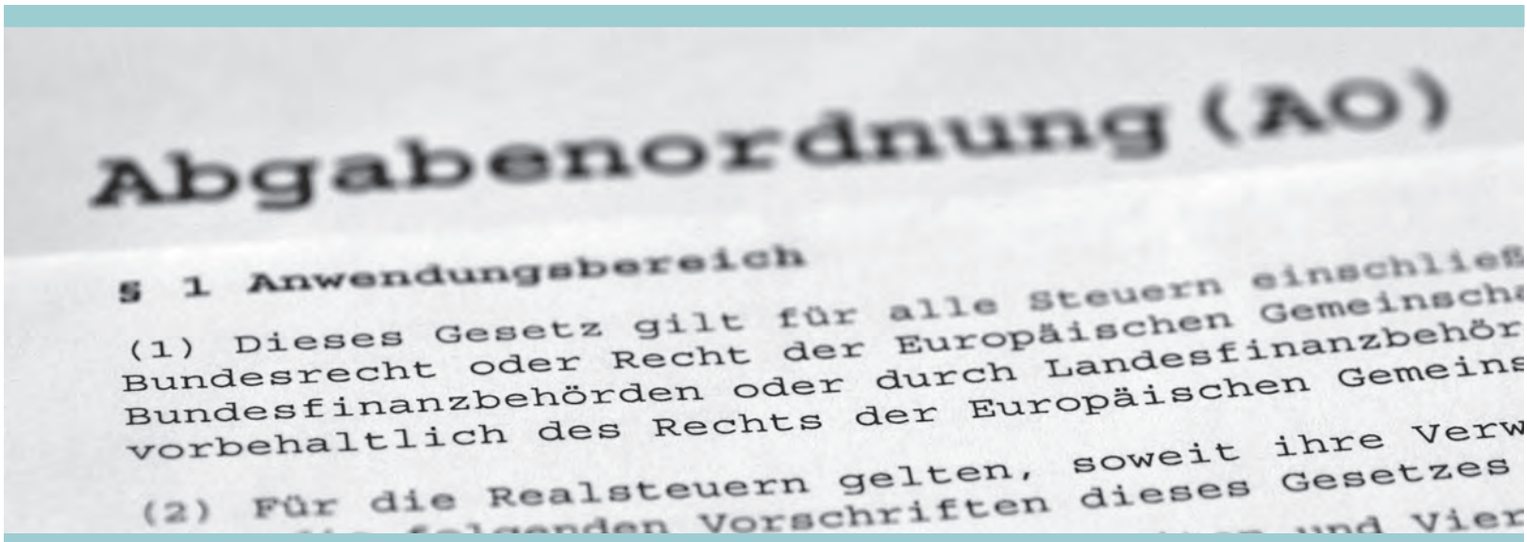
inhaltsverzeichnis

grußwort zum jahreswechsel	„Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ (*Dr. Oliver Vossius*)	*417*
inhalt		*418*
impressum		*456*
beitrag des monats	Betrieblicher Nießbrauch: Steuerliche Gefahrenquellen (*Dr. Sebastian Spiegelberger*)	*419*
rechtsprechung	BGH: Der lebensgefährliche Wohnungsberechtigte (mit Anmerkung von *Dr. Jens Jeep*)	*434*
	BGH: Vorkaufsrecht des Mieters bei Verkauf eines Grundstücks durch den Vermieter und beabsichtigter Realteilung durch den Erwerber (mit Anmerkung von *Udo Monreal*)	*435*
	OLG München: Pfändbarkeit des Zustimmungsrechts des Eigentümers bei Löschung einer Grundschuld (mit Anmerkung von *Lars-Henning Behrens, LL.M.*)	*437*
	BGH: Heilung eines formnichtigen Vertrages zur Übertragung des gesamten Vermögens (mit Anmerkung von *Sebastian Mensch, LL.M.*)	*438*
	BGH: Kein Ankaufsrecht zu den Bedingungen des SachenRBerG bei klassischem Überbau (mit Anmerkung von *Christian Biermann-Ratjen*)	*439*
	BGH: GbR als Verbraucher bei Beteiligung einer juristischen Person und einer natürlichen Person als Mitgesellschafter (mit Anmerkung von *Ulrich Spieker*)	*440*
	BGH: Anforderungen an eine ausreichend konkretisierte Patientenverfügung; Ermittlung des Patientenwillens (mit Anmerkung von *Karin Raude*)	*441*
	BGH: GmbH & Co. KG: Keine Befugnis der zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen persönlich haftenden Gesellschafterin einer Publikumsgesellschaft zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung (mit Anmerkung von *Mikolaj Pogorzelski, LL.M. (Harvard)*)	*443*
	BGH: GmbH: Keine Befugnis des zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers einer GmbH zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung (mit Anmerkung von *Mikolaj Pogorzelski, LL.M. (Harvard)*)	*445*
praxisforum	Zum Erbschaftsvertrag, insbesondere im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (*Dr. Peter Becker*)	*447*
rückblick	Fußballeuropameisterschaft der Notare 2017 (*Jan Mohr*)	*450*
nachrichten		*451*
literatur	Bernhard Schmid, Steuerfallen im Erbrecht, 1. Auflage 2017 (besprochen von *Dr. Jörg Ihle*)	*453*
	Reibold/Seebach/Dahlkamp, Praxis des Notariats, 12. Auflage 2016 (besprochen von *Dr. Vladimir Primaczenko*)	*454*
	Bös/Neie/Strangmüller/Jurkat (Hrsg.), Praxishandbuch für Notarfachangestellte, 3. Auflage 2017 (besprochen von *André Elsing*)	*455*



beitrag des monats

Sebastian Spiegelberger

Betrieblicher Nießbrauch: Steuerliche Gefahrenquellen

Der auf dem römischen Recht beruhende Nießbrauch stellt bei der Vorwegerbfolge häufig eine ideale Absicherung der Übergeber dar und erlebt im steuerlichen Privatvermögen eine Renaissance.

Seit der sogenannten Mai-Rechtsprechung des BFH aus dem Jahr 1980 verbleibt die AfA beim Übergeber; zudem mindert der Nießbrauch aufgrund der Erbschaftsteuerreform 2009 mit dem Wegfall des § 25 ErbStG die Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer, sodass sich die Eltern aufgrund der hohen Freibeträge im Zehnjahresturnus zunehmend zur vorweggenommenen Erbfolge entschließen.

Diese positive Betrachtung gilt nicht für betriebliche Strukturen. Aufgrund der Steuerrechtsprechung, insbesondere des X. BFH-Senats, führt der Vorbehaltsnießbrauch zu Gunsten des Übergebers zur Aufdeckung aller stillen Reserven; bei Personengesellschaften muss bei der Stimmrechtsverteilung darauf geachtet werden, dass sowohl der Übergeber als auch der Erwerber einkommensteuerlich als Mitunternehmer zu beurteilen sind, so dass sich das Steuerrecht als Haftungsfalle entpuppt.

In den vergangenen Jahrzehnten ist dem Nießbrauch bei der vorweggenommenen Erbfolge eine besondere Bedeutung zugewachsen. Dies beginnt mit zwei Nießbrauchurteilen des BFH,[1] wonach bei der unentgeltlichen Immobilienübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der Übergeber weiterhin die Abschreibungen wahrnehmen darf, da er oder sein Rechtsvorgänger die Anschaffungskosten getragen haben. Mit dem Wegfall des § 25 ErbStG durch die Erbschaftsteuerreform 2009 führt der Vorbehaltsnießbrauch als zurückbehaltenes Nutzungsrecht zu einer Minderung der Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer. Ein Zuwendungsnießbrauch ermöglicht die Verlagerung einer Einkunftsquelle ohne Substanzübertragung. Für Nießbrauchgestaltungen im Bereich des steuerlichen Privatvermögens sind große Anreize entstanden.

Bei betrieblichen Strukturen ist der Vorbehaltsnießbrauch aufgrund der neuesten Rechtsprechung des X. BFH-Senats eine Haftungsfalle. Sofern sich der Übergeber eines Einzelunternehmens den Nießbrauch vorbehält oder bei einer Betriebsaufspaltung der Übergeber ein Nießbrauchsrecht erhält, führt dies zum Supergau der Vertragsgestaltung, nämlich zur Realisierung aller stillen Reserven mit potentiell existenzvernichtender Auswirkung, zumal auch die erbschaftsteuerliche Vergünstigung der §§ 13a und 13b ErbStG entfällt. Der Nießbrauch als automatisches Fallbeil der Gewinnrealisierung ist eine neue Dimension der Steuerrechtsprechung.

A. Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch bei Einzelunternehmen

Beispiel:
Grundstückseigentümer E, der auf seinem Grundstück eine Gaststätte betreibt und die in dem Gebäude befindlichen Wohnungen und Büroräume vermietet, überlässt zu notarieller Urkunde das Grundstück ohne Vereinbarung eines Entgelts seinem Sohn S. Der Ehefrau M des Übergebers wurde ein „uneingeschränktes, rechnungsfreies Nießbrauchsrecht" eingeräumt. Nach dem Tod des E vereinbaren M und S die Auflassung. In einer Außenprüfung vertrat die Prüferin die Auffassung, dass ein Entnahmegewinn in Höhe von 1.075.500 € entstanden sei.[2]

I. Rechtsnatur des Einzelunternehmens

Die Rechtsnatur des Unternehmens, somit auch des Einzelunternehmens, ist im Gesetz nicht definiert. *Enneccerus-Nipperdey*[3] bezeichnet als Unternehmen die Summe von Rechten, tatsächlichen Verhältnissen und Erfahrungen (Chancen, *good will*), die durch ein Rechtssubjekt (Unternehmer) allein oder mit seinen

[1] BFH, Urt. v. 13.5.1980, BStBl 1981, 295 und BFH, Urt. v. 27.7.1982, BStBl 1983 II 6.

[2] Vereinfacht nach BFH, Urt. v. 25.1.2017 – X R 59/14, DATEV Dok.Nr. 0950269.

[3] *Enneccus-Nipperdey*, Allg. Teil § 133 I, S. 850.

Mitarbeitern durch ihre einheitliche Zweckbestimmung zu einer organisatorischen Einheit verbunden sind.

Die Übertragung eines Einzelunternehmens erfolgt nach herrschender Meinung nicht als einheitlicher Rechtsakt. Auch die Nießbrauchsbestellung kann aufgrund des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips gem. § 1085 BGB nur in der Weise erfolgen, dass der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu den Unternehmen gehörenden Gegenständen erlangt, somit an Grundstücken gem. § 873 BGB und an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe gem. § 1030 BGB und an Rechten, z. B. an Forderungen, gem. § 1068 BGB nach den Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen in entsprechender Anwendung. Bei der Ausübung des Nutzungsrechts hat der Nießbraucher gem. § 1036 Abs. 2 BGB die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren. Die übergreifende Zweckbindung der Unternehmensbestandteile ist in den dinglichen Begründungsakt der einzelnen Nutzungsrechte hineinzulegen.[4]

Ergebnis dieser Rechtsakte ist ein einheitliches dingliches Nutzungsrecht am Unternehmen.[5]

Wird ein Handelsgeschäft – damit auch ein Einzelunternehmen – aufgrund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, kann der Name des bisherigen Geschäftsinhabers mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt und gem. § 22 Abs. 2 HGB im Handelsregister eingetragen bleiben. Der Nießbraucher wird als Kaufmann und damit als „*Unternehmensträger*“ anerkannt. Der Unternehmensnießbrauch ist als eine „*verdinglichte*“ Form der Unternehmenspacht anzusehen und wie diese zu beurteilen.[6]

Neben dem bisherigen Unternehmen, dessen Betrieb nur unterbrochen aber nicht aufgegeben wird, entsteht ein **weiteres selbständiges Unternehmen**, nämlich der vom Nießbraucher geführte Gewerbebetrieb, der das Anlagevermögen aufgrund des Nießbrauchsrechts nutzt. Da sich zwei Unternehmen gegenseitig zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich der Fortführung des Unternehmens verpflichten, kann die ähnliche Interessenlage die Heranziehung einzelner Vorschriften der §§ 705 ff. BGB rechtfertigen (siehe auch unten A. II. 3. e)), auch wenn keine GbR gem. § 705 BGB entsteht.[7]

II. Besteuerung des Vorbehaltsnießbrauchs

1. Bisherige Besteuerung

Das Einzelunternehmen wird auf den Nachfolger übertragen, wobei sich der bisherige Inhaber das Nießbrauchsrecht vorbehält und somit wie bisher betrieblich tätig bleibt. Die Finanzverwaltung nimmt bisher an, dass bei dieser Gestaltung keine Entnahme stattfindet[8] und wendet die entgegenstehende Entscheidung des BFH vom 2.9.1992[9] nicht an. Ertragsteuerlich entspricht die Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs an einem Einzelunternehmen ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach einer Betriebsverpachtung im Ganzen.

Die Variante des Vorbehaltsnießbrauchs ist steuerrechtlich als Rückverpachtung des Betriebs nach der Übergabe zu beurteilen. Der ablehnenden Entscheidung des BFH vom 2.9.1992 (XI. Senat)[10] hat *Gosch*[11] zu Recht entgegengehalten, dass diese bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft weit verbreitete Gestaltung auch bei Gewerbebetrieben möglich sei.

Nach der Entscheidung des BFH vom 4.11.1982[12] stellt die Bestellung eines Unternehmensnießbrauchs in analoger Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG (früher § 7 Abs. 1 EStDV) keine Entnahme dar.

Allerdings verlangt die Finanzverwaltung eine verbindliche Erklärung der Beteiligten, dass sie übereinstimmend von einer unentgeltlichen Betriebsübertragung ausgehen und deshalb gem. § 163 S. 2 AO einem Aufschub der Versteuerung aller stillen Reserven des gewerblichen Betriebs bis zur Realisierung durch Aufgabe des Betriebs zustimmen.[13]

Die vom Großen Senat des BFH[14] im Jahr 1963 im Rahmen der Verpachtung eines Gewerbebetriebes gefundene Rechtsfigur der vorübergehenden Betriebsunterbrechung ist im BFH-Urteil vom 25.1.2017 (siehe nachfolgend 3.) besonders anschaulich verwirklicht. Der Betrieb wird nicht aufgegeben, sondern fortgeführt. Aufgrund der unentgeltlichen Übertragung ist der Sohn der neue Betriebsinhaber, der im Anschluss an den unentgeltlichen Erwerb – wie ein Verpächter – der bisherigen Betriebsinhaberin, der Mutter, als Nießbraucherin den Betrieb zur Nutzung überlässt, bis sich die Mutter bei Beendigung des Nießbrauchs endgültig aus der betrieblichen Tätigkeit zurückzieht. Die gewählte Gestaltung ist eine Variante der gleitenden vorweggenommenen Erbfolge, wie diese von Landwirten bei der sogenannten „*Rheinischen Betriebsübergabe*“ seit Langem praktiziert wird (vgl. unten IV.).

2. FG Münster

Das FG Münster hat mit Urteil vom 18.9.2014[15] entschieden, dass im Fall einer unentgeltlichen Übertragung eines verpachteten Betriebs unter Vorbehalt eines Nießbrauchs eine Fortführung des Buchwerts nach § 6 Abs. 3 EStG nicht möglich sei und alle im Betrieb ruhenden stillen Reserven aufzudecken und im Rahmen einer tarifbegünstigten Betriebsaufgabe gem. § 16 Abs. 3 EStG zu versteuern seien. In der Revisionsentscheidung des BFH (dazu sogleich unter 3.) wird sogar die vom FG Münster gewährte Tarifbegünstigung lediglich wegen des Verböserungsverbots nicht in Frage gestellt.

3. BFH

Der Leitsatz des BFH, Urteil vom 25.1.2017 – X R 59/14 lautet:

> *1. Die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG setzt voraus, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt. Daran fehlt es, wenn die einzige wesentliche Betriebsgrundlage aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs vom bisherigen Betriebsinhaber weiterhin gewerblich genutzt wird (Bestätigung der BFH-Urteile vom 2. September 1992 X R 26/91, BFH/NV 1993, 161 und vom 12. Juni 1996 XI R 56, 57/95, BFHE 180, 436, BStBl II 1996, 527; in Abgrenzung zur Rechtsprechung zur Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, vgl. BFH-Urteile vom 26. Februar 1987 IV R 325/84, BFHE 150, 321, BStBl II 1987, 772 und vom 7. April 2016 IV R 38/13, BFHE 253, 390, BStBl II 2016, 765).*

[4] Vgl. *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 101.
[5] Vgl. Staudinger/*Promberger*, 12. Aufl., Anh. zu §§ 1068, 1069 BGB Rn 25 ff.
[6] Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. 2002, S. 1822.
[7] Vgl. BGH LM § 723 Nr. 6; Palandt/*Sprau*, § 705 BGB Rn 9.
[8] Vgl. *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, § 4 Rn 20.
[9] BFH/NV 1993, 161.
[10] BFH/NV 1993, 161.
[11] StBp 1993, 20.
[12] BStBl 1981 II 396.
[13] H 16 (6) „Nießbrauch“ EStH in der früheren Fassung; *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn 20 f.
[14] BFH, Urt. v. 13.11.1963 – Gr. S. 1/63 S, BStBl III 1964, S. 124.
[15] EFG 2014, 2133; DStRE 2015, 1095.

2. Es ist insoweit unerheblich, ob ein aktiv betriebener oder ein verpachteter Betrieb unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen wird. (amtliche Leitsätze)

Im KÖSDI Newsletter Nr. 12/2017 vom 15.6.2017 wird dieser BFH-Entscheidung zu Recht eine „*verheerende Wirkung*" zugemessen, zumal auch die Steuerverschonung nach §§ 13a und 13b ErbStG entfällt. Die Revisionskläger haben die Revisionsentscheidung beim BVerfG und beim EuGH angefochten.

Dem X. BFH-Senat kann nicht gefolgt werden. Die oben zu 1. dargelegte bisherige Praxis der Finanzverwaltung wird in den Entscheidungsgründen nicht einmal erwähnt. Die behauptete Fortsetzung der BFH-Rechtsprechung durch Berufung auf das BFH-Urteil vom 2.9.1992[16] ist irreführend. Diese BFH-Entscheidung wurde nur in BFH-NV 1993, 161 und niemals im Bundessteuerblatt veröffentlicht, so dass eine Bindung der Finanzverwaltung weder bestand noch praktiziert wurde. Die weitere Berufung auf das Urteil vom 12.6.1996[17] betrifft gerade nicht die unentgeltliche Betriebsübertragung gem. § 6 Abs. 3 EStG, sondern die entgeltliche Veräußerung und die Aufgabe eines Gewerbebetriebes gem. § 16 Abs. 1 und Abs. 3 EStG um in Verbindung mit § 34 Abs. 3 EStG einen ermäßigten Steuersatz geltend machen zu können.

a) Restriktive Einschränkung des § 6 Abs. 3 EStG

Der BFH schränkt durch Auslegung den Wortlaut des § 6 Abs. 3 EStG mit der Anordnung der Buchwertfortführung dahingehend ein, dass der Übergeber seine Tätigkeit im vollen Umfang aufgeben müsse, da § 6 Abs. 3 EStG nicht nur gegenstandsbezogen, sondern auch tätigkeitsbezogen auszulegen sei. Im Endergebnis gelte für § 6 Abs. 3 EStG auch § 16 Abs. 1 EStG entsprechend.

Diese Gleichsetzung ist unzutreffend, da § 6 Abs. 3 EStG die unentgeltliche Betriebsfortführung regelt, während § 16 Abs. 1 EStG die Betriebsbeendigung unter Aufdeckung aller stillen Reserven betrifft. Auch *Kulosa*, Mitglied des X. Senats, räumt ein,[18] dass die neue Rechtsprechung des IV. Senats (dazu sogleich b)) dazu führt, dass die Begriffe „Betrieb" und „Mitunternehmeranteil" in § 6 Abs. 3 EStG einerseits und in § 16 EStG andererseits nicht mehr einheitlich ausgelegt werden können.[19]

b) Sonderrecht der vorweggenommenen Erbfolge

Der IV. Senat[20] hat darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung zu § 16 EStG i. V. m. § 34 EStG nicht auf die vorweggenommene Erbfolge gem. § 6 Abs. 3 EStG übertragen werden kann. Die Steuerermäßigung gem. § 34 Abs. 3 EStG kann bei einer Betriebsveräußerung gem. § 16 Abs. 1 EStG und bei der Betriebsaufgabe gem. § 16 Abs. 3 EStG gewährt werden, da die – oft in langen Jahren angesammelten – stillen Reserven in einem Akt der Besteuerung unterliegen, was zu einer erhöhten Steuerbelastung führen würde. Darüber hinaus ist die mit der Vollendung des 55. Lebensjahres oder der Berufsunfähigkeit verbundene Steuerermäßigung eine Vergünstigung, um die Altersversorgung des bisherigen Betriebsinhabers nicht zu gefährden. Dass somit die mit dem veräußerten Betriebsvermögen verbundene Tätigkeit beendet werden und eine tätigkeitsbezogene Auslegung des § 16 Abs. 1 und 3 EStG stattfinden muss, leuchtet ein.

c) Unentgeltliche Übertragungen

Die vorweggenommene Erbfolge gem. § 6 Abs. 3 EStG mit der vom Gesetz bindend vorgeschriebenen Buchwertfortführung setzt einerseits die unentgeltliche Übertragung voraus, erlaubt aber andererseits die Sicherstellung des bisherigen Betriebsinhabers durch eine Versorgungsrente oder dauernde Last[21] mit dem Sonderausgabenabzug des Übernehmers gem. § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG sowie mit der Schuldübernahme aller betrieblicher Verbindlichkeiten und stellt somit ein Sonderrecht dar.[22] Die gesetzliche Regelung will den unentgeltlichen Betriebsübergang, insbesondere in der Generationennachfolge, was aber nicht Voraussetzung ist, von steuerlichen Belastungen verschonen; insoweit dient sie zugleich der Verwirklichung des durch Art. 14 GG geschützten Erbrechts.[23] § 6 Abs. 3 EStG lässt abweichend vom Grundsatz der Individualbesteuerung im Interesse der Erhaltung der wirtschaftlichen Einheit eine interpersonelle Übertragung aller stillen Reserven auf andere Steuerpflichtige zu.[24]

Aufgrund der generationenübergreifend praktizierten betrieblichen Nachfolge in Deutschland – 43,8 % der Betriebe werden an Familienangehörige übergeben – kann, insbesondere bei der gleitenden Erbfolge, der Übergeber weiterhin mitarbeiten, ohne dadurch die Versorgungsrente zu verlieren oder die Buchwertfortführung in Frage zu stellen. Da der Vorbehaltsnießbrauch keine Gegenleistung darstellt,[25] ist auch der Grundsatz der Unentgeltlichkeit bei Vorbehalt des Nießbrauchs erfüllt. Weitere – einengende – Tatbestandsmerkmale enthält § 6 Abs. 3 EStG nicht.

Der BFH wendet sich somit gegen die wohl in der Steuerliteratur herrschende Meinung, wonach die unentgeltliche Übertragung eines Betriebs unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs steuerneutral möglich ist.[26]

d) Steueränderung durch das UntStFG 2001

Die tätigkeitsbezogene Auslegung des § 6 Abs. 3 S. 1 EStG (früher § 7 Abs. 1 EStDV) kann nicht auf frühere BFH-Entscheidungen gestützt werden, da ab dem Veranlagungszeitraum 2001 eine entscheidende Rechtsänderung eingetreten ist. Durch das *Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts* vom 20.12.2001[27] wurde in § 6 Abs. 3 EStG ein Satz 2 eingefügt, wonach eine tätigkeitsbezogene Interpretation des § 6 Abs. 3 EStG ausscheidet. Gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 EStG findet § 6 Abs. 3 S. 1 EStG auch Anwendung, wenn der bisherige Betriebsinhaber als wesentliche Betriebsgrundlage zu qualifizierende Wirtschaftsgüter nicht überträgt, sondern im Rahmen einer Mitunternehmerschaft weiterhin für den Betrieb tätig wird.[28] Gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 HS 2 Alt. 1 EStG kann eine natürliche Person in ein Einzelunternehmen aufgenommen werden, sodass eine zweigliedrige Mitunternehmerschaft entsteht.[29] Da der Übertragende sogar wesentliche Betriebsgrundlagen

[16] BFH, Urt. v. 2.9.1992 – XI R 26/91.

[17] BFH, Urt. v. 12.6.1996 – XI R 56, 57/95, BStBl 1996 II 527.

[18] Vgl. Schmidt/*Kulosa*, § 6 Rn 650 a. E.; kritisch auch *Gluth*, EStG 2017, 403; *Hübner/Friz*, DStR 2017, 2353.

[19] Ebenso *Brandenberg*, DB 2013, 17, 19.

[20] DStR 2012, 2118, 2124.

[21] Vgl. BFH Gr.S., Beschl. v. 12.5.2003 – GrS 2/00, BStBl 2004 II 100.

[22] Vgl. *Fischer*, Wiederkehrende Bezüge, 1994, Rn 110.

[23] Vgl. *Wendt*, FR 2005, 468, 472.

[24] Vgl. BFH GrS 2/04, BStBl 2008 II 608 unter D III 6 a. b. b.

[25] Vgl. BFH BStBl 1981 II 396.

[26] So Korn/*Strahl*, § 6 EStG Rn 474.3.2 und Rn 474.0; *Gosch*, Anmerkung zu BFH, Urt. v. 2.9.1992 – XI R 26/91, StBP 1993, 20; *Tiedtke/Wälzholz*, DStR 1999, 217; *Geck/Messner*, ZEV 2015, 91; Littmann/Bitz/Pust/*Hörger/Rapp*, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 16 Rn 41; im Ergebnis wohl ebenso Littmann/Bitz/Pust/*Hoffmann*, Rn 1023 und Herrmann/Heuer/Raupach/*Gratz/Uhl-Ludäscher*, § 6 EStG Rn 1251; für einen Ertragsnießbrauch die steuerneutrale unentgeltliche Übertragung bejahend *El Mourabit*, ZEV 2016, 14.

[27] Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) v. 20.12.2001, BGBl I 2001, 3858.

[28] Vgl. Blümich/*Ehmcke*, EStG, Stand: August 2014, § 6 Rn 1245.

[29] Vgl. Schmidt/*Kulosa*, § 6 EStG Rn 660.

als Sonderbetriebsvermögen zurückbehalten darf, ohne die Buchwertfortführung zu gefährden, muss auch die Zurückbehaltung eines Nießbrauchs unter Buchwertfortführung möglich sein. Wenn der Aufgenommene keine Einlage erbringt, ist die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG zwingend.[30] Die weitere Mitwirkung des bisherigen Einzelunternehmers führt nicht zum Wegfall der Buchwertfortführung. Deutsche Familienunternehmen werden häufig auf die Kinder übertragen, wobei die Eltern weiterhin im Unternehmen mitarbeiten, vielfach auch mitunternehmerisch im Rahmen einer Personengesellschaft gem. § 6 Abs. 3 EStG i. V. m. § 24 UmwStG. Nach dem BFH[31] erfolgt die Buchwertfortführung unabhängig davon, ob der Übergabevertrag zivilrechtlich eine gemischte oder eine Auflagenschenkung ist; weder die Versorgungsrente noch der vorbehaltene Nießbrauch stellen eine die Buchwertfortführung gefährdende Leistung dar.[32]

e) Innengesellschaft

Wedemann[33] kommt in einem unter Einbeziehung des französischen Rechts rechtsvergleichenden Beitrag – ohne steuerrechtliche Erörterungen – zu dem Ergebnis, dass dem Nießbraucher aufgrund seiner dinglichen Berechtigung zahlreiche zentrale Gesellschafterrechte zuwachsen, insbesondere Stimm- und Verwaltungsrechte. Meines Erachtens entsteht durch die Nießbrauchsbestellung an einem Gesellschaftsanteil eine Innengesellschaft gem. § 705 BGB, da der Nießbraucher verpflichtet ist, die bisherige Zweckbestimmung aufrechtzuerhalten, also den Unternehmenszweck gemeinsam mit dem Eigentümer der wesentlichen Betriebsgrundlagen zu gewährleisten. Das Bayerische Oberste Landesgericht[34] hat bei der Bestellung eines unternehmerischen Quotennießbrauchs an einem Einzelunternehmen entschieden, dass dies nach den Grundsätzen einer offenen Handelsgesellschaft zu beurteilen sei.

Schön[35] empfiehlt wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten eine Vergemeinschaftung des Stimmrechts, wonach Nießbrauchbesteller und Nießbraucher das Stimmrecht gemeinsam ausüben. Sieht man, wie dargelegt, Nießbrauch und Nießbrauchsbesteller als Gesellschafter einer Innengesellschaft gem. § 705 BGB, steht gem. § 709 Abs. 1 BGB die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Auch unter diesem Blickwinkel wird der Betrieb nicht beendet, sondern fortgeführt. Nach *K. Schmidt*[36] kann ein Unternehmer Einzelunternehmer bleiben, auch wenn sich ein Dritter mit einer Einlage an seinem Unternehmen und am Gewinn beteiligt (dann Innengesellschaft). In dem Urteil des X. BFH-Senats stellt der vorbehaltene Nießbrauch die Einlage dar, deren Einlagefähigkeit unbestritten ist. Kennzeichnend für die Innengesellschaft ist, dass eine gemeinsame Vertretung fehlt und dass die Geschäfte im Namen eines Gesellschafters geschlossen werden, der allerdings intern auf Rechnung aller Gesellschafter handelt.[37]

f) Buchwertfortführung wie bei § 24 Abs. 2 S. 2 UmwStG

Bei Einzelunternehmen kann die Buchwertfortführung nicht nur durch § 6 Abs. 3 S. 1 HS 1 EStG, sondern – wie bei der Errichtung von Personengesellschaften gem. § 24 Abs. 2 S. 2 UmwStG – durch § 6 Abs. 3 S. 1 HS 2 Alt. 1 EStG erreicht werden. Ein Nießbrauch als dingliches Nutzungsrecht, der nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auszuüben ist, stellt eine taugliche Einlage dar.[38] Der Nießbraucher hat die Zweckbestimmung des Unternehmens als ordentlicher Kaufmann zu verfolgen. Selbst wenn keine GbR entstünde, kann die ähnliche Interessenlage die Anwendung von Vorschriften der §§ 705 ff. BGB rechtfertigen.[39]

g) Diskrepanz zur Betriebsverpachtungsrechtsprechung

Die Auffassung des X. Senats des BFH stellt im Ergebnis eine Abkehr von der Entscheidung des Großen BFH-Senats[40] zur Buchwertfortführung bei der Betriebsverpachtung dar. Die Betriebsverpachtung beinhaltet nach Auffassung des Großen BFH-Senats nur eine Unterbrechung der Betriebsführung, aber keine endgültige Betriebsaufgabe. Nach Beendigung der Betriebsverpachtung kann die betriebliche Tätigkeit fortgeführt werden, es sei denn, dass eine so umfangreiche Änderung in den wesentlichen Betriebsgrundlagen eingetreten ist, dass faktisch eine Betriebsfortführung ausgeschlossen ist. Der Nießbrauch als die dingliche Variante der Betriebsverpachtung ist somit keine Betriebsbeendigung.

h) Ausblick

Die Revisionskläger haben gegen das Urteil Rechtsmittel beim BVerfG und beim EuGH eingelegt. Zunächst ist abzuwarten, ob die Finanzverwaltung die BFH-Entscheidung vom 25.1.2017 im Bundessteuerblatt veröffentlicht; sollte dies geschehen, sollte die Finanzverwaltung aus Gründen des Vertrauensschutzes diese Entscheidung allenfalls für künftige Fälle anwenden.

PRAXISTIPP

Übertragung gegen Versorgungsrente oder dauernde Last:
In der Vertragspraxis empfiehlt es sich, die vorweggenommene Erbfolge nur noch in der Weise durchzuführen, dass der nachrückenden Generation das Einzelunternehmen oder ein Mitunternehmeranteil übertragen wird und der Übergeber eine Versorgungsrente oder dauernde Last mit Sonderausgabenabzug gem. § 10 Abs. 1a Nr. 2a EStG erhält.

III. Nießbrauch an Betriebsgrundstücken: Nutzungs- oder Substanzentnahme?

Beispiel:
Steuerberater S entwirft einen Hofübergabevertrag, der einen Vorbehaltsnießbrauch an einem zum landwirtschaftlichen Betriebsvermögen zählenden Mietwohngrundstück vorsieht. Bei der Beurkundung entsteht Streit mit den weichenden Erben und auf deren Vorschlag hin verbleibt das streitige Mietwohngrundstück im Eigentum des Übergebers, im Übrigen aber wird die Hofübergabe durchgeführt.

Die BGH-Haftungsentscheidung vom 22.5.2003 enthält folgenden Leitsatz.[41]

> *Ist dem Notar bekannt, dass der Entwurf, den er der Beurkundung eines Hofübergabevertrages zugrunde legen soll, von einem Steuerberater stammt, kann er, wenn einer der Beteiligten eine Änderung des Vertrags anregt, gehalten sein, den Beteiligten zu empfehlen, dass sie die Tragweite der Änderung durch den Steuerberater überprüfen lassen, bevor der Vertrag in der geänderten Form beurkundet wird. (amtlicher Leitsatz)*

[30] Vgl. Schmidt/*Kulosa*, § 6 EStG Rn 661.
[31] GrS 4 – 6/89, BStBl 1990 II 847 und GrS 1/90, BStBl 1992 II 78.
[32] Vgl. Schmidt/*Wacker*, EStG, 36. Aufl. 2017, § 16 Rn 45.
[33] ZGR 2016, 798–883.
[34] BayObLG DNotZ 1974, 243.
[35] StbJB 1996/97, 55.
[36] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2 a, S. 1696.
[37] Vgl. BGH NJW 1960, 1851; ebenso *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2, S. 1289.
[38] Vgl. *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 204.
[39] Vgl. BGH LM § 723 Nr. 6 BGB.
[40] BStBl 1964 III, 124.
[41] BGH DStRE 2003, 1123 = DNotZ 2003, 845.

Mietwohngrundstücke eines Landwirts können zum sog. geduldeten landwirtschaftlichen Betriebsvermögen zählen, wenn die Mieteinnahmen die sonstigen Einkünfte aus der Land- und Forstwirtschaft nicht übersteigen und die der Vermietung dienende Hoffläche nicht mehr als 50 % beträgt.[42]

Der BGH[43] differenziert bei einem Vorbehaltsnießbrauch an einem Betriebsgrundstück zwischen einer Nutzungs- und einer Substanzentnahme. Bei einem bereits im Pensionsalter befindlichen Übergeber sei die entgangene Nutzung für den Betrieb nicht langfristig. Nach Auffassung des BGH hätte im Eingangsbeispiel der Vorschlag des Steuerberaters lediglich zur Entnahme der Nutzungen aus dem Betriebsvermögen geführt, während die vom Notar durchgeführte Beurkundung eine Entnahme des Betriebsgrundstücks darstellt.

Der BGH hat den Notar und den Steuerberater zum Schadensersatz hinsichtlich der entstandenen Einkommensteuer verurteilt und das OLG angewiesen, den Haftungsanteil der beiden Berater zu ermitteln.

PRAXISTIPP

Notar und Steuerberater:
Die in der Literatur[44] immer schon empfohlene Zusammenarbeit von Notar und Steuerberater bei der Vertragsgestaltung hat seit dieser Entscheidung eine haftungsrechtliche Dimension. Wenn der Notar erkennt, dass die Beteiligten eine steuerrechtliche Konzeption verfolgen und der Notar eine zivilrechtliche Regelung beurkundet, die zu anderen steuerlichen Konsequenzen führt, muss der Notar den Beteiligten vor der Beurkundung Gelegenheit geben, neuen Steuerrat einzuholen und eine einvernehmliche Regelung zu finden; andernfalls riskiert der Notar die Steuerhaftung für die errichtete Urkunde.

Dies gilt auch bei bereits begonnenen Beurkundungen. Der Notar muss die Beurkundung unterbrechen, wenn er von dem Entwurf eines Steuerberaters abweichen will. Sofern der Notar die Beurkundung nicht unterbricht, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, neuen Steuerrat einzuholen, haftet der Notar für die durch die Abweichung von dem Vertragsentwurf entstehenden Steuern.

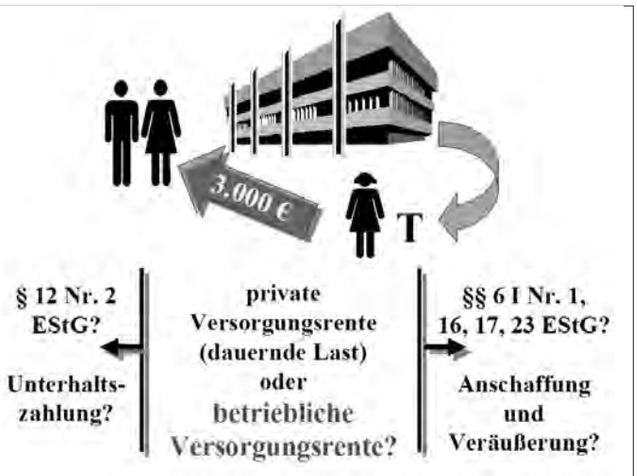
IV. Landwirtschaftliche Betriebe

In der (unter A. II. 2.) zitierten Entscheidung des FG Münster vom 18.9.2014[45] nimmt das Finanzgericht auch zu land- und forstwirtschaftlichen Betrieben Stellung. Der IV. Senat habe in den Urteilen vom 28.3.1985[46] und vom 24.7.1986[47] festgestellt, dass bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben im Unterschied zu Gewerbebetrieben die Einstellung oder Beendigung der land- und forstwirtschaftlichen Betätigung durch den Veräußerer kein Kriterium für das Vorliegen einer Betriebsveräußerung bzw. eines unentgeltlichen Betriebsüberganges sei.

Der X. BFH Senat stimmt in seiner Entscheidung vom 25.1.2017 (siehe oben II. 3.) in Rn 49 ff. der Rechtsprechung des FG Münster zu und betont, dass nach der Zwecksetzung der §§ 14, 16 EStG die Veräußerung des gesamten Betriebsvermögens eines forst- und landwirtschaftlichen Betriebs und die damit verbundene geballte Realisierung der stillen Reserven die Gewährung der Tarifvergünstigung des § 34 EStG ohne Rücksicht darauf rechtfertige, ob der Veräußernde die land- und forstwirtschaftliche Betätigung als Pächter fortsetze oder nicht.

Auch wenn die Finanzverwaltung dem Urteil des X. BFH-Senats vom 25.1.2017 folgt und diese Entscheidung im Bundessteuerblatt veröffentlicht, kann die sog. *„Rheinische Übergabe"* mit der Übertragung des Hofes unter Vorbehaltsnießbrauch und anschließender Verpachtung an den Hofübernehmer weiterhin praktiziert werden.

V. Betriebsübertragung mit Versorgungsrente



Unterschiedliche Beurteilung von Rentenzahlungen

1. Leibrente oder dauernde Last?

Die Leibrente ist in den §§ 759 bis 761 BGB nur lückenhaft geregelt. Nach der Rechtsprechung des BGH[48] ist eine Leibrente

- ein einheitliches, auf einem Stammrecht beruhendes nutzbares Recht,
  - das unabhängig losgelöst von sonstigen Beziehungen und Verhältnissen der Beteiligten,
  - dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen eingeräumt ist,
  - dessen Erträge aus fortlaufend wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen
  - als Entgelt oder anderen vertretbaren Sachen besteht.

Der Begriff der *„dauernden Last"* war früher in § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG geregelt. Soweit keine gleichmäßigen Leistungen vereinbart werden, sondern die Zahlungspflicht von Umsatz, Gewinn oder wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten abhängig ist,[49] im Übrigen aber der Charakter einer Leibrente gegeben wäre, handelt es sich um sonstige wiederkehrende Bezüge in der Form einer dauernden Last. Obwohl der Steuergesetzgeber die Differenzierung zwischen Leibrenten und dauernden Lasten aufgrund des Steuerreformgesetzes 2008 aufgegeben hat und in § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG nur noch von *„Versorgungsleistungen"* spricht, bleibt der Begriff der dauernden Last in jedem Fall für das Zivilrecht von Bedeutung.[50] Bei der vorweggenommenen Erbfolge, also der Vermögensübertragung auf die nächste Generation, bei der gem. §§ 1601 und 1603 BGB eine gegenseitige Unterhaltspflicht besteht, ist die Anknüpfung der wiederkehrenden Zahlungen an die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten in entsprechender Anwendung des § 323a ZPO grundsätzlich zu

[42] Vgl. *Spiegelberger/Spindler/Wälzholz*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 2008, S. 131.
[43] BGH DStRE 2003, 1123.
[44] Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Spiegelberger*, 6. Aufl. 2015, E Rn 96.
[45] DStRE 2015, 1095.
[46] BStBl 1985 II, 508.
[47] BStBl 1986 II, 808.
[48] WM 1980, 594.
[49] Vgl. BFH BStBl 1965 III, 166.
[50] Vgl. *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn 74.

bevorzugen. Bei wesentlichen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, z. B. Arbeitslosigkeit, Vermögensverfall, langjähriger Krankheit oder Invalidität, erscheint eine Leistungsanpassung erforderlich.

2. Sicherung des Übergebers durch Versorgungsleistungen

Übertragen Eltern Vermögensteile auf ihre Kinder, z. B. einen Betrieb oder Gesellschaftsanteile, ohne dass dabei Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen werden, spricht nach ständiger Rechtsprechung des BFH[51] eine nur in Ausnahmefällen zu widerlegende Vermutung für den familiären Charakter der Vermögensübertragung und damit für die außerbetriebliche Natur der im Zusammenhang mit dieser Übertragung zugesagten Leistung der Kinder an ihre Eltern. Liegt der Übertragung kein Kaufvertrag zu Grunde, sondern steht die Versorgung des Zahlungsempfängers im Vordergrund und sind die wiederkehrenden Leistungen aus dem Ertrag des übergebenen Vermögens finanzierbar, handelt es sich um **kein Anschaffungsgeschäft** des Erwerbers; umgekehrt stellt auch der Rentenbarwert einkommensteuerlich nicht etwa einen Veräußerungserlös des Übergebers dar.[52]

Die Finanzverwaltung verkennt im IV. Rentenerlass[53] die Rechtsnatur von Versorgungsleistungen und sieht in Versorgungszahlungen, die nicht dem Sonderausgabenabzug gem. § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG unterliegen, grundsätzlich steuerpflichtige Veräußerungsrenten;[54] der BFH hat sich zu dieser Streitfrage bisher nicht geäußert.

B. Nießbrauch bei gewerblichen und gewerblich geprägten Personengesellschaften

I. Gesellschaftsvertragliche Regelung

1. Nießbrauchsvorbehalt

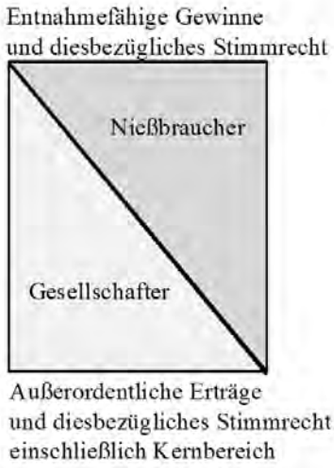
Der bisherige Gesellschafter kann sich den Nießbrauch an dem zu übertragenden Gesellschaftsanteil vorbehalten, der unentgeltlich auf den Beschenkten übergeht. Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts an einem Personengesellschaftsanteil ist möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zulässt oder die übrigen Gesellschafter zustimmen.[55] Der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil beurteilt sich als Rechtsnießbrauch nach den Vorschriften der §§ 1068 ff. BGB.

2. Gesetzliche Regelung

Gem. § 1069 Abs. 1 BGB ist für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil die Beachtung der für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften erforderlich. Da für die Übertragung eines Personengesellschaftsanteils keine Formpflicht besteht, kann die Einräumung eines Nießbrauchs auch privatschriftlich erfolgen. Aufgrund der unzureichenden gesetzlichen Regelung sind die Rechte des Nießbrauchers und des nießbrauchbelasteten Gesellschafters vertraglich detailliert zu regeln.

Nach *Flume*[56] führt die Nießbrauchbestellung zu einem Nebeneinander von Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher, nämlich zu einer **diagonalen** Spaltung der Mitgliedschaft. Gesellschafter und Nießbraucher sind Mitunternehmer.

Abb. Mitunternehmerischer Nießbrauch



3. Fruchtziehung (= Gewinnverteilung)

Das Fruchtziehungsrecht des Nießbrauchers beschränkt sich auf die gesellschaftsrechtlich entnahmefähigen Erträge,[57] während die außerordentlichen Erträge dem Anteilsinhaber gebühren.[58] Aus dieser Aufspaltung ergibt sich die Mitunternehmerstellung beider Parteien.[59] *Wälzholz*[60] schlägt zu Recht vor, den Nießbrauch auf die entnahmefähigen Gewinne zu begrenzen. Anderer Ansicht ist *Bode*,[61] demzufolge die von einer Entnahme ausgeschlossenen Gewinnanteile dem Nießbraucher zuzurechnen sind. Die Gewinnverteilung zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag und der Nießbrauchsvereinbarung.[62]

4. Kompetenzverteilung beim Stimmrecht

Problematisch ist die Ausgestaltung des Stimmrechts. Der BFH geht in seiner grundlegenden Entscheidung[63] davon aus, dass der Nießbraucher das Stimmrecht bei Beschlüssen über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft und zur Sicherung seines Fruchtziehungsrechts wahrnimmt, während bei außerordentlichen Angelegenheiten das Stimmrecht allein dem Gesellschafter gebühren soll. Auch der BGH[64] nimmt an, dass bei allen Grundlagenbeschlüssen der Gesellschaft der Gesellschafter das Stimmrecht ausüben kann.[65]

PRAXISTIPP

Keine über gesetzliche Stimmrechte hinausgehende Stimmrechtsvollmacht:
In keinem Fall darf dem Nießbraucher eine über die gesetzlichen Stimmrechte hinausgehende **Stimmrechtsvollmacht** erteilt werden, da in diesem Fall nach Auffassung des BFH[66] dem Gesellschafter die für die Anwendung des § 13a ErbStG erforderliche Mitunternehmerinitiative fehlt.

[51] BStBl 1979 II, 403, 1983 II, 99 und 1989 II, 585.
[52] Vgl. *Fischer*, Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, Rn 121; Großer Senat, Beschl. v. 5.7.1990 – GrS 4-6/89, BStBl 1990 II, 847.
[53] BStBl 2010 I, 227, Rn 57.
[54] A. A. *Fleischer*, ZEV 2007, 475; Spiegelberger/Schallmoser/*Schallmoser*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn 1.616.
[55] Vgl. *Götz/Hülsmann*, DStR 2010, 2377, 2378.
[56] *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Teil „Die Personengesellschaft", S. 366.
[57] Vgl. BGHZ 58, 321.
[58] Vgl. BFH BStBl 1995 II, 244.
[59] So zu Recht *Schindhelm/Stein*, ErbStB 2003, 408.
[60] DStR 2010, 1930, 1933.
[61] A. A. Blümich/*Bode*, § 15 EStG Rn 367, Stand Oktober 2014.
[62] Blümich/*Bode*, § 15 EStG Rn 367, Stand Oktober 2014.
[63] BStBl 1995 II, 244.
[64] DStR 1999, 246.
[65] Vgl. *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 99.
[66] DStR 2009, 321.

5. Einkommensteuer

a) Vollrechtsnießbrauch

Gerade bei der vorweggenommenen Erbfolge ist die weitere Versorgung des Übergebers regelmäßig Bedingung oder Geschäftsgrundlage des Übertragungsaktes. Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts an Stelle einer Leibrentenvereinbarung ist für den Erwerber günstiger, da er keine eigenen Mittel zur Versorgung des Übergebers aufwenden muss. Fraglich kann jedoch sein, ob bei der Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil der nießbrauchsverpflichtete Erwerber Mitunternehmer wird, da die Erträge dem Übergeber vorbehalten werden. Nach Auffassung des BFH[67] bleibt der Nießbrauchsverpflichtete Mitunternehmer, da dieser einen hinreichenden Bestand an vermögensrechtlicher Substanz des nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteils und einen hinreichenden Bestand an gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechten zurückbehalte.[68] H 15.8 (1) „Nießbrauch" ordnet daher an, dass bei Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil der Nießbrauchsverpflichtete Mitunternehmer bleibt.

b) Quotennießbrauch

Die kautelarjuristische Praxis arbeitet in der Regel nach dem Grundsatz *„doppelt genäht hält besser"*.[69] Aus diesem Grund ist es überlegenswert, dem Nießbraucher anstelle der gesamten Gewinnabsaugung nur einen Quotennießbrauch, z. B. in Höhe von 95 % einzuräumen.

Will man den komplizierten Kompetenzabgrenzungen bei einer Nießbrauchsbestellung entgehen, kann es sinnvoll sein, anstelle eines Quotennießbrauchs eine dauernde Last in der Weise zu begründen, dass z. B. 95 % des jährlich auf den Gesellschaftsanteil entfallenden Ertrags an den Übergeber als dauernde Last zu entrichten sind, wobei wegen der Konzeption einer dauernden Last als wiederkehrende Leistungen monatliche Abschlagszahlungen aufgrund der Vorjahresergebnisse mit einer entsprechenden Abrechnungsklausel nach dem Vorliegen der Steuerbilanz empfehlenswert sind.[70]

6. Gewerbesteuer

Gemäß § 35 Abs. 1 EStG wird die auf die gewerblichen Einkünfte entfallende Einkommensteuer durch eine pauschalierte Anrechnung der Gewerbesteuer gemindert. Gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 EStG richtet sich der Anteil eines Mitunternehmers am Gewerbesteuer-Messbetrag nach seinem Anteil am Gewinn der Mitunternehmerschaft nach Maßgabe des allgemeinen **Gewinnverteilungsschlüssels**, wobei Vorabgewinnanteile nicht zu berücksichtigen sind. Um zu verhindern, dass die Nießbrauchsbestellung zu einer vom Gesellschaftsvertrag abweichenden Gewinnverteilung führt und die Gewerbesteueranrechnung ins Leere läuft,[71] ist *Wälzholz*[72] zuzustimmen, wonach die Gewinnverteilung zwischen Gesellschafter und Nießbraucher dem Gewinnverteilungsschlüssel gleichzustellen ist, sodass das gewerbesteuerliche Anrechnungsguthaben quotal auf den Nießbraucher und den Gesellschafter aufzuteilen ist.[73] Vorsichtige Vertragsgestalter werden bei einer Nießbrauchsbestellung den gesellschaftsvertraglichen Gewinnverteilungsschlüssel entsprechend anpassen.

II. Vermeidung von Ertragsnießbrauchsrechten

1. Fehlende Mitunternehmerinitiative

Beispiel:
V wendet in seinem Testament seinen GmbH & Co. KG-Anteil seinem Sohn S zu; seine Witwe erhält vermächtnisweise den Nießbrauch an diesem Gesellschaftsanteil. Die KG überweist den auf den KG-Anteil entfallenden Gewinn jährlich unmittelbar der Witwe, die zu Gesellschaftsversammlungen nicht eingeladen wird.[74]

Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH ist der Begriff des Mitunternehmers gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 EStG ein **Typusbegriff**. Ein Mitunternehmer ist nur derjenige, der aufgrund eines zivilrechtlichen Gesellschaftsverhältnisses oder eines vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnisses mit anderen Personen Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt.[75]

Das FG Münster nimmt in dem oben geschilderten Fall an, dass es bei einer Nießbrauchsbestellung ohne ausdrückliche Regelung der Teilnahme des Nießbrauchers an Verlusten des Unternehmens schon am Mitunternehmerrisiko fehle. Der Nießbraucher habe nur Rechte, aber keine Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft. Die Urteilsbegründung, dass bereits das Mitunternehmerrisiko beim Nießbraucher fehle, ist unzutreffend. Verluste der Gesellschaft führen zu Ertragsminderungen des Nießbrauchers. Das Erfordernis der Verlustteilhabe bei einem mitunternehmerischen Nießbrauch wird von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.[76]

In dem entschiedenen Fall habe – so das FG Münster – die Nießbraucherin auch keine Mitunternehmerinitiative entwickelt, da sie an unternehmerischen Entscheidungen nicht beteiligt war und Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte nicht ausgeübt habe. Die Gewinnauszahlung an die Nießbrauchsberechtigte sei einkommensteuerlich unbeachtlich und für den mit der Weiterleitung belasteten Gesellschafter eine Vermögensverwendung, die zu keiner Einkunftsquelle bei der Nießbraucherin geführt habe.

Um die steuerliche Anerkennung des Nießbrauchers als Mitunternehmer zu erreichen, sind in der Bestellungsurkunde die Rechte des Gesellschafters von denen des Nießbrauchers genau abzugrenzen. Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass der Nießbraucher zu allen Gesellschafterversammlungen geladen wird und seine gesellschaftsrechtlichen Befugnisse, nämlich seine Widerspruchs- und Kontrollrechte sowie insbesondere sein **Stimmrecht ausübt.** Den Protokollen über die Mitgliederversammlung kommt erhebliche Bedeutung zum Nachweis der Ausübung der Mitunternehmerinitiative zu.

Der Ertragsnießbraucher ist nicht Mitunternehmer, er bezieht keine Gewinnanteile i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG.[77] Im Ergebnis liegt bei einem schlichten Ertragsnießbrauch keine Einkunftsquelle vor, da vom Nießbraucher keine Einkünfte durch *„Marktteilnahme"* erzielt werden.

Nur durch das Mitwirken bei der Erzielung von Einkünften hat der Nießbraucher eine eigene Einkunftsquelle inne.

---

[67] BStBl 1995 II, 241.

[68] Vgl. nur *Gschwendtner*, NJW 1995, 1876; BFH BStBl 1995 II, 241, H 15.8 (1).

[69] Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Spiegelberger*, 6. Aufl. 2015, E 86.

[70] Als Formulierungsvorschlag vgl. *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, § 12 Rn 56 Alt. 3.

[71] Vgl. *Spiegelberger*, ZEV 2003, 391, 397.

[72] *Wälzholz*, DStR 2010, 1930, 1934.

[73] Ebenso Korn/*Schiffers*, EStG, § 35 Rn 82.

[74] Vereinfacht nach FG Münster vom 23.9.2008 – 1 K 5114/04 F, nicht veröffentlicht.

[75] Vgl. BFH GrS 4/82 BStBl 1984 II, 751.

[76] Vgl. MüKo-HGB/*K. Schmidt*, 2. Aufl. 2007 vor § 230 Rn 23; *Wälzholz*, DStR 2010, 1930, 1933.

[77] Vgl. BFH BStBl 1975 II, 498; 1995 II, 714; *Schön*, StbJb 1996/97, 64; *Gschwendtner*, DStZ 1995, 711; *Schmidt/Wacker*, § 15 EStG Rn 308.

2. Keine Mitunternehmerinitiative bei fehlenden Stimm- und Verwaltungsrechten eines Nießbrauchers

Beispiel:
Bei der Übertragung eines Kommanditanteils behielt sich der Übergeber außer dem Vorbehaltsnießbrauch die mit der übertragenen Beteiligung an der KG verbundenen „Stimm- und sonstigen Verwaltungsrechte" vor, vgl. BFH DStR 2010, 868. In dem entschiedenen Fall war der Erwerber bereits Gesellschafter der KG.

Der BFH verneinte die durch den erworbenen Gesellschaftsanteil vermittelte Mitunternehmerstellung des Erwerbers. Ein Weiter- oder Fortführen des Betriebes erfüllt nur den Tatbestand des § 13a Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, wenn der bestellte Vorbehaltsnießbrauch so ausgestaltet ist, dass die Mitunternehmerstellung bezüglich des übertragenen Kommanditanteils auf den Erwerber übergegangen ist. Ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch lässt die Mitunternehmerinitiative des Nießbrauchsbestellers nicht entfallen.[78] Im Streitfall haben aber die Vertragspartner über die Vorgaben des BGB hinaus bestimmt, dass die mit der übertragenen Beteiligung an der KG verbundenen *„Stimm- und Verwaltungsrechte"* der Nießbraucherin zustehen sollen. Damit hat sich die Übergeberin nicht nur die Ausübung der ihr nach dem anteiligen Festkapital zu vermittelnden Stimmrechte in laufenden Angelegenheiten vorbehalten, sondern auch im Bereich der Grundlagengeschäfte.[79]

Ebenso entschied der BFH im Jahr 2015.[80] Die freigebige Zuwendung eines Kommanditanteils unter Nießbrauchsvorbehalt ist nach § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. (=§ 13a Abs. 1 Nr. 2 ErbStG n. F.) nur steuerbegünstigt, wenn der Bedachte Mitunternehmer wird. Behält sich der Schenker die Ausübung der Stimmrechte auch in Grundlagengeschäften der Gesellschaft vor, kann der Bedachte keine Mitunternehmerinitiative entfalten.

3. Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs

Der Leitsatz der BFH-Entscheidung vom 16.5.2013[81] lautet:

> *Behält sich der Schenker bei der freigebigen Zuwendung einer Kommanditbeteiligung den Nießbrauch zu einer bestimmten Quote hiervon einschließlich der Stimm- und Mitverwaltungsrechte vor und vermittelt daher der mit dem Nießbrauch belastete Teil der Kommanditbeteiligung dem Erwerber für sich genommen keine Mitunternehmerstellung, können für diesen Teil die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG nicht beansprucht werden. (amtlicher Leitsatz)*

Die Bündelung der Gesellschafterrechte beim Übergeber ist daher auch bei Vereinbarung eines Quotennießbrauches kein Mittel, den Tatbestand des § 13a ErbStG zu eröffnen. Vielmehr muss, ebenso wie beim Vollnießbrauch, eine Verteilung der Mitwirkungsrechte gefunden werden, die dem Erwerber Mitunternehmerrechte vermittelt.

III. Zusammenfassung

- Die Bestellung eines Nießbrauchsrechts an einem Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Nießbrauchsbestellers führt zu einer Nutzungs- oder Substanzentnahme.
- An Personengesellschaftsanteilen ist die Bestellung eines (mit-)unternehmerischen Nießbrauchs möglich.
- Nach der grundlegenden Entscheidung des BFH BStBl 1995 II, 241 bleibt der nießbrauchsverpflichtete Mitunternehmer, da er einen hinreichenden Bestand an vermögensrechtlicher Substanz des nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteils und einen hinreichenden Bestand an gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechten zurückbehält. Nießbraucher und nießbrauchsbelasteter Gesellschafter sind somit Mitunternehmer.
- Dem Nießbraucher gebühren der entnahmefähige Ertrag und das Stimmrecht über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft und zur Sicherung seines Fruchtziehungsrechtes nach Maßgabe der Vertragsgestaltung. Dem Gesellschafter gebühren die außerordentlichen Erträge und das Stimmrecht über die außerordentlichen Angelegenheiten und bei allen Grundlagenbeschlüssen.
- Durch Vollmachten darf die austarierte Aufteilung der Befugnisse der Beteiligten nicht verschoben werden.
- In der Bestellungsurkunde sind die beiderseitigen Rechte genau abzugrenzen.
- Wenn der Nießbraucher seine gesellschaftsrechtlichen Befugnisse, insbesondere das Stimmrecht, über längere Zeit nicht ausübt, besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung einen Ertragsnießbrauch mit der Rechtsfolge unterstellt, dass der Nießbraucher nicht originäre Einkünfte erzielt und die Einkünfte ausschließlich dem Gesellschafter zugerechnet werden.

IV. Zuwendungsnießbrauch an Personengesellschaftsanteilen

1. Bisherige Auffassung der Finanzverwaltung

Bei der unentgeltlichen Einräumung des Nießbrauchsrechts an einem Mitunternehmeranteil – ohne Beteiligung an dem Gesellschaftsanteil – war die Begünstigung des **§ 13a ErbStG ausgeschlossen**, da es sich begrifflich nicht um den Übergang des Betriebs, eines Teilbetriebs oder eines Anteils an einer Gesellschaft handelte, sondern um den Übergang eines Nutzungsrechts. Trotz des Hinweises in § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. (= § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) auf das Ertragsteuerrecht lehnte die Finanzverwaltung die Begünstigung der §§ 13a und 13b ErbStG ab.

2. BFH-Rechtsprechung

Der BFH[82] ist der Auffassung der Finanzverwaltung entgegengetreten. Danach kommt es für die Anwendung der erbschaftsteuerlichen Verschonungsregelung nur darauf an, ob der Nießbrauchserwerber Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt. Dies stützte der BFH in dem entschiedenen Fall darauf, dass der Nießbraucher die uneingeschränkten Auskunfts- und Einsichtsrechte eines Gesellschafters hatte und der Gesellschafter seine Stimmrechte nach den Weisungen des Nießbrauchers ausüben musste. Ferner war der Nießbraucher nicht nur an dem auf den belasteten Kommanditanteil entfallenden Gewinn und Verlust beteiligt, sondern auch an Ansprüchen auf Ausschüttungen infolge der Auflösung von Rücklagen, an Erträgen aus der Auflösung stiller Reserven, am Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters im Fall des Austritts aus der Gesellschaft sowie am erhaltenen Kaufpreis im Fall der Anteilsveräußerung.

Für den Fall der atypischen stillen Beteiligung und Unterbeteiligung hat das FinMin Bayern[83] die Vergünstigungen der §§ 13a

[78] Vgl. BFH BStBl 1995 II, 241, 245.
[79] Zur Stimmrechtsproblematik vgl. MüKo-HGB/*K. Schmidt*, 2. Aufl. 2007, Bd. 3 vor § 230 Rn 21.
[80] BFH, Urt. v. 6.5.2015 – II R 34/13, ZEV 2015, 543.
[81] BFH, Urt. v. 16.5.2013 – II R 5/12, DStR 2013, 1380.
[82] ZEV 2012, 51.
[83] DStR 2010, 1575.

und 13b ErbStG bejaht, obwohl keine unmittelbare Beteiligung am Gesamthandsvermögen besteht, ebenso das FinMin Baden-Württemberg.[84]

V. Nießbrauch an eingebrachten Wirtschaftsgütern

1. Einkommensteuer

Sofern sich der Übergeber an einem eingebrachten Wirtschaftsgut den Nießbrauch vorbehält, wird der Wert des Wirtschaftsgutes durch den vorbehaltenen Nießbrauch gemindert. Die bilanziellen Probleme bei Betriebsvermögen sind gravierend: Der Nießbrauch stellt eine Belastung des eingebrachten Grundstücks dar. Die durch Zeitablauf eintretende Wertminderung des Nießbrauchs führt periodisch zu einem Gewinn der Gesellschaft. Verstirbt der Nießbraucher vor dem Erreichen des im Bundessteuerblatt veröffentlichten Durchschnittsalters, entsteht im Jahr des Versterbens des Nießbrauchers ein außerordentlicher Ertrag der Gesellschaft. Im Allgemeinen empfiehlt es sich bei Betriebsvermögen Nießbrauchsrechte nicht an den eingebrachten Wirtschaftsgütern zu bestellen bzw. bestehende Nießbrauchsrechte entweder durch Versorgungsrenten abzulösen oder die Ausübung des Nießbrauchs gem. § 1059 S. 2 BGB der Gesellschaft zu überlassen.

2. Umsatzsteuer

Bei der unentgeltlichen Übertragung eines Grundstücks mit gleichzeitiger Einräumung eines **Vorbehaltsnießbrauchs** zu Gunsten des Übertragenden liegt keine Entnahme i. S. d. § 3 Abs. 1b S. 1 Nr. 1 UStG und damit keine Änderung der Verhältnisse vor, wenn das Grundstück vom Übertragenden **in gleicher Weise wie bisher** genutzt wird.[85] Eine nach § 4 Nr. 9a UStG steuerfreie Entnahme für unternehmensfremde Zwecke und damit eine Änderung der Verhältnisse i. S. d. § 15a UStG ist erst dann gegeben, wenn der Vorbehaltsnießbrauch wegfällt.[86]

C. Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen

I. Satzungsgestaltung

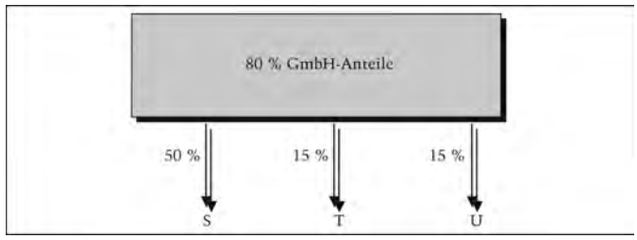
Gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG sind GmbH-Anteile veräußerlich und vererblich. Die Abtretung von Geschäftsanteilen kann gem. § 15 Abs. 5 GmbHG von der Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafter abhängig gemacht werden. Die Vererblichkeit ist zwingend und kann durch die Satzung nicht eingeschränkt werden. Auch eine automatische Einziehung des GmbH-Anteils im Todesfall ist ausgeschlossen.[87] Somit geht beim Tod des Gesellschafters sein Geschäftsanteil zwingend auf die gesetzlichen oder testamentarischen Erben über.

Zulässig ist eine **Einziehungsklausel** gem. § 34 Abs. 1 GmbHG, wonach nach dem Erbfall die Gesellschafterversammlung beschließen kann, die durch Erbfolge eingetretenen Gesellschafter gegen Entgelt auszuschließen, wenn die Satzung der GmbH zum Todeszeitpunkt eine entsprechende Regelung enthält. Weitere Voraussetzung ist, dass der vererbte Gesellschaftsanteil voll einbezahlt und das zur Kapitalerhaltung gem. § 30 GmbHG erforderliche Stammkapital auch nach der Abfindung im vollen Umfang vorhanden ist.

Auch eine **Abtretungspflicht** des vererbten Geschäftsanteil kann die Satzung der GmbH vorsehen. Für den Vollzug der Abtretungsklausel ist die notarielle Beurkundung gem. § 15 Abs. 3 GmbHG mit den eingerückten Erben des verstorbenen Gesellschafters erforderlich.[88]

II. GmbH-Anteilsübertragung gegen Leibrente

Beispiel:
Vater V ist zu 80 % an der X-Immo-GmbH beteiligt. Er überträgt seinem Sohn S einen 50 %igen GmbH-Anteil und räumt diesem zugleich die alleinige Geschäftsführung ein. Zwei weitere Kinder erhalten je einen 15 %igen GmbH-Anteil jeweils unter Vereinbarung einer Leibrente, die aufgrund der bisherigen wirtschaftlichen Verhältnisse aus den Gewinnausschüttungen entrichtet werden kann.



Die Übertragung des 50 %igen GmbH-Anteils an S ist nach § 10 Abs. 1a Nr. 2 Buchst. c EStG begünstigt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung im IV. Rentenerlass[89] stellen jedoch die vereinbarten Versorgungszahlungen durch diejenigen Kinder, die nur je einen 15 %igen Gesellschaftsanteil erhalten haben, Veräußerungsrenten dar, weil die betreffenden Geschäftsanteile nicht Gegenstand einer Vermögensnachfolge sein könnten. Danach muss der Übergeber den die anteiligen Anschaffungskosten übersteigenden Teil der Rente gem. § 17 Abs. 1 EStG als Veräußerungserlös im Teileinkünfteverfahren versteuern, obwohl nach dem Sinn und Zweck der vorweggenommenen Erbfolge weiterhin nur die Versorgung des Übergebers aus den Ausschüttungen vereinbart ist.

Mit dieser auf der Neufassung des § 10 Abs. 1a Nr. 2 Buchst. c EStG aufbauenden Rechtsmeinung setzt sich die Finanzverwaltung in Widerspruch zur Entscheidung des BFH-Großen Senats vom 5.7.1990, BStBl 1990 II, 847 auseinander, in der ausdrücklich hervorgehoben wird, dass Versorgungsleistungen weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten darstellen.

Auch nach Maßgabe der BFH-Entscheidung vom 5.11.2003[90] gilt bei Übertragungen zwischen Eltern und Kindern unter Vereinbarung wiederkehrender Zahlungen die Vermutung der Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts. In einer weiteren Entscheidung des Großen Senats vom 12.5.2003[91] hat der BFH anerkannt, dass es Sinn und Zweck der vorweggenommenen Erbfolge sei, eine existenzielle Gefährdung durch Aufdeckung stiller Reserven zu vermeiden.

Diese Grundprämisse der vorweggenommenen Erbfolge – die in der Neuregelung des Sonderausgabenabzugs in § 10 Abs. 1a Nr. 2 Buchst. c EStG nicht angesprochen wird – negiert die Finanzverwaltung. Zudem kommt der IV. Rentenerlass bei Übertragungen im Wege der Generationennachfolge zu einem unsinnigen und gegen Denkgesetze (*argumentum a maiore ad minus*) verstoßenden Ergebnis: GmbH-Anteile mit einer Beteiligungsquote ab 50 % werden – unentgeltlich, also – ohne Aufdeckung stiller Reserven

[84] DB 2009, 878.
[85] BFH BStBl 1996 II, 248; BFHE 184, 134; *Husmann*, UR 1996, 153 und *Ehlig*, UR 1997, 251; *Meyer/Ball*, StBp 2010, 223, 227.
[86] Vgl. FinMin Sachsen-Anhalt, DStR 1997, 117.
[87] Vgl. *Ivo*, ZEV 2006, 252 m. w. N.
[88] Ein Formulierungsvorschlag für eine satzungsmäßige Einziehungsklausel findet sich bei *Ivo*, ZEV 2006, 252.
[89] BStBl 2010 I, 227, Rn 57.
[90] BStBl 2004 II, 706.
[91] BStBl 2004 II, 95.

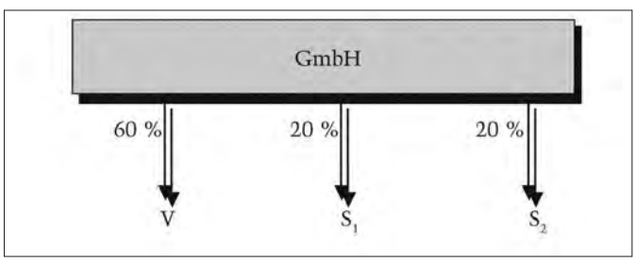
und unter Sonderausgabenabzug übertragen, während eine unter der 50 %-Schwelle liegende Anteilsübertragung ausnahmslos – als entgeltlich und damit – der Versteuerung der stillen Reserven unterliegen soll. Die Finanzverwaltung verkennt dabei insbesondere, dass die vorweggenommene Erbfolge ein Rechtsgeschäft unter einander unterhaltspflichtigen Personen gem. § 12 Nr. 2 EStG darstellt und damit nicht einkommensteuerbar ist. Die in § 10 EStG geregelten Sonderausgabenabzüge für das Ehegattensplitting, die vorweggenommene Erbfolge, Krankenkassen- und Altersvorsorgeaufwendungen sind stets Sonderregelungen für außerhalb der Einkommensbesteuerung liegende Sachverhalte. Die vorweggenommene Erbfolge ist dem einkommensteuerfreien Bereich des § 12 Nr. 2 EStG für einander unterhaltsverpflichtete Personen zuzuordnen. Fremde Dritte kommen nicht auf die abenteuerliche Idee, ihr Vermögen unter dem Verkehrswert lediglich gegen wiederkehrende Zahlungen in Höhe von maximal des Ertrags des übertragenen Vermögens zu übertragen. Durch den Wegfall des Sonderausgabenabzugs für steuerliches Privatvermögen und für GmbH-Anteile mit einer Quote von weniger als 50 % aufgrund des Jahressteuergesetzes 2008 wurde nur der Sonderausgabenabzug eingeschränkt; die Rechtsnatur der zugrundeliegenden wiederkehrenden Leistungen, nämlich der Versorgungscharakter, wurde dadurch nicht berührt.

PRAXISTIPP

Einspruch einlegen:
Wegen der durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken der gesetzlichen Neufassung des § 10 Abs. 1a Nr. 2c EStG[92] ist in allen Fällen einer Veräußerungsbesteuerung bei der Übertragung von GmbH-Anteilen gegen Versorgungsleistungen die Einlegung von Rechtsmitteln zu empfehlen. Alternativ bietet sich bei Neuvertragsgestaltungen der Ausweg über einen Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen an.

III. Vorbehaltsnießbrauch

Beispiel:
Vater V hat seine Söhne S 1 und S 2 bereits zu je 20 % an der von ihm gegründeten B-GmbH beteiligt, so dass er selbst noch einen Geschäftsanteil in Höhe von 60 % innehat. Er will die Beteiligung seiner Söhne um je 20 % aufstocken, so dass er selbst nur noch mit 20 % an einer Familien-GmbH beteiligt bleibt. Eine wesentliche Ertragsminderung will er aber nicht hinnehmen, so dass die Übertragung unter Vorbehalt von Versorgungsleistungen erfolgen soll. Er will auch weiterhin Geschäftsführer der GmbH bleiben. Welche Ausweichgestaltungen kommen im Hinblick auf § 10 Abs. 1a Nr. 2c EStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2008 in Betracht?



Für den Nießbrauch an einem GmbH-Anteil sind nicht die Vorschriften der §§ 1030 ff. BGB für Sachen, sondern die Vorschriften gem. §§ 1068 ff. BGB für den Nießbrauch an Rechten einschlägig. Gemäß § 1069 BGB erfolgt die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften, sodass gem. § 15 Abs. 3 GmbHG die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Bei gem. § 15 Abs. 5 GmbHG vinkulierten GmbH-Anteilen ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter für die Nießbrauchsbestellung erforderlich. Im Hinblick auf §§ 1070 Abs. 1 und 407 BGB wird in der Literatur empfohlen, dass der Notar die Nießbrauchsbestellung der Gesellschaft anzeigt.[93]

1. Stimmrecht

Da im Übrigen das BGB für den Inhalt und den Umfang der Nießbrauchsberechtigung keine Regelung enthält, werden in der gesellschaftsrechtlichen Literatur insbesondere hinsichtlich des Stimmrechts und des Umfangs der Gewinnberechtigung des Nießbrauchers alle denktheoretischen Auffassungen vertreten, so dass eine vertragliche Regelung notwendig ist.

Hinsichtlich des Stimmrechts hat der BGH[94] für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts entschieden, dass jedenfalls die Berechtigung des Nießbrauchsbestellers zur Stimmrechtsausübung bei Grundlagenbeschlüssen der Gesellschaft von einer Nießbrauchsbestellung unberührt bleibt, die Frage im Übrigen aber offengelassen. Die zum Wohnungseigentum ergangene Entscheidung des BGH,[95] wonach das Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung beim Nießbrauchsbesteller verbleibt, dieser aber auf berechtigte Interessen des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen hat, ist auf gesellschaftsrechtliche Sachverhalte nicht übertragbar.

Den Ausschlag für die Vertragspraxis erzwingt wiederum das Steuerrecht, wonach – abweichend von der Gestaltung bei Personengesellschaftsanteilen – jedenfalls für die **einkommensteuerliche** Zuordnung unterschiedliche Kriterien gelten.

a) Einkommensteuer

Danach wird beim Vorbehaltsnießbrauch der (vereinbarte) Gewinnanteil gem. § 20 Abs. 5 S. 3 EStG dem Vorbehaltsnießbraucher zugerechnet, während beim Zuwendungsnießbrauch sowohl der BFH[96] als auch die Finanzverwaltung im I. Nießbraucherlass BStBl 1983 I 508, 512 die Einkommenszurechnung weiterhin beim Gesellschafter vornehmen.[97] *Weber-Grellet*[98] rechnet dem Nießbraucher die Einkünfte zu, wenn er in der Lage ist, *„Marktchancen zu nutzen“*, das Vermögen zu verwalten, an dem Anteil hängende Stimm-, Anfechtungs- u. a. Mitgliedschaftsrechte auszuüben, die Modalitäten einer Kapitalanlage zu verändern oder Leistung durch Zurückziehung des Kapitalvermögens zu verweigern.

Der IX. BFH-Senat[99] meint, dass bei einem vorbehaltenen Nießbrauch der Übergeber wirtschaftlicher Eigentümer bleibt. Nach dem BFH[100] liegt eine unentgeltliche Übertragung gem. § 17 Abs. 2 S. 5 EStG auch bei der Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft unter Vorbehaltsnießbrauch vor. Zahlungen für die Ablösung eines (Vorbehalts-)Nießbrauchs an einer Beteiligung i. S. d. § 17 EStG stellen im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte nach § 17 EStG nachträglich Anschaffungskosten auf die Beteiligung dar.

b) Mindestgewinnberechtigung

Zu beachten ist allerdings § 29 GmbHG, wonach für den Gewinnausschüttungsbeschluss die Gesellschafter zuständig sind. Um zu

[92] Vgl. *Krumm*, StuW 2011, 159.

[93] Vgl. *Barry*, RNotZ 2014, 401, D IV.

[94] BGH DNotZ 1999, 607.

[95] BGH DNotI-Report 2002, 79 ff.

[96] BStBl 1977 II, 115.

[97] Kritisch hierzu: Staudinger/*Frank*, 2009, Rn 129 ff. vor § 1030 BGB.

[98] Schmidt/*Weber-Grellet*, § 20 EStG Rn 176.

[99] BStBl 2012 II, 642.

[100] BStBl 2015 II, 224.

verhindern, dass die Gesellschafter – gegebenenfalls über Jahre hinweg – eine Thesaurierung des gesamten Gewinns beschließen, würde der Nießbraucher damit leer ausgehen. Aus diesem Grund – auch zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern – ist in der Satzung der Gesellschaft eine Mindestausschüttung vorzusehen, die damit auch den Gewinnanspruch des Nießbrauchers regelt. Stille Reserven oder in die Rücklage eingestellte Gewinne, deren Ausschüttung erst nach Nießbrauchsende erfolgt, stehen dem Nießbraucher nach ganz überwiegender Auffassung nicht zu.[101]

Vorsorglich sollte dem Nießbraucher, ähnlich wie dies bei dem Nießbrauchrecht an Personengesellschaftsanteilen der Fall ist, zumindest das Stimmrecht für die satzungsgemäß auszuschüttenden Gewinnanteile (Mindestgewinnausschüttung) eingeräumt werden.

2. Erbschaftsteuer

Die erbschaftsteuerliche Beurteilung, insbesondere die Anwendung des § 13a ErbStG richtet sich beim Vorbehaltsnießbrauch grundsätzlich nach der einkommensteuerlichen Beurteilung, allerdings unter der Voraussetzung, dass die Beteiligungsquote des Nießbrauchsbestellers mehr als 25 % beträgt oder eine entsprechende **Pool-Vereinbarung** gem. § 13b Abs. 4 Nr. 2 S. 2 ErbStG vorliegt.

IV. Freiberufler-GmbH

> **Beispiel:**
> *Rechtsanwälte Schlau und Meier bestellen ihren Kindern einen Quotennießbrauch am Gewinnstammrecht ihrer Anteile an der freiberuflichen Rechtsanwaltsgesellschaft, um ihre eigene Einkommensteuerbelastung durch Verlagerung von Sozietätseinkünften auf die Kinder zu verringern.*

Nach dem Urteil des BFH[102] begründet ein Quotennießbrauch, den der Vater seinen minderjährigen Kindern schenkweise am Gewinnstammrecht seines Anteils an einer freiberuflichen Personengesellschaft einräumt, einkommensteuerlich keine originären Einkünfte aus selbständiger Arbeit oder aus Gewerbebetrieb. Einkommensteuerlich sei ein derartiger Nießbrauch wie eine **Vorausabtretung** künftiger Gewinnansprüche zu beurteilen, somit nur als einkommensteuerlich irrelevante Vermögensverwendung gem. § 12 Nr. 2 EStG. Dieselben Grundsätze gelten für Freiberufler-GmbH-Anteile.

- Anwalts-GmbH (§ 59e Abs. 4 BRAO)

Gemäß § 59e Abs. 1 BRAO können Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft nur Rechtsanwälte und Angehörige der in § 59a Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 genannten Berufe (z. B. Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) sein. Aus berufsrechtlichen und einkommensteuerlichen Gründen scheidet somit die Bestellung eines Nießbrauchsrechts zu Gunsten von Kindern aus.

- Steuerberater-GmbH (§ 50a Abs. 1 Nr. 2 StBerG)

Gemäß § 50a Abs. 1 StBerG ist Voraussetzung für die Anerkennung, dass gem. Nr. 1 die Gesellschafter ausschließlich Steuerberater, Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerbevollmächtigte oder sonstige Personen sind, die die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen. Gemäß Nr. 6 dieser Bestimmung muss im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein, dass zur Ausübung von Gesellschafterrechten nur Personen bevollmächtigt werden können, die Steuerberater, Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder Steuerbevollmächtigte sind. Auch danach ist aus berufsrechtlichen Gründen die Bestellung eines Nießbrauchs zu Gunsten von Familienangehörigen ausgeschlossen, die nicht selbst die vorbezeichneten Berufsqualifikationen innehaben.

- Wirtschaftsprüfer-GmbH (§ 28 Abs. 4 Nr. 2 u. Nr. 5 WPO)

Gemäß § 28 Abs. 4 Nr. 1 WPO ist Voraussetzung, dass Gesellschafter ausschließlich Berufsangehörige, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, welche die Voraussetzungen des Abs. 4 erfüllen, EU- oder EWR-Abschlussprüfer, EU- oder EWR-Abschlussprüfungsgesellschaften oder Personen nach Nr. 1a sind, somit vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Rechtsanwälte oder Personen, denen eine entsprechende Tätigkeit genehmigt worden ist. Ebenso ist gem. Nr. 6 dieser Vorschrift erforderlich, dass zur Ausübung von Gesellschafterrechten nur Gesellschafter bevollmächtigt werden können, die berufsangehörige oder EU- oder EWR-Abschlussprüfer sind. Nießbrauchsbestellungen für Berufsfremde sind damit ausgeschlossen.

- Architekten-GmbH (Art. 5 Nr. 2 u. 6 Bay. Architektengesetz)

Das Gesetz über die bayerische Architekten-Kammer und die bayerische Ingenieur-Kammer-Bau – BauKaG enthält folgende Vorschriften:

Gemäß Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 Bay. Architektengesetz ist eine erfolgreiche Abschlussprüfung in den näher bezeichneten Fachrichtungen erforderlich, um in die Architektenliste eingetragen werden zu können.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 Bay. Architektengesetz ist nach den Vorschriften des Gesetzes zum Schutze der Berufsbezeichnung *„Ingenieur und Ingenieurin“* (Ingenieurgesetz) Voraussetzung für die Eintragung in die Liste beratender Ingenieure die Berechtigung, die vorgesehene Berufsbezeichnung zu führen. Auch danach ist die Nießbrauchsbestellung für Berufsfremde ausgeschlossen.

D. Gestaltungsrisiken bei Betriebsaufspaltung

I. Rechtsform

Das bereits Anfang des 19. Jahrhunderts unter dem Begriff der *„Doppelgesellschaft“* bekannte und insbesondere in der Rheinischen Textilindustrie verbreitete Institut der Betriebsaufspaltung beruht ausschließlich auf Richterrecht und erlebte daher eine wechselvolle Rechtsprechung, die BFH-Richter *Meßmer*[103] veranlasste, die Betriebsaufspaltung als *„munteres, auf dem Rücken der Steuerpflichtigen ausgetragenes Verwirrspiel“* zu bezeichnen.

In der einfachsten Gestaltung verpachtet ein Einzelunternehmer sein Unternehmen einer von ihm gegründeten Betriebs-GmbH und überträgt auf diese das Umlaufvermögen, behält aber das gesamte Anlagevermögen mit den wesentlichen Betriebsgrundlagen als Besitzunternehmen zurück. Auch der Betrieb einer Personen- oder Kapitalgesellschaft kann in derselben Weise an eine von den Gesellschaftern beherrschte Kapitalgesellschaft verpachtet werden. Kennzeichen dieser Rechtsform ist die **sachliche und personelle Verflechtung**.

Die steuerliche Behandlung verdankt die Betriebsaufspaltung einer Äußerung des Reichsstaatssekretärs *Reinhardt*, wonach bei völkischer Betrachtung Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft ein einheitliches Unternehmen darstellen, so dass auch das verpachtete Besitzunternehmen – entgegen der dogmatischen Beurteilung – der Gewerbesteuer unterliegt. In der steuer-

[101] Vgl. *Barry*, RNotZ 2014, 401 D 1a; *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 101; *Scholz/Seibt*, § 29 GmbHG Rn 214.

[102] BStBl 1976 II, 592.

[103] StuW 1988, 35.

lichen Literatur wird die fehlende Rechtsgrundlage für diese Besteuerung von vielen Autoren beklagt.[104]

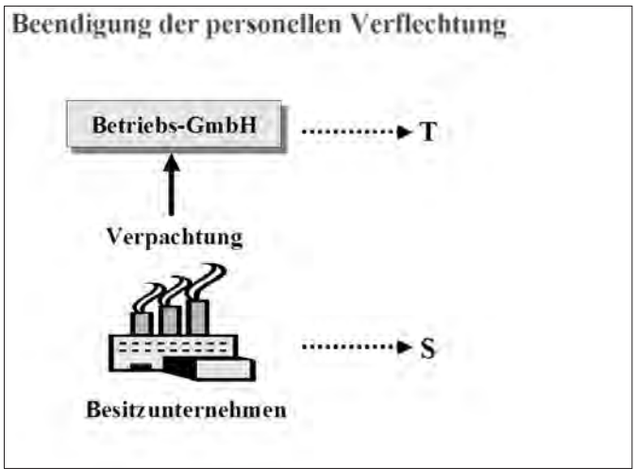
In der Zeit von 1976 bis 2000 war die Betriebsaufspaltung eine der beliebtesten Gestaltungen im Gesellschaftsrecht, da die Haftung des Besitzunternehmens für die betrieblichen Risiken auf die Betriebs-GmbH verlagert wurde und zugleich zahlreiche einkommen- und gewerbesteuerliche Vorteile die Folge sind: Durch die Geschäftsführervergütung der für die Betriebs-GmbH tätigen Gesellschafter-Geschäftsführer wird die Gewerbesteuer gemindert; zugleich können für diese Geschäftsführer mit steuerlicher Wirkung Pensionszusagen vereinbart werden. Der Hauptvorteil bestand aber in der von Bundeskanzler *Helmut Schmidt* 1976 geschaffenen Anrechnung der Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer der Gesellschafter, so dass eine weitgehende ertragsteuerliche Rechtsformneutralität erreicht wurde, die erst wieder aufgrund der von Finanzminister *Hans Eichel* im Jahr 2000 initiierten Steuerreform verloren ging. Seit dieser Zeit ist die GmbH & Co. KG wieder die beliebteste Gesellschaftsform im gewerblichen Bereich.

Die Achillesferse der Betriebsaufspaltung ist der Verlust der sachlichen und/oder personellen Verflechtung: Wenn die GmbH-Anteile nicht mehr (Sonder-)Betriebsvermögen des Besitzunternehmens sind, werden die stillen Reserven der GmbH realisiert. Sofern auch die Betriebsaufspaltung mit der Rechtsfolge der Betriebsaufgabe endet, gilt dasselbe für das Besitzunternehmen.

II. Beendigung der personellen Verflechtung einer Betriebsaufspaltung

1. Beendigung durch letztwillige Verfügung

Beispiel:
Unternehmer U hinterlässt ein Testament, wonach – jeweils vorausvermächtnisweise – T die Anteile an dem Betrieb und der Sohn S das Grundstück erhält. Im Übrigen sollen T und S Erben zu gleichen Teilen sein.



Vermächtnisse haben keine dingliche Wirkung, so dass die Beendigung der personellen Verflechtung erst mit Vermächtniserfüllung eintritt. In der Zwischenzeit fungiert der Gesamtrechtsnachfolger, also der Erbe oder die Erbengemeinschaft als Unternehmernachfolger. Sofern beide Kinder die Vermächtnisse gem. § 2307 BGB ausschlagen und den Betrieb auf dem gemeinsamen Grundbesitz fortsetzen, bleibt die Betriebsaufspaltung mit der Folge der Buchwertfortführung bestehen. Auch durch einen Erbvergleich kann die steuerschädliche Wirkung des von U hinterlassenen Testaments vermieden werden.[105]

2. Beendigung der personellen Verflechtung durch Vorwegerbfolge

Beispiel:
Mit notarieller Vereinbarung vom 30.12.2002 übertrug der Kläger seinem Sohn seine GmbH-Beteiligung und das Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Bezüglich des Einzelunternehmens behält sich der Kläger auf Lebenszeit das unentgeltliche Nießbrauchsrecht „an dem übertragenen Einzelunternehmen, insbesondere am Grundbesitz" vor.

Aufgrund einer Betriebsprüfung erließ das Finanzamt einen geänderten Einkommensteuerbescheid 2002, in dem es einen von der Betriebsprüfung ermittelten Aufgabegewinn in Höhe von 854.594 € erfasste.

a) Betriebsaufspaltungsentscheidung des X. Senats

Nicht nur bei der Übertragung eines Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt (vgl. oben A II. 3), sondern auch bei einer Betriebsaufspaltung unter Nießbrauchsvorbehalt will die Rechtsprechung eine Aufdeckung der stillen Reserven annehmen. Die Entscheidung des X. BFH-Senats vom 21.1.2015[106] hat folgenden Leitsatz:

> *Eine Betriebsaufspaltung endet, wenn sowohl das Besitzunternehmen als auch die GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf einen Dritten übertragen werden (hier: Übertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge an den Sohn des Betriebsinhabers).*

Eine personelle Verflechtung ist gegeben, wenn eine Person oder Personengruppe beide Unternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen.[107]

Gemäß Rn 43 endet eine Betriebsaufspaltung,[108] wenn sowohl das Besitzunternehmen als auch die GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf einen Dritten übertragen werden. Aufgrund des Nießbrauchsrechts an dem Besitzunternehmen zu Gunsten einer Person oder Personengruppe beherrsche diese zwar das Besitzunternehmen, nicht aber die GmbH, da dem Gesellschafter die Kompetenz, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selbst abzustimmen, durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Anteil nicht genommen werde.

b) Urteilskritik

aa) Stimmrechtskonkordanz

Slabon[109] weist zutreffend darauf hin, dass Vorsicht geboten sei, wenn von einem Übertragungsvorgang nur eine Gesellschaft betroffen ist. Die Gefahr des Verlusts der personellen Verflechtung sei nicht gegeben, wenn Anteile an der Besitz-Personengesellschaft **kongruent** mit den Anteilen an der Betriebs-KG übertragen werden. Der Übergeber hat diesen Rat befolgt und sowohl sein Besitzunternehmen als auch alle GmbH-Anteile im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf seinen Sohn übertragen und sich bezüglich des Einzelunternehmens das unentgeltliche Nießbrauchsrecht vorbehalten, das sich auch auf die GmbH-Anteile bezog. Dennoch endet nach dem Urteil des X. BFH-Senats die personelle Verflechtung und damit die Betriebsaufspaltung,

[104] Vgl. *Carle*, Die Betriebsaufspaltung, 2003, Rn 3 m. w. N.

[105] Zu den Regelungsmöglichkeiten mit einkommen- und erbschaftsteuerlicher Wirkung vgl. *Spiegelberger*, ErbR 2012, 165.

[106] BFH, Beschl. v. 21.2.2015 – X R 16/12, GmbHR 2015, 776.

[107] Vgl. BFH BStBl 2002 II, 771.

[108] *Söffing/Micker*, Die Betriebsaufspaltung, 5. Aufl. 2013, schließen sich der Entscheidung des FG Münster EFG 2012, 1926, und damit der Entscheidung des BFH DStR 2015, 776 an.

[109] *Slabon*, FS für Spiegelberger 2009, 430, 435.

weil der Nießbraucher zwar das Besitzunternehmen, nicht aber die GmbH beherrsche; vielmehr stünden die Stimmrechte dem Gesellschafter der GmbH zu. Der X. BFH-Senat bezieht sich hinsichtlich der Stimmrechtsausübung auf die Rechtsprechung des BGH vom 9.11.1998,[110] die zu einer **Personengesellschaft** ergangen ist.

Die Bezugnahme des X. BFH-Senats auf diese BGH-Entscheidung überrascht, da der BGH zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts entschieden hat, die damalige Entscheidung des X. BFH-Senats aber eine Betriebsaufspaltung zwischen einem Einzelunternehmen und einer Betriebs-GmbH betrifft, zumal bei Einzelunternehmen keine Stimmrechtsverteilungsproblematik besteht. Vielmehr hätte der X. BFH-Senat sich mit früheren Entscheidungen zur Betriebsaufspaltung mit Nießbrauchsrechten auseinandersetzen müssen. Bei den Betriebsaufspaltungsentscheidungen des IV. Senats[111] und des VIII. Senats[112] hat jeder Senat festgestellt, dass ein Nießbrauchsrecht der Annahme einer Betriebsaufspaltung nicht entgegenstehe. Bei der Abweichung von den Entscheidungen dieser Senate wäre meines Erachtens grundsätzlich deren Zustimmung erforderlich gewesen.

bb) Einheitlicher Nießbrauch an dem Besitzunternehmen und an der Betriebs-GmbH

Bei einer Betriebsaufspaltung sind die GmbH-Anteile Betriebsvermögen des Einzelunternehmers, bei Besitzpersonengesellschaften Sonderbetriebsvermögen des Besitzunternehmens.

Der mitgeteilte Sachverhalt lautet:

Bezüglich des Einzelunternehmens behält sich der Kläger auf Lebenszeit das unentgeltliche Nießbrauchsrecht *„an dem übertragenen Einzelunternehmen, insbesondere am Grundbesitz“* vor. Das Nießbrauchsrecht bezog sich auch auf die GmbH-Anteile.

Der X. BFH-Senat hat nicht erkannt, dass es sich bei dem vorliegenden Sachverhalt um eine **Einheits-Betriebsaufspaltung** handelt und dass nur **ein** Nießbrauchsrecht, nämlich an dem Besitzunternehmen, bestellt wurde, das sich – wie z. B. bei einer Pfanderstreckung – auch auf die GmbH-Anteile bezog. Damit wurden gerade nicht zwei unterschiedliche Nießbrauchsrechte, sondern nur ein Nießbrauchsrecht für das Besitzunternehmen bestellt. Der Verfasser der Notarurkunde wollte mit der Erstreckung des Nießbrauchs auf die GmbH-Anteile den Fortbestand der Einheits-Betriebsaufspaltung und das Bestehen der Beherrschungsidentität bekunden. Eine abweichende Erklärung, dass nur das Besitzunternehmen von dem Nießbrauch betroffen sei, hätte, wie *Slabon* zu Recht ausführt, die Gefahr des Verlusts der Beherrschungsidentität hervorgebracht.[113] Die Behauptung in der Urteilsbegründung, dass der Notar zwei getrennte, inhaltlich unterschiedliche Nießbrauchsrechte beurkundet habe, ist somit unzutreffend.

Zumindest ergibt sich im Wege der Auslegung, dass ein **einheitliches** Nießbrauchsrecht bestellt wurde, das nicht in mehrere Nießbrauchsrechte mit einem unterschiedlichen Regelungsinhalt aufgeteilt werden kann. Die für Betriebsaufspaltungen kennzeichnende Beherrschungsidentität[114] tritt am deutlichsten zu Tage, wenn sowohl am Besitzunternehmen als auch an der Betriebs-GmbH eine Beteiligungsidentität besteht. Den Beteiligten – ohne eine entsprechende abweichende Vereinbarung – kann nicht unterstellt werden, dass sie für das Einzelunternehmen einen Nießbrauch mit anderen Rechtsfolgen als an der Betriebs-GmbH anstrebten. Einem Vater, der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sein Einzelunternehmen und alle GmbH-Anteile übergibt und sich zu seiner Altersversorgung ein dingliches Nutzungsrecht vorbehält, kann nicht unterstellt werden, dass er bei dem Einzelunternehmen andere Rechtsansprüche geltend machen will als bei der Betriebs-GmbH.

Crezelius[115] führt zur Kontinuität der Einheits-Betriebsaufspaltung Folgendes aus:

> *Da der Anteil an der Betriebs-Kapitalgesellschaft zum Sonderbetriebsvermögen II bzw. bei der Ein-Personen-Betriebsaufspaltung zum notwendigen Betriebsvermögen zählt und sich die mitunternehmerische Position unter Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens ergibt, kommt es in toto zur Vermeidung einer Gewinnrealisierung. Die ertragsteuerrechtlichen Regelungen für die Nachfolge in Kapitalgesellschaftsanteile gelten hier nicht, weil der Anteil an der Betriebskapitalgesellschaft – unabhängig von der Beteiligungshöhe – als sonderverstricktes Sonderbetriebsvermögen II dem Schicksal der mitunternehmerischen Beteiligung folgt. Demnach kommt es bei einer Einheits-Betriebsaufspaltung nur zu einer Gewinnrealisierung, wenn die Beteiligungen am Besitzunternehmen und an der Betriebs-GmbH auf verschiedene Personen übertragen werden.*

cc) Stimmrechtsverteilung

Selbst wenn die Vertragsauslegung ergeben würde, dass zwei Nießbrauchsrechte bestellt wurden, nämlich ein Nießbrauchsrecht am Besitzunternehmen und ein getrenntes Nießbrauchsrecht an den GmbH-Anteilen, würde dies keine andere Beurteilung erlauben. *Wedemann* hat in einem rechtsvergleichenden, die Rechtslage in Italien, Österreich und der Schweiz umfassenden Beitrag[116] nachgewiesen, dass die Vertragsteile nicht an normative Stimmrechtsverteilungen gebunden sind, sondern dass auch ein nach der normativen Verteilung dem Nießbraucher zustehendes Stimmrecht vollumfänglich auf den Anteilsinhaber übertragen werden kann, der Inhaltsnießbrauch also dispositiv ist. Da sich nach dem Inhalt der Notarurkunde das am Besitzunternehmen bestellte Nießbrauchsrecht auch auf die GmbH „bezog“, gibt es keinen Anhaltspunkt, dass die Beherrschung durch zwei Nießbrauchsrechte mit unterschiedlichem Inhalt eingeschränkt werden sollte.

dd) Beherrschung

Für die Beherrschung im Sinne einer Betriebsaufspaltung sind auch mündliche Abreden und die tatsächlichen Verhältnisse zu würdigen. War wegen der Nießbrauchsbestellung an den GmbH-Anteilen und an dem Einzelunternehmen nicht eine gemeinsame Beherrschung gewollt oder vereinbart? Wenn zwischen der Betriebsübertragung im Jahr 2002 und der Entscheidung des BFH vom 21.1.2015 keine Interessensgegensätze zwischen Vater und Sohn erkennbar waren, ist aus der konfliktfreien Zusammenarbeit über einen langen Zeitraum die Vermutung der gemeinsamen Beherrschung naheliegend. Während der BFH in den vergangenen Jahrzehnten den Anwendungsbereich der Betriebsaufspaltung weiter ausgeweitet hat, um trotz einer Verpachtung Gewerbesteuer zu erheben, müssen auch für die Beendigung einer Betriebsaufspaltung

[110] II ZR 2013/97, NJW 1999, 571.
[111] BStBl 1989 II, 1014.
[112] BStBl 1997 II, 530.
[113] *Slabon*, FS Spiegelberger 2009, 430, 435.
[114] Vgl. *Carlé*, Die Betriebsaufspaltung, 2003, Rn 344.
[115] Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009, § 12 Betriebsaufspaltung, Rn 418, S. 286.
[116] NZB 2013, 1281, 1289.

erhöhte Anforderungen greifen, um unerwartete Zugriffsmöglichkeiten aus fiktiver Gewinnrealisierung zu verhindern.

Bei Verträgen unter nahestehenden Personen kommt es nicht nur auf die getroffenen Vereinbarungen an, sondern ganz entscheidend auf die Art und Weise der Durchführung. In der Tatbestandsschilderung des FG Münster und des BFH wird die Ausübung des Stimmrechts nicht geschildert. In dem oben (unter B. II. 1.) erwähnten Urteil des FG Münster v. 23.9.2008 war der entscheidende Umstand, dass trotz vorhergegangener sieben Betriebsprüfungen ohne Beanstandung bei der achten Betriebsprüfung der Prüfer zu dem Ergebnis kam, dass die Nießbraucherin das Stimmrecht nie ausgeübt hatte und somit kein mitunternehmerischer Nießbrauch, sondern ein Ertragsnießbrauch vorlag, der die Zurechnung der betrieblichen Ergebnisse nicht rechtfertigte, so dass nicht die Nießbraucherin, sondern der Gesellschafter die laufenden Erträge versteuern musste.

Hinzu kommt der Umstand, dass bei einem Einzelunternehmen der Besitzunternehmer Alleinberechtigter der Anteile an der Betriebs-GmbH ist, so dass der bestellte Nießbrauch am Besitzunternehmen automatisch auch das Stimmrecht hinsichtlich des Anteils an der Betriebs-GmbH erfasst, da die Wirkungen einer Einheitsbetriebsaufspaltung vorliegen. Aufgrund der Darlegungen oben A II. 3. f) sind Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller gebunden, Stimm- und Verwaltungsrechte gemeinsam auszuüben.

Das Finanzgericht hätte ermitteln müssen, ob und welche Regelungen hinsichtlich der Nießbrauchsausübung an der Betriebs-GmbH und an dem Besitzunternehmen bestanden und in welcher Weise sie tatsächlich ausgeübt wurden.

ee) Innengesellschaft

Oben (A. II. 3. f)) wurde dargelegt, dass im Anschluss an *Wedemann* der Nießbraucher jedenfalls im Innenverhältnis Gesellschafterrechte ausübt, so dass Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher Gesellschafter einer **Innengesellschaft** sind. Selbst wenn keine Innen-GbR gem. § 705 BGB vorläge, rechtfertigt nach BGH (LM § 723 Nr. 6) die ähnliche Interessenlage die Heranziehung einzelner Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. Gemäß § 709 Abs. 1 BGB steht die Führung der Geschäfte der Betriebsaufspaltung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Meines Erachtens reicht es für die Beherrschung im Sinne einer Betriebsaufspaltung aus, dass der Inhaber des Gesellschaftsvermögens und der Nießbraucher jedenfalls im Innenverhältnis verpflichtet sind, alle Geschäfte gemeinschaftlich zu führen.

ff) Fortbestand einer Betriebsverpachtung

Darüber hinaus fehlt in dem entschiedenen Fall die Untersuchung, ob der Verpachtung des Besitzunternehmens eine **Betriebsverpachtung** an die GmbH zu Grunde liegt, welche die Buchwertfortführung beim Besitzunternehmen rechtfertigt.[117]

Gem. § 16 Abs. 3b S. 1 Nr. 1 EStG gilt in den Fällen der Betriebsverpachtung im Ganzen ein Gewerbebetrieb nicht als aufgegeben, bis der Steuerpflichtige die Aufgabe i. S. d. Abs. 3 S. 1 EStG ausdrücklich gegenüber dem Finanzamt erklärt. Die Einschränkungen gem. Nr. 2 dieser Vorschrift sind nicht gegeben, da offensichtlich während der 13-jährigen Entscheidungsdauer Interessensgegensätze bei den Beteiligten nicht aufgetreten sind. Es zeigt sich wiederum, dass eine ohne gesetzliche Grundlage durch Richterrecht geschaffene Steuerpflicht zu unkalkulierbaren Ergebnissen in der Praxis führt. Die BFH-Richter *Meßmer*[118] und *G. Söffing*[119] haben zu Recht vor dieser Steuererhebung gewarnt.

gg) Ergebnis

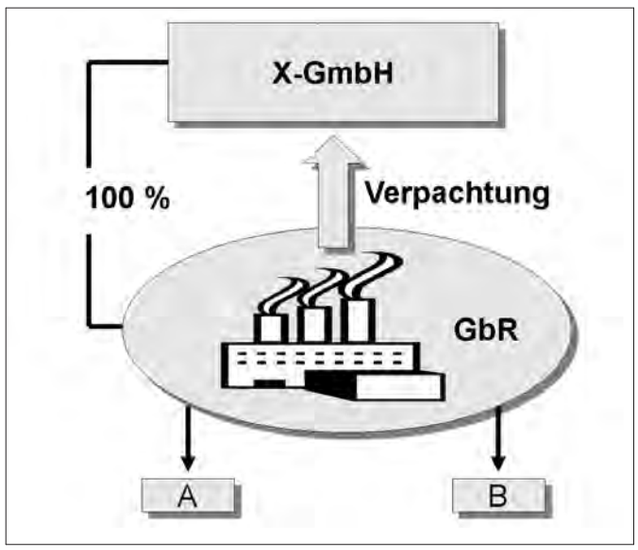
Die Entscheidung des X. Senats ist schon wegen unrichtiger Sachverhaltsinterpretation unzutreffend. Die Nießbrauchsbestellung war kein Umstand, der zur Gewinnrealisierung führte. Die Entscheidung wird zu Recht von *Wachter*[120] kritisiert, da sie weder sachlich überzeugend sei noch zu einer rechtsformneutralen Besteuerung beitrage.

III. Einheitsbetriebsaufspaltung

Felix[121] hat den Begriff der Einheitsbetriebsaufspaltung für die Gründungsvariante geprägt, dass das Besitzunternehmen die alleinige Gesellschafterin der Betriebs-Gesellschaft ist. Diese Gestaltung hat erheblich an Bedeutung gewonnen, weil der einheitliche Betätigungswille sowohl auf der Ebene der Betriebskapitalgesellschaft als auch bei dem Besitzunternehmen durch die genannte Beteiligungsvariante gesichert und die Gefahr ungewollter Beendigungen der Betriebsaufspaltung, z. B. durch unterschiedliche Vererbung von Gesellschaftsanteilen, gebannt ist. Würde z. B. ein Gesellschafter bei einer Einheitsbetriebsaufspaltung eine letztwillige Verfügung hinsichtlich eines GmbH-Anteils treffen, bliebe die Betriebsaufspaltung dennoch nach dem Todesfall bestehen, da der GmbH-Anteil Betriebsvermögen der KG ist, über den ein Gesellschafter der Besitz-Gesellschaft nicht isoliert letztwillig verfügen kann.

Die Gründung einer Einheitsbetriebsaufspaltung erfolgt am einfachsten in der Weise, dass das Besitzunternehmen die Betriebskapitalgesellschaft gründet und dieser den Betrieb verpachtet.

Die Einheitsbetriebsaufspaltung ist eine Sicherungsvariante, um die Gefahr ungewollter Betriebsbeendigungen einer Betriebsaufspaltung zu vermeiden.



[117] Vgl. BFH 2008 II, 129 und 2009 II, 699; H 16.2 Abs. 2 EStH „*Beendigung der Betriebsaufspaltung*"; *Neufang/Bohnenberger*, DStR 2016, 578.

[118] StuW 1988, 235.

[119] DStR 1996, 1225.

[120] GmbHR 2015, 781.

[121] *Felix*, Kölner Hdb. der Betriebsaufspaltung, Rn 4 unter Hinweis auf *Beinert*, StbJb 1976/77, 238.

E. Zusammenfassung

1. Bei der Übertragung von Immobilien im steuerlichen Privatvermögen gibt der Übergeber regelmäßig die übertragene Immobilie nicht völlig aus der Hand, sondern behält sich Widerrufs- und Versorgungsrechte vor. Mit dem Vorbehalt des Nießbrauchs sichert sich der Übergeber die Verwaltungs- und Ertragsrechte, sodass diese Gestaltung eine erhebliche Bedeutung gewonnen hat.

2. Nach den zitierten Entscheidungen des X. BFH-Senats führt der Vorbehaltsnießbrauch beim Einzelunternehmen und bei einer Betriebsaufspaltung zur Gewinnrealisierung, sodass diese Gestaltungen für die Vertragspraxis obsolet geworden sind. Auch bei gewerblichen und gewerblich geprägten Personengesellschaften ist die Stimmrechtsausübung ein Tatbestandsmerkmal für die Mitunternehmerschaft, so dass selbst bei fachkundiger Vertragsgestaltung von der Finanzverwaltung festgestellte Abweichungen bei der Ausübung des Stimmrechts zu überraschenden Verlagerungen der Einkommensbesteuerung führen. Die Vertragspraxis ist gut beraten, die Sicherung der Übergeber nur durch Versorgungsrenten vorzusehen, wobei die Rechtsform der dauernden Last zu empfehlen ist, da auch der Nießbrauch Volatilität aufweist.

3. Nach der BFH-Rechtsprechung des GrS v. 12.5.2003[122] ist Sinn und Zweck der vorweggenommenen Erbfolge die existenzielle Gefährdung durch Aufdeckung stiller Reserven zu vermeiden. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 17.12.2015[123] betont, dass gewichtige Gemeinwohlgründe dafür sprechen, mittelständische Familienunternehmen vor möglichen Liquiditätsproblemen zu bewahren und die Existenz dieser Betriebe zu sichern. Die zitierte Rechtsprechung des X. BFH-Senats bedarf demnach der Korrektur.

4. In der Tatbestandsschilderung wird erwähnt, der beurkundende Notar habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es zur Aufdeckung stiller Reserven komme, wenn die Finanzverwaltung die Betriebsaufspaltung aufgrund des Vertrags nicht mehr anerkennen würde. Dieser ausschließlich dem Haftungsausschluss des Notars dienende Hinweis wurde offensichtlich von der Finanzverwaltung missverstanden. *Hiltz*[124] beklagt den in vielen Notarverträgen zur Haftungsvermeidung routinemäßig eingefügten Satz: „*Der Notar hat nicht über Steuerfolgen belehrt*“, da der BFH[125] den von dem Notar in die Urkunde aufgenommenen Haftungsausschluss als Erklärung der Beteiligten bewertete, dass die Frage des Entstehens bzw. die Höhe der Schenkungsteuer erkennbar nicht zur Grundlage des Vertrages gemacht worden sei. Meines Erachtens sollten Haftungshinweise und Haftungsausschlüsse des beurkundenden Notars in von der Urkunde getrennten Schriftstücken erfolgen und erst bei der Ablage der Urkunde in der Urkundensammlung mit der Urkunde verbunden werden, um der Finanzverwaltung und -rechtsprechung keine Handhabe zu bieten, aus Haftungsbeschränkungen des Notars negative Interpretationen zu Lasten der Beteiligten der Urkunde zu konstruieren.[126]

Dr. Sebastian Spiegelberger
ist Notar a. D. in Rosenheim.
E-Mail: spiegelberger@s-w-a.de

[122] BFH, Beschl. v 12.5.2003 – GrS 2/00.
[123] BStBl 2015 II, 50, Rn 160.
[124] *Hiltz*, FS für Spindler, 2011 S. 693, 698.
[125] BFH/NV 2010, 896.
[126] Vgl. Beck’sches Notarhdb./*Spiegelberger*, 6. Aufl. 2015, E Rn 279.

rechtsprechung

BGH

Der lebensgefährliche Wohnungsberechtigte

1. Will der Grundstückseigentümer oder eine diesem nahestehende Person mit dem Berechtigten eines dinglichen Wohnungsrechts nicht mehr auf dem belasteten Grundstück zusammenleben, weil der Berechtigte an einem von ihnen ein vorsätzliches Tötungsdelikt begangen hat, kann die unveränderte Ausübung des Wohnungsrechts eine unzumutbare Belastung darstellen, die der Grundstückseigentümer bzw. sein Erbe nicht hinnehmen muss.

2. Folge dessen ist aber regelmäßig nicht die Verpflichtung zur (entschädigungslosen) Aufgabe des Rechts, sondern die Verpflichtung, es auf Verlangen des Grundstückeigentümers nicht mehr selbst, sondern durch Überlassung an Dritte auszuüben.

(amtliche Leitsätze)

BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15
BGB §§ 242, 543, 1020 S. 1, 1093, 1169

Entscheidung:

Zwei Brüder waren Miteigentümer und Bewohner eines mit einem Wohngebäude bebauten Grundstücks. Der eine Bruder übertrug seinen Miteigentumsanteil schenkungsweise auf den anderen, behielt sich aber das lebenslange dingliche Wohnungsrecht an der oberen Wohnung vor, während der andere als Eigentümer die untere bewohnte. Bei einem Streit tötete der Wohnungsberechtigte später seinen Bruder und wurde infolgedessen zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und neun Monaten verurteilt, die er derzeit verbüßt, und für erbunwürdig erklärt.

Die Alleinerbin des Getöteten, seine Mutter, klagte auf entschädigungslose Löschung des Wohnungsrechts, welches verwirkt sei. Der BGH folgte dem nicht. Vertragliche Kündigungsansprüche wurden mangels entsprechender Vereinbarung ebenso verneint wie die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Für einen auf § 242 BGB gestützten Löschungsanspruch könne schließlich, wenn überhaupt, nur dann Raum sein, falls erhebliche Nachteile, die das dienende Grundstück durch Bestehenbleiben oder Ausübung der betreffenden Dienstbarkeit erleide, in keinem vernünftigen Verhältnis mehr zu einem bloß geringfügigen Nutzen stünden, den sie für den Berechtigten habe.

Das Wohnungsrecht des Beklagten habe den Vorteil, den es ihm bietet, jedoch nicht dauerhaft eingebüßt. Der Beklagte könne es zwar während seiner Strafhaft nicht ausüben. Danach aber stehe es ihm weiterhin in dem eingeräumten Umfang zur Verfügung.

Eine Besonderheit sei jedoch, dass der Berechtigte nur Teile des Anwesens bewohnen dürfe. Das Wohnungsrecht umfasse damit nämlich nach § 1093 Abs. 3 BGB auch die Befugnis, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitzubenutzen.

Die unveränderte Ausübung eines dinglichen Wohnungsrechts könne in diesem Fall eine unzumutbare Belastung darstellen. Diese müsse der Grundstückseigentümer bzw. sein Erbe nicht hinnehmen, wenn der Grundstückseigentümer oder eine diesem nahestehende Person mit dem Berechtigten des Wohnungsrechts nicht mehr auf dem belasteten Grundstück zusammenleben wolle, weil dieser an einem von ihnen ein vorsätzliches Tötungsdelikt begangen habe.

Folge dessen sei aber regelmäßig nicht die Verpflichtung zur (entschädigungslosen) Aufgabe des Rechts, sondern die Verpflichtung, es auf Verlangen des Grundstückeigentümers nicht mehr selbst, sondern durch Überlassung an Dritte auszuüben, was sich aus der Pflicht zur schonenden Ausübung des dinglichen Rechts gem. § 1020 Abs. 1 ergebe. Dieses gesetzliche (Begleit-)Schuldverhältnis trage gemeinschaftsähnliche Züge, was zu einem Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung gemäß § 745 Abs. 2 BGB führe. Dazu gehöre hier, auf die persönliche Nutzung des Wohnungsrechts zu verzichten. Die für eine Überlassung an Dritte erforderliche Zustimmung sei der Grundstückseigentümerin zuzumuten.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist über die sich als „*conversation piece*“ eignenden Umstände des Einzelfalles hinaus insoweit instruktiv, als sie deutlich macht, wie sicher die dingliche Absicherung eines Rechts tatsächlich ist.

Der BGH urteilt mit großer Nüchternheit im Bereich des Sachenrechts und betrachtet das dingliche Recht im Grundsatz ohne Ansehung der aktuell davon betroffenen Personen. Ein Wohnungsrecht erlischt nach §§ 1019, 1090 Abs. 2 BGB nur, wenn der durch ein solches Recht vermittelte Vorteil für den Rechtsinhaber dauerhaft erlischt. Hier ist der Vorteil für den Totschläger aber nicht dauerhaft entfallen, sondern nur für die Zeit der Strafhaft.

Allerdings geht das Mitgefühl der Richter dann doch soweit, den nahestehenden Personen des Getöteten nicht zumuten zu wollen, mit dem Täter zusammenleben zu müssen.

Dass die Lösung des BGH den Betroffenen jedoch die Verpflichtung auferlegt, entgegen § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB dem Täter zu erlauben, die Ausübung des Rechts einem Dritten zu überlassen, ist zumindest diskussionswürdig. Zum einen für die Zeit der Haft des Berechtigten allein schon deshalb, weil insoweit allein die Haft und nicht etwa die Unzumutbarkeit des Zusammenlebens gegen die Wahrnehmung der Rechte aus dem Wohnungsrecht spricht. Eine Wahrnehmung durch Dritte dürfte hier also ausscheiden.

Zum anderen bleibt auch nach der Haftentlassung, wenn die Ausübung des Wohnungsrechts Dritten überlassen wird, unmittelbarer Rechtsinhaber weiterhin der Täter. Kommt es zum Streit über die konkrete Ausübung der Dienstbarkeit bleibt erneut nur die (rechtliche) Auseinandersetzung mit einem Totschläger. Das (Begleit-)Schuldverhältnis zwischen Täter und den Erben seines Opfers will der BGH also nicht beenden, was letzteren ebenfalls schwer zuzumuten ist – wenn auch sicher minder schwer im Vergleich zum Zusammenleben.

Alternativ wäre auch ein – jedoch nicht eingeklagter – Anspruch auf Löschung gegen eine angemessene Entschädigung (unter Nichtberücksichtigung der Haftzeit) zumindest eine erörterungswürdige Lösung gewesen. Dass Rechtsgrund für die Einräumung des Wohnungsrechts keine Schenkung war, sondern dieses als Gegenleistung für die Übertragung des Miteigentums diente, spricht – so auch der BGH – allerdings gegen einen vollständigen Verzicht auf eine Gegenleistung.

Der Versuch, die Entscheidung in eine konkrete Beratungssituation zu übertragen, endet schnell im Absurden: Möchte ein Wohnungsberechtigter sein Recht gegen den Willen des Eigentümers durch einen Dritten ausüben lassen, müsste diesem erläutert werden, dass er sein Ziel durch die Tötung des Eigentümers erreichen könne.

Dr. Jens Jeep, Hamburg

BGH

Vorkaufsrecht des Mieters bei Verkauf eines Grundstücks durch den Vermieter und beabsichtigter Realteilung durch den Erwerber

1. Ein Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB analog wird bei Veräußerung eines noch ungeteilten Gesamtgrundstücks und beabsichtigter Realteilung nur dann begründet, wenn der Verkäufer als Vorkaufsverpflichteter in dem mit dem Erwerber abgeschlossenen Kaufvertrag die Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat. Ob dies der Fall ist, ist dem Kaufvertrag im Wege der Auslegung zu entnehmen. Weiter setzt die Entstehung eines solchen Vorkaufsrechts voraus, dass die vom Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Einzelfläche in dem Kaufvertrag bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 22. November 2013 – V ZR 96/12, BGHZ 199, 136 Rn 17, 22 ff.).

2. § 467 Satz 1 BGB sichert das Interesse des Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechts beim Verkauf mehrerer Gegenstände, die nur zum Teil dem Vorkaufsrecht unterliegen, und schränkt damit den in § 464 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatz der Vertragsidentität ein. Damit bestimmt das Vorkaufsrecht und nicht der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag, welche Gegenstände der Vorkaufsberechtigte in Ausübung seines Rechts erwerben kann (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Juni 2006 – V ZR 17/06, BGHZ 168, 152 Rn 21 ff.).

3. § 467 Satz 1 BGB ist auf den Fall des Verkaufs eines nur teilweise mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks entsprechend anzuwenden (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. Oktober 1969 – V ZR 155/66, LM § 508 BGB aF Nr. 1).

4. Der Vorkaufsverpflichtete kann jedoch gemäß § 467 Satz 2 BGB (analog) verlangen, dass der Vorkauf auf alle Gegenstände beziehungsweise auf das gesamte Grundstück erstreckt wird, wenn nach Abtrennung der vorkaufsbelasteten Gegenstände lediglich ein isoliert nicht sinnvoll nutzbarer Gegenstand verbliebe, für den sich kein adäquater Preis erzielen ließe (Fortführung von BGH, Urteil vom 27. Januar 2012 – V ZR 272/10, NJW 2012, 1354 Rn 18).

(amtliche Leitsätze)

BGH, Urt. v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15
BGB §§ 433, 464 Abs. 2, 467, 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2

Entscheidung:

Die Entscheidung des BGH betrifft die klageweise Geltendmachung des Mietervorkaufsrechts im Fall des Verkaufs eines Grundstücks durch den Vermieter und die beabsichtigte Realteilung desselben durch eine Mehrheit von Erwerbern. Der Entscheidung liegt folgender (vereinfachter) Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin war seit dem Jahr 1989 Mieterin eines Einfamilienreihenhauses in Aachen. Das Grundstück, auf dem sich das Einfamilienhaus befand, war noch mit weiteren Wohn- und Nebengebäuden bebaut. Das Eigentum an diesem Gesamtgrundstück war mit Wirkung vom 1.1.2005 von Gesetzes wegen auf die Beklagte übergegangen.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.12.2012 veräußerte die Beklagte das Gesamtgrundstück an fünf Ehepaare sowie an eine Einzelperson zu einem Gesamtkaufpreis von rund 1,2 Mio. €. In einem dem Kaufvertrag beigefügten Lageplan waren noch zu vermessende Teilflächen ausgewiesen worden, denn die Käufer wollten das Grundstück nicht gemeinschaftlich erwerben, sondern das Ziel bestand vielmehr darin, den Käufern jeweils eine Teilfläche zu übertragen. Im Kaufvertrag waren demgemäß sowohl das Gesamtgrundstück als auch die noch zu bildenden Grundstücksteilflächen als Kaufgegenstand bezeichnet worden. Überdies war in der notariellen Kaufvertragsurkunde geregelt, dass die Erwerber jeweils einen auf ihre noch zu vermessende Grundstücksteilfläche entfallenden Anteil des Gesamtkaufpreises zu entrichten hätten. Der Ausweis dieser Kaufpreisanteile erfolgte allerdings nur zum Zwecke der Berechnung der Grunderwerbsteuer und der sonstigen Kosten, denn im Verhältnis zur Verkäuferin hafteten sämtliche Erweber als Gesamtschuldner für die gesamte Kaufpreissumme. Auf die mit dem von der Klägerin genutzten Einfamilienhaus bebaute Teilfläche entfiel ein Kaufpreisanteil von 163.353 €.

In einer weiteren notariellen Urkunde vom 14.12.2012 trafen die am Kaufvertrag beteiligten Käufer eine Vereinbarung über die künftige Ausgestaltung ihrer Miteigentümergemeinschaft. In der Vorbemerkung zu dieser Vereinbarung heißt es unter Bezug-

nahme auf den anliegenden Lageplan, die Vertragsschließenden hätten den Grundbesitz „*zum Eigentum zu Teilflächen*“ erworben.

Die Klägerin übte in der Folgezeit ein ihr angeblich zustehendes Mietervorkaufsrecht aus und erwirkte im Wege einer einstweiligen Verfügung, dass zu ihren Gunsten eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung, gerichtet auf die noch zu vermessende Teilfläche, im Grundbuch eingetragen wurde.

Im Oktober 2013 wurden die im Kaufvertrag bezeichneten Teilflächen vermessen. Das Grundbuch wurde entsprechend fortgeschrieben.

Mit ihrer Klage machte die Klägerin ihren vermeintlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung an dem zwischenzeitlich vermessenen Flurstück, Zug um Zug gegen Zahlung von 163.353 €, geltend. Das zuständige Amtsgericht hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebte die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Der BGH legt den notariellen Kaufvertrag dahingehend aus, dass dieser darauf gerichtet sei, den einzelnen Käufern den Erwerb der im Vertrag näher bezeichneten Grundstücksteilflächen zu ermöglichen, und die Verkäuferin (Beklagte) demgemäß dazu verpflichtet gewesen sei, die Entstehung der zu vermessenden Teilflächen und den Eigentumsübergang an denselben zu gewährleisten. Die Verkäuferin habe also nicht lediglich die Verpflichtung übernommen, ein ungeteiltes Grundstück zu veräußern. Die schuldrechtliche Verpflichtung bestehe vielmehr darin, den einzelnen Käufern das Eigentum an den ihnen im Vertrag zugeordneten Teilflächen zu verschaffen. Im Ergebnis bejaht daher der BGH in analoger Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ein Vorkaufsrecht der Klägerin (Mieterin).

Anmerkung:

Mit seiner Entscheidung führt der VIII. Zivilsenat des BGH seine Rechtsprechung zur **analogen Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** auf den Verkauf von realgeteilten Grundstücken fort. Das Gericht hatte bereits im Jahr 2008 erstmals entschieden, dass die ihrem Wortlaut nach für die Begründung von Wohnungseigentum geltende Bestimmung auch auf die **Realteilung eines Grundstücks** anzuwenden sei.[1] Demzufolge kann ein Vorkaufsrecht des Mieters sowohl im Fall des Verkaufs eines Grundstücks *nach vollzogener Realteilung* (§ 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB analog) als auch im Fall des Verkaufs eines ungeteilten Grundstücks *bei beabsichtigeter Realteilung* (§ 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB analog) in Betracht kommen.[2] Die vorliegende Entscheidung ist für die notarielle Praxis insoweit von besonderem Interesse, als sie – im Gegensatz zu den beiden zuvor ergangenen Entscheidungen – erstmals tatsächlich die Ausübung eines Vorkaufsrechts in analoger Anwendung des § 577 Abs. 1 BGB zum Gegenstand hat.[3] Darüber hinaus konkretisiert der VIII. Zivilsenat seine Rechtsprechung und knüpft hierzu an eine zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des V. Zivilsenats zum Mietervorkaufsrecht an.

In seiner Entscheidung vom 22.11.2013 hatte der V. Zivilsenat[4] darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Mietervorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (beabsichtigte Aufteilung in Wohnungseigentum) im Fall der Veräußerung eines noch ungeteilten Mehrfamilienhauses, also bei einem sog. „*en-bloc*“-Verkauf in Betracht kommt.[5] Der Senat urteilte, dass ein Vorkaufsrecht des Mieters im Grundsatz nur dann besteht, wenn sich der Verkäufer *vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet* habe und die von dem Vorkaufsrecht erfasste *zukünftige Wohnungseigentumseinheit in dem Kaufvertrag bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar* sei. Das Vorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB solle nämlich gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigen. Ebenso wenig solle der Mieter dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil in einer Bruchteilsgemeinschaft ohne Sondereigentum an der angemieteten Wohnung erwerben. Vielmehr sei ein zwar sachenrechtlich noch nicht vorhandenes, aber in seiner Entstehung bereits angelegtes Wohnungseigentum Gegenstand des Vorkaufsrechts in der zweiten Variante des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB. Deshalb komme ein Vorkaufsrecht des Mieters grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn dieser infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts einen Anspruch auf die Begründung von Wohnungseigentum gegen den Verkäufer erlange. Eine solche Sichtweise entspreche dem Zweck des Vorkaufsrechts, dem Mieter die weitere alleinige Nutzung der bislang mietweise überlassenen Wohnräume zu sichern.[6]

Der VIII. Zivilsenat greift in seiner Entscheidung diese Argumentation auf und führt aus, dass die vorgenannten, von dem V. Zivilsenat formulierten Anforderungen sinngemäß für die Entstehung eines Vorkaufsrechts bei einer beabsichtigten Realteilung eines Grundstücks zu gelten hätten. Demzufolge reiche es nicht aus, dass der Vermieter das ungeteilte Grundstück an einen Dritten veräußert und letzterer nach dem Erwerb eine Realteilung durchführt. Vielmehr müsse sich dem Kaufvertrag entnehmen lassen, dass der **Verkäufer (= Vermieter) den Vollzug der Realteilung schuldet** und somit der Käufer einen **Anspruch auf Verschaffung eines bestimmten oder zumindest bestimmbaren Teilflächengrundstücks** erwirbt. Über die Bestimmung des § 464 Abs. 2 BGB, wonach mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kauf zwischen dem Mieter und dem Vermieter *unter denselben Bestimmungen* zustande kommt, wirke sodann die vom Verkäufer übernommene Verpflichtung zur Verschaffung des Teilflächengrundstücks auch zugunsten des vorkaufsberechtigten Mieters. Die Beantwortung der Frage, ob der Kaufvertrag eine solche Pflicht des Verkäufers zur Vornahme einer Realteilung enthalte, sei durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. In dem entschiedenen Fall hatte der Senat diese Frage bejaht.

Weitere Voraussetzung für die Entstehung eines Vorkaufsrechts ist freilich, dass eine **Identität (Kongruenz) zwischen Kaufgegenstand und Mietsache** besteht. In dem vorliegenden Fall

[1] BGH, Urt. v. 28.5.2008 – VIII ZR 126/07, DNotZ 2008, 771 = *notar* 2008, 276 mit Anm. *Langhein*; vgl. ferner BGH, Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 325/09, MittBayNot 2010, 465 = NJW 2010, 3571, betreffend die Kündigungsbeschränkungen gem. § 577a BGB.

[2] BGH, Urt. v. 27.4.2016 – VIII ZR 61/15; Rn 19.

[3] Die Entscheidung v. 28.5.2008 – VIII ZR 126/07, DNotZ 2008, 771 = *notar* 2008, 276, betraf eine Feststellungsklage der Mieterin eines Reihenhauses zum Bestehen eines Vorkaufsrechts gem. § 577 BGB sowie zum Kündigungsschutz gem. § 577a BGB. Die weitere Entscheidung v. 23.6.2010 – VIII ZR 325/09, MittBayNot 2010, 465 = NJW 2010, 3571, erging zu einer Klage von Mietern eines Zweifamilienhauses gegen die vom Erwerber wegen Eigenbedarfs ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses.

[4] BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 96/12, DNotZ 2014, 218 = *notar* 2014, 133.

[5] Vgl. *Klühs*, Mietervorkaufsrecht bei *en-bloc*-Verkauf, NZM 2013, 809; BeckOGK/*Klühs*, Stand: 1.1.2017, BGB § 577 Rn 43 ff.; MüKo-BGB/*Häublein*, 7. Aufl. 2016, BGB § 577 Rn 8.

[6] Vgl. BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 96/12, Rn 16 und 22, *notar* 2014, 133 m. Anm. *Kühnlein*.

umfasste der Kaufgegenstand auch einen Miteigentumsanteil an einer Gemeinschaftsfläche, die nicht Gegenstand des Mietvertrages gewesen war. Mietsache und Kaufgegenstand waren also nicht vollends identisch. Dennoch lässt der BGH das Mietervorkaufsrecht hieran nicht scheitern, sondern deutet das nachvertragliche Verhalten des Verkäufers dahingehend, dass dieser gem. **§§ 577 Abs. 1 S. 3, 467 S. 2 BGB** von seinem Recht Gebrauch gemacht habe, den Vorkauf auf alle Teilflächen zu erstrecken, die nicht ohne Nachteile für sie getrennt werden können. Diesem Begehren sei die Mieterin nachgekommen und habe ihre Bereitschaft erklärt, auch den bislang nicht angemieteten Teil des Kaufgegenstandes zu erwerben.

Mit seiner Entscheidung vom 27.4.2016 setzt der VIII. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB im Fall des Verkaufs real geteilter bzw. zu teilender Grundstücke fort. In Ansehung der zweiten Fallgruppe – einer *beabsichtigten* Teilung – schließt sich das Gericht der jüngst ergangenen Rechtsprechung des V. Zivilsenats[7] an. Demzufolge setzt die Entstehung eines Vorkaufsrechts des Mieters voraus, dass sich aus dem Inhalt des Kaufvertrages die Verpflichtung des Verkäufers (= Vermieters) zur Vornahme der Realteilung ergibt und somit der Käufer einen Anspruch auf Verschaffung eines bestimmten oder zumindest bestimmbaren Teilflächengrundstücks erwirbt. Die vom V. Zivilsenat sowie nunmehr auch vom VIII. Zivilsenat vorgenommene Konkretisierung mindert insoweit die Rechtsunsicherheit, die mit Blick auf die zweite Variante des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB (beabsichtigte WEG-/Realteilung) besteht.

Udo Monreal, Würzburg

[7] BGH DNotZ 2014, 218 = *notar* 2014, 133.

OLG München

Pfändbarkeit des Zustimmungsrechts des Eigentümers bei Löschung einer Grundschuld

Die Löschung einer Grundschuld bedarf auch dann der Zustimmung des Eigentümers, wenn der Gläubiger neben der Löschungsbewilligung die Zustimmung zur Löschung selbst erklärt, nachdem er das Zustimmungsrecht des Eigentümers gepfändet und überwiesen erhalten hat; das Zustimmungsrecht ist nämlich nicht pfändbar (Abgrenzung zu OLG Dresden vom 25. Februar 2010, 3 W 81/10 und OLG Saarbrücken vom 7. Januar 2011, 5 W 280/10). (amtlicher Leitsatz)

OLG München, Beschl. v. 31.8.2016 – 34 Wx 18/16
BGB §§ 1179a, 1183 S. 1, 1192 Abs. 1; GBO § 27 S. 1; ZPO § 857 Abs. 1

Entscheidung:

Die Eheleute F. sind Eigentümer eines Grundstücks. Dieses Grundstück ist in Abt. III lfd. Nr. 1 mit einer Buchgrundschuld zugunsten der B. – hier Beteiligte und Beschwerdeführerin einer Beschwerde nach Grundbuchordnung – belastet. Die B. verfügt zudem über sechs weitere Grundschulden im Rang danach. Auf Grundlage einer vollstreckbaren Grundschuldbestellungsurkunde erwirkte die B. einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss. Hiermit pfändete sie in Bezug auf die in Abt. III lfd. Nr. 1 eingetragene Buchgrundschuld neben dem Anspruch der Eheleute F. auf Rückgewähr sowie einer gegenwärtigen und zukünftig entstehenden Eigentümergrundschuld Folgendes:

> *Gepfändet wird insbesondere das Zustimmungsrecht des Schuldners (Eigentümers) zur Löschung der Grundschuld gem. § 1183 BGB.*

Sodann beantragte die B., die unter Abt. III lfd. Nr. 1 eingetragene Buchgrundschuld unter Vorlage folgender Unterlagen löschen zu lassen: Sie legte eine Löschungsbewilligung vor, die unter Bezugnahme auf den ebenfalls vorgelegten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (mit dem ja wiederum das Zustimmungsrecht des Eigentümers gepfändet war) die Zustimmungserklärung für den Eigentümer zur Löschung enthielt. Das Grundbuchamt erließ jedoch eine Zwischenverfügung. Nach seiner Auffassung werde die fehlende Eigentümerzustimmung (§ 27 S. 1 GBO) nicht durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ersetzt. Hiergegen wandte sich die B. mit einer Beschwerde.

Das OLG München wies die Beschwerde zurück. Für die Löschung fehle die materiell-rechtlich nach § 1183 S. 1 BGB wie verfahrensrechtlich nach § 27 S. 1 GBO erforderliche Zustimmungserklärung des Eigentümers in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO. Soweit die B. meint, die Berechtigung zur Zustimmung pfänden und dann anstelle des Eigentümers ausüben zu können, folgt das OLG dem nicht. Ein *„Recht“* auf Zustimmung könne nicht durch Pfändung und Überweisung erworben werden. Das OLG gesteht zwar zu, dass diese Frage der Pfändbarkeit des Zustimmungsrechts umstritten sei. So hätten das OLG Dresden und das OLG Saarbrücken dies ausdrücklich mit der Erwägung zugelassen, dass die durch die Pfändung und Überweisung zugewiesene Einziehungsbefugnis des Pfändungsgläubigers anstelle des Eigentümers die Zustimmung nach § 1183 BGB, § 27 GBO anstelle der Eigentümer erlaubt. Das OLG München lehnt dies jedoch ab. Die Zustimmung sei kein selbständiger Vermögenswert und daher kein *„anderes Vermögensrecht“* nach § 857 ZPO, das versilbert werden und dessen Erlös zur Befriedigung einer Geldforderung dienen könne. Vielmehr könne die Zustimmung allenfalls den Rang und damit den Vermögenswert eines pfändbaren Rechts verbessern.

Anmerkung:

Es stellt sich bei Lektüre dieser Entscheidung zunächst die Frage, welches Interesse die Gläubigerin an der Löschung der in Abt. III lfd. Nr. 1 eingetragenen Buchgrundschuld hatte. Schließlich hatte sie ja auch den Rückgewähranspruch der Eigentümer gepfändet, so dass ihr Sicherungsinteresse nicht der Hintergrund sein konnte. Der Hintergrund wird verständlich durch Hineinversetzen in die Position des Grundschuldgläubigers. Nach Tilgung des durch die Grundschuld gesicherten Darlehens kann der Grundschuldgläubiger den Rückgewähranspruch aus der das Darlehen mit der Grundschuld verknüpfenden Sicherungsabrede wie folgt erfüllen: durch Abtretung (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB), durch Verzicht (§§ 1168, 1192 BGB) oder durch Aufhebung mit Hilfe einer Löschungsbewilligung (§§ 1183, 875 BGB). Wenn sich nun der Eigentümer für die Abtretung entscheidet, kann der Grundschuldgläubiger in erhebliche Schwierigkeiten geraten. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1979[1] beschreibt der BGH diese Schwierigkeiten wie folgt:

> *Angesichts der Möglichkeit zwischenzeitlichen Eigentumswechsels unter Übernahme der Gläubigerstellung [Anm.: Gläubigerstellung des Eigentümers, nämlich auf Rückgewähr der Grundschuld] hinsichtlich der Grundschuld sowie infolge zwischenzeitlicher Abtretung von Teilen der Grundschuld oder zwischenzeitlich ergangener Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kann es rechtlich und tatsächlich schwierig sein, den gegenwärtigen Grundschuldgläubiger zu*

ermitteln. (…) Die Aushändigung der Bewilligungspapiere zur Berichtigung an einen Falschen aber könnte Schadensersatzpflichten auslösen (…) Diesen Erschwernissen haben sich Banken zunehmend dadurch zu entziehen versucht, dass nicht sie bei Entstehen der Eigentümergrundschuld zur Berichtigungsbewilligung verpflichtet bleiben, sondern ihrerseits die Löschung der Grundschuld verlangen können.

Der Wunsch der B. zur Löschung der Briefgrundschuld war daher durchaus nachvollziehbar.

Die Auffassung des OLG München zur fehlenden Pfändbarkeit des Zustimmungsrechts ist richtig. Pfändbar sind nur Vermögensgegenstände, deren Verwertung zu einer Befriedigung des Gläubigers führen kann.

Das OLG München lässt den Gläubiger in seiner – vorstehend beschriebenen – Not jedoch nicht allein. Vielmehr zeigt es ihm einen Weg auf, sich aus den vorstehend geschilderten Schwierigkeiten zu befreien: Nach den §§ 1192 Abs. 1, 1196 Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 1179a, 1179b BGB kann der Grundschuldgläubiger von dem Eigentümer nämlich unter bestimmten Voraussetzungen die Löschung einer Eigentümergrundschuld von dem Eigentümer verlangen. Zusätzliche, nicht in den §§ 1179a, 1179b BGB, sondern in § 1196 Abs. 3 BGB geregelte Voraussetzung ist nur, dass die Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person erst eintritt, nachdem die Grundschuld vorher einem anderen zustand. Mit anderen Worten: § 1196 Abs. 3 BGB schließt Ansprüche nach den §§ 1179a, 1179b BGB aus, wenn es sich bei der Grundschuld um eine von vornherein als Eigentümergrundschuld bestellte Grundschuld handelte. Der Sinn und Zweck dieser Einschränkung des § 1196 Abs. 3 BGB liegt darin, dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit zu erhalten, die Eigentümergrundschuld einmal als Mittel der – oft verdeckten – Kreditsicherung zu nutzen.[2] Zu Recht führt das OLG München daher aus, dass die B. diese einschränkende Voraussetzung des § 1196 Abs. 3 BGB bei Zulassung des von ihr gewählten Vorgehens unterlaufen könne.

Lars-Henning Behrens, LL.M., Frankfurt am Main

[1] BGH, Urt. v. 12.10.1979 – V ZR 6/78, NJW 1980, 228 ff.
[2] BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 145/96, NJW 1997, 2597 ff.

BGH

Heilung eines formnichtigen Vertrages zur Übertragung des gesamten Vermögens

Der Formmangel eines Schenkungsvertrags, in dem sich der Schenker zur Übertragung seines gesamten gegenwärtigen Vermögens verpflichtet, wird nicht durch Vollzug geheilt. (amtlicher Leitsatz)

BGH Urt. v. 28.6.2016 – X ZR 65/14
BGB §§ 311b Abs. 3, 518 Abs. 2

Entscheidung:

Die Erblasserin hatte mehrere Jahre vor ihrem Tod einem Bekannten eine Vollmacht zur Vertretung in Bankangelegenheiten erteilt. Hierzu wurde das Formular der Bank verwendet. Zusätzlich existierte eine Vollmacht zur Vertretung in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten gemäß Vordruck der Gemeinde. Unmittelbar vor dem Tod der Erblasserin löste der Bevollmächtigte ein Investmentdepot bei der betreffenden Bank auf und übertrug sich das Guthaben. Der Nachlasspfleger verlangte nun für die unbekannten Erben die Rückzahlung der Erlöse aus der Depotauflösung.

Der BGH hatte zu klären, ob der Bevollmächtigte die Zahlung der Depoterlöse an sich rechtsgrundlos vollzogen hatte und damit der Nachlasspfleger mit seinem Begehren nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgreich ist. Nach dem Gegenstand der vorinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme hatte sich die Erblasserin mehrfach dahingehend geäußert, dass der Bevollmächtigte ihr Erbe werden soll. Weiterhin gab es eine Aussage der Erblasserin, wonach sich der Bevollmächtigte *„alles zu Lebzeiten wegnehmen könne“*. Diese Aussage der Erblasserin wertete der BGH als lebzeitige Verfügung der Erblasserin über ihr gesamtes Vermögen. Diese nach § 311b Abs. 3 BGB grundsätzlich zulässige Verfügung bedarf indes der notariellen Beurkundung. Eine solche fehlte hier. Fraglich war, ob der Vollzug der Geldübertragung eine Heilung der Formvorschrift zur Folge hat. Hierzu hat der BGH eindeutig festgestellt, dass es im deutschen Recht keinen Grundsatz der Heilung von formnichtigen Rechtsgeschäften durch Vollzug gibt. Eine solche Heilung ist im Gesetz explizit zu regeln (Vgl. §§ 311b Abs. 2, 518 Abs. 2 BGB) und kann nicht allgemein, auch nicht analog, unterstellt werden. Die gesetzlich normierten Ausnahmen dienen dem Rechtsfrieden und sollen unerwartete Rückforderungen verhindern.

Anmerkung:

Dem BGH ist in seiner Aussage, dass es keine universelle Heilung eines formnichtigen Rechtsgeschäfts durch Vollzug gibt, uneingeschränkt zuzustimmen.

Interessant an dieser Entscheidung ist, neben der erfolgten Klarstellung zur Heilung bei Fällen des § 311b Abs. 3 BGB, dass die Wertung des Sachverhalts im Laufe der Instanzen eine auffallende Wendung genommen hat. Die Eingangsinstanz[1] hatte sich keineswegs mit der Frage der Formgültigkeit einer Verfügung über das gesamte Vermögen beschäftigt. Für das LG war entscheidungserheblich, ob die Vollmacht ausreichend war, ein schuldrechtliches Grundlagengeschäft zu begründen. In Betracht kommt hier eine Schenkung nach § 516 BGB. Das LG hat in der Vollmacht, die *„insbesondere das Recht umfasst, über Gegenstände jeder Art zu verfügen“*, wobei auch Verfügungen *„zu eigenen Gunsten“* möglich waren, keine hinreichende Legitimation gesehen, ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft zu begründen. Gleichzeitig stellte das LG fest, dass eine Schenkung durch die Erblasserin selbst ausdrücklich nicht erfolgte.

In diesem Zusammenhang kann durchaus überlegt werden, ob die Bankvollmacht ausschließlich die Berechtigung zu wirksamen Verfügungsgeschäften umfasst. Dann bleibt es dem Vollmachtgeber unbenommen bei rechtsgrundloser Verfügung des Bevollmächtigten diesem gegenüber tätig zu werden, während die Bank sich auf die Berechtigung des Bevollmächtigten zu Verfügungsgeschäften verlassen kann.

Hier allerdings hatte der Bevollmächtigte weiterhin eine Vollmacht zur Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten *„zur Vermeidung einer gerichtlichen Betreuung“*.

[1] LG Düsseldorf, Urt. v. 22.3.2013 – 18b O 17/12, BeckRS 2016, 16628.

Diese umfasst nach der hier vertretenen Ansicht auch die Berechtigung, wirksam schuldrechtliche Verpflichtungen aller Art zu begründen. Die Grenze bildet der Missbrauch der Vollmacht. Ob von einem Missbrauch gesprochen werden kann, wenn die Erblasserin meinte, dass der Bevollmächtigte alles wegnehmen könne, erscheint fraglich. Gegenstand der Vorsorgevollmacht ist zwar primär die Verwaltung des Vermögens im Sinne des Vollmachtgebers, dies schließt jedoch Verfügungen zu Gunsten des Bevollmächtigten nicht generell aus. Unterstellt der Bevollmächtigte, er hat in Vertretung für die Erblasserin und für sich einen Schenkungsvertrag geschlossen, wäre durch den Vollzug der Schenkung mit Übertragung der Geldmittel an ihn selbst auch eine Heilung des formnichtigen Schenkungsversprechens nach § 518 Abs. 2 BGB eingetreten.

Dieser hier möglicherweise gangbare Ansatz wird durch die Annahme einer lebzeitigen Verfügung über das Vermögen im Ganzen abgeschnitten. Soweit diese Entscheidung bisher erörtert wurde, fehlt eine Bezugnahme auf die Möglichkeiten des Bevollmächtigten zur Begründung wirksamer Verpflichtungsgeschäfte, unter Verengung auf die Verfügung gemäß § 311b Abs. 3 BGB.[2] Nach den Feststellungen des LG handelt es sich bei dem Depotvermögen ausdrücklich nicht um das Vermögen im Ganzen. Demnach waren weitere Konten und eine Eigentumswohnung vorhanden.

Im Ergebnis ist die Entscheidung des BGH richtig, sofern die Auslegung ergibt, dass die Erblasserin mit ihrer getätigten und vom LG noch als unglaubwürdig betitelten Aussage, dass der Bevollmächtigte sich *„alles wegnehmen"* können soll, eine Verfügung über ihr Vermögen im Ganzen treffen wollte. In diesem Fall fehlt es an der notwendigen notariellen Beurkundung, die hier ausdrücklich nicht durch Vollzug geheilt werden kann. Ergibt die Auslegung, dass der Bevollmächtigte berechtigt ist, sich Bestandteile des Vermögens *„zu eigenem Nutzen"* zu übertragen, wäre die Verfügung des Bevollmächtigten nicht rechtsgrundlos. Dies setzt im Einzelfall eine Ablehnung einer Umgehung der Formvorschriften für ein Testament, wie hier vom BGH noch angenommen, voraus.

Sebastian Mensch, LL.M., Ludwigsburg

[2] *Wellenhofer*, JuS 2017, 467.

BGH

Kein Ankaufsrecht zu den Bedingungen des SachenRBerG bei klassischem Überbau

a) Wurde im Beitrittsgebiet vor dem 3. Oktober 1990 über die Grenze gebaut, folgt daraus allein kein Anspruch auf Ankauf der überbauten Flächen zu den Bedingungen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes.

b) Die entsprechende Anwendung von § 912 BGB auf einen nachträglich über die Grenze gebauten Anbau hängt nicht davon ab, in welchem Umfang der Anbau über dem überbauten Grundstück steht, sondern von den mit dem Abbruch des Anbaus verbundenen Folgen für das auf dem Grundstück des Überbauenden stehende Gebäude.

(amtliche Leitsätze)

BGH, Urt. v. 15.7.2016 – V ZR 195/15
SachenRBerG §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 1 Ziffer 3 S. 2; BGB § 912

Entscheidung:

Die Kläger kauften notariell zu DDR-Zeiten, nämlich 1968, ein Grundstück mit Gebäude, dessen Holzveranda sich auf einem volkseigenen Nachbargrundstück befand. Sie ersetzten die Holzveranda aufgrund Baugenehmigung bis zum Jahr 1972 durch einen Massivbau. Sowohl beim Kauf als auch bei der Baumaßnahme nahmen sie an, sie hätten auch die Fläche erworben, auf der die abgerissene Holzveranda stand.

Im Jahr 2010 kündigte die beklagte Stadt als nunmehrige Eigentümerin der überbauten Fläche einen angeblichen Leihvertrag über diese Fläche und verlangte von den Klägern die Zahlung eines Nutzungsentgelts.

Die Kläger beantragten

- die Feststellung ihres Anspruchs auf Ankauf der überbauten Fläche nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz,
- die Feststellung, dass der Beklagten der Anspruch auf Nutzungsentgelt nicht zustehe, da diese den Überbau zu dulden habe.

Die Beklagte stellte beide Ansprüche in Abrede. Das LG Schwerin wies die Klage ab. Das OLG Rostock wies die Berufung der Kläger zurück.

1. Der BGH folgt zunächst dem OLG in der Abweisung der Ankaufsberechtigung der Kläger nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz.

Die Kläger hätten kein Eigenheim auf **fremdem** Grund und Boden errichtet, rekonstruiert oder ausgebaut. Vielmehr hätten sie ihr auf dem **eigenen** Grundstück stehendes Wohnhaus ausgebaut und bei der in diesem Zusammenhang vorgenommenen Erneuerung den Anbau auf das Nachbargrundstück übergebaut. Damit seien weder eines der **Regelbeispiele** noch die **Generalklausel** gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 und 2 SachenRBerG erfüllt.

Weiterhin stehe dieser Überbau aber auch im Widerspruch zu den **Regelungszielen** gemäß § 3 Abs. 2 SachenRBerG. Ziel des Gesetzes sei zwar in Anlehnung an den Grundgedanken des § 912 BGB bei Überbauten auch der Schutz von baulichen Investitionen. Aber diese Investitionssicherung durch Einräumung eines Anspruchs auf Ankauf zum halben Bodenwert gelte nur, wenn in dem Recht der DDR eine **„Verdinglichung" der Nutzungsrechte** vorgesehen gewesen sei. Das **Nachzeichnungsprinzip** gelte nur, wenn eine Absicherung durch Nutzungs- oder vergleichbare Rechte nach DDR-Recht möglich gewesen und infolge eines für die DDR typischen Vollzugsdefizits planwidrig unterblieben sei. Überbauungsfälle wie in diesem Fall seien aber nicht Folge eines für die DDR typischen Vollzugsdefizits, sondern die Folge von Fehlern bei Planung und Ausführung von Bauten durch den Eigentümer. Sie kämen im gesamten Bundesgebiet vor, seien seit dem 1.1.1900 in § 912 BGB und in der DDR in § 320 Zivilgesetzbuch befriedigend geregelt gewesen und bedürften keiner Bereinigung.

Schließlich hätten auch in der DDR die Kläger weder die überbaute Fläche ankaufen noch eine eigentumsähnliche Absicherung erlangen können. **Volkseigentum** sei bei Errichtung des Anbaus nicht mehr an Bürger verkauft worden.

2. Der BGH folgt jedoch dem OLG nicht in der Annahme, dass der Beklagten eine Nutzungsentschädigung oder Pacht zustehe. Hierzu untersucht der BGH die umstrittene Frage, wann ein **Überbau gemäß § 912 BGB** begrifflich vorliege, wann also ein Anbau ein Überbau sei.

Nach der einen Ansicht, der u. a. das KG folgt, scheide ein Überbau begrifflich aus, wenn der selbständige Anbau **vollständig** auf dem überbauten Grundstück **stehe**.

Nach einer zweiten Ansicht sei für die Annahme eines Überbaus entscheidend, ob der Anbau und das ursprüngliche Gebäude eine **Einheit** darstellten.

Nach einer dritten Ansicht sei entscheidend, ob der Anbau ohne Nachteil für das Hauptgebäude **abgerissen** werden könnte.

Der BGH entscheidet nunmehr erstmals im Sinne der dritten Ansicht teleologisch. Sinn der Vorschrift sei die Vermeidung der Zerschlagung wirtschaftlicher Werte, weil sich der Abbruch eines überbauten Gebäudeteils meist nicht auf diesen beschränken lasse, sondern zu einer Beeinträchtigung auch des bestehenbleibenden, auf eigenem Grund gebauten Gebäudeteils führe.

Diese Frage sei aber vom OLG nicht geprüft worden, ebenso wenig wie Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit oder eine Gestattung bzw. Nutzungsbelassung oder Leihe. Sollte sich ergeben, dass die Beklagte den Anbau nicht zu dulden habe, könne sie Nutzungsentschädigung gemäß § 989 BGB verlangen, und zwar auch dann, wenn sie Ansprüche auf Herausgabe des Grundstücks und Beseitigung des Anbaus nicht geltend machen würde.

Insofern hat der BGH den Rechtsstreit an das OLG zurückverwiesen.

Anmerkung:

Die Entscheidung bezieht sich auf einen Sachverhalt im Beitrittsgebiet. Gleichwohl hat sie, bezogen auf die Anwendbarkeit des § 912 BGB, erhebliche Bedeutung für das gesamte Bundesgebiet.

So ist die Entscheidung über die Nichtanwendung des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes im Fall des *„klassischen Überbaus“*, also bei Bau oder Rekonstruktion eines Wohnhauses auf einem vermessenen Innenstadtgrundstück mit Ausbau über die Grenze, nicht überraschend. Diese Fälle waren in der DDR zunächst durch § 912 BGB und seit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik durch dessen § 320 ZGB hinlänglich geregelt.[1] Ein für die DDR typisches Vollzugsdefizit als Anlass einer Bereinigung besteht nicht.

Von größerer Bedeutung dürfte dagegen die Entscheidung zum Anwendungsbereich des § 912 BGB sein.

Zunächst ist dem BGH zuzustimmen, dass das Kriterium, in welchem Umfang ein Anbau auf dem Nachbargrundstück steht,[2] zu mehr oder weniger zufälligen Ergebnissen führt. Denn die vor der Überbauung durchgeführte Vermessung des Nachbargrundstücks steht in keinerlei Bezug zu einem eventuell später durchgeführten Überbau.

Aber auch die Definition von *Tersteegen*,[3] wonach die Frage, ob ein Überbau vorliege, danach zu entscheiden sei, ob der Anbau und das ursprüngliche Gebäude eine *„Einheit“* darstellten, erscheint zu abstrakt für die Subsumtion im einzelnen Fall.

Demgegenüber ist das nunmehr entscheidende Merkmal für einen Überbau gemäß § 912 BGB, ob der Anbau ohne wesentliche Beeinträchtigung für das Hauptgebäude abgerissen werden kann,[4] wesentlich plastischer und für den Praktiker im Einzelfall besser handhabbar. Das Kriterium der Zerstörung bei Trennung ist aus der täglichen Prüfung über wesentliche Bestandteile einer Sache gemäß § 93 BGB bei Grundstücksgeschäften dem Praktiker eher geläufig.

PRAXISTIPP

Anwendungsbereich § 912 BGB:
Der Anwendungsbereich des § 912 BGB beim nachträglich über die Grenze gebauten Anbau ist nur dann eröffnet, wenn der Abriss des Anbaus zu einer wesentlichen Beeinträchtigung und Wertminderung für das Gebäude führen würde, von dem aus angebaut wurde.

Christian Biermann-Ratjen, Schwerin

[1] *Vossius*, Sachenrechtsbereinigung, § 39 Anm. 6.

[2] KG, Urt. v. 6.10.1999 – 24 U 359/99, juris; Bamberger/Roth/*Fritzsche*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 912 Rn 11 a. E.; Palandt/*Bassenge*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 912 Rn 6 a. E.

[3] *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 441.

[4] Staudinger/*Roth*, BGB, 12. Aufl., § 912 Rn 5.

BGH

GbR als Verbraucher bei Beteiligung einer juristischen Person und einer natürlichen Person als Mitgesellschafter

Eine als Außengesellschaft rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, ist unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbstständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB in der bis zum 13. Juni 2014 geltenden Fassung. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urt. v. 30.3.2017 – VII ZR 269/15
BGB §§ 13, 14, 309 Nr. 7 Buchst. b, 310 Abs. 3 Nr. 2

Entscheidung:

Die Eheleute Frau A und ihr Ehemann beabsichtigten ein repräsentatives Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung zu errichten. Frau A und ihr Ehemann sind freiberuflich selbständig tätig, wollten in dem Haus privat wohnen, von dort aus aber auch ihre freiberuflich selbständige Tätigkeit ausüben.

Sie gründeten zum Zwecke der Errichtung des Hauses eine GbR, an der Frau A und die J. Vermögensverwaltung GmbH beteiligt waren. Diese GbR beauftragte im November/Dezember 2002 das beklagte Architekturbüro nach der HOAI a. F. mit der Durchführung der Leistungsphasen 1–5 sowie der künstlerischen Leitung bei der Ausführung des Bauvorhabens.

Der vom beklagten Architekturbüro aufgesetzte Vertrag enthielt folgende Klausel:

> *Die Gewährleistung des AN richtet sich nach dem Gesetz. Seine Haftung ist dem Grunde und der Höhe nach auf seine Haftpflichtversicherung beschränkt, wenn diese mindestens folgende Deckungssummen aufweist: Personenschäden 1.533.876,00 €, Sachschäden 511.292,00 €.…*

Nachdem Mängel an der Fassade aufgetreten waren, verklagte die GbR neben dem bauausführenden Unternehmer das Architekturbüro und deren Gesellschafter.

Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG das teilweise klageabweisende Urteil des LG aufgehoben und das beklagte Archi-

tekturbüro und deren Gesellschafter gesamtschuldnerisch mit dem bauausführenden Unternehmer zu einer Zahlung in Höhe von 45.000 € verurteilt sowie festgestellt, dass sie als Gesamtschuldner der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet sind, bezüglich der weitergehenden Schäden und Mängel aufgrund der mangelhaften Errichtung der Glas-Blech-Fassade des streitgegenständlichen Bauvorhabens, soweit sie auf Planungsfehlern nach den Leistungsphasen 1–5 gem. § 15 HOAI a. F. beruhen. Die weitergehenden Berufungen hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Das OLG ist der Auffassung, dass gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Klauselverbote und ihre Folgen gem. § 306 BGB auch auf streitgegenständliche Einmalbedingungen Anwendung finde, da diese hier vorformuliert seien und die GbR aufgrund dessen auf ihren Inhalt keinen Einfluss habe nehmen können. Die GbR sei auch als Verbraucher anzusehen, wenn wie hier mindestens eine natürliche Person als Gesellschafter (Frau A) als Verbraucher handle.

Die Haftungsbeschränkung verstoße insgesamt gegen § 309 Nr. 7b) BGB, denn zu den unzulässigen Haftungsbeschränkungen gehöre auch eine summenmäßige Haftungsgrenze.

Auf die Revision hat der BGH die Vorentscheidung des OLG aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Nach Auffassung des BGH ist eine Außen-GbR, in der eine juristische Person als Mitgesellschafter beteiligt ist nicht selbst Verbraucher, obwohl ein Verbraucher auch als Mitgesellschafter beteiligt ist.

Anmerkung:

Richtigerweise ist der BGH der Auffassung, dass eine Außen-GbR, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Gehören zu den Gesellschaftern neben natürlichen Personen auch juristische Personen, kann das Handeln der Außen-GbR nicht mehr als gemeinschaftliches Handeln natürlicher Personen angesehen werden.

Eine Personengesellschaft entfaltet nur dann eine Tätigkeit, die eine Ausübung ihres Handelns als Verbraucher darstellt, wenn sämtliche Gesellschafter die Merkmale eines Verbrauchers erfüllen, denn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Handelns als Verbraucher können nicht von der Personengesellschaft selbst, sondern nur von den Gesellschaftern erfüllt werden.[1] Eine juristische Person – hier die GmbH – ist aber Kaufmann kraft Rechtsform (§ 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG).

Ausdrücklich offengelassen hat der BGH die Rechtsfrage, ob eine Außen-GbR, an der nur natürliche Personen beteiligt sind, selbst Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist.[2]

Zu Recht lehnt der BGH die Anwendung der BGH-Rechtsprechung zur (rechtsfähigen) Wohnungseigentümergemeinschaft ab, wonach die Wohnungseigentümergemeinschaft im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gem. § 13 BGB gleichzustellen ist, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit dient.[3]

Da der Verbraucher kraft Gesetzes Mitglied der WEG wird, kann demgegenüber der GbR-Gesellschafter durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages frei entscheiden, mit wem er die GbR eingeht sowie zu welchen Bedingungen und zu welchem Zweck.[4] Eines besonderen Schutzes des GbR-Gesellschafters bedarf es daher im Gegensatz zum Mitglied einer WEG nicht.

Für den vorliegenden Fall konnte daher das Urteil des OLG nicht mit der Begründung bestehen bleiben, es liege ein Handeln als *„Verbraucher“* vor.

PRAXISTIPP

Praxishinweis:
Während die Entscheidung des BGH für die Frage der Pflichten des Notars bei Verbraucherverträgen nach § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG Klarheit geschaffen hat, bleibt die *„Indizrechtsprechung“* zum AGB-Recht durch den Notar immer bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages an sich[5] zu beachten, zumal der BGH auch reine Vollzugsanweisungen in notariellen Verträgen der Inhaltskontrolle unterwirft.[6]

Ulrich Spieker, Bielefeld

[1] Vgl. ähnlich für die gewerbliche Abfärbung BFHE 221, 238.
[2] Bejahend für das damalige Verbraucherkreditgesetz BGHZ 149, 80.
[3] Vgl. BGHZ 204, 325.
[4] Vgl. die Begründung zur vorliegenden Entscheidung BGH MDR 2017, 634.
[5] Vgl. BGH, NJW-RR 2017, 114; NJW 2016, 2173; Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 160/15, ZAP EN-Nr. 302/2016; NJW-RR 2016, 1143.
[6] BGH DNotZ 2016, 151.

BGH

Anforderungen an eine ausreichend konkretisierte Patientenverfügung; Ermittlung des Patientenwillens

a) Eine Patientenverfügung entfaltet nur dann unmittelbare Bindungswirkung, wenn sie neben den Erklärungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, auch erkennen lässt, dass sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll.

b) Die schriftliche Äußerung, dass „lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben“ sollen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen.

c) Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall auch bei nicht hinreichend konkret benannten ärztlichen Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Der Wille des Errichters der Patientenverfügung ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 6. Juli 2016 – XII ZB 61/16 – FamRZ 2016, 1671).

(amtliche Leitsätze)

BGH, Beschl. v. 8.2.2017 – XII ZB 604/15
BGB §§ 1901a, 1904 Abs. 1 S. 1, 1904 Abs. 4

Entscheidung:

Die 1940 geborene Betroffene erlitt 2008 einen Schlaganfall und befindet sich seitdem im Wachkoma. Sie wird über eine Magensonde (PEG) künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt. Bereits 1998 hatte die Betroffene eine schriftliche Patientenverfügung errichtet und dort u. a. festgelegt, dass *„lebensverlängernde Maßnahmen“* zu unterbleiben hätten, wenn keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe oder aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerscha-

den des Gehirns zurückbleibe. Aktive Sterbehilfe lehne sie aber ab. Nach Errichtung der Patientenverfügung äußerte die Betroffene zudem anlässlich zweier Wachkoma-Patienten aus dem persönlichen Umfeld gegenüber Angehörigen, sie wolle nicht künstlich ernährt und so am Leben erhalten werden, lieber sterbe sie. Durch die Errichtung ihrer Patientenverfügung habe sie vorgesorgt.

Als die Betroffene sich nach dem Schlaganfall noch einmal kurz selbst gegenüber ihrer Therapeutin äußern konnte, sagte sie dieser: „*Ich möchte sterben*".

Sohn und Ehemann der Betroffenen wurden vom Amtsgericht zu jeweils alleinvertretungsberechtigten Betreuern bestellt. Während der Sohn im Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr der Betroffenen einstellen lassen möchte, ist der Ehemann hiermit nicht einverstanden. Das AG lehnte den Antrag auf Genehmigung der Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr ab. Diesen Beschluss bestätigte das LG.

Der BGH hob den Beschluss des LG auf und verwies die Sache an das Beschwerdegericht zurück. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedürfe dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene seinen Willen in einer wirksamen Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB niedergelegt habe und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation anwendbar sei. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürften dabei nicht überspannt werden. Der Betroffene müsse nicht seine eigene Biographie als Patient vorausahnen und zukünftige Fortschritte der Medizin vorwegnehmend berücksichtigen.

Ausreichend sei, dass konkrete Behandlungssituationen beschrieben würden, in denen die Patientenverfügung anwendbar sein solle, und diese darüber hinaus bezeichnete, in welche ärztlichen Maßnahmen der Ersteller einwillige, „*etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse.*" Die erforderliche Konkretisierung der Patientenverfügung könne sich im Einzelfall auch bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Der Patientenwille sei dann durch Auslegung der Erklärung zu ermitteln.

Eine Patientenverfügung müsse primär nach ihrem schriftlich niedergelegten Inhalt unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Urkunde ausgelegt werden. Die Äußerung keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen, enthalte für sich genommen eine solche hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung allerdings nicht. Auch sei hier nicht eindeutig, ob die Patientenverfügung überhaupt die Behandlungssituation „*Wachkoma*" abdecke. Die Ablehnung aktiver Sterbehilfe stehe, anders als das LG angenommen hatte, der Einstellung künstlicher Ernährung allerdings nicht notwendigerweise entgegen.

Die Ermittlungen des Beschwerdegerichts zu der Frage, ob die vorliegende Patientenverfügung unter diesen Gesichtspunkten eine beachtliche Entscheidung der Betroffenen enthalte, künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr bei Eintritt eines Wachkomas abzubrechen, reichten dem BGH insgesamt noch nicht aus, sodass die Sache zurückzuverweisen war.

Ergänzend wies der BGH jedoch darauf hin, dass sich eine Entbehrlichkeit der Genehmigung in diesem Fall nicht auf § 1904 Abs. 1 und 2 BGB stützen lasse. Dies komme nur in Betracht, soweit der Betreuer und der behandelnde Arzt Einvernehmen darüber erzielen können, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme dem nach § 1901a Abs. 2 BGB festgestellten Willen des Betroffenen entspreche. Dem stehe hier jedoch die Haltung des zweiten alleinvertretungsberechtigten Betreuers entgegen.

Das Betreuungsgericht habe eine Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB aber zu erteilen, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung in die ärztliche Maßnahme dem Willen des Betreuten entspreche (§ 1904 Abs. 3 BGB). Hierfür müsse das Gericht den individuellen Patientenwillen nach § 1901a Abs. 2 BGB ermitteln. Behandlungswünsche des Betroffenen müssten dabei nicht den Anforderungen an eine Patientenverfügung entsprechen, so dass auch eine Patientenverfügung, die nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passe, als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden könne. An diese Behandlungswünsche sei der Betreuer nicht nur nach § 1901a Abs. 2 BGB, sondern bereits nach § 1901 Abs. 2 und 3 BGB gebunden. Seien keine konkreten Behandlungswünsche zu ermitteln, müsse das Gericht den mutmaßlichen Willen der Betroffenen erforschen. Insoweit seien auch mündliche Aussagen der Betroffenen gegenüber Bekannten zu berücksichtigen. Im Gegensatz zur Ermittlung eines Behandlungswunsches könnten hierfür auch allgemein gehaltene oder der konkreten Situation nicht vollständig entsprechende frühere Willensäußerungen auf die eingetretene Situation übertragen werden.

Anmerkung:

Es handelt sich hierbei um die direkte Nachfolgeentscheidung des viel beachteten (und teilweise sehr kritisch beurteilten) Beschlusses des BGH vom 6.7.2016,[1] in dem das Gericht gleichfalls über die Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung zu entscheiden hatte. Die von den Betroffenen in beiden Fällen verfassten Patientenverfügungen entsprachen den in den 90er Jahren gängigen Mustern.

Wie auch in der Vorgängerentscheidung und im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung des BGH[2] geht das Gericht davon aus, dass eine Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) nur dann eine Genehmigungsentscheidung des Betreuungsgerichts über den Behandlungsabbruch (§ 1904 Abs. 2, 3 BGB) entbehrlich macht, wenn dieser konkrete Behandlungssituationen, in der die Verfügung gelten soll, und genaue ärztliche Maßnahmen zu entnehmen sind, in die (nicht) eingewilligt wird. Insoweit enthält der neue Beschluss keine Überraschungen.

Der BGH nutzt nun jedoch die Gelegenheit, die in Folge der letzten Entscheidung entstandenen Unsicherheiten im Hinblick darauf, wann eine Patientenverfügung auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen Bezug nimmt und damit eine verbindliche Behandlungsentscheidung enthält, zumindest teilweise auszuräumen.[3] Die Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der aufzuführenden Behandlungssituationen und ärztlichen Maßnahmen dürfen, das wiederholt der

[1] XII ZB 61/16, NJW 2016, 3297 = DNotZ 2017, 199 m. Anm. *Renner* = RNotZ 2016, 587; *notar* 2017, 142 m. Anm. *Raude* = NZFam 2016, 959 m. Anm. *Weber*.

[2] BGH NJW 2014, 3572, 3574; BGH NJW 2016, 3297, 3300.

[3] Vgl. hierzu auch DNotI-Report 2017, 54, 55.

BGH erneut, nicht überspannt werden. Damit dürfte nun klarer zum Ausdruck gekommen sein, dass dem Betroffenen nicht abverlangt werden kann, in einem umfassenden *„Katalog"* alle denkbaren Krankheitsbilder aufzuführen und für diese jeweils (nicht) gewünschte ärztliche Maßnahmen festzulegen.[4]

Die nach der ersten Entscheidung teilweise entstandenen Befürchtungen, alle auch in jüngerer Vergangenheit verwendeten Musterformulare könnten damit den Anforderungen des BGH nicht entsprechen, dürften wohl zunächst ausgeräumt sein. Dies dürfte insbesondere deswegen gelten, weil der BGH diesmal auf gängige Formulierungen zu ärztlichen Maßnahmen in aktuellen Formulierungsmustern[5] ausdrücklich Bezug nimmt (Schmerz- und Symptombehandlung, künstliche Ernährung, Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstliche Beatmung, Antibiotikagabe, Dialyse) und diese als hinreichend konkret ausreichen lässt.[6]

Der BGH eröffnet zudem ausdrücklich auch bei weniger detaillierter Benennung von Behandlungssituation bzw. ärztlicher Maßnahme den Weg für eine ergänzende Auslegung der Erklärung, die zur Beachtlichkeit der Patientenverfügung führen kann.

Erfreulicherweise betont das Gericht außerdem die Patientenautonomie und den Stellenwert der individuellen Behandlungsentscheidung deutlich stärker als in der Vorgängerentscheidung. Auch bei unzureichenden Patientenverfügungen sind die Gerichte gehalten, umfassende Ermittlungen hinsichtlich eines etwaigen Behandlungswunsches bzw. des mutmaßlichen Willens der Betroffenen durchzuführen, um damit zumindest zu einer Genehmigungsfähigkeit des Behandlungsabbruchs zu gelangen.

Für die Gestaltungspraxis enthält die Entscheidung somit zwei wesentliche Aspekte:

PRAXISTIPP

Anpassung alter Patientenverfügungen:
Zum einen sollten, dies dürfte schon aus der Vorgängerentscheidung abzuleiten gewesen sein, alte Patientenverfügungen an den neuen Standard angepasst und in diesen näher konkretisiert werden, welche *„lebensverlängernden Maßnahmen"* (nicht) gewünscht sind. Die derzeit üblichen Muster, beispielsweise des BMJV, dürften hierfür eine ausreichende Grundlage bieten.

PRAXISTIPP

Vorsicht bei gleichberechtigten Entscheidungsträgern:
Zum anderen zeigt der Beschluss, dass das Vorhandensein mehrerer untereinander gleichberechtigter Entscheidungsträgern (hier Sohn und Ehemann) durchaus Hindernisse für die Umsetzung des Patientenwillens bereiten kann. Es empfiehlt sich daher, in der Beratungssituation auf diese mögliche Komplikation hinzuweisen, die leicht durch entsprechende Vorsorge der Betroffenen vermieden werden kann.[7]

Karin Raude, Würzburg

[4] So auch *G. Müller*, ZEV 2017, 335, 341; vgl. aber *Dodegge*, FamRZ 2016, 1671, 1679.

[5] Vgl. bspw. Muster des BMJV: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Patientenverfuegung.html.

[6] *G. Müller*, ZEV 2017, 335, 341; wohl auch *Boemke*, NJW 2017, 1706, 1708 halten die aktuellen Muster ebenfalls für ausreichend; a. A. *Lange*, ErbR 2017, 336, 342.

[7] Etwa durch Aufnahme entsprechender Vorrangregelungen in einer Vorsorgevollmacht, vgl. hierzu *Szalai*, NotBZ 2017, 222, 224.

BGH

GmbH & Co. KG: Keine Befugnis der zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen persönlich haftenden Gesellschafterin einer Publikumsgesellschaft zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung

§ 121 Abs. 2 S. 2 AktG, wonach Personen, die in das Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, als einberufungsbefugt hinsichtlich der Hauptversammlung gelten, ist auf die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch eine zu Unrecht im Handelsregister eingetragene persönlich haftende Gesellschafterin einer Publikumskommanditgesellschaft nicht entsprechend anzuwenden. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Teilversäumnis- und Teilendurt. v. 25.10.2016 – II ZR 230/15
AktG § 121 Abs. 2 S. 2; HGB § 161

Entscheidung:

Dem Urteil des BGH liegt eine Beschlussmängelstreitigkeit in einer Publikumsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH & Co. KG zugrunde. Die Klägerin war alleingeschäftsführungs- und -vertretungsberechtigte Komplementärin einer GmbH & Co. KG. Daneben hatte die Gesellschaft 303 Kommanditisten. In der Gesellschafterversammlung vom 21.6.2010 erhielten die Beschlussanträge, die Beklagte als weitere persönlich haftende Gesellschafterin in die Gesellschaft aufzunehmen und der Klägerin mit sofortiger Wirkung die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen, über 70 %, jedoch unter 75 % der Stimmen. Das Protokoll legt nahe, dass der Vertreter der Klägerin als Versammlungsleiter die Ablehnung der Beschlussanträge festgestellt hat. Die Wirksamkeit der Beschlüsse war zwischen den Parteien umstritten. Die Beklagte erwirkte per einstweiliger Verfügung in erster Instanz ihre Eintragung als weitere persönlich haftende Gesellschafterin in das Handelsregister, unterlag jedoch in der Berufungsinstanz im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Die Beklagte unterlag auch in der Hauptsache, beantragte aber offenbar nur, der jetzigen Klägerin aufzugeben, die Beklagte als persönlich haftende Gesellschafterin in das Handelsregister eintragen zu lassen. Unmittelbar gegen die Ablehnung der Beschlussanträge der Gesellschafterversammlung ist die Beklagte nicht gerichtlich vorgegangen.

Als die Beklagte im Handelsregister als persönlich haftende Gesellschafterin eingetragen war, führte sie ein schriftliches Beschlussverfahren durch, unter anderem mit den (erneuten) Anträgen, die Beklagte als weitere persönlich haftende Gesellschafterin aufzunehmen und der Klägerin die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht zu entziehen. Die Klägerin reichte Klage ein, die in diesem schriftlichen Beschlussverfahren gefassten Beschlüsse für nichtig zu erklären, hilfsweise ihre Nichtigkeit festzustellen.

Die Klage hatte in der ersten Instanz Erfolg, wurde jedoch vom OLG Düsseldorf abgewiesen. Das OLG Düsseldorf führte in einer Hilfsbegründung aus, die Beklagte sei aufgrund ihrer Eintragung im Handelsregister in analoger Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG zur Einleitung und Durchführung des Umlaufverfahrens und zur Feststellung der gefassten Beschlüsse berechtigt gewesen. Die Situation einer Publikumsgesellschaft, die aus mehreren Hundert Kommanditisten bestehe, sei insofern mit den Verhältnissen einer Aktiengesellschaft vergleichbar.

Auf die Revision der Klägerin hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurück-

gewiesen. Der BGH führt – soweit hier von Interesse – aus, dass bei der KG ebenso wie bei der AG und der GmbH die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch einen Unbefugten zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führe. Der Einberufungsbefugnis entspreche bei der schriftlichen Abstimmung die Befugnis zur Einleitung des Abstimmungsverfahrens. Diese lag laut Gesellschaftsvertrag bei der persönlich haftenden Gesellschafterin.

Nach dem BGH genügte im konkreten Fall eine einfache Mehrheit der Stimmen für die Aufnahme der Beklagten als persönlich haftende Gesellschafterin. Obwohl der entsprechende Beschluss eine Mehrheit von über 70 % erhalten hat, rechtfertigten die bisherigen Feststellungen nicht die Annahme, dass die Beklagte. durch Beschluss vom 21.6.2010 persönlich haftende Gesellschafterin wurde. Denn die Beklagte könne nicht mehr geltend machen, dass der Beschlussantrag auf Aufnahme der Beklagten angenommen wurde, wenn die – laut Protokoll – vom Versammlungsleiter verlautbarte Feststellung der Ablehnung des Beschlussantrags nicht rechtzeitig angefochten worden sei. Der Gesellschaftsvertrag sah hierfür die Klageerhebung gegen alle Gesellschafter innerhalb eines Monat seit Beschlussfassung vor. Die Beklagte hat eine entsprechende Klage offenbar nicht erhoben, sondern nur die jetzige Klägerin verklagt und beantragt, dieser aufzugeben, die Beklagte als persönlich haftende Gesellschafterin in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Die Berechtigung zur Einberufung folge auch nicht aus der Eintragung der Beklagten als Komplementärin im Handelsregister. § 121 Abs. 2 S. 2 AktG sei auf die Einberufung durch eine zu Unrecht im Handelsregister eingetragene persönlich haftende Gesellschafterin nicht entsprechend anzuwenden. Nach dieser Vorschrift gelten Personen, die in das Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, als befugt, die Hauptversammlung einzuberufen. Die unterschiedliche Interessenlage und die unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der AG einerseits und einer Publikumsgesellschaft andererseits rechtfertigen die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die persönlich haftende Gesellschafterin nicht.

Der BGH stellt darauf ab, dass in der Aktiengesellschaft die Aktionäre in die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern in der Regel nicht eingebunden seien. Aus diesem Grund bestehe ein Interesse der Aktionäre daran, aufgrund der Eintragung im Handelsregister die Berechtigung zur Einberufung überprüfen und so jedenfalls insoweit Rechtssicherheit erlangen zu können, als die Einberufung jedenfalls dann wirksam sei, wenn eingetragene Vorstandsmitglieder daran mitgewirkt haben.

Diese Gesichtspunkte kommen bei der Einberufungsbefugnis der persönlich haftenden Gesellschafterin nicht zum Tragen. Die Einberufungsbefugnis komme anders als bei der Aktiengesellschaft mit der persönlich haftenden Gesellschafterin einer Mitgesellschafterin zu. Den Vorgängen um die Aufnahme bzw. den Ausschluss eines persönlich haftenden Gesellschafters stehen die Kommanditisten näher als die Aktionäre den Vorgängen um Bestellung und Abberufung eines Vorstands einer Aktiengesellschaft. Dieser werde ohne unmittelbare Mitwirkung der Aktionäre bestellt und abberufen (§ 84 AktG), während der Beitritt und Ausschluss von geschäftsführenden Gesellschaftern ebenso wie die Verleihung und der Entzug der organschaftlichen Vertretungsmacht bei einer KG den Gesellschaftern selbst vorbehalten sei.

Die Einladung zu einer Gesellschafterversammlung richte sich – anders als bei einer Aktiengesellschaft, die keine Namensaktien ausgegeben hat – nicht an einen anonymen, sondern an einen namentlich bekannten Gesellschafterkreis und erfolge schriftlich, nicht durch Bekanntmachung. Insgesamt ähnle die Stellung der Kommanditisten damit weniger derjenigen außenstehender Dritter als die anonymer Aktionäre. Gegen eine entsprechende Anwendung spreche damit auch, dass § 121 Abs. 2 S. 2 AktG eine unwiderlegbare Vermutung aufstelle, die selbst bei positiver Kenntnis der Gesellschafter von der fehlerhaften Eintragung gelte. Die Vorschrift gehe damit über den Ausgleich unsicherer Kenntnis und sogar über die Registerpublizität nach § 15 HGB gegenüber Dritten hinaus, die die Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister vermittle.

Der BGH hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da dieses bisher keine Feststellungen darüber getroffen hat, ob – wie es das der Klage beigefügte Protokoll nahelegt – der Vertreter der Klägerin als Versammlungsleiter die Ablehnung des Beschlussantrags auf Aufnahme der Beklagten in der Versammlung vom 21.6.2010 festgestellt hat.

Anmerkung:

Aus notarieller Sicht ist an der Entscheidung des BGH die Ablehnung der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die Einberufung der Gesellschafterversammlung einer KG durch die im Handelsregister eingetragene persönlich haftende Gesellschafterin von Interesse. Die Entscheidung des BGH lässt sich gut vertreten,[1] erscheint aber gerade im Fall der Publikumsgesellschaft nicht zwingend. Obwohl die Entscheidung eine Gesellschaft mit mehreren Hundert Kommanditisten betraf, beschränkt sich der BGH auf Argumente, die eher zu einer dem gesetzlichen Leitbild einer personalistisch strukturierten KG passen. Auf die Besonderheiten einer Publikumsgesellschaft geht der BGH nicht ein.

Ausdrücklich offengelassen hat der BGH, ob § 121 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechend auf die Einberufung durch den im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin einer Publikums-KG anzuwenden ist. Da die Kommanditisten der – typischerweise nicht personen- und beteiligungsgleichen[2] – Publikums-KG regelmäßig in die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht eingebunden sind, dürften hier die vom BGH vorgetragenen Argumente im Ergebnis nicht durchgreifen.

Der BGH stellt vorliegend den Idealtypus einer Gesellschaft in den Vordergrund und hilft bei Abweichungen der Realstruktur einer Gesellschaft nicht mit einer analogen Anwendung vermeintlich oder tatsächlich besser passender Vorschriften einer anderen Rechtsform. Für den Kautelarjuristen gilt es zu erwägen, jedenfalls bei einer Publikums-KG in den Gesellschaftsvertrag eine Regelung zur Einberufungskompetenz im Handelsregister eingetragener Komplementäre und deren Geschäftsführer aufzunehmen. Diese könnte beispielsweise[3] wie folgt lauten:

[1] Zustimmend *von der Linden*, EWiR 2017, 295; *Wilsing/Kleemann*, NJW 2017, 1474; zurückhaltend *Liebscher/Steinbrück*, GmbHR 2017, 497, 502 f.; *Bayer/Illhardt*, NZG 2017, 801.

[2] Siehe dazu MünchHdb.-GesR/*Horbach*, Band 2, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn 1.

[3] Andere Formulierungen schlagen *Liebscher/Steinbrück*, GmbHR 2017, 497, 504 und *Bayer/Illhardt*, NZG 2017, 801, 810 vor.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Einberufungskompetenz:
Gesellschafterversammlungen werden durch die persönlich haftende Gesellschafterin einberufen. Personen, die in das Handelsregister als persönlich haftende Gesellschafterin eingetragen sind sowie jeder im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer einer tatsächlichen oder einer in das Handelsregister zu Unrecht eingetragenen persönlich haftenden Gesellschafterin, gelten als einberufungsbefugt.

Die parallele Frage der Einberufung einer Gesellschafterversammlung einer GmbH durch einen zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer hat der BGH in dem Urteil vom 8.11.2016 – II ZR 304/15 entschieden.[4]

Mikolaj Pogorzelski, LL.M. (Harvard), Düsseldorf

[4] Siehe folgenden Beitrag, notar 2017, 445.

BGH

GmbH: Keine Befugnis des zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers einer GmbH zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung

§ 121 Abs. 2 Satz 2 ist auf die Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht entsprechend anwendbar. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urt. v. 8.11.2016 – II ZR 304/15
AktG §§ 121 Abs. 2 S. 2, 241 Nr. 1; GmbHG §§ 49 Abs. 1, 50 Abs. 3

Entscheidung:

Der Kläger hält 49 % der Geschäftsanteile der Beklagten, ein Familienunternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Er hat sein Geschäftsführeramt 2011 niedergelegt. Im Jahr 2013 kam es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Kläger und den Mitgesellschaftern, darunter dem Geschäftsführer L. Der Kläger verlangte von L als Geschäftsführer die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung, unter anderem zwecks Abberufung des L als Geschäftsführer. Nachdem L abgelehnt hatte, lud der Kläger die Mitgesellschafter zu einer entsprechenden Gesellschafterversammlung am 7.3.2014. Kurz vor der Versammlung trat der Vater des Geschäftsführers L seinem bereits zu 20 % an der Gesellschaft beteiligten Sohn L seinen Geschäftsanteil in Höhe von 31 % ab. Die neue Gesellschafterliste wurde jedoch erst nach der Gesellschafterversammlung in den Registerordner des Handelsregisters aufgenommen. Der Vater des L hat die Gesellschafterversammlung schon zu Beginn verlassen. Der Kläger stellte als Versammlungsleiter die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung fest, unter anderem die Abberufung des L sowie die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer. Die von L hiergegen erhobene Klage blieb erfolglos.

Ebenfalls erfolglos blieb der Versuch des Klägers, die am 7.3.2014 gefassten Beschlüsse in das Handelsregister eintragen zu lassen. L lud den Kläger zu einer Gesellschafterversammlung am 20.6.2014 ein, in der unter anderem der Vater des L zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Beklagten bestellt und der Kläger als Geschäftsführer abberufen werden sollte. In der Versammlung wurden die entsprechenden Beschlüsse gegen die Stimmen des Klägers und ohne Rücksicht auf seine unter anderem die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung betreffenden Rügen gefasst und festgestellt. Gegen diese Beschlüsse richtet sich die Klage, die in allen Instanzen Erfolg hatte.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die fehlende Befugnis des Einberufenden zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Unwirksamkeit der Einladung und Nichtigkeit der in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse analog § 241 Nr. 1 AktG führe. L sei nicht nach § 49 Abs. 1 GmbHG einberufungsbefugt gewesen, da er mit Gesellschafterbeschluss vom 7.3.2014 wirksam als Geschäftsführer abberufen worden und damit nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten war. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Klage des L war zwar erst nach dem Urteil der Vorinstanz in dieser Sache rechtskräftig geworden. Dessen ungeachtet sei dieser Umstand im Revisionsverfahren zu beachten. L sei auch nicht nach § 50 Abs. 3 GmbHG einberufungsbefugt gewesen, da er das in § 50 GmbHG vorgesehene Verfahren nicht eingehalten habe.

Eine Einberufungsbefugnis von L ergebe sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG. Nach dieser Vorschrift gelten Personen, die in das Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, als befugt, die Hauptversammlung einzuberufen. Der BGH spricht sich gegen die Ansicht aus, dass die formale Rechtsposition ausreiche, um die Einberufungskompetenz zu begründen, da die Rechtssicherheit Vorrang vor einer gegebenenfalls abweichenden tatsächlichen Rechtslage habe. Vielmehr hält der BGH die Gegenansicht für zutreffend, nach der es an einer für die analoge Anwendung erforderlichen vergleichbaren Interessenlage fehle. Nach dieser Ansicht stünden die Gesellschafter der typischen GmbH den Geschäftsführern – anders als die Aktionäre dem Vorstand einer Aktiengesellschaft – nicht wie außenstehende Dritte gegenüber.

Der BGH verweist zunächst auf die parallele Entscheidung für die geschäftsführende Gesellschafterin einer Publikumsgesellschaft.[1] Die unterschiedliche Interessenlage und die unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der AG einerseits und der GmbH andererseits rechtfertigten die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG nicht. Der BGH stellt darauf ab, dass in der Aktiengesellschaft die Aktionäre in die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern in der Regel nicht eingebunden seien. Aus diesem Grund bestehe ein Interesse der Aktionäre daran, aufgrund der Eintragung im Handelsregister die Berechtigung zur Einberufung überprüfen und so jedenfalls insoweit Rechtssicherheit erlangen zu können, als die Einberufung jedenfalls dann wirksam sei, wenn eingetragene Vorstandsmitglieder daran mitgewirkt haben.

Dieser Gesichtspunkt komme bei der Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht zum Tragen. Den Vorgängen um die Bestellung bzw. die Abberufung des Geschäftsführers stehen die Gesellschafter einer GmbH näher als die Aktionäre den Vorgängen um die Bestellung und Abberufung eines Vorstands. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft werde vom Aufsichtsrat ohne unmittelbare Mitwirkung der Aktionäre bestellt und abberufen (§ 84 AktG), während die Bestellung und Abberufung eines Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich den Gesellschaftern selbst vorbehalten sei (§ 46 Nr. 5 GmbHG).

Die Einladung zu der Gesellschafterversammlung richte sich – anders als bei einer Aktiengesellschaft, die keine Namensaktien ausgegeben hat – nicht an einen anonymen, sondern an einen

[1] Siehe BGH, Urt. v. 25.10.2016 – II ZR 230/15, *notar* 2017, 443 (in diesem Heft).

namentlich bekannten Gesellschafterkreis und erfolge schriftlich, nicht durch Bekanntmachung. Insgesamt ähnle die Stellung der Gesellschafter einer GmbH damit weniger derjenigen außenstehender Dritter als die anonymer Aktionäre. Gegen eine entsprechende Anwendung spreche damit auch, dass § 121 Abs. 2 S. 2 AktG eine unwiderlegliche Vermutung aufstelle, die selbst bei positiver Kenntnis der Gesellschafter von der fehlerhaften Eintragung gelte. Die Vorschrift gehe damit über den Ausgleich unsicherer Kenntnis und sogar über die Registerpublizität nach § 15 HGB gegenüber Dritten hinaus, die die Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister vermittle.

Dieser Auffassung stehe nicht entgegen, dass der Gesetzgeber in einem Regierungsentwurf von 1973 erwogen hat, eine dem § 121 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechende Regelung zu schaffen. Allein hieraus könne weder auf eine Regelungslücke noch auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden. Zudem sei die entworfene Regelung bisher nicht in geltendes Recht umgesetzt worden. Dies spreche dafür, dass eine solche Regelung nicht für sachgerecht erachtet und ein Unterschied zwischen dem GmbH-Recht und dem Aktienrecht beabsichtigt war.

Die Ablehnung der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG stehe auch nicht im Widerspruch zur analogen Anwendung des § 241 AktG auf die GmbH. Der allgemeine Verweis in § 241 AktG auf § 121 Abs. 2 bis 4 AktG vermöge für sich eine analoge Anwendbarkeit des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die GmbH nicht zu begründen. Ob und inwieweit die analoge Anwendung einer Norm in Betracht komme, sei für jede Norm eigenständig zu prüfen. § 241 AktG liege zudem ein anderer Regelungscharakter zugrunde als § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.

Der Umstand, dass zwischen den Gesellschaftern der Beklagten gleichwohl Uneinigkeit über die Geschäftsführungsverhältnisse herrsche, vermöge die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG ebenfalls nicht zu begründen. Die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Abberufung eines Geschäftsführers ändere zum einen nichts an der Kenntnis der Gesellschafter von dem ergangenen und festgestellten (Abberufungs-)Beschluss, zum anderen handele es sich um eine Unsicherheit, die jedem Rechtsstreit bis zu dessen Entscheidung innewohne.

L sei auch nicht als faktischer Geschäftsführer einberufungsbefugt gewesen. Insoweit fehle es an entsprechendem Vortrag der Beklagten über die Aufgabenwahrnehmung des L, die insbesondere im Hinblick auf eine gegen ihn ergangene und seine Befugnisse beschränkende einstweilige Verfügung erforderlich gewesen wäre. Der Einberufungsmangel sei nicht nach den Regeln einer Vollversammlung gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG geheilt worden. Der Kläger habe die unzulässige Einberufung durch L gerügt. Damit fehle es bereits an dem gebotenen Einverständnis mit der Abhaltung der Gesellschafterversammlung und mit der Beschlussfassung als solcher.

Anmerkung:

Wie die vorangehende zu einer KG ergangene Entscheidung[2] behandelt auch dieses Urteil die Frage der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf eine andere Gesellschaftsform. Der BGH verneint die analoge Anwendung der Vorschrift auf den im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführer einer GmbH und klärt damit für die Praxis eine kontrovers diskutierte Frage.

Die für die amtliche Sammlung vorgesehene Entscheidung wurde überwiegend positiv aufgenommen.[3] Wie bei der parallelen Frage zur KG stellt der BGH auch bei der GmbH die (idealtypischen) Strukturunterschiede zwischen einer AG und der GmbH in den Vordergrund. Im Einzelfall kann die Realstruktur einer GmbH einer AG hingegen angenähert werden. Insbesondere kann auch bei einer GmbH die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer einem (obligatorischen oder fakultativen) Aufsichtsrat obliegen. Da der BGH auch bei der Publikums-KG auf den Idealtypus der Personengesellschaft abgestellt hat, ist nicht zu erwarten, dass eine Annäherung der Realstruktur einer GmbH an den Idealtypus einer Aktiengesellschaft aus Sicht des BGH ohne Weiteres eine abweichende Beurteilung im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG rechtfertigen würde.

Für den Kautelarjuristen gilt es auch hier zu erwägen, ob im Einzelfall eine Regelung zur Einberufungskompetenz im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollte. Diese könnte beispielsweise[4] wie folgt lauten:

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Einberufungskompetenz:
Gesellschafterversammlungen werden durch die Geschäftsführer einberufen. Jeder Geschäftsführer ist allein einberufungsbefugt. Personen, die in das Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen sind, gelten als befugt.

Mikolaj Pogorzelski, LL.M. (Harvard), Düsseldorf

[2] BGH, Teilversäumnis- und Teilendurt. v. 25.10.2016 – II ZR 230/15, *notar* 2017, 443 (Beitrag in diesem Heft) m. Anm. *Pogorzelski*.

[3] Zustimmend *Teichmann*, BB 2017, 210; *Priester*, EWiR 2017, 101; *Wilsing/Kleemann*, NJW 2017, 1474; *Hauschild/Berjasevic*, DB 2017, 714; *Münnich*, GmbHR 2017, 191, *Götze*, NZG 2017, 185; zurückhaltend *Liebscher/Steinbrück*, GmbHR 2017, 497, 500 f.; *Bayer/Illhardt*, NZG 2017, 801; *Hippeli*, jurisPK-HaGesR 4/2017 Anm. 3.

[4] Vgl. auch die Formulierungsvorschläge von *Liebscher/Steinbrück*, GmbHR 2017, 497, 504 und *Bayer/Illhardt*, NZG 2017, 801, 810.

praxisforum

Peter Becker

Zum Erbschaftsvertrag, insbesondere im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge

Erbschafts- und Erbverzichtsvertrag, insbesondere Pflichtteilsverzichtsvertrag stehen sich ihrer Funktion nach sehr nahe. Der nachstehende Beitrag zeigt auf, dass die Gestaltungspraxis für Erbschaftsverträge im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge ähnliche Konsequenzen zu ziehen hat, wie sie dies seit der Entscheidung des OLG Münchens, Urt. v. 14.5.2014, 7 U 2983/14 für den Pflichtteilsverzichtsvertrag getan hat.

I. Einleitung

Erbschaftsverträge nach § 311b Abs. 5 BGB spielen in der notariellen Praxis häufig als ergänzendes[1] Gestaltungsmittel eine Rolle. Sie bilden eine Ausnahme vom Verbot nach § 311b Abs. 4 BGB, Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten zu schließen, und ermöglichen eine *„vorweggenommene Erbauseinandersetzung"* unter künftigen (gesetzlichen) Erben.[2] Für sie gelten die §§ 2042 ff. BGB jedoch weder direkt noch analog.[3] Funktionell stehen Erbschaftsverträge insbesondere dem Erbverzicht nach §§ 2346 ff. BGB nahe.[4] Von diesem unterscheiden sie sich jedoch vor allem hinsichtlich der Vertragsbeteiligten und der rechtlichen Wirkungen der Verträge.[5] Anhand von Beispielsfällen sollen nachstehend Anwendungsgebiete des Erbschaftsvertrags in der notariellen Praxis aufgezeigt werden. Dabei wird sich zeigen, dass die im Jahr 2015 im Anschluss an die Entscheidung des OLG München[6] geführte Diskussion[7] zur Auslegung eines Pflichtteilsverzichts weichender Geschwister im Fall eines Rückforderungsrechts bei Vorversterben des empfangenden Abkömmlings auch für das Verständnis bzw. die Gestaltung in der Übergabeurkunde enthaltener Erbschaftsverträge von Bedeutung ist.

II. Anwendungsgebiete des Erbschaftsvertrags in der notariellen Praxis

Fallgruppen zum Anwendungsbereich des Erbschaftsvertrags nach Vertragsinhalten hat bereits *Limmer*[8] herausgearbeitet, der hierbei folgende Fallgruppen unterscheidet:

- vorweggenommene Erbteils-, Pflichtteils- oder Vermächtnisübertragungen,
- Pflichtteilsregelungsverträge,
- Vermächtnisregelungsverträge,
- Erbrechtsgestaltungsverträge,
- Nachlassgegenstandsverträge und
- Anrechnungs- und Ausgleichungsverträge.

Dabei haben alle Anwendungsgebiete – trotz ihres unterschiedlichen Regelungsgehalts – gemein, dass entweder eine Mitwirkung des Erblassers durch Erb-/Übergabevertrag und/oder Erb-/Pflichtteilsverzicht nicht möglich bzw. nicht gewollt ist oder sich nicht alle Ziele auf diese Weise (rechtssicher) verwirklichen lassen.[9] Natürlich ist – wie ein Blick in die Rechtsprechung zeigt[10] – auch eine „Vertragskombination" aus Erbvertrag, Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag sowie Erbschaftsvertrag denkbar.

1. Beispielsfälle

Beispielsfall 1:
Der 74-jährige E ist schwer dement. Er ist nicht mehr geschäfts- bzw. testierfähig. Da es an einer testamentarischen bzw. erbvertraglichen Erbfolgeregelung fehlt, möchten die beiden Kinder des E, K1 und K2, noch vor dessen Ableben eine Regelung zur späteren Erbauseinandersetzung unter sich treffen.

Beispielsfall 2:
Anders als in Beispielsfall 1 ist E wohlauf. Er hat aber kein Interesse daran, ein Testament zu errichten oder einen Erb- bzw. Übergabevertrag abzuschließen. K1 und K2 wollen gleichwohl für sich verbindliche Regelungen zur späteren Erbauseinandersetzung schaffen.

[1] Ein Muster für einen eigenständigen Erbschaftsvertrag bietet etwa Dauner-Lieb/Grziwotz/*v. Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Anh. 1, § 311b BGB Rn 22.

[2] Soergel/*J. Mayer*, BGB, Bd. 5/1a, 13. Aufl., § 311b BGB Rn 261; Dauner-Lieb/Grziwotz/*v. Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Anh. 1, § 311b BGB Rn 2 m. w. N.

[3] Soergel/*Wolf*, BGB, Bd. 21, 13. Aufl., § 2042 BGB Rn 7.

[4] Vgl. Soergel/*Wolf*, BGB, Bd. 21, 13. Aufl., § 2042 BGB Rn 7 m. w. N.

[5] *Weirich*, DNotZ 1986, S. 5 ff., 14.

[6] OLG München, Urt. v. 14.5.2014 – 7 U 2983/14, MittBayNot 2015, 240 ff. = FamRZ 2015, 961 ff. = RNotZ 2014, 572, LS.

[7] Hierzu etwa: *Keim*, *notar* 2015, 17 ff.; *Lotter*, *notar* 2015, 68; *Müller*, *notar* 2015, 104 f. sowie *Weidlich*, MittBayNot 2015, 193 ff.

[8] *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 928 f.

[9] Nur am Rande sei hier darauf hingewiesen, dass die generelle Zulässigkeit des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts etwa von *Schopp*, Rpfleger 1984, 175 ff. unter Verweis auf § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB angezweifelt wird/wurde. Der flankierende Erbschaftsvertrag stellt sich insoweit als sicherster Weg dar. Zum Meinungsstand etwa: *Nieder/Kössinger*, Hdb. der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 19 Rn 12.

[10] Vgl. BGH DNotZ 1996, 763 ff. = MittBayNot 1995, 142 ff. = MittRhNotK 1995, 21 ff.

Beispielsfall 3:
Anders als in Beispielsfall 1 ist E wohlauf. Es fehlt aber ebenfalls an einer testamentarischen oder erbvertraglichen Erbfolgeregelung. K1 und K2 haben kein unbelastetes Verhältnis zu E. Sie wollen daher keine Regelung mit ihm, sondern nur unter sich treffen.

Beispielsfall 4:
Zum Termin zur notariellen Beurkundung eines Übergabevertrages erscheint der Veräußerer E krankheitsbedingt nicht. Er wird aufgrund notariell beurkundeter Vorsorgevollmacht vom Erwerber K1 vertreten. Im Übergabevertrag werden dem E unter anderem ein lebenslanges Wohnungsrecht und ein Rückforderungsrecht, insbesondere im Vorversterbensfall des K1, eingeräumt. K2 wird durch eine Geldzahlung abgefunden. Notarin N sieht statt eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts des K2, einen Erbschaftsvertrag zwischen K1 und K2 vor.

Beispielsfall 5:
Zum Termin zur notariellen Beurkundung eines Übergabevertrages erscheinen alle Beteiligten persönlich. Der in der Urkunde enthaltene gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht des weichenden Geschwisterteils K2 wird um eine Aufhebungsregelung ergänzt. Danach ist die Aufhebung des Verzichts nur mit Zustimmung des Erwerbers K1 möglich.

2. Anmerkungen

Die vorstehenden Beispielsfälle erfassen nur einige denkbare Einsatzgebiete des Erbschaftsvertrags in der notariellen Praxis. Von der Zulässigkeit des Vertragsinhalts ist jeweils auszugehen.

1) *Beispielsfall 1* hat den geschäfts- bzw. testierunfähigen Erblasser vor Augen. Hier ist weder ein Testament[11] noch ein Erbvertrag[12] möglich, ein Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht nur unter den Voraussetzungen des § 2347 Abs. 2 BGB.[13] Ein Übergabevertrag mit Anrechnungs- bzw. Ausgleichungsanordnung (str.)[14] kann noch erfolgen, wenn eine zumindest öffentlich beglaubigte z. B. Vorsorgevollmacht vorliegt, die keine Beschränkung für unentgeltliche Zuwendungen (vgl. § 1804 BGB i. V. m. § 1908i Abs. 2 S. 1 BGB) und eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthalten sollte. Der Erbschaftsvertrag kann hingegen – im Fall des Fehlens einer solchen Vollmacht – für K1 und K2 gegebenenfalls den einzigen Ausweg darstellen, wenn bereits jetzt Regelungen zwischen diesen getroffen werden sollen. Zur Problematik des Todesfalls eines Erbschaftsvertragsverpflichteten/-berechtigten vor Eintritt des Erbfalls siehe unten unter 3).

2) Nicht anders ist die Interessenlage in *Beispielsfall 2 und 3*. Testier- bzw. Geschäftsunwilligkeit stehen insoweit der Testier- bzw. Geschäftsunfähigkeit gleich.

3) Interessanter ist es den Blick auf *Beispielsfall 4* zu lenken. Hier steht § 2347 Abs. 2 BGB zwar nicht der Vertretung beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts[15] zum Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages entgegen,[16] aber dem Abschluss des Pflichtteilsverzichts als abstraktes Verfügungsgeschäft selbst. Es bietet sich daher an, auf einen Erbschaftsvertrag zwischen Erwerber K1 und weichendem Geschwisterteil K2 auszuweichen. Dessen Gestaltung sollte in Ansehung der Rechtsprechung des OLG München zum auflösend bedingten Pflichtteilsverzicht (siehe oben) – jedenfalls bei vertraglichem Rückforderungsrecht – auch eine Regelung zum Fortbestand bzw. Wegfall seiner Wirkungen im Fall der Rückforderung des Vertragsgegenstandes, insbesondere im Todesfall des K1 enthalten.

Gleichzeitig führt dies auf den ersten Blick zu einer der umstrittensten Fragestellungen des Erbschaftsvertrages an sich, nämlich der Höchstpersönlichkeit bzw. Vererblichkeit der für den Erbschaftsvertrag charakteristischen Hauptpflicht. Das Meinungsbild ist insoweit bekanntlich stark gespalten.[17] Während *J. Mayer*[18] von der Vererblichkeit der sich ergebenden Verpflichtungen ausgeht, spricht sich die wohl herrschende Lehre[19] für eine Bedingungslösung aus. Danach stehe der Erbschaftsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Verpflichtete den Erblasser überlebe und – im Überlebensfall – dessen gesetzlicher[20] bzw. – in gleicher Höhe[21] – testamentarischer Erbe oder Pflichtteilsberechtigter werde.[22] Als Konsequenz des Nichteintritts der Bedingung komme es zur Kondiktion (§§ 812 ff. BGB) der im Erbschaftsvertrag vereinbarten Gegenleistung.[23] Wieder andere möchten auf diesen Fall § 313 BGB anwenden.[24] *Von Proff zu Irnich* spricht sich für eine Anwendung der Vorschriften des Unmöglichkeitsrechts (§§ 275, 283, 326 BGB) aus.[25] Meines Erachtens muss hier streng nach dem Inhalt der in Frage stehenden Hauptpflicht aus dem jeweiligen Erbschaftsvertrag differenziert werden. Jedenfalls die Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung des Pflichtteils, gegebenenfalls gegenständlich beschränkt, und die (ausnahmsweise)[26] zulässige Vorausverfügung über den Pflichtteilsanspruch müssen als vererblich eingestuft werden. Insoweit entspricht die Interessenlage § 2349 BGB und der dort vorgesehenen Erstreckungswirkung des Erb-/Pflichtteilsverzichts auf Abkömmlinge. Den Vorwurf damit einen unzulässigen Erbschaftsvertrag zu Lasten Dritter anzuerkennen,[27] halte ich – jedenfalls für das Pflichtteilsrecht – daher nicht für richtig.

4) In *Beispielsfall 4* stellen sich bei einer Rückforderung wegen Vorversterbens des K1 diese Fragen bei näherem Hinsehen jedoch gar nicht, da Verpflichtete(r) K2 ist. Der Anspruch des Berechtigten (hier: K1) ist nach herrschender Lehre hingegen vererblich, jedenfalls wenn seine Erben zu den gesetzlichen Erben des (künftigen) Erblassers gehören.[28] *Henssler* empfiehlt daher klarzustellen, dass der Anspruch des Berechtigten vererblich ist bzw. den Erbschaftsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter auszugestalten.[29] Dabei ist jedoch wiederum umstritten, ob der Dritte gesetzlicher

[11] Siehe § 2064 BGB.
[12] Siehe § 2274 BGB für den Erblasser.
[13] Zur Genehmigungsfähigkeit siehe MüKo-BGB/*Wegerhoff*, Bd. 10, 7. Aufl., § 2347 BGB Rn 11.
[14] Diese sind nach bestrittener Auffassung nicht höchstpersönlicher Natur; hierzu etwa DNotI-Report 6/2011, 43 f.
[15] Zum schuldrechtlichen Grundgeschäft beim Erbverzicht *v. Proff zu Irnich*, DNotZ 2017, 84 ff.
[16] Hierzu BGHZ 37, 319 (329); MüKo-BGB/*Wegerhoff*, Bd. 10, 7. Aufl., § 2347 BGB Rn 2 m. w. N.
[17] Vgl. auch den Überblick bei *Henssler*, RNotZ 2010, S. 221, 239.
[18] Soergel/*J. Mayer*, BGB, Bd. 5/1a, 13. Aufl., § 311b BGB Rn 275.
[19] Staudinger/*Schumacher*, BGB-Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 4 und 5 BGB, Rn 41 f. m. w. N.
[20] BeckOK-BGB/*Gehrlein*, 41. Ed. 1.11.2016, § 311b BGB Rn 53; MüKo-BGB/*Krüger*, 7. Aufl. 2016, § 311b BGB Rn 124.
[21] BGH DNotZ 1989, S. 169 ff.
[22] Staudinger/*Schumacher*, BGB-Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 4 und 5 BGB, Rn 42 m. w. N.
[23] Kritisch: Soergel/*J. Mayer*, BGB, Bd. 5/1a, 13. Aufl., § 311b BGB Rn 275.
[24] *Wiedemann*, NJW 1968, 769, 773.
[25] Dauner-Lieb/Grziwotz/*v. Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Anh. 1, § 311b BGB, Rn 20; *v. Proff zu Irnich*, ZEV 2013, 183, 186 f.
[26] Dauner-Lieb/Grziwotz/*v. Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Anh. 1, § 311b BGB Rn 18 m. w. N.
[27] So z. B. jurisPK-BGB/*Ludwig*, Bd. 2, 8. Aufl. 2017, § 311b BGB Rn 514.
[28] Vgl. etwa Staudinger/*Schumacher*, BGB-Neubearbeitung 2012, § 311b Abs. 4 und 5 BGB Rn 43.
[29] *Henssler*, RNotZ 2010, S. 221 ff., 239.

Erbe des Erblassers sein muss.[30] Eine höchstrichterliche Klärung all dieser Streitfragen steht bislang noch aus.

In der notariellen Urkunde sollte als Konsequenz der Entscheidung des OLG München aus dem Jahr 2014 jedenfalls nicht nur eine Aussage zum Fortbestand/Wegfall eines etwaigen Pflichtteilsverzichts des Erwerbers bzw. etwaiger gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichte weichender Geschwister,[31] sondern auch zum Fortbestand/Wegfall etwaiger vereinbarter Erbschaftsverträge getroffen werden. In aller Kürze könnte dies etwa positiv wie folgt lauten:

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Formulierungsbeispiel:
„(3) Diese Regelungen bleiben auch bei Ausübung des Rückforderungsrechts bestehen."

Zusätzlich sollte klargestellt werden, dass die Ansprüche des Berechtigten (hier: K1) vererblich sind. Dem Berechtigten sollte zudem eine an die oben aufgezeigten Anforderungen angepasste erbrechtliche Regelung nahegelegt werden, insbesondere wenn andernfalls die Ehefrau (Allein- oder Mit-)Erbin würde. Diese zählt regelmäßig nicht zu den gesetzlichen Erben des Erblassers i. S. d. § 311b Abs. 5 BGB.

5) In *Beispielsfall 5* dient ein Erbschaftsvertrag der ergänzenden Absicherung des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts. Denn der Erwerber ist grundsätzlich nicht davor abgesichert, dass Veräußerer und weichendes Geschwisterteil den Verzicht einvernehmlich nach § 2351 BGB wieder aufheben. Anders wäre dies nur, wenn man einen dreiseitigen Vertrag annähme, der nur von allen Beteiligten aufgehoben werden könnte, oder eine Verpflichtung des Erblassers, die Aufhebung des Verzichts zu unterlassen.[32] Daher kann eine – nach dem OLG Karlsruhe wohl nicht nur schuldrechtlich wirkende – Aufhebungssperre[33] bzw. jedenfalls ein schuldrechtlich wirkender Erbschaftsvertrag ein probates Gestaltungsmittel sein. Empfohlen wird auch, eine Rückzahlungspflicht für den Fall der Zuwiderhandlung vorzusehen.[34]

Dr. Peter Becker
ist Notar in Tauberbischofsheim.
E-Mail: info@notar-dr-becker-peter.de

[30] *Henssler*, RNotZ 2010, S. 221 ff., 233.

[31] Hierzu *Keim*, *notar* 2015, 17 ff.; *Lotter*, *notar* 2015, 68; *Müller*, *notar* 2015, 104 f. sowie *Weidlich*, MittBayNot 2015, 193 ff.

[32] *J. Mayer*, ZEV 2000, S. 263 ff., 264.

[33] OLG Karlsruhe ZEV 2000, 108, 111.

[34] Dauner-Lieb/Grziwotz/*v. Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Anh. 1, § 2351 BGB Rn 9 a. E.

rückblick

Jan Mohr

Fußballeuropameisterschaft der Notare 2017

Zur Teilnahme an der diesjährigen Fußballeuropameisterschaft der hauptberuflichen Notare reiste die deutsche Mannschaft über Christi Himmelfahrt nach Wien bzw. zur Sportschule des Niederösterreichischen Fußballverbandes nach Lindabrunn.

Zum ersten Mal in der zweiunddreißigjährigen Turniergeschichte nahm auch eine Gastmannschaft peruanischer Notare teil, die außer Konkurrenz zwei Spiele gegen ein gemischtes europäisches Team und ein Spiel gegen den Gastgeber Österreich bestritt.

Die deutsche Mannschaft startete trotz einiger kurzfristiger Absagen spielerisch gut ins Turnier und verlor zum Auftakt unglücklich 1:0 gegen Italien. Im zweiten Spiel gegen den Gastgeber Österreich war das deutsche Team jedoch völlig von der Rolle und erlebte ein zweites Cordoba. Trotz der klaren Überlegenheit der Österreicher fiel die Niederlage bei der Schmach von Lindabrunn mit 6:0 allerdings etwas zu hoch aus. Die deutschen Spieler bewiesen aber Moral, ließen sich von dieser deutlichen Niederlage nicht aus dem Konzept bringen und erarbeiteten sich mit einer soliden Defensivarbeit ein 0:0 gegen Tschechien. Im nächsten Spiel brachte die wieder gefestigte deutsche Mannschaft den späteren Turniersieger Spanien in große Bedrängnis und verlor äußerst unglücklich mit 1:0. Zeitweise gelang es den deutschen Spielern die *Furia Roja* spielerisch zu dominieren, doch fehlte vor dem Tor – wie so oft in den letzten Jahren – die notwendige Durchschlagkraft und das erforderliche Quäntchen Glück.

Die Pechsträhne der deutschen Offensivabteilung sollte sich dann auch am zweiten Turniertag fortsetzen. In dem hart umkämpften Auftaktspiel gegen Polen lag man schnell durch einen aus kurzer Distanz abgefälschten Ball mit 1:0 in Rückstand und schaffte trotz großer Anstrengung keinen eigenen Treffer. Gerade diese Niederlage war für die Deutschen ein herber Rückschlag, da man sich gegen Polen mehr ausgerechnet hatte und damit der Verbleib in der unteren Tabellenhälfte besiegelt war. Doch auch wenn das Erzielen von Toren derzeit nicht zu den größten Stärken des deutschen Teams zählt, so zeichnet sich die Mannschaft immer wieder durch ihre Hartnäckigkeit und Moral aus. Selbst nach der noch folgenden 0:3-Niederlage gegen die wie immer äußerst spielstarken Franzosen, warf die deutsche Mannschaft im letzten Spiel noch einmal alles in die Waagschale und lieferte sich mit den ebenfalls beherzt kämpfenden Belgiern einen offenen Schlagabtausch. Die Torschützen *Stephan Döbereiner* und Joker *Manfred Schaal* sicherten das verdiente 2:2 und damit einen versöhnlichen Turnierabschluss trotz des letzten Tabellenplatzes.

Hintere Reihe (v.l.): *Grauel, Schaal, Schmitkel, Schlosser, Hain, Sommerfeldt, Schuller, Müller, Wilms, Zimmermann, Todtenhöfer, Döbereiner, Sagmeister, Keßler.*
Vordere Reihe (v.l.): *Grötsch, Lederer, Häusler, Serr, Matheis, Mohr, Bönner, Schmid, Regler, Wassmann.*

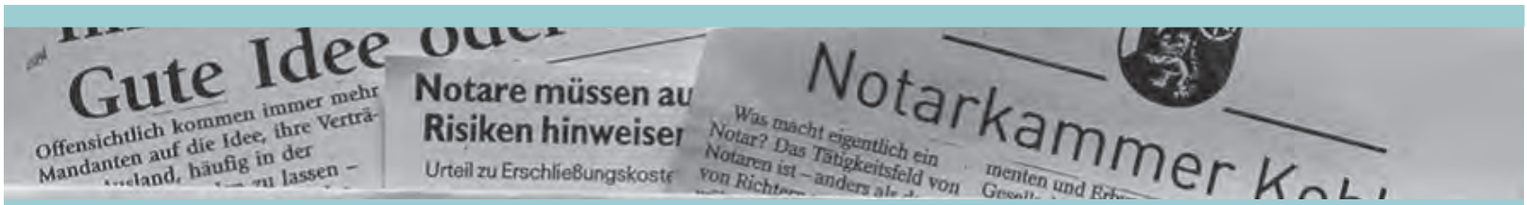
Die vom österreichischen Organisationsteam um *Dr. Franz Leopold* hervorragend organisierte Veranstaltung bot neben dem sportlichen Wettkampf wieder die Möglichkeit zum Austausch unter den europäischen und peruanischen Notarkollegen, sei es beim Besuch einer Heurigenwirtschaft, der Donauschifffahrt am zweiten Abend oder dem abschließenden Galaabend.

Die deutsche Notarfußballmannschaft sucht ständig Verstärkung und freut sich über neue Mitspieler, insbesondere aktive und ehemalige Vereinsspieler. Interessenten melden sich bitte bei:

Notar *Thomas Grauel* (organisatorische Leitung), Wolfratshausen, Tel. 08171/4195-0, E-Mail: notar@thomas-grauel.de;

Notarassessor *Jan Mohr* (sportliche Leitung), Haßloch, Tel. 06324/9211-0, E-Mail: notarassessor@notariat-hassloch.de

Notarassessor Jan Mohr, Kaiserslautern



Nachrichten

Verleihung der Ehrendoktorwürde der St. Petersburger Hochschule an Notar Prof. Dr. Stefan Zimmermann

Im Rahmen eines Seminars der St. Petersburger Universität für Technologie, Management und Ökonomie und des Deutsch-Russischen Forums, Berlin, zum Thema *„Die Rolle des Notariates im Rahmen des Zivil- und Wirtschaftsrechts in Deutschland und Russland"* verlieh die Hochschule Notar *Professor Dr. Stefan Zimmermann*, Köln, Titel und Würde eines Doctor honoris causa (Dr. h. c.) und würdigte damit sein langjähriges Engagement in der vom Auswärtigen Amt geförderten deutsch-russischen Rechtszusammenarbeit. Hauptlaudator war der Prorektor für Wissenschaft *Professor Dr. Gennadi Koskin*, der den erkrankten Präsidenten *Professor Dr. Viktor Gnevko* vertrat. Durch Vorträge, Seminare und Gutachten hat *Zimmermann* über einen Zeitraum von etwa 20 Jahren maßgeblich zum Aufbau eines neuen Rechtssystems in der Russischen Föderation, insbesondere bei der Schaffung der Rechtsgrundlagen für das Notariat beigetragen.

Vorstand der Notarkammer Pfalz

Die Versammlung der Notarkammer Pfalz wählte am 4.11.2017 einen neuen Vorstand. Notar Justizrat *Dr. Gerald Wolf* schied aus Altersgründen aus dem Vorstand aus. Präsident ist nunmehr Notar Justizrat *Dr. Robert Kiefer*, Kandel, Vizepräsident ist Notar Justizrat *Dr. Benno Sefrin*, Haßloch, weitere Vorstandsmitglieder sind: Notarin *Eva Danne*, Rockenhausen, Notar *Dr. Markus Stuppi*, Landstuhl, Notar *Dr. Peter Wolf*, Ludwigshafen. Wir gratulieren dem Vorstand zu seiner Wahl und wünschen viel Erfolg im Amt.

Vorstand der Saarländischen Notarkammer

Am 6.11.2017 fanden in der Saarländischen Notarkammer Vorstandswahlen statt. Notar Justizrat *Dr. Volker Kawohl*, Homburg, wurde als Präsident wiedergewählt. Zum Vizepräsidenten wurde *Notar Dominik Bachmann*, St. Ingbert, gewählt, weitere Vorstandsmitglieder sind: Notarin *Dr. Christa Oechsler*, Sulzbach, Notar *Dr. Patrick Lenz*, Saarbrücken, Notar *Hartmut Pfeifer*, St. Wendel. Wir gratulieren dem Vorstand zu seiner Wahl und wünschen viel Erfolg im Amt.

Personen

Notarkammer Baden-Württemberg

Ausscheiden aus dem Notaramt

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Ulf Hasper*, Stuttgart, zum 1.8.2017

Notar *Ernst Weinmann*, Stuttgart-Bad Cannstatt, zum 1.9.2017

Landesnotarkammer Bayern

Ernennung zur Notarin/zum Notar

Eva-Maria Bernauer, Eschenbach, zum 1.8.2017

Anja Schaller, Wörth a. d. Donau, zum 1.8.2017

Dr. Josef Zintl, Neuburg a. d. Donau, zum 1.8.2017

Kathrin Trutschel, Oettingen i. Bay., zum 1.9.2017

Christian Esbjörnsson, Rosenheim, zum 1.12.2017

Amtssitzverlegung

Notar *Thomas Aigner*, nach Ebersberg, zum 1.10.2017

Notar *Dr. Thomas Braun*, nach Weilheim, zum 1.10.2017

Notar *Maximilian Hagg*, nach Nürnberg, zum 1.10.2017

Notar *Dr. Philipp Lederer*, nach Nürnberg, zum 1.10.2017

Notar *Marcel Neumair*, nach Forchheim, zum 1.10.2017

Notarin *Simone Lang*, nach Türkheim, zum 1.12.2017

Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Dr. Ulrich Bracker*, Weilheim, zum 1.10.2017

Notar *Dr. Wolfgang Brückner*, Nürnberg, zum 1.10.2017

Notar *Andreas Albrecht*, Türkheim, zum 1.12.2017

Notarkammer Thüringen

Ernennung zur Notarassessorin

Dr. Ulrike Pollin, Erfurt, zum 1.9.2017

Rheinische Notarkammer

Ernennung zum Notarassessor

Bernd von Schwander, Bonn, zum 3.7.2017

Dennis Theus, Mettmann, zum 2.10.2017

Ausscheiden aus dem Notaramt

Rechtsanwalt und Notar *Karl-Heinz-Sviga*, Voerde, zum 1.7.2017

Termine

Aktuelle Entwicklungen und Fragestellungen bei der Patientenverfügung

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Zeit: 19.1.2018, 16:00 Uhr

Ort: Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Referenten: Notar *Dr. Thomas Renner*, Erfurt

Kontakt: Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität, Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641 9-42510, Fax: 03641 9-42512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de

Seminare des Deutschen Notarverlags

Fit fürs Notariat (Modul 1)

Ort: Bonn

Datum: 12.3.2018 – 16.3.2018

Referenten: *Frank Tondorf, Filiz Barispek*

Fit fürs Notariat (Modul 2)

Ort: Bonn

Datum: 11.6.2018 – 15.6.2018

Referenten: *Frank Tondorf, Filiz Barispek*

Fit fürs Notariat (Modul 3)

Ort: Bonn

Datum:15.10.2018 – 19.10.2018

Referent: *Frank Tondorf*

Fit fürs Notariat (Modul 4)

Ort: Bonn

Datum: 19.11.2018 – 23.11.2018

Referent: *Frank Tondorf*

Fit fürs Notariat – das Original in München

Ort: München

Datum: 16.7.2018 – 20.7.2018

Referent: *Frank Tondorf, Filiz Barispek*

Update Gesellschaftsrecht mit Notargebühren

Ort und Datum: Wiesbaden, 5.3.2018

Ort und Datum: Düsseldorf 6.3.2018

Ort und Datum: Lübeck, 7.3.2018

Referent: *André Elsing*

Insolvenzrecht in der notariellen Praxis

Ort und Datum: Frankfurt a. M., 19.4.2018

Referent: Rechtsanwalt und Notar *Lars-Henning Behrens*, Frankfurt

Aktuelle Entwicklungen im Notarkostenrecht

Ort und Datum: Essen, 11.4.2018

Ort und Datum: Karlsruhe, 25.4.2018

Referent: Dipl.-Rechtspfleger *Joachim Volpert*, Düsseldorf

Immobilienkaufverträge

Ort und Datum: Essen 18.6.2018

Referent: Frank Tondorf

Digitaler Nachlass

Ort und Datum: Düsseldorf, 19.6.2018

Referentin: Rechtsanwältin *Dr. Stephanie Herzog*, Würselen

Update Immobilienrecht mit Notargebühren

Ort und Datum: Lübeck, 10.9.2018

Ort und Datum: Heidelberg, 12.9.2018

Ort und Datum: Stuttgart, 13.9.2018

Ort und Datum: Wiesbaden, 14.9.2018

Referent: *André Elsing*

Telefontraining fürs Notariat

Ort und Zeit: Berlin, 3.5.2018

Referentin: *Ulrike Seeler*

Kontakt: Deutscher Notarverlag GmbH & Co. KG, Fachverlag für Notare, Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn, Tel.: 0800-6682783-0, E-Mail: service@notarverlag.de, Internet: www.notarverlag.de

Das neue Gebührenrecht für Notare
Einführung, Synopse, Erläuterungen.
BeurkG DONot
Kommentar
Urkundenabwicklung von A-Z
Mitarbeiterleitfaden

literatur

Steuerfallen im Erbrecht

Bernhard Schmid, Steuerfallen im Erbrecht, Deutscher Notarverlag, 1. Aufl. 2017, 288 Seiten, 49,00 EUR, ISBN 978-3-95646-078-4.

Eine fundierte Beratung von Beteiligten bei ihrer Nachfolgeplanung ist in vielen Fällen ohne Wissen um die steuerlichen Rahmenbedingungen nicht zu leisten. Auch wenn der Notar bei der Beurkundung von Testamenten, Erbverträgen und Übertragungsverträgen zu keiner steuerlichen Beratung verpflichtet ist, ist das Erkennen der steuerlichen Folgen einer von den Beteiligten gewünschten Gestaltung zumindest hilfreich, um diese auf von ihnen möglicherweise übersehene steuerliche Fallstricke hinzuweisen und zumindest die Hinzuziehung eines Steuerberaters zu empfehlen. Dabei geht es nicht nur um erbschaft- und schenkungsteuerliche Auswirkungen, sondern auch um grunderwerb- und einkommensteuerrechtliche Konsequenzen erbrechtlicher Regelungen und Vermögensübertragungen im Wege vorweggenommener Erbfolge.

Das von *Bernhard Schmid* vorgelegte Buch *„Steuerfallen im Erbrecht"* stellt eine wertvolle Hilfe dar, die auf eine Vielzahl von Schnittstellen und Berührungspunkten zwischen Erb- und Steuerrecht eingeht. In einem ersten Teil behandelt der Autor die steuerlichen Parameter, die es bei der Planung vorweggenommener Erbfolgen und der Abfassung letztwilliger Verfügungen zu beachten gilt. Im Vordergrund stehen dabei die aus notarieller Sicht besonders praxisrelevanten Übertragungen von Grundstücken unter Nutzungs-, Duldungs- und Leistungsauflagen einschließlich der Übernahme von Wart- und Pflegeverpflichtungen. *Schmid* geht hier auch auf die schenkungsteuerrechtlichen Folgen der verschiedenen Güterstände sowie die Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung von Kettenschenkungen und mittelbaren Grundstücksschenkungen ein. Ein weiteres Thema ist die unterschiedliche einkommensteuerliche Behandlung eines Vorbehaltsnießbrauchs und eines Zuwendungsnießbrauchs an Grundstücken. Zutreffend macht der Autor an dieser Stelle darauf aufmerksam, dass ein ertragsteuerschädlicher Zuwendungsnießbrauch auch dann vorliegt, wenn bei der Übertragung eines vermieteten Grundstücks, das im Alleineigentum eines Ehegatten steht, dem anderen Ehegatten nach dem Tod des übertragenden Alleineigentümer-Ehegatten ein auf dessen Versterben aufschiebend bedingter Nießbrauch eingeräumt wird. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die Gestaltungsmöglichkeit, für den überlebenden Ehegatten lediglich ein Optionsrecht zu begründen, wonach dieser von dem Erwerber die Einräumung eines Nießbrauchs nach dem Versterben des übertragenden Ehegatten verlangen kann.

Bei der Darstellung der erbschaftsteuerlichen Folgen eines gemeinschaftlichen Testaments nimmt *Schmid* auch die steuerlichen Nachteile eines Berliner Testaments in den Blick und zeigt auf, wie sich diese etwa durch die Anordnung eines sogenannten Supervermächtnisses vermeiden lassen. Beachtenswert sind hier insbesondere seine Ausführungen zur steuerlichen Beurteilung eines Vermächtnisses, das erst beim Tod des Beschwerten fällig wird oder dessen Fälligkeit im Belieben des länger lebenden Ehegatten steht. Nach § 6 Abs. 4 ErbStG werden solche Vermächtnisse nämlich wie Nacherbschaften behandelt, bei denen gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ErbStG bei Eintritt der Nacherbfolge derjenige, auf den das Vermögen übergeht, den Erwerb als vom Vorerben stammend zu versteuern hat. Folge dieser erbschaftsteuerrechtlichen Fiktion ist, dass die beabsichtigte Nutzung des persönlichen Freibetrags des Vermächtnisnehmers nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten ausscheidet. *Schmid* empfiehlt daher die Festlegung eines fixen Termins, bis zu dem das Vermächtnis durch den länger lebenden Ehegatten spätestens erfüllt werden müsste.

Im zweiten Teil des Buches werden weitere steuerliche Gestaltungsmittel dargestellt, etwa der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs gegen Abfindung oder die Ausschlagung der Erbschaft gegen Abfindung zur steuerlichen *„Korrektur"* eines Berliner Testaments. Anschließend geht der Autor auch auf die steuerliche Behandlung einer Erbengemeinschaft und deren Auseinandersetzung ein. Nach Ausführungen zur Berechnung der Erbschaft- und Schenkungsteuer (Steuerklassen, Freibeträge und Steuersätze, Möglichkeiten der Inanspruchnahme sachlicher Steuerbefreiungen, Berücksichtigung früherer Erwerbe innerhalb des Zehnjahreszeitraums gemäß § 14 ErbStG) sowie zur Entstehung und Festsetzung der Erbschaft- und Schenkungsteuer endet die Darstellung mit der Behandlung ausgewählter, in der Praxis häufig vorkommender Sachverhaltskonstellationen, beispielsweise der Gewährung zinsloser Darlehen an nahe Angehörige sowie von Schenkungen und Erwerbe von Todes wegen mit Auslandsberührung.

Resümierend lohnt sich die Anschaffung des Buches nicht nur für steuerliche Experten zur Abrundung ihrer Kenntnisse, sondern auch für die Notare, die sich entsprechende Kenntnisse erst noch verschaffen möchten. Dabei kann das von *Schmid* verfasste Werk ein Handbuch oder einen Kommentar zwar nicht ersetzen, es hilft jedoch dem Praktiker, erst einmal ein Gespür für die mit einer Fallkonstellation verbundenen steuerlichen Fallstricke und eigene Lösungsansätze zu entwickeln. Als einzige Empfehlung für den Autor bleibt nur, bei einer Neuauflage des Werkes, die sich allein schon

angesichts der steten Fortentwicklung des Steuerrechts anbieten dürfte, einzelne Fall- und Rechenbeispiele aufzunehmen, um dem Leser die steuerlichen Belastungen einer Gestaltung genauer vor Augen zu führen. Dieser Hinweis soll jedoch den Wert und Beitrag keinesfalls schmälern, den *Schmids* Buch zum Aufspüren von *„Steuerfallen im Erbrecht"* leistet.

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch-Gladbach

Neuauflage des „Grünen Reibold"

Reibold/Seebach/Dahlkamp, Praxis des Notariats, Deubner Verlag, 12. Auflage 2016, ca. 850 Seiten, 79,00 EUR, ISBN 978-3-88606-869-2.

Zwei Jahre nach Erscheinen der Vorauflage des als *„Grüner Reibold"* bekannten Lehrbuchs liegt nunmehr das Werk von *Seebach* und *Dahlkamp* in der Neuauflage vor. Das Werk richtet sich an *„Berufsanfänger und erfahrene Notarfachangestellte"* und berücksichtigt in der neuen Auflage insbesondere die Änderungen der zum 17.8.2015 in Kraft getretenen EuErbVO sowie der seit dem 1.8.2015 geltenden neuen ReNoPat-Ausbildungsverordnung.

Sowohl die Vor- als auch die Neuauflage sind in den Fachkreisen mit Wohlwollen aufgenommen worden (vgl. *Neie*, DNotZ 2015, 239 f.; *Fembacher*, MittBayNot 2015, 119 zur 11. Aufl. sowie *Neie*, DNotZ 2017, 239 f.; *Elmenhorst*, NotBZ 2017, 79 f. zur 12. Aufl.). Der jüngst erschienenen Auflage wurde attestiert, dass es den Autoren gelungen sei, entsprechend dem eigenen Anspruch *„ein modernes, auf die aktuellen Anforderungen zugeschnittenes Lehrbuch für die notarielle Praxis zu verfassen"* (so *Neie*, DNotZ 2017, 239, 240). In der Tat ist das neu erschienene Lehrbuch in dieser Hinsicht gelungen. Nahezu jedes Kapitel stellt eine ausgewogene Mischung aus dem Umfang der bearbeiteten Materie und deren Detailtiefe dar und berücksichtigt die aktuellen Entwicklungen in der für die notarielle Praxis relevanten Rechtsprechung (vgl. auch *Elmenhorst*, NotBZ 2017, 79 f. mit Beschreibung der ausgewählten Kapitel). Positiv ist, dass die Bearbeiter die Anregungen zur Vorauflage (so etwa *Fembacher*, MittBayNot 2015, 119) beachtet und insbesondere die Ausführungen zum Handels- und Vereinsrecht deutlich ausgebaut haben. Neu hinzugekommen sind in diesem Bereich eine Einleitung mit allgemeinen Informationen zum Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften, Ausführungen zum Handelsregister und den Anmeldungen hierzu sowie zum eingetragenen Verein (*Neie*, DNotZ 2017, 239).

In Ergänzung zu den bislang erschienenen Rezensionen bleibt lobend hervorzuheben, dass sich die neue Auflage im Vergleich zur Vorauflage intensiver mit ausländischen Aspekten der notariellen Tätigkeit befasst. Solche Sachverhalte, die unter Umständen eine besondere Komplexität aufweisen können, gehören – auch aus der Perspektive der Notariatsmitarbeiter – inzwischen zum Alltag. Eine verständliche Darstellung solcher Themen ist für ein Lehrbuch dieser Art keine leichte Aufgabe. Dieser Herausforderung werden die Autoren aber gerecht. Den Ausführungen der gesetzlichen Erbfolge (nach deutschem Recht) wird – systematisch sehr gelungen – ein ausführlicher Abschnitt zur EuErbVO vorangestellt. In diesem setzen sich die Bearbeiter mit den Regelungsbereichen der EuErbVO, ihrem zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereich sowie dem zentralen Anknüpfungskriterium *„gewöhnlicher Aufenthalt"* detailliert auseinander. Die Darstellung der Konsequenzen für die Gestaltung notarieller letztwilliger Verfügungen wird mit zahlreichen Formulierungsbeispielen für Rechtswahlen und Belehrungen abgerundet. Eine Vielzahl von Beispielen erleichtert das Verständnis dieser nach Auffassung der Autoren *„sehr anspruchsvollen Rechtsmaterie"*. Im Zusammenhang mit der EuErbVO befassen sich die Autoren mit dem Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ), durch dessen Vorlage als Erbnachweis erbfallbedingte Grundbuchberichtigungen erfolgen können. Zu Recht weisen sie jedoch auf die Nachteile des ENZ, wie etwa seine begrenzte Gültigkeitsdauer von sechs Monaten, hin. In sehr verständlicher Weise wird ferner erläutert, was bei Erbausschlagungen bei ausländischem Erbstatut zu beachten ist.

Die Darstellung von Themen mit ausländischem Bezug, die nach Relevanz auch in den anderen Kapiteln (z. B. Hinzuziehung von Dolmetschern im Abschnitt zum Beurkundungsverfahrensrecht) erfolgt, ist gut strukturiert und erleichtert dem Leser den ersten Einstieg in diese komplexe Materie. Für eine weitere Auflage des Werks ist anzuregen, das internationale Güterrecht (dann unter der Geltung der Europäischen Güterrechtsverordnungen) in gebotener Kürze einzubeziehen. Hierbei könnte auch etwas näher auf ausländische Güterstände eingegangen werden, womit Notariatsmitarbeiter bei der Vorbereitung von Kaufvertragsentwürfen heutzutage nicht selten konfrontiert werden. Eine solche Darstellung im Abschnitt zum Familienrecht würde das Verständnis der Zusammenhänge – insbesondere bei einem Berufsanfänger im Notariat – sehr erleichtern.

Die Fortführung des *„Grünen Reibold"* ist in jedem Fall eine Bereicherung auf dem Markt der Fachliteratur für einen Leserkreis, dem außer Notaren auch Notarfachangestellte, Auszubildende sowie ihre Dozenten und Ausbilder angehören. Für Notariatsmitarbeiter ist das Werk ohne Zweifel eine verlässliche Orientierung im notariellen Alltag.

Notarassessor Dr. Vladimir Primaczenko, Berlin

Wertvolle Arbeitshilfe für Notarfachangestellte

Bös/Neie/Strangmüller/Jurkat (Hrsg.), Praxishandbuch für Notarfachangestellte, ZAP-Verlag, 3. Auflage 2017, 2110 Seiten inkl. CD-ROM, 98,00 EUR, ISBN: 978-3-89655-842-8.

Mit der jüngst erschienenen 3. Auflage des Praxishandbuchs für Notarfachangestellte ist der Literaturmarkt bedeutsam bereichert. Der gelungene Aufbau für Auszubildende, Ausbilder und Lehrkräfte ist von großem Nutzen. Das Praxishandbuch passt in das vorgegebene Konzept der ReNoPat-Ausbildungsverordnung und schließt so eine Lücke des Literaturmarktes.

Das Praxishandbuch kann auch in neuester Auflage den Notariatsangestellten und Notarassessoren eine wertvolle Arbeitshilfe sein. Die hohen Erwartungen des Nutzers werden insbesondere durch die große Mustersammlung an Verträgen, Urkunden und Formulierungsbeispielen in nahezu allen Rechtsgebieten der notariellen Praxis bestens erfüllt.

Im **ersten Teil** schildert *Neie* in § 1 die Aufgaben des Notars und *Strangmüller* befasst sich in § 2 mit der Kanzleiorganisation und rundet seine Darstellung gelungen mit einer Checkliste zur Prüfung der Amtsführung ab. § 3 enthält die Ausführungen von *Bös* zu den Büchern und Akten des Notars, wobei gekonnt die Fragen beantwortet werden, die sich jemand stellen muss, der eine Urkundenrolle oder ein Massenbuch zu führen hat.

Bös schildert im **zweiten Teil** in den §§ 4 und 5 die Zulässigkeit des notariellen Verwahrungsgeschäfts, zeigt die einzelnen berechtigten Sicherungsinteressen auf und liefert Beispiele und Muster zur Kaufpreisabwicklung mit Durchführung der Verwahrung, wobei der Teil mit den Notarkosten für die Verwahrung abgeschlossen wird. In diesem Teil ist der interessante Vorschlag von *Bös* hervorzuheben, der in der notariellen Verwahrungsanweisung bei streitenden Mandanten konkret von vornherein regeln will, dass bei Nichtzustandekommen einer einvernehmlichen Auszahlungsanweisung der Notar berechtigt ist, unter bestimmten Voraussetzungen die notarielle Verwahrung des Geldes durch Hinterlegung des Geldes beim Amtsgericht zu beenden. Damit kann einer *„unendlichen"* Verwahrung vorgebeugt werden.

Der **dritte Teil** betrifft das Beurkundungsverfahren, seine Muss- und Sollvorschriften, die vom Beurkundungsverfahren abzugrenzenden Bescheinigungsaufgaben des Notars, die eidesstattliche Versicherung und einfache Zeugnisse, um nur einige zu nennen. Der prägnant von *Jurkat* geschilderte Teil behandelt auch die Formvoraussetzungen, Beurkundungspflichten, den Übereilungsschutz, die Pflicht zu beurkunden und zeigt die Mitwirkungsverbote des Notars auf. Verständlich wird auf das bedeutsame Geldwäschegesetz und auf die Beteiligung von Personen mit Behinderungen eingegangen. Auch die Abwicklung und der Vollzug der Urkunden kommen nicht zu kurz (§ 12).

Der **vierte Teil** ist dem Kostenrecht gewidmet, das *Neie* verständlich schildert, angefangen vom Aufbau und der Systematik des GNotKG und schließlich der Sicherung und Beitreibung der Gebühren.

Jurkat befasst sich im **fünften Teil** mit dem Immobilienrecht (§§ 33 und 34), in dem nicht nur Aufbau und Verstehen eines Grundbuchinhalts dem Leser verständlich erläutert werden, sondern zahlreiche Vorgänge und Urkunden rund um das Grundbuch sowie Beurkundung und Abwicklung von Kaufverträgen, wobei auch auf spezielle Problemkonstellationen eingegangen wird. *Strangmüller* erläutert den Bauträgerkaufvertrag (§ 35), Wohnungseigentum (§ 36), Erbbaurecht (§ 37) und den Überlassungsvertrag (§ 38), *Neie* die Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und Grundpfandrechte (§§ 39-41) prägnant und mit zahlreichen Mustern.

Der sechste Teil enthält das Familienrecht, insbesondere die ehelichen Güterstände, den Versorgungsausgleich, die Unterhaltsarten, die Vertragsfreiheit sowie die Inhalts- und Wirksamkeitskontrollen. *Jurkat* gelingt die Darstellung in verständlicher Art, ebenso wie seine Erläuterungen zur Vorsorgevollmacht, Patienten- und Betreuungsverfügung sowie zu den Adoptionen Minder- oder Volljähriger.

Neie behandelt **im siebten Teil** das Erbrecht und bietet Checklisten, z. B. zur Testamentsvollstreckung und zur Teilungsanordnung. Er liefert zahlreiche verständlich verfasste Muster.

Das Werk enthält im **achten Teil** die Ausführungen, Muster und Checklisten von *Bös* zum Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht, vom Anfang eines Unternehmens bis zum Ende und sogar die Zweigniederlassung wird behandelt. Präzise wird der Leser an einem Faden durch die einzelnen Gesellschaftsformen geführt, und zwar praxisorientiert.

Auch in dieser Auflage überzeugt das dienliche **Rechtswörterbuch** der Autoren.

Auf sämtliche Formulare des Praxishandbuchs kann der Leser über die mitgelieferte CD-ROM zugreifen.

Das Werk besticht durch seine Übersichtlichkeit und seinen exzellenten Aufbau, der unter dem Gesichtspunkt der neuen Lernmethoden dem Leser entgegenkommt.

Das Praxishandbuch für Notarfachangestellte gehört in jede Notariatsbibliothek, ist klar **zum Kauf zu empfehlen** und gäbe es dieses Buch noch nicht, es müsste geschrieben werden.

André Elsing, Hamburg

Impressum

notar
Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln
Notar Dr. Oliver Vossius, München
Richter am BGH a.D. Roland Wendt, Karlsruhe

Schriftleiter
Notarassessor Dr. Stefan Schmitz, Berlin
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Redaktion
Carola Vonhof-Stolz

Bildnachweis
Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe), Notar a. D. Dr. Sebastian Spiegelberger (S. 423, 424, 427, 428, 430, 432)

Fachredakteure
Handelsregister
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht
Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

Gesellschaftsrecht
Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden
Korina Strnad, LL. M., Dresden

Wohnungseigentum
Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

Erbrecht
Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Immobilienzuwendung
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht
Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:
E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

Manuskripte
Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

Urheber- und Verlagsrechte
Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise
Monatlich

Anzeigenverwaltung
Deutscher Notarverlag GmbH
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

Bezugspreis
Jahresabonnement: 134,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: 13,90 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen
Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag
Deutscher Notarverlag
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 30
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: riedel@notarverlag.de

Koordination im Verlag
Jana Riedel

Satz
Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck
Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN
1860-8760

Hinweis
Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.