

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577 – Mietervorkaufsrecht bei fehlender Kongruenz von Wohnräumen und mitverkauften Nebenräumen (hier: Garage)

UmwG §§ 152, 155, 126 Abs. 2 S. 3; HGB § 31 Abs. 2 S. 1 – Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns zur Aufnahme durch eine GmbH & Co. KG; Teilausgliederung; Herausnahme eines Vermögensgegenstands; Entwidmung; automatisches Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns; Anmeldung des Erlöschens

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 249, 280 Abs. 1 – Maklerprovision und Grunderwerbsteuer als ersatzfähiger Schaden

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577

Mietervorkaufsrecht bei fehlender Kongruenz von Wohnräumen und mitverkauften Nebenräumen (hier: Garage)

I. Sachverhalt

Ein vermietetes Mehrfamilienwohnhaus mit separater Garagenanlage soll nach den Bestimmungen des WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt und einzelne Sondereigentumseinheiten anschließend an Kapitalanleger veräußert werden. Die Kaufverträge umfassen dabei jeweils eine Wohnung und eine Garage, wobei man sich hier nicht an den Mietverhältnissen orientiert, sondern es durchaus so sein kann, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs die Wohnung an den Mieter A und die Garage an den Mieter B vermietet ist. Soweit bekannt, bestehen einheitliche Mietver-

träge, d. h. mit jeder Wohnung ist auch eine Garage vermietet.

II. Fragen

1. Kann der Mieter A (an den die Wohnung vermietet ist) bei Ausübung seines Vorkaufsrechts auch die Garage (separate Teileigentumseinheit) miterwerben, obwohl die Garage nicht an ihn vermietet ist? Hilfsweise: Kann er die Mit-Veräußerung „seiner“ Garage, d. h. die Garage, die er angemietet hat (und die gemäß Erst-Kaufvertrag nicht veräußert wurde) bei Ausübung seines Vorkaufsrechts verlangen?

2. Hat der Mieter B (der Garage) ein Vorkaufsrecht beim Verkauf „seiner“ Garage, auch wenn seine Wohnung nicht veräußert wird?

3. Wenn beide Fragen mit ja beantwortet werden, welcher Mieter erhält die Garage?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzung eines einheitlichen Mietvertrags

Im Folgenden wird unterstellt, dass hier ein einheitli-

cher Mietvertrag über Wohnung und Garage vorliegt. Ein einheitlicher Mietvertrag ist Voraussetzung für die Erstreckung des Mietvorkaufsrechts auf die Garage. Denn bestünde hinsichtlich der Garage ein selbstständiger Mietvertrag, fehlte es an dem für das Mietvorkaufsrecht nach § 577 BGB erforderlichen Tatbestandsmerkmal der „vermieteten Wohnräume“ (MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB § 577 Rn. 4; Wirth, NZM 1998, 390).

2. Mietvorkaufsrecht bei fehlender Deckungsgleichheit von verkauften und vermieteten Wohnräumen und Garage

Rechtsprechung zu der vorliegenden Fallkonstellation konnten wir auch nach vertiefter Recherche nicht finden. In der Literatur wird das Problem dagegen behandelt, wobei es hier darum geht, den Konflikt zwischen dogmatischer Strenge (nämlich dem Verweis des Vorkaufsrechts streng auf den Gegenstand des Kaufvertrags und der darin Ausdruck findenden Eigentumsfreiheit des Vermieters) mit dem sozialen Aspekt des Mietvorkaufsrechts (gerade auch in Umgehungsfällen, z.B. bei willkürlicher Aufteilung) zu lösen. Es müssen dabei verschiedene Fallgruppen unterschieden werden.

a) Verkauft und vermietet sind dieselbe Wohnung und dieselbe Garage

Unproblematisch und nachfolgend nicht näher erörtert wird der Fall, dass genau die Wohnung und genau die Garage veräußert werden, die ein Mieter angemietet hat; in diesem Fall erstreckt sich das Vorkaufsrecht auch hierauf (vgl. Wirth, NZM 1998, 390, 390).

b) Vermietet sind eine Wohnung und eine Garage, verkauft wird nur die Wohnung

In diesem Fall ist zunächst unstreitig, dass sich das Mietvorkaufsrecht auf die Wohnung erstreckt. Auf Gegenstände, die nicht Gegenstand des Kaufvertrags mit dem Dritten sind, erstreckt sich das Vorkaufsrecht dagegen grundsätzlich nicht (MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 16).

Zwar wird auch hier teilweise angenommen, § 242 BGB verpflichte den Vermieter/Verkäufer, dem Mieter zu einer Garage zu verhelfen. Dies soll jedoch nur in Ausnahmefällen so weit gehen, dass der Mieter eine andere Aufteilung des Wohnungseigentums verlangen könne (für Missbrauchsfälle Wirth, NZM 1998, 390, 391; ihm folgend Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29). In Betracht kommt hier im Wesentlichen eine missbräuchliche Aufteilung durch den Eigentümer, der den Wohnungen keine Garagen zuweist, um die Mieter von der Ausübung des Vorkaufsrechts abzuhalten. Im

Normalfall ist ein solcher Anspruch auf Neuaufteilung dagegen nicht anzunehmen. Ein solcher Anspruch lässt sich auch nicht mehr unter den Wortlaut „Vorkauf“ subsumieren, da die Garage gerade nicht verkauft wird. Würde man einen solchen Anspruch annehmen, wäre dies ein erheblicher Eingriff in die Sphäre des Eigentümers, da dieser dann nicht mehr frei entscheiden könnte, ob er die Garage nicht behalten (und z. B. ggf. erst später veräußern) möchte. Auch der Sinn des § 577 BGB, der die Verdrängung des Mieters gerade aus den Wohnräumen vermeiden will, deckt diese Erweiterung nicht (streng auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.10.2021, § 577 Rn. 8.3; Baer, NotBZ 2015, 121, 124 und 126 f., der auf den hinreichenden Schutz durch Kündigungsschutzvorschriften nach § 577a BGB verweist).

Es verbleibt daher beim Vorkaufsrecht nur an der Wohnung.

c) Vermietet ist eine Wohnung, verkauft wird diese Wohnung und eine Garage

Ist nur eine Wohnung vermietet, wird aber auch eine Garage mitverkauft, ist die erste Frage, ob es sich bei beiden um separate Einheiten handelt (ein Wohnungs- und ein Teileigentum) oder ob die Garage (bzw. ein Stellplatz) der Wohnung zugeordnet ist (also Wohnung und Garage *eine* Sondereigentumseinheit bilden).

aa) Wohnungs- und separates Teileigentum

Handelt es sich um separate Einheiten, wird der Fall überwiegend über die allgemeinen Regeln zum Vorkaufsrecht gelöst, da § 467 BGB diesen Fall bereits regelt (Wirth, NZM 1998, 390, 391; Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 577 BGB Rn. 13; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 26). Grundsätzlich bezieht sich das Vorkaufsrecht nur auf die Wohnung zu einem entsprechend § 467 S. 1 BGB geminderten Preis; der Verkäufer kann unter den Voraussetzungen des § 467 S. 2 BGB jedoch verlangen, dass die Garage miterworben wird.

Teilweise wird in diesem Miterwerbsverlangen eine unzulässige Aushöhlung des Vorkaufsrechts des Mieters gesehen, weil der Mieter u. U. kein Interesse am Stellplatz hat (Brambring, ZAP 1993, 963, 968). Dies ist u. E. so pauschal nicht zutreffend. Es ist zu beachten, dass § 467 S. 2 BGB bereits eine Lösung im Einzelfall ermöglicht; u. E. kann bei der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Nachteil“ für den Verkäufer auch der Zweck des Vorkaufsrechts des Mieters mitberücksichtigt werden. Im Ergebnis dürfte eine Abwägung sachgerecht sein, die

auch die Verwertungsinteressen des Vermieters (diese betonend Wirth, NZM 1998, 390, 391) berücksichtigt.

Nach anderer Ansicht soll der Mieter nicht nur unter den Voraussetzungen des § 467 S. 2 BGB verpflichtet, sondern auch unabhängig davon berechtigt sein, das Vorkaufsrecht auch für die Garage auszuüben (so wohl Staudinger/Rolfs, BGB, 2021, § 577 Rn. 30; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl. 2007, § 577 Rn. 5). Dies dürfte jedoch dogmatisch nicht fundiert sein. Die Räume sind weder vom Mietvertrag umfasst noch Wohnräume im Sinn des § 577 BGB (MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 26; Baer, NotBZ 2015, 121, 127 f.).

Aus unserer Sicht kann diese Konstellation über § 467 BGB befriedigend gelöst werden.

bb) Wohnung und Garage bilden eine Sondereigentumseinheit

Bilden Wohnung und Garage eine Sondereigentumseinheit, gibt es drei Möglichkeiten:

- Entweder besteht ein Anspruch gegen den Eigentümer, die Einheiten anders aufzuteilen. Dies ist mit den oben genannten Argumenten für die ganz überwiegende Anzahl der Fälle abzulehnen (siehe b.).

- Oder es besteht kein Vorkaufsrecht, weder an der Wohnung noch an der Garage. Dies lässt sich zwar damit begründen, dass Gegenstand von Verkauf und Vermietung nicht identisch sind (Baer, NotBZ 2015, 121, 128). Allerdings würde dann die WEG-rechtliche Zuordnung nicht angemieteter Räume bzw. Flächen die Ausübung des Mietervorkaufsrechts verhindern (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4). Dies wäre mit dem sozialen Aspekt des Mietervorkaufsrechts kaum zu vereinbaren.

- Am überzeugendsten ist daher die dritte Lösung, auf die Wohnung als Hauptgegenstand abzustellen und das Vorkaufsrecht daher auch auf die Nebenräume zu erstrecken (so auch BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4). Dies entspricht im Übrigen wirtschaftlich auch der oben unter aa) gefundenen Lösung, wenn ein Mieterverlangen nach § 467 S. 2 BGB berechtigt ist, mit dem Unterschied, dass der Mieter hier von vorneherein wüsste, auf was er sich einlässt.

d) Verkauf und vermietet sind dieselbe Wohnung und eine gleiche (aber nicht dieselbe) Garage

Wird eine Wohnung mit einer Garage verkauft, die nicht der Mieter der Wohnung angemietet hat, die aber gleichartig ist (so verstehen wir den Sachverhalt), entsteht im Ausgangspunkt nur ein Vorkaufsrecht des Wohnraum-, nicht des Garagenmieters. Nur für den

Wohnraummieter ist der Tatbestand des § 577 BGB erfüllt.

Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um eine Unterfallgruppe der vorstehend unter b) diskutierten Fallgruppe, bei der lediglich der Mieter zudem eine Garage gemietet hat, die allerdings *per se* mit dem Kaufvertrag nichts zu tun hat. An und für sich würde man bei Anwendung der vorgenannten Ergebnisse dazu kommen, dass ein Vorkaufsrecht des Mieters an der Garage auch hier im Ausgangspunkt und bei sachenrechtlicher Trennbarkeit von Wohnung und Garage nicht besteht, sondern der Erwerb allenfalls vom Verkäufer nach § 467 S. 2 BGB verlangt werden kann.

aa) Vorherrschende Literaturansicht

Nach einer (in der Literatur wohl vorherrschenden) Ansicht wird jedoch für diese Sonderkonstellation eine Ausnahme gemacht. Das Vorkaufsrecht des Mieters der Wohnräume soll in diesem Fall auch auf die mitverkaufte Garage erstreckt werden. Dies wird als zwar nicht dogmatisch zwingende, aber „pragmatische“ Lösung bezeichnet, die jedenfalls besser sei als die andere denkbare Lösung, den Eigentümer zu einer abweichenden Aufteilung zu verpflichten. Vom Eigentümer eine Aufteilung entsprechend der Mietverträge zu verlangen, würde unnötig weit in dessen Rechte eingreifen, während eine Wohnung ohne Stellplatz gerade in Ballungsräumen das Mietervorkaufsrecht aushöhlen kann. Dieser zwischen den Interessen des Mieters und des Eigentümers gefundene Kompromiss wird, soweit ersichtlich, weitgehend anerkannt, sofern diese (Sonder-)Konstellation diskutiert wird (Wirth, NZM 1998, 390; Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.2). Ist die Garage bereits an einen anderen Mieter vermietet, dürfte nach allgemeinen Regeln § 566 BGB anwendbar sein.

bb) Ansicht von Baer

Eine strengere Ansicht vertritt (auch) zu dieser Fallgruppe explizit vor allem Baer (NotBZ 2015, 121, 127 f.). Dieser wendet die für b) gefundenen Ergebnisse auch hier an und kommt so zu dogmatisch stringenten Ergebnissen. Aus seiner Sicht besteht kein Anspruch des Mieters darauf, Flächen zu erwerben, die er nicht gemietet hat. Geschützt von § 577 BGB sei nur die Wohnnutzung, das Mietervorkaufsrecht könne keine „subjektive Lebensqualitätsgarantie“ leisten. Eine Erstreckung könne ohnehin nur bei annähernd gleichen Nebenräumen erfolgen, wobei ein weiches Abgrenzungskriterium neue Fragen aufwerfe (tatsächlich wird von der überwiegenden Auffassung hier teilweise ein Wahlrecht eingeräumt, BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.2).

cc) Stellungnahme

An der Ansicht von *Baer* besticht zunächst die dogmatische Stringenz der Begründung. Allerdings ist aus unserer Sicht zu beachten, dass ein mit der Angelegenheit befasstes Gericht vermutlich auch auf die soziale Seite des Mietervorkaufsrechts abstellen würde. Gerade in Ballungsräumen kann eine Wohnung ohne Stellplatz für den Mieter deutlich weniger attraktiv sein, sodass das Mietervorkaufsrecht ausgehöhlt würde. Die Verweigerung von Stellplätzen kann zudem für böswillige Vermieter eine Stellschraube sein, um missbräuchlich die Ausübung von Vorkaufsrechten zu vereiteln. Wenn Mieter A etwa Wohnung A und Garage A gemietet hätte und Mieter B die entsprechenden Räume B, könnte der Veräußerer Wohnung A mit Garage B und Wohnung B mit Garage A verkaufen, wodurch keiner der beiden Mieter eine Garage erwerben könnte, obwohl die Rechtsprechung grundsätzlich die Erstreckung des Mietervorkaufsrechts auch auf Nebenräume gerade bejaht. In der hier unter d) diskutierten Konstellation liegt eine Lösung im Sinn des Mietervorkaufsrechts deswegen besonders nahe, weil bei „gleichen“, d. h. zumindest vergleichbaren, Garagen die Freiheit des veräußernden Eigentümers, sein Eigentum zu verwerten, nicht übermäßig angegriffen wird. Er wird gerade nicht gezwungen, eine von seiner ursprünglich geplanten Einteilung abweichende Unterteilung vorzunehmen oder andere Gegenstände zu verkaufen als er ursprünglich beabsichtigt hat (dies ist der Ansatz der „mieterfreundlichen“ Auslegung in Fallgruppe b). Zugleich steht eine pragmatische Lösung im Interesse des Mieters bereit, die sein (von der Rechtsprechung im Grundsatz anerkanntes) Interesse am Erwerb auch von Nebenräumen (hierin liegt der Unterschied zur Konstellation oben c) berücksichtigt.

dd) Ergebnis

Aus unserer Sicht dürfte es in dieser Konstellation die sicherere Annahme sein, vom Bestehen eines Vorkaufsrechts auszugehen, das entsprechend der überwiegenden Literaturauffassung konstruiert ist. Da die Konstellation durch die Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist, verbleibt hier allemal eine Rechtsunsicherheit.

3. Ergebnis

Die vorstehend skizzierten Ergebnisse zeigen, dass nach Fallgruppen zu differenzieren ist. Für den aufgeworfenen Fall, dass Mieter A der Wohnung auch eine Garage gemietet hat, nun aber mit seiner Wohnung eine andere (vergleichbare) Garage verkauft wird, besteht daher nach überwiegender und u. E. letztlich auch überzeugender Ansicht ein Vorkaufsrecht auch für die verkaufte Garage. Er kann nicht stattdessen die Mitveräußerung

der an ihn vermieteten Garage verlangen. Ein Vorkaufsrecht für den Mieter B der Garage entsteht in diesem Fall nicht, da § 577 BGB immer auf die vermieteten Wohnräume abstellt (vgl. auch Wirth, NZM 1998, 390, 390). Mieter B hat daher kein Vorkaufsrecht, solange nicht die von ihm angemieteten Wohnräume veräußert werden.

UmwG §§ 152, 155, 126 Abs. 2 S. 3; HGB § 31 Abs. 2 S. 1

Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns zur Aufnahme durch eine GmbH & Co. KG; Teilausgliederung; Herausnahme eines Vermögensgegenstands; Entwicklung; automatisches Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns; Anmeldung des Erlöschens

I. Sachverhalt

Ein Einzelkaufmann will sein Einzelunternehmen zur Aufnahme durch eine bestehende GmbH & Co. KG ausgliedern. Der Einzelkaufmann ist zugleich einziger Kommanditist der KG und einziger Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Im Zuge der Ausgliederung soll seine Kommanditeinlage aufgestockt werden.

Im Ausgliederungsvertrag wird eine Beteiligung an einer verbundenen GmbH vom auszugliedernden Vermögen ausgenommen. Dazu findet sich der Hinweis, dass eine zivilrechtliche Übertragung der Beteiligung für die Zuordnung zum steuerlichen Sondervermögen des Ausgliedernden nicht erforderlich sei, da im Übrigen Personenidentität zwischen dem Einzelkaufmann und dem GmbH-Gesellschafter bestehe.

II. Fragen

1. Wird das Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns im Handelsregister auch dann eingetragen, wenn durch die Ausgliederung nicht das gesamte Vermögen des Einzelkaufmanns auf die GmbH & Co. KG übertragen wird, sondern ein Vermögensgegenstand – unter Zuordnung zum Privatvermögen – beim Einzelkaufmann verbleibt?

2. Ist die beabsichtigte Ausgliederung als Gesamtheit gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG möglich, obwohl ein Vermögensgegenstand des Einzelkaufmanns von der Gesamtübertragung ausgenommen wird?

3. Lautet die Handelsregisteranmeldung trotz Herausnahme eines Vermögensgegenstands dennoch darauf, dass im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG das gesamte Vermögen der

Einzelfirma als Gesamtheit auf die GmbH & Co. KG als übernehmenden Rechtsträger übertragen wurde?

4. Soweit nicht sämtliche Gegenstände des Einzelkaufmanns übertragen werden: Ist zusätzlich zur Schlussbilanz eine Ausgliederungsbilanz aufzustellen, um zu dokumentieren, welcher Vermögensgegenstand nicht mitübergehen soll, obwohl dieser Vermögensgegenstand im Ausgliederungsvertrag selbst konkret benannt wird?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit der Gesamt- oder Teilausgliederung

Gem. § 152 S. 1 UmwG kann ein eingetragener Einzelkaufmann sein Unternehmen oder „Teile desselben“ zur Aufnahme dieses Unternehmens oder dieser Teile des Unternehmens durch eine Personenhandelsgesellschaft ausgliedern. Das Gesetz lässt es damit zugleich ausdrücklich zu, dass Teile des Unternehmens beim Einzelkaufmann verbleiben (Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Std.: 3/2020, § 152 UmwG Rn. 61). Dabei ist der **Einzelkaufmann weitgehend frei**, welche Gegenstände seines Vermögens er in den Ausgliederungsvertrag oder Ausgliederungsplan aufnimmt und welche nicht (Mayer, § 152 UmwG Rn. 59; Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 152 UmwG Rn. 25). Grundsätzlich kann er beliebig einzelne Aktiva und Passiva zurückbehalten (Lutter/Karollus/M. T. Schwab, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 152 Rn. 37).

Bestimmen lässt sich der Ausgliederungsumfang sowohl durch positive wie durch negative Aufzählung, im zweiten Fall also durch eine Aufzählung der *nicht* erfassten Vermögensgegenstände (Böttcher, § 152 UmwG Rn. 25; Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 152 Rn. 37). Die Aufstellung einer **Ausgliederungsbilanz** (zu unterscheiden von der Schlussbilanz) ist **nicht erforderlich**, und sie allein genügt auch nicht, um die auszugliedernden Gegenstände bestimmbar zu machen (vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2010, 8022; Gutachten DNotI-Report 2019, 75, 76; Kallmeyer/Sickinger, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 126 Rn. 20). Eine konkrete (negative) Angabe im Ausgliederungsvertrag wäre daher ausreichend und sogar vorzugswürdig.

2. Vorliegender Fall

Die Einordnung der geplanten Ausgliederung als Gesamtausgliederung (auch Totalausgliederung genannt) oder Teilausgliederung hat für das Schicksal der Firma des Einzelunternehmens Bedeutung. Gem. § 155 S. 1 UmwG bewirkt eine **Gesamtausgliederung** nach § 131 UmwG das **Erlöschen der Firma** des Einzelkaufmanns. Dieses Erlöschen ist gem.

§ 155 S. 2 UmwG von Amts wegen in das Register einzutragen.

Die Firma des Einzelkaufmanns erlischt nicht gem. § 155 UmwG, solange auch nur ein unbedeutender Teil des Unternehmens beim Einzelkaufmann verbleibt (Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 155 Rn. 2; Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 3; Mayer, Std.: 4/2021, § 155 UmwG Rn. 4). Zu unterscheiden ist davon jedoch die Frage, ob bei einer **Teilübertragung** noch ein Gewerbe im kaufmännischen Umfang (vgl. § 1 HGB) beim Einzelkaufmann zurückbleibt. Ist dies nicht der Fall, so muss der Einzelkaufmann das Erlöschen der Firma gem. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB beim Handelsregister anmelden (Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 6; BeckOGK-UmwG/Leitzen, Std.: 1.10.2021, § 155 Rn. 12). Insoweit richten sich die firmenrechtlichen Konsequenzen also nach allgemeinem Handelsrecht.

Im Rahmen des § 155 UmwG kann der Beteiligte einzelne Vermögensgegenstände dem unternehmerischen Zweck entziehen, sie also **entwidmen**. Dies **ändert nichts** an der Tatsache der **Gesamtausgliederung** (vgl. Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 9 Aufl. 2020, § 155 UmwG Rn. 2; BeckOGK-UmwG/Leitzen, § 155 Rn. 7). Umstritten ist jedoch, ob in der bloßen Nichtübertragung eine konkludente Entwidmung liegt, die zur Anwendung des § 155 UmwG führt (dafür: Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 155 Rn. 2; dagegen: Köln-KommUmwG/Simon, 2009, § 155 Rn. 4; Mayer, § 155 UmwG Rn. 5; Seulen, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 155 Rn. 4; wohl offen Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 3; Böttcher, § 155 UmwG Rn. 3).

Empfehlungen in der Literatur gehen dahin, je nach Interessenlage der Beteiligten entsprechende Umwidmungsakte ausdrücklich vorzunehmen oder zu unterlassen und so die Anwendung des § 155 UmwG herbeizuführen oder zu vermeiden (Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 4; ähnl. Mayer, § 155 UmwG Rn. 6). Will der Beteiligte im vorliegenden Fall das automatische Erlöschen nach § 155 UmwG „sicherstellen“, dann kann er die Beteiligung an der GmbH ausdrücklich umwidmen, also seinem Privatvermögen zuordnen. Die Anmeldung lautet in diesem Fall dennoch „auf Gesamtausgliederung“. Ist (ohne Umwidmung) lediglich von einer Teilausgliederung auszugehen, so kommt es für die Anmeldung des Erlöschens gem. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB darauf an, ob das beim Einzelunternehmer verbleibende Unternehmen noch ein Handelsgewerbe ausmacht. Davon dürfte beim Zurückbehalten einzelner Geschäftsanteile grundsätzlich nicht auszugehen sein. Folglich müsste nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls das Erlöschen eingetragen (aber eigenständig angemeldet) werden.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

AktG §§ 6, 23, 27, 33a, 182

Sachkapitalerhöhung bei der AG; Einlagefähigkeit von Kryptowährungen; Bewertung von Kryptowährungen

Abruf-Nr.:

BayBO Art. 47

Zweckentfremdung bei durch die Baugenehmigung geforderten Stellplätzen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 249, 280 Abs. 1

Maklerprovision und Grunderwerbsteuer als ersatzfähiger Schaden

Kann sich der Käufer einer Immobilie aufgrund einer Pflichtverletzung des Verkäufers von dem Kaufvertrag lösen, stellen die von ihm an einen Makler gezahlte Provision und die von ihm entrichtete Grunderwerbsteuer ersatzfähige Schadensersatzpositionen dar; die Erstattungsansprüche gegen den Makler und den Fiskus sind entsprechend § 255 BGB an den Verkäufer abzutreten (Bestätigung von Senat, Urteil vom 5. März 1993 – V ZR 140/91, NJW 1993, 1703).

BGH, Urt. v. 24.9.2021 – V ZR 272/19

Problem

Der Beklagte verkaufte der Klägerin ein mit einem Wohnhaus und einem Betriebsgebäude bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 710.000 €. Nach Vertragsschluss zahlte die Klägerin an die Maklerin eine Provision von 25.347 € sowie die vom Finanzamt festgesetzte Grunderwerbsteuer in Höhe von 23.800 €. In der Folgezeit focht die Klägerin den Kaufvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung an. Zwischen den Parteien ist im Rahmen der Revision lediglich noch streitig, ob die Maklerprovision und die Grunderwerbsteuer einen ersatzfähigen Schaden darstellen.

Entscheidung

Die Vorinstanz ging davon aus, dass ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1 u. 2, 241 Abs. 2 BGB bestehe. Der *Schadensumfang* erstreckte sich allerdings lediglich (neben der Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB) auf die aufgewandten Notar- und Gerichtskosten. Bezüglich der Maklerprovision und der Grunderwerbsteuer fehle es an einem Schaden, da die wirksame Anfechtung den Provisionsanspruch der Maklerin entfallen lasse und die Grunderwerbsteuer gem. § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG zurückverlangt werden könne. Ein Schaden könne nur vorliegen, wenn die Klägerin mit einem der Rückzahlungsansprüche ausfalle.

Diese Auffassung teilt der Bundesgerichtshof nicht. Grundsätzlich könne der Geschädigte auch Ersatz seiner im Vertrauen auf den Vertragsschluss getätigten Aufwendungen verlangen, wenn er – wie hier – an dem Vertrag nicht festhalte. Die von der Klägerin gezahlte Maklerprovision sowie die Grunderwerbsteuer stellten wegen der erfolgreichen Anfechtung nutzlose Aufwendungen und damit einen grundsätzlich ersatzfähigen Schaden dar. Die dem gegenüberstehenden Vorteile (Rückzahlungsansprüche) schlossen die Geltendmachung dieser Schadensposition nicht aus. Der Geschädigte habe grundsätzlich die Wahl, ob er die Schadensersatzansprüche oder alternativ die Rückforderungsansprüche gegen Finanzamt und Maklerin geltend mache. Dies folge aus dem Rechtsgedanken des § 255 BGB. In entsprechender Anwendung der Norm sei der Geschädigte dementsprechend auch verpflichtet, die Ersatzansprüche Zug um Zug gegen Erfüllung seines Schadensersatzanspruchs abzutreten.

Hinweis

Der VII. Zivilsenat sah dies in Bezug auf die Grunderwerbsteuer in der Vergangenheit anders (BGHZ 150, 226, 237 = NJW 2002, 2470). Auf Anfrage des V. Zivilsenats teilte der VII. Zivilsenat jedoch mit, an dieser Rechtsprechung nicht festhalten zu wollen (Rn. 21 des vorliegenden Urteils).

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit