erfahrungen der Niederlande mit der „Freigabe“ der Notargebühren säen Zweifel an der in diesem Zusammenhang gebetsmühlenartig wiederholten Forderung nach Liberalisierung: Während im oberen Preissegment ein Rückgang der Gebühren zu beobachten ist, ist beispielsweise für Immobilientransaktionen mit einem Geschäftswert von unter 250.000 € eine zum Teil deutliche Erhöhung der Notarkosten festzustellen. *Schützeberg* zitiert niederländische Verbraucherschutzorganisationen, die die Rückkehr zum alten Festgebührensystem fordern.

Aus dem Rechtsvergleich entwickelt die Arbeit Thesen für die Reform des deutschen und die Zukunft des europäischen Notariats. So fordert *Schützeberg* den Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts, den er unter Hinweis auf § 4 BRRG (und unter Nichterwähnung von § 9 Nr. 1 DRiG) als anachronistisch bezeichnet. An dieser Stelle hätte man sich einen differenzierten Vorschlag für den Berufszugang von EU-Ausländern ohne deutsche Staatsexamina gewünscht. Der Hinweis auf eine zusätzliche Prüfung, mit der Sprach- und Rechtskenntnisse nachgewiesen werden sollen nach dem Vorbild der Zugangsprüfung für die scrivener notarys in England erscheint aufgrund des nicht annähernd vergleichbaren Tätigkeitsfeldes unausgegoren. *Schützeberg* fordert darüber hinaus die Abschaffung der Einteilung des Bundesgebiets in Amtsbereiche und -bezirke nach französischem Vorbild und die Vereinheitlichung der zersplitterten Notariatsverfassungen hin zum hauptberuflichem Notariat. Zudem hält *Schützeberg* sowohl die verstärkte Übertragung öffentlicher Aufgaben als auch eine vorsichtige Erweiterung des notariellen Dienstleistungsspektrums, insbesondere auf den Gebieten der alternativen Streitbeilegung und des elektronischen Rechtsverkehrs, für richtig. Die hierzu vorgebrachten Argumente mit eindeutiger Schwerpunktsetzung auf der Ausübung eines öffentlichen Amts sind durchweg bemerkenswert und wissen vielfach zu überzeugen.

Fazit: *Schützebergs* Dissertation bietet einen hochinteressanten und detailreichen Vergleich der untersuchten notariellen Berufsrechtsordnungen und liefert zahlreiche Anregungen für Reformdiskussionen in Deutschland und Europa.

Notar *Till Franzmann*, M. Jur.,
Maître en droit, Mindelheim

Müller-Magdeburg: Rechtsschutz gegen notarielles Handeln. Heymanns, 2005. 400 S., 58 €

„Rechtsschutz gegen notarielles Handeln“ ist ein lustiger Titel für ein Buch, das – cum grano salis – von vielem handelt, nur nicht vom Rechtsschutz gegen notarielles Handeln: nämlich von den Beschwerden nach § 15 BNotO und § 54 BeurkG, welche vielmehr die *Untätigkeit* des Notars voraussetzen (Kapitel II und III); der Kostenbeschwerde, die nicht so sehr das notarielle Handeln, sondern dessen Bewertung betrifft (Kapitel V); der Amtshaftungsklage, mit der man sich ebenfalls nicht mehr gegen das notarielle Handeln als solches wenden, sondern nur nachträglich Genugtuung in Form von Schadensersatz verlangen kann (Kapitel VI); und schließlich der Dienstaufsicht, die schon gar keinen Rechtsschutz, sondern staatliche Kontrolle darstellt (Kapitel VII). Das dazwischen liegende Kapitel IV über die Rechtsbehelfe des Klauselerteilungsverfahrens betrifft den Notar sowieso nur am Rande.

Wer sich vom schiefen Titel nicht abschrecken lässt, bekommt aber einen guten Überblick darüber, was man unternehmen kann, wenn man mit dem Verhalten des Notars nicht einverstanden ist. Damit mögen sich auch durchaus 400 Seiten füllen lassen – bei ausgesprochener Spezialliteratur aber bitte nicht mit Selbstverständlichkeiten etwa der Art, dass den Beteiligten nach Art. 103 Abs. 1 GG rechtliches Gehör zu verleihen (Rdnr. 109) oder die Tätigkeit der Notare auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelmäßig nicht umsonst sei (Rdnr. 166).

Überhaupt hätte dem Buch hier und da etwas mehr Sorgfalt gutgetan. Die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis gilt ebensowenig fort (anders Rdnr. 13), wie es noch Gesetzesblätter der DDR aus dem Jahre 1996 gibt (S. 5 Fn. 3). Und ob man Latein nun mag oder nicht: Der stehende Begriff des „nobile officium“ lässt sich nicht kurzerhand (wie in Rdnr. 294) durch „edle Aufgabe“ ersetzen; statt „Prokurist“ schreibt man ja auch nicht etwa „Fürsorger“, wenn man richtig verstanden werden will. Weiter scheint die Autorin Aufbau der Notarkassen und deren Funktion im Kostenbeschwerdeverfahren nicht vollständig durchdrungen zu haben, wenn zum einen die Bemerkung für nötig erachtet wird, dass die Ländernotarkasse in den alten (!) Bundesländern nicht zu hören ist (Rdnr. 810), anderes „wohl“ aber für die „Ländernotarkassen [sic!] in Bayern sowie in dem Bezirk des OLG Zweibrücken“ gelte – als ließe das BayObLG (MittBayNot 2003, 500 und 2004, 144) hieran noch irgendeinen Zweifel. Schließlich kontrastiert die in Rdnr. 677 erhobene Forderung nach begrifflicher Klarheit (nämlich dass es wegen § 154 Abs. 1 KostO „Kosten*be*rechnung“ heißen muss und nicht – horribile dictu – bloß „Kostenrechnung“ oder „Kostennote“) seltsam mit der Tatsache, dass durch den ganzen Text hinweg von dem der BNotO unbekannten Begriff der „Hinterlegung“ die Rede ist.

Das Anderkonto steht, jedenfalls für bayerische und pfälzische Notare, ohnehin zu sehr im Vordergrund des Werkes. Daraus mag man schließen, dass nach der (Berliner) Praxis der Autorin sich ein wesentlicher Teil der Beschwerden gegen Notare auf Fehler bei Verwahrungsgeschäften stützt – ein weiterer Grund, diese (Fehler *und* Verwahrungsgeschäfte) möglichst zu vermeiden. Doch auch, wenn man öfter „Hinterlegungen“ annimmt, findet man Tipps zur korrekten Abwicklung bereits in Büchern, die man ohnehin schon auf dem Tisch hat (etwa bei *Hertels* Kommentierung der §§ 54 a ff. BeurkG im Eylmann/Vaasen). Für die anderen Punkte (etwa § 15 BNotO oder § 54 BeurkG) gilt dies gleichermaßen.

Auch das Problem, dass sich eine Angestellte weigert, von einer Vollzugsvollmacht Gebrauch zu machen, wird meines Erachtens überbewertet (vgl. Rdnr. 26 ff.) und ferner nicht ganz zutreffend dargestellt. Dass hier eine zivilrechtliche Klage gegen die Angestellte Erfolg haben könnte, bezweifle ich nämlich: Wenn man die Anspruchsgrundlage mit der Autorin aus einem Auftragsverhältnis herleitet, so müsste der Auftrag erst einmal angenommen worden sein. Die Angestellte wird, da bei Beurkundung nicht anwesend, von Vollmacht und (konkludentem) Auftrag jedoch meist erst dann

Kenntnis erhalten, wenn sie aufgefordert wird, von der Vollmacht Gebrauch zu machen. Wenn sie sich dann weigert, kommt auch kein Auftrag zustande. Verantwortlich ist hier allenfalls der Notar, der Angestelltenvollmachten beurkundet, ohne sich zu vergewissern, ob die Angestellten dies hinterher auch zu schätzen wissen.

Alles in allem ist der praktische Wert des Buches für Notare gering; auch neue Erkenntnisse findet man nicht. Das Verdienst der Autorin, die Thematik einmal übersichtlich zusammengestellt zu haben, wird dadurch nicht geschmälert: Rechtsanwälten, die sich nicht häufig mit Beschwerden gegen Notare befassen müssen, kann das Werk im Fall des Falles durchaus Hilfe leisten. Dass sein Leserkreis mit demjenigen der MittBayNot übereinstimmen sollte, lässt sich allerdings nicht behaupten.

Notar Dr. *Markus Krebs*, Landshut

Möhlmeier/Wierichs/Wurm: Allgemeine Wirtschaftslehre für Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte. 9. Aufl. mit CD-ROM, Bildungsverlag EINS-Stam, 2005. 448 S., 28,80 €

Die 9. Auflage wurde an den aktuellen Rechtsstand angepasst und durchgehend überarbeitet. Das Buch ist in die neun Kapitel Grundlagen des Wirtschaftens, Zahlungsverkehr, Arbeits- und Sozialrecht, Kanzleiorganisation und Kanzleimarketing, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Kreditarten und Kreditsicherung, Grundzüge des Handelsrechts, Wertpapiere sowie Steuern unterteilt. Die inhaltliche Grundlage für dieses Buch stellen nach wie vor die bundeseinheitlichen Anforderungen der Ausbildungsverordnung und des darauf abgestimmten Rahmenlehrplans für die Ausbildungsberufe Rechtsanwalts-, Notar- und Patentanwaltsfachangestellte/r dar. Die einzelnen Kapitel sind übersichtlich und logisch aufgebaut, Fachbegriffe werden verständlich erklärt und Merksätze sowie Definitionen sind rot unterlegt. Außerdem lockern Abbildungen, Darstellungen und Tabellen den Text auf. Am Ende eines jeden Kapitels finden sich als Lernkontrolle praxisbezogene Übungsaufgaben und Übungsfälle zu den jeweils behandelten Themen. Vor dem Sachwortverzeichnis wurde im Auszug die ReNoPat-Ausbildungsverordnung in der aktuellen Fassung abgedruckt. Wer im Umgang mit Fachliteratur noch wenig geübt ist, erhält von den Autoren in der Einleitung einige Empfehlungen für eine effiziente Vorgehensweise beim Lernen, Üben und Wiederholen. Anhand der beigefügten CD-ROM kann man sich einem Lerntyptest unterziehen und so herausfinden, welche Informationen man am besten aufnehmen und wie man den Lernkanal stärken kann. Diese CD-ROM soll die Methodenkompetenz der Schüler fördern und sie darin unterstützen, sich Fachwissen selbständig zu erarbeiten. Hierzu werden effektive Lerntechniken wie Mind-Mapping und das Lernen mit Karteikarten vorgestellt, die auch bei der Prüfungsvorbereitung hilfreich sind. Übungen mit typischen kaufmännischen Lerninhalten zu den einzelnen Lerntechniken verknüpfen dabei konsequent und anschaulich methodische und fachliche Elemente. Außerdem dienen die Lerntechniken dazu, die Kommunikations- und Präsentationsfähigkeit im Beruf zu fördern. Eine CD-ROM mit Lösungen zu den im Buch gestellten Übungsaufgaben und -fällen ist in Vorbereitung und soll ca. 9,90 € kosten.

Das Buch und die CD-ROM leisten zusammen einen wichtigen Beitrag zur Prüfungsvorbereitung und tragen daher zum Gelingen der Abschlussprüfung bei.

Oberinspektor i. N. *Helmut Reinold jr.*, Mühldorf a. Inn

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 249; BGB a. F. §§ 504 ff. *(Nichtigkeit eines ein Vorkaufsrecht vereitelnden Vertrags)*

Gemäß § 138 BGB sind solche das Vorkaufsrecht vereitelnde Verträge nichtig, die durch ihren Gesamtcharakter oder die Art und Weise ihres Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit erhalten, sei es, dass sie auf verwerflichen Beweggründen oder der Anwendung unlauterer Mittel beruhen oder ausschließlich zu dem Zweck abgeschlossen werden, dem Vorkaufsberechtigten Schaden zuzufügen. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 15.6.2005, VIII ZR 271/04

Die Kläger begehren von den Beklagten Schadensersatz wegen Vereitelung ihres Vorkaufsrechtes an der von ihnen bewohnten Mietwohnung.

Die Kläger sind Mieter einer Wohnung in einem Anwesen in D. Für dieses Anwesen liegt eine Teilungserklärung vom 20.12.1992 vor. Die Wohnung der Kläger ist im Teilungsplan mit der Nummer 14 gekennzeichnet. Von dem insgesamt 16 Wohnungen und drei Garagen umfassenden Objekt wurden mit notariellem Vertrag vom 12.8.1998 13 Wohnungen und das Sondernutzungsrecht an den drei Garagen von den Beklagten an die Firma G. GmbH verkauft. Mit Schreiben des beurkundenden Notars vom 3.9.1998 wurden die Kläger davon in Kenntnis gesetzt. Der beigefügten auszugsweisen Kopie des Kaufvertrages war zu entnehmen, dass sich der Gesamtpreis auf 2.650.000 DM und der Preis für die Wohnung Nr. 14 auf 380.000 DM beläuft. Die weitere Preisgestaltung war der Kopie nicht zu entnehmen. Mit jeweiligen Schreiben vom 30.10.1998 an die beiden Beklagten teilten die Kläger mit, jeweils von dem Vorkaufsrecht Gebrauch zu machen, wobei der Kaufpreis nach § 508 BGB a. F. anteilig zu bestimmen sei. Die Kläger ließen die Ausübung des Vorkaufsrechtes erneut und gemeinsam durch einen Notar beurkunden. Die Urkunde wurde mit Anschreiben vom 17.12.1998 an die Beklagten zugestellt. In diesem Anschreiben gingen die Kläger von einem anteiligen Wert der Wohnung von 200.000 DM aus. Ausweislich des notariellen Kaufvertrages waren die Beklagten auf das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 570 b BGB a. F. hingewiesen worden. Darauf hatten sie im Rahmen der Beurkundung erklärt, bezüglich der Wohnungen Nr. 3, 4, 5, 11 und 12 bestehe kein Vorkaufsrecht, da insoweit bereits vor Abschluss der Mietverträge Wohnungseigentum gebildet worden sei. Für diese Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 454,37 m² betrug der Gesamtpreis 240.000 DM. Weiter erklärten die Beklagten, für die Wohnungen Nr. 2, 6, 8, 9, 13, 14, 15 und 16 bestehe jeweils ein Vorkaufsrecht. Für diese Wohnungen mit einer Gesamtfläche von 602,91 m² wurden Einzelkaufpreise vereinbart, die in der Summe 2.410.000 DM ausmachen. Für die Wohnung Nr. 14 mit 82,3 m² wurden 380.000 DM vereinbart. Unter „IV. Verschiedenes“ heißt es in dem notariellen Kaufvertrag:

> „Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages oder der ihm zugrundeliegenden Teilungserklärung aus irgendeinem Grunde ganz oder teilweise unwirksam sein, so wird dadurch die Gültigkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt. Die etwaige nichtige oder unwirksame Bestimmung ist durch eine ähnliche, dem Sinn und Zwecke dieses Vertrages entsprechende gültige Bestimmung zu ersetzen.“

Mit ihrer Klage haben die Kläger 180.000 DM Schadensersatz wegen Vereitelung des Vorkaufsrechtes geltend gemacht und die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten für sämtliche Folgeschäden begehrt. Sie haben die Auffassung vertreten, ihnen stehe ein Schadensersatzanspruch zu, der sich aus der Differenz zwischen dem im Vertrag vereinbarten Einzelpreis von 380.000 DM und dem anteiligen Wert der Wohnung von 200.000 DM errechne.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagten mit Urteil vom 25.6.2003 verurteilt, an die Kläger 27.911,42 € (= 54.590 DM) nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten gegen dieses Urteil führte zu dessen Aufhebung und Zurückverweisung, weil es keinen Tatbestand enthielt. Das Berufungsgericht hat die Beklagten daraufhin erneut zur Zahlung von 27.911,42 € verurteilt. Mit der auch gegen dieses Urteil vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Kläger hätten gegen die Beklagten einen Schadensersatzanspruch gemäß § 325 Abs. 1 BGB a. F. in Höhe von 27.911,42 € wegen Vereitelung eines Vorkaufsrechtes. Das dem Schadensersatzanspruch zugrundeliegende Schuldverhältnis folge aus § 570 b BGB a. F. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift seien erfüllt. Bei dem vorliegenden Verkauf der streitgegenständlichen Wohnung handele es sich um einen Erstverkauf. Das Vorkaufsrecht sei von den Klägern wirksam ausgeübt worden. Die Ausübung habe nicht unter einer Bedingung gestanden. Beim Verkauf mehrerer Wohnungen im Paket sei die Vereinbarung eines besonders hohen Einzelpreises für eine bestimmte Wohnung dem Mieter gegenüber unwirksam. Dieser könne die Wohnung nach dem nach § 508 BGB a. F. zu bemessenden anteiligen Kaufpreis erwerben. Die Beklagten könnten sich auch nicht darauf berufen, die Ausübung des Vorkaufsrechtes sei formal unwirksam, weil dies in zwei getrennten Schreiben erfolgt sei. Es habe kein Zweifel daran bestanden, dass das Vorkaufsrecht gemeinschaftlich habe ausgeübt werden sollen, denn bei den Klägern handele es sich um Ehegatten, die auch gemeinschaftlich Mieter der Wohnung seien.

Das den Klägern zustehende Vorkaufsrecht sei durch den Verkauf der von den Klägern bewohnten Wohnung Nr. 14 an die Firma G. GmbH vereitelt worden. Infolge der Veräußerung der Wohnung sei den Beklagten die Erfüllung des Vorkaufsrechts der Kläger unmöglich geworden. Die Vereitelung des Vorkaufsrechts habe zur Folge, dass die Beklagten die Kläger so stellen müssten, als wäre das Vorkaufsrecht ordnungsgemäß verwirklicht worden. Der Schaden der Kläger liege in der Differenz zwischen dem Wert der Wohnung Nr. 14 und dem im Rahmen des erfolgten Verkaufs tatsächlich auf die Wohnung entfallenden anteiligen Kaufpreis.

Die Beklagten könnten sich nicht darauf berufen, für die Wohnung Nr. 14 sei ein Einzelpreis von 380.000 DM wirksam vereinbart worden. Die vorliegende Preisgestaltung sei als sittenwidrig einzustufen. Es seien keine wirtschaftlich, steuerlich oder sonst vernünftigen oder nachvollziehbaren Gründe für eine entsprechende Preisgestaltung ersichtlich. Die Preisgestaltung habe einzig dem Zweck dienen sollen, bei diesen Wohnungen die Ausübung des Vorkaufsrechtes dadurch zu vereiteln, dass nur für diese Wohnungen überhöhte Einzelpreise vereinbart worden seien, die dem Marktwert nicht entsprächen und einen Kauf wirtschaftlich unsinnig erscheinen ließen. Das habe das eingeholte Sachverständigengutachten bestätigt. Auch der Zustand der Wohnungen widerspreche der Preisgestaltung. Die im Paket zu 240.000 DM verkauften fünf Wohnungen seien tendenziell besser ausgestattet als die mit einem Vorkaufsrecht belasteten Wohnungen.

Da die Einzelpreisvereinbarung unwirksam sei, bemesse sich der ersatzfähige Schaden anhand der Differenz des Verkehrswertes und des nach § 508 BGB a. F. zu ermittelnden anteiligen Kaufpreises. Der Verkehrswert der Wohnung Nr. 14 liege nach dem eingeholten Sachverständigengutachten bei 265.000 DM. Der Gesamtwert des Kaufgegenstandes einschließlich der Garagen betrage 3.339.500 DM. Der Anteil der Klägerwohnung am Gesamtwert betrage deshalb gerundet 7,94 %. Mithin entfalle auf die Wohnung ein anteiliger Kaufpreis von 210.410 DM (= 7,94 % aus 2.650.000 DM). Der den

Klägern zu ersetzende Schaden betrage deshalb 54.590 DM (Differenz zwischen Wert und anteiligem Kaufpreis).

Schließlich stehe den Klägern ein Zahlungsanspruch gegen die Beklagten auch gemäß § 826 BGB zu. Den Klägern sei der dargelegte Schaden zugefügt worden. Dies sei erfolgt durch die von den Beklagten vorsätzlich gewählte – sittenwidrige – Vertragsgestaltung, die darauf abgezielt habe, die wirksame Geltendmachung des Vorkaufsrechts zu vereiteln. Den Beklagten sei bewusst gewesen, dass der anteilige Kaufpreis der Wohnung Nr. 14 im Paket mit den weiteren verkauften Wohnungen niedriger gelegen habe als deren Verkehrswert.

Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Revision der Beklagten ist daher zurückzuweisen. Die Kläger haben gegen die Beklagten einen Schadensersatzanspruch gemäß § 325 Abs. 1 BGB a. F. in Höhe von 27.911,42 €, weil den Beklagten die ihnen obliegende Leistung, den Klägern das Eigentum der Wohnung Nr. 14 zu verschaffen, infolge eines Umstandes, den die Beklagten zu vertreten haben, unmöglich geworden ist.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass den Klägern ein Vorkaufsrecht gemäß § 570 b BGB a. F. zustand, das sie rechtswirksam ausgeübt haben. Es ist innerhalb von zwei Monaten gemäß § 510 Abs. 2 BGB a. F. ausgeübt worden. Die Schreiben der Kläger an die Beklagten, in denen sie mitteilen, dass sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, datieren vom 30.10.1998 und nicht, wie im Berufungsurteil offenbar unrichtig angegeben, vom 30.11.1998; hierauf hat die Revision zu Recht hingewiesen. Einer notariellen Beurkundung bedurfte es nicht (BGHZ 144, 357 = MittBayNot 2000, 539). Mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes ist entsprechend § 505 Abs. 2 BGB a. F. ein Kaufvertrag zwischen den Parteien über die von den Klägern gemietete Wohnung Nr. 14 zustande gekommen unter den Bestimmungen, die die Beklagten mit der Firma G. GmbH vereinbart haben mit Ausnahme des Kaufpreises in Höhe von 380.000 DM. Die Vereinbarung dieses Einzelkaufpreises hält das Berufungsgericht zutreffend für sittenwidrig. Nichtig gemäß § 138 BGB sind solche das Vorkaufsrecht vereitelnde Verträge, die durch ihren Gesamtcharakter oder die Art und Weise ihres Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit erhalten, sei es, dass sie auf verwerflichen Beweggründen oder der Anwendung unlauterer Mittel beruhen oder ausschließlich zu dem Zweck abgeschlossen werden, dem Vorkaufsberechtigten Schaden zuzufügen (BGH, NJW 1964, 540 unter 2). Das Berufungsgericht hat – von der Revision unangegriffen – festgestellt, die Preisgestaltung habe einzig dem Zweck dienen sollen, die Ausübung des Vorkaufsrechtes dadurch zu vereiteln, dass ein überhöhter Einzelpreis vereinbart und den Klägern dadurch Schaden zugefügt werden sollte.

2. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung führt die Sittenwidrigkeit der Teilabrede über den Kaufpreis nicht zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 139 BGB. Der Kaufvertrag vom 12.8.1998 enthält unter „IV. Verschiedenes“ eine salvatorische Erhaltens- und Ersetzungsklausel. Solche Klauseln besagen nicht, dass die von dem Nichtigkeitsgrund nicht unmittelbar erfassten Teile des Geschäfts unter allen Umständen als wirksam behandelt werden sollen. Sie enthalten vielmehr nur eine Bestimmung über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der bei § 139 BGB stets vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Während bei Fehlen einer salvatorischen Erhaltensklausel die Vertragspartei, welche das teilnichtige Geschäft aufrechterhalten will, darlegungs- und beweispflichtig ist, trifft die entsprechende Pflicht, wenn – wie im hier zu entscheidenden Fall – eine solche Klausel vereinbart ist, denjenigen, der den ganzen Vertrag verwerfen will (BGH, DNotI-Report 2003, 37). Die Beklagten haben aber nicht dargelegt, dass mit der Einzelpreisvereinbarung der Kaufvertrag stehen und fallen sollte. Dagegen, dass die Parteien den Kaufvertrag über die Eigentumswohnung ohne die Zuordnung eines Kaufpreisanteils von 380.000 DM für die Wohnung Nr. 14 nicht geschlossen hätten, spricht insbesondere, dass trotz des Wegfalls der Einzelpreisvereinbarung für diese Wohnung der Gesamtpreis unverändert bleibt.

3. Entgegen der Rüge der Revision ist das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die den Beklagten obliegende Leistung, den Klägern das Eigentum an der Wohnung Nr. 14 zu verschaffen, unmöglich geworden ist. Der objektiven Unmöglichkeit steht gemäß § 275 Abs. 2 BGB a. F. das Unvermögen gleich. Hat der Schuldner die geschuldete Sache einem Dritten übereignet, ist die Leistung allerdings nicht schon deswegen unmöglich, weil der Schuldner über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest. Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Unmöglichkeit der Leistung ergibt, richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Ist die Unmöglichkeit – wie bei einem Anspruch nach § 325 BGB a. F. – anspruchsbegründende Voraussetzung, wird es dem Gläubiger häufig nicht möglich sein, Umstände vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass ein Rückerwerb des geschuldeten Gegenstandes durch den Schuldner ausgeschlossen ist. Die für diese Beurteilung maßgeblichen Tatsachen beruhen weitgehend auf den rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen des Schuldners zum Erwerber, die dem darlegungsbelasteten Gläubiger regelmäßig nicht oder nicht ausreichend bekannt sind, während der Schuldner hierzu aus eigener Kenntnis ohne weiteres näher vortragen kann. In diesen Fällen hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert, sofern der Schuldner nicht darlegt, dass er zur Erfüllung willens und in der Lage ist (BGHZ 141, 179). Die Beklagten haben die Wohnung Nr. 14 an die Firma G. GmbH veräußert. Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen dazu, dass sie zur Erfüllung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande gekommenen Kaufvertrages willens und in der Lage sind, hat die Revision nicht aufgezeigt. Das Unvermögen der Beklagten zur Erfüllung des Kaufvertrages ist somit indiziert.

4. Rechtsirrtumsfrei ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, dass die Kläger im Rahmen ihres Anspruchs auf Ersatz des positiven Interesses verlangen können, so gestellt zu werden, wie sie stehen würden, wenn die Beklagten den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt, das heißt ihnen die verkaufte Eigentumswohnung übereignet hätten (vgl. BGH, NJW 1980, 1742 unter II). Zutreffend sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadensberechnung. Bei einem Schadensersatzanspruch nach § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. wird das ursprüngliche Vertragsverhältnis mit Eintreten der Haftungsvoraussetzungen in der Weise umgestaltet, dass an die Stelle der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen ein einseitiges, am Erfüllungsinteresse ausgerichtetes Abrechnungsverhältnis tritt, bei dem die gegenseitigen Ansprüche nur noch unselbständige Rechnungsposten sind (BGH, NJW

1999, 3625 unter II 2). Es ist deshalb ein Gesamtvermögensvergleich anzustellen. Der tatsächlichen Vermögensentwicklung ist die Vermögenssituation bei ordnungsgemäßer Erfüllung gegenüberzustellen. Nur die Differenz beider Vermögenslagen kann Gegenstand des Schadensersatzanspruches sein (BGH, a. a. O.). Zu Recht hat das Berufungsgericht deshalb den Schaden der Kläger in der Differenz zwischen dem Verkehrswert der Wohnung Nr. 14 und dem im Rahmen des erfolgten Verkaufs tatsächlich auf die Wohnung entfallenden anteiligen Kaufpreis gesehen. Dass das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB a. F. bezweckt, den Schutz der Mieter vor spekulativen Umwandlungen von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen und deren Veräußerung an Dritterwerber zu verstärken (vgl. *Staudinger/Sonnenschein*, BGB, Bearb. 1997, § 570 b Rdnr. 5 bis 7), beschränkt den Umfang eines Schadensersatzanspruches gemäß § 325 Abs. 1 BGB a. F. entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht auf den Schaden, den er im Falle einer Verdrängung aus der gemieteten Wohnung erleidet. Der Schutz des Mieters wird durch § 570 b BGB a. F. in der Weise realisiert, dass er bei Eintritt des Vorkaufsfalles einen Kaufvertrag zwischen sich und dem Verkäufer zustande bringen kann. Hiervon zu unterscheiden sind die Folgen, die die Verletzungen von aus diesem Kaufvertrag folgenden Pflichten nach sich ziehen. Nach allgemeinem Schuldrecht ist für die Nichterfüllung eines Kaufvertrages Ersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses zu leisten, das hier in der Differenz zwischen dem auf die Wohnung entfallenden Anteil an dem Gesamtkaufpreis, mithin 210.410 DM, und dem Wert der Wohnung von 265.000 DM besteht; diese Differenz beläuft sich daher auf den vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrag.

(…)

---

2. BGB §§ 167, 171, 172; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2 *(Duldungs- und Anscheinsvollmacht bei nichtigem Geschäftsbesorgungsvertrag)*

Das Handeln eines Geschäftsbesorgers/Treuhänders im Anschluss an einen wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtigen Geschäftsbesorgungsvertrag mit umfassender Vollmacht kann dem Vollmachtgeber (Anleger) schon deshalb nach den allgemeinen Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht nicht zugerechnet werden, weil er die Nichtigkeit der Vollmacht nicht kannte oder kennen musste.

BGH, Urteil vom 21.6.2005, XI ZR 88/04

Der Kläger wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger, ein damals 30 Jahre alter, unverheirateter Maschinenschlosser, wurde im Jahre 1992 von einem Vermittler geworben, ohne Einsatz von Eigenkapital ein noch zu errichtendes Studentenappartement im Rahmen eines Steuersparmodells in M. zu kaufen. Zu diesem Zweck beauftragte er am 3.4.1992 die H. Steuerberatungsgesellschaft mbH (nachfolgend: Geschäftsbesorgerin) mit dem Erwerb und erteilte ihr gleichzeitig eine unwiderrufliche notarielle Vollmacht zum Abschluss aller dazu erforderlichen Verträge, einschließlich der Bewilligung und Eintragung von Grundpfandrechten nebst dinglicher sowie persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Am 3.6.1992 schloss die Geschäftsbesorgerin, die über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, im Namen des Klägers mit der Bauträgerin einen notariellen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung und nahm für ihn mit Vertrag vom 5.6.1992 zur Finanzierung des Kaufpreises von 89.152 DM sowie der Nebenkosten bei der beklagten Bank einen Zwischenkredit über 138.930 DM auf. Mit Schreiben vom selben Tag wies die Beklagte den Kläger auf die Kontoeröffnung hin, ohne von ihm eine Antwort zu erhalten. Der endgültige Darlehensvertrag über 118.092 DM und 20.839 DM wurde am 29.9.1992 von der Geschäftsbesorgerin in Namen des Klägers geschlossen und von der Beklagten vereinbarungsgemäß erfüllt. Nach ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen ist der Kläger als Darlehensnehmer verpflichtet, an dem finanzierten Objekt eine „fällige Grundschuld mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung über 139.000 DM“ zu bestellen. Schon vorher hatte der Kläger, vertreten durch die Geschäftsbesorgerin, der Beklagten in notarieller Urkunde vom 3.6.1992 an dem Kaufgegenstand eine Grundschuld über 139.000 DM zuzüglich Zinsen bestellt, für diesen Betrag die persönliche Haftung übernommen und eine dingliche sowie persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung abgegeben. Nachdem der Kläger die Zahlung der vereinbarten Darlehensraten eingestellt hatte, kündigte die Beklagte den ausgereichten Kredit am 30.7.2001 fristlos. Wegen der nach Verwertung der zur Sicherheit abgetretenen Kapitallebensversicherung rechnerisch noch verbleibenden Darlehensrückzahlungsforderung über 49.547,08 € betreibt sie die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 3.6.1992. Der Kläger macht vor allem geltend, es fehle an einem wirksamen Titel, da die von der Geschäftsbesorgerin in seinem Namen abgegebene notarielle Vollstreckungsunterwerfungserklärung mangels wirksamer Vollmacht nichtig sei. Aus demselben Grund sei auch ein Darlehensvertrag nicht zustande gekommen; dieser sei überdies nach dem Haustürwiderrufsgesetz wirksam widerrufen worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der – vom Senat zugelassenen – Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (…)

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, dass der Kläger bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung von der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam vertreten worden und somit ein Titel nicht entstanden ist.

a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein – wie hier – ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag mit derartigen umfassenden Befugnissen ist nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB auch die der Geschäftsbesorgerin/Treuhänderin erteilte umfassende Abschlussvollmacht (st. Rspr., BGHZ 153, 214; Senatsurteile vom 11.1.2005, XI ZR 272/03, WM 2005, 327; vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, Umdruck S. 8 f. und vom 22.2.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488; siehe ferner BGH, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 18/04, DNotZ 2005, 201). Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel.

b) Die auf Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichtete umfassende Vollmacht der Geschäftsbesorgerin stellt inhaltlich eine Prozessvollmacht dar, deren Nichtigkeit nicht mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB überwunden werden kann. Nach der neueren Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (siehe BGHZ 154, 283; bestätigt durch Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, NJW 2004, 59 und IV ZR 33/03, DNotZ 2004, 308; siehe auch bereits Nichtannahmebeschluss vom 30.10.1986, III ZR 262/85, WM

1987, 307, sowie BGH, Urteil vom 18.12.2002, VIII ZR 72/02, NJW 2003, 963) finden die materiell-rechtlichen, dem Schutz des Geschäftsgegners und des Rechtsverkehrs dienenden Vorschriften der §§ 171 f. BGB auf die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht zur Abgabe eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses keine Anwendung. Die Zivilprozessordnung enthält vielmehr – wie auch das Berufungsgericht angenommen hat – in ihren §§ 80, 88 und 89 eigenständige und abschließende Spezialregelungen, die durch eine Anwendung der §§ 171, 172 BGB nicht ersetzt oder ergänzt werden dürfen. Der erkennende Senat hat sich dieser Auffassung bereits in seinem Urteil vom 18.11.2003 (XI ZR 332/02, DNotZ 2004, 360) angeschlossen, sich mit den gegen sie erhobenen Einwendungen in seinen Entscheidungen vom 2.12.2003 (XI ZR 421/02, WM 2004, 372; XI ZR 428/02, Umdruck S. 13 und XI ZR 429/02, Umdruck S. 13) auseinander gesetzt und hält daran weiterhin fest (Senatsurteile vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, BKR 2004, 236 und vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, MittBayNot 2005, 397).

2. Dem Berufungsgericht kann aber nicht gefolgt werden, soweit es meint, dass es dem Kläger aufgrund des derzeitigen Sach- und Streitstands nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen.

a) Richtig ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, dass der Kläger die schwebend unwirksame Vollstreckungsunterwerfungserklärung gemäß § 242 BGB genehmigen und ihr damit rückwirkend Wirksamkeit verleihen muss, wenn die Darlehensverträge vom 29.9.1992 wirksam sind.

aa) Das Berufungsgericht hat die in den formularmäßigen Darlehensverträgen vom 5.6.1992 und 29.9.1992 enthaltene Klausel über die Bestellung einer „fälligen Grundschuld mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung über 139.000 DM“ als eine Verpflichtung des Klägers gedeutet, ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 780 BGB in Höhe des Grundschuldbetrages abzugeben und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut der Vertragsklausel ohne weiteres gedeckt und entspricht – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – der bei derartigen Bankgeschäften schon seit Jahrzehnten üblichen, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung (siehe z. B. BGHZ 99, 274; BGHZ 114, 9; vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, DNotZ 2003, 203, vom 28.10.2003, XI ZR 263/02, MittBayNot 2003, 183; vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, MittBayNot 2005, 397 und vom 5.4.2005, XI ZR 167/04, ZNotP 2005, 345; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, WM 2003, 2372) gebilligten Praxis.

bb) Muss der Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages ein derartiges selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung als die Grundschuld verstärkende persönliche Sicherheit abgeben, so verhält er sich treuwidrig, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen einen Vorteil zu ziehen. Dem Kläger ist es daher nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen (st. Rspr., siehe BGH, Nichtannahmebeschluss vom 30.10.1986, III ZR 262/85, WM 1987, 307; Nichtannahmebeschluss des Senats vom 18.2.2003, XI ZR 138/02, Umdruck S. 3; BGH, Urteile vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, WM 2003, 2372 und IV ZR 33/03, WM 2003, 2376 sowie vom 10.3.2004, IV ZR 143/03, WM 2004, 922; Senatsurteile vom 18.11.2003, XI ZR 332/02, WM 2004, 27; vom 2.12.2003, XI ZR 421/02, WM 2004, 372; vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, BKR 2004, 236; vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, Umdruck S. 11 und vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, MittBayNot 2005, 397), wenn er an die Kreditverträge gebunden ist.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Kläger bei Abschluss der Darlehensverträge von der Geschäftsbesorgerin aber nicht nach den allgemeinen Regeln über die Duldungsvollmacht wirksam vertreten worden.

aa) § 171 und § 172 BGB sowie die allgemeinen Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind allerdings auch dann anwendbar, wenn die umfassende Bevollmächtigung des Treuhänders unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist. Die §§ 171 bis 173 BGB sowie die Regeln der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setzt, sich so behandeln lassen muss, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt (vgl. BGHZ 102, 60; Senatsurteil vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, DNotZ 2003, 40). Dies gilt, soweit gesetzgeberische Wertungen nicht entgegenstehen, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich die Bevollmächtigung eines anderen als nichtig erweist (vgl. Senatsurteile BGHZ 144, 223 und vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230). Nur so kann dem Schutz des Vertragsgegners und des Rechtsverkehrs, den die allgemeine Rechtsscheinhaftung bezweckt, ausreichend Rechnung getragen werden.

bb) Indessen liegen die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, wie die Revision zu Recht rügt, hier nicht vor.

(1) Lässt der Vertretene es – in aller Regel in mehreren Fällen und über einen längeren Zeitraum – zu, dass ein anderer ohne eine Bevollmächtigung als sein Vertreter auftritt, so dass Dritte daraus berechtigterweise auf das Bestehen einer Vollmacht schließen können, so muss er sich so behandeln lassen, als habe er ihm Vollmacht erteilt. Voraussetzung dafür ist, dass der Vertretene das Verhalten des nicht von ihm bevollmächtigten Vertreters kannte und nicht dagegen eingeschritten ist, obgleich ihm das möglich gewesen wäre (st. Rspr., siehe etwa BGHZ 5, 111; BGH, Urteile vom 10.3.1953, I ZR 76/52, LM § 167 Nr. 4; vom 5.11.1962, VII ZR 75/61, LM § 167 Nr. 13; vom 9.11.1989, VII ZR 200/88, BGHR § 167 – Duldungsvollmacht 1; vom 24.1.1991, IX ZR 121/90, NJW 1991, 1225 und vom 13.5.1992, IV ZR 79/91, VersR 1992, 989; vgl. auch Senatsurteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064 m. w. N.). Die Duldungsvollmacht stellt daher eine „bewusst hingenommene“ Anscheinsvollmacht dar (*Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 48 Rdnr. 23), bei der der Vertretene das unbefugte Auftreten des Vertreters zwar nicht kannte, also auch nicht duldete, aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte bemerken und verhindern können (zu den Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht siehe z. B. BGH, Urteil vom 5.3.1998, III ZR 183/96, NJW 1998, 1854 m. w. N.; vgl. ferner Senatsurteil vom 15.2.2005, a. a. O., Umdruck S. 10).

(2) So ist es hier aber nicht: Dem steht entgegen, dass der Kläger nicht gewusst hat oder hätte wissen müssen, dass die Geschäftsbesorgerin für ihn als Vertreterin ohne Vollmacht auftritt. Vielmehr durfte er davon ausgehen, dass sie eine wirksame notarielle Vollmacht besitzt. Den vor dem Jahre 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ließ sich nämlich nichts entnehmen, was für einen Verstoß

eines umfassenden Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise im Senatsurteil vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe jüngst Senatsurteil vom 15.3.2005, XI ZR 135/04, MittBayNot 2005, 397) kann der kreditgebenden Bank daher in Fällen der vorliegenden Art gewöhnlich keine Kenntnis oder ein Kennenmüssen der Nichtigkeit der Vollmachtserteilung gemäß § 173 BGB zur Last gelegt werden. Es liegt daher fern, dem Kläger vorzuwerfen, die Vollmachtlosigkeit des Vertreterhandelns entsprechend den Regeln der Anscheins- oder Duldungsvollmacht nicht rechtzeitig erkannt oder gar bewusst geduldet zu haben. Dafür, dass die Geschäftsbesorgerin bereits vor Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages mit umfassender Vollmacht als vollmachtlose Vertreterin des Klägers im Rechtsverkehr aufgetreten ist und dadurch aus Sicht der Beklagten möglicherweise ein ihm zurechenbarer Anschein hinsichtlich einer im Innenverhältnis erteilten Vollmacht hervorgerufen wurde (vgl. Senatsurteil vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230), ist nichts vorgetragen.

(3) Zudem hat das Berufungsgericht auch sonst an das Vorliegen einer Duldungsvollmacht zu geringe Anforderungen gestellt. Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 25.3.2003 (XI ZR 227/02, ZNotP 2003, 263) in einem fast gleichgelagerten Fall entschieden hat, reicht ein bloßes Schweigen des Kreditnehmers auf die Mitteilung über die Einrichtung eines Kontos zur Vorfinanzierung des Kaufpreises für die Annahme einer Duldungsvollmacht hinsichtlich des zeitlich nachfolgenden endgültigen Darlehensvertrages nicht aus. Dass die Beklagte bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 29.9.1992 nicht nur auf die notarielle Vollmachtsurkunde vom 3.4.1992 vertraut, sondern das Schweigen des Klägers auf ihr Schreiben vom 5.6.1992 für ein bewusstes „Dulden“ des späteren Vertreterhandelns der Geschäftsbesorgerin gehalten und zur Grundlage ihrer Willensentscheidung gemacht hat, ist von ihr in den Tatsacheninstanzen auch nicht geltend gemacht worden.

3. Der Revision kann indes nicht gefolgt werden, soweit sie meint, dass die Darlehensverträge nach dem Haustürwiderrufsgesetz wirksam widerrufen worden seien und infolgedessen die rechtliche Grundlage für den dolo-facit-Einwand der Beklagten entfallen sei. Der Kläger hat nicht substantiiert dargelegt, dass die beiden Darlehensverträge von der Geschäftsbesorgerin in einer Haustürsituation geschlossen worden sind. Ein Widerruf des notariell beurkundeten Geschäftsbesorgungsvertrags sowie der umfassenden Vollmacht scheidet nach dem eindeutigen und damit nicht auslegungsfähigen Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG aus, da insoweit eine notarielle Erklärung vorliegt (siehe Senatsurteile vom 29.4.2003, XI ZR 201/02, WM 2004, 21, und vom 2.12.2003, XI ZR 421/02, WM 2004, 372).

III.

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Entgegen der Ansicht der Revision ist eine Anwendung des § 172 BGB zugunsten der Beklagten allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen.

a) Die §§ 171, 172 BGB knüpfen an die Kundgabe der Vollmachtserteilung als solche an und lassen sie nach dem Willen des Gesetzgebers unter bestimmten Voraussetzungen zum Schutz des Verhandlungspartners und des Rechtsverkehrs „als Bevollmächtigung“ gelten (vgl. Protokolle I, S. 146). Ein in aller Regel erst durch eine gewisse Häufigkeit und Dauer des vollmachtlosen Vertreterhandelns erzeugter Rechtsschein und ein Verschulden des Vertretenen sind daher nicht erforderlich (Senatsurteil vom 15.2.2005, a. a. O., Umdruck S. 10). Entscheidend ist nicht einmal, ob der Vertragsgegner den Inhalt der notariellen Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 BGB vor oder bei Vertragsschluss tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (BGHZ 76, 76; BGH, Urteil vom 15.10.1987, III ZR 235/86, DNotZ 1988, 551; siehe ferner *Staudinger/Schilken*, BGB, Neubearb. 2004, § 172 Rdnr. 3 m. w. N.).

b) Der Umstand, dass die Initiatoren des Anlagemodells die Geschäftsbesorgerin/Treuhänderin – nach Behauptung des Klägers mit Billigung der Beklagten – allein ausgesucht und deren umfassende Beauftragung den Anlegern vorgeschrieben haben, steht einer Anwendung der §§ 171, 172 BGB nicht entgegen. Diese setzen – wie das Vertretungsrecht überhaupt – kein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter voraus, sondern stellen allein auf die eigenverantwortliche Vollmachtskundgabe des Vertretenen ab. Für eine andere Betrachtungsweise besteht in den vorliegenden Fällen auch aus Billigkeitsgründen kein Bedürfnis, weil der einzelne Anleger nach den Regeln über den Vollmachtsmissbrauch vor schädigenden Handlungen des Vertreters hinreichend geschützt wird (Senatsurteile vom 26.10.2004, XI ZR 255/03, DNotZ 2005, 208, und vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72). Überdies kann ohne konkrete Feststellungen zu kollusiven Absprachen zwischen Bank, Initiatoren des Anlagemodells und Geschäftsbesorger/Treuhänder nicht ohne weiteres unterstellt werden, die kreditgebende Bank wisse, dass der Vertreter Teil einer den Erwerber benachteiligenden einheitlichen Vertriebsorganisation ist (Senatsurteile vom 26.10.2004, a. a. O., und vom 9.11.2004, a. a. O.). Die vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in den Fällen strukturvertriebener Beteiligungen an einem Immobilienfonds entwickelten und davon zum Teil abweichenden Grundsätze stehen dem nicht entgegen. Sie beruhen auf der Annahme, dass Darlehensvertrag und Anteilserwerb aufgrund der Eingliederung der kreditgebenden Bank in die Vertriebsorganisation regelmäßig ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG darstellen (siehe dazu jüngst BGH, Urteil vom 21.3.2005, II ZR 411/02, WM 2005, 843). Diese Voraussetzung war aber nach langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe z. B. Senatsurteil vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72) bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft wie dem vorliegenden schon vor Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes grundsätzlich nicht erfüllt und ist im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausnahmslos nicht gegeben. Ob der Kläger die Grundschuld über 139.000 DM selbst bestellt hat, ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ohne Belang (Senatsurteile vom 26.10.2004, XI ZR 255/03, DNotZ 2005, 208 und vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72). Überdies ist die Behauptung des Klägers, es liege hier ein verbundenes Geschäft vor, substanz- und beweislos.

Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen nach § 132 Abs. 2 oder 4 GVG ist entgegen der Ansicht der Revision nicht veranlasst. Der Senat weicht nicht von tragenden Gründen einer Entscheidung des II. Zivilsenats ab. Für die Kreditfinanzierung von Immobilien existieren, was auch der II. Zivilsenat, der in seinem Urteil vom 21.3.2005 (II ZR 411/02, WM 2005, 843) von einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen ausdrücklich abgesehen hat, nicht anders sieht, in der EU-Verbraucherkreditrichtlinie und im deutschen Verbraucherkreditrecht besondere Regelungen.

c) Eine Anwendung des § 172 BGB ist auch nicht nach § 173 BGB ausgeschlossen. Besondere Umstände, die dafür

sprechen könnten, dass die Beklagte im Jahre 1992 die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung ausnahmsweise hätte kennen müssen, vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Dass die notariell beurkundete Vollmacht die Geschäftsbesorgerin auch zur Vertretung des Klägers gegenüber Gerichten und Behörden ermächtigte, ist entgegen der Ansicht der Revision kein solcher Umstand (Senatsurteil vom 11.1.2005, XI ZR 272/03, WM 2005, 327).

2. Zu der unter Beweis gestellten entscheidungserheblichen Behauptung der Beklagten, dass ihr spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 29.9.1992 eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vom 3.4.1992 vorlag (zu dieser Voraussetzung siehe etwa BGHZ 102, 60, zuletzt Senatsurteile vom 20.4.2004, XI ZR 164/03, MittBayNot 2005, 36 sowie XI ZR 171/03, WM 2004, 1230; vom 26.10.2004, XI ZR 255/01, ZIP 2005, 69; vom 9.11.2004, XI ZR 315/03, WM 2005, 72; vom 14.12.2004, XI ZR 142/03, Umdruck S. 16 und vom 22.2.2005, XI ZR 41/04, WM 2005, 786), hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – keine Feststellungen getroffen. Nach dem für die Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt kann die nichtige Vollmacht der Geschäftsbesorgerin für den Abschluss der Darlehensverträge daher nicht gemäß § 172 Abs. 1 BGB gegenüber der Beklagten als wirksam angesehen werden.

IV.

Damit das Berufungsgericht die notwendige Beweisaufnahme vornehmen kann, war das angefochtene Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

———

3. AGBG § 10 Nr. 4 *(Unwirksamer Änderungsvorbehalt beim Bauträgervertrag)*

Die Klausel in einem Bauträgervertrag:

> **„Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffauswahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten."**

ist unwirksam.

BGH, Urteil vom 23.6.2005, VII ZR 200/04

Die Kläger erwarben 1998 von der Beklagten sanierte Eigentumswohnungen in dem Altbauobjekt F.-T. Straße in W. Sie verlangen Schadensersatz wegen abweichend von der Leistungsbeschreibung eingebauter Fenster im Treppenhaus der Gebäude Nr. 52 a und b. Die Baubeschreibung sah vor, dass zweiflügelige Fenster mit Kreuzstock neu erstellt werden. In der Einleitung der Baubeschreibung heißt es: „Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffauswahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten."

Nach Fertigstellung des Objekts beschloss die Eigentümerversammlung unter Mitwirkung der Beklagten am 16.4.1998, dass ein Sachverständiger mit der Abnahme beauftragt wird und die Eigentümergemeinschaft wie auch die Beklagte verpflichtet sind, ungeachtet des Ergebnisses des Gutachtens dieses als Schiedsgutachten anzuerkennen. Das Gemeinschaftseigentum wurde am 1.9.1998 abgenommen. In einem Protokoll des Gutachters L. wurde neben Mängeln die Beanstandung der Wohnungseigentümer festgehalten, dass die Beklagte weitgehend keine neuen Fenster im Treppenhaus eingebaut hatte. Die Beklagte ließ darauf hin einflügelige Fenster ohne Kreuzstock einbauen. L. stellte bei einer Schlussbesichtigung im November 2000 fest, dass die zuvor im Protokoll der Abnahme vom 1.9.1998 aufgeführten Mängel und Restarbeiten erledigt seien und keine Beanstandungen mehr bestünden. Weiter bemerkte er u. a., im Treppenhaus seien neue Fenster eingesetzt worden, jedoch entgegen der Baubeschreibung nicht zweiflügelig und nicht mit Sprossenteilung. Die Ausführung sei nicht zu beanstanden. Aus optischen Gründen bestünden keine Beanstandungen. Das allgemeine Erscheinungsbild des Gebäudekomplexes werde nicht gestört.

Am 20.12.2000 fand eine Eigentümerversammlung statt, in der der Verwalter beauftragt und ermächtigt wurde, gegenüber der Beklagten einen Schadensersatzanspruch vorerst außergerichtlich, mit Zustimmung des Beirats aber auch auf gerichtlichem Wege, durchzusetzen, der das Nichteinsetzen der zweiflügeligen Fenster mit Kreuzstock zum Gegenstand hat. Der Schadensersatzanspruch sollte danach bemessen werden, was deren Austausch durch die richtigen, der Vereinbarung entsprechenden Fenster koste.

Die Kläger haben sodann Schadensersatz in Höhe der Kosten für neue Fenster von 32.366,46 € zu Händen der Verwalterin verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, an die Kläger 19.200,41 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat weitgehend keinen Erfolg. Sie war mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Zahlung zu Händen der Verwalterin erfolgt.

Das für das Schuldverhältnis maßgebende Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Kläger seien berechtigt, den Schadensersatzanspruch gerichtlich zu verfolgen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft müsse mit Stimmenmehrheit über die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz beschließen. Dieser Beschluss sei unter Top 2 Ziff. 11 des Beschlusses vom 20.12.1999 (richtig 2000) gefasst worden. Die Wohnungseigentümer könnten deshalb den Schadensersatzanspruch gemeinschaftlich verfolgen. Dass durch den Beschluss der Verwalter ermächtigt worden sei, mit Zustimmung des Beirats den Schadensersatzanspruch auf gerichtlichem Weg durchzusetzen, stehe dem nicht entgegen.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg mit dem Einwand, die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Beschluss vom 20.12.2000 habe unter doppeltem Vorbehalt gestanden. Zum einen habe es der Zustimmung des Beirats bedurft, zum anderen eines das Wahlrecht ausübenden Beschlusses. Keine der Voraussetzungen liege vor.

Die Kläger sind die Erwerber sämtlicher bereits veräußerter Wohnungen des Objekts F.-T. Straße in W. Sie sind die Vertragspartner der Beklagten und als solche berechtigt, die Ansprüche wegen Mängeln gegen die Beklagte geltend zu machen. Das gilt grundsätzlich auch für den nach den Mängelbeseitigungskosten berechneten Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 635 BGB. Allerdings obliegt die Wahl zwischen den Ansprüchen auf Minderung und Schadensersatz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (BGH, Urteil vom 15.4.2004, VII ZR 130/03, DNotZ 2004, 786; Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 257/03, DNotI-Report 2005, 61). Auf der Grundlage der gemeinschaftlichen Entscheidung kann der Anspruch gemeinschaftlich durchgesetzt werden (BGH, Urteil vom 6.6.1991,VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 387). Die Wohnungseigentümergemeinschaft hat im Beschluss vom 20.12.2000 die gerichtliche Durchsetzung eines Schadens-

ersatzanspruches vorgesehen. Zu Recht hat das Berufungsgericht es für unerheblich gehalten, dass nach dem Beschluss lediglich der Verwalter zur Prozessführung ermächtigt wurde und dies auch nur mit Zustimmung des Beirats. Dem liegt das naheliegende Verständnis des Beschlusses zugrunde, wonach sämtliche Erwerber die Prozessführung gemeinschaftlich jederzeit ohne erneuten Beschluss und damit auch ohne Zustimmung des Beirats an sich ziehen können.

II.

1. Das Berufungsgericht meint, die einflügelige Ausführung der Fenster in den Treppenhäusern ohne Kreuzstock sei ein Mangel der geschuldeten Werkleistung. Nach Ziff. 10 der Leistungsbeschreibung seien die neu zu erstellenden Fenster als zweiflügelige Fenster mit Kreuzstock einzubauen. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, aufgrund der in der Einleitung der Baubeschreibung enthaltenen Regelung Fenster ohne Kreuzstock einzubauen. Diese Regelung könne nur so ausgelegt werden, dass Änderungen der Leistungsbeschreibung nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie aus bei Vertragsschluss nicht vorhergesehenen und auch nicht vorhersehbaren technischen oder sonstigen Gründen erforderlich werden. Danach sei die Beklagte nicht zu einer abweichenden Ausführung berechtigt gewesen, weil sie die Problematik, dass die Fenster wegen der geringen Breite maschinell nicht gefertigt werden könnten, bereits vor Erstellung der Baubeschreibung hätte klären können.

2. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Nach Ziff. 10 der Leistungsbeschreibung waren alle neuen Fenster zweiflügelig mit Kreuzstock einzubauen. Die Beklagte hat einflügelige Fenster ohne Kreuzstock eingebaut. Es liegt eine Abweichung von der nach Ziff. 10 geschuldeten Beschaffenheit vor. Ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Wert der Leistung zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch dadurch gemindert ist.

b) Die Beklagte war nicht befugt, die in Ziff. 10 vorgesehene Leistung eigenmächtig dahin abzuändern, dass sie einflügelige Fenster ohne Kreuzstock einbaute. Eine Änderungsbefugnis ergibt sich nicht aus der Regelung der Baubeschreibung, nach der Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffauswahl, soweit sie gleichwertig sind, vorbehalten bleiben. Diese ist unwirksam.

aa) Das Berufungsgericht lässt es dahinstehen, ob es sich bei der Baubeschreibung um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und der Änderungsvorbehalt mit § 10 Nr. 4 AGBG vereinbar ist. Es kann jedoch aufgrund der getroffenen Feststellungen kein Zweifel bestehen, dass der Änderungsvorbehalt eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, die zu Lasten der Beklagten der Inhaltskontrolle zu unterziehen ist. Der Änderungsvorbehalt ist in den Baubeschreibungen aller Verträge mit den Erwerbern enthalten. Es handelt sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, § 1 Abs. 1 AGBG. Keinem Zweifel unterliegt auch, dass die Klausel von der Beklagten gestellt ist. Es gibt zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass sie durch die Erwerber in den Vertrag eingeführt worden ist, vgl. § 24 a Nr. 1 AGBG. Die Klausel ist nicht nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen. Sie betrifft nicht die Teile der Leistungsbeschreibung, mit denen der Gegenstand der Hauptleistungspflicht unmittelbar festgelegt wird, sondern regelt die Befugnis, die Leistung zu modifizieren. Derartige Regelungen unterliegen der Inhaltskontrolle (BGH, Urteil vom 12.1.1994, VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351, 362 m. w. N.).

bb) Die Klausel ist gemäß § 10 Nr. 4 AGBG unwirksam. Danach ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt (vgl. auch Nr. 1 k des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., § 308 Rdnr. 22, 23; *Ulmer/Brandner/Hensen*, 9. Aufl., § 10 Nr. 4 Rdnr. 15). Die Klausel lässt nicht erkennen, dass die Beklagte zu einer Änderung der Bauausführung nur dann berechtigt ist, wenn triftige Gründe vorliegen. Nach ihrem Wortlaut besteht die Änderungsbefugnis ohne Einschränkung, sieht man davon ab, dass die ersetzende Leistung gleichwertig sein muss. Im Hinblick auf die gebotene Klarheit und Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG) ist es unverzichtbar, dass die Klausel die triftigen Gründe für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nennt und in ihren Voraussetzungen und Folgen erkennbar die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigt (BGH, Urteil vom 20.1.1983, VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284; Urteil vom 12.1.1994, VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351, 362 m. w. N.; vgl. auch *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 457; *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil, Rdnr. 317).

III.

1. Das Berufungsgericht führt aus, dem Schadensersatzanspruch stehe nicht der Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung vom 16.4.1998 entgegen, dass alle Beteiligten ungeachtet der Ergebnisse des Gutachtens des mit der Abnahme beauftragten Gutachters L. dieses als Schiedsgutachten anerkennen. Nach dem Beschluss sei der Gutachter ausschließlich mit der Abnahme beauftragt gewesen. Das Ergebnis des Gutachtens und damit die Reichweite der Schiedsgutachtervereinbarung beträfen ausschließlich die Abnahmefähigkeit des Werkes selbst und erfassten keine sekundären Gewährleistungsansprüche wie den Anspruch aus § 635 BGB.

2. Dagegen wendet sich die Revision ebenfalls ohne Erfolg. Sie meint, die Feststellung des Sachverständigen, die einflügelige Ausführung ohne Kreuzstock sei nicht zu beanstanden, sei bindend. Die Feststellung sei Teil der rechtsgeschäftlichen Abnahme und deshalb für die Kläger verbindlich.

a) Damit setzt sich die Revision über die revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Auslegung der Schiedsgutachterabrede durch das Berufungsgericht hinweg. Das Berufungsgericht hat die Schiedsgutachterabrede dahin ausgelegt, dass die Entscheidung des Sachverständigen lediglich hinsichtlich der Abnahme bindend ist, nicht jedoch hinsichtlich der Feststellungen zu einzelnen Mängeln, aus denen Schadensersatzansprüche hergeleitet werden könnten. Diese Auslegung ist möglich. Es ist entgegen der Revision nicht zwingend, dass die Beurteilung des Sachverständigen, ein Mangel liege nicht vor, deshalb verbindlich ist, weil die Mängelfreiheit Voraussetzung für die Schlussabnahme war. Die Schiedsgutachterabrede erhält auch dann einen Sinn, wenn die Verbindlichkeit sich nur auf die Abnahme bezieht. Denn die Abnahme löst Rechtsfolgen zugunsten der Beklagten aus, die die Kläger infolge der Schiedsgutachterabrede hinzunehmen hatten. Dagegen bedeutet die Abnahme nicht, dass Mängel nicht mehr verfolgt werden könnten.

b) Im Übrigen hätte die Revision auch dann keinen Erfolg, wenn eine alle Erwerber bindende Schiedsgutachterabrede

hinsichtlich der Mängel angenommen werden müsste. Das Gemeinschaftseigentum ist am 1.9.1998 abgenommen worden. Bereits im Protokoll vom 8.10.1998 sind die Fenster nicht unter Mängel oder Restarbeiten behandelt worden, sondern als davon gesondert aufgeführte Beanstandungen der Eigentümergemeinschaft. Die Schlussbesichtigung des Gemeinschaftseigentums am 8.11.2000 diente offenbar dazu festzustellen, ob die im Protokoll vom 8.10.1998 aufgeführten Mängel und Restarbeiten erledigt sind. Das ist vom Sachverständigen bejaht worden. Erneut davon abgesetzt ist seine Bemerkung hinsichtlich der Fenster. Dieser Bemerkung lässt sich nicht entnehmen, dass der Sachverständige die Leistung als mangelfrei beurteilt. Der Sachverständige hat lediglich die handwerkliche und optische Ausführung als beanstandungsfrei bezeichnet, gleichwohl aber festgestellt, dass die Leistung nicht der Baubeschreibung entspricht.

IV.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe die mangelhafte Leistung zu vertreten. Nicht nachvollziehbar sei das Vorbringen der Beklagten, der Vorgabe in der Baugenehmigung, die Treppenräume müssten in jedem Geschoß Fenster von mindestens 0,5 m² erhalten, die geöffnet werden können, könne beim Einbau von Kreuzstockfenstern nicht entsprochen werden. Das vorgegebene Öffnungsmaß diene ausschließlich der ausreichenden Belüftung und Beleuchtung je Geschoss, nicht aber dem Einbringen von Rettungsgeräten der Feuerwehr. Es sei nicht ersichtlich, dass die Ausstattung der Fenster mit oder ohne Kreuzstock Einfluss auf die Größe der lichten Öffnung habe. Ebenso wenig habe die Beklagte nachvollziehbar dargelegt, dass Gesichtspunkte des Denkmalschutzes dem Einbau von Kreuzstockfenstern entgegenständen. Es sei schon nicht vorgetragen, dass das in Rede stehende Objekt überhaupt ein Baudenkmal oder jedenfalls vorläufig unter Schutz gestellt sei.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Beklagte ist nicht ohne Verschulden von der geschuldeten Ausführung abgewichen. Die geschuldete Leistung ist technisch durchführbar. Es ist nach dem Vorbringen der Beklagten lediglich nicht möglich, die Fenster mit Kreuzstock maschinell zu fertigen. Eventuelle Schwierigkeiten und erhöhte Kosten durch eine nicht maschinelle Herstellung der Fenster sind kein entschuldigender Grund, von der Leistungsbeschreibung abzuweichen. Gleiches gilt für eventuelle Schwierigkeiten hinsichtlich der Größe der Fenster. Die Beklagte hat lediglich dargelegt, dass maschinell gefertigte Fenster, die im Wege der Überschubmontage eingebaut werden, nicht den Anforderungen der Baugenehmigung entsprechen. Das gilt im Übrigen nur für die „kleinen Fenster“, ohne dass die Beklagte dargelegt hätte, dass in jedem der Treppengeschosse ausschließlich kleine Fenster eingebaut werden können.

Im Übrigen wäre die Beklagte auch dann nicht berechtigt gewesen, eigenmächtig einflügelige Fenster ohne Kreuzstock einzubauen, wenn durch den unbeweglichen Kreuzstock die vorgeschriebene Größe von 0,5 m² bei zu öffnendem Fenster nicht erreichbar gewesen wäre. Die Beklagte wäre dann gehalten gewesen, mit den Erwerbern eine Einigung über die modifizierte Ausführung herbeizuführen. Diese hätten eine Bauausführung beanspruchen können, die der geschuldeten Sollbeschaffenheit so nahe wie möglich kommt (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.1989, VII ZR 80/88, BauR 1989, 462, 465 = ZfBR 1989, 213). Das hätten z. B. Sprossenfenster sein können, wie sie vor der Sanierung vorhanden waren. Die Einwendung der Beklagten, Auflagen des Denkmalschutzes stünden dem Einbau von Kreuzstockfenstern entgegen, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zurückgewiesen. Es ist bereits nicht dargelegt, dass das Objekt Auflagen des Denkmalschutzes unterliegt. Es bestand deshalb für die Beklagte auch kein Anlass, der Meinung eines Sachbearbeiters des Denkmalamtes zu folgen. Ein Verschulden der Beklagten kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Kläger hätten beim Einbau der neuen Fenster nicht ausreichend mitgewirkt. Die Beklagte hat behauptet, das von ihr mit dem Austausch der Fenster beauftragte Unternehmen habe die Einbaumodalitäten mit der Hausverwaltung abstimmen wollen, diese habe darauf nicht reagiert. Daraus ergibt sich nicht, dass die Kläger vor dem Austausch der Fenster darüber informiert worden wären, dass von der Leistungsbeschreibung abweichende Fenster eingebaut werden.

V.

1. Das Berufungsgericht hat die Beklagte trotz anderslautendem Berufungsantrag verurteilt, den Betrag von 19.200,41 € nebst Zinsen an die Kläger zu zahlen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der nach den Mängelbeseitigungskosten berechnete Schadensersatzanspruch wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum kann grundsätzlich nur mit dem Antrag auf Zahlung an die Gemeinschaft durchgesetzt werden. Denn nur so ist die zweckentsprechende Verwendung der Mittel sichergestellt. Das Erfordernis, die Mittelverwendung sicherzustellen, bewirkt die Unteilbarkeit eines Anspruchs der Wohnungseigentümer auf kleinen Schadensersatz (BGH, Urteil vom 6.6.1991, VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 388). Die Kläger bilden nicht die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, die über die Mittelverwendung beschließt. Nach der Darstellung der Beklagten sind zwei Wohnungen noch nicht veräußert. Aus den vorgelegten Beschlüssen der Wohnungseigentümergemeinschaft lässt sich nicht entnehmen, dass der Schadensersatzanspruch mit Zahlung allein an die klagenden Erwerber sollte durchgesetzt werden können. Dagegen spricht bereits, dass der Schadensersatzanspruch nach Top 2 Ziff. 11 des Beschlusses vom 20.12.2000 danach bemessen werden sollte, was der Austausch der Fenster durch die richtigen, der Vereinbarung entsprechenden Fenster kostet. Da ein Beschluss über die Verwendung der so erlangten Mittel nicht gefasst worden ist, muss der Beschluss vom 20.12.2000 so verstanden werden, dass die Mittel zunächst der Gemeinschaft zur Verfügung gestellt werden sollten. Damit ist eine Verurteilung der Beklagten, den Schadensersatz an die Kläger zu zahlen, nicht vereinbar. Diese Verurteilung stellt nicht sicher, dass das Geld der Gemeinschaft aller Wohnungseigentümer zufließt.

Auf den Hilfsantrag der Kläger war die Verurteilung zur Zahlung mit der Maßgabe zu beschränken, dass die Zahlung zu Händen der Verwalterin erfolgt.

Anmerkung:

Der Entscheidung ist in Bezug auf die Unwirksamkeit des im konkreten Fall vertraglich vereinbarten Änderungsvorbehalts zugunsten des Bauträgers uneingeschränkt zuzustimmen.

§ 308 Nr. 4 BGB, vormals § 10 Nr. 4 AGBGB, ist ein im Hinblick auf den Grundsatz pacta sunt servanda unumgängliches Klauselverbot, um den Verbraucher vor beliebigen einseitigen Änderungen durch den Verwender der Geschäftsbedingungen zu schützen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen wie *„Änderungen in der Planung und Ausführungsart sowie den vorgesehenen Baustoffen behält sich der Bauträger gemäß § 315 BGB vor, soweit sie sich technisch oder wirtschaftlich als zweckmäßig*

oder notwendig erweisen ...“, trifft man leider nach wie vor in Bauträgerverträgen und sogar in Formularbüchern an. Mit derartigen Klauseln, nähme man sie wörtlich, ließen sich weite Teile einer Baubeschreibung in großzügigem Umfang nach Vertragsschluss und während der Bauphase durch den Bauträger einseitig abändern. Gerade wirtschaftliche Gründe – es sich lässt sich immer ein noch billigeres Produkt, Bauweise usw. finden – böten dem Bauträger beliebige Möglichkeiten, das zunächst Versprochene abzuändern.

Die mit dem Urteil angesprochene Problematik ist allerdings nicht ganz so eindimensional wie es zunächst den Anschein hat. Der Wunsch nach derartigen Klauseln kommt von dem mitunter verständlichen Bemühen der Bauträger, sich in der Bauphase gewisse Spielräume in der Ausführung vorzubehalten. Derartige Spielräume finden sich in unterschiedlicher rechtlicher Gestalt in den Bauträgerverträgen und es ist dementsprechend zu differenzieren.

1. Unspezifische Abänderungsvorbehalte

Gegenstand des Urteils war eine, wenn man sie so nennen will, vollständig unspezifizierte Generalabänderungsklausel.

Soweit in der Baubeschreibung die zu verwendenden Produkte, die Bauausführung usw. exakt beschrieben sind, dann kann eine solche konkrete Vertragszusage nicht mit der einen Hand gegeben werden und mit der anderen Hand über eine vollständig unspezifizierte Abänderungsklausel wieder zurückgenommen werden. Derartige Generalklauseln sind nichts anderes als ein (untauglicher) Versuch von Bauträgern, ihr Planungs- und Geschäftsrisiko in weiten Teilen auf den Käufer abzuwälzen.[1]

In diesem Zusammenhang sind schließlich auf die vom BGH aufgestellten Transparenzanforderungen für eine solche Änderungsklausel hinzuweisen: *„... es ist unverzichtbar, dass die Klausel die triftigen Gründe für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nennt und ihre Voraussetzungen und Folgen erkennbar die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigt (...).“*[2]

a) Nachträglicher Änderungsbedarf

Wegen dieses vertragsimmanenten Planungs- und Geschäftsrisikos des Bauträgers können nur solche Änderungen hingenommen werden, deren Ursachen sich erst *nachträglich* ergeben haben.[3] Für die Beurteilung der Nachträglichkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Der Käufer muss, sofern vertraglich vereinbart, nur solche Änderungen hinnehmen, mit deren Notwendigkeit auch ein das Bauvorhaben sorgfältig planender Bauträger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht rechnen musste. Da dem Bauträger umfassende Planungs- und Prüfungspflichten obliegen, sind solche Änderungsbefugnisse auf ungewöhnliche Ausnahmefälle beschränkt.

In gleicher Weise ergibt sich aus dem vertragsimmanenten Planungs- und Geschäftsrisiko des Bauträgers, dass der Käufer nur solche Änderungen hinnehmen muss, die *notwendig* sind.[4] Mithin muss der vom BGH erwähnte triftige Grund gegeben sein.[5] Insbesondere wirtschaftliche Gründe rechtfertigen grundsätzlich keine Änderungen.

b) Angebotene Alternativen

Im Hinblick auf das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB,[6] können spezifische Zusagen, die für den Käufer gerade auch für die Beurteilung der Angemessenheit des Kaufpreises maßgeblich sind, nur durch ebenfalls konkret in der Baubeschreibung genannte Alternativen wieder zur Disposition gestellt werden. Dann handelt es sich jedoch meist nicht um eine Abänderungsklausel, sondern um eine Wahlschuld im Sinne von § 262 BGB, bei der dem Bauträger das Bestimmungsrecht eingeräumt wurde. Jedenfalls in den Fällen, in denen die wahlweise angebotenen Bauausführungen/Produkte wirtschaftlich gleichwertig sind, sind derartige Wahlschulden grundsätzlich zulässig. Dies gilt natürlich nur mit der Einschränkung, dass hierbei auch die übrigen gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden, also insbesondere das Transparenzgebot.

c) Nennung von Produktmarken

In eine ähnliche Richtung gehen Formulierungen in der Baubeschreibung, die eine Marke bzw. ein Produkt nur als Beispiel nennen und dementsprechend der zusätzliche Vermerk zu lesen ist „oder gleichwertig“. In solchen Fällen hat das angegebene Produkt fast ausnahmslos nur Beispielsfunktion im Hinblick auf seine Eigenschaften. Mithin will sich der Bauträger in zulässiger Weise die Möglichkeit offen halten, ein vergleichbares Produkt eines anderen Herstellers verwenden zu dürfen. In einem solchen Falle wird keine Abänderungsbefugnis des Bauträgers begründet, vielmehr hat der Bauträger ein Werk zu liefern, das den in der Baubeschreibung vorgegebenen Rahmen erfüllt, also die entsprechenden Eigenschaften aufweist. Der Bauträger schafft sich hierdurch einen zulässigen Spielraum bei der Bauausführung, solange und soweit der in der Baubeschreibung gesetzte Rahmen nicht so vage ist, dass letztlich die nachfolgend behandelte Lücke in der Baubeschreibung geschaffen wird. Die Grenzen sind insoweit fließend.

Wenig Spielraum verbleibt jedoch dem Bauträger, der in der Baubeschreibung ein bestimmtes Markenprodukt benennt und sich damit zu dessen Verwendung verpflichtet. Da in einem solchen Falle die Beispielsfunktion des benannten Produkts für den Erwerber nicht erkennbar ist, ist die Verwendung eines Produkts eines anderen Herstellers, auch wenn es dieselben Eigenschaften aufweist, grundsätzlich nicht zulässig. Der Bauträger muss sich an den Zusagen in seiner Baubeschreibung festhalten lassen.

2. Einfluss von Europarecht

In dem Zusammenhang mit dem Erfordernis eines triftigen Grundes verweist der BGH nur nebenbei durch einen Klammerzusatz auf die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.[7] Zutreffend zitiert der BGH die Richtlinie nicht unmittelbar bzw. leitet aus ihr nicht die Anforderungen ab, an denen sich Änderungsvorbehalte messen lassen müssen. Der EuGH hat durch sein Urteil „Freiburger Kommunalbauten“[8] der bis dahin weithin verbreiteten Un-

---

1 Vgl. *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rdnr. 317 f.

2 Ziff. II. am Ende der Gründe des hier besprochenen Urteils.

3 *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 317 f.

4 *H. Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB Gesetz, 9. Aufl., § 10 Nr. 4 Rdnr. 15.

5 Ziff. II. 2. b) bb) der Gründe.

6 Ausführlich *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 93 ff.

7 Ziff II. 2. b) bb) der Gründe.

8 EuGH, Slg. 2004, I.-3403.

sitte, die Nichtigkeit der einen oder anderen Vertragsklausel unter Hinweis auf den angeblich eindeutigen Wortlaut der Richtlinie und ihres Anhangs zu begründen, einen Riegel vorgeschoben. Die Richtlinie ist nicht unmittelbar anwendbar und der EuGH hat zutreffend festgestellt, dass sie dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Ermessenspielraum bei ihrer Umsetzung lässt.

Daraus folgt wiederum: Wenn eine Klausel den deutschen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen standhält, insbesondere den §§ 305 ff. BGB, dann ist eine Unwirksamkeit unter Berufung auf die Klauselrichtlinie – von extremen Ausnahmen abgesehen – ausgeschlossen.[9] Es ist befremdlich, wie manch einer meinte, aus der Richtlinie konkrete Ge- oder Verbote ablesen zu können, die sich angeblich nicht in gleicher Weise aus den §§ 305 ff. BGB ergeben. Dies war und ist umso erstaunlicher, als die Richtlinie und ihr Anhang nicht konkreter gefasst sind als § 308 und § 309 BGB. Die angeblich präzisen Aussagen der Richtlinie wurden im Zuge einer vermeintlichen Rechtsfindung als vorgeschobenes Argument für das Betreiben von Rechtspolitik missbraucht.[10]

3. Unvollständige Baubeschreibungen

Von den zulässigen Wahlschulden zu unterscheiden sind unvollständige Baubeschreibungen und die Frage, wie Regelungslücken zu schließen sind.[11] Einerseits kann und wird eine Baubeschreibung niemals vollständig sein. Andererseits trifft man bei nicht wenigen Bauträgern auf die Auffassung, eine knapp gehaltene Baubeschreibung sei für ihn, den Bauträger, von Vorteil, da er sich dadurch die Möglichkeit vorbehalte, die Lücken im Zuge der Bauausführung nach seinem Gutdünken schließen zu können.

Solche Baubeschreibungen räumen dem Bauträger zwar rein faktisch Spielräume ein, diese sind aber alles andere als rechtlich gesichert und wirtschaftlich risikolos.[12] Denn bei Meinungsverschiedenheiten über die Frage, wie die Lücke zu schließen ist, wird regelmäßig auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurückgegriffen, wobei sämtliche Anhaltspunkte (Verkaufsprospekte, Werbeaussagen, Vergleichsobjekte usw.) mit herangezogen werden. Ferner ist die Aussage des § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu berücksichtigen, wonach das Werk die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und die übliche Beschaffenheit aufweisen muss. Vor dem Hintergrund der §§ 305 Abs. 2, 306 Abs. 1 BGB dürfen und werden solche Regelungslücken nicht zu Lasten des Käufers gehen. Sie tragen mithin für den Bauträger das nicht unerhebliche Risiko in sich, dass im Nachhinein – nach Abschluss der Baumaßnahme – durch Gerichtsurteil diese Lücke in einer Weise geschlossen wird, die der Bauträger bei seiner Planung und Kalkulation des Objekts nicht berücksichtigt hat. Wirtschaftliche Argumente seitens des Bauträgers, diese oder jene Bauausführung, die vom Gericht nunmehr gefordert wird, führe zu einer mangelnden Rentabilität des Gesamtobjekts, werden grundsätzlich nicht berücksichtigt, denn das Geschäfts- und Planungsrisiko trägt nun einmal der Bauträger.

9 *Freitag/Riemenschneider*, WM 2004, 2470 ff.

10 Wer Fremdsprachenkenntnisse unter Beweis stellen wollte, zitierte die englische und französische Fassung, um aus angeblichen Wortlautunterschieden Honig zu saugen.

11 Vgl. hierzu auch ausführlich *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 99 f. m. w. N.

12 Vgl. hierzu ausführlich *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 311 ff. m. w. N.

4. Vollmachten zur Änderung der Teilungserklärung und zur Bestellung von Dienstbarkeiten

Häufig wird die Einräumung von Änderungsvollmachten an den Bauträger als eine dritte Variante der Änderungsbefugnis gesehen. Hierbei handelt es sich aber nur scheinbar um eine eigenständige Variante zur Schaffung von Gestaltungsspielräumen. Derartige Vollmachten werden häufig eingeräumt, um nach Beurkundung des Bauträgervertrags grundbuchrelevante Vorgänge abändern, ergänzen oder durchführen zu können. Beispielhaft seien hier Änderungen der Teilungserklärung, Begründung bzw. Änderung von Dienstbarkeiten usw. genannt. Häufig wird übersehen, dass eine Vollmacht nur die rechtliche Möglichkeit einer Änderung eröffnet. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob das Gebrauchmachen von der eingeräumten Änderungsmöglichkeit rechtlich zulässig ist. Im Innenverhältnis muss die Befugnis zum Gebrauch der Vollmacht den Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechen.[13] Die den Vollmachten zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertragsregelungen müssen sich insbesondere am § 308 Nr. 4 BGB messen lassen. Wenn die schuldrechtlichen Vereinbarungen im Innenverhältnis nicht den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB standhalten, kann dies auf die Wirksamkeit der Vollmacht durchschlagen. Der Schutz des Käufers kann eine solche Unwirksamkeit rechtfertigen. Eine andere Frage ist, ob das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Vollmacht eigenständig prüfen darf. Letzteres wird, von offensichtlichen Fällen abgesehen, zutreffend verneint.[14]

Notar Dr. *Markus Riemenschneider*,
Landsberg am Lech

13 Ausführlich *Riemenschneider* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 743 ff. m. w. N.

14 BayOblG, DNotZ 2003, 51 f.

---

4. BGB §§ 288 Abs. 1, 1115 Abs. 1, 1118 *(Vereinbarung variabler Grundschuldzinsen ohne Höchstzinssatz)*

1. **Die rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Bestellung einer Grundschuld kann die Zinsen des Grundpfandrechts in variabler Form entsprechend dem Anspruch auf die gesetzlichen Verzugszinsen ausgestalten, ohne dass es der ergänzenden Bestimmung eines Höchstzinssatzes bedarf.**

2. **Wegen Abweichung von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Schleswig (MittBayNot 2003, 295) und Celle (OLGR 2004, 476) wird die Sache gem. § 79 Abs. 2 GBO dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 29.8.2005, 15 W 217/05; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2005, 2200. Zur Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein vergleiche die Anmerkung von *Wolfsteiner* in MittBayNot 2003, 295.

5. GBO § 45 *(Stillschweigende Rangbestimmung bei Übergabeverträgen)*

Werden in einem Vertrag über die unentgeltliche Übergabe eines Grundstücks zugunsten des Übergebers eintragungsfähige Rechte bestellt, so liegt darin eine stillschweigende Anordnung dahingehend, dass diese Rechte zusammen mit der Eigentumsumschreibung und im Rang vor später vom Erwerber bewilligten Rechten zugunsten Dritter eingetragen werden müssen. Bestellt der Erwerber in einer späteren Urkunde Grundpfandrechte, so kann er nicht wirksam anordnen, dass diese Grundpfandrechte Vorrang vor den Rechten des Übergebers haben sollen.

OLG München, Beschluss vom 25.10.2005, 32 Wx 107/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Zu notarieller Urkunde vom 7.11.2001 überließen die Beteiligten zu 1 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 2; die Vertragsparteien erklärten die Auflassung. Der Beteiligte zu 2 räumte als Übernehmer den Beteiligten zu 1 in derselben Urkunde ein Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht ein. Er verpflichtete sich außerdem, den Vertragsbesitz nur mit Zustimmung der Übergeber zu belasten oder zu veräußern. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde den Übergebern ein Rückforderungsrecht eingeräumt. Dieses Recht sollten die Beteiligten zu 1 auch dann haben, wenn der Beteiligte zu 2 zu Lebzeiten der Eltern verstirbt, ohne dass der Vertragsbesitz auf seine Abkömmlinge oder seinen Ehegatten übergeht.

Zur Sicherung dieses bedingten Rückübertragungsanspruchs bewilligte und beantragte der Beteiligte zu 2 in derselben Urkunde zugunsten der Beteiligten zu 1 die Eintragung einer Eigentumsvormerkung. Zur Sicherung des eingeräumten Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts wurde die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Beteiligten zu 1 und deren Eintragung im Grundbuch „an nächst offener Rangstelle“ bewilligt und beantragt. Diese Bestimmungen finden sich in Abschnitt IV der Übergabeurkunde, welcher mit dem Titel „Bedingungen“ überschrieben ist. Weiter ist in dieser Urkunde geregelt, dass verschiedene Rechte in Abt. III, die nach Angaben der Beteiligten nicht mehr valutierten, vom Erwerber übernommen werden sollten.

Die Urkunde wurde vom Notar nicht sofort zum Vollzug vorgelegt, sondern erst mit einer weiteren Urkunde vom 21.11.2001. In dieser Urkunde bewilligte und beantragte der Beteiligte zu 2 die Eintragung einer Buchgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3 über 25.000 €. Am Ende dieser Urkunde findet sich der (anfangs maschinenschriftliche) Satz:

„Die Grundschuld erhält vorerst nächst offenen Rang, *[nun handschriftlich weiter]* jedoch Rang vor den Rechten der Ehegatten aus URNr.“

Nach Vorlage der beiden Urkunden beim Grundbuchamt wurde die in der zweiten Urkunde bezeichnete Grundschuld im Rang vor den Rechten der Beteiligten zu 1 eingetragen.

Die Beteiligten zu 1 beantragten zunächst mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4.2.2005 wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Amtslöschung der Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3. Diesen Antrag wies das Amtsgericht – Grundbuchamt – mit Beschluss vom 16.2.2005 zurück. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 1 wurde mit Beschluss des LG Würzburg vom 22.8.2005 ebenfalls zurückgewiesen. Gegen diese Zurückweisung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, die nunmehr das Ziel verfolgt, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen den Vorrang der Grundschuld vor den Rechten der Beteiligten zu 1 anzuweisen. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind der weiteren Beschwerde entgegengetreten, die Beteiligten zu 2 unter Vortrag neuen Sachverhalts. Die nach § 78 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die gleichzeitige Vollziehung der Eigentumseintragung des Beteiligten zu 2 und der Grundschuldeintragung sei nicht zu beanstanden, da in der Grundschuldurkunde eine wirksame Rangbestimmung getroffen sei. Diese entspreche der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Notar sei auch gemäß § 15 GBO und durch die in der ersten Urkunde enthaltene Vollmacht befugt gewesen, eine solche Rangbestimmung zu treffen.

2. Diese Ausführungen des Landgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a. Dem Grundbuchamt ist bei Eintragung der Grundschuld im Rang vor den Rechten der Beteiligten zu 1 eine objektive Gesetzesverletzung im Sinne des § 53 GBO unterlaufen. Nur eine solche ist Voraussetzung bei Eintragung eines Amtswiderspruchs; ein Verschulden ist nicht erforderlich (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 53 GBO Rdnr. 21 m. w. N.) und hier auch nicht ersichtlich. Für die bezeichnete objektive Gesetzesverletzung reicht es, wenn das Grundbuchamt die Eintragungsunterlagen fehlerhaft ausgelegt hat (vgl. *Demharter*, a. a. O.). Dies ist der Fall.

Die Urkunde vom 7.11.2001 enthält nämlich eine stillschweigende Rangbestimmung, die sich sowohl aus der Interessenlage der Beteiligten wie auch aus dem Text der Urkunde selbst ergibt. Bei Übergabeverträgen ist regelmäßig davon auszugehen, dass jedenfalls nach dem Willen des Übergebers die Eintragung der Auflassung nur vollzogen werden darf, wenn gleichzeitig die zur Sicherung seiner Ansprüche vom Übernehmer bewilligten Grundbucheintragungen vorgenommen werden (BayObLGZ 1975, 5; OLG Hamm, JR 1949, 226). Der mit der Rückauflassungsvormerkung und dem Wohnrecht vom Übergeber verfolgte Zweck wäre nämlich in Frage gestellt, wenn zunächst lediglich die Auflassung und dann im Rang vor den Rechten der Übergeber die vom Erwerber bestellte Grundschuld eingetragen werden würde.

Für eine derartige Auslegung spricht auch die Aufnahme des Wortes „Bedingung“ in die Überschrift des entsprechenden Abschnitts der Urkunde. Dass in der Urkunde selbst die Eintragung der Rechte der Übergeber an „nächst offener Rangstelle“ bewilligt und beantragt wurde, bleibt demgegenüber ohne Bedeutung. Die Beteiligten konnten davon ausgehen, dass weitere Belastungen als die, welche sich aus dem Grundbuchauszug ergaben, nicht vorhanden sein würden.

Eine derartige stillschweigende Rangbestimmung ist von der Rechtsprechung gerade für Fälle dieser Art anerkannt (KG, JW 1936, 1475; BayObLGZ 1972, 46; 1992, 140). In dem vom LG zitierten Beschluss des BayObLG vom 7.5.1982 (Rpfleger 1982, 334) fehlte hingegen eine derartige Interessenlage ebenso wie eine Bezugnahme im Text. Somit stand die Rangbestimmung seitens des Erwerbers in der notariellen Urkunde vom 21.11.2001 im Widerspruch zur stillschweigend getroffenen Rangbestimmung in der Urkunde vom 7.11.2001. Es kann nun dahinstehen, ob diese Situation dazu führt, dass die Grundschuld mangels einer Übereinstimmung von Einigung und Eintragung gar nicht entstanden ist (so OLG München, MittBayNot 1994, 329). Jedenfalls war für das Grundbuchamt klargestellt, dass die Grundbuchanträge (Eigentumsumschreibung und Eintragung der Rechte der Übergeber) in der Übergabeurkunde nicht trennbar waren. Es musste zwingend vor jeder anderen Eintragung – also insbesondere vor der Eintragung der Grundschuld – zusammen mit der Auflassung die Eintragung der zugunsten der Beteiligten zu 1 bestellten Rechte erfolgen. Dass dies nicht geschah, be-

gründet die Feststellung einer Gesetzesverletzung bei der Eintragung.

b. Das Grundbuch ist auch jetzt noch unrichtig, weil – wie dargestellt – das derzeit im Grundbuch verlautbarte Rangverhältnis nicht der materiellen Rechtslage entspricht.

Hinweis der Schriftleitung:

Zur Bedeutung des Voreintragungsgrundsatzes bei gleichzeitiger Grundbuchvorlage von Vorbehaltsrechten und Käufergrundschulden siehe *Amann*, MittBayNot 1994, 330.

---

6. BNotO 15 Abs. 2 *(Vollzugsanweisung durch Insolvenzverwalter des Verkäufers)*

Die Befugnis zur Entscheidung über die weitere Durchführung und Erfüllung eines Bauträgervertrages liegt unbeschadet der Freigabeerklärung hinsichtlich des Grundstücks weiterhin in Händen des Insolvenzverwalters. (Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.2.2005, 3 W 10/05; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken

Aus den Gründen:

I.

Mit notarieller Urkunde vom 31.1.1995 verkaufte der Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) ein Grundstück und verpflichtete sich, darauf ein Wohnhaus zu errichten. In Ziffer IV. des Vertrages erklärten die Vertragsparteien die Auflassung des Grundstücks und beantragten und bewilligten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Unter Verzicht auf ihr eigenes Antragsrecht aus der Vertragsurkunde wiesen die Beteiligten den Notar zugleich an, „dem zuständigen Grundbuchamt den Antrag auf Umschreibung des Eigentums auf den Käufer aus dieser heutigen Urkunde zum Vollzug erst dann einzureichen, wenn der Käufer den Kaufpreis voll erbracht hat oder der Verkäufer die entsprechende Anweisung erteilt".

Der Beteiligte zu 1), über dessen Vermögen im Jahr 2002 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, berühmt sich gegenüber den Beteiligten zu 2) noch einer – unstreitig verjährten – Restkaufpreisforderung in Höhe von rund 32.000 DM; deswegen verweigert er die Anweisung an den Notar zur Beantragung der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch. Die Beteiligten zu 2), deren Anspruch auf Eigentumserwerb durch im Grundbuch eingetragene Vormerkung gesichert ist, einigten sich in der Folgezeit mit dem Insolvenzverwalter auf die Zahlung eines Abgeltungsbetrages in Höhe von 500 €. Im Hinblick darauf gab der Insolvenzverwalter durch Erklärung gegenüber dem Beteiligten zu 1) (Schuldner) vom 14.11.2003 das Objekt W. aus der Insolvenzmasse frei. Mit Schreiben an den mit dem Vollzug beauftragten Notar vom 20.2.2004 teilte der Insolvenzverwalter diesem mit, die Restkaufpreisforderung sei mit der Zahlung des vereinbarten Betrages durch die Beteiligten zu 2) erledigt, und bat um nunmehrigen Vollzug der Eigentumsumschreibung.

Mit dem im ersten Rechtszug angefochtenen Bescheid vom 3.8.2004 hat der Notar daraufhin angekündigt, entsprechend verfahren zu wollen. Dagegen hat der Beteiligte zu 1) beim Landgericht Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO eingelegt mit dem Ziel, den Notar anzuweisen, die Eigentumsumschreibung nicht zu veranlassen. Das Rechtsmittel ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

II.

(…)

2. In der Sache bleibt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts hält der im Verfahren der weiteren Beschwerde eröffneten Kontrolle auf Rechtsfehler stand (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Denn die nunmehr angefochtene Beantragung des Vollzugs der im Notarvertrag vom 31.1.1995 erklärten Auflassung im Grundbuch durch den Notar ist nicht als amtspflichtwidrig anzusehen.

Nach Ziffer IV. Nr. 2 der Kaufvertragsurkunde haben die Vertragsparteien den Notar angewiesen, die Eigentumsumschreibung zu beantragen, „wenn der Käufer [Beteiligte zu 2)] den Kaufpreis voll erbracht hat oder der Verkäufer [Beteiligter zu 1)] die entsprechende Anweisung erteilt". Wie bereits die Zivilkammer zutreffend ausgeführt hat, ist im Streitfall davon auszugehen, dass jedenfalls die Voraussetzungen der erstgenannten Alternative (Kaufpreistilgung) vorliegen. Dabei muss nicht vertieft werden, ob die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters vom 14.11.2003 insolvenzrechtlich zugunsten des Insolvenzschuldners/Verkäufers [Beteiligter zu 1)] wirkte oder zugunsten der durch Vormerkung gesicherten (vgl. § 106 Abs. 1 InsO) Käufer [Beteiligte zu 2)]; mit der Erklärung bezweckte der Insolvenzverwalter jedenfalls allein die Schaffung der Voraussetzungen für eine Eigentumsumschreibung zugunsten der Grundstückserwerber. Denn die erklärte „Freigabe" des Objekts W. konnte sich jedenfalls begriffsnotwendig von vornherein nur auf das zum insolvenzbefangenen Vermögen des Schuldners gehörende Grundstück selbst beziehen und nicht auch auf das Schuldverhältnis (Bauträgervertrag) zwischen diesem und den Beteiligten zu 2) als dessen Vertragspartnern; andernfalls hätte es der Insolvenzverwalter nämlich in der Hand, sich durch eine etwaige „Vertragsfreigabe" zugunsten des Insolvenzschuldners einseitig der von ihm geschuldeten Entscheidung über die Vertragserfüllung (vgl. § 103 Abs. 2 InsO) zu entziehen (vgl. *Braun/Kroth*, InsO, 2. Aufl., § 103 Rdnr. 66; BGH NJW 1982, 768, 769). Unabhängig davon ist im Streitfall aber auch auszuschließen, dass eine Freigabe des Bauträgervertrages dem Willen des Insolvenzverwalters entsprochen hätte. Das Gegenteil belegt vielmehr der Umstand, dass er sich mit den Beteiligten zu 2) ungeachtet der Freigabe des Grundstücks über die endgültige Abwicklung des Vertrages geeinigt hat.

Die Befugnis zur Entscheidung über die weitere Durchführung (Erfüllung) des schuldrechtlichen Bauträgervertrages lag damit – unbeschadet der Freigabeerklärung betreffend das Grundstück – weiterhin in Händen des Insolvenzverwalters (§ 80 Abs. 1 InsO). Nachdem dieser mit den Beteiligten zu 2) zur Abgeltung der von den Vertragsparteien wechselseitig behaupteten Restkaufpreis- und Gewährleistungsansprüche einen Abgeltungsvergleich (§ 779 BGB) geschlossen hat und die Beteiligten zu 2) die von ihnen danach geschuldete Vergleichssumme von 500 € gezahlt haben, ist der Kaufvertrag seitens der Erwerber erfüllt. Die Beantragung des dinglichen Vollzugs durch den Notar entsprechend der in Ziffer IV. Nr. 2 der Vertragsurkunde erteilten Weisung ist danach aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

---

7. BGB § 428 (*Auflassungsvormerkung für Gesamtberechtigte*)

Für mehrere Personen als Gesamtberechtigte kann gemäß § 428 BGB eine Auflassungsvermerkung bestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn das Wahlrecht des Schuldners, an welchen der Berechtigten zu leisten ist, im Kaufvertrag ausgeübt wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Bayreuth, Beschluss vom 20.6.2005, 41 T 83/05; eingesandt von Notar Dr. *Jörg Mayer*, Simbach

Gründe:

I.

Mit Schreiben vom 15.11.2004 wurde vom Notar gemäß § 15 GBO der Vollzug eines Kaufvertrages mit Eintragung aller dort gestellten Anträge im Grundbuch beantragt. In der genannten notariellen Urkunde verkaufte der Eigentümer Rudolf V sen. eine in seinem Alleineigentum stehende Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 110.000 € an seinen Sohn Rudolf V jun. In Teil C des Kaufvertrags, Ziff. 10.1., wurde vereinbart, dass Rudolf V sen. und seine Ehefrau Irmgard V (nachfolgend als Verkäufer bezeichnet) als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB, ersatzweise der Längerlebende von ihnen allein, berechtigt sind, die sofortige Rückübereignung/Übereignung der nach Teil C dieser Urkunde verkauften Eigentumswohnung zu verlangen, wenn besondere Gründe eintreten. In Ziffer 10.2. wurde hinsichtlich der Abwicklung vereinbart, dass der Anspruch auf Rückübereignung höchstpersönlich und nicht vererblich ist. Bis zum Tode des jetzigen Eigentümers ist dessen Übereignungsanspruch jedoch gegenüber dem seines Ehegatten vorrangig.

Mit Beschluss vom 26.4.2005 wies das AG Bayreuth – Grundbuchamt – den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung zurück. Es führte aus, dass die Eintragung einer Auslassungsvormerkung zugunsten des Verkäufers und dessen Ehefrau als Berechtigte gemäß § 428 BGB, ersatzweise des Längerlebenden, von ihnen allein beantragt worden sei. Gemäß dem Wortlaut der Urkunde solle die Vormerkung gleichzeitig absichern, dass bis zum Tod des jetzigen Eigentümers dessen Rückübereignungsanspruch gegenüber dem seiner Ehefrau vorrangig sei. Durch diese Formulierung wäre das Wahlrecht, das dem Anspruchschuldner (Käufer) gemäß § 428 BGB zustehe, abbedungen. Aus verschiedenen Kommentierungen zu § 428 BGB ergebe sich jedoch kein Anhaltspunkt, dass die Abbedingung des Wahlrechts zulässig sei. Die Auflassungsansprüche der beiden Berechtigten könnten demgemäß nur durch verschiedene Auflassungsvormerkungen, die in einem Rangverhältnis zueinander stehen, gesichert werden.

Gegen diesen, dem Notar am 28.4.2005 zugegangenen Beschluss hat er Beschwerde eingelegt. Mit Entscheidung vom 30.5.2005 wurde der Beschwerde nicht abgeholfen und dem LG Bayreuth zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die gemäß §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde ist begründet.

Der Auflassungsvormerkung, deren Eintragung beantragt wird, liegt die Überlegung zugrunde, dass der Veräußerer Rudolf V sen. gegen eine Weiterveräußerung oder eine freie Vererbung der verkauften Eigentumswohnung abgesichert werden wollte. Ein entsprechendes Rückerwerbsrecht wurde mit dem Erwerber, seinem Sohn, vereinbart. Eine (Rück-)Übereignungsverpflichtung sollte jedoch auch zugunsten der Ehefrau Irmgard V bestehen, die bisher nicht Eigentümerin des verkauften Objekts war. Zwischen den am Vertrag beteiligten Personen bestand Einvernehmen, dass der Übereignungsanspruch, der durch die Auflassungsvormerkung gesichert werden sollte, bis zum Tod von Rudolf V sen. vorrangig diesem zustehen sollte. Damit sollte – zutreffend vom Grundbuchamt Bayreuth ausgeführt – das Wahlrecht des Schuldners (Grundstückerwerbers) abbedungen werden und er auf Verlangen des bisherigen Eigentümers Rudolf V sen. verpflichtet sein, an diesen allein rückzuübereignen.

Bei der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB bestehen mehrere selbständige Forderungen. Eine Auflassungsvormerkung für mehrere Personen als Gesamtberechtigte kann gemäß § 428 BGB bestellt werden (*Meikel/Böhringer*, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 47 Rdnr. 131 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1489 ff.).

Gemäß § 428 Abs. 1 BGB kann jeder Gläubiger die gesamte Leistung an sich fordern, der Schuldner ist jedoch nur zur einmaligen Leistung verpflichtet, wobei der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann. In dieses subjektive Wahlrecht des Schuldners wurde vorliegend im notariellen Kaufvertrag eingegriffen. Die drei betroffenen Personen sind am Vertragsschluss beteiligt gewesen. § 428 BGB ist dem Schuldrecht zuzurechnen, bei dem grundsätzlich Vertrags- und Gestaltungsfreiheit zu bejahen ist. Umstände, warum eine derartige einvernehmliche vertragliche Regelung nicht zulässig sein sollte, sind nicht ersichtlich (*Staudinger/Noack*, BGB, 2005, § 428 Rdnr. 7 ff.). Demnach ist die Auswahlfreiheit des Schuldners nicht konstitutiv für eine Gesamtgläubigerschaft, sie kann vielmehr abbedungen werden. Der Beschwerde war somit stattzugeben.

---

8. BGG § 1190 *(Eintragungsvermerk „Benützungsbeschränkung“ ohne Unterscheidungskraft)*

Das im Grundbuch einzutragende Recht muss gemäß § 874 BGB im Eintragungsvermerk wenigstens stichwortartig so bezeichnet werden, dass seine rechtliche Natur und seine besondere Art erkennbar wird. Dem bloßen Vermerk „Benützungsbeschränkung“ kommt keine Unterscheidungskraft zu. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 28.12.2004, 13 T 21587/04; eingesandt von Notar Prof. Dr. *Karl Winkler*, München

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks. Für dieses ist im Grundbuch, Abteilung 2, lfd. Nummer 1 folgende Beschränkung eingetragen:

> „Benützungsbeschränkung für Fa. H & L AG München; gemäß Bewilligung vom 28.9.1940 [...]“

Der Inhalt jener Benützungsbeschränkung lässt sich den Grundakten nicht entnehmen und ist der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben unbekannt. Nach Auskunft der weiteren Beteiligten gegenüber der Beschwerdeführerin wurden damals üblicherweise Benützungsbeschränkungen folgenden Inhalts vereinbart:

> „Für die Bebauung und Benützung des verkauften Grundstücks gelten ohne anderweitige schriftliche Genehmigung der Verkäuferin folgende Bestimmungen:
>
> 1. Auf dem Kaufgrundstück darf nur eine Villa erbaut werden, ferner nur solche Hinter- und Nebengebäude, wel-

che unselbständige, zum Hauptgebäude gehörige Bestandteile bilden, z. B. Garagen, Remisen, Diener-, Gärtner- und Hausmeisterwohnungen, Ateliers, Gewächshäuser und dergl.

2. Haupt- und Nebengebäude dürfen durch ihre Benützungsart den villenartigen Charakter nicht beeinträchtigen.

3. Belästigende und lärmende Gewerbe, ebenso Kranken- und Irrenanstalten dürfen nicht betrieben werden.

4. Jeder Wirtschaftsbetrieb, ebenso die Errichtung von Kaufläden, Geschäften und gewerblichen Anlagen irgendwelcher Art, ist von der vorgängigen schriftlichen Genehmigung der Verkäuferin abhängig."

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schriftsatz vom 10.9.2004 die Löschung der Eintragung von Amts wegen. Zur Begründung führte sie aus, die Eintragung einer „Benützungsbeschränkung" ohne näher spezifizierende Angabe im Grundbuch sei unzulässig, weil der Eintragungsvermerk den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht erfasse. Der Eintragungsvermerk dürfe nicht so farblos oder nichtssagend sein, dass die Art der Belastung nur noch der Eintragungsbewilligung entnommen werden könne. Daher fehle dem Vermerk „Benützungsbeschränkung" die erforderliche Aussage- und Kennzeichnungskraft.

Mit Beschluss vom 27.10.2004 wies das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurück. Zur Begründung führte es aus, die Bezeichnung „Benützungsbeschränkung" lasse erkennen, dass es sich um eine Dienstbarkeit handle, aufgrund derer der Eigentümer bestimmte Handlungen auf dem Grundstück nicht vornehmen dürfe. Das Recht sei 1941 im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb der Voreigentümerin eingetragen worden. Es habe den Inhalt, dass der „villenartige Charakter" des Grundstücks erhalten bleibe, so dass nur bestimmte Bauwerke errichtet sowie bestimmte Gewerbe nicht ausgeübt werden dürften. Die Eintragung einer solchen Dienstbarkeit zugunsten der Bauträgerfirma sei zu jener Zeit typisch für das Stadtviertel Bogenhausen gewesen. Dieses sei über die Grenzen Münchens hinaus gerade für diesen „villenartigen Charakter" bekannt; aufgrund fehlender öffentlich-rechtlicher Vorschriften sei dies die übliche bzw. einzige Art und Weise, eine anderweitige Bebauung zu verhindern. Demzufolge könne die Bezeichnung noch als ausreichend angesehen werden. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit Beschwerdeschrift vom 15.11.2004. Darin führte sie aus, im vorliegenden Fall liege schon keine „Benützungsbeschränkung", sondern eine „Baubeschränkung" vor. Die vom Amtsgericht zitierten Entscheidungen seien mit der vorliegenden Konstellation schon deswegen nicht vereinbar, weil es sich dort um zugunsten bestimmter Unternehmen bestellte typische Nutzungsrechte handle.

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig. Es ist als Beschwerde statthaft gem. §§ 71 Abs. 1, 18 GBO, 11 Abs. 1 RPflG und wurde formgerecht beim Grundbuchamt eingelegt (§ 73 GBO).

III.

Die Beschwerde ist auch begründet.

1. Nach § 1090 BGB kann im Wege der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) bilden kann. Nach § 1018 BGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien ein bestimmtes Nutzungsverbot in einzelnen Beziehungen vereinbaren, wobei dem Eigentümer mindestens eine Verwertungsmöglichkeit verbleiben muss. Es ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, im Wege einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine Nutzungsbeschränkung eines Grundstücks zugunsten des Verkäufers mit dem Inhalt zu vereinbaren, dass auf dem Grundstück andere Gebäude als „Villen" nicht errichtet werden und bestimmte Gewerbe nicht ausgeübt werden dürfen.

2. Bei der Eintragung der Dienstbarkeit ist allerdings zu beachten, dass nach § 874 BGB nur im Hinblick auf die „nähere Bezeichnung" des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass das einzutragende Recht im Eintragungsvermerk wenigstens stichwortartig so bezeichnet werden muss, dass seine rechtliche Natur und seine besondere Art erkennbar wird und lediglich im Hinblick auf seine nähere Ausgestaltung auf die Eintragungsbewilligung verwiesen werden darf (BGH, NJW 1965, 2398 f.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 63. Aufl., § 874 Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1145 ff.).

3. Diesen Erfordernissen wird die Eintragung der „Benutzungsbeschränkung" zur Umschreibung einer Dienstbarkeit, nach der andere Gebäude als „Villen" nicht errichtet und bestimmte Gewerbe nicht ausgeübt werden dürfen, nicht gerecht. Die Kammer folgt insoweit der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLGZ 1990, 35 ff.; BayObLG, DNotZ 1994, 888 ff.), wonach dem bloßen Vermerk „Benutzungsbeschränkung" keine Unterscheidungskraft zukommt. Denn mit dem Begriff der „Benützungsbeschränkung" kann jede Dienstbarkeit umschrieben werden, die die Vornahme gewisser Handlungen oder die Ausübung bestimmter Rechte ausschließt. Irgendeine Unterscheidungs- oder zusätzliche Aussagekraft, die es ermöglichen würde, zumindest den wesentlichen Inhalt dieser Dienstbarkeit zu erschließen, kommt ihm nicht zu.

Hierin liegt auch der Unterschied zu den vom Amtsgericht ebenfalls zitierten Entscheidungen des BayObLG (Rpfleger 1981, 295; Rpfleger 1986, 296). Dort ließ sich von dem Berechtigten des jeweiligen Eintragungsvermerks (eine Elektrizitätsgesellschaft bzw. die Deutsche Reichsbahn) jeweils auf den wesentlichen Inhalt der Dienstbarkeit schließen (s. BayObLGZ 1990, 37). Im vorliegenden Fall ist jedoch lediglich ein Bauträger als Berechtigter vermerkt. Von dessen Tätigkeit lässt sich aber nicht auf den Inhalt der Dienstbarkeit schließen, weil er keine bestimmte Tätigkeit ausübt, die zuverlässige Schlüsse auf den Inhalt einer zu seinen Gunsten eingetragenen Dienstbarkeit zulässt.

Darüber hinaus bietet die vorliegende Konstellation auch gerade deswegen ein gutes Beispiel für die Unbestimmtheit des Begriffes der „Benutzungsbeschränkung", weil der konkrete Inhalt der Vereinbarung vom 28.9.1940 mittlerweile tatsächlich unbekannt ist und der Vortrag der weiteren Beteiligten und des Grundbuchamtes, es handle sich um eine Beschränkung, die den „villenartigen Charakter" Bogenhausens sichern sollte, eine Spekulation ist. Dem Vermerk „Benützungsbeschränkung" jedenfalls lassen sich Anhaltspunkte weder für die Richtigkeit noch für die Unrichtigkeit dieser Annahme entnehmen. Vielmehr würde der Rückschluss auf den Inhalt der Dienstbarkeit nicht aufgrund von Anhaltspunkten in der Eintragung, sondern einzig und allein aufgrund der Tatsache erfolgen, dass sich das Anwesen in Bogenhausen befindet. Dies allein genügt aber als zureichender Anhaltspunkt nicht. Selbst wenn der villenartige Charakter Bogenhausens als all-

gemein bekannt unterstellt werden könnte, ließe dies nicht den Rückschluss zu, dass es sich bei einer dort zugunsten eines Bauträgers eingetragenen „Benützungsbeschränkung“ in Wirklichkeit um eine Baubeschränkung handle, nach der auf dem Anwesen nur Villen gebaut werden dürften. Dies ergibt sich auch daraus, dass ursprünglich die Beschwerdeführerin selbst mit nachvollziehbaren Argumenten davon ausging, es müsse sich bei der Dienstbarkeit um eine Art Zugangsrecht zugunsten der Rechtsvorgängerin der weiteren Beteiligten gehandelt haben.

4. Die Kammer sieht davon ab, eine endgültige Entscheidung über den Antrag zu treffen. Das Grundbuchamt war daher anzuweisen, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 10.9.2004 unter Beachtung der obigen Rechtsauffassung der Kammer erneut zu verbescheiden.

---

9. BGB § 1585 b Abs. 3 *(Freistellung von Steuernachteilen beim begrenzten Realsplitting)*

Auf den Anspruch auf Freistellung von Steuernachteilen, die dem unterhaltsberechtigten Ehegatten infolge seiner Zustimmung zum begrenzten Realsplitting entstehen können, ist die Vorschrift des § 1585 b Abs. 3 BGB weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (im Anschluss an das Senatsurteil vom 9.10.1985, IVb ZR 39/84, FamRZ 1985, 1232).

BGH, Urteil vom 11.5.2005, XII ZR 108/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um den Ausgleich steuerlicher Nachteile der Klägerin infolge der Inanspruchnahme des sog. begrenzten Realsplittings durch den Beklagten. Mit Urteil vom 20.10.1992 wurde der Beklagte verurteilt, an die Klägerin monatlichen nachehelichen Unterhalt in Höhe von 360 DM zu zahlen. Für das Steuerjahr 1993 nahm der Beklagte mit Zustimmung der Klägerin das sog. begrenzte Realsplitting in Anspruch und setzte insgesamt 17.280 DM als Sonderausgaben für Unterhaltsleistungen ab. Auf der Grundlage dieser Unterhaltsleistungen wurde mit Bescheid vom 9.2.1998 zu Lasten der beschäftigungslosen Klägerin für das Jahr 1993 eine darauf entfallende Steuerschuld in Höhe von 2.273 DM (Einkommensteuer) und in Höhe von 204,50 DM (Kirchensteuer) zuzüglich einer Zinsverpflichtung in Höhe von 374 DM, mithin von insgesamt 2.851,50 DM festgesetzt.

Mit ihrer im Juni 2001 eingegangenen und nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe am 4.10.2001 zugestellten Klage begehrt die Klägerin Freistellung von der gegen sie festgesetzten Steuer. Amtsgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in OLGR Saarbrücken 2002, 227 veröffentlicht ist, hat die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen, weil es von der in FamRZ 2000, 888 veröffentlichten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg abweicht, das die Vorschrift des § 1585 b Abs. 3 BGB auf den Ausgleichsanspruch des Unterhaltsberechtigten angewandt hat. Zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung hat das Berufungsgericht ausgeführt:

§ 1585 b Abs. 3 BGB beschränke den rückständigen Unterhaltsanspruch auf ein Jahr vor Rechtshängigkeit, weil die Unterhaltsverpflichtung grundsätzlich darauf gerichtet sei, die Mittel für den laufenden Lebensbedarf des Berechtigten zur Verfügung zu stellen. Der Schuldner solle zugleich vor Härten geschützt werden, die sich aus der Inanspruchnahme für eine Zeit ergeben, in der er sich auf seine Unterhaltsverpflichtung noch nicht einzurichten brauchte. Der Ausgleichsanspruch nach Zustimmung zum sogenannten begrenzten Realsplitting diene demgegenüber nicht der Befriedigung von Lebensbedürfnissen in einer bestimmten Zeit, sondern solle gewährleisten, dass dem unterhaltsberechtigten Ehegatten aus der ihm abverlangten Zustimmungserklärung keine Nachteile entstehen. Es handele sich um einen Anspruch eigener Art, der aus Billigkeitsgründen geboten sei, damit die Zustimmung zum sogenannten begrenzten Realsplitting für den Berechtigten zumutbar werde. § 1585 b Abs. 3 BGB sei deswegen auf diesen Anspruch weder unmittelbar noch sinngemäß anzuwenden.

Der Anspruch sei auch nicht verwirkt, weil es jedenfalls an dem insoweit erforderlichen Umstandsmoment fehle. Anhaltspunkte, die einen entsprechenden Vertrauenstatbestand für den Beklagten belegen könnten, habe der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht aufgezeigt. Allein der Umstand, dass der Steuerbescheid erst rund vier Jahre nach Ablauf des Veranlagungszeitraums ergangen sei und die Klägerin ihre Klage erst weitere rund drei Jahre nach Erlass des Steuerbescheides erhoben habe, könne einen solchen Vertrauenstatbestand nicht begründen. Das gelte jedenfalls deswegen, weil der Beklagte erst durch das vorgerichtliche Schreiben der Klägerin vom 2.4.2001 Kenntnis von dem Steuerbescheid erlangt habe.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Prüfung stand.

II.

1. Der Senat hat bereits entschieden, dass der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Ausgleich des Steuernachteils, der ihm aufgrund seiner Zustimmung zum begrenzten Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG erwächst, ein Anspruch eigener Art ist, auf den § 1585 b Abs. 3 BGB weder unmittelbar noch sinngemäß anzuwenden ist (Senatsurteil vom 9.10.1985, IVb ZR 39/84, FamRZ 1985, 1232). Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (Senatsurteile vom 23.3.1983, IVb ZR 369/81, FamRZ 1983, 576; vom 26.9.1984, IVb ZR 30/83, FamRZ 1984, 1211 und vom 9.10.1985, a. a. O.) kann der unterhaltspflichtige Ehegatte die Zustimmung des anderen zum sog. begrenzten Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG regelmäßig nur Zug um Zug gegen eine bindende Erklärung verlangen, durch die er sich zur Freistellung des unterhaltsberechtigten Ehegatten von der Steuerschuld verpflichtet, die diesem als Folge der Besteuerung der erhaltenen Unterhaltszahlungen erwächst. Die diesbezüglichen Verpflichtungen beider Seiten sind Ausprägungen des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Rahmen des zwischen ihnen bestehenden gesetzlichen Unterhaltsrechtsverhältnisses.

§ 1585 b Abs. 3 BGB schränkt die Forderung von Unterhalt für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit sowie von entsprechenden Erfüllungssurrogaten ein, weil die Unterhaltsverpflichtung grundsätzlich darauf gerichtet ist, die Mittel für den laufenden Lebensbedarf des Berechtigten zur Verfügung zu stellen. Auch soll der Schuldner vor Härten geschützt werden, die sich aus der Inanspruchnahme für eine Zeit ergeben, in der er sich auf eine Unterhaltsverpflichtung nicht einzurichten brauchte. Der Ausgleichsanspruch nach Zustimmung zum begrenzten Realsplitting dient demgegenüber nicht der Befriedigung von Lebensbedürfnissen in einer bestimmten

Zeit, sondern soll gewährleisten, dass dem unterhaltsberechtigten Ehegatten aus der ihm abverlangten Zustimmungserklärung keine Nachteile entstehen, wozu auch Nachteile beim Bezug öffentlicher Hilfen gehören (vgl. Senatsurteil vom 23.3.1983, a. a. O.). Es handelt sich um einen Anspruch eigener Art, der – anders als der Unterhaltsanspruch – nicht davon abhängt, dass der Unterhaltspflichtige leistungsfähig und der Berechtigte unterhaltsbedürftig ist. Er beruht auch nicht darauf, dass der Schuldner früher seine Unterhaltsverpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt hätte. Vielmehr ist er aus Billigkeitsgründen geschuldet, damit die Zustimmung zum begrenzten Realsplitting für den Berechtigten zumutbar ist. Der Unterhaltsverpflichtete, der das Realsplitting in Anspruch nimmt, kann und muss sich von vornherein auf den späteren Ausgleich der steuerlichen Nachteile des Berechtigten einstellen. Die besondere Verwirkungsvorschrift des § 1585 b Abs. 3 BGB ist auf diesen Anspruch deswegen weder unmittelbar noch sinngemäß anzuwenden (Senatsurteil vom 9.10.1985, a. a. O.; *Göppinger/Wax/Kodal*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1139; *Weinreich/Klein*, Kompaktkommentar Familienrecht, § 1585 b Rdnr. 15).

An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

2. Der Einschränkung des § 1585 b Abs. 3 BGB für die Durchsetzung von Unterhaltsforderungen, die länger als ein Jahr vor der Rechtshängigkeit fällig wurden, liegen Rechtsgedanken zugrunde, die sich auf das Unterhaltsrecht beschränken. Das Gesetz will eine dergestalt verspätete Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs dadurch sanktionieren, dass sie nur unter einer erschwerenden Voraussetzung durchgreifen kann. Dem Wesen nach handelt es sich um eine Ausformung des Rechtsinstituts der Verwirkung, die an eine „illoyal verspätete Geltendmachung“ des Rechts nachteilige Folgen für den Rechtsinhaber knüpft (vgl. dazu auch BGHZ 84, 280, 283 und Senatsurteil vom 13.1.1988, IVb ZR 7/87, FamRZ 1988, 370, 372 f.). Der Gläubiger soll dadurch veranlasst werden, seinen Unterhaltsanspruch zeitnah zu verwirklichen, auch damit nicht beim Schuldner eine übergroße Schuldenlast anwächst (vgl. dazu auch Senatsurteil vom 1.7.1987, IVb ZR 74/86, FamRZ 1987, 1014, 1015). Das Gesetz bringt auch in weiteren Regelungen zum Ausdruck, dass Unterhaltsforderungen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit mit einer besonderen Schwäche behaftet sind (Senatsurteil BGHZ 105, 250, 256 = FamRZ 1989, 150, 152 f. unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB und 850 d Abs. 1 Satz 4 ZPO). Auch § 1585 b Abs. 2 BGB, wonach Unterhalt für die Vergangenheit erst von der Zeit an gefordert werden kann, in der der Unterhaltspflichtige in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist, beruht auf dem Gedanken, dass Unterhalt seinem Wesen nach zur Bestreitung des laufenden Lebensbedarfs dient und die Befriedigung der Bedürfnisse einer zurückliegenden Zeit an sich nicht möglich ist, so dass grundsätzlich keine Notwendigkeit besteht, darauf beruhende Ansprüche fortdauern zu lassen. Zugleich soll der Unterhaltspflichtige durch diese Vorschrift vor Härten geschützt werden, die sich aus einer Inanspruchnahme für eine Zeit ergeben können, in der er noch nicht mit dem Unterhaltsanspruch rechnen musste (Senatsurteil vom 29.4.1992, XII ZR 105/91, FamRZ 1992, 920, 921). Um einen solchermaßen begrenzten Unterhaltsanspruch handelt es sich bei dem Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Ausgleich des Steuernachteils infolge seiner Zustimmung zum begrenzten Realsplitting hingegen nicht.

Zwar hat der Senat inzwischen entschieden, dass gegenüber dem Anspruch eines unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten auf Erstattung der ihm als Folge des begrenzten steuerlichen Realsplittings erwachsenden steuerlichen Nachteile grundsätzlich nicht mit Gegenforderungen aufgerechnet werden kann (Senatsurteil vom 29.1.1997, XII ZR 221/95, FamRZ 1997, 544, 545 f.). Dabei hat sich der Senat allerdings entscheidend auf den Zweck des § 850 b Abs. 1 Nr. 2 ZPO und die Entwicklung dieser Vorschrift gestützt. Danach erfasst die Regelung entgegen dem Wortlaut (Unterhalts-„Renten“) generell Unterhalts-„Forderungen“, die im Rahmen oder aufgrund einer gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung geschuldet werden, und damit auch einmalig zu zahlende Unterhaltsbeträge. Denn auch diese sind dazu bestimmt, dem Berechtigten die zu seinem Lebensunterhalt bestimmten Mittel – unverkürzt und rechtzeitig – zukommen zu lassen.

Der Senat hat insoweit für den Ausgleichsanspruch aus dem begrenzten Realsplitting auf dessen (auch) unterhaltsrechtlichen Charakter abgestellt. Denn die Ausgleichsverpflichtung dient dem Zweck, dem Unterhaltsberechtigten durch die Ausgleichung der mit dem begrenzten Realsplitting für ihn verbundenen Belastung den ihm zustehenden Nettounterhalt im Ergebnis ungeschmälert zu sichern. Wegen der damit erzielten Sicherung des Unterhalts ist der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Erstattung der infolge des begrenzten Realsplittings entstehenden Steuerlast von dem weiten Geltungsbereich des § 850 b Abs. 1 Nr. 2 ZPO umfasst (Senatsurteil vom 29.1.1997, a. a. O.). Der Ausgleichsanspruch sichert also den Unterhaltsanspruch des Berechtigten und genießt den gleichen Schutz wie dieser, ohne indessen selbst ein Unterhaltsanspruch zu sein. Deswegen hat der Senat daran festgehalten, dass die Verpflichtung des ausgleichsberechtigten Ehegatten zur Zustimmung zum begrenzten Realsplitting gegen Ausgleich der ihm hierdurch gegebenenfalls erwachsenden steuerlichen Nachteile „auf einer Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen des zwischen geschiedenen Ehegatten bestehenden gesetzlichen Unterhaltsrechtsverhältnisses“ beruht (Senatsurteile vom 9.10.1985, a. a. O.; vom 29.1.1997, a. a. O. und vom 29.4.1998, XII ZR 266/96, FamRZ 1998, 953, 954). Der Ausgleichsanspruch dient nicht der Befriedigung des laufenden Lebensunterhalts, denn dieser ist bereits gezahlt, sondern gleicht lediglich aus Gründen von Treu und Glauben einen konkret entstehenden Nachteil des Unterhaltsberechtigten im Hinblick auf den mindestens gleich hohen Vorteil beim Unterhaltspflichtigen aus. Auf diesen Anspruch ist § 1585 b Abs. 3 BGB deswegen nicht unmittelbar anwendbar.

3. Entgegen anderen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur (OLG Hamburg, FamRZ 2000, 888, 889; *Heiß/Born/Linderer*, Unterhaltsrecht, Stand Juli 2004, 43. Kap. Rdnr. 25 a; *Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht, 4. Aufl., § 1585 b Rdnr. 4; FA-FamR/*Gerhardt*, 5. Aufl., 6. Kap. Rdnr. 71) ist § 1585 b Abs. 3 BGB auf diesen Ausgleichsanspruch auch nicht analog anwendbar.

Die Vorschrift des § 1585 b Abs. 3 BGB beinhaltet nach einhelliger Auffassung eine spezielle Ausformung des allgemeinen Verwirkungsgrundsatzes (Senatsurteil vom 5.10.1988, a. a. O.). Liegen die Voraussetzungen dieses besonderen Anwendungsbereichs der Verwirkung nicht vor, verbleibt es deswegen bei der Anwendbarkeit des aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) folgenden allgemeinen Verwirkungsgrundsatzes als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung (Senatsurteil BGHZ 84, 280, 281 ff.; BGHZ 105, 290, 298). Damit fehlt es auch an einer Regelungslücke für eine analoge Anwendung des § 1585 b Abs. 3 BGB (so im Ergebnis auch *Göppinger/Wax/Kodal*, a. a. O., Rdnr. 1139; *Weinreich/Klein*, a. a. O., Rdnr. 15).

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch eine Verwirkung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin abgelehnt.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Verwirkung eines Rechts nach den Grundsätzen von Treu und Glauben neben einem Zeitmoment zusätzlich immer auch ein Umstandsmoment voraus (BGH, Urteil vom 4.2.2004, VIII ZR 171/03, WuM 2004, 198; Senatsurteil vom 20.6.2001, XII ZR 20/99, NJ 2002, 38; BGHZ 146, 217, 220 f. = ZIP 2001, 670; Urteil vom 13.3.1996, VIII ZR 99/94, NJW-RR 1996, 994; Beschluss vom 23.2.1989, BLw 11/88, NJW-RR 1989, 768 und Senatsurteil BGHZ 103, 62, 70 f. = NJW 1988, 1137). Das Berufungsgericht hat diese Voraussetzung der Verwirkung in der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung verneint. Dabei hat es den Sachverhalt erschöpfend gewürdigt und weder gegen Denkgesetze noch gegen sonstige Erfahrungssätze verstoßen. Auch geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass der Beklagte für einen Vertrauenstatbestand im Rahmen des Umstandsmoments der Verwirkung darlegungs- und beweisbelastet ist. Seine Feststellungen, wonach es an einem ausdrücklichen Vortrag hierzu fehlt, werden von der Revision nicht in zulässiger Weise angegriffen.

Die Voraussetzungen der Verwirkung können auch nicht allein aus dem erheblichen Zeitablauf hergeleitet werden, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat. Die Zeitdauer von der Zustimmung der Klägerin zum begrenzten Realsplitting bis zum Zugang des Steuerbescheids vom 9.2.1998 kann eine Verwirkung des Ausgleichsanspruchs schon deswegen nicht begründen, weil der Beklagte in dieser Zeit noch mit einem Rückgriff rechnen musste. Zwar hätte die Klägerin ihre Zustimmung zum begrenzten Realsplitting schon seinerzeit von einer Freistellung von entstehenden steuerlichen Belastungen abhängig machen dürfen. Die unbedingte Zustimmung zum steuerlichen Realsplitting konnte der Beklagte ohne Hinzutreten weiterer Umstände aber nicht als Verzicht auf einen Ausgleich steuerlicher Nachteile auffassen. Denn ein Rückgriff war für die Klägerin ohnehin erst mit Erlass des Steuerbescheids möglich, weil ihre Steuerlast zuvor noch nicht endgültig feststand.

Aber auch in den folgenden mehr als drei Jahren bis zum Eingang der Klageschrift im Juni 2001 konnte sich auf Seiten des Beklagten kein schutzwürdiges Vertrauen auf einen unterbleibenden Rückgriff bilden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte erst mit Schreiben vom 2.4.2001 Kenntnis von dem an die Klägerin gerichteten Steuerbescheid erhalten. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte er nicht davon ausgehen, dass für die Klägerin keine Steuerlast entstehen werde. Denn ihre Steuerpflicht beruht allein auf den Unterhaltsleistungen, die der Beklagte von seiner Steuerlast abgesetzt hatte. Mit Kenntnis dieser Beträge war für den Beklagten die entstehende Steuerpflicht der Klägerin erkennbar. Er konnte sich deswegen auf den künftigen Rückgriff einstellen, indem er einen Teil seines steuerlichen Vorteils für den Ausgleich der steuerlichen Nachteile der Klägerin zurücklegte. Wie in Kenntnis dieser Tatsachen ein Vertrauenstatbestand des Beklagten entstehen konnte, er werde nicht (mehr) von der Klägerin auf Ausgleich in Anspruch genommen, ist vom Beklagten nicht konkret dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Sein Vortrag, er habe nicht mehr damit gerechnet, wegen des lang zurückliegenden Steuerjahres noch belastet zu werden, ist im Hinblick darauf nicht hinreichend substantiiert. Insbesondere lässt er nicht erkennen, ab wann und aus welchem Anlass er trotz fehlender Kenntnis von dem Steuerbescheid der Klägerin im Vertrauen auf einen unterbleibenden Rückgriff eigene steuerliche Vorteile verbraucht hat.

---

10. BGB §§ 138, 139, 242, 1408 *(Keine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags bei Nichtigkeit des Ausschlusses des Ehegattenunterhalts)*

Ein Ehevertrag kann hinsichtlich der vereinbarten Gütertrennung auch dann teilweise wirksam sein, wenn der ebenfalls vereinbarte völlige Ausschluss des Unterhalts sittenwidrig ist und die Parteien die Gütertrennung selbst dann gewollt hätten, wenn ihnen die teilweise Nichtigkeit des Vertrags bewusst gewesen wäre, und der Vertrag nicht durch Ausnutzung einer unterlegenen Stellung eines Vertragspartners zustande gekommen ist (im Anschluss an BGH, MittBayNot 2006, 44; Abgrenzung zu OLG Celle, NotBZ 2004, 485). (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 20.7.2005, 5 UF 75/04

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin begehrt im Wege der Stufenklage Zugewinn und verlangt zunächst Auskunft über das Endvermögen des Beklagten. Das Amtsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Gegen dieses ihr am 18.2.2004 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit der am 17.3.2004 eingelegten und am 14.4.2004 rechtzeitig begründeten Berufung.

Sie macht geltend, das Amtsgericht sei fehlerhaft zu dem Ergebnis gekommen, es sei keine sittenwidrige Benachteiligung der Klägerin anzunehmen. Die Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004 seien nicht berücksichtigt worden. Mit den Regelungen im Ehevertrag vom 27.12.1988 sei nämlich massiv in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen worden. Obwohl sie zwei Monate vor Abschluss des Ehevertrages das zweite gemeinsame Kind der Parteien geboren habe, sei jeglicher Unterhaltsanspruch für die Zeit nach der Scheidung ausgeschlossen worden. Gleichzeitig sei der gesetzliche Versorgungsausgleich massiv eingeschränkt und Gütertrennung vereinbart worden, obwohl sie im Hinblick auf die am 1.9.1983 begonnene Teilzeitbeschäftigung mit einem Nettoeinkommen von ca. 500 DM nicht in der Lage gewesen sei, sich eine eigene angemessene Altersversorgung aufzubauen und Vermögen zu bilden. Außerdem sei unstreitig das Motiv des Beklagten für den Abschluss des Ehevertrages das Misstrauen gegen die Ehefrau seines Bruders gewesen. Deswegen habe der Beklagte sie unter massivem psychischem Druck zur Einwilligung in den Ehevertrag veranlasst. Für die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages spreche auch, dass der Rechtsanwalt A als Parteivertreter des Beklagten ihr zum Abschluss des Ehevertrages geraten habe. Von einer Beratung bei der Beurkundung könne ebenfalls keine Rede sein. Nach ihrer Erinnerung habe die ganze Angelegenheit nicht länger als fünf Minuten gedauert. Auf die mit dem Vertrag verbundenen Risiken habe der Notar nicht hingewiesen. Dass sie den Vertrag unterzeichnet habe, sei einerseits wohl auf die mit der Geburt des zweiten Kindes verbundene Hormonumstellung und die besondere psychische Belastungssituation zurückzuführen, andererseits aber auch auf die praktizierte Rollenverteilung in der Ehe der Parteien. Sie habe am Ende der Ehe auch kein relevantes Vermögen; ihre Eigentumswohnung mit 33 Quadratmetern sei nach wie vor stark belastet. Die weitere Immobilie habe keinen relevanten Wert und stehe leer. Im Hinblick auf die Regelung zum Versorgungsausgleich sei sie nicht einmal halbwegs für ihr Alter gesichert.

Der Beklagte weist darauf hin, dass die aus der Ehe hervorgegangenen beiden Kinder bei ihm leben und er ausschließlich für ihren Unterhalt aufkomme. Die Klägerin habe sich im

Herbst 2000 seinem ehemals besten Freund zugewandt und lebe mit diesem seit 2001 in eheähnlicher Gemeinschaft. Die Klägerin sei gelernte Bauzeichnerin und habe diesen Beruf bis zur Eheschließung ausgeübt. Seit dem 1.9.1988 bis zum Scheitern der Ehe sei sie zu einem Bruttoentgelt von 1.000 DM, das unabhängig von ihrer Arbeitsleistung gezahlt worden sei, und als zusätzliche Alterssicherung gedacht gewesen sei, in der Firma des Beklagten und seines Bruders tätig gewesen. Sein Vermögen sei während der Ehe heftigen Schwankungen unterworfen gewesen, und er habe in den letzten Jahren namentlich nach Eheende beträchtliche Vermögenseinbußen erlitten. Den Immobilien stünden umfangreiche Darlehen gegenüber, welche die Zeitwerte inzwischen teilweise überstiegen. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004 bestehe hinsichtlich des Zugewinnausgleichs Dispositionsfreiheit; die Ehe sei nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft. Umstände, die die Gütertrennung der Parteien sittenwidrig machten, seien nicht ersichtlich. Vielmehr hätten die Parteien vernünftige Motive für die Gütertrennung gehabt, weil es darum gegangen sei, die an die Eheschließung des Bruders des Beklagten geknüpften Befürchtungen einer Gefährdung des gemeinsamen Geschäftes auszuschließen. Der notarielle Vertrag habe also nicht nur dem ausdrücklichen Wunsch beider Parteien entsprochen, sondern auch dem wirtschaftlichen Interesse aus damaliger Sicht. Die weiteren Regelungen seien mehr oder weniger Beiwerk gewesen, zumal beide Parteien auf den Bestand der Ehe vertraut hätten. Bei dem Unterhaltsverzicht sei es ihm nicht darum gegangen, die Klägerin zu schädigen. Es sei damals darauf angekommen, mit den Ehefrauen gleichlautende Verträge zu schließen. Außerdem sei auch der Verzicht auf Ehegattenunterhalt unbedenklich gewesen, weil er nicht einseitig zu Lasten der Klägerin gehe. Schließlich trage er – der Beklagte – inzwischen die alleinige Verantwortung für die Kinder der Parteien, so dass er im Falle des Scheiterns seines Geschäfts – wie bei seinem Vater – gleichermaßen von diesem nachehelichen Unterhaltsverzicht betroffen sei. Der Verzicht auf den Versorgungsausgleich benachteiligte ihn nach der Voraussicht bei Vertragsschluss mehr als die Klägerin. Der Vertragsinhalt sei über längere Zeit zwischen den Parteien gereift. Die Klägerin hätte ausreichend Einblick in die geschäftlichen Angelegenheiten gehabt, sie habe sämtliche Akten bezüglich der Vermögenswerte verwaltet, auch die steuerlichen Angelegenheiten seien ihr bekannt gewesen. Sie sei beim Vertragsabschluss gesundheitlich und geistig auf der Höhe gewesen. Der Notar habe, wie im Vertrag festgehalten, seine Belehrungspflichten auch genau genommen. Der Entwurf des Ehevertrags sei den Eheleuten zuvor zur Verfügung gestellt worden. Im Übrigen sei die zum Zeitpunkt der Eheschließung vermögenslose Klägerin nunmehr Eigentümerin zweier Immobilien von einem nicht unbeträchtlichen Wert und habe von ihm auch noch eine Abfindung von 30.000 € für ihre Altersversorgung erhalten. Weiterhin habe sie eine Lebensversicherung abgeschlossen, deren Beiträge hierfür vom Ehemann bis zum Ende 2002 gezahlt worden seien. Inzwischen habe die Klägerin ganztags als Sekretärin mit einem guten Verdienst gearbeitet.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, hat jedoch in der Sache aus den tragenden Gründen des angefochtenen Urteils keinen Erfolg.

Daran ändert sich auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (MittBayNot 2004, 270) nichts. Grundsätzlich unterliegen danach die Regelungen über nachehelichen Unterhalt, den Versorgungs- und den Zugewinnausgleich weiterhin der Disposition der Eheleute. Allerdings darf der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen nicht durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden; insbesondere darf durch die Vereinbarung keine evident einseitige und nach der Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstehen. Dabei wiegen nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs (a. a. O.) die Belastungen eines Ehegatten umso schwerer, je unmittelbarer die vertragliche Regelung in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Deshalb ist die Dispositionsbefugnis der Ehegatten insbesondere im Bereich des Unterhalts stark eingeschränkt, während der Zugewinnausgleich der vertraglichen Disposition am weitesten zugänglich ist, zumal das Gesetz die Möglichkeit der Gütertrennung ausdrücklich vorsieht und damit eine wechselseitige Vermögensbeteiligung kein zwingendes Gebot ehelicher Solidarität darstellt. Zwar bestehen hiernach Bedenken, ob der Vertrag wegen des wechselseitigen Ausschlusses des Ehegattenunterhalts gemäß § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist, weil insoweit in den Kernbereich des Ehescheidungsfolgenrechts eingegriffen wird, obwohl sich dies letztlich im konkreten Fall nach den gegebenen Verhältnissen (die Kinder halten sich beim Beklagten auf, die Klägerin lebt seit dem Jahr 2001 mit einem Lebensgefährten zusammen) im Ergebnis nicht gegen die Klägerin richtet. Für die Anwendung von § 138 BGB kommt es allerdings darauf an, ob zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine einseitige Lastenverteilung vorgelegen hat bzw. ob der Vertrag damals unter Ausnutzung einer unterlegenen Stellung eines Vertragspartners zu Stande gekommen ist. Auch wenn man mit *Hahne* (Seminarvortrag vom November 2004 zur Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht im Deutschen Anwaltsverein) in diesem Zusammenhang § 138 BGB als „wenig taugliches Instrument“ ansieht, weil er nur einen Blick auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses erlaubt, nicht dagegen auf spätere Entwicklungen, so kann dennoch der völlige Ausschluss jedweden Ehegattenunterhalts zu einem Zeitpunkt, als die Kinder der Parteien noch sehr klein waren und die weitere Entwicklung nicht absehbar war, nach der dargestellten neueren Rechtsprechung grundsätzlich kaum noch in Betracht kommen.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen des Amtsgerichts folgt der Senat jedoch der Auffassung, dass eine Nichtigkeit des Ausschlusses des Ehegattenunterhalts hier nicht die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages nach sich zieht, denn es ist anzunehmen, dass der Vertrag im Übrigen auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre (§ 139 BGB). Nach § 139 BGB bleibt bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts der von der Nichtigkeit nicht erfasste Teil bestehen, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, wobei der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilbar sein muss (BGH, DNotZ 2001, 684). Das Amtsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass nach Sinn und Zweck des Gesamtvertragswerks die Parteien jedenfalls die Gütertrennung gewählt hätten, selbst wenn der völlige Ausschluss des Ehegattenunterhalts nichtig wäre (§ 139 BGB). Die tatsächlich allein angegriffene und von den übrigen Vertragsteilen abgrenzbare Gütertrennung erscheint auch sachgerecht, gerade angesichts der Gesellschafterverhältnisse, und war von beiden Parteien im Hinblick auf die Eheschließung des Bruders des Beklagten zum Schutz des Unternehmens so gewollt. Die Klägerin hat selbst in der Klageschrift ausgeführt, der Beklagte habe sie überzeugt, den Vertrag abzuschließen. Dieser diente auch dem Schutz der Klägerin. Das wirtschaftliche Fundament der Ehe sollte nicht zerstört werden. Unstrittig

waren die weiteren Regelungen neben der Vereinbarung der Gütertrennung Beiwerk. Außerdem hat die Klägerin unstreitig bereits Vermögen erhalten (zwei Immobilien, deren Wert allerdings streitig ist). Soweit die Klägerin heute außerdem rügt, für ihre Mitarbeit im Geschäft zu gering entlohnt worden zu sein, wird übersehen, dass sie daneben während der gemeinsamen Ehejahre über das Zusammenleben mit dem Beklagten ebenfalls bereits an den Erträgen des Unternehmens partizipiert hat.

Raum für Zweifel an der angefochtenen Entscheidung besteht danach allenfalls noch insoweit, als die Klägerin nunmehr im Zuge der neueren Rechtsprechung auch geltend macht, der Vertrag sei unter Ausnutzung einer damals angeblich unterlegenen Stellung nach der Geburt des zweiten Kindes zustande gekommen. Dafür spricht nach ihrem Vortrag aus erster Instanz nichts. Erst im zweiten Rechtszug trägt sie etwas mehr zu ihrer damals angeblich psychisch schlechten Verfassung, unzureichender Beratung durch den jetzigen Bevollmächtigten des Beklagten und angeblich auch fehlender Belehrung seitens des Notars vor. Auch nach den Erörterungen in der ersten Berufungsverhandlung am 28.2.2005, hat die Klägerin den entsprechenden Vortrag zu ihrer damaligen psychischen Verfassung nicht näher konkretisiert. Für ihre Behauptung fehlender Belehrung durch den Notar hat sie erst im Termin am 13.6.2005 Beweis angetreten. Dies gilt auch für ihr nicht weiter substantiiertes Vorbringen, der Beklagte habe sie unter massivem psychischem Druck zur Einwilligung in den Ehevertrag veranlasst, wobei in der Klageschrift noch dargelegt ist, der Beklagte habe sie vom Vertragsabschluss überzeugt. Unstreitig bestand demgegenüber das Interesse, für den Bruder und die Schwägerin ein Beispiel zu geben, um das Geschäft zu sichern. Die Parteien waren schon einige Zeit verheiratet, die Klägerin war im Betrieb beschäftigt und nicht völlig unerfahren. Besondere psychische Belastungen zwei Monate nach der Geburt des zweiten Kindes liegen nicht ohne weiteres nahe. Ungleiche Verhandlungspositionen sind somit nicht dargetan, ebenso wenig, dass sich eine etwaige unzureichende Belehrung durch den Notar auf den seinerzeitigen Vertragsschluss ausgewirkt hätte. Anders als in dem der Entscheidung des OLG Celle (FamRZ 2004, 1489) zugrundeliegenden Sachverhalt, steht damit vorliegend der Annahme einer Teilwirksamkeit nach § 139 BGB nichts entgegen. Die zitierte Entscheidung des OLG Celle stellt nämlich in der Frage einer Anwendbarkeit von § 139 BGB darauf ab, dass sich die Nichtigkeit des Vertrags „im Hinblick auf die ungleichen Verhandlungspositionen der Parteien beim Zustandekommen der Vereinbarung“ (die Vertragspartnerin war schwanger und Eheschließung noch nicht erfolgt) auch auf den gesamten Vertrag als einheitliches Rechtsgeschäft erstrecke.

Das OLG Celle hat (a. A. *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1493) nicht entschieden, dass für die Anwendbarkeit des § 139 BGB immer nur eine Gesamtbetrachtung des Vertrags vorzunehmen sei, sondern im speziellen Fall auf die Ungleichheit der Verhandlungspositionen beim Zustandekommen abgestellt, die aber vorliegend nicht substantiiert dargetan ist. Wenn dagegen ein inhaltlich teilweise nichtiger Vertrag nicht auf einem ebenfalls als sittenwidrig anzusehenden Zustandekommen beruht, bleibt auch nach der Entscheidung des OLG Celle Raum für die Anwendung von § 139 BGB. So hat jetzt auch der Bundesgerichtshof (MittBayNot 2006, 44) ausgeführt: „Ergibt die Wirksamkeitskontrolle, dass einzelne Klauseln eines Ehevertrags schon im Zeitpunkt seines Zustandekommens nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, so ist nach § 139 BGB in der Regel der gesamte Ehevertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne die nichtigen Klauseln geschlossen sein würde, was sich insbesondere aus anderweitigen Parteivereinbarungen, z. B. salvatorischen Klauseln, ergeben kann.“ Diese Regel ist jedoch gerade im vorliegenden Fall mit einer zwar im Hinblick auf den Ausschluss jedweden Ehegattenunterhalts inhaltlichen Disparität zur Zeit des Vertragsschlusses, der jedoch nicht unter Ausnutzung einer Zwangslage zustande gekommen ist, nicht einschlägig. Vielmehr ist der nach den obigen Ausführungen *Hahnes* zu § 138 BGB als wenig tauglichem Instrument vorzuziehende Weg über die spätere Inhaltskontrolle eröffnet, weil davon auszugehen ist, dass die Parteien die Gütertrennung selbst dann gewollt hätten, wenn ihnen eine teilweise Nichtigkeit des Vertrags wegen des vollständigen wechselseitigen Verzichts auf Unterhalt bewusst gewesen wäre.

Eine Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB, bezogen auf die gegenwärtigen Verhältnisse, führt nicht zu einer Änderung der Vereinbarung, zumal die Klägerin auch nicht ohne jedes Vermögen aus der Ehe herausgeht (s. o.), selbst wenn man den Streit über den Wert ihrer beiden Immobilien dahingestellt sein lässt. Das Gebot der ehelichen Solidarität erfordert keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten. Deren Verantwortung füreinander trägt das Unterhaltsrecht Rechnung. Das Güterrecht knüpft nicht an Bedarfslagen an. Grob unbillige Versorgungsdefizite sind vorrangig im Unterhaltsrecht zu korrigieren. Der Bundesgerichtshof hat dargelegt, dass sich die Berufung auf eine wirksame vereinbarte Gütertrennung nur unter engsten Vorraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen dürfte, so etwa wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbarer gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planungen sich aber nicht verwirklicht haben, was vorliegend nicht der Fall ist. Insbesondere hindere der Umstand, dass sich eine Partei der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet habe, für sich genommen nicht, sich auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung zu berufen. Abhilfe gegen ein Absinken des Lebensstandards sei mit den Instrumenten des Unterhaltsrechts zu befriedigen. Auch ein besonders hohes Einkommen des Beklagten, an dem die Klägerin in der Ehe im Übrigen hinsichtlich ihres Lebensstandards partizipiert hat, erfüllt den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht. Die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien weicht nicht grundlegend von der dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung ab (vgl. zu Vorstehendem BGH, MittBayNot 2004, 270; BGH, DNotZ 2005, 703). Die Klägerin hat auch durch den Ausschluss des Zugewinns keine ehebedingten Nachteile erlitten. Aufgrund ihrer beruflichen Stellung kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie durch die Ehe gehindert war, erhebliche Vermögenswerte zu bilden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage ist ebenfalls nicht eingetreten, denn die Sicherung des Unternehmens für den Fall einer Scheidung war ja gerade Zweck des Ehevertrags, auch wenn die Parteien dabei mehr an das andere Ehepaar gedacht hatten, weil sie im Hinblick auf den Glauben an den Bestand der eigenen Ehe davon ausgingen, der Vertrag werde sie nicht betreffen. Die Parteien haben die eingetretene Entwicklung aber für möglich gehalten und dennoch diese Regelung getroffen (BGH, MittBayNot 2004, 270) und sie auch nach dem Abschluss des Vertrages zwischen der Schwägerin und dem Bruder des Beklagten beibehalten. Hiernach war die Berufung zurückzuweisen.

11. PStG §§ 5 Abs. 1–3, 48; BGB § 1307; FGG § 27 *(Verlangen nach Vorlage von Abstammungsurkunden verhältnismäßig)*

Ein Standesbeamter handelt nicht ermessensfehlerhaft, wenn er eine Eheschließung ausländischer Staatsangehöriger wegen fehlender Abstammungsurkunden verweigert. Das gilt insbesondere dann, wenn die Verlobten bereits verheiratet waren und die Beschaffung der erforderlichen Urkunden nicht mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist. Eine längere Bearbeitungszeit einer ausländischen EU-Behörde lässt die Pflicht zur Herbeischaffung einer entsprechenden Urkunde nicht als unverhältnismäßig erscheinen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 13.12.2004, 16 Wx 224/04

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen in FamRZ 2005, 1674 abgedruckt.

Anmerkung:

Das OLG Köln hat mit seiner Entscheidung vom 13.12.2004 bestätigt, dass die Verlobten nach § 5 Abs. 1 PStG verpflichtet sind, bei der Anmeldung einer Eheschließung die erforderlichen Personenstandsurkunden auch dann beizubringen, wenn die maßgeblichen Personenstandseinträge nicht in Deutschland, sondern im Ausland geführt werden. Für künftige Lebenspartner besteht nach Art. 2 AGLPartG i. V. m. §§ 3 und 4 VollzVAGLPartG eine entsprechende Verpflichtung, dem Notar die erforderlichen Nachweise vorzulegen. Bei der Anmeldung einer Lebenspartnerschaft kann deshalb auf die Entscheidung des OLG Köln verwiesen werden, wenn sich die künftigen Lebenspartner weigern, Urkunden aus dem Ausland zu beschaffen.

Welche Unterlagen künftige Lebenspartner in der Regel beibringen müssen, ist im MittBayNot Sonderheft 2001 Lebenspartnerschaften, S. 11 ff., dargestellt. Bei Personenstandsurkunden aus dem Ausland ist aber zu beachten, dass nur solche Urkunden verlangt werden können, die auch von dem zuständigen ausländischen Standesbeamten entsprechend der für ihn maßgeblichen Vorschriften ausgestellt werden können. Besonderheiten des deutschen Personenstandsrechts wie die Abstammungsurkunde und das Familienbuch einschließlich der aus diesem Personenstandsbuch auszustellenden Personenstandsurkunden (Auszug und beglaubigte Abschrift aus dem Familienbuch) sind in keinem ausländischen Staat bekannt. In Staaten, welche das Übereinkommen vom 8.9.1976 über die Ausstellung mehrsprachiger Auszüge aus Personenstandsbüchern[1] ratifiziert haben, können auch Urkunden entsprechend diesem Abkommen ausgestellt werden.

Nach dem Sachverhalt, welcher die Entscheidung des OLG zu Grunde liegt, wurden die Frau in Polen und der Mann in der Tschechischen Republik geboren; beide Verlobte waren bereits einmal verheiratet. Zur Überprüfung insbesondere der Ehehindernisse der Verwandtschaft und der Doppelehe sollten die Verlobten jeweils eine Abstammungsurkunde und eine beglaubigte Abschrift oder einen Auszug aus dem Familienbuch vorlegen. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Urkunden dieser Art sind weder in Polen noch in der Tschechischen Republik bekannt. In Polen werden von den Standesämtern, die in der Regel bei den Gemeinden bestehen, Personenstandsbücher geführt, in welche Geburten, Eheschließungen und Todesfälle eingetragen werden. Außerdem werden in diesen Personenstandsbüchern spätere Ereignisse in Form von Zusätzen beurkundet, die den Inhalt oder die Gültigkeit des Eintrags beeinflussen. Beispielsweise werden auf diese Weise Entscheidungen über die Scheidung oder die Nichtigkeit der Ehe eingetragen. Eine Ehescheidung im Ausland kann nur dann eingetragen werden, wenn sie dem zuständigen Standesamt bekannt wird. Zwischen Deutschland und Polen gibt es kein Abkommen, das die Mitteilung von Entscheidungen in Ehesachen regelt. Das polnische Standesamt kann deshalb beispielsweise ein deutsches Scheidungsurteil nur dann zum Heiratseintrag eintragen, wenn die Betroffenen das Urteil vorlegen. Lediglich im Fall des Todes eines polnischen bzw. deutschen Staatsangehörigen bestehen nach dem sog. Wiener Konsularabkommen vom 24.4.1963[2], das für Deutschland am 7.10.1971 und für Polen am 12.11.1981 in Kraft getreten ist, gegenseitige amtliche Mitteilungspflichten. Aus den polnischen Personenstandsbüchern werden vollständige und gekürzte Abschriften des Eintrags sowie Bescheinigungen über Einträge oder deren Fehlen, Verlust oder Vernichtung ausgestellt. Polnische Standesbeamte können auch mehrsprachige Personenstandsurkunden ausstellen, da das Abkommen vom 8.9.1976 seit dem 1.11.2003[3] auch in Polen in Kraft getreten ist.

Die polnische Verlobte hätte in dem vom OLG entschiedenen Fall dem deutschen Standesbeamten eine vollständige Abschrift ihres Geburtseintrags und, falls die Vorehe in Polen geschlossen wurde, eine vollständige Abschrift des Heiratseintrags vorlegen können. Soweit im Heiratseintrag kein Vermerk über die Auflösung der Ehe enthalten ist, hätte die Verlobte die Auflösung ihrer Vorehe durch eine andere Urkunde, z. B. durch eine Sterbeurkunde des früheren Ehemannes oder durch ein rechtskräftiges Scheidungsurteil nachweisen können. Die Beschaffung von Personenstandsurkunden aus Polen ist grundsätzlich ohne besondere Probleme möglich, es muss lediglich mit Zeitverzögerungen gerechnet werden.

In der Tschechischen Republik werden drei Personenstandsbücher (Matrikel) über Geburten, Eheschließungen und Sterbefälle geführt. Zuständig sind die Standesbeamten bei den Gemeindebehörden. Diese Personenstandsbücher werden ebenfalls fortgeführt, wenn sich der Personenstand der Betroffenen ändert und der Standesbeamte von der Änderung erfährt. Zwischen Deutschland und der Tschechischen Republik ist nur das sog. Wiener Konsularabkommen (siehe oben) zu beachten; es ist für die frühere Tschechoslowakei am 12.4.1968 in Kraft getreten und gilt auch für die beiden Nachfolgestaaten. Aus den jeweiligen Personenstandsbüchern werden Personenstandsurkunden in Form von Abschriften erstellt. Ihre Beschaffung ist ohne weiteres möglich, mit Zeitverzögerungen muss ebenfalls gerechnet werden.

Der tschechische Verlobte hätte in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall dem deutschen Standesbeamten zum Nachweis seines Personenstandes eine Geburtsurkunde und, falls die Vorehe in der Tschechischen Republik geschlossen worden ist, eine Heiratsurkunde vorlegen können. Soweit sich die Auflösung der Ehe nicht aus der Heiratsurkunde ergibt, hätte der Mann entweder eine Sterbeurkunde seiner früheren Frau oder ein rechtskräftiges Scheidungsurteil vorlegen müssen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das OLG Köln zwar die gesetzliche Verpflichtung der Verlobten zur Vorlage der erforderlichen Nachweise bestätigt hat, sich aber, wie vom zuständigen Standesamt telefonisch zu erfahren war, über die

---

1 BGBl 1997 II, S. 774.

2 Siehe Gesetz vom 26.8.1969, BGBl II, S. 1565.

3 BGBl II 2003, S. 2171.

tatsächlich beschaffbaren Personenstandsurkunden aus Polen und der Tschechischen Republik nicht ausreichend informiert hatte. Der zuständige Standesbeamte hatte jedenfalls die Betroffenen korrekt beraten. Diese haben aber die ausländischen Personenstandsurkunden nicht beschafft und sich stattdessen an die Personenstandsgerichte gewandt.

Regierungsdirektor *Rupert Brandhuber*, Bad Endorf

---

12. BGB § 1310 Abs. 1; FGG § 5 Abs. 4 *(Eheschließung trotz Verdacht auf Scheinehe)*

Das Vorliegen von Verdachtsmomenten und Zweifeln an der Ernsthaftigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft reicht für die Verweigerung der Mitwirkung eines Standesbeamten an der Eheschließung nicht aus. Der fehlende Wille zur Begründung einer ehelichen Gemeinschaft muss bewiesen sein. Verbleibende Zweifel an der Ernsthaftigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft gehen nicht zu Lasten der Eheschließungswilligen. Widersprüche oder fehlende Kenntnisse über Familienangehörige des Verlobten alleine genügen nicht (Leitsatz der Schriftleitung)

AG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23.2.2005, 49 UR III FEJ 50/04

Die Antragstellerin ist serbisch-montenegrinische Staatsangehörige. Sie ist ausreiseverpflichtet; über die Ausreiseverpflichtung ist ein Verwaltungsstreitverfahren anhängig. Die Antragstellerin möchte mit dem deutschen Staatsangehörigen M die Ehe eingehen. Bei Vorsprache beim Standesamt ließ die Standesbeamtin beide denselben Fragebogen ausfüllen. Im Wesentlichen hat dieser Fragebogen die Lebensumstände des anderen sowie Umstände, die zum Entschluss der Eheschließung führten, zum Gegenstand. Dabei trat zutage, dass Herr M nur einen Namen der beiden Kinder der Antragstellerin und das Alter beider nur ungefähr kannte. Darüber hinaus machten die Antragstellerin und Herr M abweichende Angaben über gemeinsame Unternehmungen am vorangegangenen Wochenende. Die Antragsgegnerin lehnte die Mitwirkung an der Eheschließung ab, da die Antragstellerin und Herr M keine Lebensgemeinschaft begründen wollten. In den Einlassungen des Herrn M sei ein gewisses Desinteresse zu sehen. Für die Annahme einer Scheinehe spreche auch der Altersunterschied – sie ist 21 Jahre jünger als er – sowie die Aussicht der Antragstellerin, mit der Eheschließung ein Bleiberecht in Deutschland zu erhalten.

Aus den Gründen:

Dem Begehren der Antragstellerin war im Wesentlichen stattzugeben. Dass die Antragstellerin und Herr M keine eheliche Lebensgemeinschaft begründen wollten, ist zur Überzeugung des Gerichts nicht offenkundig. Offenkundigkeit ist es aber, was § 1310 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangt, damit der Standesbeamte seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigern darf. Das Vorliegen von Verdachtsmomenten und Zweifeln an der Ernsthaftigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft nach durchgeführter Beweisaufnahme reichen nicht aus, um die Mitwirkung an der Eheschließung zu versagen. Offenkundig im Sinne der genannten Vorschriften sind Umstände, die sozusagen für jedermann erkennbar auf der Hand liegen. Das bedeutet, dass der fehlende Wille zur Begründung einer ehelichen Lebensgemeinschaft dementsprechend der dem Standesbeamten bzw. dem Personenstandsrichter obliegenden Beweislast für das Vorliegen des Aufhebungsgrundes im Sinne eines Hauptbeweises bewiesen sein muss. Dies setzt die persönliche Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsache voraus, wobei ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der restlichen etwaigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen, ausreicht. Demnach gehen verbleibende Zweifel an der Ernsthaftigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft nicht zu Lasten der Eheschließungswilligen (KG, NJW-RR 2001, 1373). Das zur Entscheidung angerufene Gericht ist dabei berechtigt und verpflichtet, „die vom Standesbeamten vorgenommene Wertung einer eigenen Prüfung zu unterziehen und eine eigene Wertung vorzunehmen. Einen für den Personenstandsrichter nicht überprüfbaren Entscheidungsspielraum des Standesbeamten gibt es hierbei nicht. Das folgt aus § 45 Abs. 2 Satz 2 PStG, der für Zweifelsanfragen durch den Standesbeamten dasselbe Verfahren anordnet wie für das – hier durchgeführte – Antragsverfahren (vgl. OLG Jena, FamRZ 2000, 1365).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme haben sich, die Zweifel als (nur) begründet erwiesen, die den Standesbeamten gemäß § 5 Abs. 4 FGG dazu anhalten, weitere Ermittlungen anzustellen. Genannt werden in der Vorschrift gemeinsame bzw. getrennte Befragung und Urkundenvorlage. Nach Ausschöpfung dieser Beweismittel sind die Zweifel keineswegs ausgeräumt. Indessen steht aber nicht nach dem Beweismaßstab der Offenkundigkeit fest, dass die Eheschließungswilligen eine eheliche Gemeinschaft nicht begründen wollen. Es liegt nämlich nicht für jedermann erkennbar auf der Hand, dass eine Scheinehe geschlossen werden soll. In nicht zu widerlegender Art und Weise haben beide bekundet, es gebe eine Wohnung in G – eine Nachbarwohnung in dem Hause, in dem Herr M wohnt –, in die sie nach der Eheschließung einziehen wollen. Wenn seitens der Antragsgegnerin argumentiert wird, dasselbe sei schon vor Monaten vorgetragen worden und der Umzug sei immer noch nicht erfolgt, ist dem entgegenzuhalten, dass die Ehe eben noch nicht geschlossen und der Aufenthaltsstatus der Antragstellerin ungeklärt ist. Über die Familienverhältnisse des jeweils anderen zeigten sich die Eheschließungswilligen jedenfalls in groben Zügen orientiert. Wenn auch nahe liegt, dass derartige Informationen „eingeübt" sein könnten, haben beide Eheschließungswilligen jedenfalls insoweit ein Interesse bekundet. Dass das Interesse der beiden an den Familienverhältnissen allein aus den zu erwartenden Befragungen herrührt, kann daher auch nicht daraus geschlossen werden, dass die Antragstellerin in ihrer ersten Befragung bekundet hat, sie habe Herrn M, den Namen ihrer Mutter „heute morgen doch zehnmal" gesagt.

Soweit die Antragstellerin weiter beantragt, den Standesbeamten anzuhalten, die Ehe zu schließen, war der Antrag zurückzuweisen. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist ausschließlich die Ablehnungsentscheidung. Diese wurde gestutzt auf ein negatives Tatbestandsmerkmal des § 1310 BGB – Offenkundigkeit eines Aufhebungsgrundes. Die positiven Voraussetzungen – persönliche, unbedingte Erklärung der Eheschließenden bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten (§ 1311 BGB), Vorlage von Abstammungsurkunden (§ 5 Abs. 1 PStG) usw. können durch die gerichtliche Entscheidung nicht ersetzt werden.

Anmerkung:

Das Amtsgericht Frankfurt am Main befasst sich in seinem Beschluss vom 23.2.2005 mit der Frage, ob bei Verdachtsmomenten und Zweifeln an der Ernsthaftigkeit der Eingehung einer Ehe der Standesbeamte die Mitwirkung an der Eheschließung verweigern kann. Bisher sind zur Problematik von „Scheinehen" verhältnismäßig wenige Gerichtsentscheidungen ergangen. Die Änderung des Eherechts durch das Eheschließungsrechtsgesetz vom 4.5.1998[1] hat zwar die gesetz-

1 BGBl I, S. 833.

lichen Möglichkeiten verbessert, gegen einen Rechtsmissbrauch vorzugehen. Wie der Beschluss aber zeigt, ist es in der Praxis meist sehr schwierig, die tatsächlichen Absichten der Verlobten festzustellen. Auch bei der Begründung einer Lebenspartnerschaft kann nicht ausgeschlossen werden, dass keine echte partnerschaftliche Lebensgemeinschaft beabsichtigt ist. Insoweit kann die Betrachtung der Entscheidung des AG Frankfurt auch für die Notare hilfreich sein.

Seit dem Inkrafttreten des Eheschließungsrechtsgesetzes am 1.7.1998 muss der Standesbeamte gem. § 1310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB seine Mitwirkung verweigern, wenn offenkundig ist, dass die Ehe nach § 1314 Abs. 2 BGB aufhebbar wäre. Diese Regelung erfasst zwar sämtliche Aufhebungsgründe, zielt aber im Wesentlichen auf die Fälle, in denen keine eheliche Lebensgemeinschaft beabsichtigt ist (§ 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB).

Es ist eine Reihe von rechtsmissbräuchlichen Eheschließungsmotiven denkbar (wie z. B. die „Namensehe“ oder die „Staatsangehörigkeitsehe“). Aus der Vorgeschichte des § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB ergibt sich, dass vor allem Ehen zwischen Deutschen und Ausländern verhindert werden sollen, die nur zu dem Zweck geschlossen werden, dem Ausländer einen Aufenthaltstitel nach Maßgabe des Aufenthaltsgesetzes (früher Ausländergesetz) zu verschaffen.[2] Der in der standesamtlichen Praxis für solche rechtsmissbräuchlichen Ehen verwendete Begriff „Scheinehen“ ist missverständlich. Auch eine solche Ehe kommt immer dann rechtswirksam zustande, wenn die formellen Voraussetzungen einer Eheschließung nach § 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB beachtet werden. Dies gilt auch dann, wenn der Standesbeamte den Rechtsmissbrauch nicht erkennt oder eine begründete Ablehnung der Amtshandlung durch den Standesbeamten nicht möglich ist. Für den betroffenen Ausländer kommt es vor allem darauf an, dass die Ehe formal wirksam ist; nur so können die aufenthaltsrechtlichen Vorteile erreicht werden. Eine „Scheinehe“ kann nur durch Tod, gerichtliche Scheidung oder Aufhebung wieder aufgelöst werden. Aufhebungsberechtigt sind die Ehegatten und die zuständige Behörde[3] (§ 1316 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BGB).

Im Gegensatz zu einer „Scheinehe“ kann eine Lebenspartnerschaft dann nicht wirksam begründet werden, wenn sich die Lebenspartner bei der Begründung der Lebenspartnerschaft darüber einig sind, keine partnerschaftliche Lebensgemeinschaft mit gegenseitiger Fürsorge, Unterstützung und Verantwortung einzugehen (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 2 LPartG). Die Frage, ob der Notar Erklärungen über die Begründung einer Lebenspartnerschaft entgegennehmen darf, wenn rechtsmissbräuchliche Motive zu Grunde liegen, beurteilt sich nach dem Beurkundungsgesetz (siehe § 1 VollzVAGLPartG).

Wollen zwei Personen gleichen Geschlechts eine Lebenspartnerschaft begründen und besteht der Verdacht, dass die Voraussetzungen des § 2 LPartG nicht gegeben sind, steht der Notar wie der Standesbeamte bei Verdacht auf „Scheinehe“ vor der schwierigen Frage, wie er seine Zweifel näher überprüfen kann. Dem Standesbeamten steht in § 5 Abs. 4 PStG eine gesetzliche Grundlage zur Verfügung, die ihn ermächtigt, bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte getrennte Befragungen durchzuführen, geeignete Nachweise anzufordern und notfalls eidesstattliche Versicherungen zu verlangen. Im Lebenspartnerschaftsgesetz und den bayerischen Ausführungsvorschriften fehlt eine entsprechende Regelung, so dass für die Prüfungen das Beurkundungsgesetz maßgebend ist. Im Einzelfall können auch für den Notar die Grundsätze hilfreich sein, die sich in der Praxis der Standesbeamten und auch auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung herausgebildet haben. Dabei handelt es sich vor allem um Fälle einer beabsichtigten „Scheinehe“ zwischen einem Deutschen und einem Ausländer. Selbstverständlich kann nicht jede Eheschließung eines Ausländers unter den Verdacht einer Scheinehe gestellt werden. Eine nähere Prüfung wurde den Standesbeamten insbesondere in folgenden Fällen empfohlen:[4]

- Der Ausländer hat kein gesichertes Aufenthaltsrecht oder gegen den Ausländer sind aufenthaltsbeendende Maßnahmen eingeleitet worden (im Zweifel wird empfohlen, bei der zuständigen Ausländerbehörde nachzufragen).
- Eine Verständigung in einer für beide Verlobte verständlichen Sprache ist nicht möglich.
- Die Verlobten machen widersprüchliche Angaben über ihren Partner (z. B. zu den persönlichen Daten des anderen Verlobten, den Umständen des Kennenlernens oder über die Verwandten des anderen Verlobten und deren Namen).
- Zwischen den Verlobten besteht ein ungewöhnlicher Altersunterschied.
- Der deutsche Verlobte kommt aus einem problematischen Umfeld (z. B. Drogensüchtige, Nichtsesshafte, Prostituierte).
- Die Eheschließung wird besonders dringlich gemacht oder die erforderlichen Unterlagen werden von Dritten bereits bei der ersten Vorsprache vollständig beigebracht.

Die vorstehenden Kriterien sind keinesfalls vollständig. Es können auch andere Verdachtsmöglichkeiten auftreten. Häufig werden mehrere Kriterien zusammentreffen. Ein großer Altersunterschied wird, wenn die Betroffenen entsprechende Beteuerungen über eine gegenseitige Zuneigung u. ä. vorbringen und keine anderen Anhaltspunkte vorliegen, für die Ablehnung einer Amtshandlung nicht ausreichen.

Das AG Frankfurt am Main hat in seinem Beschluss die Widersprüche, die sich aus der getrennten Befragung der Verlobten über die persönlichen Daten des anderen Verlobten und dessen Verwandten ergeben haben sowie die unterschiedlichen Angaben der Verlobten über die gemeinsamen Unternehmungen als nicht ausreichend angesehen, den Verdacht auf Eingehung einer „Scheinehe“ zu begründen. Es erstaunt, dass das Gericht selbst einräumt, dass Informationen über die Familienverhältnisse des jeweils anderen „eingeübt“ sein könnten. M. E. bleibt offen, ob das Gericht entsprechend den Ausführungen des OLG Frankfurt am Main in dessen Beschluss vom 7.6.2004,[5] eine ausreichende Tatsachenermittlung vorgenommen hat, um den Willen der Betroffenen zur Eheschließung festzustellen. Jedenfalls hat sich das AG den Ausführungen des OLG insoweit angeschlossen, als es verbleibende Zweifel an der Ernsthaftigkeit der beabsichtigten Lebensgemeinschaft nicht zu Lasten der Eheschließungswilligen gewichtet hat.

Abschließend sei noch ein Hinweis auf die Erfahrungen der Standesbeamten gegeben. In der Praxis hat die offene Äußerung des Verdachts auf Eingehung einer „Scheinehe“ oft zur Folge, dass Personen, die rechtsmissbräuchliche Motive haben, die Anmeldung der Ehe abbrechen oder zu einem zweiten Befragungstermin nicht mehr erscheinen.

Regierungsdirektor *Rupert Brandhuber*, Bad Endorf

---

2 Siehe auch *Hepting/Gaaz/Henrich,* PStG Bd. 2 Rdnr. III-201 ff.

3 Zuständige Behörde ist in Bayern die Regierung von Mittelfranken (Verordnung vom 2.5.2000, GVBl, S. 293).

4 Siehe auch *Hepting/Gaaz/Henrich*, § 5 PStG Rdnr. 47 ff.

5 StAZ 2004, 368.

13. BGB §§ 1922, 2032 *(Nachweis des Erbrechts durch eröffnetes öffentliches Testament)*

a) Der Erbe ist nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen; er hat auch die Möglichkeit, den Nachweis seines Erbrechts in anderer Form zu erbringen.

b) Ein eröffnetes öffentliches Testament stellt in der Regel einen ausreichenden Nachweis für sein Erbrecht dar.

BGH, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger nehmen die beklagte Bank auf Erstattung von Gerichtskosten für die Erteilung eines Erbscheins in Anspruch. Der Erblasser, Ehemann der Klägerin zu 1) und Vater der Kläger zu 2) und 3), hatte der Beklagten ein langfristiges sogenanntes Berlin-Darlehen gewährt. Mit notariell beurkundetem Testament vom 11.11.1997 setzte er die Kläger zu gleichen Teilen als Erben ein und ordnete eine Vermögensauseinandersetzung an, nach der die Klägerin zu 1) sein gesamtes geldwertes Vermögen und die Kläger zu 2) und 3) Eigentum an Grundstücken sowie Geschäftsanteile an einer GmbH erhalten sollten. Mit notariell beurkundetem Testament vom 9.2.2000 nahm er eine Änderung der Teilungsanordnung betreffend die Kläger zu 2) und zu 3) vor.

Nach dem Tode des Erblassers am 4.12.2001 bat die Klägerin zu 1) die Beklagte mit Schreiben vom 20.1.2002 unter Beifügung von Fotokopien der Sterbeurkunde und des eröffneten Testaments vom 11.11.1997 um Umschreibung des Darlehenskontos auf ihren Namen. Die Beklagte antwortete am 23.4.2002, die eingereichten Unterlagen seien für die Umschreibung nicht ausreichend, weshalb sie um Übersendung des Erbscheins im Original bzw. in beglaubigter Form bitte. Außerdem sei die Zustimmung der Volksbank erforderlich, an die die Forderungen aus dem Darlehen sicherungshalber abgetreten worden waren. Nachdem die Volksbank mit Schreiben vom 2.5.2002 unter Beifügung von Fotokopien der Sterbeurkunde sowie beider eröffneter Testamente der Beklagten ihre Zustimmung zur Umschreibung des Darlehens auf die Erben erklärt hatte, teilte die Beklagte auch ihr am 20.6.2002 mit, sie könne das Testament als Nachweiserleichterung nicht berücksichtigen und benötige für die Übertragung des Darlehens eine beglaubigte Kopie des Erbscheins zur Einsichtnahme. Eine Ablichtung dieses Schreibens erhielt die Klägerin zu 1) zur Kenntnisnahme.

Mit Schreiben vom 1.8.2002 übersandten die drei Kläger der Beklagten den von ihnen erwirkten Erbschein und baten um Umschreibung des Darlehenskontos auf die Klägerin zu 1). Zugleich forderten sie die Beklagte erfolglos zur Erstattung der durch den Erbschein verursachten Gerichtskosten in Höhe von 1.434 € auf.

Die Kläger halten die Beklagte unter dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung für verpflichtet, die Gerichtskosten für den Erbschein zu erstatten. Dessen Anforderung sei unberechtigt gewesen, weil die Stellung der Kläger als Erben bereits durch die eröffneten Testamente hinreichend nachgewiesen worden sei. Die Beklagte hält ihr Vorgehen für berechtigt, zumal sie angenommen habe, dass bereits ein Erbschein existiere, und die Kläger nicht darauf hingewiesen hätten, dass dieser allein für die Kontoumschreibung bei der Beklagten beantragt werden müsse.

Das Amtsgericht hat die Klage auf Zahlung von 1.434 € zuzüglich Zinsen abgewiesen. Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Erstattung der Kosten an die Kläger als Gesamtgläubiger verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist im Wesentlichen nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Den Klägern stehe als in den Darlehensvertrag des Erblassers eingetretene Erben ein Anspruch auf Ersatz der Kosten des Erbscheins aus positiver Forderungsverletzung wegen Erfüllungsverweigerung zu. Die Beklagte habe zu Unrecht die Umschreibung des Darlehens auf die Klägerin zu 1) verweigert, obwohl die Kläger die Erbfolge durch Übersendung des öffentlichen Testaments mit Eröffnungsprotokoll des zuständigen Amtsgerichts dargetan und durch die gemeinsame Unterschrift die Berechtigung der Klägerin zu 1), alleinige Kontoinhaberin zu werden, mitgeteilt hätten. Die Beklagte könne sich weder darauf berufen, dass der Erbschein der einzige rechtlich anerkannte Nachweis der Erbfolge sei, noch dass sie ein sonstiges begründetes Interesse an dessen Vorlage gehabt habe. In den Vorschriften des BGB existiere keine Vorschrift, wonach ein Schuldner von dem Erben als Legitimation die Vorlage eines Erbscheins verlangen und bis dahin die dem Erben geschuldete Leistung verweigern könne. Es habe auch keine vertragliche Regelung zwischen den Parteien des Darlehensvertrages bestanden, die es der Beklagten erlaubt habe, nur gegen Vorlage des Erbscheins das Darlehen umzuschreiben. Das Sicherungsinteresse der Beklagten müsse hier hinter dem Interesse des Erben, nicht mit unnötigen Kosten belastet zu werden, zurückstehen, da Anhaltspunkte für die Existenz weiterer, dem eingereichten Testament widersprechender letztwilliger Verfügungen nicht bestanden hätten. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht auf Seiten der Kläger liege nicht vor. Angesichts ihrer – nicht substantiiert bestrittenen – Behauptung, die Beklagte habe eine Umschreibung ohne Erbschein mehrfach verweigert, sei ihnen nicht anzulasten, dass sie ihre Erstattungsforderung nicht vorab angekündigt hätten.

II.

Das Berufungsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte den Klägern aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zur Erstattung der Gerichtskosten für den Erbschein verpflichtet ist (1.). Allerdings steht der Schadensersatzanspruch den Klägern – wie die Revision zutreffend beanstandet – nicht als Gesamt- sondern als Mitgläubigern zu (2.).

1. a) Die Kläger sind als testamentarische Erben des ursprünglichen Darlehensgläubigers gemäß § 1922 Abs. 1, § 2032 BGB in den Darlehensvertrag mit der Beklagten eingetreten, auf den als Dauerschuldverhältnis für die Vorgänge des Jahres 2002 gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der vor dem 1.1.2002 geltenden Fassung Anwendung findet.

b) Die Beklagte hat gegen die ihr obliegenden vertraglichen Pflichten verstoßen, indem sie die Umschreibung des Darlehenskontos von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht hat. Dabei kann dahinstehen, ob – wie das Berufungsgericht angenommen hat – hier ein Fall der endgültigen Erfüllungsverweigerung vorlag. Bei der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung handelt es sich lediglich um einen Unterfall der Verletzung der allgemeinen Leistungstreuepflicht (OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt 2001, 105, 106; OLG München, NJW-RR 2003, 201, 202; MünchKommBGB/*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, vor § 275 Rdnr. 241). Aus der Leistungstreuepflicht folgt die generelle Verpflichtung, den Vertragszweck und den Leistungserfolg weder zu gefährden noch zu beeinträchtigen (vgl. BGHZ 11, 80, 83 ff.; 90, 302, 308; BGH, Urteil vom 8.7.1982, VII ZR 314/81, WM 1983, 125, 126 und vom 30.3.1995, IX ZR 182/94, WM 1995, 1288, 1289). Jedenfalls gegen diese Verpflichtung hat die Beklagte verstoßen, als sie die Umschreibung des Darlehensvertrages auf die Kläger von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machte.

aa) Der Darlehensvertrag mit dem Erblasser enthielt unstreitig keine Vereinbarung darüber, in welcher Art und Weise nach dem Tode des Darlehensgebers dessen Rechtsnachfolge nachzuweisen ist. Insbesondere waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken oder Sparkassen nicht Vertragsinhalt. Auch einer der gesetzlich gesondert geregelten Fälle, in denen der Erbe die Rechtsnachfolge grundsätzlich durch einen Erbschein nachzuweisen hat (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, § 41 Abs. 1 Satz 1 Schiffsregisterordnung, § 86 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen), liegt nicht vor.

bb) Abgesehen von diesen Sonderregelungen ist der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern hat auch die Möglichkeit, diesen Nachweis in anderer Form zu erbringen (BGH, Urteil vom 10.12.2004, V ZR 120/04, FamRZ 2005, 515, 516). Es existiert keine Regelung, die den Nachlassschuldner berechtigt, seine Leistung auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung grundsätzlich von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen. Wie der Bundesgerichtshof im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 54, 343, 344) bereits entschieden hat, lässt sich ein solches Leistungsverweigerungsrecht auch nicht aus der gemäß § 2367 BGB bei Unrichtigkeit des Erbscheins befreienden Wirkung der Leistung an den Erbscheinserben ableiten (BGH, Urteil vom 27.2.1961, II ZR 196/59, WM 1961, 479, 481). Dem entspricht auch die herrschende Auffassung in der Literatur (MünchKommBGB/*Mayer*, 4. Aufl., § 2365 Rdnr. 32; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2004, § 2353 Rdnr. 11 f., § 2365 Rdnr. 5; *Erman/Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2365 Rdnr. 2; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 2367 Rdnr. 1; *Schwintowski* in: Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 27 f.).

Anlass zu einer Änderung dieser Rechtsprechung besteht – anders als die Revision meint – auch aus Gründen des Schuldnerschutzes nicht. Der Umstand, dass die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme allein aus der Risikosphäre des Gläubigers stammt, rechtfertigt es nicht, dessen Erben zum Schutz des Schuldners generell zur Vorlage eines Erbscheins zu verpflichten. Bei den Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge ist auch den berechtigten Interessen der Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses Rechnung zu tragen. Dabei kann die Forderung nach Vorlage eines Erbscheins in unklaren Fällen berechtigt sein (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1961, II ZR 196/59, WM 1961, 479, 481), wird jedoch – wie hier – ein eröffnetes öffentliches Testament vorgelegt, wird dies – entsprechend den Regelungen in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO und § 41 Abs. 1 Satz 2 Schiffsregisterordnung – in der Regel als ausreichender Nachweis für die Rechtsnachfolge anzusehen sein. Dass die Beklagte bei Rückzahlung des Berlin-Darlehens an Unberechtigte mit Steuermitteln haften müsste, ändert nichts.

Dass und aus welchen Gründen die Beklagte Anlass gehabt hätte, Zweifel an der Richtigkeit der durch das notariell beurkundete Testament belegten Erbfolge zu haben, hat sie nicht dargetan. Ob die Beklagte die Umschreibung des Darlehens noch von ergänzenden Erklärungen der Kläger zur Nichtexistenz weiterer Testamente oder Erbberechtigter hätte abhängig machen können (vgl. OLG Bremen, OLGZ 65, 170, 172 f.), bedarf keiner Entscheidung. Ein solches Begehren hat die Beklagte nicht gestellt. Vielmehr hat sie die Umschreibung des Darlehens in ihren Schreiben vom 23.4.2002 und 20.6.2002 ausdrücklich von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht.

Entgegen der Auffassung der Revision hat die Beklagte mit diesen beiden Schreiben auch nicht lediglich die Vorlage eines bereits existierenden Erbscheins verlangt; vielmehr ist den Schreiben unzweideutig zu entnehmen, dass die Vorlage eines Erbscheins in jedem Fall erforderlich sei. Die Beklagte hat auch nichts dazu vorgetragen, aus welchen Gründen sie zu der Annahme gelangt sein will, den Klägern sei bereits ein Erbschein erteilt worden.

c) Die Beklagte handelte auch schuldhaft. Ein etwaiger Rechtsirrtum über die Verpflichtung eines Erben zur Vorlage eines Erbscheins wäre unerheblich, weil nicht unverschuldet. Der beklagten Bank, die über rechtlich versierte Fachkräfte verfügt, musste bekannt sein, dass Erben ihr Erbrecht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der ganz herrschenden Meinung in der Literatur nicht nur durch einen Erbschein, sondern auch auf andere Weise nachweisen können.

d) Die vertragswidrige Forderung der Beklagten, einen Erbschein vorzulegen, ist für die Beantragung des Erbscheins durch die Kläger ursächlich geworden. Unstreitig ist der Erbschein ausschließlich aufgrund der Forderung der Beklagten beantragt worden und war für die Abwicklung des Nachlasses im Übrigen nicht erforderlich. Die Beklagte vermag sich auch nicht darauf zu berufen, dass die Umschreibung des Darlehenskontos auf die Klägerin zu 1) vor Erwirkung des Erbscheins nicht von den Klägern gemeinsam, sondern nur von der Klägerin zu 1) verlangt worden ist. Denn die Beklagte hat dies in ihren Schreiben vom 23.4.2002 und 20.6.2002 zum Anlass genommen, nicht nur die Umschreibung des Kontos auf die Klägerin zu 1) zu verweigern, sondern jede Umschreibung von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen.

e) Ein anspruchsminderndes Mitverschulden ist den Klägern nicht anzulasten. Angesichts der eindeutig gefassten Schreiben der Beklagten vom 23.4.2002 und 20.6.2002 durften die Kläger davon ausgehen, dass sich die Beklagte durch einen Hinweis auf die durch die Erwirkung eines Erbscheins entstehenden Kosten nicht veranlasst sehen würde, von der verlangten Vorlage eines Erbscheins Abstand zu nehmen.

2. Zu Recht wendet sich die Revision allerdings dagegen, dass das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung an die Kläger als Gesamtgläubiger verurteilt hat. Eine Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB liegt nicht vor. Vielmehr gehörte der Anspruch auf Umschreibung des Darlehensvertrages zum Nachlass und war gemäß § 2039 BGB gegenüber allen Erben zu erfüllen. Der Schadensersatzanspruch aus der Verletzung der entsprechenden Verpflichtung der Beklagten gehört deshalb ebenfalls zum Nachlass (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.1986, IX ZR 126/85, DNotZ 1987, 429).

a) Der Auffassung der Revisionserwiderung, die Kläger seien deshalb Gesamtgläubiger der Beklagten, weil sie durch die gemeinschaftliche Klageerhebung stillschweigend eine Gesamtgläubigerschaft vereinbart hätten, ist nicht zu folgen. Für diese Annahme fehlt es bereits an einem ausreichenden Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen. Allein die Formulierung des Klageantrags auf Zahlung an die Kläger „als Gesamtgläubiger“ durch ihren Prozessbevollmächtigten lässt keinen Schluss darauf zu, dass die Kläger untereinander einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen geäußert hätten. Im Übrigen setzt die Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft an einer bestehenden Forderung die Mitwirkung des Schuldners voraus (vgl. BGHZ 64, 67, 70 f.; BGH, Urteil vom 20.6.1996, IX ZR 248/95, WM 1996, 1632).

b) Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung an die Kläger als Gesamtgläubiger kann entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht deshalb aufrechterhalten bleiben, weil die Miterben einen von ihnen dazu ermächtigen können, von dem Verpflichteten die Leistung an sich selbst zu

verlangen. Auch für die Annahme einer solchen Ermächtigung fehlt es an jeglichem tatsächlichen Vortrag der Kläger in den Vorinstanzen.

III.

Die Verurteilung der Beklagten hatte deshalb – nur insoweit hat die Revision Erfolg – nicht zur Zahlung an die Kläger als Gesamtgläubiger, sondern als Mitgläubiger zu erfolgen; eine solche Verurteilung stellt ein Weniger gegenüber einer Verurteilung zur Zahlung als Gesamtgläubiger dar (vgl. BGH, Urteil vom 7.5.1991, XII ZR 44/90, WM 1991, 1727, 1728).

---

14. BGB §§ 2229 Abs. 4, 138 Abs. 1; FGG § 15 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 412 Abs. 1 *(Keine Testierunfähigkeit bei Zweifeln an durchgängig vorhandenen psychopathologischen Störungen)*

1. **Bei Zweifeln an durchgängig vorhandenen psychopathologischen Störungen gibt es keinen Anscheinsbeweis für die Testierunfähigkeit zu dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung.**
2. **Wird eine Person, die vom Erblasser eine umfassende Vorsorgevollmacht erhalten hat, zum Erben eingesetzt, so ergibt sich eine Sittenwidrigkeit der Verfügung nicht daraus, dass der Bevollmächtigte in Ausübung der Vollmacht anderen Verwandten im wohlverstandenen Interesse des kranken Erblassers den Umgang mit ihm untersagt hat. (Leitsätze der Schriftleitung)**

BayObLG, Beschluss vom 24.3.2005, 1Z BR 107/04

Aus den Gründen:

I.

Die verwitwete Erblasserin ist im Alter von 80 Jahren kinderlos verstorben. Der Beteiligte zu 1 ist ihr Bruder, der Beteiligte zu 2 ist dessen Sohn. Weitere Geschwister sind nicht vorhanden, die Eltern sind vorverstorben. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einem hälftigen Anteil an einer Erbengemeinschaft, der ein Einfamilienhaus gehört; die Summe der Nachlasswerte insgesamt beträgt ausweislich des Nachlassverzeichnisses 131.980 €, die der Nachlassverbindlichkeiten 1.800 €.

Die Erblasserin wurde am 28.8.2002 wegen eines Herzinfarkts sowie eines rechtsseitigen Hirninfarkts stationär behandelt, dann am 18.9.2002 zur neurologischen Frührehabilitation in die Rehabilitationsklinik verlegt, wo sie bis zu ihrer Entlassung in ein Münchner Seniorenheim am 5.11.2002 verblieb. Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 19.9.2002 wurde die freiheitsentziehende Unterbringung der Erblasserin in einer geschlossenen Einrichtung, längstens bis zum 30.10.2002, genehmigt. Mit notarieller Urkunde vom 12.9.2002 erteilte die Erblasserin dem Beteiligten zu 2 eine Generalvollmacht für Entscheidungen in allen Bereichen des Lebens und über den Tod hinaus für den Fall, dass sie nicht mehr in der Lage sein sollte, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, und schlug ihn als ihren möglichen Betreuer vor.

Am 28.9.2002 errichtete die Erblasserin ein handschriftliches Testament, in dem sie sämtliche früheren Testamente widerrief und den Beteiligten zu 2 zu ihrem Alleinerben einsetzte. Ein inhaltsgleiches Testament errichtete sie am 26.10.2002.

Der Beteiligte zu 1 bezweifelt die Testierfähigkeit der Erblasserin zu den Zeitpunkten der Testamentserrichtung unter Hinweis auf zahlreiche nicht datierte Schreiben der Erblasserin mit Poststempeln ganz überwiegend zwischen dem 7.10.2002 und 24.10.2002, aus denen sich nur zusammenhanglose Äußerungen ergäben und die auf eine erhebliche geistige Beeinträchtigung der Verstorbenen hindeuteten. Er ist der Auffassung, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten und hat die Erteilung eines Alleinerbscheins zu seinen Gunsten beantragt.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht ist in Übereinstimmung mit dem Amtsgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass der Beteiligte zu 2 aufgrund der wirksam errichteten Testamente vom 28.9.2002 und 26.10.2002 Alleinerbe der Erblasserin sei.

Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, dass die Testamente vom 28.9.2002 sowie vom 26.10.2002 nicht unwirksam seien. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich insbesondere für das zweite Testament kein ausreichender Nachweis für eine etwaige Testierunfähigkeit der Erblasserin zum maßgeblichen Zeitpunkt erbringen lassen. Zwar sei aufgrund von psychopathologischen Störungen der Erblasserin während ihres Klinikaufenthalts in der Rehabilitationsklinik zeitweilig sicherlich von einer Testierunfähigkeit der Erblasserin auszugehen, insbesondere am 18. und 19.9.2002.

Eine durchgehende ausgeprägte Störung kognitiver oder amnestischer Funktionen sei jedoch nicht zu belegen. Psychopathologische Störungen seien nur intermittierend aufgetreten, es gäbe vielfältige Hinweise für erhebliche Befundbesserungen; relevante inhaltliche oder formale Auffälligkeiten des Testaments vom 26.10.2002 seien nicht erkennbar. In der ärztlichen Stellungnahme der Rehabilitationsklinik vom 28.10.2002 seien Orientierungsstörungen in allen Qualitäten verneint und die vorhandene Störung als leichtes hirnorganisches Psychosyndrom bei weitgehend rückläufiger Symptomatik beschrieben worden. Der Sachverständige habe sich ausreichend mit den Krankenunterlagen und dem Parteigutachten des Beteiligten zu 1 auseinandergesetzt und habe keine Anhaltspunkte dafür festgestellt, dass eine Testierunfähigkeit der Erblasserin, insbesondere zum Zeitpunkt der Errichtung des zweiten Testaments am 26.10.2002, nachzuweisen sei. Die vom Beteiligten zu 1 vorgelegten Schreiben der Erblasserin würden zwar deren verwirrten Eindruck wiedergeben, sie würden aber nicht eine durchgängige Störung – angesichts des schwankenden Therapieverlaufs – belegen, die gerade auch am 28.9.2002 und 26.10.2002 bestanden habe. Da nur der Poststempel und nicht das genaue Erstellungsdatum dieser Briefe bekannt ist, sei eine weitere Auseinandersetzung mit diesen Briefen nicht zielführend. Im Übrigen ständen die Testamente mit dem von der Erblasserin immer wieder thematisierten großen Vertrauen zum Beteiligten zu 2 und ihrem Misstrauen gegenüber dem Beteiligten zu 1 in Einklang. Die Einholung eines weiteren Gutachtens sei nicht geboten. Unter Berücksichtigung der Feststellungslast sei die Testierunfähigkeit der Erblasserin, zumal zum Zeitpunkt der Errichtung des zweiten Testaments, nicht belegbar; die Grundsätze des Anscheinsbeweises kämen hier nicht in Betracht wegen des wechselhaften Verlaufs der festgestellten Beeinträchtigungen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Das Gericht hat insbesondere das Testament vom 26.10.2002 rechtsfehlerfrei für wirksam erachtet, auf dieser Grundlage zu Recht die Erbfolge nach dem Inhalt dieses Testaments bestimmt und deshalb zutreffend die Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 1 bestätigt.

a) Die Beurteilung der Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin gibt zu Beanstandungen keinen Anlass.

aa) Das Landgericht ist von einem zutreffenden Verständnis des Begriffs der Testierunfähigkeit ausgegangen. Nach § 2229 Abs. 4 BGB ist testierunfähig, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörungen nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Das Gesetz verbindet danach nicht mit jeder Geisteskrankheit oder -schwäche die Testierunfähigkeit, sondern sieht die Fähigkeit des Erblassers, die Bedeutung der letztwilligen Verfügung zu erkennen und sich bei seiner Entscheidung von normalen Erwägungen leiten zu lassen, als maßgebend an. Eine geistige Erkrankung des Erblassers steht der Gültigkeit seiner letztwilligen Verfügung nicht entgegen, wenn diese von der Erkrankung nicht beeinflusst ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2002, 1066, 1067).

Entscheidend ist, ob die psychischen Funktionen des Auffassens, des Urteilens und des kritischen Stellungnehmens durch die Geisteskrankheit oder -schwäche so sehr beeinträchtigt sind, dass die Erblasserin nicht mehr fähig ist, die Bedeutung ihrer letztwilligen Verfügung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (BGH, FamRZ 1958, 127, 128), ob krankhafte Empfindungen und Vorstellungen die Bestimmbarkeit des Willens durch normale, vernünftige Erwägungen aufgehoben haben (BayObLGZ 1956, 377, 383; BayObLG, FamRZ 2002, 1066, 1067).

Von diesen in seiner Entscheidung teilweise zitierten Grundsätzen ist auch das Landgericht ausgegangen, indem es vorrangig auf die Einsichtsfähigkeit und Willensentschließungsfreiheit der Erblasserin abgestellt hat. Diese Freiheit des Willensentschlusses beinhaltet seinem Sinn nach auch die erforderliche Unabhängigkeit der Erblasserin von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter (vgl. BayObLGZ 1995, 383, 388) und damit ihre Selbst- und nicht Fremdbestimmtheit bei Errichtung der Testamente.

Das Landgericht ist mit seiner Feststellung, das Vorhandensein der Willensentschließungsfreiheit der Erblasserin könne während der relevanten Zeiträume nicht ausgeschlossen werden, der Einschätzung des Sachverständigen gefolgt. Dieser hat erhebliche Zweifel daran geäußert, dass bei der Erblasserin ausgeprägte psychopathologische Störungssymptome vorhanden gewesen seien, die ihr eine freie Willensbildung unmöglich gemacht hätten. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

bb) Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB gegeben sind, ist im Wesentlichen tatsächlicher Natur. Das Rechtsbeschwerdegericht hat die Feststellung des Landgerichts, die Erblasserin sei bei Errichtung der Testamente testierfähig gewesen, nur daraufhin zu überprüfen, ob das Landgericht den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 BGB) hat, ob die Vorschriften über die Beweisaufnahme (§ 15 FGG) verletzt wurden und ob die Beweiswürdigung im Verfahren der weiteren Beschwerde zu berücksichtigende Fehler aufweist (st. Rspr., BayObLGZ 2001, 289, 293).

Solche Fehler lässt die angefochtene Entscheidung nicht erkennen.

(1) Das Landgericht hat im gebotenen Rahmen (vgl. dazu BayObLG, FamRZ 1994, 593 f.) die Ermittlungen durchgeführt, die erforderlich und möglich waren, um Klarheit über die Anknüpfungstatsachen für die Beurteilung der Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin am 28.9.2002 und 26.10.2002 zu gewinnen (§ 12 FGG). Es hat hierzu auf der Grundlage der beiden bereits in erster Instanz erholten fachärztlichen Sachverständigengutachten und beigezogenen Gerichtsakten, der ärztlichen bzw. pflegerischen Unterlagen und der vorgelegten oder eingeholten Auskünfte eine weitere gutachterliche Stellungnahme erholt, die sich mit den vom Beteiligten zu 1 im Beschwerdeverfahren vorgetragenen Einwänden, die auf ein Privatgutachten gestützt werden, auseinander setzt.

Den weiteren Beweisangeboten des Beteiligten zu 1 musste das Gericht nicht nachgehen. Insbesondere musste es ein weiteres Gutachten (§ 15 Abs. 1 Satz 1 FGG, § 412 Abs. 1 ZPO) nicht einholen. Die Entscheidung hierüber lag in seinem pflichtgemäßen Ermessen (BayObLG, FamRZ 1990, 801, 802). Die Voraussetzungen, unter denen die Erholung eines weiteren Gutachtens ausnahmsweise geboten sein kann (vgl. dazu BayObLG, FamRZ 1991, 1237, 1239), lagen hier nicht vor. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass ein anderer Gutachter über überlegene Forschungsmittel verfügt hätte.

Das Landgericht musste auch nicht weiteren Einzelheiten zu den tatsächlichen Grundlagen der Gutachten nachgehen. Die Aufklärungspflicht besteht nur insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten und der festgestellte Sachverhalt bei sorgfältiger Überlegung hierzu Anlass geben. Von weiteren Ermittlungen, die ein sachdienliches, die Entscheidung nicht beeinflussendes Ergebnis nicht erwarten lassen, kann das Landgericht absehen (BayObLGZ 1995, 383, 388 f.). Dem Sachverständigen stand in Gestalt der beigezogenen Kranken- und Pflegeakten, Unterbringungsakten und ärztlichen Stellungnahmen auch eine umfassende Beurteilungsgrundlage zur Verfügung, mit der er sich in seinen Gutachten vom 9.2.2004, 8.3.2004 und 20.8.2004 auseinander gesetzt hat.

Es bestand für das Landgericht im Rahmen seiner Pflicht zur Amtsermittlung daher keine Verpflichtung, eine – vom Beschwerdeführer in den Vorinstanzen auch nicht beantragte – Einvernahme derjenigen Ärzte durchzuführen, die die Erblasserin während ihres Aufenthalts in der Rehabilitationsklinik behandelt und teilweise eine zum Gutachten differierende Einschätzung ihrer Testierfähigkeit schriftlich geäußert haben.

Durch die während des gesamten dortigen Klinikaufenthalts täglich erfolgten Eintragungen der ärztlichen Behandlung (u. a. der Medikation) ist der medizinische Behandlungsverlauf so ausführlich dokumentiert worden, dass das Landgericht davon ausgehen durfte, durch die Vernehmung der behandelnden Ärzte seien keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Das vom Gericht – dem Sachverständigen folgend – festgestellte nur intermittierende Auftreten von psychopathologischen Störungen der Erblasserin konnte daher auf ausreichende ärztliche Eintragungen – daneben auch auf täglich dokumentierte pflegerische Eintragungen – gestützt werden.

Eine Einvernahme der ärztlichen Direktorin der Rehabilitationsklinik war auch nicht aufgrund der Divergenz ihrer Stellungnahme zu dem gerichtlichen Gutachten geboten. Die Direktorin verfügte nicht wie der Sachverständige über eine für die Beurteilung der Testierfähigkeit spezifische Facharztausbildung. Sie hatte zwar eine fachspezifische Ausbildung in Neurologie, war aber keine Fachärztin für den hier relevanten Bereich der Psychiatrie. Darüber hinaus enthielt ihre – insoweit vom Sachverständigengutachten differierende – Stellungnahme nur eine Einschätzung der Geschäfts- (nicht: Testier-)unfähigkeit der Erblasserin und das auch nur für den Zeitpunkt der Errichtung des zweiten Testaments.

Das Gericht durfte daher davon ausgehen, dass die Vernehmung der Direktorin keine sicherere Grundlage für die Beurteilung der Testierfähigkeit herbeiführen würde.

(2) Die Beweiswürdigung des Landgerichts kann nur daraufhin überprüft werden, ob es bei der Erörterung des Beweis-

stoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner, ob es die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (vgl. BayObLGZ 1995, 383, 388; BayObLG Report 1999, 36).

Die Beweiswürdigung des Landgerichts hält diesen Kriterien stand.

(aa) Das Landgericht hat seine Überzeugung, die Erblasserin sei bei Errichtung der Testamente, zumal des am 26.10.2002 errichteten, testierfähig gewesen, auf die beigezogenen Kranken-, Pflege- und Unterbringungsakten sowie auf die in der Vorinstanz erholten Gutachten und die ergänzende Stellungnahme des von ihm beauftragten Sachverständigen gestützt, eines Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie. Der Sachverständige hat aus den beigezogenen Unterlagen festgestellt, dass bei der Erblasserin im Zuge ihrer Erkrankung (Hirninfarkt) zunächst erhebliche psychopathologische Störungen aufgetreten seien mit der Folge ihrer Testierunfähigkeit am 18. und 19.9.2002; dass aber eine durchgängige ausgeprägte Störung kognitiver oder amnestischer Funktionen bzw. das durchgängige Vorhandensein sonstiger demenztypischer Symptome nicht zu belegen sei. Es beständen allenfalls Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zu den beiden Zeitpunkten der Testamentserrichtung; es könne aber ihre Testierunfähigkeit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Es gebe – bei dem sehr variablen Verlauf von Durchgangssymptomen nach Hirninfarkt – vielfältige Hinweise für erhebliche Befundbesserungen der Erblasserin sowie für das nur intermittierende Auftreten psychopathologischer Störungen bei ihr. Es beständen erhebliche Zweifel an dem durchgängigen Vorhandensein von psychopathologischen Störungen während des gesamten Zeitraums ihres stationären Aufenthalts, die ihr eine freie Willensbildung unmöglich gemacht hätten.

Der Sachverständige hat sich auch mit den seiner Einschätzung teilweise widersprechenden Stellungnahmen der ärztlichen Direktorin der Rehabilitationsklinik P. und des vom Beteiligten zu 1 vorgelegten Privatgutachtens auseinander gesetzt und auch unter deren Berücksichtigung aufgrund der von ihm ausgewerteten Unterlagen den Schluss gezogen, dass eine Testierunfähigkeit der Erblasserin zu den beiden Zeitpunkten der Testamentserrichtung nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu belegen sei.

(bb) Das Landgericht ist dem Sachverständigen im Ergebnis gefolgt. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Sachverständigengutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung; diese kann vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Das Gericht der Tatsacheninstanz muss das Sachverständigengutachten in jedem Fall auf seinen sachlichen Gehalt, seine logische Schlüssigkeit und darauf überprüfen, ob es von dem Sachverhalt ausgeht, den es selbst für erwiesen hält (BayObLG, NJW-RR 1991, 1098, 1100) und ob die Ausführungen des Gutachtens den Begriff der Testierfähigkeit erfüllen (BayObLG, FamRZ 2002, 1066, 1067).

Dies hat das Landgericht getan. Es hat sich eingehend mit den Feststellungen des Sachverständigen auseinander gesetzt und sich davon überzeugt, dass das Ergebnis des Gutachters durch eingehende und gründliche Tatsachenfeststellungen untermauert ist.

Die Überprüfung hinsichtlich Schlüssigkeit und Gehalt des Gutachtens musste sich, entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, nicht auf die Berücksichtigung medizinischer Detailfragen erstrecken, deren Relevanz für einen medizinischen Laien nicht ohne weiteres erkennbar ist wie die Einbeziehung bestimmter Befunde (z. B. Skalenwerte eines Frühreha-Barthel-Index; Schädel MRT). Insoweit kann von dem Gericht die für eine solche Beurteilung erforderliche medizinische Sachkunde nicht erwartet werden. Es genügt, wenn sich der Tatrichter in der Beschwerdeinstanz hinsichtlich Vollständigkeit und Schlüssigkeit mit den Lücken und Widersprüchen auseinander setzt, deren Bedeutung für das Gutachtensergebnis auch für medizinische Laien erkennbar ist, und sich im Übrigen hinsichtlich spezieller medizinischer Fragen mit den nicht offensichtlich irrelevanten Einwänden gegen das Gutachten befasst, die ihm von einem Beteiligten vorgetragen werden.

Diesen Anforderungen ist das Landgericht gerecht geworden. Es hat dem Sachverständigen Gelegenheit gegeben, zu den Widersprüchen Stellung zu nehmen, die sein in erster Instanz erstattetes Gutachten zu einer anderen medizinischen Stellungnahme und einem privatärztlichen Gutachten aufwies. Die ergänzenden Stellungnahmen des Sachverständigen erstreckten sich auf alle für einen Laien erkennbar wesentlichen Punkte. Soweit darüber hinaus bei dem Beteiligten zu 1 noch weitere Einwände hinsichtlich medizinischer Fragen bestanden haben, hätte für ihn in der Beschwerdeinstanz Gelegenheit bestanden, diese konkret darzulegen, was er nicht getan hat. Im Verfahren der weiteren Beschwerde, das sich auf die rechtliche Überprüfung beschränkt, ist für derartige Einwände gegen das Gutachten, die letztlich auf eine tatsächliche Überprüfung und damit neuen Tatsachenvortrag hinauslaufen, kein Raum.

Das Landgericht hat sich auch mit den vorgelegten, von der Erblasserin verfassten Briefen auseinander gesetzt, deren genaues Erstellungsdatum nicht bekannt ist. Die Briefe können nach seiner Einschätzung gerade auch deswegen das Vorhandensein einer (im vorliegenden Zusammenhang allein relevanten) durchgängigen Störung der Geistestätigkeit der Erblasserin nicht belegen. Diese Schlussfolgerung ist denkfehlerfrei und rechtlich nicht zu beanstanden.

Aufgabe des zur Beurteilung der Testierfähigkeit hinzugezogenen psychiatrischen Sachverständigen ist es nicht nur, den medizinischen Befund einer Geisteskrankheit oder -schwäche festzustellen, sondern vor allem deren Auswirkung auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit der Erblasserin abzuklären (BayObLGZ 1985, 314, 315). Daher konnte sich das Landgericht auch insoweit auf die Ausführungen des Sachverständigen stützen, als er das durchgängige Vorhandensein von die freie Willensbildung ausschließenden psychopathologischen Störungssymptomen im relevanten Zeitraum verneint hat. Geht man aber von einem derart wechselnden Zustand der Erblasserin aus, musste das in der Rechtsbeschwerde hervorgehobene schwankende Verhalten der Erblasserin keinen Anlass zu Zweifeln an der Beurteilung des Sachverständigen geben. Es bestanden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin durchgängig den Beeinflussungen Dritter nachgegeben hätte.

(cc) Das Landgericht ist von zutreffenden rechtlichen Anforderungen an den Nachweis der Testierunfähigkeit ausgegangen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist ein Erblasser entsprechend dem Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, solange als testierfähig anzusehen, als nicht die Testierunfähigkeit zur Gewissheit des Gerichts nachgewiesen ist. Deshalb trifft die Feststellungslast für die Testierunfähigkeit des Erblassers grundsätzlich denjenigen, der sich auf die darauf beruhende Unwirksamkeit des Testaments beruft (vgl. BayObLG, FamRZ 1996, 1438, 1439

m. w. N.). Allerdings kann ein erster Anschein für die Testierunfähigkeit zu dem entscheidenden Zeitpunkt der Testamentserrichtung sprechen, wenn eine Überzeugung dahin besteht, dass der Erblasser in dem Zeitraum vor und nach der Testamentserrichtung anhaltend testierunfähig gewesen ist und somit nur die Möglichkeit in Betracht kommt, er habe das Testament während einer vorübergehenden Besserung des Geisteszustands in der Art eines lichten Intervalls errichtet (BayObLGZ 1979, 256, 266; BayObLG, FamRZ 1990, 801, 803).

Dieser Anscheinsbeweis gilt nicht schon dann, wenn die festgestellten Beeinträchtigungen einen wechselhaften Verlauf nehmen; er setzt vielmehr voraus, dass das Gericht im Grundsatz von einer anhaltenden Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitraum vor und nach der Testamentserrichtung überzeugt ist (BayObLG, FamRZ 1999, 819, 820; MünchKommBGB/*Hagena*, 4. Aufl., § 2229 Rdnr. 62). Nur dann trägt die Feststellungslast für ein lichtes Intervall derjenige, der Rechte aus dem Testament herleitet (vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 1137).

Hier ist der Gutachter und ihm folgend das Landgericht zu der Überzeugung gekommen, dass gerade keine anhaltende Testierunfähigkeit der Erblasserin in den Zeiträumen vor und nach den jeweiligen Zeitpunkten der Testamentserrichtungen vorlag, sondern dass vielmehr die psychopathologischen Störungen der Erblasserin in diesen Zeiträumen nur intermittierend auftraten. Daher hat es folgerichtig die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Anscheinsbeweis verneint.

Bei seiner Gesamtbewertung des Sachverständigengutachtens unter Einbeziehung der ärztlichen Befunde und sämtlicher sonstiger erhobener Beweise ist das Landgericht daher rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gekommen, dass eine Testierunfähigkeit der Erblasserin zu den Zeitpunkten der Testamentserrichtungen, insbesondere am 26.10.2002, nicht nachgewiesen ist.

b) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die Testamente der Erblasserin vom 28.9.2002 und 26.10.2002 nicht gemäß § 138 BGB als nichtig angesehen werden können.

Die Grenzen für die Zulässigkeit einer Zuwendung von Todes wegen zugunsten einer Person, die vom Erblasser umfassende Vorsorgevollmacht erhalten hat, sind anhand der allgemeinen Vorschriften, insbesondere des § 138 Abs. 1 BGB zu bestimmen. Bei der Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen nach § 138 Abs. 1 BGB ist vom Grundsatz der Testierfreiheit auszugehen (vgl. *Staudinger/Sack*, BGB, Neubearbeitung 2003, § 138 Rdnr. 437). Diese ist das bestimmende Element der Erbrechtsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. BVerfGE 67, 329, 341). Die Einschränkung der Testierfreiheit durch die Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen kann (BGHZ 123, 368, 378; BayObLGZ 1997, 374, 376; BayObLG, FGPrax 2003, 34, 36). Sittenwidrig kann also ein Testament nur sein, wenn über den Ausschluss des gesetzlichen Erbanspruchs erbberechtigter Angehöriger hinaus besonders schwerwiegende Umstände hinzukommen (BGH, NJW 1999, 566, 568; *Staudinger/Sack*, a. a. O.).

Aus den Feststellungen der Tatsacheninstanz zum Verhalten des Beteiligten zu 1 ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser die ihm von der Erblasserin eingeräumte Vertrauensposition dazu missbraucht hat, die Erblasserin entgegen allgemein anerkannten Anforderungen an ethische Grundsätze zu einer ihn begünstigenden letztwilligen Verfügung zu bewegen. Insbesondere ist das Vorbringen des Beteiligten zu 2, sich im wohlverstandenen Interesse der Erblasserin um sie gekümmert und Kontaktverbote ausgesprochen zu haben, um Streitigkeiten zwischen dem Beteiligten zu 1 und den behandelnden Ärzten im Interesse der Gesundheit der Erblasserin zu vermeiden, nicht zu widerlegen. Vielmehr steht die Begünstigung des Beteiligten zu 2 in den beiden streitgegenständlichen Testamenten im Einklang sowohl mit der ihm durch die Generalvollmacht eingeräumten Vertrauensposition als auch mit dem nach Feststellung des Landgerichts von der Erblasserin mehrfach geäußerten Vertrauen ihm gegenüber.

---

15. BGB §§ 2032 ff., 2227, 2306 *(Antragsbefugnis bei Entlassung des Testamentsvollstreckers)*

Ein Miterbe, dessen Anteil nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt, kann keinen Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers stellen, der nur die Anteile der übrigen Miterben verwaltet. Die Rechte und Pflichten des nicht der Testamentsvollstreckung unterworfenen Erbteils richten sich allein nach §§ 2032 ff. BGB. Für etwaige Streitigkeiten, welche die Verwaltung der Erbengemeinschaft betreffen, ist der Zivilrechtsweg eröffnet.

OLG München, Beschluss vom 22.9.2005, 31 Wx 46/05; mitgeteilt von *Jupp Joachmiski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Der Erblasser verstarb am 14.1.2003 im Alter von 89 Jahren. Die Beteiligten zu 1 und 4 sind Töchter des Erblassers, die Beteiligten zu 2 und 3 seine Enkelinnen, der Beteiligte zu 5 sein Enkel. Mit Testament vom 7.4.1995 verfügte der Erblasser u. a. Folgendes:

> „Durch dieses Testament berufe ich zu meinen Erben:
>
> a) Die Tochter U. (Beteiligte zu 4) zu 36 %, der Enkel M. (Beteiligter zu 5) zu 15 %, die Tochter D. (Beteiligte zu 1) zu 25 %, die Enkelin E. (Beteiligte zu 2) zu 12 %, die Enkelin J. (Beteiligte zu 3) zu 12 %.
>
> Die Tochter D. ist nur Vorerbin. Zu Nacherben bestimme ich deren Kinder E. und J. zu gleichen Teilen. Die Vorerbin ist von den Beschränkungen der Nacherbschaft nicht befreit. Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tode der Vorerbin. Die Nacherben sind untereinander Ersatznacherben, soweit sie keine eigenen Abkömmlinge haben.
>
> b) Zum Nachlass gehört ein Anwesen in L. Das Anwesen soll von den Erben nicht an einen Dritten verkauft werden. Hinsichtlich dieses Nachlassgegenstandes ordne ich an, dass die Aufhebung der Erbengemeinschaft niemals erfolgen darf, mit der Verpflichtung den Aufhebungsausschluss im Grundbuch einzutragen. Vom Aufhebungsausschluss ausgenommen ist eine Versteigerung unter den Mitgliedern der Erbengemeinschaft.
>
> c) Hinsichtlich meines Nachlassvermögens ordne ich Testamentsvollstreckung an.
>
> Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich meine Tochter U., ersatzweise deren Sohn M. Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe den Grundbesitz zu verwalten und das sonstige Vermögen zu verteilen. Mein besonderer Wunsch ist es, dass der Grundbesitz nicht veräußert wird."

Die Beteiligte zu 4 nahm das Amt der Testamentsvollstreckerin an. Am 15.7.2003 erteilte das Nachlassgericht der Beteiligten zu 1 einen Teilerbschein, dass sie den Erblasser zu $^{25}/_{100}$ beerbt hat. Am 21.10.2003 beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 die Entlassung der Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstreckerin. Geltend gemacht wurden u. a. die fehlende Ordnungsmäßigkeit der Nachlassverwaltung und eine unzureichende Unterrichtung der Erben. Dem Antrag auf Entlassung der Testamentsvollstreckerin trat die Beteiligte zu 3 am 10.11.2003 bei. Mit Beschluss vom 19.1.2004 wies das Nachlassgericht die Anträge der Beteiligten zu 1 und 2 auf Entlassung der Testa-

mentsvollstreckerin zurück. Als Begründung gab es an, dass zwar auch die Beteiligte zu 1 antragsbefugt sei, ein wichtiger Grund für die Entlassung aber nicht vorliege. Gegen diese Entscheidung legten die Beteiligten zu 1 und 2 am 9.2.2004 Beschwerde ein. Diese hat das Landgericht mit Beschluss vom 17.5.2005 als unbegründet zurückgewiesen. Am 15.6.2005 legten die Beteiligten zu 1 und 2 gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 19.1.2004 und die Beteiligte zu 1 gegen den landgerichtlichen Beschluss vom 17.5.2005 sofortige weitere Beschwerde ein. Nach Hinweis des Senats nahmen die Beteiligten zu 1 und 2 ihre erneuten Rechtsmittel gegen den nachlassgerichtlichen Beschluss vom 19.1.2004 zurück. Der anwaltliche Vertreter stellte klar, dass nur mehr die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Beschwerdegerichts weiterverfolgt werde.

Aus den Gründen:

(…)

III.

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Beschwerdeführerinnen seien befugt, die Entlassung der Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstreckerin zu betreiben. Zu einem solchen Antrag seien alle Personen berechtigt, deren Rechte und Pflichten durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden können, die also ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung haben. Die Beteiligten zu 2 und 3, deren Anteile der Testamentsvollstreckung unterliegen, seien unmittelbar belastet. Aber auch die Beteiligte zu 1, der gegenüber die Beschränkung der Testamentsvollstreckung wegen § 2306 BGB rechtlich nicht wirke, habe aufgrund wirtschaftlicher Auswirkungen ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der Pflichten des Testamentsvollstreckers. Die Voraussetzungen der Entlassung der Testamentsvollstrecker nach § 2227 Abs. 1 BGB seien allerdings nicht gegeben.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist, soweit sie noch der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Zu Unrecht hat das Landgericht angenommen, dass die Beteiligte zu 1, deren weitere Beschwerde allein noch beim Senat anhängig ist, antragsberechtigt ist. Die Entlassung eines Testamentsvollstreckers nach § 2227 Abs. 1 BGB kann ein Beteiligter verlangen. Wer Beteiligter ist, legt das Gesetz nicht näher fest. Der Beteiligtenbegriff in § 2227 Abs. 1 BGB ist nach herrschender Auffassung grundsätzlich weit auszulegen (vgl. BGHZ 35, 296, 300). Beteiligte im Sinne des § 2227 Abs. 1 BGB sind jedoch nur solche im materiellen Sinne. Dies sind alle Personen, deren Rechte und Pflichten durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar betroffen werden können (BGH, a. a. O.).

b) Die Beteiligte zu 1 ist nicht nach § 2227 Abs. 1 BGB antragsbefugt, weil sie die Rechtsfolgen der Testamentsvollstreckung nicht unmittelbar treffen. Ihr Erbteil unterliegt entgegen der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 7.4.1995 nicht der Testamentsvollstreckung. Der Beteiligten zu 1 als einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling hat der Erblasser einen Erbteil von 1/4 hinterlassen. Bei zwei zu berücksichtigenden Abkömmlingen entspricht die Erbquote der Beteiligten zu 1 genau ihrer Pflichtteilsquote. Ist aber ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch eine Teilungsanordnung beschränkt, so gilt die Beschränkung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt (§ 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Erbteil der Beteiligten zu 1 ist folglich von der vom Erblasser verfügten Beschränkung der Testamentsvollstreckung nicht betroffen. Somit unterstehen allein die Miterbenanteile der Beteiligten zu 2 bis 5 den Beschränkungen der Testamentsvollstreckung.

Die Rechtsbeziehungen des Testamentsvollstreckers zu den Erben, deren Anteile er verwaltet, sind andere als zu einem Erben, wie hier der Beteiligten zu 1, über dessen Anteil er keine Rechtsmacht hat. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den verwaltungsunterworfenen Erben finden, obwohl kein Auftragsverhältnis besteht, die Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung (§ 2218 Abs. 1 BGB). Im Fall einer Pflichtverletzung haftet der Testamentsvollstrecker den Erben und den Vermächtnisnehmern unmittelbar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 2219 BGB).

Eine Haftung des Testamentsvollstreckers nach § 2219 BGB gegenüber der Beteiligten zu 1 kommt hingegen nicht in Betracht. Vielmehr bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den durch den Testamentsvollstrecker vertretenen Erben und der Beteiligten zu 1 ausschließlich nach den Vorschriften über die Erbengemeinschaft (vgl. *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., Rdnr. 438). So hat z. B. die Beteiligte zu 1 gegen die Beteiligte zu 4 keinen Anspruch auf Erteilung eines Nachlassverzeichnisses nach § 2215 Abs. 1 BGB, weil diese Vorschrift nur für die verwaltungsunterworfenen Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker anwendbar ist. Auskunft könnte die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Testamentsvollstrecker, der die Anteile der Miterben verwaltet, nur nach den allgemeinen Vorschriften verlangen (vgl. hierzu *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2038 Rdnr. 13). Träfe der Testamentsvollstrecker z. B. eine nach § 2038 BGB unzulässige Verwaltungsmaßnahme, stünde der Beteiligten zu 1 als Miterbin der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offen. Ein Antrag nach § 2227 BGB kommt nicht in Betracht, weil ihr Erbteil nicht der Testamentsvollstreckung unterworfen ist (OLG Köln, NJW-RR 1987, 1098). Die abweichende Ansicht hierzu (vgl. *Muscheler*, AcP 197 [1997], 226, 239 Fn. 41; *Zimmermann*, a. a. O., Rdnr. 805) überzeugt nicht. Als Begründung für die Auffassung, auch der nicht der Testamentsvollstreckung unterliegende Miterbe könne einen Entlassungsantrag stellen, wird angegeben, dass auch der Erbteilstestamentsvollstrecker in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu allen Erben stehe (*Muscheler*, a. a. O.). Dieser Umstand rechtfertigt es hingegen nicht, einem Miterben ein Verfahren zu eröffnen, das er in einer Miterbengemeinschaft üblicherweise nicht hat. Für Rechtsstreitigkeiten unter Miterben steht allein die streitige Zivilgerichtsbarkeit zur Verfügung. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass Miterbenanteile von einem Testamentsvollstrecker verwaltet werden. Denn das Entlassungsverfahren nach § 2227 BGB ist Korrelat zu der schwachen Stellung des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker (*Muscheler*, AcP 197 [1997], 226, 227); es ist Surrogat für das sonst dem Geschäftsherrn zustehende Widerrufsrecht, das dem Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker bedingt durch dessen Funktionen versagt ist (vgl. *Muscheler*, a. a. O., 233). Wer nicht dem Handeln des Testamentsvollstreckers unmittelbar unterworfen ist, bedarf folglich keiner Antragsberechtigung nach § 2227 Abs. 1 BGB. Für die Versagung der Antragsberechtigung eines Miterben, dessen Anteil nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt, spricht schließlich auch Folgendes: Der Testamentsvollstrecker hat allein die Interessen der Erben wahrzunehmen, deren Anteile er verwaltet. Diese Interessen müssen nicht zwangsläufig identisch mit denen sein, die ein anderer Miterbe verfolgt.

Nach alledem kann die Beteiligte zu 1 ihre Einwendungen gegen die Handlungen der Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstreckerin nicht im Rahmen eines Verfahrens nach § 2227 Abs. 1 BGB geltend machen.

---

16. BGB § 2247 *(Formwirksames Testament durch eigenhändige Änderungen auf Kopie eines handschriftlichen Testaments)*

Ein formwirksames Testament kann auch dadurch hergestellt werden, dass der Testierende die Fotokopie eines von ihm eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testaments eigenhändig ändert, wenn der im vorhandenen Original und auf dessen Kopie niedergelegte Text ein einheitliches Ganzes bildet. Unter dieser Voraussetzung können auch Änderungen in Form von eigenhändigen Durchstreichungen des fotokopierten Textes Teil eines formwirksamen Testaments sein.

OLG München, Beschluss vom 25.10.2005, 31 Wx 072/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen abgedruckt in ZEV 2006, 33.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. GmbHG §§ 30, 31, 32 a *(Darlegungs- und Beweislast für Insolvenzreife einer GmbH)*

a) Verlangt eine GmbH oder in ihrer Insolvenz der Insolvenzverwalter von einem Gesellschafter Rückzahlung einer Leistung nach den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes, muss die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass die Gesellschaft zu dem maßgeblichen Zeitpunkt in einer Krise i. S. des § 32 a Abs. 1 GmbHG war.

b) Beruft sich die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter dazu auf eine Insolvenzreife wegen Überschuldung der Gesellschaft, reicht es nicht aus, wenn lediglich die Handelsbilanz vorgelegt wird, auch wenn sich daraus ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt. Vielmehr muss entweder ein Überschuldungsstatus mit Aufdeckung etwaiger stiller Reserven und Ansatz der Wirtschaftsgüter zu Veräußerungswerten aufgestellt oder dargelegt werden, dass stille Reserven und sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Veräußerungswerte nicht vorhanden sind.

c) Dabei muss die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter nicht jede denkbare Möglichkeit ausschließen, sondern nur naheliegende Anhaltspunkte – beispielsweise stille Reserven bei Grundvermögen – und die von dem Gesellschafter insoweit aufgestellten Behauptungen widerlegen.

BGH, Urteil vom 7.3.2005, II ZR 138/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in GmbHR 2005, 617.

18. GmbHG §§ 30, 31, 32 a, 32 b *(Verbotene Einlagenrückgewähr)*

Tilgt der Gesellschafter eine gegen ihn bestehende Darlehensforderung der GmbH durch Überweisung auf ein im Debet geführtes Gesellschaftskonto, für das er eine eigenkapitalersetzende Bürgschaft übernommen hat, so liegt in der mit dem Zahlungsvorgang verbundenen Verminderung seiner Bürgschaftsschuld eine verbotene Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter.

BGH, Urteil vom 14.3.2005, II ZR 129/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in GmbHR 2005, 540.

---

19. GmbHG §§ 14, 15, 55 Abs. 3, 56 *(Keine Einbringung einer Forderung gegen Gesellschafter als Sacheinlage)*

Eine gegen einen Gesellschafter gerichtete Forderung kann von diesem nicht im Wege der Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden. Unwirksam ist danach auch die Einbringung einer Gesellschafterstellung in die GmbH als Sacheinlage, wenn die GmbH hierdurch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Inhaber einer Forderung gegen den Gesellschafter wird. Ob etwas anderes gilt, wenn das Vorhandensein derartiger Forderungen offen gelegt wird und diese bei der Bewertung der Sacheinlage unberücksichtigt bleiben, kann offen bleiben. Die Werthaltigkeit der Sacheinlage auch ohne Berücksichtigung der gegen den Gesellschafter gerichteten Forderung, reicht ohne weiteres jedenfalls nicht aus.

KG, Beschluss vom 3.5.2005, 1 W 319/03

Aus den Gründen:

A.

Mit einer Anmeldung vom 14.12.2001 haben die Geschäftsführer der Gesellschaft unter anderem die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft von P nach B, die Umstellung des Stammkapitals auf Euro nebst einer Barkapitalerhöhung zur Glättung sowie eine weitere Erhöhung des Stammkapitals um 24.300 € im Wege der Sachkapitalerhöhung angemeldet. Als Sacheinlage sollten von den Gesellschaftern der GmbH die beiden einzigen Kommanditanteile einer KG eingebracht werden, deren persönlich haftende Gesellschafterin die GmbH war. Die Sitzverlegung und die Kapitalmaßnahmen sind bis auf die Sachkapitalerhöhung am 20.1.2003 in das Handelsregister beim Amtsgericht C eingetragen worden. Die Anmeldung der Sachkapitalerhöhung ist mit einem Beschluss vom 17.12.2002 zurückgewiesen worden, weil die KG ausweislich einer Bilanz der KG zum 31.12.2001 Inhaberin von Forderungen in Höhe von 292.618,47 DM gegen die beiden Kommanditisten war. Gegen diese Zurückweisung hat die Gesellschaft mit Schreiben vom 27.1.2003 Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde mit einem Beschluss vom 11.4.2003 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft vom 7.5.2003.

B.

I. Die zulässige weitere Beschwerde hat keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts, auf die die weitere Beschwerde allein mit

Erfolg gestützt werden kann, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG in Verbindung mit §§ 546 f. ZPO.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die als Sacheinlage eingebrachten Kommanditanteile seien nicht werthaltig. Die Kommanditanteile seien zwar grundsätzlich einlagefähig. Hier bestünden die Aktiva der Kommanditgesellschaft aber überwiegend aus Forderungen gegen die beiden einlegenden Kommanditisten. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung verbiete aber im GmbH-Recht die Einbringung von Forderungen gegen die Einleger oder andere Gesellschafter. Entscheidend, ob ein solcher Fall vorliege, sei der Zeitpunkt der Anmeldung. Die gegen die Gesellschafter gerichteten Forderungen dürften daher bei der Bewertung der KG-Anteile nicht berücksichtigt werden. Die KG sei dann aber bilanziell überschuldet. Insoweit könnten auch nicht einzelne angeblich später ausgeglichene Verbindlichkeiten gegenüber der KG unberücksichtigt bleiben, weil die Bewertung der Kommanditanteile grundsätzlich durch Ermittlung des Wertes des gesamten Unternehmens zu erfolgen habe. Auch eine Heilung komme nicht in Betracht. Denn diese setzte eine Satzungsänderung voraus, an der es hier fehle.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

a) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass eine gegen einen Gesellschafter gerichtete Forderung von diesem nicht im Wege der Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden kann (vgl. dazu *Scholz/Priester*, GmbHG, 9. Aufl., § 56 Rdnr. 14; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 35; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 24; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 14; LG Krefeld, GmbHR 1987, 310, 311). Sacheinlagen können allerdings entsprechend § 27 Abs. 2 AktG, der einen allgemeinen Grundsatz enthält, alle Vermögensgegenstände sein, denen ein wirtschaftlicher Wert zukommt (vgl. BGHZ 144, 290, 294 = NJW 2000, 2356; BGH, NJW-RR 2004, 1341 = BB 2004, 1925, jeweils zur Einbringung von Nutzungsrechten). Bezogen auf die Person des einlagepflichtigen Gesellschafters handelt es sich bei einer gegen ihn gerichteten Forderung aber nicht um einen Vermögensgegenstand, sondern um Schulden. Die Unzulässigkeit der Einbringung einer Forderung gegen einen Gesellschafter folgt allgemein daraus, dass der einzulegende Vermögenswert in der Hand des Gesellschafters verbleibt und damit nicht der GmbH zur Verfügung gestellt wird. Aus diesem Grund fehlt es auch an einem entsprechenden Zufluss zur freien Verfügung bei der GmbH, § 7 Abs. 3 GmbHG (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, § 5 Rdnr. 44; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 8 Rdnr. 35). Der einlegende Gesellschafter stellt sich insoweit durch die allein schuldrechtliche Verpflichtung zur Geldleistung auch wesentlich besser als bei der Übernahme einer Bareinlageverpflichtung, die eine gesellschaftsrechtliche und damit entsprechend abgesicherte (§ 24 GmbHG) Zahlungspflicht begründet und auf die er bereits einen Teil der Einlage zu erbringen hätte, § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Eine derartige Umgehung der Einlagenvorschriften ist wegen des sich aus den Regelungen ergebenden Ziels der realen Kapitalaufbringung nicht im Sinne des Gesetzes und damit unzulässig.

b) Das Landgericht hat auch zutreffend ausgeführt, dass eine derartige unzulässige Sachkapitalerhöhung hier vorliegt.

Dadurch, dass die Gesellschaft als Komplementärin der KG alle Kommanditanteile übernimmt, erlischt die Kommanditgesellschaft und ihr Vermögen wird durch die Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernommen (vgl. BGHZ 65, 79, 82 f. = NJW 1975, 1774; NJW 1993, 1917, 1918; *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 131 Rdnr. 35). Die Gesellschaft wird damit unmittelbar Gläubigerin der gegen ihre Gesellschafter gerichteten Forderungen.

Dass insoweit lediglich einzelne Forderungen – nämlich die gegen die einlegenden Gesellschafter gerichteten Zahlungsansprüche – nicht einlagefähig sind, berührt auch die Wirksamkeit der Einlage der Kommanditanteile insgesamt. Denn diese gegen die Gesellschafter gerichteten Forderungen sind uneingeschränkter Bestandteil der Einlage, die damit den oben dargestellten Bedenken unterliegt. Ob bei entsprechenden Absprachen der Beteiligten unter notwendiger Offenlegung im Rahmen der Kapitalerhöhung, wie etwa einer Bewertung der Sacheinlage unter Ausschluss der Forderungen oder einer im Sachkapitalerhöhungsbeschluss vorgesehenen Übertragung der Sacheinlage erst nach der Tilgung der Forderungen, die Forderungen gegen die Gesellschafter bei der Einlage allgemein und hinsichtlich der Bewertung unberücksichtigt zu lassen wären, kann hier dahinstehen. Denn es fehlt bereits an derartigen Absprachen. Dass eine derartige Trennung der Einlagebestandteile ohne entsprechende Absprachen hier nicht in Betracht kommt, ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken des § 139 BGB aufgrund der ersichtlich gewollten einheitlichen Einbringung der Kommanditanteile. Dass die Beteiligten nach entsprechenden Hinweisen des Registergerichts – nach der Beschlussfassung vom 14.12.2001 nicht vorgesehene – Maßnahmen zur Tilgung der Gesellschafterforderungen ergriffen haben mögen und auch Gesellschafterwechsel stattgefunden haben sollen, ändert nichts. Für die Beurteilung der Einheitlichkeit eines Rechtsgeschäfts ist auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., § 139 Rdnr. 5; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 139 Rdnr. 17). Dies ist hier der Zeitpunkt der Beschlussfassung.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die einlegenden Gesellschafter nach dem Vortrag der Gesellschaft nicht mehr ihre Gesellschafter sind, weil sie ihre Geschäftsanteile an die Diplom-Kauffrau B abgetreten hätten. Denn das Verbot der Einbringung von gegen sich selbst gerichteten Forderungen muss auch für den nur vorübergehend an der GmbH beteiligten Einleger gelten, weil dieser mit der Eintragung der Kapitalerhöhung notwendig Gesellschafter wird. Die von der Gesellschaft behauptete Abtretung kann sich nur auf die durch die Kapitalerhöhung zu bildenden Geschäftsanteile beziehen, weil diese erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung entstehen und erst bezogen auf diesen Zeitpunkt übertragen werden können (vgl. BGH, GmbHR 1995, 119, 120 m. w. N.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 15 Rdnr. 2, § 55 Rdnr. 30; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15 Rdnr. 2; *Müther*, GmbHR 2000, 966, 968).

c) Diese fehlende Einlagefähigkeit führt entgegen der Auffassung des Landgerichts dazu, dass der Erhöhungsbeschluss bereits unabhängig von einer fiktiven Bewertung der eingebrachten Kommanditanteile ohne Berücksichtigung der gegen die Einleger gerichteten Forderungen unwirksam ist.

Wenn die Gesellschaft meint, zum entscheidenden Zeitpunkt hätten diese Forderungen nicht mehr bestanden, so trifft dies nicht zu. Maßgeblich für die Beurteilung der Einlagefähigkeit einer Einlage ist der Zeitpunkt, zu dem der Beschluss nach dem Willen der Beteiligten Wirksamkeit erlangen sollte. Das war der 31.12.2001, da die Übertragung der Kommanditanteile zum 1.1.2002 wirksam werden sollte. Zu diesem Zeitpunkt war die KG aber noch Inhaber der gegen die Gesellschafter gerichteten Forderungen. Die Gesellschaft, die dies

im Hinblick auf ihre vorgelegte Umwandlungsbilanz zum 1.1.2002 leugnet, vermag nicht zu erklären, warum die in der Schlussbilanz zum 31.12.2001 der Kommanditgesellschaft aufgeführten Forderungen gegen die Gesellschafter in der sich unmittelbar anschließenden Umwandlungsbilanz angesichts der Pflicht zu Vollständigkeit (§ 246 Abs. 1 und 2 HGB) nicht mehr enthalten sind.

d) Zutreffend hat das Landgericht auch die Frage verneint, ob der Kapitalerhöhungsbeschluss geheilt sein könnte. Denn die Heilung eines derartigen Beschlusses konnte nur durch eine entsprechende Neuvornahme erfolgen. Eine wegen der mangelnden Einlagefähigkeit der Sacheinlage fehlerhafte Sachkapitalerhöhung ist nämlich nicht unwirksam, sondern führt nach §§ 19 Abs. 5, 27 Abs. 3 Satz 3 AktG zu einer entsprechenden Bareinlageverpflichtung (*Scholz/Winter*, GmbHG, § 5 Rdnr. 95; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 5 Rdnr. 50). Diese Bareinlageverpflichtung entfällt aber nur dann, wenn die Voraussetzungen für eine wirksame Sacheinlageverpflichtung geschaffen werden.

---

20. GmbHG §§ 38, 46 Nr. 5 *(Adressat der Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers)*

Die Amtsniederlegung des Geschäftsführers einer GmbH ist gegenüber dem für die Bestellung zuständigen Organ der Gesellschaft, in der Regel also gegenüber der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG), zu erklären.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.6.2005, I-3 Wx 118/05

Aus den Gründen:

I.

Die Beschwerdeführerin, eine GmbH, wird laut § 6 des Gesellschaftsvertrages vom 2.5.2001 gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder gemeinschaftlich durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen vertreten. Unter dem 2.12.2002 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin die Eintragung des Ausscheidens des Geschäftsführers K. Unter dem 5.12.2002 wies der Rechtspfleger darauf hin, dass die Eintragung noch nicht erfolgen könne. Beide Gesellschafter der Beschwerdeführerin müssten zuvor noch nachweisen, dass ihnen die Erklärung des K, dass er sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt hat, zugegangen ist. Aus der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom 2.12.2002 ergebe sich lediglich, dass K Entlastung erteilt werde, nicht aber, dass er infolge seiner Amtsniederlegung nicht mehr Geschäftsführer ist.

Das Amtsgericht – Rechtspfleger – hat mit Beschluss vom 29.1.2003 das Gesuch zurückgewiesen, weil die Amtsniederlegung des Geschäftsführers dem Bestellungsorgan gegenüber, nämlich den Gesellschaftern, § 46 Nr. 5 GmbHG, zu erklären und der ordnungsgemäße Zugang der Amtsniederlegung dem Bestellungsorgan gegenüber trotz Zwischenverfügung vom 5.12.2002 nicht nachgewiesen sei.

Hiergegen hat die Gesellschaft Beschwerde eingelegt. Sie hat geltend gemacht, durch die dem Gericht vorliegende Registeranmeldung vom 2.12.2002 sei der Nachweis erbracht, dass die Gesellschaft das Schreiben über die erfolgte Amtsniederlegung erhalten hat; dieser Umstand werde von dem Mitgeschäftsführer M gemäß Ziffer 1 der Registeranmeldung vom 2.12.2002 bestätigt. Das Landgericht hat die Beschwerde, der der Rechtspfleger nicht abgeholfen hat, am 19.9.2003 zurückgewiesen. Gegen den Beschluss des Landgerichts wendet sich die Gesellschaft mit ihrer weiteren Beschwerde.

II.

Die gemäß §§ 19, 20, 27, 29 FGG zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts ist frei von Rechtsfehlern (§ 27 FGG).

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Beschwerde sei unbegründet. Die Amtsniederlegung durch einen Geschäftsführer einer GmbH erfolge durch formfreie empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem für die Bestellung zuständigen Organ der Gesellschaft. In der Regel sei dies die Gesellschafterversammlung. Eine in dieser Form erklärte Amtsniederlegung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin K sei nicht ersichtlich. Durch Schreiben vom 30.11.2002 habe K seine Amtsniederlegung lediglich gegenüber der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin erklärt. Das Protokoll der Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin vom 2.12.2002 weise zwar die Entlastungserklärung hinsichtlich des Geschäftsführers K auf. Die Erklärung der Amtsniederlegung durch K gegenüber der Gesellschafterversammlung sei in dem Protokoll indes nicht aufgeführt.

2. Diese Ausführungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Überprüfung stand.

Die Kammer ist zunächst zu Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass die Amtsniederlegung des Geschäftsführers einer GmbH, bei der es sich um eine erst mit dem Zugang wirksame empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, gegenüber dem für die Bestellung zuständigen Organ der Gesellschaft, in der Regel also gegenüber der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG), zu erklären ist (*Scholz*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rdnr. 91; *Lutter/Hommelshoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rdnr. 47; vgl. auch *Wachter*, GmbHR 2001, 1129, 1133). Unproblematisch ist daher der Zugang der Erklärung, wenn sie gegenüber der Gesellschafterversammlung oder gegenüber allen Gesellschaftern (bzw. allen Mitgliedern des anderen für die Bestellung zuständigen Organs) erfolgt oder doch jedenfalls allen nachrichtlich übersandt wird (BGH, ZIP 1993, 430, 431; *Lutter/Hommelshoff*, a. a. O.). Da im Rahmen der Gesamtvertretung eine Willenserklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem Gesamtvertreter abgegeben werden kann, genügt auch die Erklärung gegenüber einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter (BGH, DNotZ 2002, 302). Geschäftsführer sind allerdings nicht die richtigen Adressaten einer solchen Erklärung (*Lutter/Hommelshoff*, a. a. O.) Da der Geschäftsführer nämlich weder sich selbst noch gesamt- oder einzelvertretungsberechtigte Mitgeschäftsführer bestellt, kann die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers einer GmbH gegenüber einem im Amt verbleibenden Mitgeschäftsführer nicht wirksam erklärt werden. Auf die Frage, inwieweit die Amtsniederlegung gegenüber einem Gesellschafter erklärt werden kann und ob eine solche Erklärung mit oder ohne Benachrichtigung aller gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter als wirksam angesehen werden kann (vgl. BGH, DNotZ 2002, 302), kommt es nicht an, da vorliegend die Amtsniederlegung auch nicht gegenüber einem der Gesellschafter (K. KG oder A. GmbH) erklärt worden ist.

Beurkundungs- und Notarrecht

21. BNotO § 18; BeurkG § 51 Abs. 1 Nr. 1 *(Keine Berechtigung des Betreuers auf Testamentsabschrift)*

Ein Betreuer ist nicht berechtigt, die Erteilung einer Abschrift des vom Betreuten errichteten Testaments gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zu verlangen. Hat der Betreute keine natürliche Einsichtsfähigkeit mehr, kann eine Abschrift des Testaments nur nach der Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht durch die Aufsichtsbehörde gemäß § 18 Abs. 2, 2. Halbsatz BNotO erteilt werden. (Leitsatz des Einsenders)

LG Passau, Beschluss vom 8.11.2005, 2 T 207/05; eingesandt von Notar Dr. *Alexander Krafka*, Passau

Aus den Gründen:

I.

Mit der Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Ablehnung der Erteilung von Abschriften zweier beim Notar hinterlegter Testamente. Die Verweigerung hat folgenden Hintergrund: Die Beschwerdeführerin führt vor dem Landgericht Passau einen Rechtsstreit, in dem sie die Nichtigkeit einer am 27.5.2003 über ihr Grundeigentum getroffenen Verfügung mit der Begründung geltend macht, sie sei zu dem Zeitpunkt der Verfügung wegen Altersdemenz geschäftsunfähig gewesen. Der zur Feststellung der Geschäftunfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestellte Sachverständige glaubt durch den Vergleich dreier Testamente feststellen zu können, wann die Demenz der Betroffenen zur Geschäftsunfähigkeit geführt hat. Ein Testament liegt dem Sachverständigen bereits vor, zwei Testamente befinden sich in der Verwahrung des Notars. Mit Beschluss vom 2.8.2005 wurde der Aufgabenkreis der Betreuerin auf die Entbindung des verwahrenden Notars von seiner notariellen Verschwiegenheitspflicht zur Vorlage der verwahrten Testamente der Betreuten an die Betreuerin erweitert. Der Notar lehnte die Erteilung von Abschriften aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO ab.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

1. Gegen die Ablehnung der Erteilung einer Abschrift kann mit der unbefristeten Beschwerde vorgegangen werden (§ 54 Abs. 1 BeurkG i. V. m. § 51 BeurkG). Die Beschwerde ist zulässig (§§ 13, 19, 20 FGG i. V. m. § 54 Abs. BeurkG).

2. Die Beschwerde ist aber nicht begründet. Die Betreuerin kann für die Beteiligte Abschriften der von der Betroffenen errichteten Testamente gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG nicht herausverlangen. Eine gesetzliche Vertretung ist insoweit nicht zulässig.

a) Die Verschwiegenheitspflicht des § 18 Abs. 1 BNotO dient dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts (BVerfGE 65, 1) als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beteiligten und besteht zunächst gegenüber allen, die an der konkreten Angelegenheit nicht beteiligt sind (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 22). Konkretisiert wird § 18 Abs. 1 BNotO durch § 51 BeurkG, der abschließend regelt, wer die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften sowie die Einsicht in notarielle Urkunden beanspruchen kann (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 18 Rdnr. 43); § 51 BeurkG geht als speziellere Norm § 18 BNotO vor (vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 434, 435). Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG kann jeder eine Ausfertigung bzw. eine beglaubigte Abschrift (§ 51 Abs. 3 BeurkG) verlangen, der eine Willenserklärung im eigenen Namen abgegeben hat. Die Berechtigten können eine Abschrift an sich selbst verlangen oder um die Aushändigung an eine von ihnen benannte Person bitten (*Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 51 Rdnr. 30). Dritten Personen darf der Notar aufgrund seiner Amtsverschwiegenheit (§ 18 Abs. 1 BNotO) keine Ausfertigung oder Abschrift erteilen, selbst wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen (*Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 28).

b) Ein Betreuer kann – unabhängig davon, ob auf Seiten des Betreuten eine natürliche Einsichtsfähigkeit vorliegt oder bereits fehlt – das Recht auf Erteilung einer Ausfertigung bzw. Abschrift nicht für den Betroffenen wahrnehmen, wenn der Ausfertigung oder Abschrift ein Testament zugrunde liegt. Die Errichtung eines Testaments durch einen gesetzlichen Vertreter ist ebenso ausgeschlossen, wie die Vertretung bei der Rückgabe im Sinne des § 2256 BGB (vgl. MünchKomm-BGB/*Heldrich*, 4. Aufl., § 2054 Rdnr. 3 und MünchKomm-BGB/*Hagena*, § 2256 Rdnr. 7). Die Garantie der Testierfreiheit wird durch das Gebot der Höchstpersönlichkeit (§ 2064 BGB) abgesichert. Das Verlangen im Sinne des § 51 BeurkG beeinflusst zwar weder den Inhalt noch die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, so dass die Testierfreiheit im engeren Sinne nicht betroffen ist. Zur Testierfreiheit gehört aber auch das Recht zur Entscheidung, wem zu Lebzeiten des Erblassers der Inhalt eines Testaments bekannt gemacht werden soll. Die letztwillige Verfügung stellt eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung dar. Die Entscheidung darüber, wem abweichend davon schon zu Lebzeiten der letzte Wille bekannt sein soll, trifft der Testierende. Eine gesetzliche Vertretung (Eltern, Vormund, Pfleger, Betreuer) im Rahmen der Bekanntgabe des Inhalts letztwilliger Verfügungen ist ausgeschlossen. Weder können Eltern verlangen, dass ihnen die Verfügung ihrer minderjährigen Kinder bekannt gemacht wird, noch können Betreuer – unabhängig davon wie ihr Aufgabenkreis gefasst ist – die Aushändigung von Abschriften der Verfügung an sich oder Dritte verlangen. Übergibt – wie hier – der Betroffene das Testament in die Verwahrung des Notars, so ist es Ausdruck der Testierfreiheit, dass ein späterer Betreuer, der in der Regel aus dem Verwandtenkreis stammt (§ 1897 Abs. 5 BGB), nicht stellvertretend für den Betroffenen Einsicht in das Testament verlangen kann. Hinsichtlich der Befugnis zur Bekanntgabe des Inhalts bleibt der Charakter der Höchstpersönlichkeit bestehen.

Die Kammer verkennt dabei nicht die Fallkonstellationen, in denen der Betreute ein erhebliches Interesse an der Erteilung einer Ausfertigung oder Abschrift an sich oder einen Dritten hat. Dem kann aber nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass dem gesetzlichen Vertreter pauschal die Vertretungsbefugnis zugewiesen wird. Hierbei bedarf es vielmehr einer eingehenden Interessenabwägung. Diese kann durch § 18 Abs. 2, 2. Halbsatz BNotO erreicht werden. Gemäß § 18 Abs. 2, 2. Halbsatz kann die Aufsichtsbehörde an Stelle des Beteiligten die Befreiung erteilen, wenn eine Äußerung von ihm nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen ist. Davon werden auch die Fälle erfasst, in denen der Betroffene wegen schwerwiegender Erkrankung für längere Zeit oder dauernd außer Stande ist, sich zur Frage der Befreiung zu äußern (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, § 18 Rdnr. 100). Dabei wird die Aufsichtsbehörde nicht zum Stellvertreter des Betroffenen, sondern erteilt vielmehr dem Notar Befreiung von seiner Verschwiegenheitspflicht (§ 18 Abs. 1 BNotO) aufgrund der gesetzlichen Grundlage des § 18 Abs. 2 BNotO. Die Betreuerin kann folglich nicht stellvertretend für die Betroffene eine Abschrift verlangen. Die Beschwerde ist zurückzuweisen.

Kostenrecht

22. KostO § 17 Abs. 3 Satz 2 *(Verjährungsunterbrechung bei nicht ordnungsgemäßer Kostenrechnung)*

Die Mitteilung einer von dem Notar einseitig ausgesprochenen Stundung unterbricht nur dann die Verjährung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO, wenn dem Kostenschuldner eine den Anforderungen in § 154 Abs. 1, 2 KostO entsprechende Kostenberechnung vorliegt.

BGH, Beschluss vom 25.10.2005, V ZB 121/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Gründe:

I.

Im Juli 2000 beauftragte die Kostenschuldnerin, die Maklerin ist, namens einer Kaufinteressentin den Notar, schnellstmöglich einen Entwurf für einen Kaufvertrag über die Veräußerung mehrerer Grundstücke, die sich im Eigentum einer Erbengemeinschaft befanden, zu einem beabsichtigten Preis von 12 Mio. DM zu fertigen. Der Entwurf wurde auf Wunsch der Erbengemeinschaft, den die Kostenschuldnerin an den Notar herantrug, mehrfach überarbeitet. Die Kaufvertragsverhandlungen scheiterten im Oktober 2000.

Der Notar nahm zunächst die Erbengemeinschaft in Anspruch, die in einem Kostenbeschwerdeverfahren ihre Passivlegitimation bestritt. Der Notar erstellte mit Datum vom 12.6.2002 eine Zahlungsaufforderung an die Kostenschuldnerin nebst beigefügter Kostenberechnung über 18.000 DM unter Hinweis auf §§ 32, 145 KostO; er erklärte jedoch zugleich, dass er die Kostenforderung bis zum Ablauf eines Monats nach dem rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens der Erbengemeinschaft gegen seine Kostenberechnung stunde. Das Verfahren endete mit einem Beschluss des Landgerichts vom 11.12.2002 zugunsten der Erbengemeinschaft.

Nach einer Zahlungsaufforderung des Notar vom 3.2.2003, verbunden mit der Androhung, eine vollstreckbare Ausfertigung zu erstellen, hat die Kostenschuldnerin Beschwerde gegen die Kostenberechnung vom 12.6.2002 eingelegt. Der Notar hat im Beschwerdeverfahren auf einen richterlichen Hinweis die erste Kostenberechnung durch eine berichtigte Kostenberechnung ersetzt, in der neben §§ 32, 145 KostO auch § 36 Abs. 2 KostO zitiert wird. Die Kostenschuldnerin hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die gegen die Kostenberechnung gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Mit der – zugelassenen – weiteren Beschwerde verfolgt die Kostenschuldnerin ihren Antrag auf Aufhebung der Kostenberechnung weiter. Das Kammergericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich daran aber unter anderem durch den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28.9.2000 (OLGR 2001, 146 ff.) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung über die weitere Beschwerde vorgelegt.

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorlegende Kammergericht ist der Ansicht, dass für eine Unterbrechung der Verjährung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO die Mitteilung der Stundung durch den Notar an den Kostenschuldner unter Bezeichnung des Anspruchs genüge und die Erteilung einer den Erfordernissen des § 154 KostO entsprechenden Kostenberechnung nicht voraussetze. Demgegenüber vertritt das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLGR 2001, 146, 150) die Auffassung, dass eine Unterbrechungswirkung aufgrund einer Stundung nur eintritt, wenn dem Schuldner eine dem § 154 KostO entsprechende Berechnung zugegangen ist.

a) Die beabsichtigte Abweichung bei der Auslegung einer bundesrechtlichen Vorschrift von der eines anderen Oberlandesgerichts rechtfertigt die Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG. Dem steht nicht entgegen, dass die Vergleichsentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf bereits vor der Einführung des Vorlageverfahrens ergangen ist (Senat, Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, DNotZ 2003, 297; Beschluss vom 12.5.2005, V ZB 40/05, MittBayNot 2005, 433). Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf beruht auch auf der abweichenden Beurteilung der Rechtsfrage.

b) An die von dem Kammergericht bejahte Erheblichkeit der Rechtsfrage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde ist der Senat gebunden (st. Rspr., vgl. BGHZ 99, 90, 92; 109, 396, 398; BGHZ 113, 374, 376; BGHZ 116, 392, 394).

III.

Die nach § 156 Abs. 2, 4 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), weil dem Kostenanspruch des Gläubigers jedenfalls die Einrede der Verjährung entgegensteht.

1. Im Ansatz zutreffend – und von der weiteren Beschwerde auch nicht angegriffen – sind das Beschwerdegericht und das vorlegende Gericht davon ausgegangen, dass die Kostenansprüche aus der Anfertigung von Entwürfen nach § 145 KostO im Jahre 2000 entstanden sind und für diese die zweijährige Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB a. F. galt, die am 31.12.2002 endete. Die Neuregelung mit Wirkung vom 1.1.2002 führte zu keiner Verlängerung der Verjährungsfristen. Wegen der insoweit gleichen Rechtsfolgen in Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB und § 161 Satz 1 KostO kann hier dahinstehen, welche Übergangsvorschrift in diesem Fall einschlägig ist (dazu: *Erman/Schmidt-Räntsch*, BGB, 11. Aufl., Art. 229 EGBGB Rdnr. 2; *Staudinger/Peters*, BGB, 2003, Art. 229 § 6 EGBGB, Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Grothe*, 4. Aufl., vor § 194 Rdnr. 45; *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 143 Rdnr. 6 und *Lappe* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 17 KostO Rdnr. 41 ff.).

2. Unzutreffend ist jedoch die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts, dass die Verjährung durch eine der Kostenschuldnerin in dem Begleitschreiben vom 12.6.2002 zur Rechnung vom gleichen Tage gestellte Zahlungsaufforderung mit gleichzeitig ausgesprochener Stundung nach §§ 141, 17 Abs. 3 Satz 2 KostO unterbrochen worden sei.

a) Die in dem Schreiben vom 12.6.2002 enthaltene Zahlungsaufforderung unterbrach die Verjährung nicht, da die beigefügte Rechnung nicht den gesetzlichen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Kostenanforderung durch den Notar in § 154 Abs. 2 KostO entspricht.

Die Vorschrift verlangt die Bezeichnung der Kostenvorschriften, auf denen die Berechnung beruht (Zitiergebot). Dem genügt – wovon auch das vorlegende Gericht ausgeht – die Rechnung vom 12.6.2002 schon deshalb nicht, weil sie nicht neben dem einschlägigen Gebührentatbestand für Entwürfe, § 145 KostO, die für die Beurkundung vertraglicher Erklärungen maßgebende Vorschrift des § 36 Abs. 2 KostO zitiert (OLG Hamm, ZNotP 2000, 408; LG Hannover, Nds. Rpfl 2002, 18). Unabhängig davon, wie genau (nach Absätzen und

Sätzen) die einschlägigen Gebührenvorschriften benannt sein müssen (dazu OLG Düsseldorf, ZNotP 2001, 206; KG, JurBüro 1997, 98), führt die Nichtangabe des § 36 Abs. 2 KostO dazu, dass eine dem § 154 Abs. 2 KostO entsprechende Gebührenberechnung nicht vorliegt, weil es sich hierbei um eine zentrale Norm für die Auslösung des Gebührenanspruchs handelt. Eine Rechnung, die eine solche Norm nicht benennt, entspricht nicht dem von § 154 Abs. 2 KostO verfolgten Zweck, dem Schuldner eine Nachprüfung zu ermöglichen, aufgrund welcher gesetzlichen Bestimmungen er zur Zahlung verpflichtet ist (OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Dieser Mangel hat in dem Beschwerdeverfahren zur Folge, dass die Rechnung als Grundlage für eine Einforderung der Kosten ausscheidet und ohne weitere Sachprüfung hätte aufgehoben werden müssen (BayObLG, MittBay Not 2004, 298, 299; OLG Hamm, ZNotP 2004, 166; KG, DNotZ 1962, 428, 430; OLG Düsseldorf, ZNotP 2001, 206, 208). Der Umstand, dass der Kostengläubiger auf richterlichen Hinweis im Beschwerdeverfahren eine insoweit berichtigte Kostenrechnung erstellt hat, ist für die Entscheidung ohne Bedeutung, da die ein Jahr zuvor übermittelte Rechnung eine Unterbrechung der Verjährung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO nicht herbeigeführt hatte. Die Erleichterung für den Notar, durch eine formlose Aufforderung zur Zahlung einen Neubeginn des Laufs der Verjährungsfrist herbeiführen zu können, ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Notar alles für die Einforderung Erforderliche unternommen hat und das Ausbleiben der Zahlung nur mehr auf dem rechtswidrigen Handeln des Kostenschuldners beruht. Daran fehlt es, wenn dem Kostenschuldner wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO an die Durchschaubarkeit und Verständlichkeit notarieller Kostenrechnungen (vgl. BGH, Beschluss vom 2.12.2002, NotZ 19/02, DNotZ 2003, 234) noch ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (vgl. OLG Hamm, DNotZ 1988, 458; *Assenmacher/Mathias*, Kostenordnung, 15. Aufl., „Verjährung“, Nr. 2.1.2; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 154 Rdnr. 4 b).

b) Gleiches gilt für die mit der Zahlungsaufforderung von dem Kostengläubiger gleichzeitig ausgesprochene Stundung der Kostenforderung bis zum Ablauf eines Monats nach rechtskräftiger Entscheidung über die Kostenbeschwerde der Erbengemeinschaft.

Der Senat lässt dahinstehen, ob – wovon das vorlegende Gericht ausgegangen ist – auch eine ohne Initiative des Kostenschuldners ausgesprochene, allein im Interesse des Kostengläubigers liegende Stundung eine Unterbrechung der Verjährung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO herbeiführt. Jedenfalls ist bei einer von dem Notar einseitig ausgesprochenen Stundung das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Kostenanforderung nach § 154 KostO als Voraussetzung für eine Unterbrechung der Verjährung unverzichtbar. Die Anforderungen für den Eintritt einer Unterbrechung der Verjährung nach § 17 Abs. 2 Satz 3 KostO können bei der Zahlungsaufforderung und bei der Stundung nicht unterschiedlich bestimmt werden. Der Senat teilt den gegenteiligen Standpunkt des vorlegenden Gerichts nicht und entscheidet die Rechtsfrage im Sinne der überwiegend vertretenen Ansicht (vgl. neben der bereits erwähnten Vergleichsentscheidung des OLG Düsseldorf: KG, DNotZ 1962, 428, 431; *Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 143 Rdnr. 7 c; *Assenmacher/Mathias*, Kostenordnung, 15. Aufl., „Verjährung“, Nr. 2.3).

Die Unterbrechung der Verjährung aufgrund einer Stundung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO verfolgt das Ziel, den Kostengläubiger, der seinem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt, vor verjährungsrechtlichen Nachteilen zu schützen. Diesen Schutz verdient jedoch der Kostengläubiger dann nicht, wenn der Kostenschuldner wegen nicht ordnungsgemäßer Berechnung der Kosten ohnehin zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist und die Stundung damit für den Kostengläubiger kein Opfer darstellt.

§ 17 Abs. 3 Satz 2 KostO, welche Vorschrift dem Notar die Befugnis einräumt, durch die Mitteilung einer Stundung an den Kostenschuldner die Verjährungsfrist neu beginnen zu lassen, ist eine Ausnahmevorschrift, bei der die schutzwürdigen Interessen des Schuldners berücksichtigt werden müssen und die nicht zu einem Hinausschieben der Verjährung nach dem Belieben des Notars führen darf (vgl. OLG Köln, JMBl NW 1987, 11, 12 = KoRspr § 154 KostO Nr. 41 [Ls]). Das wäre jedoch die Folge, wenn der Notar auch ohne eine den Erfordernissen des § 154 KostO entsprechende Rechnung durch die Bewilligung einer Stundung gegen den Willen des Kostenschuldners den Neubeginn der Verjährung herbeiführen könnte. Der Kostenschuldner müsste dann eine Rückstellung für eine ungewisse, von ihm bestrittene Kostenschuld vornehmen, ohne seinerseits bereits eine gerichtliche Entscheidung über die Prüfung seiner Einwendungen nach § 156 KostO herbeiführen zu können. Eine Sachentscheidung des Gerichts im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO setzt eine ordnungsgemäße Berechnung voraus (*Bengel/Tiedtke* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 156 Rdnr. 10). Diese Prüfung kann auch nicht über eine negative Feststellungsklage nach § 256 ZPO erreicht werden (BGH, Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379). An den Kostengläubiger werden damit auch keine unzumutbaren Anforderungen gestellt. Die Erstellung ordnungsgemäßer, den gesetzlichen Anforderungen des § 154 KostO entsprechender Abrechnungen gehört zu den beruflichen Pflichten des Notars.

3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Kostenschuldnerin aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht daran gehindert, sich auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Für ein arglistiges Verhalten der Kostenschuldnerin (vgl. dazu KG, DNotZ 1942, 381) fehlt es an Anhaltspunkten. Die Kostenschuldnerin hat den Notar auch nicht davon abgehalten, die Verjährungsfrist einzuhalten, was einer Berufung auf die Einrede nach § 242 BGB entgegenstünde (OLG Hamm, Rpfleger 1962, 26; OLG Düsseldorf, OLGR 1994, 164, 165). Die Kostenschuldnerin hat ihre Kostenschuld stets bestritten und durch nichts zu erkennen gegeben, dass sie auf die Erhebung der Einrede der Verjährung verzichten werde. Dem Notar war dies bekannt; seine mit einer Stundung verbundene Zahlungsaufforderung vom 12.6.2002 diente gerade dazu, den Ablauf der Verjährungsfrist durch Herbeiführung einer Unterbrechung zu verhindern.

---

23. KostO § 156 Abs. 2; GBO § 133; GBAbVfV § 1 Satz 1 Nr. 3 a *(Gebühren für automatisierten Grundbuchabruf sind verauslagte Gerichtskosten)*

Die von der Justiz für die automatisierte Gewährung der Einsicht in das Grundbuch erhobenen Gebühren kann der Notar dem Zahlungspflichtigen als verauslagte Gerichtskosten in Rechnung stellen.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.12.2005, 3 W 221/05; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG und der Notarkammer Pfalz

Gründe:

Der Beteiligte zu 1) hat am 10.1.2005 einen Vertrag der Beteiligten zu 3) und 4) über den Tausch von Wald- und Landwirtschaftsflächen beurkundet. Zur Vorbereitung dieser Beurkundung hat er zwei Grundbuchabrufe im Rahmen des automatisierten Verfahrens getätigt. Die ihm insoweit berechneten Kosten in Höhe von 10 € hat der Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 3) und 4) jeweils hälftig in Rechnung gestellt. Der Prüfungsbeamte hat im Rahmen einer Geschäftsprüfung die Weitergabe der Abrufgebühren an die Beteiligten zu 3) und 4) als unzulässig beanstandet. Der Beteiligte zu 2) hat den Beteiligten zu 1) als vorgesetzte Behörde gemäß § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO angewiesen, insoweit eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Dies hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 13.6.2005 getan. Er vertritt die Auffassung, dass die Abrufgebühren zu Recht auf die Beteiligten zu 3) und 4) umgelegt worden seien. Bei den Kosten für die automatisierte Grundbuchabfrage handele es sich um schlichte Zusatzkosten, denen keine Personalersparnis und nicht einmal eine nennenswerte Zeitersparnis gegenüber stünden. Der Beteiligte zu 2) vertritt demgegenüber in Übereinstimmung mit dem Prüfungsbeauftragten die Auffassung, dass die Kosten der automatisierten Grundbuchabfrage nicht erstattungsfähig seien. Das Landgericht hat die Kostenrechnung bestätigt und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die auf Weisung des Dienstvorgesetzten eingelegte Rechtsbeschwerde des Notars.

II.

Die weitere Beschwerde des Notars ist statthaft, da das Landgericht sie zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 KostO). Ob die Zulässigkeit der Weisungsbeschwerde des Notars gemäß § 156 Abs. 6 KostO eine Beschwer der ihm vorgesetzten oder ihn anweisenden Dienstbehörde erfordert (so etwa Senat, JurBüro 1988, 1054; OLG Stuttgart, JurBüro 1989, 1712; a. A. BayObLG, MittBayNot 1994, 169, 170 m. w. N.), bedarf hier keiner Entscheidung. Denn der Präsident des Landgerichts ist als vorgesetzte Dienstbehörde durch die mit dem angefochtenen Beschluss erfolgte Bestätigung der Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) beschwert. Er hatte die abweichende Auffassung des Prüfungsbeauftragten vertreten und den Beteiligten zu 1) im Hinblick auf die Beanstandung angewiesen, gegen die Entscheidung des Landgerichts weitere Beschwerde einzulegen.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 6 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 KostO). Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht den Beteiligten zu 1) als befugt angesehen hat, den Beteiligten zu 3) und 4) die ihm im Zusammenhang mit der zweimaligen Nutzung des automatisierten Verfahrens zum Abruf von Daten aus dem Grundbuch entstandenen Kosten in Rechnung zu stellen. Für die Nutzung des automatisierten Verfahrens zum Abruf von Daten aus dem maschinellen Grundbuch (§ 133 GBO) durch den Notar berechnet die Justiz Gebühren nach der auf der Grundlage von § 133 Abs. 8 GBO, § 85 Abs. 3 GBV erlassenen Verordnung über Grundbuchabrufverfahrensgebühren – GBAbVfV – vom 30.11.1994 – (BGBl I, S. 3585). Neben Grund- und allgemeinen Abrufgebühren wird unter anderem gemäß § 1 Satz 1 Nr. 3 a GBAbVfV ein Betrag von 5 € für jeden Abruf von Daten aus einem Grundbuchblatt erhoben. Die Tatsache, dass der Notar als derjenige, dem die Einrichtung des automatisierten Abrufverfahrens genehmigt worden ist, Gebührenschuldner gegenüber der Justiz ist (§ 2 GBAbVfV) besagt nicht, wer diese Gebühren letztlich zu tragen hat (vgl. *Lappe*, NotBZ 2004, 115, 116; *Bund*, RNotZ 2004, 256, 258). Wie diese Frage zu beantworten ist, war in Rechtsprechung und Literatur umstritten (gegen eine Weitergabe der Kosten: *Korintenberg/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 152 Rdnr. 35; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 136 Rdnr. 4; *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, § 133 Rdnr. 13; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht Rdnr. 35; für eine Weitergabe der Kosten: BayObLGZ 2005, 311 ff. = MittBayNot 2005, 76; LG Halle, NotBZ 2004, 115; *Lappe*, NJW 1998, 1112, 1117; *Reetz/Bous*, RNotZ 2004, 318; *Püls/Reetz*, NotBZ 1998, 13, 14; *Bund*, RNotZ 2004, 256, 258). Nunmehr hat sich – soweit ersichtlich – die überwiegende Mehrheit derer, die sich zuvor gegen die Weitergabe der Gebühren ausgesprochen hatten, der Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (a. a. O.) angeschlossen (vgl. *Rohs/Wedewer*, Aktualisierung März 2005, § 154 Rdnr. 15; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 152 Rdnr. 35, 36, 37 und § 151 a Rdnr. 3; *Notarkasse München*, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 121; *diess*., MittBayNot 2005, 255; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, in der erscheinenden 2. Auflage).

Auch der Senat teilt diese nunmehr herrschende Meinung. Denn bei den Gebühren des Abrufes im automatisierten Grundbuchverfahren (§ 1 GBAbVfV) handelt es sich um verauslagte Gerichtskosten im Sinne des § 154 Abs. 2 KostO, die von der Justiz für die automatisierte Gewährung der Einsicht in das Grundbuch erhoben werden (§ 4 GBAbVfV i. V. m. § 7 Abs. 2, 3 und § 14 JVKostO). Die Bestimmung des § 154 Abs. 2 KostO schreibt dem Notar vor, den Betrag „etwa verauslagter Gerichtskosten“ in der Rechnung anzugeben und legt damit zugrunde, dass der Notar einen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten hat, den er in die Berechnung gemäß § 154 Abs. 1 KostO einstellen kann.

Dass die betreffenden Gebühren nicht nach den Gesetzen über die Gerichtskosten, etwa dem GKG oder der KostO entstehen, sondern von der Justizverwaltung aufgrund der genannten besonderen Vorschriften eingezogen werden, spricht nicht gegen ihre begriffliche Einordnung als „Gerichtskosten“ im Sinne von § 154 Abs. 2 KostO (vgl. BayObLG, a. a. O., und nunmehr auch *Korintenberg*, a. a. O.; *Notarkasse*, a. a. O.). Denn auch bei der Justizverwaltungskostenordnung (JVKostO) handelt es sich um ein Gerichtskostengesetz, in dessen § 1 wie in § 1 KostO definiert ist, dass als Kosten die Auslagen und Gebühren anzusehen sind. Diese werden als „Gerichtskosten“ nach § 1 Nr. 4 JBeitrO beigetrieben. Im Hinblick auf die Regelung des § 154 Abs. 2 KostO spielt es auch keine Rolle, dass die entsprechenden Kosten nicht bei den Auslagentatbeständen der §§ 136, 137, 152 und 153 KostO aufgeführt sind (vgl. BayObLG, a. a. O.).

Auch die bisherige Praxis im Rahmen der Erteilung von Grundbuchblattabschriften durch ein auswärtiges Grundbuchamt rechtfertigt die dargelegte Auffassung. Denn diese Gebühren haben die Notare bislang in ständiger Praxis mit der Notarkostenrechnung gemäß § 154 Abs. 2 KostO eingefordert, ohne dass dies in Literatur und Rechtsprechung vertieft erörtert oder gar in Zweifel gezogen worden wäre (vgl. BayObLG, a. a. O.; *Bund*, RNotZ 2004, a. a. O.; *Korintenberg/Reimann*, a. a. O.).

Darüber hinaus steht auch die zuweilen vertretene Auffassung, es sei dem Notar nach § 147 Abs. 3 KostO verwehrt, für seine in diesem Zusammenhang entfaltete Tätigkeit eine Gebühr nach Abs. 1 oder 2 dieser Vorschrift zu berechnen, der Weitergabe der Gebühr nicht entgegen. Denn diese Argumentation berücksichtigt nicht hinreichend, dass nach § 74 KostO für die herkömmliche Einsichtnahme keine weiteren Kosten

in Form gesonderter gerichtlicher Einsichtsgebühren anfallen, während dies im automatisierten Abrufverfahren nach § 1 Nr. 3 a GBAbVfV sehr wohl der Fall ist. Deshalb kann aus § 147 Abs. 3 KostO auch nicht gefolgert werden, dass darüber hinausgehende, mit der Unterrichtung über den Grundbuchinhalt verbundene Aufwendungen generell mit den notariellen Gebühren für das Hauptgeschäft abgegolten sein sollen. Vielmehr kann der Notar die insoweit entstandenen Gerichtskosten – wie bereits ausgeführt – seinem Kostenschuldner auf der Grundlage des § 154 Abs. 2 KostO in Rechnung stellen.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung entspricht der Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse (Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 121). Zur Frage, ob auf die Abrufgebühren bei Weitergabe an den Kostenschuldner Umsatzsteuer zu erheben ist, siehe das Schreiben des BMF vom 20.6.2005, Gz. IV A5 – S 7200 – 30 – 05; *Schubert*, MittBayNot 2005, 481; *Everts*, MittBayNot 2006, 21 und Rundschreiben des Präsidenten der Notarkasse vom 13.7.2005 (Rundschreiben Nr. 5/2005).

---

24. KostO § 58 Abs. 1 Satz 1 *(Doppelte Zusatzgebühr bei Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung und eines sonstigen Vorgangs in einer Urkunde)*

1. **Die weitere Beschwerde des Notars gegen eine Entscheidung des Landgerichts, die ihn zur Erhebung höherer Gebühren anweist, ist zulässig, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 15.4.2002, 1 BvR 358/02, NotBZ 2005, 401) der Notar in seiner Berufsausübungsfreiheit betroffen ist, soweit eine erstinstanzliche Entscheidung ihm auferlegt, entgegen seiner Rechtsauffassung höhere Gebühren zu verlangen.**
2. **Beim Zusammentreffen der Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses und einer Handelsregisteranmeldung in einer Urkunde ist die Zusatzgebühr des § 58 Abs. 1 KostO zweimal zu berechnen.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20.1.2005, 20 W 455/02

Aus den Gründen:

Der Notar beurkundete 2001 in den Geschäftsräumen der A GmbH, wohin er sich laut Urkundsinhalt auf Ersuchen der Beteiligten begeben hatte, den Beschluss der Gesellschafterversammlung der B GmbH, ihren Sitz nach O 1 zu verlegen und den Gesellschaftsvertrag entsprechend zu ändern. Außerdem protokollierte der Notar in derselben Urkunde die Anmeldung der Sitzverlegung und der Änderung des Gesellschaftsvertrags zum Handelsregister.

In der zu dieser Protokollierung erstellten Kostenrechung hat der Notar neben den Gebühren nach §§ 47 und 38 KostO aus einem Geschäftswert von 50.000 DM eine Zusatzgebühr gemäß § 58 KostO in Höhe von 60 DM nebst 16 % Umsatzsteuer berechnet. Dies hat die Dienstaufsicht bei ihrer Kostenprüfung beanstandet und die Auffassung vertreten, es sei eine weitere Gebühr nach § 58 KostO zu erheben, da zwei Zusatzgebühren nach § 58 KostO entstünden, wenn rechtsgeschäftliche Erklärungen mit anderen Geschäften in einer Urkunde zusammen beurkundet werden. Nachdem der Notar die Beanstandung nicht anerkannt hat, hat ihn die Dienstaufsicht am 14.11.2001 angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Nach Anhörung der Dienstaufsicht, die ihre Auffassung in der Stellungnahme vom 23.7.2002 aufrechterhalten und auf die einhellige Literaturmeinung zu dieser Frage gerade bei dem Zusammentreffen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen und Gesellschafterversammlungsbeschlüssen verwiesen hat, und nach Anhörung der Kostenschuldnerin hat das Landgericht den Notar angewiesen, eine weitere Gebühr nach § 58 KostO aus einem Wert von 50.000 DM in Höhe von 60 DM (30,68 €) zu erheben.

Das Landgericht hat in seinem Beschluss vom 30.10.2002 ausgeführt, nach der Gesetzessystematik käme § 58 Abs. 1 Satz 2 KostO, wonach die Zusatzgebühr nur einmal erhoben wird, wenn mehrere Erklärungen in einer Urkunde verhandelt werden, hier nicht zum Tragen, weil unter Erklärungen im Sinn dieser Norm nicht Gesellschafterbeschlüsse zu verstehen seien. Der § 44 KostO sei nur anwendbar bei Zusammenbeurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden. Beim Zusammentreffen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen mit anderen Geschäften wie Gesellschafterbeschlüssen könne, wenn die Gegenstände verschieden sind, keine Zusammenrechnung der Werte entsprechend § 58 Abs. 1 Satz 2 KostO erfolgen.

Gegen diese Entscheidung hat der Notar sowohl in eigenem Namen als auch auf Anweisung der Dienstaufsicht weitere Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde des Notars ist zulässig.

Die erforderliche Zulassung durch das Landgericht liegt vor. Allerdings könnte die Beschwer des Notars fraglich sein, da er angewiesen worden ist, eine weitere Gebühr zu erheben, durch die angefochtene Entscheidung also nicht in seinen Gebühreninteressen beeinträchtigt ist. Grundsätzlich kann nach bisher ganz überwiegender Auffassung nur der Beteiligte des Verfahrens weitere Beschwerde einlegen, der durch die Entscheidung des Landgerichts beschwert ist, also nicht der Notar von sich aus zugunsten des Kostenschuldners, auch auf Anweisung der Dienstaufsichtsbehörde nicht, wenn diese mit ihrer auf Erhöhung zielenden Anweisungsverfügung beim Landgericht durchgedrungen ist (OLG Celle, MittBayNot 2005, 175; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 83 m. w. H.; *Wedewer/Rohs*, KostO, Stand April 2003, § 156 Rdnr. 56; a. A. BayObLG in st. Rspr., zuletzt MittBayNot 1994, 169 und *Hartmann*, KostG, 34. Aufl., § 156, Rdnr. 70).

Auf die Gebühreninteressen ist jedoch nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.4.2002 (1 BvR 358/02, NotBZ 2005, 401) für die Beschwer nicht allein abzustellen, da der Notar in seiner Berufsausübungsfreiheit betroffen ist, soweit eine erstinstanzliche Entscheidung ihm auferlegt, entgegen seiner Rechtsauffassung höhere Gebühren zu verlangen. Aufgrund dieser Entscheidung hält der Senat seine bisherige Auffassung, im Fall der Anweisung des Notars zur Erhebung höherer Gebühren sei eine dagegen gerichtete weitere Beschwerde des Notars mangels Beschwer unzulässig, nicht mehr aufrecht. (…)

In der Sache hat die weitere Beschwerde aber keinen Erfolg.

Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht den Notar zur Berechnung einer weiteren Auswärtsgebühr gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO angewiesen hat.

Zwar wurden der Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Sitzverlegung und die Anmeldung zur Eintragung der Sitzverlegung und der entsprechenden Änderung des Gesellschaftsvertrages im Handelsregister in einer Verhandlung, d. h. in einer Urkunde beurkundet. Trotzdem greift § 58 Abs. 1

Satz 2 KostO, der vorsieht, dass dann die sog. Auswärtsgebühr nur einmal erhoben wird, nicht ein. Es entspricht der einhelligen Auffassung (KG, DNotZ 1944, 6, 133; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O., § 44 Rdnr. 6, § 58 Rdnr. 20; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 58, Rdnr. 12), dass trotz Beurkundung in einer Verhandlung mehrere Zusatzgebühren zu erheben sind, wenn rechtsgeschäftliche Erklärungen mit anderen – nicht rechtsgeschäftlichen – Vorgängen zusammentreffen, wobei gerade der hier vorliegende Fall der Gesellschafterversammlung und Registeranmeldung als Beispiel aufgeführt wird.

Zu einer Abweichung von dieser Auffassung hat der Senat auch aufgrund der weiteren Beschwerde keine Veranlassung gesehen.

Darauf, welche Wege für die Protokollierung tatsächlich angefallen sind, kommt es nicht an. Dies folgt schon daraus, dass auch dann, wenn das gebührenpflichtige Geschäft mehrere Wege erfordert, z. B. bei Abwesenheit des aufzusuchenden Beteiligten, die Gebühr grundsätzlich nur einmal angesetzt werden kann (*Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 58 Rdnr. 10). Wenn mehrere Erklärungen nicht in einer Verhandlung beurkundet werden, sondern mehrere Urkunden errichtet werden, ist dagegen die Zusatzgebühr für jede Urkunde besonders zu berechnen, wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 58 Abs. 1 Satz 2 KostO ergibt (KG, DNotZ 1944, 133; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, a. a. O., § 58 Rdnr. 18; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 58 Rdnr. 12), auch wenn sich der Notar nur einmal außerhalb seiner Notarstelle begeben musste.

Zu Recht hat die Kammer auch auf § 44 KostO als Argumentationshilfe zurückgegriffen, da es sich dabei um die grundlegende Regelung für die Zusammenbeurkundung mehrerer Erklärungen in einer Urkunde handelt und § 58 Abs. 1 Satz 2 KostO dem § 44 Abs. 2 a KostO entspricht. Der § 44 KostO betrifft nur die Zusammenbeurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden, Anmeldungen zu den Registern und entsprechende notarielle Entwürfe. Für Beschlüsse ist er dagegen nicht direkt anwendbar, weil es sich dabei nicht um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, sondern nur kraft Verweisung des § 27 Abs. 3 KostO. Diese Verweisung hat aber nur die Bedeutung, dass mehrere in einer Verhandlung beurkundete Beschlüsse nach § 44 KostO bewertet werden. Treffen sie aber mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen zusammen, ist eine getrennte Bewertung für Beschlüsse und rechtsgeschäftliche Erklärungen vorzunehmen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, a. a. O., § 44 Rdnr. 6).

Demnach ist auch eine Zusammenrechnung der Werte, wie sie in § 58 Abs. 1 Satz 2 KostO für den Fall vorgesehen ist, dass die in einer Verhandlung beurkundeten Erklärungen verschiedene Gegenstände betreffen, nur möglich, wenn es sich ausschließlich um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, denn nur insoweit kommt auch eine Zusammenrechnung nach § 44 KostO in Betracht. Wenn dagegen rechtsgeschäftliche Erklärungen wie vorliegend mit Beschlüssen zusammentreffen, so ist dies für die Zusatzgebühr des § 58 KostO so zu behandeln, als wären mehrere Urkunden errichtet worden, die Zusatzgebühr also mehrfach anzusetzen.

Für die hier zur Entscheidung stehende Frage der einfachen oder mehrfachen Entstehung der Zusatzgebühr nach § 58 KostO ist die Entscheidung des OLG Hamm vom 27.5.2004 (MittBayNot 2005, 79) nicht einschlägig, da der Notar seine Urkunde vom 2.4.2001 in den auswärtigen Geschäftsräumen der A GmbH beurkundet und nicht lediglich einen in seinen Amtsräumen gefertigten Entwurf auswärts beglaubigt hat.

Öffentliches Recht

25. BauGB § 22 Abs. 1 *(Genehmigung nach § 22 BauGB bei Umwandlung von Bruchteilseigentum)*

1. **Die Genehmigung der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum nach § 22 BauGB darf nur versagt werden, wenn hierdurch die Gefahr der Entstehung von Zweitwohnungen erhöht wird.**
2. **Kann ein im Bruchteilseigentum stehendes Wohnhausgrundstück aufgrund der Baugenehmigung und einer entsprechenden Benutzungsregelung gem. § 1010 BGB als Zweitwohnung genutzt werden, so erhöht die Bildung von (echtem) Wohnungs- und Teileigentum die Gefahr einer solchen Nutzung nicht. Die Genehmigung nach § 22 BauGB kann dann erteilt werden. (Leitsatz des Einsenders)**

VG Augsburg, Urteil vom 26.10.2005, Au 4 K 05.791; eingesandt von Notar Dr. *Lorenz Bülow*, Immenstadt

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Genehmigung zur Begründung von Wohnungseigentum. Im Jahr 2004 erwarb die Klägerin zwei Wohneinheiten als Bruchteilseigentümerin. Das Anwesen liegt im Geltungsbereich der gemeindlichen Satzung über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr und wird in der Anlage aufgelistet, nach welcher die Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum dem Genehmigungsvorbehalt unterliegt. Mit Schreiben vom 11.11.2004 beantragte die Klägerin eine Genehmigung zur Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum auf dem streitgegenständlichen Grundstück. Nachdem die Gemeinde das Einvernehmen versagt hatte, wurde der Antrag mit Bescheid vom 23.2.2005 vom Landratsamt abgelehnt.

Nach Auffassung des Landratsamts habe man das fehlende gemeindliche Einvernehmen nicht in rechtmäßiger Weise ersetzen können, da die Erteilung der beantragten Genehmigung eine Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion des Gebietes erwarten lasse. Als heilklimatischer Kurort und Kneippkurort weise die Gemeinde in ihrem Baubestand und nach der Nutzung desselben eine Mischung von Wohngebäuden (teilweise mit Fremdenvermietung), Gästeheimen, Ferienwohnanlagen und Hotels auf. In den in die Satzung aufgenommenen Teilbereichen überwiege deutlich die fremdenverkehrsmäßige Nutzung gegenüber der reinen Wohnnutzung. Diese anhand der EDV-Vermieterliste im Jahre 1994 erarbeitete Satzungsgrundlage hätte sich bis heute nicht verändert. Die Begründung von Wohnungseigentum im Fremdenverkehrsgebiet diene regelmäßig als „Einstieg“ in die Zweitwohnungsnutzung und der damit verbundenen Entfremdung für Fremdenverkehrszwecke. Eine Gefahr für die geordnete städtebauliche Entwicklung entstehe entweder, indem die vorhandenen oder zulässigen Beherbergungsmöglichkeiten dem wechselnden Personenkreis von Feriengästen entzogen würden, oder indem die Tendenz zu städtebaulich nachteiligen „Rollladensiedlungen“ mit den damit verbundenen finanziellen und städtebaulich nicht vertretbaren Belastungen einer nicht ausgenutzten, gleichwohl aber vorzuhaltenden Infrastruktur gefördert werde.

Aus den Gründen:

Die Verpflichtungs- und Untätigkeitsklage ist erfolgreich. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung, da ihrem Antrag keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 113 Abs. 5 VwGO).

Die von der Klägerin angestrebte Begründung von Wohnungseigentum ist nach § 22 Abs. 1 Satz 1 BauGB i. V. m. § 1 und § 2 der Satzung der Gemeinde über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr genehmigungspflichtig. Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 BauGB können Gemeinden, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, zur Sicherung der Fremdenverkehrsfunktion die Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum durch Satzung für genehmigungspflichtig er-

klären. Auf dieser Grundlage hat der Beigeladene eine Satzung über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr erlassen. Das streitgegenständliche Anwesen ist in der Satzung aufgelistet und unterliegt demnach bezüglich der Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum dem Genehmigungsvorbehalt. Anhaltspunkte, die für die Unwirksamkeit der Satzung sprechen, werden von der Klägerin nicht vorgetragen und sind im Übrigen auch nicht ersichtlich. Die Satzung basiert auf den EDV-Vermietungslisten der Kurverwaltung, nach welcher insbesondere der Teilbereich 107 durch Beherbergungsbetriebe oder Wohngebäude mit Fremdenbeherbergung gekennzeichnet ist. Die Gesamtgemeinde, die im Jahr 1994 über ca. 17 000 Gästebetten verfügte und 1994 rund 2 500 000 Übernachtungen erzielte (Erlass der Satzung: 1995), ist unstreitig überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt. Auch erstreckt sich der Geltungsbereich der Satzung nicht auf das gesamte Gemeindegebiet, sondern nur auf die ausdrücklich bezeichneten Bereiche.

Die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum ist auch genehmigungsfähig. Nach § 22 Abs. 4 Satz 1 BauGB kann die beantragte Genehmigung nur versagt werden, wenn durch die Begründung von Wohnungseigentum die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die städtebauliche Entwicklung und Ordnung beeinträchtigt wird. Dem Gesetzeswortlaut nach lässt sich allerdings nicht eindeutig entnehmen, welche Art von Beeinträchtigung gemeint ist. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich indes, dass die Beeinträchtigung nicht so sehr in der Begründung von Wohnungseigentum als solchem gesehen wird, die als bloße rechtliche Veränderung nach außen nicht in Erscheinung tritt. Der Schutzzweck des Gesetzes wird nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts vielmehr durch folgende Erwägungen bestimmt:

> *„Der Gesetzgeber hat an diesen Rechtsvorgang vielmehr deshalb angeknüpft, weil das Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgemeinden regelmäßig den ‚Einstieg' in die Zweitwohnnutzung und damit in die Zweckentfremdung für Fremdenverkehrszwecke bedeutet (vgl. insb. BT-Drucks. 10/4630, S. 55, 79; BT-Drucks. 10/6166, S. 143). Der gesetzlichen Regelung liegt somit die tatsächliche Vermutung zugrunde, dass der Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten ein städtebauliches Gefährdungspotenzial innewohnt, dem durch eine Erschwerung der Bildung von Wohnungseigentum begegnet werden soll. Die mit der Begründung von Zweitwohnungen verbundene Beeinträchtigung für den Fremdenverkehr liegt zum einen darin, dass diese Wohnungen der wechselnden Nutzung durch Fremde entzogen werden, zum anderen in der Tendenz zur Bildung von sog. ‚Rollladensiedlungen' oder ‚Geisterstädten' mit den damit verbundenen finanziellen- und städtebaulich nicht vertretbaren Belastungen einer nicht ausgenutzten, gleichwohl aber vorzuhaltenden Infrastruktur (vgl. Urteil vom 7.7.1994 – BVerwG 4 C 21,93 [= MittBayNot 1994, 460]). [...] Danach liegt eine Beeinträchtigung jedenfalls dann vor, wenn auf Grund der konkreten örtlichen Gegebenheiten und feststellbarer Entwicklungstendenzen durch die beantragte Teilung eine (weitere) Verschlechterung der Situation eintritt (vgl. Beschluss vom 21.4.1994, BVerwG 4 B 193.93 – Buchholz 406.11 § 22 BauGB Nr. 1). Dabei darf die jeweils beantragte Teilung nicht isoliert gesehen werden, da sie – für sich genommen – gerade bei kleineren Vorhaben oft noch nicht zu einer Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion führen wird. Es ist vielmehr regelmäßig eine Reihe solcher Einzelvorgänge, die sukzessiv zu den negativen städtebaulichen Folgen führt. Es reicht deshalb aus, wenn von dem beantragten Vorhaben eine negative Vorbildwirkung ausgeht, die gegebene Situation gleichsam ‚negativ in Bewegung gebracht' wird (vgl. BVerwGE 99, 237–241 [= MittBayNot 1996, 237]; BVerwGE 99, 242–248)."*

Unter Beachtung dieser Grundsätze durfte die Erteilung der beantragten Genehmigung vorliegend nicht versagt werden:

a) Zum einen trägt die Klägerin zutreffend vor, dass das als „Wohngebäude" genehmigte Anwesen zu keinem Zeitpunkt für den Fremdenverkehr genutzt wurde und aufgrund der vorliegenden Beschränkung der Nutzungsart im Baugenehmigungsbescheid auch in der Zukunft nicht für den Fremdenverkehr zur Verfügung gestellt werden kann. Die streitgegenständliche Wohnung wird daher schon begrifflich nicht der wechselnden Benutzung durch Fremde entzogen.

b) Dieser Umstand widerlegt jedoch nicht die dem Gesetz zugrunde liegende Vermutung, dass die Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten regelmäßig zu einer Zweitwohnnutzung führt und allein dadurch die Fremdenverkehrsfunktion der Gemeinde beeinträchtigt werden kann, weil der sich typischerweise nur auf wenige Wochen im Jahr erstreckenden Nutzung von Zweitwohnungen die Tendenz zur Bildung von „Rollladensiedlungen" innewohnt (vgl. BVerwGE 99, 242 ff.).

Diese „Gefahr" wird im konkreten Fall jedoch nicht erhöht. Gemäß der ursprünglichen Baugenehmigung und dem der Bruchteilseigentumsgemeinschaft zugrundeliegenden Nutzungskonzept ist die Klägerin und Vermieterin bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht daran gehindert, die Wohnung als „Zweitwohnung" zu vermieten oder selbst zu nutzen. Zu Recht wendet der Beigeladene ein, dass Wohneinheiten, die als Zweitwohnsitz genutzt werden sollen, typischerweise nicht angemietet, sondern als Eigentum erworben werden. Ungeachtet dessen kann auch Bruchteilseigentum jederzeit und ohne die Zustimmung der anderen Teileigentümer veräußert und übertragen werden (vgl. §§ 1008 ff., 747 Satz 1 BGB). Der Klägerin steht damit bereits derzeit die Möglichkeit offen, ihr Teileigentum an einen beliebigen Dritten zu veräußern, der selbiges sodann zur Begründung eines Zweitwohnsitzes nutzen kann.

Zwar ist der Erwerb von Bruchteilseigentum aufgrund der damit einhergehenden Beschränkungen weniger attraktiv als der Erwerb von Wohnungseigentum. Wie der Vertreter der Klägerin zutreffend ausführt, werden die jeweiligen Eigentumsanteile von den Banken in vielen Fällen nicht als Sicherheit anerkannt. Wird ein Miteigentumsberechtigter insolvent, kann zur Masseverwertung eine Teilungsversteigerung erfolgen, wogegen der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nicht greift. Dies kann durch die restlichen Bruchteilseigentümer nur durch den Ankauf der Eigentumsanteile des insolventen Gemeinschafters abgewendet werden.

Obwohl die aufgezeigten Risiken den Erwerb von Bruchteilseigentum (im Vergleich zu Wohnungseigentum) weniger attraktiv erscheinen lassen, existiert kein gesicherter Erfahrungssatz dahingehend, dass Zweitwohnsitznehmer im Allgemeinen vor dem Erwerb von Bruchteilseigentum zurückschrecken und ihre Suche von vornherein auf den Erwerb von Grund- oder Wohnungseigentum ausrichten. Da auf der anderen Seite weite Teile des – für die (Zweit-)Wohnnutzung geeigneten – Ortsbereichs der Gemeinde dem Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Begründung von Wohnungseigentum unterliegen, dürfte dem kaufinteressierten Zweitwohnsitznehmer vielfach keine andere Möglichkeit offen

stehen, als sich auf den Erwerb von Bruchteilseigentum zu beschränken. Da bereits der gegenwärtige (Rechts-)Zustand einer Zweitwohnnutzung des Wohnkomplexes nicht entgegensteht und die Stattgabe des klägerischen Antrags die bestehende „Gefahr“ nicht intensiviert, ist eine (weitere) Zweckentfremdung des Gebiets für den Fremdenverkehr nicht zu erwarten. Der Klage war daher stattzugeben.

Hinweis der Schriftleitung:

Zur Genehmigung nach § 22 BauGB siehe auch die Beiträge von *Schmidt*, MittBayNot 1996, 179, und *Grziwotz*, MittBayNot 1996, 181. Zur Reichweite des Genehmigungsvorbehaltes einer Fremdenverkehrssatzung bei Aufteilung nach § 1010 BGB siehe das Urteil des OLG Schleswig-Holstein, MittBayNot 2000, 578.

Steuerrecht

26. GG Art. 3 Abs. 1; ErbStG §§ 12 Abs. 5 Satz 1, 13 Abs. 2 a *(Keine Privilegierung von einbringungsgeborenen Anteilen)*

1. **Für einbringungsgeborene Anteile, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören, ist der Freibetrag nach § 13 Abs. 2 a ErbStG in der für die Jahre 1994 und 1995 geltenden Fassung nicht zu gewähren.**
2. **Für Steuerentstehungszeitpunkte, die innerhalb des zeitlichen Rahmens der vom BVerfG im Beschluss vom 22. Juni 1995 (2 BvR 552/91, DNotZ 1995, 758) angeordneten übergangsweisen Weitergeltung des früheren Erbschaftsteuerrechts liegen, sind Bewertungsunterschiede zwischen den einzelnen Vermögensarten verfassungsrechtlich hinzunehmen.**

BFH, Urteil vom 13.1.2005, II R 37/03

Aus den Gründen:

I.

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Alleinerbe nach der im Jahr 1994 verstorbenen Erblasserin (E). Zum Nachlass gehörten sämtliche Anteile an einer GmbH. E hatte diese Anteile aufgrund der Einbringung einer KG-Beteiligung nach § 20 UmwStG im Jahr 1984 erhalten. Bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer berücksichtigte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt FA) den festgestellten gemeinen Wert der Anteile, ohne einen Freibetrag nach § 13 Abs. 2 a des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der für die Jahre 1994 und 1995 geltenden Fassung (ErbStG a. F.) abzuziehen. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Die Entscheidung des FG verletzt weder einfaches Recht (dazu unten 1.) noch Verfassungsrecht (dazu unten 2.).

1. Der in § 13 Abs. 2 a ErbStG a. F. verwendete Begriff „Betriebsvermögen“ schließt einbringungsgeborene Anteile, die ertragsteuerrechtlich zum Privatvermögen gehören, nicht ein.

a) Der Umfang des erbschaftsteuerrechtlich begünstigten Betriebsvermögens wird durch § 12 Abs. 5 ErbStG bestimmt (§ 13 Abs. 2 a ErbStG a. F.). Danach sind für den Bestand des Betriebsvermögens die Verhältnisse zur Zeit der Entstehung der Steuer maßgebend; die Vorschriften u. a. der §§ 95 bis 99 BewG sind entsprechend anzuwenden (§ 12 Abs. 5 Satz 1, 2 ErbStG). Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BewG umfasst das Betriebsvermögen alle Teile eines Gewerbebetriebs i. S. des § 15 Abs. 1, 2 EStG, die bei der steuerlichen Gewinnermittlung zum Betriebsvermögen gehören. Die im Streitfall übergegangenen GmbH-Anteile waren im Zeitpunkt des Entstehens der Steuer – dies ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Todestag der E – jedoch nicht Teil eines Gewerbebetriebs im einkommensteuerrechtlichen Sinne. Aus der Steuerverstrickung nach § 21 UmwStG folgt keine Zuordnung zum Betriebsvermögen in diesem Sinne. Denn § 21 UmwStG regelt nicht die Zuordnung der einbringungsgeborenen Anteile zum Privat- oder Betriebsvermögen (*Blümich/Klingberg*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, Stand März 2002, § 21 UmwStG Rdnr. 2). Nach dem erbschaftsteuerrechtlichen Stichtagsprinzip kommt es auch nicht darauf an, dass E zu früheren Zeitpunkten Inhaberin eines auch erbschaftsteuerrechtlich zum Betriebsvermögen gehörenden Mitunternehmeranteils war.

b) Aus der gesetzlichen Systematik folgt nichts anderes.

Das Erbschaftsteuerrecht enthält jeweils gesonderte Regelungen für Anteile an Kapitalgesellschaften einerseits und Betriebsvermögen andererseits (vgl. für die im Streitfall maßgebende Rechtslage § 12 Abs. 1 a ErbStG a. F. einerseits, § 12 Abs. 5 Satz 1, 2 ErbStG andererseits; nach heutigem Erbschaftsteuerrecht zusätzlich § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG einerseits, § 13 a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG andererseits). Bezogen auf Anteile an Kapitalgesellschaften differenziert die Bewertungsvorschrift des § 12 ErbStG im Ergebnis jedoch nicht danach, ob diese zum Betriebs- oder Privatvermögen gehören (vgl. § 12 Abs. 1 a ErbStG a. F. einerseits und § 12 Abs. 5 Satz 3 ErbStG a. F. mit dem dort enthaltenen Verweis auf Abs. 1 a andererseits). Auch nimmt das Erbschaftsteuerrecht innerhalb der zum Privatvermögen gehörenden Anteile keine Unterscheidung danach vor, ob die Anteile einkommensteuerrechtlich etwa nach § 17 EStG, § 23 EStG oder § 21 UmwStG steuerverhaftet sind.

Demgegenüber differenziert das Ertragsteuerrecht durchaus zwischen Anteilen in einem Betriebsvermögen einerseits und zum Privatvermögen gehörenden einbringungsgeborenen Anteilen andererseits. Laufende Einkünfte aus solchen Anteilen gehören im letztgenannten Fall nicht zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb, sondern zu denen aus Kapitalvermögen (Urteil des BFH vom 28.4.1988, IV R 52/87, BStBl II 1988, 829), mit der Folge u. a. der Gewährung des Freibetrags nach § 20 Abs. 4 EStG. Vor allem aber unterliegen die Erträge im letztgenannten Fall anders als bei der Zugehörigkeit zu einem Betriebsvermögen nicht der Gewerbesteuer. Entgegen der Auffassung des Klägers können die Begriffe „Betriebsvermögen“ und „Steuerverstrickung“ daher nicht als weitgehend inhaltsgleich angesehen werden.

Auch aus § 13 Abs. 2 a Satz 4 ErbStG a. F. folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass der Gesetzgeber einbringungsgeborene Anteile zum Betriebsvermögen zählt. Diese Regelung betrifft nur den Spezialfall der Veräußerung solcher einbringungsgeborenen Anteile, die zeitlich erst nach dem erbschaftsteuerbegünstigten Erwerbsvorgang „aus dem begünstigten Betriebsvermögen erworben“ wurden. Der Gesetzgeber sieht entsprechend der Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG lediglich davon ab, bereits den nachträglichen Einbringungsvorgang als solchen als schädlich für das Behaltendürfen der Privilegierung einzustufen.

c) Die Nichteinbeziehung einbringungsgeborener Anteile in die für Betriebsvermögen geltenden Begünstigungen entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. *Meincke*, Erbschaftsteuergesetz, 14. Aufl. 2004,

§ 13 a Rdnr. 20; *Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 a Rdnr. 139, 234; *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 13 a ErbStG Rdnr. 62; *Moench/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Stand Juni 2004, § 13 a ErbStG Rdnr. 19, 41; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsteuerrecht, Stand August 1997, § 21 UmwStG Rdnr. 605; a. A. *Kapp/Ebeling*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand April 2002, § 13 Rdnr. 187).

2. Die vom Kläger begehrte Privilegierung einbringungsgeborener Anteile war im Streitjahr auch verfassungsrechtlich nicht geboten.

Der Kläger kann sich für seine gegenteilige Auffassung nicht auf den sog. Erbschaftsteuer-Beschluss des BVerfG (vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, DNotZ 1995, 758) berufen, weil die Steuer vorliegend im Jahr 1994 entstanden ist und das BVerfG die Weitergeltung des bisherigen Erbschaftsteuerrechts jedenfalls bis zum 31.12.1995 angeordnet hat (BVerfG, a. a. O., unter C. II.3.). Damit hat das BVerfG die nach damaliger Rechtslage bestehenden Bewertungsunterschiede zwischen den einzelnen Vermögensarten um die es auch im Streitfall geht für die Vergangenheit hingenommen (ablehnend zur Anwendung der im Erbschaftsteuer-Beschluss enthaltenen Erkenntnisse auf die Vergangenheit auch BVerfG-Beschluss vom 28.10.1997, 1 BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1 unter B. I.2. b).

Gleiches gilt für die vom Kläger begehrte Begrenzung der von ihm zu tragenden Gesamtsteuerlast in Anwendung eines Halbteilungsgrundsatzes. Denn auch die bis zum Ende des Jahres 1996 erstreckte Weitergeltungsanordnung in der Vermögensteuer-Entscheidung (BVerfG-Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, unter C. III.3.) ist nicht nur ungeachtet des festgestellten Verstoßes gegen den Gleichheitssatz infolge der unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe ergangen, sondern auch ungeachtet dessen, dass diese Regelungen den aufgestellten Belastungsobergrenzen (noch) keine Rechnung tragen (vgl. BFH, Beschluss vom 23.10.2003, II B 131/00, BFH/NV 2004, 237 m. w. N.).

Schließlich verstößt die fehlende Einbeziehung einbringungsgeborener Anteile in die für den Übergang von Betriebsvermögen geltenden Begünstigungen weder gegen einen in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung noch gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Grundsatz der Systemkonsequenz.

Weder der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, der vom BVerfG bislang nur für die föderale Kompetenzordnung zur Anwendung gebracht worden ist (vgl. BVerfGE 98, 106 unter C. I.2. c) noch der der Systemkonsequenz können zu einer Pflicht des Gesetzgebers führen, die Rechtsfolgen einer als Ausnahmevorschrift anzusehenden Norm auch auf einen anderen Sachbereich zu erstrecken und damit zugleich die diesem Sachbereich innewohnenden systematischen Grundsätze zu durchbrechen und neue Normwidersprüche zu erzeugen.

---

27. GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1, 13 Nr. 1, 19 Abs. 1; UStG §§ 4 Nr. 9 Buchst. a, 15 Abs. 2 Nr. 1 *(Grunderwerbsteuer: Enger sachlicher Zusammenhang und einheitlicher Leistungsgegenstand)*

Treten auf der Veräußererseite mehrere untereinander nicht verbundene Personen auf, dann liegt ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen nur vor, wenn die auf der Veräußererseite auftretenden Personen aufgrund einer vertraglichen Abrede bei der Veräußerung zusammenarbeiten oder durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss aller Verträge hinwirken. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Beschluss vom 17.1.2005, II B 15/04

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet. Die vom Beklagten und Beschwerdeführer (Finanzamt FA) geltend gemachte Abweichung des angefochtenen Urteils von der Rechtsprechung des BFH zum sog. einheitlichen Leistungsgegenstand „bebautes Grundstück“ liegt nicht vor.

In den Fällen, in denen auf der Veräußererseite mehrere untereinander nicht verbundene Personen auftreten, liegt ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen nur dann vor, wenn die auf der Veräußererseite auftretenden Personen aufgrund einer vertraglichen Abrede bei der Veräußerung zusammenarbeiten oder durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss aller Verträge hinwirken (Senatsurteile vom 13.8.2003, II R 52/01, BFH/NV 2004, 663, 665 unter II. 1.; vom 27.10.1999, II R 17/99, BStBl II 2000, 34).

Rechtlich zutreffend und in Übereinstimmung mit der o. g. BFH-Rechtsprechung hat das FG im Streitfall das Vorliegen dieser weiteren Voraussetzung verneint. Entgegen der Auffassung des FA reichen die vom FG getroffenen Feststellungen für die Annahme eines abgestimmten Verhaltens der auf der Veräußererseite auftretenden Personen nicht aus. Hierzu ist nämlich ein zielgerichtetes Zusammenwirken dieser Personen erforderlich, welches darauf gerichtet ist, dass der Erwerber das Grundstück in fertig bebautem Zustand erhält (vgl. BFH, Urteil vom 28.5.1998, II R 66/96, BFH/NV 1999, 75). Allein der Umstand, dass der Vertreter der Grundstücksverkäuferin mit dem Ehemann der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Klägerin), der den Abschluss des Bauvertrages vermittelte, Tennis spielte und sich deshalb beide kannten, ergibt noch kein abgestimmtes Verhalten der Grundstücksverkäuferin mit dem Bauunternehmen. Dass sich die Klägerin bei Abschluss des Gebäudeerrichtungsvertrages, der ein Jahr vor dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wurde, sicher sein konnte, auch das im Bauvertrag genannte Grundstück später erwerben zu können, muss nicht zwingend auf Absprachen zwischen Bauunternehmen und Grundstücksverkäuferin, sondern kann auch auf der persönlichen Bekanntschaft mit dem Vertreter der Grundstücksverkäuferin beruhen.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Zweifelsfragen zu § 6 Abs. 3 EStG i. d. F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz vom 20.12.2001 (UntStFG, BGBl I 3858) im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Übertragung von Mitunternehmeranteilen mit Sonderbetriebsvermögen sowie Anteilen von Mitunternehmeranteilen mit Sonderbetriebsvermögen

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 3.3.2005, IV B 2 – S 2241 – 14/05

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zu Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils und eines Teils eines Mitunternehmeranteils bei vorhandenem Sonderbetriebsvermögen sowie der unentgeltlichen Aufnahme in ein Einzelunternehmen wie folgt Stellung:

A. Persönlicher Anwendungsbereich

1 Übertragender und Aufnehmender können natürliche Personen, Mitunternehmerschaften und Kapitalgesellschaften sein. In den Fällen der Übertragung von Teilen eines Mitunternehmeranteils sowie der unentgeltlichen Aufnahme in ein Einzelunternehmen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 2. HS und Satz 2 EStG ist die Übertragung nur auf natürliche Personen zulässig.

2 Bei unentgeltlichen Übertragungen von einer oder auf eine Kapitalgesellschaft gehen jedoch die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung i. S. d. § 8 Abs. 3 KStG oder der verdeckten Einlage vor (BFH-Urteil vom 18.12.1990, BStBl 1991 II, 512). Handelt es sich bei der unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils oder eines Teils eines Mitunternehmeranteils um eine verdeckte Einlage (z. B. bei der Übertragung auf eine GmbH, an der der Übertragende beteiligt ist), greifen die Regelungen über die Betriebsaufgabe ein (BFH-Urteil vom 24.8.2000, BStBl 2005, 173 = MittBayNot 2001, 104). In Fällen der verdeckten Einlage eines Teils eines Mitunternehmeranteils ist § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG zu beachten.

Beispiel 1:

A überträgt seinen Mitunternehmeranteil unentgeltlich auf eine steuerbefreite Körperschaft (z. B. Stiftung), zu der keine gesellschaftsrechtlichen Verbindungen bestehen.

Der übertragende A realisiert keinen Gewinn, da die Wirtschaftsgüter mit den Buchwerten anzusetzen sind (§ 6 Abs. 3 Satz 1 EStG). Bei der übernehmenden Körperschaft kommt es unter Anwendung des § 8 Abs. 1 KStG, § 6 Abs. 3 Satz 3 EStG zu einer Buchwertfortführung.

Beispiel 2:

A überträgt seinen Mitunternehmeranteil im Rahmen einer verdeckten Einlage unentgeltlich auf die A-GmbH, deren Gesellschafter er ist.

Der Übertragungsvorgang führt zur Aufdeckung der stillen Reserven (ggf. nach § § 16, 34 EStG begünstigt). Die Anschaffungskosten der GmbH-Beteiligung erhöhen sich bei A um den Wert des Mitunternehmeranteils.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

3 Der Mitunternehmeranteil eines Gesellschafters umfasst sowohl den Anteil am Gesamthandsvermögen als auch das dem einzelnen Mitunternehmer zuzurechnende Sonderbetriebsvermögen (BFH-Urteil vom 12.4.2000, BStBl 2001 II, 26). Im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG kommt nur die funktionale Betrachtung zur Anwendung. Funktional wesentlich können nur solche Wirtschaftsgüter sein, die für die Funktion des Betriebes von Bedeutung sind; auf das Vorhandensein erheblicher stiller Reserven kommt es nicht an.

I. Übertragung des gesamten Mitunternehmeranteils (§ 6 Abs. 3 Satz 1 1. HS EStG)

1. Übertragung von funktional wesentlichem Sonderbetriebsvermögen

4 Wird der gesamte Anteil des Mitunternehmers an der Gesellschaft übertragen, setzt § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG voraus, dass neben dem Anteil am Gesamthandsvermögen auch sämtliche Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens, die für die Funktion des Betriebes von Bedeutung sind (im Folgenden funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen genannt), übertragen werden.

5 Wird anlässlich der Übertragung des Anteils am Gesamthandsvermögen funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen zurückbehalten und in das Privatvermögen des Übertragenden überführt, ist eine Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG nicht zulässig. Es liegt insgesamt eine tarifbegünstigte Aufgabe des gesamten Mitunternehmeranteils vor (BFH-Beschluss vom 31.8.1995, BStBl II, 890). Die stillen Reserven im Gesamthandsvermögen und im Sonderbetriebsvermögen sind aufzudecken. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG in der Fassung des Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetzes (UntStFG) vom 20.12.2001 (BStBl 2002 I, 35) ist nicht anwendbar, da der Übertragende mit der Übertragung des (gesamten) Anteils am Gesamthandsvermögens nicht mehr Mitunternehmer ist.

6 Wird anlässlich der Übertragung des Anteils am Gesamthandsvermögen funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG zum Buchwert übertragen oder nach § 6 Abs. 5 Sätze 1 und 2 EStG in ein anderes Betriebsvermögen/Sonderbetriebsvermögen des Steuerpflichtigen überführt, findet § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG auf die Übertragung des Anteils am Gesamthandsvermögen keine Anwendung. Der sich aus der Übertragung des Anteils am Gesamthandsvermögen ergebende Gewinn ist nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigt (BFH-Urteile vom 19.3.1991, BStBl II, 635 und vom 2.10.1997, BStBl 1998 II, 104).

7 Wird im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Übertragung des Mitunternehmeranteils (sog. Gesamtplanrechtsprechung, BFH-Urteil vom 6.9.2000, BStBl 2001 II, 229) funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen entnommen oder (z. B. nach § 6 Abs. 5 EStG) zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen überführt oder übertragen, kann der Anteil am Gesamthands-

vermögen nicht nach § 6 Abs. 3 EStG zum Buchwert übertragen werden. Die in dem Mitunternehmeranteil enthaltenen stillen Reserven sind in den Fällen, in denen das Sonderbetriebsvermögen zum Buchwert überführt oder übertragen wird, als laufender Gewinn zu versteuern, soweit ein Buchwertansatz nicht in Betracht kommt.

Beispiel:

Vater V war Kommanditist bei der X-KG, an die er ein Grundstück (wesentliche Betriebsgrundlage) vermietet hatte. V übertrug im Juli 2003 seinen Kommanditanteil unentgeltlich auf seinen Sohn S. Bereits im März 2003 hatte V das Grundstück nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG zum Buchwert auf die von ihm neu gegründete gewerblich geprägte Y-GmbH & Co KG übertragen.

Die Buchwertübertragung des Grundstücks ist nach der sog. Gesamtplanrechtsprechung im Zusammenhang mit der Übertragung des Kommanditanteils nach § 6 Abs. 3 EStG zu beurteilen. Die Voraussetzungen für eine Buchwertübertragung nach § 6 Abs. 3 EStG liegen danach nicht vor, weil das Grundstück (wesentliche Betriebsgrundlage im Sonderbetriebsvermögen) nicht an den Sohn übertragen wurde. Ein Anwendungsfall von § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG (unschädliches Zurückbehalten einer wesentlichen Betriebsgrundlage) liegt nicht vor, weil das Grundstück nicht mehr Sonderbetriebsvermögen der X-KG ist, sondern zum Betriebsvermögen der Y-GmbH & Co KG gehört. V muss deshalb die stillen Reserven in seinem Kommanditanteil im Jahr 2003 als laufenden Gewinn versteuern. Der (zwingende) Buchwertansatz für das auf die GmbH & Co KG übertragene Grundstück wird hiervon nicht berührt.

2. Übertragung von funktional nicht wesentlichem Sonderbetriebsvermögen

8 Wird anlässlich der Übertragung des Anteils am Gesamthandsvermögen funktional nicht wesentliches Sonderbetriebsvermögen entnommen oder nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen überführt oder übertragen, steht dies der Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG im Hinblick auf die Übertragung des Mitunternehmeranteils nicht entgegen. Wird dieses Sonderbetriebsvermögen entnommen, entsteht insoweit ein laufender Gewinn (BFH-Urteil vom 29.10.1987, BStBl 1988 II, 374).

II. Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils

1. Übertragung bei funktional wesentlichem Sonderbetriebsvermögen

a) quotale Übertragung eines Teils des Anteils am Gesamthandsvermögen und eines Teils des Sonderbetriebsvermögens (§ 6 Abs. 3 Satz 1 2. HS EStG)

9 § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG ist im Falle der unentgeltlichen Übertragung eines Teils eines Anteils am Gesamthandsvermögen bei gleichzeitigem Vorhandensein von funktional wesentlichem Sonderbetriebsvermögen nur anwendbar, soweit das funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen in demselben Verhältnis übergeht, in dem der übertragene Teil des Anteils am Gesamthandsvermögen zum gesamten Anteil am Gesamthandsvermögen steht (vgl. BFH-Urteil vom 24.8.2000, BStBl 2005 II, 173 = MittBayNot 2001, 104). Umfasst das Sonderbetriebsvermögen mehrere Wirtschaftsgüter, z. B. Grundstücke, müssen alle funktional wesentlichen Wirtschaftsgüter anteilig übertragen werden.

b) disquotale Übertragung von Gesamthandsvermögen und Sonderbetriebsvermögen

aa) Übertragung eines Teils des Anteils am Gesamthandsvermögen unter gleichzeitiger Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen (unterquotale Übertragung – § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG)

10 Wird anlässlich der Teilanteilsübertragung von Gesamthandsvermögen funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen nicht oder in geringerem Umfang (unterquotal) übertragen, als es dem übertragenen Teil des Anteils am Gesamthandsvermögen entspricht, liegt insgesamt eine Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG vor.

11 Voraussetzung für die Buchwertübertragung ist, dass der Übernehmer den übernommenen Mitunternehmeranteil über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren nicht veräußert oder aufgibt. Der Veräußerung des Mitunternehmeranteils steht die Veräußerung nur des Anteils am Gesamthandsvermögen oder eines Teils davon und/oder des mit dem Mitunternehmeranteil übernommenen funktional wesentlichen Sonderbetriebsvermögens oder eines Teils davon innerhalb der 5-Jahres-Frist gleich. Bezogen auf den ursprünglichen Übertragungsvorgang liegen die Voraussetzungen für die Buchwertübertragung nicht mehr vor. Für die gesamte Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG sind rückwirkend auf den ursprünglichen Übertragungsstichtag die Teilwerte anzusetzen (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Der dabei beim Übertragenden entstehende Gewinn ist laufender Gewinn (§ 16 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 16 Abs. 3 EStG). Für die Berechnung der Behaltefrist ist grundsätzlich auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums hinsichtlich des übernommenen Mitunternehmeranteils (= Übergang von Nutzen und Lasten) abzustellen.

12 War der Übernehmer bereits vor der unentgeltlichen Teilanteilsübertragung Mitunternehmer dieser Mitunternehmerschaft, ist von einer Veräußerung oder Entnahme des übernommenen Anteils erst auszugehen, wenn der Anteil der Beteiligung nach der Veräußerung oder Entnahme des (Teil-)Mitunternehmeranteils unter dem Anteil der übernommenen Beteiligung liegt oder das mit dem Mitunternehmeranteil übernommene funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen innerhalb der 5-Jahres-Frist veräußert oder entnommen wird.

Beispiel:

V und S sind jeweils zu 50 % an einer OHG beteiligt. V überträgt unentgeltlich einen Teil seines Gesellschaftsanteils auf S, behält sein Sonderbetriebsvermögen aber zurück, so dass V jetzt zu 25 % und S zu 75 % an der OHG beteiligt sind. S reduziert innerhalb der 5-Jahres-Frist seine Beteiligung auf 20 % und veräußert entsprechend einen Teil seines Mitunternehmeranteils.

Es liegt eine Übertragung von V auf S nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG vor, bei der die Behaltefristen zu beachten sind. Da der Anteil des S nach der Veräußerung (20 %) unter dem Anteil der übernommenen Beteiligung (25 %) liegt, hat er auch einen Teil des übernommenen Mitunternehmeranteils veräußert. Für die ursprüngliche Übertragung von V auf S ist damit insgesamt § 6 Abs. 3 EStG nicht anwendbar (Tz. 11). Für die gesamte Übertragung

nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG sind rückwirkend auf den ursprünglichen Übertragungsstichtag die Teilwerte anzusetzen (§ 175 Abs. 1 Satz 1Nr. 2 AO). Der dabei beim V entstehende Gewinn ist laufender Gewinn (§ 16 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 16 Abs. 3 EStG).

13 Eine Veräußerung ist grundsätzlich auch eine Einbringung nach den §§ 20, 24 UmwStG, unabhängig davon, ob die Buchwerte, Teilwerte oder Zwischenwerte angesetzt werden. Als Veräußerung gilt auch ein Formwechsel nach § 25 UmwStG. Überträgt der Rechtsnachfolger einzelne Wirtschaftsgüter des übernommenen Sonderbetriebsvermögens gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten nach § 6 Abs. 5 EStG auf einen Dritten, liegt auch eine Veräußerung vor. Wird der nach § 6 Abs. 3 Satz 2 übertragene Mitunternehmer(teil)anteil vom Übernehmer zu einem späteren Zeitpunkt **zu Buchwerten** nach § 20 UmwStG in eine Kapitalgesellschaft oder **zu Buchwerten** nach § 24 UmwStG in eine Personengesellschaft eingebracht, liegt – abweichend vom oben genannten Grundsatz – keine schädliche Veräußerung im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG vor, wenn der Einbringende die hierfür erhaltene Beteiligung an der Kapitalgesellschaft oder den erhaltenen Mitunternehmeranteil über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren – beginnend mit der ursprünglichen Übertragung des Mitunternehmeranteils nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG – nicht veräußert oder aufgibt und die Kapitalgesellschaft oder die Personengesellschaft den eingebrachten Mitunternehmeranteil oder die eingebrachten Wirtschaftsgüter innerhalb der genannten Frist nicht veräußert.

14 Eine unentgeltliche Weiterübertragung ist unschädlich; dabei geht die Behaltefrist jedoch auf den Rechtsnachfolger über. Dem Rechtsnachfolger ist die Behaltedauer des Übertragenden anzurechnen.

15 Voraussetzung für die Buchwertübertragung ist außerdem, dass das zurückbehaltene Betriebsvermögen weiterhin zum Betriebsvermögen derselben Mitunternehmerschaft gehört.

Wird das zurückbehaltene Sonderbetriebsvermögen aufgrund eines Gesamtplanes im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen oder der unentgeltlichen Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils entnommen oder veräußert, ist eine Buchwertübertragung nicht möglich.

bb) Übertragung eines Teils des Anteils am Gesamthandsvermögen unter gleichzeitiger überquotaler Übertragung von Sonderbetriebsvermögen

16 Wird anlässlich der Teilanteilsübertragung von Gesamthandsvermögen Sonderbetriebsvermögen in größerem Umfang (überquotal) übertragen, als es dem übertragenen Teil des Anteils am Gesamthandsvermögen entspricht, ist der Vorgang in eine Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG für den quotalen Teil des Sonderbetriebsvermögens und eine Übertragung nach § 6 Abs. 5 EStG für den überquotalen Teil des Sonderbetriebsvermögens aufzuteilen.

17 Werden im Zusammenhang mit dem überquotal übertragenen Sonderbetriebsvermögen Verbindlichkeiten übernommen, liegt insoweit eine entgeltliche Übertragung vor, auf die § 6 Abs. 5 EStG keine Anwendung findet (BMF-Schreiben vom 7.6.2001, BStBl I, 367).

18 Die o.g. Grundsätze gelten auch, wenn die Mitunternehmerstellung des Empfängers mit der Teilanteilsübertragung erstmals begründet wird (BFH-Urteil vom 6.12.2000, BStBl 2003 II, 194).

2. Übertragung bei funktional nicht wesentlichem Sonderbetriebsvermögen

19 Wird ein Teil eines Mitunternehmeranteils unentgeltlich übertragen, jedoch für die Mitunternehmerschaft funktional nicht wesentliches Sonderbetriebsvermögen zurückbehalten, ist § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG uneingeschränkt anwendbar. Dies gilt auch, wenn funktional nicht wesentliches Sonderbetriebsvermögen in größerem Umfang übertragen wird, als es dem übertragenen Teil des Gesellschaftsanteils entspricht. Der übernehmende Gesellschafter hat die Buchwerte fortzuführen. Bei der Überführung des zurückbehaltenen Sonderbetriebsvermögens in das Privatvermögen entsteht laufender Gewinn (s. Tz. 8).

III. Isolierte Übertragung von Sonderbetriebsvermögen

20 Wird das Sonderbetriebsvermögen isoliert (d. h. ohne Änderung der Beteiligungsverhältnisse bei der Mitunternehmerschaft) unentgeltlich übertragen, liegt keine Übertragung eines Mitunternehmeranteils vor (BFH-Urteil vom 11.12.1990, BStBl 1991 II, 510). Liegen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG in der jeweiligen Fassung (StSenkG vom 23.12.2000 (BStBl I, 1428) oder UntStFG vom 20.12.2001 (BStBl 2002 I, 35)) vor, erfolgt die Übertragung zum Buchwert. Andernfalls handelt es sich um eine Entnahme. §§ 16, 34 EStG sind nicht anwendbar.

C. Unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz EStG)

21 Bei der unentgeltlichen Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen unter Zurückbehaltung von Betriebsvermögen ist § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG anzuwenden, wenn das zurückbehaltene Betriebsvermögen Sonderbetriebsvermögen bei der entstandenen Mitunternehmerschaft wird. Zu Behaltefristen Tz. 11 ff.

D. Fälle der mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung

22 Entsteht infolge einer unentgeltlichen Übertragung nach § 6 Abs. 3 EStG eine mitunternehmerische Betriebsaufspaltung (vgl. hierzu auch BMF-Schreiben vom 28.4.1998, BStBl I, 583), ist davon auszugehen, dass einer unter § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG fallenden Übertragung unmittelbar eine Zurechnung der Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens bei der neu entstehenden Besitzpersonengesellschaft nachfolgt. Eine Überführung in das Sonderbetriebsvermögen bei der Besitzpersonengesellschaft erfolgt nach § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG zum Buchwert. Eine Übertragung in das Gesamthandsvermögen oder Sonderbetriebsvermögen der Besitzpersonengesellschaft erfolgt nach § 6 Abs. 5 Satz 3 ff. EStG; vor dem 1.1.2001 mit Gewinnrealisierung, nach dem 31.12.2000

unter den weiteren Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 Satz 3 ff. EStG zum Buchwert. Entsteht die mitunternehmerische Betriebsaufspaltung infolge einer Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG, so führt eine unterquotale Übertragung des Sonderbetriebesvermögens in die Besitzpersonengesellschaft zu keiner schädlichen Veräußerung oder Aufgabe i. S. des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG; für die einer Übertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG nachfolgenden Übertragungen sind insbesondere die Tzn. 11 und 13 zu beachten.

Beispiel (für eine quotale Übertragung des Sonderbetriebsvermögens):

A ist zu 60 % an der AB OHG beteiligt, der er auch ein im Sonderbetriebsvermögen befindliches Grundstück zur Nutzung überlässt. In 2002 überträgt A die Hälfte seines Mitunternehmeranteils (1/2 des Gesamthandsanteils und 1/2 des Sonderbetriebsvermögens) unentgeltlich auf C. Die AC-GbR überlässt das Grundstück der ABC-OHG entgeltlich zur Nutzung.

Zunächst liegt eine unentgeltliche Teil-Mitunternehmeranteilsübertragung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG vor, die zwingend eine Buchwertfortführung vorschreibt. Im zweiten Schritt ändert sich aufgrund der steuerlichen Beurteilung des neu entstandenen Gebildes als mitunternehmerische Betriebsaufspaltung die bisherige Zuordnung des Grundstücks als Sonderbetriebsvermögen bei der OHG. Das Grundstück ist Gesamthandsvermögen bei der AC-GbR. Die damit verbundene Übertragung des Sonderbetriebsvermögens in das Gesamthandsvermögen erfolgt nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG zum Buchwert.

E. Zeitliche Anwendung

23 Dieses Schreiben ist auf alle Übertragungen nach dem 31.12.2000 anzuwenden. In Erbfällen mit sog. qualifizierter Nachfolgeklausel sind die Tzn. 83 bis 85 in der Fassung des BMF-Schreibens vom 11.1.1993 (BStBl I, 62) zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung weiter anzuwenden.

24 Auf gemeinsamen Antrag vom Übertragenden und Übernehmenden ist dieses Schreiben in allen noch offenen Fällen auch für Übertragungen vor dem 1.1.2001 anzuwenden.

Für unterquotale Übertragungen (vgl. Tz. 10) sind dabei die Behaltefristen des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG zu beachten; dies gilt nicht, wenn der übernommene Mitunternehmeranteil vom Übernehmenden vor dem 1.1.2002 veräußert oder entnommen wurde.

Für überquotale Übertragungen (vgl. Tz. 16) vor dem 1.1.2001 kann in den offenen Fällen auf gemeinsamen Antrag vom Übertragenden und Übernehmenden aus Vertrauensschutzgründen der gesamte Übertragungsvorgang als unter § 6 Abs. 3 EStG in der damals geltenden Fassung fallend angesehen werden.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Wälzholz*, MittBayNot 2006, 113 in diesem Heft).

---

2. Grunderwerbsteuer; Aufhebung von Sondereigentum

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 19.9.2005, 36 – S 4514 – 031 –38787/05

Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (§ 1 Abs. 2 des Gesetzes über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht). Das Sondereigentum an einer Wohnung ist also ein Bestandteil des Wohnungseigentums und entsteht kraft Bestellung an den Räumen eines Gebäudes.

Es ist die Frage gestellt worden, ob Grunderwerbsteuer bei Aufhebung des Sondereigentums anfällt. Im konkreten Fall ging es um ein mit mehreren Reihenhäusern bebautes Grundstück, an denen Sondereigentum besteht. Die Eigentümer wollten durch übereinstimmenden Beschluss das Sondereigentum aufheben und im Anschluss daran das gemeinschaftliche Grundstück real teilen in der Weise, die der bisherigen Aufteilung in Wohnungseigentum entspricht.

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder bitte ich, hierzu folgende Auffassung zu vertreten:

Mit der Aufhebung erwirbt jeder Beteiligte Miteigentum an den Reihenhäusern der übrigen Beteiligten. Dem Wortlaut nach greift für diesen Vorgang keine Befreiungsvorschrift. Dem Rechtsgedanken des § 5 Abs. 2 GrEStG und des § 7 Abs. 1 GrEStG folgend, bei ähnlichen Konstellationen nur echte Wertverschiebungen grunderwerbsteuerlich zu erfassen, ist jedoch im vorliegenden Fall mangels einer Wertverschiebung Grunderwerbsteuer nicht zu erheben.

Ich bitte, die Finanzämter entsprechend zu unterrichten.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Gottwald/Schiffner*, MittBayNot 2006, 125 (in diesem Heft).

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Notar Dr. Christoph Ziegler, Weißenhorn, Bestellung zum Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.2006:

Notar Kurt Lechner, Waldfischbach-Burgalben

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Notar Dieter Greiner, Zweibrücken

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Notar Dr. Otto Bord, Neu-Ulm

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Notar Dr. Michael Perret, Marktoberdorf

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

Notar Jürgen Kirchner, Würzburg

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

Notar Wilhelm Hofmiller, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Oberviechtach	dem Notarassessor Philipp Hruschka (bisher in Starnberg Notarstelle Dr. Wufka)

Mit Wirkung vom 1.3.2006:

München (in Sozietät mit Notar Christoph Predel)	dem Notar a. D. Dr. Stefan Görk (bisher Geschäftsführer der Bundesnotarkammer, Berlin)
Nürnberg (ehemalige Notarstelle Dr. Armbruster)	der Notarassessorin Dr. Claudia Balzer (bisher in Nürnberg Notarstellen Dr. Rottenfußer/ Dr. Brückner)
Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Hermann Ehrhardt)	dem Notarassessor Peter Eckersberger (bisher in Nürnberg Notarstelle Dieter Bensch)
Traunstein	dem Notar Anton Riegel (bisher in Deggendorf)
Waldfischbach-Burgalben	dem Notarassessor Michael Weinsheimer (bisher in Haßloch Notarstelle Dr. Benno Sefrin)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Daniel Halmer, Sonthofen (Notarstellen Dr. Obermaier/ Caspary)

Peter Kreilinger, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)

Ralf Menzel, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

Tobias Pfundstein, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Mit Wirkung vom 1.3.2006:

Christian Betz, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Dr. Frank Buchhold, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Die Notarstelle Pottenstein wurde mit Wirkung vom 1.2.2006 aufgehoben. Notar Helmut Heinrich, Pegnitz, führt die ehemalige Geschäftsstelle Pottenstein in den gleichen Räumen als weitere Geschäftsstelle mit gleichen Telefon- und Faxnummern fort. Notar Heinrich verwahrt die Urkunden der früheren Notare mit dem Amtssitz in Pottenstein.

Neue Zuordnung der Amtsbereiche:

Infolge der Aufhebung der Notarstelle Pottenstein wurden die Gemeinden Ahorntal, Betzenstein und Pottenstein dem Amtsbereich Pegnitz zugeordnet, die Gemeinden Gößweinstein dem Amtsbereich Ebermannstadt und die Gemeinde Obertrubach dem Amtsbereich Gräfenberg.

Notarassessor Thomas Hagmaier, Rosenheim (Notarstelle Lederer), ab 1.1.2006 in Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/ Dr. Thalhammer)

Notarassessor Sebastian Franck, Vilshofen (Notarstellen Hoffmann/Dr. Schlögel), ab 16.1.2006 in Rehau (Notarstelle Dr. Heinemann)

Notarassessorin Isabell Müller, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 23.1.2006 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

Notarassessor Dr. Roland Nagel, Sonthofen (Notarstellen Dr. Obermaier/Caspary), ab 30.1.2006 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessorin Brigitte Bauer, Weilheim (Notarstelle Döbereiner), ab 1.2.2006 in Dorfen (Notarstelle Rieß)

Notarassessor Dr. Jan Heisel, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr), ab 1.2.2006 in Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Notarassessor Tobias Kappler, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 24.2.2006 in Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Notarassessor Rainer Regler, München (abgeordnet an das Bayer. Staatsministerium der Justiz), ab 1.3.2006 in München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

Notarassessor Dr. Thomas Schiffner, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 1.3.2006 in München (abgeordnet an das Bayer. Staatsministerium der Justiz)

Oberinspektorin i. N. Beatrice Meister, Nürnberg (Notarstelle Schallock), ab 1.3.2006 in Pappenheim (Notarstelle Dr. Gottwald)

Oberinspektorin i. N. Birgit Postupka, Burgkunstadt (Notarstelle Müller-von Münchow), ab 1.3.2006 in Bamberg (Notarstelle Dr. Desch)

Oberinspektor i. N. Stefan Meier, Riedenburg (Notarstelle Freitag), ab 1.4.2006 in Ingolstadt (Notarstellen Edler v. Koch/Dr. Schmidt)

Amtfrau i. N. Heike Thoma, München (abgeordnet an die Notarstellen Oberseider/Ruhland), ab 1.5.2006 in Nürnberg (Notarstelle Kreßel)

Inspektorin i. N. Astrid Pauli, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.6.2006 in Kempten (Notarstelle Dr. Reuter)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2006:

Zum Notariatsrat i. N. (VerGr II a BAT):

Josef Nowak, München (Notarstellen Reeh/Dr. Frank)

Werner Stadelmaier, München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Willibald Auer, Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Leitenstorfer/Dr. Mickisch)

Johann Friedrich, Kempten (Notarstellen Dr. Pfisterer/Haasen)

Manfred Krach, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/Dr. Böhmer)

Wolfgang Müller, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein)

Günter Steinhäuser, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):

Egon Brandl, Augsburg (Notarstellen Dr. Richter/Feist)

Alfred Jung, Ludwigshafen (Notarstelle Dr. Daubermann)

Johann Krepler, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Stefan Lutz, München (Notarstellen Dr. Dr. Braun/Siller-Bauer)

Wolfgang Proksch, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Ochs)

Konrad Regler, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Senftleben)

Lothar Roos, Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk/Dr. Eckert)

Adelheid Throm-Kuhn, Miltenberg (Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann)

Reinhard Ulherr, Altdorf (Notarstellen Kirchner/Dr. Thiele)

Hans Wittauer, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Werner Zapf, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Günter Zellmer, Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Thomas Zimmermann, München (Notarkasse Prüfungsabteilung)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):

Sabine Achatz, Viechtach (Notarstelle Hasler)

Thomas Böcklein, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Wolfgang Dingethal, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Beate Friedrich, Schwandorf (Notarstelle Merkle)

Günter Gsödl, Landau (Notarstelle Bramenkamp)

Rupert Hofberger, Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/Regensburger)

Klaudia Kahl, Coburg (Notarstellen Dr. Lugert/Dr. Müller)

Frank Mattern, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Gregor Müller, Forchheim (Notarstellen Mitzel/Reiß)

Thomas Schreier, Bad Aibling (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Kleeberger)

Petra Schwegel, Waldmohr (Notarstelle Bayer)

Roland Schweiger, Abensberg (Notarstelle Dr. Knapp)

Gerhard Sonnberger, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Brenner/Dr. Pannhausen)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):

Meike Anstädt, Landstuhl (Notarstelle Landau)

Josef Baumgartner, Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

Markus Bogner, Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Leitenstorfer/Dr. Mickisch)

Martin Bosch, Augsburg (Notarstelle Dr. Grafberger)

Monika Buck, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt)

Jürgen Freytag, Eschenbach i. d. OPf. (Notarstelle Trautner)

Simone Geißendörfer, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Dörnhöfer/Dr. Eigner)

Martina Gralla, Neustadt a. d. Waldnaab (Notarstelle Dr. Schwanecke)

Karin Kiermayer, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Markus Lilly, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bleifuß)

Andreas Nünke, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Markus Piller, Schrobenhausen (Notarstelle Knab)

Nicole Pläge, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Michael Schilling, München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Steffen Schwarz, Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pillhofer)

René Wittkowski, Würzburg (Notarstelle Holderbach)

Jürgen Wittmann, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Prof. Dr. Wegmann)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Walter Estelmann, Dahn (Notarstelle Kluge), ab 1.1.2006 im Ruhestand

Amtsrätin i. N. Helga Semmelroth, Herzogenaurach (Notarstelle Dr. Scholzen), ab 1.2.2006 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Heinz Egermann, Kaufbeuren (Notarstelle Lang), ab 1.3.2006 im Ruhestand

Inspektor i. N. Rainer Fischer, München (Notarstelle Dr. Bohrer), zum 1.4.2006 eigene Kündigung

Amtsrat i. N. Alfred Weß, Cham (Notarstelle Dr. Maurer), ab 1.4.2006 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Horst Hillar, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/Staudt), ab 1.4.2006 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Rosenheim, Notarstelle Eleonore Traugott, Kufsteiner Straße 14/I, 83022 Rosenheim

Bischofsheim a. d. Rhön, Notarstelle Hans-Frieder Koch, neue E-Mail: info@kochnotar.de

Schweinfurt, Notarstelle Dr. Bernd Weiß, Luitpoldstraße 16, 97421 Schweinfurt

München, Notarstelle Prof. Dr. Dieter Mayer, Telefon 089 29192650, E-Mail: dr.mayer@notar-drmayer.de

Nürnberg, Notarstelle Dr. Claudia Balzer, Kaiserstraße 16, 90403 Nürnberg

Zum Gedenken an Dr. Ludwig Röll

Am 16. 12. 2005 verstarb Notar a. D. Dr. Ludwig Röll nach langer, schwerer Krankheit.

Ludwig Röll, geb. am 16. 8. 1927 in Nürnberg, trat nach dem Studium in Bamberg und Erlangen und nach Promotion zum Dr. jur. in den Notardienst ein.

Nach sechs Assessoren-Jahren wurde er 1960 zum Notar ernannt, zunächst in Höchstädt, dann in Günzburg (1969). Von Anfang an galt sein Interesse dem Wohnungseigentum in Theorie und Praxis. Der theoretischen Durchdringung dieses Rechtsgebiets galt seine Mitarbeit im Münchener Kommentar, der praktischen Darstellung diente er als Verfasser zahlreicher Aufsätze und Anmerkungen und als Mitverfasser des Handbuches der notariellen Vertragsgestaltung seit 1970 (zuletzt Reithmann/Albrecht 2001), dem Röll bis zur 8. Auflage in 2001 verbunden blieb. Der Praxis diente auch das Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, das Röll 1973 begründete und alleine durch acht Auflagen führte.

Den MittBayNot war Röll als Autor stets verbunden. Unvergessen bleibt seine Darstellung der Entwicklung der MittBayNot im Sonderheft von 1989, ebenso wie sein Bericht „100 Jahre DNotZ“ im Sonderheft der DNotZ von 2001.

Gesucht war die Mitwirkung von Röll auch bei Tagungen, insbesondere des Evangelischen Siedlungswerkes. Die kurz gefasste, aber wissenschaftliche zuverlässige Darstellung von Röll wird die Praxis, auch der Bauträger und Verwalter, vermissen.

Vor allem aber diente Röll bis zu seiner Pensionierung (1992) der Vorsorgenden Rechtspflege, ab 1980 zusammen mit Dr. Hartmut Stache als Notar in Günzburg. Neben seiner beruflichen und wissenschaftlichen Tätigkeit galt das Interesse von Ludwig Röll der Kirchenmusik, vor allem der Orgelmusik und dem Orgelbau. Mit seiner zurückhaltenden Weise fand er überall Freunde, auch im Funk-Amateurclub und im Esperatobund.

Notar a. D. Dr. *Christoph Reithmann*, Wolfratshausen

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer, Notarassessor Dr. Martin T. Schwab
Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.