

## ABHANDLUNGEN

### Partnerschaft oder GmbH?

#### Überlegungen zur Wahl der Rechtsform bei Zusammenschlüssen von Angehörigen freier Berufe

Von Notarassessor *Dr. Johann Mayr*, Passau

#### I. Zur Ausgangssituation

Am 1.7.1995 trat das Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze vom 25.7.1994 (BGBl. I S. 1744) in Kraft. Mit der Einführung der Partnerschaft als neuem Gesellschaftstyp wollte der Gesetzgeber den Angehörigen der freien Berufe als Alternative zu den bestehenden Organisationsformen ein Kooperationsmodell anbieten, das den modernen Anforderungen an den freien Beruf genügt, gleichzeitig aber dessen hergebrachtes Bild wahr<sup>1</sup>. Diese Erweiterung der Gesellschaftsformen für Freiberufler erschien notwendig, weil einerseits die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich in Ermangelung einer ausreichend verfestigten und dauerhaften Innenstruktur, namentlich wegen der fehlenden Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit, zumal bei größeren Zusammenschlüssen häufig nicht als Unternehmensträgerin eignet, andererseits aber bis zum Erlaß der Entscheidungen des BGH vom 25.11.1993<sup>2</sup> und des BayObLG vom 24.11.1994<sup>3</sup> zur Zulässigkeit der Zahnärzte- bzw. Anwalts-GmbH nach traditioneller Ansicht in Rspr. und Lehre den Angehörigen bestimmter freier Berufe, vornehmlich der Heil- und Rechtsberatungsberufe, die Leistungserbringung im rechtlichen Rahmen einer Kapitalgesellschaft untersagt blieb<sup>4</sup>. Seitdem allerdings die jüngere Rspr. die GmbH immer weitgehender auch als Berufsausübungsgesellschaft für Angehörige freier Berufe zuläßt – eine Rechtsentwicklung, die freilich im Zeitraum der Konzeption und Beratung des PartGG noch kaum abzusehen war –, werden in der Lit. Stimmen laut, die Zweifel am Bestehen eines Bedürfnisses nach der neuen Gesellschaftsform anmelden<sup>5</sup>. Das gibt Anlaß zu der nachfolgenden vergleichenden Betrachtung der Partnerschaft und der Freiberufler-GmbH, in der zunächst der Inhalt des PartGG skizziert (II), dann die rechtliche Zulässigkeit eines Zusammenschlusses von Angehörigen freier Berufe in Form einer GmbH untersucht (III) und abschließend der Versuch einer zusammenfassenden Würdigung unternommen wird (IV).

#### II. Die Bestimmungen des PartGG<sup>6</sup>

##### 1. Die Rechtsnatur der Partnerschaft

Die Partnerschaft ist entsprechend ihrem personenbezogenen Charakter als Personengesellschaft ausgestaltet. Als Gesamthandsgemeinschaft stellt sie zwar keine juristische Person dar, ist aber aufgrund der in § 7 II PartGG enthaltenen Verweisung auf § 124 HGB in demselben Umfang wie die OHG (teil-)rechtsfähig und damit einer juristischen Person weitgehend angenähert. Sie ist insbesondere auch partei-, grundbuch-, vergleichs- (§ 110a VerglO) und konkursfähig (§ 212 a KO).

Die Partnerschaft wurde als „Schwesterfigur“ zur OHG normiert<sup>7</sup>, übt aber im Gegensatz zu dieser kein Gewerbe aus (§ 1 I 2 PartGG). Aufgrund Verweisungen in §§ 4 I 1, 6 II 2, 7 II, III, 8 I 2, 9 I und 10 II PartGG unterliegt die Partnerschaft in großen Bereichen dem Recht der OHG. Subsidiär finden gemäß § 1 IV PartGG die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anwendung. Allerdings räumen die §§ 1 IV, 6 II, III 1, 9 IV 2 PartGG den Partnern weitreichende Gestaltungsfreiheiten ein, im Partnerschaftsvertrag abweichende Vereinbarungen zu treffen.

##### 2. Der Anwendungsbereich der Partnerschaft

###### a) Der partnerschaftsfähige Personenkreis

Die Rechtsform der Partnerschaft steht gemäß § 1 I 1 PartGG den Angehörigen freier Berufe offen. Der Begriff des freien Berufs wird im Gesetz nicht definiert; jedoch enthält § 1 II PartGG einen Katalog der freien Berufe, der sich an § 18 I

<sup>1</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 1, 7.

<sup>2</sup> BGH ZIP 1994, 381.

<sup>3</sup> BayObLG NJW 1995, 199.

<sup>4</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 1, 7.

<sup>5</sup> Vgl. *Michalski/Römermann*, PartGG, 1995, Einl. Rdnr. 38 f.

<sup>6</sup> Allgemein zum PartGG *Meilicke/Graf v. Westphalen/Hoffmann/Lenz*, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 1995; *Michalski/Römermann*, PartGG, 1995; *Seibert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1: BGB-Gesellschaft, OHG, PartG, EWIV, 1995; *Bayer/Imberger DZWIR* 1995, 177; *Böhlinger BWNotZ* 1995, 1; *Knoll/Schüppen DStR* 1995, 608, 646; *Lenz MDR* 1994, 741; *Meppen Rpfleger* 1995, 481; 1996, 1; *Karsten Schmidt NJW* 1995, 1; *Seibert DB* 1994, 2381; *ders.*, Die Partnerschaft, 1994; *Sommer GmbH* 1995, 249. Vertragsmuster finden sich bei *Stuber*, Die Partnerschaftsgesellschaft, Beck'sche Musterverträge, Band 25, 1995, und *Stucken WiB* 1994, 744.

<sup>7</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 8.

Nr. 1 S. 2 EStG anlehnt, ohne mit diesem vollständig übereinzustimmen. Bewußt ausgeklammert bleiben Notare mit der Begründung, daß die berufsrechtlichen Regelungen für Notare als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) eine Teilnahme an der Partnerschaft ausschließen, sowie Apotheker. Letztere sind zwar grundsätzlich den freien Berufen zuzuordnen; § 8 Apothekengesetz läßt aber für diesen Berufsstand als Kooperationsformen allein die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die OHG zu<sup>8</sup>.

Die Zugehörigkeit zur Partnerschaft ist auf natürliche Personen beschränkt (§ 1 I 3 PartGG). Diese müssen nach der Begründung zum RegE PartGG ihren Beruf in der Partnerschaft auch aktiv ausüben. Bloße Kapitalanlagen und stille Beteiligungen sollen demnach nicht möglich sein. Entsprechendes gilt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Umgehungsgeschäfte, etwa wenn ein Angehöriger eines freien Berufs seine Beteiligung lediglich als Strohmännchen für einen Dritten hält<sup>9</sup>.

Ein Zwang zur Gründung einer Partnerschaft bei Vorliegen der Voraussetzungen hierfür besteht nicht. Diese Rechtsform versteht sich vielmehr lediglich als Angebot. So bleibt es Angehörigen freier Berufe unbenommen, im rechtlichen Rahmen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammenzuarbeiten, auch wenn für ihren Zusammenschluß eine Partnerschaft in Frage käme.

#### b) Der Berufsrechtsvorbehalt

Gemäß § 1 III PartGG kann in Vorschriften über einzelne Berufe die Berufsausübung in der Partnerschaft ausgeschlossen oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Solche berufsspezifischen Beschränkungen bestehen derzeit z. B. für Rechts- und Patentanwälte, die sich nach §§ 59a I BRAO bzw. 52a I PAO nur mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, der Patentanwaltskammer, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern in einer Sozietät – womit nicht nur Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, sondern auch Partnerschaften gemeint sind<sup>10</sup> – zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbinden dürfen. Anwaltsnotaren ist gemäß § 59a I 3 BRAO die Eingehung solcher Sozietäten lediglich bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung erlaubt. Angesichts des mißverständlichen Wortlauts dieser Bestimmung sind die klärenden Ausführungen des BGH in dessen Beschluß vom 18.9.1995<sup>11</sup> zu begrüßen. Danach bedarf die Frage nach den Assoziierungsmöglichkeiten des Anwaltsnotars einer zweifachen Prüfung, nämlich nach dem anwaltlichen und nach dem notariellen Berufsrecht. § 59a I 3 BRAO stellt nur klar, daß aus der Sicht des anwaltlichen Berufsrechts keine Bedenken gegen die in dieser Vorschrift genannten Verbindungen bestehen. Letztlich hängt aber deren Zulässigkeit von den gesetzlichen Regeln des Notarrechts ab, wie schon die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung klarstellt<sup>12</sup> und § 59a I 4 BRAO zum Ausdruck bringt, wonach sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notar sind, im übrigen nach den Bestimmungen und Anforderungen

des notariellen Berufsrechts richtet. Mit dieser Argumentation gelangt der BGH zu Recht zu dem Ergebnis, daß auch durch die Einfügung des § 59a in die BRAO das im Interesse der Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notar-amtes bestehende Verbot von Sozietäten zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern fortgilt.

Weitere Beispiele für berufsspezifische Beschränkungen i. S. des § 1 III PartGG finden sich in § 172 a BRAO für Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind, sowie – speziell in Bezug auf die Mitgliedsfähigkeit und Kapitalbindung – in den §§ 49 ff. StBerG bzw. 27 ff. WPO für Partnerschaften, an denen sich Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer beteiligen, wenn die Anerkennung als Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestrebt wird. Allerdings können Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer analog §§ 56 StBerG, 44b WPO auch – ggf. zusammen mit Angehörigen anderer freier Berufe – eine Partnerschaft gründen, die keine Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist und nicht den dafür geltenden besonderen Reglementierungen unterliegt<sup>13</sup>, dann aber keine dieser Bezeichnungen in ihrem Namen führen darf.

Treffen bei Partnerschaften zwischen Angehörigen verschiedener freier Berufe unterschiedliche berufsrechtliche Regelungen aufeinander, so gilt nur die nach allen Bestimmungen zulässige Lösung<sup>14</sup>. Dieses Prinzip des kleinsten gemeinsamen Nenners findet auch bei sich widersprechenden Regelungen im PartGG und berufsrechtlichen Normen Anwendung<sup>15</sup>.

### 3. Der Name der Partnerschaft

Die Partnerschaft ist namensfähig. Ihr Name muß gemäß § 2 I PartGG den Namen mindestens eines Partners – wobei die Beifügung des Vornamens nicht erforderlich ist (§§ 2 II PartGG i. V. m. 19 III HGB) –, den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnungen aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe enthalten. Eine Ausnahme besteht für Partnerschaften, die als Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anerkannt sind: Diese müssen gemäß §§ 53 S. 1 StBerG bzw. 31 S. 1 WPO die Bezeichnung „Steuerberatungsgesellschaft“ bzw. „Wirtschaftsprüfungsgesellschaft“ in ihren Namen aufnehmen; dafür entfällt für sie die Verpflichtung nach § 2 I PartGG, zusätzlich die Berufsbezeichnungen aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe im Namen anzuführen (§§ 53 S. 2 StBerG bzw. 31 S. 2 WPO). Anwaltsnotare dürfen im Namen der Partnerschaft nur als Rechtsanwälte geführt werden. Allerdings erscheint es nach der Begründung zum RegE PartGG möglich, auf den außerhalb der Partnerschaft ausgeübten Beruf des Notars auf dem Briefkopf der Partnerschaft hinzuweisen<sup>16</sup>.

Die Zusätze „Partnerschaft“ sowie „und Partner“ bleiben, um Verwechslungsgefahren vorzubeugen<sup>17</sup>, seit Inkrafttreten des PartGG ausschließlich Partnerschaften vorbehalten. Sonstige

<sup>8</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 10.

<sup>9</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 7, 9.

<sup>10</sup> Seibert DB 1994, 2381, 2383; vgl. auch die amtliche Begründung zum RegE eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte und zur Änderung anderer Gesetze, BT-Drucks. 12/4993, S. 23.

<sup>11</sup> BGH NJW 1996, 392 f.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 12/4993, S. 33.

<sup>13</sup> Ausführlich Michalski/Römermann, a. a. O., § 1 Rdnr. 107 ff. unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte und die ratio legis, interprofessionelle Kooperation zu erleichtern; ebenso Knoll/Schüppen DStR 1995, 608, 610; Seibert DB 1994, 2381, 2383.; a. A. für Steuerberater Gehre, StBerG, 3. Aufl. 1995, Einl. Rdnr. 14, und für Wirtschaftsprüfer Burret WPK-Mitt. 1994, 201, 206 f.

<sup>14</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 11.

<sup>15</sup> Michalski/Römermann, a. a. O., § 1 Rdnr. 100.

<sup>16</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 10.

<sup>17</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 23.

Gesellschaften, die eine solche Bezeichnung am 1.7.1995 geführt haben, dürfen diese noch bis zum 30.6.1997 weiterführen. Danach ist ihnen eine Weiterverwendung nur gestattet, wenn sie der Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ einen Hinweis auf die andere Rechtsform hinzufügen (§ 11 PartGG). Verfassungsrechtlich begegnet der so begründete Zwang für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und Personenhandelsgesellschaften, den bereits am 1.7.1995 (zulässigerweise) geführten Zusatz „Partnerschaft“ bzw. „und Partner“ aufzugeben oder um einen Rechtsformhinweis zu ergänzen, unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 GG) durchaus Bedenken, welche das Schrifttum – soweit es dieses Problem behandelt – mit Hinweis auf die relativ geringe Erheblichkeit des Eingriffs zu zerstreuen versucht<sup>18</sup>. Dennoch verbleibt ein gewisses Unbehagen gegen diese „Usurpation“<sup>19</sup> des Partnerzusatzes durch die Partnerschaft<sup>20</sup>, welches dadurch verstärkt wird, daß sich nach Erlaß der Entscheidungen des BGH und des BayObLG zur Zulässigkeit der Zahnärzte bzw. Anwalts-GmbH erst noch zeigen muß, ob die Partnerschaft überhaupt jemals größere praktische Bedeutung erlangen wird.

Auf den Namen der Partnerschaft erklärt § 2 II PartGG eine Reihe von Bestimmungen des HGB über das Firmenrecht für entsprechend anwendbar, namentlich die Grundsätze der Firmenwährtheit, -ausschließlichkeit und -beständigkeit. So wird beispielsweise durch die Verweisung auf §§ 21, 22 I und 24 HGB den Partnern ermöglicht, den im Partnerschaftsnamen enthaltenen ideellen und materiellen Wert auch dann zu erhalten, wenn sich bestimmte Geschäftsvorfälle ereignen, die an sich eine Änderung des bestehenden Namens erforderlich machen würden. Damit ist vor allem in dem praktisch relevanten Fall des Ausscheidens eines Partners die Fortführung von dessen Namen im Namen der Partnerschaft zeitlich unbegrenzt zulässig, vorausgesetzt der ausgeschiedene Partner bzw. dessen Erben willigen in die Namensfortführung ausdrücklich ein. Das Namensfortführungsrecht besteht indessen nicht, wenn ein Strohhalm nur für kurze Zeit in die Partnerschaft aufgenommen wird mit dem Ziel, dessen Namen mißbräuchlich als Wettbewerbsvorteil einzusetzen<sup>21</sup>. Dies steht der Mitwirkung sog. Gründungshelfer entgegen, die in der Praxis nicht selten an Gesellschaften mit beschränkter Haftung beteiligt werden, damit diese einen bestimmten Namen in ihre Personcnfirma aufnehmen können, wobei aber schon beim Erwerb des Geschäftsanteils das Ausscheiden des namensgebenden Gesellschafters nach erfolgter Handelsregistereintragung feststeht<sup>22</sup>. Im übrigen steht zur Vermeidung von Täuschungen das Recht zur Namensfortführung bei Veränderungen im Bestand der Partner immer unter dem Vorbehalt, daß der Name der Partnerschaft nur die Berufsbezeichnungen der in der Partnerschaft noch aktuell vertretenen Berufe enthalten darf, andererseits jedoch auch alle etwaigen neu in der Partnerschaft ausgeübten Berufe aufgenommen werden müssen<sup>23</sup>.

#### 4. Die Gründung der Partnerschaft

##### a) Der Partnerschaftsvertrag

Die Gründung einer Partnerschaft erfolgt durch Abschluß eines Partnerschaftsvertrags und Eintragung der Partnerschaft in das Partnerschaftsregister. Der Partnerschaftsvertrag bedarf nach § 3 I PartGG der Schriftform. Anders als bei der GmbH (§ 2 I 1 GmbHG) ist eine notarielle Beurkundung nur erforderlich, wenn sich ein Beurkundungszwang aus Vorschriften außerhalb des PartGG ergibt, z. B. aus § 313 S. 1 BGB, wenn die Einlageverpflichtung eines Partners in der Einbringung eines Grundstücks besteht. Als Mindestangaben muß der Partnerschaftsvertrag gemäß § 3 II PartGG den Namen und den Sitz der Partnerschaft, den Namen und den Vornamen sowie den in der Partnerschaft ausgeübten Beruf und den Wohnort jedes Partners sowie den Gegenstand der Partnerschaft enthalten. Zusätzliche Formerfordernisse, die in Vorschriften über einzelne Berufe aufgestellt werden, wie beispielsweise die in § 85 IV b SGB V vorgeschriebene notarielle Vertragsbeglaubigung zum Nachweis der gleichberechtigten Teilhaberschaft von Vertragsärzten im Hinblick auf deren Vergütungsanspruch, bleiben unberührt<sup>24</sup>. Im Fall eines Verstoßes gegen § 3 PartGG sind auf die eingetragene und in Vollzug gesetzte Partnerschaft, nachdem diese als „Schwesterfigur“ zur OHG konzipiert wurde, die von Rspr. und Lehre entwickelten Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden; im übrigen gelten die Regeln über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts<sup>25</sup>. Dasselbe muß bei der Gründung einer Partnerschaft durch nicht partnerschaftsfähige Personen angenommen werden.

##### b) Die Eintragung in das Partnerschaftsregister

Gemäß § 4 PartGG ist die Partnerschaft zur Eintragung in das bei den Amtsgerichten (§ 160 b I 1 FGG) geführte Partnerschaftsregister anzumelden. Die Anmeldung hat die in § 3 II PartGG vorgeschriebenen Angaben sowie die Zugehörigkeit jedes Partners zu dem freien Beruf, den er in der Partnerschaft ausübt, zu enthalten. Sie ist von allen Partnern bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Partnerschaft ihren Sitz hat, zu bewirken. Dabei haben die vertretungsberechtigten Partner den Namen der Partnerschaft nebst ihren Namensunterschriften zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen (§§ 4 I 1, 2, II 1 PartGG i. V. m. 106 I, 108 HGB). Änderungen der in § 3 II PartGG vorgeschriebenen Angaben sind gleichfalls anzumelden (§ 4 II 3 PartGG). Sämtliche Anmeldungen, zur Aufbewahrung bei dem Gericht bestimmten Zeichnungen und Partnerschaftsregistervollmachten sind in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§§ 5 II PartGG i. V. m. 12 HGB). Wegen der Bewertung derartiger Geschäfte wurde § 26 a in die KostO eingefügt, der grundsätzlich § 26 KostO für entsprechend anwendbar erklärt, jedoch für Erstanmeldungen und -eintragungen einen Mindestgeschäftswert von 50 000 DM festlegt und vorsieht, daß dieser Wert angenommen werden kann, wenn der Kostenschuldner versichert, daß der Einheitswert des Betriebsvermögens einen zu einem höheren Geschäftswert führenden Betrag nicht übersteigt.

Die Prüfungspflichten des Registergerichts im Anmeldeverfahren sind beschränkt: So legt das Gericht bei der Eintragung die Angaben der Partner über die Zugehörigkeit zu

<sup>18</sup> Burret WPK-Mitt. 1994, 201, 204; Michalski/Römermann, a. a. O., § 11 Rdnr. 2.

<sup>19</sup> Seibert, Die Partnerschaft, S. 49.

<sup>20</sup> Burret WPK-Mitt. 1994, 201, 204; vgl. auch Karsten Schmidt NJW 1995, 1, 5; a. A. Seibert, Die Partnerschaft, S. 49.

<sup>21</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 12; zweifelnd zur praktischen Nachweisbarkeit solcher Mißbrauchstatbestände Knoll/Schüppen DStR 1995, 608, 611.

<sup>22</sup> Zur Zulässigkeit dieser Praxis bei der GmbH vgl. Hachenburg/Ulmer/Heinrich, GmbHG, 7. Aufl. 1975, § 4 Rdnr. 50.

<sup>23</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 12.

<sup>24</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 12.

<sup>25</sup> Str.; wie hier Bayer/Imberger DZWIR 1995, 177, 180; Knoll/Schüppen DStR 1995, 608, 612; Michalski/Römermann, a. a. O., § 3 Rdnr. 12; a. A. Karsten Schmidt NJW 1995, 1, 3; Stuber WiB 1994, 705, 707.

dem in der Partnerschaft ausgeübten freien Beruf ohne Nachweis zugrunde, es sei denn, deren Unrichtigkeit ist ihm positiv bekannt (§ 4 II 2 PartGG). Der Partnerschaftsvertrag, der der Anmeldung nicht beigelegt werden muß, unterliegt keiner Kontrolle durch das Registergericht. Dem Gericht obliegt es auch nicht von Amts wegen, die Einhaltung berufsrechtlicher Reglementierungen zu überwachen. Letzteres ist vielmehr Aufgabe der berufsständigen Organe, deren Beteiligung nach §§ 160 b I 3 i. V. m. 126 FGG möglich ist<sup>26</sup>. Hingegen nimmt die Industrie- und Handelskammer am Verfahren nicht teil.

Die Registereintragung wirkt konstitutiv. Bis zur Eintragung finden die Regeln über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anwendung<sup>27</sup>. Dem Partnerschaftsregister kommt eine positive und negative Publizitätswirkung in demselben Umfang wie dem Handelsregister zu (§§ 5 II PartGG i. V. m. 15 HGB).

### 5. Das Innenverhältnis der Partnerschaft

Das Innenverhältnis bestimmt sich gemäß § 6 III PartGG, soweit der Partnerschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen beinhaltet, nach den §§ 110 bis 116 II und 117 bis 119 HGB. Nicht verwiesen wird auf § 116 III HGB, da die Partnerschaft keine Prokura erteilen kann, sowie auf die §§ 120 bis 122 HGB, die die Gewinnverteilung bei der OHG regeln; insoweit gelten die dispositiven Bestimmungen in §§ 721 f. BGB. Sonderbestimmungen für das Innenverhältnis der Partnerschaft enthalten § 6 I und II PartGG: Nach § 6 I PartGG erbringen die Partner ihre beruflichen Leistungen unter Beachtung des jeweiligen für sie geltenden Berufsrechts. § 6 II PartGG ordnet an, daß einzelne Partner nur von der Führung der sonstigen Geschäfte ausgeschlossen werden können. Darunter sind in Abgrenzung zum Hauptinhalt der Geschäftsführung, nämlich der freiberuflichen Berufstätigkeit, Geschäfte wie der Einkauf von Büromaterial, die Anstellung von Mitarbeitern u. ä. zu verstehen<sup>28</sup>. Mit dieser Abweichung von § 114 II HGB soll das Prinzip der Selbstorganschaft betont, die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Partner gewahrt und eine bloße Kapitalbeteiligung unterbunden werden<sup>29</sup>.

### 6. Das Außenverhältnis der Partnerschaft

Für die Vertretung der Partnerschaft gelten weitgehend die Regelungen über die OHG entsprechend (§§ 7 III PartGG i. V. m. 125 I, II, IV sowie 126 bis 127 HGB).

### 7. Die Haftung der Partnerschaft und der Partner

Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft statuiert § 8 I PartGG in Anlehnung an das Recht der OHG eine gesamtschuldnerische Haftung der Partner neben dem Vermögen der Partnerschaft. Die §§ 129, 130 HGB werden für entsprechend anwendbar erklärt. Jedoch räumt § 8 II PartGG den Partnern die Möglichkeit ein, ihre Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf diejenigen von ihnen zu beschränken, die innerhalb der Partnerschaft die berufliche Leistung zu erbringen oder verantwortlich zu leiten und zu

überwachen hat. Soll die Haftung auf nur einen Partner konzentriert werden, so ist dieser im Einzelfall namentlich zu benennen. Im übrigen läßt § 8 II PartGG aber eine Haftungsbeschränkung auch unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen ausdrücklich zu. Damit wird der amtlichen Begründung zum RegE PartGG zufolge spezialgesetzlich bestimmt, daß insoweit keine Inhaltskontrolle gemäß den §§ 9 bis 11 AGBG erfolgt. Das Überraschungsverbot nach § 3 AGBG bleibt allerdings unberührt<sup>30</sup>.

§ 8 II PartGG geht §§ 51 a II BRAO, 45 a II PAO, 67 a II StBerG und 54 a II WPO für den Bereich der Partnerschaft als *lex specialis* vor<sup>31</sup>. Diese verdrängten Bestimmungen ermöglichen Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die nicht in der Rechtsform einer Partnerschaft gegründet wurden, ebenfalls eine Haftungskonzentration auf einzelne Mitglieder der Sozietät, stellen aber teilweise strengere Anforderungen an die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung. So darf nach §§ 51 a II 2 BRAO, 47 a II 2 PAO und 67 a II 2 StBerG die Zustimmungserklärung des Mandanten zu einer solchen Konzentration keine anderen Erklärungen enthalten und muß vom Auftraggeber unterschrieben sein.

Als weitere Haftungserleichterung für die Partner sieht § 8 III PartGG vor, daß durch formelles Gesetz für einzelne Berufe eine Beschränkung der Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf einen bestimmten Höchstbetrag zugelassen werden kann, wenn zugleich eine Pflicht zum Abschluß einer Berufshaftpflichtversicherung der Partner oder der Partnerschaft begründet wird. Derzeit eröffnen §§ 51 a I BRAO, 45 a I PAO, 67 a I StBerG sowie 54 a I WPO i. V. m. 323 II 1 HGB Rechtsanwältinnen, Patentanwältinnen, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern – unabhängig von der Organisationsform, in der der jeweilige Beruf ausgeübt wird – die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung bis zu einem bestimmten Höchstbetrag.

### 8. Veränderungen im Kreis der Partner und Auflösung der Partnerschaft

Für das Ausscheiden eines Partners und die Auflösung der Partnerschaft verweist § 9 I PartGG auf die §§ 131 bis 144 HGB, deren Geltung jedoch durch § 9 II bis IV PartGG in verschiedener Weise modifiziert wird: Nach der dispositiven Regelung in § 9 II PartGG führen der Tod eines Partners, die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Partners, die Kündigung eines Partners und die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Partners im Interesse einer Strukturverfestigung der Partnerschaft abweichend von § 131 Nr. 4 bis 6 HGB nicht zur Auflösung der Partnerschaft, sondern nur zum Ausscheiden des betroffenen Partners. Gemäß § 9 III PartGG scheidet ein Partner kraft Gesetzes aus, wenn er die erforderliche Zulassung für den freien Beruf, den er in der Partnerschaft ausübt, verliert. § 9 IV PartGG ordnet schließlich die Unvererblichkeit der Beteiligung an einer Partnerschaft an, läßt jedoch Bestimmungen im Partnerschaftsvertrag zu, in denen die Beteiligung vererblich gestellt wird, vorausgesetzt der Erbe kann Partner im Sinne des § 1 I und II PartGG sein. Als Gestaltungsmöglichkeiten im Partnerschaftsvertrag bieten sich hierfür die aus dem Recht der Personengesellschaften bekannten Nachfolgeklauseln

<sup>26</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 14.

<sup>27</sup> Bayer/Imberger DZWIR 1995, 177, 179; Knoll/Schüppen DStR 1995, 608, 611; Karsten Schmidt NJW 1995, 1, 4.

<sup>28</sup> Michalski/Römermann, a. a. O., § 6 Rdnr. 12; Sommer GmbH 1995, 249, 252.

<sup>29</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 15.

<sup>30</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 17.

<sup>31</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 18; Knoll/Schüppen DStR 1995, 608, 646, 648 f.; Seibert DB 1994, 2381, 2384; a. A. Michalski/Römermann, a. a. O., § 8 Rdnr. 73 ff.

an<sup>32</sup>. Das Ausscheiden eines nicht partnerschaftsfähigen Erben ist allerdings nicht zu verhindern, und zwar auch nicht durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung an der Beteiligung des verstorbenen Partners und Ernennung eines partnerschaftsfähigen Testamentsvollstreckers. Der Vorstellung des Gesetzgebers zufolge ist die Zugehörigkeit zur Partnerschaft auf einem freien Beruf angehörige natürliche Personen beschränkt, die ihren Beruf in der Partnerschaft aktiv ausüben<sup>33</sup>. Damit ist die Wahrnehmung von Befugnissen durch einen Testamentsvollstrecker aufgrund des diesem übertragenen privaten Amtes im eigenen Namen und unabhängig vom Willen des Erben nicht vereinbar. Eine Testamentsvollstreckung an einer Partnerschaftsbeteiligung kann indessen wirksam angeordnet werden, wenn der Erbe partnerschaftsfähig ist, wobei dann aber die Beschränkungen entsprechend gelten müssen, die die Rspr. zur Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen<sup>34</sup> aufgestellt hat. Danach unterliegt der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker lediglich die sog. „Außenseite“ der Beteiligung, so daß der Testamentsvollstrecker nicht selbst mit Wirkung für den Erben in der Funktion als Partner handeln kann, andererseits jedoch auch der Erbe über seine Beteiligung nur eingeschränkt disponieren kann. Dem Testamentsvollstrecker kommt dadurch eine Aufsichtsfunktion zu: Er kann verhindern, daß der Erbe über die Beteiligung verfügt (§ 2211 BGB) und daß die Eigengläubiger des Erben in den Anteil und die daraus erwachsenden Vermögensrechte vollstrecken (§ 2214 BGB). Außerdem hat der Erbe die Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu Änderungen des Partnerschaftsvertrags, Beschlüssen und sonstigen Maßnahmen einzuholen, die den Abfindungsanspruch und den Gewinn betreffen<sup>35</sup>.

Dem tauglichen Erben einer Beteiligung räumt § 9 IV 3 PartGG die Befugnis ein, innerhalb einer bestimmten Frist seinen Austritt aus der Partnerschaft zu erklären. Die aus dem Recht der OHG bekannte Möglichkeit der Umwandlung des Anteils in eine Kommanditbeteiligung kommt nicht in Betracht, weil dem PartGG eine Kommanditpartnerschaft fremd ist<sup>36</sup>.

Ebenso wie die Vererbung einer Partnerschaftsbeteiligung darf auch deren Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nur auf solche Personen erfolgen, die gemäß § 1 I und II PartGG einer Partnerschaft beitreten können. Dies kann der Begründung zum RegE PartGG zufolge bereits aus § 1 I und II PartGG i. V. m. dem Rechtsgrundsatz des § 134 BGB entnommen werden, weshalb auf eine ausdrückliche Normierung verzichtet wurde<sup>37</sup>. Wird eine Beteiligung an einer Partnerschaft dennoch unter Verletzung dieses Verbots übertragen, so sind die auf die Regeln über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse zurückverweisenden Grundsätze zum fehlerhaften Beitritt in bestehende Gesellschaften heranzuziehen<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Ausführlich *Michalski/Römermann*, a. a. O., § 9 Rdnr. 24 ff.

<sup>33</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 7.

<sup>34</sup> Vgl. BGH MittBayNot 1985, 134; 1986, 191.

<sup>35</sup> So ausführlich zur Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen *Reimann* MittBayNot 1985, 135, 136; 1986, 232, 233 f.; *D. Mayer* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 1994, V Rdnr. 158 ff.

<sup>36</sup> *Karsten Schmidt* NJW 1995, 1, 5.

<sup>37</sup> Begründung zum RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6152, S. 21.

<sup>38</sup> *Knoll/Schüppen* DStR 1995, 608, 646, 649; offen *Karsten Schmidt* NJW 1995, 1, 4.

## 9. Die Liquidation der Partnerschaft und die Nachhaftung der Partner

Für die Liquidation der Partnerschaft gelten gemäß § 10 I PartGG die Vorschriften über die Liquidation der OHG entsprechend. Die Haftung der Partner nach Auflösung der Partnerschaft oder nach dem Ausscheiden des Partners aus Verbindlichkeiten der Partnerschaft bestimmt sich nach den §§ 159, 160 HGB (§ 10 II PartGG).

## III. Die Freiberufler-GmbH

### 1. Die neue Rspr. zur Zulässigkeit der Zahnärzte- und Anwalts-GmbH

Während Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern schon seit Jahrzehnten aufgrund gesetzlicher Anordnung in §§ 49 I StBerG, 27 I WPO bestimmte Kapitalgesellschaften als Assoziierungsformen zur Verfügung stehen und sich für Architekten und Ingenieure die GmbH auch ohne ausdrückliche Regelung als zulässiges Kooperationsmodell durchgesetzt hat<sup>39</sup>, galt im Bereich der Heilberufe und der Anwaltschaft die Berufsausübung in Form einer GmbH als standesrechtlich verboten<sup>40</sup>. Als mit dem Wesen des Arztberufs vereinbar wurde lediglich die sog. Träger-GmbH angesehen, eine Organisationsgesellschaft von Ärzten, deren einziger Zweck die Vermietung oder der Betrieb von Praxisräumen oder die Organisation anderer Maßnahmen darstellt, solange der Arzt darin keinerlei Geschäftsführerfunktion wahrnimmt und die Vertragsgestaltung für den betreffenden Arzt keine knebelnden Bestimmungen enthält<sup>41</sup>. Da aber bei dieser Konstruktion Vertragsgegner des Patienten immer der behandelnde Arzt ist, läßt sich damit dem Bedürfnis des Arztes, seine Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung zu begrenzen, nicht Rechnung tragen.

Umso größere Beachtung verdienen daher die Entscheidungen des BGH vom 25.11.1993 und des BayObLG vom 24.11.1994 zur Zulässigkeit der Zahnärzte- bzw. Anwalts-GmbH. Beide Gerichte leiten aus dem in Art. 12 I GG verbürgten Grundrecht der freien Berufswahl, das nach Art. 19 III GG auch jeder nach deutschem Recht gebildeten und in Deutschland ansässigen juristischen Person zusteht, ab, daß nicht die Ausübung eines freien Berufs in der Organisationsform einer GmbH einer speziellen Erlaubnis in einer gesetzlichen Bestimmung bedarf, sondern umgekehrt die Unzulässigkeit dieser Art der Berufsausübung in einer besonderen, den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 12 GG genügenden Verbotsnorm angeordnet sein muß. Da sich nach Auffassung der Gerichte ein derartiges Verbot weder aus § 1 ZHG bzw. §§ 4, 43 BRAO, 10. der I. AVO zum RBerG noch aus sonstigen Bestimmungen einschließlich des Gewohnheitsrechts entnehmen läßt, wird der Zusammenschluß von Zahnärzten bzw. Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in einer GmbH grundsätzlich als rechtlich erlaubt erachtet<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> *Henssler* ZIP 1994, 844; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 1 Rdnr. 7.

<sup>40</sup> Nachweise und Zusammenfassung der Argumente bei *Henssler* ZIP 1994, 844, 848; BayObLG NJW 1995, 199, 200.

<sup>41</sup> Vgl. DNotI-Gutachten DNotI-Report 21/1994, S. 1, 2 f.

<sup>42</sup> BGH ZIP 1994, 381, 382 f.; BayObLG NJW 1995, 199, 200 f. Diese Entscheidungen wurden rezensiert von *Ahlers* AnwBl 1995, 3, 121; *Boin* NJW 1995, 371; *Henssler* ZIP 1994, 844; *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115; *Taupitz* NJW 1995, 369. Vertragsmuster zur Anwalts-GmbH haben *Ahlers* AnwBl 1995, 3, 6; *Gail/Overlack*, Anwalts-GmbH oder Partnerschaftsgesellschaft?, RWS-Skript 277, 1995, S. 115; *Knoll* WiB 1995, 130, und *Senninger* ZAP 1995, Fach 23, S. 195, entworfen.

Dabei macht der BGH allerdings zur Voraussetzung, daß sich die GmbH direkter Weisungen oder anderer Einflußnahmen spezifisch fachlicher, behandlungsbezogener Art gegenüber dem die Behandlungsleistungen erbringenden Arzt enthält<sup>43</sup>. Wie rechtlich zu gewährleisten ist, daß keine derartigen Beeinflussungen erfolgen können, präzisiert der BGH freilich nicht näher. Hingegen konkretisiert das BayObLG deutlich seine Vorstellungen, welche Vorsorgemaßnahmen zur Wahrung der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) in der GmbH zu treffen sind. Das BayObLG läßt eine Anwalts-GmbH nur zu, wenn bestimmte unerläßliche Mindestnormen eingehalten sind, zu denen es in Anlehnung an §§ 49 ff. StBerG, 27 ff. WPO zählt: die Beschränkung der Geschäftsführerfunktion auf Rechtsanwälte, den Ausschluß einer Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern hinsichtlich der anwaltlichen Tätigkeit im Einzelfall, das Verbot auswärtiger Kapitalbeteiligung und den Abschluß einer Haftpflichtversicherung, deren Mindestbetrag deutlich höher liegt als die Mindestversicherung eines Einzelanwalts. Die Aufstellung eines derartigen Katalogs von Mindestvoraussetzungen im Interesse einer geordneten Rechtspflege und -beratung hält das BayObLG für die Aufgabe des Gesetzgebers. Bis dieser tätig geworden ist, muß nach Meinung des Gerichts durch eine entsprechende Gestaltung der Satzung für die Einhaltung dieser Mindestnormen Sorge getragen werden. Demzufolge hat die Satzung zu bestimmen, daß der Erwerb von Geschäftsanteilen an der GmbH nur für den in § 59 a BRAO aufgeführten Personenkreis möglich ist, um den Einfluß von berufsfremden Kapitaleignern auszuschließen, und daß sich die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte in der Hand von Rechtsanwälten befinden, die ihren Beruf aktiv in der Gesellschaft ausüben. Mit dem zuletzt aufgestellten Erfordernis geht das Gericht sogar noch über das StBerG und die WPO hinaus; denn dort wird eine *aktive* Ausübung eines der im einzelnen bezeichneten Berufe nicht verlangt (vgl. §§ 50 a StBerG, 28 WPO)<sup>44</sup>. Die Parallelität dieser Forderung des BayObLG mit der bei der Partnerschaft bestehenden Rechtslage (s. II.2.a) ist nicht zu übersehen.

Ob die Gesellschaftssatzung den geforderten Mindestnormen entspricht, hat nach der Rspr. des BayObLG allein das Registergericht nach § 9 c GmbHG im Rahmen des Eintragungsverfahrens zu prüfen<sup>45</sup>. Dabei erhält es anders als bei der Eintragung einer Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, wo Behörden der Finanz- bzw. Wirtschaftsverwaltung in das Verfahren miteinbezogen sind (§§ 49 StBerG, 29 f. WPO), nicht einmal bei der Prüfung der berufsspezifischen Fragen Unterstützung durch eine Behörde der zuständigen Fachverwaltung. Ein weiterer Unterschied zur rechtlichen Situation bei Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zeigt sich bei einer nachträglichen Änderung der maßgeblichen Verhältnisse. In diesen Fällen hat bei Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die zuständige Verwaltungsbehörde die gesetzlich vorgeschriebene Anerkennung zu widerrufen (§ 55 II StBerG, 34 I Nr. 2 WPO) und das Registergericht die GmbH

gemäß § 61 I 1 GmbHG aufzulösen, wenn die Gesellschaft nicht binnen einer angemessenen, von der Behörde gesetzten Frist einen dem Gesetz entsprechenden Zustand herbeigeführt hat. Bei der Anwalts-GmbH ist hingegen dem Ansatz des BayObLG zufolge durch eine entsprechende Gestaltung der Satzung von Anfang an sicherzustellen, daß auch im Fall einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse die vom Gericht postulierten Mindestanforderungen eingehalten werden. Dementsprechend sind insbesondere die Geschäftsanteile an einer Anwalts-GmbH gemäß § 15 V GmbHG zu vinkulieren. In die Satzung muß eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach Geschäftsanteile nur unter der Voraussetzung abgetreten werden dürfen, daß der Erwerber dem in § 59 a BRAO genannten Personenkreis angehört und sich auch nach Wirksamwerden der Abtretung die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte in der Hand von ihren Beruf aktiv ausübenden Rechtsanwälten befinden. Eine danach unzulässige Geschäftsanteilsabtretung wäre selbst bei Zustimmung durch alle Gesellschafter nichtig. Für den Fall des Todes eines Gesellschafters oder seines Ausscheidens aus dem in § 59 a BRAO genannten Personenkreis muß die Satzung in Anlehnung an §§ 55 II StBerG, 34 I Nr. 2 WPO zumindest die Auflösung der Gesellschaft bestimmen, wenn die von der Rspr. geforderten Mindestvoraussetzungen nicht innerhalb von fünf Jahren nach dem Erbfall bzw. dem Ausscheiden erfüllt sind<sup>46</sup>.

Ob durch Beachtung der dargestellten Anforderungen bei der Abfassung der Satzung einer Anwalts-GmbH die Gefahr, daß Anwaltskanzleien zu ausgelagerten Rechtsabteilungen von Banken, Versicherungsgesellschaften und vor allem Wirtschaftsprüfungsgesellschaften werden<sup>47</sup>, endgültig gebannt ist, darf allerdings bezweifelt werden. So ist beispielsweise durch die von der Rspr. aufgestellten Grundsätze nicht ausgeschlossen, daß Syndici einer Bank, Versicherungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine Rechtsberatungs-GmbH gründen und deren Leistungen über das Vertriebsnetz ihres Arbeitgebers anbieten. Die Möglichkeiten der Einflußnahme der Bank, Versicherungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses der Syndici zu ihrem Arbeitgeber und der Form der Mandantenaquisition sollten Anlaß zu Bedenken geben. Ähnliche Gefahren drohen bei einer Ärzte-GmbH unter der Herrschaft der pharmazeutischen Industrie. Rechtspolitisch bedauerlich ist in diesem Zusammenhang auch, daß weder der BGH noch das BayObLG die Zulässigkeit einer Zahnärzte- bzw. Anwalts-GmbH ausdrücklich von einem statutarischen Verbot des Haltens von Anteilen für Rechnung eines Dritten analog zu §§ 50 a I Nr. 2 StBerG, 28 IV 1 Nr. 2 WPO abhängig gemacht hat<sup>48</sup>. Insgesamt gesehen kommt man somit nicht um die Feststellung umhin, daß die Gefahren einer zunehmenden Kommerzialisierung des Anwalts- und der Heilberufe und wachsender Fremdeinflüsse in diesen sensiblen Sparten infolge der neuen Rspr. trotz der von dieser formulierten Kautelen gestiegen sind.

## 2. Weitere Konsequenzen der neuen Rspr.

Obwohl der BGH in seinem Urteil unterstreicht, daß er allein über die Zulässigkeit der zahnheilkundlichen Berufsausübung in Form einer GmbH zu befinden hatte, melden sich nunmehr

<sup>43</sup> BGH ZIP 1994, 381, 382.

<sup>44</sup> Hommelhoff/Schwab WiB 1995, 115, 117.

<sup>45</sup> BayObLG NJW 1995, 199, 201; ebenso *Henssler* ZIP 1994, 844, 847; krit. *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115, 116, die für eine analoge Anwendung der §§ 49 ff. StBerG, 27 ff. WPO als de lege lata unmittelbar geltendes Recht und demzufolge ein Anerkennungsverfahren für die Anwalts-GmbH vor der obersten Landesjustizverwaltungsbehörde eintreten.

<sup>46</sup> Dazu ausführlich *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115, 116; vgl. auch *Gail/Overlack*, a. a. O., S. 22 ff.

<sup>47</sup> Eingehend zu diesen Gefahren *Henssler* ZIP 1994, 844, 849.

<sup>48</sup> Für ein satzungsmäßiges Verbot von Treuhandverhältnissen bei der Anwalts-GmbH *Gail/Overlack*, a. a. O., S. 24 f.

in der rechtswissenschaftlichen Lit. Stimmen zu Wort, die nach dieser Entscheidung eine Differenzierung zwischen Zahnärzte-GmbH und Ärzte-GmbH nicht mehr für möglich halten<sup>49</sup>. In Bayern ist allerdings durch Art. 18 I 2 des Gesetzes über die Berufsvertretungen und über die Berufsgewerkschaften der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker – Kammergesetz –, der durch § 1 Nr. 10 a des Gesetzes zur Änderung des Kammergesetzes und des Gesetzes über den öffentlichen Gesundheitsdienst vom 23.7.1993 (GVBl. S. 511) eingefügt wurde, die Führung einer ärztlichen Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts explizit untersagt<sup>50</sup>. Soweit aber derartige ausdrückliche gesetzliche Verbote nicht bestehen und die Satzung den vom BGH und dem BayObLG postulierten Kautelen entspricht, kann auch den Angehörigen anderer freier Berufe im Hinblick auf Art. 12 I GG der Zusammenschluß zu einer GmbH zum Zweck der gemeinschaftlichen Berufsausübung künftig schwerlich verweigert werden. Ein Privatinstitut für Naturheilkunde GmbH wurde vom AG Bremen schon am 27.7.1993 unter der Handelsregisternummer HR B 14954 eingetragen.

Ferner kann nach alledem wohl auch die grundsätzliche Zulässigkeit einer Einmann-Freiberufler-GmbH nicht mehr in Abrede gestellt werden<sup>51</sup>, wengleich diese Form der Berufsausübung dem klassischen Bild des freien Berufs kaum noch entspricht. Für den Bereich der Steuerberatungsgesellschaften jedenfalls erscheint dem BFH nicht einmal mehr eine Problematisierung dieser Frage erforderlich<sup>52</sup>.

Schließlich wird im Schrifttum inzwischen schon diskutiert, ob als Konsequenz der neuen Rspr. des BGH und des BayObLG den Angehörigen freier Berufe auch die Aktiengesellschaft als Organisationsform offenstehen muß, wie dies bei Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften aufgrund gesetzlicher Bestimmung in §§ 49 I StBerG, 27 I WPO der Fall ist. *Hommelhoff* und *Schwab* halten z. B. eine Anwalts-AG prinzipiell für möglich, gelangen aber nach eingehender Analyse zu dem Resultat, daß sich nach dem derzeitigen Stand des Aktienrechts die von der neuen Rspr. geforderten statutarischen Kautelen nicht verwirklichen lassen<sup>53</sup>.

### 3. Die Besonderheiten der Architekten-GmbH in Bayern

Spezielle Bestimmungen, die bei der Gründung einer Architekten-GmbH mit Niederlassung in Bayern zu beachten sind, wurden durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren vom 12.4.1994 (GVBl. S. 210) eingeführt<sup>54</sup>. Nach Art. 3 BayArchG haben jetzt Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die in die von der Bayerischen Architektenkammer geführte Architektenliste eingetragen sind, in ihre Firma mindestens den Namen eines Gesellschafters und entsprechend ihrer Fachrichtung

den Zusatz „Gesellschaft von Architekten mbH“, „Gesellschaft von Innenarchitekten mbH“, „Gesellschaft von Landschaftsarchitekten mbH“ oder entsprechende Wortverbindungen aufzunehmen. Dazu vertritt die Bayerische Architektenkammer die Auffassung, daß damit grundsätzlich nur reine Personenfirmitäten mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Zusatz zulässig sind. Dies läßt sich freilich dem Gesetz unmittelbar ebensowenig entnehmen wie das von der Bayerischen Architektenkammer aus dem Standesrecht entlehnte Verbot, den Namen eines Gesellschafters in der Firma einer Architekten-GmbH nach Ausscheiden des Namensgebers weiterzuführen<sup>55</sup>. Über die Eintragung einer Architekten-GmbH in das Verzeichnis der Gesellschaften mit beschränkter Haftung entscheidet gemäß Art. 4 II 1 BayArchG ein Eintragungsausschuß, der nach Art. 4 III 1 BayArchG verpflichtet ist, dem zuständigen Registergericht in Form einer Unbedenklichkeitsbescheinigung zu bestätigen, daß die im Handelsregister einzutragende Gesellschaft die Voraussetzungen zur Eintragung in die Liste der Gesellschaften erfüllt. Zu diesen Voraussetzungen zählen u. a. die Eintragung *aller* Gesellschafter und Geschäftsführer in die Architektenliste, die Beschränkung des Geschäftsgegenstandes auf die Berufsaufgaben gemäß Art. 1 BayArchG und auf Planungsleistungen gemäß den Leistungsbildern der HOAI, die verantwortliche Geschäftsführung in der Hand mindestens eines Gesellschafters und satzungsmäßige Vereinbarungen, wonach die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Personen ausgeschlossen ist, die nicht in die Architektenliste eingetragen sind, und durch Erbfall erworbene Gesellschaftsanteile an die Gesellschaft zurückzugeben sind (Art. 5 BayArchG). Diese Sonderbestimmungen für die Architekten-GmbH im BayArchG, das übrigens für die Partnerschaft keinerlei Regelungen enthält, so daß es insoweit bei den allgemeinen Normen im PartGG bleibt, unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht von der Rechtslage bei den als Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anerkannten Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie bei der Anwalts-GmbH: So ist nach fernmündlicher Auskunft der Bayerischen Architektenkammer nichts gegen die Gründung einer GmbH einzuwenden, deren Geschäftsgegenstand auf die Berufsaufgaben nach Art. 1 BayArchG und auf Planungsleistungen gemäß den Leistungsbildern der HOAI gerichtet ist, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 5 BayArchG nicht erfüllt sind (z. B. weil nicht alle Gesellschafter in die Architektenliste eingetragen sind), solange nur das Wort „Architekt“ nicht in der Firma erscheint. Das BayArchG unterbindet also nicht die Erbringung von Architektenleistungen durch Personen, die nicht in die Architektenliste eingetragen sind, in der Rechtsform einer GmbH, sondern schränkt nur den Gebrauch der Berufsbezeichnung „Architekt“ ein. Das ist durchaus konsequent, zumal das BayArchG auch natürliche Personen, die nicht in die Architektenliste eingetragen sind, nicht an der Ausübung von Berufsaufgaben im Sinne des Art. 1 BayArchG, sondern lediglich an der Führung der Berufsbezeichnung „Architekt“ hindern will<sup>56</sup>. Weniger einsichtig erscheint hingegen das Ausmaß der Vinkulierung der Geschäftsanteile in Art. 5 Nr. 6 lit. b BayArchG, wonach der Gesellschaftsvertrag einer in das Verzeichnis der Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingetragenen Gesellschaft eine Vereinbarung enthalten muß, daß durch Erbfall erworbene Gesellschaftsanteile an die Gesellschaft zurückzugeben sind. Nach dem Wortlaut besteht

<sup>49</sup> *Henssler* ZIP 1994, 844, 847; *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 1 Rdnr. 7. Schon vor dem BGH-Urteil sprach sich das LG Köln für die Zulässigkeit einer Ärzte-GmbH aus (GmbHR 1988, 269).

<sup>50</sup> Einen Überblick über inhaltsähnliche Bestimmungen in anderen Bundesländern geben *Taupitz* JZ 1994, 1100, 1102, und DNotI-Gutachten DNotI-Report 21/1994, S. 1, 3. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit derartiger Beschränkungen äußern *Taupitz*, a. a. O., und *Laufs* NJW 1995, 1590, 1595.

<sup>51</sup> *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115, 117.

<sup>52</sup> Vgl. BFH BSIBl. 1994 II S. 262.

<sup>53</sup> *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115, 117 f.

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Grziwotz* MittBayNot 1994, 185, 194 f.; Rundschriften der Landesnotarkammer Bayern vom 17.6.1994.

<sup>55</sup> Vgl. Rundschriften der Landesnotarkammer Bayern vom 17.6.1994 S. 2.

<sup>56</sup> *Baumgartner*, BayArchG, 3. A. 1982, Art. 1 Anm. 1.

die Rückgabepflicht selbst dann, wenn es sich bei dem Erben um eine in die Architektenliste eingetragene natürliche Person, ja sogar um einen Mitgesellschafter handelt. Dazu hat bereits *Grziwotz* zu Recht angemerkt, daß entsprechend der ratio legis dieser gesetzlichen Vorgabe auch eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag genügen muß, derzufolge durch Erbfall erworbene Gesellschaftsanteile an die verbleibenden Gesellschafter zurückgegeben werden müssen<sup>57</sup>. Dann ist aber auch nicht nachvollziehbar, wieso ein Mitgesellschafter, der den Geschäftsanteil geerbt hat, nicht berechtigt sein soll, diesen zu behalten. Wenn der Sinn des Gesetzes darin besteht zu gewährleisten, daß die Bezeichnung „Architekt“ o. ä. Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorbehalten bleibt, bei denen alle Gesellschafter in die Architektenliste eingetragen sind, kann darüber hinaus ebensowenig gegen eine Vererbung des Geschäftsanteils an Angehörige dieses Personenkreises eingewendet werden. Allerdings wird als Zweck des Art. 5 Nr. 6 lit. b BayArchG auch der Schutz vor dem Eindringen von Rechtsnachfolgern eines Gesellschafters angegeben, welcher nicht das Vertrauen der verbleibenden Gesellschafter genießt<sup>58</sup>. Das vermag aber in zweifacher Hinsicht nicht zu überzeugen: Zum einen ergibt sich ein Widerspruch zu Art. 5 Nr. 6 lit. a BayArchG, wonach der Gesellschaftsvertrag einer Architekten-GmbH eine Vereinbarung enthalten muß, wonach die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Personen ausgeschlossen ist, die nicht in die Architektenliste eingetragen sind. Warum beim Tod eines Gesellschafters die verbleibenden Gesellschafter zwingend vor dem Eindringen eines Rechtsnachfolgers geschützt werden müssen, der nicht ihr Vertrauen genießt, nicht aber vor dem Eindringen einer solchen Person durch Geschäftsanteilsübertragung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, ist nicht begreiflich. Zum anderen ließe sich die bezweckte Schutzwirkung ebenso durch eine Regelung analog zu § 9 IV PartGG erreichen, wonach der Geschäftsanteil an einer Architekten-GmbH grundsätzlich nicht vererblich wäre, die Satzung jedoch eine Bestimmung enthalten könnte, die eine Vererbung an Personen erlaubt, die in die Architektenliste eingetragen sind. Ein gesetzlich begründeter Zwang zur Rückgabe von ererbten Gesellschaftsanteilen an die Gesellschaft, der keine Ausnahmen zuläßt, ist kaum zu rechtfertigen und würde insbesondere im Fall der Einmann-GmbH bei Versterben des alleinigen Gesellschafters dazu führen, daß infolge der Rückgabe des durch Erbfalls erworbenen Geschäftsanteils an die Gesellschaft eine sog. „Keinmann-GmbH“ entstünde, die zwingend aufzulösen wäre<sup>59</sup>. Art. 5 Nr. 6 lit. b BayArchG ist daher dahingehend teleologisch zu reduzieren, daß die Satzung Ausnahmen von der Verpflichtung zur Rückgabe von durch Erbfall erworbenen Gesellschaftsanteilen an die Gesellschaft enthalten darf, wenn der Erbe in die Architektenliste eingetragen ist oder wenn die Satzung eine Verpflichtung der Gesellschafter enthält, die Firma durch Streichung des Wortes „Architekt“ so zu ändern, daß nach dem Tod eines Gesellschafters dessen Erben das Halten von Geschäftsanteilen auch dann ermöglicht wird, falls diese nicht in die Architektenliste eingetragen sind. Bei wörtlicher Auslegung würde Art. 5 Nr. 6 lit. b BayArchG unverhältnismäßig in das von Art. 12 I GG geschützte Recht, für die Berufsausübung die Rechtsform einer GmbH zu wählen, eingreifen.

<sup>57</sup> *Grziwotz* MittBayNot 1994, 185, 195.

<sup>58</sup> Vgl. Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 17.6.1994 S. 4.

<sup>59</sup> *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 60 Rdnr. 35.

Als weiterer Unterschied zwischen den Bestimmungen des BayArchG einerseits und den Regelungen des StBerG und der WPO andererseits fällt auf, daß das BayArchG das Halten von Anteilen für Rechnung eines Dritten nicht verbietet (vgl. §§ 50 a I Nr. 2 StBerG, 28 IV 1 Nr. 2 WPO). Infolgedessen dürfte gegen die Begründung eines Treuhandverhältnisses an einem Geschäftsanteil an einer Architekten-GmbH nichts einzuwenden sein. Eine unterschiedliche Behandlung zu einer GmbH, deren Geschäftsgegenstand auf die Berufsaufgaben nach Art. 1 BayArchG und auf Planungsleistungen gemäß den Leistungsbildern der HOAI gerichtet ist, die aber in ihrer Firma nicht den Begriff „Architekt“ o. ä. führt und bei der Treuhandverhältnisse an den Geschäftsanteilen unzweifelhaft begründet werden können, ist wohl nicht veranlaßt. Besonderheiten sind bei der Architekten-GmbH lediglich hinsichtlich der Verpflichtung des Treuhänders, seinen Anteil auf den Treugeber herauszugeben, zu beachten, wenn der Treugeber selbst nicht in die Liste der Architekten eingetragen ist, weil dann infolge der Erfüllung der Herausgabepflicht die Firmierung nachträglich unzulässig würde. Als Abhilfe ist an eine Vereinbarung im Treuhandvertrag zu denken, wonach der Anteil nach Wahl des Treugebers an eine von diesem zu bestimmende Person zu übertragen ist, oder an eine Satzungsbestimmung, die die Gesellschafter zu einer Umfirmierung verpflichtet für den Fall, daß ein Geschäftsanteil an eine Person übertragen wird, die nicht in die Liste der Architekten eingetragen ist.

## IV. Zusammenfassende Würdigung

### 1. Allgemeines

Im Vergleich zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als dem bisher klassischen Kooperationsmodell für die Angehörigen freier Berufe sind als Vorzüge der Partnerschaft namentlich die (Teil-)Rechtsfähigkeit mit der damit verbundenen Partei- und Grundbuchfähigkeit, die Befugnis zur Führung eines Namens, der wie die kaufmännische Firma einen besonderen Schutz genießt, sowie die Möglichkeit zur Errichtung von Zweigniederlassungen (§ 5 II PartGG) zu nennen. Ob hingegen die Haftungsregelung in § 8 PartGG nennenswerte Vorteile mit sich bringt, mag bezweifelt werden, zumal zum einen die Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts schon nach der bisherigen Rspr. ihre Haftung aus Rechtsgeschäften mit Dritten auf das Gesellschaftsvermögen beschränken können, wenn eine solche Haftungsbeschränkung nach außen hin erkennbar ist<sup>60</sup>, zum anderen der Gesetzgeber inzwischen Angehörigen bestimmter Berufsgruppen eine Haftungskonzentration bzw. -beschränkung gestattet, ohne dies von der Gründung einer Partnerschaft abhängig zu machen (vgl. §§ 51 a BRAO, 47 a PAO, 67 a StBerG, 54 a WPO)<sup>61</sup>.

Unter Haftungsgesichtspunkten dürfte die größte Anziehungskraft von der GmbH ausgehen. Allerdings kommt eine GmbH nach wie vor nicht immer in Betracht, sei es weil ein explizites gesetzliches Verbot wie etwa für Ärzte in Bayern besteht oder weil sich bei der Gründung einer GmbH durch Angehörige verschiedener freier Berufe – wie *Hommelhoff* und *Schwab* anhand der kombinierten Rechtsanwalts-Wirtschaftsprüfer-Steuerberater-GmbH nachweisen<sup>62</sup> – im Einzel-

<sup>60</sup> BGH NJW 1985, 619; BGH NJW-RR 1990, 867; ebenso *Palandt/Thomas*, BGB, 54. Aufl. 1995 § 714 Rdnr. 4.

<sup>61</sup> Krit. auch *Lenz* MDR 1994, 741, 744 f.; *Karsten Schmidt* NJW 1995, 1, 6 f.

<sup>62</sup> *Hommelhoff/Schwab* WiB 1995, 115, 117.

fall die im Gesetz bzw. von der Rspr. geforderten Mehrheitsverhältnisse in ein und derselben Gesellschaft nicht herstellen lassen. Aber selbst in den Fällen, in denen eine Freiberufler-GmbH gesellschafts- und berufsrechtlich zulässig wäre, kann diese aus anderen Erwägungen ausscheiden. So existiert z. B. bei der Zahnärzte-GmbH derzeit das Problem, daß die von ihr angestellten Zahnärzte keine Kassenzulassung erlangen können und damit auf die Behandlung von Privatpatienten beschränkt bleiben<sup>63</sup>. Schließlich kann bei der Entscheidung für die eine oder andere Gesellschaftsform auch eine Rolle spielen, daß die Partnerschaft den für Kapitalgesellschaften nach §§ 316 ff., 325 ff. HGB bestehenden Prüfungs- und Veröffentlichungspflichten nicht unterliegt<sup>64</sup>.

## 2. Steuerrechtliche Unterschiede

Eine erhebliche Bedeutung bei der Wahl der Gesellschaftsform werden in der Beratungspraxis die Unterschiede in der steuerrechtlichen Behandlung erlangen<sup>65</sup>. Im Gegensatz zur Partnerschaft unterliegt die GmbH der Körperschaft- (§ 1 I Nr. 1 KStG), Gewerbe- (§ 2 II 1 GewStG) und Vermögensteuer (§ 1 I Nr. 2 lit. a VStG). Die Gesellschafter einer GmbH erzielen mit ihren Gewinnanteilen – vorbehaltlich des § 20 III EStG – Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 I Nr. 1, 3 EStG). Werden ihnen daneben aufgrund schuldrechtlicher Verträge mit der Gesellschaft Vergütungen gezahlt, haben sie diese – soweit nicht eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, die den Einkünften aus Kapitalvermögen hinzuzurechnen ist (§ 20 I Nr. 1 S. 2 EStG) – im Rahmen der entsprechenden Einkunftsart des EStG zu versteuern. So sind z. B. Tätigkeitsvergütungen eines Gesellschafter-Geschäftsführers als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach § 19 I Nr. 1 EStG zu erfassen. Hingegen führen die Anteile am Gewinn einer Partnerschaft, die Vergütungen der Partner, die diese von der Partnerschaft für ihre Tätigkeit in deren Dienst oder für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen haben, zu Einkünften aus selbständiger Arbeit gemäß §§ 18 I Nr. 1, IV, 15 I Nr. 2 EStG, die nach §§ 179, 180 I Nr. 2 AO für alle Beteiligten einheitlich und gesondert festgestellt werden. Die Partnerschaft selbst ist nicht Subjekt der Einkommensteuer.

Dabei erfolgt die Gewinnermittlung bei der GmbH zwingend durch Betriebsvermögensvergleich (§§ 8 I KStG, 4 I, 5 I EStG), während bei der Partnerschaft gemäß § 4 III EStG wahlweise als Gewinn auch der Überschuß der Betriebsein-

nahmen über die Betriebsausgaben angesetzt werden kann. Denn im Unterschied zur GmbH (§§ 13 III GmbHG, 6 I, 238 ff. HGB) besteht bei der Partnerschaft keine Buchführungspflicht, weil das PartGG keine Verweisung auf §§ 238 ff. HGB enthält und § 141 AO einen Gewerbebetrieb voraussetzt. Die Einnahme-Überschußrechnung führt zwar zu demselben Totalgewinn wie der Betriebsvermögensvergleich, ist aber mit einem geringeren Aufwand verbunden und gestattet es, im Rahmen des § 11 EStG durch Steuerung des Zeitpunkts des Zuflusses von Einnahmen und des Abflusses von Ausgaben Einkünfte von einem Jahr in das andere zu verlagern. Dem stehen als Nachteile gegenüber, daß bei der Gewinnermittlung nach § 4 III EStG kein gewillkürtes Betriebsvermögen gebildet werden kann, Teilwertabschreibungen auf Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens (§ 6 I Nr. 1 S. 2 EStG) nicht möglich sind und die Bildung von Rückstellungen (z. B. für drohende Verluste oder Pensionszusagen an Arbeitnehmer) ausgeschlossen ist. Pensionszusagen der Partnerschaft an ihre Gesellschafter stellen übrigens stets Gewinnverteilungsabreden dar, die den Gewinn der Partnerschaft nicht beeinflussen dürfen, so daß – anders als bei der GmbH – die Bildung einer Rückstellung steuerlich nicht anerkannt wird<sup>66</sup>.

Gewinnermittlungszeitraum ist bei der Partnerschaft nach Auffassung der Finanzverwaltung immer das Kalenderjahr. Im Gegensatz zur GmbH hat die Partnerschaft keine Möglichkeit, den Gewinn gemäß § 4 a I Nr. 2 EStG nach einem vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahr zu berechnen, da die Eintragung im Partnerschaftsregister der Eintragung im Handelsregister nicht gleichstehen soll<sup>67</sup>.

## 3. Fazit

Welche Organisationsform in steuerlicher Hinsicht den Vorzug verdient, läßt sich generell ebensowenig beantworten wie die Frage, ob zivil- und berufsrechtlich mehr für die Partnerschaft oder die GmbH spricht. Eine Antwort ist letzten Endes immer nur im konkreten Einzelfall möglich. Im übrigen können bei der Wahl der Gesellschaftsform auch außerrechtliche Überlegungen eine Rolle spielen, so z. B. Gesichtspunkte des Renommees, nachdem die GmbH, die in Kaufmannskreisen bisweilen schon despektierlich als „Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung“ tituiert wird, nicht unerheblich an Ansehen verloren hat. Daß die Partnerschaft durch die neue Rspr. zur Zulässigkeit der Freiberufler-GmbH überflüssig geworden wäre, läßt sich jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten.

<sup>63</sup> Henssler ZIP 1994, 844, 846 f.; krit. zur gegenwärtigen Praxis der Sozialversicherungsträger Laufs NJW 1995, 1590, 1595.

<sup>64</sup> Vgl. Sommer GmbHR 1995, 249, 255.

<sup>65</sup> Dazu ausführlich Gail/Overlack, a.a.O., S. 43 ff., Sommer GmbHR 1995, 249, 256 ff.

<sup>66</sup> Gail/Overlack, a.a.O., S. 67, 106.

<sup>67</sup> BMF-Schreiben vom 21.12.1994 – IV B 2 – S. 2115 – 6/94; vgl. auch Gail/Overlack, a.a.O., S. 47 f.

# Die Nichtsteuerbarkeit der Geschäftsveräußerung gem. § 1 Abs. 1 a UStG und ihre Folgeprobleme in der notariellen Praxis

Von Notarassessor Dr. Christoph Ziegler, Landsberg a. L.

## I. Einleitung

Seit dem 1.1.94 sind die Umsätze im Rahmen der Veräußerung eines Geschäftes durch einen Unternehmer an einen anderen Unternehmer gem. § 1 Abs. 1 a<sup>1</sup> nicht mehr steuerbar. Der Gesetzgeber verfolgte mit dieser Regelung drei Ziele:

Art. 5 Abs. 8 der 6. EG-Richtlinie wird durch die Gesetzesänderung in nationales Recht umgesetzt.

Die nach früherem Recht bestehende Umsatzsteuerbelastung ohne Vorsteuerabzugsberechtigung bei unentgeltlicher Geschäftsübertragung sollte beseitigt werden und der Verwaltungsaufwand, der mit der Festsetzung der Steuer bei einer entgeltlichen Geschäftsveräußerung verbunden war, vermieden werden, da im letzteren Fall durch den Vorsteuerabzug keine Steuereinnahmen entstehen.<sup>2</sup>

Die Neuregelung sollte eine Vereinfachung bewirken. Dies tut sie für die Mehrzahl der Geschäftsübertragungen auch in erheblichem Maß. Allerdings ist sie mit einer Reihe von Problemen verbunden, die die Abwicklung der Geschäftsveräußerung in manchen Fällen eher erschweren als vereinfachen dürften.<sup>3</sup>

## II. Der Tatbestand des § 1 Abs. 1 a

### 1. Geschäftsveräußerung eines Einzelunternehmens<sup>4</sup>

Die Formulierung des § 1 Abs. 1 a S. 2, wonach eine Geschäftsveräußerung<sup>5</sup> bei Übereignung eines Unternehmens bzw. eines gesondert geführten Betriebes<sup>6</sup> im ganzen vorliegt, wirft die Frage auf, welches „Bündel unterschiedlicher Umsätze“<sup>7</sup> im Sinne von § 1 Abs. 1 a S. 1 notwendig ist, damit eine Geschäftsveräußerung gegeben ist.

Nach dem BFH besteht die Übereignung eines Unternehmens im ganzen „in dem Übergang des gesamten lebenden Unternehmens, d. h. der durch das Unternehmen repräsentierten

organischen Zusammenfassung von Einrichtungen und dauernden Maßnahmen, die dem Unternehmen dienen oder zumindest seine wesentliche Grundlagen ausmachen, so daß der Erwerber das Unternehmen ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortführen kann.“<sup>8</sup>

Neben der Übereignung von Grundstücken und beweglichen Gegenständen müssen z. B. Forderungen abgetreten sowie Patente und immaterielle Wirtschaftsgüter übertragen werden.

Damit § 1 Abs. 1 a zur Anwendung kommt, ist darauf zu achten, daß sämtliche Übertragungen möglichst zeitnah hintereinander erfolgen<sup>9</sup>. Soweit ein Grundstück mitübertragen wird, stellt bereits die Formvorschrift des § 313 BGB sicher, daß alle Vorgänge zusammen beurkundet werden<sup>10</sup>.

Nach *Ammann* wird die unentgeltliche Übertragung eines Unternehmens nicht von § 1 Abs. 1 a erfaßt, da dieser Übertragung eine Entnahmehandlung vorausgeht, die vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 a nicht gedeckt ist<sup>11</sup>. Somit würde das wichtigste Ziel des Gesetzgebers nicht erreicht werden<sup>12</sup>.

Die Annahme, die unentgeltliche Geschäftsveräußerung setze sich umsatzsteuerlich aus einer Entnahmehandlung und einer nichtsteuerbaren Geschäftsübertragung zusammen, war auch in der Vergangenheit nicht immer die vorherrschende Meinung<sup>13</sup>.

Nach Erlass des § 1 Abs. 1 a kann dahinstehen, welche Meinung richtig ist, da die unentgeltliche Geschäftsveräußerung nicht mehr umsatzsteuerbar ist. Der Ansicht von *Ammann*, daß eine Entnahme – so sie denn vorliegt – nicht unter den Begriff der Geschäftsveräußerung subsumiert werden kann, ist nicht zu folgen. Die Formulierung des § 1 Abs. 1 a ist wenig glücklich. Würde man am Wortlaut kleben bleiben, so würde auch bei entgeltlichen Geschäftsveräußerungen die Befreiung nie eingreifen, da eine „Übereignung des Unternehmens“ als solches nicht möglich ist. Bereits der Wortlaut „unentgeltliche Übereignung“ zeigt, daß § 1 Abs. 1 a unter Geschäftsveräußerung auch den Eigenverbrauch, der bei der Übertragung eines Unternehmens im ganzen entsteht, versteht. Maßgebliche Auslegungsgrundlage bei einem relativ neuen Gesetz ist zudem für den Gesetzesanwender die Intention des

<sup>1</sup> §§ ohne Bezeichnung sind solche des UStG.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 12/5630 S. 84.

<sup>3</sup> *Schwarz*, Nichtsteuerbare Umsätze im Rahmen von Geschäftsveräußerungen – ein Fortschritt?, UR 94, S. 185; *Husmann*, Nichtsteuerbare Geschäftsveräußerungen – Zum Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 a UStG, UR 94, S. 333; *Schlienkamp*, Änderungen des Umsatzsteuergesetzes durch das Mißbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz, UR 94, S. 95.

<sup>4</sup> Bezüglich der Einbringung eines Unternehmens in ein anderes Unternehmen siehe unten IV.

<sup>5</sup> Aus dem bisherigen § 10 Abs. 3 wurde der Begriff der Geschäftsveräußerung übernommen (BT-Drucksache 12/5630, S. 84), so daß die hierzu ergangenen Verwaltungsvorschriften, insbesondere A 154 UStR, sowie die bisher ergangene Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung mit herangezogen werden können.

<sup>6</sup> Es ist umstritten, ob dieser Begriff i. S. d. ertragssteuerlichen Teilbetriebes zu verstehen ist (so wohl die h.M.) oder selbständig zu definieren ist, vgl. *Benkert/Menner*, Die Geschäftsveräußerung im ganzen ab 1.1.94, UR 95, S. 82, m.w.N.

<sup>7</sup> *Husmann* in *Rau/Dürrewächter/Flick/Geist*, UStG, Loseblattkommentar, Stand Dezember 94, § 1 Anm. 774 m.w.N.; *Günther*, in: Münchner Vertragshandbuch, Band 2, 3. Aufl. S. 115 ff.

<sup>8</sup> BFH BStBl 93 II S. 701 zu § 75 AO; im einzelnen ist vieles streitig, vgl. *Husmann* (FN 7), § 1 Anm. 774.4 m.w.N.

<sup>9</sup> Zur Übertragung in mehreren Teilakten A 154 Abs. 2 S. 6 UStR; *Husmann* (FN 7), § 1 Anm. 774.5. m.w.N.; *Sauerland/Schmidt/Lipross*, Umsatzsteuerrecht, 18. Aufl. 1994, S. 222.

<sup>10</sup> BGH, NJW 89, 898, 899 m.w.N.; *Kanzleiter*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 3. Aufl., § 313 Rdnr. 48.

<sup>11</sup> *Ammann*, Zur Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG: Die Nichtbesteuerung geht bei einem unentgeltlich übereignenden Einzelunternehmer ins Leere – Anmerkungen zu grenzüberschreitenden Sachverhalten und zum Vorsteuerabzug, UR 95, S. 173 ff.

<sup>12</sup> *Ammann* (FN 11), S. 179, geht jedoch davon aus, daß fast alle Geschäftsübernahmen letztlich entgeltlich sind, da hierfür bereits eine geringfügige Schuldübernahme ausreicht – so auch die Verwaltungsauffassung –; ob die Rechtsprechung dieser Argumentation folgen würde, ist zweifelhaft, vgl. *Bülow*, in: *Sölch/Ringleb*, UStG, Loseblattkommentar, Stand März 94, § 1 Rdnr. 121.

<sup>13</sup> Vgl. *Ammann* (FN 11) S. 173 f.

historischen Gesetzgebers<sup>14</sup>. Dieser sieht ausdrücklich den Eigenverbrauch als unentgeltliche Geschäftsveräußerung an<sup>15</sup>, so daß diese Auslegung maßgeblich ist<sup>16</sup>. In der Praxis ist jedoch zu beachten, daß vor einer unentgeltlichen Unternehmensübertragung mit dem Finanzamt abgeklärt werden sollte, ob dieses den § 1 Abs. 1 a als gegeben ansieht<sup>17</sup>.

## 2. Begriff des Unternehmers

Der Unternehmerbegriff des Umsatzsteuergesetzes<sup>18</sup> ist nicht identisch mit dem des selbständigen Gewerbetreibenden i.S.d. § 15 EStG. Ausgangspunkt ist zwar ebenfalls eine Person oder eine Personenmehrheit bzw. eine juristische Person, die nachhaltig tätig wird und Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko trägt. § 2 UStG verlangt jedoch keine Gewinnerzielungsabsicht und keine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr<sup>19</sup>. Insbesondere kennt das UStG nicht die Herausnahme der Land- und Forstwirtschaft, der freien Berufe und der privaten Vermögensverwaltung aus dem Unternehmerbegriff<sup>20</sup>.

Für die notarielle Praxis ist dies insofern von Bedeutung, als auch die Vermietung von Räumen die Unternehmereigenschaft im umsatzsteuerlichen Sinn begründet. Überträgt X an Y sein einziges Mietwohngrundstück, liegt i. d. R. eine Geschäftsveräußerung gem. § 1 Abs. 1 a vor, falls neben dem gesetzlichen Übergang der Mietverträge auch die dazugehörigen Akten mitüberegeben werden<sup>21</sup>. Besondere Regelungen sind in diesen Fällen in den notariellen Vertrag jedoch nur dann aufzunehmen, falls das Objekt zumindest teilweise zu gewerblichen Zwecken vermietet ist und der Veräußerer bezüglich der Mieteinnahmen auf die Befreiung von der Umsatzsteuer gem. §§ 4 Nr. 12 a, 9 verzichtet hat. Nur in diesem Fall können die Folgeprobleme bezüglich der Vorsteuerkorrektur (hierzu unten Abschnitt III.2.) auftreten.

Fraglich ist, ob der Erwerber das Unternehmen auch fortführen muß, damit der Tatbestand des § 1 Abs. 1 a UStG erfüllt ist. Soweit der Erwerber vor der Übernahme des Geschäftes

selbst nicht Unternehmer war, muß er es auf jeden Fall fortführen, da er ansonsten nicht den Tatbestand des § 2 UStG erfüllt<sup>22</sup>.

Ist der Erwerber Unternehmer, so wird aus der Gesetzesbegründung, wonach die Steuerbarkeit sich auf die Fälle beschränkt, in denen das Unternehmen fortgeführt wird, abgeleitet, daß bei einer Stilllegung des Unternehmens § 1 Abs. 1 a nicht eingreift<sup>23</sup>. Dies wird von *Husmann* abgelehnt, da diese Einschränkung im Gesetzeswortlaut nicht zu finden ist<sup>24</sup>. M.E. ist die Ansicht von *Husmann* im Ergebnis richtig, da der Gesetzgeber die Fortführung des Unternehmens als Tatbestandskriterium nur insoweit ansieht, als ein unversicherter Letztverbrauch vermieden werden soll<sup>25</sup>. Diese Gefahr besteht bei dem Erwerb durch einen Unternehmer normalerweise nicht, da § 1 Abs. 1 a die Umsatzsteuerbefreiung für den Unternehmer nur zuläßt, falls er für sein Unternehmen erworben hat, also das neu erworbene Unternehmen seinem bestehenden Unternehmen zuordnet. Bei einer Weiterveräußerung (bzw. Überführung in das Privatvermögen) von Unternehmensbestandteilen fällt somit Umsatzsteuer an<sup>26</sup>.

## III. Rechtsfolgen

### 1. Fehlende Steuerbarkeit

Für die Geschäftsveräußerung fällt keine Umsatzsteuer an. Somit darf im notariellen Vertrag keine Umsatzsteuer ausgewiesen werden, da ansonsten diese gem. § 14 Abs. 2 UStG zu entrichten ist. Wie aufgezeigt, ist es oft problematisch, ob die Vorschrift des § 1 Abs. 1 a UStG eingreift. Zudem liegt es allein in der Hand des Erwerbers, ob er den erworbenen Betrieb seinem Unternehmen zuordnet und somit die Steuerbefreiung auslöst<sup>27</sup>.

Der Notar kann deshalb letztlich nicht feststellen, ob die Geschäftsveräußerung und weitere damit zusammenhängende Zahlungen umsatzsteuerpflichtig sind. Da ohne besondere Festlegung der vertragliche Kaufpreis als Bruttokaufpreis gilt,<sup>28</sup> sollte in den Vertrag nach wie vor eine Regelung aufgenommen werden, wonach der jeweilige Zahlungsschuldner gegen Erteilung einer Rechnung i. S. v. § 14 zusätzlich die Umsatzsteuer begleichen muß, falls vom Finanzamt Umsatzsteuer erhoben wird<sup>29</sup>.

<sup>14</sup> Zur Bedeutung der sogenannten historischen Methode als Grundlage der Auslegung: *Ziegler*, Selbstbindung der Dritten Gewalt, Frankfurt 1993, S. 59 ff.

<sup>15</sup> BT-Drucksache 12/5630, S. 84.

<sup>16</sup> Auch *Probst*, Unternehmensnachfolge im Spannungsverhältnis zwischen altem und neuem Recht – § 1 Abs. 1 a UStG, UR 95, S. 132 und *Schlienkamp* (FN 3), S. 95 subsumieren die Entnahme unter § 1 Abs. 1 a; weitere Nachweise bei *Ammann* (FN 11), S. 173 FN 4.

<sup>17</sup> *Ammann* (FN 11), S. 179 sieht die Gefahr, daß die Finanzämter gerade bei der Übertragung eines Teilunternehmens, bei der auch Grundstücke übereignet werden, die Anwendung des § 1 Abs. 1 a verneinen könnten.

<sup>18</sup> Vgl. die Erläuterungen in A 16–20 UStR.

<sup>19</sup> *Jakob*, Umsatzsteuer, München 1992, § 4 Rdnr. 10 und 13.

<sup>20</sup> Die Abgrenzung zwischen privater Tätigkeit und Unternehmertätigkeit erfolgt über das Merkmal der Nachhaltigkeit, *Jakob* (FN 19), § 4 Rdnr. 6 ff., zu den einzelnen Kriterien: BFH, BStBl 93 II S. 379, 380. Der BFH geht bei dem Verkauf von Jahreswägen durch Werksangehörige davon aus, daß diese nicht Unternehmer werden, falls zwischen An- und Verkauf mehr als 12 Monate liegen, BFH BStBl 91 II, S. 776.

<sup>21</sup> *Rondorf*, Umsatzsteuerliche Änderungen durch das Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz, DStZ 94, S. 359; *Benkert/Mennert*, Geschäftsveräußerung gem. § 1 Abs. 1 a UStG bei Veräußerung von bebauten Grundstücken, DB 94, S. 1998, gehen davon aus, daß Hausmeister- und Wartungsverträge nicht mitüberegeben müssen, um eine Geschäftsveräußerung annehmen zu können.

<sup>22</sup> *Husmann* (FN 7), § 1 Anm. 774.2.

<sup>23</sup> *Nieskens*, Umsatzsteuer und kein Ende?, BB 94 S. 257; *Mößlang*, in: *Sölch/Ringleb* (FN 12), § 1 Rdnr. 145 f., wohl auch *Büllo*, in: *Vogel/Reinsch/Hoffmann/Schwarz*, UStG, Loseblattkommentar, Stand Ende 1994, § 1 Rdnr. 333 f.

<sup>24</sup> *Husmann* (FN 7), § 1 Anm. 774.2, *Husmann*, Nichtsteuerbare Geschäftsveräußerungen – Zum Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 a UStG, UR 94, S. 334 f.

<sup>25</sup> BT-Drucksache 12/5630, S. 85.

<sup>26</sup> So auch *Benkert/Menner* (FN 21), UR 95, S. 84; im Ergebnis ebenso: *Probst* (FN 16), S. 133.

<sup>27</sup> *Probst* (FN 16), S. 134.

<sup>28</sup> Unter Unternehmen verstehen sich zwar Preisangaben aufgrund Handelsbrauches i. d. R. als Nettoangaben, vgl. *H. P. Westermann*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 2. Aufl. § 433, Rdnr. 31; *Günther* (FN 7), S. 170; nach *Hess/Fabritius* in *Hopt*, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht, 1995, S. 622, ist es fraglich, ob sich beim Unternehmenskauf solch ein Handelsbrauch feststellen läßt.

<sup>29</sup> Hierbei wird davon ausgegangen, daß der Schuldner jeweils zum Abzug der Vorsteuer berechtigt ist. Sollte dies zweifelhaft sein (z.B. der Erwerber des Unternehmens ist eine Holdinggesellschaft), muß gegebenenfalls eine differenzierte Regelung gefunden werden.

Weiterhin sollte dem Erwerber ermöglicht werden, seine Umsatzsteuerschuld durch Abtretung seines Vorsteuererstattungsanspruchs gem. § 46 AO zu begleichen. Abtretbar ist jedoch nicht der einzelne Vorsteueranspruch, sondern nur der Saldo aus zu zahlender Umsatzsteuer und abziehbarer Vorsteuer, der sich aus der Umsatzsteuervoranmeldung bzw. am Ende des Besteuerungszeitraumes (§ 16 Abs. 1 S. 2)<sup>30</sup> ergibt. Dieser Anspruch kann niedriger sein als die zu zahlende Umsatzsteuer, so daß im Vertrag die Regelung einer „gemischten“ Erfüllung mittels Abtretung und Zahlung des Restbetrages sinnvoll ist<sup>31</sup>.

Die von Günther im Münchner Vertragshandbuch<sup>32</sup> vorgeschlagene Umsatzsteuerklausel kann nach wie vor verwendet werden. Bezüglich der Abtretung des Vorsteueranspruches ist folgende Ergänzung möglich:

„Umsatzsteueransprüche können – ganz oder teilweise – durch Abtretung des Vorsteuererstattungsanspruches gem. § 46 AO erfüllt werden.“

## 2. § 1 Abs. 1a S. 3 und § 15a Abs. 6a

Gem. § 1 Abs. 1a S. 3 tritt der erwerbende Unternehmer an die Stelle des Veräußerers. Auch dies ist mißverständlich formuliert. Der Erwerber tritt nicht wie ein Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle des Veräußerers. Für diesen endet vielmehr mit der Übertragung sein Besteuerungszeitraum (§ 16 Abs. 3 UStG), und er hat seine Steuerschulden selbst zu begleichen.

§ 1 Abs. 1a bedeutet vielmehr, daß der Erwerber an Handlungen des Veräußerers, die auch Wirkungen für die Zukunft haben, wie z. B. die Option nach § 9, gebunden ist<sup>33</sup>.

Seinen Hauptanwendungsbereich hat § 1 Abs. 1a UStG im Rahmen der Vorsteuerberichtigung gem. § 15a.

Zum besseren Verständnis wird kurz das System der Vorsteuer und ihrer Korrektur erläutert. Gem. § 15 Abs. 1 UStG dürfen Unternehmer Umsatzsteuer, die sie für geschäftliche Umsätze entrichtet haben, als Vorsteuer von ihrer Umsatzsteuerschuld abziehen.

Die Abzugsberechtigung ist jedoch gem. § 15 Abs. 2–4 ausgeschlossen, falls die vom Unternehmer bezogenen Waren für steuerfreie Umsätze verwendet werden. Errichtet ein Unternehmer ein Gebäude, das er zu Wohnzwecken vermietet, so kann er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht als Vorsteuer abziehen, da die Vermietung von Wohnraum gem. § 4 Nr. 12a ein steuerfreier Umsatz ist. Vermietet er das gesamte

Gebäude an Notare und Rechtsanwälte für deren Praxis, so kann er gem. § 9 auf die Steuerbefreiung verzichten und somit die Vorsteuer abziehen.

§ 15a Abs. 1 sieht vor, daß der Vorsteuerabzug zu korrigieren ist, wenn sich bei beweglichen Wirtschaftsgütern innerhalb von 5 Jahren seit der erstmaligen Verwendung (bei Grundstücken 10 Jahre) die Verhältnisse, die für den Vorsteuerabzug maßgeblich waren, ändern. Für jedes Jahr der geänderten Verwendung ist  $\frac{1}{5}$  bzw.  $\frac{1}{10}$  der abgezogenen Vorsteuer an das Finanzamt zu erstatten. Zieht z. B. im letzten Fall am 1.1.03 ein Rechtsanwalt aus dem am 1.1.01 vermieteten Gebäude aus und werden die Räume anschließend an einen Arzt weitervermietet – dieser erbringt nach § 4 Ziff. 14 steuerfreie Umsätze –, so muß bezüglich dieses Gebäudeteils die Vorsteuer korrigiert werden. Beträgt der Nutzungsanteil 50%, so muß der Unternehmer im Jahre 03 und in den folgenden sieben Jahren jeweils 5% der abgezogenen Vorsteuer erstatten.

An diese Situation knüpft § 15a Abs. 6a an, indem er festlegt, daß die Berichtigungszeiträume durch die Geschäftsveräußerung nicht unterbrochen werden. Vielmehr tritt gem. § 1 Abs. 1a S. 3 der Erwerber an die Stelle des Veräußerers. Hat im letzten Beispiel im Jahre 02 der Eigentümer gewechselt, so muß der neue Eigentümer im Jahre 03 und in den Folgejahren die Vorsteuerkorrektur vornehmen. Wechselt das Eigentum im Jahre 04, so muß der neue Eigentümer ebenfalls die bereits begonnene Korrektur fortsetzen.

Somit können auf den Erwerber erhebliche finanzielle Belastungen zukommen. Deshalb bedarf diese Thematik der Regelung im notariellen Vertrag.

Die Formulierung für bereits laufende Vorsteuerberichtigungszeiträume könnte z. B. folgenden Wortlaut haben:

„Die Gegenstände, für die Vorsteuerbeträge gem. § 15a UStG derzeit zu korrigieren sind, sind in Anlage A zu diesem Vertrag aufgeführt. Der Veräußerer versichert, daß derzeit keine weiteren Vorsteuerberichtigungszeiträume bestehen.“

In der Anlage sollten die einzelnen Gegenstände, der Jahresbetrag der zu berichtigenden Vorsteuer und die Laufzeit des Berichtigungszeitraumes genannt werden.

Bezüglich der Gegenstände, für die in der Zukunft eine Vorsteuerberichtigung möglich ist, müßte m. E. in den meisten Fällen folgende Regelung genügen:

„Der Notar hat auf folgendes hingewiesen:

Ändern sich bei einem beweglichen Wirtschaftsgut, das der Veräußerer innerhalb der letzten 5 Jahre verwendet hat, die umsatzsteuerlich relevanten Verhältnisse, die im Kalenderjahr der erstmaligen Verwendung maßgebend waren, so ist der Erwerber gem. § 15a Abs. 6a UStG verpflichtet, die vom Veräußerer abgezogene Vorsteuer dem Finanzamt teilweise zurückzuerstatten. Bei Grundstücken gilt eine Frist von 10 Jahren. In Kenntnis dieser Bestimmungen verzichten die Vertragsteile auf die Auflistung der Gegenstände, für die eine Umsatzsteuerkorrektur in Betracht kommt.

Der Veräußerer verpflichtet sich, dem Erwerber die für eine Berichtigung notwendigen Informationen im Bedarfsfall zu geben. Der Erwerber kann sich diesbezüglich direkt an den Steuerberater des Veräußerers Herrn/Frau XY wenden. Dieser wird insoweit von seiner Schweigepflicht entbunden.“

Die Pflicht zur Offenlegung der erforderlichen Informationen ergibt sich bereits aus § 15 Abs. 6a S. 2. Da sich diese Pflicht insbesondere bei Grundstücken erheblich in die Zukunft hin-

<sup>30</sup> BFH BStBl 83 II S. 612 f.

<sup>31</sup> Schwarz, Nichtsteuerbare Umsätze im Rahmen von Geschäftsveräußerungen – ein Fortschritt?, UR 94, S. 185 weist darauf hin, daß der Veräußerer die Umsatzsteuer an das Finanzamt abführen muß, bevor er sie vom Erwerber erhält; auch diesbezüglich ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob der Veräußerer einer besonderen Sicherung bedarf; zur Formulierung vgl. auch die Vorschläge bezüglich des Grundstückskaufes in DNotI-Report 5/95, S. 47 f. und 1/96, S. 7 f.

<sup>32</sup> Günther (FN 7), S. 74.

<sup>33</sup> Husmann (FN 24), S. 336; Widmann, Gibt es bei § 1 Abs. 1a UStG durch „holde Eintracht“ von Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Gesetzeslücke?, UR 95, S. 326, sieht die Möglichkeit, daß sich der Erwerber auch bei den Befreiungstatbeständen des § 4 die „Vorsteuer-Vorgeschichte des Wirtschaftsgutes beim Geschäftsveräußerer zurechnen lassen muß“.

ein verlagert und für den Erwerber ungewiß ist, ob der Veräußerer auf Dauer zu erreichen ist, sollte diesem ermöglicht werden, direkt den Steuerberater zu kontaktieren<sup>34</sup>.

Prinzipiell kann der Erwerber die Entstehung von Umsatzsteuerkorrekturanträgen selbst steuern, da er selbst über die weitere steuerpflichtige Verwendung entscheidet. Nach der Rechtsprechung des BFH ist jedoch § 15a auch bei bloßen Rechtsänderungen, sowie nach der Meinung des V. Senates des BFH zur Korrektur eines gem. § 15 Abs. 2 rechtsfehlerhaften Vorsteuerabzuges im ersten Jahr der Verwendung anwendbar<sup>35</sup>. Insoweit besteht für den Erwerber ein nicht beherrschbares Risiko.

Ob in den Vertrag eine Lastenverteilungsregelung beim tatsächlichen Entstehen von Korrekturanträgen aufgenommen werden sollte,<sup>36</sup> kann m. E. nur im Einzelfall entschieden werden und ist letztlich Verhandlungssache der Beteiligten. Der Verkäufer dürfte eine Beteiligung an den Korrekturbeträgen, auf deren Entstehung er keinen Einfluß hat, in der Regel nicht akzeptieren.

### 3. Vorsteuerkorrektur gem. § 15 Abs. 2–4

Vom Gesetzgeber nicht geregelt wurde der Fall, daß sich im Laufe des Jahres der ersten Verwendung die für den Vorsteuerabzug maßgeblichen Verhältnisse ändern. Folgendes Beispiel zur Illustration:

Ein Arzt, der gleichzeitig ein zahntechnisches Labor betreibt, kauft am 1.1.01 für 10 000 DM ein Gerät zuzüglich 1 500 DM Umsatzsteuer, das er zu 50% als Zahnarzt und zu 50% in seinem Labor benutzt. Er zieht deshalb 750 DM als Vorsteuer ab. Verwendet nun der Zahnarzt das Gerät ab 1.5.01 nur noch für seine Arztpraxis, so muß er 500 DM Vorsteuer korrigieren. Wird die Praxis samt Labor am 1.3.01 veräußert und nimmt der Erwerber am 1.4.01 die Verwendungsänderung des Gerätes vor, so fragt sich, ob er ebenfalls die Korrektur vornehmen muß.

Gem. § 1 Abs. 1a S. 3 tritt der Erwerber generell an die Stelle des Veräußerers, so daß dies auch ohne Sonderregelung für § 15 Abs. 2–4 gilt<sup>37</sup>.

Der Erwerber ist somit zur Vorsteuerkorrektur verpflichtet. Für die Übermittlung der hierzu notwendigen Information dürfte § 15a Abs. 6a S. 2 analog anzuwenden sein<sup>38</sup>. Der obige Hinweis könnte nach dem Satz „bei Grundstücken gilt eine Frist von 10 Jahren“ diesbezüglich folgendermaßen ergänzt werden: „Auch bei der Verwendungsänderung eines Wirtschaftsgutes im ersten Jahr der Anschaffung kann der Erwerber zur Vorsteuerkorrektur verpflichtet sein.“

<sup>34</sup> Die Problematik sollte nicht überschätzt werden, da in der Praxis in der Regel die notwendigen Informationen aus den Geschäftsunterlagen, die dem Erwerber übergeben werden, ersichtlich sind.

<sup>35</sup> Lohse/Madle, Rechtsprechungsänderungen des BFH bei Ertragssteuern und Umsatzsteuer im Jahre 1994, DStR 95, S. 1048, m.w.N. und kritischer Würdigung des BFH. Sie weisen darauf hin, daß der XI. Senat dem V. Senat noch nicht gefolgt ist und deshalb die Rechtsentwicklung noch offen ist.

<sup>36</sup> So: Benkert/Menner (FN 21), DB 94, S. 1999.

<sup>37</sup> So auch Sauerland/Schmid/Lipross, Umsatzsteuerrecht, 18. Aufl. 1994, S. 225.

<sup>38</sup> Sauerland/Schmid/Lipross (FN 37), S. 225.

## IV. Einbringung eines Geschäfts

§ 1 Abs. 1a, Satz 2 sieht außerdem vor, daß auch die Einbringung eines Unternehmens in eine Gesellschaft nicht der Umsatzsteuer unterliegt. Das Merkmal „Einbringung“ ist weit auszulegen. Nicht nur die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine neu gegründete GmbH wird hiervon erfaßt, sondern auch Vorgänge im Rahmen von Umwandlungen und Verschmelzungen<sup>39</sup>. Dies soll im folgenden einzeln erläutert werden.

### 1. Gründungssachverhalte

Wird eine Personengesellschaft oder eine juristische Person neugegründet, so ist die Gewährung von Gesellschaftsrechten durch die Gesellschaft an die Gesellschafter eine sonstige Leistung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1,<sup>40</sup> die gemäß § 4 Nr. 8 f von der Umsatzsteuer befreit ist. Die Geldeinlage eines Gesellschafters ist keine Leistung von diesem an die Gesellschaft, da Zahlungen niemals Lieferungen bzw. Leistungen im Sinne des § 1 sind. Erbringt der Gesellschafter jedoch eine Sacheinlage, so liegt eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 steuerbare Leistung vor, falls er Unternehmer ist und im Rahmen seines Unternehmens handelt. Allein durch die Gründung einer Gesellschaft wird der Gesellschafter selbst nicht zum Unternehmer. Er muß also bereits vor Gründung der Gesellschaft Unternehmer sein, damit seine Sacheinlage ein steuerbarer Umsatz im Sinne von § 1 ist<sup>41</sup>. Eine Leistung des Gesellschafters lag bisher vor, falls er z. B. sein gesamtes Unternehmen in eine neu zu gründende GmbH einbrachte. Die Einlage war der letzte Akt der Unternehmenstätigkeit als Einzelunternehmer<sup>42</sup>. Dieser Einbringungsvorgang ist nach § 1 Abs. 1a nun nicht mehr steuerbar.

Das Halten von Beteiligungen begründet nicht die Unternehmereigenschaft im Sinne des Umsatzsteuerrechtes, es sei denn, die Tätigkeit wäre auf gezieltes Umschichten von Beteiligungen hin ausgerichtet. Der Erwerb eines Einzelunternehmens zu dem Zweck, es unmittelbar in eine Personengesellschaft bzw. eine andere Gesellschaft einzubringen, führt ebenfalls nicht zur Unternehmereigenschaft<sup>43</sup>. Erwirbt z. B. X das Einzelunternehmen des A, um es anschließend in die Y-GmbH einzubringen, so liegt zwischen A und X ein Leistungsaustausch vor. Der A ist zur Zahlung von Umsatzsteuer verpflichtet. § 1 Abs. 1a greift nicht ein, da X nicht Unternehmer ist und durch den Erwerb des Unternehmens auch nicht Unternehmer wird, da es mittelbar in die Y-GmbH eingebracht wird. X ist aus diesem Grund auch nicht zum Abzug der Vorsteuer berechtigt. Diese Sachverhaltsgestaltungen sind deshalb nach wie vor steuerschädlich.

<sup>39</sup> Husmann (FN 3), S. 336 m.w.N.; Widmann in Widmann/Mayer, Umwandlungsgesetz, Loseblattkommentar, Stand Juni 95, Rdnr. 6579.55 und 6697.2.

<sup>40</sup> A 6 II S. 2 UStR; ablehnend Seer, Die umsatzsteuerliche Behandlung der Umwandlung von Einzelunternehmen, Personen- und Kapitalgesellschaften, DStR 88, S. 367 f.; kritisch Reiss, UR 88 S. 302 f.

<sup>41</sup> Jakob, Umsatzsteuer, München 1992, § 11 Rdnr. 13 ff., Mäßflang in Sölch/Ringleb (FN 12) § 1 Rdnr. 123 ff., der allerdings in der Gründung von Personengesellschaften keinen Leistungsaustausch sieht.

<sup>42</sup> Husmann (FN 7) § 1 Anmerkung 774.8.

<sup>43</sup> BFH BStBl 87 II S. 512 ff.

## 2. Liquidation und Ausscheiden aus der Gesellschaft

Wird eine Gesellschaft liquidiert, so sind die Verkäufe des Sachvermögens an Dritte Leistungen der Gesellschaft, die der Umsatzsteuer unterliegen. Dies gilt ebenso, falls die Gesellschaft mittels Realteilung aufgelöst wird und die Gesellschafter die entsprechenden Sachwerte erhalten<sup>44</sup>. Kommt es in diesem Rahmen dazu, daß das gesamte Gesellschaftsvermögen auf einen Gesellschafter übergeht, so kommt meines Erachtens prinzipiell § 1 Abs. 1a zur Anwendung. Da § 1 Abs. 1a selbst davon ausgeht, daß auch die Einbringung eines Unternehmens in eine Gesellschaft nicht steuerbar ist, zeigt der Gesetzgeber, daß es bei der Geschäftsveräußerung nicht darauf ankommt, daß das Unternehmen im rechtlich gleichen Gewand fortgeführt wird, sondern daß das Unternehmen in seiner Substanz, als wirtschaftliche Einheit übergeht.

Bezüglich der Rückgabe der Gesellschafterrechte durch den Gesellschafter an die Gesellschaft liegt nur dann wiederum ein steuerbarer Tatbestand vor, falls der Gesellschafter Unternehmer ist und die Beteiligung im Rahmen seines Unternehmens gehalten hat. In diesem Fall greift wiederum die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 f ein<sup>45</sup>.

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so muß m. E. zwischen dem Ausscheiden einerseits und dem Anwachsen des Gesellschaftsvermögens bei den anderen Gesellschaftern unterschieden werden. Das Ausscheiden als solches ist genauso wie die Liquidation zu behandeln. Der Gesellschafter gibt seine Gesellschaftsrechte zurück. Dieser Akt ist entweder nicht steuerbar oder steuerfrei. Eine Barabfindung durch die Gesellschaft unterliegt ebenfalls nicht der Steuer. Eine Sachabfindung führt grundsätzlich zur Umsatzsteuer.

Das Anwachsen des Gesellschaftsvermögens bei den übrigen Gesellschaftern als solches ist dagegen kein Leistungsaustausch, sondern gesetzliche Folge des Ausscheidens des anderen Gesellschafters<sup>46</sup>. Dies gilt auch, falls der vorletzte Gesellschafter aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausscheidet und der verbleibende Gesellschafter somit Einzelunternehmer wird<sup>47</sup>.

## 3. Abtretung der Gesellschaftsanteile

Die Abtretung sämtlicher Anteile an Kapitalgesellschaften ist keine Geschäftsveräußerung im umsatzsteuerlichen Sinne, da nicht die Vermögenswerte des Unternehmens übertragen werden, sondern die Rechte am Unternehmen<sup>48</sup>. Dieser Vorgang ist i. d. R. nicht steuerbar, da der Veräußerer nicht Unternehmer ist. Ansonsten ist er steuerfrei.

Das gleiche gilt bei einem Gesellschafterwechsel in einer Personengesellschaft<sup>49</sup>.

## 4. Umwandlungen

### a) Einzelrechtsnachfolge

Umwandlungen können in der Weise vorgenommen werden, daß eine Gesellschaft liquidiert wird und ihr Vermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten durch Einzelrechtsnachfolge auf eine andere Gesellschaft übertragen wird. Diese Fälle unterliegen den eben angesprochenen Regeln.

<sup>44</sup> BFHE 72, 231, 232 ff.

<sup>45</sup> Jakob (FN 41) § 11 Rdnr. 22.

<sup>46</sup> BFHE 79, 163, 164 f.

<sup>47</sup> Vgl. A 6 Abs. 3 und 4 UStR, BFHE 72, 231, 232 ff.

<sup>48</sup> Mößlang in Sölch/Ringleb (FN 12) § 1 Rdnr. 134.

<sup>49</sup> BFH, BStBl 88 II S. 94.

### b) Umwandlungsgesetz

Beim alten Umwandlungsrecht, also vor dem 1.1.95, galt folgende Unterscheidung:

Bei der formwechselnden Umwandlung wurde kein Leistungsaustausch zwischen Alt- und Neugesellschaft angenommen, da sich nur die Rechtsform der Gesellschaft ändert und im übrigen die Identität des Unternehmens gewahrt bleibt. Die übertragenden Umwandlungen wurden hingegen als Geschäftsveräußerung bewertet, da das Steuersubjekt wechselte. Das Betriebsvermögen des alten Unternehmens, das aufgelöst wurde, wurde an das neue Unternehmen geleistet. Die gleichen Grundsätze galten bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Diese Geschäftsveräußerungen wurden seit 01.01.1994 gemäß § 1 Abs. 1a als nicht mehr steuerbar behandelt<sup>50</sup>.

Für das neue Umwandlungsrecht ergibt sich folgendes:

#### aa) Formwechsel

Für den Formwechsel nach neuem Recht gilt grundsätzlich nichts anderes wie nach bisherigem Recht für die formwechselnde Umwandlung. Die Identität des Unternehmens ist gewahrt. Deshalb findet kein Leistungsaustausch statt.

Problematisch könnte diese Betrachtungsweise nur bei einem Formwechsel von einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft sein. Nach einem Erlaß der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg<sup>51</sup> fällt in diesen Fällen Grunderwerbsteuer an, da grunderwerbsteuerlich zwei verschiedene Rechtsträger vorliegen. Dies gilt auch beim Wechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft. Entsprechend diesem Gedanken könnte man auch für die Umsatzsteuer von einem Leistungsaustausch ausgehen.

Meines Erachtens kann jedoch der grunderwerbsteuerlichen Betrachtung für die Umsatzsteuer nicht gefolgt werden.

Aus umsatzsteuerlicher Sicht ist von keiner Leistung auszugehen, da das umsatzsteuerliche Unternehmen nicht wechselt. Das Rechtsobjekt bleibt identisch. Deshalb ist kein Leistungsaustausch möglich. Letztendlich braucht diese Frage in der Regel nicht entschieden werden, da bei Annahme einer Geschäftsveräußerung der Befreiungstatbestand des § 1 Abs. 1a eingreifen würde.

#### bb) Spaltung

Die Spaltung ist im Umwandlungsgesetz in drei verschiedenen Arten, als Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung, vorgesehen.

Bei der Ausgliederung wird ein Unternehmensteil auf einen neu zu gründenden oder bereits bestehenden Rechtsträger übertragen, wobei das übertragende Unternehmen am aufnehmenden Unternehmen beteiligt wird. Soweit der übertragene Unternehmensteil ein Teilbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 1a ist, greift die Umsatzsteuerbefreiung von § 1 Abs. 1a ein.

Bei der Abspaltung vollzieht sich der gleiche Prozeß mit der Abweichung, daß nicht der abspaltende Rechtsträger, sondern dessen Anteilsinhaber Gesellschafterrechte am übernehmenden Rechtsträger erhalten.

Ausgehend von der These, die bei der unentgeltlichen Übertragung eines Unternehmens einen Entnahmeeigenverbrauch sieht, könnte auch hier argumentiert werden, daß die Gesell-

<sup>50</sup> Husmann (FN 3) S. 336 m.w.N.

<sup>51</sup> MittBayNot 1995 S. 417 ff.

schafter zunächst die Sachwerte aus dem Unternehmen umsatzsteuerrechtlich entnehmen und anschließend in eine neue Gesellschaft einbringen. § 1 Abs. 1a wäre dann nicht anwendbar.

Meines Erachtens fällt jedoch auch die Abspaltung unter § 1 Abs. 1a. Es spielt sich umsatzsteuerlich folgender Prozeß ab:

Das alte Unternehmen erbringt eine Leistung an das neue Unternehmen<sup>52</sup> und hält im Gegenzug Gesellschafterrechte, die es an die eigenen Gesellschafter weitergibt<sup>53</sup>. Deshalb ist gemäß § 1 Abs. 1a eine Geschäftsveräußerung von einem Unternehmer an ein anderes Unternehmen gegeben. Die Gesellschafter erhalten ihre Gesellschaftsrechte an dem neuen Unternehmen nur deshalb, weil sie am alten Unternehmen beteiligt waren. Das alte Unternehmen leistet ihnen durch die Übertragung der Gesellschaftsrechte einen Ausgleich dafür, daß die bisherigen Gesellschaftsrechte an Wert gemindert werden. Dies entspricht dem wirtschaftlichen Sachverhalt<sup>54</sup>. Zudem werden keine unternehmensfremden Zwecke verfolgt<sup>55</sup>, sondern eine Tätigkeit entfaltet, die auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet ist<sup>56</sup>.

Bei der Aufspaltung, bei der ein Unternehmen auf zwei (oder mehrere) Unternehmen übertragen wird, kann nichts anderes gelten<sup>57</sup>.

Auch in diesen Fällen ist § 1 Abs. 1a Satz 3 und § 15 Abs. 6a zu beachten. Die Pflicht zur Information gemäß § 15 Abs. 6a Satz 2 ist entweder durch die Organe des übertragenden Rechtsträgers zu erledigen<sup>58</sup> oder kann durch Entbindung des Steuerberaters von der Schweigepflicht erfüllt werden. Insoweit ist die oben angesprochene vertragliche Formulierung möglich.

#### cc) Verschmelzung

Die Verschmelzung wurde nach bisherigem Recht als Geschäftsveräußerung betrachtet, die seit 1.1.94 ebenfalls wieder umsatzsteuerfrei ist. Auch bei der Verschmelzung handelt es sich um einen tauschähnlichen Umsatz. Die übertragende Gesellschaft bringt ihr gesamtes Unternehmen in die aufnehmende Gesellschaft ein. Diese leistet im Gegenzug mittels eines Vertrags zugunsten Dritter Gesellschaftsrechte an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Ein

Leistungsaustausch ist somit zu bejahen<sup>59</sup>. Der von *Schwarz* geäußerten Ansicht, bei der Verschmelzung handle es sich um keine Geschäftsveräußerung, da ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge vorliege<sup>60</sup>, kann nicht gefolgt werden. Die Gesamtrechtsnachfolge als solche schließt einen Leistungsaustausch nicht aus. Im Falle der Verschmelzung ist sie vielmehr nur ein zivilrechtliches Instrumentarium, um ein gewünschtes gesellschaftliches Ziel zu erreichen. Im Umsatzsteuerrecht wird bzgl. der Leistung nicht an die zivilrechtliche Grundlage, sondern an die Güterverschiebung, die tatsächlich stattfindet, angeknüpft<sup>61</sup>. Die Leistung besteht in der Übertragung sämtlicher Unternehmensgrundlagen und hier ist es irrelevant, wie sich diese Übertragung rechtlich vollzieht, ob als Einzelrechtsnachfolge oder Gesamtrechtsnachfolge. Maßgeblich ist für das Umsatzsteuerrecht nur, daß diese Güterverschiebung willentlich gesteuert wird. Diese Steuerung ist im Falle der Verschmelzung zu bejahen<sup>62</sup>.

#### dd) Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung ist gekennzeichnet durch die Übertragung des ganzen Vermögens auf einen anderen bestehenden Rechtsträger bzw. durch die Übertragung eines Teiles des Vermögens auf diesen, wobei die Anteilinhaber des übertragenen Unternehmens keine Anteile am übernehmenden Rechtsträger, sondern eine Barabfindung erhalten.

Bei der Vollübertragung liegt eine entgeltliche Geschäftsveräußerung vor, die gemäß § 1 Abs. 1a nicht steuerbar ist. Die Situation ist mit der Liquidation vergleichbar. Das übertragende Unternehmen überträgt als letzten Akt seiner Geschäftstätigkeit seinen Geschäftsbetrieb auf das übernehmende Unternehmen. Wie bereits dargelegt, bleibt es hierbei beim gleichen Ergebnis, ob man annimmt, daß das übernehmende Unternehmen die Abfindung an das übertragende Unternehmen ausbezahlt und dieses die Abfindung an seine Anteilseigner weiterleitet, oder ob man zwischen übertragendem und übernehmendem Unternehmen einen Vertrag zugunsten Dritter annimmt, aufgrund dessen das übernehmende Unternehmen direkt eine Abfindung an die Anteilseigner des übertragenden Unternehmens zahlt.

Soweit ein Teil des alten Unternehmens übertragen wird, kommt § 1 Abs. 1a nur zur Anwendung, falls ein Teilbetrieb vorliegt.

### V. Vorsteuerabzug bezüglich Notargebühren

Die bei der Abwicklung der Geschäftsveräußerung anfallenden Umsatzsteuern, also insbesondere die Umsatzsteuer auf die Notargebühren, auf Anwalts- und Vermittlungsleistungen, aber auch auf sonstige Nebenleistungen wie Transport und Verpackung, können als Vorsteuern auch von den Unternehmen abgezogen werden, die bisher ausschließlich abzugschädliche Umsätze ausgeführt haben, da der Ausschußstat-

<sup>52</sup> BFHE 119, 112, 117.

<sup>53</sup> *Widmann* in: *Widmann/Mayer*, Umwandlungsgesetz, Loseblattkommentar, Stand Juni 95, Rdnr. 6760.1 zur Rechtslage vor dem 1.1.94. Der BFH nimmt bei einer Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft sowie beim umgekehrten Fall einen Leistungsaustausch zwischen altem und neuem Unternehmen an, BFHE 66, 708 ff., 79, 633, 634 ff. Zustimmend: *Möblang*, in: *Sölch/Ringleb* (FN 12), § 1 Rdnr. 133 f.

<sup>54</sup> BFHE 66, 70, 708, 710 weist zu Recht darauf hin, daß bei Annahme eines Vertrages zwischen OHG und GmbH zugunsten Dritter (Gesellschafter) sich an dieser Betrachtung nichts ändert. Auch zivilrechtlich hat die Leistung der Gesellschaftsrechte an die Gesellschafter ihren Rechtsgrund allein im Verhältnis der OHG zur GmbH.

<sup>55</sup> BFHE 79, 633, 637 stellt zu Recht auf eine wirtschaftliche Betrachtung bei Unternehmensübertragungen ab. Das Entgelt besteht nach dem BFH bei der Übertragung des Vermögens einer GmbH auf eine KG darin, daß die Gesellschafter der GmbH auf ihre Gesellschaftsanteile verzichtet haben (BFH, BStBl 87 II S. 656).

<sup>56</sup> BFH, BStBl 87 II S. 656 – dies wäre notwendig für die Annahme einer Entnahmehandlung.

<sup>57</sup> Einnahmeerzielungsabsicht müßte fehlen, um eine Entnahme annehmen zu können, vgl. *Jakob* (FN 41), § 8 Rdnr. 10.

<sup>58</sup> *Widmann*, in: *Widmann/Mayer* (FN 39), Rdnr. 6760.0.1.

<sup>59</sup> So *Widmann*, Rdnr. 6760.0.3 in: *Widmann/Mayer* (FN 39).

<sup>60</sup> *Schwarz*, (FN 3) S. 186 und *Schwarz*, Ist die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft eine Geschäftsveräußerung? UR 90 S. 375 f. m.w.N.

<sup>61</sup> *Jakob* (FN 41), § 5 Rdnr. 2.

<sup>62</sup> BFHE 119, 112, 116. *Seer*, Die umsatzsteuerliche Behandlung der Umwandlung von Einzelunternehmen, Personen- und Kapitalgesellschaften, DStR 88, S. 369 weist ebenfalls darauf hin, daß die Umwandlung nicht mit dem Erbfall vergleichbar ist, steht jedoch der Annahme einer Leistung bei Umwandlungsvorgängen ablehnend gegenüber.

bestand des § 15 Abs. 2 Nr. 1 nicht zutrifft. Die Geschäftsveräußerung ist kein steuerfreier Umsatz, sondern nicht steuerbar. Somit bleibt § 15 Abs. 1 Nr. 1 erhalten. Insoweit ist in der Literatur Kritik geübt worden<sup>63</sup>. Dieses Ergebnis ergibt sich jedoch zwangsläufig aus dem Gesetz und könnte bezüglich der Unternehmer, die abzugschädliche Umsätze ausführen, nur durch den Gesetzgeber korrigiert werden. Jene Stimmen in der Literatur, die zu Unrecht eine Geschäftsveräußerung bei der Gesamtrechtsnachfolge verneinen, lehnen konse-

---

<sup>63</sup> Schlienkamp (FN 3), S. 96; Ammann (FN 11), S. 179; Husmann, in: Rau/Dürwächter (FN 7), § 1 Anm. 774.3.

quenterweise auch das Recht zum Vorsteuerabzug bezüglich der Nebenkosten der Geschäftsveräußerung ab<sup>64</sup>. Die Abzugsberechtigung für die Vorsteuer ergibt sich auch daraus, daß bei der Geschäftsveräußerung, genauso wie bei der Geschäftsgründung, die mit der Geschäftsveräußerung zusammenhängenden Vorsteuerbeträge den in neuen Unternehmen bewirkten Umsätzen und nicht der Geschäftsveräußerung zuzuordnen sind<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Schwarz (FN 3), S. 186.

<sup>65</sup> Sauerland/Schmidt/Lipross, Umsatzsteuerrecht, 18. Aufl. 1994, S. 208.

# Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung und Gläubigerzustimmung

von Notar a.D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

## 1. Anfechtbare und nichtige Beschlüsse

Bei Beschlüssen der Wohnungseigentümersammlung, die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen sind, unterscheidet das WEG in § 23 Abs. 4 zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen. Die anfechtbaren Beschlüsse werden erst ungültig, wenn sie gemäß §§ 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG durch Gerichtsbeschuß für unwirksam erklärt worden sind<sup>1</sup>, wobei der Antrag auf Ungültigerklärung nur innerhalb eines Monats ab Beschlußfassung gestellt werden kann. Dagegen bedürfen nichtige Beschlüsse keiner Anfechtung, ihre Unwirksamkeit kann jederzeit ohne gerichtliche Aufhebung geltend gemacht werden<sup>2</sup>.

Eine ähnliche Unterscheidung gibt es auch im Recht der Kapitalgesellschaften. Im Wohnungseigentumsrecht sind aber die Grenzen für die Nichtigkeit viel enger gezogen. So begründen insbesondere Verstöße gegen Vorschriften, die das Verfahren der Versammlung betreffen, nur die Anfechtbarkeit, nicht die Nichtigkeit. Dies gilt z.B. für mangelnde Beschlußfähigkeit<sup>3</sup> oder fehlende Ankündigung von Beschlüssengegenständen bei der Einberufung der Versammlung<sup>4</sup>. Aber auch bei Verstößen gegen materielles Recht tritt meist nur die Anfechtbarkeit, nicht die Nichtigkeit ein.

## 2. Pseudovereinbarungen

### a) Anwendungsbereich

Das gilt grundsätzlich auch für Beschlüsse, die ihrem Inhalt nach einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG bedürft hätten<sup>5</sup>. Auch solche Beschlüsse sind nur anfechtbar. Ist die Anfechtung innerhalb der Monatsfrist des § 23 Abs. 4 WEG unterblieben, so sind sie „bestandskräftig“ geworden und können nicht mehr in Frage gestellt werden (sog. „Pseudovereinbarungen“). Wichtigster Anwendungsfall sind Beschlüsse über bauliche Maßnahmen (§ 22 Abs. 1 WEG)<sup>6</sup>, daneben Beschlüsse, welche die Gemeinschaftsordnung abändern. Aber auch Benutzungsbeschränkungen kommen in Frage<sup>7</sup>, z.B. nach der Rechtsprechung des BGH ein Verbot der Hundehaltung<sup>8</sup>.

Grund für die Anerkennung der Pseudovereinbarungen ist einmal, daß die Abgrenzung zwischen den einer Vereinbarung

und der Beschlußfassung unterliegenden Gegenständen flüssig ist (Grauzonenproblematik) und im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung bald Klarheit herbeigeführt werden muß, ob Beschlüsse wirksam sind oder nicht (Rechtssicherheitsgrundsatz). Insbesondere bei großen Gemeinschaften ist es oft unmöglich, eine einstimmige Vereinbarung herbeizuführen, obwohl eine Entscheidung aus praktischen Gründen notwendig ist und die Sachlage schnelles Handeln erfordert. Ein Verfahren gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG kann lange Zeit in Anspruch nehmen, von den Kosten ganz zu schweigen. Die Beschlußfassung ist dann der letzte Ausweg (Ersatzfunktion).

### b) Einschränkungen

Dieser Grundsatz kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten. Eine Pseudovereinbarung kann dann nicht wirksam sein, wenn sie gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot verstößt; in diesem Fall tritt Nichtigkeit ein (§ 23 Abs. 4 WEG). Dies würde z. B. gelten für die Bestellung eines Verwalters für mehr als fünf Jahre (Verstoß gegen § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG). Immer dann, wenn eine Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen zwingende Vorschriften nichtig wäre, trifft dies genauso auch für die Pseudovereinbarung gleichen Inhalts zu.

Eine Pseudovereinbarung kann auch nicht in Individualrechte eines Wohnungseigentümers eingreifen, also in die Benutzung seines Sondereigentums oder in ein Sondernutzungsrecht. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt dies jedoch nur, wenn in den Kernbereich des Eigentums eingegriffen wird. Aus diesem Grund wurde vom BGH das Verbot der Hundehaltung durch eine Pseudovereinbarung als nicht zum Kernbereich gehörig zugelassen<sup>9</sup>.

Bestritten ist, ob durch Pseudovereinbarungen Sondernutzungsrechte begründet werden können<sup>10</sup>.

Nach einer neueren, vereinzelt vertretenen Ansicht wirken Pseudovereinbarungen nicht gegen Sonderrechtsnachfolger<sup>11</sup>. Da es in den meisten Fällen nur eine einheitliche Regelung für alle Eigentümer geben kann, tritt hiernach die Pseudovereinbarung mit der ersten auf sie folgenden Veräußerung einer Wohnung außer Kraft. Diese Meinung wird mit Hinweis auf den Publizitätsgrundsatz des Grundbuchrechts begründet. Hier wird aber übersehen, daß nach § 10 Abs. 3 WEG ein Beschluß zu seiner Wirksamkeit gegenüber Sonderrechtsnach-

<sup>1</sup> BayObLG 11.3.93 NJW-RR 1993, 788 = WE 1994, 118.

<sup>2</sup> BGH 18.5.89 NJW 1989, 2059 = BGHZ 107, 268 = WE 1989, 167 = MittBayNot 1989, 270.

<sup>3</sup> BayObLG 27.2.81 BayObLGZ 1981, 50, 55.

<sup>4</sup> BayObLGZ 5.4.1990 NJW-RR 1990, 784 = WE 1991, 227.

<sup>5</sup> BGH 21.5.70 NJW 1970, 1316 = BGHZ 54, 65; BGH 18.9.94 NJW 1994, 3320 = MittBayNot 1995, 32 = WE 1995, 55; BGH 4.5.95 NJW 1995, 2036 = WE 1995, 311 = MittBayNot 1995, 279.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt 12.2.79 Rpfleger 1979, 217; OLG Hamm 18.3.66 DNotZ 1967, 38; BayObLG 10.9.1992 NJW-RR 1993, 85 = WE 1993, 341.

<sup>7</sup> BGH 21.5.70 NJW 1970, 1316 = BGHZ 54, 65; BGH 16.9.94 NJW 1994, 3320 = MittBayNot 1995, 32 = WE 1995, 55; BGH 4.5.95 NJW 1995, 2036 = WE 1995, 311 = MittBayNot 1995, 279.

<sup>8</sup> BGH 4.5.95 NJW 1995, 2036 = WE 1995, 311 = MittBayNot 1995, 279.

<sup>9</sup> BGH 4.5.95 NJW 1995, 2026 = WE 1995, 311 = MittBayNot 1995, 279.

<sup>10</sup> Bejahend BGH 21.5.70 NJW 1970, 1316 = BGHZ 54, 65; OLG Köln 27.3.92 WE 1992, 260; BayObLG 10.9.92 NJW-RR 1993, 85 = WE 1993, 341; Riecke DWE 1991, 60; Münstermann-Schlichtmann DWE 1991, 55; Sauren DWE 1992, 50; Röhl WE 1992, 244; Hauger WE 1993, 231; a.A. OLG Köln 27.9.91 NJW-RR 1992, 598 = MittBayNot 1992, 137; OLG Düsseldorf 12.7.95 DWE 1995, 124; Belz DWE 1991, 130.

<sup>11</sup> OLG Köln 27.9.91 NJW-RR 1992, 598 = MittBayNot 1992, 137; Belz DWE 1991, 130; a.A. BayObLG 10.9.92 NJW-RR 1993, 85 = WE 1993, 341; Riecke DWE 1991, 60; Münstermann-Schlichtmann DWE 1991, 55; Sauren DWE 1992, 50; Röhl WE 1992, 244; Hauger WE 1993, 231.

folgen der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf. Wollte man dieser Meinung folgen, so hätten Pseudovereinbarungen vor allem bei großen Anlagen nur eine kurze Lebensdauer.

Nach einer neueren, von *Weitnauer*<sup>12</sup> vertretenen Ansicht sind Pseudovereinbarungen, die die Gemeinschaftsordnung ändern, nicht anfechtbar, sondern nichtig. Jedoch überlagern sie die Gemeinschaftsordnung und sind zu beachten, bis sie durch Gerichtsbeschluß aufgehoben sind; für den Aufhebungsantrag soll die Monatsfrist des § 23 Abs. 4 WEG nicht gelten und die aufhebende Gerichtsentscheidung soll nur für die Zukunft wirken (ex nunc). Diese Ansicht könnte in manchen Fällen, so z.B. bei Benutzungsverboten, zu vernünftigen Ergebnissen führen. Es wird aber oft dem Rechtssicherheitsgrundsatz widersprechen und den Rechtsfrieden beeinträchtigen, wenn durch Beschluß getroffene Regelungen nach Jahren wieder aufgerollt werden könnten. Die Ansicht von *Weitnauer* ist auch mit der Systematik des WEG unvereinbar; denn dieses Gesetz kennt nur nichtige Beschlüsse, die keiner Ungültigerklärung bedürfen. Man müßte zutreffender von anfechtbaren Beschlüssen sprechen, bei denen es keine Frist gibt. Das würde aber Wortlaut und Zweck des § 23 Abs. 4 WEG widersprechen. Auf eine Anfechtung nach Jahren werden sich die Gerichte auch wohl kaum einlassen.

### 3. Gläubigerzustimmung

#### a) Grundsätzliche Bedeutung

Durch Pseudovereinbarungen können Gläubigerrechte beeinträchtigt werden. Die Gläubiger sind von der Beschlußfassung und von dem Anfechtungsverfahren ausgeschlossen, obwohl sie durch Pseudovereinbarungen Einbußen erleiden können. Die praktische Bedeutung dieses Problems wird aber überschätzt; denn wo wirklich eine Gläubigerbeeinträchtigung vorliegen könnte, handelt es sich meist um nichtige Versammlungsbeschlüsse.

#### b) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für das Zustimmungserfordernis ist eine analoge Anwendung der §§ 876, 877 BGB. Dies ist gerechtfertigt; denn es handelt sich um dingliche Fragen<sup>13</sup>. Werden Vereinbarungen in das Grundbuch eingetragen, so sind sie nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2, 8 Abs. 2 WEG „zum Inhalt des Sondereigentums gemacht“. Das Gleiche muß gelten, wenn die Pseudovereinbarung nach § 10 Abs. 3 WEG ohne Grundbucheintragung dieselbe Wirkung hat. Das erfordert auch der Gesetzeszweck, der auf Gläubigerschutz abzielt.

Wie auch im ursprünglichen Anwendungsbereich der §§ 876, 877 BGB<sup>14</sup> bedarf nicht jede Veränderung eines belasteten Rechts der Zustimmung der Belastungsgläubiger. Das Zustimmungserfordernis kann nur da in Frage kommen, wo eine rechtliche oder wirtschaftliche Beeinträchtigung des Gläubigers droht.

<sup>12</sup> *Weitnauer* WE 1995, 163, 165; *Lüke* in *Weitnauer*, Komm. z. WEG, 8. Aufl., 1995, § 10 Rdnr. 56.

<sup>13</sup> Eine Gläubigerzustimmung wird für erforderlich gehalten von BayObLGZ 8.5.74 DNotZ 1975, 31; OLG Frankfurt 2.5.75 Rpfleger 1975, 309; *Röll* Rpfleger 1980, 90; *Staudenmaier* BWNNotZ 1975, 170; *Lüke* in *Weitnauer*, Komm. z. WEG wie Fn. 12, § 10 Rdnr. 50; generell abgelehnt wird das Zustimmungserfordernis mit Ausnahme der Begründung einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG von *Ertl* DNotZ 1979, 2 67, 273.

<sup>14</sup> *Palandt-Bassenge* Komm. z. BGB 54. Aufl. 1995, § 876 Rdnr. 5.

#### c) Betroffene Rechte

##### aa) Grundpfandrechte

Hypotheken und Grundschulden haben das Recht zum Gegenstand, wegen einer Geldforderung Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen (§§ 1113 Abs. 1, 1191 Abs. 1 BGB). In Betracht kommen hierbei Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nach dem ZVG. Ein Zustimmungserfordernis kann daher notwendig werden. Hierbei sind drei Fallgruppen zu unterscheiden:

Die erste Gruppe betrifft die Einführung von Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 WEG. Diese berühren die Grundpfandrechtsgläubiger immer; denn solche Veräußerungsbeschränkungen sind in der Zwangsversteigerung zu beachten (§ 12 Abs. 3 Satz 2 WEG). Der Zuschlag darf erst erteilt werden, wenn die Zustimmung nachgewiesen ist. Das erschwert das Verfahren und begründet ein Zustimmungserfordernis<sup>15</sup>. Dagegen ist eine Aufhebung solcher Beschränkungen für die Gläubiger nur vorteilhaft und bedarf keiner Zustimmung<sup>16</sup>.

Die zweite Gruppe betrifft Benutzungsbeschränkungen. Diese können sich sowohl auf das Sonder- als auch auf das Gemeinschaftseigentum beziehen. In Betracht kommt z.B. der Ausschluß der Tierhaltung. Das kann im Zwangsversteigerungsverfahren von Bedeutung werden, da es einen Hundebesitzer davon abhalten kann, eine Wohnung zu ersteigern; dies kann einen niedrigeren Versteigerungserlös zur Folge haben. Auch die Aufhebung oder Veräußerung eines Sondernutzungsrechts ist für den Gläubiger von Nachteil; denn für eine Wohnung ohne Abstellmöglichkeit für einen PKW wird weniger geboten als für eine Wohnung mit einem solchen Sondernutzungsrecht. Mancher Interessent wird vielleicht gar kein Gebot abgeben, wenn er weiß, daß er kein Fahrzeug abstellen kann. Auch die Begründung von neuen Sondernutzungsrechten bedarf der Gläubigerzustimmung; denn hier wird von der Nutzung des Gemeinschaftseigentums etwas weggenommen<sup>17</sup>.

Die dritte Gruppe betrifft die Regelung von Verwaltungsfragen, insbesondere Änderungen der Gemeinschaftsordnung. Hier ist eine Zustimmung der Gläubiger nicht erforderlich. Die Verwaltung der Anlage steht allein den Eigentümern zu, eine Mitwirkung der Gläubiger ist nicht vorgesehen. Das gilt insbesondere für die Änderung des Lastenverteilungsschlüssels<sup>18</sup> und eine Neuregelung des Stimmrechts<sup>19</sup>. Erfahrungsgemäß ergeben sich hier meist nur geringe Verschiebungen. Für den Bieter in der Zwangsversteigerung spielt das keine Rolle.

Pseudovereinbarungen über bauliche Veränderungen bedürfen keiner Gläubigerzustimmung. Ein Vetorecht des Gläubigers sieht das BGB hier abgesehen von dem Sonderfall des § 1134 BGB nicht vor; der dort vorgesehene Rechtsbehelf ist die Unterlassungsklage.

<sup>15</sup> *Röll* Rpfleger 1980, 90, 92; *Bärman-Pick-Merle*, Komm. z. WEG, 6. Aufl., 1987, 10 Rdnr. 56; *Augustin*, Kommentar z. WEG § 12 Rdnr. 14.

<sup>16</sup> LG Düsseldorf 16.8.83 MittRhNotK 1983, 221; LG Bielefeld 1.3.85 Rpfleger 1985, 232.

<sup>17</sup> BGH 14.6.84 NJW 1984, 2409 = MittBayNot 1984, 129 = BGHZ 91, 343; OLG Frankfurt 8.5.75 Rpfleger 1975, 309; OLG Stuttgart 8.10.82 Rpfleger 1983, 7.

<sup>18</sup> BGH 16.9.94 NJW 1994, 3230 = WE 1995, 55 = MittBayNot 1995, 32.

<sup>19</sup> KG 6.6.90 OLGZ 1990, 421 = WE 1990, 207; a.A. LG Aachen 7.3.86 Rpfleger 1986, 258.

Besteht nach Treu und Glauben ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung, so bedarf es hierzu keiner Gläubigerzustimmung<sup>20</sup>.

#### bb) Reallasten

Für Reallasten gilt das für Grundpfändrechte Gesagte entsprechend.

#### cc) Dienstbarkeiten

Dagegen ist die Zustimmung von Dienstbarkeitsberechtigten zu Änderungen der Gemeinschaftsordnung nicht erforderlich. Ganz eindeutig ist dies, wenn die Dienstbarkeit beim ganzen Grundstück eingetragen ist. Eine Vereinbarung der Eigentümer berührt die Dienstbarkeit nicht, sie ist gegen jeden Eigentümer durchsetzbar. Es ist aber auch nicht anders, wenn die Dienstbarkeit eine einzelne Wohnung betrifft. Selbst wenn die Pseudovereinbarung in den Ausübungsbereich der Dienstbarkeit eingreift, z.B. durch ein Benutzungsverbot, so kann dies das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten nicht aufheben.

#### dd) Nießbrauchsrechte

Für Nießbrauchsrechte gilt grundsätzlich das Gleiche wie bei Dienstbarkeiten.

#### ee) Vorkaufsrechte

Bei Vorkaufsrechten ist die Zustimmung des Berechtigten nicht erforderlich. Der Vorkaufsberechtigte muß die Wohnung nur in dem Zustand und zu den Bedingungen übernehmen, die sich aus dem späteren Verkauf ergeben.

#### ff) Auflassungsvormerkungen

Die Zustimmung von Berechtigten aus Auflassungsvormerkungen ist immer dann notwendig, wenn sie als spätere Eigentümer zustimmungsberechtigt wären<sup>21</sup>.

#### d) Wirkung

Ist eine Zustimmung zur Pseudovereinbarung notwendig, so ist der Beschluß solange schwebend unwirksam, bis die Zustimmung erteilt worden ist<sup>22</sup>.

Das Fehlen der Zustimmung bedeutet keine relative Unwirksamkeit nur gegenüber dem betreffenden Gläubiger, vielmehr kann sich auch der Wohnungseigentümer auf die Unwirksamkeit berufen<sup>23</sup>. Nur so ist der volle Werterhalt gewährleistet. Ob auch ein Wohnungseigentümer die Unwirksamkeit geltend machen kann, bei dem keine Gläubiger vorhanden sind, hängt vom Einzelfall ab. Würde man im Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH annehmen, zu einer Änderung des

Lastenverteilungsschlüssels bedürfe es der Gläubigerzustimmung, so könnte sich jeder Eigentümer auf die Unwirksamkeit berufen; denn es kann nur einen einheitlichen Lastenverteilungsschlüssel geben, nicht verschiedene in Bezug auf einzelne Eigentumswohnungen. Bei der Benutzungsfrage (z.B. bei der Hundehaltung) können aber nur diejenigen Wohnungseigentümer die Unwirksamkeit geltend machen, deren Gläubiger die Zustimmung nicht erteilt haben. Hier ist eine Trennung ohne Schwierigkeiten möglich und dem Gläubigerschutz Genüge getan.

#### e) Maßgeblicher Zeitpunkt

Zustimmungsberechtigt sind diejenigen Grundpfandrechtsgläubiger, deren Rechte in dem Zeitpunkt bestanden haben, in dem der Beschluß nach Ablauf der Antragsfrist bestandskräftig geworden ist.

Der Zustimmung steht es gleich, wenn das Recht eines Gläubigers erloschen ist; denn dann sind seine Rechte nicht mehr beeinträchtigt. Bei Grundschulden kommt es nicht auf das Erlöschen der gesicherten Forderung an; denn der Gläubiger will das Recht eventuell wieder ausnützen.

Eine Besonderheit gilt im Zwangsversteigerungsfall. Hier sind ganz besonders die Rechte der Grundpfandrechtsgläubiger gefährdet. Liegt z.B. hinsichtlich eines Verbotes der Hundehaltung ein bestandskräftiger Beschluß vor, so kann es für den Gläubiger nachteilig sein, wenn ein Hundehalter nicht mitbietet, weil er nicht mit seinem Hund einziehen kann. Hier genügt die abstrakte Möglichkeit; denn es läßt sich nicht feststellen, ob nicht ein Hundehalter ein höheres Gebot abgegeben hätte. Zwar kann u.U. das Gläubigerrecht mit dem Zuschlag erlöschen (§ 91 Abs. 1 ZVG). Es würde jedoch dem Zweck der §§ 876, 877 BGB widersprechen, wenn das Verbot der Hundehaltung dem Ersteigerer gegenüber wirksam wäre, weil gleichzeitig mit seinem Eigentumserwerb das Grundpfandrecht erloschen ist. Vielmehr hat der Ersteigerer auf Grund staatlichen Hoheitsakts das Eigentum ohne Beschränkung durch das Benutzungsverbot erworben. Das Gleiche muß auch für den Rechtsnachfolger des Ersteigerers gelten; denn nur so bleibt der volle Wert ohne Nutzungsbeschränkung auf Dauer erhalten.

#### f) Abgabe der Zustimmungserklärung

Nach § 876 Abs. 3 BGB ist die Zustimmungserklärung des Gläubigers dem Grundbuchamt oder dem Dritten gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Das kann uneingeschränkt nur für Änderungen der Gemeinschaftsordnung durch Vereinbarung nach § 10 Abs. 1, 2 WEG gelten. Erfolgt die Änderung jedoch im Wege der Pseudovereinbarung, so kann eine Grundbucheintragung nicht erfolgen, daher kann es auch keine Gläubigerzustimmung gegenüber dem Grundbuchamt geben. Die Zustimmung ist deshalb gegenüber dem Eigentümer zu erteilen, auf dessen Wohnung das Gläubigerrecht lastet. Die Zustimmung bedarf keiner Form (§ 182 Abs. 2 BGB).

<sup>20</sup> OLG Hamburg 18.8.94 FGPrax 1995, 31 = WE 1995, 86.

<sup>21</sup> BayObLG 8.5.74 BayObLGZ 1974, 217 = DNotZ 1975, 31.

<sup>22</sup> Münch-Komm-Wacke, 2. Aufl., § 876 Rdnr. 13.

<sup>23</sup> Münch-Komm-Wacke, 2. Aufl., § 876 Rdnr. 13.

## Der Pflichtteil der Schwiegertöchter

Überlegungen zur Tauglichkeit von Pflichtteilsstrafklauseln  
anlässlich des Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 18.9.1995  
(in diesem Heft, S. 110)

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

### 1. Der Fall

Die genannte Entscheidung befaßt sich mit Tatbestandsvoraussetzungen wie Rechtsfolgen einer Pflichtteilsstrafklausel in einem Ehegattenerbvertrag und den dadurch verursachten Auslegungsproblemen. Gegenstand des Rechtsstreits war die von Ehegatten in ihrem Erbvertrag verfügte Bestimmung, daß für den Fall, daß nach dem Tod des Erstversterbenden eines der Kinder seinen Pflichtteil verlangt, dieser auch nach Tod beider Eltern nur seinen Pflichtteil erhalten sollte und nicht die ihm sonst zgedachte höhere Schlußerbquote. Das Besondere des vorliegenden Falles – der zugleich zeigt, daß die interessantesten Anschauungsfälle eben von der Rechtswirklichkeit und nicht vom Universitätskatheder geschaffen werden – war, daß hier das Pflichtteilsverlangen nicht von einem Kind gestellt wurde, sondern von einer Schwiegertochter, die die Stiefmutter des als (Nach)Schlußerben berufenen Enkels war. Diese hatte den noch nicht verjährten Pflichtteilsanspruch hinsichtlich des Nachlasses des erstversterbenden der Erblasser von ihrem Mann Erhard geerbt, was nach § 2317 Abs. 2 BGB möglich ist. Streitig war daher, ob diese Forderung dazu führt, daß die Pflichtteilsstrafklausel eingreift. Das hätte zur Folge, daß sich dieses Pflichtteilsverlangen im Schlußerbfall zwar nicht zu ihren Lasten auswirken würde, aber zum Nachteil ihres *Stiefsohnes* Walter. Denn dieser wäre an sich anstelle seines vorverstorbenen Vaters Erhard zunächst zur Hälfte als Schlußerbe berufen gewesen. Dies erscheint unbillig, weil der Enkel Walter keine Möglichkeit hatte, seine Stiefmutter von der Geltendmachung des Pflichtteils seines Vaters abzuhalten.

Hier zeigt sich, daß nicht nur im Märchen Stiefmütter eine unheilvolle Rolle im Familienleben spielen können.

### 2. Regelungszwecke und Wirkung der einfachen Pflichtteilsstrafklausel

*Erbrechtliche Verwirkungsklauseln* haben eine lange rechtsgeschichtliche Tradition (*Wacke*, Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln, DNotZ 1990, 403). In der Praxis der Notare spielen sie heute allerdings wohl eher eine untergeordnete Rolle (so richtig *Hilgers*, Die bedingte Erbeinsetzung, MittRhNotK 1962, 381, 384). So sind sie in den gängigen Formularbüchern seltener zu finden. Innerhalb dieser Klauseln stellen die Pflichtteilsstrafklauseln (früher auch allgemein als „Socinische Klauseln“ bezeichnet) die wohl noch am häufigsten verwendeten dar. Die bekannteste ist wohl die, die auch Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits war. Sie wirkt allein im Sinne einer Enterbung (also negativ) und nicht wie die berühmte *Jastrow'sche* Klausel (vgl. hierzu *J. Mayer*, Ja zu *Jastrow?*, ZEV 1995, 136) auch gestaltend durch bedingte Zuwendung von Vermächtnissen an andere Personen. Im vorliegenden Fall (ähnlich etwa *Langenfeld*, Das Ehegattentestament [1994] Rdnr. 230; besser *Graf zu Castell*, in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., 1995, VI. 6) wurde sie wie folgt formuliert:

„Für den Fall, daß eines unserer Kinder beim Ableben des zuerst Versterbenden von uns seinen Pflichtteil verlangen sollte, soll dieses auch bei Ableben des Längstlebenden von uns nur den Pflichtteil erhalten.“

Diese Pflichtteilsstrafklausel wird im folgenden kurz als „einfache Pflichtteilsstrafklausel“ bezeichnet. Will man Voraussetzung wie Rechtsfolgen der Pflichtteilsstrafklausel richtig verstehen, so muß man sich Regelungszweck und Wirkungsweise verdeutlichen:

Bei Ehegattenerbverträgen, die entsprechend dem Berliner Testament ausgestaltet sind, §§ 2280, 2269 BGB, setzen sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben ein, so daß der Längerlebende von ihnen Vollerbe wird und das beiderseitige Vermögen eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit bildet (sog. Einheitslösung, im Gegensatz zu der Trennungslösung, die durch Anordnung einer Vor-/Nacherbschaft zu einer fortbestehenden rechtlichen Trennung des Ehegattenvermögens führt). Erst nach dem Tode beider Eheleute fällt das gesamte dann noch vorhandene Vermögen an Dritte, i. d. R. an Kinder (Schlußerben). Da die Abkömmlinge des erstverstorbenen Elternteils im ersten Todesfall von ihrem gesetzlichen Erbeil ausgeschlossen werden, steht ihnen nach § 2303 BGB der gesetzliche Pflichtteil zu. Liegt kein notariell beurkundeter Pflichtteilsverzicht vor, so hat der längerlebende Elternteil als Alleinerbe den Pflichtteil zu erfüllen. Dabei kann es zu einer nicht gewollten doppelten Begünstigung gerade des Kindes kommen, der seinen Pflichtteil sofort geltend macht und dann als Schlußerbe aus dem verbleibenden Nachlaß nach dem Tod beider Eltern noch einen Erbeil erhält, der genauso groß ist wie der seines Geschwisters, der sich loyal verhalten hat, und nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils keinen Pflichtteil forderte.

Die einfache Pflichtteilsstrafklausel arbeitet allein mit der Abschreckungswirkung: Man versucht die Kinder dadurch von der Geltendmachung des Pflichtteils im ersten Erbfall abzuhalten, daß man eine Enterbung hinsichtlich der Schlußerbeneinsetzung anordnet, diese also unter eine entsprechend auflösende Bedingung stellt. Damit will man drei Ziele erreichen:

- (1) Vermeidung einer als ungerecht empfundenen, doppelten Bevorzugung des Kindes bzw. seines Stammes, das beim Tod des ersten Elternteils seinen Pflichtteil verlangt,
- (2) Erhaltung einer angemessenen Beteiligung des „loyalen Kindes“ durch Erhöhung seiner Schlußerbquote,
- (3) Entlastung des längerlebenden Ehegatten von der Pflichtteilsauszahlung und den damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen.

Der gewünschte Effekt läßt sich leider durch diese Klausel nicht immer erreichen. Der Abschreckungseffekt versagt dann, wenn das Eigenvermögen des Längerlebenden sehr

klein ist, da sich dann der angedrohte Wegfall der Schlußerbenbeteiligung nicht sehr auswirkt. Zudem läßt sich dadurch nicht verhindern, daß das den Pflichtteil verlangende Kind diesen faktisch zweimal aus dem Nachlaß des erstversterbenden Elternteils erhält: einmal bei dessen Tod und ein zweites Mal beim Tod des Längerlebenden, weil sich in dessen Nachlaß auch noch das Vermögen des Erstversterbenden (wenn auch u.U. vermindert) befindet.

### 3. Die Entscheidung

Auch im vorliegenden Fall hatte die Abschreckungswirkung der Pflichtteilsstrafklausel versagt. Dies dürfte bei solchen Fallgestaltungen die Regel sein. Denn selbst wenn man annimmt, daß das Pflichtteilsverlangen durch die Schwiegertochter und Stiefmutter zugleich zum Wegfall der Schlußerbenbestimmung des Enkels Walter führt (was ja umstritten war), kann angesichts der zu Stiefkindern oftmals nicht so starken persönlichen Bindung und der vermögensmäßigen Trennung nicht davon ausgegangen werden, daß diese Sanktion ein triftiger Grund ist, die Stiefeltern von einer solchen Pflichtteilsforderung abzuhalten. Auch der oben angeführte Zweck der Vermeidung einer Doppelbegünstigung spielte im vorliegenden Fall keine Rolle. Der Enkel Walter erhält nur einmal aus dem Nachlaß seiner Großeltern etwas, nämlich nach dem Tode des Letztversterbenden. Denn den im ersten Erbfall angefallenen Pflichtteil seines Vaters erbt ja die Stiefmutter; es kommt daher ähnlich wie in den Fällen der Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts des Nacherben (hierzu zuletzt anschaulich BayObLGZ 1993, 334 = MittBayNot 1994, 149 m. Anm. J. Mayer MittBayNot 1994, 111) zu einer von der familiären Vermögensplanung sicher nicht gewollten Abwanderung des Vermögens an Dritte, sprich Schwiegerkinder. Was von den Zwecken und Wirkungen der Pflichtteilsstrafklausel bleibt, ist der allenfalls der oben unter 2. (3) dargestellte Gesichtspunkt der Erhöhung der Schlußerbquote des loyalen Kindes.

Diese Gesichtspunkte sind bei der vorzunehmenden Auslegung zu berücksichtigen.

### 4. Auslegung des Tatbestands der Pflichtteilsstrafklausel

Das Landgericht als Vorinstanz war bei der Auslegung der Klausel allein an deren Buchstaben haften geblieben und hatte gemeint, eine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch die Schwiegertochter, die diesen geerbt hat, werde vom Wortlaut der Pflichtteilsstrafklausel nicht erfaßt. Eine Auslegung scheidet wegen der Eindeutigkeit des Wortlauts der Verfügung völlig aus. Zu Recht ist das Bayerische Oberste Landesgericht dem nicht gefolgt und hat eine Auslegungsfähigkeit der Tatbestandsvoraussetzung der Klausel bejaht. Richtigerweise handelt es sich hier um einen Fall der ergänzenden Auslegung. Bei der Abfassung des Erbvertrags hatten die Erblasser (und wohl auch der beurkundende Notar) sicherlich nicht daran gedacht, daß der Pflichtteilsanspruch durch solche überraschende Veränderungen an eine Schwiegertochter „abwandern“ kann. Die sich daraus ergebende Lückenhaftigkeit der Verwirkungsklausel und ihrer Rechtsfolgen ist durch die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Erblassers zu schließen. Zu fragen ist also, was der Erblasser bestimmt hätte, wenn er diese unvorhergesehene Entwicklung vorausgesehen hätte. Dabei bedarf es nach zutreffender Ansicht schon wegen der Formbedürftigkeit der Erblassererklärung eines Anhalts des ermittelten Willens in der niedergelegten Verfügung von Todes wegen

(zur Andeutungstheorie zuletzt anschaulich *Otte*, ZEV 1995, 408). Bei der Ermittlung des Erblasserwillens und der damit verfolgten Zwecke ist auch die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen (wie das Gericht ausdrücklich unter Bezug auf BayObLG ZEV 1995, 63, 65 betont). Da es sich bei der strittigen Klausel um eine in der erbrechtlichen Kautelarjurisprudenz öfter verwandte Gestaltung handelt, die von einem Notar beurkundet wurde, ist dabei auch für die Auslegung von den oben unter 2. dargestellten standardisierten Regelungszwecken der Formulierung auszugehen (zur Typisierung und Bildung entsprechender Falllösungen vgl. etwa *Jerschke*, Die Wirklichkeit als Muster – Der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ 1989, 21\*, 35\* ff). Zutreffenderweise bejaht das Bayerische Oberste Landesgericht, daß grundsätzlich die Pflichtteilsgeltendmachung durch die Schwiegertochter erst recht unter den Anwendungsbereich der Pflichtteilsstrafklausel fallen muß, da diese Bestimmung gerade dazu dient, den Längerlebenden der Erblasser von den mit einer solchen Rechtsverfolgung verbundenen persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen zu bewahren (so auch *Wacke*, DNotZ 1990, 403, 410). Und letztlich ist es ja „der Pflichtteil“ des verstorbenen Sohnes, der zu erfüllen ist, auch wenn der Gläubiger durch Erbfall gewechselt hat.

### 5. Rechtsfolge der Klausel: Anwachsung oder Ersatz-erbfolge?

Im ersten Moment etwas überraschend hat das Gericht jedoch dann gefolgert, daß mit der Annahme der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Pflichtteilsstrafklausel noch nicht entschieden ist, ob als Rechtsfolge derselben auch der Enkel Walter seine Schlußerbeneinsetzung verloren hat. Zutreffender Ansatzpunkt für diese weitere Untersuchung ist zunächst, daß in der Verwirkungsklausel nur geregelt war, daß das den Pflichtteil verlangende Kind seine Schlußerbeneinsetzung verlieren soll, die erbrechtliche Stellung seiner Abkömmlinge aber nicht geregelt wurde. Rechtstechnisch ist also hier zu fragen, ob die Rechtsfolge der Verwirkungsklausel eine Anwachsung gemäß § 2094 BGB an den anderen Schlußerben mit Ausschluß des Enkels bewirkt, oder aber den Eintritt des Enkels in die Schlußerbenstellung seines Vaters im Wege der Ersatzerbenberufung, etwa nach § 2069 BGB. Letztlich geht es aber nicht um die rechtstechnische Frage, ob die Ersatzerbenberufung der Anwachsung vorgeht (zu sehr in konstruktiven Überlegungen verbleibt *Wacke*, DNotZ 1990, 403, 410, der zu wenig berücksichtigt, daß nach dem heutigen Stand der Auslegung diese gesetzlichen Auslegungsregeln und deren Rangfolge erst dann zum Zuge kommen, wenn die individuelle Auslegung versagt). Dahinter steht vielmehr die Wertungsfrage, ob das vom Enkel Walter nicht zu verhindernde Pflichtteilsverlangen seiner Stiefmutter, aus dem er aller Voraussicht nach auch keinen finanziellen Vorteil haben wird, dazu führen kann, daß er die von den Großeltern ihm zuge dachte Schlußerbenstellung verliert. Die Großeltern hatten ihm dadurch, daß sie ihn hinsichtlich des Schlußerbtiles seines vorverstorbenen Vaters sogar als Nacherbe einsetzten, eine besondere erbrechtliche Stellung zugewandt. Die Entscheidung macht sich derjenige einfach, der für das Eingreifen einer Verwirkungsklausel als „subjektives Element“ ein besonders vorwerfbares Verhalten, etwa wie „böswillige Auflehnung“, „bewußten Ungehorsam“ oder gar noch mehr fordert (zum Streitstand etwa *MünchKommBGB-Leipold*, 2. Aufl., 1989, § 2074 Rdnr. 25). Dies mag bei solchen Verwirkungsklauseln angehen, die einen gewissen Strafcharakter haben. Entgegen ihrem Namen ist eine solche Bestrafungsabsicht aber gerade bei der hier frag-

lichen Pflichtteilsstrafklausel nicht gegeben, es geht hier vielmehr um die Durchsetzung einer vom Erblasser als sachgerecht befundenen Vermögensplanung. Daher ist es zu begrüßen, daß das BayObLG an seiner früher bereits geäußerten Meinung festhält (BayObLGZ 1990, 58, 62), wonach entsprechend dem Zweck der Verwirkungsklausel hier unter einem vorwerfbareren Verhalten nur die Mißachtung des Erblasserwillens an sich, nicht aber eine weitergehende moralische Bewertung des Pflichtteilsverlangens zu verstehen ist.

Zur Lösung der Wertungsfrage durch die ergänzende Auslegung bedarf es einer Besinnung auf die von den Erblassern bei ihrer Nachfolgeregelung verfolgten Ziele: Nach dem Erbvertrag samt handschriftlichem Zusatz waren dies zwei:

(1) Nach Tod beider Eltern eine gleichmäßige Nachlaßbeteiligung beider Stämme, also beider Kinder oder deren Abkömmlinge. Hierfür sprechen die typischen Regelungsziele der Pflichtteilsstrafklausel. Dies würde für einen Ausschluß des Enkels im Schlußerbfall sprechen.

(2) Weiteres Ziel der Vermögensplanung war, daß nach beider Tod auf alle Fälle der Enkel Walter am Nachlaß beteiligt sein sollte, und zwar bevorzugt vor anderen (gewillkürten oder gesetzlichen) Erben des Sohnes Erhard. Dies manifestiert sich gerade durch die Nacherbeneinsetzung des Enkels, wie das Bayerische Oberste Landesgericht zutreffend betont. Konstruktiv läßt sich dies auch durch die gesetzliche Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB begründen, wonach die Nacherbeneinsetzung im Zweifel auch als Ersatzberberufung gilt, die nach § 2099 BGB der Anwachsung vorgeht.

## 6. Salomonische Ausgleichungsverpflichtung

Die letztgenannte Regelungsabsicht schlägt fehl, wenn man die Pflichtteilsstrafklausel im vollen Umfang eingreifen läßt und den Enkel von der Schlußerbfolge ausschließt. Zwischen beiden Regelungsabsichten besteht somit ein Zielkonflikt. Statt dem alles oder nichts der Bevorzugung einer Richtung weist das Bayerische Oberste Landesgericht die Möglichkeit zu einer salomonischen Urteilsfindung: Im Wege einer ergänzenden Auslegung könne angenommen werden, daß die Pflichtteilslast hinsichtlich des von der Stiefmutter geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs im Verhältnis der Schlußerben dem Enkel Walter auferlegt wird. Walter wird also Schlußerbe, aber mit einer entsprechenden Ausgleichungs- bzw. Erstattungspflicht im Verhältnis zum anderen eingesetzten Schlußerben belastet. Im Ergebnis läuft dies auf eine teleologische Reduktion der Wirkungen einer einfachen Pflichtteilsstrafklausel hinaus. Das Gericht begründet dies mit einer Analogie zu § 2320 Abs. 1 BGB, m.E. ist aber eher die Parallele zu Absatz 2 dieser Vorschrift zu ziehen, wonach derjenige zur Übernahme der Pflichtteilslast verpflichtet ist, der anstelle des Pflichtteilsberechtigten der gewillkürte Erbe wird. Zwar paßt diese Vorschrift nicht direkt auf unseren Fall. Doch zeigt sich dadurch, daß auch dem Erbrecht der Gedanke der Vorteilsausgleichung nicht fremd ist. Wenn man dem Enkel schon durch einschränkende Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel die Schlußerbquote beläßt, so muß er wenigstens der Stiefmutter den Pflichtteil auszahlen. Ein Rest an Unbehagen bleibt: denn der Enkel erhält eben nur den um den Pflichtteilsanspruch seines Vaters gekürzten Schlußerbenanteil, obgleich er auf dessen Geltendmachung keinen Einfluß hatte. Und die Abschreckungswirkung von Pflichtteilsstrafklauseln droht zu versagen, wenn man mit einer einschränkenden gerichtlichen Auslegung der Rechtsfolgen rechnen kann.

## 7. Vermeidungsstrategien

Es stellt sich für den Kautelarjuristen die Frage, wie er in Zukunft solche Rechtsstreite vermeiden kann.

### a) Klare Formulierung der Pflichtteilsstrafklauseln

Eine eindeutige Formulierung dieser Klauseln ist geboten. Dies gilt für Tatbestand wie Rechtsfolge.

Hier ließe sich an folgende Formulierung des Tatbestandes der Klausel denken:

„Sollte hinsichtlich eines unserer Abkömmlinge der entsprechende Pflichtteil, durch wen auch immer, durchgesetzt werden, so ...“

Damit fällt eindeutig auch die Pflichtteilsdurchsetzung durch einen Erben des Pflichtteilsberechtigten unter die Verwirkungsklausel. Desweiteren ist m.E. von Vorteil, wenn an die tatsächliche Durchsetzung des Anspruchs angeknüpft wird. Mitunter wird aus Gründen der Ersparung von Erbschaftsteuern der Pflichtteil bei größerem Vermögen zwar geltend gemacht, aber dann bis zum Tod des letztversterbenden Elternteils gestundet. Dies soll nicht zu unliebsamen zivilrechtlichen Folgen führen (Lübbert, NJW 1988, 2706, 2710 ff. beschäftigt sich zwar ausführlich mit dem Begriff des Verlangens, erkennt aber diesen Aspekt nicht). Allerdings besteht die Gefahr, daß die Finanzverwaltung die gestundete Forderung „abzinst“ und entsprechend den Einkünften aus Kapitalvermögen unterwirft.

Zu regeln ist weiter, welche Rechtsfolgen eintreten, insbesondere ob dadurch auch die Abkömmlinge ausgeschlossen sind.

Daher könnte die Anordnung der Rechtsfolge lauten:

„... so erhält das betreffende Kind einschließlich seiner Abkömmlinge auch beim Tode des zweitversterbenden Elternteils nur seinen gesetzlichen Pflichtteil. Alle in dieser Urkunde diesbezüglich enthaltenen Zuwendungen und vereinbarten Bindungen entfallen damit ersatzlos.“

Wie der vorliegend besprochene Fall allerdings zeigt, ist nicht immer sicher, ob die zwar juristisch klar formulierte Erklärung auch bei allen möglichen Fallkonstellationen dem tatsächlichen Erblasserwillen entspricht.

### b) Hilfe durch *Jastrow*?

Die *Jastrow*'sche Klausel setzt zum einen auch auf eine abschreckende Komponente, die sich durch eine Enterbung im Schlußerbfall auswirkt (vgl. *J. Mayer*, ZEV 1995, 136). Damit tauchen die gleichen Probleme wie bei der streitgegenständlichen einfachen Pflichtteilsstrafklausel auf. Daneben sichert sie eine angemessene Vermögensteilhabe für den anderen Schlußerben durch Ausweisung eines Vermächtnisses zu dessen Gunsten aus dem Nachlaß des Erstversterbenden, das erst im Schlußerbfall zu erfüllen ist. Dadurch würde also letztlich die Nachlaßbeteiligung unseres Enkels noch weiter reduziert, da durch dieses Vermächtnis der Pflichtteil des Enkel verkleinert wird. Auch *Jastrow* hätte also hier nichts genutzt.

### c) Gestaltende Maßnahmen beim vorverstorbenen Kind

Das Problem in unserem Fall entsteht letztlich dadurch, daß das vorversterbende Kind (also der Sohn Erhard) beim Tod des erstversterbenden Elternteils einen vererblichen Pflichtteilsanspruch hat. Hier gilt es anzusetzen.

Die beste Lösung ist, wenn dieser Pflichtteil durch einen Pflichtteilsverzicht des Kindes – zumindest für den ersten Todesfall – ausgeschlossen wurde. Eine Entlastung kann aber

auch bereits dadurch geschaffen werden, daß bei lebzeitigen Zuwendungen an das Kind hinsichtlich seines Pflichtteils eine Bestimmung über die Anrechnung und Ausgleichung dieser Zuwendung getroffen wurde, §§ 2315, 2316 BGB. Dies unterbleibt leider in der Praxis viel zu häufig, obgleich mit dem steigenden Wohlstand der letzten Jahre die Höhe der Zuwendungen wesentlich zunahm. Durch eine eigene Verfügung von Todes wegen hätte das vorversterbende Kind einen Anfall seines Pflichtteilsanspruchs an seine Ehefrau natürlich ausschließen oder durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung die Geltendmachung verhindern können. Aber gerade wenn er zwar nicht allzu qualifiziert, aber immerhin juristisch beraten und über die erbrechtlichen Regelungen seiner Eltern informiert war, wird er hierfür keinen Regelungsbedarf gesehen haben. Denn er hätte aufgrund der Anordnung der Eltern, daß er als Schlußerbe diesbezüglich nur Vorerbe ist, und unabhängig von seiner eigenen Erbregelung sein Sohn Walter Nacherbe des Vermögens der Großeltern wird, angenommen, seine Ehefrau könne an dieses Vermögen nicht herankommen.

Die juristischen Fallstricke, die zu einer Abwanderung des Vermögens an Schwiegerkinder führen können, zeigt folgende Fallabwandlung (für den Hinweis danke ich Kollegen *Bengel*): Die Großeltern haben in Abkehr vom Einheitsprinzip das Trennungsprinzip gewählt und den Sohn Erhard bereits nach dem Tod des Erstversterbenden als Vorerben, den Enkel Walter als Nacherben eingesetzt. Sohn Erhard wird zwar Vorerbe, verstirbt aber innerhalb der Ausschlagungsfrist. Damit geht nach h.M. das Ausschlagungsrecht nicht an den beabsichtigten Nacherben, sondern an den tatsächlichen Erben des Vorerben über (*Staudinger/Otte*, BGB, 13. Aufl., 1994, § 1952 Rdnr. 12). Das ist in unserem Fall die Ehefrau. Diese schlägt die Erbschaft aus (was wegen § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich ist) und erhält dafür den Pflichtteil und bringt dadurch ihren Stiefsohn um die zuge dachte Nacherbschaft.

#### d) Anordnung einer Ausgleichungspflicht

Die vorstehend (s. Abschnitt 6) durch eine ergänzende Auslegung gewonnene Verpflichtung zur Ausgleichung bzw. Übernahme des Pflichtteilsanspruchs des vorverstorbenen Kindes sollte Bestandteil solcher Pflichtteilsstrafklauseln sein, die abweichend von den bisherigen Standards den Abkömmlingen des vorverstorbenen Kindes die Schlußerbenquote belassen.

#### e) Änderungsvorbehalte, lebzeitige Anrechnungs- und Ausgleichungsbestimmungen

Damit der Längerlebende der Erblasser auf solche nicht vorhergesehenen Veränderungen angemessen reagieren kann, erscheint es mir besonders wichtig, daß ausreichende Änderungsvorbehalte in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten vereinbart werden. Auch die Vereinbarung von Anrechnungs- und Ausgleichungsbestimmungen bei lebzeitigen Zuwendungen sind heute enorm wichtig.

### 8. Zusammenfassung

Auch Pflichtteilsstrafklauseln sind kein Allheilmittel. Selbst sog. einfache Pflichtteilsstrafklauseln können für äußerst komplizierte Rechtsverhältnisse sorgen (ein abschreckendes Beispiel findet sich im Fall OLG Stuttgart, DNotZ 1979, 104 mit ausführlicher Besprechung *Olshausen*, DNotZ 1979, 706, wo versucht wurde, durch die einfache Pflichtteilsstrafklausel eine gleichmäßige Nachlaßbeteiligung von Kindern aus verschiedenen Ehen zu erreichen). Auch bei allem Problembewußtsein und vorausschauender Betrachtungsweise lassen sich in der Kautelarjurisprudenz nicht alle möglichen Rechtsfolgen vorhersehen und regeln. In besonderen Fällen bedarf es daher immer wieder einer sachgerechten und sorgfältig abwägenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen durch den Richter. Die vorliegende Entscheidung des Bayerischen Obersten ist ein gutes Beispiel hierfür.

# Zur Zweckentfremdung von Stellplätzen und Garagen in Wohnungseigentumsanlagen

Von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Nach Art. 58 BayBO soll jedes bebaute Grundstück den von ihm ausgehenden ruhenden Kraftfahrzeugverkehr selbst aufnehmen, damit die öffentlichen Verkehrsflächen nicht zusätzlich belastet werden. Diesem Ziel dient die Pflicht, für alle Anlagen, bei denen ein Zu- und Abfahrtsverkehr zu erwarten ist, auch die erforderlichen Stellplätze und Garagen auf der privaten Grundstücksfläche zu schaffen. Sofern Stellplätze und Garagen nicht auf dem Baugrundstück herzustellen sind, kann gestattet werden, sie in der Nähe des Baugrundstückes herzustellen. Dadurch tritt eine Verschiebung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen ein; das dienende Grundstück übernimmt sie gleichsam für das herrschende Grundstück<sup>1</sup>. Kann der Bauherr auch auf diese Weise die notwendigen Stellplätze nicht nachweisen, kommt eine Ablösung nach Art. 59 BayBO in Betracht. Art. 58 Abs. 11 BayBO enthält ein Zweckentfremdungsverbot für Stellplätze und Garagen. Nach dieser Vorschrift dürfen Stellplätze und Garagen nicht zweckfremd genutzt werden, solange sie zum Abstellen der vorhandenen Kraftfahrzeuge der ständigen Benutzer und Besucher der Anlagen benötigt werden. Umgekehrt heißt dies, daß Stellplätze und Garagen für die zu erwartenden Kraftfahrzeuge doch solange anderweitig genutzt werden dürfen, als noch kein konkreter Bedarf besteht<sup>2</sup>. (Nur) solange Bestand und Nutzung der Anlage dies erfordern, müssen die Stellplätze und Garagen vorgehalten werden<sup>3</sup>.

Probleme haben sich diesbezüglich insbesondere bei baulichen Anlagen ergeben, die nach dem WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt werden. Für sie gelten dieselben Grundsätze wie für sonstige bauliche Anlagen<sup>4</sup>. Danach gilt:

- Private Garagen und Stellplätze für das Abstellen der Kraftfahrzeuge, für die sie hergestellt wurden, müssen dauernd zur Verfügung stehen und dürfen nicht nach der - erstmaligen - Herstellung zu anderen Zwecken benutzt oder gar beseitigt werden. Die Stellplätze müssen den baulichen Anlagen, denen sie zugeordnet sind, auch auf Dauer zugeordnet bleiben. Entscheidend ist danach nicht, ob die jeweiligen Eigentümer, Bewohner oder sonstigen Nutzer des Anwesens, dem die Einstellplätze zugeordnet sind, augenblicklich Kraftfahrzeuge halten oder nicht, oder ob sie die Stellplätze benutzen oder auf diese verzichten wollen, sondern ob *objektiv* die Stellplätze für die Anlage benötigt werden<sup>5</sup>.
- Die Bauaufsichtsbehörden haben im Rahmen ihrer Überwachungspflicht darauf zu achten, daß die objektiv benötigten Einstellplätze nicht zweckfremd benutzt werden, und bei Verstößen die notwendigen Anordnungen zu treffen. Diese Verpflichtung wird regelmäßig durch eine Auflage als Nebenbestimmung zur Baugenehmigung derart konkretisiert, daß für jede Wohnung auf Dauer ein oder mehrere Stellplätze zur Verfügung stehen müssen und

daß diese Stellplätze nicht zweckentfremdend benutzt werden dürfen, solange sie zum Abstellen der Kraftfahrzeuge der ständigen Benutzer und Besucher der jeweiligen Wohnung benötigt werden. In der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 12. Februar 1978 zum Vollzug der Bayerischen Bauordnung<sup>6</sup> wird folgender Vorschlag für die Formulierung der Auflage gemacht: „Aufgrund des Art. 62 BayBO (Anmerkung: alte Fassung) sind ... Stellplätze/Garagen entsprechend ... (Vereinbarung oder Planbezeichnung) für Kraftfahrzeuge zu schaffen, und zwar so, wie sie im Plan, der Bestandteil dieser Genehmigung ist, festgelegt sind. Die Stellplätze/Garagen müssen bei Bezugsfertigkeit des Gebäudes funktionsfähig zur Verfügung stehen. Sie sind als solche auf Dauer zu erhalten und zu unterhalten.“ Aufgrund dieser Auflage kann die Baubehörde gegen eine nicht genehmigungsfähige zweckentfremdende Nutzung der Stellplätze/Garagen eine Nutzungsuntersagung nach Art. 89 Satz 2 BayBO erlassen. Außerdem sind Anordnungen der Bauaufsichtsbehörde denkbar, die auf eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet sind oder die einen Stellplatznachweis auf andere Weise fordern<sup>7</sup>.

- In einer zweckfremden Nutzung einer Garage kann ferner eine Nutzungsänderung liegen, die, wenn dafür andere öffentlich-rechtliche Vorschriften als für die genehmigte Nutzung anzuwenden sind, der Genehmigungspflicht unterliegt. Dieser Fall liegt z.B. vor, wenn Garagen in Aufenthaltsräume umgewandelt werden, oder wenn sich für eine neue Nutzung ein geänderter Stellplatzbedarf ergibt. Eine nicht genehmigte Nutzungsänderung kann wiederum von der Bauaufsichtsbehörde untersagt werden<sup>8</sup>.

Neuerdings versuchen Städte und Gemeinden, die Stellplätze bei der Errichtung von Eigentumswohnanlagen anderweitig zu sichern. Als privatrechtliche Sicherung kommen bei zusammengehörigen Haus- und Garagrundstücken die Vereinigung gemäß § 890 BGB unter Beachtung von § 5 Abs. 2 Satz 1 GBO in Betracht; möglich sind ferner die Verbindung der Stellplätze als Sondernutzungsrechte mit dem jeweiligen Wohnungseigentum, bei benachbarten Grundstücken Grunddienstbarkeiten am jeweiligen Stellplatz zugunsten des jeweiligen Wohnungseigentums sowie für die Gemeinde oder den Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt, sowie Stellplatzbelegungsrechte als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Sind Stellplätze für eine Anlage objektiv erforderlich, so liegt eine zweckfremde Nutzung dann vor, wenn die Stellplätze/Garagen auf Dauer von der Anlage durch eine separate Veräußerung getrennt werden. Dies trifft auch bei einer getrennten Veräußerung von Stellplatz und Wohnung bei Eigentumswohnanlagen zu. Sogar eine Vermietung an hausfremde Kraftfahrzeughalter kann bereits eine Entfremdung dar-

<sup>1</sup> Vgl. Grziwotz, BauR 1990, 20; zur Stellplatzdienstbarkeit s. die Musterformulierung in Grziwotz, Baulanderschließung, 1993, S. 135.

<sup>2</sup> Ebenso Busse, BayBO, Art. 59 Rdnr. 10 a.E.

<sup>3</sup> BayVGH, BayVBl. 1986, 438 = BauR 1987, 186.

<sup>4</sup> Ebenso Simon, BayBO, Art. 55 Rdnr. 61.

<sup>5</sup> BayVGH, a.a.O. (o. Fußn. 3).

<sup>6</sup> MABl. 1978, S. 181; auch abgedruckt bei Simon (o. Fußn. 4), Art. 55 vor Rdnr. 1.

<sup>7</sup> Vgl. BayVGH, a.a.O. (o. Fußn. 3) u. Weini, in: Jäde/Weini/Dirnberger/Bauer, Die neue Bayer. BauO, Art. 58 Rdnr. 154.

<sup>8</sup> Vgl. Simon (o. Fußn. 4), Art. 55 Rdnr. 60 a.E.

stellen<sup>9</sup>. Zivilrechtlich können somit die Wohnung und der Stellplatz getrennte Wege gehen, indem die Wohnung ohne den Stellplatz oder der Stellplatz ohne die dazugehörige Wohnung veräußert wird. Dies ist zivilrechtlich möglich und nicht durch Art. 58 Abs. 11 BayBO ausgeschlossen, weil das öffentliche Baurecht unabhängig vom Eigentum ist. Die vorstehend genannten zivilrechtlichen Mittel kann die Baubehörde deshalb auch nicht verlangen, sondern nur auf dem Verhandlungswege anstreben<sup>10</sup>. Die separate Veräußerung beruht auf einem wirksamen zivilrechtlichen Rechtsgeschäft. Die Vorschrift des Art. 58 Abs. 11 BayBO ist kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB mit der Folge, daß zivilrechtliche Kaufverträge, die eine Zweckentfremdung verursachen, nichtig wären<sup>11</sup>. Nicht jedes Gesetz, das Rechtsgeschäfte beschränkt oder an bestimmte Voraussetzungen bindet, verbietet diese nämlich im Sinne des § 134 BGB<sup>12</sup>. Art. 58 Abs. 11 BayBO bezieht sich nicht auf das rechtsgeschäftliche Handeln durch Veräußerung eines isolierten Stellplatzes bzw. Wohnungseigentums, somit handelt es sich nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB<sup>13</sup>.

Da der Notar in der Regel keine Kenntnis davon hat, ob für zu erwartende Kraftfahrzeuge ein Stellplatz- bzw. Garagenbedarf besteht, trifft ihn hinsichtlich dieser Eventualität auch keine Belehrungspflicht. Bei einem Kauf vom Bauträger sollte dem Erwerber, schon weil die Baugenehmigung gemäß

Art. 79 Abs. 3 BayBO für und gegen den Rechtsnachfolger des Bauherrn gilt, eine Ablichtung der Baugenehmigung spätestens vor Zahlung der ersten Kaufpreisrate ausgehändigt werden. Infolge der Neufassung der Bayerischen Bauordnung und von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV<sup>14</sup> wird der Verbraucherschutz gegenüber Deregulierungsbestrebungen hintergestellt. Staatliche Prüfungen sollen durch vertragliche Garantiepfllichten kompensiert werden<sup>15</sup>. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich in Kauf genommen, daß Beteiligte hiermit überfordert sind. Die Gemeinde trifft darum im Verfahren der Genehmigungsfreistellung nach Art. 70 BayBO keinerlei Prüfungspflicht gegenüber dem Bauherrn, da sie, insbesondere bei kleineren Gemeinden, hierzu personell nicht ausgestattet ist<sup>16</sup>. In gleicher Weise sollte sich der Notar davor hüten, durch entsprechende Feststellungen in der Urkunde den Anschein zu erwecken, als könnte er klären, ob eine Baugenehmigung erforderlich ist<sup>17</sup>. Die Unsicherheit, die der Gesetzgeber „billigend“ für den Verbraucher in Kauf genommen hat, kann nicht durch Scheinsicherheiten im Wege notarieller Feststellung kompensiert werden. Aus diesem Grunde wird es dem Notar auch bei einer isolierten Veräußerung einer Wohnung und eines Stellplatzes in der Regel nicht möglich sein festzustellen, ob insoweit eine Zweckentfremdung vorliegt.

<sup>14</sup> BGBl. 1995 I, S. 1134.

<sup>15</sup> So ausdrücklich *Jäde*, MittBayNot 1994, 401/403.

<sup>16</sup> *Jäde/Weinl/Dirnberger*, BayVBl. 1994, 321/325 u. *Jäde*, BayVBl. 1994, 363/364; teilw. a. A. *Simon*, BayVBl. 1994, 332/336.

<sup>17</sup> Unzutreffend deshalb *Schmidt*, MittBayNot 1995, 434/435.

<sup>18</sup> Ähnlich *Jäde/Weinl/Dirnberger*, BayVBl. 1994, 321/325.

<sup>9</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1994, 703.

<sup>10</sup> So *Weinl* (o. Fußn. 7), Art. 58 Rdnr. 75.

<sup>11</sup> So *Weinl* (o. Fußn. 7), Art. 58 Rdnr. 152.

<sup>12</sup> MünchKomm/Mayer-Maly, BGB, 3. Aufl., § 134 Rdnr. 38.

<sup>13</sup> Ähnlich *Jauernig*, BGB, 7. Aufl., § 134 Anm. 3 c.

**Bürgerliches Recht**

1. BGB § 179 (Zur Vertreterhaftung bei Handeln für nicht-existierende Scheinfirma)

**Eine Haftung nach § 179 BGB tritt nicht ein, wenn der Vertreter zwar namens einer nichtexistierenden Scheinfirma handelt, hinter dieser Firma jedoch ein tatsächlicher Träger des Unternehmens steht, der als wirklicher Vertragspartner gewollt ist und dem Vertreter Vollmacht erteilt hat.**

BGH, Urteil vom 18.1.1996 – III ZR 121/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagten – nach eigenen Angaben selbständige Versicherungsmakler – unterhielten in S. eine Bürogemeinschaft mit dem Devisenhändler V. S. Die Klägerin trat mit dem Beklagten zu 1 über einen gemeinsamen Bekannten in Verbindung, der ihr erklärt hatte, daß die Beklagten besonders zinsgünstige Kapitalanlagen anböten. Am 25.3. 1994 schloß die Klägerin als „Treugeber“ mit einer Firma „V. Investments Inc. International Bond & Investment Corp., 418 T. A., C. C. 32920 Fl./USA“ als „Treuhand“ einen Vertrag über eine internationale Kapitalanlage mit einem Kapitalbetrag von 50.000 DM mit einer Renditegarantie von 10 Prozent jährlich. Die Kapitalanlage sollte durch einen „Sicherungsfonds“ abgesichert werden. Die Vertragsurkunde wurde durch den Beklagten zu 1 für beide Beklagte als Bevollmächtigte des Treuhänders unterzeichnet. Die Klägerin kündigte dem Beklagten zu 1 den Anlagebetrag von 50.000 DM in bar aus; der Verbleib dieses Betrages ist streitig.

Die in dem Vertrag als Treuhand bezeichnete Firma existiert tatsächlich nicht. Der Devisenhändler V. S. hatte unter dieser Bezeichnung Anlagengeschäfte in erheblichem Umfang getätigt. Ende April 1994 schied er durch Freitod aus dem Leben. Über seinen Nachlaß wurde das Nachlaßkonkursverfahren eröffnet, in dem Forderungen geschädigter Anlagekunden in Höhe von über 100 Mio. DM angemeldet sind.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Rückzahlung des Anlagebetrages von 50.000 DM. Sie trägt vor, der Beklagte zu 1 habe sie dadurch irregeführt, daß er die Anlage als seriös und sicher dargestellt habe. Außerdem hafteten die Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht, da sie als Bevollmächtigte einer nicht existierenden juristischen Person aufgetreten seien.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten antragsgemäß als Gesamtschuldner zur Zahlung an die Klägerin verurteilt, Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Klägerin gegen die Treuhanderin.

Die zugelassene Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

*Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht hat eine Haftung der Beklagten nach § 179 BGB bejaht. Es hat ausgeführt, die Beklagten hätten den Vertrag vom 25.3.1994 als Bevollmächtigte der darin bezeichneten amerikanischen Treuhandgesellschaft geschlossen, die aber in Wirklichkeit nicht existiert habe. Deshalb hafteten die Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Recht.

2. Richtig ist allerdings, daß vollmachtloser Vertreter im Sinne des § 179 Abs. 1 BGB nicht nur derjenige ist, der ohne rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertretungsmacht im

Namen eines Dritten tätig wird. Die Vorschrift ist vielmehr auch dann entsprechend anzuwenden, wenn jemand im Namen einer nicht vorhandenen Person vertragliche Vereinbarungen trifft, der angeblich Vertretene also gar nicht existiert (BGHZ 105, 283, 285 m. w. N.).

3. Hiervon sind jedoch diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen der Vertreter für eine tatsächlich existierende Person als Trägerin eines bestimmten Unternehmens mit deren Vollmacht handelt und die von ihm vertretene Partei in dem Vertrag lediglich unrichtig bezeichnet wird. Bei derartigen unternehmensbezogenen Geschäften geht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, daß der wahre Betriebsinhaber Vertragspartner werden soll (vgl. zuletzt BGH, NJW 1995, 43, 44 m. w. N.). Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftspartner den Vertreter für den Betriebsinhaber hält oder sonst unrichtige Vorstellungen über die Person des Betriebsinhabers hat (BGHZ 62, 216, 221; 64, 11, 15; 91, 148, 152/153; 92, 259, 268; Palandt/Heinrichs, BGB, 55. Aufl., 1996, § 164 Rdnr. 2). Eben dies war hier nach dem dem Revisionsverfahren zugrundezulegenden Sachvortrag der Beklagten der Fall: In der Vertragsurkunde war eindeutig und auch seitens der Klägerin unbestritten zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagten nicht im eigenen Namen, sondern namens der Treuhanderin tätig wurden. Tatsächlicher Träger des Treuhandunternehmens war nach dem Vorbringen der Beklagten der Devisenhändler V. S., der den von der Klägerin eingezahlten Betrag auch für diese anlegen sollte. Dementsprechend sind die Beklagten als bloße Bevollmächtigte des wahren Unternehmensträgers nicht selbst verpflichtet worden (§ 164 Abs. 1 BGB). Wegen der bloßen Fehlbezeichnung kommt dann eine Haftung der Beklagten auch nach § 179 BGB nicht in Betracht. Die benannte amerikanische Firma als juristische Person existierte zwar nicht, wohl aber der als Vertragspartner der Klägerin gewollte Träger des Handelsgeschäfts. Auf Fälle dieser Art den § 179 BGB auszudehnen und damit dem Gläubiger einen zusätzlichen Schuldner zum Geschäftsinhaber zu geben, besteht kein Grund (vgl. zu diesen Grundsätzen insbesondere BGHZ 91, 148 [= DNotZ 1984, 585], betreffend die Vertreterhaftung für eine nicht existierende GmbH in Gründung). Unterstrichen wird dies im vorliegenden Fall auch dadurch, daß die Klägerin in beiden Vorinstanzen durchgängig vorgetragen hat, bei der Anlageberatung durch den Beklagten zu 1 hätten weder die Person des V. S. noch die angebliche Treuhandgesellschaft eine Rolle gespielt. Daraus ist nämlich zu entnehmen, daß die Anlageentscheidung der Klägerin nicht etwa durch ein besonderes Vertrauen gerade in die Existenz der Treuhanderin als ausländischer juristischer Person mitbeeinflusst worden ist. Das Risiko, daß V. S. als Inhaber des Unternehmens die ihm treuhänderisch überlassene Einlage möglicherweise veruntreut und die Treuhanderin nur vorgeschoben hat, um nicht selbst Vertragspartner der Anleger zu werden, liegt außerhalb des Schutzbereichs der Vertreterhaftung nach § 179 BGB.

4. Das Berufungsurteil kann daher mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehenbleiben. Eine abschließende eigene Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. Unabhängig von der Vertreterhaftung nach § 179 BGB kommt nämlich im vorliegenden Fall eine Haftung der Beklagten aus weiteren Rechtsgründen in Betracht, die das Berufungsgericht – von

seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – offengelassen hat. Zu denken ist insbesondere an eine Eigenhaftung des Vertreters aus Verschulden bei Vertragsschluß (vgl. dazu die in BGHR BGB vor § 1/Verschulden bei Vertragsschluß Vertreterhaftung Nr. 1-15 veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs), ferner an eine Haftung als Anlageberater und/oder -vermittler, als Beauftragter oder aus unerlaubter Handlung. In diesem Zusammenhang könnte von Bedeutung werden, ob es sich bei den von V. S. betriebenen Geschäften um verbotene Einlagengeschäfte im Sinne des § 1 Nr. 3 des Kreditwesengesetzes gehandelt hat (vgl. zu dieser Verbotsvorschrift Senatsurteil, NJW 1995, 1494) und ob den Beklagten dies hätte erkennbar sein müssen. – Des weiteren bedarf gegebenenfalls auch die Frage eines mitwirkenden Verschuldens der Klägerin einer neuen Bewertung.

2. BGB § 1191; AGBG § 3 (Weite Zweckerklärung bzgl. künftiger Verbindlichkeiten eines Dritten auch bei gesonderter schriftlicher Belehrung überraschende Klausel)

**Eine formularmäßige Zweckerklärung, die den Sicherungszweck über den durch den Anlaß bestimmten Rahmen hinaus auf sämtliche gegenwärtigen und künftigen Ansprüche des Sicherungsnehmers gegen einen Dritten erweitert, bleibt überraschend, auch wenn vom Sicherungsgeber eine zusätzliche Formularerklärung unterschrieben wird, die auf die Zweckerweiterung hinweist; es bedarf eines individuellen Hinweises, der die Gewähr dafür bietet, daß der Sicherungsgeber sich der vollen Tragweite seiner Erklärung bewußt wird.**

BGH, Urteil vom 4.10.1995 – XI ZR 215/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde vom 20.10.1978. Die Klägerin hatte damals an ihrem Wohngrundstück in M. eine Grundschuld von 190.000 DM bestellt, und zwar zugunsten der Beklagten, einer Hypothekbank, zur Sicherung eines Darlehens. Nachdem dieses Darlehen vollständig getilgt war, kam es 1986 zu Verhandlungen der Beklagten mit dem Sohn der – damals schon 78 Jahre alten – Klägerin über eine neue Sicherungszweckvereinbarung. Der Sohn schuldete der Beklagten über 1 Million DM; gemeinsam mit seiner Ehefrau schloß er mit der Beklagten zwei zusätzliche Darlehensverträge ab: am 21./23.5.86 über 180.000 DM (Darlehen 001) und am 11./19.9.1986 über 250.000 DM (Darlehen 002). Am 11.9.1986 übersandte die Beklagte den Darlehensnehmern unter Hinweis auf die „Hypo-Baufinanzierung in Höhe von 250.000 DM“ eine neue Zweckerklärung für die Grundschuld sowie eine Zusatzklärung und bat, diese Unterlagen möglichst schnell unterschrieben wieder einzureichen. Der Sohn legte beide Erklärungen am 22.9.1986 der Klägerin in ihrer Wohnung vor. Nach Einsetzen des Datums unterschrieb sie das gedruckte Zweckerklärungsformular und die maschinenschriftliche Zusatzklärung, die folgenden Wortlaut hatte:

„Ich habe Ihnen gegenüber am 22.09.86 die Zweckerklärung sowie Abtretungs- und Verpfändungserklärung unterschrieben und bin von Ihnen gleichzeitig darauf hingewiesen worden, daß die von mir zugunsten

- a) Frau Ma. H.
- b) Dr. R. H.
- c) I. H.

als Hauptschuldner gestellte Sicherheit nicht nur für die gegenwärtigen Forderungen Ihrer Bank gegen den Hauptschuldner, sondern für sämtliche gegenwärtigen und künftigen Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit Ihrer Bank in dem in der Zweck- sowie Abtretungs- und Verpfändungserklärung näher bezeichneten Umfang herangezogen werden kann.

Ich bin weiter darüber belehrt worden, daß mir daraus unter Umständen die Gefahr des ganzen oder teilweisen Verlustes des Eigentums am Grundstück erwachsen kann, wenn Ihre Bank gezwungen ist, bei Verzug des Hauptschuldners die Sicherheit zu verwerten.“

Später trat die Beklagte einen Grundschuldteilbetrag von 32.500 DM an eine Bausparkasse ab. In Höhe des Restbetrags von 157.500 DM nebst Zinsen ließ sie sich 1993 eine notarielle Vollstreckungsklausel erteilen; daraus betreibt sie die Zwangsvollstreckung in das Wohngrundstück der Klägerin. Diese hält die Sicherungszweckerklärung vom 22.9.1986 für unwirksam. Ihre Vollstreckungsabwehrklage ist vom Landgericht abgewiesen worden. Dagegen hat die Klägerin ohne Erfolg Berufung eingelegt. Mit der Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter.

Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. ...

II. ...

3. Die Sicherungszweckerklärung ist jedoch nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes unwirksam.

a) Alle von der Klägerin am 22.9.1986 unterschriebenen Schriftstücke enthalten Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG, nicht nur die gedruckte Zweckerklärung. Auch die Zusatzklärung wurde nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin von der Beklagten formularmäßig verwendet; auf die Schriftart kommt es nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG nicht an; auch maschinenschriftliche Texte sind bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG als AGB zu qualifizieren (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 34; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 19).

b) Soweit die Revision sich zur Begründung für die Unwirksamkeit der erweiterten Sicherungsabrede auf § 9 AGBG beruft, setzt sie sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des erkennenden Senats WM 1991, 1748 [= MittBayNot 1992, 42 = DNotZ 1992, 94]; dagegen Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen a. a. O., Anh. §§ 9–11 Rdnr. 663, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher a. a. O., § 9 Rdnr. S 96 = S. 883).

c) Des Rückgriffs auf § 9 AGBG bedarf es hier nicht, weil jedenfalls ein Verstoß gegen § 3 AGBG vorliegt. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, ist nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die formularmäßige Ausdehnung des Haftungsumfangs einer Grundschuld über den Anlaß des Sicherungsvertrages hinaus auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten eines Dritten grundsätzlich als überraschend zu bewerten (BGHZ 109, 197; Senatsurteil, WM 1992, 563 [= MittBayNot 1992, 258 = DNotZ 1992, 563]; vgl. auch BGH, WM 1995, 1397). Anlaß der Sicherungsabrede vom 22.9.1986 war die im selben Jahr erfolgte Zusatzkreditgewährung an den Sohn der Klägerin. Dabei kommt es noch nicht auf den Streit an, ob das Darlehen 002 oder 001 abgesichert werden sollte; der Haftungsausdehnung auf sämtliche bestehenden und zukünftigen Schulden wohnte in jedem Fall ein unzulässiger Überraschungseffekt inne. Zu diesem Ergebnis kommt bei isolierter Betrachtung

der gedruckten Zweckbestimmungserklärung auch das Berufungsgericht; es meint jedoch, der Überraschungscharakter entfalle aufgrund der im gleichen Zusammenhang unterschriebenen Zusatzklärung.

Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist nur im Ansatz richtig: Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 3 AGBG nicht mehr anwendbar, wenn der Sicherungsgeber im Rahmen der Verhandlungen auf die Erweiterung der dinglichen Haftung hingewiesen worden ist (BGHZ 109, 197, 203; Senatsurteil WM 1992, 564 [= MittBayNot 1992, 258 = DNotZ 1992, 563]). Dazu genügt es jedoch nicht, daß dem Sicherungsgeber neben der Zweckerklärung ein weiteres vorformuliertes Schriftstück zur Unterschrift vorgelegt wird. Es bedarf eines individuellen Hinweises, der die Gewähr dafür bietet, daß dem Sicherungsgeber bewußt wird, in welchem unbeschränkten Maße er sich verpflichtet. Daran fehlte es hier: Unstreitig hat die Klägerin vor der Unterschriftsleistung keinerlei mündliche Hinweise auf die Erweiterung des Sicherungszwecks erhalten. Wenn das Berufungsgericht meint, hier habe die schriftliche Zusatzklärung wegen ihrer Besonderheiten genügt – die Schriftart erwecke erhöhte Aufmerksamkeit, der wesentliche Inhalt sei wegen der Kürze des Textes auf den ersten Blick zu erfassen –, so vermag der erkennende Senat diese Auffassung nicht zu teilen. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß die Erklärung (ohne die Namensangaben) immerhin elf Zeilen umfaßt und daß jede drucktechnische Hervorhebung der entscheidenden Worte fehlt. Soweit das Berufungsgericht dem letzten, unmittelbar über der Unterschrift befindlichen Satz der Erklärung besonderen Warncharakter beimessen will, ist dem entgegenzuhalten, daß es dort gar nicht um die Sicherungszweckerweiterung geht: Die Gefahr „des ganzen oder teilweisen Verlustes des Eigentums am Grundstück“ im Falle der Verwertung droht bei jeder Grundstücksbelastung, auch bei einer Beschränkung des Sicherungszwecks, auf ein bestimmtes Darlehen.

Insgesamt war die Zusatzklärung nicht geeignet, der durch den konkreten Anlaß der Sicherungsabrede geprägten Erwartungshaltung der Sicherungsgeberin entgegenzuwirken und den Überraschungscharakter der unbeschränkten Haftungszweckerweiterung entfallen zu lassen. Es lag – auch für die Beklagte – durchaus nahe, daß die damals bereits 78 Jahre alte Klägerin von den beiden ihr von ihrem Sohn zur Unterschrift vorgelegten Erklärungen die eine ebensowenig lesen würde wie die andere.

III. Zur Entscheidung in der Sache ist der Senat noch nicht in der Lage. Wegen des Verstoßes gegen § 3 AGBG ist die weite Sicherungszweckbestimmung der Klägerin vom 22.9.1986 nicht Vertragsinhalt geworden (vgl. Senatsbeschluß vom 24.3.1992 – XI ZR 205/91 = BGHR AGBG § 6 Abs. 1 – Teilunwirksamkeit 4). An ihre Stelle tritt aber eine beschränkte Abrede, nach der nur das Darlehen gesichert werden sollte, dessen Gewährung Anlaß der Vereinbarung war; das ergibt sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung (Senatsbeschluß vom 24.3.1992 a. a. O. AGBG § 6 Abs. 1 – ergänzende Auslegung 3). Zwischen den Parteien ist streitig, ob das Darlehen 001 oder 002 Anlaß der Zweckerklärung war. Auf die schwerwiegenden Indizien, die für eine Zuordnung zum Darlehen 002 sprechen, hat das Berufungsgericht bereits hingewiesen, eine endgültige Feststellung hierzu aber – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – bisher nicht für erforderlich gehalten.

3. BGB § 607; AGBG §§ 3, 9 (Umfang der Mithaftung eines GmbH-Gesellschafters bei formularmäßiger Haftungsausdehnung)

**Übernimmt ein GmbH-Gesellschafter, der auf die Geschäftsführung keinen maßgeblichen Einfluß hat, die persönliche Mithaftung für eine Gesellschaftsschuld aus einem Kontokorrentkredit, für den im Zeitpunkt des Schuldbeitritts ein bestimmtes Limit vereinbart war, so verstößt eine formularmäßige Ausdehnung seiner Haftung auf alle späteren „Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen“ nicht nur gegen § 3 AGBG, sondern auch gegen § 9 AGBG (i.A. an BGH WM 1995, 1397).**

BGH, Urteil vom 7.11.1995 – XI ZR 235/94 – mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte zu 3) (im folgenden: Beklagte) und ihr – später geschiedener – Ehemann, der frühere Beklagte zu 2), waren Gesellschafter einer GmbH, der früheren Beklagten zu 1). Als deren Geschäftsführer schloß der Ehemann im Mai 1988 mit der Klägerin, einer Sparkasse, einen Vertrag über einen Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von 200.000 DM. Auf Verlangen der Klägerin unterzeichneten die Beklagte und ihr Ehemann am 30.5.1988 in ihrem Haus eine von der Klägerin vorbereitete Erklärung, nach der sie für den „Kredit zuzüglich Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen“ die gesamtschuldnerische persönliche Mithaftung gemäß den Kreditvertragsbedingungen übernahmen. Im Dezember 1991 wurde die GmbH zahlungsunfähig; die Eröffnung eines Konkursverfahrens wurde mangels Masse abgelehnt. Deswegen kündigte die Klägerin den Kontokorrentkredit und verlangte Rückzahlung des Kontodebits von 386.350,29 DM. Gegen die GmbH und den Ehemann der Beklagten hat die Klägerin ein rechtskräftiges Versäumnisurteil erwirkt. Das Landgericht hat auch die Beklagte als Gesamtschuldnerin zur Zahlung des Kontosaldoes nebst 10,85% Zinsen seit dem 11.2.1992 verurteilt. Ihre Berufung ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit damit mehr als 200.000 DM nebst Zinsen verlangt werden.

Die Revision hatte Erfolg: sie führte zur Aufhebung des Berufungsurteils im Umfang der Anfechtung und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat die Mitverpflichtung der Beklagten zur Rückzahlung des Kontokorrentkredits dem Grunde nach zu Recht bejaht und alle Einwendungen, die auf eine völlige Befreiung von der übernommenen Mithaftung abzielen (Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO, Widerruf nach § 1 HWiG, Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB), nicht durchgreifen lassen, da deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Mit der Revision werden diese Einwendungen auch nicht mehr geltend gemacht.

2. Die Revision greift das Berufungsurteil nur an, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, über den vereinbarten Kredithöchstbetrag von 200.000 DM nebst Zinsen hinaus weitere 186.350,29 DM nebst Zinsen zu zahlen.

a) Das Berufungsurteil stützt sich insoweit auf die in der Mithaftungserklärung enthaltene Klausel, nach der die Mithaftung auch Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen umfaßt. Das Berufungsgericht meint, diese Haftungsweiterung sei verbindlich, selbst wenn die von der Klägerin formulierte Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln wäre: Da bei Kontokorrentkrediten die in Anspruch genommene Kreditsumme jeweils erst durch die Rechnungsabschlüsse bestimmt werde und es für die Bank geboten sein

könne, eine Überschreitung der Kreditlinie zuzulassen, seien solche Klauseln nicht ungewöhnlich im Sinne des § 3 AGBG; wer für künftige Ansprüche einer Bank eintreten wolle, müsse mit einer solchen Klausel rechnen.

b) Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

aa) Das Berufungsgericht verweist zur Begründung seiner Auffassung auf ältere Urteile des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht. Das ist im Ansatz nicht zu beanstanden. Eine persönliche Mithaftung, die – wie hier – auf Verlangen des Kreditgebers zu dessen Sicherung von einem Dritten übernommen wird, steht in ihrer wirtschaftlichen Funktion einer Bürgschaft so nahe, daß auch dem erkennenden Senat eine rechtliche Gleichbehandlung in den hier streitigen Punkten sachgerecht erscheint.

Im Bürgschaftsrecht hat der IX. Zivilsenat jedoch inzwischen seine bisherige Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Sicherungszweckerklärungen geändert (WM 1995, 1397). Im Anschluß an Urteile des V. und des XI. Zivilsenats zum Haftungsumfang einer Sicherungsgrundschuld (Nachweise a. a. O. S. 1399/1400) hat der IX. Zivilsenat entschieden, daß bei einer Bürgschaft, die aus Anlaß der Gewährung eines bestimmten, betragsmäßig limitierten Kontokorrentkredits geleistet wird, eine AGB-Klausel, mit der die Bürgenhaftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ausgedehnt wird, grundsätzlich überraschend im Sinne des § 3 AGBG ist (BGH a. a. O.). Darüber hinaus hat der IX. Zivilsenat auch die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG bejaht (a. a. O. S. 1401). § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB bestimmt nämlich, daß die Bürgenverpflichtung nicht durch spätere Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners erweitert werden kann; das Gesetz setzt damit eine summenmäßige Begrenzung der Bürgschaft als selbstverständlich voraus. Eine vertragliche Abänderung dieser Regelung mag bei Bürgen, die als Geschäftsführer, Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Hauptschuldnerin Art und Höhe der Verbindlichkeiten selbst bestimmen können, hinnehmbar sein. Hat ein Bürge aber keinen bestimmenden Einfluß auf die Entstehung und ordnungsgemäße Tilgung neuer Schulden der Gesellschaft, so ist die formularmäßige Ausdehnung seiner Haftung auf alle gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten mit der gesetzlichen Leitentscheidung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht zu vereinbaren (BGH a. a. O. S. 1401). Sichert die Bürgschaft einen Kontokorrentkredit, so widerspricht es dem Vertragszweck, daß der Bürge auch für neue Kredite eintreten soll, die der Kreditgeber unter Überschreitung der im Zeitpunkt der Verbürgung abgesprochenen Kreditlinie ohne Zutun des Bürgen gewährt (BGH a. a. O. S. 1402).

bb) Diese Grundsätze sind auch im vorliegenden Fall anwendbar. Zwar ist der Schuldbeitritt nicht gesetzlich geregelt; eine § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB entsprechende Vorschrift fehlt daher. Es ist jedoch anerkannt, daß sich die Schuld des Beitretenden grundsätzlich nach Inhalt und Beschaffenheit der Hauptschuld im Zeitpunkt des Beitritts bestimmt (BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl., § 425 Rdnr. 2; Soergel/Zeiss, 12. Aufl., vor § 414 BGB Rdnr. 7). Übernimmt ein GmbH-Gesellschafter, der auf die Geschäftsführung der Gesellschaft keinen maßgeblichen Einfluß hat, die Mithaftung für eine Gesellschaftsschuld aus einem Kontokorrentkredit, für den im Zeitpunkt des Beitritts ein bestimmtes Limit vereinbart war, so widerspricht eine formularmäßige Ausdehnung seiner Haftung auf spätere „Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen“ dem Verbot der Fremddisposition, das nicht nur für die Bürgschaft (vgl. BGH a. a. O. S. 1401), sondern auch für den Schuldbeitritt vertragswesentlich ist. Das muß jeden-

falls dann gelten, wenn sich die Klausel – wie hier – nach der vom Berufungsgericht und vom Verwender selbst vertretenen extensiven Auslegung (vgl. Senatsurteil, WM 1992, 395, 397; BGHZ 91, 55, 61) nicht auf vorübergehende Kontoüberziehungen im banküblichen Rahmen beschränken, sondern ohne Begrenzung Krediterweiterungen in beliebiger Höhe umfassen soll (vgl. zum Parallellfall einer Kontovollmachtenklausel: Senatsurteil WM 1991, 313, 314 [= MittBayNot 1991, 110 = DNotZ 1992, 84]). Damit würde dem Mitschuldner ein unkalkulierbares Haftungsrisiko aufgebürdet. Die formularmäßige Vereinbarung einer solchen Haftungsausdehnung verstößt nicht nur gegen § 3 AGBG, sondern hält auch der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand.

Die Nichtigkeit beschränkt sich, da die Mithaftungserklärung nicht nur inhaltlich, sondern auch sprachlich teilbar ist (vgl. BGHZ 93, 29, 48/49 und BGH, WM 1988, 607, 609, jeweils m. w. Nachw.), auf die Worte „zuzüglich Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen“. Die Übernahme der Mithaftung im Umfang des damals zwischen Klägerin und GmbH vereinbarten Kontokorrentkredits, also bis zum Höchstbetrag von 200.000 DM nebst Zinsen, bleibt wirksam.

c) Eine abschließende Sachentscheidung durch den Senat ist noch nicht möglich. Tatrichterliche Feststellungen, die eine Anwendung des AGB-Gesetzes rechtfertigen, fehlen bisher. Im Berufungsurteil wird nur ausgeführt, die vereinbarte Mithaftung auch für „Kreditüberschreitungen bzw. Kontoüberziehungen“ sei selbst dann wirksam, „wenn sie als Formular-klausel zu behandeln wäre“. Damit ist offengeblieben, ob die Voraussetzungen des § 1 AGBG vorliegen. Unstreitig hat zwar die Klägerin die Haftungserweiterungsklausel formuliert. Geklärt werden muß aber noch, ob es sich nur um eine für den konkreten Vertragsschluß entworfene Regelung handelte oder um eine Klausel, die von der Klägerin bereits ständig benutzt wurde oder jedenfalls als Grundlage für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt worden war (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 21; BGH, WM 1987, 1430, 1431). Auf die Schreibart kommt es dabei nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG nicht entscheidend an; auch Schreibmaschinentexte können die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG erfüllen (Senatsurteil vom 4.10.1995 – XI ZR 215/94 –\*). Die Zurückverweisung gibt auch den Parteien Gelegenheit, ihr Vorbringen zur Frage der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes zu ergänzen, bevor das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen trifft.

Sollte es sich danach nicht um eine AGB-Klausel, sondern um eine Individualvereinbarung handeln, so wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die von der Klägerin vertretene extensive Auslegung in diesem Fall mit § 157 BGB vereinbar ist oder ob die Beklagte davon ausgehen durfte, daß ihre persönliche Haftung sich im wesentlichen auf den Kreditrahmen von 200.000 DM nebst Zinsen beschränken und allenfalls vorübergehende bankübliche Kontoüberziehungen (vgl. Bruchner/Bunte, Aktuelle AGB-rechtliche Fragen im Bankgeschäft, S. 156/157 m. w. Nachw.), nicht aber eine Kreditausweitung auf über 386.000 DM, also fast das Doppelte umfassen sollte. Für eine solche Auslegung spricht die Aussage des Zeugen S., er habe als Kreditsachbearbeiter der Klägerin im Gespräch mit der Beklagten den Vertrag erläutert und zum Ausdruck gebracht, daß sie mit ihrem ganzen Vermögen für den Kredit hafte; dabei sei davon gesprochen worden, daß die GmbH einen Kredit von 200.000 DM erhalte.

\* Anmerkung der Schriftleitung: In diesem Heft S. 91

4. BGB § 477 Abs. 1 Satz 1 (*Beginn der Gewährleistungsverjährung beim Grundstückskauf*)

**Unter Übergabe im Sinne des § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB ist im Regelfall die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen.**

BGH, Urteil v. 24.11.1995 – V ZR 234/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Vertrag vom 3.2.1989 kaufte die Klägerin von der Beklagten mehrere Grundstücke, u.a. deren früheres Firmengrundstück in M., auf dem Rechtsvorgänger der Beklagten in den fünfziger und sechziger Jahren Handel mit Farben und Lacken betrieben hatten.

Der Besitzübergang war für den Tag der Kaufpreiszahlung vereinbart. Ab dann sollte die Beklagte bis zur Räumung an die Klägerin bestimmte Mietzahlungen erbringen.

Ende September oder Anfang Oktober 1989 zahlte die Klägerin den Kaufpreis. Die Beklagte räumte das Grundstück vertragsgemäß Ende Mai 1990. Am 11.5.1990 wurde die Klägerin als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Die Klägerin beabsichtigt, das Grundstück zu bebauen. Im Zuge der Aushubarbeiten wurde im Dezember 1990 eine Güllegrube entdeckt, von der die Parteien zu Vor keine Kenntnis hatten. Die Grube enthielt Schadstoffe, u.a. Farben und Lacke, die sich mit dem darin befindlichen Erdreich vermengt hatten und von der Klägerin im Januar 1991 entsorgt wurden.

Anfang März 1991 stellte die Klägerin fest, daß die Grube am Boden einen Durchlaß in einer Größe von etwa 30 cm x 30 cm hatte, durch den weitere Schadstoffe in das Erdreich gedrungen waren. Auch diese Kontaminierungen ließ die Klägerin beseitigen.

Sie begehrt Erstattung der Gesamtkosten für die Beseitigung der Schadstoffe, die sie mit 419.161,79 DM beziffert. Ihren Anspruch hat sie mit der am 2.4.1991 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 13.6.1991 zugestellten Klage zunächst im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht. Im Laufe des Verfahrens hat sie den Antrag auf Zahlung umgestellt.

In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin in wesentlichen Punkten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Die Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Anspruch der Klägerin auf Minderung des Kaufpreises (§§ 459 Abs. 1, 462 BGB) sei verjährt. Die einjährige Verjährungsfrist (§ 477 Abs. 1 BGB) habe mit dem vereinbarten Besitzübergang im Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung Ende September/Anfang Oktober 1989 zu laufen begonnen. Für die Übergabe im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB sei nämlich nicht die Übertragung des unmittelbaren Besitzes erforderlich, es genüge auch die – hier gegebene – Vereinbarung eines Besitzkonstituts. Die Verjährungsfrist sei daher bei Klageeinreichung im April 1991 bereits abgelaufen gewesen. Eine Kostentragungspflicht der Beklagten bestehe allerdings insoweit, als es um die Beseitigung der Verunreinigungen in der Güllegrube im Januar 1991 in dem im Urteilstenor näher beschriebenen Umfang gehe. Die Beklagte habe sich dazu nämlich – wie die Beweisaufnahme ergeben habe – bei einer Besprechung am 17. Dezember 1990 vertraglich verpflichtet.

II. 1. ...

2. Keinen Bestand haben die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der Verjährung.

a) Nach § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB verjähren die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche – sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat – bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an. Im Bereich der beweglichen Sachen besteht in der Rechtsprechung und im Schrifttum Einigkeit, daß unter „Ablieferung“ die – auch einseitige – Einräumung der tatsächlichen Möglichkeit zu verstehen ist, die verkaufte Sache auf Fehler zu untersuchen (vgl. nur BGHZ 93, 338, 345; MünchKomm-BGB/Westermann, 3. Aufl., § 477 Rdnr. 10; Staudinger/Honsell, BGB, 12. Aufl., § 477 Rdnr. 24 m.w.N.). Die Verschaffung mittelbaren Besitzes durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt demgegenüber nicht. Bei Grundstücken ist die Frage, ob neben der Verschaffung unmittelbaren Besitzes auch die Vereinbarung von Übergabesurrogaten die Verjährungsfrist in Lauf setzt, in früherer Zeit kontrovers diskutiert worden. Zum Teil ist – anknüpfend an den unterschiedlichen Gesetzeswortlaut – angenommen worden, die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs lösten den Verjährungsbeginn aus, da diese Surrogate – wie aus §§ 930, 931 BGB deutlich werde – der Übergabe rechtlich gleichstünden (*Crome*, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902, § 233, 2 m.Fn. 9; *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Bd., 1899, § 190 II 2; *Kisch*, GrünhutsZ 29 [1902], 342 ff., 358; *Oertmann*, BGB, 5. Aufl., 1929, § 477 Anm. 2 b). Andere haben die Auffassung vertreten, es sei die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes erforderlich; die unterschiedliche Begriffsbildung beruhe nur darauf, daß bei Grundstücken nicht die einseitige Einräumung der Untersuchungsmöglichkeit genüge, vielmehr eine vertragsgemäße Übergabe erforderlich sei (*Eccius*, Gruchot 43 [1899], 20 ff., 341; *Planck/Knoke*, BGB, 4. Aufl., 1928, § 477 Anm. 4 b; vgl. auch *Cosack*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1927, § 188 III 2 e). Diese Auffassung überwiegt – soweit die Problematik überhaupt angesprochen wird – in der heutigen Kommentarliteratur (MünchKomm-BGB/Westermann, § 477 Rdnr. 13; *Jauernig/Vollkommer*, BGB, 7. Aufl., § 477 Anm. 3 b cc; vgl. auch *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 477 Rdnr. 46; unentschieden *Staudinger/Honsell*, BGB, 12. Aufl., § 477 Rdnr. 29).

b) Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Frage bislang nicht entschieden worden. Der Senat hat sie in einem vergleichbaren Fall offengelassen (WM 1989, 826 [= DNotZ 1989, 769]). Sie ist nunmehr für die vorliegende Fallkonstellation dahin zu beantworten, daß unter Übergabe im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen ist.

aa) Für diese Auffassung spricht schon, daß auch ansonsten im Kaufrecht mit Übergabe allein die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes nach § 854 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gemeint ist. Der Verkäufer erfüllt die ihm nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegende Pflicht zur Übergabe der Kaufsache nur, wenn er dem Käufer den unmittelbaren Besitz verschafft. Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs entsprechen der Verkäuferpflicht nur, wenn dies vertraglich besonders vereinbart ist. Auch der in § 446 BGB geregelte Gefahrübergang knüpft an die Übergabe im Sinne der Übertragung des unmittelbaren Besitzes an (BGH, NJW 1983, 627, 628). Daß die Vereinbarung eines Übergabesurrogates zusammen mit der Einigung über den Eigentumsübergang bei beweglichen Sachen

zum Gefahrübergang führt, besagt nichts Gegenteiliges. Der Gefahrübergang beruht dann nämlich nicht auf § 446 Abs. 1 BGB, sondern auf der Eigentumsübertragung (MünchKommBGB/Westermann, § 446 Rdnr. 7).

bb) Aus den Vorschriften der §§ 930, 931 BGB kann nichts für die Auffassung hergeleitet werden, die für eine Übergabe im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB auch die Vereinbarung von Übergabesurrogaten ausreichen läßt. Diese Regelungen zeigen vielmehr gerade, daß ein Übergabesurrogat nicht generell der Übergabe gleichsteht, sondern daß es die Übergabe nur insoweit ersetzt, als es um die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen geht. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt ihnen nicht zu.

cc) Diesem aus dem systematischen Gesetzeszusammenhang gewonnenen Verständnis entspricht auch der Sinn und Zweck der Norm. Die innere Rechtfertigung für den an die Übergabe geknüpften Verjährungsbeginn besteht darin, daß ab diesem Zeitpunkt der Käufer in der Lage ist, die Kaufsache zu untersuchen und etwaige Fehler zu entdecken und zu rügen. Dies gilt für bewegliche Sachen nicht anders als für Grundstücke. Diese Möglichkeit hat der Käufer uneingeschränkt nur, wenn ihm der unmittelbare Besitz übertragen worden ist. Steht ihm nur ein Herausgabeanspruch gegen einen Dritten zu, muß er ihn zunächst durchsetzen, um das Grundstück untersuchen zu können. Nicht wesentlich anders ist seine Rechtsstellung, wenn er mit dem Verkäufer ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart hat. Zwar mag ihm im Einzelfall aufgrund dieses Rechtsverhältnisses die Befugnis eingeräumt sein, das Grundstück auch vor Ablauf der vertraglichen Besitzzeit zu betreten und zu untersuchen. Auch dieses Recht muß er jedoch gegebenenfalls durchsetzen. Außerdem muß er den fortbestehenden Besitz des Verkäufers respektieren und kann daher seine Untersuchungen nicht nach Belieben gestalten.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts weist die Regelung des § 558 Abs. 2 BGB Parallelen zu der des § 477 Abs. 1 BGB auf, die eine ähnliche Bewertung rechtfertigen und ebenfalls dafür sprechen, als Voraussetzung für den Verjährungsbeginn die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu fordern. Nach § 558 Abs. 2 BGB beginnt die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache mit dem Zeitpunkt, in dem er die Sache zurückerhält. Der Grund hierfür ist derselbe, der nach § 477 Abs. 1 BGB den Beginn der Verjährungsfrist bestimmt. Der Vermieter soll die Sache untersuchen können. Voraussetzung dafür ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, daß der Vermieter durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft in die Lage versetzt worden ist, sich ungestört ein umfassendes Bild von der Mietsache zu machen (s. nur BGH, NJW 1991, 2416 ff. m.w.N.). Dies ist infolgedessen verneint worden, wenn der Vermieter die Mietsache lediglich aufgrund einer Gestattung des Mieters, der weiter den Besitz ausübte, untersuchen konnte (BGH a. a. O., S. 2418).

c) Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß die Verjährung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs erst mit der Räumung des Grundstücks Ende Mai 1990 zu laufen begonnen hat. Zuvor bestand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwischen den Parteien zwar ein Besitzmittlungsverhältnis aufgrund eines Mietvertrages, der der Klägerin auch das Recht zur Besichtigung des Grundstücks gewährte. Doch eröffnete dieses Recht der Klägerin nicht die für den Verjährungsbeginn erforderliche ungehinderte Untersuchungsmöglichkeit. Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, daß die Parteien mit der Vereinbarung des Besitz-

übergangs, d. h. mit der Begründung des mittelbaren Besitzes, einen von der gesetzlichen Regelung abweichenden früheren Verjährungsbeginn vertraglich festgelegt haben. Infolgedessen hat die am 2.4.1991 eingereichte Klage zur Unterbrechung der Verjährung geführt (§ 209 Abs. 1 BGB). Zwar ist die Klage erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, am 12.6.1991, zugestellt worden. Die Zustellung wirkt jedoch auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück, da sie noch als „demnächst“ im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO anzusehen ist. Die Klägerin hat nämlich durch ihr Verhalten nicht zu den Verzögerungen zwischen Klageeinreichung und Klagezustellung beigetragen. Die Verzögerungen beruhten allein auf organisatorischen Mängeln im gerichtlichen Bereich.

Ob der Zeitpunkt der Übertragung des unmittelbaren Besitzes an dem Kaufgrundstück auch dann für den Beginn der Verjährungsfrist ausschlaggebend ist, wenn der Käufer vor Übergabe das Eigentum an dem Grundstück erworben hat oder ob – entsprechend der Regel über die Gefahrtragung (§ 446 Abs. 2 BGB) – in diesem Fall der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs maßgeblich ist, braucht nicht entschieden zu werden, da die Klägerin das Eigentum am 11.5.1990 erworben hat. Auch unter Berücksichtigung dieses Zeitpunktes wäre die Verjährung rechtzeitig unterbrochen worden.

Gleichfalls dahingestellt bleiben kann, ob die vorstehenden Erwägungen einschränkungslos auch dann maßgeblich sind, wenn der Verkäufer entgegen § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den vertraglichen Vereinbarungen keine Übergabe schuldet, sondern von seiner Leistungspflicht durch Eigentumsübertragung und Vereinbarung eines – zumal langfristigen – Besitzmittlungsverhältnisses frei wird oder wenn der Käufer in ein bestehendes Besitzmittlungsverhältnis eintritt. Eine solche Fallkonstellation ist hier nicht gegeben.

III. Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zum Grund und zur Höhe des Anspruchs getroffen werden können (§ 565 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

5. BGB § 242; BSHG § 89 (*Rückforderung eines Sozialhilfedarlebens*)

**Der Rückforderung eines Sozialhilfedarlebens gemäß § 89 BSHG steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen, soweit die Darlehenssumme den Wert des vom Hilfeempfänger einzusetzenden Vermögens übersteigt.**

BGH, Urteil vom 23.1.1996 – XI ZR 155/95 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Sozialhilfeleistungen, welche die klagende Stadt der am 10.1.1991 verstorbenen und von den Beklagten beerbten Frau R. (Erblasserin) in Form eines Darlehens gemäß § 89 BSHG gewährt hat.

Die schwer kranke Erblasserin erhielt seit dem 8.3.1984 von der Klägerin Sozialhilfeleistungen. Sie war Mitglied einer Erbengemeinschaft, welche Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses war, das für 600.000,- DM verkauft werden sollte. Als die Klägerin hiervon im Mai 1985 Kenntnis erlangte, erklärte sie der Erblasserin, daß im Hinblick auf das Grundvermögen Sozialhilfe nur darlehensweise gewährt werden könne. Nachdem die Erblasserin sich mit der

Gewährung der Sozialhilfe in Darlehensform einverstanden erklärt hatte, schloß die Klägerin mit ihr einen schriftlichen Darlehensvertrag, nach dessen Inhalt die Sozialhilfeleistungen, auch für die zurückliegende Zeit seit dem 8.3.1984, als Darlehen gewährt wurden.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 4.1.1991 wurde das Hausgrundstück der vorgenannten Erbengemeinschaft, an der die Erblasserin zu 1/6 beteiligt war, zum Kaufpreis von 510.000,- DM verkauft. Als die Erblasserin kurz darauf verstarb, waren die Sozialhilfeleistungen der Klägerin auf insgesamt 107.984,51 DM angewachsen. Die Beklagten nahmen den Nachlaß der Erblasserin in Besitz und teilten ihn unter sich auf.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten 107.984,51 DM. Sie ist der Ansicht, die Beklagten hafteten als Erben unbeschränkt gesamtschuldnerisch für die Rückzahlung der gesamten der Erblasserin in Form eines Darlehens gewährten Sozialhilfeleistungen. Die Beklagten meinen dagegen, sie seien lediglich verpflichtet, einen Betrag in Höhe des einzusetzenden Vermögens der Erblasserin zurückzahlen.

Die Beklagten haben in erster Instanz den Klageanspruch in Höhe von 80.000,- DM anerkannt und im übrigen Klageabweisung beantragt. In Höhe von 80.000,- DM ist ein Teilerkenntnisurteil gegen die Beklagten ergangen. Das Landgericht hat der Klage auch im übrigen stattgegeben. Die gegen das entsprechende Schlußurteil gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das Schlußurteil des Landgerichts abgeändert und der Klägerin weitere Zinsen zugesprochen. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, soweit sie über den anerkannten Betrag hinausgeht.

Die Revision hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

##### I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagten seien als Gesamtschuldner gemäß §§ 1967, 2058 BGB i.V.m. § 89 BSHG, § 607 BGB verpflichtet, der Klägerin die der Erblasserin in Form eines Darlehens gewährten Sozialhilfeleistungen in vollem Umfang zurückzuzahlen. Der zwischen der Klägerin und der Erblasserin geschlossene Darlehensvertrag umfasse die gesamten der Erblasserin gewährten Sozialhilfeleistungen. Die Darlehenssumme sei nicht etwa von vornherein auf den Wert des einzusetzenden Vermögens der Erblasserin beschränkt. Eine solche Beschränkung lasse sich weder den getroffenen Vereinbarungen noch den Regelungen der §§ 88, 89 BSHG entnehmen. Aus §§ 88, 89 BSHG und der Systematik des Bundessozialhilfegesetzes ergebe sich zwar, daß sich das gemäß § 89 BSHG gewährte Darlehen grundsätzlich an dem sichernden Vermögen des Hilfeempfängers orientieren müsse. Die §§ 88, 89 BSHG enthielten jedoch keine Regelung, wonach Leistungen des Sozialhilfeträgers ipso jure in Abänderung des ursprünglichen Verwaltungsakts, durch den nach der herrschenden sogenannten Zweistufentheorie über die Frage der Vergabe von Sozialhilfeleistungen in Darlehensform entschieden werde, als nicht rückzahlbare Sozialhilfe einzustufen wären, sobald das gewährte Darlehen der Höhe nach den Wert des sichernden Vermögens übersteige. Ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB für den Sozialhilfeträger, Sozialhilfe auch dann noch in Form eines Darlehens nach § 89 BSHG zu gewähren, wenn das sichernde Vermögen dem gewährten Darlehen der Höhe nach nicht mehr entspreche, bestehe nicht und lasse sich insbesondere auch nicht aus § 53 Abs. 2 SGB X herleiten. Die Entscheidung der Klägerin, ob und wie lange der Erblasserin Sozialhilfeleistungen in Form eines Darlehens zu gewähren gewesen seien, sei ermessensfehlerfrei getroffen worden. Grundlage der Darlehensgewährung habe nur eine größenordnungsmäßige Taxierung der Werthaltigkeit des sichernden

Vermögens sein können. Unter den gegebenen Umständen habe die Klägerin von einem auf die Erblasserin entfallenden Anteil an dem Erlös aus dem beabsichtigten Verkauf des Hausgrundstücks in Höhe von 100.000,- DM ausgehen können. Zur Einholung eines Wertgutachtens sei sie nicht verpflichtet gewesen. Die der Erblasserin insgesamt als Darlehen gewährten Sozialhilfeleistungen wichen der Höhe nach nicht wesentlich von dem größenordnungsmäßig taxierten Wert des einzusetzenden Vermögens ab. Bei dieser Sachlage könne ein Ausschluß des Rückzahlungsanspruchs in Höhe des den Wert des sichernden Vermögens übersteigenden Betrages auch nicht aus § 242 BGB hergeleitet werden. Ferner sei die Erblasserin durch die Nichtbefristung der Gewährung von Sozialhilfe in Darlehensform nicht in sittenwidriger Weise im Sinne des § 138 BGB belastet worden. Schließlich sei auch für eine beschränkte Haftung gemäß § 92 c BSHG kein Raum.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. ...

2. In der Sache ist das Berufungsgericht zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagten seien als Gesamtschuldner gemäß §§ 1967, 2058 BGB i.V.m. § 89 BSHG, § 607 BGB zur Rückzahlung der hier in Rede stehenden Sozialhilfeleistungen in Höhe von 107.984,51 DM auch insoweit verpflichtet, als sie den Klageanspruch nicht anerkannt haben. Eine über den anerkannten Betrag von 80.000,- DM hinausgehende Rückzahlungsverpflichtung hätte nicht bejaht werden dürfen, da die Beklagten nur bis zur Höhe des Wertes des einzusetzenden Vermögens der Erblasserin zur Rückzahlung des Sozialhilfedarlehens verpflichtet sind. Dabei ist mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß als einzusetzendes Vermögen der Erblasserin lediglich das anteilige Grundvermögen vorhanden war und für dieses ein als Wert anzusetzender Nettoverkaufserlös in Höhe von 77.339,07 DM erzielt worden ist.

Es bedarf keiner Entscheidung der in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallenden Frage, ob der Darlehensvertrag – wie das Berufungsgericht meint – seinem Inhalt nach auch die über den Wert des einzusetzenden Vermögens der Erblasserin hinausgehenden Sozialhilfeleistungen erfaßt und auch insoweit wirksam ist. Selbst wenn man diese Frage bejaht, stünde einem über den anerkannten Betrag in Höhe von 80.000,- DM hinausgehenden Rückzahlungsbegehren der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

Die Klägerin kann gegen die Beklagten als Erben nicht mehr Rechte geltend machen, als ihr gegen die Erblasserin zustanden. Die Ausübung der dem Träger der Sozialhilfe aus einem Darlehensvertrag über Sozialhilfeleistungen zustehenden Rechte und Ansprüche unterliegt den Einschränkungen, die sich aus Sinn und Zweck der Sozialhilfe ergeben. Der Sozialhilfeträger darf deshalb, will er sich nicht dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung aussetzen, die Rückzahlung des Darlehens nicht ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Darlehensschuldners verlangen (vgl. OVG Bremen NVwZ 1987, 250 f.; Schellhorn, BSHG 14. Aufl., § 30 Rdnr. 18; ferner in diesem Zusammenhang auch Aschermann ZfF 1989, 121, 123). Ziel der Sozialhilfe ist es gemäß § 1 Abs. 2 BSHG, den Hilfeempfängern ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen und sie möglichst zu befähigen, unabhängig von der Sozialhilfe zu leben. Im vorliegenden Fall hätte eine Inanspruchnahme der bis zuletzt hilfebedürftigen Erblasserin auf Rückzahlung des Sozialhilfe-

darlehens über den Wert ihres einzusetzenden Vermögens hinaus sich mit dem Zweck der Sozialhilfe nicht in Einklang bringen lassen. Im übrigen hätte es dem auch im öffentlichen Recht zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben widersprochen, von der Erblasserin Sozialhilfeleistungen zurückzufordern, die der Sache nach zu Unrecht als Darlehen statt als Zuschuß gewährt worden waren (vgl. dazu VG Berlin ZfSH 1983, 280, 281). Der Erblasserin durfte die Sozialhilfe gemäß § 89 BSHG nur insoweit als Darlehen statt als Zuschuß gewährt werden, als der Wert des einzusetzenden Vermögens dies abdeckte. Da der Hilfeempfänger einen Anspruch auf die reguläre, als Zuschuß zu gewährende Sozialhilfe hat, wenn und soweit er kein Einkommen und kein Vermögen einzusetzen hat, muß die Gewährung von Sozialhilfe in Form eines Darlehens gemäß § 89 BSHG ihr Ende finden, wenn das einsetzbare Vermögen – etwa durch Belastung in Höhe der Darlehensverbindlichkeiten gegenüber dem Sozialhilfeträger – wirtschaftlich verwertet ist (vgl. BVerwGE 47, 103, 113).

Die Beklagten sind als Erben nicht gehindert, den Mißbrauchseinwand zu erheben. Der Umstand, daß Sozialhilfeansprüche grundsätzlich nicht vererblich sind (vgl. BVerwGE 96, 18 m.w.Nachw.), steht dem nicht entgegen (vgl. dazu OVG Bremen FEVS 45, 166; anders wohl OVG Lüneburg FEVS 44, 403, 406 f.). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht ein Streit um einen Anspruch auf Sozialhilfe zur nachträglichen Deckung des Bedarfs eines verstorbenen Hilfeempfängers. Es geht vielmehr um die Frage, in welchem Umfang eine auf die Erben übergegangene Verpflichtung zur Rückzahlung nicht besteht, weil die Erblasserin auf die bereits zur Bedarfsdeckung gewährten Sozialhilfeleistungen nicht nur in Form eines Darlehens Anspruch hatte. Auch § 92 c BSHG steht einer Berufung der Beklagten auf den Mißbrauchseinwand nicht entgegen. Etwaige über den Wert des einzusetzenden Vermögens der Erblasserin hinausgehende Kostenersatzansprüche nach § 92 c BSHG wären jedenfalls gemäß § 92 c Abs. 4 BSHG erloschen.

Nach dem für das Revisionsverfahren zugrundezulegenden Vorbringen der Beklagten zum einzusetzenden Vermögen der Erblasserin und dessen Wert ist nach alledem ein über den anerkannten Betrag von 80.000,- DM hinausgehender Rückzahlungsanspruch zu verneinen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts konnte deshalb keinen Bestand haben.

6. BGB §§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1; ErbbaUVo § 9 a (*Schiedsgutachterklausel bei einer Erbbauzins-Anpassungsklausel*)

1. **Hat ein Schiedsgutachter über die Höhe der Anpassung von Erbbauzins zu entscheiden, kann ihm ein Kriterium vorgegeben werden, das er bei Ausübung seines Ermessens zu berücksichtigen hat.**
2. **Die eingeschränkte Prüfbarkeit von Schiedsgutachten beschränkt dies auf Kriterien, von denen feststeht, daß jede Entscheidung grob unbillig ist, die das vorgegebene Kriterium außer Betracht läßt.**

BGH, Urteil v. 3.11.1995 – V ZR 182/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin war bis zum 4.3.1994 Eigentümerin eines gewerblich genutzten Grundstücks, an welchem zugunsten der Beklagten durch

notariell beurkundeten Vertrag vom 9.4.1962 ein Erbbaurecht bestellt ist. Das Grundstück ist mit einem Geschäftshaus bebaut, in welchem die Muttergesellschaft der Beklagten ein Kaufhaus betreibt.

Im Erbbaurechtsvertrag heißt es unter anderem:

„§ 2 (1) Das Erbbaurecht umfaßt das Recht, die vorhandenen Baulichkeiten zu unterhalten oder sie abzureißen unter der Verpflichtung, unverzüglich auf dem Grundstück neue Gebäude und Anlagen, die dem Betrieb eines Kaufhauses dienen, zu errichten.

...

§ 6

(1) Der Erbbauzins beträgt DM 7.800,— jährlich. ...

...

(4) Alle zehn Jahre, und zwar erstmalig zum 1. Januar 1972, wird für die folgenden zehn Jahre der Erbbauzins erneut den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend festgesetzt.

...

(6) Falls eine gütliche Einigung hierüber nicht zu erzielen ist, setzt ein von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu ernennender Sachverständiger den Erbbauzins nach billigem Ermessen fest, wobei die Veränderung der Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen ist.

(7) Die Kosten eines solchen Gutachtens tragen die Vertragsteile je zur Hälfte.

§ 7

(1) Der jeweilige Grundstückseigentümer ist verpflichtet, das Grundstück in seiner Gesamtheit an die jeweilige Berechtigte zu verkaufen.

(2) Dieses Ankaufsrecht der Berechtigten kann jedoch erstmalig mit Wirkung auf den 31. Dezember 2011 ausgeübt werden.

...

(6) Der Kaufpreis ist gleich dem 16fachen Jahresbetrag des im Durchschnitt der letzten fünf Erbbaurechtsjahre vom Berechtigten zu zahlenden Erbbauzinses. ...“

Zum 1.1.1972 erhöhten die Parteien den Erbbauzins einvernehmlich auf 10.381,80 DM, zum 1.1.1982 auf 14.000 DM.

Durch Einbeziehung in eine Fußgängerzone erfuhr das Grundstück in der Folgezeit eine erhebliche Aufwertung. Mit Schreiben vom 1.4.1992 begehrte die Klägerin die Anpassung des Erbbauzinses ab dem 1.1.1992 auf jährlich 42.109 DM. Diesen Betrag errechnete sie auf der Grundlage der Steigerung des Lebenshaltungskosten-, des Lohn- und Gehaltsindex und eines Anstiegs des Bodenwertes des Grundstücks von 619,05 DM auf 3.906,97 DM pro qm. Die Beklagte widersprach dem Verlangen der Klägerin unter Hinweis darauf, daß bei der Anpassung des Erbbauzinses im Hinblick auf den Bodenwert allein der durchschnittliche Anstieg der Baulandpreise in der Bundesrepublik zu berücksichtigen sei. Unter dessen Einbeziehung errechnet sie den ab 1.1.1992 geschuldeten Erbbauzins mit 18.732 DM und zahlt seither diesen Betrag.

Mit der Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, daß in die Bestimmung des Erbbauzinses ab dem 1.1.1992 der Wert des Erbbaugrundstückes einzubeziehen sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat im Sinne der Klägerin erkannt. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Der im Hinblick auf die fehlende Einigung der Parteien zu ernennende Sachverständige hat die Steigerung des Wertes in die Bestimmung des seit Januar 1992 von der Beklagten geschuldeten Erbbauzinses einzubeziehen.

1. Vertragliche Vereinbarungen, nach welchen bei Ausbleiben einer Einigung ein Dritter die Leistungspflicht einer Partei zu bestimmen hat, bedeuten den Abschluß eines Schiedsgutachtervertrages, auf den die Regelungen der §§ 317 ff BGB Anwendung finden (RGRK/Ballhaus, BGB, 12. Aufl., § 317

Rdnr. 6). Die Leistungsbestimmung des Gutachters hat nach billigem Ermessen zu erfolgen. Die in § 317 Abs. 1 BGB im Zweifel geltende Regelung ist im Erbbaurechtsvertrag ausdrücklich vereinbart.

Folge des dem Schiedsgutachter für die Bestimmung der Leistungspflicht der Beklagten eingeräumten Ermessens ist, daß seine Entscheidung nur in eingeschränktem Maße vom Gericht geprüft werden kann. Die Prüfung ist auf die Frage beschränkt, ob der Schiedsgutachter von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, sein Ermessen ausgeübt hat und hierbei von den Grundsätzen und Maßstäben ausgegangen ist, die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart sind, oder ob er bei Fehlen einer derartigen Vereinbarung den Zweck berücksichtigt hat, den die Vertragsschließenden verfolgt haben (RGRK/Ballhaus, BGB, § 319 Rdnr. 3). Eine gerichtliche Entscheidung, die Kriterien für die von dem Schiedsgutachter vorzunehmende Bestimmung vorgibt oder verbietet, hat darüber hinaus die aus § 319 Abs. 1 BGB resultierende weitergehende Beschränkung der Prüfbarkeit der Leistungsbestimmung des Dritten zu beachten. Dem wird das Berufungsurteil gerecht.

2. Bei der Auslegung von Vereinbarungen über die Anpassung von Erbbauzins muß zwischen Voraussetzungen und Folgen unterschieden werden (BGHZ 71, 277, 281; 74, 341, 344).

a) Nach dem Vertrag zwischen den Parteien ist der Erbbauzins im Abstand von jeweils zehn Jahren nach den „derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen“ festzusetzen. Voraussetzung der „erneuten“ Festsetzung sind damit einerseits das Verstreichen von zehn Jahren und andererseits eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Diese Voraussetzungen sind unstreitig gegeben, wobei das Berufungsgericht offengelassen hat, ob hiernach nur eine Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse oder auch eine besondere Wertsteigerung des Erbbaugrundstückes Voraussetzung der Neufestsetzung des Erbbauzinses sein soll. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin.

b) Folge der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse hat bei Ausbleiben einer Einigung über die Anpassung des Erbbauzinses gemäß § 6 Abs. 6 des Vertrages vom 9.4.1962 die Bestimmung von dessen Höhe durch den von der Industrie- und Handelskammer zu benennenden Sachverständigen als Dritten zu sein, der diese nach billigem Ermessen vorzunehmen hat, „wobei die Veränderung der Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen ist“.

Damit ist nach der ebenfalls nicht angegriffenen Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht die Änderung der Lebenshaltungskosten dem Sachverständigen als Kriterium verbindlich vorgegeben, ohne daß dieses allein deren Maß bestimmt. Insoweit hat der Sachverständige vielmehr billiges Ermessen walten zu lassen, welches die Nichtberücksichtigung der Steigerung des Grundstückswertes nach Ansicht des Berufungsgerichts ausschließt.

c) Dies ist nicht zu beanstanden. Das Grundstück der Klägerin war bei Bestellung des Erbbaurechts zugunsten der Beklagten zu gewerblichen Zwecken bebaut. Der Beklagten war gestattet, die vorhandene Bebauung niederzulegen. Machte sie von diesem Recht Gebrauch, war sie verpflichtet, „auf dem Grundstück unverzüglich neue Gebäude und Anlagen zu errichten, die dem Betriebe eines Kaufhauses dienen“, § 2 des Vertrages vom 9.4.1962.

Bei dieser Art der vorhandenen und festgeschriebenen Nutzung des Grundstücks ist die Einbeziehung des Bodenwertes als eines der Kriterien für die Anpassung des Erbbauzinses

grundsätzlich geboten (Senat, NJW 1975, 211 [= MittBayNot 1975, 99 = DNotZ 1975, 156]; NJW 1979, 1542, 1545; NJW 1993, 52 [= MittBayNot 1993, 8 = DNotZ 1993, 509]).

Die Einbeziehung der Steigerung des Grundstückswertes ist im vorliegenden Fall auch deswegen unverzichtbar, weil der Beklagten im Erbbaurechtsvertrag das Recht eingeräumt wurde, das Grundstück zu einem Vielfachen des Erbbauzinses zu erwerben. Dieser wirkt mithin unmittelbar auf den Kaufpreis für das Grundstück zurück, der Äquivalent des Eigentums ist. Die Steigerung des Bodenwertes nicht in die Bemessung der Anpassung des Erbbauzinses einzubeziehen, würde damit offenbar zu einem unbilligen Ergebnis führen.

d) Nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht auf den Wert des belasteten Grundstücks, und nicht, wie die Beklagte erstrebt, auf die durchschnittliche Wertentwicklung von Bauland in Deutschland abstellt. Der Wert des Grundstücks wird durch seine Belegenheit entscheidend mitbestimmt. Der durchschnittliche Preis von Bauland in den Preis des Erbbaugrundstückes nur insoweit ein, wie die Nachfrage nach Baugrundstücken allgemein deren Preise zu beeinflussen vermag. Ausdruck und damit Bedeutung für die Berechnung des Erbbauzinses findet die allgemeine Preisentwicklung von Grundstücken immer nur als einer von mehreren Bewertungsfaktoren des jeweiligen Grundstücks.

e) Nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht es für die von ihm getroffene Feststellung bedeutungslos angesehen hat, daß gerade das Betreiben eines Kaufhauses auf dem Grundstück zur Ansiedlung weiterer Ladengeschäfte in dessen Umfeld geführt hat und hierauf wiederum die mit der Einrichtung der Fußgängerzone einhergehende Steigerung des Grundstückswertes beruht. Der Betrieb eines Kaufhauses auf dem Grundstück war Ziel der Bestellung des Erbbaurechtes. Die Folgen seiner Verwirklichung können daher nicht zu Lasten der Klägerin als Grundstückseigentümerin außer Betracht gelassen werden.

3. Das dem Schiedsgutachter eingeräumte Bestimmungsrecht hat den Sinn, Streit zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden. Seine Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität werden vorausgesetzt. Bloße Zweifel oder kleinere Fehler der Leistungsbestimmung haben die Vertragsparteien hinzunehmen (MünchKomm-BGB/Gottwald, 3. Aufl., § 319 Rdnr. 1). Erst wenn die Unbilligkeit der Entscheidung sich sofort aufdrängt, wird dieser Rahmen überschritten (BGHZ 81, 229, 237; BGH, NJW 1979, 1885; MünchKomm-BGB/Gottwald, a.a.O., Rdnr. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl., § 319 Rdnr. 3). Dies ist etwa der Fall, wenn der Schiedsgutachter den Vertragsinhalt als Vorgabe des Bereichs des ihm eingeräumten Ermessens außer acht läßt (BGHZ 62, 314, 316) oder seine Bestimmung maßgeblich an einem Kriterium orientiert, das mit sachgerechter Überlegung schlechthin nichts gemein hat.

a) Dem Verfahren des Gutachters und den von ihm zur Leistungsbestimmung herangezogenen Kriterien kommt dabei grundsätzlich keine Bedeutung zu. Entscheidend ist allein das Ergebnis seiner Tätigkeit (BGHZ 9, 195, 198; BGH, NJW 1964, 2401; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdnr. 14; RGRK/Ballhaus § 319 Rdnr. 7; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rdnr. 5).

Diese Begrenzung der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Leistungsbestimmung führt dazu, daß vorweg durch ein gerichtliches Urteil grundsätzlich nur Kriterien ausgegrenzt werden können, deren Einbeziehung notwendig zu einem offenbar unbilligen Ergebnis bei der Bestimmung der

Leistungspflicht führen würde, und umgekehrt nur solche Kriterien vorgegeben werden können, deren Nichtbeachtung die Leistungsbestimmung in derselben Weise fehlerhaft werden ließe.

Diese Bedingungen können erfüllt sein, wenn, wie das Berufungsgericht annimmt, ein Ermessensspielraum des Dritten zur Frage von Einbeziehung oder Ausschneiden eines Kriteriums in seine Erwägungen nicht besteht. Hinzu kommen muß indessen, daß die Kompensation des zu Unrecht einbezogenen oder ausgeschiedenen Kriteriums durch andere Erwägungen des Dritten ausgeschlossen erscheint.

b) Die hierzu notwendige Beurteilung setzt grundsätzlich die Darstellung der Leistungsbestimmung in allen möglichen Alternativen durch das Gericht voraus. Das Berufungsgericht hat insoweit das Verlangen der Klägerin dem von der Beklagten zugestandenem und seit dem 1.1.1992 bezahlten Erbbauzins gegenübergestellt und hieraus gefolgert, daß eine Nichtberücksichtigung des gestiegenen Bodenwertes für die Bemessung des Betrages der Anhebung des Erbbauzins auf jeden Fall grob unbillig wäre. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich bedenklich.

Im vorliegenden Fall ist es allein deshalb nicht zu beanstanden, weil die Klägerin die Steigerung des Bodenwertes nur in gleichem Maße wie die Steigerung der Lebenshaltungskosten und – gemittelt – der Löhne und Gehälter in ihre Berechnung einbezogen hat und damit im Ergebnis die Steigerung des Bodenwertes nur mit einem Drittel in die Bestimmung des ihrer Meinung nach seit dem 1.1.1992 angemessenen Erbbauzins hat einfließen lassen. Die schon auf dieser Grundlage mehr als das Doppelte der Leistung der Beklagten betragende Differenz zeigt, daß das völlige Außerrachtlassen des Anstiegs des Wertes des Erbbaugrundstücks unter allen Umständen zu einem grob unbilligen Ergebnis der Leistungsbestimmung des Sachverständigen führen würde.

Damit erweist sich das Berufungsurteil als zutreffend.

7. BGB §§ 198, 315 Abs. 3 (*Gerichtliche Bestimmung eines angemessenen Erbbauzinses*)

**1. Zur Bestimmung eines angemessenen Erbbauzinses durch das Gericht nach § 315 Abs. 3 BGB.**

**2. Die Verjährung eines Anspruchs, der von gerichtlicher Leistungsbestimmung abhängt, beginnt nicht vor seiner Bestimmung durch Urteil.**

BGH, Urteil vom 24.11.1995 – V ZR 174/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte ist Betreiberin des Flughafens B.-T. Das Flughafen-gelände befindet sich auf Grundstücken des klagenden Landes (im folgenden Kläger) und der Bundesrepublik Deutschland. Diese haben bis zum 31.12.2024 Erbbaurechte zugunsten der Beklagten bestellt. Mit der Klage begehrt der Kläger festzustellen, daß die Beklagte für das Jahr 1986 für die von ihm überlassenen Grundstücke höheren Erbbauzins schulde.

Bei Bestellung des Erbbaurechts nahmen die Parteien den Verkehrswert der vom Kläger überlassenen Grundstücke mit rund 48 Millionen DM an, woraus sich unter Zugrundelegung einer Verzinsung von 6,5% p. a. ein von der Beklagten gemäß § 4 des Bestellsungsvertrages vom 21.9.1976 zu zahlender Erbbauzins in Höhe von rd. 3.100.000

DM ergab. In § 5 des Vertrages wurde jeder der Parteien das Recht eingeräumt, alle fünf Jahre die Vereinbarung einer Änderung dieses Betrages zu verlangen, sofern der Verkehrswert der Grundstücke sich zwischenzeitlich um mehr als 10% geändert hätte.

Da die Parteien sich einig waren, daß die Beklagte jährliche Zahlungen in dieser Höhe nicht erbringen konnte, verpflichtete sich der Kläger in § 6 des Vertrages, die Forderung auf Erhalt des vereinbarten Erbbauzinses nicht geltend zu machen, soweit diese 273.000 DM überstieg; dieser Betrag entsprach etwa 1% des Umsatzes der Beklagten im Jahr 1976. Im Vertrag heißt es insoweit weiter:

„(4) Die Vertragspartner werden erstmals zum 1. Januar 1978 und dann alle zwei Jahre über eine Erhöhung des geminderten Erbbauzinses verhandeln. Voraussetzung für eine Erhöhung ist, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Erbbauberechtigten wesentlich gebessert haben.

Als eine wesentliche Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse ist anzusehen, wenn sich die Umsatzentgelte des dem jeweiligen Überprüfungszeitpunkt vorangegangenen Kalenderjahres gegenüber den Umsatzentgelten, die bei der Festsetzung des zuletzt erhobenen ermäßigten Erbbauzinses zugrunde lagen, um 10% oder mehr erhöht haben.“

Der Umsatz der Beklagten erhöhte sich in der Folgezeit, weshalb die Parteien den Betrag der Zahlungsverpflichtung der Beklagten auf der Grundlage von 1% ihres Jahresumsatzes 1979 ab dem 1. Januar 1980 mit 320.000 DM vereinbarten. Mit Schreiben vom 14. April 1986 teilte die Beklagte mit, daß die Erhöhung ihres Umsatzes im vorausgegangenen Jahr mit 44.042.282,46 DM wiederum die vereinbarte Schwelle überschritten habe, und bot dem Kläger die Erhöhung ihrer Zahlungspflicht auf 440.423 DM an. Der Kläger lehnte das Angebot der Beklagten ab, weil der Verkehrswert der Grundstücke zwischenzeitlich auf 98 Millionen DM gestiegen und die Zahlungsverpflichtung der Beklagten allmählich auf 6,5% des Grundstückswertes anzuhoben sei.

Die Beklagte zahlte in der Folgezeit den Betrag von 440.423 DM. Eine weitergehende Zahlungsverpflichtung für das Jahr 1986 stellt sie in Abrede.

Mit der Klage begehrt der Kläger festzustellen, daß die Beklagte für das Jahr 1986 insgesamt 879.405 DM zu zahlen habe, was 2% aus dem zugrundezulegenden Umsatz der Beklagten im Jahr 1985 entspreche.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und geltend gemacht, eine Erhöhung ihrer Zahlungsverpflichtung über 1% des maßgebenden Umsatzes hinaus habe zu unterbleiben, weil sie aufgrund vorgegebener Landegebühren weiterhin Verluste in Millionenhöhe erwirtschaftete.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision tritt die Beklagte dem Klageanspruch weiterhin entgegen. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die für das Jahr 1986 festzustellende Forderung des Klägers sei nicht verjährt. Im Hinblick auf das Fehlen einer Einigung der Parteien über den Betrag der vorzunehmenden Anpassung sei dieser durch das Gericht entsprechend § 315 Abs. 3 BGB festzusetzen. Bei der Bestimmung des angemessenen Erbbauzinses sei grundsätzlich vom Bodenwert auszugehen. Der vereinbarte Verzicht auf einen Teil des aus diesem errechneten Erbbauzinses habe dazu gedient, die schwierige Anlaufphase des Flughafens zu erleichtern, dessen Betrieb im Interesse des Klägers liege. Dem Vertrag könne nicht entnommen werden, daß der Verzicht eine Dauerregelung bedeute. Der von der Beklagten geschuldete Erbbauzins sei vielmehr allmählich dem aus dem Grundstückswert errechneten Zins anzugleichen, weil sonst die Bestimmungen der §§ 4, 5 des Ver-

trages zwischen den Parteien leerliefen. Der Ertragslage der Beklagten komme dabei keine Bedeutung zu. Dem entspreche es, daß die Beklagte auf der Grundlage eines im wesentlichen gleichlautenden Vertrages an die Bundesrepublik Deutschland inzwischen Erbbauzins in Höhe von nahezu 6,5% des angenommenen Verkehrswertes für die von dieser bereitgestellten Grundstücke zahle.

II. Dies hält den Angriffen der Revision stand.

1. Der Vertrag vom 21. September 1976 enthält keine Regelung, was bei Ausbleiben einer Einigung über die Erhöhung des Erbbauzinses, § 5, oder einer Änderung des Betrages des vereinbarten Verzichts, § 6, zu geschehen hat. Die Regelungslücke hat das Berufungsgericht dadurch geschlossen, daß es den Vertrag dahin auslegt, daß entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Bestimmung durch Urteil zu erfolgen hat (BGH WM 1978, 228; BGHZ 71, 276, 284 [= DNotZ 1978, 616]). Dies nimmt die Revision hin.

Die Klage kann dabei unmittelbar auf Zahlung des nach Meinung des Gläubigers vom Schuldner zu leistenden Betrages gerichtet werden (BGHZ 41, 271, 280).

2. Die Bestimmung des von der Beklagten für das Jahr 1986 geschuldeten Erbbauzinses durch das Berufungsgericht bedeutet die Ausübung des diesem zugewiesenen Ermessens. Das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, das Berufungsurteil darauf zu prüfen, ob alle wesentlichen Umstände Beachtung gefunden haben (BGHZ 23, 175, 183; BGH WM 1981, 799), die Grenzen der Ermessensausübung eingehalten sind (Zöller/Gummer, ZPO, 19. Aufl., § 550 Rdnr. 14; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., §§ 549, 550 Rdnr. 20) und in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wurde (BGHZ 115, 311, 321).

Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf. (Wird ausgeführt.)

8. BGB §§ 242, 5350, 1004; WEG § 15 Abs. 3 (Kein Kündigungsrecht des Vermieters, wenn mietvertraglich vereinbarter Gebrauch nach der Gemeinschaftsordnung unzulässig ist)

**Es gehört zum Risikobereich des Vermieters, daß die Vermietung von Teileigentum mit der Gemeinschaftsordnung vereinbar ist. Wurde ihm gemäß § 15 Abs. 3 WEG die Vermietung untersagt, kann er sich in der Regel nicht deswegen durch Kündigung aus wichtigem Grund von dem Mietverhältnis lösen.**

BGH, Urteil vom 29.11.1995 – XII ZR 230/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger, Teileigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses in M., vermieteten dem Beklagten am 22.11.1983 in ihrem Sondereigentum stehende Räume zum Betriebe eines Cafes und Restaurants. Das Mietverhältnis wurde auf zehn Jahre abgeschlossen mit einer Option des Mieters auf weitere fünf Jahre. In der Gemeinschaftsordnung, die Bestandteil der Teilungserklärung ist und am 23.12.1983 beurkundet wurde, wurde die Nutzung der angemieteten Räume als Laden- bzw. Lagerräume gestattet.

Der Beklagte betrieb im Mietobjekt ein Speiserestaurant, das auch in den Abendstunden geöffnet war. Die Eigentümerin der darüber-

liegenden Wohnung fühlte sich durch von dem Betrieb ausgehende Lärm- und Geruchseinwirkungen belästigt und nahm die Kläger gemäß § 15 Abs. 3 WEG auf Unterlassung einer der Gemeinschaftsordnung widersprechenden Nutzung in Anspruch. Durch Beschluß des Amtsgerichts M. vom 4.10.1989 wurde den Klägern untersagt, in den Räumen des Mietobjekts eine Speisegaststätte mit Abendbetrieb zu führen oder die Führung einer solchen zu ermöglichen. Von den Klägern hiergegen eingelegte Rechtsmittel wurden zurückgewiesen. Ihre Bemühungen, den Beklagten zu einer einvernehmlichen Verlegung seines Betriebes zu bewegen, führten nicht zum Erfolg, da dieser auf seine Investitionen und die gute Einführung des Restaurants verwies. Durch Beschluß des Amtsgerichts M. vom 23.4.1992 wurde den Klägern für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die rechtskräftige Unterlassungsverpflichtung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 50.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, angedroht.

Mit der Klage verlangten die Kläger die Räumung des Mietobjekts aufgrund in der Klageschrift ausgesprochener fristloser Kündigung sowie die Feststellung, daß der Beklagte den durch die vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses bedingten Schaden zu erstatten habe und nicht seinerseits entgangenen Gewinn fordern könne, hilfsweise die Feststellung, daß dem Beklagten kein Optionsrecht auf Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31.7.1994 hinaus zustehe. Das Landgericht wies die Klage insgesamt ab. Auf die Berufung der Kläger, die sich lediglich gegen die Abweisung ihres Räumungsbegehrens richtete, gab das Oberlandesgericht der Klage insoweit statt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Standpunkt weiter, daß die Kündigung der Kläger nicht zu einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses geführt habe und das Räumungsbegehren daher unbegründet sei. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Kläger die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach den §§ 553, 554a BGB oder nach § 554 BGB nicht dargetan hätten. Gleichwohl habe die mit der Klage ausgesprochene Kündigung zur vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses zwischen den Parteien geführt, weil im Sinne des allgemeinen Kündigungsrechts ein wichtiger Grund vorgelegen habe. Dazu führt es aus, mit Rechtskraft der Nutzungsuntersagung durch den Beschluß des Amtsgerichts M. vom 4.10.1989 sei der Betrieb eines Speiserestaurants in den Mieträumen unzulässig geworden. Vermiete ein Wohnungseigentümer Räume, die nach der Teilungserklärung als Laden- oder Lagerräume ausgewiesen seien, zum Betrieb einer Gaststätte, so könne ursprüngliches oder nachträgliches Unvermögen vorliegen, das die Leistungspflicht des Vermieters entfallen lasse, diesen allerdings zum Schadensersatz aus § 325 BGB oder § 538 BGB verpflichte. So liege es im vorliegenden Fall. Jedenfalls durch den Widerspruch der anderen Wohnungseigentümer gegen die Gaststättennutzung sei nachträgliches Unvermögen der Kläger im Hinblick auf ihre Hauptleistungspflicht aus dem Mietvertrag eingetreten. Darin sei zugleich ein wichtiger Grund für die Beendigung des Mietverhältnisses zu sehen, der die Kündigung der Kläger rechtfertige. Über eine Pflicht zum Schadensersatz gegenüber dem Beklagten sei nicht zu befinden.

2. Diese Ausführungen halten, wie die Revision zu Recht rügt, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die Kläger haben dem Beklagten am 22.11.1983 Räume zum Betriebe eines Restaurants vermietet. Durch die am 23.12.1983, also nachfolgend, beurkundete Teilungserklärung wurde die Nutzung der vermieteten Räume im Verhältnis der Wohnungseigentümer zueinander als Laden- bzw. Lagerräume festgelegt. Soweit der Mietgebrauch dieser Nutzungsregelung zuwiderlief, erwuchs den anderen Teil- und Wohnungseigentümern zum einen das Recht, den Kläger gemäß

§ 15 Abs. 3 WEG auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, zum anderen aber auch die rechtliche Möglichkeit, unmittelbar gegen den Beklagten nach § 1004 BGB vorzugehen und die Beseitigung von Störungen zu verlangen. Ab dem Zeitpunkt, in dem sich das Recht der anderen Wohnungseigentümer für den Beklagten als Beeinträchtigung seines Mietgebrauchs auswirkte, war im Verhältnis der Parteien zueinander von einem Rechtsmangel im Sinne des § 541 BGB auszugehen, der u.a. eine Haftung der Kläger auf Schadensersatz gemäß § 538 BGB auslösen kann; daneben war der Beklagte berechtigt, nicht aber verpflichtet, das Mietverhältnis gemäß § 542 BGB fristlos zu kündigen (vgl. dazu im einzelnen Senatsurteil, NJW-RR 1995, 715 m.w.N.). Wie das Berufungsgericht verkannt hat, verdrängen im Anwendungsbereich des § 541 BGB die speziellen Regelungen des Mietrechts die allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit und Unvermögen, so daß eine Befreiung der Kläger von ihrer Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 2 BGB nicht angenommen werden kann (vgl. BGHZ 63, 132, 137; BGH, NJW 1991, 3277 f. m.w.N.; *Kraemer in Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl., Kap. III Rdnr. 1422; *Merle* WE 1993, 148). Es wäre auch ungereimt, einen Schadensersatzanspruch des Mieters zu bejahen, obwohl der Vermieter berechtigt gekündigt hat, wie es Konsequenz der Auffassung des Berufungsgerichts wäre (vgl. dazu *Grapentin in Bub/Treier* a.a.O. Kap. IV Rdnr. 142).

b) Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum auf die Frage eingegangen wird, ob sich in Fällen der vorliegenden Art der Vermieter durch Kündigung aus wichtigem Grunde von dem Vertrag mit dem Mieter lösen kann, wenn er von anderen Teil- oder Wohnungseigentümern erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch genommen worden ist, wird die Frage verneint (vgl. LG Bonn, WuM 1990, 503; OLG Karlsruhe, MDR 1994, 59; *Weitmaier*, WEG, 9. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 4; *Bub*, Partner im Gespräch Nr. 26 (1987) 137, 145; *Merle* a.a.O.; offen gelassen von BayObLG NJW-RR 1991, 658; KG WuM 1989, 39, 40). Auch nach Auffassung des Senats ist ein Kündigungsrecht zu verneinen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Kündigung aus wichtigem Grunde auf Umstände, die dem Einfluß des Kündigungsgegners entzogen sind und die aus den eigenen Interessen des Kündigenden hergeleitet werden, nur ausnahmsweise gestützt werden, nämlich wenn die Voraussetzungen gegeben sind, die nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Lösung vom Vertrage berechtigen. Liegen die Gründe aber in dem Risikobereich einer Partei, geben sie grundsätzlich nicht das Recht, sich unter Berufung auf § 242 BGB von einem Vertrage zu lösen, weil die Rechtsfolgen einer Änderung der Geschäftsgrundlage nicht zu einer Beseitigung der im Vertrage liegenden Risikoverteilung führen dürfen (vgl. BGH, WM 1971, 1300, 1302 und WM 1981, 66, 67; ebenso *Grapentin in Bub/Treier* a.a.O. Kap. IV Rdnr. 196; *Wolf/Eckert* Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 7. Aufl., Rdnr. 1008; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., Teil IV Rdnr. 528). Nach diesen Grundsätzen muß ein Kündigungsrecht des Vermieters in Fällen der vorliegenden Art in der Regel ausscheiden, weil es in dessen Risikobereich liegt, daß die Vermietung von Teileigentum mit der Gemeinschaftsordnung vereinbar ist, und weil demgemäß bei einer Unvereinbarkeit die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage die Lösung des Vermieters vom Vertrage nicht rechtfertigen.

c) Die Umstände des vorliegenden Falles rechtfertigen keine Ausnahme. Die Kläger haben es selbst zu vertreten, daß sie

nach Abschluß des Mietvertrags einer damit unvereinbaren Teilungserklärung zugestimmt haben. Ordnungsmittel aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts M. vom 4.10.1989 sind ihnen zwar bereits angedroht, aber noch nicht gegen sie verhängt worden. Voraussetzung für eine Verhängung wäre gemäß § 45 Abs. 3 WEG i.V. mit § 890 ZPO eine schuldhaftes Zuwiderhandlung. Es ist aber zweifelhaft, ob im Hinblick darauf, daß die Kläger, wenn auch erfolglos, einen Räumungsprozeß geführt und darüber hinaus versucht haben, den Beklagten zu einer einvernehmlichen Lösung zu bewegen, von dem erforderlichen schuldhaften Verhalten ausgegangen werden kann. Nach der Rechtsprechung ist von einem Unterlassungsschuldner in Fällen der vorliegenden Art nur zu verlangen, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren darauf hinzuwirken, daß der Mieter die unzulässige Nutzung schon vor der Beendigung des Mietverhältnisses unterläßt (vgl. BayObLG, NJW-RR 1994, 527, 528 m.w.N.; OLG Stuttgart, OLGZ 1993, 65, 67). Deswegen wird auch das Vorgehen der Teil- und Wohnungseigentümer nach § 15 Abs. 3 WEG als „weitgehend stumpfe Waffe“ bezeichnet und nur die unmittelbare Inanspruchnahme des Mieters gemäß § 1004 BGB als effektiv angesehen (vgl. *Bub* a.a.O. S. 147).

9. WEG §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 2, 5 (*Haftung des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers für Wohngeldvorschüsse*)

**Der ausgeschiedene Wohnungseigentümer haftet auch nach einer nach seinem Ausscheiden beschlossenen Jahresabrechnung den anderen Wohnungseigentümern weiter aus dem Wirtschaftsplan für die Wohngeldvorschüsse, welche während des Zeitraums, als er Wohnungseigentümer war, fällig geworden sind.**

BGH, Beschluß v. 30.11.1995 – V ZB 16/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Antragsgegner ist mit den Wohnungs- und Teileigentumseinheiten Nrn. 1 bis 10, 35 und 36 Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Seine weiteren Einheiten Nrn. 22 bis 24 und 33 veräußerte er im Jahre 1991; die Umschreibung im Wohnungsgrundbuch erfolgte am 2.1.1992.

Die mit dem am 20.12.1990 beschlossenen Wirtschaftsplan 1991 festgesetzten Wohngeldvorschüsse leistete der Antragsgegner nicht. An der Beschlußfassung vom 6.2.1992 über die Jahresabrechnung 1991 war er mit den ihm verbliebenen Einheiten beteiligt. Die auf ihn entfallenden Einzelabrechnungen 1991 glich er nicht aus.

Die Antragsteller verlangen vom Antragsgegner das rückständige Wohngeld. Das Amtsgericht hat ihn verpflichtet, 81.677,06 DM zu bezahlen. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat das Landgericht diese Entscheidung abgeändert und den Antrag hinsichtlich der veräußerten Einheiten in Höhe von 10.039,98 DM abgewiesen. Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller, mit der diese die Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts erstreben, möchte das Oberlandesgericht zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 15.4.1990, WE 1990, 220 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 Abs. 1 WEG, 28 Abs. 2 FGG).

Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, daß die unangefochtene Billigung einer Jahresabrechnung durch die Wohnungseigentümer den für das abgerechnete Jahr bestehenden Wirtschaftsplan aufhebt. Zahlungsansprüche bestünden dann nur noch aus der Jahresabrechnung. Beim Ausscheiden eines Wohnungseigentümers im Zeitraum zwischen dem Beschluß über den Wirtschaftsplan und der Genehmigung der Jahresabrechnung führe dies dazu, daß der frühere Wohnungseigentümer aus dem Wirtschaftsplan nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, wenn er keine oder unzureichende Vorschüsse geleistet habe; eine Inanspruchnahme aus der Jahresabrechnung verbiete sich, da diese ohne seine Mitwirkung zustande gekommen sei.

Demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht in der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung vom 19.4.1990 die Auffassung vertreten, daß der ausgeschiedene Wohnungseigentümer weiterhin für rückständige Wohngeldvorschüsse hafte, soweit sich die beschlossene Vorschußzahlung nicht aufgrund einer nach seinem Ausscheiden beschlossenen Abrechnung als überhöht erweise. Insoweit komme der Wirtschaftsplan auch nach der Beschlußfassung über die Jahresabrechnung noch als Rechtsgrundlage in Betracht.

Die beiden Gerichte sind mithin unterschiedlicher Ansicht in der Frage, wie § 28 WEG auszulegen ist. Dies rechtfertigt die Vorlage.

II. Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG; §§ 27, 29 FGG) und begründet.

1. ...

2. a) Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Landgerichts, daß der Beschluß der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung 1991 für den Antragsgegner keine Verpflichtung zur Wohngeldzahlung für die zum Zeitpunkt der Beschlußfassung bereits veräußerten Einheiten begründet hat.

Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer den anderen gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Nach § 28 WEG hat der Verwalter für jeweils ein Kalenderjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen und nach Ablauf des Kalenderjahres eine Abrechnung zu erstellen; über Wirtschaftsplan und Abrechnung beschließen die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit. Ihre Verpflichtung im Innenverhältnis erfolgt nicht bereits mit Entstehung der Lasten und Kosten, sondern erst durch den Beschluß. Daraus folgt zugleich, daß ein solcher Beschluß Verbindlichkeiten nur für die zur Beschlußfassung berufenen Wohnungseigentümer, nicht aber für deren Rechtsvorgänger begründen kann, denn sonst läge insoweit ein – unzulässiger – Gesamttakt zu Lasten Dritter vor (BGHZ 104, 197, 203 [= MittBayNot 1988, 178 = DNotZ 1989, 148]). Dies gilt auch für den Fall, daß ein Wohnungseigentümer nur hinsichtlich eines Teils seiner Einheiten ausscheidet, im übrigen aber an der Beschlußfassung über die Jahresabrechnung teilnimmt. Denn die aus dem Wohnungseigentum sich ergebenden Rechte und Pflichten nach § 16 Abs. 2 WEG sind nicht personenbezogen, sondern an die jeweilige Einheit geknüpft. Die Beschlußfassung bindet den einzelnen Wohnungseigentümer deshalb auch nur insoweit.

b) Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung, der Antragsgegner könne auch nicht mehr wegen der Verpflichtung zur Vorschußzahlung aus dem Wirtschaftsplan 1991 in Anspruch genommen werden, weil dieser durch die spätere Jahresabrechnung „überhört“ worden sei und deshalb vollständig seine Bedeutung verloren habe. Während der Wirtschaftsplan wie ein Haushaltsplan am voraussichtlichen Finanzbedarf der Gemeinschaft orientiert ist, werden in der Jahresabrechnung die tatsächlichen, im Geschäftsjahr eingegangenen Gesamteinnahmen und geleisteten Gesamtausgaben erfaßt und gegenübergestellt (Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 28 Rdnr. 3 WEG). Sie legt bindend fest, welche Ausgaben als Lasten und Kosten der Gemeinschaft zu behandeln sind. Demgemäß werden diese nach dem jeweils maßgebenden Verteilungsschlüssel auf die einzelnen Wohneinheiten umgelegt. Soweit der fällige Vorschuß zum Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Jahresabrechnung nicht gezahlt ist, kommt diesem Beschluß nur eine den Wirtschaftsplan bestätigende oder rechtsverstärkende Wirkung zu. Die Wohnungseigentümer bezwecken grundsätzlich keine Schuldumschaffung im Sinne einer Novation, d.h. Aufhebung des Beschlusses über den Wirtschaftsplan und vollständige Ersetzung durch den Beschluß über die Jahresabrechnung. Dies widerspräche ihrem Interesse an dem Erhalt der etwaigen für die Vorschußforderung bestehenden Sicherungs- und Vorzugsrechte und der wegen Verzugs entstandenen Schadensersatzansprüche. Damit hat der Beschluß der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnung grundsätzlich hinsichtlich der noch offenen Vorschußforderungen bestätigende oder rechtsverstärkende Wirkung und begründet hinsichtlich des Teils des nach der Einzelabrechnung auf den jeweiligen Wohnungseigentümer entfallenden Betrages, der die nach dem Wirtschaftsplan beschlossenen Vorschüsse übersteigt, einen neuen (originären) Anspruchsgrund (vgl. BGH, NJW 1994, 1866, 1867; Wenzel, WE 1994, 353, 357 f.; Hauger, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 353, 360 ff.; Schnauder, WE 1991, 31, 33 ff.). Diese grundsätzlichen Erwägungen gelten erst recht für den hier gegebenen Fall, daß der aus dem Wirtschaftsplan mit einer Vorschußpflicht belastete Wohnungseigentümer noch vor der Beschlußfassung über die Jahresabrechnung aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschieden ist. Denn dann würden die verbleibenden Wohnungseigentümer ihren vorschußpflichtigen Schuldner durch eine insoweit novierende Jahresabrechnung ersatzlos aus seiner Verbindlichkeit entlassen. Eine solche interessenwidrige Auslegung verstieße besonders deutlich gegen den Erfahrungssatz, daß im Zweifel niemand ohne Not eigene Rechte aufgibt.

c) Ob einem Beschluß über die Jahresabrechnung gegenüber einem Beschluß über den Wirtschaftsplan überhaupt eine novierende Wirkung beigemessen werden und unter welchen Voraussetzungen dies gegebenenfalls geschehen kann (vgl. BGH a.a.O.), bedarf hier keiner Entscheidung. Für einen schuldumschaffenden Willen der Mehrheit, die den Beschluß über die Jahresabrechnung trägt, sind Anhaltspunkte weder festgestellt noch vorgetragen.

**Die Betriebsstilllegung und die damit verbundene Aufhebung der Zubehöreigenschaft der Betriebseinrichtung gehen über die Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hinaus. Die Zubehörstücke werden in einem solchen Fall auch dann nicht von der Haftung frei, wenn der einzige Grundpfandgläubiger ihrem Verkauf – ohne Entfernung vom Grundstück – zustimmt und der Erlös zu seiner Befriedigung verwendet wird.**

BGH, Urteil v. 30.11.1995 – IX ZR 181/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Maschinenfabrik F. O. GmbH & Co. KG war seit 1982 Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks in F., das unter anderem mit einer 1981 in Abteilung III Nr. 4 des Grundbuchs zugunsten der Streithelferin der Beklagten, einer Bank, eingetragenen Grundschuld über 1,5 Mio DM belastet war. Am 1.8.1985 wurde über das Vermögen der Eigentümerin das Konkursverfahren eröffnet; am 30.9.1985 wurde die Zwangsverwaltung über das Betriebsgrundstück angeordnet. Am 6.12.1985 vermietete der Zwangsverwalter das Grundstück nebst in einer Anlage aufgeführten Maschinen und Werkzeugen, die im Eigentum der Gemeinschaftsdnerin standen, an die Beklagte, die dort anschließend ihren Betrieb ausübte. Die Laufzeit des Mietvertrags war zunächst bis zum 31.1.1986 begrenzt und verlängerte sich mangels Kündigung jeweils monatlich. Mit Vertrag vom 28.1.1986 verkaufte und übereignete der Konkursverwalter die Maschinen und Werkzeuge an die Beklagte, nachdem zuvor die Zwangsverwaltung diesbezüglich nach entsprechender Freigabe der Gegenstände seitens der Streithelferin durch Beschluß vom 12.12.1985 aufgehoben worden war. Die Streithelferin stimmte dem Verkauf zu. Den Kaufpreis zahlte die Beklagte an die Streithelferin, die ihn mit ihren Forderungen gegen die Gemeinschaftsdnerin verrechnete. Die Maschinen und Werkzeuge blieben weiterhin auf dem Betriebsgrundstück und wurden dort von der Beklagten genutzt. Am 22.12.1987 ordnete das Amtsgericht Köln auf Antrag der Streithelferin wegen der in Abteilung III Nr. 4 des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld die Zwangsversteigerung des Grundstücks an. Mit Beschluß vom 26.9.1989 wurde es den Klägern zu je hälftigem Miteigentum zugeschlagen. Nach dem Zuschlag kündigten die Kläger den Mietvertrag gegenüber der Beklagten. Diese gab das Grundstück geräumt heraus, nahm jedoch die von ihr gekauften Maschinen und Werkzeuge mit.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Herausgabe dieser Gegenstände und Zahlung einer Nutzungsentschädigung für das Jahr 1990 abgewiesen. Der Senat hat die Revision der Kläger nur hinsichtlich der Herausgabeklage angenommen. Insoweit verfolgen die Kläger mit ihrer Revision die Klageansprüche weiter. Die Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß sich die Frage, ob die Kläger durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung zusammen mit dem Grundstück auch das Eigentum an den mit der Klage herausverlangten Gegenständen erworben haben, gemäß §§ 90 Abs. 2, 55 Abs. 1, 20 Abs. 2 ZVG danach beantwortet, ob sich auf sie nach der in den §§ 1120 ff. BGB enthaltenen Regelung die dingliche Haftung zugunsten eines Hypothekengläubigers erstreckte. Es hat hierzu rechtsfehlerfrei festgestellt, daß es sich bei den Maschinen und sonstigen Geräten um ursprünglich im Eigentum der Grundstückseigentümerin stehendes Zubehör im Sinne der §§ 97 Abs. 1, 98 Nr. 1 BGB handelte. Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend ausgeführt, daß die Gegenstände nicht dadurch aus dem Hypothekenhaftungsverband ausgeschieden sind, daß sie am 6. Dezember 1985 durch den Vertrag mit dem Zwangsverwalter an die Beklagte vermietet worden sind; denn sie blieben auch danach dazu be-

stimmt, dem Zweck des als solches ebenfalls an die Beklagte vermieteten Betriebsgrundstücks zu dienen. Schließlich ist, wie das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsfehler angenommen hat, der Enthftungstatbestand des § 1121 Abs. 1 BGB nicht deshalb erfüllt, weil der Konkursverwalter die Gegenstände am 28. Januar 1986 – und damit vor der Beschlagnahme des Grundstücks am 22. Dezember 1987 – an die Beklagte veräußert hat; denn das veräußerte Inventar ist bis zur Beendigung des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht von dem Grundstück entfernt worden.

2. Das Berufungsgericht hat jedoch gemeint, mit der Veräußerung am 28. Januar 1986 sei auch die Zubehöreigenschaft der Inventargegenstände aufgehoben worden; damit seien sie unter dem Gesichtspunkt des § 1122 Abs. 2 BGB aus der Hypothekenhaftung ausgeschieden. Es hat dazu festgestellt, daß spätestens in der Veräußerung eine dauernde Betriebsstilllegung durch den Konkursverwalter zu sehen sei; ohne Maschinen, Werkzeuge und Büroeinrichtung habe die Gemeinschaftsdnerin ihren Betrieb nicht mehr ausüben können.

Diese Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht geteilt werden. Dabei mag offenbleiben, ob, was die Revision bezweifelt, die Zubehöreigenschaft des Inventars durch die vom Berufungsgericht in der Veräußerung gesehene Betriebsstilllegung überhaupt aufgehoben worden ist. Eine Enthftung der im Streit befindlichen Gegenstände ist jedenfalls deswegen nicht eingetreten, weil es sich bei der Veräußerung nicht, wie § 1122 Abs. 2 BGB es voraussetzt, um eine Maßnahme innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft handelte. Das Berufungsgericht begründet seine gegen-teilige Auffassung damit, daß die Bindung der Enthftung an eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung dem Interesse der Grundpfandgläubiger an einer Erhaltung der Haftungsmasse diene; dieses Interesse sei hier nicht gefährdet worden, weil die Streithelferin die einzige Grundpfandgläubigerin gewesen sei und als solche den Veräußerungserlös erhalten habe. Mit dieser Erwägung läßt sich eine Enthftung nicht begründen.

Die endgültige Stilllegung des gesamten auf einem Fabrikgrundstück durchgeführten Betriebes und die damit verbundene Aufhebung der Zubehöreigenschaft der Betriebseinrichtung gehen, wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, über die Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hinaus und führen deshalb nicht zu einer Haftungsfreistellung der bisherigen Zubehörgegenstände (BGHZ 56, 298, 299 f.; BGHZ 60, 267, 269 f. [= DNotZ 1973, 596]). Das beruht darauf, daß das durch die Bestimmungen der §§ 1121, 1122 BGB gegenüber den Belangen der Grundpfandgläubiger geschützte Interesse des Eigentümers an einer sachgemäßen Nutzung und erfolgreichen Bewirtschaftung seines Grundstücks, die die Möglichkeit der Verfügung über Zubehörstücke voraussetzen, nach der Stilllegung des Betriebes nicht mehr besteht. Wird im Anschluß daran das Betriebsvermögen veräußert oder dessen Zweckbestimmung in sonstiger Weise geändert, so geht es nicht mehr um eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit, sondern nur noch um die bestmögliche Verwertung des Vermögens. Eine solche Maßnahme rechtfertigt es nicht, das Interesse der Grundpfandgläubiger an der Möglichkeit des Zugriffs auf das Grundstückszubehör hinter das Verwertungsinteresse des Eigentümers – im Konkurs: der Gesamtheit der Gläubiger – zurücktreten zu lassen.

Das Berufungsgericht, das diese den §§ 1120 ff. BGB zugrundeliegende Interessenabwägung gesehene hat, hat gleichwohl gemeint, gerade sie führe im vorliegenden Fall zur Enthftung der Inventargegenstände. Diese seien im Wege der

Veräußerung zugunsten der Streithelferin als der einzigen Grundpfandgläubigerin, die dem Verkauf zugestimmt und den Erlös erhalten habe, verwertet worden. Indessen über- sieht eine solche Betrachtung, daß die Regelung des Hypo- thekenhaftungsverbands ein über das Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und etwaigen tatsächlich vorhan- denen Grundpfandgläubigern hinausreichendes Ordnungs- gefüge darstellt, das die Interessen der Beteiligten nicht nach den konkreten Gegebenheiten, sondern lediglich in typisierter Form berücksichtigt. Die Verweisung des Zwangsversteige- rungsrechts auf den Umfang des Hypothekenhaftungsver- bands (§ 20 Abs. 2 ZVG) legt die Reichweite des Zwangs- versteigerungsbeschlags unabhängig davon fest, ob im jewei- ligen Einzelfall überhaupt Grundpfandgläubiger vorhanden und inwieweit solche dinglichen Gläubiger bereits befriedigt sind; die §§ 1120 ff. BGB gelten insoweit auch, wenn die Zwangsversteigerung etwa von einem persönlichen Gläu- biger betrieben wird und das Grundstück nicht durch Grund- pfandrechte belastet ist. Der gesetzlich bestimmte Haftungsumfang ist für die Entschließungen der Bieter und Ersterher im Zwangsversteigerungsverfahren maßgebend. Das bedeutet zwar auf der einen Seite, daß ihr etwaiges Vertrauen, rechtlich nicht Zubehör darstellende Gegenstände würden mitversteigert, nicht geschützt wird (BGH NJW 1984, 2277, 2278), auf der anderen Seite aber auch, daß sie sich darauf müssen ver- lassen können, daß sie mit dem Zuschlag alle Sachen erwerben, auf die sich die Haftung nach §§ 1120 ff. BGB erstreckt (Zeller/Stöber, ZVG, 14. Aufl., § 55 Rdnr. 3.2). Dies läßt eine Bestimmung des Haftungsumfangs nach den im konkreten Fall im Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und et- waigen Grundpfandgläubigern bestehenden Besonderheiten nicht zu. Aus diesem Grunde haben auch vertragliche Verein- barungen über den Umfang der dinglichen Grundstückshaf- tung nur im Verhältnis zwischen den daran Beteiligten Gel- tung (RGZ 125, 362, 365). Daß im vorliegenden Fall der Wert des Zubehörs der Streithelferin unter Umständen zweimal als Haftungsobjekt dienen könnte, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das dies für nicht rechtens hält, kein Ge- sichtspunkt, der eine andere Beurteilung rechtfertigt. Die Auswirkungen, die sich daraus ergeben, daß die Beklagte die Gegenstände nicht lastenfrei erworben hat, dürften sich im Verhältnis zwischen ihr und der Streithelferin ausgleichen lassen; die Kläger als die Ersterher des Grundstücks werden davon jedenfalls nicht berührt.

3. Die auf den gesetzlichen Bestimmungen beruhende Einbe- ziehung des Zubehörs in das Zwangsversteigerungsverfahren hätte dadurch eingeschränkt oder beseitigt werden können, daß die Streithelferin dies in ihrem Antrag auf Einleitung des Verfahrens zum Ausdruck gebracht hätte und das Zwangsver- steigerungsverfahren entsprechend gestaltet worden wäre. Dies ist jedoch nicht geschehen. Die das Zubehör betreffende Rücknahme des Antrags im vorangegangenen, insoweit damals bereits aufgehobenen Zwangsverwaltungsverfahren hatte für die Zwangsversteigerung keine Bedeutung. Der die Beschlagnahme bewirkende Zwangsversteigerungsbeschuß vom 22. Dezember 1987 enthält keine dahingehende Ein- schränkung. Auch der Umstand, daß das vom Versteigerungs- gericht eingeholte Gutachten über den Grundstückswert das Zubehör als „im Eigentum des derzeitigen Mieters“ stehend nicht in die Bewertung einbezog, ändert an der Erstreckung der Versteigerung und des Zuschlags auf das Zubehör nichts. Dieses ist nicht deswegen stillschweigend von der Versteige- rung ausgenommen worden, weil das Versteigerungsgericht sich mit jenem Gutachten begnügt hat. Derartige Einschrän- kungen des Versteigerungsumfangs müssen nicht nur in die

Versteigerungsbedingungen (§ 59 Abs. 1 ZVG), sondern auch in den Zuschlagsbeschuß aufgenommen werden (RGZ 127, 272, 274; Zeller/Stöber, a. a. O. Rdnr. 3.9). An alledem fehlt es hier. Entgegen der von der Revisionserwiderung der Streithel- ferin geäußerten Ansicht steht nicht fest, daß den Klägern mit dem Eigentum an den Gegenständen der Betriebseinrichtung ein von ihnen selbst nicht erwarteter Vorteil zugefallen wäre. Es ist nicht festgestellt, daß der Inhalt des Wertgutachtens ihnen bekannt und damit Grundlage ihres Gebots war. Sie waren auch nicht dazu verpflichtet, das Gutachten einzu- sehen.

11. WEG §§ 21, 22, 23, 27 (*Prüfungskompetenz des Ver- walters, sofern er nach der Gemeinschaftsordnung die Durch- führung bestimmter baulicher Maßnahmen genehmigen muß*)

1. **Bestehen ernstliche Zweifel, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der beantragten Zustimmung zur bau- lichen Veränderung des Wohnungseigentums vorliegt, ist der Verwalter, auch wenn er gewerblich tätig wird, befugt, die Wohnungseigentümer um eine Weisung anzugehen.**
2. **Holt der Verwalter über die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung zu einer bau- lichen Veränderung vorliegt, eine Weisung der Woh- nungseigentümer ein, hat er, wenn er gewerblich tätig wird, die Eigentümer über die aufgetretenen tatsäch- lichen und rechtlichen Zweifelsfragen umfassend auf- zuklären; hat er die Rechtsfrage mit der erforder- lichen Sorgfalt geprüft, ist es ihm nicht anzulasten, wenn er gleichwohl einem Rechtsirrtum unterliegt.**

BGH, Beschluß v. 21.12.1995 – V ZB 4/94, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

12. GBO § 53; WEG § 1; BGB §§ 892, 1155 (*Nichtige Unter- teilung von Wohnungseigentum; Amtswiderspruch gegen Bestand eines Briefrechts*)

1. **Die Unterteilung eines Wohnungseigentums, bei der nicht alle im Sondereigentum stehenden Räume mit einem Miteigentumsanteil verbunden werden, ist nichtig. Bei den im Vollzug der Unterteilung vorge- nommenen Grundbucheintragungen handelt es sich um inhaltlich unzulässige Eintragungen (Bestätigung von BayObLGZ 1987, 390 [= MittBayNot 1988, 35 = DNotZ 1988, 316])**
2. **Soll gegen den Bestand eines Briefrechts ein Amts- widerspruch eingetragen werden, hat das Grundbuch- amt, sofern der Brief nicht vorliegt, die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs außerhalb des Grund- buchs außer Betracht zu lassen.**

BayObLG, Beschluß vom 7.12.1995 – 2Z BR 90/95 –, mit- geteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Als Miteigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks waren die Beteiligte zu 1 zu 5/9 und F. zu 4/9 im Grundbuch einge- tragen (Bd. 44 Bl. 1817). Zu notarieller Urkunde vom 20.3.1970

übertrag F. die Hälfte seines Miteigentumsanteils auf seinen Sohn. Ferner beschränkten die Miteigentümer in dieser Urkunde ihr Miteigentum dergestalt, daß mit dem 5/9-Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 1 das Sondereigentum an allen Räumen des vorhandenen Wohnhauses samt Garagenbau und Geräteschuppen verbunden wurde und mit dem Miteigentumsanteil des F. und seines Sohnes von insgesamt 4/9 das Sondereigentum an allen Räumen des noch zu errichtenden Zweifamilienhauses samt Garagenbau. Für die beiden Wohnungseigentumsrechte wurden am 23.4.1970 die Grundbücher angelegt (Bd. 95 Bl. 3319 = Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1; Bd. 95 Bl. 3320 = Wohnungseigentum von F. und Sohn). Dabei wurde jeweils in Abteilung II eine Bau- und Gewerbebeschränkung eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 15.3.1982 unterteilte die Beteiligte zu 1 ihr Wohnungseigentum und bildete folgende drei Wohnungseigentumsrechte:

2/9 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 samt Nebenräumen

2/9 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 2 samt Nebenräumen

1/9 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 3.

In dem der Unterteilung zugrundeliegenden Aufteilungsplan ist das Treppenhaus als Gemeinschaftseigentum ausgewiesen.

Zu gleicher Urkunde vom 15.3.1982 übertrug die Beteiligte zu 1 die Eigentumswohnung Nr. 1 und einen Hälfteanteil an der Eigentumswohnung Nr. 3 der Beteiligten zu 3 und die Eigentumswohnung Nr. 2 mit dem anderen Hälfteanteil an der Eigentumswohnung Nr. 3 der Beteiligten zu 2 b. Die Beteiligten zu 2 b und zu 3 sind die Töchter der Beteiligten zu 1. Die Unterteilung und Übertragung wurde am 8.7.1982 im Grundbuch eingetragen (Bd. 145 Bl. 5057 = Wohnungseigentum der Beteiligten zu 3; Bd. 145 Bl. 5058 = Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 b; Bd. 145 Bl. 5059 = Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 b und 3).

Zu notarieller Urkunde vom 29.3.1988 unterteilte die Beteiligte zu 2 b ihr Wohnungseigentum Nr. 2 und bildete folgende zwei Wohnungseigentumsrechte:

3/18 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der im Obergeschoß gelegenen Wohnung nebst Nebenräumen.

1/18 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der im Dachgeschoß liegenden Wohnung nebst Nebenräumen.

Zu gleicher Urkunde vom 29.3.1988 übertrug die Beteiligte zu 2 b die Eigentumswohnung im Dachgeschoß ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 2 a. Die Unterteilung und Übertragung wurde am 29.4.1988 im Grundbuch eingetragen (Bd. 168 Bl. 5885 = Dachgeschoßwohnung des Beteiligten zu 2 a; Bd. 145 Bl. 5058 = Obergeschoßwohnung der Beteiligten zu 2 b).

An den durch die Unterteilungen in den Jahren 1982 und 1988 gebildeten Wohnungseigentumsrechten wurden in Abteilung II und III – unter anderem zugunsten der Beteiligten zu 4 bis 6 – Rechte eingetragen. Bei den zugunsten der Beteiligten zu 4 in Abteilung III eingetragenen Rechten handelt es sich um Briefrechte.

Die Beteiligte zu 3 hat am 10.3.1994 beantragt, gegen die Unterteilung des ursprünglichen Wohnungseigentums der Beteiligten zu 1 einen Amtswiderspruch einzutragen, weil dabei das Sondereigentum am Treppenhaus ohne Mitwirkung des anderen Wohnungseigentümers in Gemeinschaftseigentum umgewandelt worden sei. Das Grundbuchamt hat am 10.6.1994 die Eintragung eines Amtswiderspruchs abgelehnt.

Darauffin hat die Beteiligte zu 1 am 23.12.1994 beantragt, im Weg der Grundbuchberichtigung sie wieder als Miteigentümerin zu „15/9“ – (gemeint ist offensichtlich: 5/9) – des Grundstücks einzutragen. Das Grundbuchamt hat am 11.1.1995 den Antrag abgewiesen, weil sich nach Unterteilung des ursprünglichen Wohnungseigentums gutgläubiger Erwerb angeschlossen habe. Der Erinnerung hat das Grundbuchamt am 27.2.1995 insoweit abgeholfen, als es das ursprüngliche Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 wiederherstellte, als Eigentümer aber nicht die Beteiligte zu 1, sondern die Beteiligten zu 2 bis 3 in Bruchteilsgemeinschaft eintrug. In Vollzug die-

ser Teilabhilfeentscheidung wurden am 3.3.1995 die für die Beteiligten zu 2 bis 3 am 8.7.1982 und 29.4.1988 angelegten Wohnungsgrundbücher geschlossen und ein neues Wohnungsgrundbuch für das ursprüngliche Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 mit den Beteiligten zu 2 bis 3 als Bruchteilseigentümern angelegt (Bd. 194 Bl. 6796). Dabei wurden die Belastungen der durch Unterteilung gebildeten Wohnungseigentumsrechte an den Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 2 bis 3 eingetragen.

Die Beteiligten zu 2 haben am 13.3.1995 angeregt, gegen die Schließung der Wohnungsgrundbücher einen Amtswiderspruch einzutragen. Das Grundbuchamt hat dies am 17.3.1995 abgelehnt und den Erinnerungen hiergegen nicht abgeholfen. Der Grundbuchrichter hat den Erinnerungen gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 11.1.1995, soweit sie sich nicht durch Abhilfe erledigt hätten, sowie gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 17.3.1995 nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht vorgelegt. Dieses hat die Beschwerden zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihren Antrag weiterverfolgt, wieder als Miteigentümerin zu 5/9 des Grundstücks im Grundbuch eingetragen zu werden. Am 17.8.1995 wurde die Abtretung der zugunsten der Beteiligten zu 5 eingetragenen Grundschuld in Höhe eines Teilbetrags von 290.000 DM an die Bayerische Vereinsbank eingetragen. Das Rechtsmittel hatte teilweise Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 richtet sich nach der teilweisen Abhilfe der gegen die Antragsabweisung vom 11.1.1995 eingelegten Erinnerungen durch das Grundbuchamt, nunmehr gegen die Eintragungen vom 3.3.1995. Durch diese wurde das ursprüngliche Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 mit den Beteiligten zu 2 bis 3 als Bruchteilseigentümer und der bereits eingetragen gewesenen Bau- und Gewerbebeschränkung sowie den von den Beteiligten zu 2 bis 3 bestellten Rechten im Grundbuch eingetragen (Bd. 194 Bl. 6796). Weil diese Eintragungen Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein können, ist die Beschwerde gegen sie nur mit dem Ziel zulässig, einen Amtswiderspruch einzutragen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 71 Rdnr. 37 und 49 ff., jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen). Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist, daß das Grundbuchamt die Eintragungen unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften vorgenommen hat und das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Dabei muß die Gesetzesverletzung feststehen, während die Grundbuchunrichtigkeit nur glaubhaft sein muß (allg. Meinung; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Das Landgericht hat die Voraussetzungen eines Amtswiderspruchs verneint. Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Auf die weitere Beschwerde wird das Grundbuchamt angewiesen, gegen die Eintragung der Beteiligten zu 2 bis 3 als Bruchteilseigentümer des Wohnungseigentums und gegen die Eintragung der Rechte in Abteilung II und III, ausgenommen die Bau- und Gewerbebeschränkung und das an die Bayerische Vereinsbank abgetretene Grundpfandrecht, zugunsten der Beteiligten zu 1 einen Amtswiderspruch einzutragen. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

(...)

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Unterteilung des ursprünglichen Wohnungs- und Teileigentums der Beteiligten zu 1 im Jahr 1982 nichtig ist und die in Vollzug dieser Unterteilung vorgenommenen Eintragungen inhaltlich unzulässig sind. Nach dem der Unterteilung beigefügten Aufteilungsplan wurde das bisherige

Sondereigentum an dem Treppenhaus ohne Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung (vgl. § 4 Abs. 1, 2 WEG) in Gemeinschaftseigentum umgewandelt. Dies ist rechtlich nicht möglich. Durch die Eintragung der durch die nichtige Unterteilung gebildeten Wohnungseigentumsrechte in das Grundbuch sind inhaltlich unzulässige Eintragungen entstanden, weil damit ein Rechtszustand verlautbart wird, den es von Rechts wegen nicht gibt. Rechtlich zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, daß sich dies aus dem Eintragungsvermerk und den dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungunterlagen ergibt. Nach der Eintragungsbewilligung vom 15.3.1982, auf die im Eintragungsvermerk gemäß § 7 Abs. 3 WEG Bezug genommen wird, besteht das Sondereigentum des Wohnungseigentums, das unterteilt werden sollte, aus „allen Räumen“ des Wohnhauses. Aus dem der Eintragungsbewilligung vom 15.3.1982 als Anlage beigefügten Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) ergibt sich, daß nicht alle danach im Sondereigentum stehenden Räume Sondereigentum eines der durch Unterteilung gebildeten neuen Wohnungseigentumsrechte geworden sind. Vielmehr wird das Treppenhaus ausdrücklich als Gemeinschaftseigentum bezeichnet. Ein Unterteilungsplan kann aber unter keinen Umständen Räume, die bisher Sondereigentum waren, als Gemeinschaftseigentum ausweisen; andernfalls enthält er einen Widerspruch in sich. Eine Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum kann nämlich der unterteilende Wohnungseigentümer allein nicht vornehmen. Zu Recht beruft sich das Landgericht insoweit auf die Entscheidung des Senats vom 10.11.1987 (BayObLGZ 1987, 390 [= MittBayNot 1988, 35 = DNotZ 1988, 316]), in der dies im einzelnen ausgeführt wurde. Hierauf wird Bezug genommen. Der Senat hält an der in der genannten Entscheidung vertretenen Rechtsansicht fest (vgl. auch BayObLG Rpfleger 1988, 256 [= MittBayNot 1988, 126]).

b) Gemeinschaftseigentum konnte mangels Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und Eintragung in das Grundbuch an dem Treppenhaus nicht entstehen. Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht unter Hinweis auf die erwähnte Entscheidung des Senats (BayObLGZ 1987, 390/396) zu dem Ergebnis gelangt, daß an dem Treppenhaus auch nicht gemeinschaftliches Sondereigentum in der Form eines Mitsondereigentums entstehen konnte. Denn die Rechtsfigur einer dinglich verselbständigten Untergemeinschaft an einzelnen Räumen ist dem Wohnungseigentumsrecht fremd (ebenso BGH NJW 1995, 2851/2853 [= MittBayNot 1995, 379]). Das Treppenhaus ist damit Sondereigentum geblieben. Nach dem Aufteilungsplan ist das Sondereigentum an dem Treppenhaus aber nicht mit einem Miteigentumsanteil verbunden, vielmehr als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen. Dies verstößt gegen zwingendes Recht. Erst die unlösliche Verbindung von Miteigentumsanteil und Sondereigentum macht das Wesen des Wohnungseigentums aus. Ein „isoliertes Sondereigentum“ ist nicht denkbar. Auch dies hat der Senat in der Entscheidung vom 10.11.1987 im einzelnen begründet (BayObLGZ 1987, 390/395 f. [= MittBayNot 1988, 35 = DNotZ 1988, 316]).

c) Bei den in Vollzug der Unterteilung vom Jahr 1982 vorgenommenen Eintragungen handelt es sich somit um inhaltlich unzulässige Eintragungen. Sie sind unwirksam und können nicht Grundlage weiterer Eintragungen sein; solche stellen sich ebenfalls als inhaltlich unzulässig dar. Insbesondere kann eine inhaltlich unzulässige Eintragung keine Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB abgeben (BayObLGZ 1987, 390/393; BGH NJW 1995, 2851/2854 [= MittBayNot 1995, 379]; Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 52).

Durch die Übertragung der durch die Unterteilung vom Jahr 1982 und die spätere weitere Unterteilung vom Jahr 1988 gebildeten Wohnungseigentumsrechte und deren Belastung sind damit auch nicht kraft gutgläubigen Erwerbs Rechte entstanden. Auch dies hat das Landgericht rechtlich zutreffend erkannt.

d) Die Kritik von Röll (MittBayNot 1988, 22/24) gibt dem Senat keinen Anlaß, die in der Entscheidung vom Jahr 1987 vertretene Rechtsansicht aufzugeben. Soweit Röll ausführt, alle Räume, die nicht ausdrücklich zu Sondereigentum erklärt seien, gehörten zum Gemeinschaftseigentum, ferner gelte, wenn sich mehrere Teilungspläne bei den Grundakten befinden, immer die letzte Version, ist dem entgegenzuhalten, daß dies nur für die erstmalige Begründung von Wohnungseigentum gilt. In diesem Fall haben es der oder die Eigentümer in der Hand zu bestimmen, was Sondereigentum werden und was Gemeinschaftseigentum bleiben soll. Dagegen beschränkt sich bei der Unterteilung die Befugnis des unterteilenden Wohnungseigentümers auf sein Sondereigentum, das er weder ganz noch teilweise ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer in Gemeinschaftseigentum umwandeln kann. Bei einem durch Unterteilung entstandenen Wohnungseigentumsrecht ergibt sich zwingend aus der Eintragung im Bestandsverzeichnis, daß es sich um eine Unterteilung handelt und was Gegenstand der Unterteilung ist. Bei der Eintragung im Bestandsverzeichnis wird nämlich wegen des Gegenstands des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung in der Form der Unterteilung Bezug genommen und damit zugleich auf den Unterteilungsplan als Anlage dazu (§ 7 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 WEG). Danach ergibt sich, wenn bei einer Unterteilung nicht alle im Sondereigentum stehenden Räume mit einem Miteigentumsanteil verbunden, vielmehr einzelne Räume als Gemeinschaftseigentum ausgewiesen werden, ohne daß deren Umwandlung in Gemeinschaftseigentum eingetragen ist, unmittelbar aus dem Grundbuch selbst ein Zustand, der rechtlich nicht möglich ist. Die Folge hiervon sind inhaltlich unzulässige Eintragungen, an die sich ein gutgläubiger Erwerb nicht anschließen kann.

e) Die durch die Unterteilung vom Jahr 1982 und die Folgeeintragungen entstandenen inhaltlich unzulässigen Eintragungen waren daher von Amts wegen zu löschen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Durch die Löschung mußte wieder der Rechtszustand hergestellt werden, der vor der Unterteilung vom Jahr 1982 und Schließung des Wohnungsgrundbuchs Bd. 95 Bl. 3319 bestand. Die Beteiligte zu 1 hätte als Alleineigentümerin des ursprünglichen Wohnungseigentums, bestehend aus einem 5/9 Miteigentumsanteil an dem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an allen Räumen des bestehenden Wohnhauses, der Garage sowie des Geräteschuppens eingetragen werden müssen; außerdem hätte die in Abteilung II eingetragen gewesene Bau- und Gewerbebeschränkung wieder eingetragen werden müssen. Demgegenüber hat das Grundbuchamt mit Billigung durch das Landgericht die Unterteilung und die Übertragung der dadurch gebildeten neuen Wohnungseigentumsrechte insoweit aufrechterhalten, als die Beteiligten zu 2 bis 3 als Bruchteilseigentümer des ursprünglichen Wohnungseigentums der Beteiligten zu 1 und die nach der Unterteilung vom Jahr 1982 vorgenommenen Belastungen der nicht entstandenen Wohnungseigentumsrechte an den entsprechenden Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 2 bis 3 eingetragen wurden. Dies ist rechtsfehlerhaft.

(1) Die Vorinstanzen berufen sich insoweit auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3.11.1989 (BGHZ 109,

179 [= MittBayNot 1990, 30 = DNotZ 1990, 377]) und meinen, die unwirksame Begründung von Sondereigentum an einem Gebäudeteil beruhe die Aufteilung in Miteigentumsanteile nicht. Hier geht es aber nicht darum, daß Sondereigentum nicht entstanden ist mit der Folge eines isolierten Miteigentumsanteils. Vielmehr wäre hier ein isoliertes Sondereigentum entstanden, weil das Sondereigentum an dem Treppenhaus nicht wirksam in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, aber auch nicht mit einem Miteigentumsanteil verbunden wurde. Die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 3.11.1989 aufgestellten Grundsätze, die im wesentlichen in der Entscheidung vom 30.6.1995 (NJW 1995, 2851 [= MittBayNot 1995, 379]) bestätigt wurden, können daher auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. Abgesehen davon hätte dann die Unterteilung des ursprünglichen 5/9-Miteigentumsanteils, verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen Räumen des vorhandenen Wohnhauses, in selbständig gebuchte Miteigentumsanteile in der Form des Wohnungseigentums aufrechterhalten werden müssen; dabei ist allerdings noch nicht geklärt, wie der bis zur Behebung durch die Wohnungseigentümer bestehende und aufrecht zu erhaltende Rechtszustand inhaltlich unzulässiger Eintragungen grundbuchmäßig behandelt werden soll; eine Löschung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO kommt jedenfalls nicht in Betracht.

(2) Die Aufteilung des ursprünglichen Miteigentumsanteils der Beteiligten zu 1 und die Übertragung der dadurch gebildeten Miteigentumsanteile auf die Beteiligten zu 2 bis 3 kann auch aus anderen Gründen nicht aufrechterhalten werden. Grundlage des Urteils des Bundesgerichtshofs vom Jahr 1989 war die rechtsfehlerfreie Annahme des Berufungsgerichts, die Beteiligten hätten die Teilungsvereinbarung auch dann getroffen, wenn sie gewußt hätten, daß die Bildung von Sondereigentum nicht möglich war (BGHZ 109, 179/183 f. [= MittBayNot 1990, 30 = DNotZ 1990, 377]). Eine vergleichbare Feststellung kann hier nicht getroffen werden. Dabei sei dahingestellt, inwieweit das Grundbuchamt hierzu überhaupt in der Lage ist (vgl. dazu *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 30). Die Beteiligte zu 1 wollte ihr Wohnungseigentum in selbständige Wohnungseigentumsrechte unterteilen und die Beteiligten zu 2 bis 3 wollten Wohnungs- oder Teileigentum an einzelnen Wohnungen oder Räumen erwerben. Es spricht nichts dafür, daß die Beteiligten zu 2 bis 3 Bruchteilseigentümer an sämtlichen Wohnungen und Räumen des Hauses hätten werden wollen, wenn sie erkannt hätten, daß die Unterteilung in einzelne Wohnungseigentumsrechte und deren Übertragung auf sie rechtlich nicht möglich war.

(3) Vor allem aber greift die tragende Überlegung in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom Jahr 1989 hier nicht durch. Dem Bundesgerichtshof ging es um den Schutz der anderen Wohnungseigentümer, der in sein Gegenteil verkehrt würde, wenn der Gründungsakt insgesamt nichtig und deshalb überhaupt kein Wohnungseigentum entstanden wäre (BGHZ 109, 179/184 [= MittBayNot 1990, 370 = DNotZ 1990, 377]). Eine vergleichbare Interessenlage besteht hier nicht. Es ist lediglich die Unterteilung vom Jahr 1982 mit der Folge gescheitert, daß das ursprüngliche Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 bestehen blieb. Schützenswerte Interessen des anderen, an der Unterteilung nicht beteiligten Wohnungseigentümers werden dadurch nicht berührt.

4. Durch die Anlegung des Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchs in Bd. 194 Bl. 6796 am 3.3.1995 sind keine inhaltlich unzulässigen Eintragungen entstanden. Das Grundbuch ist aber unrichtig geworden, weil es den wahren Rechts-

zustand nicht ausweist. Die Folge der unwirksamen Unterteilung vom Jahr 1982 und der inhaltlich unzulässigen Eintragungen in der Folgezeit ist, daß das ursprüngliche Wohnungs- und Teileigentum der Beteiligten zu 1 mit der seinerzeit allein bestehenden Belastung in Abteilung II bestehen blieb. Das Grundbuch ist also insoweit unrichtig geworden, als die Beteiligten zu 2 bis 3 als Bruchteilseigentümer und die nach der Unterteilung vom Jahr 1982 oder im Zusammenhang damit vorgenommenen Belastungen eingetragen sind. Diese Unrichtigkeit hat das Grundbuchamt durch Verletzung gesetzlicher Vorschriften herbeigeführt. Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist aber, daß das Grundbuch auch jetzt noch unrichtig ist; dies muß jedenfalls glaubhaft sein (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 26 mit Rechtsprechungsnachweisen). Die Vorinstanzen haben hierzu keine Feststellungen getroffen. Auf der Grundlage ihrer rechtlichen Beurteilung, die der Senat nicht teilt, war dies auch nicht erforderlich. Eine Zurückverweisung ist aber nicht geboten, weil die erforderlichen Feststellungen vom Senat ohne weitere Ermittlungen getroffen werden können.

a) Das zunächst unrichtig gewordene Grundbuch kann durch zwischenzeitlichen gutgläubigen Erwerb richtig geworden sein (§ 892 BGB). Die darin bestehende Unrichtigkeit, daß statt der Beteiligten zu 1 die Beteiligten zu 2 bis 3 als Eigentümer des Wohnungseigentumsrechts eingetragen sind, besteht nach wie vor. Insoweit hat sich seit der Eintragung vom 3.3.1995 keine Änderung ergeben, die zu einem gutgläubigen Erwerb hätte führen können. Jedoch wurde nach dem 3.3.1995 die Abtretung eines Grundpfandrechts mit einem Teilbetrag von 290.000 DM im Grundbuch eingetragen. Insoweit ist gemäß § 892 BGB von einem gutgläubigen Erwerb auszugehen, so daß die durch die Eintragung des nicht entstandenen Grundpfandrechts zunächst eingetretene Grundbuchunrichtigkeit jetzt im Umfang der Abtretung nicht mehr glaubhaft ist. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß der Abtretungsempfänger die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. Bei den übrigen durch die Eintragungen am 3.3.1995 nicht entstandenen Rechten in Abteilung II und III scheidet die Möglichkeit aus, daß das zunächst unrichtig gewordene Grundbuch durch gutgläubigen Erwerb richtig geworden ist. Soweit es sich um Briefrechte handelt, könnte außerhalb des Grundbuchs ein gutgläubiger Erwerb stattgefunden haben (§ 1154 Abs. 1, § 1155 BGB), der sich aus dem Grundbuch nicht ergäbe. Bei der Eintragung eines Amtswiderspruchs, der sich wie hier gegen den Bestand eines Grundpfandrechts richtet, braucht gemäß § 53 Abs. 2 GBO i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 2 GBO der Brief nicht vorgelegt zu werden. Daraus folgt, daß in diesem Fall das Grundbuchamt bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs vorliegen, die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs außer Betracht zu lassen hat, sofern der Brief nicht vorliegt (*Meikel/Streck*, GBR, 7. Aufl., § 53 Rdnr. 62, 131). Dies trifft hier zu.

b) Das Grundbuchamt ist daher anzuweisen, zugunsten der Beteiligten zu 1 einen Amtswiderspruch in das Wohnungsgrundbuch einzutragen, und zwar gegen das Eigentum der Beteiligten zu 2 bis 3 sowie gegen das Bestehen der in Abteilung II und III eingetragenen Rechte, ausgenommen die Bau- und Gewerbebeschränkung, mit der bereits das ursprüngliche Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 belastet war, sowie der durch gutgläubigen Erwerb entstandenen Grundschuld über 290.000 DM zugunsten der Bayerischen Vereinsbank. Im übrigen hat das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 keinen Erfolg. Soweit die Beteiligte zu 1 allerdings anstrebt, wieder als 5/9-Miteigentümerin des Grundstücks ein-

getragen zu werden, wie dies im Grundbuch Bd. 44 Bl. 1817 geschehen war, kommt ein Amtswiderspruch nicht in Betracht. Denn das Grundbuch ist durch die Buchung des ursprünglichen Wohnungseigentums der Beteiligten zu 1 nicht unrichtig geworden. Der Antrag der Beteiligten zu 1 zielt darauf ab, die Begründung von Wohnungseigentum im Jahr 1970 rückgängig zu machen. Dafür gibt es keinerlei rechtliche Begründung.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Zu dieser Entscheidung erscheint demnächst ein Beitrag von Notar *Dr. Manfred Rapp*, Landsberg.

13. BGB §§ 747, 1008, 1114; GBO §§ 2 Abs. 3, 7 Abs. 1, 19, 20 (*Zulässigkeit einer „Verbindung“ belasteter Miteigentumsanteile mit unbelasteten Anteilen*)

- 1. Die Belastung eines Miteigentumsanteils hindert weder die reale Teilung des Grundstücks noch die ganze oder teilweise Übertragung des Miteigentumsanteils an einen Miteigentümer. In einem solchen Fall kann die Belastung nur noch Teile von Miteigentumsanteilen oder vom Alleineigentum erfassen; welcher Miteigentumsanteil in welchem Umfang von der Belastung betroffen wird, muß sich zweifelsfrei aus dem Grundbuch ergeben.**
- 2. Zur Rechtsfolge, wenn am selben Tage die teilweise Auflassung eines Miteigentumsanteils und die Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen werden.**

BayObLG, Beschluß vom 15.2.1996 – 2 Z BR 102/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 war und ist als Miteigentümer zu 223,62/1000, die Beteiligte zu 2 war als Miteigentümerin zu 741,42/1000 und die Beteiligte zu 3 war als Miteigentümerin zu 34,96/1000 des Grundstücks Flst. 739/2 im Grundbuch eingetragen. Die Beteiligte zu 3 übertrug zu notarieller Urkunde vom 29.12.1992 (Urkunde-1) einen Miteigentumsanteil von 19,88/1000 auf die Beteiligte zu 2; dies wurde am 21.7.1993 in das Grundbuch eingetragen. Beim Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 3 ist in Abteilung II Nr. 13 seit dem 5.1.1993 vermerkt, daß die Zwangsversteigerung angeordnet ist; außerdem sind daran seit dem 2.7.1992, 23.11.1992, 21.7.1993 und 22.4.1994 jeweils Zwangssicherungshypotheken eingetragen (Abteilung III Nr. 17, 21, 22 und 23).

Durch Veränderungsnachweis vom 4.11.1992 wurde das Flurstück 739/2 in die Flurstücke 739/2 (neu) und 739/9 zerlegt; die Grundstücksteilung ist genehmigt.

Zu weiterer notarieller Urkunde vom 29.12.1992 (Urkunde-2) setzten sich die Beteiligten zu 1 bis 3 bezüglich des Grundstücks in der Weise auseinander, daß der Beteiligte zu 1 Alleineigentümer des Grundstücks Flst. 739/2 (neu), die Beteiligte zu 2 Miteigentümerin des Grundstücks Flst. 739/9 zu 979,82/1000 und die Beteiligte zu 3 Miteigentümerin dieses Grundstücks zu 20,18/1000 werden sollen. Sie erklärten, daß sie über die vereinbarten Eigentumsübergänge einig seien und beantragten und bewilligten die Eintragung der Rechtsänderungen und den Vollzug des Veränderungsnachweises im Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge mit Zwischenverfügung vom 2.6.1993 beanstandet. Es hat darin, soweit noch von Interesse, die „Freigabe Abt. III Nr. 17, und 21 sowie Abt. II Nr. 13,

gegebenenfalls auch für die Auflassungsvormerkungen“, verlangt. Nach fruchtlosem Fristablauf hat es mit Beschluß vom 21.7.1993 die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten, dem Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben, mit Beschluß vom 21.8.1995 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt, die sie ausdrücklich auf den Vollzug der Urkunde-2 beschränkt haben.

Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt.

#### Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

...

Die in der Urkunde-2 erklärten Auflassungen seien wegen Unbestimmtheit nichtig; ihr Inhalt könne auch nicht im Wege der Auslegung eindeutig bestimmt werden.

...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die in der Urkunde-2 erklärten Auflassungen sind geeignete Grundlagen für die beantragten Eintragungen; weitere Eintragungsanträge sind nach der Beschränkung in der Begründung der weiteren Beschwerde nicht mehr anhängig, so daß auch § 16 Abs. 2 GBO keine Rolle mehr spielt.

a) In der Urkunde werden zwei Teilflächen des Grundstücks Flst. 739/2 aufgelassen. Dies erfordert zunächst die Teilung des Grundstücks und die Abschreibung eines Grundstücksteils im Grundbuch (vgl. § 7 Abs. 1 GBO; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 7 Rdnr. 15); die Voraussetzungen dafür gemäß § 2 Abs. 3 GBO liegen ebenso vor wie die Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB.

b) Die Voraussetzungen für die beantragte Eintragung der Auflassungen nach den §§ 19, 20 GBO sind entgegen der Ansicht der Vorinstanzen erfüllt.

(1) Nach den Abschnitten II und V der notariellen Urkunde sind sich die Beteiligten zu 1 bis 3 als Miteigentümer des Grundstücks darüber einig, daß der Beteiligte zu 1 Alleineigentümer des Grundstücks Flst. 739/2 (neu), die Beteiligte zu 2 und 3 Miteigentümer des Grundstücks Flst. 739/9 zu 979,82/1000 und 20,18/1000 werden sollen. Die Auflassungserklärungen sind inhaltlich ausreichend bestimmt. Sie können nur so ausgelegt werden, daß die Beteiligten zu 2 und 3 jeweils ihre vollen Miteigentumsanteile an dem Grundstück Flst. 739/2 (neu) auf den Beteiligten zu 1 übertragen (§ 747 Satz 1 BGB). Daß mit den Auflassungen eine reale Grundstücksteilung verbunden ist und die Teilung eine Verfügung über das Grundstück als Ganzes darstellt (§ 747 Satz 2 BGB), stellt einen zusätzlichen rechtlichen Aspekt dar, ändert aber an den Anforderungen an die Auflassung der Miteigentumsanteile nichts. Ebensovienig steht dem Vollzug der Auflassungen entgegen, daß sich die Eigentumsverhältnisse zeitlich nach deren Erklärung geändert, der Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 3 um 19,88/1000 verringert und der der Beteiligten zu 2 entsprechend um 19,88/1000 vergrößert hat. Die Erklärungen der Beteiligten zu 2 und 3 sind so auszulegen, daß sie die jeweiligen Miteigentumsanteile im Zeitpunkt des Vollzugs der Auflassung erfassen. Diese Auslegung ist hier, trotz der Auslegung im Grundbuchverfahren gesetzten engen Grenzen (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 und § 20 Rdnr. 31; *Meikel/Lichtenberger*, GBR, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 187) möglich, da der Inhalt der Urkunde eindeutig ergibt, daß der

Beteiligte zu 1 in jedem Fall Alleineigentümer des Grundstücks Flst. 739/2 (neu) werden soll und da am selben Tage nur wenige Stunden zuvor vor demselben Urkundsnotar die inzwischen im Grundbuch vollzogene Übertragung des 19,88/1000 Miteigentumsanteils von der Beteiligten zu 3 auf die Beteiligte zu 2 beurkundet wurde; den Beteiligten war damit die bevorstehende Änderung der Eigentumsverhältnisse bekannt. Die Auslegung führt somit hier zu einem eindeutigen Ergebnis.

(2) Ebenso eindeutig ergibt sich aus der Urkunde die Einigung der Beteiligten darüber, daß der Beteiligte zu 1 von seinem Miteigentumsanteil von 223,62/1000 an dem Grundstück Flst. 739/9 einen Anteil von 218,52/1000 auf die Beteiligte zu 2 und einen Anteil von 5,10/1000 auf die Beteiligte zu 3 überträgt. Die vom Landgericht geäußerten rechtlichen Bedenken treffen somit auf die in der Urkunde-2 erklärten Auflassungen nicht zu.

c) Die Anordnung der Zwangsversteigerung des Miteigentumsanteils von 34,96/1000 der Beteiligten zu 3 steht dem Vollzug der Auflassungen und der Grundstücksteilung nicht im Wege. Die Anordnung der Zwangsversteigerung hat die Wirkung eines Veräußerungsverbots (§ 20 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG) im Sinne von §§ 135, 136 BGB; der Verlust der Verfügungsbefugnis und der grundbuchrechtlichen Bewilligungsbefugnis ist damit nicht verbunden (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl. § 136 Rdnr. 4 und 6; *Zeller/Stöber*, ZVG, 13. Aufl., § 23 Rdnr. 2 [2.2. und 2.5.]; *Demharter*, GBO, § 38 Rdnr. 35). Verfügungen über den beschlagnahmten Anteil sind gemäß § 135 Abs. 1 BGB dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber jedoch unwirksam.

d) Die Belastung des Miteigentumsanteils der Beteiligten zu 3 von ursprünglich 34,96/1000 und sodann nach der Eintragung vom 21.7.1993 von 15,08/1000 mit Zwangssicherungshypotheken stand der Teilung und Teilveräußerung dieses Anteils gleichfalls nicht im Wege; das gleiche gilt nunmehr für die reale Teilung des Grundstücks und für die in der Urkunde-2 erklärten Verfügungen. Als Folge dieser Rechtsvorgänge entstehen jeweils Gesamtbelastungen, die im Grundbuch entsprechend kenntlich zu machen sind. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sind die Verfügungen inhaltlich durchaus bestimmt.

(1) Aufgrund der in der Urkunde-2 erklärten Auflassungen soll der Anteil der Beteiligten zu 3 von 15,08/1000 an dem Grundstück Flst. 739/2 (neu) auf den Beteiligten zu 1 übergehen; da dieser auch den Anteil der Beteiligten zu 2 von 761,30/1000 – darin enthalten sind 19,88/1000, die vor der Eintragung vom 21.7.1993 gleichfalls der Beteiligten zu 3 zustanden – erwerben soll, wird dieser durch den Vollzug der Auflassungen Alleineigentümer des Grundstücks. An dem Grundstück Flst. 739/9 soll die Beteiligte zu 3 zu dem Anteil von 15,08/1000 einen Anteil von 5,10/1000 von der Beteiligten zu 2 hinzuerwerben; die Beteiligte zu 2 soll zu ihrem Anteil von 761,30/1000 – darin sind nach der Eintragung vom 21.7.1993 ebenfalls 19,88/1000 des ursprünglichen Anteils der Beteiligten zu 3 enthalten – einen Anteil von 218,52/1000 vom Beteiligten zu 1 hinzuerwerben, insgesamt also Miteigentümerin dieses Grundstücks zu 979,82/1000 werden. Durch den Vollzug der Auflassungen werden somit belastete und nicht belastete Miteigentumsanteile miteinander verbunden; zwei schlichte Miteigentumsanteile an einem Grundstück nebeneinander kann ein Eigentümer grundsätzlich nicht innehaben (*BayObLGZ* 18, 161/163; *LG Köln*, *MittRhNotK* 1977, 32 f.; *BGB-RGRK/Mattem*, 12. Aufl., Rdnr. 8, *Soergel/Konzen*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 2, jeweils zu § 1114). Die be-

lasteten Anteile bestehen aber als fiktive Anteile im Rahmen der durch die Eintragung vom 21.7.1993 geschaffenen und der nunmehr durch Vollzug der beantragten Auflassungen zu schaffenden Rechtslage fort; es kann nach wie vor die Zwangsvollstreckung in diese Anteile betrieben werden (vgl. *BayObLG DNotZ* 1971, 659 f.; *BayObLGZ* 1974, 466/468; *KG OLGE* 40, 57 f.; *BGB-RGRK/Mattem* Rdnr. 10, *Soergel/Konzen* Rdnr. 2, jeweils zu § 1114). Ein Hindernis, über die Anteile derart zu verfügen, daß sie sich mit anderen Miteigentumsanteilen vereinigen oder in Alleineigentum aufgehen, besteht nicht. Voraussetzung für den Vollzug der Auflassungen ist freilich, daß sich aus dem Grundbuch weiterhin eindeutig ergibt, wem die belasteten Anteile zustehen und in welchem Miteigentumsanteil oder Alleineigentum sie nunmehr enthalten sind. Dies ist entgegen der Ansicht des Grundbuchamts und des Beschwerdegerichts auch nach Vollzug der in der Urkunde-2 erklärten Auflassungen der Fall: Der Anteil von 15,08/1000 an dem Grundstück Flst. 739/9, als dessen Eigentümerin die Beteiligte zu 3 eingetragen ist, steht dieser nach dem Hinzuerwerb von 5,10/1000 von der Beteiligten zu 1 weiterhin zu; der Anteil von 19,88/1000 an diesem Grundstück soll auch nach dem Vollzug der Auflassungen weiterhin der Beteiligten zu 2 als fiktiver Bestandteil ihres Anteils von dann insgesamt 979,82/1000 gehören. An dem Grundstück Flst. 739/2 (neu) soll der Beteiligte zu 1 Alleineigentümer werden; in dieser Rechtsstellung sind gleichfalls fiktive Anteile von 15,08/1000 und 19,88/1000 enthalten.

(2) Daß nach Eintragung der weiteren Auflassungen aufgrund der verschiedenen Belastungen von früheren Miteigentumsanteilen und der realen Grundstücksteilung verwickelte Rechtsverhältnisse entstehen, rechtfertigt nicht die Zurückweisung der Eintragungsanträge. Was materiellrechtlich zulässig ist, muß auch im Grundbuch verlaublich werden, ohne daß das Grundbuchamt zusätzliche Anforderungen wie die Löschung von Rechten stellen dürfte; dem sorgfältigen Leser des Grundbuchs wird sich die Rechtslage auch dann in zuverlässiger Weise erschließen. Zutreffend ist freilich der Hinweis des Grundbuchamts, daß sich die Belastung von fiktiven Anteilen an dem Grundstück Flst. 739/9 nach dessen Abschreibung und Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt aus dem Inhalt dieses Blatts nicht mehr ergeben würde. Doch kann dem durch entsprechende Hinweise bei dem mitübertragenen Zwangsversteigerungsvermerk und bei den mitübertragenen Zwangssicherungshypotheken abgeholfen werden. Bei dem für das Grundstück Flst. 739/9 neu anzulegenden Grundbuchblatt wäre etwa zusammen mit der Eintragung der laufenden Nummer des Grundstücks in Spalte 2 der Abteilung III bei der am 2.7.1992 eingetragenen Zwangssicherungshypothek (jetzt Abt. III Nr. 17) zu vermerken: „Am Anteil Nr. 1 a Abt. I“ (= Anteil der Beteiligten zu 2), „in Höhe von 19,88/1000 und am Anteil Nr. 1 b“ (= Anteil der Beteiligten zu 3), „in Höhe von 15,08/1000“. Entsprechende Vermerke wären bei den anderen teilweise nur noch am Anteil von 15,08/1000 lastenden Belastungen anzubringen. Alles weitere ergibt sich aus dem Umschreibungsvermerk und aus dem Hinweis auf das frühere Grundbuchblatt im Bestandsverzeichnis.

Der Senat weist auch darauf hin, daß die Belastung Abt. III Nr. 22 am selben Tage eingetragen wurde, an dem der belastete Anteil der Beteiligten zu 3 geteilt und teilweise aufgelassen wurde; somit ergeben sich Zweifel daran, in welchem Umfang der Anteil von der Belastung erfaßt wird. Dies führt aber nicht zur Unbestimmtheit und inhaltlichen Unzulässigkeit der eingetragenen Zwangssicherungshypothek; der Eintragungsvermerk ist vielmehr so auszulegen, daß der der Be-

teiligten zu 3 verbliebene Anteil von 15,08/1000 belastet ist. Es empfiehlt sich, dies in beiden Grundbuchblättern klarzustellen.

Die von den Vorinstanzen angenommenen Eintragungshindernisse bestehen somit nicht. Das Grundbuchamt wird, sofern die übrigen Voraussetzungen für die Eintragung der Auflassungen gegeben sind, die Anträge im Grundbuch zu vollziehen haben.

14. § 133, 2084, 2069, 2096, 2102, 2269, 2280, 2303, 2320  
(Wirkung der Geltendmachung des Pflichtteils eines Kindes durch dessen Witwe bei testamentarischer Pflichtteilsstrafklausel)

**1. Die Anwendung einer Verwirkungsklausel eines Ehegattenerbvertrags mit Schlußerbeneinsetzung, nach der das Geltendmachen des Pflichtteils am Nachlaß des Erstversterbenden die Entziehung der Schlußerbenerstellung zur Folge hat, ist nicht von vorneherein ausgeschlossen, wenn der Pflichtteil von einem Dritten verlangt wird, der Erbe des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings geworden ist.**

**2. Zur Auslegung einer solchen Verwirkungsklausel, wenn die das Pflichtteilsverlangen prägenden Umstände beim Abschluß des Erbvertrags nicht vorhergesehen wurden.**

BayObLG, Beschluß vom 18.9.1995 – 1 Z BR 34/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Die verwitwete Erblasserin verstarb im Alter von 91 Jahren im Jahr 1993. Ihr Ehemann, mit dem sie in einziger Ehe verheiratet war, war am 28.7.1989 vorverstorben. Die Beteiligten sind die Abkömmlinge der Erblasserin. Der Beteiligte zu 1 ist ihr Sohn, der Beteiligte zu 2 ihr Enkel, nämlich der Sohn des am 10.8.1989 verstorbenen zweiten Sohnes der Erblasserin.

Die Erblasserin hatte mit ihrem Ehemann am 27.12.1966 einen notariell beurkundeten Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem sich die Ehegatten gegenseitig zum Alleinerben und ihre beiden Söhne Franz und Erhard – unter sich zu gleichen Teilen – zu Erben des Längstlebenden von ihnen bestimmt haben. In Ziffer VII des notariellen Vertrags ist vereinbart:

„Für den Fall, daß eines unserer Kinder beim Ableben des zuerst Versterbenden von uns seinen Pflichtteil verlangen sollte, soll dieses auch bei Ableben des Längstlebenden von uns nur den Pflichtteil erhalten.“

Mit von den Ehegatten handschriftlich verfaßter und von beiden mit dem Datum 7.9.1980 unterzeichneter Anlage zum Ehe- und Erbvertrags wurde bestimmt:

„In Ergänzung dieses Vertrags bestimmen wir gemeinsam, daß hinsichtlich einer weiteren Erbfolge unseres Sohnes Erhard, geboren am ... als Nacherbe dessen Sohn (unser Enkel) Walter, derzeit wohnhaft in ..., einsetzen. Unser Sohn Erhard soll jedoch als Vorerbe in keiner Weise in seiner Verfügungsmacht über das Erbe beschränkt sein. Er kann in jeder Art frei darüber verfügen.“

Die Beteiligten haben beim Nachlaßgericht unterschiedliche Erbscheinsanträge gestellt. Der Beteiligte zu 2 erstrebt einen Erbschein, der ihn gemeinsam mit dem Beteiligten zu 1 als Miterben zu je 1/2 ausweist. Er stützt sich auf die Schlußerbeneinsetzung des Ehe- und Erbvertrags nebst Ergänzung vom 7.9.1980. Gemäß dieser sei er als der einzige Sohn seines vorverstorbenen Vaters Erhard an dessen Stelle getreten.

Der Beteiligte zu 1 erstrebt hingegen unter Berufung auf die Ausschlußklausel in Ziffer VII des Ehe- und Erbvertrags einen Alleinerbschein. Er vertritt die Auffassung, daß der Beteiligte zu 2 gemäß dieser Klausel nur pflichtteilsberechtigt und daher von der Erbfolge ausgeschlossen sei.

Der am 10.8.1989 – also vor dem Erbfall nach dem Längstlebenden seiner Eltern, aber nach dem Tod seines Vaters – verstorbene Sohn Erhard ist aufgrund Testaments von seiner (zweiten) Ehefrau allein beerbt worden. Diese hat als Erbin ihres Ehemanns gegenüber der Erblasserin noch zu deren Lebzeiten den Pflichtteilsanspruch ihres Ehemanns am Nachlaß seines Vaters (Ehemann der Erblasserin) geltend gemacht. Auf ihren Antrag erging am 22.7.1992 ein Mahnbescheid gegenüber der Erblasserin über eine als „Pflichtteil nach Franz laut Anwaltsbrief vom ...“ bezeichnete Forderung von 100000 DM. Nach Widerspruch der Erblasserin wurde das Verfahren an das Landgericht S. abgegeben. Es ist seit 16.2.1993 gemäß § 246 ZPO ausgesetzt.

Das Amtsgericht hat die Erteilung eines Erbscheins dahin angekündigt, daß die Erblasserin von beiden Beteiligten zu je 1/2 beerbt werden sei. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen diese Entscheidung hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er seinen Antrag weiterverfolgt, ihm einen Alleinerbschein nach der Erblasserin zu erteilen. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

#### Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Sie ist schon deshalb aufzuheben, weil das Landgericht die Auslegungsbedürftigkeit und Auslegungsfähigkeit der Verwirkungsklausel des Ehe- und Erbvertrags verkannt hat.

a) Das Landgericht ist bei der erbrechtlichen Beurteilung zutreffend von dem formwirksam errichteten Ehe- und Erbvertrag zwischen der Erblasserin und ihrem Ehemann aus dem Jahr 1966 ausgegangen. Danach ist die Erblasserin Alleinerbin ihres vorverstorbenen Ehemanns geworden, während die beiden gemeinsamen Kinder zu Schlußerben des Letztversterbenden eingesetzt sind (§§ 2280, 2269 Abs. 1 BGB). Das Landgericht ist ferner unausgesprochen davon ausgegangen, daß die in Ziffer VII des Ehe- und Erbvertrags enthaltene Verwirkungsklausel für den Fall des Pflichtteilsverlangens zulässigerweise bestimmte, daß die Schlußerbeneinsetzung der Kinder auflösend bedingt war; macht einer der vorgesehenen Schlußerben beim Tod des zuerst versterbenden Ehegatten einen Pflichtteilsanspruch geltend, so entfällt seine Schlußerbeneinsetzung; er erhält im Schlußerbfall nur den Pflichtteil (zu alledem vgl. BayObLGZ 1994, 164/167 ff. m.w.N. [= MittBayNot 1994, 445 = DNotZ 1995, 710]).

b) Nicht haltbar ist jedoch die Auffassung des Landgerichts, diese Ausschlußklausel sei eindeutig und daher der Auslegung nicht fähig. Das Gegenteil trifft zu.

aa) Ob eine letztwillige Verfügung der Auslegung fähig und bedürftig ist, ist eine Rechtsfrage, die vom Rechtsbeschwerdegericht nachzuprüfen und gegebenenfalls als Gesetzesverletzung im Sinn des § 27 Abs. 1 FGG anzusehen ist (BayObLGZ 1984, 246/249 f.; 1993, 334/336).

bb) Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen ist zwar vom Wortlaut auszugehen, entscheidend ist jedoch, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte (BGH NJW 1993, 256 [= DNotZ 1993, 124]; BayObLGZ 1981, 79/82 und st. Rspr.). Insbesondere muß der Tatrichter auch die ihm zugäng-

lichen Umstände außerhalb der Urkunde verwerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können; schließlich ist die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen (BayObLG ZEV 1995, 63/65). Setzen sich Ehegatten gegenseitig zum Erben und ihre Kinder zu Schlußerben ein, so wollen sie mit einer Verwirkungsklausel der hier vorliegenden Art den überlebenden Partner davor schützen, daß er nach dem Tod des Erstversterbenden persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt ist, die sich aus der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs durch einen Abkömmling ergeben können (vgl. insbesondere Lübbert NJW 1988, 2706/2708 und Wacke DNotZ 1990, 403/410). Nach der Lebenserfahrung ist dieser Schutz auch gewollt, wenn der Pflichtteilsanspruch nicht vom Abkömmling selbst, sondern von einem Dritten geltend gemacht wird, der – wie hier – im Wege der Erbfolge an die Stelle des Abkömmlings getreten ist. Wenn sich die Ehegatten veranlaßt sehen, den Überlebenden vor Pflichtteilsansprüchen ihrer Kinder zu schützen, so wollen sie diesen Schutz vernünftigerweise erst recht, wenn der Pflichtteilsanspruch auf die Ehegatten eines ihrer Abkömmlinge übergegangen und von diesen geltend gemacht werden kann. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, der die Auslegung des Landgerichts tragen würde, mit der Klausel seien „eindeutig“ nur die Kinder selbst gemeint. Daß die Ehegatten bei Abschluß des Ehe- und Erbvertrags notariell beraten waren, worauf das Landgericht zusätzlich abstellt, rechtfertigt keine andere Auslegung. Die Begründung des Landgerichts ist schließlich auch in sich widersprüchlich. Die Kammer hält es im anderen Zusammenhang – in der Sache zutreffend – für wahrscheinlich, daß die den Fall prägenden besonderen Umstände (Versterben des Sohnes kurz nach dem Tod seines Vaters noch zu Lebzeiten der Mutter, dessen Beerbung allein durch seine Ehefrau unter Ausschluß des Enkels) bei Abschluß des Ehe- und Erbvertrags nicht bedacht wurden. Es ist in der Tat nicht wahrscheinlich, daß bei Abschluß des Vertrags die Möglichkeit in Erwägung gezogen wurde, daß eine Schwiegertochter, die im Erbgang an Stelle eines der Söhne getreten ist, Pflichtteilsansprüche geltend machen könnte. Dann kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dieser Fall sei von der Verwirkungsklausel in Ziff. VII des Ehe- und Erbvertrags nach Wortlaut und Sinn eindeutig nicht erfaßt.

3. Auf den dargelegten Rechtsfehlern beruht die angefochtene Entscheidung, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß sie bei Berücksichtigung der Auslegungsbedürftigkeit der testamentarischen Verwirkungsklausel anders ausgefallen wäre. Es steht auch nicht fest, daß die Entscheidung des Landgerichts aus anderen Gründen zutrifft (§ 27 Abs. 1 FGG, § 563 ZPO), da die für die Auslegung wesentlichen Gesichtspunkte nicht abschließend ermittelt sind.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

a) Soweit es um die Frage geht, ob die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch die Ehefrau des am 10.8.1989 verstorbenen Erhard die Voraussetzungen der Verwirkungsklausel der Ziff. VII des Ehe- und Erbvertrags erfüllt, sind weitere Feststellungen nicht erforderlich.

(1) Mit Mahnbescheid vom 22.7.1992 hat die Ehefrau des als Schlußerben vorgesehenen Sohnes der Erblasserin Erhard K. einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 100 000 DM gegenüber der Erblasserin geltend gemacht. Der mit dem Tod des Ehemanns der Erblasserin am 28.7.1989 gemäß § 2303 Abs. 1, § 2317 Abs. 1 in der Person des durch den Ehe- und Erbvertrag von 1966 von der Erbfolge ausgeschlossenen

Sohnes Erhard entstandene Pflichtteilsanspruch ist mit dessen Tod im Wege der Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) auf seine Ehefrau als Alleinerbin übergegangen (§ 2317 Abs. 2 BGB). Diese war somit als Rechtsinhaberin berechtigt, allein über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden. Es handelt sich gleichwohl um den Pflichtteilsanspruch des Sohnes Erhard. Es kann daher insoweit nicht zweifelhaft sein, daß mit dem Mahnbescheid ein Pflichtteilsanspruch im Sinn der Ziff. VII des Ehe- und Erbvertrags vom 27.12.1966 „verlangt“ wurde. Denn es handelt sich um ein Verlangen, vor dem die Partner des Ehe- und Erbvertrags den Überlebenden durch die Verwirkungsklausel gerade schützen wollten (vgl. auch BayObLGZ 1990, 58/61 f. [= MittBayNot 1990, 251]; ebenso OLG Braunschweig OLGZ 1977, 185/188).

(2) Das für die Auslösung der Verwirkungsklausel nach der Rechtsprechung auch des Senats (vgl. BayObLGZ 1990, 58/62 m.w.N. [= MittBayNot 1990, 251]) für erforderlich gehaltene „subjektive Element“ liegt hier vor. Denn es besteht kein Zweifel, daß die Schwiegertochter der Erblasserin als Alleinerbin ihres Ehemanns dessen Pflichtteilsanspruch nach dem Tod seines Vaters in Kenntnis der im Ehe- und Erbvertrag enthaltenen Verwirkungsklausel „bewußt“ verlangt hat. Soweit in Rechtsprechung und Literatur für das Verlangen des Pflichtteils ein vorwerfbares Verhalten gefordert wird, kann dieser Vorwurf nur auf die Mißachtung des entgegengesetzten Erblasserwillens, nicht aber auf die moralische Bewertung des Verlangens als solchem bezogen werden (BayObLG a.a.O. S. 63).

b) Unabhängig von der Frage, ob ein im Sinn der Verwirkungsklausel geeignetes Verlangen vorliegt, ist aber die Frage zu sehen, ob – und gegebenenfalls in welcher Weise – dieses Verlangen die in der Verwirkungsklausel angeordnete Folge auslösen kann. Im vorliegenden Fall kann – was für die Entscheidung des Landgerichts möglicherweise im Ergebnis bestimmend gewesen ist – in der Tat zweifelhaft sein, ob das Verlangen der Stiefmutter des Beteiligten zu 2 in ihrer Eigenschaft als Erbin seines Vaters geeignet war, zu seinen Lasten die in Ziff. VII des Ehe- und Erbvertrags vorgesehene Enterbung auszulösen. Insoweit bedarf es weiterer tatrichterlicher Aufklärung.

(1) Auszugehen ist zunächst davon, daß bei einer Schlußerbeneinsetzung gemäß § 2269 Abs. 1 BGB, wie sie hier vorliegt (§ 2280 BGB), das Pflichtteilsverlangen eines der vorgesehenen Schlußerben im Sinne der hier angeordneten Verwirkungsklausel in der Regel den gesamten Stamm von der Erbfolge ausschließt (vgl. KG JFG 20, 17/19 ff.; DNotZ 1942, 147; ähnlich auch BGHZ 33, 60 [= DNotZ 1960, 662]; zustimmend insoweit auch Wacke DNotZ 1990, 403/410 u. 416).

(2) Im vorliegenden Fall haben die Ehegatten jedoch mit der „Anlage zum Ehe- und Erbvertrag“ vom 7.9.1980, die den Formerfordernissen eines gemeinschaftlichen eigenhändigen Testaments (§ 2267 BGB) genügt, für den Schlußerbteil ihres Sohnes Erhard Nacherbfolge angeordnet und ihren Enkel (Beteiligter zu 2) als Nacherben bestimmt. Es kommt daher in Betracht, daß – gegebenenfalls unter Anwendung der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB – die Anwachsung zugunsten des Beteiligten zu 1 durch das Einrücken des Nacherben als Ersatzerbe ausgeschlossen wird (§ 2099 BGB). Dies hat wohl das Landgericht gemeint, soweit es in den Gründen seiner Entscheidung unter Hinweis auf § 2102 Abs. 1 BGB angenommen hat, daß „eine Weiterleitung des Vermögens an den Enkel unter allen Umständen gewollt war“. Es hat aller-

dings übersehen, daß die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB nur „im Zweifel“ gilt, also voraussetzt, daß die konkrete Auslegung kein anderes Ergebnis ergibt.

3) Das Landgericht wird daher zunächst zu prüfen haben, ob anhand der Umstände des Einzelfalls der Wille der Parteien des Ehe- und Erbvertrags im Wege der Auslegung ermittelt werden kann. Hierzu gehört auch die ergänzende Auslegung (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 1234 und NJW-RR 1993, 459), mit der Veränderungen Rechnung getragen werden kann, die sich zwischen dem Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung (hier 1966) und den hier maßgeblichen Erbfällen von 1989 und 1993 ergeben haben und die von den Parteien des Erbvertrags nicht vorausgesehen wurden. Als Grundlage einer ergänzenden Auslegung könnte hier unter Berücksichtigung der herrschenden Aedeutungstheorie (vgl. dazu zuletzt BayObLG ZEV 1995, 256/259) der in Form eines gemeinschaftlichen Testaments niedergelegte Nachtrag vom 7.9.1980 herangezogen werden. Aus diesem ergibt sich, daß die Erblasserin ihren Enkel gegenüber den Erben ihres Sohnes Erhard bevorzugen wollte. Denn der Sinn der Nacherbeneinsetzung liegt ersichtlich darin, daß das Vermögen der Erblasserin im Falle des Todes ihres Sohnes Erhard nicht auf dessen Erben, sondern ausschließlich auf den Enkel übergehen soll. Hieraus könnte im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung hergeleitet werden, daß es nicht dem mutmaßlichen Willen der Parteien des Ehe- und Erbvertrags entsprochen hätte, daß die Rechtsstellung ihres Enkels (Beteiligter zu 2) in bezug auf den Nachlaß des Letztversterbenden durch Handlungen des Erben ihres Sohnes, hier die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch dessen Ehefrau, beeinträchtigt wird. Dies könnte es rechtfertigen, den Beteiligten zu 2 als an die Stelle des durch das Pflichtteilsverlangen von der Erbfolge ausgeschlossenen Sohnes Erhard tretend anzusehen, was im Ergebnis mit der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB übereinstimmt.

(4) Unter dieser Voraussetzung wird das Landgericht schließlich auch prüfen können, ob dem mit der Verwirkungsklausel der Ziff. VII des Ehe- und Erbvertrags ebenfalls verfolgten und somit im Ehe- und Erbvertrag auch „angedeuteten“ Zweck, das gemeinsame Vermögen auf die beiden Söhne und ihre Stämme gleichmäßig zu verteilen, für die vorliegende besondere Situation ebenfalls im Wege der ergänzenden Auslegung Rechnung getragen werden kann. Hierbei könnte in Betracht kommen, daß – sei es im Wege der Bedingung, sei es im Wege der Auflage – die Pflichtteilslast in bezug auf den von der Stiefmutter des Beteiligten zu 2 geltend gemachten Pflichtteilsanspruch im Verhältnis der Miterben untereinander dem Beteiligten zu 2 zugeordnet wird. Hierbei könnte herangezogen werden, daß der Gesetzgeber in § 2320 Abs. 1 für einen nach der Interessenlage vergleichbaren Fall eine entsprechende Verteilung der Pflichtteilslast gesetzlich vorgeschrieben hat. Ähnliche Überlegungen haben das Oberlandesgericht Braunschweig (OLGZ 1977, 185/189) veranlaßt, im Falle des Nichteingreifens der Verwirkungsklausel trotz Geltendmachung des Pflichtteils die Anrechnung erhaltener Pflichtteilsbeträge auf den Erbteil im zweiten Erbfall in Erwägung zu ziehen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zu dieser Entscheidung auch den Beitrag von J. Mayer, in diesem Heft S. 80

15. BGB §§ 133, 157, 2274 (Zur Abänderungsbefugnis in einem Erbvertrag)

**Haben Ehegatten in einem Erbvertrag dem Längerlebenden einen Änderungsvorbehalt eingeräumt, so kann eine ergänzende Vertragsauslegung ergeben, daß eine einseitige Abänderung der Schlußerbinsetzung auch schon vor dem Tod des Erstversterbenden wirksam vorgenommen werden konnte.**

BayObLG, Beschluß vom 9.11.1995 – 1 Z BR 31/95 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Der am 13.5.1994 im Alter von 99 Jahren verstorbene Erblasser war in kinderloser zweiter Ehe mit der am 22.1.1992 verstorbenen Katharina B. verheiratet. Aus deren erster Ehe stammen die Beteiligten zu 1 bis 3. Die Ehegatten hatten am 2.12.1977 einen notariellen Erbvertrag geschlossen, der auszugsweise wie folgt lautet:

2. Im Wege des Erbvertrages vereinbaren wir:

2.1 Stirbt eines von uns, so soll der überlebende Ehegatte der alleinige und ausschließliche Erbe des Erstverstorbenen sein.

2.2 Zum Erben des Längerlebenden von uns beiden bestimmen wir den Sohn der Ehefrau, namens Peter N. (Beteiligter zu 1).

2.3 Vorstehende Verfügungen nehmen wir gegenseitig an. Der Längerlebende von uns beiden ist befugt, die Schlußerbinfolge nur insoweit abzuändern, als er anstelle des vorgesehenen Erben Peter N. auch dessen Geschwister oder auch eines seiner Geschwister oder Abkömmlinge des Peter N. oder Abkömmlinge der Geschwister zu Erben einsetzen kann und Vermächtnisse für diese ausweisen darf. Lediglich Dritten, die nicht mit der Ehefrau in gerader Linie verwandt sind, darf der Längerlebende von uns beiden nichts zuwenden, gleichgültig wer der Längerlebende ist.

Am 14.2.1989 errichteten beide Ehegatten in getrennten Urkunden eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testamente.

Die letztwillige Verfügung des Erblassers lautet:

Für den Fall, daß ich meine Ehefrau Käthe B. überlebe, verfüge ich, daß mein gesamtes Vermögen, sowie die Wohnung Einrichtung nach Ableben an die Kinder meiner Frau zu gleichen Teilen übergehen.

Die der Ehefrau hat folgenden Wortlaut:

Ich Käthe B. bestimme meinen Ehemann als Alleinerben für das hinterlassene Vermögen, sowie für die Wohnungseinrichtung falls er mich überlebt. Erst nach meinem Tod soll das übrig gebliebene Vermögen, sowie die Sachwerte in der Wohnung, an meine drei Kinder als Nacherben zu gleichen Teilen übergehen. Außerdem bestimme ich, daß meine Tochter Anni D., alle Gegenstände in der Wohnung gerecht verteilt.

Am 21.1.1992 – seine Ehefrau lag im Koma und verstarb am folgenden Tag – errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er seine Ehefrau als alleinige befreite Vorerbin und seinen Stiefsohn, den Beteiligten zu 2, als Nacherben einsetzte. Außerdem verfügte er wie folgt:

Sollte meine Ehefrau nicht mein Erbe werden können oder wollen, so setze ich hiermit meinen Stiefsohn zu meinem alleinigen und uneingeschränkten Erben ein. Anschließendender Ersatzerbe anstelle meines Stiefsohnes ist dessen Ehegattin ...

Die Einsetzung meines Stiefsohnes bzw. seiner Ehefrau erfolgt mit Rücksicht darauf, daß diese sich um uns rührend bemühen, während die anderen Kinder meiner Ehefrau sich nicht in der zu erwartenden Weise um uns kümmern.

Gestützt auf dieses Testament beantragte der Beteiligte zu 2 einen Alleinerbschein. Diesen Antrag wies das Nachlaßgericht zurück. Zur Begründung führte es im wesentlichen aus, daß die Erbinsetzung des Beteiligten zu 2 im Testament vom 21.1.1992 unwirksam sei. Der

Änderungsvorbehalt im Erbvertrag vom 2.12.1977 habe dem Erblasser das Recht eingeräumt, die dort verfügte Schlußerbeneinsetzung zugunsten des Beteiligten zu 1 nach dem Tod der Ehefrau, nicht aber während des Bestehens der Ehe aufzuheben. Die vom Beteiligten zu 2 gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Mit der hiergegen eingelegten weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 2 seinen Erbscheinsantrag weiter. Der Beteiligte zu 1 beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Die Beschwerde führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Anweisung des Nachlaßgerichts, dem Beteiligten zu 2 den von ihm beantragten Erbschein zu erteilen.

#### Aus den Gründen:

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

Das Testament vom 21.1.1992 sei für die Erbfolge nicht maßgebend, weil die Testierfreiheit des Erblassers durch den Erbvertrag vom 2.12.1977 beschränkt gewesen sei, so daß er den Beteiligten zu 2 nicht als Alleinerben habe einsetzen können. Die Einsetzung des Beteiligten zu 1 als Schlußerbe sei als vertragsmäßige Verfügung anzusehen. Das ergebe sich schon aus der Formulierung „im Wege des Erbvertrages“ und daraus, daß die letztwillige Verfügung einen den Vertragsparteien nahestehenden Dritten, nämlich den Sohn der Ehefrau begünstigen sollte. Die vertragsmäßige Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 sei weder durch Vertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufgehoben worden. Ein Aufhebungsvertrag liege nicht vor. Die Verfügungen der Ehegatten vom 14.2.1989 erfüllten nicht die Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testaments. Die Bindungswirkung sei auch nicht durch einen wirksamen Rücktritt des Erblassers entfallen. Die unter Nr. 2.3 des Erbvertrags getroffene Regelung könne nicht als Rücktrittsvorbehalt aufgefaßt werden. Sie räume dem „Längerlebenden“ zwar die Befugnis ein, die Schlußerbfolge in bestimmter Weise zu ändern. Gleichwohl widerspreche das Testament des Erblassers vom 21.1.1992 der Bindungswirkung des Erbvertrags. Die Auslegung der nicht eindeutigen Vorbehaltsklausel ergebe, daß die Schlußerbfolge erst nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten einseitig geändert werden dürfe. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß es dem Willen der Ehegatten entsprochen habe, die Erbeinsetzung im Fall einer schweren Erkrankung eines von ihnen bereits zu dessen Lebzeiten ändern zu dürfen. Anhaltspunkte für ergänzende Ermittlungen seien nicht vorhanden.

2. Die Beschwerdeentscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht in vollem Umfang stand.

a) Zutreffend geht das Landgericht zunächst davon aus, daß es sich bei der im Erbvertrag vom 2.12.1977 getroffenen Vereinbarung, Erbe des Längerlebenden – und damit Schlußerbe – sei der Beteiligte zu 1, um eine vertragsmäßige und damit der erbvertraglichen Bindung unterliegende Verfügung im Sinn von § 2278 Abs. 1 BGB handelt (vgl. BayObLG Rpfleger 1993, 448/449 m.w.N.). Rechtsfehlerfrei hat es ferner entschieden, daß den Ehegatten kein Rücktritt vom Erbvertrag vorbehalten war (§ 2293 BGB) und daß dieser weder durch Vertrag (§ 2290 BGB) noch – wie das Landgericht überzeugend dargelegt hat – durch ein gemeinschaftliches Testament aufgehoben wurde (§ 2292 BGB). Auf die Begründung der Beschwerdeentscheidung wird insoweit Bezug genommen.

b) Der Erblasser war jedoch aufgrund des jedenfalls in der vorliegenden Form zulässigen „Änderungsvorbehalts“ (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2289 Rdnr. 3 m.w.N.)

gemäß Nr. 2.3 des Erbvertrags berechtigt, die Schlußerbfolge zugunsten des Beteiligten zu 2 zu ändern, so daß das notarielle Testament vom 21.1.1992 insoweit nicht (gemäß § 2289 Satz 2 BGB) unwirksam ist. Entgegen der Meinung des Beteiligten zu 1 ist die Vorbehaltsklausel, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, hinsichtlich des Zeitpunkts der Änderungsbefugnis nicht eindeutig und bedarf daher der Auslegung (vgl. BGH WM 1986, 1221/1222 = MittBayNot 1986, 265/266; BayObLG FamRZ 1989, 1353/1354 [= MittBayNot 1989, 322 = DNotZ 1990, 812]), durch die gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist, wie die Parteien den Vertrag übereinstimmend verstanden hatten (BayObLG FamRZ 1991, 1359/1360). Sie obliegt den Gerichten der Tatsacheninstanz, deren Auslegungsergebnis ebenso wie das einer Testamentsauslegung (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 724/725; Senatsbeschluß vom 21.12.1992 – 1 Z BR 77/92; *Palandt/Edenhofer*, § 2279 Rdnr. 1; vgl. auch *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 2274 ff. Rdnr. 30) das Gericht der weiteren Beschwerde bindet, sofern es nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den Auslegungsgrundsätzen und den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Urkunde nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (ständige Rechtsprechung, vgl. BayObLGZ 1991, 173/176).

aa) Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß der in der notariellen Praxis im Zusammenhang mit einem Änderungsvorbehalt sehr gebräuchliche (vgl. *Mayer* DNotZ 1990, 755/762 Fn. 41 und S. 764) Begriff des „Überlebenden“ oder „Längerlebenden“ insofern eindeutig ist, als dessen Person erst nach dem Tod des Erstversterbenden feststeht. Unklar ist jedoch, ob das einseitige Abänderungsrecht erst mit dem Ableben des Erstversterbenden entsteht (vgl. dazu *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., Anh. 29 Fn. 9), so daß eine vorher getroffene Verfügung unwirksam ist, oder ob der Überlebende bereits vorher anderweitig verfügen darf und nur die Wirksamkeit dieser Verfügung vom Tod des Ehegatten abhängt (vgl. Senatsbeschluß vom 2.4.1976 – BReg. 1 Z 70/75 S. 28 f. m.w.N.). Das Landgericht hat ausgeführt, eine einseitige Änderung sei erst nach dem Tod des Erstversterbenden zulässig, und hat damit dem Änderungsvorbehalt auch eine zeitliche Beschränkung entnommen. Diese Auslegung ist verfahrensfehlerfrei getroffen und jedenfalls möglich; zwingend braucht sie nicht zu sein (vgl. BayObLGZ 1986, 426/430 und ständige Rechtsprechung).

bb) Das Landgericht hat auch eine ergänzende Auslegung des Änderungsvorbehalts (vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, 651/653) dahin erwogen, daß ein Ehegatte in eingeschränktem Umfang bereits zu Lebzeiten des anderen die Schlußerbeneinsetzung ändern durfte, dies aber verneint. Insoweit kann der Senat dem Landgericht nicht folgen. Zwar erfordert auch die ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen, daß in der Urkunde selbst ein wenn auch noch so geringer oder unvollkommener Anhalt für die behauptete Willensrichtung des Erblassers zu finden ist, auch wenn dessen Wille erst unter Heranziehung außerhalb liegender Umstände oder der allgemeinen Lebenserfahrung endgültig festgestellt werden kann (vgl. BayObLGZ 1988, 165/169 [= DNotZ 1989, 176]; *Palandt/Edenhofer*, § 2084 Rdnr. 9 m.w.N.). Ob ein derartiger Anhalt vorliegt, ist eine vom Gericht der weiteren Beschwerde nachzuprüfende Rechtsfrage (BayObLG a.a.O. S. 168).

Hier kann dem Erbvertrag ein solcher Anhalt entnommen werden. Die Ehegatten haben, wie der Änderungsvorbehalt

zeigt, damit gerechnet, daß sich ihre Erwartungen in das Verhalten des von ihnen im Erbvertrag bestimmten Schlußerben nicht erfüllen könnten. Die von ihnen gewählte Formulierung des Änderungsvorbehalts hätte auch, wie unter aa) dargelegt, die vom Landgericht verworfene Auslegung zugelassen, daß der überlebende Ehegatte noch zu Lebzeiten seines Ehepartners einen anderen Schlußerben bestimmen konnte, wenn gleich diese Verfügung dann in ihrer Wirksamkeit vom Vorversterben des Ehepartners abhängig gewesen wäre. Unter diesen Umständen kann einem Auslegungsergebnis, das die Änderung zwar zu Lebzeiten des Ehepartners, jedoch beschränkt auf bestimmte tatsächliche Fallkonstellationen zuläßt, die Formwirksamkeit nicht abgesprochen werden. Es genügt als Anhalt, daß in dem Erbvertrag ein Änderungsvorbehalt ausdrücklich vorgesehen ist. Hier geht es nur mehr darum, im Weg der ergänzenden Auslegung dessen Tragweite zu bestimmen.

Das Landgericht hat das Ergebnis seiner Auslegung damit begründet, daß es den Ehegatten darum gegangen sei, bis zum Tod des Erstversterbenden eine Änderung der Schlußerbfolge nur aufgrund gemeinsamer Willensbildung beider Ehegatten zu ermöglichen. Es habe der Interessenlage der Ehegatten entsprochen, jedenfalls zu ihren Lebzeiten Einfluß auf diese Entscheidung zu haben. Den Fall, daß einer der Ehegatten zwar noch lebt, aus gesundheitlichen Gründen aber nicht mehr in der Lage ist, an dieser Willensbildung teilzunehmen, haben die Eheleute nicht bedacht. Damit sind die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung gegeben, denn insoweit liegt eine Regelungslücke vor, die danach zu schließen ist, was die Ehegatten vereinbart hätten, wenn die später tatsächlich eingetretene Entwicklung von ihnen bedacht worden wäre.

c) Da die angefochtene Entscheidung auf diesem Rechtsfehler beruht und sie sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 563 ZPO), ist sie aufzuheben. Einer Zurückverweisung der Sache an das Landgericht bedarf es nicht. Hält die Auslegung eines Erbvertrags durch das Beschwerdegericht der Nachprüfung nicht stand, so kann die letztwillige Verfügung vom Gericht der weiteren Beschwerde selbst ausgelegt werden; das gilt auch für die Vorbehaltsklausel (BayObLG FamRZ 1991, 1359/1360 m.w.N.).

Die erforderliche ergänzende Vertragsauslegung ergibt, daß die Ehegatten dem Überlebenden eine Änderung der Schlußerbeneinsetzung noch zu Lebzeiten des Erstversterbenden jedenfalls dann gestattet hätten, wenn der Erstversterbende aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gehindert war, an einer solchen Änderung mitzuwirken. Durch einen Änderungsvorbehalt der vorliegenden Art soll dem Überlebenden regelmäßig die Möglichkeit gegeben werden, durch eine andere Verteilung des (gemeinsamen) Vermögens dem weiteren Verhalten der als Erben in Betracht kommenden Personen Rechnung zu tragen. So liegt es auch hier, wie die Begründung der Änderungsverfügung vom 21.1.1992 zeigt. Dabei kann vor allem auch ein Verhalten von Bedeutung sein, das die vorgesehenen Erben bei Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit der verfügenden Ehegatten zeigen. Derartige Situationen können, etwa bei altersbedingten Abbauprozessen, zur Testierunfähigkeit eines Ehegatten führen und sich über Jahre hinziehen. Es entspräche nicht dem Sinn des Vorbehalts, wenn dann der andere Ehegatte gehindert wäre, die Schlußerbeneinsetzung zu ändern, obwohl sein Partner, wie nach dem Ableben, hier schon zu Lebzeiten gehindert ist und aller Voraussicht nach bis zu seinem Tod gehindert sein wird, bei der Änderung mitzuwirken.

Von einem derartigen Fall ist hier auszugehen. Die Ehefrau des Erblassers lag nach dem ärztlichen Attest vom 27.6.1994 im Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments vom 21.1.1992 im Koma und war bereits seit Tagen bewußtseinsgestört. Es war nicht damit zu rechnen, daß sie vor ihrem Tod noch einmal in der Lage sein würde, ihren Willen bezüglich einer Abänderung der Schlußerbeneinsetzung wirksam zu äußern. Sie verstarb am folgenden Tag.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung behandelt die Frage, ob von einem in einem Erbvertrag dem überlebenden Teil vorbehaltenen Abänderungsrecht unter bestimmten Umständen noch zu Lebzeiten des erstversterbenden Ehegatten Gebrauch gemacht werden kann.

1. Der im Fall verwendete Änderungsvorbehalt lautete:

„Der Längerlebende von uns beiden ist befugt, die Schlußerbfolge ... abzuändern ...“. Es folgten einengende Voraussetzungen, unter denen die Abänderung stattfinden durfte.

Die Formulierung entsprach damit einem geläufigen Muster (vgl. etwa *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., Anh. 29; *Faßbender*, in: *Kersten-Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl., Rdnr. 973; *J. Mayer*, DNotZ 1990, 762). Eine nähere Eingrenzung des Zeitpunkts, ab dem das Abänderungsrecht ausgeübt werden konnte, enthielt die Klausel nicht. Insofern unterschied sie sich von einer etwa von *Nieder* (in: *Münchener Vertragshandbuch*, Bd. IV, 2. Halbbd., Form. XVI. 11 § 5) verwendeten präziseren Formulierung, die wie folgt lautet:

„Der Längstlebende darf nach dem Tode des Erstversterbenden diese Erbeinsetzung beliebig abändern ...“ (ähnlich: *Graf zu Castell*, in: *Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht*, Abschnitt VI. Form. 7).

2. Als seine Ehefrau im Sterben lag und bereits das Bewußtsein verloren hatte, machte der Erblasser von dem Änderungsvorbehalt Gebrauch. Er überschrift dabei die Änderungsvoraussetzungen insofern, als er die Alleinerbeinsetzung seiner Ehefrau zu einer Vorerbeinsetzung abschwächte. Diese (unzulässige) Verfügung wurde infolge des vorzeitigen Todes der Ehefrau allerdings nicht mehr zum Streitpunkt. Streitgegenstand wurde die – die Vorgaben einer Änderung einhaltende – Erbeinsetzung des Bet. zu 2. Diese, zunächst als Nacherbeinsetzung formuliert, war nach der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB gleichzeitig als Einsetzung zum Ersatzerben der Vorerbin anzusehen. Der Bet. zu 2 wäre damit jedenfalls dann Erbe des Testierenden geworden, wenn dieser das Testament nach dem Tode seiner Ehefrau errichtet hätte. Fraglich war nun, ob die vorzeitige Änderung die Verfügung unwirksam machte.

3. Das BayObLG hat die Auslegung des Landgerichts, die Änderung sei nach der Formulierung des Erbvertrages erst nach dem Tode des Erstversterbenden möglich gewesen, für zulässig gehalten (Ziff. 2 b) aa) der Gründe). Erst aufgrund einer *ergänzenden Vertragsauslegung* ist das BayObLG zu dem Ergebnis gelangt, die Änderung noch zu Lebzeiten des anderen Ehegatten sei vertraglich erlaubt gewesen.

Die ergänzende Auslegung hat den Zweck, Lücken der rechtsgeschäftlichen Erklärung zu schließen (BGHZ 9, 277; 77,

304). Sie setzt also voraus, daß der Vertrag eine Regelungslücke enthält (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl., § 157 Rdnr. 3 m.w.N). Die vertragliche Regelung ist entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen (BGHZ 7, 235; 9, 278). Die Ermittlung dieser Tatbestandsvoraussetzungen wird bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen durch den allgemeinen Grundsatz erschwert, wonach jede Auslegung einen in der Verfügung selbst zu findenden Anhaltspunkt erfordert (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2084 Rdnr. 9 m.w.N).

Das Gericht hat – ein glückliches Ergebnis – all diese Voraussetzungen im zu entscheidenden Fall ausmachen können (Ziff. 2 b) bb) der Gründe). Der für die Auslegung voraussetzende Anhalt in der Urkunde liege im Änderungsvorbehalt selbst (!). Den Ehegatten sei es bei der Abfassung des Erbvertrages darum gegangen, eine Änderung der Schlußerfolge zu ihren Lebzeiten nur aufgrund ihrer gemeinsamen Willensbildung zu ermöglichen. Den Fall, daß einer der Ehegatten aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sein könnte, an dieser Willensbildung teilzunehmen, hätten die Vertragspartner nicht bedacht. Wenn sie ihn bedacht hätten, so hätten sie den Änderungsvorbehalt in anderem Sinne gefaßt; sie hätten die Änderung der Schlußerbeinsetzung schon zu dem Zeitpunkt zugelassen, in welchem „der Erstversterbende auf Dauer gehindert war, an einer solchen Änderung mitzuwirken“.

4. Die Kautelarpraxis sollte Regelungslücken vermeiden. Eine Berücksichtigung der der Entscheidung zugrundeliegenden Fallkonstellation erscheint angesichts der Tatsache, daß solche Fälle praktisch durchaus vorkommen können, sinnvoll.

a) Zunächst: Die Verwendung der hinsichtlich des Abänderungszeitpunkts exakten Formulierungen *Nieders* (oben 1.) löst das aufgeworfene Problem nicht, sondern erschwert es: Es ist sehr wahrscheinlich, daß die vom BayObLG vorgenommene ergänzende Auslegung angesichts einer recht eindeutigen Formulierung nach dem Muster *Nieders* nicht möglich gewesen wäre.

b) Für die Vertragspraxis erscheinen verschiedene Reaktionen denkbar.

aa) Man könnte – entsprechend der vom BayObLG im Fall entwickelten Lösung – die Ausübung des Änderungsvorbehalts schon zu einem Zeitpunkt zulassen, in welchem ein Ehegatte aus gesundheitlichen Gründen voraussichtlich auf Dauer gehindert sein würde, an einer solchen Änderung mitzuwirken.

Eine weniger streitanfällige Regelung könnte darin bestehen, den überlebenden Ehegatten bereits vor dem Tode des Erstversterbenden vom Änderungsvorbehalt Gebrauch machen zu lassen, aber die Wirksamkeit seiner Verfügung vom Tod des Erstversterbenden abhängig zu machen (vgl. Ziff. 2 b) aa) der Gründe).

In beiden Varianten würde man allerdings die Bindungswirkung des Erbvertrages noch zu *Lebzeiten* des anderen Ehegatten lockern. Nach der Gesetzessystematik kann dies nur in der Form eines Rücktritts geschehen. Es spricht daher viel dafür, daß insbesondere die Vorschrift des § 2296 Abs. 2 BGB einzuhalten ist (s. etwa *Nolting*, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, S. 212 f., 215 f.; *Hohmann MittBayNot* 1995, 442).

bb) Will man für Fälle wie den vorliegenden daher kautelarjuristische Vorsorge treffen, erscheint die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes bezüglich der Schlußerbeinsetzung – zusätzlich zum Änderungsvorbehalt für den Überlebenden – die rechtsdogmatisch zutreffende Lösung. Ein solches Recht kann auch nur einen Teil der bindenden Verfügungen betreffen (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2296 Rdnr. 4). Unerlässlich bleibt allerdings die Prüfung, ob die damit jederzeit mögliche Lösung von der Schlußerbeinsetzung den Interessen der Vertragsteile im übrigen nicht widerspricht.

Schließlich ist die praktische Schwierigkeit des Zugangs der Rücktrittserklärung zu bedenken (dazu s. § 131 BGB): Die Erklärung muß dem Adressaten zu dessen Lebzeiten zugehen (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2296 Rdnr. 2, § 2271 Rdnr. 6). Gegebenenfalls ist für den Erklärungsempfänger ein Betreuer zu bestellen. Verzögert sich die Bestellung, kann der Rücktritt daher scheitern.

#### 5. Formulierungsvorschlag:

1. *Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein.*
2. *Schlußerbe nach dem Tode des Längstlebenden von uns ist ...*
3. *Diese Bestimmungen sollen erbvertraglich bindend sein.*

*Dem überlebenden Ehegatten wird allerdings gestattet, die vorangehende Schlußerbeinsetzung einseitig durch Testament zu widerrufen, beliebig abzuändern oder zu ergänzen (Alternativ: ... in der Weise abzuändern oder zu ergänzen, daß ...).*

*Der Überlebende ist weiterhin befugt, im Vermögen vorhandenen Grundbesitz oder sonstige Vermögenswerte zu Lebzeiten zu übertragen (evtl. Zusatz: ..., allerdings nur an...).*

*Jeder Ehegatte ist zudem berechtigt, zu Lebzeiten des anderen Ehegatten von der in Ziffer 2. angeordneten Schlußerbeinsetzung jederzeit ohne Angabe von Gründen zurückzutreten.*

*Der Notar hat auf folgendes hingewiesen:*

*Die Rücktrittserklärung muß notariell beurkundet werden. Sie wird nur wirksam, wenn sie dem anderen Vertragsteil in Ausfertigung zugeht.*

Notarassessor Dr. Christian Mickisch, München

16. BGB § 133, § 1938, § 2258, § 2336 (*Aufhebung von Verfügungen von Todes wegen durch spätere Verfügungen; Pflichtteilsentziehung als Enterbung*)

- 1. Ist eine letztwillige Verfügung aufgehoben, weil sie einer späteren letztwilligen Verfügung widerspricht, so bleibt die aufgehobene Verfügung grundsätzlich auch dann unwirksam, wenn die spätere Verfügung aus tatsächlichen Gründen (hier Vorversterben des Bedachten) keine Wirkungen entfaltet.**
- 2. Hat der Erblasser einem möglichen gesetzlichen Erben, der selbst nicht pflichtteilsberechtigt ist, durch letztwillige Verfügung den Pflichtteil entzogen, so liegt darin regelmäßig der Ausschluß des Betroffenen von der gesetzlichen Erbfolge gemäß § 1938 BGB. Dieser Ausschluß ist nicht allein deshalb unwirksam, weil der Erblasser dem Betroffenen später verzeiht. Der Erblasser kann ihn dann nur durch letztwillige Verfügung beseitigen.**
- 3. Hat der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung die Erbfolge durch positive Erbeinsetzungen abschließend geregelt und daneben einen Angehörigen, den er nicht zum Erben berufen hat, ausdrücklich auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so kann allein eine spätere Änderung der positiven Erbeinsetzung regelmäßig kein Anhaltspunkt dafür sein, daß die Erbfolge insgesamt abschließend neu geregelt werden sollte in dem Sinn, daß auch die (negative) Enterbung entfallen soll.**

BayObLG, Beschluß vom 30.11.1995 – 1 Z BR 86/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die im Alter von 73 Jahren verstorbene Erblasserin hat keine Abkömmlinge hinterlassen. Die Beteiligte zu 1 ist ihre Schwester.

Die Erblasserin schloß am 19.9.1956 mit ihrem ersten Ehemann einen Erbvertrag, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Nach Scheidung dieser Ehe heiratete die Erblasserin erneut und schloß am 3.6.1966 auch mit ihrem zweiten Ehemann einen Erbvertrag. Darin setzten sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten außerdem folgendes:

„II. ... Für den Fall des gleichzeitigen Ablebens von uns beiden bzw. als Schlußerben nach dem Letztversterbenden von uns bestimmen wir als Erben je zur Hälfte unsere Patenkinder a) ... (Beteiligter zu 3), b) ... (Beteiligte zu 2). Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, diese Erbeinsetzung abzuändern.

...

III. Ich ... (Erblasserin) entziehe hiermit meiner Mutter ... und meiner Schwester ... (Beteiligte zu 1) den Pflichtteil wegen Ehebruchs mit meinem ersten Ehemann ...“

Nach dem Tod ihres zweiten Ehemanns heiratete die Erblasserin ein drittes Mal. Am 1.3.1978 errichtete sie ein privatschriftliches Testament, in dem sie ihren dritten Ehemann zu ihrem „alleinigen ausschließlichen Erben“ einsetzte. Weitere Verfügungen traf sie in diesem Testament nicht. Der dritte Ehemann ist vor der Erblasserin verstorben.

Die Beteiligten zu 2 und 3 haben jeweils einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragt, der sie aufgrund des Erbvertrages vom 3.6.1966 als Miterben zu je zur Hälfte ausweisen soll. Sie sind der Auffassung, daß die Schlußerbeinsetzung in diesem Erbvertrag wieder maßgebend sei, weil die abändernde Verfügung der Erblasserin in dem Testament vom 1.3.1978 durch den Tod des dritten Ehemannes gegenstandslos geworden ist. Die Beteiligte zu 1 hat einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin kraft Gesetzes ausweisen soll. Sie ist der Auffassung, daß gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Der Pflicht-

teilszug im Erbvertrag vom 3.6.1966 enthalte keine Enterbung und sei im übrigen durch das spätere Testament aufgehoben bzw. durch Verzeihung gegenstandslos.

Das Nachlaßgericht hat mit Vorbescheid vom 25.11.1994 angekündigt, es werde den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückweisen und einen Erbschein entsprechend den Anträgen der Beteiligten zu 2 und 3 erteilen. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der diese ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgt hat, hat das Landgericht den Vorbescheid aufgehoben, die weitergehende Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und die Sache an das Nachlaßgericht zurückgegeben. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1. Die Beteiligte zu 2 ist dem Rechtsmittel entgegengetreten, die übrigen Beteiligten haben sich nicht geäußert. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

(...)

3. a) Das Landgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, daß gesetzliche Erbfolge eingetreten ist.

aa) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht angenommen, daß die letztwillige Verfügung in dem Erbvertrag vom 19.9.1956, durch die die Erblasserin ihren ersten Ehemann zum Alleinerben eingesetzt hatte, gemäß § 2279 Abs. 1, § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam geworden ist, und daß die letztwillige Verfügung der Erblasserin in dem Erbvertrag vom 3.6.1966 zugunsten ihres zweiten Ehemannes im Hinblick auf dessen Vorversterben gegenstandslos ist.

bb) Mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, daß die Erblasserin die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 zu (Schluß-)Erben in dem Erbvertrag vom 3.6.1966 durch die spätere Erbeinsetzung ihres dritten Ehemannes in dem Testament vom 1.3.1978 wirksam aufgehoben hat. Aufgrund des zulässigen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2289 Rdnr. 3) Änderungsvorbehalts für den überlebenden Ehegatten in Abschnitt II des Erbvertrages durfte die Erblasserin nach Ableben ihres zweiten Ehemannes anstelle der Beteiligten zu 2 und 3 eine andere Person zu ihrem Erben und damit zum Schlußerben bestimmen, ohne daß diese Verfügung gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam war. An der Gültigkeit des Testaments vom 1.3.1978, in dem diese anderweitige Verfügung getroffen ist, bestehen keine Zweifel. Die darin enthaltene Einsetzung des dritten Ehemannes zum Alleinerben widerspricht in vollem Umfang der früher verfüigten Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3. Gemäß § 2258 Abs. 1 BGB ist daher die frühere Verfügung aufgehoben worden. Darauf, ob die Erblasserin diese Folge bedacht hat, kommt es nicht an (*Palandt/Edenhofer* Rdnr. 1, *Staudinger/Firsching*, BGB, 2. Aufl., Rdnr. 9, *MünchKommBGB/Burkart* 2. Aufl., Rdnr. 5, jeweils zu § 2258), da die Aufhebung gemäß § 2258 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt (*BGH NJW* 1981, 2745).

cc) Die aufgehobene Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 kann auch nicht deshalb für die Erbfolge Bedeutung erlangen, weil die Erbeinsetzung des dritten Ehemannes durch dessen Vorversterben wirkungslos geblieben ist.

(1) Die Aufhebung gemäß § 2258 Abs. 1 BGB setzt zwar voraus, daß der Erblasser das Folgetestament rechtswirksam errichtet hat, da ein ungültiges Testament, auch wenn diese Ungültigkeit wie bei einer Anfechtung erst rückwirkend eintritt, keine Rechtswirkungen hervorrufen kann (*von Lübtow*, *Erbrecht*, Band I, S. 253 m.w.N.). Auch wird das frühere Testament gemäß § 2258 Abs. 2 BGB im Zweifel wieder wirksam, wenn das spätere Testament widerrufen wird. Anderes gilt aber, wenn das Testament lediglich aus tatsäch-



wenigstens angedeutet sein, damit er formgerecht erklärt wäre (BGHZ 80, 242). Denn durch die Auslegung darf nicht ein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht irgendwie, sei es auch nur andeutungsweise, ausgedrückt ist (BayObLGZ 1981, 79/82). (*Wird ausgeführt.*)

17. BGB §§ 2255 S. 1, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 (*Vernichtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch den überlebenden Ehegatten*)

**Ist dem überlebenden Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament der Widerruf einer wechselbezüglichen Schlußerbensetzung vorbehalten, so kann das Widerrufsrecht nur durch Errichtung eines weiteren Testaments, nicht jedoch durch Vernichtung der Testamentsurkunde gem. § 2255 S. 1 BGB ausgeübt werden (wie OLG Stuttgart OLGZ 1986, 261, 264 [= MittBayNot 1986, 194 = DNotZ 1986, 553]).**

OLG Hamm, Beschluß vom 12.10.1995 – 15 W 134/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

*Aus den Gründen:*

Nach § 2255 Satz 1 BGB kann allerdings ein Erblasser ein Testament auch dadurch widerrufen, daß er die Testamentsurkunde in der Absicht, seine letztwillige Verfügung aufzuheben, vernichtet. Für das gemeinschaftliche Ehegattentestament gilt diese Vorschrift uneingeschränkt nur, sofern beide Ehegatten zu Lebzeiten das Testament gemeinschaftlich vernichten bzw. die Vernichtung durch einen Ehegatten im Einverständnis mit dem anderen Ehegatten erfolgt (BayObLGZ 1965, 86, 92). Enthält das gemeinschaftliche Testament lediglich einseitige (nicht wechselbezügliche) letztwillige Verfügungen der Ehegatten, so bleibt § 2255 BGB anwendbar. Ungeachtet der Pflicht des überlebenden Ehegatten, das gemeinschaftliche Testament gemäß § 2259 BGB an das Nachlaßgericht abzuliefern, kann er durch Vernichtung der Testamentsurkunde seine darin enthaltene eigene einseitige letztwillige Verfügung widerrufen (vgl. *Palandt-Edenhofer*, BGB, 54. Auflage, § 2255 Rdnr. 15). Dies gilt jedoch nicht, sofern das gemeinschaftliche Testament wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des §§ 2270 Abs. 1 BGB enthält. Dies folgt schon daraus, daß nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 erster Halbsatz BGB der überlebende Ehegatte an seine eigene wechselbezügliche Verfügung nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten gebunden ist, seine letztwillige Verfügung somit nicht mehr widerrufen kann. Darüber hinaus ist anerkannt, daß auch dann, wenn die Ehegatten die Bindungswirkung der Wechselbezüglichkeit ihrer letztwilligen Verfügung in einer Weise modifiziert haben, die dem Überlebenden den Widerruf seiner letztwilligen Verfügung ermöglicht (BGHZ 2, 35; NJW 1964, 2056; Senat FGPrax 1995, 116 = NJW-RR 1995, 777), der Widerruf des überlebenden Ehegatten nur durch die Errichtung eines weiteren Testaments, nicht jedoch durch Vernichtung der Testamentsurkunde nach § 2255 Satz 1 BGB erfolgen kann (OLG Stuttgart OLGZ 1986, 261, 264 = NJW-RR 1986, 632 [= MittBayNot 1986, 194 = DNotZ 1986, 553]; MünchKomm-BGB/Burkart, 2. Aufl., § 2255 Rdnr. 19; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 2271 Rdnr. 32; *Erman/Schmidt*, BGB, 9. Aufl., § 2255 Rdnr. 10; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2271 Rdnr. 23). Denn die rechtlichen Wirkungen, die von wechselbezüglichen Verfügungen in

einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament ausgehen, sind denjenigen eines Erbvertrages vergleichbar. Dementsprechend werden die erbrechtlichen Vorschriften auf wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Ehegattentestamentes entsprechend angewandt. Das führt dazu, daß ein vorbehaltener Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung entsprechend § 2297 BGB nur durch Errichtung eines Testaments, nicht jedoch durch Vernichtung oder Veränderung der ursprünglichen Testamentsurkunde gemäß § 2255 S. 1 BGB erfolgen kann.

18. BGB §§ 2205, 2368 (*Testamentsvollstreckung an BGB-Gesellschaftsanteil*)

1. An dem vererbten Anteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist Testamentsvollstreckung nicht schlechthin ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn die Erben des Gesellschaftsanteils vor dem Erbfall bereits an der Gesellschaft beteiligt waren.
2. Deshalb ist einem Testamentsvollstrecker, der zur Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) am Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingesetzt ist, ein Zeugnis gemäß § 2368 BGB zu erteilen. Darin sind gesetzliche Beschränkungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergeben, nicht anzugeben.

BGH, Beschluß vom 10.1.1996 – IV ZB 21/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der am 2.1.1992 verstorbene H. H. (im folgenden: Erblasser) war – neben seinen vier Töchtern, den Beteiligten zu 2) bis 5) – Gesellschafter der „H.-Grundstücksgesellschaft“, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Er war an der Gesellschaft zur Hälfte, jede Tochter zu je 1/8 beteiligt.

Das Vermögen der Gesellschaft besteht im wesentlichen aus einem 3/4-Miteigentumsanteil an einem Grundstück in S., das mit einem Geschäftshaus bebaut ist (Gebäude Nr. 6, C.). Gesellschaftszweck sind die Sicherung dieses Grundstücks „als Familieneigentum späterer Generationen“ sowie die „Verwaltung und Nutzung des der Gesellschaft gehörenden und von ihr etwa künftig noch zu erwerbenden Grundeigentums“ (§ 2 des Gesellschaftsvertrages). Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis lag allein beim Erblasser.

§ 4 des Gesellschaftsvertrages lautet:

„Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit seinen letztwillig oder gesetzlich bestimmten Rechtsnachfolgern fortgesetzt. Die Wahrnehmung der Rechte eines Gesellschafters durch einen Testamentsvollstrecker ist zulässig.“

Der Erblasser wurde aufgrund eines von ihm und seiner vorverstorbenen Ehefrau errichteten gemeinschaftlichen notariellen Testaments vom 25.5.1975 von seinen Töchtern zu je 1/4 beerbt.

§ 7 des genannten Testaments lautet:

„Auf den Tod des Letztversterbenden von uns ordnen wir Testamentsvollstreckung an. Dem Testamentsvollstrecker stehen alle Rechte zu, die einem solchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eingeräumt werden können; er ist berechtigt, einen Nachfolger zu bestimmen; in der Eingehung von Verbindlichkeiten ist er nicht beschränkt.“

Zur Aufgabe des Testamentsvollstreckers gehört insbesondere die Verwaltung unserer Anteile an der Grundstücksgesellschaft (C.), die Ausführung der Vermächtnisse, die Teilung des übrigen Nachlasses, wobei der Testamentsvollstrecker den Zeitpunkt der Teilung nach seinem Belieben bestimmen kann.

Testamentsvollstrecker ist in erster Linie laut besonderer Urkunde Herr Rechtsanwalt und Notar Dr. H. W. Zum Ersatztestamentsvollstrecker berufen wir den (Beteiligten zu 1) ...“

Nachdem der in erster Linie zum Testamentsvollstrecker berufene Rechtsanwalt und Notar Dr. W. die Übernahme des Testamentsvollstreckeramtes abgelehnt hatte, beantragte der Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das auch seinen Aufgabenkreis entsprechend dem in §§ 4 und 7 des notariellen Testaments geregelten Umfang beschreiben sollte. Das Nachlaßgericht erließ daraufhin mit Beschluß vom 27.1.1993 einen Vorbescheid, in dem es die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses mit folgendem Inhalt ankündigte:

„In der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß ist der Testamentsvollstrecker nicht beschränkt.

Zur Aufgabe des Testamentsvollstreckers gehört insbesondere die Ausführung der Vermächtnisse und die Verwaltung der Anteile des Erblassers an der Grundstücksgesellschaft (C.) nach den Bestimmungen im notariellen Testament vom 25.3.1975, welches in begl. Abschrift als Anlage diesem Testamentsvollstreckerzeugnis beigefügt ist, wobei die Verwaltung dieser vererbten Anteile an der Grundstücksgesellschaft nach erbrechtlichen Grundsätzen und BGH-Rechtsprechung nur die verkehrsfähigen vermögensrechtlichen Gesellschafterrechte umfassen kann.“

Im übrigen wies das Nachlaßgericht den Antrag zurück.

Die Beteiligte zu 2) hat gegen den Vorbescheid Beschwerde und nach deren Zurückweisung weitere Beschwerde eingelegt. Sie strebt die Zurückweisung des Antrags auf Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses an und meint u.a., Testamentsvollstreckung an dem Anteil einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei aus Rechtsgründen nicht zulässig. Der Beteiligte zu 1) und Antragsteller hat sich nicht gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts gewandt, sondern die Zurückweisung der Rechtsmittel der Beteiligten zu 2) beantragt. Das Oberlandesgericht wollte die weitere Beschwerde zurückweisen. Die Vorlage zum BGH gemäß § 28 Abs. 2 FGG wurde von diesem zurückgegeben.

#### Aus den Gründen:

Die Vorlage ist unzulässig. Die vom Oberlandesgericht für richtig gehaltene Zurückweisung der weiteren Beschwerde würde nicht zu einer Abweichung im Sinne von § 28 Abs. 2 FGG führen.

1. a) Nach § 2368 Abs. 1 BGB ist dem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen. Darin sind der Erblasser und der Testamentsvollstrecker namentlich anzugeben. Weitere Angaben sind nur erforderlich, soweit Abweichungen von den gesetzlichen Regelbefugnissen in Betracht kommen.

Nach zutreffender Auffassung der Vorinstanzen hat der Erblasser den Wirkungsbereich des Testamentsvollstreckers im vorliegenden Fall über den sich aus § 2205 BGB ergebenden normalen Umfang hinaus auf eine Dauervollstreckung im Sinne von § 2209 Satz 1 Halbs. 2 BGB erweitert. Daher haben die Vorinstanzen mit Recht angenommen, daß dies in dem Testamentsvollstreckerzeugnis erwähnt werden muß.

b) Weitere Zusätze, die im Falle einer Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen gesetzliche oder von der Rechtsprechung entwickelte Grenzen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers aufzeigen sollen, gehören dagegen nach richtiger Ansicht des Oberlandesgerichts nicht in ein Testamentsvollstreckerzeugnis. Denn solche Zusätze bringen keine – auf einer Anordnung des Erblassers beruhende – vom gesetzlichen Normalfall abweichende Regelung der Testamentsvollstreckerbefugnisse zum Ausdruck.

Es gehört auch nicht zu den Aufgaben des Nachlaßgerichts, im Rahmen des Verfahrens auf Erteilung eines Testaments-

vollstreckerzeugnisses zu klären, wo die vom Gesetz gezogenen Grenzen des Kompetenzbereiches des Testamentsvollstreckers verlaufen. Das ist vielmehr im Streitfall vor dem Prozeßgericht zu klären (MünchKomm-Brandner, 2. Aufl., § 2205 Rdnr. 13; Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 11. Aufl. Rdnr. 666 a.E.). In einem solchen Verfahren wäre auch zu prüfen, ob das Testament, das dem Testamentsvollstrecker in bezug auf den Gesellschaftsanteil ersichtlich eine möglichst uneingeschränkte Rechtsposition verschaffen wollte, dahin auszulegen ist, daß die Beteiligten zu 2) bis 5) als Erbinnen möglicherweise nur mit der Auflage eingesetzt worden sind, dem Testamentsvollstrecker die notwendige Rechtsmacht – etwa durch treuhänderische Übertragung der Gesellschaftsanteile – einzuräumen (vgl. BGHZ 12, 100, 102 f.; 24, 106, 112; BGH NJW 1981, 749 unter 5).

c) Danach besagt die Aussage in dem vom Nachlaßgericht angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnis, zur Aufgabe des Testamentsvollstreckers gehöre insbesondere die Verwaltung der Anteile des Erblassers an der Grundstücksgesellschaft, noch nichts über den konkreten Umfang der dem Testamentsvollstrecker in bezug auf die Gesellschaftsanteile zustehenden Befugnisse. Vielmehr steht diese Aussage unter dem Vorbehalt der aus dem Gesetz, insbesondere dem Gesellschaftsrecht, folgenden und durch die Auslegung der Rechtsprechung im einzelnen entwickelten Grenzen.

Der vorliegende Fall macht daher eine nähere Bestimmung der dem Testamentsvollstrecker in bezug auf den Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustehenden Rechte nicht erforderlich. Soweit die Auffassung des vorliegenden Oberlandesgerichts über die sich aus dem Gesetz ergebenden Grenzen der Testamentsvollstreckerbefugnisse möglicherweise mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Widerspruch steht, kommt es darauf im vorliegenden Verfahren nicht an. Für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Zusatz, daß zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers insbesondere die Verwaltung der Anteile des Erblassers an der Grundstücksgesellschaft gehören, sind vielmehr lediglich die beiden Fragen zu entscheiden, die das Oberlandesgericht gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt hat. Der Beteiligte zu 1) und Antragsteller hat sich mit der Zurückweisung seiner weitergehenden Anträge abgefunden.

Das Oberlandesgericht möchte die beiden Vorlagefragen bejahen, also annehmen, daß Testamentsvollstreckung an dem Anteil einer BGB-Gesellschaft grundsätzlich möglich ist, und zwar auch dann, wenn die Erben des Gesellschaftsanteils bereits vor dem Erbfall Mitgesellschafter waren. Insoweit besteht – von Formulierungsunterschieden abgesehen – heute jedenfalls der Sache nach Übereinstimmung zwischen dem Erbrechts- und dem Gesellschaftsrechtssenat des Bundesgerichtshofs.

2. a) Der Erbrechtssenat des Bundesgerichtshofs hat sich in seinem Urteil vom 4.5.1983 (NJW 1983, 2376 [= DNotZ 1984, 35]) ausdrücklich der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats angeschlossen, wonach der im Gesellschaftsvertrag vererblich gestellte Anteil an einer Personengesellschaft nicht gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen der Nachfolger-Erben werden kann, sondern im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf den oder die Nachfolger-Erben übergeht. Er hat jedoch betont, daß die so auf die Nachfolger-Erben aufgeteilten Gesellschaftsanteile gleichwohl zum Nachlaß gehören. Maßgebend hierfür war vor allem – wie im Urteil vom 14.5.1986 [= MittBayNot 1986, 151 = DNotZ 1987, 116]) näher ausgeführt – die Ordnung

des Haftungszugriffs durch die Eigengläubiger des Erben einerseits und die Nachlaßgläubiger andererseits.

Damit kann sich eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung grundsätzlich auch auf den der Sondererbfolge unterliegenden Gesellschaftsanteil erstrecken. Dies gilt selbst dann, wenn es sich um den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt. Diese – erbrechtliche – Ausgangslage besagt freilich noch nicht, daß der Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Gesellschaftsanteils uneingeschränkt verwaltungs- und verfügungsbefugt wäre. Vielmehr wird seine Rechtsposition aus im Gesellschaftsrecht wurzelnden Gründen begrenzt.

Auch nach Auffassung des Gesellschaftsrechtssenats des Bundesgerichtshofs gehört der durch Sondererbfolge übertragene Gesellschaftsanteil insofern zum Nachlaß, als er Teil des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens ist (BGHZ 108, 187, 192). Bei einem Gesellschaftsanteil bewirke die Testamentsvollstreckung – ebenso wie Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs – in bestimmten Regelungszusammenhängen, insbesondere im Hinblick auf die Zugriffsmöglichkeit der Nachlaßgläubiger einerseits und der Privatgläubiger andererseits, eine Absonderung des zum Nachlaß gehörenden Gegenstands vom sonstigen Vermögen des Rechtsinhabers (BGHZ a.a.O. S. 194). Daß der Testamentsvollstrecker über die mit der Beteiligung verbundenen verkehrsfähigen Vermögensrechte (wie den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und in gewissem Umfang auch die nach dem Erbfall entstehenden Gewinnansprüche) verfügen kann, ist vom Gesellschaftsrechtssenat nie in Zweifel gezogen worden (BGHZ 47, 293, 296 für den Fall der Nachlaßverwaltung; BGH, NJW 1981, 749 unter 4 b; BGHZ 91, 132, 136; Urteil vom 25.2.1985 [= MittBayNot 1985, 134 = DNotZ 1985, 561]). Der Gesellschaftsrechtssenat hat in der Vergangenheit allerdings ausgesprochen, die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers könnten sich nicht auf den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters (BGHZ 68, 225, 239) oder den Anteil eines (mit-)geschäftsführenden Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, NJW 1981, 749) erstrecken. Das spielt im vorliegenden Zusammenhang schon deshalb keine Rolle, weil die Aussage im Testamentsvollstreckerzeugnis, zur Aufgabe des Testamentsvollstreckers gehöre die Verwaltung der Gesellschaftsanteile, nichts über den Umfang der dem Testamentsvollstrecker danach zustehenden Befugnisse im einzelnen besagt. Im übrigen hat der Gesellschaftsrechtssenat in seinem Beschluß vom 3.7.1989 (BGHZ 108, 187 ff. [= MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183]) deutlich gemacht, daß die Testamentsvollstreckung an dem Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines geschäftsführenden BGB-Gesellschafters nicht wegen der Ausgliederung des Anteils aus dem Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft unzulässig sei. Die frühere, anderslautende Rechtsprechung ist ausdrücklich aufgegeben worden. Entscheidend sind für den Gesellschaftsrechtssenat vielmehr die Besonderheiten der von den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft. Nur sie seien geeignet, der Testamentsvollstreckung am Anteil einer Personengesellschaft Grenzen zu ziehen. Tragender Grund für die Auffassung, ein Testamentsvollstrecker könne den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht verwalten, sei die Erwägung, daß der Testamentsvollstrecker den Erben nur im Rahmen des Nachlaßvermögens verpflichten kann, während die OHG-Gesellschafter und der geschäftsführende Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft notwendigerweise un-

beschränkt haften (anders der nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Kommanditist, BGHZ a.a.O. S. 194 f.). Diese Betrachtungsweise läßt Raum für eine Testamentsvollstreckung auch am Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters, von der die Geschäftsführung oder andere, möglicherweise zu einer Haftung der Gesellschaft führende Handlungen unberührt bleiben, sondern die sich im wesentlichen auf die Wahrnehmung und Erhaltung der mit dem Anteil verbundenen, übertragbaren Vermögensrechte beschränkt.

b) Der Umstand, daß die Beteiligten zu 2) bis 5) bereits vor dem Erbfall Mitgesellschafterinnen waren und ihnen nunmehr im Wege der Erbfolge weitere Anteile zugefallen sind, schließt nach der Rechtsprechung des Erbrechtssenats eine Testamentsvollstreckung an den ererbten Anteilen ebenfalls nicht aus. Gerade die angeordnete Testamentsvollstreckung verhindert die uneingeschränkte Vereinigung der bisher schon gehaltenen und der hinzuerworbenen Anteile. Selbst die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand führt nicht zum Erlöschen der Gesellschaft, falls für den ererbten Anteil Testamentsvollstreckung angeordnet worden war (BGHZ 98, 48, 57 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats in BGHZ 48, 214, 219 und des VIII. Zivilsenats im Urteil vom 10.1.1983, NJW 1983, 2247 unter II 1 c).

Der Gesellschaftsrechtssenat hat zwar in seinem Urteil vom 11.4.1957 (BGHZ 24, 106, 113) angenommen, es sei aus Rechtsgründen nicht möglich, daß ein einheitlicher Gesellschaftsanteil dem Gesellschafter teilweise zur uneingeschränkten Verfügung stehe und teilweise der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliege. In seiner Entscheidung BGHZ 108, 187, 199 [= MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183] hat der Gesellschaftsrechtssenat jedoch ausdrücklich die Frage offengelassen, ob er sich auch heute noch durch den Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft gehindert sähe, den Machtbereich des Testamentsvollstreckers zumindest teilweise auf den durch Erbfolge hinzuerworbenen Anteil auszuweiten. Jedenfalls steht der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft auch nach Auffassung des Gesellschaftsrechtssenats dem Fortbestehen der Testamentsvollstreckung an den ererbten Gesellschaftsanteilen insoweit nicht entgegen, als es sich um die aus diesem Anteil folgenden übertragbaren Vermögensrechte handelt. Das zeigt das Urteil vom 25.2.1985 (NJW 1985, 1953 f. a.E. [= MittBayNot 1985, 134 = DNotZ 1985, 561]). Damals ging es um die rechtsgeschäftliche Übertragung eines der Testamentsvollstreckung unterliegenden Kommanditanteils auf den Komplementär. Im Zusammenhang mit der Frage, ob Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil als solchem möglich sei, hat der Gesellschaftsrechtssenat seinerzeit ausgeführt, zumindest der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben unterliege der Testamentsvollstreckung und könne ihr auch nicht dadurch nachträglich entzogen werden, daß der Gesellschafter-Erbe seinen Kommanditanteil auf den persönlich haftenden Gesellschafter übertrage. Mithin umfaßt der in der Hand des Komplementärs durch Vereinigung entstandene Gesellschaftsanteil nicht sämtliche, zu dem Gesellschaftsanteil gehörenden Vermögensrechte. Vielmehr können diese unbeschadet des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft teilweise dem Testamentsvollstrecker zustehen. Zumindest insoweit kann daher die Testamentsvollstreckung auch den durch Erbfall hinzuerworbenen Gesellschaftsanteil erfassen.

c) Daß in dem vom Nachlaßgericht angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnis generell von der Testamentsvoll-

streckung an dem Gesellschaftsanteil eines persönlich haftenden Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft die Rede ist, obwohl sich die Testamentsvollstreckung der Sache nach jedenfalls nicht auf die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt, erscheint im Hinblick auf die Formulierung des Gesetzgebers in § 859 ZPO unbedenklich, wo als Objekt einer Pfändung ebenfalls von dem Gesellschaftsanteil die Rede ist, obwohl es dort nur um die sich daraus ergebenden vermögenswerten Rechte geht. Soweit sich die Auffassungen des Erbrechtssenats und des Gesellschaftsrechtssenats hinsichtlich der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen möglicherweise noch unterscheiden, betrifft dies allenfalls Einzelfragen der konkreten Reichweite der Befugnisse des Testamentsvollstreckers, die in diesem Verfahren nicht zu klären sind (dazu vgl. *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht S. 133, 160 ff.). Im übrigen ist nicht streitig, daß sich einerseits eine uneingeschränkte Fremdbestimmung durch den Testamentsvollstrecker mit dem Wesen der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht verträgt, daß aber andererseits der Anteil als Vermögensrecht grundsätzlich dem erbrechtlichen Haftungsgefüge unterworfen sein muß; in diesem Sinne stellen die Aussagen des Erbrechts- und des Gesellschaftsrechtssenats nur „zwei Seiten derselben Medaille“, dar (*Schmitz*, ZGR 1988, 140, 152 f.; vgl. ferner *Mayer*, ZIP 1990, 976, 979; *Stodolkowitz* in: Festschrift für Kellermann zum 70. Geburtstag, 439, 443; *Siegmann*, Personengesellschaftsanteil und Erbrecht, 1992, 242 ff.; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, 460 ff.).

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat hat auf Anfrage mitgeteilt, daß er die Vorlage ebenfalls für unzulässig hält, weil im Verfahren auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses die Grenzen der Kompetenz des Testamentsvollstreckers nicht bestimmt werden und weil auch nach seiner Rechtsprechung eine Testamentsvollstreckung bezüglich eines ererbten Anteils an einer BGB-Gesellschaft nicht schlechthin ausgeschlossen ist.

#### Anmerkung:

Der Beschluß des BGH beschäftigt sich einmal mehr mit der Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen einer Personengesellschaft. Trotz der hierzu zahlreich veröffentlichten Literatur und der gerade in letzter Zeit wieder vermehrt ergangenen Gerichtsentscheidungen<sup>1</sup> ist bei dieser juristischen Dauerproblematik vieles ungeklärt. Mit der Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft hat sich der BGH bisher nur in der Entscheidung vom 24.11.1980 befaßt.<sup>2</sup> Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung wurde damals vom Gesellschaftsrechtssenat in Anlehnung an *Ulmer* verneint, weil die im Personengesellschaftsrecht geltende Sondererbfolge dazu führe, daß der Gesellschaftsanteil am gesamthänderisch gebundenen Nachlaß vorbeigeleitet werde und daher nicht Nachlaßbestandteil sein könne.<sup>3</sup> Diese lange Zeit zwischen dem Erbrechts- und dem Gesellschaftsrechts-

senat kontrovers geführte Diskussion<sup>4</sup> hat sich mit Beschluß des Gesellschaftsrechtssenats vom 3.7.1989 dadurch bereinigt, daß dieser die Nachlaßzugehörigkeit des Gesellschaftsanteils nunmehr in Abkehr von der Entscheidung vom 24.11.1980 ebenfalls bejaht.<sup>5</sup>

Strittig ist allerdings, ob die Sondererbfolge auch die nach § 717 Satz 2 BGB selbständig abtretbaren Vermögensansprüche umfaßt oder ob diese unter Abtrennung vom übrigen Gesellschaftsanteil gemäß § 2032 BGB in den gesamthänderisch gebundenen Nachlaß fallen. Die Ausführungen des Gesellschaftsrechtssenats im Beschluß vom 3.7.1989 sowie das Urteil des Erbrechtssenats vom 13.6.1995 deuten mehr darauf hin, daß die Vermögensrechte aus der Sondererbfolge ausgegliedert und dem gesamthänderisch gebundenen Nachlaß zuzuordnen sind.<sup>6</sup> In der vorliegenden Entscheidung betont der Erbrechtssenat dagegen, daß der im Gesellschaftsvertrag vererblich gestellte Anteil einer Personengesellschaft nicht gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen werden kann, sondern im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergeht, ohne die Vermögensrechte hiervon auszunehmen. Sofern dies ein Indiz dafür ist, daß der Erbrechtssenat auch die Vermögensrechte und damit den Gesellschaftsanteil als Ganzes einheitlich der Sondererbfolge unterstellen will, kann dies nur begrüßt werden. Eine Aufspaltung zwischen den Vermögensrechten einerseits und dem übrigen Gesellschaftsanteil andererseits führt nur zu einer weiteren Verkomplizierung der Rechtslage und vermehrt die Zahl der noch ungelösten Folgeprobleme unnötig weiter.

Mit dem Hinweis auf die Besonderheiten der von den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft spricht der BGH die Frage der Vereinbarkeit einer Fremdverwaltung des Gesellschaftsanteils mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen und die Frage der Vereinbarkeit der erb- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen an. Der BGH sieht darin keinen Grund, die Anordnung der Testamentsvollstreckung am vererbten Anteil einer BGB-Gesellschaft generell auszuschließen. Da aber nur darüber zu entscheiden war, ob neben der Angabe der Dauervollstreckung gemäß § 2209 BGB im Testamentsvollstreckerzeugnis weitergehende Angaben zu machen sind und dies zutreffend verneint wurde, mußte der BGH nicht im einzelnen klären, wo die vom Gesetz gezogenen Grenzen des Kompetenzbereiches des Testamentsvollstreckers verlaufen. Der BGH betont, daß er die Testamentsvollstreckung am Anteil persönlich haftender Gesellschafter für zulässig hält, sofern sie sich im wesentlichen auf die Wahrnehmung und Erhaltung der mit dem Anteil verbundenen übertragbaren Vermögensrechte beschränkt und die Geschäftsführung oder andere möglicherweise zu einer Haftung der Gesellschaft führende Handlungen hiervon unberührt bleiben. Erfasst die Aufgabe des Testamentsvollstreckers auch die Erhaltung der mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte, so müssen ihm konsequenterweise über die bloße Verwaltung der Vermögensrechte hinaus auch Mitspracherechte zustehen. Dies gilt zumindest bei Entscheidungen, die die Gewinn- bzw. Abfindungsansprüche tangieren.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Die Nachlaßzugehörigkeit bejahend BGH, NJW 83, 2376; NJW 86, 2432 f.

<sup>5</sup> BGH, NJW 89, 3153 f.

<sup>6</sup> BGH, NJW 89, 3154; BGH, MittBayNot 95, 398.

<sup>7</sup> Vgl. auch *Reimann*, MittBayNot 86, 234, *Mayer*, ZIP 90, 979; *ders.*, in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Kap., Rdnr. 161; *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 13. Auflage, Rdnr. 372.

<sup>1</sup> Vgl. in letzter Zeit BGH, NJW 95, 2552 [= MittBayNot 95, 397]; BFH, NJW 95, 3406; KG Berlin, MittBayNot 96, 53.

<sup>2</sup> BGH, NJW 81, 749.

<sup>3</sup> BGH, NJW 81, 750. Vgl. auch *Ulmer*, in: FS für *Wolfgang Schilling* 1973, S. 79 ff.

Mitspracherechte des Testamentsvollstreckers kommen allerdings nur dann in Betracht, wenn die übrigen Gesellschafter der Anordnung der Testamentsvollstreckung zustimmen.<sup>8</sup> Denn aufgrund der Individualbezogenheit einer Personengesellschaft muß sich kein Mitgesellschafter gegen seinen Willen eine zur Mitsprache berechtigte Person aufdrängen lassen.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall war diese Voraussetzung aufgrund der bereits im Gesellschaftsvertrag erteilten Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfüllt.

In der Entscheidung vom 14.5.1986<sup>10</sup> betreffend die Beteiligung eines OHG-Gesellschafters hat der BGH zwischen der Außenseite und der Innenseite des Gesellschaftsanteils unterschieden und nur die Außenseite der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterstellt, ohne im einzelnen aufzuzeigen, wo die Grenze zwischen beiden Bereichen verläuft. Diese Differenzierung klingt auch am Ende der vorliegenden Entscheidung an, wenn festgestellt wird, daß sich die Testamentsvollstreckung der Sache nach jedenfalls nicht auf die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt. Anders als im Urteil vom 14.5.1986, wo die Unterscheidung zwischen der Außen- und Innenseite der Gesellschaft mehr mit dem Grundsatz der Individualbezogenheit der Gesellschaft begründet wurde<sup>11</sup>, steht in der vorliegenden Entscheidung der zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht bestehende Haftungskonflikt im Vordergrund. Ebenso wie beim OHG-Gesellschafter sieht der BGH eine haftungsrechtliche Diskrepanz darin, daß einerseits der geschäftsführende Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft notwendigerweise unbeschränkt haftet, während andererseits dem Erben nach § 2206 II BGB die Möglichkeit vorbehalten bleibt, seine Haftung auf den Nachlaß zu begrenzen. Es drängt sich damit unwillkürlich die Frage auf, ob der BGH die innere Sphäre der Gesellschaft auf Maßnahmen mit haftungsrechtlicher Relevanz begrenzen will. Die damit verbundene Herausnahme der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus dem Machtbereich des Testamentsvollstreckers läßt Parallelen zum Beschluß des Gesellschaftsrechtssenats vom 3.7.1989 erkennen, wo dieser hinsichtlich eines Kommanditanteils haftungsrechtlich dann keine Probleme gesehen hat, wenn der Kommanditist entsprechend dem gesetzlichen Regelfall von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist.<sup>12</sup> In gleicher Weise wäre dann auch die Testamentsvollstreckung am Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters zu bejahen, wenn dem Erben durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Gestaltung diese Rechte mit dem Erbfall entzogen werden.<sup>13</sup> Im Beschluß vom 3.7.1989 hat der Gesellschaftsrechtssenat allerdings nicht zwischen einer äußeren und inneren Sphäre der Gesellschaft unterschieden. Letztendlich sollte die Diskussion nach dem Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers auch nicht unter dem Deckmantel der Außen- und Innenseite des Gesellschaftsanteils geführt werden,<sup>14</sup> sondern es sollte in Anlehnung an den

Beschluß des Gesellschaftsrechtssenats vom 3.7.1989 gefragt werden, inwieweit sich Einschränkungen der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers aus seiner fehlenden Befugnis, den Erben mit seinem Privatvermögen zu verpflichten<sup>15</sup> sowie unter dem Gesichtspunkt des Kernbereichs der Mitgliedschaft ergeben.<sup>16</sup>

Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß für den Bereich der BGB-Gesellschaft das Bestehen eines Haftungskonflikts und die Notwendigkeit der Herausnahme der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers entgegen den Ausführungen des Erbrechtssenats durchaus bezweifelt werden kann. Auf die BGB-Gesellschaft findet nach h. M. § 128 HGB grundsätzlich keine Anwendung, sondern es gilt die Doppelverpflichtungstheorie.<sup>17</sup> Danach entstehen rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten dadurch, daß der vertretungsberechtigte Geschäftsführer beim Handeln namens der Gesellschaft sowohl für die Gesamtheit als auch für die einzelnen Gesellschafter handelt. Eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter ist vom Gesetz nicht zwingend vorgesehen, sondern hängt gemäß §§ 714, 709 BGB von der Verpflichtungsbefugnis des Geschäftsführers ab. Haftungsbeschränkungen werden als wirksam erachtet, sobald der Gesellschaftsgläubiger dies erkennen kann.<sup>18</sup> Tritt der Testamentsvollstreckter als Geschäftsführer auf und weist er auf seine Eigenschaft als Verwalter des Nachlasses hin, so ist die beschränkbare Haftung des Erben für den Gläubiger erkennbar. Unterläßt er einen dementsprechenden Hinweis, so könnte der Gläubigerschutz auch durch die entsprechende Anwendung von § 179 BGB zu Lasten des Testamentsvollstreckers gewahrt werden.<sup>19</sup>

Der Beschluß beschäftigt sich schließlich noch mit der Frage des Zusammentreffens eines eigenen und eines ererbten Gesellschaftsanteils. War der Erbe bereits vor dem Erbfall Gesellschafter der Gesellschaft, so wurde von Teilen der Literatur in Anlehnung an die BGH-Entscheidung vom 11.4.1957<sup>20</sup> die Anordnung einer Testamentsvollstreckung für unzulässig gehalten, da ein Gesellschafter einen Gesellschaftsanteil nur einheitlich halten und dieser damit nicht teilweise der Testamentsvollstreckung unterliegen könne.<sup>21</sup> Zweifel an dieser Auffassung waren bereits nach dem Urteil des Erbrechtssenats vom 14.5.1986 angebracht, da der BGH in dieser Entscheidung trotz der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in der Hand des Erben die Testamentsvollstreckung an der Außenseite des Gesellschaftsanteils für zulässig gehalten hat und auch auf die Funktion des zum Nachlaß gehörenden Gesellschaftsanteils als Haftungsobjekt für die Nachlaßverbindlichkeiten hingewiesen hat.<sup>22</sup> Will man die erbrechtliche Haftungsordnung aufrechterhalten und

<sup>15</sup> BGH, NJW 89, 3152 ff.

<sup>16</sup> Offen BGH, NJW 89, 3152 ff. Vgl. hierzu Weidlich, ZEV 94, 208 f., Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 174 ff.

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 74, 242 f.; MünchKomm-Ulmer, 2. Auflage, § 714 Rdnr. 24 ff.; Wiesner, JuS 81, 333 f.

<sup>18</sup> BGH, WM 85, 57; WM 90, 1114; BGH, NJW 87, 3124 f.; NJW 92, 1503.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu Weidlich, a.a.O. (Fn. 8), S. 121 ff.; Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 217 ff.

<sup>20</sup> BGHZ 24, 113.

<sup>21</sup> Vgl. Reimann, DNotZ 90, 193; Schmitz, ZGR 88, 145 f.; Ulmer, NJW 90, 76 f. Offen BGH, NJW 89, 3155.

<sup>22</sup> BGH, NJW 86, 2433. Vgl. auch Weidlich, a.a.O. (Fn. 8), S. 98 ff.; Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 186.

<sup>8</sup> Vgl. Schmitz, ZGR 88, 154 f.; Klein, DSStR 92, 295; Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, S. 103 f. A. A. Reimann, MittBayNot 86, 233; Mayer, ZIP 90, 979; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 372.

<sup>9</sup> BGHZ 13, 184; 44, 231; 65, 84; BGH, NJW 86, 2433.

<sup>10</sup> BGH, NJW 86, 2431.

<sup>11</sup> BGH, NJW 86, 2433. Vgl. auch Reimann, MittBayNot 86, 233.

<sup>12</sup> BGH, NJW 89, 3154.

<sup>13</sup> Vgl. Weidlich, ZEV 94, 207; Bommert, BB 84, 182; Klein, DSStR 92, 295 f.

<sup>14</sup> Kritisch auch Ulmer, JuS 86, 858; Müller, JR 869, 509; D. Weber, in: FS für Ernst C. Stiefel, 1987, S. 840.

bei Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung gemäß §§ 1975 ff., 2059 BGB gewährleisten, daß die Privatgläubiger des Erblassers nur aus dem Nachlaß einschließlich des dazugehörigen Gesellschaftsanteils des Erblassers befriedigt werden und die Privatgläubiger des Erben weiterhin auf den vom Erben bisher gehaltenen Gesellschaftsanteil zugreifen können, so kann diese Problematik nur sachgerecht gelöst werden, wenn eine vermögensmäßige Trennung der beiden Gesellschaftsanteile bejaht wird und der bisherige Anteil des Erben weiterhin seinem Privatvermögen bzw. der Anteil des Erblassers weiterhin dem Nachlaßvermögen zugeordnet wird. Inwieweit diese Aufspaltung des Gesellschaftsanteils den Testamentsvollstrecker auch zur Ausübung von Verwaltungsrechten ermächtigt, wird vom Erbrechtssenat nicht weiter erörtert.<sup>23</sup>

Die Entscheidung des BGH bestätigt die in den letzten Jahren eingeleitete Trendwende hin zu einer weitergehenden Anerkennung der Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsrecht. Angesichts der fortbestehenden Unklarheiten ist die Anordnung der Testamentsvollstreckung hinsichtlich der Beteiligung unbeschränkt haftender Gesellschafter für die gestaltende Rechtspraxis aber ein nach wie vor schwierig zu handhabendes Instrument.

Notar Dr. Diëmar Weidlich, Wassertrüdingen

<sup>23</sup> Vgl. hierzu Weidlich, a.a.O. (Fn. 8), S. 99 f.

## Gesellschaftsrecht

19. GmbHG §§ 32 b, 30, 31 (*Gesellschafterbürgschaft als Eigenkapitalersatz*)

- Die Umqualifizierung einer Gesellschafterbürgschaft in Eigenkapital setzt die Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der GmbH entweder im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme oder im Zeitpunkt des späteren Stehenlassens voraus.**
- Für die letzte Alternative reicht es zur Umqualifizierung aus, daß der Gesellschafter die Möglichkeit hatte, die Krise der Gesellschaft zu erkennen, und daraufhin nicht mit der Geltendmachung der Rechte nach § 775 BGB oder durch Liquidation der Gesellschaft reagiert hat.**
- Die Beweislast dafür, warum er ausnahmsweise nicht in der Lage gewesen sein will, Kenntnis vom kritischen Zustand der Gesellschaft zu erlangen, trifft den Gesellschafter.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 11.12.1995 – II ZR 128/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der M. GmbH (Gemeinschuldnerin). Der Beklagte zu 2 (künftig auch Beklagter) ist neben dem bereits in erster Instanz durch rechtskräftiges Versäumnis-

urteil verurteilten Beklagten zu 1 Gründer und Gesellschafter der im März 1985 mit einem Stammkapital von 50.000,- DM errichteten Gemeinschuldnerin. Am 18.3.1991 übernahm der Beklagte eine unbegrenzte Bürgschaft für den von der Gemeinschuldnerin bei ihrer Hausbank, der D. Bank, in wechselnder Höhe laufend in Anspruch genommenen Kredit. Dieser Kredit, der sich am 23.7.1991 auf 113.974,30 DM belief, wurde durch Einreichung von zwei Kundenschecks am 2.7. und 23.7.1991 abgelöst. Mit Schreiben vom 24.7.1991 teilte die Bank den Gesellschaftern mit, daß die Bürgschaft erloschen sei. Am 1.8.1991 wurde für die Gemeinschuldnerin Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt. Am 27.9.1991 erfolgte die Eröffnung des Anschlußkonkursverfahrens.

Nach Ansicht des Klägers sind die von dem Beklagten und seinen früheren Mitbeklagten zu 1 sowie zu 3 und 4 hingegebenen Bürgschaften kapitalersetzend gewesen, weil sie in der Gesellschaftskrise der Gewährung oder Verlängerung des von der Bank eingeräumten Kredits gedient hätten. Er hat deshalb die Verurteilung des Beklagten als Gesamtschuldner neben seinen früheren Mitbeklagten zur Zahlung von 113.974,30 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen beantragt. Die gegen den Beklagten und gegen seine ehemaligen Mitbeklagten zu 3 und 4 gerichtete Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg.

Die Revision führte zur Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit die Vorinstanzen auch die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen haben. Im übrigen wurde die Revision nicht angenommen.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob das der Gemeinschuldnerin von der D. Bank gewährte Darlehen eigenkapitalersetzend gewesen ist, da der Zurechnungstatbestand auch dem Gesellschafter müsse entgegengehalten werden können, wofür hinsichtlich des Darlehens nichts ersichtlich sei. Es prüft sodann aber gleichwohl, ob die u. a. von dem Beklagten für dieses Darlehen übernommene Bürgschaft eigenkapitalersetzend gewesen sein könnte, was es mit der Begründung verneint, der Kläger habe weder hinreichend dargelegt, daß die Gemeinschuldnerin bereits bei Übernahme der Bürgschaft am 18.3.1991 überschuldet gewesen sei, noch daß der Beklagte später im Zeitpunkt der Überschuldung der Gesellschaft seine Bürgschaft bewußt stehengelassen habe. Diese Erwägungen halten rechtlicher Prüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

II. 1. Das Berufungsgericht verkennt, indem es den eigenkapitalersetzenden Charakter des von der Gemeinschuldnerin in Anspruch genommenen Bankdarlehens und der dafür u. a. von dem Beklagten zu 2 übernommenen Bürgschaft jeweils getrennt voneinander prüft, die zwischen beiden bestehende Wechselwirkung. Wenn das Berufungsgericht die eigenkapitalersetzende Funktion des Darlehens – was im vorliegenden Zusammenhang nur bedeuten kann: die Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft – dahingestellt läßt, was zur Folge hat, daß diese zugunsten des Klägers zu unterstellen ist, so bleibt es ganz abgesehen von den rechtlichen Bedenken, die schon diese Form der Fragestellung hervorrufen muß, bei Fehlen weiterer Feststellungen schwer nachvollziehbar, mit welcher Begründung das Berufungsgericht die für das Darlehen hingegebene Gesellschafterbürgschaft nicht schon im Zeitpunkt ihrer Übernahme als eigenkapitalersetzend gelten lassen will.

2. Diesen Widerspruch löst das Berufungsgericht auch in seinen weiteren Ausführungen allenfalls teilweise auf, indem es meint, der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, daß die Gemeinschuldnerin bereits im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft überschuldet gewesen sei. Seine Entscheidung kann aber jedenfalls schon deshalb keinen Bestand haben,

weil es nicht einmal ansatzweise prüft, ob die Gemeinschuldnerin bereits bei Übernahme der Bürgschaft am 18.3.1991 kreditunwürdig war.

Da der Kläger hierzu substantiiert und unter Beweisantritt sowie unter Verweisung auf seine umfangreiche Darstellung der Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage der Gemeinschuldnerin seit 1987 vorgetragen hatte und sich dabei ausdrücklich auch auf die Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin bezogen hatte, schöpft das Berufungsgericht den klägerischen Sachvortrag, wie die Revision mit Erfolg rügt, nicht aus, wenn es den Streitstoff allein unter dem Gesichtspunkt der Überschuldung würdigt.

Die Prüfung einer bereits im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme bestehenden Kreditwürdigkeit der Gesellschaft mußte sich im gegebenen Fall um so mehr aufdrängen, als das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, daß die spätere Gemeinschuldnerin bereits per 31.12.1990 ihr Stammkapital bis auf einen Rest von 19.434,67 DM verloren und ausweislich der vorgelegten Summen- und Saldenliste per 31.5.1991 nur einen Rohertrag von 78.373,81 DM zu verzeichnen hatte, dem Kosten in Höhe von 118.820,- DM gegenüberstanden. Zwar soll dies nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zur Feststellung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin schon in diesem Zeitpunkt ausreichen, was das Berufungsgericht mit dem nicht recht verständlichen Hinweis, die genannten Zahlen ergäben sich nur aus der Summen- und Saldenliste der Gesellschaft, sowie im Hinblick auf den noch bis Mai 1991 erzielten – für die Ertragslage der Gesellschaft allerdings wenig aussagekräftigen – Umsatz von 145.000,- DM zu begründen sucht. Jedenfalls ändert dies nichts daran, daß es kaum vorstellbar ist, wie eine Gesellschaft, die ihr Stammkapital bereits vollständig oder jedenfalls bis auf geringe Reste verloren hatte, möglicherweise sogar zumindest bilanziell überschuldet war, über keine wesentlichen stillen Reserven und nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers auch über keine Vermögensgegenstände verfügte, die sie ihren Kreditgebern als Sicherheit hätte anbieten können, aus eigener Kraft über den Kredit verfügt haben sollte, der erforderlich war, um nicht nur den bisher in Anspruch genommenen Kredit von 82.000,- DM weiterzuführen, sondern darüber hinaus ihren Kreditrahmen auf 104.000,- DM zu erhöhen. Bei dieser Sachlage legen bereits die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts die Annahme einer Kreditunwürdigkeit der Gemeinschuldnerin schon im Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft zumindest äußerst nahe. An dieser Bewertung könnte es nichts ändern, wenn die Überziehung der Kreditlinie dadurch erforderlich geworden sein sollte, daß die Gemeinschuldnerin zusätzliches Kapital benötigte, um das zur Abwicklung der von ihr eingeworbenen Aufträge L. und Dr. H. benötigte Material einkaufen zu können. Unterstellt man die Richtigkeit dieses Vortrags, so würde dies vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Vermögenslage der Gemeinschuldnerin im Frühjahr 1991 im Zusammenhang mit der unstreitigen Tatsache, daß die Bank die Erweiterung der Kreditlinie davon abhängig machte, daß die Gesellschafter sich in unbeschränkter Höhe für den gesamten Kreditsaldo verbürgten, lediglich zusätzlich belegen, daß die Gemeinschuldnerin den benötigten zusätzlichen Kredit ohne Besicherung durch ihre Gesellschafter nicht erhalten hätte und damit aus eigener Kraft nicht mehr in der Lage war, den zur Fortführung ihres Geschäftsbetriebs notwendigen Kredit von dritter Stelle aus eigener Kraft zu marktüblichen Bedingungen zu erhalten. Darüber hinaus hat der Kläger Beweis dafür angeboten, daß die Bank sogar die Kündigung der bestehenden Kre-

dite für den Fall angedroht hatte, daß die Gesellschafter nicht zur Übernahme der von ihnen geforderten persönlichen Bürgschaften bereit wären.

3. Darüber hinaus ist das Berufungsurteil auch deshalb fehlerhaft, weil es eine Umqualifizierung der von dem Beklagten zu 2 übernommenen Bürgschaft in Eigenkapitalersatz durch späteres Stehenlassen mit der Begründung ablehnt, der Kläger habe nicht dargelegt und bewiesen, daß der Beklagte zu 2 seine Bürgschaft zum Zeitpunkt der Überschuldung der Gemeinschuldnerin bewußt stehengelassen habe. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Sen.Urt., ZIP 1994, 1934 [= MittBayNot 1995, 67] u. v. 28.11.1994, ZIP 1995, 23) ist es nicht erforderlich, daß der Gesellschafter bei Eintritt der Krise eine bewußte Finanzierungsentscheidung im Sinne einer Weitergewährung bisher zur Verfügung gestellter Gesellschafterhilfen getroffen hat. Es reicht vielmehr aus, daß er die Möglichkeit hatte, die Krise der Gesellschaft zu erkennen, und darauf nicht durch Abzug seiner Kredithilfe, bei der Bürgschaft durch Geltendmachung der Rechte aus § 775 BGB, oder durch Liquidation der Gesellschaft, sei es mit oder ohne Durchführung eines Insolvenzverfahrens, reagiert hat, wofür ihm nicht unähnlich dem Geschäftsführer (§ 64 Abs. 1 GmbHG) allenfalls eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Wochen zur Verfügung steht (vgl. zuletzt BGH, ZIP 1995, 280 [= MittBayNot 1995, 155]). Da das Fehlen dieser Kenntnismöglichkeit als Ausnahmetatbestand zu betrachten ist und ihr Bestehen als Regelfall (vgl. dazu Sen.Urt., ZIP 1994, 1938 f.), konnte es entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht Sache des Klägers sein darzulegen und zu beweisen, wann, wo und wie der Beklagte zu 1 als Geschäftsführer den Beklagten zu 2 von dem Eintritt der Krise informiert haben sollte. Es wäre vielmehr an dem Beklagten zu 2 gewesen, darzulegen und zu beweisen, warum er ausnahmsweise auch bei Wahrnehmung der ihn als Gesellschafter treffenden Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft, notfalls unter Ausschöpfung der ihm als Gesellschafter zu Gebote stehenden Informationsmöglichkeiten (vgl. § 51 a GmbHG), nicht in der Lage gewesen sein will, Kenntnis von dem kritischen Zustand der Gesellschaft zu erlangen. Nach dem bisherigen Vorbringen des Klägers ist davon auszugehen, daß er den Eintritt der Gesellschaftskrise, also der Überschuldung oder Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft, spätestens für Ende Mai 1991, mindestens aber in dem sich daran anschließenden Zeitraum vortragen will, so daß die Gesellschafterbürgschaften zum Zeitpunkt ihres Freiwerdens auch unter Berücksichtigung der den Gesellschaftern zustehenden Überlegungsfrist bereits eigenkapitalersetzend geworden waren. Darauf wird es allerdings nur dann ankommen, wenn sich die Gemeinschuldnerin nicht schon, wie der Kläger in erster Linie behauptet, bei Übernahme der Bürgschaft im Zustand der Kreditunwürdigkeit oder Überschuldung befand.

Bei dieser Sachlage ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht den Prozeßstoff unter Beachtung der vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkte mit den Parteien erörtern und neu würdigen kann. Die Zurückweisung gibt dem Berufungsgericht zugleich Gelegenheit, dadurch etwa zusätzlich erforderlich werdende tatsächliche Feststellungen nachzuholen.

20. KapErhG §§ 25, 31; BGB §§ 140, 419 (*Rechtsfolgen einer unwirksamen Verschmelzung von GmbH*)

1. Ist die Verschmelzung zweier Gesellschaften mbH wegen fehlender Eintragung in das Handelsregister unwirksam, sind auch die Grundsätze über die Behandlung fehlerhafter gesellschaftsrechtlicher Akte unanwendbar.
2. Eine nichtige Verschmelzung kann nicht in eine Vermögensübertragung mit der Folge umgedeutet werden, daß das übernehmende für die Schulden des übertragenden Unternehmens nach § 419 BGB haftet.

BGH, Urteil vom 18.12.1995 – II ZR 294/93 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Aufgrund eines 1979 geschlossenen Pachtvertrages nutzt der Kläger das in der Nähe der Elbbrücke in P.-Co. gelegene Grundstück Fl.St.Nr. ... Nach dem Vertrag hat er das Grundstück und die Einfriedung in Ordnung zu halten.

Für Bauarbeiten, die der Hauptauftraggeber K. des Rates des Kreises P. (HAG) an der Brückenrampe durchzuführen hatte, benötigte er einen Teil des von dem Kläger genutzten Grundstücks. Der HAG schloß deswegen mit dem Kläger am 25. Februar 1988 einen Vertrag, in dem neben der auf zweieinhalb Monate veranschlagten Inanspruchnahme des Grundstücks unter anderem die nach Beendigung der Bauarbeiten durch den HAG durchzuführenden Wiederherstellungsmaßnahmen festgelegt wurden. Das Grundstück ist über die vorgesehene Nutzungszeit in Anspruch genommen und an den Kläger nicht zurückgegeben worden. Dieser verfolgt in dem vorliegenden Rechtsstreit seine Ansprüche aus dem Vertrag vom 25. Februar 1988.

Inzwischen hatte der Rat des Kreises P. am 26. April 1990 die Umwandlung des HAG in einen selbständigen volkseigenen Betrieb beschlossen. Für ihn ist unter Heranziehung der Bestimmungen des Treuhandgesetzes dem Registergericht nach dem 1. Juli 1990 mitgeteilt worden, der frühere volkseigene Betrieb sei in eine GmbH i.A. umgewandelt worden. Die I. GmbH i.A. (I. GmbH) ist am 27. März 1991 in das Handelsregister eingetragen worden. Die Geschäftsanteile dieser GmbH i.A. erwarb Ende 1991 die C. GmbH von der Treuhandanstalt. Am 8. Juli 1992 wurde zwischen beiden Gesellschaften ein notariell beurkundeter Verschmelzungsvertrag geschlossen, nach welchem die I. GmbH ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Ausschluß der Abwicklung auf die C. GmbH, die jetzige Beklagte, übertrug. Die Beklagte hat im April 1993 gegenüber der Treuhandanstalt den Vertrag über den Geschäftsanteilserwerb wegen arglistiger Täuschung angefochten. Ferner hat das Registergericht Dresden am 6. Mai 1993 gemäß § 142 FGG die Eintragung der I. GmbH i.A. von Amts wegen gelöscht. Die Anträge auf Eintragung der Verschmelzung der beiden Gesellschaften sind daraufhin unter dem 30. Juni 1993 zurückgenommen bzw. am 29. Juli 1993 zurückgewiesen worden.

Das Kreisgericht hat der Klage gegen die jetzige Beklagte teilweise entsprochen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen, die Anschlußberufung des Klägers überwiegend Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Revision hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Beklagte ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht Rechtsnachfolgerin des früheren Hauptauftraggebers K. des Rates des Kreises P. geworden und haftet deswegen dem Kläger nicht für die ihm gegenüber am 25. Februar 1988 eingegangenen Verpflichtungen.

Für die Entscheidung des Senats ist ohne Bedeutung, ob – wie der Kläger und das Berufungsgericht gemeint haben – der ehemalige HAG ordnungsgemäß in einen selbständigen volkseigenen Betrieb und ob dieser seinerseits automatisch in eine Kapitalgesellschaft im Aufbau umgewandelt worden

ist oder ob dem nicht § 11 Abs. 3 TreuhandG entgegenstand, weil es sich bei dem VEB um einen dem Rat des Kreises P. unterstellten Betrieb gehandelt hat, wie insbesondere das Registergericht im Lösungsverfahren angenommen hat. Selbst wenn nämlich unterstellt wird, daß die I. GmbH i.A. wirksam entstanden ist, scheidet der Übergang der von dem HAG in dem Vertrag vom 25. Februar 1988 übernommenen Verpflichtungen daran, daß die I. GmbH i.A. nicht wirksam mit der Beklagten verschmolzen worden ist.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verschmelzungsvertrag mangels notariell beurkundeten Zustimmungsbeschlusses der übernehmenden Gesellschaft nichtig ist. Selbst wenn zugunsten des Klägers von dem formgerechten Zustandekommen des Verschmelzungsvertrages ausgegangen wird, scheidet der Übergang der Verpflichtungen der früheren Schuldner des Klägers auf die Beklagte daran, daß es an der gemäß § 25 Abs. 2 KapErhG konstitutiv wirkenden (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl. § 25 KapErhG Rdnr. 5; *Dehmer*, Umwandlungsrecht, § 25 KapErhG Anm. 4; *Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl./Anh. Umw. § 25 KapErhG Rdnr. 29) Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister fehlt. Die entsprechenden Anträge der übertragenden wie der übernehmenden Gesellschaft sind vielmehr zurückgenommen bzw. zurückgewiesen worden.

Die Haftung der Beklagten läßt sich nicht auf die im Personengesellschaftsrecht entwickelten und grundsätzlich auch im Kapitalgesellschaftsrecht anwendbaren (vgl. *Martens AG* 1986, 57, 63; *Zöllner AG* 1993, 68, 72 ff.; *Hommelhoff ZHR* 158 [1994] 11 ff.; *K. Schmidt AG* 1995, 1849 ff.) Grundsätze über die Behandlung fehlerhafter gesellschaftsrechtlicher Akte stützen. Für das Aktienrecht ist zu der mit dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes aufgehobenen Bestimmung des § 352 a AktG die Frage kontrovers erörtert worden, ob die vollzogene Eintragung einer fehlerhaften Verschmelzung auch für die Zukunft wirksam ist oder ob eine Entschmelzung stattfinden muß (vgl. *Martens AG* a.a.O.; *K. Schmidt AG* 1991, 131 ff.; ders. *ZGR* 1991, 373 ff., 381 f.; *Krieger ZHR* 158 [1994] 35 ff., 44 f.; *Grunewald in Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* § 352a Rdnr. 19). In Hinsicht auf das Recht der GmbH wird selbst von denjenigen Autoren, die eine Entschmelzung für nicht wünschenswert erachten, vertreten, daß § 352 a AktG nicht analog angewendet werden kann, weil die Entscheidung des Gesetzgebers, eine entsprechende Bestimmung auch für das GmbH-Recht nicht zu schaffen, respektiert werden müsse (vgl. *Scholz/Priester* a.a.O. Anh. Umw. § 25 KapErhG Rdnr. 23; ablehnend ferner *Lutter/Hommelhoff* a.a.O. Anh. Verschmelzung § 25 KapErhG Rdnr. 23; *Dehmer* a.a.O. § 25 KapErhG Rdnr. 16 b). Ob dieser strengen Auslegung der Vorschriften des mit dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes aufgehobenen Kapitalerhöhungsgesetzes zu folgen ist und schon wegen der Notwendigkeit einer Entschmelzung die genannten Grundsätze über die Behandlung fehlerhafter gesellschaftsrechtlicher Akte keine Anwendung finden können, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn auch diejenigen Stimmen im Schrifttum, die sich auch für das GmbH-Recht gegen eine Entschmelzung einer fehlerhaft zustande gekommenen Verschmelzung aussprechen (vgl. *Krieger* a.a.O. S. 45 f. m. w. N.), rechtfertigen dies aus dem für die fehlerhafte Gesellschaft tragenden Gedanken, daß eine einmal ins Leben gerufene Organisation nicht rückwirkend, sondern allenfalls für die Zukunft soll aufgelöst werden dürfen. Bei einer Kapitalgesellschaft ist diese Voraussetzung indessen nicht bereits dann erfüllt, wenn, wie die Revisionserwiderung anzunehmen scheint, der fehlerhafte gesellschaftsrechtliche Akt rein tatsächlich vollzogen ist,

sondern erst mit der konstitutiv wirkenden Eintragung in das Handelsregister (vgl. *K. Schmidt* AG 1991, 131, 136 und ZGR 1981, 373 ff., 380 f.). Deswegen wird für das Kapitalgesellschaftsrecht die Anwendung der Grundsätze über die Behandlung fehlerhafter gesellschaftsrechtlicher Akte mit Recht ausschließlich unter der Prämisse erörtert, daß eine Eintragung in das Handelsregister stattgefunden hat (vgl. *Krieger* a.a.O. S. 44; *Zöllner* a.a.O. S. 72–74 m.w.N.; *K. Schmidt* AG 1991, 131, 136; ders. ZGR 1991, 380–383 und DB 1995, 1849, 1851; *Hommelhoff* ZHR a.a.O. S. 11 ff.).

Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO). Das Berufungsgericht hat zwar in einer Hilfserwägung gemeint, falls eine GmbH i.A. entgegen seiner Annahme nicht entstanden und deswegen die Verschmelzung und Übertragung mangels Bestehens einer GmbH ins Leere gegangen sein sollte, seien die nichtigen Geschäfte gemäß § 140 BGB in eine Vermögensübertragung mit der Folge umzudeuten, daß sich die Haftung der Beklagten aus § 419 BGB ergebe. Dies beruht, wie die Revision mit Recht geltend macht, auf Rechtsirrtum, ohne daß es entscheidend darauf ankommt, daß die Verschmelzung schon an der fehlenden Eintragung scheitert. Den Trägern der beteiligten Unternehmen, die ausdrücklich den Weg der Verschmelzung gewählt haben, kann nicht der Wille unterstellt werden (vgl. *MünchKomm-BGB/Mayer-Maly*, 3. Aufl., § 140 Rdnr. 17; gegen die Anwendbarkeit des § 419 BGB auch *Scholz/Priester* a.a.O., Anh. Umw. § 25 KapErhG Rdnr. 10 m.w.N.), sich mit einer bloßen Vermögensübertragung zu begnügen, falls die Verschmelzung und Übertragung nichtig sein sollte. Nach dem KapErhG ist nämlich die Verschmelzung nicht nur an besondere strenge Voraussetzungen geknüpft, sondern gewährleistet mit Registerkontrolle (§ 24), Publizität (§ 25) und den Vorschriften über die Sicherheitsleistung (§ 26) und die Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger der übertragenden Gesellschaft (§ 28) in besonderem Maße den Schutz der Allgemeinheit, der Gläubiger und der Gesellschafter selbst.

21. GmbHG §§ 3, 15, 18, 40, 53, 54; BGB § 714 (*Übernahme von Geschäftsanteilen einer GmbH durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung*)

1. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ führt, kann die Stammeinlage einer bereits eingetragenen GmbH übernehmen.
2. Unbeschadet der Frage, ob bei Abtretung von Geschäftsanteilen die neuen Gesellschafter als Inhaber von Geschäftsanteilen in der Satzung aufgeführt werden dürfen, ist dies nicht zulässig, wenn durch die Anmeldung der Eindruck erweckt wird, bei den neuen Gesellschaftern handele es sich um die Gründungsgesellschafter.
3. Soll eine GbR als Inhaber von Geschäftsanteilen in der Satzung aufgeführt werden, sind alle Gesellschafter namentlich zu bezeichnen. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ ist unzulässig, da er nur gesellschaftsinterne Bedeutung für die GbR hat, aber geeignet ist, den Anschein einer Haftungsbeschränkung der GmbH zu erwecken. Für den Inhalt der Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

OLG Hamm, Beschluß vom 18.12.1995 – 15 W 413/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

#### Aus dem Tatbestand:

Die D.-Eigenkapital-Verwaltungs-GmbH ist, nachdem die Zahlung der gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages vom 28.02.1995 auf das Stammkapital von 50.000,00 DM von der GmbH übernommene und in bar zu erbringende Stammeinlage von 50.000,00 DM nachgewiesen worden war, am 04.04.1995 in das Handelsregister eingetragen worden. Als Geschäftsführerin ist Frau B.S. eingetragen.

Gemäß § 1 der notariellen Verhandlung vom 24.05.1995 verkaufte die M.-GmbH ihren Geschäftsanteil an der D.-Eigenkapital-Verwaltungs-GmbH an die Grundstücks- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung (GbRmbH), bestehend aus den-Kaufleuten U. D. und S. und trat diesen an letztere ab. Gemäß § 2 der notariellen Verhandlung beriefen die Herren U., D. und S. als Gesellschafter der GbRmbH unter Verzicht auf Formen und Fristen ferner eine Gesellschafterversammlung ein und beschloßen folgendes:

1. Die bisherige Geschäftsführerin wird aberufen. Zum Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis werden die Kaufleute U., D. und S. bestellt.

2. § 3 der Satzung wird auf Grund des zuvor in § 1 erfolgten Kauf- und Abtretungsvertrages angepaßt und lautet nunmehr:

„Das Stammkapital beträgt 50.000,00 DM (Deutsche Mark fünfzigtausend). Vom Stammkapital der Gesellschaft übernimmt als Stammeinlage, welche in bar gezahlt wird:

H.-Grundstücks- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung DM 50.000,00 DM. Die Stammeinlagen werden in Geld erbracht und sind sofort fällig.“

Die M.-GmbH wurde in diesem Zusammenhang nicht mehr erwähnt.

Gemäß notarieller Verhandlung vom selben Tag meldeten die Geschäftsführer U., D. und S. Eintragung in das Handelsregister an

1. das Ausscheiden der bisherigen Geschäftsführerin, die Bestellung der neuen Geschäftsführer und

2. die „Anpassung“ des § 3 der Satzung betreffend das Stammkapital und die Stammeinlage.

Mit am 30.05.1995 eingegangenen Schriftsatz vom 26.05.1995 beantragte der Urkundsnotar unter Überreichung der Anmeldeerklärung vom 24.05.1995 und der auszugsweise beglaubigten Ablichtung der notariellen Verhandlung vom 25.05.1995, des geänderten Gesellschaftsvertrages nebst Notarbestätigung und einer neuen Liste der Gesellschafter, die als Gesellschafter die „H.-Grundstücks- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ ausweist, den Vollzug.

Der Richter des Amtsgerichts hat die Anmeldung insoweit beanstandet, als seiner Ansicht nach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung nicht die Stammeinlage einer GmbH übernehmen könne. Mit Beschluß vom 20.07.1995 wies der Richter des Amtsgerichts die Anmeldung daher zurück.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen. Es hat die Ansicht vertreten, im Hinblick auf § 18 Abs. 2 GmbHG sei eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen. Deshalb sei eine Übernahme eines Geschäftsanteiles durch eine GbRmbH nicht zulässig.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Die Beschwerde hatte nur teilweise Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist, soweit sie die Anmeldung der Abberufung und Bestellung der Geschäftsführer betrifft, begründet, weil die Beschwerdeentscheidung insoweit auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 FGG). Im übrigen (Satzungsänderung) ist das Rechtsmittel unbegründet.

1. In der Sache ist die Rechtsansicht der Vorinstanzen unzutreffend, eine GbRmbH könne die Stammeinlage einer bereits eingetragenen GmbH nicht übernehmen. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH WM 1992, 12; BGHZ 78, 311 [= MittBayNot 1981, 86 = DNotZ 1981, 299]) und der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht (vgl.

MünchKomm-BGB/Ulmer, 2. Auflage, Vor § 705 Rdnr. 8 und § 705 Rdnr. 129 ff. m.w.N.) kann die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Mitglieder als Teilnehmer am Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen. Demgemäß wird ihre Fähigkeit, Gesellschafter einer juristischen Person zu sein, heute nicht mehr in Frage gestellt. Es entspricht vielmehr ebenso allgemeiner Auffassung, daß eine GbR einen Gesellschaftsanteil an einer GmbH erwerben (abgeleiteter Beteiligungserwerb nach §§ 15 ff. GmbHG) und darüber hinaus sogar als Gründungsmitglied einer solchen Gesellschaft eine Stammeinlage übernehmen kann (vgl. BGHZ 78, 311 a.a.O.; Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Auflage, § 2 Rdnr. 50; Koch, Die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einer GmbH-Gründung, ZHR 146 (1982), 118 ff.; Karsten Schmidt, Die GmbH-Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Publizitätsproblem, BB 1983, 1697 ff., jeweils m.w.N.).

Der Wirksamkeit des abgeleiteten Beteiligungserwerbs nach §§ 15 ff. GmbHG steht nicht entgegen, daß die den Gesellschaftsanteil übernehmende GbR im vorliegenden Fall den Zusatz führt „mit beschränkter Haftung“. Ein solcher Zusatz wird allgemein als zulässig angesehen, wenn er der in der Rechtsprechung anerkannten Begrenzung der Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen für den Fall dienen soll, daß die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters (§ 714 BGB) für Dritte erkennbar gesellschaftsrechtlich entsprechend beschränkt ist (vgl. BGH NJW 1992, 3037, 3039 m.w.N.). Eine solche zur Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen allein mögliche gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auf das Gesellschaftsvermögen zeitigt naturgemäß aber nur Rechtswirkungen, wenn zwischen der BGB-Gesellschaft und einem Dritten ein Rechtsgeschäft zustandekommt. Für diesen Fall haftet dem Dritten für die sich aus dem Rechtsgeschäft ergebenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft neben der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen kein Gesellschafter bzw. nur ein Teil der Gesellschafter persönlich (vgl. Gummert, Zur Zulässigkeit einseitiger Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der BGB-Außengesellschaft, ZIP 1993, 1063, 1067). Von einer solchen einseitigen Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der BGB-Außengesellschaft bleiben grundsätzlich unberührt Ansprüche aus gesetzlich entstehenden Verbindlichkeiten. Demgemäß kann die Haftung der BGB-Gesellschafter als Mitberechtigte gemäß § 18 Abs. 2 GmbHG gegenüber der GmbH weder durch die Satzung der GmbH noch durch rechtsgeschäftliche Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft auf das Gesamthandsvermögen oder in sonstiger Weise beschränkt werden, da es sich insoweit um unabdingbare Verpflichtungen gegenüber der GmbH handelt, so daß interne Abreden unter den Mitberechtigten nur zwischen ihnen wirken und im Verhältnis zur GmbH ohne Wirkung sind (vgl. Rowedder, GmbHG, 2. Auflage, § 18 Rdnr. 10; Scholz/Winter, a.a.O., § 18 Rdnr. 25; Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 1 Rdnr. 32 und § 18 Rdnr. 8; Hachenburg/Zutt, GmbHG, 8. Aufl., § 18 Rdnr. 26; ebenso für den Fall der Übernahme einer Stammeinlage als Gründungsmitglied durch eine GbR BGHZ 78, 311, 316 f. a.a.O.; a.A. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 Rdnr. 80; Koch, a.a.O., – keine zwingende gesamtschuldnerische Haftung bei Gründung –).

Daraus folgt, daß die H.-Grundstücks- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemein-

schaft ihrer Gesellschafter trotz der gesellschaftsvertraglich beschränkten Vertretungsmacht ihrer geschäftsführenden Gesellschafter durch Abtretung des Geschäftsanteils gemäß notarieller Verhandlung vom 24.05.1995 Gesellschafterin der eingangs genannten GmbH werden konnte.

2. Die weitere Beschwerde ist allerdings aus folgenden Gründen unbegründet:

Bei Anmeldung einer Satzungsänderung zur Eintragung ins Handelsregister hat das Registergericht zu prüfen, ob die geänderten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften oder allgemeine Grundsätze des Gesellschaftsrechts nichtig sind (vgl. BayObLGZ 1982, 368, 371).

In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob Gesellschafter, die ihre Geschäftsanteile erst nachträglich im Wege der Abtretung erworben haben, im Gesellschaftsvertrag als Inhaber von Geschäftsanteilen aufgeführt werden dürfen, unterschiedlich beantwortet.

Das Kammergericht (DR 1941, 2128 = HRR 1941, 958) hat dies mit der Begründung verneint, die Abtretung betreffe nicht eine Vereinbarung der Gesellschafter, sondern lediglich das Rechtsgeschäft eines Gesellschafters mit einem Dritten und sei deshalb einer Regelung durch den Gesellschaftsvertrag bzw. einer Satzungsänderung nicht zugänglich. Dem ist das Schrifttum zunächst überwiegend gefolgt (vgl. so noch Keidel/Schmartz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl. Rdnr. 738). Im neueren Schrifttum (vgl. Scholz/Emmerich, a.a.O., § 3 Rdnr. 33; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 3 Rdnr. 39; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rdnr. 20 jeweils m.w.N.) wird im Anschluß an eine ohne Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG ergangene Entscheidung des OLG Frankfurt (GmbHR 1973, 172 = Rechtspfleger 1973, 251 [= DNotZ 1974, 245]), wonach eine Satzungsbestimmung, die lediglich festhält, wer Inhaber der Geschäftsanteile ist, nicht unzulässig sei und nicht beanstandet werden dürfe, die Ansicht vertreten, solche deklaratorischen Klarstellungen seien zuzulassen.

Ob dem Kammergericht mit Rücksicht auf die eingeschränkte Prüfungspflicht des Registergerichts und zu befürchtende Verwirrung bei überflüssigen Darstellungen in der Satzung zu folgen ist, kann offenbleiben. Die von der Beteiligten erstrebte Eintragung kann hier aus anderen Gründen keinen Erfolg haben.

Die Angaben in der Satzung müssen wahr und dürfen nicht irreführend sein. Insbesondere darf der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages nicht dazu führen, daß die derzeitigen Gesellschafter mit den Gründungsgesellschaftern verwechselt werden können (vgl. LG Stuttgart, NJW 1972, 1997; LG Köln, GmbHR 1988, 69, 70 m.w.N.). Durch die vorliegende Anmeldung wird jedoch der falsche Eindruck erweckt, bei der angeführten Gesellschaft bürgerlichen Rechts handele es sich – unbeschadet der nach Ansicht des Senats darüber hinaus bestehenden Notwendigkeit, neben der erfolgten Form der Anteilszuordnung alle Gesellschafter aufzuführen, da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anders als Handelsgesellschaften der Publizität entbehrt und deshalb zur Identifizierung auf die dahinterstehenden Mitglieder zurückgegriffen werden muß (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 Rdnr. 80; Karsten Schmidt, a.a.O., S. 1700) – um die ursprünglichen Gesellschafter und bei dem angegebenen Betrag um deren Stammeinlage.

Die angemeldete Änderung des Gesellschaftsvertrages erweckt nach der gewollten Formulierung selbst bei entsprechender Ergänzung um die Namen aller Gesellschafter

bei einem interessierten Dritten den Eindruck, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihren gesamthänderisch verbundenen Gesellschaftern halte den Geschäftsanteil von 50.000,00 DM als Gründungsgesellschafterin und bei den genannten 50.000,00 DM handele es sich um die von ihr, der GbR, übernommene Stammeinlage. Eine solche Irreführung kann trotz vollständiger Einzahlung des Stammkapitals wegen der gegen die Gründer gegebenenfalls trotzdem bestehenden Ansprüche gemäß § 9 a GmbHG nicht hingenommen werden.

Darüber hinaus kann der zur Anteilszuordnung (GbR) gemachte Zusatz „mit beschränkter Haftung“ nicht zulässigerweise in die Satzung aufgenommen werden, weil auch dieser irreführend ist und nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten vermag. Der Zusatz kann unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Einfluß auf die gegenwärtigen oder zukünftigen Rechtsverhältnisse der anmeldenden GmbH haben, mögen sie auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen. Er vermag, wie bereits dargelegt, im Außenverhältnis der GbR eine Haftungsbeschränkung ihrer Gesellschafter gegenüber der Beteiligten im Rahmen der Haftung nach dem GmbHG nicht zu bewirken. Die Aufnahme der Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer der GbR für Rechtsgeschäfte in die Satzung der GmbH kann bei außenstehenden Dritten den Eindruck erwecken, der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ habe nicht nur gesellschaftsinterne Bedeutung für die GbR als Gesellschafterin und seine Verlautbarung durch die angemeldete Satzungsänderung der GmbH führe bereits zu einer Publizität, die sich die GmbH und Dritte bei gesetzlichen Ansprüchen und gegebenenfalls auch bei solchen aus Rechtsgeschäft entgegenhalten lassen müßten, obwohl dies nicht der Fall ist. Ein solcher Zusatz kann daher entsprechend dem Rechtsgedanken des § 18 Abs. 2 HGB wegen der Gefahr von Irreführungen in die Satzung der beteiligten GmbH nicht aufgenommen werden.

Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat darauf hin, daß die dargelegten Grundsätze zum Erfordernis der namentlichen Bezeichnung der Gesellschafter der BGB-Gesellschaft und zur Unzulässigkeit eines haftungsbeschränkenden Zusatzes auch für die eingereichte Liste der Gesellschafter gilt.

22. BGB § 1822 Nr. 10 (*Grundstücksverwaltungsgesellschaft unter Beteiligung Minderjähriger*)

**Zu den Voraussetzungen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Gesellschaftsvertrages, durch den ein Minderjähriger sich an einer Grundstücksverwaltungsgesellschaft beteiligt.**

LG München I, Beschluß vom 8.12.1995 – 13 T 18194/95 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Claus Gastroph*, München

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind die Großeltern der Betroffenen. Sie sind grundbuchmäßig zu jeweils  $\frac{1}{2}$  an der Miteigentümergeinschaft beteiligt. Der Grundbesitz ist unbelastet und besteht aus einer Einheit von 20 Eigentumswohnungen in H. Zu deren Nutzen und Verwaltung haben die Beteiligten zu 1) und 2) eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet und zugleich die schenkweise Übertragung ihrer Rechtsstellung auf die Enkel zu jeweils gleichen Teilen (10%) mit Urkunde des Notars Dr. X. vorgenommen. Sie

beantragen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieses Rechtsgeschäfts.

Der Gesellschaftsvertrag sieht unter anderem vor:

a) Als Gesellschaftszweck ist die gewinnbringende Verwaltung und Vermietung des Grundbesitzes bestimmt.

b) Die Verwaltung obliegt einem Verwalter, der im Innenverhältnis auf die gewöhnliche Geschäftstätigkeit der Grundstücksgemeinschaft beschränkt ist; Börsenspekulation ist ausgeschlossen, sichere Anlagen sind zu wählen. Liquide Mittel sind unter Berücksichtigung steuerlicher Aspekte anzulegen.

c) Kreditaufnahmen sind auf 60% der Investitionssumme beschränkt. Eine kurzfristige Verschuldung über 10.000,00 DM hinaus bedarf der Zustimmung des Beirats und ist auf 40.000,00 DM begrenzt. Ein Wirtschaftsplan ist zu erstellen für das folgende Geschäftsjahr.

d) Ein Beirat für jeweils 3 Jahre ist als Bindeglied zwischen Verwaltung und Gesellschafterversammlung zu bilden.

e) Eine Veräußerung des Grundvermögens ist erst zulässig, wenn der jüngste Gesellschafter das 18. Lebensjahr vollendet hat und Einstimmigkeit der Gesellschafter vorliegt.

Da die beschenkten Enkel minderjährig sind, beantragten sie die Bestellung von Ergänzungspflegern zwecks Genehmigung des Schenkungs- und Gesellschaftsvertrages.

Das Amtsgericht München versagte sowohl die beantragte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als auch die Bestellung von Ergänzungspflegern.

Gegen diese Entscheidung legten die Beteiligten Beschwerde ein, der die Rechtspflegerin und der Richter nicht abhalfen. Die Akten wurden der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Die Rechtsmittel waren erfolgreich.

*Aus den Gründen:*

Die Betroffenen sollen mit dem Schenkungs- und Gesellschaftsvertrag jeweils 10%ige Anteile an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erhalten, deren Zweck die gewinnbringende Verwaltung und Vermietung von 20 Eigentumswohnungen ist. Es kann dahinstehen, ob die damit ausübende Tätigkeit bereits als Erwerbsgeschäft zu qualifizieren ist, mit dem Vertragsschluß werden die Minderjährigen jedenfalls Gesellschafter und als solche sind sie entsprechend ihrer Anteile am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Für Verbindlichkeiten haften sie somit als Gesamtschuldner unbeschränkt und zwar auch für diejenigen der übrigen Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen; sie treten insoweit auch in die bereits bestehenden Nutzungsverhältnisse und die daraus resultierenden Verpflichtungen ein. Für derartige Verträge sieht das Gesetz ein Genehmigungserfordernis zum Schutz der Minderjährigen vor, § 1822 Nr. 10 BGB.

aa) Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, ob die Genehmigung erteilt oder verweigert wird, ist am Interesse des Mündels oder Pflégelings auszurichten, §§ 1793, 1915 Abs. 1 BGB, nicht an den Belangen Dritter. Bei der Prüfung ist auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen abzustellen, was auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit beinhaltet. Finanzielle Gesichtspunkte werden im Vordergrund stehen, jedoch kann das Gericht auch solche Umstände berücksichtigen, die eine Rücksichtnahme aus Anstand und Sitte verlangen.

Die Abwägungen haben auch die Beziehungen des Pflégelings zum Vertragspartner einzubeziehen sowie die Vermögensverhältnisse und die charakterliche und fachliche Eignung der Mitgesellschafter, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Pflégelings in der Gesellschaft vorwiegend bei den geschäftsführenden Gesellschaftern liegt (vgl. BayObLG FamRZ 90, 208/209).

bb) Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedeutet andererseits nicht, daß vom Pfingling jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene Risiko fernzuhalten ist, weil solche Rechtsgeschäfte ihrem Wesen nach von Anfang an mit wirtschaftlichem Risiko für den Minderjährigen verbunden sind. Daher ist allein die Tatsache, daß der Minderjährige für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Außenverhältnis den Gläubigern gegenüber mit seinem Vermögen persönlich als Gesamtschuldner haftet (§§ 718, 421 f. BGB), für sich allein nicht ausreichend, um eine Versagung der Genehmigung zu rechtfertigen (vgl. BayObLG RPfleger 1979, 455/457; OLG Hamm OLGZ 1983, 148/151). Vielmehr hat das Vormundschaftsgericht aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die vertragliche Regelung im ganzen gesehen für den Minderjährigen vorteilhaft ist. Es hat die Genehmigung dann zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, daß er infolge seiner Beteiligung an der zu gründenden Gesellschaft mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit entlassen werden wird (vgl. BayObLG, Beschluß vom 6.7.1995, [= MittBayNot 1995, 480]).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Schenkungs- und Gesellschaftsvertrags vom 14.10.1994 zu erteilen.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Das Grundstück ist lastenfrei, das Gebäude mit den 20 Eigentumswohnungen ist nach Angaben der Beteiligten 1972/1973 errichtet worden und in gutem Erhaltungszustand, da Reparatur- und Sanierungsarbeiten im erforderlichen Umfang in der Vergangenheit durchgeführt wurden; so wurden im Jahr 1988/89 das Dach und 1991 die Heizanlage vollständig erneuert. Sanitäreinrichtungen und Fenster wurden 1994 saniert. Ein größerer Reparaturaufwand, der im Einzelfall 10.000,00 DM überschreitet, ist auf Dauer nicht ersichtlich. Instandhaltungsrücklagen werden vom Hausgeld gebildet.

Der Verwaltungsaufwand, der auch das Geschäftsführergehalt enthält, von rund 1/3 der Mieteinnahmen, läßt einen jährlichen Überschuß von ca. 200.000,00 DM erwarten. Der Wohnungsbedarf in München und im Umland wird auch bei einer Entspannung des Wohnungsmarktes nach aller Voraussicht nicht zu größeren Einbußen auf der Gewinnseite führen. Die Verwaltung wurde bisher und soll auch in Zukunft von Frau Y. wahrgenommen werden, die als Diplom-Ingenieurin und Architektin über ausreichende Fachkenntnisse hierzu verfügt. Ihre Befugnisse sind in einem Verwaltervertrag festgelegt; sie decken sich mit den Regelungen im Gesellschaftsvertrag. Zwar wirken diesbezügliche Beschränkungen nur im Innenverhältnis den Gesellschaftern gegenüber, im Hinblick auf die oben genannten wirtschaftlichen Daten, die fachliche Qualifikation der Verwalterin, die schon bisher wie ein ordentlicher Kaufmann gewirtschaftet und die Belange der Grundstückseigentümer gewahrt hatte, sowie aufgrund der familiären Verbundenheit zwischen der Verwalterin und den Gesellschaftern erachtet die Kammer die Gefahr einer Interessengefährdung der minderjährigen Kinder auch auf längere Sicht als nicht gegeben. Es entspricht zudem nicht dem Sinn und Zweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, von dem Mündel jedes mit der Beteiligung verbundene Risiko fern zu halten (siehe oben).

Durch die im Gesellschaftsvertrag ferner vorgesehene Einrichtung eines Beirats, der die sonst dem Aufsichtsrat einer AG übertragenen Rechte und Pflichten wahrnehmen soll, ist zudem ein Gremium geschaffen, das die Belange der Gesell-

schafter gegenüber der Verwalterin vertritt. Im übrigen ist die Veräußerung des Grundvermögens oder von Teilen nur zulässig, wenn alle Gesellschafter zustimmen und der jüngste Gesellschafter volljährig geworden ist, so daß auf diese Weise die Haftungsmasse erhalten bleibt.

Rechtliche Bedenken bestehen auch nicht bezüglich der Vertretungsregelung des Gesellschaftsvertrags, wonach die minderjährigen Gesellschafter nur durch den von den Beteiligten zu 1) und 2) abstammenden Elternteil in der Gesellschaft vertreten werden. Es liegt ein Fall des § 1638 Abs. 1 BGB vor, wonach derjenige, der dem Kind unter Lebenden Vermögen unentgeltlich zuwendet, bestimmen kann, daß die Eltern dieses Vermögen nicht verwalten sollen. Betrifft dies nur einen Elternteil, so vertritt der andere insoweit das Kind, § 1638 Abs. 3 BGB. Darüberhinaus haben die in vorliegender Sache ausgeschlossenen Elternteile inzwischen schriftlich ihr Einverständnis mit der Ausübung der Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis durch den anderen erklärt (*Palandt/Diederichsen*, BGB, 54. Aufl. § 1526 Rdnr. 10, § 1629 Rdnr. 3).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vergleiche zu dieser Problematik auch den Beschluß des BayObLG vom 6.7.1995 [= MittBayNot 1995, 480].

### Kostenrecht

23. KostO § 144 Abs. 1 (*Wirtschaftliches Unternehmen i. S. d. § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO*)

#### Zum Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens i. S. der Gebührenermäßigungsvorschrift des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO bei einer von einem Zweckverband betriebenen Tierkörperbeseitigungsanlage.

BayObLG, Beschluß vom 23.1.1996 – 3 Z BR 290/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist ein Zweckverband, zu dem sich mehrere Landkreise und kreisfreie Städte zusammengeschlossen haben. In der Verbandssatzung heißt es in § 4 (Aufgaben):

„(1) Der Zweckverband hat die Aufgabe, innerhalb seines räumlichen Wirkungsbereiches die nach dem Gesetz über die Beseitigung von Tierkörpern, Tierkörperteilen und tierischen Erzeugnissen ... vorgeschriebene unschädliche Beseitigung von Tierkörpern, Tierkörperteilen und tierischen Erzeugnissen durchzuführen.

(2) ...

(3) Der Zweckverband erfüllt seine Aufgaben ohne Gewinnabsicht. Er verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung 1977 ...

(4) ...“

Am 24.6.1992 beurkundete der beteiligte Notar einen Kaufvertrag, mit dem der Beteiligte eine Tierkörperbeseitigungsanstalt erwarb. Er erstellte hierfür eine Kostenrechnung, wobei die Beurkundungsgebühr nach § 144 Abs. 1 KostO um 60 v.H. ermäßigt war. Auf die Beanstandung der Notarkasse, welche die Tierkörperbeseitigungsanstalt als „wirtschaftliches Unternehmen“ i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO einstufte, erstellte der Notar unter dem 4.10.1993 eine neue Kostenberechnung, in der nunmehr die volle Gebühr in Ansatz gebracht wird.

Gegen die Kostenberechnung vom 4.10.1993 legte der Beteiligte Beschwerde ein mit dem Antrag, die Nachberechnung für unbegründet

zu erklären. Auf die Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO sei die Ermäßigung des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO anzuwenden, weil es sich bei dem Kauf der Tierkörperbeseitigungsanstalt nicht um die Angelegenheit eines „wirtschaftlichen Unternehmens“ handle. Denn der Zweckverband erfülle mit dem Betrieb der Tierkörperbeseitigungsanstalt eine Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis, wobei wegen der im Vordergrund stehenden gemeinnützigen Zwecksetzung die Leistungserbringung nicht auf Gewinnerzielung gerichtet sei.

Der Notar hält an seiner Kostenberechnung fest, da mit der Tierkörperbeseitigungsanstalt ein wirtschaftliches Unternehmen betrieben werde.

Das Landgericht hat die Kostenberechnung des Notars vom 4.10.1993 aufgehoben und zur Klarstellung ausgesprochen, daß es damit bei der ursprünglichen Kostenberechnung vom 25.6.1992 sein Bewenden habe. Mit seiner weiteren Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung hält der Notar an seiner im Beschwerdeverfahren vertretenen Rechtsauffassung fest. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

a) Das Landgericht (vgl. die nachstehende Entscheidung des LG Bamberg) hat ausgeführt, die Angelegenheit Kauf einer Tierkörperbeseitigungsanstalt betreffe nicht ein wirtschaftliches Unternehmen des nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO gebührenprivilegierten Zweckverbands. Die den Gegenstand des beurkundeten Kaufvertrags bildende Tierkörperbeseitigungsanstalt erfülle gleich beide Negativmerkmale einer Unternehmenseigenschaft i. S. des Kommunalrechts, dem das Merkmal des „wirtschaftlichen Unternehmens“ entstamme. Die Tierkörperbeseitigung obliege den Landkreisen und kreisfreien Gemeinden jeweils als Pflichtaufgabe des eigenen Wirkungskreises (Art. 1 AG TierKBG), so daß auch der Zweckverband mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Anlage eine hoheitliche Aufgabe des eigenen Wirkungskreises erfülle (Art. 26 KommZG). Des weiteren werde mit der Unterhaltung der Tierkörperbeseitigungsanstalt durch den Zweckverband eine gemeinnützige Zielsetzung verfolgt. Dies komme in der Verbandssatzung eindeutig zum Ausdruck, wonach der Anstaltsbetrieb auch im Fall von Verlusten aufrecht zu erhalten sei und deshalb etwaige Deckungslücken durch die Erhebung von Umlagen, gegebenenfalls auch eine Sonderumlage, zu schließen seien (§§ 15 und 16 der Änderungssatzung vom 5.4.1993). Insgesamt sei die Einrichtung nicht gewinnorientiert, sondern habe den Charakter einer Zuschußanstalt.

b) Der Senat tritt diesen Ausführungen bei. Danach ist die Tierkörperbeseitigungsanstalt unabhängig davon, welcher der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zum „wirtschaftlichen Unternehmen“ man folgen will, jedenfalls im vorliegenden Fall kein wirtschaftliches Unternehmen des Zweckverbands (vgl. BayObLGZ 1992, 324/326 f.; 1993, 398/400 f. [= MittBayNot 1994, 169 = DNotZ 1994, 703]; OLG Düsseldorf JurBüro 1994, 285/286 [= MittBayNot 1994, 252 = DNotZ 1994, 131]; OLG Celle Nds.Rpfl. 1993, 329; OLG Zweibrücken JurBüro 1994, 616/617 [= MittBayNot 1994, 254]; OLG Köln JurBüro 1995, 98/99; Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl. Rdnr. 4, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 13. Aufl. Rdnr. 13, je zu § 144; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 12. Aufl., Stichwort „Ermäßigung von Notargebühren“ S. 418/419; *Hartmann*, Kostengesetze, § 144 KostO Rdnr. 4; *Reimann* MittBayNot 1994, 255/256; *Mümmeler* JurBüro 1995, 99/100).

24. KostO § 144 Abs. 1 (*Wirtschaftliches Unternehmen i. S. d. § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO*)

#### Zum Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens i. S. der Gebührenermäßigungsvorschrift des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO bei einer von einem Zweckverband betriebenen Tierkörperbeseitigungsanlage.

LG Bamberg, Beschluß vom 23.8.1995 – 1 T 13/94 –

(Vorinstanz zur vorstehend abgedruckten Entscheidung des BayObLG)

#### Tatbestand der Schriftleitung:

Notar und Beteiligter streiten um die Anwendbarkeit des § 144 Abs. 1 KostO. Der Sachverhalt entspricht dem der vorstehend abgedruckten Entscheidung des BayObLG vom 23.1.1996 (3 Z BR 290/95).

#### Aus den Gründen:

Es steht außer Frage, daß der beschwerdeführende Zweckverband zum Kreis der privilegierten Kostenschuldner nach § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KostO gehört. Aber auch die weitere Voraussetzung für eine Gebührenbegünstigung, daß die Angelegenheit sich nicht auf ein „wirtschaftliches Unternehmen“ des Zweckverbandes bezieht, ist vorliegend erfüllt.

1. Das Merkmal des „wirtschaftlichen Unternehmens“ (hier: von Körperschaften des öffentlichen Rechts) ist dem Kommunalrecht, und zwar der Vorschrift des § 67 DGO vom 30.1.1935, entlehnt. Der wohl überwiegende Teil des Schrifttums orientiert sich deshalb bei der Auslegung der Unternehmensklausel im Privilegierungstatbestand des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO an den kommunalrechtlichen Vorgaben für eine privatwirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und Landkreisen. Danach unterfallen dem Unternehmensbegriff solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem privaten Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten; das Gegenstück hierzu bilden Unternehmen, zu deren Betrieb und Unterhaltung die öffentliche Hand verpflichtet ist oder bei denen die gemeinnützige Zielsetzung im Vordergrund steht (*Otto*, JurBüro 1989, 889, 896; *Mümmeler*, JurBüro 1990, 145, 147; 694, 696; *Rohs/Wedewer*, KostO, Rdnr. 4 zu § 144; zu Art. 89 BayGO bzw. Art. 77 BayLKO vgl. z. B. *Widtmann/Grasser*, BayGO, 5. Aufl., Rdnr. 3 zu Art. 89). Auch die Rechtsprechung des BayObLG versteht die Einschränkungsklausel des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO dahin, daß der Gesetzgeber damit in erster Linie die privatwirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Auge hatte, und verfährt daher bei der Abgrenzung entsprechend dem sich aus Art. 89 BayGO bzw. BayLKO ergebenden Einordnungsmaßstab (BayObLGZ 1992, 324; 1993, 398 [= MittBayNot 1994, 169 = DNotZ 1994, 703]).

Kommt es somit nach dieser (gefestigten) Rechtsprechung des BayObLG auf den Maßstab des Kommunalrechts an, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die den Gegenstand des beurkundeten Vertrages bildende Tierkörperbeseitigungsanstalt in W. kein wirtschaftliches Unternehmen i. S. d. § 144 Abs. 1 S. 1 KostO darstellt. Denn in Bezug auf diese Einrichtung sind unverkennbar gleich beide Negativmerkmale einer Unternehmenseigenschaft i. S. d. Art. 89 BayGO bzw. Art. 77 BayLKO erfüllt. So sind gemäß § 4 Abs. 1 der Verbandssatzung dem Zweckverband die seinen Mitgliedern nach § 4 TierKBG obliegenden Aufgaben übertragen. Die Tierkörperbeseitigung aber obliegt den Landkreisen und kreisfreien Gemeinden jeweils als Pflichtaufgabe des eigenen Wirkungskreises (Art. 1 AG TierKBG), so daß auch der Zweckverband

mit dem Betrieb und der Unterhaltung der Anlage eine hoheitliche Aufgabe des eigenen Wirkungskreises erfüllt (Art. 27 KommZG). Der Annahme, daß der Kostenschuldner mit dem Betrieb des Unternehmens einer gesetzlichen Verpflichtung nachkommt, steht auch nicht der Umstand entgegen, daß sich die beseitigungspflichtigen Körperschaften zur Erfüllung ihrer Pflichtaufgabe grundsätzlich auch Dritter, d.h. (beliehener) Privatunternehmer, bedienen können (§ 4 Abs. 1 S. 2 TierKBG); wenn und soweit sie von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht haben bzw. – wie hier – die Übertragung rückgängig gemacht wurde, hat es nämlich bei der originären Zuständigkeit der Körperschaft für die Erledigung der Beseitigungspflicht sein Bewenden (Gegen-schluß aus § 4 Abs. 4 TierKBG).

Darüber hinaus ist bei der Unterhaltung einer (als Regie- oder Eigenbetrieb geführten) Tierkörperbeseitigungsanstalt auch das weitere – alternative – Negativmerkmal eines wirtschaftlichen Unternehmens im rechtlichen Sinne erfüllt, daß mit einer derartigen Einrichtung vorrangig eine gemeinnützige Zielsetzung verfolgt wird (so ausdrücklich z.B. *Widtmann/Grasser* a.a.O. Rdnr. 3 c zu Art. 89; ferner *Wolff/Bachof/Stober*, VerwaltungsR II, 5. Aufl., Rdnr. 31 zu § 98). Diese im Vordergrund stehende Zweckverfolgung des Unternehmens kommt schon eindeutig in der Verbandssatzung zum Ausdruck, wonach der Anstaltsbetrieb auch im Fall von Verlusten aufrecht zu erhalten ist und deshalb etwaige Deckungslücken durch die Erhebung von Umlagen, ggf. auch einer Sonderumlage, zu schließen sind (vgl. §§ 15 u. 16 i. d. F. der Änderungssatzung vom 5. April 1993).

2. Es kann allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, daß die verallgemeinernde Heranziehung des kommunalrechtlichen Einordnungsmaßstabes bei der Auslegung der Ausschlußklausel des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO in der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte zunehmend auf Widerspruch stößt (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 595; JurBüro 1994, 285 [= MittBayNot 1994, 252 = DNotZ 1994, 131] m. Anm. *Mümmeler*; OLG Celle Nds. Rpfl. 1993, 329; OLG Zweibrücken JurBüro 1994, 616 [= MittBayNot 1994, 254] sowie OLG Köln JurBüro 1995, 98). Diese Rechtsprechung hält – im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGHZ 95, 155 m.w.N.) – die einer Gebührenprivilegierung entgegenstehende Unternehmenseigenschaft schon dann für gegeben, wenn der Unternehmensträger nicht ausschließlich mit der Zielsetzung der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe handelt und zumindest einen die Betriebsaufwendungen übersteigenden wirtschaftlichen Erfolg anstrebt. Auf den Zusammenhang mit einer öffentlich-rechtlichen Pflichtenlage bei der Unternehmenseinrichtung und -unterhaltung soll es dagegen von vorneherein nicht ankommen.

Indessen ist nach den Gegebenheiten des vorliegenden Falles eine abschließende Auseinandersetzung mit der innerhalb der OLG-Rechtsprechung im Vordringen begriffenen Meinung, die auch im Schrifttum Anklang findet (vgl. *Korintenberg*, KostO, 12. Aufl., Rdnr. 9 zu § 44; schwankend nunmehr offenbar *Mümmeler* JurBüro 1995, 100), nicht veranlaßt. Denn auch bei Zugrundelegung dieser Auffassung kann bei der hier gegebenen Sachlage dem Kostenschuldner die beanspruchte Gebührenermäßigung nicht versagt werden.

Zwar wird in den genannten OLG-Entscheidungen die Ablehnung von (rein) kommunalrechtlichen Abgrenzungskriterien unterschiedlich begründet oder auch nur vereinzelt anhand der Entstehungsgeschichte bzw. von Sinn und Zweck der Neufassung der Einschränkungsklausel des § 144 Abs. 1 S. 1

KostO erläutert. Ungeachtet dieser methodischen Disparität besteht aber offenbar Übereinstimmung in dem Ziel, eine Privilegierung des Kostenschuldners zu vermeiden, wenn der Unternehmensträger weitgehend nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen wirtschaftet (vgl. OLG Köln a.a.O. S. 99 und OLG Celle a.a.O.).

Dieses Postulat enthält zunächst nur eine ergebnisorientierte Vorgabe. Man wird ihm aber zugleich das (methodische) Anliegen entnehmen dürfen, dem abgelehnten kommunalrechtlichen Einordnungsmaßstab, wonach die Voraussetzungen der Ausschlußklausel des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO im wesentlichen *negativ* abgegrenzt werden, eine Auslegung entgegenzusetzen, die in erster Linie die *konstituierenden* Merkmale eines wirtschaftlichen Unternehmens herausarbeitet. Es handelt sich mithin um einen „komplementären“ Einordnungsmaßstab, der die verschiedenen Erscheinungsformen wirtschaftlicher Beteiligung der öffentlichen Hand nach der jeweiligen „Gesamtkonzeption der Betriebsführung“ (OLG Zweibrücken a.a.O. S. 617) typisiert.

Offengeblieben oder jedenfalls nur andeutungsweise behandelt ist in den genannten OLG-Entscheidungen allerdings bislang die Frage, nach welchem Gesichtspunkt die typisierende Einordnung der Betriebsführung im einzelnen vorgenommen werden soll; nach dem eindeutigen Sinn und Zweck der Ausschlußklausel liegt es jedoch auf der Hand, daß es ausreicht, nach der jeweiligen *Struktur der Ausgabendeckung* des Unternehmens abzuschichten. Somit ergibt sich folgende, dem von *Stober* vorgeschlagenen Schema entsprechende Einteilung (vgl. *Wolff/Bachof/Stober* a.a.O. Rdnr. 31 ff. zu § 98):

- *Zuschuß-Anstalten* (d.h. *gemeinnützige* Einrichtungen, die wegen ihres gemeinnützigen Zweckes unterhalten werden, auch wenn sie ihre Kosten nicht aus eigenen Einnahmen zu decken vermögen; hierzu gehören auch solche Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist wie z.B. Tierkörperbeseitigungsanstalten – so ausdrücklich *Stober* a.a.O. –);
- *gewinnmitnehmende Anstalten und sonstige Unternehmen* (d.h. *gemeinschaftliche* Unternehmungen zur Daseinsvorsorge, die um ihres gemeinnützigen Zweckes willen unterhalten werden, aber nicht nur sparsam, sondern mit der Absicht wirtschaften, mindestens ihre Kosten zu decken);
- *gewinnerstrebende Einrichtungen* (d.h. *erwerbswirtschaftliche* Unternehmungen zur Befriedigung öffentlicher Interessen einschließlich der Erzielung von Überschüssen für den Haushalt ihres Trägers).

Auch nach dieser – den Auslegungskriterien der im Vordringen begriffenen Auffassung entsprechenden – Einteilung erfüllt der Betrieb einer Tierkörperbeseitigungsanstalt nicht die Merkmale eines wirtschaftlichen Unternehmens i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 1 KostO, da die Einrichtung nicht *gewinnorientiert* ist, sondern den Charakter einer Zuschußanstalt hat. Eine solche Struktur der Ausgabendeckung bildet im übrigen, worauf in den Entscheidungen des BayObLG a.a.O. eigens hingewiesen wird, das typische Korrelat zu dem Umstand, daß die Einrichtung aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung und/oder vorrangig wegen eines gemeinnützigen Zweckes betrieben und unterhalten wird.

Nach alledem handelt es sich bei der Tierkörperbeseitigungsanstalt in W. nicht um ein wirtschaftliches Unternehmen i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 1 KostO.

25. KostO §§ 16, 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 4 (*Gebührenansatz für Entwurf einer Vollmachtsbestätigung*)

**Bedarf es zum Vollzug eines Vertrages einer Vollmachtsbestätigung eines vollmachtlos Vertretenen, so muß der Notar die Beteiligten auf die (Mehr-)Kosten hinweisen, die entstehen, wenn er selbst den Entwurf fertigt und der Vertretene die Bestätigung bei einem anderen Notar beglaubigen lassen möchte. Unterläßt er diesen Hinweis und hätten die Beteiligten bei entsprechender Aufklärung den Entwurfsauftrag nicht erteilt, so hat der Ansatz der Entwurfsgebühr wegen unrichtiger Sachbehandlung zu unterbleiben.**

LG München I, Beschluß vom 17.3.1995 – 13 T 15774/94, 3901/95, 3903/95

#### *Aus dem Tatbestand:*

Notar Y. beurkundete einen Überlassungsvertrag zwischen Frau X. und ihren Söhnen, den Beteiligten zu 1) bis 3). Für den bei der Beurkundung nicht anwesenden Beteiligten zu 3) gab – entsprechend einer von diesem mündlichen erteilten Vollmacht – der Beteiligte zu 1) die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen ab. Sodann erholte der Notar die erforderliche Vollmachtsbestätigung unter Übersendung eines entsprechenden Entwurfs an den Beteiligten zu 3). Dieser bezahlte für die Beglaubigung seiner Unterschrift bei seinem Frankfurter Notar eine viertel Gebühr gemäß § 45 KostO von DM 200,00 zuzüglich Mehrwertsteuer, ausgehend von einem Geschäftswert von DM 451.666,00 (1/3 des Gesamtwerts).

Notar Y. stellte seine Tätigkeit in Rechnung, wobei er jeden der Beteiligten in Höhe eines Drittels des Gesamtbetrags in Anspruch nahm. Neben der Beurkundungsgebühr enthielten die Kostenberechnungen eine Entwurfsgebühr für die Vollmachtsbestätigung aus dem bereits genannten Geschäftswert gemäß § 38 Abs. 2 Ziffer 4 KostO in Höhe von DM 400,00 zuzüglich Mehrwertsteuer.

Der Beteiligte zu 1) legte für sich und seine Brüder dagegen Beschwerde ein, weil der Notar mit der Erstellung des Entwurfs einer Vollmachtsbestätigung nicht beauftragt gewesen sei. Wäre die Vollmachtsbestätigung durch den Notar seines Bruders gefertigt worden, so wären insgesamt lediglich DM 400,00 zuzüglich Mehrwertsteuer gemäß § 38 Abs. 2 Satz 4 KostO angefallen. Selbst wenn ein Entwurfsauftrag erteilt worden wäre, hätte der hiesige Notar auf die durch seine Tätigkeit entstandenen Mehrkosten hinweisen müssen. Im übrigen kämen als Kostenschuldner hierfür die Beteiligten zu 1) und 2) nicht in Betracht.

Der Notar entgegnete, daß die anwesenden Beteiligten zu der Beurkundung des Überlassungsvertrags aus schenkungssteuerlichen Gründen gedrängt hätten. Außerdem hätte anschließend der Verkauf desselben Objekts durch die Beteiligten zu 1) bis 3) beurkundet werden sollen. Sie hätten ihn nicht nur mit dem grundbuchamtlichen Vollzug, sondern auch mit der Erstellung eines Entwurfs der Vollmachtsbestätigung beauftragt, wie der Beklagte zu 1) in der vorgerichtlichen Korrespondenz auch eingeräumt hatte (Schreiben vom 24.6.1994). Diese Sachbehandlung sei angemessen gewesen, da ohne eine Übersendung des Entwurfs eine Verzögerung der grundbuchrechtlichen Abwicklung des Überlassungsvertrags hätte befürchtet werden müssen. Damit hätte sich auch die Abwicklung des Kaufvertrags verzögert, was einen Zinsverlust von wenigstens 2 Tagen aus verspäteter Kaufpreiszahlung nach sich gezogen hätte. Seine Vorgehensweise entspräche daher mit gutem Grund notarieller Praxis. Er sei jedenfalls mit der Einholung der Vollmachtsbestätigung beauftragt worden, für die in jedem Fall eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in gleicher Höhe angefallen wäre wie für die Entwurfserstellung.

Der Beteiligte zu 1) bestreitet, einen Auftrag zur Einholung der Vollmachtsbestätigung erteilt zu haben, vielmehr habe er lediglich gebeten, eine Abschrift der Urkunde möglichst bald an den Bruder zu versenden, damit der Notar vor Ort die Vollmacht anfertigen könnte.

Er habe dies zunächst sogar selbst erledigen wollen; bei Kenntnis, daß die Versendung eines Entwurfs hierzu Mehrkosten verursachen würde, hätte er von diesem Auftrag Abstand genommen. Von der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit habe der Bruder erst durch ihn erfahren.

Die Rechtsmittel der Beteiligten waren erfolgreich.

#### *Aus den Gründen:*

Die Gebühr für die Fertigung eines Entwurfs der Vollmachtsbestätigung ist zwar entstanden, sie kann jedoch wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht erhoben werden, § 16 KostO.

Die Kammer geht aufgrund des Schreibens des Beschwerdeführers und Beteiligten zu 1) vom 24.6.1994 davon aus, daß er aufgrund des Vorschlags des Notars, die Vollmacht sogleich selbst zu entwerfen und mit der Urkundenabschrift des Kaufvertrags dem Beteiligten zu 3) zu schicken, diesem einen entsprechenden Auftrag erteilte. Ferner ist nach dem Vortrag der Beteiligten und des Notars unstreitig, daß zunächst nur die Urkundenversendung erfolgen sollte. Eine Auftragserteilung beschränkt auf die Einholung einer Vollmachtsbestätigung haben die Beteiligten hingegen bestritten.

Der Entwurfsauftrag löste die Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 Ziffer 4 KostO aus in Höhe einer halben Gebühr, die für eine Beurkundung der Vollmacht angefallen wäre, vorliegend DM 400,00 zuzüglich Mehrwertsteuer. Zusätzlich zu dieser Gebühr fiel für die Beglaubigung der bereits im Entwurf vorhandenen Vollmachtsbestätigung durch den Frankfurter Notar eine viertel Gebühr gemäß § 45 KostO von DM 200,00 zuzüglich Mehrwertsteuer an, die im Fall einer Beglaubigung auf einer von ihm selbst erstellten Vollmacht, d.h. bei einer eigenen Entwurfsfertigung nicht angefallen, sondern in dieser Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 3 und 4 KostO aufgegangen wäre. Das gleiche trifft für den Fall der Beurkundung einer Vollmacht zu.

Zutreffend weist der Beschwerdeführer darauf hin, daß durch diese Vorgehensweise Mehrkosten entstanden sind, die bei einer anderen Handhabung zu vermeiden gewesen wären und die er bei entsprechender Aufklärung infolge des dann nicht erteilten Entwurfsauftrags vermieden hätte. Grundsätzlich ist der Notar verpflichtet, nicht nur zur richtigen, sondern auch zur grundsätzlich billigsten Sachbehandlung zu greifen, wobei dies auch im Einzelfall der sicherere, sachdienlichere oder auch übliche Weg sein kann (*Korintenberg/Bengel*, KostO, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 46a, 47 m.w.N.).

Die entworfene Vollmachtsbestätigung stellt nach Auffassung der Kammer keine Erklärung dar, die nicht ebensogut und sicher durch einen anderen Notar hätte abgefaßt werden können. Die erforderlichen Daten sind ohne große Mühen bei Vorlage der Urkunde zu erkennen und zu übernehmen. Der vom Beschwerdegegner vorgeschlagene Weg mag unter Notaren üblich sein, es geht jedoch nicht an, zu deren Arbeits erleichterung – jedenfalls in so einfach gelagerten Fällen wie dem vorliegenden – dem Bürger unnötige Kosten aufzubürden. Hinzukommt, daß auch aus Gründen der Eilbedürftigkeit die Entwurfserstellung nicht geboten war, solange nicht zugleich an den Beteiligten zu 3) der Hinweis erging, die Beglaubigung schnellstmöglich zu veranlassen. Dies hatte der Beschwerdegegner nach unbestrittenem Vortrag des Beteiligten zu 1) versäumt, so daß erst sein Anruf beim Bruder für eine rasche Erledigung sorgte.

Mit dem Notar ist allerdings davon auszugehen, daß der Beteiligte zu 1) als Rechtsanwalt nicht im unklaren darüber sein konnte, daß die beauftragte notarielle Tätigkeit Gebühren verursachen würde und es insoweit einer Belehrung nicht bedurfte. Jedoch kann nicht unterstellt werden, daß die Gebührenzusammenhänge bekannt sind, insbesondere, daß durch eine andere kostengünstigere Vorgehensweise der gleiche Erfolg erreicht werden kann. Hierüber bestand eine Aufklärungspflicht des Notars, zumal nicht der Beschwerdeführervertreter von sich aus den Vollmachten-

wurf verlangte, sondern erst auf Vorschlag des Notars sich damit einverstanden erklärte. Da dadurch jedoch nicht geringe Mehrkosten verursacht wurden, hätte hierzu ein Hinweis ergehen müssen.

**Hinweis der Schriftleitung:**

Siehe zu dem in der Entscheidung behandelten Problem auch OLG Zweibrücken, MittBayNot 1974, 98 mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse*.

### 1. Ertragsteuerliche Behandlung der vorweggenommenen Erbfolge – Bedingung und Befristung;

hier: **BMF-Schreiben vom 13.1.1993 (BStBl I S. 80) [= MittBayNot 1993, 100]**

(Schreiben der Oberfinanzdirektion München v. 13.12.1995 S 2190 – 24/6 St 413)

Folgender Problemfall wurde bereits mehrfach der OFD zur Entscheidung vorgelegt:

Eltern übertragen ihr Anwesen auf den Sohn mit der Verpflichtung, nach dem Tod der Eltern Ausgleichszahlungen an Geschwister zu entrichten.

Bei der steuerlichen Behandlung der Ausgleichszahlungen ist entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen zu unterscheiden, ob eine Zahlung an die Geschwister nur zu leisten ist, wenn diese den Tod des längstlebenden Elternteils erleben, oder ob die Verpflichtung auch gegenüber den jeweiligen Erben der Geschwister zu erfüllen ist.

a) Ist eine Zahlung nur an die Geschwister zu leisten, die die Eltern überleben, ist die Entstehung des Rechts bzw. der Last ungewiß. Gem. Tz. 19 und 21 des o. a. BMF-Schreibens steht die Leistungsverpflichtung des Übernehmers somit unter einer aufschiebenden Befristung und ein Veräußerungsentgelt bzw. Anschaffungskosten sind erst bei Eintritt des Ereignisses anzusetzen.

b) Handelt es sich dagegen um unbedingte Ansprüche auf lediglich ungewiß befristeter Fälligkeit (s. BFH-Urteil vom 15.7.1992, BStBl II S. 1020, 1023), sind die (ggf. abgezinsten) Ausgleichszahlungen bereits im Zeitpunkt des Erwerbs als Anschaffungskosten anzusetzen; denn Zahlungen sind in diesem Fall immer zu leisten, entweder an die Geschwister, oder an deren Erben.

### 2. Begriff und Zeitpunkt der Anzahlungen auf Anschaffungskosten bei Abtretung der Kaufpreisforderung oder Verpfändung eines Kontos durch den Zahlungsempfänger

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 27.12.1995 (Az.: IV B3 – S 2181 – 5/95)

Nach R 45 Abs. 5 Satz 10 EStR 1993 handelt es sich nicht um Anzahlungen auf Anschaffungskosten, wenn Zahlungen im Interesse des Steuerpflichtigen einem Konto gutgeschrieben werden, über das der Zahlungsempfänger nicht frei verfügen kann. Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich hierzu für Fälle der Abtretung der Kaufpreisforderung oder Verpfändung eines Kontos durch den Zahlungsempfänger wie folgt Stellung:

Keine Anzahlungen auf Anschaffungskosten liegen vor, wenn der Steuerpflichtige unter der Bedingung gezahlt hat, daß das Konto des Zahlungsempfängers gesperrt oder verpfändet ist. In diesen Fällen liegt die Sperrung oder Verpfändung ausschließlich im Interesse des Steuerpflichtigen (Anzahlenden).

Die Anerkennung einer Zahlung als Anzahlung auf Anschaffungskosten wird jedoch nicht ausgeschlossen, wenn der Steuerpflichtige bedingungslos gezahlt und der Zahlungsempfänger über den Zahlungsbetrag verfügt hat, indem er seine Kaufpreisforderung abgetreten oder das Konto verpfändet hat, z. B. um eine Bankbürgschaft zugunsten des Steuerpflichtigen zu erhalten. In diesen Fällen liegt die Abtretung oder Verpfändung vorwiegend im Interesse des Zahlungsempfängers. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Abtretung oder Verpfändung vor oder nach dem Zeitpunkt der Zahlung wirksam geworden ist.

### 3. Ausführung einer Grundstücksschenkung; aus FMS vom 14.11.1995 Az.: 34 – S 3806 – 2/156 – 67 872

Schreiben der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg vom 27.11.1995, S 3806 – 213/St 353 (München) S 3806 – 144/St 33 (Nürnberg)

Der Bundesfinanzhof vertritt in ständiger Rechtsprechung (vgl. Urt. v. 26.9.1990 – II R 150/88 – BStBl 1991 II, S. 320) die Auffassung, daß eine Grundstücksschenkung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt ist, wenn die Vertragsparteien die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte in der Lage ist, beim Grundbuchamt die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Erforderlich ist demnach eine notariell beurkundete Auflassungserklärung der Parteien und eine Eintragungsbewilligung des Schenkers, die den Beschenkten in die Lage versetzt, die erforderlichen Eintragungen im Grundbuch zu beantragen. Nach dem zitierten Urteil ist es aber nicht erforderlich, daß der Grundbuchantrag bereits gestellt wurde und demnach auch nicht, daß eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auf ein Problem hinzuweisen. Die Parteien vereinbaren im Rahmen einer Grundstücksschenkung die Auflassung und der Schenker erteilt eine Eintragungsbewilligung, gleichzeitig verpflichtet sich der Beschenkte schuldrechtlich, von der Eintragungsbewilligung vorerst keinen Gebrauch zu machen und entsprechend keine Grundbuchanträge zu stellen. Beweggrund für diese Vereinbarungen ist beispielsweise, daß der Schenker weiterhin im Grundbuch eingetragen bleiben soll, um die weitere Inanspruchnahme des § 10 e EStG zu gewährleisten oder weil das Grundstück mit einem Darlehen belastet ist, für das der Schenker (als Bankangestellter) persönlich Sonderkonditionen erhält.

Trotz Vorliegens der notwendigen Erklärungen ist die Schenkung solange noch nicht vollzogen, solange der Beschenkte durch die schuldrechtliche Vereinbarung gehindert ist, die notwendigen Anträge beim Grundbuchamt zu stellen. Die vom Bundesfinanzhof ausdrücklich aufgestellte Anforderung, daß der Beschenkte aufgrund der Erklärung in die Lage versetzt ist, die Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt zu bewirken, ist in diesem Fall nicht erfüllt, solange er sich verpflichtet hat, die erforderlichen Schritte zu unterlassen.

## Personaländerungen

### 1. Verstorben:

Dr. Ernst Fuchs, Notar a.D., Fürstenfeldbruck, gest. 1.2.1996

Dr. Alexander Fauvet, Notar, München, gest. 18.2.1996

Dr. Georg Geier, Notar a.D., München, gest. 26.2.1996

### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.1996:

Notar Fritz Kader, München

Notar Hanns Dieter Reiß, Ingolstadt

Mit Wirkung vom 1.9.1996:

Notar Dr. Heribert Eichhorn, Tegernsee

### 3. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.1996:

Ansbach	dem Notar Franz Absmeier (bisher in Monheim)
Augsburg (in Sozietät mit Notar Albrecht)	dem Notar Wilhelm Kammer (bisher in Regensburg)
Stadtsteinach	dem Notarassessor Stefan Hösele (bisher in Augsburg Notarstellen Füger/Hartmann)
Wegscheid (in Sozietät) mit Notar Grauel)	dem Notarassessor Dr. Wolfgang Kleeberger (bisher in München Notarstellen Dr. Keim/Schott)
Wegscheid (in Sozietät mit Notar Dr. Kleeberger)	dem Notarassessor Thomas Grauel (bisher in Landsberg Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)
Mit Wirkung vom 1.4.1996:	
München	dem Notar Dr. Oliver Vossius (bisher Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

### 4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Hans-Jürgen Ringel, Regensburg (Notarstellen Kreuzer/Dr. Götz), wurde mit Wirkung vom 9.4.1995 promoviert

Notarassessor Stefan Weinmann, Regen (Notarstellen Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz), ab 1.2.1996 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Notarassessor Günther Lindner, Mitterfels (Notarstelle Hötzl), ab 1.3.1996 in München (Notarstellen Kader/Höfling)

Notarassessor Dr. Christoph Ziegler, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Kuntz/Dr. Schmalzl), ab 1.3.1996 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Notarassessor Wolfgang Friederich, Ansbach (Notarstelle Dr. Schreitter), ab 1.3.1996 in Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Waßner/Schad)

Notarassessor Hans-Joachim Vollrath, München (Notarstellen Kader/Höfling), ab 1.4.1996 in München (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Walter Stahl, Babenhausen (Notarstelle Dr. Schrödl), ab 1.3.1996 in Dinkelsbühl (Notarstelle Dr. Keidel)

### 5. Neueinstellungen von Inspektor/innen zum 1.4.1996:

- Stefan Altenbeck, Arnstorf (Notarstelle Huber)  
 Sabine Becarevic, Höchstädt/Donau (Notarstelle Ruhland)  
 Sonja Becherer, München (Notarstellen Kader/Höfling)  
 Binapfl Martina, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)  
 Cornelia Böck, Füssen (Notarstellen Schirmer/Dr. Gerlach)  
 Franz Böhm, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)  
 Marion Burger, Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger)  
 Markus Datzmann, Laufen/Salzach (Notarstelle Ringhof)  
 Michael Dittrich, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Fleischer)  
 Andreas Eisenreich, Kötzing (Notarstelle Nachbar)  
 Margit Fischer, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)  
 Petra Förster, Straubing (Notarstelle Dr. Brandmüller)  
 Petra Furtmair, Osterhofen (Notarstelle Dr. Schwab)  
 Carsten Ganion, München (Notarstelle Klöcker)  
 Elke Grünberger, Rothalmünster (Notarstelle Dr. Schmidt/Meier-Kraut)  
 Günter Gsödl, Landau/Isar (Notarstelle Bramenkamp)  
 Bettina Jesper, München (Notarstelle Dr. Reinl/Zöllner)  
 Sabine Kainzmaier, Burghausen (Notarstelle Gruner)  
 Diana Kränzlein, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)  
 Carmen Kuchenbaur, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt)  
 Georg Lappus, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Höfler)  
 Daniela Löffler, Augsburg (Notarstellen Röder/Dr. Koch)  
 Bianca Meier, Coburg (Notarstellen Kuhn/Dr. Lugert)  
 Stefan Meier, Ingolstadt (Notarstellen Reiß/v. Großmann)  
 Ralf Pfifferling, Freising (Notarstelle Ruckerl)  
 Petra Querfeld, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)  
 Thomas Schalk, Dachau (Notarstelle Konrad)  
 Andrea Schikora, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf)  
 Cornelia Schober, Dingolfing (Notarstellen Dr. Pachtner/Dr. Brenner)  
 Bernhard Schrank, Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)  
 Robert Stöcklein, Bamberg (Notarstelle Dr. Liedel)  
 Reiner Tondok, Würzburg (Notarstelle Dr. Staab)  
 Michael Urban, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier)  
 Lucia Wallner, München (Notarstellen Dr. Keim/Schott)  
 Anke Weber, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)  
 Daniela Werner, Bad Königshofen (Notarstelle Dr. Franz)  
 Matthias Wiedemann, Schwabmünchen (Notarstellen Thumerer/Thallingér)  
 Uwe Woll, Pirmasens (Notarstelle Dr. Fried)

### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

- Notariatsrat i.N. Erich Bertolini, Kaiserslautern (Notarstelle Wischermann), ab 1.1.1996 im Ruhestand  
 Amtmännin i.N. Josepha Walther, Riedenburg (Notarstelle Kopp), ab 1.3.1996 im Ruhestand  
 Amtsrat Hans Feineis, Landshut (Notarstellen Dr. Ring/Volland), ab 1.4.1996 im Ruhestand