

Rheinische Notar-Zeitschrift

Stiftungen als Instrument der Unternehmens- und Vermögensnachfolge

(von Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Troisdorf)

– Teil 2 –

(Fortsetzung von RNotZ 2009, 557)

- D. Stiftungsrechtliche Zulässigkeit unternehmensverbundener Stiftungen
 - I. Analoge Anwendung des § 22 BGB im Stiftungsrecht?
 - II. Verbot der (verdeckten) Unternehmensselbstzweckstiftung?
 - III. Anerkennungsvoraussetzungen im Hinblick auf das Vermögen von Unternehmensstiftungen
 - 1. Mindestkapitalerfordernis für unternehmensverbundene Stiftungen?
 - 2. Stiftungsrechtliche Vorgaben für die Verwaltung des Stiftungsvermögens
 - 3. Veräußerung des Unternehmens durch die Stiftung in der Krise
- E. Eignung und Einsatz verschiedener Stiftungstypen als Unternehmensträger
 - I. Gemeinnützige Unternehmensstiftungen
 - 1. Besteuerung der gemeinnützigen Stiftung und ihrer Unternehmensbeteiligungen
 - a) Beteiligung an Personengesellschaften
 - b) Beteiligung an Kapitalgesellschaften
 - c) Auslagerung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe in Kapitalgesellschaften
 - d) Ergebnis
 - 2. Gestaltung von Stiftungsgeschäft und Satzung einer gemeinnützigen Stiftung
 - 3. Privatnützige Versorgung der Stifterfamilie durch die gemeinnützige Stiftung
 - a) Gemeinnützige „Kombinationsstiftung“ i. S. des § 58 Nr. 5 AO
 - b) Begründung von Ertragsvorbehalten
 - aa) Erbringung „ertragsfinanzierter“ Versorgungsleistungen
 - (1) Auffassung des II. Senats des BFH
 - (2) Ansicht der Finanzverwaltung und ihre Folgen
 - (3) Gestaltungserwägungen
 - bb) Einräumung dinglich gesicherter Nutzungsrechte am Stiftungsvermögen
 - c) Schlussfolgerungen
 - 4. Funktion der gemeinnützigen Stiftung als „Familienbank“
 - II. Unternehmensbezogene Familienstiftungen
 - 1. Satzungsgestaltung und Organisation
 - 2. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsaspekte
 - a) Besteuerung der Stiftungerrichtung und von Zustiftungen
 - b) Erbsatzsteuer
 - c) Laufende Besteuerung der Familienstiftung und ihrer Destinatäre
 - d) Aufhebungsbesteuerung und Änderung des „Stiftungscharakters“
 - 3. „Umwandlung“ in eine gemeinnützige Stiftung
 - III. Doppelstiftung
 - 1. Rechtliche Konstruktion
 - 2. Organisation und Satzungsgestaltung der Familien- und gemeinnützigen Stiftung
 - 3. Rechtsformüberlegungen zur Wahl der Beteiligungsgesellschaft
 - 4. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen
 - a) Doppelstiftung als Gestaltungsmissbrauch?
 - b) Unternehmensanteile der Familienstiftung
 - c) Teilnahme der gemeinnützigen Stiftung an einer erbschaftsteuerrechtlichen Poolvereinbarung
 - 5. Inkongruente Gewinnverteilung zwischen Familien- und gemeinnütziger Stiftung
 - a) Anfängliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnbeteiligung
 - b) Nachträgliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnbeteiligung
 - c) Ertragsteuerliche Behandlung der Gewinnausschüttungen an die Familienstiftung
 - IV. Stiftung & Co. KG
 - 1. Stiftungsrechtliche Anerkennung
 - 2. Rechtsformspezifische Vorteile
 - a) Haftungsverfassung
 - b) Unternehmensmitbestimmung
 - c) Publizitätspflichten
 - d) Keine gewerbliche Prägung der Stiftung & Co. KG
 - 3. Unternehmensführung durch die Komplementärstiftung
 - 4. Vermögensausstattung der Komplementärstiftung
 - 5. Gewährleistung unternehmerischer Flexibilität in der Stiftungssatzung

D. Stiftungsrechtliche Zulässigkeit unternehmensverbundener Stiftungen

Ungeachtet der zahlreichen unternehmensverbundenen Stiftungen ist die Anerkennungsfähigkeit von Unternehmensstiftungen in der stiftungsrechtlichen Literatur immer noch umstritten. Stein des Anstoßes sind dabei rechtlich oder faktisch unauflösbare Verbindungen zwischen Stiftungen und Unternehmen, wie sie vor allem bei Doppelstiftungen anzutreffen sind.¹⁴² *Reuter*¹⁴³ sah in solchen Bindungen der Stiftung an ein Unternehmen zunächst ein gegen § 137 S. 1 BGB verstoßendes dingliches Verfügungsverbot. Diese Ansicht, die *Reuter* mittlerweile selbst aufgegeben hat, war weder mit dem Zweck des § 137 BGB noch mit der Freiheit des Stifters vereinbar, dem Stiftungsvorstand die Veräußerung bestimmter Gegenstände – etwa einer Kunstsammlung bei einer Kunststiftung oder eines Krankenhauses bei einer Krankenhausstiftung – zu untersagen.¹⁴⁴

I. Analoge Anwendung des § 22 BGB im Stiftungsrecht?

*Reuter*¹⁴⁵ spricht sich allerdings weiterhin dafür aus, den in § 22 BGB zum Ausdruck kommenden Vorbehalt gegen den wirtschaftlichen Verein entsprechend auf die wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen zu übertragen. Ausgehend von dem Gemeinwohlkriterium des § 80 Abs. 2 BGB müsse im Rahmen des Anerkennungsverfahrens geprüft werden, ob der (Haupt-)Zweck der Stiftung nicht auf die Erhaltung und Weiterentwicklung des Unternehmens gerichtet sei. Nur wenn die Führung des stiftungsverbundenen Unternehmens der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit der Stiftung funktional untergeordnet sei, dürfe ein so defizitär geregeltes Rechtsinstitut wie die Stiftung im Wirtschaftsleben in Konkurrenz zu den dafür geschaffenen Unternehmensträgern des Handels- und Gesellschaftsrechts treten.¹⁴⁶ An der gebotenen Unterordnung des Unternehmensinteresses unter den ideellen, aus Sicht des Stifters fremdnützigen Stiftungszweck fehle es immer dann, wenn die Stiftungsorgane satzungsrechtlich an einer Veräußerung des Unternehmens auch im Krisenfall gehindert seien.

Mit der h. M.¹⁴⁷ ist jedoch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts 2002 einen Schlussstrich unter die im Vorfeld der Reform intensiv geführte Debatte zur Zulässigkeit unternehmensverbundener Stiftungen gezogen hat. Der Empfehlung der im Sommer 2000 vom Bundesministerium der Justiz zur Vorbereitung der Stiftungsrechtsreform eingesetzten „Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht“ folgend hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen durch besondere Regelungen im BGB einzuschränken.¹⁴⁸ Vorschriften in früheren Landesstiftungsgesetzen, die spezielle Versagungsgründe für Unternehmensstiftungen vorsahen und deren Errichtung einschränkten, wurden durch die abschließende bundeseinheitliche Regelung der materiellen Voraussetzungen (§ 80 Abs. 2 BGB), unter denen eine Stiftung Rechtsfähigkeit erlangt, verdrängt.¹⁴⁹ Damit hat sich der Gesetzgeber zum Prinzip der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung¹⁵⁰ bekannt, wonach sämtliche Stiftungstypen

einschließlich Unternehmens- und Familienstiftungen stiftungsrechtlich zulässig sind, solange deren Zwecke das Gemeinwohl nicht gefährden. Es fehlt daher an einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung für eine Analogie zu § 22 BGB.¹⁵¹

II. Verbot der (verdeckten) Unternehmensselbstzweckstiftung?

Ein anderes Argument gegen die Anerkennungsfähigkeit von Unternehmensstiftungen wird aus dem Verbot der Selbstzweckstiftung abgeleitet.¹⁵² Die h. M. im Stiftungsrecht¹⁵³ geht davon aus, dass das Stiftungsvermögen einem außerhalb seiner selbst liegenden fremdnützigen Zweck gewidmet sein muss. Eine „Stiftung für den Stifter“ sei mit dem Begriff und dem Wesen der Stiftung i. S. der §§ 80 ff. BGB unvereinbar.¹⁵⁴ In der Tat bliebe bei einer Kapitalstiftung, die nur der Verwaltung, Erhaltung und Mehrung ihres eigenen Vermögens verpflichtet wäre, letztlich unklar, welchem Zweck das akkumulierte Stiftungsvermögen und dessen Erträge zugute kommen sollen.

In der Praxis kommen indes „offene“ Unternehmensselbstzweckstiftungen, deren Satzungszweck sich in der Sicherung und Verwaltung eines Unternehmens bzw. einer Unternehmensbeteiligung erschöpft, nicht vor. Stattdessen hat der Stifter in aller Regel angeordnet, dass die Erträge der Unternehmensbeteiligung entweder für gemeinnützige Zwecke oder im Interesse der Familie des Stifters zu verwenden sind. Wird diese Zwecksetzung in der Stiftungssatzung aber durch die Vorgabe ergänzt,

142 MünchKomm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 98 f.; vgl. dazu auch Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 62; K. Schmidt, Stiftungs-wesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, 1987, S. 27 ff.; ders., DB 1987, 261.

143 Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 130 ff.; ders., GmbHR 1973, 241, 247.

144 Vgl. Muscheler, ErbR 2008, 174, 178.

145 Reuter, a.a.O. (Fn. 143), S. 257 ff.; 446 ff.; Münch/Komm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 90 ff.; ihm früher folgend Staudinger/Rawert, a.a.O. (Fn. 4), Vor §§ 80 ff. BGB, Rn. 94 ff.; ders., ZEV 1999, 294 ff.; 426 f.; anders jetzt aber Rawert, Non Profit Yearbook 2003, 1, 5.

146 Rawert, ZEV 1999, 426.

147 Palandt/Heinrichs/Ellenberger, 68. Aufl. 2009, § 80 BGB, Rn. 9; Burgard, NZG 2002, 697, 700; Schwarz, DStR 2002, 1767, 1768.

148 Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht v. 19. 10. 2001, S. 47 ff.; zum Gesetzgebungsverfahren und den unterschiedlichen Gesetzesvorschlägen der Fraktionen Nissel, Das neue Stiftungsrecht, 2002, S. 17 ff.; Rawert, ZEV 1999, 294, 298, jeweils m. w. N.

149 Vgl. dazu Schwarz, ZEV 2003, 306, 310 f.

150 Näher hierzu Burgard, a.a.O. (Fn. 42), S. 117 ff.; Seifart/v. Campenhäusen/Hof, a.a.O. (Fn. 3), § 7 Rn. 61.

151 Soergel/Neuhoff, a.a.O. (Fn. 4), Vor § 80 BGB, Rn. 65 ff.; Erman/O. Werner, 12. Aufl. 2008, Vor § 80 Rn. 4 f., 20; Bamberger/Roth/Schwarz, BGB, 2003, Vor § 80 Rn. 18; a. A. dagegen Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 62 unter Hinweis auf das „Schweigen“ des Gesetzgebers zur Problematik in der Gesetzesbegründung.

152 Vgl. Bund-Länder-Arbeitsgruppe, a.a.O. (Fn. 148), S. 49; K. Schmidt, DB 1987, 261; Schwintek, a.a.O. (Fn. 68), S. 49 ff.; Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 61.

153 Soergel/Neuhoff, a.a.O. (Fn. 4), Vor § 80 BGB, Rn. 70; Erman/O. Werner, a.a.O. (Fn. 151), Vor § 80 BGB, Rn. 20, 25; Muscheler, ErbR 2008, 174, 177; Wochner, MittRhNotK 1994, 89, 93.

154 Bund-Länder-Arbeitsgruppe, a.a.O. (Fn. 148), S. 37; Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 58, 60 f.; in diesem Sinne auch Burgard, Die Unternehmensstiftung im Zivilrecht, in: 3. Stiftungsrechtstag an der Ruhr-Universität Bochum, 16. Januar 2009, S. 15, 19; Werner/Saenger/Saenger, a.a.O. (Fn. 60), S. 93, 105.

dass die zum Vermögen der Stiftung gehörende Unternehmensbeteiligung nicht veräußert und der Stiftungszweck nur aus den Erträgen erfüllt werden darf, die das Unternehmen nicht zu seinem Fortbestand benötigt, mutiert die Erhaltung des Unternehmens nach Ansicht der Kritiker¹⁵⁵ zum eigentlichen Hauptzweck der Stiftung. Abzulesen sei dies zumeist an niedrigen Ausschüttungsquoten zu Lasten der Beteiligungsträgerstiftung, da die Gewinne ganz überwiegend im Unternehmen thesauriert und auf Ebene der Stiftung nicht zur Verteilung gelangen würden. Es liege mithin eine „verdeckte“ Unternehmensselbstzweckstiftung vor, bei der es an der stiftungsrechtlich gebotenen Unterordnung des Unternehmensinteresses unter den ideellen, aus Sicht des Stifters fremdnützigen Stiftungszweck fehle. Bei dauerhaft niedriger Rentabilität des Investments, die eine suboptimale Erfüllung des Stiftungszwecks zur Folge habe, sei der Vorstand deshalb zum Vermögensaustausch und damit zur Veräußerung der Unternehmensbeteiligung verpflichtet, selbst wenn ihm dies durch die Satzungsatzung ausdrücklich verwehrt sei.¹⁵⁶

Diese Überhöhung des Stiftungszwecks widerspricht jedoch dem Grundsatz der Maßgeblichkeit des Stifterwillens, der in zahlreichen Bestimmungen des Bundes- und Landesrechts deutlich zum Ausdruck kommt.¹⁵⁷ Der Stifter legt dabei nicht nur den Stiftungszweck fest. Er bestimmt auch frei darüber, welche Zuwendungen „als Vermögen“ dauerhaft zu erhalten sind bzw. mit welchen Vermögensgegenständen der Stiftungszweck zu erreichen ist.¹⁵⁸ Die Gründung „verdeckter Unternehmensselbstzweckstiftungen“ hat deshalb in § 80 Abs. 2 Fall 2 BGB und der danach bestehenden Prüfungskompetenz der Stiftungsaufsichtsbehörde eine abschließende Regelung erfahren.¹⁵⁹

III. Anerkennungsvoraussetzungen im Hinblick auf das Vermögen von Unternehmensstiftungen

1. Mindestkapitalerfordernis für unternehmensverbundene Stiftungen?

Die Stiftungsaufsicht darf nach § 80 Abs. 2 BGB nur solche Stiftungen als rechtsfähig anerkennen, bei denen die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint. Diese Frage beurteilt sich grundsätzlich danach, ob die (anfängliche) Vermögensausstattung der Stiftung unter Einbeziehung sicher zu erwartender Zustiftungen oder andere Zuwendungen zweckadäquat erscheint.¹⁶⁰ Das Grundstockvermögen muss ausreichen, um den Stiftungszweck zeitlich nicht nur vorübergehend und der Sache nach nicht nur ganz unbedeutend zu fördern.¹⁶¹ Ob die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung dabei die Bereitstellung eines bestimmten Mindestkapitals verlangt, ist im Schrifttum umstritten und wird von den Stiftungsbehörden unterschiedlich gehandhabt.¹⁶² Gegen ein starres Mindestkapitalerfordernis spricht, dass dieses der Vielfältigkeit der zulässigen Stiftungszwecke und des daraus erwachsenen, ganz unterschiedlichen Finanzbedarfs nicht gerecht würde.¹⁶³ Um die Gründung materiell unterkapitalisierter Unternehmensstiftungen zu verhindern,¹⁶⁴ sind die Stiftungsaufsichtsbehörden jedoch zur Prüfung verpflichtet, ob die zu erwartenden durchschnittlichen Erträge des Stiftungsvermögens voraussichtlich für eine dauerhafte Erfüllung des vom Stif-

ter bestimmten Stiftungszwecks ausreichen.¹⁶⁵ Die Stiftungsaufsichtsbehörde hat deshalb im Rahmen des Anerkennungsverfahrens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls¹⁶⁶ zu beurteilen, ob das Stiftungsvorhaben wirtschaftlich tragfähig ist.¹⁶⁷ Sie darf dabei keine strengeren Maßstäbe anlegen als bei einer nicht unternehmensverbundenen Stiftung.¹⁶⁸ Unvorhersehbare wirtschaftliche und politische Entwicklungen, wie ein übermäßiges Ansteigen der Inflation, außergewöhnliche Konjunkturreinbrüche oder Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, sind mithin außer Betracht zu lassen.¹⁶⁹

Soll das Stiftungsvermögen nur aus stimmrechtslosen GmbH-Anteilen bestehen, die die Stiftung aufgrund einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter veräußern kann, wird sich die Prüfung der Stiftungsaufsicht nicht darauf beschränken, ob das Unternehmen unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Risiken unternehmerischer Tätigkeit genügend Gewinne erwirtschaftet. Darüber hinaus muss gewährleistet sein, dass die Stiftung tatsächlich auch an den Unternehmenserträgen partizipiert. Dies kann beispielsweise durch Festschreibung einer entsprechend hohen Mindestausschüttungsquote in der Satzung der Beteiligungsgesellschaft erfolgen, die ohne Mitwirkung der Stiftung nicht abgeändert werden darf.

155 MünchKomm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 98 ff.; Rawert, Non Profit Law Yearbook 2003, 1, 9 ff.

156 Reuter, NZG 2005, 649, 651 f.

157 Vgl. §§ 81 Abs. 1 S. 2, 83 S. 2 Hs. 2, S. 3, 85, 87 Abs. 2 S. 1, 88 S. 1 BGB; Art. 2 Abs. 1 BayStiftG, §§ 2 StiftG BW, 4 Abs. 2 StiftG NRW.

158 Von Camphausen/Hüttemann, Deutsches Stiftungswesen, 2000, S. 191 ff.; Hüttemann, Der Grundsatz der Vermögensverwaltung im Stiftungsrecht, Festgabe Flume, 1998, S. 59, 68 ff.; Schauhoff/Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 63.

159 Vgl. Burgard, Unternehmensstiftung, a.a.O. (Fn. 154), S. 15, 22; Muscheler, ErbR 2008, 134, 174, 180.

160 Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 55 f.; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 147), § 80 BGB, Rn. 5.

161 Nach Auffassung von Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 55, kommt dagegen dem Merkmal der Nachhaltigkeit gegenüber dem der Dauer keine eigenständige Bedeutung zu.

162 Ausf. dazu Schwake, NZG 2008, 248 ff.

163 Andrick/Suerbaum, NJW 2003, 2905, 2907; Burgard, NZG 2002, 697, 699; Kronke, a.a.O. (Fn. 93), S. 86, 101.

164 Zu Aspekten des Verkehrs- und Gläubigerschutzes vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 14/8765, S. 8 f.

165 Streitig ist, ob der Stiftungsaufsicht hierbei ein eigener, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Prognosepielraum zusteht, so z. B. Burgard, NZG 2002, 697, 699; ablehnend dagegen MünchKomm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 50 f.

166 Dazu zählen u. a. Art und Umfang des Grundstockvermögens einschließlich zugesagter oder sicher zu erwartender Zustiftungen, die Ertragsfähigkeit des Vermögens, rechtliche und tatsächliche Möglichkeiten der Vermögensumschichtung, wirtschaftliche Risiken der Unternehmung.

167 Nach einer Meinung im Schrifttum können Stiftungsgläubigern bei Anerkennung einer materiell unterkapitalisierten Stiftung Amtshaftungsansprüche gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zustehen, vgl. Weimar/Geitzhaus/Delp, BB 1986, 1999, 2006; Schwake, NZG 2008, 248, 251.

168 In diesem Sinne jedoch Wochner, MittRhNotK 1994, 89, 94, der die Gewährleistung der dauernden und nachhaltigen Zweckerfüllung bei einer Stiftung & Co. KG generell verneint.

169 Kronke, a.a.O. (Fn. 93), S. 88; vgl. auch Schwarz, ZEV 2003, 306, 312 f.; Muscheler, ErbR 2008, 134, 174, 180.

Soll der Zweck der Stiftung durch ein Beteiligungsunternehmen verfolgt werden, ist dafür Sorge zu tragen, dass die Stiftung einen rechtlich abgesicherten Einfluss auf das Unternehmen hat. Handelt es sich bei diesem um einen nicht auf Gewinnerzielung angelegten Zweckverwirklichungsbetrieb, muss die Stiftung daneben noch mit einem Ertrag bringendem Kapitalstock ausgestattet werden, um etwaige Erhaltungsaufwendungen und die laufenden Verwaltungskosten bestreiten zu können.

2. Stiftungsrechtliche Vorgaben für die Verwaltung des Stiftungsvermögens

Während das BGB explizit keine Vorgaben für die Verwaltung des Stiftungsvermögens enthält, ordnen die Landesstiftungsgesetze regelmäßig an, dass das Stiftungsvermögen in seinem Bestand zu erhalten ist. Ausnahmen von dem Vermögenserhaltungsgebot werden zugelassen, wenn in der Satzung etwas anderes bestimmt ist¹⁷⁰ oder die Verwirklichung des Stifterwillens dies erforderlich macht.¹⁷¹ Maßgeblich für die Verwaltung des Stiftungsvermögens und die Verwendung der Erträge durch die Stiftungsorgane ist somit das Vermögenserhaltungs- und Unternehmenskonzept, wie es der Stifter im Stiftungsgeschäft und in der Satzung verankert hat.¹⁷²

Eine zwingende gesetzliche Verpflichtung der Stiftungsorgane zu einer möglichst ertragreichen Anlage des Stiftungsvermögens besteht nicht. Ist in der Satzung vorgesehen, dass die Stiftungszwecke in erster Linie mit den Erträgen aus Unternehmensbeteiligungen verfolgt werden sollen, ist der Vorstand an diese Vorgabe auch dann gebunden, wenn die Renditen deutlich hinter alternativen Investments zurückbleiben sollten. Im Übrigen ist der Stifter frei in der Satzung festzulegen, ob der Wert des Grundstockvermögens zum Zwecke des Inflationsausgleichs real oder nominal erhalten werden soll.¹⁷³

3. Veräußerung des Unternehmens durch die Stiftung in der Krise

Eine andere Frage ist, wie sich die Organe der Stiftung zu verhalten haben, wenn das Unternehmen der Stiftung in die Krise gerät. Haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in einer Weise verschlechtert, dass Stiftung und Unternehmen nur noch durch eine Veräußerung der Unternehmensanteile erhalten werden können, wäre ein stures Beharren auf dem ursprünglichen Vermögenserhaltungskonzept des Stifters nicht mehr von dessen mutmaßlichem Willen gedeckt.¹⁷⁴ Dürfte sich die Stiftung auch im äußersten Fall nicht von ihrer Beteiligung trennen, müsste sie in letzter Konsequenz wegen Unmöglichkeit der Zweckerfüllung aufgelöst werden (§ 87 Abs. 1 BGB). Findet sich kein Kaufinteressent, hat der Vorstand das Unternehmen nach Möglichkeit so rechtzeitig zu liquidieren, dass die Stiftung mit dem Liquidationserlös fortbestehen kann. Die Frage nach dem Verhältnis von Stiftungszweck und Stifterwillen kann sich damit während des laufenden Betriebs neu stellen, wenn die Unternehmensbeteiligung der Stiftung dauerhaft keine Erträge mehr abwirft, die für eine Förderung der Stiftungszwecke zur Verfügung stehen.¹⁷⁵ In dieser Situation müssen die Stiftungsorgane unter Rückgriff auf den mutmaßlichen Stifterwillen die Vermögensanlagepolitik neu justieren. In der Stiftungssatzung sollte dieser Fall

bedacht werden, indem die Stiftungsorgane zu einer Veräußerung des Unternehmens in der Krise ohne vorherige Satzungsänderung ermächtigt werden.

Formulierungsvorschlag (Ermächtigung zur Veräußerung von Unternehmensanteilen):

*„Der Geschäftsanteil der Stiftung an der ***-GmbH ist grundsätzlich unveräußerlich. Die Stiftungsorgane sind jedoch zu einer Veräußerung des Geschäftsanteils oder eines Teils des Geschäftsanteils oder zur Auflösung der ***-GmbH berechtigt, wenn die zu erwartenden Erträge aus der Gesellschaftsbeteiligung nicht mehr ausreichen, um eine dauernde und nachhaltige Erfüllung der Stiftungszwecke zu gewährleisten (alternativ: wenn ohne Durchführung dieser Maßnahmen der Fortbestand der Stiftung gefährdet wäre). Ein entsprechender Beschluss bedarf einer Dreiviertelmehrheit aller vorhandenen Stimmen von Vorstand und Kuratorium.“*

Die Pflicht des Vorstands zur Vermögensumschichtung steht jedoch zusätzlich unter dem Vorbehalt des rechtlich Möglichen. Kann etwa die Stiftung die ihr übertragenen, stimmrechtslosen Geschäftsanteile aufgrund einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht ohne Zustimmung eines Mitgesellschafters veräußern, hat der Stiftungsvorstand die mehrheitlich beschlossene Thesaurierung der Erträge in der Beteiligungsgesellschaft notgedrungen hinzunehmen.¹⁷⁶

E. Eignung und Einsatz verschiedener Stiftungstypen als Unternehmensträger

Im Folgenden geht es darum, die unterschiedlichen Typen von Stiftungen näher auf ihre Eignung als Instrument der Unternehmens- und Vermögensnachfolge zu untersuchen und die verschiedenen Möglichkeiten zum Einsatz von Stiftungen im unternehmerischen Bereich zu beleuchten. Als Unternehmens- bzw. Beteiligungsträger stehen dabei grundsätzlich privatnützige Stiftungsformen wie die Familienstiftung und die Stiftung & Co. KG sowie die gemeinnützige Stiftung zur Auswahl. Eine Familienstiftung und eine gemeinnützige Stiftung können auch miteinander kombiniert werden, wie dies bei der Doppelstiftung der Fall ist. Dazwischen steht die „Mischform“ der gemeinnützigen Stiftung mit Familienbegünstigung i. S. der Drittelregelung des § 58 Nr. 5 AO.

I. Gemeinnützige Unternehmensstiftungen

Stiftungen sind vor allem ein Instrument des nachhaltigen Engagements für das Gemeinwohl. Dies spiegelt

170 Vgl. nur § 4 Abs. 2 S. 1 StiftG NRW; § 7 Abs. 2 S. 1 StiftG RhPf; § 4 Abs. 3 S. 1 SächsStiftG.

171 So z. B. § 6 Abs. 1 S. 2 NStiftG; § 7 Abs. 2 S. 1 StiftG BW.

172 Vgl. Hüttemann, Festgabe Flume (Fn. 158), S. 59, 88; Richter/Sturm, ZErB 2006, 75, 80 f.

173 Hüttemann, Festgabe Flume (Fn. 158), S. 59, 68; Hüttemann/Rawert, ZIP 2002, 2019, 2022; Schindler, DB 2003, 297, 300; für eine reale Werterhaltung des Stiftungsvermögens dagegen Carstensen, ZSt 2005, 90; Henß, ZSt 2004, 83, 86; für eine nominale Werterhaltung Rödel, NZG 2004, 754, 755.

174 Vgl. dazu auch Hüttemann, Festgabe Flume (Fn. 158), S. 59, 70, 76; Richter/Sturm, ZErB 2006, 75, 81; Schwarz, ZSt 2004, 101, 104.

175 Zu diesem Maßstab vgl. auch Arnold, NZG 2007, 805, 806.

176 Kritisch dazu insbesondere Reuter, NZG 2005, 649, 650.

sich in dem hohen Anteil gemeinnütziger Stiftungen wieder. Geschätzte 95 % aller existierenden und neu gegründeten Stiftungen verfolgen gemeinnützige Zwecke.¹⁷⁷ Steuerlich besteht der Anreiz zur Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung in den in den jeweiligen Einzelsteuergesetzen vorgesehenen Steuerbefreiungen¹⁷⁸ und Steuerbegünstigungen.¹⁷⁹ Hinzu kommen aus Sicht des Stifters die durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerlichen Engagements vom 10. 10. 2007¹⁸⁰ erhöhten Spendenabzugsmöglichkeiten bei Errichtung einer Stiftung zu Lebzeiten sowie bei Zustiftungen (Spenden) in das Grundstockvermögen.¹⁸¹

Die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit, an deren Vorliegen die Gewährung der Steuervergünstigungen anknüpft, sind einheitlich in den §§ 51 bis 68 AO geregelt. Danach kann auch eine unternehmensverbundene Stiftung als steuerbegünstigt anerkannt werden. Eine aus Sicht der Nachfolgeplanung bedeutsame Rechtsfolge der Gemeinnützigkeit ist die Möglichkeit, Unternehmensanteile erbschaftsteuerfrei auf die Stiftung zu übertragen (§ 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG). Der Erbe oder Beschenkte, der die Anteile zunächst steuerpflichtig erworben hat, wird rückwirkend von der Erbschaftsteuer befreit, wenn er die Anteile innerhalb von 24 Monaten nach dem Erbfall oder der Schenkung als Erstausrüstung oder Zustiftung einer gemeinnützigen Stiftung mit Sitz im Inland überträgt (§ 29 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 ErbStG). Allerdings kann der Stifter die Weitergabe dann nicht zugleich ertragsteuerlich als Spende abziehen. Die gemeinnützige Stiftung wird auch nicht wie eine Familienstiftung turnusmäßig mit Erbschaftsteuer belastet. Mit dem Übergang der Unternehmensbeteiligung auf die gemeinnützige Stiftung verliert der Stifter jedoch die Verfügungsgewalt über das Unternehmensvermögen. Denn nach den Prinzipien des Gemeinnützigkeitsrechts darf die gemeinnützige Stiftung ihr Vermögen und ihre Erträge grundsätzlich nur noch für steuerbegünstigte Zwecke verwenden. Im Falle einer Aufhebung der Stiftung oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks können nur das Grundstockvermögen und Zustiftungen an den Stifter zurück übertragen werden, nicht aber Vermögenszuwächse (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO).

Bei der Zuwendung von Gegenständen des Betriebsvermögens an eine gemeinnützige Stiftung kann die Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven durch den Stifter vermieden werden, wenn der Gegenstand unmittelbar nach seiner Entnahme der Stiftung unentgeltlich zur Verwendung für steuerbegünstigte Zwecke i. S. des § 10 b Abs. 1 S. 1 EStG überlassen wird (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 5 EStG). Der Stifter hat in diesem Fall die Möglichkeit, die Entnahme zum Buchwert durchzuführen. Macht er von diesem Wahlrecht Gebrauch, darf die Sachspende im Rahmen des Spendenabzugs auch nur mit ihrem Buchwert angesetzt werden (§ 10 b Abs. 3 S. 2 EStG, § 9 Abs. 2 S. 3 KStG).¹⁸²

1. Besteuerung der gemeinnützigen Stiftung und ihrer Unternehmensbeteiligungen

Für die laufende Besteuerung einer gemeinnützigen Unternehmensstiftung ist entscheidend, ob sie ihr Einkommen aus dem ideellen Bereich, aus Vermögensverwaltung, aus der Unterhaltung eines sog. Zweckbe-

triebs¹⁸³ oder aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erzielt.¹⁸⁴ Während die Erträge aus Vermögensverwaltung und aus Zweckbetrieben steuerfrei bleiben, ist die gemeinnützige Stiftung mit ihrem Einkommen aus der Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs partiell steuerpflichtig.¹⁸⁵ Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist nach § 14 S. 1 AO eine selbstständige, nachhaltige Tätigkeit, durch die Einnahmen erzielt oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgehen.¹⁸⁶ Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich (§ 14 S. 2 AO). Der Ausschluss der Steuerbefreiungen für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb einer Stiftung lässt ihren Gemeinnützigkeitsstatus als solchen grundsätzlich unberührt. Erst wenn ihr die Unterhaltung des Geschäftsbetriebs das „Gepräge“ geben sollte, droht der Stiftung die Aberkennung ihrer Steuerbegünstigung insgesamt.¹⁸⁷

a) Beteiligung an Personengesellschaften

Die Beteiligung einer gemeinnützigen Stiftung an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG) führt stets zur Begründung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs.¹⁸⁸ Dies gilt nach Auffassung des BFH auch für das bloße Halten eines Kommanditanteils, ohne dass es darauf ankommt, welche gesellschaftsrechtlichen Einflussnahmemöglichkeiten die Stiftung hat.¹⁸⁹ Die ihr zuzurechnenden Gewinnanteile unterliegen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb der Körperschaft- und Gewerbesteuer.¹⁹⁰ Aus der begrifflichen Anknüpfung des BFH an die Systematik des EStG folgt außerdem, dass auch Beteiligungen an gewerblich geprägten Personengesellschaften (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb begründen.¹⁹¹

177 Wachter, NZG 2003, 107.

178 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 3 Nr. 6 GewStG, § 13 Abs. 1 Nr. 16 b und Nr. 17 ErbStG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 b GrStG.

179 Vgl. z. B. § 12 Abs. 2 Nr. 8 a UStG betreffend die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes von 7 % auf Umsätze gemeinnütziger Körperschaften bei vollem Vorsteuerabzug für bezogene Eingangsleistungen.

180 BGBl I 2007, 2332.

181 § 10 b Abs. 1 a EStG, § 9 Nr. 5 S. 3 GewStG; vgl. dazu Schauhoff/Kirchhain, DStR 2007, 1985; Hüttemann, DB 2007, 2053. Zu Satzungsgestaltungen im Zusammenhang mit Zustiftungen Rawert, DNotZ 2008, 5 ff.

182 Näher dazu Seer, GmbHR 2008, 785, 788 f.

183 Unter den Voraussetzungen der §§ 65 ff. AO darf eine gemeinnützige Stiftung Zweckbetriebe, wie z. B. Krankenhäuser, Altenheime und Einrichtungen der Wohlfahrtspflege, in unbegrenztem Umfang unterhalten.

184 Eingehend zu diesen vier „Sphären“ einer steuerbegünstigten Körperschaft Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 6 Rn. 2 f.

185 § 64 Abs. 1 AO, § 5 Abs. 1 Nr. 9 S. 2 KStG.

186 BFH DB 2001, 1231; Buchna, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 9. Aufl. 2008, S. 249.

187 Vgl. dazu AEAO Tz. 2 S. 2 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO. Dem gegenüber kommt es nach der Rechtsprechung des BFH darauf an, ob die wirtschaftliche Tätigkeit nach der Gesamtbetrachtung aller Umstände dem steuerbegünstigten Hauptzweck „funktional“ untergeordnet ist, vgl. BFH DB 2007, 1443; BFH BB 1998, 2295.

188 BFH DB 2001, 1231; BFH BB 1989, 543.

189 BFH DB 2001, 1231; zustimmend Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 6 Rn. 129; a. A. dagegen Arnold, DStR 2005, 581, 583 f.; Pezzer, FR 2001, 837 f.

190 § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 S. 1 KStG, § 7 S. 1 GewStG.

191 Wallenhorst, DStR 2001, 1072; Hübschmann/Hepp/Spitaler/Fischer, AO/FGO, § 14 AO, Rn. 105.

Nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gilt die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer nicht gewerblich tätigen Personengesellschaft kraft Rechtsform als Gewerbebetrieb, wenn bei ihr ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind. Dagegen fällt die Beteiligung einer gemeinnützigen Stiftung an einer rein vermögensverwaltenden Personengesellschaft ohne gewerbliche Prägung in den Bereich der Vermögensverwaltung.¹⁹² In diesem Fall bleiben die der Stiftung zufließenden Einkünfte aus Kapitalvermögen oder aus Vermietung und Verpachtung steuerfrei.

b) Beteiligung an Kapitalgesellschaften

Das Halten einer Beteiligung an einer steuerpflichtigen GmbH oder einer AG durch eine gemeinnützige Stiftung zählt im Regelfall zur Vermögensverwaltung.¹⁹³ Dies gilt selbst dann, wenn die gemeinnützige Stiftung über sämtliche Geschäftsanteile oder Aktien verfügt. Steuerfrei bleiben nicht nur alle Gewinnausschüttungen und Dividendenzahlungen der Kapitalgesellschaft, sondern auch der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der Beteiligung. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb wird erst dann angenommen, wenn die gemeinnützige Stiftung über ihre Organe aktiv in die laufende Geschäftsführung der Tochterkapitalgesellschaft eingreift.¹⁹⁴ In diesem Fall wird die Stiftung steuerlich so behandelt, als nehme sie mittels ihrer Beteiligungsgesellschaft selbst am allgemeinen wirtschaftlichen Geschäftsverkehr teil.¹⁹⁵

Steuerunschädlich ist dagegen, wenn die Stiftung lediglich solche Gesellschafterrechte wahrnimmt, die ihr nach dem gesetzlichen Leitbild des § 46 GmbHG zustehen.¹⁹⁶ Die dort der Gesellschafterversammlung zugewiesenen Maßnahmen, wie etwa die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern oder Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung, zählen nicht zur laufenden Geschäftsführung. Gleiches gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag einen Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten der Gesellschafterversammlung für die Durchführung außerordentlicher Maßnahmen vorsieht. Erst wenn sich die Stiftung mit direkten Weisungen über die gesetzlich vorgesehene Kompetenzverteilung hinwegsetzt und tatsächlich Einfluss auf das Tagesgeschäft nimmt, kommt es zur Begründung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Eine wesentliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung wird vermutet, wenn die Vertretungsorgane von Stiftung und Beteiligungsgesellschaft mit den gleichen Personen besetzt sind.¹⁹⁷ Eine derartige Personalunion führt somit regelmäßig dazu, dass die Steuerbefreiung für die Beteiligung der gemeinnützigen Stiftung an der Tochterkapitalgesellschaft entfällt.

Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise, wenn die gemeinnützige Stiftung als Konzernspitze fungiert. Beteiligt sich die Stiftung über die Vermögensverwaltung hinaus aktiv an der unternehmerischen Tätigkeit der abhängigen Gesellschaften¹⁹⁸, kann sie etwaige Ausschüttungen nicht mehr steuerfrei vereinnahmen. Die Entstehung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist dagegen auch bei einer beherrschenden Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Tochterkapitalgesellschaft

ausgeschlossen, wenn diese ausschließlich eigenes Vermögen verwaltet und bei Enkelgesellschaften nicht als Leitungsmacht ausübende Holding auftritt.¹⁹⁹

c) Auslagerung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe in Kapitalgesellschaften

Um die Entstehung eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs bei der gemeinnützigen Stiftung zu verhindern, kann es sich empfehlen, eine Personengesellschaft zunächst formwechselnd gemäß §§ 190 ff. UmwG in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln und anschließend deren Geschäftsanteile in den Vermögensstock der Stiftung zu übertragen. Der Stifter kann eine solche Umwandlung entweder selbst vornehmen oder sie seinen Erben nach seinem Tod zur Auflage machen. Soll das Unternehmen dagegen weiterhin in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft mit Einkünften aus Gewerbebetrieb betrieben werden, kann zwischen Mutter und Tochter eine Holding-Kapitalgesellschaft zwischengeschaltet werden.²⁰⁰ Die Ausgliederung kann ohne gewinnrealisierende Aufdeckung stiller Reserven dadurch vollzogen werden, dass die Stiftung ihren Anteil an der Personengesellschaft in die Kapitalgesellschaft gegen Gewährung neuer Anteile einbringt und die übernehmende Kapitalgesellschaft die Sacheinlage i. S. der §§ 5 Abs. 4, 56 GmbHG bzw. §§ 27, 183 AktG mit dem Buchwert ansetzt (§ 20 UmwStG). Erwirbt die Stiftung die Beteiligung an der Personengesellschaft kraft Erbeinsetzung, kann sie ihren Mitunternehmeranteil mit ertragsteuerlicher Rückwirkung auf den Todestag des Stifters in eine Tochter-GmbH einbringen. Voraussetzung dafür ist gemäß § 20 Abs. 6 S. 3 UmwStG, dass der Abschluss des Einbringungsvertrags und die Vermögensübertragung auf die Kapitalgesellschaft innerhalb von acht Monaten nach dem Todestag des Stifters erfolgen.²⁰¹ Um einen erbschaftsteuerpflichtigen Erwerb des Nachlassvermögens wegen Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zu verhindern,²⁰² verlangt die Fi-

192 FG Düsseldorf EFG 1985, 83, 84; Schindler, DB 2001, 448, 451; Götz, NWB 2001, Fach 2, 7541.

193 BFH BB 1972, 210; BFH BB 2001, 1235; AEO Tz. 3 S. 3 zu § 64 Abs. 1 AO. Die Beteiligung wird allerdings dann in einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb umqualifiziert, wenn zwischen der steuerbegünstigten Stiftung und ihrer steuerpflichtigen Tochterkapitalgesellschaft eine Betriebsaufspaltung besteht, AEO Tz. 3 S. 4 zu § 64 Abs. 1 AO; Meyn/Richter/Koss/Richter, Die Stiftung, 2. Aufl. 2009, Rn. 791 ff. Näher zum Wesen und Tatbestand einer Betriebsaufspaltung Schmidt/Schmidt, EStG, 28. Aufl. 2009, § 15 Rn. 800 ff.

194 Vgl. BFH BB 1972, 210; AEO Tz. 3 Satz 4 zu § 64 Abs. 1 AO. Kritisch dazu Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 6 Rn. 133 f.

195 Zur Besteuerung der Kapitalgesellschaftsbeteiligung in diesem Fall siehe unten E. II. 2. c).

196 Richter/Sturm, ZErB 2006, 75, 79; Kümpel, DStR 1999, 1505, 1508.

197 Seifart/v. Campenhausen/Pöllath/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 43 Rn. 131 m. v. N.

198 Sog. geschäftsleitende Holding oder Führungsholding im Gegensatz zur reinen Finanzholding.

199 Vgl. AEO Tz. 3 S. 5 zu § 64 Abs. 1 AO.

200 Schulz/Brunner/Werz, BB-Special 8/2005, 2, 7; Freundl, DStR 2004, 1509, 1514.

201 Zur Rückbeziehung der Einbringung im Fall der Einzelrechtsnachfolge vgl. Widmann/Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht, Band 5, § 20 UmwStG, Rn. 291.

202 Nach R 47 Abs. 2 S. 4 ErbStR 2003 ist die Steuerbefreiung gem. § 13 Abs. 1 Nr. 16b ErbStG ausgeschlossen, wenn der gemeinnützigen Körperschaft ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zugewendet wird.

nanzverwaltung darüber hinaus, dass die Mitunternehmerstellung unverzüglich in eine steuerunschädliche Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft umgewandelt wird.²⁰³

d) Ergebnis

Es zeigt sich, dass die Entstehung eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs bei Beteiligung einer gemeinnützigen Stiftung an einer steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft nur dann vermieden werden kann, wenn die Stiftung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens ausübt. Die Beteiligung an einer nicht nur vermögensverwaltend tätigen Personengesellschaft ist auch dann steuerpflichtig, wenn die gemeinnützige Stiftung auf die Entfaltung einer Mitunternehmerinitiative verzichtet und sich als Kommanditist einer KG mit einer Rechtsstellung begnügt, die hinter dem Leitbild des HGB zurückbleibt. Eine gemeinnützige Stiftung ist daher ohne Gefährdung ihrer Gemeinnützigkeit nur sehr begrenzt im Stande, eine vom Stifter in der Stiftungssatzung vorgegebene Unternehmensstrategie auch in ihren steuerpflichtigen Beteiligungsunternehmen durchzusetzen.²⁰⁴

2. Gestaltung von Stiftungsgeschäft und Satzung einer gemeinnützigen Stiftung

Um als gemeinnützig anerkannt werden zu können, muss sich aus der Satzung und dem Stiftungsgeschäft ergeben, welche steuerbegünstigten Zwecke die Stiftung unmittelbar und ausschließlich verfolgt (§ 59 AO).²⁰⁵ Der Stiftungszweck und die Art seiner Verwirklichung müssen dabei so genau bezeichnet sein, dass allein aufgrund der Stiftungssatzung geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Steuervergünstigungen gegeben sind (§ 60 Abs. 1 S. 1 AO).²⁰⁶ Nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AO hat die Satzung der gemeinnützigen Stiftung außerdem die in der Anlage 1 der Abgabenordnung vorgegebenen Festsetzungen zu enthalten. Die durch das Jahressteuergesetz 2009²⁰⁷ eingeführte Pflicht zur Übernahme der in der Anlage 1 zu § 60 AO enthaltenen Mustersatzung gilt zum einen für nach dem 31. 12. 2008 gegründete gemeinnützige Körperschaften. Zum anderen ist die Vorschrift auf alle Satzungsänderungen bestehender Körperschaften anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2008 wirksam werden (Art. 97 § 1f Abs. 2 EGAO). Soll die Stiftung ihren Zweck nicht direkt verfolgen, sondern als Förderkörperschaft für andere steuerbegünstigte Körperschaften tätig werden (§ 58 Nr. 1 AO), muss die Mittelbeschaffung für die Verwirklichung der gemeinnützigen Zwecke anderer Körperschaften ausdrücklich in der Satzung verankert werden. Die namentliche Nennung der Empfängerkörperschaft ist daneben nicht erforderlich.²⁰⁸

3. Privatnützige Versorgung der Stifterfamilie durch die gemeinnützige Stiftung

Die Versorgung des Stifters und seiner Angehörigen aus den Vermögenserträgen einer gemeinnützigen Stiftung gerät grundsätzlich in Konflikt mit den Geboten der Selbstlosigkeit (§ 55 AO) und Ausschließlichkeit (§ 56 AO). Selbstloses Handeln ist gegeben, wenn die gemeinnützige Körperschaft weder selbst noch zu Gunsten ihrer

Mitglieder primär eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt und die übrigen in § 55 Abs. 1 AO genannten Voraussetzungen erfüllt sind.²⁰⁹ Nach §§ 51 Abs. 1 S. 1, 56 AO setzt die Anerkennung als gemeinnützig weiter voraus, dass die Stiftung ausschließlich ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt. Als Ausfluss des Ausschließlichkeitsgebots darf eine Stiftung keine Personen durch Ausgaben begünstigen, die ihrem Zweck fremd sind (§ 55 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 AO). Mit diesen gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben ist es unvereinbar, die Unterstützung von (hilfsbedürftigen) Familienmitgliedern als eigenständigen Zweck in der Stiftungssatzung zu verankern.²¹⁰ In gewissen Grenzen ist es dennoch möglich, durch eine entsprechende Anordnung im Stiftungsgeschäft oder in einer Verfügung von Todes wegen, z. B. in Form eines Vermächtnisses oder einer Auflage, für eine finanzielle Absicherung der Stifterfamilie zu sorgen. Als Gestaltungsvarianten in Betracht kommen hier eine ertragsfinanzierte Versorgung durch Nutzung der Ein-Drittel-Regelung des § 58 Nr. 5 AO und die Vereinbarung schuldrechtlicher oder dinglich gesicherter Ertragsvorbehalte, insbesondere durch Bestellung eines Nießbrauchs an den der Stiftung übertragenen Unternehmensanteilen.

Nicht möglich ist dagegen die Anerkennung einer Familienstiftung als gemeinnützig. Voraussetzung der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit ist nämlich unter anderem, dass die Tätigkeit der Körperschaft darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit und nicht nur einen fest abgeschlossenen oder auf Dauer nur kleinen Personenkreis auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet zu fördern (§ 52 Abs. 1 AO). Letzteres wäre jedoch der Fall, wenn die Stiftungssatzung bei der Festlegung potentieller Förderberechtigten an die Zugehörigkeit zu einer Familie anknüpfen würde. Eine Familienstiftung ist auch dann nicht gemeinnützig, wenn sich der Kreis der Berechtigten satzungsgemäß erst bei Wegfall des letzten Begünstigten aus der eigenen Familie auf die Allgemeinheit erweitert.²¹¹

Nach Auffassung der Finanzverwaltung²¹² kann eine Stiftung, zu deren Satzungszwecken die Unterstützung von hilfsbedürftigen (nahen oder entfernten) Verwandten des Stifters gehört, auch nicht als mildtätige Körperschaft behandelt werden. Gemäß § 53 AO verfolgt eine Körperschaft mildtätige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit der selbstlosen Unterstützung körperlich, geistig, seelisch oder wirtschaftlich hilfsbedürftiger Personen dient. Bei der Unterstützung hilfsbedürftiger Angehöriger des Stifters stehe jedoch nicht die Förderung mildtätiger

203 So jedenfalls OFD München-Nürnberg DStR 1993, 1595.

204 VerStl, DStR 1997, 674, 678; Spiegelberger, ErbStB 2005, 43, 44 m. w. N.

205 Näher zum Grundsatz der formellen Satzungsmäßigkeit Fischer/Ihle, DStR 2008, 1692, 1697.

206 Vgl. dazu BFH DStR 1997, 1679, Buchna, a.a.O. (Fn. 186), S. 219; Osterkorn, DStR 2002, 16, 17.

207 JStG 2009 v. 19. 12. 2008, BGBl I 2008, 2794.

208 Vgl. AEA O Tz. 1 zu § 58 Nr. 1 AO; OFD Frankfurt DStR 2008, 406, 407.

209 BFH BB 1992, 842.

210 Vgl. AEA O Tz. 8 zu § 58 Nr. 5 AO.

211 So bereits RFH RStBl. 1941, 316.

212 Vgl. OFD Hannover BB 2000, 913.

Zwecke, sondern die Förderung von Familienmitgliedern im Vordergrund.²¹³

a) Gemeinnützige „Kombinationsstiftung“ i. S. des § 58 Nr. 5 AO

Um in den Genuss der gemeinnützigkeitsrechtlichen Privilegien zu gelangen, ohne auf die Unterstützung von Familienmitgliedern ganz verzichten zu müssen, bietet sich auf den ersten Blick die Einbringung des Unternehmens in eine gemeinnützige „Kombinationsstiftung“ i. S. des § 58 Nr. 5 AO an. Nach dieser Bestimmung darf eine gemeinnützige Stiftung ausnahmsweise bis zu einem Drittel ihres Einkommens dazu verwenden, den Stifter und seine nächsten Angehörigen in angemessener Weise zu unterhalten, ihre Gräber zu pflegen und ihr Andenken zu ehren. Entsprechende Ausschüttungen der Stiftung sind von den Empfängern gemäß § 22 Nr. 1 S. 2 a EStG zu versteuern.²¹⁴

Die Ein-Drittel-Regelung des § 58 Nr. 5 AO könnte für potentielle Stifter ein Anreiz sein, eine gemeinnützige Stiftung mit dem für eine sinnvolle Zweckverfolgung benötigten Stiftungsvermögen auszustatten. Diese Zielsetzung wird jedoch dadurch konterkariert, dass die Finanzverwaltung zum Kreis der empfangsberechtigten „nächsten Angehörigen“ neben den Ehegatten, Eltern bzw. Pflegeeltern, Großeltern, Geschwistern und Kindern bzw. Pflegekindern nur die Enkel zählt.²¹⁵ Damit wäre nur die Absicherung der zwei nachfolgenden Generationen nach dem Stifter möglich. Angesichts der grundsätzlich unbegrenzten zeitlichen Dauer von Stiftungen ist es aber allein sachgerecht und durch den Wortlaut der Norm auch gedeckt, unter dem Begriff der „nahen Angehörigen“ alle Verwandte und Verschwägerter in gerader Linie zu verstehen.²¹⁶ Ob sich dieser Auslegung auch die Finanzgerichte anschließen werden, ist derzeit ungewiss.²¹⁷ Als Ausweichgestaltung bietet sich an, dass die zu versorgende Person selbst eine Zustiftung vornimmt, wodurch die Einschränkung auf Angehörige hinfällig wird.²¹⁸

Gemeinnützigkeitsrechtlich wird der Umfang der Versorgungsmöglichkeiten außerdem dadurch beschränkt, dass die Finanzverwaltung bei der Bestimmung der Angemessenheit des Unterhalts auf den (gegenwärtigen) Lebensstandard des Zuwendungsempfängers abgestellt.²¹⁹ Zudem müsse geprüft werden, ob die Begünstigten ihren Lebensunterhalt nicht bereits aus sonstigen Mitteln bestreiten könnten.²²⁰ Nach dieser Lesart liefe die Stiftung Gefahr, bei Ausschüttungen an nicht bedürftige Familienangehörige gegen das Gebot der Selbstlosigkeit zu verstoßen und ihre Gemeinnützigkeit zu verlieren. Nach zutreffender Ansicht²²¹ kommt es dagegen auf den Lebensstandard des Stifters im Zeitpunkt der Stiftungserrichtung an. Ihrem Zweck nach zielt die Ein-Drittel-Lösung des § 58 Nr. 5 AO nicht darauf ab, die Unterstützung des Stifters und seiner Angehörigen nur dann zuzulassen, wenn diese ähnlich den in § 53 S. 1 Nr. 2 AO genannten Personen wirtschaftlich hilfsbedürftig sind.²²² Die rechtsformspezifische Privilegierung des § 58 Nr. 5 AO dient nicht der Gründung von Einrichtungen der Wohlfahrtspflege für einen kleinen Kreis von Begünstigten. Der Zweck der Begünstigung, Stifter zur Dotation eines besonders hohen Vermögens zu bewegen,

kann wirksam nur erreicht werden, wenn der Stiftung gemeinnützigkeitsrechtlich auch die Versorgung finanziell besser gestellter, nicht bedürftiger Zuwendungsempfänger gestattet ist.²²³ Allerdings bleibt zu beachten, dass den begünstigten Destinatären wegen der Notwendigkeit der Förderung der Allgemeinheit (§ 52 AO) kein Rechtsanspruch gegen die Stiftung auf Erbringung der Versorgungsleistungen eingeräumt werden kann.²²⁴ Im Übrigen ist die Erbringung von Leistungen i. S. des § 58 Nr. 5 AO ausgeschlossen, wenn der Stifter durch Weitergabe des von Todes wegen oder durch Schenkung erworbenen Vermögens an eine gemeinnützige Stiftung die rückwirkende Steuerbefreiung nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG erlangen möchte.²²⁵

b) Begründung von Ertragsvorbehalten

Soll die Versorgung der Stifterfamilie aus den laufenden Erträgen des Vermögens einer gemeinnützigen Stiftung über die Beschränkungen des § 58 Nr. 5 AO hinaus gesichert werden, kann grundsätzlich an die Bestellung eines Nießbrauchs an den der Stiftung zugewendeten Unternehmensbeteiligungen oder an die Vereinbarung privatrechtlicher Versorgungsleistungen (Renten oder dauernde Lasten) gedacht werden. Auf diese Gestaltungsmöglichkeiten muss auch dann ausgewichen werden, wenn den Destinatären einklagbare Ansprüche auf die Stiftungsleistungen zustehen sollen. Bei beiden Varianten stellt sich jedoch die Frage, inwieweit die Erfüllung entsprechender Zahlungsansprüche durch die Stiftung mit den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben, namentlich den Grundsätzen der Selbstlosigkeit und Ausschließlichkeit, vereinbar ist. Umstritten ist insbesondere, ob im Stiftungsgeschäft oder bei Zustiftungen ausbedungene Auflagen zu Gunsten des Stifters, seiner Angehörigen oder anderer Personen an der Ein-Drittel-Grenze des § 58 Nr. 5 AO zu messen sind.

aa) Erbringung „ertragsfinanzierter“ Versorgungsleistungen

Die speziell für Stiftungen geltende Regelung des § 58 Nr. 5 AO ist nach der Gesetzessystematik nur insoweit

213 Kritisch dazu Schiffer, DStR 2003, 14, 18; Richter, ZSt 2003, 134, 136.

214 Orth, DStR 2001, 325.

215 Vgl. AEAO Tz. 6 zu § 58 AO.

216 So auch Tipke, in: Tipke/Kruse, § 58 AO Rn. 6; Klein/Gersch, 9. Aufl. 2006, § 58 AO, Rn. 5; Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212; Schauhoff, DB 1996, 1693.

217 Da sich die gemeinnützigkeitsrechtliche Problematik möglicherweise erst nach vielen Jahrzehnten stellt, wird teilweise empfohlen, auf eine Änderung bzw. andere Beurteilung der Rechtslage bis dahin zu spekulieren und die verbleibenden steuerlichen Risiken in Kauf zu nehmen, in diesem Sinne Werner, ZEV 2006, 539, 543.

218 Seifart/v. Campenhausen/Pöllath/Richter, a.a.O. (Fn. 197), § 43 Rn. 59.

219 AEAO Tz. 7 S. 3 zu § 58 Nr. 5 AO.

220 Vgl. dazu die Verfügung der OFD Magdeburg ErbStB 2004, 247, nach der Unterhaltszahlungen nur dann als angemessen erscheinen, wenn der Stifter und seine nächsten Angehörigen „in Not geraten“ sind und „sich den gewohnten Lebensstil nicht mehr leisten“ können; kritisch dazu Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212, 213.

221 Schauhoff/Schauhoff, a.a.O. (Fn. 158), § 8 Rn. 104; Tipke, a.a.O. (Fn. 216), § 58 AO, Rn. 6.

222 In diesem Sinne aber Kirchhain, ZEV 2006, 534, 536.

223 Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212, 213.

224 Schauhoff, DB 1996, 1693, 1694.

225 Vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 ErbStG.

anzuwenden, wie die Stiftung Leistungen aus ihrem Vermögen bzw. dessen Erträgen erbringt, die dem Grunde nach gegen die Gebote der Selbstlosigkeit und Ausschließlichkeit verstoßen. Über dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen §§ 55 und 56 AO einerseits und § 58 Nr. 5 AO andererseits herrscht im Prinzip zwischen Rechtsprechung und Finanzverwaltung auch Einigkeit.²²⁶ Streitig ist allerdings, ob bei der Verwendung von Erträgen des Stiftungsvermögens zur Erfüllung von Versorgungsansprüchen, die im Zuge der Ausführung des Stiftungsgeschäfts auf die Stiftung übergegangen sind, eine Art „Nettobetrachtung“ gilt.

(1) Auffassung des II. Senats des BFH

Nach Auffassung des II. Senats des BFH²²⁷ und ihm folgend der h. M. in der Literatur²²⁸ stehen Erträge, die aus vom Stifter zurückbehaltenen Vermögensteilen stammen oder die dem Stifter und ihm nahe stehenden Personen aufgrund eines ihnen eingeräumten Nießbrauchs an einem Teil des gestifteten Vermögens gebühren, der Stiftung von vornherein nicht für ihre satzungsmäßigen Zwecke zur Verfügung. Eine Begünstigung aus dem stiftungszweckgebundenen Nettovermögen scheidet auch dann aus, wenn die Stiftung Verbindlichkeiten gegenüber Dritten erfüllt, die in Ausführung des Stiftungsgeschäfts auf sie übergegangen seien.²²⁹ Für die Anwendung des § 58 Nr. 5 AO sei insoweit mangels Verwendung eigener Mittel kein Raum.

Nach dieser Ansicht kann der Stifter der Stiftung Schulden und privatnützige, aus den Erträgen zu erfüllende Versorgungsleistungen in prinzipiell unbegrenzter Höhe auferlegen, sofern nur der Wert der Auflage unter dem Wert des auf die Stiftung übertragenen Wirtschaftsgutes liegt.²³⁰ Stiftungszivilrechtlich ist nach § 80 Abs. 2 BGB allerdings darauf zu achten, dass die Stiftung eine zweckadäquate Vermögensausstattung erhält, die eine dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks als gesichert erscheinen lässt. Zudem ist der Vorstand nur zur Annahme solcher Zustiftungen berechtigt, bei denen der Stiftung nach Abzug der übernommenen Verbindlichkeiten substantielle Mittel für die Verwirklichung ihrer steuerbegünstigten Zwecke verbleiben. Es sollte daher bei der Ausgestaltung der der Stiftung auferlegten Versorgungsleistungen grundsätzlich darauf geachtet werden, dass die Auflage hinsichtlich des Tilgungsanteils aus der Vermögenssubstanz und bezüglich des Ertragsanteils (der Zinsen) aus den Erträgen der der Stiftung übertragenen Vermögens bestritten werden kann.

(2) Ansicht der Finanzverwaltung und ihre Folgen

Die Finanzverwaltung hat auf das Urteil des II. Senats des BFH mit einem Nichtanwendungserlass reagiert.²³¹ Aus den Bestimmungen der §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 58 Nr. 5 AO folge, dass eine gemeinnützige Stiftung ihr laufendes Einkommen weitgehend für die Verwirklichung ihrer satzungsmäßigen Zwecke einsetzen müsse.²³² Soweit keine „flüssigen Vermögensmittel“ mehr vorhanden seien, dürfe die Stiftung im jeweiligen Veranlagungszeitraum höchstens ein Drittel ihres Einkommens für Unterhaltsleistungen i. S. des § 58 Nr. 5 AO und die Erfüllung von anderen, auf dem gestifteten Vermögen lastenden Ansprüchen verwenden. Bei einer Rentenverpflichtung

soll sich die Ein-Drittel-Grenze nicht nur auf den Barwert, sondern auf die gesamten Zahlungen der Stiftung beziehen.²³³ Demzufolge müsste sich die Stiftung bei der Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten sowohl die Zinsanteile als auch die von ihr erbrachten Tilgungsleistungen auf die Höchstgrenze von einem Drittel ihres Einkommens anrechnen lassen.

Die Erbringung von Versorgungsleistungen stellt nach dieser Sichtweise eine Einkommensverwendung der Stiftung dar, die der Beschränkung des § 58 Nr. 5 AO unterliegt.²³⁴ Davon ausgenommen wird lediglich die Erfüllung gesetzlich angeordneter Vermögensansprüche, etwa aus dem ehelichen Güter- und Pflichtteilsrecht.

(3) Gestaltungserwägungen

Auf der Grundlage der Verwaltungsmeinung könnte die Versorgung der Stifterfamilie unter Beachtung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben dadurch gewährleistet werden, dass der Stifter neben den Anteilen an einem Unternehmen oder anderen, langfristig im Grundstockvermögen gebundenen Wirtschaftsgütern liquides Vermögen in Höhe des Nominalbetrags der Rentenverpflichtung auf die Stiftung überträgt.²³⁵ Die Gefahr einer Aberkennung der Steuerbegünstigung entsteht erst dann, wenn die Stiftung wegen Verbrauchs der übertragenen flüssigen Vermögensmittel auf Erträge zurückgreifen müsste. Dieses Risiko kann bei einer lebenslang zu zahlenden Rente freilich nicht ausgeschlossen werden, da im Zeitpunkt der Zuwendung die tatsächliche Summe der künftigen, von der Lebensdauer des Berechtigten abhängigen Rentenzahlungen nur schwer prognostizierbar ist. Bei der von der Finanzverwaltung getroffenen Unterscheidung nach der Herkunft der Mittel ist zudem eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Wertsteigerungen des (liquiden) Stiftungsvermögens und den Erträgen hieraus kaum möglich. Offen bleibt außerdem, ob und wenn ja in welchem Umfang sich die Stiftung durch (satzungsrechtlich gestattete) Vermögensumschichtungen neue Liquidität zur Bedienung der auferlegten Zahlungspflichten beschaffen darf.

Um eine Umqualifizierung der steuerbegünstigten Stiftung in eine steuerpflichtige Familienstiftung zu vermeiden, sollte deshalb bei der Begründung von Versorgungsansprüchen zu Gunsten von Familienangehörigen ein Vorbehalt aufgenommen werden, wonach die Stiftung zivilrechtlich nur insoweit zur Erfüllung der Ansprüche verpflichtet ist, als ihr dies ohne Verstoß gegen

226 Vgl. BFH DB 1998, 659; AEAO Tz. 14 Sätze 1 und 2 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO.

227 BFH DB 1998, 659.

228 Wachter, a.a.O. (Fn. 100), Teil D Rn. 33; Orth, DStJG 26 (2003), 177, 210, 224; Klein/Gersch, a.a.O. (Fn. 216), § 58 AO, Rn. 7; Schulz, DStR 1999, 354, 356; vgl. auch die weiteren Nachweise bei Kirchhain, ZEV 2006, 534, 535 (Fn. 9).

229 Z. B. stiftungsseitig übernommene Rentenzahlungen an die Ehefrau des Stifters.

230 Berndt, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 1173.

231 BMF BStBl I 1998, 1446.

232 So auch die Vorinstanz des FG München EFG 1995, 650.

233 Vgl. AEAO Tz. 13 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO.

234 In diesem Sinne auch Kirchhain, ZEV 2006, 534, 536 f. m. w. N.

235 Vgl. auch Tipke, a.a.O. (Fn. 216), § 58 AO, Rn. 6; kritisch dazu Berndt, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 1169.

die gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben möglich ist. Als Mittel dazu bietet sich bei Rentenzahlungen die Bestimmung einer Kappungsgrenze an.

Formulierungsvorschlag (Privatnützige Auflagen im Stiftungsgeschäft einer gemeinnützigen Stiftung):

„Die Zuwendung der Geschäftsanteile an der ***-GmbH erfolgt unter den Auflagen, dass

1. die Stiftung an jeden Stifter auf dessen Lebenszeit als monatliche Leibrente einen Betrag in Höhe von € *** (in Worten: € ***) zahlt. Die Rente ist im Voraus bis zum dritten Werktag eines jeden Monats zu zahlen, erstmals für den auf die Anerkennung der Stiftung folgenden Monat. Ändert sich der Verbraucherpreisindex für die Bundesrepublik Deutschland auf der Basis 2000 = 100 Punkte gegenüber dem Monat der Anerkennung der Stiftung oder dem Monat, in dem die Leibrente zuletzt angepasst wurde, um mehr als ** % nach oben oder unten, können die Beteiligten verlangen, dass die Rente im gleichen Verhältnis festgesetzt wird. Die Anpassung kann frühestens zu dem dem Änderungsverlangen folgenden Monat verlangt werden. Dieser Monat bildet jeweils den Ausgangsmonat für weitere Neufestsetzungsverlangen. Im Falle des Ablebens eines Stifters hat die Rentenzahlung an dessen jeweilige Abkömmlinge, einschließlich adoptierter und nicht-ehelicher Abkömmlinge, untereinander zu gleichen Teilen entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu erfolgen. Der Anspruch ist nicht vererblich;
2. die Kosten für eine angemessene Bestattung der Stifter die Stiftung trägt;
3. die Grabstätte der Stifter gepflegt und unterhalten wird.

Die Zahlung ist jährlich der Höhe nach auf 1/3 des Einkommens der Stiftung beschränkt. Die Beschränkung kappt die Rentenzahlung für das entsprechende Jahr. Unter Einkommen ist die Summe der Einkünfte aus den einzelnen Einkunftsarten i. S. des § 2 Abs. 1 EStG zu verstehen, unabhängig davon, ob die Einkünfte steuerpflichtig sind oder nicht.“

bb) Einräumung dinglich gesicherter Nutzungsrechte am Stiftungsvermögen

Zumindest dann, wenn sich der Stifter im Stiftungsgeschäft die Nutzungen des übertragenen Vermögens mit dinglicher Wirkung vorbehält, wie dies vor allem bei der Einräumung eines Nießbrauchs der Fall ist, nimmt auch die Finanzverwaltung²³⁶ an, dass die von der Stiftung zu erfüllenden Ansprüche das Stiftungsvermögen bereits im Zeitpunkt des Übergangs mindern. Es fehle in diesem Fall an einer Zuwendung der Stiftung i. S. des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO. Dies gelte auch dann, wenn die Leistungen unter Verwendung anderer Vermögensteile einschließlich der in einer freien Rücklage gemäß § 58 Nr. 7 a AO angesammelten Mittel erbracht würden. In welchem Ausmaß die Stiftung zur Erfüllung der in AEO Tz. 12 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO genannten Vermögensansprüche tatsächlich auch Erträge einsetzen darf, bleibt jedoch unklar.²³⁷ Denn im Folgenden wird im Anwendungserlass zur Abgabenordnung betont, dass die Stiftung bei Erbringung der ertragsfinanzierten Zahlungen während

eines Veranlagungszeitraums die Ein-Drittel-Grenze des § 58 Nr. 5 AO einhalten muss.²³⁸

Richtigerweise ist jedoch der Anwendungsbereich dieser Vorschrift gar nicht eröffnet, wenn die Erträge aus dem Stiftungsvermögen nach den allgemeinen Grundsätzen der Einkünfteerzielung dem Stifter oder seinen Familienangehörigen als eigene Einkünfte zuzurechnen sind.²³⁹ Dies ist bei der Übertragung von Kapitalvermögen beispielsweise der Fall, wenn der Stifter sich den Nießbrauch an den übertragenen Wirtschaftsgütern vorbehält oder der Nießbrauch durch die Stiftung als Erbin aufgrund letztwilliger Verfügung bestellt wird.²⁴⁰ Bei einer solchen, steuerlich anerkannten Trennung von Vermögenssubstanz und Ertrag liegt schon kein Einkommen der Stiftung vor, welches der Begrenzung des § 58 Nr. 5 AO unterliegen könnte. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber des Vereinsförderungsgesetzes vom 18. 12. 1989²⁴¹, durch das die zuvor geltende Höchstgrenze des § 58 Nr. 5 AO a. F. von einem Viertel auf ein Drittel des Einkommens angehoben wurde, seinerzeit eine weitere Anhebung mit dem Argument abgelehnt hat, der Stifter könne sich anlässlich der Stiftungserrichtung ja den Nießbrauch vorbehalten.

Jedoch muss auch bei der Wahl einer Nießbrauchlösung darauf geachtet werden, dass der Stiftung selbst genügend Erträge verbleiben, die sie nach Begleichung aller Verwaltungskosten in den Stand versetzen, ihre satzungsmäßigen Zwecke zu verwirklichen. Deshalb sollten dem Nießbraucher die Nutzungen nur zu einem bestimmten Bruchteil eingeräumt werden.²⁴² In pflichtteilsrechtlicher Hinsicht ist bei der Ausgestaltung des Nießbrauchs überdies zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BGH²⁴³ die Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB nur in Gang gesetzt wird, wenn der Stifter (Schenker) bei der Zuwendung darauf verzichtet hat, den auf die Stiftung übertragenen Vermögensgegenstand aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte (oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche) „im Wesentlichen“ weiterhin selbst zu nutzen. Die Grenze der Wesentlichkeit, bei der eine „wirtschaftliche Ausgliederung“ des nießbrauchbelasteten Gegenstands aus dem Vermögen des Stifters anzunehmen ist, hat die Rechtsprechung bislang nicht präzisiert. Die Literatur²⁴⁴ erörtert die Grenzziehung überwiegend objektbezogen und hält einen vorbehaltenen Quotennießbrauch von weniger als 50 % der Ertragsanteile für nicht mehr wesentlich. Andere Stimmen nehmen ein lebzeitiges Vermögensopfer des Stifters erst dann an, wenn zusätzlich die aufgrund des Bruchteilnießbrauchs weiter zufließenden Nettoeinkünfte im Verhältnis zu den sonstigen Einkünften des Stifters nicht als „wesentlich“ bezeichnet

236 AEO Tz. 12 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO.

237 In diesem Sinne auch Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212, 213.

238 Vgl. AEO Tz. 13 und Tz. 14 S. 5 zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO.

239 Vgl. nur Wachter, a.a.O. (Fn. 100), Teil D Rn. 33.

240 Zur Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen beim Vorbehalts- und Vermächtnisnießbrauch vgl. BMF BStBl I 1983, 508, Tz. 55; Milarz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 140 f.

241 BT-Drucks. 11/4176, S. 10.

242 So auch die Empfehlung von Müller, DStR 2000, 1289, 1291; Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212, 214.

243 BGH NJW 1987, 122; BGH NJW 1994, 1791.

244 Vgl. nur Wegmann, MittBayNot 1994, 307, 308; Heinrich, Mitt-RhNotK 1995, 157, 164.

werden können.²⁴⁵ Um bei drohenden Pflichtteilergänzungsansprüchen ein sofortiges Anlaufen der Frist des § 2325 Abs. 2 BGB sicherzustellen, empfiehlt es sich, bis zur Klärung der maßgeblichen Opfergrenze durch den BGH die zuletzt genannte Auffassung zugrunde zu legen.

c) Schlussfolgerungen

Eine vom Stifter gewünschte Versorgung von Familienmitgliedern, gespeist aus den Vermögenserträgen einer steuerbegünstigten Stiftung, ist gemeinnützigkeitsrechtlich mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Auch wenn die Finanzverwaltung bereit zu sein scheint, Zahlungen aufgrund der Bestellung eines dinglich gesicherten Ertragsnießbrauchs – anders als die Erfüllung von Rentenansprüchen – nicht der Ein-Drittel-Regelung des § 58 Nr. 5 AO zu unterwerfen, sollte auch bei Wahl einer Nießbrauchlösung die Steuerunschädlichkeit der geplanten Gestaltung, d. h. die Höhe des Quotennießbrauchs, durch Einholung einer verbindlichen Auskunft geklärt werden.²⁴⁶ Zumindest sollte im Stiftungsgeschäft oder – bei Begründung eines Nießbrauchvermögens – in der letztwilligen Verfügung die Einschränkung aufgenommen werden, dass die Stiftung ihre Verpflichtungen gegenüber dem Nießbrauchberechtigten nur insoweit erfüllen muss, als ihr dies ohne Verstoß gegen die gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben möglich ist.

4. Funktion der gemeinnützigen Stiftung als „Familienbank“

Die gemeinnützige Stiftung kann den Bestand und die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dadurch sichern, dass sie für dieses als „Familienbank“ fungiert.²⁴⁷ Durch die stetige, im günstigsten Fall steuerfreie Zuführung der Gewinnanteile zum Eigenkapital erhöht sich die Eigenkapitalquote der Stiftung. Dies wiederum verbessert gerade unter der Geltung der durch Basel II verschärften Regeln über die Eigenkapitalunterlegung die Aussichten der Stiftung, günstige Bankkredite zur Finanzierung einer Unternehmensexpansion zu erhalten.

Eine andere Frage ist, ob eine gemeinnützige Stiftung berechtigt ist, Mittel aus ihrem Vermögen, z. B. aus einer freien Rücklage gemäß § 58 Nr. 7 a AO, als Darlehen an ihre Tochtergesellschaften auszureichen. Nach einer Auffassung im Schrifttum²⁴⁸ kann der Stifter die Stiftung dazu verpflichten, ihr Vermögen dem Unternehmen als Darlehen zu einem im Voraus festgelegten Zinssatz und ohne Sicherheiten zu überlassen. Die Vergabe der Darlehen darf jedoch gemeinnützigkeitsrechtlich nicht gegen das Begünstigungsverbot des § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO verstoßen.²⁴⁹ Nach dieser Bestimmung darf die Stiftung keine Person durch Ausgaben, die ihren satzungsmäßigen Zwecken fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen. Für die gemeinnützigkeitsrechtliche Beurteilung der Kreditgewährung kommt es somit darauf an, ob diese als Mittel zur Verwirklichung des Stiftungszwecks angesehen werden kann. Zu bejahen ist dies bei der Vergabe zinsloser oder niedrigerverzinslicher Darlehen an eine gemeinnützige Tochtergesellschaft, wenn diese die darlehensweise überlassenen Mittel zeitnah für ihre steuerbegünstigten Zwecke verwendet.²⁵⁰ Dem gegenüber ist eine Darlehensgewährung an eine nicht gemeinnützige Beteiligungsgesellschaft nur

dann unschädlich für die Gemeinnützigkeit, wenn die Verzinsung marktüblichen Konditionen entspricht und die überlassenen Kapitalmittel vorübergehend nicht für die satzungsmäßigen Zwecke der Stiftung benötigt werden.²⁵¹

II. Unternehmensbezogene Familienstiftungen

Die Familienstiftung gilt als der Prototyp einer privaten Stiftung. Ihr Kennzeichen ist ihr familiärer Bezug.²⁵² Die Familienstiftung ist also keine besondere Rechtsform, sondern eine tatsächliche Erscheinungsform einer Stiftung, die den Interessen oder dem Wohl einer oder mehrerer bestimmter Familien gewidmet ist. Im BGB, das vom Prinzip der Einheitsstiftung ausgeht, ist die Familienstiftung nicht geregelt. Sondervorschriften finden sich nur in den Landesstiftungsgesetzen und im Steuerrecht. Die verschiedenen Vorschriften bestimmen den Grad der erforderlichen Familienbegünstigung jedoch unterschiedlich,²⁵³ so dass von einem einheitlichen Begriff der Familienstiftung keine Rede sein kann.²⁵⁴

Familienstiftungen eignen sich in besonderer Weise zur Unternehmenssteuerung. Der Stifter kann die Versorgung seiner Nachkommen aus den Unternehmenserträgen dauerhaft sicherstellen, ohne den Begünstigten einen Zugriff auf die Unternehmenssubstanz eröffnen zu müssen.²⁵⁵ Einige Familienstiftungen sind an den größten deutschen Industrie- und Dienstleistungsunternehmen beteiligt. Erwähnt seien hier nur die Markus-Stiftung und die Siepmann-Stiftung. Die beiden Familienstiftungen halten Anteile an zahlreichen GmbH & Co. KGs, unter deren Dach die regionalen Niederlassungen der Unternehmen Aldi Nord und Aldi Süd betrieben werden.²⁵⁶

1. Satzungsgestaltung und Organisation

Eine typische Formulierung des Stiftungszwecks einer Familienstiftung findet sich in den Satzungen der fünf im Jahre 1987 von Reinhold Würth gegründeten Familienstiftungen. Die vier für seine Frau Bettina Würth und seine drei Kinder gegründeten Stiftungen halten zusammen die Anteile an zwei in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG organisierten Holdinggesellschaften, die die Beteiligungen an den deutschen Tochtergesellschaften verwalten. Der daneben errichteten Adolf-Würth-Stif-

245 So die von Mayer, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 2. Aufl. 2001, Rn. 433, entwickelte „Kombinationstheorie; ihm folgend Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rn. 1004, der bereits einen Anteil von mehr als 25 % der Vorbehaltsverträge an den Gesamteinkünften des Schenkers als wesentlich betrachtet; zum Stand der Diskussion vgl. zuletzt Gehse, RNotZ 2009, 361, 366 ff.

246 Richter/Sturm, ZErB 2006, 75, 80; Söffing/Thoma, ErbStB 2005, 212, 213 f.

247 Vgl. dazu Schiffer, DStZ 2002, 1206, 1209; Saenger, FS Kollhosser, a.a.O. (Fn. 2), S. 591, 603; Werner, ZEV 2006, 539, 543.

248 Werner, ZEV 2006, 539, 543; Schiffer, DStR 2002, 1208.

249 Näher dazu Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 67 f.

250 Vgl. AEAO Tz. 15 zu § 55 AO.

251 Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 68.

252 Vgl. Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 29 f.

253 Vgl. dazu die Übersicht bei Seifart/v. Campenhausen/Pöllath/Richter, a.a.O. (Fn. 197), § 13 Rn. 7.

254 Schiffer/Fries, ZErB 2006, 115, 117.

255 Werner, ZEV 2006, 539, 541.

256 Muscheler, ErbR 2008, 134, 137.

tung wurden die Anteile an einer Holding-GmbH übertragen, mittels derer die Auslandsbeteiligungen verwaltet werden. Der Stiftungszweck der Familienstiftungen lautet wie folgt²⁵⁷:

„Zweck der Stiftung ist die Unterstützung der Stifter und deren leiblicher ehelichen Abkömmlinge (Destinatäre), insbesondere die Sicherung eines angemessenen Lebensunterhaltes sowie die Förderung von Berufsausbildung und Studium dieses Personenkreises. Die Stiftung hat ferner die Aufgabe, kraft ihrer Beteiligung an in- und ausländischen Unternehmen der Unternehmensgruppe Würth für deren wirtschaftliche Sicherung, Fortbestand und Wachstum zu sorgen, sowie den Charakter der Unternehmensgruppe als Familienunternehmen zu erhalten.“

Leitungsorgan in allen Stiftungen ist ein fünfköpfiger, personenidentisch besetzter Aufsichtsrat. Um die Wachstumsstrategie der Unternehmensgruppe zu sichern und externen Sachverständigen in die Unternehmensführung einzubinden, stehen drei der Aufsichtsratsmandate familienfremden Personen zu, die ihre Nachfolger selbst bestimmen. Die anderen beiden Aufsichtsräte werden von der Familie ernannt und sind ihr gegenüber weisungsgebunden.

2. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsaspekte

Die Familienstiftung ist eine juristische Person des privaten Rechts und wird grundsätzlich auch wie eine solche besteuert.²⁵⁸ Besonderheiten gelten jedoch in erbschaftsteuerrechtlicher Hinsicht für die Errichtung und Auflösung einer inländischen Familienstiftung.

Von einer Familienstiftung im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne ist auszugehen, wenn eine inländische Stiftung wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien errichtet ist (§§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 15 Abs. 2 S. 1 ErbStG). Nach Auffassung des BFH²⁵⁹ dient die Stiftung dann wesentlich einer Familie, wenn es dieser nach der Satzung und ggf. dem Stiftungsgeschäft ermöglicht wird, das Stiftungsvermögen zu nutzen oder die Stiftungserträge an sich zu ziehen. Inwieweit die Stiftung Erträge tatsächlich thesauriert oder an ihre bezugsberechtigten Destinatäre ausschüttet, ist für diese Beurteilung unmaßgeblich. Die Finanzverwaltung nimmt in Anknüpfung an § 15 Abs. 2 AStG ein wesentliches Familieninteresse immer dann an, wenn nach der Satzung der Stifter, seine Angehörigen und deren Abkömmlinge zu mehr als 50 % bezugs- und anfallsberechtigt sind. Bei Hinzutreten weiterer Umstände, wie beispielsweise ein wesentlicher Einfluss der Familie auf die Geschäftsführung der Stiftung, soll schon ein Anfalls- oder Bezugsrecht von mehr als 25 % für das Vorliegen einer Familienstiftung genügen.²⁶⁰

a) Besteuerung der Stiftungerrichtung und von Zustiftungen

Im Unterschied zur Ausstattung anderer juristischer Personen mit Gründungskapital ist die Übertragung von Vermögen auf eine Familienstiftung anlässlich ihrer Errichtung erbschaft- und schenkungsteuerpflichtig.²⁶¹ Gleiches gilt für Zustiftungen zu Lebzeiten und von Todes wegen (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Da

nach Ansicht des BFH²⁶² für die Ermittlung des maßgeblichen Vermögens auf den Zeitpunkt der Anerkennung der Stiftung abzustellen ist, unterliegen Vermögenserträge, die im Zeitraum nach dem Tod des Stifters bis zur Stiftungsanerkennung anfallen, sowohl der Körperschaft- als auch der Erbschaftsteuer.²⁶³

Für die Erstaussstattung einer inländischen Familienstiftung sieht § 15 Abs. 2 S. 1 ErbStG eine besondere Steuervergünstigung vor. Danach richtet sich die Besteuerung der Vermögenszuwendungen nach dem persönlichen Verhältnis des nach der Stiftungsurkunde entferntesten Berechtigten zum Stifter. Die Finanzverwaltung²⁶⁴ berücksichtigt dabei auch potentiell Berechtigte, die der Satzung zufolge erst in nachfolgenden Generationen in den Genuss von Stiftungsleistungen kommen können. Um die Anwendung der Steuerklasse I und die Inanspruchnahme des steuersatzabhängigen Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG von EUR 100 000 sicherzustellen, dürfen somit in der Stiftungssatzung ausschließlich der Ehegatte und die Abkömmlinge des Stifters als Begünstigte benannt werden. Ist die Einbeziehung weiterer Personen in den Kreis der Anfalls- und Bezugsberechtigten beabsichtigt, kann sich die Errichtung zweier Familienstiftungen empfehlen.²⁶⁵ Nachteil einer solchen Verteilung der satzungsmäßig Begünstigten auf zwei Familienstiftungen je nach ihrem Verwandtschaftsverhältnis zum Stifter ist allerdings, dass die eine Stiftung mit dem Tode des letzten Abkömmlings aufgehoben werden muss.

Nachträgliche Zuwendungen des Stifters oder Dritter stellen dagegen gewöhnliche Schenkungen i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar, die nach Steuerklasse III besteuert werden.²⁶⁶ Nur wenn sich der Stifter im Stiftungsgeschäft bereits verbindlich zu der Zustiftung verpflichtet hat, greift nach h. M. das Steuerklassenprivileg des § 15 Abs. 2 S. 1 ErbStG auch für diese ein.²⁶⁷ Ansonsten bleibt als Gestaltungsalternative nur die Gründung einer neuen Stiftung. Ob diese dann später erbschaftsteuerfrei mit der älteren Stiftung „verschmolzen“ werden kann²⁶⁸, muss angesichts gegenteiliger Äußerungen der Finanzverwaltung zu dieser Frage²⁶⁹ eher bezweifelt werden.

257 Vgl. Bundesverband Deutscher Stiftungen (Hrsg.), Verzeichnis Deutscher Stiftungen 2000, unter „Bettina-Würth-Familienstiftung“.

258 Näher dazu Richter/Wachter/Richter, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, Länderbericht Deutschland, Rn. 132 ff.

259 BFH ZEV 1998, 112.

260 Vgl. R 2 Abs. 2 ErbStR; kritisch dazu Berndt, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 813; Schiffer/Fries, ZErB 2006, 115, 117.

261 Für den Erwerb von Todes wegen folgt dies aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG, für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 8 S. 1 ErbStG.

262 BFH ZEV 1996, 38.

263 Kritisch zu dieser Doppelbesteuerung Gebel, Betriebsvermögensnachfolge, 2. Aufl. 2002, Rn. 1232 f.

264 R 73 Abs. 1 ErbStR.

265 Berndt, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 811; Richter/Wachter/Richter, a.a.O. (Fn. 258), Rn. 159.

266 Meincke, ErbStG, 15. Aufl. 2009, § 15 Rn. 21; R 73 Abs. 3 ErbStR; Hessisches FG DStRE 2008, 1514.

267 Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 37. Erg.-Lfg. 2009, § 15 Rn. 112; Gebel, a.a.O. (Fn. 263), Rn. 1246; Kussmaul/Meyering, StB 2004, 135, 137.

268 So Jülicher, a.a.O. (Fn. 267), § 15 Rn. 112; Richter/Wachter/Richter, a.a.O. (Fn. 258), Rn. 160; Seifart/v. Campenhausen/Pöllath/Richter, a.a.O. (Fn. 197), § 42 Rn. 47.

269 FM Nds. BB 1984, 259; vgl. auch R 2 Abs. 4 ErbStR.

Für die Bestimmung der Steuerklasse ist auch dann auf den Kreis der Begünstigten abzustellen, wenn der gesamte Erwerb der Stiftung aus begünstigtem Vermögen i. S. des § 13 b ErbStG, z. B. aus einer unmittelbaren Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft von mehr als 25 %, besteht. Denn die Tarifiermäßigung des § 19 a ErbStG, die für den Erwerb von „Produktivvermögen“ die Anwendung der Steuersätze der Steuerklasse I anordnet, beschränkt sich auf den Erwerb von natürlichen Personen. Im Übrigen gelten aber für die Familienstiftung, die die unternehmerische Tätigkeit des Stifters fortführt, die gleichen erbschaftsteuerrechtlichen Vergünstigungen²⁷⁰ wie für jeden anderen Erwerber privilegierten (Betriebs-)Vermögens.

Ertragsteuerrechtlich hat die Entnahme der der Stiftung zugewendeten Gegenstände aus dem Betriebsvermögen des stiftenden Unternehmers grundsätzlich eine Aufdeckung aller stillen Reserven zur Folge. Das gilt jedoch nicht, wenn der Stifter den ganzen Betrieb, einen selbstständigen Unternehmensteil oder Anteile an einer Personengesellschaft auf die Stiftung überträgt (§ 6 Abs. 3 EStG).

b) Erbersatzsteuer

Die inländische Familienstiftung unterliegt in regelmäßigen Abständen von 30 Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt ihrer Errichtung, mit ihrem gesamten, zum jeweiligen Stichtag vorhandenen Vermögen der Erbersatzsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Ausschüttungen an Destinatäre sollten daher möglichst vor dem nächsten Stichtag erfolgen. Dagegen wird der Kapitalwert der Leistungen, die die Stiftung zukünftig an satzungsmäßig Begünstigte zu erbringen hat, nicht von der Bemessungsgrundlage der Erbersatzsteuer abgezogen (§ 10 Abs. 7 ErbStG). Vermögensmehrungen durch Zustiftungen und sonstige Zuwendungen werden unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Vornahme miterfasst.

Die Erbersatzsteuer wurde 1974 als Ersatz für eine natürliche Erbfolge eingeführt.²⁷¹ Bei ihr fingiert § 15 Abs. 2 S. 3 ErbStG den Übergang des Vermögens auf zwei natürliche Personen der Steuerklasse I. Dies gilt unabhängig davon, ob zum Kreis der Begünstigten überhaupt Kinder oder andere Erwerber der Steuerklasse I gehören. Demzufolge steht die Familienstiftung der doppelte Kinderfreibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zu. Die Steuer wird nach dem Prozentsatz der Steuerklasse I berechnet, der auf die Hälfte des steuerpflichtigen Vermögens entfällt. Durch die Gründung mehrerer Familienstiftungen können diese Vergünstigungen mehrfach ausgenutzt werden.²⁷² Die Steuerbefreiungen für begünstigtes Vermögen gemäß § 13 b ErbStG gelten auch im Rahmen der Erbersatzsteuer (§ 13 a Abs. 9 ErbStG). Die Familienstiftung kann demnach ihre Steuerbelastung reduzieren, indem sie nicht begünstigtes Verwaltungsvermögen rechtzeitig vor Entstehung der Erbersatzsteuer in privilegiertes Vermögen „umwandelt“.

Ein Vorteil der Erbersatzsteuer ist ihre verlässliche Planbarkeit und Kalkulierbarkeit. Auf Antrag kann die Steuer anstelle einer Einmalzahlung in 30 gleichen Jahresraten entrichtet werden (§ 24 ErbStG). Diese setzen sich aus dem Tilgungsanteil und einer Verzinsung mit einem Zinssatz von 5,5 % zusammen. Die Verrentung

ermöglicht es der Stiftung, die Steuerschuld aus den jährlichen Erträgen zu zahlen.

c) Laufende Besteuerung der Familienstiftung und ihrer Destinatäre

Eine Familienstiftung kann grundsätzlich alle Einkunftsarten des Einkommensteuerrechts verwirklichen. Dividenden und Gewinne der Stiftung aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bleiben zu 95 % steuerfrei (§ 8 b KStG). Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen, die die Familienstiftung als Gegenleistung für die Einbringung eines (Teil-)Betriebs unter dem gemeinen Wert erhalten hat, kommt es zu einer rückwirkenden Besteuerung des Einbringungsvorgangs, wenn seit diesem Zeitpunkt noch keine sieben Jahren verstrichen sind (§ 22 Abs. 1 und 2 UmwStG). Als juristische Person gilt für die Stiftung der Körperschaftsteuersatz von 15 % (§ 23 Abs. 1 KStG). Gewerbesteuer fällt nur an, wenn die Familienstiftung selbst gewerblich tätig wird.

Satzungsmäßige Zuwendungen aus dem Vermögen der Familienstiftung führen bei den Destinatären nach § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG zu Einkünften aus Kapitalvermögen²⁷³, die der Abgeltungsteuer von 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) unterliegen. Das steuerpflichtige Einkommen der Stiftung wird dadurch nicht gemindert (§ 10 Nr. 1 KStG).

d) Aufhebungsbesteuerung und Änderung des „Stiftungscharakters“

Die Beendigung der Familienstiftung, gleich aus welchem Grund, wird nach § 7 Abs. 1 Nr. 9 S. 1 ErbStG als steuerpflichtige Schenkung unter Lebenden behandelt.²⁷⁴ Mit der Beendigung der Stiftung ist ihr Vermögen an die in der Satzung benannten Anfallberechtigten auszukehren (§ 88 BGB). Diese haben den Vermögensanfall aufgrund der Sonderregelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ErbStG entsprechend ihrem persönlichen Verhältnis zum Stifter zu versteuern.²⁷⁵ Fällt das Stiftungsvermögen an den Stifter zurück, bleibt dessen Rückerwerb nicht etwa steuerfrei, sondern unterliegt der Besteuerung nach der ungünstigen Steuerklasse III.²⁷⁶ Sollte ein Rückfall des Stiftungsvermögens an den Stifter im Falle einer Auflösung der Familienstiftung geplant sein, sollte sich der Stifter deshalb zur Vermeidung einer Doppelbesteue-

270 Näher dazu Hübner, a.a.O. (Fn. 141), S. 416 ff.; Moench/Albrecht, Erbschaftsteuer, 2. Aufl. 2009, Rn. 845 ff.

271 Kritisch zu den daraus resultierenden Steuerbelastungen im Vergleich zu einer „normalen“ Familienerbfolge Richter/Wachter/Wachter, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, § 22 Rn. 199 ff.; von Löwe/du Roi Drooge, ZEV 2006, 530, 532; differenzierend dagegen Korezkij, ZEV 1999, 132, 136 f.

272 Richter/Wachter/Wachter, a.a.O. (Fn. 271), § 22 Rn. 141.

273 BMF BStBl I 2006, 417; zur Kritik der Literatur an dieser Einordnung vgl. nur Richter/Wachter/Richter, a.a.O. (Fn. 258), Rn. 198.

274 Vgl. nur Meincke, a.a.O. (Fn. 266), § 7 ErbStG, Rn. 113.

275 Bei Auflösung der Familienstiftung innerhalb von zwei bzw. vier Jahren nach dem Stichtag der Erbersatzsteuer gewährt § 26 ErbStG eine Steuerermäßigung.

276 BFH BB 1993, 1863; kritisch dazu Binz/Sorg, DStR 1994, 229, 232. Zusätzlich werden die Kapitalerträge des Stiftungsvermögens, die nach Auflösung der Stiftung an die Destinatäre oder den Stifter ausgekehrt werden, als Kapitaleinkünfte besteuert (§ 20 Abs. 1 Nr. 9 Hs. 2. i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG), vgl. OFD Koblenz v. 21. 12. 2006, S 2252 A – St 33 2.

zung ausdrücklich ein Rückforderungsrecht im Stiftungsgeschäft vorbehalten oder die Übertragung des Grundstockvermögens unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen werden.²⁷⁷

Gestaltungsüberlegungen, den drohenden Anfall der Erbersatzsteuer durch eine Änderung des Stiftungszwecks oder der Anfalls- und Bezugsberechtigung zu verhindern,²⁷⁸ versucht die Finanzverwaltung dadurch zu durchkreuzen, dass sie eine Änderung des „Stiftungscharakters“ einer Familienstiftung als (steuerpflichtige) Aufhebung der bestehenden Stiftung und Errichtung einer neuen Stiftung behandelt wissen will.²⁷⁹ Gleiches soll gelten, wenn durch Satzungsänderung der Kreis der Destinatäre auf bisher nicht bezugs- oder anfallsberechtigte Familienangehörige ausgedehnt wird und die Berücksichtigung dieser Personen schon bei Gründung der Stiftung zu einer Besteuerung der Erstaussstattung nach einer ungünstigeren Steuerklasse geführt hätte.²⁸⁰ Auch wenn diese Sichtweise der Finanzverwaltung auf einer bloßen Fiktion ohne gesetzliche Grundlage beruht,²⁸¹ ist sie doch für die Praxis zu beachten.

3. „Umwandlung“ in eine gemeinnützige Stiftung

Eine auch von der Finanzverwaltung anerkannte Möglichkeit, dem Anfall der Erbersatzsteuer auszuweichen, ist die Errichtung einer so genannten Sukzessivstiftung.²⁸² Diese liegt vor, wenn die Familienstiftung durch eine Änderung ihrer satzungsmäßigen Zwecke vor Ablauf der 30-Jahres-Frist in eine gemeinnützige Stiftung „umgewandelt“ wird. Die Stiftungssatzung sollte dazu die Anordnung enthalten, dass die Stiftung nach Auslaufen des zeitlich begrenzten Familienzwecks mit einem anderen, gemeinnützigen Zweck fortgesetzt werden soll. Bis dahin bleiben die für Familienstiftungen geltenden Regelungen anwendbar.²⁸³ Der gemeinnützige Stiftungszweck und der nach Wegfall der Familienbegünstigung geltende Inhalt der Stiftungssatzung sollten vom Stifter möglichst konkret vorgegeben werden. Ergänzend dazu sollten die Stiftungsorgane ermächtigt werden, nach vorheriger Abstimmung mit den Finanzbehörden alle Satzungsänderungen zu beschließen, die zur Anerkennung der Sukzessivstiftung als gemeinnützig erforderlich sind. Darüber hinaus kann der Stifter den Stiftungsorganen auch die Kompetenz zuweisen, eine entsprechende Umwandlung durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss selbst herbeizuführen. Nachteil der Gestaltung aus Sicht der vormals begünstigten Familienmitglieder ist jedoch, dass deren Förderung durch die gemeinnützige Stiftung dann nur noch in den engen Grenzen des § 58 Nr. 5 AO möglich ist.

III. Doppelstiftung

Unter einer Doppelstiftung wird gemeinhin ein Rechtsgebilde verstanden, bei dem eine gemeinnützige Stiftung und eine Familienstiftung an einer oder mehreren Gesellschaft(en) beteiligt sind.²⁸⁴ Die Doppelstiftung ist somit stets eine Beteiligungsträgerstiftung. Bei der Beteiligungsgesellschaft kann es sich um eine operativ tätige Personen- oder Kapitalgesellschaft oder eine zwischen geschaltete Holding handeln.

Die Doppelstiftung ist ein „Kind“ der Kautelarjurisprudenz. Ihre Errichtung ist vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn weder eine reine Familienstiftung aufgrund der damit verbundenen Erbschaftsteuerbelastung noch eine gemeinnützige Stiftung mit Blick auf die Versorgungsinteressen der Familie eine geeignete Lösung der Nachfolgeproblematik verspricht. Die Gründung einer steuerbegünstigten gemeinnützigen Stiftung neben einer Familienstiftung verfolgt das Ziel, die Vorteile beider Stiftungstypen miteinander zu kombinieren und dabei die Nachteile einer „gemeinnützigen“ Familienstiftung, die aus der Ein-Drittel-Grenze und der engen Auslegung des § 58 Nr. 5 AO durch die Finanzverwaltung resultieren, zu vermeiden.

1. Rechtliche Konstruktion

Typischerweise erhält die Familienstiftung aus erb-schaftsteuerrechtlichen Gründen nur eine geringe Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, im Gegenzug aber eine qualifizierte Mehrheit der Stimmrechte. Auf diese Weise soll der Einfluss der Familie auf die Unternehmensführung dauerhaft gesichert werden.²⁸⁵ Zudem kann die Familienstiftung aufgrund ihrer erhöhten Stimmrechtsmacht dafür sorgen, dass der Großteil der Erträge im Unternehmen thesauriert wird. Durch verbindliche Vorgaben in der Stiftungssatzung kann der Stifter die Stiftungsorgane zur Umsetzung einer entsprechenden Ausschüttungspolitik in der Beteiligungsgesellschaft verpflichten. Spiegelbildlich dazu wird die gemeinnützige Stiftung mehrheitlich nur am Vermögen der Beteiligungsgesellschaft beteiligt, ohne dass ihr nach dem Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft entsprechende Stimmrechte zustehen. Die Unternehmensbeteiligung dient der gemeinnützigen Stiftung nur als Dotationsquelle und Mittel zur Erfüllung ihrer Stiftungszwecke.

Die Familienbegünstigung der Doppelstiftung kann dadurch gestärkt werden, dass der gemeinnützigen Stiftung im Stiftungsgeschäft aufgegeben wird, einen Teil ihres Einkommens im Rahmen der Drittelregelung des § 58 Nr. 5 AO zur Versorgung der nächsten Angehörigen des Stifters zu verwenden.

Das folgende Schaubild gibt die klassische Konstruktion einer Doppelstiftung mit einer Tochterkapitalgesellschaft (Holding) wieder:

277 Zum rückwirkenden Erlöschen der für die Vermögensübertragung auf die Stiftung festgesetzten Schenkungsteuer nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sowie der Steuerfreiheit des Vermögensrückfalls in diesen Fällen siehe Jülicher, *StuW* 1999, 363, 371.

278 Zu den zivilrechtlichen Grenzen einer Änderung der Stiftungssatzung Burgard, a.a.O. (Fn. 42), S. 332 ff.

279 R 2 Abs. 4 S. 1 ErbStR.

280 Einschränkend soll in diesem Fall die „Aufhebung“ der bisherigen Stiftung nicht gesondert besteuert werden, vgl. R 2 Abs. 4 S. 2 ff. ErbStR.

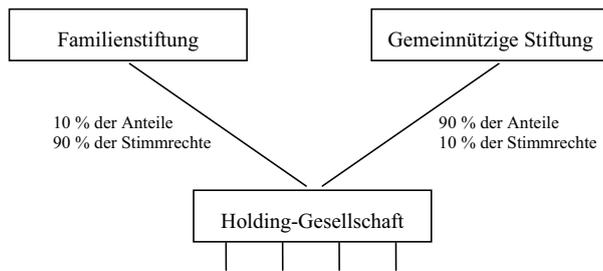
281 Zur Kritik an der Verwaltungsmeinung vgl. nur Richter/Wachter/Wachter, a.a.O. (Fn. 271), § 22 Rn. 67 ff. m. w. N.

282 Zur Steuerfreiheit dieser „Umwandlung“ gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG vgl. R 2 Abs. 5 ErbStR.

283 Näher dazu Fröhlich, a.a.O. (Fn. 98), S. 29 ff.

284 Zur Struktur der Doppelstiftung vgl. auch Richter/Sturm, *ZERB* 2006, 75, 76 f.

285 Alternativ dazu können die Stimmrechte der Familienstiftung auch vollständig ausgeschlossen und die Geschicke des Unternehmens in die Hände der gemeinnützigen Stiftung gelegt werden.



Ein bekanntes Beispiel für eine Doppelstiftung war lange Zeit die Kargsche Familienstiftung. Sie hielt – ausgestattet mit einem Mehrstimmrecht – nur 0,5 % des Kapitals an der Hertie Waren- und Kaufhaus GmbH, während die gemeinnützige Hertie-Stiftung zu 97,5 % am Stammkapital der GmbH beteiligt war.

Darüber hinaus können nicht nur die Stimmrechte, sondern auch die Gewinnbezugsrechte beider Stiftungen abweichend von ihren Beteiligungsquoten festgelegt werden.²⁸⁶ So können der Familien-Stiftung in der obigen Grundstruktur nicht nur 90 % der Stimmrechte, sondern auch eine an den Versorgungsbedürfnissen der Angehörigen des Stifters ausgerichtete Gewinnbeteiligung von 90 % eingeräumt werden.

2. Organisation und Satzungsgestaltung der Familien- und gemeinnützigen Stiftung

Die Führungs- und Aufsichtsgremien beider Stiftungen sind häufig personell miteinander verflochten. Da die Errichtung einer Doppelstiftung einer möglichst steueroptimierten Unternehmensnachfolge dienen soll, bleibt der Einfluss der Stifterfamilie auf die Doppelstiftung und ihre Unternehmensbeteiligungen erhalten. Allerdings ist zwecks Vermeidung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs bei der gemeinnützigen Stiftung darauf zu achten, dass ihre Vorstände nicht zugleich die Tochterkapitalgesellschaften beider Stiftungen leiten.²⁸⁷ Der Wegfall der Gemeinnützigkeit droht grundsätzlich auch dann, wenn zwischen den Leitungsgremien der gemeinnützigen Stiftung und der Familienstiftung eine Personalunion besteht und die Familienstiftung die Geschäftsführung des Unternehmens kontrolliert. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn die gemeinnützige Stiftung mangels Stimmrechts in der Holding keine Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung des Unternehmens Einfluss zu nehmen. In Zweifelsfällen sollte eine vom Stifter oder von den zuständigen Organen der Stiftungen gewünschte personenidentische Besetzung der Leitungsgremien durch eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung gemeinnützigkeitsrechtlich abgesichert werden.

3. Rechtsformüberlegungen zur Wahl der Beteiligungsgesellschaft

Das Beteiligungsunternehmen der Doppelstiftung kann grundsätzlich in der Rechtsform einer Personengesellschaft²⁸⁸ oder einer Kapitalgesellschaft betrieben werden. Neben den allgemeinen Auswahlkriterien steuerlicher und nichtsteuerlicher Art sind hier vor allem die gemeinnützigkeitsrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten, die für die Betätigung gemeinnütziger Unternehmensstiftungen gelten.²⁸⁹

Soll das operativ tätige Unternehmen als Kapitalgesellschaft geführt werden, empfiehlt sich in der Regel die Wahl einer GmbH.²⁹⁰ Grund dafür ist die im Vergleich zum Aktienrecht größere Flexibilität des GmbH-Rechts, die sich insbesondere in den größeren Möglichkeiten zur Ausgestaltung der rechtlichen Stellung der Gesellschafter zeigt. Im Rahmen der im GmbH-Recht herrschenden Satzungsautonomie kann die im Ansatz kapitalistisch strukturierte GmbH im Gesellschaftsvertrag stärker personalistisch ausgeformt werden. Um die unternehmerische Verantwortung bei der Familienstiftung zu konzentrieren, können die der gemeinnützigen Stiftung übertragenen Geschäftsanteile von vornherein vom Stimmrecht ausgeschlossen werden²⁹¹ oder nur ein reduziertes Stimmrecht vermitteln. Im Gegenzug kann der Familienstiftung im Gesellschaftsvertrag der GmbH ein Mehrstimmrecht eingeräumt werden.²⁹² Um den Ausschüttungsinteressen der Familie stärker Rechnung zu tragen, kann gem. § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag der GmbH der Gewinnanteil der Familienstiftung abweichend von ihrer Beteiligungsquote festgelegt werden. Eine ungleiche Ausgestaltung der Gewinnbeteiligungen stellt keinen Verstoß gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dar, sofern die Satzungsregelung vom Einvernehmen aller Gesellschafter getragen ist.²⁹³ Inwieweit allerdings Gesellschafterrechte auch kumulativ ausgeschlossen werden können, ist höchstrichterlich nicht abschließend geklärt.²⁹⁴ Vorsorglich sollten hier deshalb allzu extreme Gestaltungen vermieden werden.²⁹⁵

Dem gegenüber ist die Gestaltungsfreiheit bei der im Grundsatz für einen offenen Gesellschafterkreis konzipierten AG durch den in § 23 Abs. 5 AktG normierten Grundsatz der Satzungsstrenge stärker eingeschränkt. So kann in der Satzung der AG die Veräußerbarkeit der Aktien nicht als solche ausgeschlossen werden. Lediglich bei Namensaktien kann die Übertragung an die Zustimmung der AG geknüpft werden (§ 68 Abs. 2 AktG).²⁹⁶ Überdies kann die Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung nicht einem einzelnen Gesellschafter zugewiesen werden.²⁹⁷

286 Vgl. dazu Muscheler, ErbR 2008, 134, 136.

287 Vgl. dazu bereits oben E. I. 1. b).

288 Vgl. dazu das Muster einer Doppelstiftung & Co. KG bei Brambring/Mutter/Mutter, a.a.O. (Fn. 120), Form. H. II. 5.

289 Siehe dazu oben E. I. 1 a) und b).

290 Schulz/Brunner/Werz, BB-Special 8/2005, 2, 7; Richter/Sturm, ZERB 2006, 75, 77.

291 Zur Zulässigkeit sog. stimmrechtsloser Geschäftsanteile vgl. BGHZ 14, 264, 269; Scholz/Schmidt, GmbHG, Band II, 10. Aufl. 2007, § 47 Rn. 11 m. w. N.

292 Zur Zulässigkeit von Mehrstimmrechten BayObLG DNotZ 1986, 373, 375 f.; OLG Frankfurt GmbHR 1990, 79, 82; Baumbach/Hueck/Zöller, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 47 Rn. 72. Nach Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 47 Rn. 2, soll die Grenze der Vertragsfreiheit allerdings bei der Schaffung eines Mehrstimmrechtes für einen nur symbolisch am Stammkapital der GmbH beteiligten Gesellschafter überschritten sein.

293 Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 129), § 29 GmbHG, Rn. 52 f.

294 Der BGH BGHZ 14, 264, 268 f., hat zwar auch den gleichzeitigen Ausschluss von Stimm- und Gewinnbezugsrechten dem Grunde nach anerkannt. Die Ausführungen des BGH galten jedoch einer Konstellation, in der jeder Gesellschafter nur mit einem seiner Geschäftsanteile betroffen war.

295 Siehe dazu auch Mutter, ZEV 2007, 512, 513.

296 Hüffer, a.a.O. (Fn. 129), § 68 AktG, Rn. 14.

297 MünchHdb GesR/Wiesner, Band IV, 3. Aufl. 2007, § 14 Rn. 26.

Ferner lässt sich die mit der Errichtung einer Doppelstiftung typischerweise einhergehende disproportionale Stimmrechts- und Gewinnverteilung zwischen Familien- und gemeinnütziger Stiftung bei Beteiligung an einer AG nur in gewissen Grenzen vereinbaren. So können der Familienstiftung aufgrund des Verbots von Mehrstimmrechten gemäß § 12 Abs. 2 AktG in der Satzung nicht mehr Stimmrechte eingeräumt werden, als es ihrer auf das Grundkapital bezogenen Beteiligungsquote entspricht. Zwar kann durch Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien nach §§ 12 Abs. 1 S. 2, 139 AktG neben dem Einfluss externer Aktionäre auch die Stimmrechtsmacht der gemeinnützigen Stiftung ausgeschaltet oder zumindest verringert werden.²⁹⁸ Im Gegenzug müssen die Aktien jedoch mit einem zumindest geringfügigen Vorzug bei der Verteilung des Bilanzgewinns ausgestattet werden.²⁹⁹ Außerdem dürfen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden (§ 139 Abs. 2 AktG). Durch diese Höchstgrenze wird verhindert, dass ein Aktionär mit einer nur geringen Beteiligung am Grundkapital durch seine Stimmrechtsmacht eine Mehrheit von Kapitalgebern beherrscht.³⁰⁰ Eine effektive Machtverschiebung zu Gunsten der Familienstiftung kann auch nicht durch die bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften grundsätzlich zulässige Einführung von Höchststimmrechten nach § 134 Abs. 1 S. 2 bis 4 AktG i. V. m. § 3 Abs. 2 AktG herbeigeführt werden. Denn die danach möglichen Stimmkraftbeschränkungen können nicht für einzelne Aktionäre angeordnet werden (§ 134 Abs. 1 S. 5 AktG). Der Gesetzgeber wollte dadurch verhindern, dass das Verbot von Mehrstimmrechten in § 12 Abs. 2 AktG unterlaufen wird.³⁰¹ Um der Familienstiftung zumindest einen gesteigerten Einfluss auf die Auswahl des Vorstands vorzubehalten, kann ihr in der Satzung der AG immerhin das Recht eingeräumt werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Allerdings ist die Zahl der durch Entsenden besetzten Mandate auf ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre beschränkt (§ 101 Abs. 2 S. 4 AktG).

Satzungsautonomie besteht dagegen hinsichtlich der Einführung einer vom Grundsatz der quotalen Beteiligung am Grundkapital abweichenden Gewinnverteilung. Durch entsprechende Festsetzung in der Satzung kann der Familienstiftung beispielsweise ein Mehrbetrag auf die Stammdividende gewährt oder einzelne oder mehrere Aktien, die auf die gemeinnützige Stiftung übertragen werden sollen, vollständig vom Gewinnbezugsrecht ausgeschlossen werden.³⁰² Unzulässig sind dagegen Satzungsbestimmungen, die die Hauptversammlung oder ein anderes Gesellschaftsorgan ermächtigen, den Gewinnverteilungsschlüssel autonom festzulegen.³⁰³

Soll dem Unternehmen allerdings kurz- oder mittelfristig der Zugang zum allgemeinen Kapitalmarkt eröffnet werden, kann bei einer Doppelstiftung ausnahmsweise auch die Beteiligung an einer AG erwogen werden. Ein weiterer Vorteil der AG gegenüber der GmbH ist in diesem Zusammenhang das fehlende Austrittsrecht der Aktionäre.³⁰⁴ Auch eine Auflösung der AG durch Kündigung einzelner oder mehrerer Aktionäre sieht das Aktienrecht nicht vor.³⁰⁵ Danach wäre es der gemeinnützigen Stiftung rechtlich nicht möglich, sich durch Kündigung von ihrer gesellschaftsrechtlichen Bindung zu lösen.

Dies gilt auch dann, wenn ihre Aktien aufgrund eingeschränkter Gewinnbezugsrechte oder einer von der Familienstiftung mit ihrer Stimmrechtsmehrheit beschlossenen Gewinnthesaurierung im Unternehmen nur eine unterdurchschnittliche Verzinsung des investierten Stiftungskapitals bringen. Die im Schrifttum vertretene Forderung, die Stiftungsorgane müssten unter diesen Umständen ein der Stiftung zustehendes außerordentliches Austrittsrecht ausüben, um die stiftungsrechtlich unzulässige Unterordnung des Stiftungsinteresses unter das Unternehmensinteresse zu beenden³⁰⁶, verfährt somit bei Beteiligung der gemeinnützigen Stiftung an einer AG nicht.

4. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen

a) Doppelstiftung als Gestaltungsmissbrauch?

Da die gemeinnützige Stiftung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG sowohl von der Errichtungsbesteuerung als auch von der Erbschaftsteuer befreit ist, empfiehlt sich grundsätzlich, möglichst viele Vermögensanteile an der Kapitalgesellschaft auf die gemeinnützige Stiftung zu übertragen. Die Erbschaftsteuerfreiheit der gemeinnützigen Stiftung schont die Kapitalbasis des Unternehmens. Die h.M.³⁰⁷ erkennt darin zumindest dann keine missbräuchliche Gestaltung i. S. von § 42 AO, wenn das eingebrachte Vermögen im Falle der Aufhebung oder Auflösung der Stiftung oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks nach der Stiftungssatzung nicht an den Stifter oder seine Erben zurückfällt. Dagegen könnte die steuerliche Anerkennung wegen einer Zweckverfehlung des § 13 Abs. 1 Nr. 16 b ErbStG versagt werden, wenn die Stiftungssatzung eine § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO entsprechende Vermögensrückfallklausel zu Gunsten des Stifters und seiner Erben enthält und die gemeinnützige Stiftung – auf der Grundlage eines vom Stifter erdachten Gesamtplans – nur für einen begrenzten Zeitraum Nutzungen aus den ihr übertragenen Gesellschaftsanteilen ziehen kann.³⁰⁸

Darüber hinaus leitet *Rawert*³⁰⁹ aus der de facto bestehenden unauflösbaren Verbindung zwischen der aus seiner Sicht nur unzureichend an der Vermögenssubstanz beteiligten Familienstiftung und der gemeinnützigen Stiftung ab, dass bei letzterer generell ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb i. S. von § 14 AO und damit ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt. Auf Grund der diametral geregelten Verteilung der Beteiligungsverhältnisse und Stimmrechte habe im Ergebnis keine der beiden Stiftungen die erforderliche Dispositionsbefugnis über das

298 Wirth/Arnold, ZGR 2002, 859; Wälzholz, DStR 2004, 819, 820.

299 Zu möglichen Berechnungsweisen des Vorzugs vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 129), § 139 AktG, Rn. 7.

300 Bezenberger, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991, S. 92.

301 Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, Band I, 2008, § 134 Rn. 13.

302 Näher zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten Schmidt/Lutter/Fleischer, AktG, Band I, 2008, § 60 Rn. 18.

303 KölnKomm/Lutter, AktG, 2. Aufl. 1988, § 60 Rn. 14.

304 MünchHdb GesR/Wiesner, a.a.O. (Fn. 297), § 14 Rn. 16.

305 Schmidt/Lutter/Riesenhuber, AktG, Band II, 2008, § 262 Rn. 12.

306 MünchKomm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 96; 101; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2004, S. 1066; vgl. auch Reuter, NZG 2005, 649, 652 f.

307 Schnitger, ZEV 2001, 104, 106; Binz/Sorg, ZEV 2005, 520, 521; Kirmberger/Werz, ErbStB 2004, 145, 147.

308 In diesem Sinne Schnitger, ZEV 2001, 104, 106; im Anschluss daran Binz/Sorg, ZEV 2005, 520, 521.

309 Rawert, ZEV 1999, 294, 296.

ihr gewidmete Vermögen. Mit dem BFH³¹⁰ ist jedoch daran festzuhalten, dass die Beteiligung einer steuerbegünstigten Körperschaft an einer Kapitalgesellschaft keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb darstellt, sofern die Körperschaft keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft nimmt. Solange der Vorstand der gemeinnützigen Stiftung nicht aktiv in die Geschäftsführung der Tochterkapitalgesellschaft eingreift, ist die Beteiligung dem Bereich der steuerbefreiten Vermögensverwaltung zuzurechnen.

Vermitteln die auf die gemeinnützige Stiftung übertragenen Geschäftsanteile an der Holding-GmbH von Anfang an nur ein reduziertes Stimmrecht, kann der steuerbefreiten Stiftung auch nicht angelastet werden, wenn die Familienstiftung kraft ihres Mehrstimmrechts eine Thesaurierung der erwirtschafteten Gewinne auf Ebene der Tochtergesellschaft beschließt. Gleiches gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag die Bildung und jährliche Aufstockung von Kapitalrücklagen vorschreibt. Ungeachtet der allgemeinen Grundsätze zur Zulässigkeit der Rücklagenbildung in Tochtergesellschaften³¹¹ ist hier eine Verletzung des gemeinnützigkeitsrechtlichen Gebots zur rentierlichen Vermögensanlage³¹² zu verneinen, da die gemeinnützige Stiftung die Höhe der Gewinnausschüttungen nicht beeinflussen kann. Steuerlich riskant wäre es dagegen, wenn die gemeinnützige Stiftung erst nach Übertragung der Beteiligung an der Tochterkapitalgesellschaft zu Gunsten der Familienstiftung auf die ihr zustehenden Stimmrechte verzichtet.³¹³

b) Unternehmensanteile der Familienstiftung

Maßstab für die Verteilung der Unternehmensanteile auf die Familienstiftung und die gemeinnützige Stiftung sind grundsätzlich die Versorgungsbedürfnisse der nach der Satzung begünstigten Familienmitglieder und der nachfolgenden Generationen. Für die Besteuerung der Familienstiftung gelten dabei die allgemeinen Regelungen.³¹⁴ Erbschaftsteuerlich ist es ratsam, die Anteile an der Tochterkapitalgesellschaft schon zu Lebzeiten des Stifters auf die Familienstiftung zu übertragen. Um in den Genuss der Verschonungsabschlüsse für die Anteile an der Kapitalgesellschaft zu gelangen, muss der Erblasser oder Schenker zu mehr als 25 % am Nennkapital der Gesellschaft unmittelbar beteiligt gewesen sein (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ErbStG). Sind diese Voraussetzungen in der Person des Stifters erfüllt, kann der Familienstiftung auch eine Beteiligung von 25 % oder weniger unter Inanspruchnahme der erbschaftsteuerlichen Privilegierungen des § 13 a ErbStG übertragen werden. Die restlichen Anteile an der Beteiligungsgesellschaft können der gemeinnützigen Stiftung ggf. auch erst durch letztwillige Verfügung zugewendet werden. Wird bei der Errichtung der Doppelstiftung dagegen in umgekehrter Reihenfolge vorgegangen (Beteiligung der gemeinnützigen Stiftung zu Lebzeiten und Übertragung der Restbeteiligung auf die Familienstiftung im Erbfall), verfügt der Stifter bei der Ausstattung der Familienstiftung regelmäßig nicht mehr über die erforderliche Mindestbeteiligung von mehr als 25 % des gesamten Nennkapitals. Im Einzelfall kann jedoch eine lebzeitige Anteilsübertragung auf die gemeinnützige Stiftung sinnvoll sein, um das Risiko einer Belastung des Nachlasses mit Pflichtteilsansprüchen zu verringern.

c) Teilnahme der gemeinnützigen Stiftung an einer erbschaftsteuerrechtlichen Poolvereinbarung

Dagegen kommt die Gewährung der Verschonungsabschlüsse im Rahmen der Erbersatzbesteuerung der Familienstiftung grundsätzlich nicht mehr in Betracht, sofern deren Beteiligung an der Kapitalgesellschaft unterhalb der maßgeblichen 25 %-Grenze des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ErbStG liegt. Abhilfe kann hier der Abschluss einer Poolvereinbarung i. S. des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG schaffen, aufgrund derer die Anteile der gemeinnützigen Stiftung und der Familienstiftung zusammengerechnet werden können. Dafür ist erforderlich, dass sich beide Stiftungen untereinander zu einer einheitlichen Verfügung über ihre Anteile und eine einheitliche Stimmrechtsausübung verpflichtet haben. Die Anforderungen, die an solche Vereinbarungen zu stellen sind, sind dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig zu entnehmen. Gestützt auf die Gesetzesbegründung³¹⁵ muss es für die Annahme der von § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG geforderten Verfügungsbeschränkung jedoch genügen, wenn die beiden Stiftungen gemäß den Regelungen des Gesellschaftsvertrags ihre Anteile jeweils nicht ohne Zustimmung des anderen Gesellschafters veräußern oder belasten können.³¹⁶ Eine einheitliche Stimmrechtsausübung kann dadurch gewährleistet werden, dass die Anteile der gemeinnützigen Stiftung stimmrechtslos gestellt werden.³¹⁷ Auf diese Weise ist eine einheitliche Einflussnahme auf die Gesellschaft – faktisch durch die Familiengesellschaft – gesichert.

Gemeinnützigkeitsrechtlich ist allerdings zu beachten, dass Leistungen einer steuerbegünstigten Körperschaft an Dritte entweder durch deren satzungsmäßigen Zwecke gerechtfertigt sein müssen oder eine angemessene Gegenleistung für eine Leistung des Dritten darstellen müssen.³¹⁸ Da der Abschluss einer Poolvereinbarung im vorgenannten Sinne ausschließlich den Interessen der Familienstiftung dient, wäre ein entschuldigungsloser Verzicht der gemeinnützigen Stiftung auf ihr Stimmrecht durch Zustimmung zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags steuerschädlich. Gemeinnützigkeitsrechtlich ist es daher geboten, dass die gemeinnützige Stiftung für die darin liegende Vorteilsgewährung gegenüber der Familienstiftung eine angemessene Gegenleistung erhält. Eine Begünstigung durch die gemeinnützige Stiftung ist indes von vornherein ausgeschlossen,

310 BFH BB 1972, 210.

311 Vgl. dazu Binz/Sorg, ZEV 2005, 520, 522 f.

312 Näher dazu Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 6 Rn. 38, 40 f.

313 Binz/Sorg, ZEV 2005, 520, 522 f.

314 Siehe dazu oben E. II. 2.

315 Begr. des RegE v. 11. 12. 2007, BT-Drucks. 16/7918, S. 59.

316 Zu dieser Auslegung vgl. auch Weber/Schwind, ZEV 2009, 16, 18 f.; Hannes/Onderka, ZEV 2008, 17, 20; v. Oertzen, Ubg 2008, 57, 62.

317 Vgl. dazu Begr. des RegE v. 11. 12. 2007, BT-Drucks. 16/7918, S. 59; Hübner, a.a.O. (Fn. 141), S. 422. Zweifelhaft ist dagegen, ob stimmrechtslosen Anteilen die Einräumung eines gesellschaftsvertraglichen Mehrstimmrechts gleichgestellt werden kann; in diesem Sinne Weber/Schwind, ZEV 2009, 16, 20.

318 Vgl. zum Inhalt des in § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO normierten Begünstigungsverbots als Konkretisierung des allgemeinen Mittelverwendungsgebots in § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO Hüttemann, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 67.

wenn ihr die Anteile von dem Stifter bereits ohne Stimmrecht übertragen worden sind.³¹⁹

5. Inkongruente Gewinnverteilung zwischen Familien- und gemeinnütziger Stiftung

Die Trennung von Vermögen und Ertrag, die durch eine von den Beteiligungsquoten abweichende Gewinnverteilungsabrede zu Gunsten der Familienstiftung herbeigeführt wird, wirft einige steuerrechtliche Fragen auf. Zu beachten sind zudem die pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen, wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft durch Änderung des Gesellschaftsvertrags mit einem Gewinnübermaß ausgestattet werden.

a) Anfängliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnbeteiligung

Überträgt der Stifter zu Lebzeiten Anteile an der Kapitalgesellschaft zunächst nur auf die Familienstiftung, können durch die darin liegende Vermögensverschiebung Pflichtteilergänzungsansprüche ausgelöst werden. Als Ergänzung des Pflichtteils kann der Berechtigte den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn die der Stiftung zugewendete Beteiligung dem Nachlass hinzugerechnet wird (§ 2325 Abs. 1 BGB). Als Wert der Anteile ist der Verkehrswert anzusetzen, den diese zur Zeit des Erbfalls oder im Zeitpunkt der Übertragung haben, je nachdem, welcher Wert geringer ist (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB). Bei der Bewertung der Anteile ist grundsätzlich auf den Ertragswert und damit auf die zukünftig zu erwartenden Einnahmenüberschüsse abzustellen. Ist ein Anteil mit einem überproportionalen Gewinnbezugsrecht verbunden, wirkt sich dies auf etwaige Pflichtteilergänzungsansprüche wertsteigernd aus.

Erbschaftsteuerrechtlich wird die Einräumung einer erhöhten Gewinnbeteiligung an einer Personengesellschaft nach § 7 Abs. 6 ErbStG als eine selbstständige Schenkung gewertet. Für Kapitalgesellschaften findet sich dagegen keine entsprechende Regelung. Bei diesen wird die Höhe der Gewinnbeteiligung bereits im Rahmen der Anteilsbewertung berücksichtigt.³²⁰ Offen ist allerdings, in welcher Weise solche Sonderausstattungen auch die typisierte Wertermittlung im vereinfachten Ertragswertverfahren beeinflussen. Hinweise dazu finden sich weder in den §§ 199 ff. BewG noch in den dazu ergangenen gleich lautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder.³²¹ Sachgerecht wäre es, den auf den speziellen Anteil entfallenden, zukünftig nachhaltig erzielbaren Jahresertrag individuell zu kapitalisieren.³²²

b) Nachträgliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnbeteiligung

Unklar sind die pflichtteils- und schenkungsteuerrechtlichen Folgen, wenn die Familienstiftung die sie begünstigende Gewinnverteilungsabrede erst nach Übertragung der Anteile auf sie mit dem Stifter trifft. Zweifelhafte ist hier, ob die Einräumung einer erhöhten Gewinnbeteiligung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags tauglicher Gegenstand einer Schenkung sein kann. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH kommt es für eine freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ausschließlich auf die Zivilrechtssituation und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise

Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist.³²³ Der BFH interpretiert dabei das Merkmal „auf Kosten des Zuwendenden“ in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. S. eines strengen Unmittelbarkeitserfordernisses.³²⁴

Zivilrechtlich existiert vor dem Beschluss der Gesellschafter einer GmbH über die Verwendung des Ergebnisses nur das allgemeine Gewinnbezugsrecht nach § 29 Abs. 1 GmbHG. Dieses Gewinnstammrecht ist als vermögensrechtlicher Bestandteil der Mitgliedschaft untrennbar mit ihr verbunden und kann von dem zugehörigen Geschäftsanteil nicht abgespalten werden. Ein vermögenswerter, rechtlich selbstständiger Anspruch auf Gewinnausschüttung gegen die GmbH entsteht erst nach Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses, und zwar originär in der Person des überproportional berechtigten Anteilinhabers.³²⁵ Mangels Durchgangserwerbs fehlt es damit jedoch an einer substantiellen Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern.³²⁶ Die Familienstiftung wird nicht auf Kosten des Stifters bereichert.³²⁷ Da die disproportionalen Gewinnausschüttungen an die Familienstiftung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind, liegt auch keine Schenkung seitens der GmbH vor.³²⁸

Die nachträgliche Erhöhung der Gewinnbeteiligung könnte steuerrechtlich jedoch als Teil eines einheitlichen Zuwendungsvorgangs gewertet werden, wenn die Übertragung der Anteile auf die Familienstiftung und die Vereinbarung einer abweichenden Gewinnbezugsberechtigung auf einem vorgefassten Gesamtplan beruhen sollte, der nur in mehreren Schritten vollzogen wird.³²⁹ Um eine solche steuerschädliche Beurteilung möglichst auszuschließen, sollten der Stifter und die Familienstiftung die von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Gewinnverteilung erst nach Abwarten einer gewissen „Schamfrist“ vereinbaren. Es bleibt allerdings ein Restrisiko, dass sich die Finanzverwaltung unter Hinweis auf § 42 AO über die zivilrechtlichen Leistungsbeziehungen hinweg setzt und eine schenkungsteuerpflichtige Weitergabe der Ausschüttungsbeträge durch den Stifter annimmt, für die mangels Zuwendung eines Geschäftsanteils eine Inanspruchnahme der Vergünstigungen nach § 13 a ErbStG ausscheiden würde.

319 Zum Eintritt des Erwerbers in die Pflichten einer vom Veräußerer geschlossenen Poolvereinbarung vgl. gleich lautender Ländererlass vom 25. 6. 2009, BStBl I 2009, 713, Abschn. 21 Abs. 4 S. 6.

320 Vgl. nur Meincke, a.a.O. (Fn. 266), § 7 ErbStG, Rn. 134.

321 Erlasse v. 25. 6. 2009, BStBl I 2009, 698, Abschn. 3, 7, 19 ff. Zur Bewertung nach dem Stuttgarter Verfahren siehe dagegen R 106 Abs. 1 S. 4 ErbStR.

322 Vgl. dazu Piltz, DStR 2008, 745, 753.

323 BFH ZEV 2008, 154, 155; BFH ZEV 2007, 142 m. w. N.

324 Kritisch dazu Hübner, DStR 2008, 1357, 1360 ff.

325 Vgl. nur Scholz/Emmerich, GmbH-Gesetz, Band I, 10. Aufl. 2006, § 29 Rn. 25 ff.

326 Fuhrmann, ErbStB 2003, 388, 390; Schulz/Brunner/Werz, BB Special 8/2005, 2, 3.

327 Im stiftungsteuerrechtlichen Schrifttum wird die Ablehnung einer selbstständig steuerbaren Gewinnübermaßschenkung an die Familienstiftung überwiegend mit einem Umkehrschluss aus § 7 Abs. 6 ErbStG begründet, vgl. Kirnberger/Werz, ErbStB 2004, 145, 147; Freundl, DStR 2004, 1509, 1514; Kußmaul/Meyering, StB 2004, 135, 140.

328 Vgl. dazu Hübner, DStR 2008, 1357, 1360; Crezelius, ZEV 2008, 268, 273.

329 Vgl. dazu Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 37. Erg.-Lfg. 2009, § 7 Rn. 67; ders., DStR 2003, 622, 627.

c) Ertragsteuerliche Behandlung der Gewinnausschüttungen an die Familienstiftung

Fraglich ist, wie die inkongruenten Gewinnausschüttungen an die beiden Stiftungen ertragsteuerlich zu behandeln sind. Während der BFH³³⁰ eine disproportionale Gewinnverteilung bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich nicht als Gestaltungsmissbrauch ansieht, erkennt die Finanzverwaltung³³¹ disproportionale Gewinnausschüttungen nur an, wenn die vom gesetzlichen Verteilungsschlüssel abweichende Gewinnverteilung durch zusätzliche Beiträge zum Gesellschaftszweck oder besondere Leistungen des begünstigten Gesellschafters gerechtfertigt ist. Ist das nicht der Fall, geht die Finanzverwaltung beim verzichtenden Gesellschafter von Einnahmen aus der Veräußerung der Gewinnbeteiligung gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 EStG und beim empfangenen Gesellschafter von der erfolgsneutralen Realisierung einer Forderung aus. Die ertragsteuerrechtlichen Folgen dieser Meinung wären für die Doppelstiftung vorteilhaft. Denn die der gemeinnützigen Stiftung zugerechneten Einnahmen aus der Tochterkapitalgesellschaft fallen bei ihr in den steuerfreien Bereich der Vermögensverwaltung. Damit blieben die der Familienstiftung zufließenden Ausschüttungen, die über ihre Beteiligungsquote hinausgehen, letztlich unbesteuert.

IV. Stiftung & Co. KG

Die Stiftung & Co. KG stellt eine interessante Alternative zur GmbH & Co. KG dar, bei der die wirtschafts- und steuerrechtlichen Vorteile einer Kommanditgesellschaft mit den Vorzügen einer Stiftung kombiniert werden können.³³² Bei einer gewerblich tätigen Stiftung & Co. KG nimmt die Familienstiftung die Position des Komplementärs ein. Die Übertragung dieser Funktion auf eine gemeinnützige Stiftung kommt nicht in Frage, denn dadurch entstünde bei dieser zwangsläufig ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb.³³³ Nur bei einer rein vermögensverwaltend tätigen Stiftung & Co. KG kann die Komplementärstellung auch einer gemeinnützigen Stiftung zugewiesen werden.³³⁴ Die Familienmitglieder des Stifters werden regelmäßig als Kommanditisten an der KG beteiligt. Ebenso wie bei der Einsetzung einer GmbH als einzige persönlich haftende Gesellschafterin ist die Stiftung in der KG allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. Ihr obliegt damit die Leitung des Unternehmens. Durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags der KG kann der Stifter dafür sorgen, dass die Stiftung das Unternehmen auch ohne Kapitalmehrheit oder sogar ohne Kapitalbeteiligung beherrscht. Da die Stiftung keine hinter ihr stehenden Mitglieder oder Gesellschafter kennt, stellt sich bei der Stiftung & Co. KG nicht das Problem, durch gesellschaftsvertragliche Regelungen für einen Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse an der KG und der Komplementärin zu sorgen.

Anders als eine GmbH & Co. KG kann die Stiftung & Co. KG erst nach Errichtung der Komplementärstiftung gegründet werden. Denn zumindest nach h.M.³³⁵ entsteht die Stiftung als juristische Person erst durch staatliche Anerkennung. Eine Vorstiftung, die sich an der Gründung der KG beteiligen könnte, gibt es somit nicht.³³⁶ Erst die anerkannte Stiftung kann mit den

Kommanditisten den Vertrag über die Gründung der Stiftung & Co. KG abschließen.³³⁷

1. Stiftungsrechtliche Anerkennung

Die Errichtung einer Komplementärstiftung führt zu einer Grundtypenvermischung, die seit der Stiftungsrechtsreform 2002 nicht mehr als stiftungsrechtlich verbotene Selbstzweckstiftung betrachtet werden kann.³³⁸ Dies gilt zumindest dann, wenn in die Stiftungssatzung wenigstens noch ein weiterer Zweck neben der Übernahme der Vertretung und Geschäftsführung für die KG aufgenommen wird. Dem Charakter als Familienstiftung entsprechend genügen als Satzungszwecke die Förderung und Unterstützung der Familie des Stifters und seiner Angehörigen, die insbesondere durch die Übernahme der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters bei der KG und die Führung des familieneigenen Unternehmens durch die Stiftung verwirklicht werden.³³⁹ Vorsorglich sollte die genaue Fassung der Stiftungszwecke vor Stellung des Antrags auf Anerkennung der Stiftung mit der Stiftungsaufsicht abgestimmt werden.

Die Stiftung & Co. KG erfreut sich in der Beratungspraxis seit den 80er Jahren zunehmender Beliebtheit.³⁴⁰ Prominente Beispiele sind die Lidl Stiftung & Co. KG und die Kaufland Stiftung & Co. KG. Sämtliche Kommanditanteile an diesen beiden operativ tätigen KGs werden von der Schwarz Beteiligungs GmbH gehalten. An ihr sind die gemeinnützige Dieter Schwarz Stiftung GmbH mit 99,9 % und die Schwarz Unternehmenstreuhand KG mit 0,1 % der Kapitalanteile beteiligt. Die eigentliche Schaltzentrale der Unternehmensgruppe ist die Schwarz Unternehmenstreuhand KG, die alle Stimmrechte in der GmbH besitzt.³⁴¹ Bei der Peter Eckes Stiftung übernehmen mit der Peter-Eckes-Familienstiftung und der Ludwig-Eckes-Familienstiftung sogleich zwei Stiftungen die Rolle des Komplementärs.³⁴²

330 BFH DStR 1999, 1849.

331 Vgl. den Nichtanwendungserlass des BMF DStR 2000, 2189, zu der vorzitierten BFH-Entscheidung.

332 Siehe dazu Nietzer/Stadie, NJW 2000, 3457, 3460 f.; Schwarz, BB 2001, 2381, 2384 f.

333 Schiffer, Die Stiftung in der anwaltlichen Praxis, 2003, § 10 Rn. 14.

334 Unter diesem Vorbehalt steht die Verwendbarkeit des Musters für die Satzung einer gemeinnützigen Komplementärstiftung bei Brambring/Mutter/Mutter, a.a.O. (Fn. 120), Form. H. II. 4.

335 Seifart/v. Campenhausen/Hof, a.a.O. (Fn. 3), § 6 Rn. 252; Staudinger/Rawert, 13. Bearb. 1995, § 80 BGB, Rn. 41 ff. m. w. N.; Hessisches FG EFG 2003, 570.

336 A. A. dagegen Wachter, ZEV 2003, 445 f.; Palandt/Heinrichs/Ellenberg, a.a.O. (Fn. 147), § 80 BGB, Rn. 2; Schauhoff/Schauhoff, a.a.O. (Fn. 158), § 3 Rn. 39, 44.

337 Vgl. dazu auch Wachter, a.a.O. (Fn. 100), Teil C Rn. 15.

338 So aber Hüttemann, ZHR 167 (2003), 35, 61; MünchKomm/Reuter, a.a.O. (Fn. 16), § 81 BGB, Rn. 95; zu weiteren, in der Literatur geäußerten Vorbehalten gegenüber der Stiftung & Co. KG siehe Muscheler, ErbR 2008, 174, 179 m. w. N.

339 Vgl. dazu das Muster zur Formulierung der Stiftungszwecke einer Komplementärstiftung bei Wachter, a.a.O. (Fn. 100), Teil C Rn. 24; vgl. auch die weiteren Vorschläge von Hennerkes/Schiffer/Fuchs, BB 1995, 209.

340 Seit Anerkennung einer GmbH & Co. KGaA durch den BGH DNotZ 1997, 979, ist auch die Gründung einer Stiftung & Co. KGaA möglich.

341 Vgl. Muscheler, ErbR 2008, 134, 136 f.

342 Weitere Beispiele bei Schiffer, ZEV 1999, 424, 425.

2. Rechtsformspezifische Vorteile

Die Gründe für die Einbringung eines Unternehmens in eine Stiftung & Co. KG können auch in deren rechtsformbezogenen Besonderheiten liegen.

a) Haftungsverfassung

Zu nennen ist hier zunächst die gegenüber der GmbH & Co. KG verbesserte Haftungssituation.³⁴³ Für die Haftung der Kommanditisten gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 171 ff. BGB. Sie haften den Gesellschaftsgläubigern danach grundsätzlich nur bis zur Höhe der im Gesellschaftsvertrag bestimmten, nach § 162 Abs. 1 HGB ins Handelsregister einzutragenden Haftsumme. Daneben haftet die Stiftung als Komplementärin mit ihrem gesamten Vermögen unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der KG. Im Unterschied zur GmbH oder zum Verein hat die Stiftung jedoch keine Gesellschafter oder Mitglieder, auf die Gläubiger im Wege der Durchgriffshaftung zurückgreifen könnten. Haftungsrisiken für Familienmitglieder bestehen nur dann, wenn diese als Vorstand der Stiftung tätig und damit auch für die operative Führung des Unternehmens verantwortlich sind.

b) Unternehmensmitbestimmung

Ein weiterer Vorteil der Stiftung & Co. KG aus Sicht des Unternehmensinhabers ist, dass die KG keiner Mitbestimmung unterliegt. Personengesellschaften fallen kraft Rechtsform nicht unter das Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.³⁴⁴ Nach § 4 Abs. 1 MitbestG werden Arbeitnehmer einer GmbH & Co. KG der GmbH zugerechnet, wenn die Mehrheit der Kommanditisten zugleich die Mehrheit der Geschäftsanteile oder der Stimmen der GmbH innehat.³⁴⁵ Dem gegenüber kann eine Komplementärstiftung auch dann nicht mitbestimmungspflichtig werden, wenn die Beschäftigten bei ihr und der KG zusammengenommen die maßgebliche Schwelle von mehr als 2000 Arbeitnehmern überschreiten. Denn die Regelungen des MitbestG 1976 finden nur auf solche Kommanditgesellschaften Anwendung, bei denen eine der in § 1 Abs. 1 MitbestG abschließend aufgezählten Kapitalgesellschaften als Komplementär fungiert.³⁴⁶

c) Publizitätspflichten

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁴⁷ ist der persönlich haftende Gesellschafter einer KG Kaufmann mit der Folge, dass auch die Komplementärstiftung gemäß § 33 HGB in das Handelsregister einzutragen ist.³⁴⁸ Die Eintragung in den von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausgestalteten Stiftungsverzeichnissen³⁴⁹ hat im Vergleich dazu nur eine sehr eingeschränkte Publizitätswirkung. Zwar wurde in den meisten Bundesländern ein öffentliches Stiftungsverzeichnis geschaffen, das elektronisch einsehbar ist.³⁵⁰ Diese enthalten teilweise auch Angaben zu den vertretungsberechtigten Organen und ihrer Zusammensetzung.³⁵¹ Doch genießen die Stiftungsverzeichnisse keinen öffentlichen Glauben. Anders als beim Handelsregister, das nach § 15 HGB im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs mit bestimmten Publizitätswirkungen ausgestattet ist, können Vertragspartner nicht auf die Richtigkeit und Aktualität der

Eintragungen im Stiftungsverzeichnis vertrauen. Die Eintragungen dort beruhen letztlich nur auf den Selbstangaben der Stiftung, ohne dass eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Register führenden Behörden³⁵² erfolgt. Die Vertretungsberechtigung der für die Komplementärstiftung handelnden Organmitglieder kann deshalb nur durch Vorlage einer Vertretungsbescheinigung der Stiftungsbehörde nachgewiesen werden.³⁵³ Zwar werden bei der Ausstellung der Vertretungsbescheinigungen dieselben, von den Stiftungen übermittelten Angaben zugrunde gelegt. Ungeachtet der daraus folgenden schwachen Legitimationswirkung werden die Vertretungsbescheinigungen der Stiftungsbehörden in der Praxis auch von den Grundbuchämtern als hinreichender Nachweis der Vertretungsmacht des betreffenden Stiftungsorgans akzeptiert.

Dagegen treffen die Stiftung & Co. KG seit der lange europarechtswidrig verzögerten Umsetzung der GmbH & Co-Richtlinie durch das KapCoRiLiG³⁵⁴ die gleichen Publizitätspflichten nach §§ 264 ff. HGB wie eine Kapitalgesellschaft. Dabei geht die maßgebliche Bestimmung des § 264 a HGB über die EG-Richtlinie hinaus, indem sie sämtliche offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften in den Anwendungsbereich der Publizitätspflicht einbezieht, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter entweder eine natürliche Person (Abs. 1 Nr. 1) oder eine Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter (Abs. 1 Nr. 2) ist. § 264 a Abs. 2 HGB stellt dazu klar, dass als gesetzliche Vertreter der KG die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der vertretungsberechtigten Gesellschaft gelten. Dies sind bei einer Stiftung & Co. KG die Mitglieder des Stiftungsvorstands. Ihnen obliegt es, den Jahresabschluss (ggf. nebst Anhang und Lagebericht) aufzustellen und unverzüglich nach seiner Vorlage an die Gesellschafter, spätestens jedoch vor Ablauf des zwölften Monats des dem Abschlussstichtag nachfolgenden Geschäftsjahrs

343 Schwarz, BB 2001, 2381, 2384; Hennerkes/Schiffer, BB 1992, 1940, 1942; Hennerkes/Binz/Sorg, DB 1986, 2269, 2271.

344 Zu den vom Drittelbeteiligungsgesetz erfassten Unternehmen siehe § 1 DrittelbG.

345 Näher zur Unternehmensmitbestimmung in der GmbH & Co. KG Zöller, ZGR 1977, 319; Wiesner, GmbHR 1981, 36.

346 Folge dieser Anknüpfung ist, dass ein in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft geführtes Unternehmen nicht von der Mitbestimmung befreit ist, nur weil sämtliche Geschäftsanteile von einer Beteiligungsträgerstiftung gehalten werden.

347 BGH NJW 1961, 1022.

348 Höfner-Byok, Die Stiftung & Co. KG, 1996, S. 48 ff.; a. A. Seifart/v. Campenhausen/Orth, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2009, § 37 Rn. 318; Baumbach/Hopt, 33. Aufl. 2008, § 105 HGB, Rn. 19, sowie § 161 HGB, Rn. 5 m. w. N.

349 Näher dazu Seifart/v. Campenhausen/Orth, a.a.O. (Fn. 348), § 38 Rn. 14 ff.

350 Zum Stand der Entwicklung Müller, ZSt 2007, 102 ff.

351 Gemäß § 12 Abs. 2 StiftG NRW sind in das Stiftungsregister neben Name, Sitz, Zweck und Anschrift der Geschäftsstelle der Stiftung auch die vertretungsberechtigten Organe und Personen sowie die Art ihrer Vertretungsberechtigung einzutragen. Änderungen dieser Angaben sind der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde unverzüglich mitzuteilen.

352 In Nordrhein-Westfalen sind dies die Regierungspräsidien, vgl. § 15 Abs. 2 StiftG NRW.

353 Die Erteilung derartiger Vertretungsbescheinigungen ist in einigen Stiftungsgesetzen ausdrücklich vorgesehen, für Nordrhein-Westfalen vgl. § 12 Abs. 5 StiftG NRW.

354 KapCoRiLiG v. 24. 2. 2000, BGBl I 2000, 154.

elektronisch beim Betreiber des elektronischen Handelsregisters einzureichen (§ 325 Abs. 1 HGB). Kommt der Vorstand dieser Verpflichtung nicht nach, kann das Bundesamt für Justiz nach §§ 335, 335 b HGB gegen ihn oder die Stiftung & Co. KG ein Ordnungsgeldverfahren einleiten.³⁵⁵

Der einzige Weg, die Offenlegungspflichten gem. §§ 264 a, 325 ff. HGB bei einer Stiftung & Co. KG zu vermeiden, ist die Aufnahme einer natürlichen Person als voll haftenden Gesellschafter. Maßgeblich sind insoweit grundsätzlich die Verhältnisse zum Bilanzstichtag.³⁵⁶ Umstritten ist dagegen, ob ein nach diesem Zeitpunkt erfolgter Beitritt einer natürlichen Person als Vollhafter zu einer rückwirkenden Befreiung der Gesellschaft von der Offenlegungspflicht für vergangene Geschäftsjahre führen kann.³⁵⁷ Soweit danach keine originäre Offenlegungspflicht nach dem HGB besteht, kann die Stiftung & Co. KG dennoch entsprechenden Publizitätspflichten gem. § 9 PublG i. V. m. § 325 HGB unterliegen, wenn die in § 3 Abs. 1 Nr. 4 des Publizitätsgesetzes (PublG) festgelegten Größenklassen überschritten werden.

d) Keine gewerbliche Prägung der Stiftung & Co. KG

In ertragsteuerlicher Hinsicht ist als weiterer Unterschied gegenüber der GmbH & Co. KG von Bedeutung, dass eine gewerbliche Prägung der Stiftung & Co. KG nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ausscheidet. Nach dieser Norm gilt in vollem Umfang als Gewerbebetrieb die mit Einkünfterzielung unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die selber kein gewerbliches Unternehmen betreibt und bei der ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind. Der Begriff der Kapitalgesellschaft entspricht dem des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. Die Stiftung & Co. KG fällt deshalb nicht unter § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.³⁵⁸ Unterhält die Stiftung & Co. KG keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, ist sie einkommen- und gewerbesteuerrechtlich³⁵⁹ als nicht gewerbliche Personengesellschaft zu behandeln. Die Rechtsform der Stiftung & Co. KG ermöglicht damit ohne weiteres eine gewerbesteuerfreie Vermögensverwaltung bzw. eine gewerbesteuerfreie Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit unter Ausschluss der unbeschränkten Haftung.

3. Unternehmensführung durch die Komplementärstiftung

Die Komplementärstiftung kann wie die typische GmbH & Co. KG die Funktion haben, den Familienkommanditisten die Kontrolle über das Unternehmen zu vermitteln.³⁶⁰ Oberstes Willensbildungsorgan bleibt bei dieser Gestaltungsvariante die Gesellschafterversammlung der KG, die mittels Zustimmungsvorbehalten und eines Weisungsrechts gegenüber der Komplementärstiftung die Geschäftsführung des Unternehmens steuern kann. Um der Stiftung & Co. KG jederzeit den Wechsel in eine andere Rechtsform zu ermöglichen, kann der Gesellschaftsvertrag den Kommanditisten das Recht einräumen, die Komplementärstiftung im Wege eines Mehrheitsbeschlusses aus der KG auszuschließen. Diese Kompetenzen können im Gesellschaftsvertrag auch auf einen Beirat übertragen werden. Parallel dazu kann die

Stiftungssatzung für die Stiftung die Einrichtung eines funktional entsprechenden, personenidentisch zu besetzenden Kontrollorgans vorsehen, das den Stiftungsvorstand überwacht. Auf diese Weise kann die Herrschaftsmacht über Stiftung und Unternehmen in den Händen der Stifterfamilie konzentriert werden.

Der Stifter kann mit der Einsetzung einer autonomen Komplementärstiftung aber auch das Ziel verfolgen, die Kommanditisten aus der Unternehmensführung herauszuhalten. Zur Stärkung der Machtstellung der Stiftung im KG-Vertrag kann vorgesehen werden, dass Änderungen des Gesellschaftsvertrags der Zustimmung der Stiftung bedürfen. Vorstand und Beirat der Stiftung müssen nicht mit Familienangehörigen besetzt werden. Vielmehr kann der Stifter über die Zusammensetzung der Stiftungsorgane nach eigenen Vorstellungen entscheiden. Der Grundsatz der Selbstorganschaft, der eine Bestellung von Nichtgesellschaftern als organschaftliche Vertreter von Personengesellschaften verbietet, gilt für die Stiftung & Co. KG nicht. Durch eigene Mitwirkung in den Stiftungsgremien, z. B. als Vorstand auf Lebenszeit, ist es dem Stifter möglich, über die Stiftung den Kurs des Unternehmens bis zu seinem Tod zu bestimmen, ohne dass er selbst an der KG als Gesellschafter beteiligt sein muss. Den Kommanditisten steht auch kein Weisungsrecht gegenüber dem Stiftungsvorstand zu. Der Stifter kann somit seine Kommanditanteile auf seine Kinder zu deren dauerhafter Versorgung übertragen und gleichzeitig durch Aufrechterhaltung seiner Herrschaftsmacht über die Stiftung & Co. KG die Kontinuität der Unternehmensführung nach seinem Willen sicherstellen. Durch eine entsprechende Ermächtigung in der Stiftungssatzung kann sich der Stifter ferner das Recht vorbehalten, seinen Nachfolger im Vorstand in einer Verfügung von Todes wegen zu benennen. Sollte bis dahin kein tauglicher Kandidat aus dem Familienkreis herangewachsen sein, kann der Stifter auch einen oder mehrerer Testamentsvollstrecker einsetzen, die als Beiräte gemeinsam über die Benennung und Abberufung des Stiftungsvorstands zu entscheiden haben.

4. Vermögensausstattung der Komplementärstiftung

Ob stiftungsrechtlich besondere Anforderungen an die Vermögensausstattung einer Stiftung zu stellen sind, die im Wesentlichen nur die Rolle des Komplementärs in der KG übernehmen soll, ist umstritten. Von einigen Stiftungsaufsichtsbehörden und Stimmen in der Literatur wird die Meinung vertreten, die Wahl einer Stiftung als persönlich haftende Gesellschafterin dürfe nicht der Umgehung der strengen, für Kapitalgesellschaften gel-

355 Vgl. dazu Clausnitzer/Blatt, GmbHR 2006, 1303, 1307 f.; Seibert/Deckert, DB 2006, 2446, 2451.

356 Allg. M., vgl. nur Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW), RS HFA 7, Wpg 2002, 1259; Küting/Weber-Ischebeck, Handbuch der Rechnungslegung, 5. Aufl. 2002, § 264 a HGB, Rn. 14.

357 In diesem Sinne LG Osnabrück GmbHR 2005, 1618, 1619; Giedinghagen, NZG 2007, 933, 934; Große-Wilde, GmbH-StB 2006, 35; a. A. die wohl überwiegende Kommentarliteratur und das IDW RS HFA 7, Wpg 2002, 1259.

358 Götz, INF 2004, 669; Wehrheim, StuW 2005, 234; Kußmaul/Meyering, StB 2004, 135, 139.

359 Vgl. § 2 Abs. 3 GewStG.

360 Vgl. dazu Schwintek, a.a.O. (Fn. 68), S. 79 f.; Richter/Sturm, ZErB 2006, 75, 77.

tenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften dienen.³⁶¹ Die Übernahme der Komplementärstellung durch eine Stiftung, deren Kapitalstock nicht einmal die Seriositätsschwelle des § 5 Abs. 1 GmbHG erreiche, sei rechtsmissbräuchlich.³⁶² In Anlehnung an den in § 7 AktG normierten Mindestnennbetrag des Grundkapital einer AG wird teilweise empfohlen, der Stiftung im Stiftungsgeschäft wenigstens einen Vermögensstock von EUR 50 000 zuzusagen.³⁶³

Dieses dem Gläubigerschutz verpflichtete Argument hat allerdings nach Inkrafttreten des MoMiG³⁶⁴ erheblich an Gewicht verloren. § 5 a Abs. 1 GmbHG erlaubt seitdem die Gründung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft mit nur einem € Stammkapital, die nach wohl h. M.³⁶⁵ zugleich als Komplementär einer KG ohne Beteiligung an deren Vermögen fungieren kann. Auch eine Komplementärstiftung, die lediglich einen minimalen Kapitalanteil an der KG übernehmen soll, ist nur auf ein geringes Ausstattungskapital angewiesen. Ungeachtet dessen folgt aus dem stiftungsrechtlichen Verbot der Anerkennung materiell unterkapitalisierter Stiftungen, dass das Stiftungskapital mit Blick auf Art und Umfang der von der KG angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit nicht erkennbar außer Verhältnis zu den von der Stiftung zu tragenden Haftungsrisiken stehen darf.³⁶⁶ Dies bedeutet zum einen, dass die KG, für deren Verbindlichkeiten die Komplementärstiftung unbeschränkt haftet, selbst über genügend Eigenkapital verfügen muss, um ihren mittel- oder langfristigen, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden Kapitalbedarf befriedigen zu können. Zum anderen muss durch entsprechende Vorkehrungen im Gesellschaftsvertrag der KG sichergestellt sein, dass das Eigenkapital der KG nicht durch Überentnahmen der Kommanditisten mit existenzbedrohenden Haftungsrisiken für die Komplementärstiftung aufgezehrt wird und die Gesellschaft stets im Stande ist, ihre laufenden Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.³⁶⁷

Unter Beachtung dieser Voraussetzungen kann die Stiftung an der KG mit einer nur sehr geringen Kapitaleinlage beteiligt werden. Wie eine Komplementär-GmbH sollte die Stiftung darüber hinaus im Gesellschaftsvertrag der KG einen Gewinnvorab als Entschädigung für die Übernahme des Haftungsrisikos als persönlich haftende

Gesellschafterin erhalten. Die Stiftung hat überdies einen Anspruch gegen die KG auf Erstattung der Kosten, die ihr für die Vergütung der Stiftungsvorstände entstehen. Den Anstellungsvertrag kann der Stiftungsvorstand auch direkt mit der KG abschließen.

5. Gewährleistung unternehmerischer Flexibilität in der Stiftungssatzung

Bei der Konzeption der Satzung der Komplementärstiftung ist in besonderem Maße darauf zu achten, dass notwendige Strukturanpassungen des Unternehmens an veränderte wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen in der Zukunft nicht ausgeschlossen oder unnötig erschwert werden. Wegen der unmittelbaren Einbindung der Stiftung in die Unternehmensführung wirkt sich die Stiftungsverfassung immer auch auf die Organisation des Unternehmens aus. Eine Erweiterung des Unternehmensgegenstands ist ohne die Mitwirkung der Komplementärstiftung nicht möglich. Eine Umwandlung der Stiftung & Co. KG in eine andere Rechtsform erfordert in der Regel eine vorherige Änderung des Stiftungszwecks.³⁶⁸ Die Wahl der Stiftung als persönlich haftende Gesellschafterin sollte nicht dazu führen, dass der Handlungsspielraum des Unternehmens über Gebühr eingeschränkt wird. Eine Hauptaufgabe vorausschauender Satzungsgestaltung ist es daher, eine Balance zwischen der gewünschten Bindung des Unternehmens an den Stifterwillen und der erforderlichen unternehmerischen Flexibilität zu finden.

361 Mecking/Schulte/Kirmse, Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, 2003, S. 39, verlangt für unternehmensverbundene Stiftungen generell ein Mindestkapital von EUR 50 000.

362 Schwarz, BB 2001, 2381, 2388; Hennerkes/Binz/Sorg, DB 1986, 2269, 2270; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1663; Burgard, a.a.O. (Fn. 42), S. 687.

363 Vgl. Nietzer/Stadie, NJW 2000, 3457, 3460.

364 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBI I 2008, 2026.

365 Miras, Die neue Unternehmergesellschaft, 2008, Rn. 399; Stenzel, NZG 2009, 168, 169 f.; Weiler, notar 2009, 154, 155; a. A. Wachter, stbg 2008, 554, 556 f.; Wicke, GmbHG, 2009, § 5 a Rn. 19.

366 In diesem Sinne Weimar/Geitzhaus/Delp, DB 1986, 1999, 2004; Burgard, Unternehmensstiftung, a.a.O. (Fn. 154), S. 26 f., nach dessen Ansicht das Vermögen der Stiftung ohne ihre Beteiligung an der KG wenigstens 5 % der Verbindlichkeiten der KG abdecken muss.

367 Vgl. dazu die Gestaltungsvorschläge bei Burgard, a.a.O. (Fn. 42), S. 689 ff. m. w. N.

368 Schwarz, BB 2001, 2381, 2383.

Zur Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung über den hofgebundenen Nachlass

(von Notar Dr. Oliver Gehse, Viersen)

Der nachfolgende Beitrag untersucht die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckungsanordnung im Anwendungsbereich der nordwestdeutschen Höfeordnung (HöfeO)¹ unter dem Gesichtspunkt der zulässigen Beschränkung der Hoferbfolge gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 HöfeO, erörtert die Möglichkeit der Abberufung eines den Hoferben beschränkenden Dauertestamentsvollstreckers gemäß § 2227 Abs. 1 BGB und gibt dem Notar Gestaltungsempfehlungen für die Beurkundung einer entsprechenden Verfügung von Todes wegen.

I. Testamentsvollstreckung über den hofgebundenen Nachlass

Gem. § 16 Abs. 1 S. 1 HöfeO kann der Eigentümer die Erbfolge kraft Höferechtes durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen. Er kann sie jedoch gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 HöfeO beschränken. Als solche bloße Beschränkung der Hoferbfolge wird die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers nach allgemeiner Meinung angesehen, somit ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung auch im Bereich des Höferechtes grundsätzlich zulässig.² Einer gerichtlichen Genehmigung gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HöfeO bedarf es schon deshalb nicht, da durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht möglich ist.³

Dem Testamentsvollstrecker können hinsichtlich des hofgebundenen Vermögens gemäß §§ 2, 3 HöfeO dieselben Aufgaben übertragen werden wie nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Er hat den Nachlass in Besitz zu nehmen, das Hoffolgezeugnis zu beantragen, die Grundbuchberichtigung zu betreiben sowie die Nachlassverbindlichkeiten einschließlich der Abfindungsforderungen, Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen.⁴

II. Die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung

1. Zum Spannungsfeld zwischen Dauertestamentsvollstreckung und dem Grundsatz der Eigenbewirtschaftung des Hofes

Auch eine Dauertestamentsvollstreckung i. S. des § 2209 BGB wird im Grundsatz für zulässig gehalten.⁵ Sie kann jedoch nach *Faßbender*, wenn für ihre Anordnung kein beachtenswerter Grund vorliegt, zu einer die Bewirtschaftung des Hofes beeinträchtigenden Bevormundung des Hoferben führen. Dann handele es sich um einen insoweit unwirksamen Ausschluss der Erbfolge kraft Höferechtes, was insoweit zur Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckeranordnung führt.⁶ Der Auffassung von *Faßbender* ist entgegenzuhalten, dass es einer Wertung durch Dritte mit einem weitgefassten Beurteilungsspielraum bedürfte, wenn die Wirksamkeit einer testamentarischen Verfügung des Erblassers davon abhinge, ob ein beachtenswerter Grund für ihre Anordnung besteht. *Faßbenders* Bedenken gegen eine unbegrenzte Dauertestamentsvollstreckung im Höferecht sind daher zu

konkretisieren: Nach ihrem Zweck schließt die Anordnung der Dauervollstreckung den oder die Erben von der Verfügung über den verwaltungsunterworfenen Nachlass gemäß § 2211 Abs. 1 BGB aus und verhindert die Auseinandersetzung der Miterben während ihrer Dauer gemäß § 2044 BGB. Sie ist darauf gerichtet, dass der Testamentsvollstrecker das verwaltete Vermögen nutzbar macht und vermehrt.⁷ Die Höfeordnung hält jedoch auch bei der testamentarischen Bestimmung des Hoferben durch den Erblasser in § 7 Abs. 1 S. 2 HöfeO am grundsätzlichen Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit fest, indem als Hoferbe ausscheidet, wer nicht wirtschaftsfähig i. S. des § 6 Abs. 7 HöfeO ist, also nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten, nach seinen Kenntnissen und seiner Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihm zu übernehmenden Hof selbständig ordnungsmäßig zu bewirtschaften. Das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit begründet sich vor allem im höferechtlichen Zweck: Der Hoferbe genießt eine vom allgemeinen Recht erheblich zu seinen Gunsten abweichende Abfindungsregelung der weichenden Erben gemäß § 12 HöfeO, damit ihm die Fortführung des Hofes zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird. Nach § 13 HöfeO muss der Hoferbe bei einem nachträglichen Wegfall des höferechtlichen Zweckes, z. B. beim Verkauf des Hofes oder nichtlandwirtschaftlicher Nutzung, die Abfindung der weichenden Erben unter Umständen bis zum vollen Verkehrswert ergänzen. Mit dem in § 6 Abs. 6 und § 7 Abs. 1 S. 2 HöfeO statuierten Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit soll verhindert werden, dass der höferechtliche Zweck von Anfang an verfehlt wird, indem der Hof einem Miterben anfällt, der die Bewirtschaftung des Betriebes mangels persönlicher Eignung von vorneherein nicht fortführen kann.⁸ Mit Ausnahme des Ehegatten, auf dessen Wirtschaftsfähigkeit es gemäß § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO nicht ankommt, geht das Gesetz im Regelfall folglich von einer Eigenbewirtschaftung des Hofes durch den Hofeigentümer aus, da ansonsten das Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit überflüssig wäre. Das Gesetz erwartet vom Hoferben durch die Formulierung „den von ihm zu über-

1 Gemäß der Bekanntmachung vom 26. Juli 1976 (BGBl. 1976 I, S. 1933), zuletzt geändert durch Art. 98 nach Maßgabe des Art. 111 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. 2008 I, S. 2586) mit Wirkung zum 1. September 2009.

2 BGHZ 1, 116 = DNotZ 1951, 187 = RdL 1951, 96; OLG Oldenburg MDR 1949, 107; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl. 2001, § 16 Rn. 37; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 9. Aufl. 2008, § 16 HöfeO Rn. 40; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo/HöfeO, 3. Aufl. 1994, § 16 Rn. 81; Steffen/Ernst, HöfeO, 2. Aufl. 2006, § 16 Rn. 7; Haegele, RdL 1954, 144.

3 OLG Celle NdsRPfl 1948, 168; OLG Braunschweig NdsRPfl 1948, 216 = MDR 1949, 367; Wöhrmann, § 16 HöfeO Rn. 40; Faßbender, a.a.O., § 16 HöfeO Rn. 81.

4 Faßbender, a.a.O., § 16 HöfeO Rn. 84.

5 Faßbender, a.a.O., § 16 HöfeO Rn. 81; Haegele, RdL 1954, 144; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 16 HöfeO Rn. 37.

6 Faßbender, a.a.O., § 16 HöfeO Rn. 81.

7 MünchKomm/Zimmermann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2209 Rn. 3; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearbeitung 2003, § 2209 Rn. 5; Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2209 Rn. 2.

8 Wöhrmann, § 6 HöfeO Rn. 88.

nehmenden Hof“ in § 6 Abs. 7 HöfeO, dass er die Bewirtschaftung selbst übernimmt.⁹ Auf die Wirtschaftsfähigkeit eines vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstreckers kommt es hingegen nach dem Gesetz nicht an, weil ihre Anordnung im Regelfall nur vorübergehender Natur ist.

Eine den Hoferben in seinen Befugnissen maßgeblich beeinträchtigende Dauertestamentsvollstreckung ist demnach insoweit zulässig, als dass die Höfeordnung selbst vom Erfordernis der Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben absieht oder insoweit Einschränkungen zulässt. Der überlebende Ehegatte des Hofeigentümers kann also stets durch Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung beschränkt werden, ebenso ein nichtwirtschaftsfähiger Abkömmling unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HöfeO.

2. Dauertestamentsvollstreckung bei einem jugendlichen Hoferben

Im Übrigen ist die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung bei einem noch jugendlichen Hoferben entsprechend § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO solange zulässig, bis er ein bestimmtes Alter oder einen bestimmten Ausbildungsstand erreicht hat.¹⁰ Nach der Wertung des § 14 Abs. 1 HöfeO wird die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung einem Abkömmling des Erblassers gegenüber bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres regelmäßig mit § 16 Abs. 1 HöfeO vereinbar sein, weil sodann in aller Regel davon auszugehen ist, dass der Hoferbe ausgebildet ist und den Hof selbst bewirtschaften kann.¹¹ Darüber hinausgehend mag man erwägen, dem Erblasser in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 14 Abs. 1 S. 2 lit. a HöfeO das Recht zu gewähren, die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung über das 25. Lebensjahr des Abkömmlings hinaus zu verlängern. Da allerdings dem Hofeigentümer nach § 14 Abs. 1 S. 2 lit. a HöfeO die Befugnis eingeräumt ist, die lebenslängliche Nutzverwaltung des Hofes durch seinen Ehegatten ohne weitere Einschränkung anzuordnen, bedeutete eine entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 S. 2 lit. a HöfeO im Ergebnis doch wieder die unbegrenzte Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung, die dem höherrechtlichen Zweck zuwiderläuft. Allenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 lit. b HöfeO mag eine begrenzte Verlängerung der Dauertestamentsvollstreckung durch eine Erblasseranordnung in Betracht kommen. So könnte der Erblasser verfügen, dass sich eine Dauertestamentsvollstreckung auch über das 25. Lebensjahr des Hoferben fortsetzt, solange sich dieser noch in der landwirtschaftlichen Ausbildung befindet.

III. Zur Abberufung eines Dauertestamentsvollstreckers

Ist dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Hofes im Rahmen einer Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB übertragen, so ist in der Rechtsliteratur umstritten, ob ein wichtiger Grund, den Testamentsvollstrecker auf Antrag des Hoferben gemäß § 2227 Abs. 1 BGB zu entlassen und damit die Testamentsvollstreckung zu beenden, darin erblickt werden kann, dass der

zwischenzeitlich erwachsene Hoferbe selbst die Bewirtschaftung des Hofes übernehmen will und kann.

Während *Faßbender*¹² darauf verweist, dass im Höfe recht keine anderen Maßstäbe als im allgemeinen bürgerlichen Recht gelten, so dass der Wille des Hoferben, die Bewirtschaftung zu übernehmen, für sich kein Entlassungsgrund darstelle, erkennen dies *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*¹³ und *Haegele*¹⁴ mit Rücksicht auf den Erblasserwillen an. Es ist insoweit zu differenzieren: Durfte der Erblasser in den allgemeinen Grenzen des § 2210 BGB eine Dauertestamentsvollstreckung anordnen, weil es auf die Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben nicht ankam, z. B. beim Ehegatten oder in Fällen des § 7 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HöfeO, so ist der Wunsch des Hoferben, den Hof selbst zu bewirtschaften für den Fortbestand der Dauertestamentsvollstreckung unbeachtlich. Aufgrund der gesetzgeberischen Wertung war die Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben nicht erforderlich, so dass eine Eigenbewirtschaftung nicht erwartet werden konnte. Erfolgte die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung mit Rücksicht auf das jugendliche Alter des Hoferben, so wird ein Antrag des Hoferben auf Aufhebung der Testamentsvollstreckung und Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 Abs. 1 BGB erfolgreich sein, wenn der Hoferbe zur Übernahme der Eigenbewirtschaftung willens und in der Lage ist.

IV. Gestaltungsempfehlungen für letztwillige Verfügungen

1. Zeitliche Beschränkung der Dauertestamentsvollstreckung

Möchte der Erblasser über seinen hofgebundenen Nachlass Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB anordnen, hängt ihre Zulässigkeit grundsätzlich auch von der zum Hoferben vorgesehenen Person ab. Während sie beim eigenen Ehegatten sowie im Sonderfall des § 7 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 HöfeO in den Grenzen des § 2210 BGB angeordnet werden kann, ist im Übrigen eine zeitliche Begrenzung der Dauertestamentsvollstreckung zu empfehlen. Insbesondere bietet sich an, die Testamentsvollstreckung mit dem Abschluss der landwirtschaftlichen Ausbildung oder dem Erreichen eines bestimmten Lebensalters enden zu lassen.

2. Benennung wichtiger Gründe für die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht im Testament

Der Erblasser kann aber auch die Testamentsvollstreckung grundsätzlich bis zum Erreichen eines bestimmten Lebensalters befristen, zugleich aber auch den vorherigen Abschluss der landwirtschaftlichen Ausbildung als wichtigen Grund für eine vorzeitige Entlassung des Tes-

⁹ Wöhrmann, § 6 HöfeO Rn. 98.

¹⁰ Zur Einschränkung des Erfordernisses der Wirtschaftsfähigkeit bei mangelnder Altersreife nach § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO: Wöhrmann, § 6 HöfeO Rn. 128; von Jeinsen, in: *Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo*, § HöfeO Rn. 44; *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*, § 6 HöfeO 87; *Steffen/Ernst*, § 6 HöfeO Rn. 65 ff.

¹¹ Von Jeinsen, a.a.O., § 6 HöfeO Rn. 44.

¹² *Faßbender*, a.a.O., § 16 HöfeO Rn. 83.

¹³ *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery*, HöfeO, § 16 HöfeO Rn. 37.

¹⁴ *Haegele*, RdL 1954, 144.

tamentsvollstreckers gemäß § 2227 Abs. 1 BGB benennen. Bei der dem Nachlassgericht im Entlassungsverfahren obliegenden Abwägung ist stets darauf abzustellen, ob die gegebenen Umstände den Erblasser mutmaßlich zu einer Aufhebung der Testamentsvollstreckung veranlasst hätten, da die Entlassung ein Ersatz für das dem Erblasser zu Lebzeiten zustehende Widerrufsrecht gemäß § 671 Abs. 1 BGB darstellt, so dass seine in der Testamentsurkunde niedergelegten Erwägungen für das Nachlassgericht von erheblicher Bedeutung sind.¹⁵

3. Aufhebung der Hofeigenschaft

Erstrebt der Erblasser eine Dauertestamentsvollstreckung am hofgebundenen Nachlass über die aufgezeigten Grenzen hinaus, so bietet sich schließlich die Aufhebung der Hofeigenschaft durch Abgabe einer negativen Hoferklärung und Löschung des Hofvermerkes im Grundbuch gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO an, so dass sich die landwirtschaftliche Besitzung nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht vererbt. Nach Einführung des fakultativen Höferechtes zum 1. Juli 1976 durch das Zweite Gesetz zur Änderung der Höfeordnung vom 29. März 1976¹⁶ unterliegt die Anwendbarkeit der Höfeordnung ausschließlich der Disposition des Hofeigentümers.¹⁷ Die Rechtswahl kann selbst nicht durch eine bindende Verfügung von Todes wegen, eine formlos-bindende Hofverbenbestimmung oder durch den wirksamen Abschluss eines früheren Hofübergabevertrages ausgeschlossen werden, wobei allerdings möglicherweise entstehende

Pflichtteilsansprüche weichender Erben deutlich höher sind als entsprechende Abfindungsansprüche nach § 12 Abs. 1 HöfeO.

In diesem Fall sollte zusätzlich eine Ertragswertanordnung gemäß § 2312 Abs. 2 BGB getroffen werden, falls der Erwerber selbst pflichtteilsberechtigt ist. § 2312 BGB privilegiert ähnlich wie die Höfeordnung den pflichtteilsberechtigten Übernehmer eines Landgutes im öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes, indem nicht auf den Verkehrswert, sondern auf den niedrigeren Ertragswert abgestellt wird.¹⁸ Allerdings stellt sich die Berechnung der Abfindungsansprüche anhand des Eineinhalbfachen des zuletzt festgestellten Einheitswertes gemäß § 12 HöfeO für den Hoferben als deutlich günstiger dar, so dass der Erblasser ernsthaft abwägen sollte, ob er den Fortfall der Hofeigenschaft ausschließlich zum Zwecke der Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung bewirkt.

15 MünchKomm/Zimmermann, § 2227 BGB Rn. 7; Staudinger/Reimann, § 2227 BGB Rn. 10; Soergel/Damrau, § 2227 BGB Rn. 3.

16 BGBl. 1976 I, S. 881.

17 Wöhrmann, Einleitung Rn. 16 und § 1 HöfeO, Rn. 86 ff.; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, Einleitung Rn. 4 und § 1 HöfeO Rn. 53 ff.; Faßbender, a.a.O., Einleitung Rn. 50; Steffen/Ernst, § 1 HöfeO Rn. 49.

18 MünchKomm/Lange, § 2312 BGB Rn. 1; Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl. 2009, § 2312 Rn. 2; Staudinger/Haas, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2312 Rn. 2; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2312 Rn. 1.

Fachwissen aus dem Internet – Online-Recherche für Notare

(von Dr. Dominik Gassen, Notar in Bonn)

In fast allen Lebensbereichen ist es mittlerweile selbstverständlich, Informationen elektronisch zu beschaffen. Von der Routenplanung bis zu Informationen zu Medikamenten, von Tageszeitungen bis hin zu Bedienungsanleitungen findet der Kundige im Internet in Sekundenbruchteilen fast alles, was das Herz begehrt. Dabei wird er unterstützt von leistungsfähigen Suchmaschinen und Verzeichnissen, die die unüberschaubare Datenflut beherrschbar machen.

Natürlich ist die digitale Informationsrevolution auch an den juristischen Berufen nicht vorbeigegangen. Bereits in der „Steinzeit“ der Datenfernübertragung waren juristische Datenbanken eine für die Praxis wichtige Ressource. Besonders im angloamerikanischen Rechtsraum erlaubten Datenbanken dem Rechtsanwender, die unüberschaubare Menge an „Case Law“ nach den für den jeweiligen Fall einschlägigen Entscheidungen zu durchsuchen. In Deutschland kam dem Anbieter Juris¹ eine Pilotfunktion zu. Der Dienst etablierte sich schnell in Gerichten und Rechtsanwaltskanzleien.

In den letzten Jahren kam es – nachdem zunächst eine Vielzahl von kommerziellen Anbietern auf den Markt drängte – zu einer Bereinigung. Heute findet der interessierte Anwender viele Informationsquellen auf professionellem Niveau auch im kostenfreien Bereich des Net-

zes, daneben jedoch auch einige qualitativ sehr hochwertige und inhaltlich umfangreiche kostenpflichtige Angebote.

I. Papierrecherche und elektronische Dokumente

Bei dem Einstieg in das elektronische Medium für die Rechtsrecherche sind viele Kollegen sehr zurückhaltend. Vieles ist hier gute Gewohnheit und vertraute Methodik: Man ist mit seiner Papierbibliothek vertraut und der schnelle Blick auf die Seite, das kurze Blättern erscheint vielfach leichter und schneller als die mitunter etwas komplizierte Navigation durch elektronische Dokumente. Auch wird oft das Lesen am Bildschirm als anstrengender empfunden oder die sichtbare Textmenge ist zu klein, um in der gewohnten Geschwindigkeit Texte nach relevanten Punkten zu überfliegen.

Andere Anwender – die typischerweise bereits seit ihrem Studium intensiv am Computer arbeiteten – haben hier weniger Probleme, weil sie sich bereits auf die andere Arbeitstechnik umgestellt haben. Das Angebot an preisgünstigen, großen Flachbildmonitoren hat darüber hinaus das Problem der sichtbaren Textmenge deutlich verringert.

1 <http://www.juris.de>

Die Vorteile des elektronischen Mediums werden oft noch nicht so klar wahrgenommen:

Aktualität: Der Veröffentlichungszyklus auf Webseiten und in elektronischen Datenbanken ist typischerweise erheblich kürzer als bei gedruckten Medien. Während dies besonders bei Kommentaren und Monographien deutlich ist, trifft es in beschränkterem Umfang genauso auf Fachzeitschriften zu. So ist die Veröffentlichung von Urteilen und neuen Gesetzen (bzw. der aktualisierten konsolidierten Fassung) im Internet vielfach schneller – so weit, dass das Einsortieren von Loseblattsammlungen wie antiquierte Beschäftigungstherapie aussieht. Die Werke, die Bestandteil eines Online-Fachangebotes sind, werden dort stets in den neuesten Auflagen vorgehalten, ohne dass der Benutzer diese erwerben oder aktivieren muss. Online-Kommentare, die immer weitere Verbreitung finden, werden unabhängig von einem fixierten Veröffentlichungsrythmus ständig überarbeitet.

Suchmöglichkeiten: Während man beim Papierwerk stets auf den – mehr oder weniger gepflegten – Index angewiesen ist, sind moderne Suchmechanismen ungleich leistungsfähiger. Sie erlauben, die Ergebnisse nach Relevanz zu bewerten und zu sortieren und parallel eine Vielzahl von Quellen zu durchsuchen. Viele Suchmaschinen arbeiten bereits intelligent und erkennen Tippfehler bzw. schlagen Suchergebnisse vor, die sachlich nahe mit dem eingegebenen Begriff zusammenhängen.

Natürlich gehört zu einer effizienten Suche auch die Kenntnis bestimmter Grundtechniken. Beherrscht man diese, wird man mit der elektronischen Recherche ein viel breiteres und tieferes Ergebnisbild erhalten.

Verknüpfungen von Informationen: Was für die Verlinkung von Webseiten gilt, passt genauso zu Fachinformationen. Eine Fundstelle führt zur nächsten, Querverweise beziehen Gesetzestexte ein – die nächste Information ist nur einen Mausklick entfernt. Mit diesem Hilfsmittel kann der Jurist seine Recherche viel schneller und umfassender betreiben, ohne Nachmittage in der Bibliothek zu verbringen.

Informationsverteilung/Kollaboration: Daten, die bereits in elektronischer Form vorliegen, lassen sich erheblich besser verteilen und weiterversenden. So kann eine Fundstelle auf die Schnelle per E-Mail gezielt an den Rechtspfleger versendet werden. Elektronische Newsletter sind ein sehr effektiver Weg, interessierte Anwender auf Neuerungen hinzuweisen.

Kosten: Oft wird der elektronische Bezug im Ergebnis kostengünstiger sein als die Papiervariante. Für viele Bereiche – insbesondere Gesetzestexte – gibt es kostenlose Angebote; bei den im Folgenden genannten „Paketen“ wird eine Monatsgebühr fällig (was die Ausgabenseite etwas unflexibel macht, da man sich nicht selektiv gegen eine Neuanschaffung entscheiden kann), die aber in der Regel günstiger ist als der separate Bezug/Erwerb der jeweiligen Inhalte. Ob dies im Ergebnis günstiger ist, ist im Einzelfall von der Größe der Bibliothek bzw. den bezogenen Zeitschriften ab.

II. Notarrelevante Informationsbereiche

Das Angebot an Juristischen Informationen im Internet ist riesengroß, richtet sich aber in der Regel an spezielle Interessensgruppen. Die Mehrzahl der Angebote zielt eher auf den Anwaltsmarkt und betrifft Rechtsgebiete, die den Notar allenfalls am Rande interessieren.

Speziell für Notare sind seit langer Zeit die Internetseiten des Deutschen Notarinstituts in Würzburg und der Bundesnotarkammer konzipiert. Daneben gibt es von verschiedenen kommerziellen Anbietern speziell für die Interessen von Notaren zusammengestellte „Pakete“. Verschiedene Angebote sind für alle an der Rechtspflege Beteiligten interessant.

Im Folgenden werden ausgesuchte Angebote vorgestellt, und zwar gegliedert nach den Situationen, in denen die betreffenden Inhalte benötigt werden.

1. Fall-/Problemrecherche

Griff zum Buch oder Blick in den Computer? Der Notar hat – meist im Zusammenhang mit dem Urkundsentwurf – eine Rechtsfrage identifiziert und sucht nach der Lösung.

a) Gesetzestexte

Für viele Juristen gehört der Blick in den „Schönfelder“ bereits der Vergangenheit an. Grund dafür ist das vom Bundesjustizministerium zusammen mit dem Anbieter Juris betriebene Projekt „Gesetze im Internet“², in dessen Rahmen „nahezu das gesamte Bundesrecht“ kostenlos online bereitgestellt wird. Hier kann man entweder nach einzelnen Normen suchen oder das betreffende Gesetz als Ganzes im PDF-Format herunterladen.

Dabei sind die Gesetzeslisten zu den einzelnen Buchstaben so lang geraten, dass man lange blättern muss, um beispielsweise das BGB zu finden.

Tipp: Hier hilft der Internetbrowser. Drücken sie „Strg+F“ (für „finden“) und geben sie in das erscheinende Suchfenster die ersten Buchstaben des gesuchten Gesetzes ein. So können sie es in der Regel direkt ansteuern.

Wenn sie den gesamten Gesetzestext heruntergeladen haben, können sie die Suchfunktion in ihrem PDF-Ansichtsprogramm³ auch mit der Kombination „Strg+F“ aufrufen, um zur gesuchten Norm zu springen.

Eine Norm lässt sich auch unmittelbar über Google finden. Geben Sie dazu die Norm, das Gesetz und „BMJ“ (für das Angebot des Bundesjustizministeriums) ein. Der richtige Link sollte dann auf der Ergebnisliste ganz oben erscheinen.

Das Landesrecht aller Bundesländer (allerdings nicht abschließend) findet sich in einer großen Sammlung im Online-Dienst des nordrhein-westfälischen Justizministeriums⁴.

Natürlich verfügen auch die einzelnen Bundesländer in der Regel über eigene Sammlungen. Gute Übersichten

2 <http://www.gesetze-im-internet.de>

3 Meist „Adobe Reader“, mögliche Alternative „Foxit Reader“, <http://www.foxitsoftware.com/downloads/index.php>

4 http://www.lexsoft.de/lexisnexis/justizportal_nrw.cgi

findet man auf der Seite des DNotI⁵ oder beim „Juristischen Internetprojekt Saarbrücken“⁶.

Bei der Suche nach Rechtsnormen im Internet ist mitunter Vorsicht geboten. Gesetzestexte werden von vielen Anbietern online gestellt, meist von Privaten wie Anwaltskanzleien oder Beratungsunternehmen. Bei diesen Quellen ist – wie bei manchen Internetinhalten – nicht sichergestellt, dass die Daten richtig sind oder aktualisiert werden. Darum sollten bei praxisrelevanten Recherchen nur die oben erwähnten Seiten verwendet werden.

b) Urteile/Entscheidungen

Entscheidungssammlungen gibt es im Internet in den verschiedensten Ausprägungen. Die Gerichte selbst bieten auf ihren Internetseiten die eigenen Entscheidungen an⁷ und jeder kommerzielle Anbieter hat seine eigene Datenbank im Angebot. Für den Notar ist von besonderem Interesse die Rechtsprechungsdatenbank des DNotI, die Notaren kostenfrei im Rahmen des Dienstes „DNotI-Online-Plus“ bereitgestellt wird⁸. Die Datenbank beschränkt sich auf die für die notarielle Praxis bedeutsamen Entscheidungen, versucht jedoch, diese möglichst vollständig abzudecken. Sie erlaubt die gezielte Suche nach Gericht, Datum und Aktenzeichen, aber auch breitere Suchen nach Stichworten oder Rechtsgebieten und Normen.

Die Rechtsprechungsdatenbank ist automatisch in die allgemeine Suche der DNotI-Datenbank „Deutsches Recht“ einbezogen, die zu Stichwortsuchen Fundstellen aus verschiedenen Quellentypen anbietet.⁹

Anders als bei den Datenbanken der kommerziellen Anbieter ist es nicht möglich, Entscheidungen über zitierte Zeitschriftenfundstellen zu finden.

c) Fachzeitschriften

Möchte man auf einen Artikel einer notariellen (oder sonstigen rechtlichen) Fachzeitschrift zurückgreifen, ist man in der Regel auf die kommerziellen Anbieter angewiesen. Auch die Zeitschriften, die von den Notarkammern herausgegeben werden, sind über Vertriebsvereinbarungen an die entsprechenden Verlage gebunden, so dass das Archiv nicht über die Webseite der jeweiligen Zeitschrift eingesehen werden kann.¹⁰

Will man ein vollständiges suchfähiges Archiv der üblicherweise im Notariat gelesenen Zeitschriften Online einsehen, ist dies nur im Modul „Notarrecht“ des Anbieters Beck-Online möglich¹¹. Die Zeitschrift ZNotP ist ausschließlich über das Online-Angebot „Notarrecht Online“ des Anbieters LexisNexis abrufbar.

Mitunter gibt es auch auf den Webseiten der jeweiligen Zeitschrift einen geschützten Bereich, der den Abonnenten per Passwort den Zugriff auf das elektronische Archiv ermöglicht.

Der Notar, der sich gegen das Angebot eines kommerziellen Anbieters entscheidet, hat jedoch immer noch die Option, sich eine bestimmte benötigte Fundstelle über den Literaturrecherchedienst des DNotI übersenden zu lassen¹². Anfragen werden typischerweise sehr zügig bearbeitet und die Ergebnisse per Telefax übermittelt.

Da die meisten Notare über ein Papierarchiv der DNotZ und der einschlägigen regionalen Zeitschrift (RNotZ, MittBayNot, NotBZ) verfügen dürften, wäre eine Ergänzung der DNotI-Datenbank „Deutsches Recht“ um einen mit Stichworten angereicherten Index dieser Veröffentlichungen höchst wünschenswert. Wenn der Notar bei seiner Suche beispielsweise den Hinweis erhält, dass unter einer bestimmten Fundstelle in der DNotZ ein Artikel zu einem einschlägigen Thema erschienen ist, kann er (auch wenn der Artikel selbst nicht per Mausklick abrufbar ist) erheblich effizienter mit seiner bestehenden Bibliothek umgehen (die damit auch nicht sofort obsolet wird).

d) Gutachten zu Einzelproblemen

Ein absolutes Alleinstellungsmerkmal und eine hervorragende Hilfe für den Notar, der ein praktisches Problem recherchiert, sind die Gutachten des Deutschen Notarinstituts. Der klassische Weg ist hier die spezifische Gutachtenanfrage¹³, bei der der Notar jedoch zunächst Sachverhalt und Rechtsfragen ausführlich schildern muss und die Bearbeitung typischerweise zwei Wochen in Anspruch nimmt.

Handelt es sich jedoch um eine Frage, bei der der Notar vermutet, dass sie bereits in der Praxis des einen oder anderen Kollegen aufgetaucht ist, ist es wahrscheinlich, dass das DNotI dazu bereits gutachterlich Stellung genommen hat. In diesem Fall ist das gesuchte Gutachten (soweit es zur Veröffentlichung geeignet ist) in der Datenbank „Deutsches Recht“ des Internetangebotes „DNotI-Online-Plus“¹⁴ enthalten. Oft führt eine Suche über die Kombination von zwei Stichworten und/oder eine zentrale Rechtsnorm zu einer überschaubaren Trefferliste, aus der schnell ein Gutachten gefunden werden kann, das die Frage beantwortet. Meist sind die Gutachten auch nützlich, selbst wenn sie die Frage nicht eindeutig beantworten, da sie einen guten Einstieg in Rechtsprechung und Schrifttum darstellen und über diesen Weg zügig auch die „benachbarte“ Frage beantwortet werden kann.

5 http://www.dnoti.de/Links/notarlinks_national.htm (Überschrift „Bundesländer“).

6 <http://www.jura.uni-saarland.de/Normen.37.0.html>

7 Z. B. der BGH unter <http://www.bundesgerichtshof.de/entscheidungen/entscheidungen.php>. Eine Übersicht findet sich unter <http://www.jura.uni-saarland.de/Rechtsprechung.38.0.html>

8 <http://rechtsprechung.dnoti-online-plus.de/>; für Informationen zum Zugang und ggf. dessen Freischaltung vgl. <http://www.elrv.info/de/it-nutzung-im-notariat/dnotl-online-plus/index.php>

9 <http://www.dnoti-online-plus.de/deutsch.php>

10 Eine Ausnahme bilden insoweit der DNotI-Report (vollständig abrufbar und durchsuchbar unter <http://www.dnoti.de/Archive/rerarch.htm> bzw. die Datenbank „Deutsches Recht“) und die MittBayNot, deren Angebot unter <http://www.notare.bayern.de/front.php?bay=1&katID=11&artID=21> auch Altausgaben enthält. Die Webseite der RNotZ enthält ein durchsuchbares Archiv (http://www.rnotz.de/rnotz_archiv.php), die DNotZ bietet Inhaltsverzeichnisse und Mitteilungsteil, <http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/DNotZ/DNotZ.html>.

11 Hier finden sich unter anderen folgende Zeitschriften: BWNNotZ, DNotZ, MittBayNot, NJW, MittRhNotK und RNotZ.

12 <http://www.dnoti.de/DOC/literatur.pdf>, Anfragen auch per E-Mail möglich.

13 Auch Online unter <http://www.dnoti.de/anfrage2.htm>

14 <http://www.dnoti-online-plus.de/deutsch.php>

Zum Umgang mit der Datenbank „Deutsches Recht“ im allgemeinen und den Gutachten im besonderen sollten jedoch einige Hinweise beachtet werden:

- Die Gutachten sind in der Regel als Word-Dokument oder als PDF-Datei hinterlegt. Sie enthalten keine Querverlinkungen, so dass nach dort zitierten Fundstellen separat an der geeigneten Stelle gesucht werden muss. Dies ist ein funktionaler Nachteil gegenüber den integrierten Datenbanken der kommerziellen Anbieter.
- Die Gutachten werden nicht aktualisiert, so dass sie je nach Verfassungsdatum durch Gesetzesänderung oder neue Rechtsprechung überholt sein können. Bevor man sich auf eine Aussage verlässt sollte man darum das Datum prüfen und ggf. ergänzend (z. B. in einem aktuelleren Kommentar) prüfen, ob sich Änderungen ergeben haben.
- Die eingestellten Internet-Gutachten geben grds. allein die Rechtsauffassung des Sachbearbeiters des DNotI wieder. Die im DNotI-Report und im Fax-Abruf-Dienst veröffentlichten Gutachten (auch in der Datenbank enthalten) sind hingegen vor der Veröffentlichung zusätzlich noch mit den Patentnotaren des DNotI abgestimmt und i. d. R. redaktionell überarbeitet (und außerdem meist ausführlicher).
- Zitierfähig und zur Weitergabe an Dritte geeignet sind ausschließlich Gutachten, die im DNotI-Report oder im Fax-Abruf veröffentlicht wurden. Andere Gutachten dürfen nur als interne Arbeitshilfe des Notars verwendet werden.

Generell ist jedem Notar zu empfehlen, die DNotI-Datenbank in seine Rechtsrecherche einzubeziehen, wenn nicht gar generell zu deren Ausgangspunkt zu machen.

e) **Mustersammlungen**

Für die Suche nach Vertrags- oder sonstigen Formulierungsmustern ist das Internet – jedenfalls in seinem kostenfrei zugänglichen Bereich – nicht geeignet. Die in der Praxis des Notariats typischerweise verwendeten Formularbücher sind ausnahmslos Bestandteil von kostenpflichtigen Angeboten. So ist im Notarpaket von Beck-Online das „Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht“ von Hoffmann-Becking/Rawert enthalten (das Münchener Vertragshandbuch wird schmerzlich vermisst), „Notarrecht Online“ von LexisNexis bietet neben einer Reihe weniger bekannter Werke die Bücher von Krauß zum Immobilienkauf- und Überlassungsvertrag, die einen reichhaltigen Musterteil aufweisen. Die Angebote von Juris im Bereich des Zivilrechts zielen mehr auf die Anwaltspraxis ab (Reihe AnwaltFormulare, auch zum Bereich Erbrecht).

Das wohl verbreitetste Formularbuch im notariellen Bereich, „Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“, bietet seinen Beziehern eine eigene passwortgeschützte Webseite, auf der die Muster abgerufen können.

Für alle Muster gilt: die in den Online-Diensten angebotenen Formulare sind in den wenigsten Fällen ohne Weiteres verwendbar, da sich die verwendeten Formate nur mit Mühe in die eigene Textverarbeitung einfügen

lassen. Der „Kersten-Bühling“ hat zudem noch den Nachteil, dass die Muster stets mit Phantasiefirmen und -beteiligten durchsetzt sind, die händisch gesucht und ersetzt werden müssen.

Obwohl sich der Bereich der Vertragsmuster grundsätzlich am leichtesten in einen computerbasierten Arbeitsablauf eingebunden werden kann, sind hier die praktischen Probleme verblüffend groß und das einschlägige Angebot enttäuschend klein. Möglicherweise werden hier auch in der nahen Zukunft die den Werken mitunter beigegebenen CD-Roms ihre angestammte Rolle behalten.

f) **Kommerzielle Paketangebote (Kommentare, Monographien, Mustersammlungen, Zeitschriften u. a.)**

Seit längerer Zeit sind Anbieter von Juristischen Datenbankdiensten in Deutschland aktiv, manche sind bereits wieder vom Markt verschwunden oder haben ihre Ausrichtung vollständig verändert. Für den Notarmarkt gibt es derzeit drei relevante Dienste:

- Beck-Online (Fachmodul „Notarrecht plus“)¹⁵
- LexisNexis („Notarrecht Online“)¹⁶
- Juris (Zivilrecht-Fachmodule)¹⁷

Sämtliche Angebote haben bestimmte gemeinsame Grundstrukturen:

- Aus einem größeren Bereich elektronischer Fachressourcen wird eine Teilmenge gebündelt, die für den Rechtsbereich am relevantesten erscheint.
- Gesetzes- und Urteilssammlungen gehören zu jedem Angebot.
- Die Daten werden – unabhängig vom Datentyp – in einer Suchmaske gebündelt, so dass der Suchende zu seinem Stichwort vielfältige Treffer, z. B. aus Gesetzestexten, Urteilen, Kommentaren oder Zeitschriftenaufsätzen erhält.
- Auf Wunsch werden auch Suchergebnisse aus Quellen angezeigt, die zwar verfügbar sind, jedoch nicht zu dem gebuchten „Paket“ gehören. Diese können dann gegen eine zusätzliche Gebühr abgerufen werden.¹⁸

Im Detail unterscheiden sich die Angebote jedoch durchaus – und nicht nur im Preis.¹⁹

aa) **Beck-Online, Fachmodul „Notarrecht Plus“**

Das Angebot des Beck-Verlages kann traditionell aus dem Vollen schöpfen, da viele der klassischen Standardwerke hier erschienen sind. Der Inhalt kann sich dann

¹⁵ <http://beck-online.beck.de/?modid=103>

¹⁶ <http://www.lexisnexis.de/notarrecht>

¹⁷ http://www.juris.de/jportal/nav/produkte/jurifachmodule/produktuebersicht_fachmodule.jsp

¹⁸ Angesichts der Höhe dieser Zusatzgebühren wird sich für den Notar allerdings oft die Frage stellen, ob nicht eine DNotI-Literaturrecherche der sinnvollere Weg ist.

¹⁹ Beck-Online: 150,- € mtl. (ermäßigt auf 125,- € für Mitglieder eines im DNotV organisierten Notarvereins); LexisNexis Notarrecht Online: 58,- € mtl.; Juris: stark unterschiedliche Einzelpreise, z. B. Modul Baurecht 30,- € mtl.

auch sehen lassen²⁰, mit Highlights wie dem Beck'schen Notarhandbuch, dem Münchener Kommentar zum BGB und dem Schöner/Stöber zum Grundbuchrecht. Konkurrenzlos dürfte außerdem die fast vollständige Sammlung der notariellen Fachzeitschriften sein.

Sehr gelungen ist auch die Gestaltung der Oberfläche. Die Suche liefert schnell brauchbare Ergebnisse und die Navigation ist so einfach, dass man schnell von einer Quelle zur nächsten wechseln kann. Dabei ist es auch möglich, Dokumente zu Markieren, um sie später schnell wiederzufinden. Das angebotene Drucklayout ist allerdings eher gewöhnungsbedürftig und bleibt weit hinter dem gewohnten Erscheinungsbild des Druckwerks zurück.

Bei näherer Betrachtung erscheint die Auswahl der Werke – insbesondere im Bereich der Monographien und Kommentare – eher knauserig. So fehlen eine ganze Reihe von Standardwerken aus dem Beck-Verlag wie der „Palandt“, die Münchener Handbücher zum Gesellschaftsrecht, die Münchener Vertragshandbücher, sowie ein Aktiengesetz-Kommentar. Fachliteratur zu Erb- und Familienrecht, WEG oder das Standardwerk von Schotten/Schmellenkamp zum IPR sind gänzlich Fehlanzeige. Den Staudinger gibt es zwar, aber nicht im Paket sondern nur zum (stolzen) Zusatzpreis²¹. Stellt man sich die Auswahl als Handbibliothek des Notars vor, ergäbe sie ein klägliches Bild. Insbesondere im Kontrast zum Angebot von LexisNexis muss die Frage erlaubt sein, auf welchen Nutzer das Angebot zielt: Der Normalnotar wird mit dieser Auswahl nicht zufrieden sein. Vielleicht hofft man in München darauf, dass dieser weiterhin in größerem Umfang auf das ergänzende Papierangebot zurückgreift. Womöglich greift diese Überlegung zu kurz: Der Notar, der das Beck-Online-Abonnement bestellt, wird sich davon regelmäßig erhoffen, seine Ausgaben für die Bibliothek zu reduzieren oder für das gleiche Geld den Zugriff auf mehr Werke zu bekommen. Nur für die Bequemlichkeit des elektronischen Zugriffs wird – gerade in wirtschaftlich weniger üppigen Zeiten – kaum jemand den verlangten Obolus zahlen wollen. Der einzelne Notar wird hier prüfen müssen, ob das Angebot – ggf. in Zusammenschau mit den kostenfreien Diensten des DNotI – doch für den täglichen Bedarf ausreicht. Auf lange Sicht wird man für einen breiteren Erfolg hier noch Einiges zusetzen müssen.

bb) LexisNexis – Notarrecht Online

Sicherlich nicht so etabliert am Markt ist der amerikanische Anbieter LexisNexis, der in Deutschland auch mit seinen Tochterverlagen ZAP und ZERB auftritt. Das Online-Angebot heißt hier „LexisNexis Notarrecht“.

Der Umfang der enthaltenen Werke ist beeindruckend und umfasst ein Vielfaches der Liste von Beck-Online²². In der Regel handelt es sich um neuere Werke, die noch nicht über den Ruf „gestandener“ Literatur verfügen – allerdings mit verschiedenen Ausnahmen:

- Die Werke von Krauß zum Immobilienkaufvertrag und zum Überlassungsvertrag gehören in vielen Büros bereits zur Standardausstattung.
- Das „Würzburger Notarhandbuch“ hat schon mit seiner Erstauflage viele Anhänger gewonnen.

- Der „Erman“ gehört zu den Standardkommentaren zum BGB.
- Der „Staub“ zum Handelsgesetzbuch ist gleichfalls ein etabliertes Werk.

Bei den Zeitschriften handelt es sich im Wesentlichen um die Angebote der genannten Verlage, wobei die „klassischen“ Notarzeitschriften von LexisNexis gleichfalls „ausgewertet“ werden, d. h. bei Suchen jedenfalls einen bibliographischen Hinweis auf dortige Fundstellen liefern – denen man aber in seiner Papierbibliothek nachgehen muss.

Auffällig ist, dass im Gegensatz zum Beck-Angebot (vielleicht mit Ausnahme des Aktienrechts) keine Lücken in der Literatur zu den klassischen notariellen Tätigkeitsfeldern ersichtlich sind. So gibt es beispielsweise auch Werke zu Wohnungseigentumsrecht, Umwandlungsrecht und IPR. Daneben gibt es eine Vielzahl interessanter Fachbücher zu Spezialbereichen, die nicht in jeder Bibliothek zu finden sein dürften, z. B. zur nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen oder der „Nachlassplanung bei Problemkindern“. Allerdings finden sich in der Sammlung auch eine Reihe von Werken, die sich aufgrund ihres forensischen Schwerpunktes eher an den Anwalt richten – was jedoch für den Kollegen im Anwaltsnotariat durchaus ein Plus sein kann.

Im Formular- und Musterbereich gibt es verschiedene Angebote, es fehlt allerdings ein umfassendes Werk, das alle Aspekte der notariellen Praxis abdeckt. Rechtsprechung und Gesetzgebung sind auch hier in sinnvoller und umfangreicher Weise enthalten.

Kritikwürdig ist allerdings das Benutzerinterface, mit dem der Anwender mit seiner virtuellen Bibliothek interagiert. Auch LexisNexis möchte – wie Beck-Online – dass eine Suchmaske der Ausgangspunkt ist, in die man sein Anliegen einträgt. Angesichts der Vielzahl monographischer Fachbücher in der Bibliothek überrascht es etwas, dass nicht daran gedacht ist, dass der Anwender vielleicht eher in einem bestimmten Werk ausgehend von dessen Inhaltsverzeichnis blättern und sich so zu der gesuchten Stelle vorarbeiten möchte. Dies ist zwar möglich, aber in der Praxis so umständlich und unübersichtlich, dass man frustriert zum Papierbuch greifen möchte.

Wählt man doch den Weg über die Suche, wird man überwältigt von der Anzahl der nicht sonderlich übersichtlich aufbereiteten Ergebnisse. Über virtuelle Bildschirmseiten werden hunderte Fundstellen eines Wortes in einer Quelle aneinandergereiht, ohne dass ein sinnvoller Bezug zu den weiteren Suchbegriffen ersichtlich ist. Man hat den Eindruck, dass der Relevanzaspekt wenig bis keine Berücksichtigung findet. Hier bleibt die Lösung von LexisNexis deutlich hinter der von Beck-Online zurück, die typischerweise eine intelligente, nach Relevanzgesichtspunkten geordnete und auch Wortteile berücksichtigende Ergebnisliste anbietet.

Im Ergebnis erreichen jedoch beide Angebote in ihrer Bedienung noch nicht das, was sich der Praktiker von

20 <http://beck-online.beck.de/?tocselection=103&modid=103&tab=1>
21 199,- € mtl.

22 <http://www.lexisnexis.de/notarrecht>

seinem täglichen Hilfsmittel wünscht. Beide lassen eine Aufbereitung des Datenbestandes vermissen, die es dem Anwender erlaubt, sich jenseits der Suchfunktion durch das für ihn gewohnte Blättern im Werk und die Erschließung über das Inhaltsverzeichnis zu der gesuchten Rechtsfrage vorzuarbeiten und dabei ggf. auch umgebende Aspekte zur Kenntnis zu nehmen. Dies gehört zu den Standardtechniken des Juristen und sollte zwingend auch im elektronischen Medium seine Abbildung finden.

LexisNexis Notarrecht ist ein wegen des Preises und des umfangreichen Inhalts interessantes Angebot, bei dem jedoch die angesprochenen Defizite bei Bedienung und Übersicht ein deutliches Fragezeichen setzen.

cc) Juris

Als dienstältester Anbieter juristischer Datenbanken in Deutschland ist Juris insbesondere bei Gerichten und Anwaltskanzleien verbreitet. Dass dies im Notariat weniger der Fall ist, erklärt sich möglicherweise daraus, dass sich hier kein Kombinationsangebot findet, welches die notarrelevanten Rechtsbereiche umfasst. Der Notar müsste sich aus den Fachmodulen im Bereich Zivil- und Wirtschaftsrecht die benötigten Bereiche „zusammenabonnieren“. Das schlägt bei einem Einzelpreis von 30,- € pro Modul schnell mit erheblichen Summen zu Buche, wenn man nur die Produkte „Familien- und Erbrecht“, „Zivilrecht“, „Baurecht“ und „Handels- und Gesellschaftsrecht“ einbezieht. Eine Alternative ist das Produkt „Juris-Standard“, das für 1 200,- € jährlich allerdings wenig mehr als Rechtsprechung, Bundesrecht und Literaturnachweise liefert.

Im Vergleich zu den beiden zuvor vorgestellten Produkten ist Juris für den Notar in einer entsprechend spezialisierten Kanzlei wenig interessant, weil insbesondere die notartypischen Quellen fehlen und die einschlägige Rechtsprechung und die Gesetzestexte an anderer Stelle hinreichend aufbereitet und verfügbar sind.

dd) Fazit

Die kommerziellen Angebote sind sicherlich in den letzten Jahren interessanter geworden und haben sich auch technisch erheblich fortentwickelt. Für den Notar ist auch der Sprung von den Wechselspielchen mit CD-Roms hin zu einer Online-Bibliothek, die er überall abrufen kann (zu Hause, im Urlaub, unterwegs) eine attraktive Perspektive. Im Detail gibt es aber noch einiges zu verbessern. Dem Interessenten kann nur eindringlich empfohlen werden, ein Produkt im täglichen Umgang intensiv zu testen um festzustellen, ob das Online-Angebot seine tägliche Arbeit tatsächlich erleichtern kann und ob der Preis durch diese Erleichterung und ggf. weitere Ersparnisse bei der Anschaffung von Büchern gerechtfertigt ist.

Nach den Erfahrungen des Verfassers seien Zweifel erlaubt, ob die aktuelle Gestaltung der Benutzerschnittstelle schon ausreichend ist, um den typischen Notar von den Vorteilen des Mediums zu überzeugen. Zu umständlich ist immer noch vieles, zu wenig wird auf die typischen Arbeitstechniken Rücksicht genommen. Der Nutzer muss sich an das Angebot anpassen und wird nicht dort abgeholt, wo er aufgrund seiner jahrelangen Erfahrung in

einem anderen Medium steht. Kein Anwender hat Lust, sich bei einem Produkt in dieser Preiskategorie zunächst durch Schulungen oder Handbücher zu kämpfen.

Für eine gelungene Aufbereitung gibt es auch andere Beispiele, insbesondere „Google Books“²³. Hier werden die Bücher in ihrem klassischen Layout vorgestellt, können dennoch durchsucht werden und sind darüber hinaus durch Links in ihrem (vorher gedruckten) Inhaltsverzeichnis navigierbar. Das sollte doch möglich sein, oder?

2. Aktuelle Informationen

Beim elektronischen Wissenshunger des Notars geht es nicht immer um die Recherche eines konkreten Rechtsproblems. In der sich rapide verändernden Rechtslandschaft ist der Notar heute mehr denn je darauf angewiesen, aktuellen Entwicklungen zu folgen und Änderungen in seine Praxis umzusetzen.

Dieser Gedanke ist bereits in der BnotO verankert und findet dort in den Regelungen zum Pflichtbezug seinen Ausdruck. Allerdings scheint die zugrundeliegende Überlegung, dass alleine durch das Abonnement der Gesetzesblätter und der DNotZ eine hinreichende Qualitätssicherung möglich sei, aus heutiger Sicht furchtbar überholt. Niemand kann ernsthaft die Unmenge neuer Gesetze nach den für die notarielle Praxis relevanten durchforsten und dann noch die labyrinthische Sprache des Gesetzgebers nach dem semantischen Inhalt der neuen Regelungen entschlüsseln. Zum Glück muss man dies auch nicht, da es hinreichend Angebote gibt, die eine solche Analyse von sachkundigen Köpfen anbieten. Traditionell waren hier die Fachzeitschriften die erste Adresse. Besondere Bedeutung hat in den letzten Jahren hier der DNotI-Report gewonnen, der mit seiner zweiwöchigen Erscheinungsweise und komprimiertem Umfang ein gutes Medium für die schnelle Information bietet.

Der Interessierte kann den DNotI-Report auch als E-Mail-Newsletter bestellen, der gegenüber der Papierversion einen deutlichen Zeitvorteil hat: der jeweiligen Ausgabe ist auch immer schon die Vorabversion der Folgeausgabe beigegeben, bevor sie in den Druck geht. Der DNotI-Report-Newsletter kann auf der Webseite des DNotI bestellt werden²⁴.

Auf seiner Webseite bietet das DNotI noch ein weiteres Spektrum neuer Rechtsentwicklung an. Fast täglich werden hier neue Nachrichten zu Urteilen und Gesetzgebung veröffentlicht. Wer nicht jeden Tag auf www.dnoti.de vorbeischauchen möchte, kann sich ein wöchentliches Komprimat der eingestellten Nachrichten gleichfalls als Newsletter auf den Rechner senden lassen.

Weitere Informationen sind oft auf der Webseite der Bundesnotarkammer enthalten²⁵. Dabei sollten insbesondere die Sektionen „Hinweise und Empfehlungen“ sowie „BNotK intern“ Beachtung finden.

²³ <http://books.google.de/>. Vgl. als Beispiel die elektronische Ausgabe von Fikentscher, Schuldrecht, http://books.google.de/books?id=edFn4T0u-rIC&printsec=frontcover&source=gbs_hp#v=onepage&q=&f=false

²⁴ <http://www.dnoti.de/newsletter.htm>

²⁵ <http://www.bnotk.de>

Der Notar, der die genannten Quellen benutzt, wird keine wichtige Rechtsentwicklung verpassen und kann ggf. die bereits bekannten Themen mit aktuellen Zeitschriftenbeiträgen vertiefen.

3. Exkurs: Pflichtbezug

Oft wurde bereits die Frage gestellt, ob es möglich ist, anstelle des von § 32 BNotO vorgesehenen Papierbezugs des Bundesgesetzblattes, des Landesgesetz- und Justizministerialblattes und der DNotZ elektronische Versionen zu verwenden.

Dieses Thema ist immer noch mit einer Reihe von Problemen behaftet. Die DNotZ ist außerhalb von Beck-Online derzeit nicht als elektronische Fassung erhältlich und dort ist unklar, wie zeitnah die aktuelle Ausgabe eingestellt wird.

Die Verkündungsblätter – insbesondere das BGBl. – gibt es an verschiedenen Stellen im Netz auch kostenlos. Der Notar muss aber beim Rückgriff auf solche Ressourcen das BNotK-Rundschreiben 27/2003 beachten²⁶, in dem sinngemäß steht, dass elektronische Versionen zwar ausreichen, diese jedoch lokal im Netz des Notariats vorgehalten und archiviert werden müssen – die bloße Verfügbarkeit im Netz reicht nicht aus. Damit scheiden alle kostenfreien Angebote des Bundesanzeiger-Verlages²⁷ und des Anbieters Makrolog²⁸ aus, die kein lokales Speichern und Drucken erlauben. Darüber hinaus wäre eine Lösung, bei der der Notar oder einer seiner Mitarbeiter regelmäßig eine Webseite besuchen muss, um dort die neuen Ausgaben der Blätter herunterzuladen und zu archivieren wirtschaftlich wenig sinnvoll.

Darum bieten sich auch hier E-Mail Dienste an, bei denen man die neuen Ausgaben (gegen Gebühr) in sein Postfach geliefert bekommt²⁹. Die Archivierung kann dabei auch automatisiert in der E-Mail-Ablage geschehen. Im Ergebnis ist diese Lösung tatsächlich kos-

tengünstiger und schneller als der Papierbezug (mit Ausnahme der DNotZ).

4. Internationale Themen

Hat der Notar in seiner Praxis mit Fragen des IPR zu tun (wie es regelmäßig der Fall ist) ist wiederum die DNotI-Online-Plus-Datenbank eine Quelle mit großer Qualität und Tiefe. Anstelle selbst ausländische Gesetzestexte zu analysieren, kann man in der Datenbank „Ausländisches Recht“ unmittelbar nach dem betreffenden Staat suchen und seine Suche durch die Auswahl von Rechtsgebieten und Stichworten verfeinern. Tut man dies, erhält man in der Regel ein ausführliches Gutachten, das die Rechts-situation unter Analyse der zugrundeliegenden Rechtsvorschriften klar darstellt.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Auch wenn in Teilbereichen das Bild noch etwas heterogen ist, sind elektronische Informationsquellen für den Notar mittlerweile ein hochattraktives Angebot. Gezielte Suche, riesige Datenbanken und rasante Geschwindigkeit können auch für die tägliche Arbeit zu einer großen Beschleunigung führen. An manchen Stellen würde man sich zwar eine größere Zahl von Quellen wünschen, meist auch deutliche Verbesserungen bei der Bedienbarkeit. Aber dies soll nicht die Grunderkenntnis verstellen, dass gerade im notariellen Bereich eine Vielzahl qualitativ hochwertiger – meist kostenfreier – Angebote bereitstehen. Es ist zu vermuten, dass noch viel zu wenige Kolleginnen und Kollegen hiervon hinreichend Gebrauch machen. Mit den nachwachsenden Generationen werden sowohl Akzeptanz als auch Bedeutung weiter wachsen.

²⁶ <http://www.bnotk.de/Service/Rundschreiben/RS.2003.27.Pflichtpublikationen.html>

²⁷ <http://www.bundesgesetzblatt.de/>

²⁸ <http://www.recht.makrolog.de/>

²⁹ Z. B. Makrolog „prompt“.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Eigentumsumschreibung im Grundbuch bei konkreten Anhaltspunkten, dass es sich bei dem Grundstück um das ganze oder nahezu ganze Vermögen des veräußernden Ehegatten handelt (OLG München, Beschluss vom 10. 9. 2009 – 34 Wx 59/09 – mitgeteilt von Richterin am OLG München Edith Paintner)

BGB § 1365

GBO § 53 Abs. 1

Hat ein Ehegatte über ein Grundstück verfügt, darf das Grundbuchamt auch dann, wenn konkrete Tatsachen Anlass zu der Vermutung geben, dass es sich um das ganze oder nahezu ganze Vermögen des Ehegatten handelt, den Eintragungsantrag nur dann beanstanden, wenn auch konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Erwerber dies weiß. Allein die nicht weiter substantiierte

Behauptung der Kenntnis durch den anderen Ehegatten genügt hierfür nicht.

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) veräußerte mit notariellem Vertrag vom 22. 7. 2008 an den Bet. zu 3) einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück verbunden mit Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen. Am 28. 7. 2008 wurde eine zugleich bewilligte Eigentumsvormerkung eingetragen. Am 4. 9. 2008 ging beim AG ein Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Bet. zu 2) ein, in dem diese mitteilte, die Bet. zu 2) habe erfahren, dass ihr – getrennt lebender – Ehemann, der Bet. zu 1), die in seinem Alleineigentum stehende „Wohnung“ verkauft habe. Dieser Grundbesitz beinhalte das wesentliche Vermögen des Bet. zu 1), so dass zum Verkauf ihre Einwilligung notwendig sei. Eine Zustimmung sei nicht gegeben worden. Den Bet. zu 3) seien die gesamten Vermögensverhältnisse wie auch die übrigen tatsächlichen Lebensverhältnisse der Eheleute be-

kannt. Ihm sei bekannt gewesen, dass die Immobilie das wesentliche Vermögen des Bet. zu 1) beinhalte. Beigefügt war ein Schreiben vom 26. 6. 2008, in dem der damalige Bevollmächtigte des Bet. zu 1) um Zustimmung zum Verkauf bat. Auf den Antrag zur Eigentumsumschreibung vom 25. 11. 2008 hat das GBA am 14. 1. 2009 eine Zwischenverfügung erlassen und darin eine Frist zur Vorlage der Zustimmung der Bet. zu 2) gesetzt. Trotzdem hat es noch am selben Tag den Bet. zu 3) als Eigentümer und unmittelbar danach einen Amtswiderspruch gegen diese Eintragung eingetragen. Der Notar hat die Löschung des Amtswiderspruchs beantragt. Die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags am 3. 2. 2009 hat das LG mit Beschluss vom 8. 6. 2009 zurückgewiesen. Gegen den Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 3).

Aus den Gründen:

II. Gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-Reformgesetz ist das bis 1. 9. 2009 geltende Recht anzuwenden. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 78 GBO). Der Senat geht allerdings davon aus, dass die im notariellen Vertrag vom 22. 7. 2008 unter VII. erteilte allgemeine Vollzugsmacht den Notar nicht zur Vertretung im Beschwerdeverfahren betreffend die Löschung des Amtswiderspruchs berechtigt. Der Notar hat aber unter Vorlage einer weiteren Vollmacht erklärt, nur den Bet. zu 3) zu vertreten. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

Die Ausführungen des Landgerichts

1. Das LG hat ausgeführt: Das AG habe zu Recht einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 GBO eingetragen, weil die Eigentumsumschreibung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen sei, die das Grundbuch unrichtig gemacht hätten. Die Eigentumsumschreibung hätte nämlich nicht ohne Zustimmung des Ehegatten des Veräußerers erfolgen dürfen. Zwar bestehe grundsätzlich für das GBA keine Verpflichtung, von sich aus Ermittlungen im Hinblick auf so genannte Negativtatsachen vorzunehmen, welche eine Eintragung hindern. Ergäben sich für das GBA aus den Eintragungunterlagen oder aus sonst bekannt gewordenen Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots vorlägen, sei dies aber zu berücksichtigen. Voraussetzung sei, dass Tatsachen vorlägen, die das GBA zu der Annahme berechtigen, zum Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts bilde der Vertragsgegenstand nahezu das gesamte Vermögen des Veräußerers und der Vertragspartner habe positive Kenntnis von dem bezeichneten Umstand gehabt. Maßgeblicher Zeitpunkt sei dabei nicht derjenige der Grundbucheintragung, sondern derjenige der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts. Vorliegend habe das GBA unter Berücksichtigung des Inhalts des Kaufvertrags und der Stellungnahme der Bet. zu 2) vom 2. 9. 2008 davon ausgehen müssen, dass der Bet. zu 3) davon Kenntnis gehabt habe, dass der Veräußerer über sein wesentliches Vermögen verfügt habe. Aus dem Kaufvertrag ergebe sich, dass der Veräußerer im gesetzlichen Güterstand lebe. Aus den vorgelegten Schriftsätzen vom 2. 9. 2008 bzw. 26. 6. 2008 ergebe sich, dass das Vertragsobjekt das wesentliche Vermögen des Veräußerers gebildet habe und dies dem Bet. zu 3) bekannt gewesen sei. Zum Zeitpunkt der Eintragung habe für das GBA jedenfalls kein Anlass bestanden, am Inhalt der vorgelegten Schriftsätze zu zweifeln, nachdem sie in

den hier maßgeblichen Punkten übereingestimmt hätten. Nachdem sich weiter ergeben habe, dass der Veräußerer zwischenzeitlich in Indien wohne und der Kaufpreis auf ein Konto in Österreich fließen solle, habe es der Sach- und Rechtslage entsprochen, von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen. Die Löschung des Widerspruchs komme auch nach der nun vorgelegten Stellungnahme des Erwerbers nicht in Betracht. Die Löschung des Amtswiderspruchs erfolge grundsätzlich nur auf Antrag, wozu entweder die Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder der Nachweis der Unrichtigkeit notwendig sei. Als Beweismittel sei aber nach § 29 GBO nur der Urkundenbeweis zulässig. Urkunden, die Erklärungen von Zeugen enthielten, brächten aber nicht den Beweis für die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung, sondern nur deren Aufgabe.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 78 S. 2 GBO, § 546 ZPO). Das GBA hat nach derzeitigem Verfahrensstand die Eintragung des Bet. zu 3) als Eigentümer nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO) vorgenommen. Dieser kann unter den gegebenen Voraussetzungen die Löschung des Amtswiderspruchs verlangen.

Löschung des Amtswiderpruches möglich, wenn die Eintragung des vom Widerspruch betroffenen Eigentums nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde

a) Erforderlich ist grundsätzlich entweder eine Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder der Nachweis der Unrichtigkeit (vgl. Demharter, 26. Aufl., § 53 GBO Rn. 41). Zur Löschung des Widerspruchs auf Beschwerde hin genügt aber, dass die Voraussetzungen seiner Eintragung nicht gegeben waren, also bei der Eintragung des von dem Widerspruch betroffenen Rechts das Gesetz nicht verletzt worden ist oder eine Unrichtigkeit des Grundbuchs sich nicht als glaubhaft erweist oder dem eingetragenen Berechtigten ein Berichtigungsanspruch nicht zusteht (vgl. Demharter, a.a.O. m. w. N.). Eine dieser Voraussetzungen genügt. Der Bet. zu 3) hat allerdings nicht gegen die Eintragung des Amtswiderspruchs Beschwerde eingelegt, sondern beantragt, den Amtswiderspruch zu löschen und gegen die Ablehnung dieses Antrags Rechtsmittel eingelegt. In diesem Fall kann aber nichts anderes gelten (vgl. z. B. Meikel/Streck, 10. Aufl., § 53 GBO Rn. 96; ebenso wohl Hügel/Holzer, § 53 GBO Rn. 53 i. V. m. Rn. 52). Denn ein Lösungsgrund liegt auch dann vor, wenn sich herausstellt, dass dem eingetragenen Berechtigten des Amtswiderspruchs ein Grundbuchberichtigungsanspruch nicht zusteht, weil bei der Eintragung des vom Amtswiderspruch betroffenen Rechts in Wahrheit das Gesetz nicht verletzt wurde, mag auch tatsächlich Grundbuchunrichtigkeit vorliegen. Auch in diesem Fall ist das Grundbuch unrichtig. Der Widerspruch behauptet und sichert nämlich einen Berichtigungsanspruch zugunsten eines Beteiligten. Das Grundbuch ist unrichtig, wenn keine der in § 899 Abs. 2 BGB aufgestellten Voraussetzungen vorliegt, also weder eine einstweilige Verfügung erwirkt wurde noch die Bewilligungserklärung des Betroffenen vorliegt und auch nicht die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 GBO gegeben sind, dass nämlich das Grundbuch unrichtig geworden ist und dies auf einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften

bei der Eintragung zurückgeht (vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 2001, 230).

Keine konkreten Anhaltspunkte für positive Kenntnis des Erwerbers vom Charakter der Veräußerung als Gesamtvermögensgeschäft

b) Die Eintragung des Bet. zu 3) als Eigentümer erfolgte nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften: Das GBA ist regelmäßig nicht verpflichtet, Ermittlungen darüber anzustellen, ob der eine Eigentumsumschreibung bewilligende Verkäufer in einem Grundstückskaufvertrag über sein nahezu gesamtes Vermögen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB verfügt. Allerdings muss das GBA einen Antrag zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots gemäß § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind (OLG München – 32. Zivilsenat – FamRZ 2007, 1884). Da auch dann, wenn sich ein Ehegatte zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet, das im Wesentlichen sein ganzes Vermögen bildet, das Erfüllungsgeschäft keiner Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, wenn der Vertragspartner nicht weiß, dass es sich um das nahezu ganze Vermögen handelt, müssen auch konkrete Anhaltspunkte für diese Kenntnis vorliegen (vgl. BayObLG NJW 1967, 161; MünchKomm/Koch, 4. Aufl., § 1365 BGB Rn. 69). Die Beweislast für die Kenntnis des Dritten trägt derjenige, der sich auf die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts beruft (vgl. Staudinger/Thiele, Neubearb. 2007, § 1365 BGB Rn. 25). Aus Vermutungen oder unsubstantiierten Behauptungen des Zustimmungsberechtigten ins Blaue hinein ergeben sich konkrete Anhaltspunkte für eine Zustimmungsbefähigung allerdings nicht (vgl. BayObLG Rpfleger 2000, 265; OLG Thüringen Rpfleger 2001, 298; Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 108).

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist der Vertragsabschluss

Zum maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich bei der Eintragung des Bet. zu 3) als Eigentümer, lagen dem GBA zur Kenntnis des Erwerbers aber lediglich unsubstantiierte Behauptungen der Bet. zu 2) vor. Deren Verfahrensbevollmächtigte trug im Schriftsatz vom 2. 9. 2008 nämlich ohne nähere Begründung dazu nur vor, dass dem Bet. zu 3) die Vermögensverhältnisse und tatsächlichen Lebensverhältnisse der Eheleute G. bekannt gewesen seien, insbesondere auch, dass es sich um das wesentliche Vermögen des Ehemanns handle. Das vorgelegte Schreiben des damaligen Bevollmächtigten des Bet. zu 1) belegt nur, was aber selbstverständlich ist, dass dieser selbst seine Vermögensverhältnisse kannte; zum Kenntnisstand des Bet. zu 3) ergibt sich hieraus nichts. Irgendwelche vorangegangenen, etwa persönlichen oder geschäftlichen Kontakte des Bet. zu 3) zum Veräußerer, die eine Kenntnis der Vermögensverhältnisse hätten plausibel erscheinen lassen, waren bis dahin nicht vorgebracht und ergaben sich auch nicht aus der notariellen Urkunde. Damit fehlten aber ausreichende konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bet. zu 3) zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses positive Kenntnis von den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1365 BGB hatte. Das GBA durfte und musste den Bet. zu 3) als Eigentümer eintragen, ohne

dass eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorlag. Lediglich auf diesen Zeitpunkt kommt es an, so dass späteres Vorbringen für die Frage, ob der Amtswiderspruch zu löschen ist, keine Rolle mehr spielen kann. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich der Bet. zu 3) die maßgeblichen Umstände kannte.

Berechtigte des Amtswiderspruchs sind beide Ehegatten

3. Der Senat sieht sich gehindert, abschließend zu entscheiden. Der Bet. zu 1) wurde bisher am Verfahren nicht beteiligt. Er hat jedoch eine Rechtsposition erlangt, die ihm durch eine Löschung des Widerspruchs wieder entzogen würde. Berechtigte des Widerspruchs sind beide Ehegatten (vgl. BayObLG 1987, 431, 432). Bei Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze hätte das LG den Bet. zu 1) daher beteiligen müssen. Dies ist nachzuholen.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Im Rahmen der Überprüfung eines Amtswiderspruchs hat das OLG München sich mit dem Umfang der Prüfungscompetenz und -pflicht des GBA hinsichtlich der Vorschrift des § 1365 BGB beim Vollzug einer Eigentumsumschreibung auseinandergesetzt. Entsprechend der allgemeinen Auffassung (vgl. Schöner/Stöber, 14. Aufl., Rn. 3394 m. w. N.) stellt es fest, dass das GBA nur einen Antrag zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen darf, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Gegenstand des Geschäfts tatsächlich das (nahezu) ganze Vermögen des verfügenden Ehegatten ausmacht und der Erwerber dies bei Abschluss des Verpflichtungsvertrages wusste. Die Beweislast für beide Tatbestandsmerkmale liegt bei demjenigen, der sich auf die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts beruft. Allein der Umstand, dass das Verfügungsverbot zwischen dem Veräußerer und seinem Ehepartner im Vorfeld thematisiert wurde, gibt nach Auffassung des OLG keinen konkreten Anhaltspunkt für die Kenntnis des Erwerbers vom Charakter der Veräußerung als Gesamtverfügungsgeschäft. Das GBA ist aber ggf. berechtigt, weitere Ermittlungen anzustellen, wenn der Veräußerer über sein nahezu ganzes Vermögen zugunsten eines engen Verwandten oder einer ihm sonst nahestehenden Person verfügt (OLG Hamm MittBayNot 2006, 41; LG Koblenz MittRhNotK 1988, 68; MünchKomm/Koch, 4. Aufl., § 1365 Rn. 34).

Der Notar muss bei der Veräußerung eines Grundstücks nicht prüfen, ob der Veräußerer verheiratet ist und im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt. Auch ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, nachzuforschen, ob es sich um den einzigen Grundbesitz des Veräußerers und damit ggf. um sein (nahezu) ganzes Vermögen handelt und der Erwerber dies weiß. Ist ihm aber bekannt, dass der Veräußerer verheiratet ist und scheidet eine Anwendung der Vorschrift des § 1365 BGB nicht nach Güterstand oder den ihm zuverlässig bekannten Vermögensverhältnissen des Veräußerers von vorneherein aus, muss er die Beteiligten über Bestehen und Rechtsfolgen (schwebende Unwirksamkeit) der Vorschrift belehren (BGH DNotZ 1975, 628). Die Aufklä-

zung des Sachverhalts bleibt jedoch auch in diesem Fall wegen der Pflicht zur unparteiischen Amtsführung grundsätzlich den Beteiligten überlassen; weitere Nachforschungen des Notars sind nur bei Vorliegen positiver Anhaltspunkte anzustellen (BGH, a.a.O.). Ergeben sich ernsthafte Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Veräußerers, liegt es nahe, vorsorglich die Zustimmung des Ehepartners einzuholen. Ist dies nicht möglich, so hat der Notar über die Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages zu belehren und dies in der Niederschrift zu vermerken (§ 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG) bzw. die Beurkundung abzulehnen, jedenfalls aber den Vollzug auszusetzen (OLG Frankfurt DNotZ 1986, 244, 244 f.).

CK

2. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Auflassung im Grundbuchverfahren

(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5. 5. 2009 – 3 W 60/09 – mit Anmerkung von *Notar-assessor Dr. Benedikt Schmitz, Düsseldorf*)

GBO §§ 20; 29

Die von dem Eigentümer in einem notariell beurkundeten Übertragungsvertrag abgegebene Veräußerungserklärung genügt – bei fehlender ausdrücklicher Annahme des Erwerbers – zum Nachweis der Auflassung im Grundbuchverfahren auch dann nicht, wenn der Erwerber die Urkunde mitunterschieden hat und der Notar für den Vollzug der Urkunde bevollmächtigt worden ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Unter dem 5. 1. 2009 beantragte der verfahrensbefugnete Notar die Eintragung der Rechtsänderung betreffend das im Rubrum näher bezeichnete Grundstück unter Vorlage der Urkunde Nr. . . . vom 31. 12. 2008.

Mit Zwischenverfügung vom 22. 1. 2009 beanstandete die Rechtspflegerin, dass die vorgelegte Urkunde keine Auflassung i. S. d. § 20 GBO enthalte und setzte eine Frist von vier Wochen zur Beseitigung des Eintragungshindernisses. Daraufhin legte der Notar eine „Bestätigung“ vom 23. 1. 2009 vor, aus der sich ergibt, dass die Bet. bei gleichzeitiger Anwesenheit die Auflassung erklärt hatten.

Mit Zwischenverfügung vom 28. 1. 2009 teilte der Rechtspfleger mit, es fehle noch immer an der Vorlage einer den §§ 20, 29 GBO entsprechenden Urkunde, aus der sich die Auflassung ergebe, und setzte eine Frist zur Beseitigung des Eintragungshindernisses von vier Wochen ab Zustellung der Verfügung. Daraufhin erklärte der Notar mit Schreiben vom 4. 2. 2009, der vorgelegte Vertragstext sei so auszulegen, dass von einer Einigung auszugehen sei.

Mit Zwischenverfügung vom 9. 2. 2009 wies der Rechtspfleger darauf hin, dass sich aus der Urkunde zwar der Übertragungswille der Veräußerin, nicht jedoch die Annahme des Erwerbers ergebe. Erneut wurde eine Frist zur Beseitigung des Eintragungshindernisses von vier Wochen ab Zustellung der Verfügung gesetzt. Die Bet. haben sich mit ihrer Beschwerde vom 12. 2. 2009 gegen diese Zwischenverfügung gewandt. Der Rechtspfleger hat dieser Beschwerde nicht abgeholfen.

Die Kammer hat mit Beschluss vom 18. 2. 2009 die angefochtene Zwischenverfügung aufgehoben und das Verfahren an das GBA zur Entscheidung über den Eintragungsantrag zurück-

gewiesen. Der Rechtspfleger hat daraufhin unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Kammer im Beschluss vom 18. 2. 2009 den Eintragungsantrag mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss vom 27. 2. 2009 zurückgewiesen und der Beschwerde der Bet. vom 6. 3. 2009 nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde mit Beschluss vom 10. 3. 2009 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist statthaft und in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (§§ 71 Abs. 1, 78, 80 Abs. 1 GBO). In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 78 Abs. 1 GBO, 546 ZPO).

Dem LG ist darin zu folgen, dass die erforderliche Einigung der Berechtigten nicht in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO nachgewiesen worden ist.

Grundbuchamt sind bei Auslegung Grenzen gesetzt durch Bestimmtheitsgrundsatz und Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen (§ 29 GBO)

Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf das GBA die Eintragung nur vornehmen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Die Bestimmung enthält damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der einseitigen Bewilligung des § 19 GBO. Dem GBA ist die Einigung in der grundbuchverhältnismäßigen Form des § 29 GBO so nachzuweisen, wie sie sachlich-rechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist. Nach § 20 GBO sollte die Einigung im Grundbuchverfahren zwar ausdrücklich erklärt werden, sie muss es aber nicht. Das GBA kann die Einigung auslegen, doch sind dabei durch den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen (§ 29 GBO) Grenzen gesetzt. Während das Prozessgericht bei der Auslegung einer Einigung alle Umstände zu berücksichtigen hat und durch Beweiserhebung aufklären darf, ist dem GBA eine über den Urkundeninhalt hinausgehende Ermittlung verwehrt. Die Auslegungsbefugnis des GBA ist gegenüber dem Recht und der Pflicht des Prozessgerichts, den wirklichen Willen zu erforschen (§ 133 BGB), dahin eingeschränkt, dass die Erklärung in ihrem beurkundeten Wortlaut ein maßgebliches Gewicht behält und – selbst naheliegenden – Zweifeln am Erklärungsinhalt bereits dann nicht nachgegangen werden kann, wenn zur Behebung solcher Zweifel nicht offenkundige Umstände außerhalb der Eintragungsunterlagen zu berücksichtigen wären (BayObLG DNotZ 1995, 56 m. w. N.). Die Einigungserklärungen müssen bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Zumindest muss Bestimmbarkeit durch grundbuchverfahrensmäßige Auslegung vorliegen. Grundsätzlich muss dabei die Auslegung zu einem Ergebnis führen, wie wenn ausdrückliche, eindeutige Erklärungen vorlägen (vgl. hierzu Meikel, 10. Aufl., § 20 GBO Rn. 113).

Anwesenheit bei der Willenserklärung des Veräußerers und Mitunterzeichnung sind kein Ersatz für eine eigene Willenserklärung des Erwerbers

Zutreffend haben das LG und das AG den Nachweis einer Einigung in diesem Sinne verneint. Auf eine Aus-

legung kann entgegen der Auffassung der Bf. nicht zurückgegriffen werden, weil lediglich eine auf die Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung der Bet. zu 1) als Veräußerin vorliegt. Dagegen fehlt eine entsprechende Willenserklärung des Bet. zu 2) als Erwerber, die als eine auf die Rechtsänderung gerichtete Erklärung gedeutet werden könnte. Der Umstand, dass dieser bei Abgabe der Willenserklärung der Bet. zu 1) anwesend war und die diese Willenserklärung enthaltene notarielle Urkunde unterschrieben hat, ist kein Ersatz für die fehlende Willenserklärung (vgl. BayObLG a.a.O.; Demharter, 26. Aufl., § 20 GBO Rn. 14; a. A. MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 3. Aufl., § 925 Rn. 13; für die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Auflassung und mit einer Einschränkung für das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren). Das bloße Zurkenntnisnehmen der Erklärung der Bet. zu 1), ohne dieser zu widersprechen, bringt nicht unmissverständlich eine inhaltsgleiche Willenserklärung des Bet. zu 2) zum Ausdruck.

Auch aus Bevollmächtigung des Notars kann Willenserklärung des Erwerbers nicht gefolgert werden

Auch aus der Bevollmächtigung des Notars kann zwar ggf. abgeleitet werden, dass der Erwerber eine solche Einigungserklärung gewollt hatte. Dieser Wille allein ersetzt allerdings nicht die fehlende Erklärung (BayObLG a.a.O.).

Anmerkung:

Ausgangspunkt der Entscheidung ist ein Übertragungsvertrag, in welchem es unter Abschnitt II heißt, dass „der Veräußerer dem Erwerber das vorbezeichnete Teileigentum überträgt“. Die Urkunde enthält keine explizite Annahmeerklärung des Erwerbers. In Abschnitt IV. wird der Notar umfassend mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt. Die Urkunde wurde sowohl vom Veräußerer als auch vom Erwerber unterschrieben.

Die Rechtspflegerin beanstandet im Rahmen des Vollzugs des Übertragungsvertrages, dass die Urkunde keine Auflassung i. S. d. § 20 GBO enthalte, da sich aus der Urkunde zwar der Übertragungswille des Veräußerers, nicht aber eine entsprechende Annahme des Erwerbers ergebe. Der Rechtspfleger hat der Beschwerde der Beteiligten nicht abgeholfen und sie der Kammer des LG zur Entscheidung vorgelegt. Die Kammer des LG (und ihr folgend das OLG Zweibrücken) fasst ihre Entscheidung bezeichnend wie folgt zusammen:

„Im Grundbuchrecht kommt es nicht darauf an, was die Beteiligten beim Notar denken und wollen, . . .“ (Beschluss des LG Koblenz vom 10. März 2009, AZ.: 2 T 162/09).

Daher ist es denkbar, dass die Beteiligten zum Notar gehen, dort der Inhalt der Urkunde erläutert und verlesen wird, die Urkunde samt Vollzugauftrag an den Notar unterzeichnet wird und doch „überhaupt keine Erklärung“ abgegeben wurde (vgl. LG Koblenz a.a.O.; inhaltlich zustimmend die vorstehend abgedruckte Entscheidung des Pfälzischen OLG Zweibrücken).

Ausgangspunkt der Begutachtung dieser Entscheidung ist die Feststellung, dass die Auflassung als Grundbuch-

erklärung gegenüber der Auflassung als dinglichem Vertrag einem gesteigerten (grundbuchrechtlichen) Bestimmtheits- und Klarheitserfordernis unterliegt (in diesem Sinne auch: Staudinger/Ertl, § 925 BGB Rn. 37, 38). Die Einigung von Veräußerer und Erwerber i. S. d. § 925 BGB muss also eindeutig und bestimmt erklärt worden sein (BayObLG DNotZ 2001, 557, unter Verweis auf Palandt/Bassenge, 59. Aufl., § 925 BGB Rn. 3). Eine Auslegung von Grundbucheintragungen ist damit aber nach herrschender Meinung nicht ausgeschlossen (RG Jur. Wochenschrift 1928, 2519; BayObLG, a.a.O.; BayObLG BWNNotZ 1994, 20; Staudinger/Ertl, BGB, § 925 Rn. 38; Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 18 Rn. 144; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 20 Rn. 93 ff.), wovon auch das Pfälzische OLG ausgeht. Hiernach müssen – auch insoweit ist dem OLG zu folgen – die „Einigungserklärungen bestimmt oder zumindest im Wege der grundbuchverfahrensmäßigen Auslegung bestimmbar“ sein. Diese Frage der Auslegung ist aber streng von der Problematik einer (außerhalb der Urkunde stehenden und insoweit weitergehenden) Ermittlungspflicht des Grundbuchamtes zu trennen; insoweit sind die Ausführungen des OLG jedenfalls missverständlich.

Die „grundbuchverfahrensmäßige“ Auslegung erfolgt dabei streng am Wortlaut und am Sinn der (jeweiligen) Erklärung, wobei „die für einen unbefangenen Dritten nächstliegende Bedeutung der Erklärungen“ (Staudinger/Ertl, § 925 BGB Rn. 38; in diesem Sinne auch: BayObLG BWNNotZ 1994, 20, hiernach sogar „allgemeine Meinung“) maßgebend ist. Dem Grundbuchamt ist es gestattet – wenn nicht sogar eine entsprechende Verpflichtung anzunehmen ist (so etwa: Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 18 Rn. 44) –, im Rahmen der Auslegung auf allgemeine Erfahrungssätze zurückzugreifen, insbesondere „wenn es sich um den Ausschluss von den nach allgemeiner Lebenserfahrung sehr entfernt liegenden Möglichkeiten handelt“ (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 29 Rn. 135). Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass das Landgericht Koblenz den Einwand, die Auffassung des Grundbuchamtes sei „lebensfremd“, als „völlig neben der Sache liegend“ und als „nicht zutreffende Wertung“ verworfen hat.

Ausgangspunkt des Beschlusses des OLG ist ebenfalls die – mehr oder minder mit dem Vorgesagten inhaltsgleiche – Darstellung der Auslegungsgrundsätze. Umso erstaunlicher ist daher, dass das OLG im Anschluss an diese (dann letztlich betreffend die Entscheidung überflüssigen) Ausführungen sich auf die schlichte Feststellung der Nichtvorlage von auslegungsfähigen Erklärungen zurückzieht. Weder der Umstand, dass der Bet. zu 2) anwesend gewesen ist oder dass dieser die Erklärung des Bet. zu 1) widerspruchlos zur Kenntnis genommen hat, noch die Bevollmächtigung des Notars bzw. die unter dem Vertrag geleistete Unterschrift stellen nach Auffassung des OLG überhaupt eine Erklärung dar. Der Bet. zu 2) war damit zwar anwesend, er hat auch eine Vollmacht erteilt und eine notarielle Urkunde unterschrieben – erklärt hat er damit aber . . . Nichts. Zum Abschluss der Entscheidung stellt das OLG fest, dass in der Bevollmächtigung des Notars zwar der Wille des Bet. zu 2) zur Einigungserklärung festgemacht werden könnte, dieser

Wille aber die fehlende Erklärung nicht ersetze. Es drängt sich die Frage auf, wie das OLG einem Sachverhalt, der nach eigener Aussage keine (auslegungsfähige) Erklärung enthält, überhaupt einen solchen (nicht beachtlichen) Willen entnehmen konnte? Demnach kann man einen Willen äußern, ohne denselben aber zu erklären (so schon Kanzleiter in seiner zutreffenden Anmerkung zu BayObLG MittBayNot 2001, 202 ff. [203, 204]).

Nach hier vertretener Auffassung enthält der der Entscheidung zugrunde liegende Übertragungsvertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen dahingehend, dass der entsprechende Grundbesitz übertragen werden soll. Die Annahme, der Bet. zu 2) habe in der vorbeschriebenen Situation vor dem Notar keine Erklärung abgegeben, ist mit der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu vereinbaren und damit als fernliegend abzulehnen. Letztlich erkennt dies auch das OLG. Andernfalls wären sowohl die Ausführungen betreffend die Auslegung von Willenserklärungen im Grundbuchrecht als auch das Erkennen des Willens des Bet. zu 2) durch das Gericht nicht zu erklären.

Die Problematik liegt demnach nicht in der Frage, ob überhaupt eine Erklärung vorliegt, sondern darin, ob der vorhandenen Erklärung der Wille zur Einigung in der für das Grundbuchrecht als Verfahrensrecht erforderlichen Bestimmtheit entnommen werden kann. Im Ausgangspunkt mit der Entscheidung des OLG konform gehend kann in dem bloßen Schweigen des Bet. zu 2) auf die Übertragungserklärung des Bet. zu 1) sicher noch keine Willenserklärung entnommen werden. Der allgemeine Grundsatz, dass dem Schweigen als solchem keine rechtserhebliche Bedeutung beigemessen werden kann, gilt vor dem Hintergrund des erhöhten grundbuchrechtlichen Bestimmtheiterfordernisses umso mehr. Eine Willenserklärung des Bet. zu 2) liegt aber in dem Auftrag an den Notar, den Vollzug der Urkunde zu betreiben: Der Notar soll dafür Sorge tragen, dass die erfolgte Übertragung nunmehr vollzogen wird. Welcher andere Inhalt kann dieser Erklärung sonst entnommen werden? Der Auftrag zum Vollzug der Eigentumsübertragung macht aber nur dann Sinn, wenn zuvor auch das Eigentum übertragen worden ist, wovon der Beauftragende ersichtlich ausgeht und damit seine (nochmalige) Zustimmung erklärt.

Weiterhin liegt aber auch in der Unterschrift des Bet. zu 2) eine Willenserklärung dergestalt, dass er mit der Übertragung auf sich einverstanden ist. Kanzleiter stellt in diesem Zusammenhang (apodiktisch wie richtig) fest, dass „die Auflassung darin liegt, dass der Veräußerer die Auflassung an den Erwerber erklärt und der Erwerber die Urkunde mitunterschreibt“ (MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB Rn. 21; in diesem Sinne hat sich bereits das Reichsgericht geäußert: RG Jur. Wochenschrift 1928, 2520). Die eigenhändige Unterschrift ist sowohl nach allgemeiner Lebenserfahrung als auch und im Besonderen im Rechtsverkehr (vgl. § 126 Abs. 1 BGB) maßgebender Beweis dafür, dass der Erklärende mit dem Unterzeichneten vorbehaltlos einverstanden ist.

Berücksichtigt man die beiden genannten Aspekte kumulativ, so ist – auch unter Berücksichtigung der strengen Anforderungen im formellen Grundbuchrecht – für

einen objektiven Beobachter die nächstliegende Bedeutung dieser Erklärungen diejenige, dass die Übertragung auch vom Erwerber gewollt gewesen ist. Insbesondere ist dieser Wille auch ausschließlich den Erklärungen der Urkunde zu entnehmen; eines Rückgriffs auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände bedurfte es hierzu nicht.

Trotz diesem nach hier vertretener Auffassung eindeutigen Ergebnis muss konstatiert werden, dass sich das Pfälzische OLG Zweibrücken, teilweise im Wortlaut identisch, dem Beschluss des BayObLG vom 30. 11. 2000 (DNotZ 2001, 557) angeschlossen hat, ohne auf die engagierte Kritik von Kanzleiter (Anm. zu dem vorzitierten Urteil in MittBayNot 2001, 203) auch nur mit einem Wort einzugehen.

Daher kann trotz dieses „schädlichen Hangs zum Formalismus“ (Kanzleiter, a.a.O.) der Praxis nur empfohlen werden, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Erklärungen des Anbietenden und des Annehmenden explizit zu nennen. Ob sich der beschriebene Formalismus in Zukunft – in konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung – auch auf Kauf-, Schenkungs-, Verzichtsverträge etc. anzuwenden ist, bleibt abzuwarten, ist aber angesichts dieser Entscheidung wohl nicht gänzlich auszuschließen.

Notarassessor Dr. Benedikt Schmitz, Düsseldorf

3. Liegenschaftsrecht – Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt durch Vorlage eines Erbvertrages bei Erbausschlagung durch einen Vorerben (LG Aschaffenburg, Beschluss vom 12. 8. 2009 – 4 T 13/09)

GBO § 35 Abs. 1

- 1. Wenn dem Grundbuchamt zum Nachweis der Erbfolge eine in öffentlicher Urkunde errichtete Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsprotokoll vorgelegt wird, hat das Grundbuchamt auch das gesamte Urkundenmaterial der – ggf. beizuziehenden – Nachlassakte zu verwerten. Das Grundbuchamt hat darüber hinaus offenkundige Tatsachen zu berücksichtigen; dafür genügt Aktenkundigkeit. Die Feststellungspflicht des Grundbuchamts findet ihre Grenze grundsätzlich nur dort, wo zur Ausräumung konkreter Zweifel weitere, dem Grundbuchamt in der Regel verwehrte Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht veranlasst wären.**
- 2. Das Grundbuchamt hat nach diesen Grundsätzen regelmäßig in eigener Verantwortung zu prüfen, ob eine Erbausschlagung form- und fristgerecht erfolgt ist und wer auf Grundlage der Ausschlagung Erbe geworden ist.**
- 3. Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen hat das Grundbuchamt auch gesetzliche Auslegungsregelungen wie die des § 2102 BGB zu beachten und ggf. anzuwenden.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch des AG A. von W. ist in Band . . . Blatt . . . die Erblasserin X., geb. am . . ., gemeinsam mit Z. als Eigentümerin in Erbengemeinschaft der Grundstücke Flurstück . . . und Flurstück . . . eingetragen.

Die eingetragene Eigentümerin und Erblasserin X. verstarb am . . . Die Erblasserin hatte mit ihrem Ehemann Y. am . . . einen notariellen Erbvertrag (Urkunde des Notars . . ., UR-Nr. . .) geschlossen. Der Ast. ist das einzige gemeinsame Kind der Eheleute X. und Y. In dem notariellen Erbvertrag ist in § 2 Folgendes verfügt:

„Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein, so dass dem Längerlebenden von uns der gesamte Nachlass des Erstversterbenden zufällt. Für den Fall, dass ich, X., vorversterbe, soll mein Ehemann, Y., jedoch nur Vorerbe sein. Nacherbe ist unser gemeinsamer Sohn A., ersatzweise dessen Abkömmlinge nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge (. . .)“.

Der Erbvertrag wurde ausweislich der Niederschrift der Rechtspflegerin am 26. 1. 2009 eröffnet. Mit notarieller Ausschlagungserklärung vom 17. 2. 2009 (UR-Nr. . .), welche am 20. 2. 2009 beim Nachlassgericht einging, schlug der gemäß dem Erbvertrag als Vorerbe eingesetzte Y. die Erbschaft nach der Erblasserin aus.

Mit Schreiben vom 1. 3. 2009 beantragte der Ast. gegenüber dem AG A. – Nachlassgericht – die Berichtigung des Grundbuchs u. a. bezüglich der verfahrensgegenständlichen Grundstücke (Grundbuch von . . .) durch Eintragung der Erbfolge unter Bezugnahme auf die Nachlassakten. Das Nachlassgericht leitete den Grundbuchberichtigungsantrag an das GBA weiter; dort ging der Vorgang am 12. 3. 2009 ein.

Mit Zwischenverfügung vom 13. 3. 2009 stellte der Rechtspfleger am GBA fest, dass der beantragten Eintragung entgegenstehe, dass die Frage, ob die Ausschlagung der Erbschaft durch Y. form- und fristgerecht erfolgt sei, ausschließlich durch das Nachlassgericht in einem Erbscheinsverfahren geprüft werden könne. Dem Ast. werde deshalb aufgegeben, einen Erbschein vorzulegen. Zur Behebung des Eintragungshindernisses wurde dem Ast. eine Frist bis zum 26. 5. 2009 gesetzt.

Mit Schreiben vom 30. 5. 2009, gerichtet an das Nachlassgericht, machte der Ast. deutlich, dass er es aus Kostengründen nicht einsehe, dass für die beantragte Grundbuchberichtigung ein Erbschein benötigt werde. Mit Schreiben vom 4. 6. 2009 verwies das Nachlassgericht den Ast. an das GBA. Weiter wurde dem Ast. mitgeteilt, dass die Wirksamkeit einer Ausschlagungserklärung nur im Erbscheinsverfahren geprüft werde.

Mit Schreiben vom 28. 5. 2009 erinnerte das GBA den Ast. an die Erledigung der Zwischenverfügung und setzte eine Nachfrist zur Behebung des Eintragungshindernisses bis zum 18. 6. 2009. Nachdem bis dahin keine Erklärung des Ast. vorlag, wies das GBA den Grundbuchberichtigungsantrag des Ast. vom 1. 3. 2009 mit Beschluss vom 24. 6. 2009 zurück. Mit Schreiben vom 21. 7. 2009 wies der Notar in Vertretung des Ast. darauf hin, dass das GBA die Vorlage eines Erbscheins nicht verlangen dürfe, da sich die Erbfolge nur aus öffentlichen Urkunden und den aus der Nachlassakte erkennbaren Tatsachen ergebe. Zur Begründung wurde zudem auf ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts verwiesen. Nach Aufforderung durch das GBA vom 23. 7. 2009 stellte der Notar dar, dass das vorgenannte Schreiben vom 21. 7. 2009 als Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 24. 6. 2009 zu behandeln sei. Zugleich wurde die Beschwerde ergänzend begründet.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akte dem LG A. zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß §§ 71 Abs. 1, 73 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde erweist sich als begründet.

Das GBA hat die beantragte Grundbuchberichtigung zu Unrecht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht.

Verlangen eines Erbscheins zum Nachweis der Erbfolge steht nicht im Belieben des Grundbuchamts

1. Gemäß § 22 GBO bedarf es für die Berichtigung des Grundbuchs des in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Nachweises seiner Unrichtigkeit und der Richtigkeit der Tatsachen, deren Eintragung begehrt wird. Für den Nachweis der Erbfolge ist § 35 GBO zu beachten. Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem GBA grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle eines Erbscheins diese Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung dieser Verfügung dem GBA vorgelegt wird. Dabei kann die Vorlegung ersetzt werden durch die Verweisung auf die die Urkunden enthaltenden Akten desselben AG (OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 380 f.; Demharter, 26. Aufl., § 35 GBO Rn. 45). Nur wenn das GBA die Erbfolge durch diese Urkunden für nicht nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage des Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO). Insoweit entspricht es jedoch allgemeiner Auffassung, dass es keineswegs im Belieben des GBA steht, einen Erbschein als Nachweis der Erbfolge für eine Grundbuchberichtigung zu verlangen. Vielmehr besteht in der obergerichtlichen Rechtsprechung Übereinstimmung, dass das GBA zu einer eigenständigen Auslegung eines öffentlichen Testaments verpflichtet ist, und zwar selbst dann, wenn rechtlich schwierige Fragen zu beurteilen sind (OLG München FamRZ 2009, 460 f.; BayObLG DNotZ 1995, 306 ff.; BayObLG RPflegler 2000, 266; OLG Köln MDR 2000, 585 f.; OLG Hamm FGPrax 1997, 48 ff.; OLG Hamm FamRZ 2001, 581 ff.; LG Aschaffenburg, Beschluss vom 11. 12. 2007, Az.: 4 T 252/07; Demharter, § 35 GBO Rn. 42). Einen Erbschein darf das GBA nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere – nur dem Nachlassgericht (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB), wegen der Beschränkung des § 29 GBO aber nicht dem GBA mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (BayObLG DNotZ 1995, 306 ff.; BayObLG RPflegler 2000, 266; OLG Hamm FGPrax 1997, 48 ff.; OLG Köln MDR 2000, 585 f.; OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 380 f.; OLGR Celle 2000, 99 f.; OLGR Schleswig 2006, 711 ff.). Weiter ist inzwischen anerkannt, dass es im Fall einer öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung Aufgabe des GBA ist, das gesamte Urkundenmaterial der ihm vorgelegten oder beizuziehenden Nachlassakte einschließlich der dort getroffenen Feststellungen als Nachweis zu verwerten (BayObLGZ 1974, 1 ff.; OLG Hamm NJW-RR 1997, 1095 f.; LG Amberg RPflegler 1991, 451 f.; LG Stuttgart ZEV 2005, 402 f.; LG Aschaffenburg, Beschluss vom 11. 12. 2007, A.: 4 T 252/07). Zu-

dem sind zum Nachweis der Erbfolge im Falle des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO auch andere, etwa in der Nachlassakte befindliche, öffentliche Urkunden und offenkundige Tatsachen zu berücksichtigen, wobei eine offenkundige Tatsache dann vorliegt, wenn sie dem GBA zweifelsfrei bekannt ist; dafür genügt auch die Aktenkundigkeit (BayObLGZ 2000, 167 ff.; BayObLG DNotZ 1995, 306 ff.; BayObLGZ 1974, 1 ff.; Demharter, § 29 GBO Rn. 60, 61 m. w. N.). Als Nachweis, etwa für negative Tatsachen, kann sogar eine eidesstattliche Versicherung, jedenfalls zur Lückenschließung, zu berücksichtigen sein (dazu etwa BayObLGZ 2000, 167 ff.; LG Bochum, RPfleger 1992, 194 f.). Die Feststellungspflicht des GBA findet ihre Grenze grundsätzlich nur dort, wo zur Ausräumung konkreter Zweifel weitere, dem GBA in der Regel verwehrt Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht veranlasst wären (BayObLGZ 1974, 1 ff.; OLG Stuttgart NJW-RR 1992, 516 f.). Fragen, die durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ggf. unter Berücksichtigung anderer öffentlicher Urkunden zu beantworten sind, rechtfertigen das Verlangen eines Erbscheins ebenso wenig wie Zweifel, die allein in abstrakten Möglichkeiten oder rechtlichen Bedenken ihre Ursache haben (BayObLG 1974, 1 ff.; OLG Celle 2000, 99 f.; LG Stuttgart Beschluss vom 15. 6. 1988, Az.: 1 T 9/88).

Erbfolge konnte durch öffentliche Urkunden und Prüfung von Rechtsfragen festgestellt werden

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die dem Ast. gemachte Auflage, sein Erbrecht nach der Erblasserin durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen, nicht gerechtfertigt, weil sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen vorliegend keine Zweifel tatsächlicher Art ergeben. Vielmehr sind lediglich Rechtsfragen und öffentliche Urkunden zu überprüfen, wozu das GBA in eigener Zuständigkeit und Verantwortung verpflichtet ist. Die Nachholung dieser gebotenen Prüfung ergibt hier Folgendes:

Gebotene Auslegung des Erbvertrages führt zur Ersatz- erbenstellung des Nacherben

a) Ausweislich des für die Erbfolge nach der Erblasserin maßgeblichen notariellen Erbvertrags vom 14. 10. 1986 war für den Fall des Vorversterbens der Erblasserin deren Ehemann Y. als (befreiter) Vorerbe und deren gemeinsamer Sohn, der Ast., als Nacherbe eingesetzt. Der Nacherbfall sollte gemäß § 2 des Erbvertrags mit dem Tod des Vorerben eintreten. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass der Erbvertrag dahingehend auszulegen ist, dass bei Wegfall des Vorerben der als Nacherbe eingesetzte gemeinsame Sohn nach dem Willen der Erblasserin Vollerbe werden sollte. Selbst wenn insoweit, wie nicht, Zweifel bestünden, würde die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB eingreifen, wonach die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält. Auch nach dieser Auslegungsregel käme man zu dem Ergebnis, das bei Wegfall des eingesetzten Vorerben, etwa durch Ausschlagung, die Erbschaft dem Ast. schon mit dem Erbfall als Vollerbschaft anfällt (Palandt/Edenhofer, 68. Aufl., § 2102 BGB Rn. 1). Insoweit weist die Kammer darauf hin, dass auch das GBA bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen gesetzliche Auslegungsregelungen wie die des § 2102 BGB zu beachten und ggf. anzuwenden hat (etwa OLG Stuttgart NJW-RR

1992, 516 f.; OLG Köln MDR 2000, 585 f.; Böhringer, ZEV 2001, 387 ff., 388).

Öffentlich beglaubigte Ausschlagungserklärung weist Wegfall des Vorerben in öffentlich beglaubigter Urkunde nach

b) Dass der eingesetzte Vorerbe vorliegend weggefallen ist und deshalb der Ast. schon mit dem Erbfall Vollerbe nach der Erblasserin geworden ist, ergibt sich ebenfalls aus einer öffentlichen Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, nämlich der notariellen Ausschlagungserklärung vom 17. 2. 2009, welche ausweislich des Eingangsstempels am 20. 2. 2009 beim Nachlassgericht eingegangen ist. Hinsichtlich des Eingangsstempels liegt eine aktenkundige bzw. offenkundige Tatsache vor, welche vom GBA ebenfalls zu berücksichtigen ist. Soweit sowohl das GBA als auch das Nachlassgericht die Auffassung vertreten, die Frage, ob die Ausschlagung form- und fristgerecht erfolgt sei, könne ausschließlich durch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren geprüft werden, geht dies fehl. Zwar ist es richtig, dass die Frage, ob eine Ausschlagung wirksam ist, oft im Erbscheinsverfahren relevant wird und deshalb auch häufig in diesem Verfahren zu klären ist. Unrichtig ist jedoch, dass die Klärung nur dort erfolgen könne. Selbstverständlich ist die Wirksamkeit einer Ausschlagung genauso vom Prozessgericht, etwa in einem zivilrechtlichen Erbschaftsstreit, oder in anderen Verfahren zu klären, in denen es auf die Rechtsfolge der Ausschlagung ankommt (allgemeine Meinung, etwa MünchKomm/Leipold, § 1945 BGB Rn. 14).

Wahrung der Ausschlagungsfrist ist in Nachlassakte aktenkundig bzw. offenkundig

Dass die notarielle Ausschlagungserklärung eine formgerecht errichtete (§ 1945 Abs. 1 BGB) öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO enthält, wurde bereits dargelegt. Dass diese auch fristgerecht innerhalb der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht erklärt wurde, ist nach der, auch vom GBA beigezogenen Nachlassakte Akten- bzw. offenkundig. Gemäß § 1944 Abs. 1 BGB kann die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen. Diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. (§ 1944 Abs. 2 S. 1 BGB). Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung (§ 1945 Abs. 2 S. 2 BGB). Der frühest mögliche Fristbeginn ist folglich derjenige der Eröffnung der letztwilligen Verfügung (§ 2260 BGB). Selbst wenn man diesen frühest möglichen Beginn der Ausschlagungsfrist zugrunde legt, ist jedoch die Ausschlagung durch den Vorerben offenkundig (deutlich) fristgerecht erfolgt. Denn ausweislich der Niederschrift über die Eröffnung (vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO) wurde der Erbvertrag am 26. 1. 2009 verkündet. Dass hier entgegen der Sollvorschrift des § 2260 Abs. 1 S. 2 BGB die gesetzlichen Erben nicht geladen wurden, ist unerheblich. Da die notarielle Ausschlagungserklärung ausweislich des Eingangsstempels am 20. 2. 2009 beim Nachlassgericht eingegangen ist, ist die sechswöchige Ausschlagungsfrist selbst dann offensichtlich gewahrt, wenn man auf den frühest möglichen Fristbeginn abstellt. Hier kommt noch hinzu, dass die Erben ausweislich der Eröffnungsniederschrift nicht geladen und erschienen waren, so dass die Frist erst mit der

Übersendung der letztwilligen Verfügung beginnen konnte (Palandt/Edenhofer, § 1944 Rn. 4).

Ohne konkrete Anhaltspunkte müssen theoretische Möglichkeiten einer anderweitigen Erbfolge außer Acht bleiben

c) Lediglich ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass theoretische bzw. abstrakte Möglichkeiten bezüglich einer anderweitigen Erbfolge, etwa dass theoretisch ein späteres Testament der Erblasserin existieren könnte, außer Betracht zu bleiben haben. Dies gilt zumindest so lange, wenn, wie hier, weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass irgendwelche Nachforschungen durch das Nachlassgericht vor dem Hintergrund des § 12 FGG geboten wären oder zusätzliche Erkenntnisse bringen könnten (OLG Stuttgart NJW-RR 1992, 516 f.; BayObLGZ 1974, 1 ff.; OLGR Celle 2000, 99 f.). Auch sonstige Zweifel, etwa, dass der Ast. die Erbschaft nicht angenommen hätte, bestehen nicht. Dies ergibt sich, abgesehen davon, dass die Ausschlagungsfrist verstrichen ist, schon daraus, dass der Ast. den Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt hat. Denn darin ist nach allgemeiner Meinung eine Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten zu sehen (etwa LG Amberg RPflegler 1992, 451 f.).

Folglich hat der Ast. die Erbfolge nach der Erblasserin durch öffentliche Urkunden (§§ 29, 35 GBO) unter Berücksichtigung offenkundiger Feststellungen aus der Nachlassakte nachgewiesen, so dass jedenfalls die Nichtvorlage eines Erbscheins kein Eintragungshindernis enthält. Die Beschwerde des Ast. ist deshalb begründet, so dass der Zurückweisungsbeschluss des GBA vom 24. 6. 2009 aufzuheben war, wobei die Kammer von der hier bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Sache zur neuerlichen Entscheidung über den Grundbuchberichtigungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Beschwerdekammer an das GBA zurückzugeben.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Nach dem im Mittelpunkt der Entscheidung stehenden § 35 Abs. 1 S. 2 GBO kann der Nachweis der Erbfolge entgegen § 35 Abs. 1 S. 1 GBO auch durch eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen erbracht werden. Wird die Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung vorgelegt, so kann das GBA die Vorlegung eines Erbscheins nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden (Verfügung und Eröffnungsniederschrift) nicht für nachgewiesen erachtet. Im entschiedenen Fall setzte die Erblasserin ihren Ehemann in einem Erbvertrag zum Vorerben und ihren Sohn zum Nacherben ein; eine ausdrückliche Ersatz-erbenbenennung enthielt der Erbvertrag nicht. Der Vorerbe schlug die Erbschaft form- und fristgerecht aus, was zur Ersatzerbfolge durch den Nacherben führte (§ 2102 Abs. 1 BGB). Zum Nachweis der Erbfolge verlangte das GBA die Vorlage eines Erbscheins; es stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass die Wirksamkeit der Ausschlagung nur im Erbscheinsverfahren geprüft werden könne.

Die vom LG betonten Grundsätze, nach denen das GBA auch schwierige Rechtsfragen zu prüfen und akten- bzw.

offenkundige Tatsachen (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO) zur Kenntnis zu nehmen habe, entsprechen der herrschenden Auffassung. Neu ist, soweit ersichtlich, die vom LG in Konkretisierung dieser Grundsätze dem GBA auferlegte Verpflichtung, die Form- und Fristgerechtigkeit der Ausschlagungserklärung zu überprüfen (kritisch hierzu Böttcher, ZEV 2009, 579, 580) und dabei den gerichtlichen Posteingangsstempel bei der Prüfung der Ausschlagungsfrist zu beachten. Hinsichtlich der sich anschließenden Prüfung der Ersatzerbfolge dürfte sich die vom LG hervorgehobene Pflicht zur Heranziehung von Auslegungsregeln (auch hierzu kritisch Böttcher, a.a.O.) verallgemeinern und z. B. auf § 2069 BGB übertragen lassen. Dennoch empfiehlt es sich, Ersatzerbenbenennungen nicht Auslegungsregeln zu überlassen (siehe auch Tanck, ZErB 2008, 33). Durch eine klare Regelung der in Folge der Ausschlagung zu prüfenden Ersatzerbfolge wird das Eintragungsverfahren erleichtert. Erfreulich ist schließlich die Feststellung, dass das GBA ohne weitere Anhaltspunkte keine weiteren Nachweise bezüglich der Annahme der Erbschaft durch den Ersatzerben und des Nichtvorliegens einer nachträglich errichteten Verfügung von Todes wegen verlangen darf (siehe zur Glaubhaftmachung negativer Tatsachen im Rahmen des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO auch DNotI-Report 2006, 109 und 2008, 114, jeweils m. w. N.).

SH

4. Familienrecht – Zur Vollstreckbarkeit einer Umgangsregelung

(*OLG Oldenburg*, Beschluss vom 6. 7. 2009 – 13 UF 54/09)

BGB § 1684

- 1. Haben Eltern eine sehr eingehende, aber teilweise bewusst Spielräume gewährende notarielle Vereinbarung über das Umgangsrecht betreffend ein gemeinsames Kind getroffen und führen diese Spielräume zu Streitigkeiten zwischen den Eltern, die sich nicht einvernehmlich lösen lassen, so obliegt es dem Familiengericht, insoweit eine konkrete Umgangsregelung mit durchsetzbarem Inhalt zu treffen, die vollständig, vollziehbar und vollstreckbar sein muss.**
- 2. Vollstreckbar ist eine Umgangsregelung nur dann, wenn sie hinreichend präzisiert ist. Dazu bedarf sie genauer Anordnungen über die Ausgestaltung des Umgangs nach Ort, Zeit, Häufigkeit, Abholen oder Bringen des Kindes. Insbesondere muss nach Datum und Uhrzeit bestimmbar sein, wann der Umgang beginnt und endet.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien sind seit dem 23. 5. 2006 geschieden. Ihre gemeinsame Tochter K. geb. . . . 1997, lebt bei der Kindesmutter. Am 28. 10. 2005 schlossen die Parteien vor dem Notar . . . in . . . eine Trennungs- und Scheidungsvereinbarung, deren § 9 eine ausführliche Umgangsregelung enthält. Diese Regelung enthält insoweit Spielräume, als beispielsweise exakte Zeiten bewusst nicht vorgegeben sind und aus wichtigem Grund ausgefallener Wochenendumgang am darauffolgenden Wochenende nachge-

holt werden kann. Die Durchführung des Umgangs führte immer wieder zu Streitigkeiten. Die Kindesmutter hat deshalb eine gerichtliche Umgangsregelung begehrt, die sie sich als starre Regelung für Wochenenden, Ferienzeiten und Feiertage vorstellt. Der Kindsvater meint, dass er eine starre Regelung aus beruflichen Gründen nicht einhalten könne.

Nachdem die Eltern übereinstimmend darum gebeten haben, K. nicht anzuhören, hat das Familiengericht ohne Anhörung des Kindes mit dem angefochtenen Beschluss § 9 der notariellen Vereinbarung vom 28. 10. 2005 abgeändert und durch eine Umgangsregelung ersetzt, nach der der zweiwöchige Umgang beibehalten bleibt und für die Ferien eine feste Regelung getroffen wird.

Hiergegen wendet sich der Ast. mit der Beschwerde. Er will an der notariellen Vereinbarung festhalten und macht geltend, diese treffe ausreichende Bestimmungen auch für den Fall, dass die Eltern sich nicht einigen könnten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die neue Umgangsregelung dem Kindeswohl besser Rechnung trage. Inzwischen hat auch die Ag. mit Schreiben vom 28. 5. 2009 um eine Präzisierung des Beschlusses gebeten.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 621 e ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat vorläufigen Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Familiengericht. Der angefochtene Beschluss leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil die Anhörung der elfjährigen K. unterblieben ist. Eines Antrags auf Aufhebung und Zurückverweisung – der hier ohnehin seitens des Ast. gestellt worden ist – bedarf es im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht, weil § 621 e Abs. 3 S. 2 ZPO nicht auf § 538 Abs. 2 S. 1 ZPO verweist und das Gericht aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes – anders als im Zivilprozessrecht – an Anträge der Parteien nicht gebunden ist (ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1363 f.; OLG Köln FamRZ 2004, 1301; Musielak/Borth, 8. Aufl. 2008, § 621 e ZPO Rz. 26; a. A. Zöller/Philippi, 27. Aufl. 2009, § 621 e ZPO Rz. 76 m. w. N. zu beiden Ansichten).

Persönliche Anhörung des Kindes auch gegen den Willen der Eltern grundsätzlich erforderlich

1. Können sich die Eltern über die Ausübung des Umgangsrechts nicht einigen, hat das Familiengericht gemäß § 1684 Abs. 3 BGB eine Entscheidung zu treffen, die sowohl die beiderseitigen Grundrechtspositionen der Eltern als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigt. Aus diesem Grund muss die Ausgestaltung des Verfahrens den widerstreitenden Grundrechtspositionen Rechnung tragen. Bei der Entscheidung ist der Wille des Kindes zu berücksichtigen, soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist. Dazu hat das Gericht gemäß § 50 b FGG das Kind persönlich anzuhören. Diese Anhörung darf gemäß § 50 b Abs. 3 S. 1 FGG nur aus schwerwiegenden Gründen unterbleiben. Dabei handelt es sich um einen Verfahrensgrundsatz mit Verfassungsrang, der die Stellung des Kindes als Subjekt im Verfahren, seine Grundrechte und sein rechtliches Gehör schützt (vgl. BVerfGE 64, 180, 191; 55, 171, 180, 182 f.; FamRZ 2007, 1078). Durch die Anhörung wird das Gericht in die Lage versetzt, sich einen unmittelbaren Eindruck von dem Kind, dessen

Wohl das Verfahren sichern soll, zu verschaffen (vgl. BVerfGE 171, 180). Auf diese Weise dient die Ausgestaltung des Verfahrens dem Schutz des Kindes. Infolgedessen ist die Anhörung auch dann erforderlich, wenn die Eltern – wie hier – eine Anhörung nicht wünschen (vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 246 f.). Allein der Umstand, dass die Eltern die vermeintliche Belastung durch eine richterliche Anhörung fürchten, darf nicht dazu führen, dass das Verfahren über den Kopf des Kindes hinweg geführt wird, ohne dass ihm selbst ermöglicht wird, seine Wünsche, Vorstellungen und Gefühle zum Ausdruck zu bringen. Dies gilt hier umso mehr, als die Mutter K.'s Belastung durch die bisherige Umgangsregelung ins Feld führt, während der Vater eine solche Belastung in Abrede nimmt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG sind Kinder ab einem Alter von drei Jahren vom Richter persönlich anzuhören (BVerfG FamRZ 2007, 105 ff.; FamRZ 2007, 1078 ff. jeweils m. w. N.). Der auf diesem Wege ermittelte Kindeswille hat bei älteren Kindern – K. ist schon elf Jahre alt – zudem besonderes Gewicht (BVerfG, Beschl. v. 13. 7. 2005 – BVerfGK 6, 5761). Da dem Senat eine Nachholung der Anhörung in der Beschwerdeinstanz nicht sachdienlich erscheint, ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Familiengericht zurückzuverweisen.

Anforderungen an die Gestaltung einer vollstreckbaren Umgangsregelung

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

a) Wenn nach der richterlichen Anhörung aus Sicht des Familiengerichts noch Fragen offen bleiben sollten, kann dem Kind gemäß § 50 FGG ein Verfahrenspfleger bestellt oder ggf. ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. In vielen Fällen wird aber die Anhörung der Beteiligten und des Kindes in Umgangsstreitigkeiten eine hinreichend sichere Entscheidungsgrundlage schaffen und die Einholung eines Sachverständigengutachtens damit entbehrlich machen (vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 13. 7. 2005 – BVerfGK 6, 5761).

b) Die Parteien sind sich einig darüber, dass Umgangskontakte durchzuführen sind. Sie haben dazu eine sehr eingehende, aber teilweise bewusst Spielräume gewährende notarielle Vereinbarung getroffen. Führen gerade diese Spielräume zu Streitigkeiten zwischen den Eltern, die sich nicht einvernehmlich lösen lassen, so obliegt es dem Familiengericht, insoweit eine konkrete Umgangsregelung mit durchsetzbarem Inhalt zu treffen, die vollständig, vollziehbar und vollstreckbar sein muss (Palandt/Diederichsen, 68. Aufl. 2009, § 1684 BGB Rz. 35 m. w. N.). Vollstreckbar ist eine Umgangsregelung nur dann, wenn sie hinreichend präzisiert ist. Dazu bedarf sie genauer Anordnungen über die Ausgestaltung des Umgangs nach Ort, Zeit, Häufigkeit, Abholen oder Bringen des Kindes. Insbesondere muss nach Datum und Uhrzeit bestimmbar sein, wann der Umgang beginnt und endet. Der Ast. beanstandet zu Recht, dass die notarielle Vereinbarung, soweit sie Spielräume lässt, durch eine in Teilen ebenfalls nicht konkrete gerichtliche Regelung ersetzt worden ist. So ist beispielsweise nicht festgelegt worden, an welchem Wochenende die Umgangsregelung

beginnt, während die notarielle Einigung dazu eine Regelung enthält (jedes Wochenende einer ungeraden Kalenderwoche).

Dabei verkennt der Senat nicht, dass bei – wie hier – hoch zerstrittenen Eltern keine Umgangsregelung, sei sie auch noch so genau, Streitigkeiten über Einzelheiten verhindern kann. Das Familiengericht hat deshalb zu Recht auf die dringende Notwendigkeit einer Beratung beider Elternteile hingewiesen, um die Kommunikationsbasis für die Zukunft in K.'s Interesse zu verbessern.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Die Entscheidung des OLG Oldenburg bietet Gelegenheit, sich die auch für die notarielle Praxis bedeutsamen Grundsätze zur Regelung des Umgangsrechts in Erinnerung zu rufen. Eine Regelung zum Umgangsrecht hat sich in erster Linie am Wohl des Kindes zu orientieren. Was im Rahmen der zeitlichen und sonstigen Möglichkeiten der Eltern den Bedürfnissen des Kindes am Besten entspricht, können die Eltern meistens besser als andere beurteilen. Vereinbarungen zwischen den Eltern zum Umgangsrecht sind deshalb sehr verbreitet und sinnvoll. Da die Eltern aber über das Kindeswohl nicht disponieren können, ist die Bindungswirkung von Elternvereinbarungen umstritten (Beck'sches Notarhandbuch/Grziwotz, 5. Aufl., Teil B V Rn. 43 b). Wegen der fehlenden Dispositionsbefugnis kann eine Elternvereinbarung als solche jedenfalls nicht Vollstreckungstitel nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG sein (MünchKomm/Finger, 5. Aufl., § 1684 BGB Rn. 83). Eine Unterwerfung der Eltern unter die sofortige Zwangsvollstreckung kommt folglich in einer notariellen Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung in Bezug auf das Umgangsrecht nicht in Betracht.

Das Gesetz sieht allerdings nunmehr in Kindschaftsachen, die das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in § 156 Abs. 2 FamFG einen gerichtlich gebilligten Vergleich vor. Erzielen die Beteiligten Einvernehmen über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes und widerspricht das Einvernehmen nicht dem Kindeswohl, billigt das Gericht diesen Vergleich und verleiht ihm den Charakter einer vollzugsfähigen Entscheidung (Bumiller/Harders, Freiwillige Gerichtsbarkeit FamFG, 9. Aufl., § 86 FamFG Rn. 7). Vollstreckungstitel ist dann der gerichtlich gebilligte Vergleich (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG), nicht die Vereinbarung der Eltern. Eine notarielle Umgangsvereinbarung kann dagegen nicht durch „gerichtliche Billigung“ Vollstreckungsgrundlage werden (MünchKomm/Finger, 5. Aufl., § 1684 BGB Rn. 83 m. w. N.), denn die Billigung durch das Gericht setzt voraus, dass das Gericht das Ergebnis der Einigung einer Kontrolle in Bezug auf das Kindeswohl unterziehen kann. Diese Kontrolle ist nur möglich, wenn zuvor ein gerichtliches Umgangsrechtsverfahren durchgeführt wurde, in dessen Rahmen das Gericht die Dinge inhaltlich überprüfen konnte (zu weiteren Einzelheiten siehe MünchKomm/Finger, 5. Aufl., § 1684 BGB Rn. 83).

5. Erbrecht – Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht

(*OLG Karlsruhe*, Urteil vom 28. 7. 2009 – 11 Wx 37/09 – mit Anmerkung von *Notarassessor Stefan Heinze, Köln*)

BGB § 2227

ZPO § 1066

Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers können einem Schiedsgericht nicht durch Anordnung in einer letztwilligen Verfügung gemäß § 1066 ZPO zugewiesen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 3), ein Rechtsanwalt, wurde vom Nachlassgericht gemäß dem privatschriftlichen Testament der Erblasserin vom 20. 10. 2003 zum Testamentsvollstrecker eingesetzt. Dieses Testament hatte er für die Erblasserin entworfen. Unter Ziff. 6 des Testaments hatte die Erblasserin ihn zum Testamentsvollstrecker berufen. Unter Ziff. 5 fand sich folgende Regelung (sic):

„Konfliktsklausel: Ich ordne an, daß sich alle Erben und Vermächtnisnehmer sowie der Testamentsvollstrecker für Streitigkeiten, die durch dieses Testament hervorgerufen sind und ihren Grund in dem Erbfall haben, unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte einem Schiedsgericht zu unterwerfen haben. Das Schiedsgericht sowie die anzuwendende Verfahrensordnung ist von der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE), H.-straße, A., mit Wirkung zu bestimmen. . . .“

Der Bet. zu 3) ist Gründungsmitglied und Vorstandsmitglied der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit e. V.

Der Bet. zu 1), Sohn und Miterbe, hat beim Nachlassgericht die Entlassung des Testamentsvollstreckers beantragt. Zur Begründung führt er aus, dass mit der Testamentsvollstreckung eigene Interessen des Testamentsvollstreckers vertreten, auch einseitig die Interessen seines miterbenden Bruders wahrgenommen würden, dass das Nachlassverzeichnis verzögert und fehlerhaft erstellt worden sei, seine Ersuchen um Auskunft nicht beachtet bzw. unzutreffend behandelt worden sei und die Spannungen zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker die ordnungsgemäße Amtsführung gefährdeten.

Das Notariat – Nachlassgericht – W. hat mit Beschluss vom 16. 11. 2006 den Testamentsvollstrecker, den Bet. zu 3), aus seinem Amt entlassen. Gegen diesen Beschluss richtete sich die sofortige Beschwerde des Bet. zu 3).

Das LG H. hat mit dem nunmehr angegriffenen Beschluss vom 14. 6. 2007 den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Erblasser in zulässiger Weise im Testament die Gerichtsbarkeit bezüglich der Entlassung des Testamentsvollstreckers ausschließen und die Zuständigkeit einem Schiedsgericht übertragen könne. Da das BGB an keiner Stelle die Anordnung einer solchen Schiedsklausel untersage, könne der Erblasser daher auch die Entscheidung über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers einem solchen Schiedsgericht im Testament wirksam übertragen. Anderer Ansicht sei lediglich das Reichsgericht im Jahre 1931 gewesen. Diese Auffassung habe sich jedoch in Literatur und Rechtsprechung nicht durchgesetzt, da allein aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht geschlossen werde könne, dass eine solche Anordnung durch Gesetz verboten wäre.

Aus den Gründen:

II. Das gemäß §§ 81 Abs. 2, 27, 29 FGG zulässige Rechtsmittel hat in der Sache vorläufig Erfolg. Die Entscheidung des LG hält der allein möglichen Nachprüfung auf Rechtsfehler nicht stand.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Schiedsklausel bestehen nicht. Insoweit kann auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26. 11. 2007 – 10 Sch 6/07 – Bezug genommen werden, das jedoch über die Kompetenzen des Schiedsgerichts im Einzelnen nicht entschieden hat, sondern lediglich über die Frage, ob ein Streit über die Auseinandersetzung des Nachlasses in den Kompetenzbereich des Schiedsgerichts fällt.

Entscheidung über Entlassung des Testamentsvollstreckers kann auf Grundlage von § 1066 ZPO nicht Schiedsgericht zugewiesen werden

Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des LG, dass Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers, die nicht auf einer zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben und sonstigen Beteiligten vereinbarten Schiedsklausel beruhen, sondern auf einer letztwilligen Verfügung gem. § 1066 ZPO, dem Schiedsgericht zugewiesen werden können.

Die Frage ist in der Literatur nach wie vor streitig, eine einhellige herrschende Lehre ist nicht feststellbar, es gibt soweit ersichtlich keine obergerichtliche Rechtsprechung.

e. A.: Bejahung der Schiedsfähigkeit, da Entlassung vermögensrechtliche Streitigkeit gemäß § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO

Die Befürworter der Schiedsfähigkeit des Entlassungsverfahrens nach § 2227 BGB (vgl. Stein/Jonas/Schlösser, 2. Aufl., § 1066 ZPO Rn. 3; Geimer, „Grenzüberschreitungen“, FS für Peter Schlösser, 2005, S. 197, 207; Schulze, MDR 2000, 314, 317 f.; ders. in „Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO“, 2003, S. 93 ff.; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., S. 290 ff.; Habscheid, ZJP 66, 197; Schiffer, BB-Beilage 1995 Nr. 5, 2–6) machen mit unterschiedlichen Schwerpunkten geltend, dass auch für privatrechtliche Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit begründet werden kann (vgl. Geimer a.a.O.; Schlösser a.a.O.), dass sich nach der Reform des Schiedsrechtes aus dem Schiedsrecht selbst wie aus den Gesetzesmaterialien ergebe, dass das Gesetz die Schiedsgerichtsbarkeit nunmehr als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit ebenbürtige Rechtsschutzmöglichkeit sehe. Da dem Ziel der Entlassung des Testamentsvollstreckers ein klägerisches wirtschaftliches Interesse zugrunde lege, bestehe Vermögensrechtlichkeit i. S. d. § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO, bei der Zuweisung an das Nachlassgericht handle es sich um eine bloße Organisationsvorschrift (vgl. Schultze a.a.O.).

a. A.: Streitigkeit nach § 2227 BGB kein echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die Gegner der Schiedsfähigkeit des Entlassungsverfahrens (MünchKomm/Münch, 3. Aufl., § 1066 ZPO Rn. 4 ff.; MünchKomm/Leipold, 4. Aufl., § 1937 BGB Rn. 35; Staudinger/Otte, 2008, Vorbemerkung zu §§ 1937 ff. BGB

Rn. 11; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 32 II 4 c; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Bearb., S. 425; Staudinger/Reimann, 2003, § 2227 BGB Rn. 29; Baumbach/Lauterbach, 67. Aufl., § 1066 ZPO Rn. 2; Musielak-Voit, 6. Aufl., 2008, § 1066 ZPO Rn. 4; Haas, ZEV 2007, 49, 53; Wegmann, ZEV 2003, 20 f.; Harder, „Das Schiedsverfahren im Erbrecht“ 2007, S. 142 ff.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 108) halten diese Argumentationen für unzutreffend: Auch wenn man aus dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Fälle des sogenannten echten Streitverfahrens aussondere und für diese das schiedsrichterliche Verfahren im Allgemeinen zulasse, so ändere das nichts, weil das Verfahren nach § 2227 BGB einen schwer abzugrenzenden Kreis der Beteiligten habe und daher insoweit nicht als echtes Streitverfahren angesehen werden könne (vgl. Reimann a.a.O.); eine Entscheidung, die für und gegen alle Nachlassbeteiligten wirken solle, könne in einem Parteiverfahren nicht ergehen (vgl. Otte a.a.O.); der Erblasser könne dem Schiedsgericht die Entscheidung über alle, aber auch nur über solche Fragen zuweisen, über die er Kraft seiner Testierfähigkeit verfügen könne (Otte a.a.O.); was der Erblasser nicht dürfe (Einschränkungen oder Ausschluss des Verfahrens nach § 2227 BGB), soll der Schiedsrichter nicht können (vgl. Münch a.a.O.). Die Zuweisung zur Schiedsgerichtsbarkeit erscheine bedenklich, denn die starke Position des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben, deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht aus Art. 14 GG in Rede stehe und die sich einer Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht unterworfen hätten, erfordere eine entsprechende gerichtliche Kontrolle, die vom Erblasser nicht einseitig auf ein Schiedsgericht verlagert werden dürfe (vgl. Voit a.a.O.).

RG: Schiedsklausel unzulässig, weil feste Bindung an Verfügungsbeschränkungen des § 2220 BGB ansonsten gefährdet

Das Reichsgericht hat die Frage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bei Streit über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers erörtert (vgl. RGZ 133, 128 ff.). Nach Darstellung einerseits der starken Stellung des Testamentsvollstreckers, andererseits der Verfügungsbeschränkungen in § 2220 BGB führt das Reichsgericht aus, dass § 2220 BGB der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen sei, nicht zuzulassen, dass ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers überliefere:

„Die den weitgehenden Befugnissen des letzteren entsprechenden Verpflichtungen werden vom Gesetz als so bedeutungsvoll angesehen und mit so großer Bestimmtheit aufgestellt, dass es auch dem Erblasser verboten sein soll, zum Nachteil des Erben daran etwas zu ändern. Ist aber dies die Absicht des Gesetzes, so liegt darin auch der Wille, dem Erblasser jede Beschränkung des Erben in der Geltendmachung derjenigen Rechte gegen den Testamentsvollstrecker zu verwehren, die sich aus der Verletzung der gedachten Verpflichtungen ergeben. Darf er den Testamentsvollstrecker nicht von ihrer Einhaltung befreien, dann darf der Erblasser sinngemäß auch den Erben in keiner Weise hindern, die aus etwaiger Verletzung gehender Verpflichtungen für ihn entspringenden Rechte auszuüben. Wollte man hier anders urteilen, dann würde die Vorschrift des § 2220 BGB sich als stumpfe

Waffe erweisen und den Zweck einer festen Bindung des Testamentsvollstreckers an die in den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 das ihm auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllen können. Zu den Mitteln, durch die der Erbe Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers geltend machen kann, gehört aber in erster Reihe die im § 2227 BGB ihm verliehene Befugnis, die Entlassung des Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht zu beantragen. Die Anordnung eines Erblassers, sein Erbe dürfe wegen Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers nicht dessen Entlassung beantragen, wäre mithin entsprechend dem Gedanken, der dem § 2220 zugrunde liegt, als unverbindlich zu betrachten.“

Erblasser kann Erben nicht der Willkür des Testamentsvollstreckers aussetzen

Auch nach heutigem Verständnis ist § 2220 BGB eine zentrale Norm für das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Erben. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Beschränkung des Erben durch die ausgedehnten Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers nicht so weit gehen darf, dass der Erbe praktisch der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgeliefert ist. Korrelat des in § 2220 BGB enthaltenen Befreiungsverbotes ist, dass es dem Erblasser über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch verboten ist, den Erben an der Ausübung der Rechte zu hindern, die ihm zustehen, wenn der Testamentsvollstrecker seine Verpflichtungen nach §§ 2215, 2216, 2218, 2219 verletzt. Der Erblasser kann daher das Recht des Erben, bei Unfähigkeit oder Nachlässigkeit des Testamentsvollstreckers seine Entlassung zu beantragen, weder ausschließen noch beschränken (vgl. Staudinger/Reimann, 2003, § 2220 BGB Rn. 1 m. w. N.).

Das hier sichtbare Spannungsfeld zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Stellung des Erben, dem das Gesetz durch unabdingbare Pflichten des Testamentsvollstreckers und die Möglichkeit des Entlassverfahrens eine eigene geschützte Rechtsposition einräumt, ist zu beachten, wenn der Anwendungsbereich des § 1066 ZPO bestimmt wird.

§ 1066 ZPO gewährt keine Befugnisse, die über die Testierfreiheit hinausgehen

Das Gesetz erweitert mit § 1066 ZPO prozessual die im materiellen Recht gewährte Testierfreiheit durch die Möglichkeit, Streitigkeiten über den Nachlass einem Schiedsgericht durch einseitige Verfügung zu übertragen, zeigt aber durch die Formulierung „in gesetzlich statthafter Weise“ auch auf die Grenzen des materiellen Rechts, § 1066 ZPO setzt durch seinen Verweis in das materielle Recht die dort verankerte Möglichkeit einer solchen Einsetzung überhaupt voraus (vgl. Schulze, MDR 2000, 314, a.a.O. Diss. S. 87; Münch a.a.O. Rn. 7). Diese Einschränkung ist geboten, da § 1066 ZPO durch die einseitige Verfügung des Schiedsverfahrens für die Beteiligten ein ebenso aufgezwungenes Gericht schafft, wie das des Staates, das aber nicht alle Garantien gewährt, die die staatlichen Gerichte bieten. So spielt die Zuordnung zum Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Rolle hinsichtlich der Frage der Erschwerungen der Durchsetzung der Erbenrechte. Bereits durch den Amtsermittlungsgrundsatz und die Möglichkeit, bei der Ermittlung auch Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, die nur

im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Nachlassgericht gewährt sind, ist der antragstellende Erbe besser gestellt als durch das Schiedsverfahren. Daraus und aus der Erkenntnis, dass § 1066 ZPO ein prozessuales Seitenstück der Testierfreiheit darstellt, lässt sich auch auf die Grenzen dieses Rechtes schließen. Es kann nicht weiter reichen als die Testierfreiheit und muss dem gesetzlich angelegten Schutz des Erben genügen, darf ihn nicht aushöhlen. Eine übermäßige Beeinträchtigung der Testierfreiheit erfolgt dadurch nicht, da dieser Erbenschutz auch als ein postmortaler Schutz des Erblassers vor eigener Fehleinschätzung hinsichtlich der Person und der Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers dient und damit helfen kann, dem wahren Willen des Erblassers zur Durchsetzung zu verhelfen.

Es ist danach unzutreffend, dass den Schiedsgerichten nach § 1066 ZPO dasjenige als Aufgabe übertragen werden kann, was sonst dem Prozessgericht obläge (vgl. so aber Schiffer a.a.O. S. 5). Grenze ist immer die Reichweite der Testierfreiheit. Da der Erblasser nach dem materiellen Recht die Abberufung nicht ausschließen und nicht erschweren darf, darf das auch nicht durch die prozessuale Gestaltung möglich sein (vgl. ebenso Harder a.a.O. S. 145). Ob es sich dabei bei dem Verfahren auf Entlassung des Testamentsvollstreckers um ein privatrechtliches Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt oder nicht, ist als rein formale Argumentation nicht erhellend zur Lösung dieses Konflikts.

Schiedsverfahren über Streitigkeit nach § 2227 BGB bei Vereinbarung mit Testamentsvollstrecker zulässig

Verzichtet der Erbe auf diese Rechtstellung und kommt es ihm beispielsweise auf die typischen Vorteile des Schiedsgerichtsverfahrens wie Flexibilität und Schnelligkeit an, bleibt es ihm unbenommen, von einem Entlassungsantrag abzusehen und sich mit dem Testamentsvollstrecker auf ein Schiedsverfahren zu verständigen.

Eine Auslegung der hier vorliegenden Schiedsklausel dahingehend, dass die Erblasserin damit auch das Verfahren auf Entlassung des Testamentsvollstreckers einem Schiedsgericht unterworfen habe, kommt danach nicht in Betracht.

3. Die Entscheidung des LG war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers zurückzugeben.

Anmerkung:

I. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob Verfahren gemäß § 2227 BGB aufgrund einer letztwilligen Schiedsklausel (§ 1066 ZPO) einem Schiedsgericht zugewiesen werden können. Nach § 2227 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Beteiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bei dieser Verfahrensart handelt es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 342 Abs. 1 Nr. 7 FamFG).

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein privatschriftliches, von einem Rechtsanwalt entworfenes Testament enthielt u. a. die Regelung, dass sich (auch) der Testamentsvollstrecker für Streitigkeiten, die durch das Testament hervorgerufen sind und ihren Grund im Erbfall haben, einem Schiedsgericht zu unterwerfen hat. Der Entwurfsverfasser wurde als Testamentsvollstrecker benannt; zugleich war er Vorstandsmitglied der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE), nach deren Regeln sich das Schiedsverfahren richten sollte. Das AG hatte die Schiedsfähigkeit offenbar verneint, das LG bejaht. Das OLG verneinte wiederum die Schiedsfähigkeit der in § 2227 BGB geregelten Streitigkeit, wenn die Schiedsklausel auf einer letztwilligen Verfügung gemäß § 1066 ZPO beruht.

II. Kontext der Entscheidung: Das Schiedsverfahren im Erbrecht

Die Frage, inwieweit erbrechtliche Streitigkeiten der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterworfen werden können, ist nicht neu, wie schon der seit Einführung der ZPO vorhandene § 1066 ZPO (früher: § 1048 ZPO) verdeutlicht. Nach dieser Vorschrift gelten die Vorschriften des 10. Buches der ZPO entsprechend für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden. Seit Beginn des 20. Jahrhunderts sind letztwillige Schiedsklauseln nur noch selten erörtert worden oder in der Praxis aufgetreten (Nachweise bei Harder, *Das Schiedsverfahren im Erbrecht*, S. 14f.). Gerade in jüngster Zeit wurden zu diesem Thema oder einzelnen Aspekten neben der vorbezeichneten Monographie von Harder wieder eine größere Anzahl Beiträge verfasst (siehe beispielsweise: Bandel, *NotBZ* 2005, 381; Haas, *ZEV* 2007, 49; Muscheler, *ZEV* 2009, 317; Pawlytta, *ZEV* 2003, 89; Wegmann, *ZEV* 2003, 20; umfassende Nachweise bei Muscheler, *ZEV* 2009, 317 Fn. 1). Die Thematik ist nicht nur dogmatisch interessant, sondern auch von erheblicher praktischer Relevanz: Viele der regelmäßig hervorgehobenen Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit (Auswahl der Schiedsrichter, Vertraulichkeit, stärkere Einigungsbereitschaft, flexible Verfahrensgestaltung) sind gerade bei familiären Verwicklungen, die in Nachlasssachen häufig vorkommen, in hohem Maße willkommen. Trotz einiger Gestaltungsvorschläge (etwa: Scherer, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 2. Aufl. 2007, § 67; Brambring, *Beck'sches Formularbuch Erbrecht*, 2. Aufl. 2009, Abschnitt D.11, S. 270) wird in der notariellen Praxis nach Einschätzung des Verfassers nur selten von letztwilligen Schiedsklauseln Gebrauch gemacht. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe ist eine von wenigen Entscheidungen aus jüngster Zeit, die sich mit letztwilligen Schiedsklauseln befassen (vgl. neben der nicht veröffentlichten Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26. 11. 2007, 10 Sch 6/07 auch LG Mainz *SchiedsVZ* 2008, 264 sowie OLG Koblenz *SchiedsVZ* 2008, 262).

III. Kritische Würdigung der Entscheidung

1. Die Argumentation des OLG

Das OLG stellt sich auf die Seite der wohl überwiegenden Literatur (siehe die vom OLG zitierten

Nachweise; nahezu erschöpfend Muscheler, *ZEV* 2009, 317 Fn. 1) sowie des Reichsgerichts (RGZ 133, 128), welche die Schiedsfähigkeit des in § 2227 BGB geregelten Verfahrens verneinen. Die wesentlichen Argumente dieser herrschenden Meinung lassen sich wie folgt zusammenfassen: Schiedsfähig seien grundsätzlich nur echte Streitsachen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit; als echtes Streitverfahren könne das Verfahren nach § 2227 BGB aber nicht angesehen werden, weil es einen schwer abzugrenzenden Kreis von Beteiligten habe. Des Weiteren könne der Erblasser dem Schiedsgericht nur die Entscheidung über diejenigen Fragen zuweisen, über die er kraft seiner Testierfähigkeit verfügen könne. Schließlich dürfe der Erbe nicht der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgesetzt werden. Da der Erblasser nicht über die Verbote der §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB disponieren dürfe, dürfe er die Entscheidung über derartige Verbote auch nicht dem Schiedsgericht überlassen.

2. Kritik

Die Begründung des OLG kann insbesondere vor dem Hintergrund der nach der Reform des Schiedsverfahrens maßgeblichen gesetzlichen Systematik und der gesetzgeberischen Grundentscheidung nicht überzeugen.

Zu Recht stellt das OLG zunächst fest, dass eine Begriffsjurisprudenz dergestalt, dass zwischen „echten Streitsachen“ und sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterschieden werden müsse, wenig weiterhilft. An dieser Kategorisierung ist freilich richtig, dass die Schiedsfähigkeit zweifelhaft ist, wenn es ersichtlich an einer „Konfliktqualität“ des Verfahrensgegenstandes fehlt (zu diesem Kriterium ausführlich Ebbing, *Private Zivilgerichte*, S. 160–162). Da jedoch der Begriff der „echten Streitsache“ kein Gesetzesbegriff ist, ist er für die Konkretisierung der Schiedsfähigkeit wenig geeignet. Der Umstand, dass das Verfahren nach § 2227 BGB eine unüberschaubare Anzahl von Beteiligten haben könne, steht nämlich der Konfliktqualität keineswegs entgegen: Miterben und Testamentsvollstrecker streiten über ein subjektives Recht (Harder, a.a.O., S. 142).

Von größerer Bedeutung ist der Verweis auf die Schranken der Testierfreiheit. Das Argument, der Erblasser könne durch eine Schiedsordnung nicht zwingendes Recht umgehen, erscheint auf den ersten Blick eingängig. Allerdings beruht diese Argumentation auf einer angreifbaren Prämisse, wie nachstehend verdeutlicht werden soll.

Die Frage nach der (objektiven) Schiedsfähigkeit einer Streitigkeit sollte bei § 1030 Abs. 1 ZPO ansetzen, der von der Verweisung des § 1066 ZPO nach der Gesetzesformulierung erfasst wird. Nach dem Wortlaut von § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO sind vermögensrechtliche Streitigkeiten stets schiedsfähig; nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten dann, wenn und soweit die Beteiligten befugt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. Vermögensrechtlich sind alle Streitigkeiten, die sich aus Vermögensrechten ableiten oder wenigstens auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichtet sind (MünchKomm-ZPO/Münch, 3. Aufl. 2009, § 1030 Rn. 8 m. w. N.). Die Auseinandersetzung zwischen Erben und

Testamentsvollstrecker sind vermögensrechtlich, da es im Kern um die Befugnis geht, auf den Nachlass zuzugreifen bzw. ihn zu verwalten.

Bisweilen unklar ist, ob vermögensrechtliche Streitigkeiten entgegen § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht schiedsfähig sind, wenn sich der Staat im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein Entscheidungsmonopol vorbehalten habe (vgl. Musielak/Voit, 7. Aufl. 2009, § 1030 Rn. 2). Diese Formel war zum alten Schiedsverfahrensrecht entwickelt worden. Gemäß § 1025 ZPO a.F. galt das Kriterium der Vergleichsfähigkeit für alle Ansprüche; dies führte zu Wertungswidersprüchen und Schwierigkeiten bei der Konkretisierung (eingehend zum alten Recht Bork, ZJP 100 [1987], S. 249 ff.). Ob diese Formel weiterhin Fortbestand hat oder nicht vielmehr der Gesetzgeber das Kriterium des Entscheidungsmonopols durch die neue Differenzierung ausgestaltet hat, soll hier nicht entschieden werden. Soweit man jedoch weiterhin auf ein Entscheidungsmonopol abstellt, gestaltet sich das Auffinden von Kriterien für die Konkretisierung eines solchen Entscheidungsmonopols schwierig (vgl. Ebbing, Private Zivilgerichte, S. 148 ff.). Ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, unmittelbar der gesetzlichen Systematik zu entnehmen und weitgehend anerkannt ist jedoch, dass die Schiedsfähigkeit einer Streitigkeit nicht allein mit dem Argument verneint werden kann, dass auf den Streitgegenstand Normen des zwingenden Rechts anzuwenden sind (Ebbing, a.a.O., S. 150–151; Stein/Jonas/Schlosser, 22. Aufl. 2002, § 1030 Rn. 4). Zum einen ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass die Neuregelung gerade den Zweck verfolgte, die Schiedsfähigkeit nicht mehr davon abhängig zu machen, dass ein Verfügungs-, Vergleichs- oder Verzichtverbot vorliege (BT-Drucks. 13/5274, S. 34–35 mit Verweis auf §§ 312 BGB a.F. [= § 311 b Abs. 4 BGB], 89 b HGB, 50, 302 AktG sowie 9 b und 43 GmbHG). Ferner wäre die Systematik der Aufhebungsgründe für einen Schiedsspruch hiermit nicht in Einklang zu bringen: Wenn die Anwendbarkeit zwingenden Rechts zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung führte, wäre ein Schiedsspruch in solchen Fällen bereits nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a ZPO [unwirksame Schiedsvereinbarung] aufhebbar. Es fragt sich, welchen verbleibenden Anwendungsbereich § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO [Verstoß gegen *ordre public*] dann noch hätte. Auch die Gegenüberstellung von § 1059 Abs. 2 Nr. 2 a ZPO [fehlende Schiedsfähigkeit] und § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO [*ordre public*] zeigt, dass der Gesetzgeber Schiedsfähigkeit und zwingendes Recht wohl als unterschiedliche Kategorien betrachtet hat.

In Erwägung zu ziehen wären freilich zwei weitere Ansätze zur Beschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit vermögensrechtlicher Streitigkeiten trotz § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO. Zum einen der Ansatz, dass die Anwendung des 10. Buches der ZPO auf Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer besonderen Rechtfertigung bedarf; zum anderen, dass Schiedsverfahren auf der Grundlage von § 1066 ZPO eigenständige, über § 1030 ZPO hinausgehende Grenzen der Schiedsfähigkeit haben.

Die Tatsache, dass eine Streitigkeit den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegt, war und ist jedoch allein nicht hinreichend, um auf das Fehlen der ob-

jektiven Schiedsfähigkeit zu schließen. Die Zuweisung bestimmter Streitigkeiten in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit beruhte in der Vergangenheit häufig auf Zufall (Muscheler, ZEV 2009, 317, 318). Dies verdeutlicht besonders die Reform des Wohnungseigentumsrechts: Während § 43 Abs. 1 WEG a.F. die dort geregelten Streitigkeiten dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuwies, handelt es sich nunmehr (mit teils unterschiedlichen, teils aber auch gleich gebliebenen Streitgegenständen) um Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Es erscheint unerklärlich, warum sich an der Schiedsfähigkeit derartiger Streitigkeiten nur allein durch diese Verweisung etwas geändert haben sollte. Auch bei Familienstreitsachen sind nahezu vollumfänglich trotz der Regelung im FamFG die Vorschriften der ZPO anwendbar (§§ 112, 113 FamFG).

Die Regelung einer Streitigkeit im FamFG kann also allenfalls Indiz gegen die Schiedsfähigkeit sein. Diese ist aber für jede Verfahrensart gesondert zu prüfen, ohne dass auf den Regelungsort allein zurückgegriffen werden kann.

Stärkeres Gewicht hat das Argument, welches die Eigenständigkeit des § 1066 ZPO betont. Tatsächlich stellen sich manche Literaturstimmen auf den Standpunkt, dass § 1030 ZPO auf testamentarische Schiedsgerichte nicht passe: Stattdessen müsse sich die objektive Schiedsfähigkeit mit der Testierfreiheit des Erblassers decken (Otte, FamRZ 2006, 309, 312; weiterführend Harder, a.a.O., S. 51–85 mit dem Ergebnis, dass der Erblasser allein über den Streitgegenstand verfügen können müsse). Ob dieser Ansatz zutreffend ist oder nicht, mag dahinstehen (verneinend Haas, ZEV 2007, 49, 53). Sollte der Entscheidung dieser Ausgangspunkt zu Grunde gelegen haben, liegt dennoch in der fehlenden Auseinandersetzung mit § 1030 ZPO ein Begründungsmangel der Entscheidung. Die Auslegung des OLG, wonach der Erblasser ein Schiedsverfahren über Gegenstände, über die er ein Schiedsverfahren nicht anordnen konnte, auch nicht anordnen wollte, erscheint dagegen gekünstelt.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die Anschauungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Schiedsverfahrensrecht durchaus wandeln können (siehe BGH NJW 2009, 1962 – Schiedsfähigkeit II). Dies deutet darauf hin, dass auch bei Streitigkeiten nach § 2227 BGB das letzte Wort noch notwendigerweise gesprochen ist. Unklar bleibt auch, inwieweit sich das Gericht von der Besonderheit des Einzelfalles hat leiten lassen, dass der Entwurfsverfasser des Testaments gleichzeitig Testamentsvollstrecker und Vorstandsmitglied der im Testament benannten Schiedsgerichtsbarkeitsinstitution war.

3. Konsequenzen für die notarielle Praxis

Neben dem Verfahren nach § 2227 BGB ist weiterhin umstritten, ob Streitigkeiten über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs einem Schiedsverfahren unterworfen werden können; nach bislang herrschender Literatur ist dies zu verneinen (vgl. nur MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rn. 28; großzügiger dagegen Schmitz, RNotZ 2003, 591, 610). Abstrakt besteht die Gefahr, dass eine Schiedsanordnung nach § 1066 ZPO, welche sich auf einen nach der Rechtsprechung unzulässigen Gegenstand erstreckt, möglicherweise den gesamten Anwen-

dungsbereich der Schiedsklausel (über die zulässigen Gegenstände) oder sogar die gesamte Verfügung von Todes wegen in Gefahr bringt (entsprechende Anwendung von § 139 BGB). Dies ist jedoch aus mehreren Gründen unwahrscheinlich. Zum einen spricht vieles dafür, dass eine Schiedsklausel über schiedsunfähige Streitigkeiten nur in dem Umfang unwirksam ist, in welchem schiedsunfähige Streitigkeiten von ihr erfasst werden. Dies lässt sich im Umkehrschluss § 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO („soweit“) entnehmen, zum anderen dem Charakter von § 1030 ZPO als „selbstwirkende(r) prozessuale(r) Kompetenznorm“ (MünchKomm-ZPO/Münch, § 1030 Rn. 16).

Selbst wenn man diese Argumentation nicht teilen oder die Unwirksamkeit nicht etwa aus der fehlenden Schiedsfähigkeit, sondern aus § 138 Abs. 1 BGB herleiten wollte, wäre ohnehin vorrangig § 2084 BGB anwendbar, der das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 139 BGB umkehrt. Zusätzliche Sicherheit dürfte noch eine ausdrückliche Beschränkung der Schiedsklausel auf „schiedsfähige Streitigkeiten“ (vgl. die Formulierung bei Kössinger, Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 2. Aufl. 2008, Abschnitt P.II.1 Anm. 4 für familienrechtliche Streitigkeiten, deren Schiedsfähigkeit ebenfalls umstritten ist) bringen oder eine Formulierung dergestalt, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts „so umfassend wie möglich“ sein soll, d. h. „für alle Streitigkeiten. . . für die ein Erblasser gemäß § 1066 ZPO die Entscheidung eines Schiedsgerichts anordnen kann“ (Bandel, NotBZ 2005, 381, 390) gelten soll.

Notarassessor Stefan Heinze, Köln

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Anmeldung eines durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsels zur Eintragung in das Handelsregister durch einen Abwicklungs-Testamentsvollstrecker

(*OLG München*, Beschluss vom 7. 7. 2009 – 31 Wx 115/08 – mitgeteilt von *Richterin am OLG München Margaretha Förth*)

BGB §§ 2205; 2209
HGB §§ 108; 161

Ein Testamentsvollstrecker, dem die Abwicklung des Nachlasses und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben obliegt (sogenannte Abwicklungsvollstreckung im Unterschied zur Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung), ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.

Zum Sachverhalt:

I. Nach dem Tod eines Kommanditisten der beteiligten Gesellschaft sind vier Erben im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetreten. Testamentsvollstreckung ist angeordnet. Die verbliebenen Altgesellschafter und der Testamentsvollstrecker meldeten das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters und den Eintritt der Erben als Kommanditisten in die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung gegenüber dem Notar, dass an der Anmeldung nicht die Erbenkommanditisten (Neugesellschafter), sondern an deren Stelle der Testamentsvollstrecker mitgewirkt habe. Anmeldebefugt sei nicht der Testamentsvollstrecker, sondern – neben den Altgesellschaftern – die im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetretenen Erben selbst. Etwas anderes gelte nur, wenn es sich um eine Dauer- bzw. Verwaltungstestamentsvollstreckung handeln würde. Das sei hier nicht der Fall; denn das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis enthalte keinen entsprechenden Zusatz. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde wies das LG zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Vom Notar eingelegte Beschwerde ist im Zweifel als von den Personen eingelegt anzusehen, die sich der Anmeldebefugnis berühen, und damit zulässig; Anmeldebefugnis als doppelrelevante Tatsache in Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen

1. Allerdings ist die Entscheidung des LG insoweit abzuändern, als das LG fälschlich gemeint hat, die vom Notar eingelegte Beschwerde sei namens der Neugesellschafter eingelegt gewesen. Wird eine vom Notar beim Registergericht eingereichte Anmeldung beanstandet oder zurückgewiesen, und legt der Notar hiergegen Beschwerde ein, ohne den oder die Bf. ausdrücklich zu benennen, so liegt die Auslegung nahe, dass die vom Notar eingelegte Beschwerde im Namen der anmeldepflichtigen Personen oder jedenfalls derjenigen Personen eingelegt sein soll, deren Erklärung der Notar beurkundet oder beglaubigt hat (vgl. auch § 129 FGG). Das sind hier die Altgesellschafter und der Testamentsvollstrecker, der nach Auffassung des Notars die Anmeldung anstelle der Neugesellschafter vornehmen kann, während die Neugesellschafter – von diesem Standpunkt aus schlüssig – insoweit nichts erklärt und nichts angemeldet haben. Nach der Rechtsprechung können mehrere anmeldepflichtige Gesellschafter (§§ 161, 108 HGB) hinsichtlich der ihnen obliegenden Anmeldung auch ihr Beschwerderecht nur gemeinsam ausüben (BayObLG MDR 1982, 1030 m. w. N.; Rpfleger 1977, 321; Jansen/Briesemeister, 3. Aufl., § 20 FGG Rn. 72; Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl., Rn. 2455). Im Zweifel ist deshalb so auszulegen, dass die Beschwerde im Namen derjenigen mehreren Personen eingelegt sein soll, die nur gemeinsam ein zulässiges Rechtsmittel einlegen können, wobei freilich die erkennbare Sichtweise des Notars zu beachten ist. Da dieser der Auffassung ist, dass die Anmeldungen der Altgesellschafter und des Testamentsvollstreckers für die Eintragung im Handelsregister ausreichen, kann die Beschwerde unschwer dahin ausgelegt werden, dass sie im Namen der Altgesellschafter und des Testamentsvollstreckers eingelegt sein soll, wie der Notar zwischenzeitlich auch ausdrücklich bestätigt hat. Die Erstbeschwerde und weitere Beschwerde dieser Personen ist zulässig; denn ob der Testamentsvollstrecker insoweit anstelle der Neugesellschafter handeln konnte, wird als sog. doppelrelevante Tatsache erst im Rahmen der Begründetheit geprüft.

2. In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Überprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Der bloße Abwicklungs-Testamentsvollstrecker, wie hier, ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.

Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Handelsregisteranmeldung hängt davon ab, ob Dauervollstreckung oder bloß Abwicklungsvollstreckung angeordnet ist: bei Dauervollstreckung Anmeldebefugnis, bei Abwicklungsvollstreckung keine Anmeldebefugnis

a) Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Anmeldung des durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsels zum Handelsregister hängt nach der Rechtsprechung davon ab, welche Befugnisse dem Testamentsvollstrecker übertragen sind, das heißt wie weit seine Verwaltungsbefugnis reicht. Insoweit wird zwischen der sog. Abwicklungsvollstreckung einerseits und der Dauervollstreckung oder Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) andererseits unterschieden. Ist für den betreffenden Kommanditanteil Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so ist der Testamentsvollstrecker zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet (vgl. BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = MittRhNotK 1989, 219). Wenn hingegen nur eine Abwicklungsvollstreckung vorliegt, ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht befugt, anstelle des oder der Erben-Gesellschafter den Übergang des Kommanditanteils auf sie zum Handelsregister anzumelden (KG OLGZ 1991, 261 = NJW-RR 1991, 835). Dieser Rechtsprechung, die das LG seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, schließt sich der Senat an. Im Falle der Abwicklungsvollstreckung ist der Testamentsvollstrecker nämlich nur damit betraut, den Nachlass abzuwickeln und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken.

Keine Verwaltung der KG-Beteiligung durch den (Abwicklungs-)Testamentsvollstrecker, da Kommanditanteil im Wege der Sondererbfolge ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers übergeht

Der Übergang des Kommanditanteils auf die Erben vollzieht sich jedoch im Wege der Sonderrechtsnachfolge ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers. Es entfällt deshalb die Befugnis des Testamentsvollstreckers, die Beteiligung an der Gesellschaft als Teil des Nachlasses unter den Miterben auseinanderzusetzen und bis dahin zu verwalten (vgl. Soergel/Damrau, 13. Aufl., § 2205 BGB Rn. 29). Für eine Verwaltung des Kommanditanteils durch den Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB) ist somit kein Raum; das unterscheidet diesen Fall von der angeordneten Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung.

Ausnahme: Aus der Beteiligung abzuleitende übertragbare Vermögensrechte als Teil des Nachlasses unterliegen der (Abwicklungs-)Testamentsvollstreckung

Etwas anderes gilt allerdings für die aus der Kommanditbeteiligung abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte, die nach der Rechtsprechung nicht aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlass ausge-

gliedert werden (BGHZ 108, 187, 192; KG OLGZ 1991, 261, 265). Das betrifft aber nicht die hier inmitten stehende Frage der Anmeldung zum Handelsregister; denn insoweit geht es um die gesellschaftsrechtliche Beteiligung bzw. die Gesellschafterstellung als solche, wie bereits das KG überzeugend ausgeführt hat (KG a.a.O.).

Die gegen diese Rechtsprechung vorgebrachten Einwendungen der weiteren Beschwerde greifen nicht durch. Dass der Abwicklungsvollstrecker unter Umständen Zugriff auf die Gesellschaftsanteile als Nachlasssubstanz nehmen kann, um Nachlassverbindlichkeiten berichtigen zu können, betrifft die vermögensrechtliche Komponente und ändert nichts an seiner fehlenden Verwaltungsbefugnis im Übrigen. Auch der Umstand, dass es nur um die Kundgabe einer sich von selbst vollziehenden Abwicklung geht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es ist den Erben-Kommanditisten im Übrigen ohne weiteres zumutbar, die Anmeldung selbst vorzunehmen.

Ein Testamentsvollstreckerzeugnis ohne nähere Angaben bringt den gesetzlichen Regeltyp der Abwicklungsvollstreckung zum Ausdruck

b) Dem LG ist auch darin beizupflichten, dass das Registergericht ohne weitere Nachforschungen davon ausgehen konnte, dass der weitere Bet. zu 1) bloßer Abwicklungsvollstrecker ist. Insoweit reicht, wie ebenfalls bereits das KG überzeugend ausgeführt hat (KG OLGZ 1991, 261, 266 f.), das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis. Eine Verwaltungs- oder Dauervollstreckung wäre im Zeugnis anzugeben. Enthält ein Zeugnis, wie hier, keine Angaben, so kommt damit zum Ausdruck, dass dem Testamentsvollstrecker die Befugnisse des gesetzlichen Regeltyps eines Abwicklungsvollstreckers zustehen. Das wird von der weiteren Beschwerde auch nicht mehr angegriffen.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das OLG München schließt sich dem BGH (BGHZ 108, 187 = MittRhNotK 1989, 219), dem KG (NJW-RR 1991, 835) und der ganz h. L. (Krug, ZEV 2001, 51, 54; Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl., Rn. 767, jeweils m. w. N.) an, wonach die Befugnis des Testamentsvollstreckers, den durch Vererbung eines Kommanditanteils eintretenden Gesellschafterwechsel zum Handelsregister anzumelden, davon abhängt, ob Dauertestamentsvollstreckung oder Abwicklungstestamentsvollstreckung angeordnet ist. Dass bei Abwicklungsvollstreckung keine Anmeldebefugnis bestehen soll, wird damit begründet, dass bei einem Übergang des Kommanditanteils im Wege der Sondererbfolge kein Bedürfnis für ein Abwickeln bzw. Auseinandersetzen durch den Testamentsvollstrecker besteht, da sich Übergang und Aufteilung nach Erbquoten „automatisch“ vollziehen.

Mit der genannten Grundsatzentscheidung hat der BGH sich für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen ausgesprochen; so auch die heute ganz h. L. (etwa Ulmer, NJW 1990, 73; Reimann, DNotZ 1990, 190; Mayer, ZIP 1990, 976; Baumbach/Hopt, 33. Aufl., § 139 HGB Rn. 24). Auch die hier (erneut) entschiedene Frage der Anmeldebefugnis dürfte spätes-

tens mit dieser Entscheidung des OLG München weitestgehend außer Streit stehen. Zu der Frage, wer zur Anmeldung bei einem Kommanditistenwechsel aufgrund Vermächtniserfüllung befugt ist, hat bereits das LG Mainz (MittRhNotK 1982, 118; zust. Damrau, NJW 1984, 2785) Stellung genommen: Ist die Beteiligung einem Vermächtnisnehmer zugedacht, liegen Pflicht und Befugnis zur Anmeldung sowohl des „Zwischenstadiums“ der Sondererfolge als auch der Übertragung auf den Vermächtnisnehmer beim Testamentsvollstrecker, und zwar auch (und gerade) bei der Abwicklungsvollstreckung.

Der Schwerpunkt des noch nicht abschließend geklärten Teils des Problemkreises „Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen“ dürfte nunmehr liegen a) bei der Frage, ob und wie abzugrenzen ist zwischen einer der Testamentsvollstreckung unterliegenden „Außenseite“ des Gesellschaftsverhältnisses und einer der Vollstreckung nicht unterliegenden „Innenseite“ und – damit zusammenhängend – ob es einen Kernbereich der Gesellschafterrechte gibt, die der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ganz oder teilweise entzogen ist (hierzu etwa Ulmer a.a.O., 77 ff.; Münch, Hdb. d. GesR/Klein, Bd. 2, 2. Aufl., § 42 Rn. 48 ff.; Bengel/Reimann/Mayer, Hdb. d. Testamentsvollstr., 3. Aufl., Kap. 5, Rn. 174), außerdem b) bei der Frage, wie mit den Fällen umzugehen ist, in denen ein Kommanditist zu seinem bestehenden Anteil einen weiteren, der Testamentsvollstreckung unterliegenden Kommanditeil hinzugewirbt, was angesichts des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Beteiligung diskussionswürdig erscheint (vgl. BGH NJW 1986, 243; BGH NJW 1996, 1284; Ulmer a.a.O., 76 f.; ders. in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 705 Rn. 64 m. w.N.), und c) bei der Frage, ob die Testamentsvollstreckung im Handelsregister zu vermerken ist (Baumbach/Hopt a.a.O., Rn. 28; Krug a.a.O.; jeweils m. w.N.).

MK

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Befreiung des Vorsitzenden einer Genossenschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB

(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15. 6. 2009 – 3 W 14/09 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken)

BGB § 181 GenG § 39

Die Befreiung des Vorsitzenden einer Genossenschaft von der Beschränkung des § 181 1. Alt. BGB steht nicht im Einklang mit § 39 GenG.

Aus den Gründen:

Die sofortige weitere Beschwerde ist gemäß §§ 147 Abs. 1 S. 2, 142 Abs. 3, 141 Abs. 3, 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG statthaft, sie ist form- und fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Bet. ergibt sich bereits aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde.

In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

Die Eintragung im Genossenschaftsregister, wonach der Vorsitzende der Genossenschaft (auch) von der Beschränkung des § 181 1. Alt. BGB befreit ist, ist von Amts wegen zu löschen, denn sie steht nicht im Einklang mit § 39 GenG i. d. Fassung vom 18. 8. 2006.

Amtslöschung von Eintragungen möglich, die nachträglich aufgrund Gesetzesänderung unzulässig geworden sind

Nach § 147 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 142 FGG kann das Registergericht eine Eintragung, die in das Genossenschaftsregister bewirkt wurde, obwohl sie wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, von Amts wegen löschen. Dies gilt auch für Eintragungen, die nachträglich unzulässig geworden sind (Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl., § 142 FGG Rn. 10). Eine Eintragung ist wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig, wenn sie inhaltlich unzulässig ist, weil das Gesetz eine Eintragung dieser Art oder dieses Inhalts nicht gestattet oder verbietet, oder wenn sie zwar zulässig aber sachlich unrichtig ist oder wenn gesetzliche Erfordernisse der Eintragung fehlen, deren Mangel die Beseitigung der Eintragung im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Bet. geboten erscheinen lässt (Jansen/Steder, 3. Aufl., § 142 Rn. 15).

Dahingestellt bleiben kann, ob die Eintragung der Befreiung des Vorstandsvorsitzenden von dem Insih-Geschäft nach § 181 1. Alt. BGB von Anfang an inhaltlich unzulässig war, jedenfalls ist sie es seit dem Inkrafttreten der Novelle des Genossenschaftsrechts am 18. 8. 2006, weil sie im Widerspruch zu § 39 GenG steht.

Im Einzelnen gilt folgendes:

Grundsätzlich obliegt die Vertretung der Genossenschaft gemäß § 24 Abs. 1 GenG dem Vorstand. Da die Vorstandsmitglieder Genossen sein müssen (§ 9 Abs. 2 S. 1 GenG) und die Genossenschaft auf das Mitgliedergeschäft angelegt ist (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 5 GenG), drohen bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern Interessenkollisionen und es besteht die Besorgnis der Befangenheit. Um dem vorzubeugen durchbricht § 39 Abs. 1 GenG die Vertretungszuständigkeit des Vorstands und bestimmt, dass „der Aufsichtsrat die Genossenschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich vertritt“. Diese Regelung beinhaltet eine ausschließliche Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrates für Vertragsabschlüsse und bei Aktiv- und Passivprozessen mit Vorstandsmitgliedern wegen der abstrakten Gefahr einer nicht unbefangenen Vertretung der Gesellschaft.

Keine Beschränkung der sachlichen Reichweite des § 39 GenG auf Angelegenheiten der Anstellung als Vorstandsmitglied

Eine Beschränkung der sachlichen Reichweite der Vorschrift auf Angelegenheiten der Anstellung als Vorstandsmitglied ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen und ergibt sich auch nicht aus der Gesetzessystematik. Sie lässt sich insbesondere nicht aus § 39 Abs. 2 GenG herleiten. Danach bedarf zwar jede Gewährung von Kredit an ein Mitglied des Vorstands der Genehmigung des Aufsichtsrats, soweit die Gewährung des Kredits nicht durch die Satzung an noch andere Erfordernisse geknüpft

oder ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift, welche die Rechte des Vorstandes zur Verhinderung des Missbrauchs seiner Rechte begrenzen soll, normiert aber ein inneres Verwaltungsrecht des Aufsichtsrates, welches sonst nur kraft Satzungsbestimmung nach § 38 Abs. 3 GenG dem Aufsichtsrat zugewiesen werden könnte. § 39 Abs. 2 GenG gehört damit systematisch zu dem Regelungsbereich des § 38 GenG. Die Regelung betrifft nach der gesetzgeberischen Konzeption gerade nicht die Vertretung der Genossenschaft im Außenverhältnis, sondern ausschließlich das Innenverhältnis der Genossenschaft, indem sie mittels eines Mitwirkungsrechts des Aufsichtsrats die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands beschränkt.

Dass der Gesetzgeber bei der Einführung des zurzeit geltenden § 39 Abs. 2 GenG nicht im Sinne hatte, die (Außen-)Vertretung der Genossenschaft zu regeln, wird in den Materialien dadurch bestätigt, dass diese erst im Anschluss an die Ausführungen zur Funktion des Aufsichtsrats die (ausnahmsweise) Vertretung der Genossenschaft durch den Aufsichtsrat ansprechen. Hinsichtlich der Vertretung der Genossenschaft sollte es bei den gegebenen Bestimmungen bleiben (Schwarz, ZfgG 2001, 287; Beuthien/Hüsken/Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, II. Parlamentarische Materialien (1899–1922), S. 428, 429).

Vor dem Inkrafttreten der Novelle des Genossenschaftsrechtes am 18. 8. 2006 lautete § 39 Abs. 1 GenG: „Der Aufsichtsrat ist ermächtigt, die Genossenschaft bei Abschluss von Verträgen mit dem Vorstände zu vertreten und gegen die Mitglieder desselben die Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschließt“.

Bereits unter der Geltung dieser Vorschrift war in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob diese Vorschrift eine ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gegenüber den Vorstandsmitgliedern normiert oder ob sich das Vertretungsrecht des Aufsichtsrates auf bestimmte Bereiche beschränkt (für eine ausschließliche Vertretungskompetenz des Aufsichtsrates vgl. bereits BGH NJW 1995, 2559). Mit der Neureglung hat der Gesetzgeber die Vorschrift in Anlehnung an § 112 AktG sprachlich neu gefasst (BT-Drucks. 16/1025, 85). Da der Streit um den Umfang der Vertretungsbefugnis bekannt war, hätte es nahe gelegen, eventuelle Ausnahmen in das Gesetz aufzunehmen. Da dies nicht geschehen ist, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Vertretungsbefugnis als eine umfassende ausgestalten wollte, die sich auch auf Verträge mit Vorstandsmitgliedern als Kunden der Genossenschaft bezieht.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Die Entscheidung entwickelt – soweit ersichtlich, erstmals seit der Neufassung des § 39 GenG durch die Genossenschaftsrechtsnovelle 2006 – die schon vor der Novelle begründete ständige Rechtsprechung des BGH fort, demzufolge der Rechtsgedanke des § 112 AktG („Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich“) ein allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechts sei, der auch für die Genossenschaft gelte; die Vertretungsbefugnis des

Aufsichtsrats gemäß § 39 GenG a.F. sei demnach eine ausschließliche und zwingende (vgl. nur BGHZ 130, 108 = NJW 1995, 2559; BGH NZG 2005, 560). Obwohl der Gesetzgeber seitdem den Wortlaut des § 39 Abs. 1 GenG an den des § 112 AktG angepasst hat und ausweislich der Gesetzesbegründung dabei ausdrücklich eine „sprachliche Vereinfachung in Anlehnung an § 112 AktG“ beabsichtigte (BT-Drucks. 16/1025, S. 85), ist in der Literatur nach wie vor umstritten, ob und in welchem sachlichen Umfang es sich bei der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats um eine ausschließliche handelt. Insbesondere wurde und wird noch immer vertreten, § 39 GenG sei wegen der Besonderheit, dass die Vorstandsmitglieder zugleich Genossen sind, einschränkend dahin auszulegen, dass dem Aufsichtsrat die Vertretung nur bei solchen Geschäften zustehe, die mit der (ggf. auch früheren) Vorstandstätigkeit in Zusammenhang stehen (Lang/Weidmüller/Schaffland, § 39 GenG Rn. 16; Pöhlmann/Fandrich, § 39 GenG Rn. 3; Korte/Friebel, NZG 2005, 621; a. A. nunmehr Beuthien, Aktualisierungsband zur 14. Aufl., § 39 GenG Rn. 2 – anders noch die Vorauflage). Hingegen seien Verträge mit Vorstandsmitgliedern als Kunden der Genossenschaft vom Anwendungsbereich des § 39 GenG auszunehmen.

Das OLG Zweibrücken hält wegen § 39 GenG die Befreiung eines Vorstandsmitglieds von den Beschränkungen des § 181 (1. Fall) BGB – Inselfgeschäft – für schlechthin unzulässig. Das gründet das Gericht darauf, dass gerade wegen des Umstands, dass die Vorstandsmitglieder Genossen sein müssen und die Genossenschaft auf das Mitgliedschaftsgeschäft ausgelegt sei, bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern stets eine abstrakte Gefahr von Interessenkollisionen bestehe. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats sei deshalb ausschließlich. Dadurch erteilt das OLG Zweibrücken der oben beschriebenen Literaturmeinung eine Absage.

MK

8. Berufsrecht – Zur Schadensersatzpflicht des Notars bei fehlender Aufklärung über Schenkungsteuer (OLG Oldenburg, Urteil vom 12. 6. 2009 – 6 U 58/09)

BeurkG § 17 Abs. 1

BNotO §§ 14 Abs. 1, S. 2; 19

ErbStDV § 8 Abs. 1, 4

1. Die schuldhafte Verletzung der in § 8 Abs. 1 und Abs. 4 ErbStDV normierten Verpflichtung des Notars zum Hinweis auf die mögliche Steuerpflicht von Schenkungen und Zweckzuwendungen stellt eine Amtspflichtverletzung dar, die grundsätzlich zu einer Amtshaftung des Notars führt.

2. Bei einem Übertragungsvertrag wird das Wissen der veräußernden Partei über die Schenkungsteuerpflicht nicht der übernehmenden Partei zugerechnet.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. nimmt den Bekl. wegen Verletzung notarieller Belehrungspflichten auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch.

Der Bekl. beurkundete am 8. 12. 2005 einen Vertrag, mit dem der Schwiegervater der Kl., Herr L. T., sich verpflichtete, sein Eigentum an einem Grundstück in S. gegen Übernahme der bestehenden Belastungen, ansonsten ohne Gegenleistung, zu je 1/2 auf seinen Sohn, Herrn A. T., und die Kl. zu übertragen.

Gegen die Kl. wurde aufgrund des Erwerbsvorganges durch das Finanzamt O. mit Bescheid vom 16. 4. 07 Schenkungsteuer in Höhe von 2 268,- € festgesetzt.

Die Parteien streiten darüber, ob der Bekl. die Kl. bei der Beurkundung auf die mögliche Verpflichtung zur Zahlung von Schenkungsteuer hätte hinweisen müssen.

Mit der Klage hat die Kl. die Verurteilung des Bekl. zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe der gezahlten Schenkungsteuer abzüglich ersparter Notargebühren für einen zweiten Übertragungsvorgang sowie vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrt.

Wegen der Darstellung des Sachverhaltes und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen des LG in dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Bekl. sei nicht verpflichtet gewesen, die Kl. auf die steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes hinzuweisen. Es hat auf die Rechtsprechung des BGH zum Umfang der Rechtsbelehrungs- und allgemeinen Betreuungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG bzw. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO verwiesen, wonach regelmäßig keine Pflicht bestehe, auf steuerliche Folgen des beurkundeten Geschäftes hinzuweisen.

Hiergegen richtet sich die Kl. mit der Berufung.

Aus den Gründen:

II. Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat in der Sache Erfolg.

Der Kl. steht gegen den Bekl. ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO zu.

Umfang der steuerlichen Belehrungspflichten des Notars

Der Bekl. hat seine Pflichten bei der Beurkundung des Vertrages vom 8. 12. 2005 verletzt, denn er hatte nach § 8 Abs. 1, Abs. 4 ErbStDV auf die Möglichkeit des Anfalls von Schenkungsteuer hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift hat der Notar bei der Beurkundung von Schenkungen und Zweckzuwendungen unter Lebenden die Bet. auf die mögliche Steuerpflicht aufmerksam zu machen. Zwar folgt, wie das LG zutreffend festgestellt hat, weder aus der in § 17 Abs. 1 BeurkG normierten Beratungspflicht noch aus der allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO eine allgemeine Amtspflicht des Notars, auch über die steuerlichen Folgen des Geschäftes im Einzelnen zu belehren. Der Notar hat an sich nicht die Aufgabe eines Wirtschafts- und Steuerberaters (ständige Rechtsprechung des BGH in: VersR 1983, 181; VersR 2007, 1659; Entscheidung vom 21. 11. 1978, BeckRS 1978, 30376567; Huhn/von Schuckmann, 4. Aufl. 2003, § 17 BeurkG Rz. 113). § 8 ErbStDV stellt zu diesen Grundsätzen allerdings eine Ausnahmeregelung dar, die in den genannten Fällen eine Hinweispflicht ausdrückliche begründet (Zugehör/Ganter/Hertel/Ganter, Hdb. der Notarhaftung 2004, Rz. 1170; Armbrüster/Preuss/Renner, 5. Aufl. 2003, § 17 BeurkG Rz. 113; Winkler, 16. Aufl. 2008, § 17 BeurkG Rz. 264).

Ausnahmen von der Belehrungspflicht nur im Einzelfall möglich

Offen bleiben kann daher, ob der Bekl. wegen der Besonderheiten des Einzelfalles auch nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet war, auf die steuerliche Gefahrenlage hinzuweisen.

Entgegen der Auffassung des Bekl. war der Hinweis nicht wegen der Offenkundigkeit des Anfalls von Schenkungsteuer entbehrlich, weil der Übertragungsvorgang aufgrund der unterschiedlichen verwandtschaftlichen Beziehungen der Bet. zueinander gerade nicht für jeden Erwerber Schenkungsteuer auslöste. Für den Ehemann der Kl. war der Erwerbsvorgang wegen des ihm zustehenden Freibetrages schenkungsteuerfrei, während dies für die Kl. als Schwiegertochter des Veräußerers nicht galt.

Es kann auch nicht von einer fehlenden Belehrungsbedürftigkeit der Kl. ausgegangen werden. Für seine Behauptung, der Kl. sei positiv bekannt gewesen, dass Schenkungsteuer anfallen werde, hat der Bekl. keinen Beweis angetreten. Allein die Tatsache, dass das Grundstück bereits drei Jahre zuvor vom Ehemann der Kl. und dessen geschiedener Ehefrau auf ihren Schwiegervater schenkweise übertragen worden war, rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Kl., die nicht Bet. des Übertragungsvorganges von 2002 gewesen war, die steuerlichen Konsequenzen im Falle der Übernahme des hälftigen Miteigentumsanteils bewusst waren.

Keine Zurechnung des Wissens der anderen Vertragspartei

Eine Zurechnung möglichen Wissens des Herrn L. T. kommt ebenso wenig in Betracht. Bei notariell beurkundeten Verträgen ist allein die Kenntnis und das Verständnis der Vertragsparteien bzw. der für sie handelnden Vertreter entscheidend (BGH NJW 2000, 2272 = MittRhNotK 2000, 286). Die Kenntnis von Verhandlungshelfern, die den Vertragsschluss vorbereitet haben, ist nicht zuzurechnen (BGH NJW 1965, 1174; Palandt/Heinrichs, 67. Aufl. 2008, § 166 BGB Rz. 7). Erst recht scheidet eine Zurechnung möglichen Wissens der veräußernden Partei zum Nachteil der übernehmenden Partei aus. Erkennt der Notar, dass insoweit ein Wissensgefälle vorliegt, ist er vielmehr im Hinblick auf seine Pflicht zur Neutralität und Unparteilichkeit nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO erst recht gehalten, entsprechende Aufklärung zu betreiben.

Verstoß gegen die aus § 8 ErbStDV folgende Hinweispflicht stellt grundsätzlich Amtspflichtverletzung dar

Die schuldhaft Verletzung der in § 8 Abs. 1 und Abs. 4 ErbStDV normierten Hinweispflicht ist grundsätzlich Amtspflichtverletzung gegenüber den Bet. gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO (OLG Hamm, Urteil vom 14. 10. 2003, 28 U 82/03; Schleswig-Holsteinisches OLG ZEV 2006, 221). Für eine restriktive Auslegung der Norm dahingehend, dass sie nur dem Schutz der Finanzbehörden diene (so Stelzer, MittBayNot 2005, S. 517, 519), ist kein Raum. Sie widerspräche dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Den Interessen der Finanzverwaltung wird im Übrigen bereits durch die ebenfalls in § 8 ErbStDV ge-

regelten Übersendungs- und Mitteilungspflichten Rechnung getragen. Die zusätzliche Normierung auch einer Hinweispflicht gegenüber den Urkundsbeteiligten kann daher nur deren Schutz bezwecken, selbst wenn die Ermächtigungsgrundlage diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsah. Darüber hinaus ließe der Regelungsgelton der Vorschrift leer, wenn man eine Verletzung der durch sie normierten notariellen Pflichten sanktionslos ließe.

Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden

Die fahrlässig begangene und damit schuldhaft Verletzung der Hinweispflicht durch den Bekl. war auch für den eingetretenen Schaden ursächlich. Dass sich die Kl. bei pflichtgemäßer notarieller Beratung vor der Beurkundung des Vertrages an einen Steuerberater gewandt hätte, kann aufgrund der für ein beratungsgemäßes Verhalten sprechenden Vermutung (vgl. BGH NJW 2000, 2814; NJW-RR 1999, 641) festgestellt werden. Diese Beratung hätte dann auch dazu geführt, dass die Beurkundung des Übertragungsvertrages unterblieben und durch eine sogenannte ‚Kettenübertragung‘ ersetzt worden wäre. Eine solche wäre steuerrechtlich zulässig gewesen, wenn man die vom BFH aufgestellten Grundsätze (BFH BStBl. 1982 II, 736 = MittRhNotK 1983, 99) beachtet hätte. Danach hätte dem Ehemann das Alleineigentum zunächst dergestalt übertragen werden müssen, dass ihm bezüglich der Weiterübertragung der Miteigentumshälfte an die Kl. ein gewisser Entscheidungsspielraum verblieben wäre. Dass alle am Übertragungsvorgang Beteiligten eine solche Vorgehensweise letztlich favorisiert und durchgeführt hätten, ist aufgrund der Gesamtumstände anzunehmen. Die Tatsache, dass die Bet. ursprünglich eine Übertragung vom Vater auf den Sohn vorgesehen hatten und hiervon abrückten, um der Kl. hälftiges Miteigentum einzuräumen, spricht dafür, dass der Ehemann der Kl. auch bei einer Aufspaltung in zwei Übertragungsvorgänge hieran festgehalten hätte. Eine solche Kettenbeurkundung hätte daher unproblematisch durchgeführt werden können und hätte der Kl. auch eine wirtschaftlich gleichwertige Rechtsposition eingeräumt. Für den von dem Bekl. erhobenen Einwand, dass eine Übertragung auf die Kl. möglicherweise unterblieben wäre, weil sich ihr Ehemann im letzten Moment anders hätte entscheiden können, liegen triftige Gründe nicht vor.

Höhe des zu ersetzenden Schadens

Als Schaden kommt bei der Verletzung einer notariellen Amtspflichtverletzung in Gestalt einer Hinweispflicht grundsätzlich auch das Entstehen einer Steuerpflicht in Betracht (BGH VersR 1983, 181). Die Kl. hat daher Anspruch auf Ersatz der Schenkungsteuer in Höhe von 2 268,- €, die sie bei Beachtung der notariellen Hinweispflicht – unstrittig – nicht hätte zahlen müssen. Sie muss sich aber diejenigen Kosten anrechnen lassen, welche sie durch die nicht erfolgte zweite Beurkundung erspart hat. Diese belaufen sich – unstrittig – auf 346,74 €. Der Kl. steht daher ein Anspruch in Höhe von 1 921,26 € zu.

Da der Bekl. mit Schreiben vom 1. 2. 2007 Schadensersatzansprüche gegenüber der Kl. zurückgewiesen hat, ist

er weiter zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, §§ 286, 288 BGB.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass ein Notar grundsätzlich nicht verpflichtet ist, auf die steuerrechtlichen Folgen des beurkundeten Rechtsgeschäfts hinzuweisen (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Bernhard, 5. Aufl., Teil G Rn. 118 m. w. N.). Der Notar kann lediglich ausnahmsweise im Rahmen seiner allgemeinen Betreuungspflicht nach § 14 Abs. 1 BNotO gehalten sein, auch auf steuerliche Gefahren aufmerksam zu machen, etwa wenn er selbst positive Kenntnis von der Steuerpflicht hat und nach den besonderen Umständen des Einzelfalles Anlass zu der Vermutung haben muss, dass ein Bet. die Steuerpflicht vollständig übersieht (BGH NJW 1989, 586; zu weiteren Fallgruppen siehe Beck'sches Notarhandbuch/Bernhard, 5. Aufl., Teil G Rn. 119 m. w. N.). Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen bildet allerdings § 8 Abs. 1 S. 5, Abs. 4 ErbStDV, der eine ausdrückliche Verpflichtung des Notars begründet, bei der Beurkundung von Schenkungen und Zweckzuwendungen unter Lebenden auf eine mögliche Schenkungsteuerpflicht hinzuweisen. Sofern der Notar diesen Hinweis unterlässt, liegt darin eine Amtspflichtverletzung, die nach Ansicht einiger Autoren und Instanzgerichte (z. B. Schleswig-Holsteinisches OLG MittBayNot 2005, 516) eine Amtshaftung des Notars nach § 19 BNotO zur Folge haben kann. Dieser Ansicht hat sich nun auch das OLG Oldenburg angeschlossen.

In dem entschiedenen Fall hatte der Notar einen Vertrag beurkundet, in dem der Vater seinem Sohn und seiner Schwiegertochter jeweils zur Hälfte ein Grundstück übertrug. Der Notar hatte die Schwiegertochter dabei nicht auf den möglichen Anfall von Schenkungsteuer hingewiesen. Das OLG Oldenburg verurteilte den Notar daraufhin wegen schuldhafter Verletzung der sich aus § 8 Abs. 1 S. 5, Abs. 4 ErbStDV ergebenden Hinweispflicht zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe der angefallenen Schenkungsteuer, wobei sich die Kl. allerdings die ersparten Notarkosten für eine zweite Beurkundung auf ihren Schaden anrechnen lassen musste. Leider ist das Gericht in der Urteilsbegründung nicht näher auf die Argumente der Gegenmeinung eingegangen, derzufolge die Hinweispflicht des § 8 ErbStDV lediglich dem Schutz der Finanzverwaltung diene und daher keine Haftungsansprüche der am Vertrag Beteiligten begründen könne (vgl. Stelzer, MittBayNot 2005, 517, 519).

Für die notarielle Praxis bedeutet diese Entscheidung nicht, dass der Notar zukünftig bei der Beurkundung von Übertragungsverträgen über die steuerlichen Folgen des Geschäfts im Einzelnen zu belehren hätte. Vielmehr darf sich der Notar darauf beschränken, auf die bloße Möglichkeit der Entstehung der Steuer hinzuweisen, ohne die Höhe der anfallenden Steuern konkret berechnen zu müssen. Insbesondere ist der Notar nicht verpflichtet, eine steuersparende Alternativgestaltung, wie etwa eine Kettenschenkung (deren Zulässigkeit im Übrigen noch immer nicht abschließend geklärt ist), zu empfehlen. Über einen allgemeinen Hinweis auf die mögliche Schenkungsteuerpflicht hinaus obliegt dem Notar daher

grundsätzlich auch im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer keine Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts. Auf diesen allgemeinen Hinweis sollte der Notar jedoch angesichts der in § 8 ErbStDV ausdrücklich normierten Hinweispflicht und der daran anknüpfenden Amtshaftungsgefahr nicht verzichten.

CV

9. Kostenrecht – Erstellung von XML-Strukturdaten als gebührenfreies Nebengeschäft

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 15. 9. 2009 – I-10 W 55/09 – mit Anmerkung von *André Elsing, Hamburg*)

KostO §§ 30 Abs. 1; 147 Abs. 2

Für die im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung erstellte Strukturdatei (XML-Datei) darf eine Gebühr nach §§ 147 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO nicht erhoben werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die bei Gericht am 8. 6. 2009 eingegangene weitere Beschwerde des Kostengläubigers vom 4. 6. 2009 gegen den Beschluss der 25. Zivilkammer des LG Düsseldorf vom 8. 5. 2009 ist gemäß § 156 Abs. 2 KostO infolge Zulassung durch das LG statthaft und sowohl form- als auch fristgerecht eingelegt worden.

Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts. Es lässt keine Rechtsfehler erkennen, dass das LG die beanstandete Kostenrechnung um einen Betrag von € 66,- zuzüglich Umsatzsteuer gekürzt hat. Für die im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung erstellte Strukturdatei (XML-Datei) durfte der Kostengläubiger eine Gebühr nach §§ 147 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO nicht erheben.

Für die Erstellung einer XML-Strukturdatei existiert keine besondere Gebührenschrift

1. Die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO setzt zunächst voraus, dass für die Tätigkeit eine besondere Gebühr nicht bestimmt ist. Nach der derzeitigen Gesetzeslage gibt es für die hier fragliche Erstellung einer XML-Strukturdatei keine besondere Gebührenschrift. Eine solche soll nach dem Vorschlag der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“ vom 10. 2. 2009 erst geschaffen werden (vgl. „Entwurf der Kostenordnung – nur notarrelevante Regelungen“ unter www.bmj.bund.de).

Hinsichtlich der Mindestangaben besteht eine § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO unterfallende Pflicht des Notars zur Übermittlung der XML-Datei

2. Desweiteren setzt § 147 Abs. 2 KostO voraus, dass die Kostenordnung keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für die Tätigkeit keine besondere Gebühr erwachsen soll. Hier stellt sich die Frage, ob die Gebührenfreiheit gemäß § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO auch die Aufbereitung der anmelderelevanten Daten in eine XML-Datei erfasst.

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Dies bedeutet, dass das Papierdokument in ein elektronisches Dokument umzuwandeln und zu übermitteln ist. Die elektronische Übermittlung des Dokuments wird unzweifelhaft von § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO erfasst. Als weitere Datei ist gemäß § 8 a Abs. 2 HGB i. V. mit § 8 der Elektronischen Registerverordnung Amtsgerichte (ERegister-VO) vom 19. 12. 2006 und Ziff. 6 der aufgrund § 10 Register-VO erfolgten Bekanntmachung von Einzelheiten des Verfahrens im Falle einer Anmeldung eine gültige (valide) XML-Datei zu übermitteln. Diese muss mindestens Angaben zum gerichtlichen Aktenzeichen, eine schlagwortartige Bezeichnung des Gegenstands der Anmeldung und zur aktuell eingetragenen Firma bzw. zum Namen des Rechtsträgers, auf den sich die Anmeldung bezieht sowie die Bezeichnung der Person des Einreichers der Anmeldung enthalten. Hinsichtlich dieser Mindestangaben besteht mithin eine Pflicht des Notars zur Erstellung und Übermittlung der XML-Datei. Dies rechtfertigt es, auch die hiermit verbundene Tätigkeit als Teil der gemäß § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO gebührenfreien Übermittlungstätigkeit anzusehen (vgl. Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2007, 356; Rohs/Wedewer/Rohs, § 147 KostO Rn. 32).

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die XML-Datei über die genannten Mindestangaben hinausgehend sämtliche anmelderelevanten Informationen enthält und damit die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs durch das Registergericht ermöglicht; diese Datenvorerfassung geht über das nach der ERegister-VO in Verbindung mit der o.g. Bekanntmachung geforderte Maß hinaus (vgl. auch OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt; Diehn, NotBZ 2009, 282 f.; Tiedtke, ZNotP 2009, 246, 248; Sikora, MittBayNot 2009, 326, 328; Bund, JurBüro 2008, 625, 627; Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A.d.ö.R., NotBZ 2007, 356). Sie kann daher nicht mehr der nach § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO gebührenfreien Übermittlungstätigkeit zugeordnet werden (vgl. auch Korinthenberg/Bengel/Tiedtke, 17. Aufl. 2008, § 41 a KostO Rn. 126).

Für den vorliegenden Fall ist nicht vorgetragen, in welchem Umfang der Kostengläubiger die XML-Strukturdatei erstellt und übermittelt hat, ob er sich also auf die Mindestangaben beschränkt oder darüber hinaus weitergehende Daten vorerfasst hat. Auch ist nicht vorgetragen, ob der Kostengläubiger ggf. einen entsprechenden Auftrag der Kostenschuldnerin für eine überobligatorische Erstellung der XML-Datei hatte. Diese tatsächlichen Fragen bedürfen indes ebenso wenig einer Klärung wie die Frage, ob unter Geltung des EHUG jeder Vollzugauftrag eines Beteiligten in Handelsregistersachen dahin zu verstehen ist, dass der Notar auch eine komplette Daten-Vorerfassung zur Weiterbearbeitung bei Gericht vornehmen soll (so Otto, JurBüro 2007, 120 ff, 123). Selbst eine umfassende Datenvorerfassung im XML-Format im Auftrag eines Beteiligten würde – wie sich aus folgenden Ausführungen ergeben wird – keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen.

**Über die Mindestangaben hinaus gehende Daten-Vor-
fassung stellt ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. v.
§§ 147 Abs. 3, 35 KostO dar**

3. Eine Gebührenpflicht nach § 147 Abs. 2 KostO setzt weiterhin voraus, dass es sich nicht lediglich um eine das Hauptgeschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit des Notars handelt, die als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch die Gebühr für das Hauptgeschäft bereits abgegolten wird, § 147 Abs. 3 KostO. Das LG führt aus, dass das Erstellen einer XML-Datei ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. v. §§ 147 Abs. 3, 35 KostO ist. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden und trifft für die Erstellung der XML-Datei mit sämtlichen anmelderelevanten Eintragungsdaten zu.

Nebengeschäft i. S. d. §§ 35, 147 Abs. 3 KostO ist ein Geschäft, das für sich allein vorgenommen gebührenpflichtig wäre, das aber, weil es im Verhältnis zu dem anderen Geschäft, dem Hauptgeschäft, als das minder wichtige Geschäft erscheint, keine selbständige Bedeutung hat, sondern vorgenommen wird, um das Hauptgeschäft vorzubereiten oder seinen Vollzug zu fördern (vgl. Rohs/Wedewer/Rohs, § 147 KostO Rn. 26 m. w. N.; Hartmann, 39. Aufl., § 35 KostO Rn. 4). Nach diesen Maßgaben ist das Erstellen der über die Mindestangaben hinausgehenden XML-Strukturdatei als Nebengeschäft zu beurteilen, nicht als eigenständig zu vergütende Betreuungsleistung (vgl. OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt; Bund, JurBüro 2008, 625, 627 ohne Differenzierung nach dem Umfang der XML-Datei; a. A.: Diehn, NotBZ 2009, 282, 283; Otto, JurBüro 2007, 120, 123; Sikora, MittBayNot 2009, 326, 327).

Die Anmeldung der eintragungspflichtigen Tatsache hat der Notar nach § 53 Abs. 1 BeurkG beim Handelsregister einzureichen, mithin zum Vollzug vorzulegen. Dies hat nach den obigen Ausführungen in elektronischer Form zu geschehen nebst einer XML-Datei mit bestimmten Mindestangaben. Die hier fragliche darüber hinausgehende Daten-Vorfassung hat gegenüber dem Hauptgeschäft, namentlich die Registeranmeldung als solche (vgl. auch Sikora a.a.O.), keine selbständige Bedeutung und erscheint als das minder wichtige Geschäft. Sie wird vorgenommen, um den Vollzug der (gebührenpflichtigen) Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu fördern, namentlich zu beschleunigen. Dem Registergericht soll durch die Datenaufbereitung die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs ermöglicht werden. Es soll auf diese Weise eine Vielzahl komplizierter Eintragungsinhalte unmittelbar aus der Anmeldung in den Eintragungsentwurf übernehmen und sich in der Regel auf die inhaltliche Kontrolle beschränken können, damit es im Interesse aller Beteiligten zu einer zügigen Bearbeitung und raschen Eintragung in das Register kommen kann (vgl. Sikora, MittBayNot 2009, 326, 327; Krafka, DNotZ 2006, 885, 886 f.). Dass der Notar nicht zur umfassenden Datenaufbereitung im XML-Format verpflichtet ist, hindert nicht die Einordnung als Nebengeschäft (vgl. auch OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt).

Die Anwendung des § 147 Abs. 3 KostO ist auch nicht – wie der Kostengläubiger meint – deshalb ausgeschlos-

sen, weil eine Gebührenfreiheit für die Erstellung von XML-Dateien nicht gesondert in § 147 Abs. 4 KostO aufgenommen worden ist. Konkrete Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber bei Einführung des elektronischen Handelsregisters bewusst auf eine Vorschrift verzichtet hat, die die Gebührenfreiheit für die Erstellung von XML-Dateien anordnet, weil er von einer Gebührenpflichtigkeit für die fragliche Tätigkeit ausging, gibt es nicht. Dies kann auch nicht aus dem Vorschlag der Expertenkommission für eine Reform der Notarkosten gefolgert werden. Daraus ergibt sich nur, dass es ein praktisches Bedürfnis gibt, die Frage der Gebührenpflichtigkeit der Erstellung derartiger Dateien durch Einführung eines entsprechenden Gebührentatbestandes gesondert zu regeln. Dies spricht eher für die Annahme, dass sich aus der derzeitigen Fassung der KostO eine Gebührengrundlage für die hier fragliche Tätigkeit gerade nicht ergibt (a. A. Diehn, NotBZ 2009, 282, 283) und insoweit eine Gesetzeslücke geschlossen werden soll (vgl. Tiedtke, ZNotP 2009, 246, 248 a. E.).

**Der erhebliche Aufwand der Notare löst alleine keine
Gebühr aus**

Der Senat verkennt nicht den erheblichen Aufwand, den die Notare im Zuge einer kompletten Aufbereitung der anmelderelevanten Daten im XML-Format leisten. Allerdings vermag dieser – wie sich aus Vorstehendem ergibt – nach derzeitiger Gesetzeslage eine Gebühr nicht auszulösen, weil es an einem entsprechenden besonderen Gebührentatbestand fehlt und die Auffangnorm § 147 Abs. 2 KostO nicht eingreift. Von diesem Standpunkt aus ergibt auch der Vorschlag der Expertenkommission zur Schaffung einer entsprechenden Gebührennorm einen Sinn. Der Schaffung eines gesonderten Gebührentatbestandes bedürfte es nicht, wenn die Tätigkeit schon durch § 147 Abs. 2 KostO erfasst wäre.

Anmerkung:

Im Zuge des EHUG¹ wurde für den Rechtsverkehr mit dem Handelsregister ausschließlich die elektronische Form vorgeschrieben. Nach § 12 Abs. 2 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und beizufügende Dokumente daher nur noch elektronisch einzureichen. Die Vorschrift dient der Entlastung der Registergerichte, die vom Anmeldenden die Dokumente in elektronisch aufbereiteter Form erhalten und die Daten ohne großen Transformationsaufwand in das Handelsregister übernehmen können.² Die den Gerichten genommene Arbeitsbelastung ist jedoch nicht ersatzlos entfallen. Sie wurde den Notaren übertragen, die inzwischen den nicht unerheblichen zusätzlichen Aufwand im Auftrag ihrer Mandanten erledigen und durch ihre Tätigkeit bereits gesondert die Eintragung für das Registergericht vorbereiten. Die neue Aufgabe verursacht den Notariaten zusätzliche Kosten, beispielsweise für die Anschaffung und das Vorhalten von Hard- und Software, für Personal, das unter Umständen wegen der neuen Aufgabe einer Verstärkung bedarf, und für Schulungs-

1 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. 11. 2006 – BGBI. 2006, S. 2553.

2 Vgl. Koch, in: Großkomm. HGB, 5A, § 12 Rn. 2.

maßnahmen im Hinblick auf die technisch komplexe Bewältigung der neuen Aufgaben.³

Diese Belastung der Notariate wird noch erheblich größer werden, sobald der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen anläuft. Das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften⁴ sieht bereits vor, dass die Landesregierungen ermächtigt werden durch Rechtsordnung zu bestimmen, dass die Dokumente elektronisch zu übermitteln und neben den elektronischen Dokumenten bestimmte darin enthaltene Angaben in strukturierter maschinenlesbarer Form zu erstellen und einzureichen sind.

Bei näherer Betrachtung gehört diese Dienstleistung nicht zum Vollzug der Anmeldung. Die neue Tätigkeit erfolgt vielmehr zusätzlich zu den bisherigen Aufgaben und ist bereits ein ausgelagerter Teil des Eintragungsverfahrens selbst; denn die Gerichte übernehmen die vom Notar zusätzlich aufbereiteten Eintragungsdaten ohne großen Aufwand.

Die arbeitsintensive Aufgabe des Notars, im Auftrag der Beteiligten⁵ zusätzlich zu den zu übermittelnden Dokumenten die Eintragung für das Gericht durch die Erstellung und Übermittlung einer gesonderten XML-Datei vorzubereiten, bedarf einer angemessenen Abgeltung durch eine Gebühr. Nach ihrem Berufsrecht haben die Notare regelmäßig keine Möglichkeit, ihre Tätigkeit wegen des Aufwands abzulehnen, wie es ein beispielsweise ein Handwerker kann. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Notar und den Beteiligten ist in allen Auswirkungen öffentlich-rechtlicher Natur.⁶ Folgerichtig hat die Expertenkommission des Bundesministeriums der Justiz zur Reform der Kostenordnung⁷ vorgeschlagen, die „Erzeugung von strukturierten Daten in Form der Extensible Markup Language (XML) oder einem nach dem Stand der Technik vergleichbaren Format für eine automatisierte Weiterbearbeitung“ mit einer 6/10 Gebühr (Kosten Nr. 22125), höchstens 250,00 €, abzurechnen.

Für die voraussichtlich noch bis 30. 6. 2011 bzw. bis zum 31. 12. 2011 gültige Kostenordnung⁸ hat der Gesetzgeber die Gebühr für die Erzeugung der XML-Strukturdaten weder konkret geregelt, noch hat er ihre Gebührenfreiheit⁹ vorgeschrieben, weil man davon ausgegangen ist, dass die Auffangbestimmung des § 147 Abs. 2 KostO greift. Dass der Gesetzgeber die zusätzliche Tätigkeit angemessen abgerechnet wissen wollte, ist der von der Expertenkommission des Bundesministeriums vorgeschlagenen Kostenordnung zu entnehmen (Kosten-Nr. 22125), in der die Gebühr ausdrücklich vorgesehen ist. Für die geltende Kostenordnung darf somit auch sinn- und zweckmäßig keine Gebührenfreiheit gelten. In Erwartung des baldigen elektronischen Grundbuchverkehrs ist eine Gebührenfreiheit auch nur schwer vorstellbar und schwer vermittelbar, weil noch höhere Kosten wegen des größeren Aufwands, der Technik, Wartung und Schulung der Mitarbeiter entstehen werden. Um Verstärkungen im Personalbereich werden viele Notariate zudem nicht mehr herunkommen, wenn sie einen reibungslosen Ablauf des Rechtsverkehrs mit einem hohen Standard erhalten wollen.

Die Auffanggebühr des § 147 Abs. 2 KostO greift nach der hier vertretenen Auffassung für die Erzeugung der XML-Strukturdaten, so dass eine 5/10 Gebühr entsteht.¹⁰ Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1 KostO, wobei ein Teilwert von 10–30 % angemessen erscheint.

Die Oberlandesgerichte Hamm¹¹ und Celle¹² haben bereits vor dem OLG Düsseldorf negativ zur Entstehung der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entschieden. Die Erstellung der XML-Strukturdaten löse bei vom Notar entworfenen und beglaubigten Handelsregisteranmeldungen keine Betreuungsgebühr aus, weil ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. der §§ 147 Abs. 3, 35 KostO vorliege. Die Beschlüsse werten den Sachverhalt unrichtig. Weder ist in § 12 Abs. 1 HGB noch in der Verordnung über die elektronische Registerführung eine Anordnung für den Notar enthalten, dass er zur Erstellung der XML-Strukturdaten verpflichtet ist.¹³ Der Notar erledigt, wie geschildert, diese Tätigkeit im Auftrage der Beteiligten als einen die Eintragung vorbereitenden und zusätzlichen Akt. Der Gesetzgeber hat die Gebührenfreiheit für die neue Aufgabe nicht vorgegeben, sondern vielmehr in der geplanten Kostenordnung eine gesonderte Gebühr vorgesehen. Fazit: Die ganz herrschende Literatur¹⁴ geht zu Recht von der Entstehung der Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO aus.

André Elsing, Hamburg

3 Für die Erledigung der neuen Aufgabe, dem Gericht die Eintragung vorzubereiten, stellen sich vielfältige Fragen; vgl. Gassen/Wegerhoff, Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis, 2. Aufl., Juni 2009. Der Umfang des Werkes (520 Seiten) macht deutlich, wie komplex sich die Erstellung der XML-Strukturdaten darstellt.

4 ERVGBG, veröffentlicht am 17. 8. 2009 – BGBl I 2009, S. 53; dazu Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743.

5 Die Pflicht zur Erstellung der XML-Datei hat der Notar nicht, vgl. Otto, JurBüro 2007, 120, 123.

6 Pflicht zur Amtsausübung (§ 15 BNotO), Amtshaftung (§ 19 BNotO), Kostenrecht (§ 17 Abs. 1 BNotO), vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, Einl. Rn. 31.

7 Abrufbar auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz, www.bmj.bund.de, Reform der Notarkosten.

8 Die neue Kostenordnung soll voraussichtlich am 1. 7. 2011, spätestens jedoch zum 1. 1. 2012 in Kraft treten.

9 Die Gebührenfreiheit wäre in § 147 KostO und/oder in § 35 KostO zum Ausdruck gekommen, so regelt § 147 Abs. 4 Nr. 4 KostO z. B., dass die Erwirkung der Legalisation der eigenen Urkunde keine Gebühr auslöst, so dass in der überwiegenden Praxis die Mandanten selbst ihre Apostillen/Legalisationen beschaffen. Die Vorschrift des § 147 Abs. 4 ist als *lex specialis* zu § 147 Abs. 3 und § 35 KostO zu betrachten und regelt den Tatbestand abschließend; so auch Schmidt, RNotZ 2009, 415, 417.

10 Die Kostenordnung enthält derzeit keine Gebühr und keine Regelung, dass eine Gebühr nicht anzufallen hat. Daher hat der Notar Gebühren zu berechnen – vgl. sinngemäß BGH DNotZ 2009, 789.

11 OLG Hamm RNotZ 2009, 415.

12 OLG Celle, NotBZ 2009, 412.

13 Vgl. auch Diehn, NotBZ, 2009, 281, 282.

14 Sikora/Tiedtke, MittBayNot 2006, 393, 396; Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rn. 391 ff; Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl., Rn. 1994; Korintenberg/Benkel/Tiedtke, KostO, 17. Aufl., § 41 a Rn. 126; Otto, JurBüro, 2007, 120, 121; Filzek, KostO, 4. Aufl., § 1 a Rn. 18.

10. Kostenrecht – Betreuungsgebühr bei Einholung der Genehmigung einer vollmachtlos vertretenen Kommune

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 9. 2009 – 19 T 86/09 – mitgeteilt von *Notar Christian Eigel, Meerbusch*)

KostO § 147 Abs. 2

1. Bei der vollmachtlosen Vertretung eines Vertragsbeteiligten kann für die Einholung der Genehmigung grundsätzlich eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO erhoben werden. Bei Grundstückskaufverträgen ist ein Geschäftswert in Höhe von 30 % des Kaufpreises nicht zu beanstanden.
2. Der Notar muss die Beteiligten grundsätzlich darauf hinweisen, dass es Mehrkosten verursacht, wenn der Notar von einer vollmachtlos vertretenen Kommune eine Genehmigung einholt.
3. Wird eine Kommune durch eine Notariatsmitarbeiterin vollmachtlos vertreten und wünscht die Kommune ausdrücklich, dass eine Anforderung der Genehmigung durch den Notar erfolgt, wobei dieser auf eventuelle Änderungen des Vertrages gegenüber dem ursprünglichen Entwurf ausdrücklich hinweisen soll, ist der Notar hingegen nicht verpflichtet, auf die Mehrkosten für die Einholung der Genehmigung hinzuweisen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Notar beurkundete unter dem 21. 6. 2007 den Verkauf von Grundeigentum. Erwerber der Immobilie war der Bet. zu 2). Veräußerer des Grundbesitzes war die Stadt M. Für diese war bei der Beurkundung eine Angestellte des Notars als Vertreter ohne Vertretungsmacht zugegen.

Unter § 13 der notariellen Urkunde ist festgehalten, dass alle zu dieser Urkunde erforderlichen Genehmigungen, Negativbescheinigungen und sonstigen Erklärungen von dem Notar herbeigeführt und mit ihrem Eingang bei ihm für alle Bet. wirksam werden sollen.

In der Folgezeit holte der Notar die erforderliche Genehmigung der Stadt M. ein.

In der Kostenrechnung des Notars ist u. a. eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Einholung der Genehmigung nach einem Wert von 90 576,- € (30 % des Kaufpreises) in Höhe von 103,50 € enthalten.

Der Präsident des LG hat als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars beanstandet, dass dieser für die Einholung der Genehmigung der Stadt M. die vorgenannte Gebühr berechnet hat. Er vertritt die Ansicht, die Gebühr für die Einholung der Genehmigung könne wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß § 16 KostO nicht erhoben werden. Der Notar habe die Bet. nämlich darauf hinweisen müssen, dass die Gebühr nicht angefallen wäre, wenn die Gemeinde ohne Anforderung des Notars eine eigenständig gefasste Genehmigungserklärung an den Notar überreicht hätte. Der Notar sei verpflichtet gewesen, darauf hinzuweisen, dass diese kostenvermeidende eigenständige Übersendung der Genehmigungserklärung der Stadt in Betracht komme. Da eine solche Belehrung über eine kostengünstigere Möglichkeit nicht erfolgt sei, könne die für die Einholung der Genehmigung angefallene Gebühr nach § 147 Abs. 2

KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß § 16 KostO nicht erhoben werden.

Unter dem 5. 3. 2009 hat der Präsident des LG den Notar gemäß § 156 Abs. 6 KostO angewiesen, diesbezüglich die Entscheidung des LG herbeizuführen.

Unter dem 27. 3. 2009 hat der Notar die Entscheidung des LG gemäß § 156 Abs. 6 S. 1 KostO beantragt.

Aus den Gründen:

II. Der Antrag des Notars auf Entscheidung ist gemäß § 156 Abs. 6 S. 1 KostO zulässig.

In der Sache war die Kostenrechnung des Notars vom 3. 7. 2007 zu bestätigen, da der Notar die Gebühr für die Einholung der Genehmigung gemäß § 147 Abs. 2 KostO zu Recht angesetzt hat.

Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO bei Einholung der Genehmigung eines vollmachtlos Vertretenen

Grundsätzlich kann für die Einholung der Genehmigung eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO erhoben werden (vgl. OLG Köln RNotZ 2003, 528; LG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 5. 2007 – 25 T 2/06; Korintenberg/Bengel/Tiedke, Kostenordnung, 16. Aufl., § 147 Rn. 112).

Auch die Berechnung des Gegenstandes ist nicht zu beanstanden. Die Berechnung der Gebühr hat vorliegend auch nicht deshalb zu unterbleiben, weil eine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 16 KostO vorliegt.

Grundsätzlich Pflicht des Notars zur Belehrung über kostensparende Möglichkeit der Einholung der Genehmigungserklärung durch die Beteiligten selbst

Zwar ist der Notar grundsätzlich nicht nur zur richtigen, sondern auch zur kostensparenden und damit grundsätzlich zur kostengünstigsten Sachbehandlung verpflichtet. Stehen mehrere verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, so hat der Notar auf den billigen Weg hinzuweisen, wenn dieser eine für die Erreichung des gewollten Erfolgs angemessene und zumindest in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt. Deshalb ist der Notar grundsätzlich gehalten, die Bet. darauf hinzuweisen, dass die Einholung der Genehmigungskosten durch den Notar Mehrkosten verursacht, die vermeidbar sind, wenn seitens der Kommune auch eine kostenvermeidende Übersendung einer eigenständig gefassten Genehmigungserklärung an den jeweiligen Urkundsnotar erreicht werden kann (vgl. LG Düsseldorf, Beschluss vom 15. 5. 2007, 25 T 2/06).

Vorliegend unterscheidet sich der zu entscheidende Fall jedoch in einem wesentlichen Punkt von dem Sachverhalt in der oben aufgeführten Entscheidung. In dem dort zu entscheidenden Fall wurde die Stadt als Verkäuferin durch die Erwerber als vollmachtlose Vertreter vertreten. Es entsprach somit einer Vereinbarung der Stadt mit den Erwerbern, dass diese als vollmachtlose Vertreter für die Stadt auftreten, weshalb es nahelag, dass sich die Erwerber auch um die Einholung der erforderlichen Genehmigungen kümmern konnten und sollten.

Belehrungspflicht entfällt jedoch, wenn Vertretener aus sachlichen Gründen die Einholung der Genehmigung durch den Notar ausdrücklich wünscht

Davon abweichend hat im vorliegenden Fall der Notar jedoch darauf hingewiesen, dass die Stadt als Veräußerin gerade nicht durch die Erwerber vertreten wurde. Vielmehr entsprach es dem Willen und der ständigen Übung der Veräußerin, sich von einer Notariatsmitarbeiterin vertreten zu lassen. Dafür bestand nach den Ausführungen des Notars auch ein sachliches Bedürfnis, denn nach der ständigen Übung mit der Stadt M. konnten auf Wunsch der weiteren Vertragsbeteiligten aufgenommene Vertragsänderungen ohne eine vorherige erneute Abstimmung mit der Stadt M. beurkundet werden. Um diese vor dem Wirksamwerden des Vertrages überprüfen zu können, hatte die Stadt M. jedoch ausdrücklich gewünscht und verlangt, dass eine Anforderung der Genehmigung durch den Notar erfolgt, wobei dieser auf eventuelle Änderungen des Vertrages gegenüber dem ursprünglichen Entwurf ausdrücklich hinweist. Diese Verfahrensweise wäre nicht in gleicher Weise sichergestellt worden, wenn die erforderliche Genehmigung nicht durch den Notar angefordert worden wäre. Zwar hätte die Stadt M. auch ohne eine eigenständig gefasste Genehmigungserklärung einreichen können, etwa wenn sie durch die Erwerber oder sonstige Übersendung des Vertrages Kenntnis von diesem erlangt. Auf diese Weise wäre jedoch nicht in ausreichendem Maße sichergestellt, dass etwa erfolgte Vertragsänderungen zur Kenntnis der Stadt gelangen.

Nach Ansicht der Kammer stellt diese besondere Übung der Beurkundung einen ausreichenden sachlichen Grund dar, eine Einholung der Genehmigung durch den Notar zu vereinbaren.

Die durch die Einholung dieser Genehmigung entstehenden Gebühren sind daher keine objektiv überflüssigen Kosten, über deren Anfall der Notar gesondert belehren müsste. Vielmehr fallen diese Kosten an, um eine sachgerechte Vertragsdurchführung im Sinne der Bet. zu ermöglichen.

Nach alledem war die Kostenrechnung des Notars E. vom 3. 7. 2007 zu bestätigen.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das LG Düsseldorf geht entsprechend der herrschenden Auffassung (vgl. OLG Köln RNotZ 2003, 528, 529; Notarkasse A.d.ö.R., Streifzug durch die KostO, 7. Aufl.; Rn. 1659; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, 17. Aufl., § 147 Rn. 112; Lappe, DNotZ 1990, 326, 328, NotBZ 2007, 96;

a. A. OLG Hamm JurBüro 1987, 418; Wudy, NotBZ 2007, 381, 388) davon aus, dass für die Einholung von Genehmigungen unmittelbar am Vertrag Bet. (ohne Entwurf) eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO – und damit keine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 S. 1 KostO – anfällt, da durch die Genehmigung der Vertrag erst wirksam wird. Diese Auffassung wird grundsätzlich gestützt durch die Gesetzesbegründung (abgedruckt bei Rohs/Wedewer/Rohs, § 146 Rn. 1), wonach die Vollzugsgebühr eingeführt wurde, um den Notaren eine angemessene Vergütung für die Einholung von behördlichen Genehmigungen zu verschaffen, während die Einholung von Genehmigungen unmittelbar Bet. schon vorher nach der § 147 Abs. 2 KostO entsprechenden Vorschrift (§ 147 Abs. 1 a.F.) berechnet wurde (Filzek, 4. Aufl., § 146 Rn. 25). Allerdings ist zu beachten, dass die – in anderem Kontext – vom BGH (RNotZ 2007, 556, 557) vorgenommene Definition des Vollzugsbegriffs eine Einordnung der Tätigkeit unter § 146 Abs. 1 S. 1 KostO nahelegt (vgl. dazu Wudy, NotBZ 2007, 381, 390). Die Einholung von Vollmachtsbestätigungen wird ebenso § 147 Abs. 2 KostO zugeordnet (vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 147 Rn. 112; a. A. Wudy, NotBZ, 2007, 381, 389), während bei der Anforderung von Zustimmungserklärungen mittelbar Bet. (z. B. Verwalterzustimmung bei Verkauf eines Wohnungseigentumsrechtes) die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 S. 1 KostO zu erheben ist (Korintenberg/Bengel/Tiedtke, 17. Aufl., § 146 Rn. 23).

Der Notar muss die Beteiligten grundsätzlich über die entstehenden – und durch die Aspekte der Sicherheit und Schnelligkeit gerechtfertigten – Mehrkosten belehren, um sich nicht dem Vorwurf der unrichtigen Sachbehandlung i. S. v. § 16 KostO auszusetzen (OLG Köln RNotZ 2003, 528, 529; Korintenberg/Bengel-Tiedtke, 17. Aufl., § 147 Rn. 112 a). Etwas anderes gilt nur, wenn die andere Verfahrensweise – wie hier – aus sachlichen Gründen oder aufgrund der Gepflogenheiten eines Beteiligten gewählt wird. Zu Nachweiszwecken empfiehlt es sich, dass der Notar ausdrücklich mit der Einholung der Genehmigung und ggf. Entwurfserstellung beauftragt wird. Ob der allgemeine Auftrag, alle erforderlichen Genehmigungen, Negativbescheinigungen und sonstigen Erklärungen herbeizuführen, hierfür genügt, ist umstritten (bejahend LG Düsseldorf, s. o.; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, 17. Aufl., § 147 Rn. 112 b; verneinend OLG Köln RNotZ 2003, 528, 529). Die Fertigung des Entwurfs der Genehmigung ohne Auftrag und die bloße Entgegennahme der unaufgefordert übersandten Genehmigung (Pfälz. OLG Zweibrücken DNotZ 1993, 765) sind gebührenfrei.

CK