

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2009

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Neue Tabellen
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Aufsätze

Volmer: Die Kündigung der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungs-gesetz 1

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2007/2008 9

Stelzer: Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes durch das SEStEG in der notariellen Praxis 16

Weigl: Steuerlicher Verlustausgleich im Gesellschaftsrecht und Haftungs- bzw. Schadensrisiken 23

Freudling: Kellerrechte in Bayern 27

Rechtsprechung

Vorkaufsrecht des Mieters bei Realteilung
(BGH, Urteil vom 28.5.2008, VIII ZR 126/07) 37
mit Anmerkung *Bierhenke* 38

Vergütungsanspruch beim „steckengebliebenen“ Bauträgervertrag
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.2.2008, 4 U 123/06) 39

Bezeichnung des ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses bei Grundbucheintragung
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.1.2008, 3 W 94/07) 44
mit Anmerkung *Süß* 44

Keine Eintragung eines Wohnungsrechts für den Nießbraucher
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.4.2008, 20 W 53/07) 46
mit Anmerkung *Frank* 47

Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils
an einen Minderjährigen
(OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08) 52

Gemeinschaftliches Testament in getrennten Urkunden
(OLG München, Beschluss vom 23.7.2008, 31 Wx 34/08) 55

Keine Insolvenzfestigkeit des Eintragungsantrags nach § 15 GBO
(BGH, Beschluss vom 8.5.2008, IX ZR 116/07) 61
mit Anmerkung *Kessler* 62

Geschäftswert bei Serienentwurf
(BGH, Beschluss vom 25.9.2008, V ZB 36/08) 63

Einbringung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung
von Mitunternehmeranteilen
(BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06) 71

mit Anmerkung *Wartenburger* 75

Hinweise für die Praxis

Die Ablösung und das Freigabeversprechen „unsicherer“
Gläubiger (*Vierling*) 78

Inhalt

Aufsätze

- Volmer*: Die Kündigung der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz **1**
- Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2007/2008 **9**
- Stelzer*: Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes durch das SStEG in der notariellen Praxis **16**
- Weigl*: Steuerlicher Verlustausgleich im Gesellschaftsrecht und Haftungs- bzw. Schadensrisiken **23**
- Freudling*: Kellerrechte in Bayern **27**

Buchbesprechungen

- Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (*Hafelbeck*) **30**
- Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (*Gottwald*) **31**
- Clemente: Recht der Sicherungsgrundschuld (*Adam*) **32**
- Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht (*Schlögel*) **33**
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (*Terbrack*) **33**
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (*Schwab*) **34**
- Wicke: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) (*Wälzholz*) **36**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Vorkaufsrecht des Mieters bei Realteilung
(BGH, Urteil vom 28.5.2008, VIII ZR 126/07) **37**
mit Anmerkung *Bierhenke* **38**
2. Vergütungsanspruch beim „steckengebliebenen“ Bauträgervertrag
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.2.2008, 4 U 123/06) **39**
3. Einstimmigkeitsprinzip in Gemeinschaftsordnung grundsätzlich zulässig
(OLG Hamm, Beschluss vom 19.8.2008, I-15 Wx 89/08) **41**
4. Zustimmungsfreie Übertragung von Sondereigentum bei Erbengemeinschaft
(LG Dortmund, Beschluss vom 29.9.2008, 9 T 267/08) **43**

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Bezeichnung des ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses bei Grundbucheintragung
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.1.2008, 3 W 94/07) **44**
mit Anmerkung *Süß* **44**

Inhalt (Fortsetzung)

6. Keine Eintragung eines Wohnungsrechts für den Nießbraucher
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.4.2008, 20 W 53/07) **46**
mit Anmerkung *Frank* **47**
7. Verpflichtung zur Bewilligung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit
(OLG Brandenburg, Urteil vom 24.7.2008, 5 U 143/07) **47**

Familienrecht

8. Sicherheitsleistung für Übernahme nach Beendigung der Gütergemeinschaft
(BGH, Urteil vom 2.4.2008, XII ZR 44/06) **49**
9. Berücksichtigung von Verbindlichkeiten im Zugewinnausgleich
(OLG Koblenz, Urteil vom 11.6.2008, 9 UF 64/08) **51**
10. Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einen Minderjährigen
(OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08) **52**

Erbrecht

11. Auslegung eines Änderungsvorbehalts
(OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08) **53**
12. Gemeinschaftliches Testament in getrennten Urkunden
(OLG München, Beschluss vom 23.7.2008, 31 Wx 34/08) **55**
13. Amtliche Inventaraufnahme und Inventarfrist
(OLG München, Beschluss vom 24.7.2008, 31 Wx 27/08) **56**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. GbR – Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters
(BGH, Urteil vom 7.7.2008, II ZR 37/07) **57**
15. Haftung des Firmenübernehmers für Sozialversicherungsbeiträge (*nur Leitsatz*)
(LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.8.2008, L 4 R 366/07) **59**
16. Löschung einer Personengesellschaft
(LG München I, Beschluss vom 19.6.2008, 17HK T 3986/08) **59**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Nachrangige Zwangshypothek kann Rückforderungsrecht auslösen
(BGH, Urteil vom 1.4.2008, X ZR 150/05) **60**
18. Keine Insolvenzfestigkeit des Eintragungsantrags nach § 15 GBO
(BGH, Beschluss vom 8.5.2008, IX ZR 116/07) **61**
mit Anmerkung *Kessler* **62**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Übersehene Grundstücksfläche als offensichtliche Unrichtigkeit (*nur Leitsatz*)
(LG Regensburg, Beschluss vom 15.7.2008, 5 T 216/08) **63**

Kostenrecht

20. Geschäftswert bei Serienentwurf
(BGH, Beschluss vom 25.9.2008, V ZB 36/08) **63**
21. Grundbuchgebühr für die Eintragung eines GbR-Gesellschafterwechsels
(OLG München, Beschluss vom 3.7.2008, 34 Wx 36/08) **64**
22. Beratungsgebühr von Beurkundungsauftrag unabhängig
(OLG Hamm, Beschluss vom 15.7.2008, I-15 Wx 120/08 und I-15 Wx 200/08) **66**

Öffentliches Recht

23. Wertabschöpfung beim Einheimischenmodell (*nur Leitsatz*)
(OLG Celle, Urteil vom 29.5.2008, 8 U 239/07) **69**

Steuerrecht

24. Verlustzurechnung beim stillen Gesellschafter
(BFH, Urteil vom 16.10.2007, VIII R 21/06) **69**
25. Einbringung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung von Mitunternehmeranteilen
(BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06) **71**
mit Anmerkung *Wartenburger* **75**
26. Erbschaftsteuer bei vom Nacherben geschaffenem Vermögenszuwachs
(BFH, Urteil vom 1.7.2008, II R 38/07) **77**

Hinweise für die Praxis

1. Die Ablösung und das Freigabeversprechen „unsicherer“ Gläubiger (*Vierling*) **78**
2. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2008: 14,8 **80**

Standesnachrichten **83**

Sonstiges **III**

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

Herausgeberbeirat: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFsätze

Die Kündigung der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz

Von Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main*

Die in der Presse behaupteten Missstände bei Forderungsverkäufen an Finanzinvestoren erweisen sich bei genauerer Betrachtung als unhaltbar. Dennoch sah sich der Gesetzgeber auf Druck der Verbraucherverbände zum Handeln gezwungen. Unter anderem soll die Einführung einer Kündigungsfrist bei *Sicherungsgrundschulden* dem Eigentümer zeitlichen Spielraum für Sanierungsversuche verschaffen. Ob dieses Ziel erreicht wird, kann sich erst in einigen Jahren zeigen, wenn erstmals aus neu bestellten Grundschulden vollstreckt werden soll. Zweifel sind aber schon heute angebracht.

I. Einleitung

Durch Ergänzung des § 1193 Abs. 2 BGB um einen neuen Satz 2¹ schreibt der Gesetzgeber bei Grundschulden, die der Sicherung einer Geldforderung dienen, die Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zur Fälligkeit und damit Geltendmachung der Grundschuld unabdingbar vor. Die bisher übliche Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit setzt nach Auffassung des Gesetzgebers² den Schuldner unter zu großen Handlungsdruck. Dieser sollte durch die zwingende Einhaltung einer Kündigungsfrist gemindert werden.

Erstaunlicherweise greift § 1193 Abs. 2 BGB dabei nicht auf die gleichzeitig eingeführte Legaldefinition des § 1192 Abs. 1 a BGB zur Sicherungsgrundschuld zurück, sondern enthält unmittelbar das eigenständige Tatbestandsmerkmal der „Sicherung einer Geldforderung“. Die Abweichung in der Formulierung wäre nur dann verständlich, wenn eine Grundschuld auch andere Ansprüche als Geldforderungen absichern könnte und Grundschulden für diese anderen Ansprüche abweichend geregelt werden müssten. Die Grundschuld gewährt aber ohnehin immer nur die Zahlung einer Geldsumme (§ 1191 BGB). Eine andere Leistung kann im Wege der Zwangsversteigerung und -verwaltung nicht beigetrieben werden.

* Die folgenden Überlegungen widme ich dem Andenken meines geschätzten Kollegen und Freundes *Hermann Schmid*.

¹ Durch Art. 6 Nr. 8 des Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) vom 18.8.2008, BGBI I, S. 1666.

² Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/9821, S. 13 f., 23.

Die Abweichung im Wortlaut zwischen § 1193 Abs. 2 BGB und § 1192 Abs. 1 a BGB könnte also nur durch Einbeziehung mittelbarer Naturalansprüche erklärt werden, wie z. B. bei der „Wart und Pflege“-Reallast das Sicherungsrecht Reallast allein auf Geld gerichtet ist (§§ 1107, 1147 BGB), selbst wenn die Primärpflicht in einer Naturalleistung bzw. einer Handlung besteht.³ Das kommt bei der Grundschuld im Gegensatz zur Reallast aber nicht vor. Und selbst wenn, wäre die Frage zu beantworten, warum der Grundstückseigentümer bei solchen Naturalleistungen nicht durch eine zwingende Kündigungsfrist zu schützen wäre.

Nachdem zumindest faktisch deckungsgleiche Anwendungsbereiche bestehen, kann m. E. trotz des abweichenden Wortlauts auch im Rahmen des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB zur einfacheren Formulierung von *Sicherungsgrundschulden* gesprochen werden.

II. Zeitlicher Anwendungsbereich des Gesetzes

1. Grundnorm

Gemäß Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB gilt die Neuregelung für alle nach dem 19.8.2008 bestellten Grundschulden. Schon um

³ *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 753, nennen als Beispiel für andere Verpflichtungen Auskunfts- oder Nachweisverpflichtungen. Auch bei diesen kann aber nur ein etwaiger Schadensersatzanspruch (ggf. auch aus einem Vertragsstrafenversprechen) gesichert sein. Das bei Auskunftspflichten primär festzusetzende Zwangsgeld (§ 888 ZPO) dürfte wegen fehlender Gläubigeridentität nicht abgesichert sein. *Zimmer*, NotBZ 2008, 386, 387, führt Grundschulden zur Absicherung eines Vermächtnisses an (zweifelhaft: Mit welchem Vermächtnisanspruch?).

Verstöße gegen das Rückwirkungsverbot zu vermeiden, dürfte die Bestellung mit der notariellen Beurkundung der Grundschuld⁴ gleichzusetzen sein. Der Zeitpunkt von Antragstellung beim Grundbuchamt oder gar Eintragung im Grundbuch spielen somit keine Rolle. Dieser Gesichtspunkt hat aber nur bei noch ausstehenden Genehmigungen zu Alt-Grundschulden oder bei der Bestellung an erst noch zu vermessenden Grundstücken Bedeutung.

2. Zuschreibung

Die Haftungserstreckung gemäß § 1131 BGB im Falle einer Bestandteilszuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB folgt kraft Gesetzes allein aus der Zuschreibung. Weil es an einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung zur Grundschuld fehlt, kann dieser Fall nicht als neue „Bestellung“ einer Grundschuld aufgefasst werden. Die alte Grundschuld behält somit auch für das zugeschriebene Grundstück die Vereinbarung der sofortigen Hauptsachefälligkeit.

3. Nachverpfändung

Anders verhält es sich bei einer Erstreckung der Grundschuld auf weitere Pfandgrundstücke im Wege der Nachverpfändung. Diese stellt in Bezug auf die neu hinzukommenden Grundstücke eine Neubestellung dar.⁵ Die Kündigungsvorschrift muss beachtet werden. Entgegen *Schöner/Stöber*⁶ halte ich eine Gesamtgrundschuld⁷ für zulässig, die bzgl. der einzelnen Grundstücke⁸ unterschiedlich fällig/kündbar ist. Allgemein muss die Gesamtgrundschuld nicht zwingend einen einheitlichen Rechtsinhalt bzgl. aller Grundstücke haben. Abweichungen sind zulässig, z. B. hinsichtlich Zinsen und Nebenleistungen, sofortiger Vollstreckbarkeit oder Rang.⁹ Eine unterschiedliche Kündigungsfrist bereitet in der Rechtsausübung auch keine Probleme: Der Gläubiger hat nach § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB die freie Befugnis, eines, einige oder alle Grundstücke zur Versteigerung zu bringen. Da liegt ein sofortiger Vollstreckungsbeginn hinsichtlich der Alt-Grundstücke und ein um sechs Monate aufgeschobener Beginn hinsichtlich der Neu-Grundstücke noch viel eher im Regelungsplan der Gesamtgrundpfandrechte als beispielsweise eine unterschiedliche Zinshöhe. Ist die Kündigung wirksam geworden, unterscheiden sich Alt- und Neu-Grundschuld ohnehin nicht mehr.

III. Systematische Bedenken

1. Sanierungsfristen im Versteigerungsverfahren

Die Novelle übersieht zunächst, dass unsere Rechtsordnung dem Schuldner bereits eine Frist zur Erarbeitung eines Sanierungsplans zugesteht. Nur statuiert sie diese Frist nicht im materiellen Recht, sondern mit § 30 a ZVG im Verfahrens-

⁴ Im Einzelfall ihrer Beglaubigung bei nicht vollstreckbaren Grundschulden.

⁵ BGH, DNotZ 1981, 385 = MittBayNot 1981, 129 (bei Einführung der §§ 1179 a, 1179 b BGB).

⁶ Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2239; auch KGJ 40, 299 (aber zu einer Gesamthypothek). Wie *Schöner/Stöber* jedoch *Demharter*, GBO, 26. Aufl. 2008, § 48 Rdnr. 10; *Wegmann* in *Bauerl v. Oefe*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 48 Rdnr. 21.

⁷ Anders bei der Hypothek wegen der zwingend einheitlichen Forderung.

⁸ Ebenso *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1132 Rdnr. 2.

⁹ Etwa BGH, MittBayNot 1981, 129; weitere Nachweise bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2239.

rech.¹⁰ Der Einstellungsantrag unterliegt zwar den prozessualen Einschränkungen einer Notfrist (§ 30 b ZVG, § 224 ZPO). Jedoch setzt der Fristbeginn eine „Rechtsmittelbelehrung“ voraus, was für sich schon einzigartig im Zivilprozessrecht ist. Damit erfährt auch der nicht fachjuristisch beratene Schuldner von der Möglichkeit des Aufschubs.

Zusammen mit § 30 a ZVG führt § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB für den notleidenden Kredit womöglich zu einer Zwangspause von einem Jahr, bevor mit der Verwertung überhaupt erst begonnen werden kann, und selbst das nur dann, wenn die Kündigung der Grundschuld sofort mit erstem Verzug – aber noch vor Auflaufen des von § 498 Abs. 3 BGB n. F. verlangten Rückstandes – ausgesprochen wird.¹¹ Sonst vergehen, da § 498 BGB auf einen ca. fünfmonatigen Verzug hinausläuft,¹² in etwa 1 1/2 Jahre vom Verzugsbeginn bis zum Beginn der effektiven Verwertung. Eine beachtliche Zeit, vor allem in Fällen, in denen die Aussichtslosigkeit der Sanierung z. B. wegen Berufsunfähigkeit, Arbeitslosigkeit oder Scheidung offen auf der Hand liegt.

Möglicherweise lässt sich die Anwendung von § 30 a ZVG zwar mit dem Argument zurückdrängen, dass bei einem Schuldner, der innerhalb der Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB kein tragfähiges Sanierungskonzept erarbeiten kann, ein solches auch in den weiteren sechs Monaten des § 30 a ZVG nicht gelingen wird. Bloß hätte der Gesetzgeber dann außer zusätzlicher Verwirrung im Ergebnis nichts bewirkt.

2. Die Bedeutung der Kündigungsfrist

Dabei bricht die neue Bestimmung noch in zweierlei Hinsicht mit der Gesetzessystematik. Die daraus folgenden praktischen Unsicherheiten werden nur dadurch entschärft, dass bereits sämtliche Bankformulare eine Kündigungsfrist von sechs Monaten enthalten. Voraussichtlich wird die Notarpraxis diese Bestimmung auch für künftige Eigentümergrundschulden übernehmen, selbst wenn im Einzelfall die fortbestehende Dispositivanordnung in § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB anwendbar sein sollte.

a) Überlegungen zur fehlenden Kündigungsfrist bei Hypotheken

Im Gegensatz zum Recht der Grundschuld enthält das Hypothekenrecht nämlich keine besondere Bestimmung über eine Frist zur Kündigung des Grundpfandrechts. § 1141 BGB ordnet lediglich an, wem im Falle der zu kündigenden Hypothek die Kündigung zugehen muss. Damit soll sichergestellt werden, dass insbesondere der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer von der Kündigung erfährt.¹³ Die feh-

¹⁰ Wobei leider diese Norm im Gesetzgebungsverfahren keine Erwähnung findet. Übersehen wurde diese Norm z. B. auch von der Fraktion B90/Grüne, die weitergehend einen obligatorischen Sanierungsversuch verlangte, BT-Drucks. 16/9821, S. 14. Allerdings wird sie auch bei *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, nicht erwähnt.

¹¹ Siehe demgegenüber *Freitag*, WM 2008, 1813, 1815: Ob ein zahlungsunfähiger Schuldner von dieser Prolongation profitiert, mag mit Fug bezweifelt werden.

¹² *Krüger*, DRiZ 2008, 281, 282.

¹³ *Mugdan* III, S. 384 f.; *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 1503. In den Beratungen sah der Entwurfsvorläufer zum heutigen § 1147 BGB sogar die Klarstellung vor, wonach bei Forderungsfälligkeit aus der Hypothek vorgegangen werden konnte, *Mugdan* III, S. LXIII – § 1075 im Entwurf erster Lesung. Die Änderung im Normwortlaut lässt nicht erkennen, dass damit eine Heraufsetzung der Erfordernisse (z. B. hin zu Forderungsverzug) beabsichtigt gewesen wäre. § 1141 BGB gilt auch für die Kündigung der Sicherungsgrundschuld.

lende Frist kann nur so erklärt werden, dass die Kündigung der Forderung zugleich Kündigung auch der Hypothek bedeutet, Fälligkeit der Forderung zugleich auch Fälligkeit der Hypothek. Bei der Hypothek muss der Eigentümer bei Fälligkeit der Forderung unmittelbar mit einer Verwertung der Kreditsicherheit rechnen. Eine von der Forderungsfälligkeit zu unterscheidende Verwertungsreife¹⁴ gibt es bei ihr kraft Gesetzes nicht.

Zwar ordnet § 1234 BGB für die Geltendmachung und Verwertung eines Faustpfandes eine zusätzliche Androhungsfrist von übrigens nur einem Monat an. Indes ist Pfandgut allemal schneller und vor allem mit nur rudimentärer Verfahrensbeteiligung des Verpfänders¹⁵ verkauft als ein Grundstück versteigert. Der Verpfänder würde tatsächlich ohne eine „Nachfrist“ weitgehend rechtlos gestellt. Demgegenüber ergehen im ZVG alle maßgeblichen Schritte bis hin zum Zuschlag durch rechtsmittelfähigen Beschluss, abgesehen von der ohnedies angeordneten Selbstkontrolle durch das Gericht (§ 83 ZVG). Deswegen mag für die gesetzlich nicht geregelten Mobiliarsicherheiten der Sicherungsübereignung und Sicherungszession das Postulat einer zusätzlichen Verwertungsreife einer sinnvollen und systematisch schlüssigen Gesetzesanwendung entsprechen.¹⁶ Auf die Grundschuld kann das aber nicht übertragen werden.¹⁷

Die Möglichkeit der sofortigen Grundstücksverwertung ab Forderungsfälligkeit bei der Hypothek gilt auch für den vom Schuldner verschiedenen Eigentümer. Er hat sich als Drittsicherungsgeber mit der Bestellung einer Hypothek für eben diese Forderung mit ihren Nebenbedingungen zurechenbar einverstanden erklärt, selbst wenn er auf die Aushandlung des Darlehens, insbesondere die Kündigungsfristen oder anderen Modalitäten der Fälligkeit, keinen Einfluss hatte.

Andererseits erklärt sich daraus die Anordnung einer besonderen Kündigungsfrist in § 1193 Abs. 1 BGB für die Grundschuld.¹⁸ Bei ihr besteht ja nach der Konzeption des Gesetzes keine Forderung, auf die hin die Fälligkeit der Sicherheit a priori sicher bezogen sein könnte. Also muss bei ihr dem Eigentümer die Möglichkeit eingeräumt werden, zur Abwendung der Grundstücksverwertung die Grundschuld abzulösen.

Daraus folgt aber, dass die zwingende Anordnung einer Kündigungsfrist, wenn überhaupt eine gesetzgeberische Änderung erforderlich scheint, nicht für die Sicherungsgrundschuld gerechtfertigt wäre, sondern für die isolierte Grundschuld. Und in den praktischen Überlegungen zeigt sich, dass die neuerdings wieder beschworene „Rückkehr zur Hypothek“¹⁹

die gesetzliche Intention – neben anderen Nachteilen – glatt unterlaufen würde.²⁰

b) Der Sicherungscharakter als dinglicher Rechtsinhalt

Die Kündigungsfrist bzw. die anderweitige Regelung zur Fälligkeit hält die allgemeine Auffassung jedenfalls bisher für einen Inhalt des dinglichen Rechts, der zwar nicht unmittelbar im Grundbuch verlaubar wird,²¹ sehr wohl aber durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB.²²

Deswegen nehmen die Grundbuchämter auch eine Prüfungsbefugnis für sich in Anspruch, ob bei neu einzutragenden Sicherungsgrundschulden § 1193 BGB beachtet ist,²³ wenn sich aus den Antragsunterlagen Anhaltspunkte für die Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld ergeben.²⁴ Diese ergeben sich z. B. aus einer (auch im Verfahren des § 14 BeurkG) mitbeurkundeten Sicherungsvereinbarung, und sei es die eingeschränkte Zweckerklärung bei Beurkundung aufgrund Verkäufervollmacht.

Andererseits geben nach dem Zweck der Norm wohl kaum die Verhältnisse bzw. Eigenschaften der Grundschuld im Zeitpunkt ihrer Bestellung den Ausschlag. Es geht um die Fristbestimmung zur Kündigung. Die gesetzlichen Voraussetzungen dazu bestimmen sich aber nach der Sachlage im Zeitpunkt des Auspruchs der Kündigung, nicht nach dem Zeitpunkt der Begründung des Rechtsverhältnisses. Und diese Verhältnisse sind außerhalb des Grundbuches wandelbar.²⁵

Faktisch irrelevant dürfte der Fall der späteren Rückverwandlung einer Sicherungsgrundschuld in eine isolierte Grundschuld sein, die an sich unter den Gestaltungsvorbehalt des § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB fällt. Alle banküblichen Muster enthalten derzeit entweder ausdrückliche Wiederholungen der sechsmonatigen Kündigungsfrist oder sie belassen es bei der gesetzlichen Regelung – dann gilt die Kündigungsfrist gemäß § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese wäre zwar nun dispositiv, eine anderweitige Bestimmung trifft derzeit aber niemand. Allerdings wäre eine gespaltene Fälligkeit, etwa im Sinne von „sechsmonatige Kündigung, wenn Sicherungsgrundschuld – sofort, falls nicht“ im Grundbuch eintragungsfähig. Zu den früher verbreiteten bedingten Zinserhöhungen, die eintragungsfähig sind,²⁶ besteht kein Unterschied.

Bedeutsam ist aber die spätere Abtretung und Valutierung einer anlasslos bzw. nur mit allgemeinem Verwendungswillen bestellten Eigentümerbriefgrundschuld. Eine solche kann der Eigentümer weiterhin als sofort fällige Grundschuld bestel-

¹⁴ Diese Unterscheidung – in der zeitlichen Abfolge – bejaht hingegen *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596 auch bei Grundpfandrechten. Vgl. weiter *Epp* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 94 Rdnr. 368 zur Verwertungsandrohung in Banken-AGB. Die AGB können jedoch auch bei größter Verbreitung nicht die Auslegung des Gesetzes vorgeben.

¹⁵ Neben der Androhung nur die Mitteilung über den Verkaufsort, § 1237 BGB.

¹⁶ *Nobbe* in der von *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596 in Fn. 57 zitierten Kommentierung in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl. 2008, vor §§ 1204 ff. Rdnr. 71 beruft sich z. B. ausdrücklich auf eine Analogie zu § 1234 BGB.

¹⁷ Vgl. auch § 1149 BGB, der Verfallklauseln ab Fälligkeit (!) gestattet.

¹⁸ Siehe weiter *Zimmer*, NotBZ 2008, 386.

¹⁹ *Grziwotz*, AnwBl 2008, 501; v. *Heynitz*, NJW-aktuell 9/2008, S. XII.

²⁰ So nun auch der Gestaltungsvorschlag von *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 752, die ergänzend die Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek gemäß § 1198 BGB vorschlagen.

²¹ Die Eintragung im Grundbuch gibt nur die Höhe des Kapitals, der Zinsen und Nebenleistungen wieder, nicht aber die Fälligkeitstermine; vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2291.

²² *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2286; *Mayer* in Bauerl v. Oefele, GBO, AT IV Rdnr. 51; *Palandt/Bassenge*, § 1193 Rdnr. 2.

²³ Mit der bemerkenswerten Folgefrage, wie eigentlich Nachträge zur Anpassung im Grundbuch verzeichnet werden können, wenn schon die ursprüngliche Festlegung nicht unmittelbar eintragungsfähig war.

²⁴ Die an sich bestehende Prüfungsbefugnis des Grundbuchantrages wird eingeschränkt durch die beschränkten Erkenntnismöglichkeiten, nämlich die Begrenzung auf die Antragsunterlagen, siehe *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 209 ff.

²⁵ So auch *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 745 in Fn. 20.

²⁶ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1963.

len, § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB. Sie verliert ihre sofortige Fälligkeit mit ihrer Abtretung an eine Bank zu Kreditsicherungs-zwecken. Dabei wird die gesetzliche Inhaltsänderung bei der üblichen Abtretung außerhalb des Grundbuches dem Grundbuchamt nicht bekannt werden. Man wird kaum annehmen können, dass bis zu einer Anpassung der Fälligkeitsregelung im Grundbuch die Abtretung unwirksam oder schwebend unwirksam sei – damit würde die Briefgrundschuld im Rechtsverkehr unverwertbar. Und selbst bei einem Vollzug der Abtretung im Grundbuch darf das Grundbuchamt m. E. nicht die Eintragung bis zu einer Änderung der Fälligkeitsregelung verweigern. Wenn die Erstabtretung vom Eigentümer an die Bank erfolgt, könnte der Eigentümer als an der Abtretung Beteiligter noch den dinglichen Inhalt ändern. Wenn eine Zweitabtretung eingetragen werden soll, hat jedoch der Zedent den Rechtsinhalt schon nicht mehr in seiner Hand. Andererseits wird man trotz der Wandelbarkeit außerhalb des Grundbuches die Fälligkeitsregelung/Kündigungsfrist nicht aus dem dinglichen Rechtsinhalt der Grundschuld streichen können, weil sie als Bezugspunkt für das Vollstreckungsgericht benötigt wird.²⁷ In der Folge werden sich die Vollstreckungsgerichte erstmals bei einer Vollstreckung aus Grundschulden mit den abgesicherten Forderungen befassen müssen: Zwar nicht mit deren genauem Inhalt; zur Klärung der Kündigungsfrist aber doch mit der Frage, ob nach dem Sicherungsvertrag überhaupt Geldforderungen abgesichert sind oder nicht.

Insgesamt krankt die neue Regelung im Kern daran, dass einerseits über die Kündigungsregelung der Sicherungscharakter der Grundschuld Teil des dinglichen Rechts ist oder zumindest das Recht in seinem dinglichen Gehalt beeinflusst. Andererseits setzt § 1191 Abs. 1 BGB weiterhin voraus, dass die Grundschuld ohne Bezug auf eine Forderung bestellt wird. Daraus folgert die Rechtsprechung ein Verbot, den Sicherungscharakter im Grundbuch einzutragen.²⁸ Weder kann die konkrete Forderung noch die allgemeine Aussage, eine Grundschuld sei Sicherungsgrundschuld, zum dinglichen Rechtsinhalt der Grundschuld gemacht werden. In diese Rechtsprechung wollte der Gesetzgeber aber wohl nicht eingreifen. Genauer gesagt, wurde vermutlich übersehen, dass man in diesen Mechanismus eingegriffen hat. Zum Glück sind Eigentümerbriefgrundschulden nicht sehr weit verbreitet.

IV. Fälligkeit von Zinsen und Nebenleistungen

Die Kündigung bezieht sich gemäß § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB nur auf das Kapital, nicht auf die Zinsen und etwaige Nebenleistungen der Grundschuld.²⁹ Daher kann der Abdingbarkeitsausschluss in § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB gleichfalls nur die Kündigung des Kapitals betreffen. Die Zinsen können folglich weiterhin zum „letzten Werktag des Vorjahres“ oder „ersten Werktag des Folgejahres“ fällig gestellt werden, die Nebenleistungen sofort. Das ermöglicht dem Sicherungsnehmer, nach Ablauf der zweiwöchigen Wartefrist des § 798 ZPO die Zwangsversteigerung oder -verwaltung zunächst beschränkt auf Zinsen und Nebenleistungen zu beginnen (in

diesem Umfang aber sofort), um nach Ablauf der Kündigungsfrist dieser Versteigerung wegen der Hauptsache beizutreten.³⁰

Auf diese Weise kann zunächst ein weitgehend paralleler Ablauf der Frist des § 30 a ZVG mit derjenigen des § 1193 BGB erreicht werden, indem § 30 a ZVG schon in der Zins-Versteigerung „verbraucht“ wird. Zwar besteht die Einstellungsmöglichkeit gemäß §§ 30 a, 30 b ZVG in jedem der mehreren verbundenen Versteigerungsverfahren.³¹ Allerdings dürfte jedenfalls in der späteren Hauptsache-Versteigerung zugunsten des Gläubigers der fehlgeschlagene bzw. aussichtslose Sanierungsversuch aus der Zins-Versteigerung zu berücksichtigen sein.

Mehr noch setzt der Gläubiger durch die Zins-Versteigerung allein schon erhebliche Summen durch, bei 18 % Zinsen etwa Zinsen in der Größenordnung des Hauptsachbetrages.³² Und sogar gravierender: Wegen §§ 12 Nr. 2, 91 Abs. 1, 44, 52 Abs. 1 ZVG fällt die Grundschuld schon dann mit dem Hauptsachebetrag nicht ins geringste Gebot, wenn nur wegen der Zinsen versteigert wird.³³ Vollstreckungstechnisch bedeutet dies anders gewendet: Schon die Zinsversteigerung setzt den Hauptsachebetrag mit durch, und zwar ohne dass es diesbezüglich der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen bedürfte.³⁴ Der Gläubiger steht dem Berechtigten eines aus Kostengründen nur teilweise vollstreckbaren Grundpfandrechts gleich.³⁵ Entsprechend weisen *Heinrichs/Jaeger* den Gläubiger auf die Gefahr hin, dass durch Ablösung allein der vollstreckbar gestellten Grundschuldzinsen die Versteigerung insgesamt eingestellt werden müsste.³⁶ Nur muss man sich bei der Zinsversteigerung die von der Teil-Vollstreckbarkeit wohl deutlich abweichenden Wertverhältnisse vor Augen führen: Da dingliche Zinsen bekanntlich für ca. vier Jahre durchgesetzt werden, summieren sie sich bei vereinbarten 18 % zu 72 % des Hauptsachekapitals. Andererseits zeigt die Erfahrung aus der Nachbestellung von Grundschulden wegen höheren Kreditbedarfs, dass die Banken sich bei der Darlehensausreichung allein am Kapitalbetrag orientieren. Bei Annahme eines Verzugszinses von 8 % p. a. würde die Zinsversteigerung geschätzt etwa 40 % des Darlehensnennbetrages mit durchsetzen.

Natürlich wird auf diese Weise der Gesetzeszweck „Verringerung des Drucks“ verfehlt.³⁷ *Clemente* hält es deswegen für möglich, dem § 1193 BGB n. F. Leitbildfunktion i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu entnehmen, so dass der Gläubiger auch wegen der Zinsen und Nebenleistungen erst nach Ablauf der

³⁰ Vgl. *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596; *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751. Zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung allein wegen der Zinsen siehe *Stöber*, ZVG, § 15 Rdnr. 15.2. Übrigens ist dieser Gedanke nicht neu, siehe schon *Busch*, ZBIFG 12 (1912), 773, 816; *Bamberg*, Die vollstreckbare Urkunde, 1934, S. 34.

³¹ *Stöber*, ZVG, § 30 b Rdnr. 6.

³² *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751.

³³ *Stöber*, ZVG, § 44 Rdnr. 4.3; *ders.*, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen – ZVG-Handbuch, 8. Aufl. 2007, Rdnr. 244, 298 b; *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751; *Bötcher*, ZVG, §§ 44, 45 Rdnr. 14.

³⁴ Im Gegensatz müsste der Gläubiger, der den Hauptsachebetrag behalten will, das Ausgebot zu abweichenden Bedingungen beantragen, vgl. *Stöber*, NotBZ 2004, 265. Das dürfte in den hier zugrundeliegenden Sachverhalten aber nicht gewünscht sein.

³⁵ Dazu BGH, NJW 2007, 3645 = ZfIR 2007, 499 m. Anm. *Kessler*.

³⁶ ZfIR 2008, 745, 751; so im Fall BGH, NJW 2007, 3645 = ZfIR 2007, 499.

³⁷ *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596.

²⁷ *Stöber*, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 15 Rdnr. 15: Die Versteigerung darf nur wegen fälliger Ansprüche betrieben werden; *Bötcher*, ZVG, 4. Aufl. 2005, § 15 Rdnr. 63.

²⁸ BGH, NJW 1986, 53; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1977, 35; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2287, 2290; *Mayer* in *Bauerl v. Oefele*, GBO, AT IV Rdnr. 51.

²⁹ Vgl. insbesondere § 1194 BGB zu diesem Gegensatz. Weiter *Kalkbrenner*, ZNotP 2008, 401; *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 745.

sechsmonatigen Kündigungsfrist vollstrecken könnte. Mit diesem Argument lässt sich der Widerspruch aber nicht auflösen. Zum einen besteht ja bereits eine gesetzliche Vorgabe zu Warnfristen für den Fall einer Vollstreckung aus einem Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, nämlich § 798 ZPO. Im Übrigen setzt schon § 30 a ZVG den Handlungsdruck herab, aber eben nicht auf Null und auch nicht bei ersichtlich aussichtslosen Sanierungsversuchen. Natürlich muss der Schuldner in sechs Monaten ein tragfähiges Konzept zur Umschuldung vorbereiten, und die Erfahrung zeigt, dass mancher Schuldner den Vollstreckungsdruck benötigt, um überhaupt erst in Sanierungsüberlegungen einzutreten.

Vor allem aber setzt § 307 BGB Vertragsklauseln voraus, die vom Gesetz abweichen. So liegt der Fall hier aber nicht. Der Widerspruch – wenn man einen solchen überhaupt angesichts § 798 ZPO, § 30 a ZVG bejaht – ergibt sich nicht aus nachteiligen Vertragsbedingungen, sondern nicht stimmigen gesetzlichen Bestimmungen.³⁸ In Wahrheit liefe die Überlegung von *Clemente* darauf hinaus, über § 307 BGB eine vertragliche Abbedingung des Gesetzes nicht inhaltlich zu überprüfen, sondern überhaupt erst zu verlangen. Abgesehen vom offensichtlichen Widerspruch zu § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kann die Klauselkontrolle solches nicht leisten.

Eine Klauselkontrolle kann allein an einer vertraglichen Regelung ansetzen. Das wären hier die Fälligkeitstermine und/oder die Zinshöhe. Dabei werden Bedenken gegen die Zinshöhe in der Rechtsprechung nicht erhoben.³⁹ Vielmehr hat es den Anschein, als halte der BGH mit seiner Entscheidung zur Verjährung der dinglichen Zinsen trotz einer bestehenden Einrede aus dem Sicherungsvertrag die Problematik der drohenden Übersicherung für gelöst.⁴⁰ Der BGH erwähnt in seiner Entscheidung ausdrücklich die hohen dinglichen Zinssätze, die bei Anwendung von (jetzt) § 205 BGB zu einer Übersicherung führen könnten. Er beschränkt sich dann aber auf die Gestattung der Verjährung unter teleologischer Reduktion des § 205 BGB, ohne die Höhe der dinglichen Zinsen anzutasten.

Auch die mehr noch entscheidende Festlegung der Zinsfälligkeit kann nicht über die Klauselkontrolle verworfen werden. Die Festlegung einer jährlichen Zinsfälligkeit ergibt sich analog § 488 Abs. 2 BGB aus dem Gesetz, soweit keine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde.⁴¹ Die Klauselkontrolle scheitert damit bereits an § 307 Abs. 3 BGB. Zudem setzt der Berechnungsmodus der §§ 13, 10 Abs. 1 Nr. 4 und 8 ZVG regelmäßig fällig gewordene Zinsen gerade voraus.

Möglicherweise war angesichts dieser Folgeprobleme die Verlagerung der Sanierungsfrist in das Versteigerungsverfahren (eben mit § 30 a ZVG) noch die am wenigsten widersprüchliche Regelung.

Das zwingende Kündigungserfordernis bezieht sich zudem nicht auf das Schuldanerkenntnis. Dieses kann auch künftig sofort fällig gestellt werden. Damit kann weiterhin die Vollstreckbarkeitsbestätigung gemäß EuVTVO zur EU-weiten Vollstreckung erteilt werden.⁴²

³⁸ So auch *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745: Es handelt sich durchweg um gesetzliche eröffnete Gestaltungen.

³⁹ Die in der Literatur erhobene Kritik von *Peters*, JZ 2001, 1017 und *Clemente/Lenk*, ZfIR 2002, 337 geht fehl.

⁴⁰ WM 1999, 2253 = MittBayNot 1999, 558 = DNotZ 2000, 59.

⁴¹ Allg. Ansicht, vgl. *Gaberdiehl/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl. 2008, Rdnr. 283; *Palandt/Bassenge*, § 1193 Rdnr. 3; OLG Stuttgart, WM 2001, 2206, *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 746.

⁴² *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647.

V. Kündigung der Darlehensforderung vs. Kündigung des dinglichen Rechts

§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB führt zu einem Auseinanderfallen der Fälligkeit von abgesicherter Forderung und Grundschuld. Hinsichtlich der Grundschuld gilt die sechsmonatige Kündigungsfrist. Demgegenüber ist die notleidende Forderung (wegen Zahlungsverzugs) mit bloß zweiwöchiger Nachfrist außerordentlich kündbar gemäß § 498 Abs. 3 BGB n. F.

Wie schon die unterschiedlichen Fristen zeigen, kann die Kündigung der Grundschuld rechtlich nicht mit der Kündigung der Forderung gleichgesetzt werden. Natürlich besteht im Ansatz die Möglichkeit, durch Auslegung der Erklärung die eine oder andere Kündigung als miterklärt anzusehen – wie ja im täglichen Leben außerhalb des Grundbuchverkehrs in der Regel die dinglichen Verfügungsgeschäfte trotz oder gerade wegen des Trennungsprinzips als miterklärt angenommen werden. Zur Vermeidung etwaiger Auslegungszweifel werden die Kreditinstitute aber mindestens auf ausdrückliche Doppelkündigungen übergehen, vermutlich sogar die Grundschuld bei erstem Verzugsbeginn und somit vor dem Zeitpunkt kündigen,⁴³ zu dem erst der von § 498 Abs. 3 BGB verlangte Rückstand aufgelaufen ist. Sonst würden weitere fünf Monate Wartezeit vergehen.⁴⁴

Da es bei der Grundschuld keine gesetzliche Verbindung von Forderung und Sicherheit, also keine Akzessorietät gibt, und die Verbindung über die Sicherungsvereinbarung bloß schuldrechtlich erfolgt, wirkt sich eine aus Sicht des Darlehensvertrages unzulässige oder verfrühte dingliche Kündigung nur als Pflichtverletzung des Sicherungsvertrages aus, macht aber die Kündigung selbst nicht unwirksam.⁴⁵ Im Übrigen wäre ja schon nicht feststellbar, auf welche Forderung hin sich die Berechtigung zur Grundschuld Kündigung bezieht. Der Forderungsbezug ist nicht dinglicher Rechtsinhalt. Wenn somit die Kündigung der Grundschuld aus sich heraus wirksam ist, bzw. nur vom Zugang der Kündigungserklärung und dem Ablauf einer Frist abhängt, muss – wann immer es auf die Wirksamkeit der Kündigung ankommt – nicht die Berechtigung zur dinglichen Kündigung nach Maßgabe des Darlehensvertrages und der Sicherungsvereinbarung nachgewiesen werden.⁴⁶ Vielmehr müsste der Schuldner die Deckungsgleichheit über eine Vollstreckungsgegenklage gestützt auf Einreden aus dem Sicherungsvertrag herbeiführen.⁴⁷

Die Unabhängigkeit der dinglichen Kündigung von den Vorgängen im Darlehensvertrag gestattet leider auch den Anspruch der Kündigung ohne Anhaltspunkte für einen Schuldnerverzug, ja sogar die Kündigung der Grundschuld unmittelbar nach der Beurkundung.⁴⁸ Die Zweckmäßigkeit eines solchen Verfahrens ist dennoch fraglich. Die Kündigung der Grundschuld deutet in ganz anderer Weise als bisher das Anfordern einer vollstreckbaren Ausfertigung das Bestreben der Bank an, aus der Grundschuld vorgehen zu wollen. Schon bis-

⁴³ So auch die Empfehlung von *Zimmer*, NotBZ 2008, 386, 388 in Fn. 26.

⁴⁴ *Krüger*, DRiZ 2008, 281, 282.

⁴⁵ So auch *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647, *Langenbacher*, NJW 2008, 3169, 3172; *Zimmer*, NotBZ 2008, 386; *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 746. Nur für die Kündigung ohne jeden Anlass anders *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 750, dazu sogleich.

⁴⁶ *Mayer* in *Bauer/v. Oefele*, GBO, AT IV Rdnr. 50 zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes.

⁴⁷ *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 746.

⁴⁸ *Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647. Allg. auch *Kalkbrenner*, ZNotP 2008, 401 in Fn. 4; *Dümitz*, Immobilien & Finanzierung 2008, 552, 553.

her wurde der Bank zwar fast immer⁴⁹ unmittelbar nach der Beurkundung eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Dies gab dem Schuldner aber keinen Anlass zur Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage.⁵⁰ Für die Kündigung der Grundschuld, mit der der Gläubiger seinen Willen zur Verwirklichung des dinglichen Rechts kundgibt, wird das anders zu beurteilen sein. Die Kreditinstitute könnten sich so erfolgreichen Vollstreckungsgegenklagen ausgesetzt sehen. *Heinrichs/Jaeger*⁵¹ halten mehr noch eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben für möglich. Das könnte sich für die betreibende Bank als noch viel gefährlicher erweisen, wenn z. B. das Vollstreckungsgericht erst bei seiner Entscheidung über den Zuschlag die Unwirksamkeit der Kündigung bejaht und sich im Nachhinein das gesamte Verfahren als fehlgeschlagen herausstellt!

VI. Recht zur außerordentlichen Kündigung der Grundschuld?

Unter den Voraussetzungen des § 1133 BGB kann der Inhaber der Grundschuld vorzeitig die Versteigerung einleiten. Auf der Ebene des Darlehens sollte parallel dazu das Kündigungsrecht aus § 490 Abs. 1 BGB bestehen. Die Beschlagnahme des Grundstücks für einen vorrangigen Grundschuldgläubiger gibt dem nachrangigen Gläubiger keine Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung, da seine Ansprüche schon kraft Gesetzes berücksichtigt werden.

VII. Zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

Typischerweise wird die Grundschuld, jedenfalls im Rahmen der Finanzierung selbstgenutzter Immobilien, als sofort vollstreckbar gegen den jeweiligen Eigentümer gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO bestellt.

An dieser Praxis hat zwar das LG Hamburg⁵² kürzlich unter Berufung auf *Schimansky*⁵³ Kritik geäußert für den Fall, dass die Titelfunktion nach einer Abtretung einem anderen als dem ursprünglichen Gläubiger zustehen kann. Zu dieser Entscheidung, die in der Literatur einhellig auf Kritik gestoßen ist,⁵⁴ sei hier nur angemerkt, dass der Gesetzgeber z. B. mit § 799 a ZPO die Abtretung einer vollstreckbaren Grundschuld geradezu voraussetzt.

1. Sofortige Erteilung einer teilweise vollstreckbaren Ausfertigung wegen der Zinsen

Auch ohne Nachweisverzicht darf die vollstreckbare Ausfertigung vor einer Kündigung jederzeit wegen der Ansprüche aus einem fälligen Schuldanerkenntnis und wegen der dinglichen

Zinsen und Nebenleistungen erteilt werden. Beim fälligen Schuldanerkenntnis bestehen keine weiteren Bedingungen i. S. d. § 726 ZPO. Und für die kalendermäßige berechenbaren Zinsen ordnet § 751 Abs. 2 ZPO die Überprüfung allein durch das Vollstreckungsorgan an. Wie häufig bei notariellen Urkunden genügt dann aber der allgemeine Ausfertigungsvermerk gemäß § 725 ZPO nicht den Anforderungen im Einzelfall. Vielmehr muss sich die dingliche Vollstreckungsklausel auf Zinsen und Nebenleistungen beschränken.⁵⁵

2. Mit Kündigungsnachweis

a) Nachweis der Kündigung

Die Kündigung ist ein – vom Gläubiger abhängiges⁵⁶ – Ereignis, von dem die Fälligkeit der bereits zuvor titulierten Forderung abhängt. Gemäß § 726 ZPO darf die vollstreckbare Ausfertigung wegen des dinglichen Hauptsachekapitals deswegen – vorbehaltlich eines sogleich zu erörternden Nachweisverzichts – erst auf Nachweis der erfolgten Kündigung erteilt werden.⁵⁷

Der Nachweis der Kündigung unterliegt der in § 726 ZPO angeordneten Beweismittelbeschränkung. Nur ein Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde ist zugelassen. Die Rechtsprechung hatte hieraus zunächst sogar gefolgert, dass nicht nur der Zugang der Kündigungserklärung beim Grundstückseigentümer förmlich nachgewiesen werden müsse, sondern sogar noch die Kündigungserklärung selbst der besonderen Form bedürfe.⁵⁸ Hiervon ist das BayObLG erst in einer Entscheidung vom 2.6.1927 abgewichen⁵⁹ mit der Erwägung, der Gerichtsvollzieher müsse sich schon bei Annahme des Zustellungsauftrages über die Identität des Kündigenden, d. h. seinen Auftraggebers, hinreichend vergewissern.⁶⁰

Die Berechtigung – hier nach dem Stand des Darlehens – zur Kündigung und Geltendmachung der Grundschuld spielt im Verfahren der Klauselerteilung keine Rolle.⁶¹ Erstens, weil die Kündigung der Grundschuld, wie gezeigt, in ihrer Wirksamkeit von der Kündigung der Forderung oder dem Zahlungsverzug nicht abhängt. Hinzu kommt, dass bis zur Grenze des § 14 BNotO, also bis zur Mitwirkung an der Schaffung evident unrichtiger Titel, eine materielle Kontrolle durch den

⁵⁵ Beispiel bei *Heinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751.

⁵⁶ Deswegen können die Überlegungen zur Anwendung des § 726 ZPO bzw. zur Verteilung der Beweislast bei Verfallklauseln nicht entsprechend herangezogen werden. Hier muss der Schuldner die rechtzeitige Zahlung nachweisen; die Verfallklausel steht deswegen außerhalb des § 726 ZPO; für alle: *Zöller/Stöber*, ZPO, § 726 Rdnr. 14.

⁵⁷ Allerdings nimmt *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989, S. 239 f., an, dass ein solcher Nachweisverzicht vom Schuldner stillschweigend miterklärt sei; ebenso *Habersack*, NJW 2008, 3173, 3176 bei Fn. 47; offen *Langenbucher*, NJW 2008, 3169, 3172. Diese Auffassung geht jedoch zu weit. Aus der vorzeitigen Titelerrichtung (z. B. zur Kostenersparnis) kann noch nicht der stillschweigende Wille geschlossen werden, der Schuldner sei auch mit der Gefahr einer vorzeitigen Vollstreckung einverstanden. Wie hier auch *Zimmer*, NotBZ 2008, 386, 387.

⁵⁸ BayObLGZ 6, 457; BayObLGZ 15, 516. Anders aber schon die zeitgenössische Kommentarliteratur, etwa *Stein*, ZPO, 14. Aufl. 1929, § 726 Rdnr. V m. w. N.

⁵⁹ DNotZ 1930, 28.

⁶⁰ Das ist heute h. M., vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, § 726 Rdnr. 6; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 46.16.

⁶¹ So auch *Langenbucher*, NJW 2008, 3169, 3172; *Zimmer*, NotBZ 2008, 386. Auch das Vollstreckungsgericht überwacht die Berechtigung zur Kündigung nicht: *Stöber*, ZVG, § 15 Rdnr. 40.14.

⁴⁹ Mit Ausnahme einiger weniger Institute, die offenbar das Aufbewahrungs- und Verlustrisiko hinsichtlich der vollstreckbaren Ausfertigung scheuten (wegen der umständlichen Neuerteilung nach § 797 ZPO) oder sogar wegen einer bloß digitalen Speicherung aller Unterlagen von vornherein eine solche Aufbewahrung gar nicht leisten können.

⁵⁰ *Zöller/Herget*, ZPO, 27. Aufl. 2008, § 767 Rdnr. 8; OLG Frankfurt, MDR 1988, 241.

⁵¹ ZfIR 2008, 745, 750.

⁵² ZIP 2008, 1466 = NJW 2008, 2784.

⁵³ WM 2008, 1049.

⁵⁴ *Habersack*, NJW 2008, 3173; *Schulz*, ZIP 2008, 1858; *Freitag*, WM 2008, 1813; *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816; *Volmer*, ZfIR 2008, 634; *Dümig*, NJW 2008, 2786; *Bork*, ZIP 2008, 2049; *Flor*, NJW-Editorial 38/2008; *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2008, 363; *Kalkbrenner*, ZNotP 2008, 401, 402.

Notar sowieso nicht stattfindet.⁶² Auf die Frage, wie denn jemals das Notleidendwerden des Darlehens, damit die Zugriffsberechtigung auf die Kreditsicherheit nach Maßgabe des Sicherungsvertrages, in der Form des § 726 ZPO nachgewiesen werden könnte, kommt es damit nicht an.⁶³

Damit scheidet die Instrumentalisierung des Klauselverfahrens für Zwecke des verbesserten Schuldnerschutzes (jedenfalls soweit es über eine bloße Formalkontrolle hinausgeht) aus. Diese Lösung hätte vor dem Hintergrund der publizierten Fehlentwicklungen bei Forderungsverkäufen natürlich den großen Reiz, dass sie eine Überprüfung des Sachverhalts durch einen Fachjuristen – den Notar eben – ohne Mehrkosten ermöglicht. Die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel kostet gemäß § 133 KostO nur eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr, und selbst diese trägt gegenüber dem Notar der Vollstreckungsgläubiger als Antragsteller. Jedoch lässt das Klauselerteilungsverfahren mit seiner Beweismittelbeschränkung, dem Verzicht auf eine Verhandlung usw. eine solche inhaltliche Prüfung schon im Ansatz nicht zu.⁶⁴ Diese Verfahrensbeschränkungen lassen es auch nicht zu, dem Schuldner eine Notarbeschwerde gegen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu geben. Er muss sich unmittelbar gegen den Anspruch wenden.⁶⁵

b) Zeitpunkt der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung

Und selbst bei einer Beschränkung des Prüfprogramms auf eine reine Formalkontrolle ist offen, ob das gesetzgeberische Ziel, den Handlungsdruck zu reduzieren, erreicht wird. Es ist nämlich nicht abschließend geklärt, ob die vollstreckbare Ausfertigung sofort nach Zustellung der Kündigung oder erst nach Ablauf der Kündigungsfrist erteilt werden darf.

Unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt⁶⁶ wird zwar vielfach ein Abwarten bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verlangt.⁶⁷ Allerdings argumentiert das OLG schon nicht mit § 751 Abs. 1 ZPO, sondern mit § 750 Abs. 2 ZPO, wenn es meint, die Mit-Zustellung der Nachweise setze deren Wirksamkeit voraus. Diese Erwägung trifft außerdem nicht zu. § 750 Abs. 2 ZPO verlangt die Zustellung derjenigen Nachweise, die der qualifizierten Vollstreckungsklausel tatsächlich zugrundeliegen. Es fällt allein in den Verantwortungsbereich des Vollstreckungsschuldners, deren inhaltliche Richtigkeit gerichtlich überprüfen zu lassen. Eine Sachprüfung durch das Zustellungsorgan findet jedenfalls nicht statt. Und schließlich wäre nach heutigem Stand der Dogmatik zu berücksichtigen, dass die Zustellung der Nachweise womöglich heilbar, nachholbar ist.⁶⁸ Die weiteren Äußerungen

⁶² Beispiel zu den Verstößen gegen das RBERG AG München, WM 2001, 1635.

⁶³ Der Eintritt des Verzuges kann kaum durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. In der Prozesspraxis wird deswegen in geeigneten Fällen ja auch der Zwischenantrag auf Feststellung des Verzuges eingeschoben.

⁶⁴ Das erkennt z. B. auch *Böckmann*, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, 2003, an, der im Übrigen vorschlägt, in Umkehrung zu Nachweisverzichten dem Gläubiger zum Schuldnerschutz die Erbringung von Nachweisen aufzuerlegen. Er beschränkt diese Vorschläge aber auf reine Formalnachweise (S. 256–258).

⁶⁵ LG Freiburg, RNotZ 2008, 368 m. Anm. *Heggen*.

⁶⁶ Rpfleger 1973, 323.

⁶⁷ Z. B. von *Zimmer*, NotBZ 2008, 386, 387; *Dümig*, Immobilien & Finanzierung 2008, 552, 553.

⁶⁸ Siehe BGH, ZfIR 2008, 468 zur nachgeholten Zustellung der Unterwerfungsvollmacht.

der Kommentarliteratur sind unergiebig, weil sie § 726 ZPO und § 751 Abs. 1 ZPO allein in einem Exklusivitätsverhältnis sehen⁶⁹ und nicht die hier in Frage stehende Möglichkeit erörtern, dass die Frist gemäß § 751 Abs. 1 ZPO auf der Grundlage der erteilten qualifizierten Klausel – nicht allein des Titels – berechnet werden soll.

Der Wortlaut des § 751 Abs. 1 ZPO lässt die Auslegung zu, dass die kalendermäßige Berechnung nicht allein nach Maßgabe des Titels, sondern auch auf Grundlage von Titel und Klausel zulässig ist – beides liegt den Vollstreckungsorganen ja vor. Mehr noch zwingt der Wortlaut zu einer solchen Auslegung, weil anderenfalls eine offensichtlich verfrühte Vollstreckung stattfinden könnte. Wenn aber das Vollstreckungsorgan auch in diesem Fall den Fristablauf selbständig zu berechnen und abzuwarten hat, kann, wie im Fall der schon nach dem Titel berechenbaren Frist auch, die vollstreckbare Ausfertigung sofort – d. h. hier: sofort nach Eintritt des nachzuweisenden Ereignisses „Kündigung“ – erteilt werden.⁷⁰

Dabei zeigt § 750 Abs. 1 Abs. 1 ZPO weiter: Die Zustellung des Titels zur Ankündigung der Vollstreckung einschließlich der Zustellung der Nachweisurkunden gemäß § 750 Abs. 2 ZPO, ist noch nicht „Beginn der Zwangsvollstreckung“ i. S. d. § 751 Abs. 1 ZPO. Somit kann die vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 798 ZPO mit dem Beginn der zweiwöchigen Wartezeit schon in der laufenden Kündigungsfrist zugestellt werden. Die Gewährung oder Nichtgewährung einer weiteren Wartezeit von zwei Wochen bei einer Mindestfrist von sechs Monaten mag letztlich für die Kreditsicherungspraxis irrelevant sein. Bedeutsamer folgt aus § 751 Abs. 1 ZPO jedoch, dass der Handlungsdruck auf den Schuldner nur eingeschränkt herabgesetzt wird. Zwar kann wegen § 751 Abs. 1 ZPO die Vollstreckung – effektiv – erst nach Ablauf der Kündigungsfrist beginnen. Die Vollstreckung kann jedoch *sofort* nach Kündigung angedroht werden. Offenbar wird aber schon diese Androhung als zu vermeidendes oder herabzusetzendes psychologisches Druckmittel angesehen.⁷¹ Stattdessen klingelt der Gerichtsvollzieher – um das Bild von *Blomeyer* aufzugreifen – womöglich binnen Wochenfrist gleich zweimal: Zunächst zur Zustellung der Kündigung, alsdann zur Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung.

3. Unter Vereinbarung eines Nachweisverzichts

a) Der Nachweisverzicht in der gegenwärtigen Bankpraxis

Dennoch geben die Banken einhellig in ihren Grundschuldvordrucken Nachweisverzichte vor. Danach soll die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden ohne Rücksicht auf die materielle Fälligkeit des Anspruchs. Dann muss auch im Vollstreckungsverfahren die ordnungsgemäße Kündigung nebst Ablauf der Frist nicht mehr überwacht werden.⁷²

⁶⁹ *Zöller/Stöber*, ZPO, § 751 Rdnr. 2.

⁷⁰ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 39.20; *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 755.

⁷¹ Z. B. *Blomeyer*, NJW 1999, S. 472, 473 zur Zustellung eines vollstreckbaren Bauträgervertrages.

⁷² *Stöber*, ZVG, § 15 Rdnr. 40.14. Anspruch ist hier der Anspruch aus § 1147 BGB auf Duldung der Vollstreckung. Anders *Hintzen* in *Dassler/Schiffhauer*, ZVG, 13. Aufl. 2008, vor § 15 Rdnr. 53: Der Nachweisverzicht hinsichtlich der Klauselerteilung durch den Notar entbindet nicht das Vollstreckungsorgan von der durch § 751 Abs. 1 ZPO angeordneten Prüfungspflicht.

b) Die dogmatische Zulässigkeit des Nachweisverzichts

Trotz Uneinigkeit in der dogmatischen Einordnung steht die grundsätzliche Zulässigkeit des Nachweisverzichts nicht in Frage.⁷³ Die Begründung hat der XI. Zivilsenat des BGH in einem kürzlich ergangenen Urteil erneut bestätigt.⁷⁴ Die Beschaffung der erforderlichen Nachweise zu § 726 ZPO ist häufig schwierig, vor allem wegen der begrenzten Nachweise. Und die Klauselerteilung ist erneut kostenpflichtig nach § 133 KostO. Da fällt es insgesamt leichter, von vornherein auf jeden Nachweis der Fälligkeitsergebnisse zu verzichten.

c) Der Nachweisverzicht in der Klauselkontrolle

Die Zulässigkeit des Nachweisverzichts wurde in der Vergangenheit deshalb weniger ZPO-intern diskutiert als vielmehr unter dem Gesichtspunkt der AGB-Kontrolle. Paradebeispiel war die Rechtsprechung der Instanzgerichte⁷⁵ zur Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag, bevor der BGH diese Klausel auf ganz anderer, im Darlehensrecht unanwendbarer Grundlage verwarf.⁷⁶ Lediglich für einen Fall eines beurkundeten Werkvertrages hat der BGH den Nachweisverzicht an § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) gemessen und verworfen.⁷⁷ Es handelte sich um einen Bauträgervertrag, der für die Revision deswegen nicht der MaBV unterfiel, weil das OLG sich nicht von der Gewerbmäßigkeit des Bauträgers hatte überzeugen können. Hier bejahte der BGH eine unangemessene Abweichung von § 641 BGB.

Selbst diese Entscheidung setzt aber die Klauselkontrolle an der spezifisch werkvertraglichen Vorschrift des § 641 BGB an, von welcher abgewichen wird. Bei der Kreditsicherung sind hingegen die Interessen genau entgegengesetzt, weil der Darlehensgeber durch Ausreichung des Darlehens vorgeleistet hat und nun durch Zugriff auf bestellte Kreditsicherheiten diese Beträge beitreiben muss.⁷⁸

Andererseits greifen auch die bisher veröffentlichten Stellungnahmen zur Zulässigkeit des Nachweisverzichts zu kurz.⁷⁹ Zwar hat der BGH für einen Altfall die Zulässigkeit der Unterwerfung mit Nachweisverzicht erneut bestätigt.⁸⁰ Es fehlt aber weitgehend eine Auseinandersetzung mit der erst durch das Risikobegrenzungs-gesetz offenbar gewordenen Absicht des Gesetzgebers, den Handlungsdruck zu reduzieren.⁸¹

⁷³ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 640 ff.; Böckmann, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, S. 138; Lindenmeier, Die Unterwerfungserklärung in der vollstreckbaren notariellen Urkunde, 2000, S. 247; Engelhardt, Prozessualer und materiellrechtlicher Bestand des in vollstreckbaren Urkunden erklärten Nachweisverzichts, 2004, S. 10 ff.; Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, S. 87 ff.

⁷⁴ WM 2008, 1679.

⁷⁵ Überblick über die instanzgerichtliche Rechtsprechung im DNotI-Report 1995, 153. Dazu auch Engelhardt, Prozessualer und materiellrechtlicher Bestand des in vollstreckbaren Urkunden erklärten Nachweisverzichts. Grundsätzlich kritisch zur Klauselkontrolle insoweit Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 6.10.

⁷⁶ BGH, DNotZ 1999, 53 = MittBayNot 1998, 458, nämlich über § 134 BGB mit § 3 MaBV als Verbotsnorm.

⁷⁷ NZBau 2002, 25.

⁷⁸ DNotI-Report 2008, 161.

⁷⁹ Unkritisch etwa Koch, ZBB 2008, 232, 236; Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401, 403.

⁸⁰ WM 2008, 1679. Umfassend DNotI-Report 2008, 161.

⁸¹ Kritisch zum Nachweisverzicht deswegen auch Zimmer, NotBZ 2008, 386, 388 – von seinem Standpunkt aus folgerichtig, weil er die Kündigungsfrist vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ablaufen lassen will.

Hiergegen lässt sich auch kaum das – grundsätzlich anzuerkennende⁸² – Interesse des Schuldners an einer Reduzierung der anfallenden Kosten anführen.⁸³ Allerdings erhöhen sich die Gesamtgebühren des Notars bei Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel wegen § 133 KostO um 50 %.⁸⁴ Dieser zunächst einmal zutreffende hohe Prozentsatz darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass es sich absolut doch um relativ geringe Beträge handelt – bei der privaten Hausanschaffung regelmäßig nur im dreistelligen Bereich.⁸⁵ Diese Gebühren sind Welten von den Kosten eines Prozesses entfernt und gehen vermutlich in aufgelaufenen Verzugszinsen und anderen Verfahrenskosten schlicht unter.

Zudem wäre das maßgebliche Ereignis, der Zugang der dinglichen Kündigung, sogar verhältnismäßig leicht nachweisbar,⁸⁶ nämlich die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher. Die Kündigungserklärung selbst bedarf ja keiner besonderen Form. Seine Zustellgebühr ist eine wertunabhängige Fixgebühr.⁸⁷ Insgesamt handelt es sich um Summen, die tragbar sein dürften, um das Ziel einer sechsmonatigen Überlegungs- und Sanierungsfrist zu ermöglichen.

Zu rechtfertigen ist deswegen der Nachweisverzicht nicht allein mit dem drohenden Mehraufwand und vermeidbaren Mehrkosten. Entscheidend ist vielmehr, dass selbst unter Tragung dieser Mehrkosten die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verzögerung gar nicht erreicht wird. Schon ohne besondere dogmatische Argumentation kann jederzeit wegen der Vollstreckung zur Drucksetzung der dinglichen Zinsen zugestellt werden, und auch wegen der dinglichen Hauptsache kann meines Erachtens die vollstreckbare Ausfertigung sofort nach Kündigung erteilt und zugestellt werden. Der Handlungsdruck wird dann allenfalls um die Zeit verzögert, die der Gerichtsvollzieher für die förmliche Zustellung der Kündigungserklärung benötigt. Für diese ein bis zwei Wochen lohnen sich aber Mehraufwand und Kosten tatsächlich nicht.

VIII. Fazit

Die Einführung einer (nicht abdingbaren) Kündigung als Voraussetzung der Geltendmachung der Grundschuld hat erhebliche dogmatische Folgewirkungen, die offenbar nicht bedacht wurden. Insbesondere wegen der Einbettung in das Vollstreckungsrecht werden sich viele Erwartungen an diesen Punkt der Novelle nicht erfüllen. Die Bankenpraxis hat schon jetzt naheliegende Auswege gewählt, die auf gesichertem dogmatischen Erkenntnisstand aufbauen, aber zugleich zu einem weiteren Leerlaufen der Regelung führen werden. Weitere Schlupflöcher stehen bereit; inwieweit sie genutzt werden, wird die Fallpraxis zeigen, sobald aus neu bestellten Grundschulden die Versteigerung betrieben werden soll.

⁸² Volmer, ZfIR 2008, 634 zu den (vermeidbaren) Kosten eines Klageverfahrens aus § 1147 BGB.

⁸³ Dieses Argument bringt z. B. BGH, WM 2008, 1679.

⁸⁴ Damit argumentieren Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 756.

⁸⁵ Bei nominal 200.000 € z. B. 178,50 € zzgl. ca. 10 € Auslagen zzgl. USt; bei 500.000 € z. B. 403,50 € zzgl. Auslagen und USt (im Vergleich zu überschlägig 500.000 € × 8 % Verzugszinsen p. a. × 1/12 = 3.333 € mtl. Verzugszins). Umgekehrt gerechnet: Für 1.000 € kann zu einer Grundschuld von mehr als 1 Mio. € Nominalbetrag eine qualifizierte Klausel erteilt werden.

⁸⁶ In diesem Sinne schlägt Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 6.49 vor, nur bei tatsächlich bestehenden Beweisproblemen einen Nachweisverzicht zu vereinbaren.

⁸⁷ Vgl. Teil 1 der Anlage zu § 9 GvKostV. Wegen der nur geringen Mehrkosten (insbesondere im Vergleich zu Einschreiben/Rückschein) sollte deswegen auch in vermutlich klaren Fällen entgegen Heinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 751 sowie Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401 nicht bloß per Einschreiben/Rückschein gekündigt werden.

Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2007/2008*

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Nachdem sich die Grunderwerbsteuer in den Vorjahren aufgrund einiger innovativer Entscheidungen des BFH und zahlreicher Verwaltungserlasse als erstaunlich dynamisches Rechtsgebiet erwiesen hat, ist im Berichtszeitraum 2007/2008 eine gewisse Beruhigung im Bereich der Rechtsfortbildung zu verzeichnen. Teilweise wurden sich bereits abzeichnende Entwicklungen abgeschlossen, insbesondere im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG bei unentgeltlichen Vorgängen im Gesellschaftsrecht. Gleichwohl ist auf einige wichtige BFH-Entscheidungen und Verwaltungserlasse hinzuweisen, die für die notarielle Tätigkeit von Bedeutung sind.

I. Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG bei unentgeltlichen Gesellschafterwechseln

Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sind Grundstückserwerbe von Todes wegen und Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes von der Grunderwerbsteuer befreit. Fraglich war, ob die Befreiungsvorschrift bei unentgeltlichen Geschäftsanteilsübertragungen oder unentgeltlichen Anwachsungsvorgängen entsprechend anwendbar ist. Während die Finanzverwaltung dies in einem früheren Erlass verneinte,¹ hat der BFH mit Hilfe einer teleologischen Interpretation den Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auf unentgeltliche Anteilsübertragungen i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG und auf unentgeltliche Anwachsungsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG erstreckt.²

Beispiel 1 (Anwachsungsvorgang):

Onkel O und Neffe N sind zu je 50 % an einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft (GbR) beteiligt. O überträgt seine Anteile unentgeltlich an N.

Lösung:

Da eine Personengesellschaft mindestens aus zwei Gesellschaftern bestehen muss, kommt es durch den Erwerb sämtlicher Anteile durch N zu einem liquidationslosen Erlöschen der bisherigen GbR. Das Gesellschaftsvermögen wächst N als künftigen Alleineigentümer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG an. Nach ursprünglicher Auffassung der Finanzverwaltung sollte in einem solchen Fall § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht anwendbar sein; folglich hätte nur eine 50%ige Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 6 Abs. 2 GrEStG gewährt werden können (in Höhe der bisherigen Beteiligungsquote des N).³ Nach der BFH-Entscheidung⁴ führt die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG jedoch dazu, dass die unentgeltliche Anwachsung vollständig von der Grunderwerbsteuer befreit ist und es somit auch nicht mehr zu einer Doppelbelastung mit

Grunderwerbsteuer einerseits und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer andererseits kommt.⁵

Entsprechendes gilt bei wesentlichen Gesellschafterwechseln i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG.

Beispiel 2 (Gesellschafterwechsel i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG):

An der grundbesitzhaltenden O-GmbH & Co. KG sind O als alleiniger Kommanditist und die O-GmbH als Komplementärin (ohne wertmäßigen Anteil am Gesellschaftsvermögen der KG) beteiligt. Die Anteile an der Komplementär-GmbH hält O ebenfalls zu 100 %. O überträgt seinen Kommanditanteil und seinen Anteil an der Komplementär-GmbH unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge je zur Hälfte auf seine Neffen N 1 und N 2.

Lösung:

Die Anteilsübertragung auf N 1 und N 2 stellt einen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG dar, weil innerhalb von fünf Jahren mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile auf neue Gesellschafter (N 1 und N 2) übertragen werden. Während nach Auffassung der Finanzverwaltung die Steuerbefreiung aus § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht eingreifen sollte und der Vorgang deshalb ungemindert der Grunderwerbsteuer (und der Schenkungsteuer) unterliegen hätte,⁶ kommt der BFH zu Recht zu einer vollständigen Grunderwerbsteuerbefreiung dieses Vorgangs.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich diese Rechtsprechung nur bei unentgeltlichen Übertragungen auf Personen auswirkt, die mit dem Veräußerer nicht verheiratet oder in gerader Linie verwandt sind. Für Abkömmlinge und Ehegatten waren schon nach bisheriger Verwaltungs- und Rechtsprechungsmeinung die persönlichen Befreiungsvorschriften aus § 3 Nr. 4–6 GrEStG anwendbar.⁷

Nach der Veröffentlichung der vorbezeichneten BFH-Entscheidungen war dagegen noch unklar, was bei unentgeltlichen Geschäftsanteilsabtretungen im Bereich der *Kapitalgesellschaften* gilt. In dem früheren Erlass vom 28.4.2005⁸ lehnte die Finanzverwaltung die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG unabhängig davon ab, ob es sich um eine Übertragung vereinigter Anteile i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 oder 4 GrEStG oder um eine erstmalige Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG

⁵ Vgl. hierzu *Gottwald*, ZEV 2007, 44.

⁶ Vgl. FinMin Baden-Württemberg vom 28.4.2005, ZEV 2005, 254.

⁷ Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 234 m. w. N.

⁸ Vgl. ZEV 2005, 254.

* Der Aufsatz gibt im Wesentlichen den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 6. Jahresarbeitsstagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes, im September 2008 in Würzburg gehalten hat.

¹ Vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 28.4.2005, ZEV 2005, 254 = DStR 2005, 1012; kritisch hierzu *Teiche*, UVR 2005, 306.

² Vgl. ZEV 2007, 43 m. Anm. *Gottwald* = MittBayNot 2007, 249 und ZEV 2007, 140 m. Anm. *Gottwald* = MittBayNot 2007, 435.

³ Außerdem hätten zusätzlich die Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 GrEStG erfüllt sein müssen.

⁴ ZEV 2007, 140 = MittBayNot 2007, 435.

handelte.⁹ In diesem Zusammenhang ist nunmehr aber auf den neuen Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 11.10.2007¹⁰ hinzuweisen, der die bisherigen Erlasse unter Bezugnahme auf den BFH¹¹ aufhebt. In diesem Erlass werden die Ausführungen zur Nichtanwendung der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG (Anteilsübertragung) bei *Kapitalgesellschaften* und in sämtlichen Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG bei *Personengesellschaften* gestrichen. Bei Personengesellschaften ist es somit völlig unerheblich, ob eine Anteilsvereinigung oder eine Anteilsübertragung i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG vorliegt, während bei Kapitalgesellschaften § 3 Nr. 2 GrEStG nach Auffassung der Finanzverwaltung lediglich bei Anteilsübertragungen, nicht jedoch bei Anteilsvereinigungen anwendbar ist.

Beispiel 3 (Übertragung vereinigter Anteile gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG):

Vater V ist zu 100 % an einer grundbesitzhaltenden GmbH beteiligt. Er überträgt sämtliche Anteile in einem Akt auf seinen Sohn S unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge.

Lösung:

S erwirbt die vereinigten Anteile, so dass ein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. 4 GrEStG (Anteilsübertragung) vorliegt. In dieser Konstellation wird unterstellt, dass S das Grundstück von dem Anteilseigner V erworben hat, da dieser als bisher über 95 % an der Kapitalgesellschaft beteiligter Gesellschafter als faktischer Inhaber des Grundstücks angesehen wird. Folglich sind hier die persönlichen Befreiungstatbestände des § 3 Nr. 6, aber auch des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG anwendbar. Der Vorgang ist somit vollständig von der Grunderwerbsteuer befreit.

Beispiel 4 (erstmalige Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs 3 Nr. 1 und 2 GrEStG):

Vater V ist etwas vorsichtiger und überträgt auf seinen Sohn S zunächst nur 49 % der Anteile, um zu sehen, wie der Sohn mit der neuen Verantwortung zurecht kommt. Einige Jahre später, nachdem sich der Sohn bewährt hat, überträgt ihm der Vater auch die restlichen 51 % der GmbH-Anteile.

Lösung:

Hier kommt es beim zweiten Vorgang zu einer erstmaligen Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GrEStG in der Hand des Sohnes S. In dieser Konstellation sollen nach Ansicht der Finanzverwaltung die vorstehenden Befreiungsvorschriften (§ 3 Nr. 6 bzw. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG) *nicht* anwendbar sein.¹² Es werde fingiert, dass S das Grundstück von der GmbH und nicht vom Vater erwerbe, da ein Gesellschafter, der nicht wenigstens 95 % der Anteile hält, nicht als Herrscher über das Grundstück anzusehen sei. Folglich muss der Sohn nach Auffassung der Finanzverwaltung in dieser Konstellation auf den vollen Grundbesitz der Kapitalgesellschaft (also nicht nur auf 51 %) Grunderwerbsteuer bezahlen. Die Grunderwerbsteuer bemisst sich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes.

⁹ Vgl. hierzu auch *Boruttau/Sack*, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl., § 3 Rdnr. 91 b.

¹⁰ DStR 2007, 1913.

¹¹ BStBl II 2007, S. 409 = MittBayNot 2007, 435; vgl. hierzu *Mack*, UVR 2007, 185.

¹² Vgl. ausdrücklich nunmehr auch FinMin Niedersachsen vom 2.11.2007, S 4500-148-39 2; vgl. hierzu *Heine*, UVR 2008, 186.

Selbstverständlich wird in der Literatur für diese Fälle zum Teil die Auffassung vertreten, dass die personenbezogenen Befreiungsvorschriften auch bei der erstmaligen Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. 2 GrEStG anzuwenden seien.¹³

Solange jedoch die Finanzverwaltung an ihrer vorstehend dargestellten (differenzierenden) Auffassung festhält, ist zu folgender Gestaltung bei sukzessiven Übertragungen zu raten:

Ausweichgestaltung:

Es sollte sofort eine 100%ige Geschäftsanteilsabtretung vom Vater an den Sohn beurkundet werden, um in den Genuss des § 3 Nr. 2 (und des § 3 Nr. 6) GrEStG zu gelangen. Das dingliche Rechtsgeschäft der Anteilsabtretung kann dann m. E. in zwei Stufen erfolgen. Die ersten 49 % der Geschäftsanteile können mit sofortiger dinglicher Wirkung abgetreten werden, während die restlichen Teilgeschäftsanteile beispielsweise erst aufschiebend bedingt in drei Jahren übergehen. Außerdem könnte dann dem Vater ein Rücktrittsrecht vom schuldrechtlichen Vertrag für den Fall eingeräumt werden, dass sich der Sohn nicht bewährt. Im Hinblick darauf, dass § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft abstellen und die dinglichen Übertragungsvorgänge nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 4 GrEStG nur besteuert werden, wenn kein schuldrechtliches Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, verbleibt es bei dieser Gestaltung bei einer schuldrechtlichen Übertragung vereinigter Anteile i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG und folglich bei der Anwendbarkeit der Befreiungsvorschriften. Offen ist, ob die Finanzverwaltung diese Gestaltung als Umgehungsfall i. S. d. § 42 AO ansehen würde.

Zusatzhinweis:

Die Verwaltungsmeinung kann auch negative Auswirkungen beispielsweise bei Scheidungsvereinbarungen haben. Ist etwa die Ehefrau zu 10 % an der GmbH ihres Ehemannes beteiligt und will sie diesen Zwerganteil anlässlich einer Ehescheidung auf den Ehemann übertragen, so darf nicht übersehen werden, dass sich jetzt 100 % der Anteile in der Hand des Ehemannes vereinigen. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist auch hier bei der eintretenden Anteilsvereinigung die persönliche Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 4 bzw. Nr. 5 GrEStG nicht anwendbar, da ein Erwerb von der Kapitalgesellschaft, also nicht von der Ehefrau, fingiert wird.

II. Grunderwerbsteuerliche Probleme bei der Einbringung von Grundbesitz in Kapitalgesellschaften

Bei der Einbringung von Immobilien in Gesellschaften stellt sich einerseits die Frage nach den Befreiungsvorschriften und andererseits die Frage nach der Bemessungsgrundlage.

Beispiel (verdeckte Einlage in eine GmbH):

Vater V hat ein Grundstück im Verkehrswert von 1 Mio. € (Bedarfwert 500.000 €). Er legt es in eine GmbH ein, an der er zu 25 % und sein Sohn S zu 75 % beteiligt sind. Als Kaufpreis wird zwischen dem Vater und der GmbH ein Betrag von 100.000 € vereinbart.

Lösung:

Der Einbringungsvertrag ist Grunderwerbsteuerbar gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Bemessungsgrundlage bei der Grund-

¹³ Vgl. hierzu v. *Proff* zu *Irmich*, DB 2007, 2616 m. w. N.

erwerbsteuer ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG der Wert der Gegenleistung. Solange es sich bei dem Kaufpreis nicht um einen lediglich symbolischen Betrag handelt, beträgt somit die Grunderwerbsteuer 3,5 % aus 100.000 €.

Ein größeres Grunderwerbsteuerliches Problem kann sich aber dann ergeben, wenn einige Jahre später der Vater endgültig aus der GmbH ausscheidet und seinem Sohn die letzten 25 % der GmbH-Anteile überträgt. Hier vereinigen sich nunmehr erstmals alle Anteile beim Sohn in einer Hand, so dass der Sohn dann Grunderwerbsteuer aus den Bedarfswerten (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG) hinsichtlich des gesamten Immobilienbesitzes der GmbH bezahlen muss.

Ausweichgestaltung:

Wenn dagegen der Vater im Zeitpunkt der Einlage des Grundstücks in die GmbH lediglich noch mit 4,9 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt gewesen wäre, hätte beim Sohn bereits eine Anteilsvereinigung vorgelegen. Bei dem späteren Ausscheiden des Vaters wäre es somit nicht mehr in der Hand des Sohnes zu einer erstmaligen Vereinigung aller Anteile (95 %) gekommen, da der Sohn schon von vornherein, also schon vor dem Erwerb der Immobilie, mit 95,1 % beteiligt war. Durch diese Gestaltung hätte sich die Grunderwerbsteuer für den Erwerb der restlichen Anteile vermeiden lassen.

Fraglich ist, ob die verdeckte Einlage nicht auch schenkungsteuerlich relevant ist.

Eine Schenkung *an die GmbH* liegt unstreitig nicht vor, da die verdeckte Einlage nicht freigebig erfolgt, sondern gesellschaftsrechtlich veranlasst ist. Etwas anderes würde allenfalls dann gelten, wenn der Vater an der GmbH überhaupt nicht beteiligt gewesen wäre, sondern die Immobilie an eine Gesellschaft seines Sohnes verbilligt überlassen hätte. Dann könnte es sich um eine Schenkung an die GmbH des Sohnes oder an den Sohn (vgl. R 18 ErbStR) handeln.¹⁴

III. Treuhänderisch gehaltene Geschäftsanteile

Eine mittelbare Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GrEStG) kann bei der Vermittlung der Anteilsvereinigung durch einen Treuhänder vorliegen.¹⁵ Auch der Herausgabeanspruch des Treugebers nach § 667 BGB gegenüber dem Treuhänder ist ein rechtsgeschäftlich begründeter Anspruch auf Übertragung von Anteilen an einer Gesellschaft mit Grundbesitz.

Beispiel:

An der grundbesitzenden X-AG sind A mit 60 % und B mit 40 % beteiligt. A veräußert seine Beteiligung an den Treuhänder T, der die Anteile treuhänderisch für B hält.

¹⁴ M. E. kann bei Kapitalgesellschaften keine Schenkung an den Alleingesellschafter (Sohn) unterstellt werden, da die GmbH Abschirmwirkung zu ihrem Gesellschafter hat.

¹⁵ Die Beteiligung des Treugebers über einen gesellschaftsrechtlich allein an der grundbesitzenden Gesellschaft beteiligten Treuhänder wird einer mittelbaren Beteiligung (d. h. der Beteiligung an einer Gesellschaft, die ihrerseits an der grundbesitzenden Gesellschaft gesellschaftsrechtlich beteiligt ist) gleichgestellt; vgl. BFH, BStBl II 1987, S. 225; *Eisele*, UVR 2001, 419; *Behrens/Schmitt*, DStR 2005, 1432; allerdings ließ es der BFH bisher ausdrücklich offen, ob die Anteilsübertragung durch den Treuhänder auf den Treugeber den Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG erfüllt, wenn zuvor schon eine Anteilsvereinigung i. S. v. § 1 Abs. 3 GrEStG in der Person des Treugebers verwirklicht war; vgl. BFH, DStR 1994, 203 zur Grunderwerbsteuerlichen Irrelevanz der Verstärkung einer bisher teils mittelbaren und teils unmittelbaren Anteilsvereinigung zu einer ausschließlich unmittelbaren Anteilsvereinigung.

Lösung:

Es liegt ein Vorgang i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vor, da B nunmehr 40 % der Anteile an der X-AG unmittelbar und 60 % der Anteile mittelbar hält. Die Anteilsvereinigung tritt ein, da der Treugeber B gegen den Treuhänder T einen Herausgabeanspruch nach § 667 BGB erworben hat. Da die Anteile aufgrund dieses Herausgabeanspruchs dem Treugeber (B) zuzurechnen sind, liegt eine rechtliche (teils unmittelbare und teils mittelbare) Anteilsvereinigung vor.

§ 1 Abs. 3 GrEStG ist auch erfüllt, wenn dem Erwerber die Anteile nur mittelbar – sei es über mehrere Treuhänder, sei es über eine Treuhand und eine beherrschte Hand oder sei es über mehrere beherrschte Hände – oder auch teils mittelbar, teils unmittelbar zustehen.¹⁶

Die Begründung eines Treuhandverhältnisses kann auch eine Anteilsübertragung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG auslösen. Mit gleichlautendem Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007 hat die Finanzverwaltung hierzu genauer Stellung genommen.¹⁷

Überträgt beispielsweise ein Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft auf einen Treuhänder, unterliegt die so gestaltete Begründung des Treuhandverhältnisses als Anteilsübertragung der Steuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG.¹⁸ Sofern der Treuhänder später die Anteile auf den Treugeber zurücküberträgt, handelt es sich erneut um einen steuerbaren Vorgang gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG, auf den jedoch – bei Erfüllung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen – § 3 Nr. 8 Satz 1 GrEStG bzw. § 16 Abs. 2 GrEStG anwendbar sein kann.¹⁹ Dies gilt allerdings jeweils nur insoweit, als die Grundstücke bereits bei der Anteilsübertragung auf den Treuhänder zum Vermögen der Gesellschaft gehörten und in diesem verblieben waren.²⁰ Soweit durch die Gesellschaft seit Begründung des Treuhandverhältnisses jedoch weitere Grundstücke hinzuerworben wurden, ist für diese im Rahmen der Rückübertragung der treuhänderisch gehaltenen Anteile erstmals Grunderwerbsteuer wegen der eintretenden Anteilsvereinigung zu erheben.²¹

¹⁶ Vgl. gleichlautende Ländererlasse vom 2.12.1999, BStBl I, S. 999, Tz. 2.

¹⁷ Vgl. DStR 2008, 256; der Erlass tritt an die Stelle des Erlasses vom 25.5.1984, BStBl I, S. 380.

¹⁸ § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG ist einschlägig, wenn ein rechtsgeschäftlicher Übertragungsanspruch für den Treuhänder begründet wird (regelmäßig bei der sog. *eigenen* Treuhand, z. B. Sicherungstreuhand); handelt es sich dagegen aus Sicht des Treuhänders um eine sog. *uneigenen* Treuhand (z. B. Liquidationstreuhand), besteht regelmäßig aufgrund der Treuhandvereinbarung nur die Pflicht des Treuhänders aus Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 Abs. 1 BGB), die Übertragung der Anteile anzunehmen, nicht aber das Recht, diese zu verlangen. Mangels Übertragungsanspruchs des Treuhänders unterliegt die Übertragung der Anteile bei der sog. *eigenen* Treuhand daher der Steuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG; vgl. gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007, DStR 2008, 257 Tz. 1.1.

¹⁹ Hierbei ist § 3 Nr. 8 Satz 1 GrEStG stets vorrangig vor § 16 Abs. 2 GrEStG anzuwenden.

²⁰ Vgl. gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007, DStR 2008, 257 Tz. 1.3.1.

²¹ Vgl. gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007, DStR 2008, 257 Tz. 2.2.2. Wurde im Rahmen des Treuhandvertrages rechtsgeschäftlich die Rückübertragungsverpflichtung aufschiebend bedingt gestaltet, entsteht die Steuer aus § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG nach § 14 Nr. 1 GrEStG erst mit Bedingungseintritt.

Verzichtet der Treugeber dagegen auf seinen Herausgabeanspruch, löst dies keinen zusätzlichen Rechtsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG aus. Sofern der Treuhänder allerdings die ihm übertragenen mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft (im Einvernehmen mit dem Treugeber) auf einen Dritten überträgt, wird in der Person des Dritten erneut ein steuerbarer Tatbestand nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG realisiert. Ein weiterer Grunderwerbsteuerbarer Vorgang wird durch die gleichzeitig eintretende Auflösung des Treuhandverhältnisses jedoch nicht verwirklicht.²²

Sofern der Treugeber dagegen seine Rückübertragungsansprüche in Bezug auf die treuhänderisch gehaltenen mindestens 95 % der Anteile auf einen Dritten überträgt (Treugeberwechsel), stellt auch dieser Vorgang eine Anteilsübertragung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG dar. Entsprechendes gilt beim Treuhänderwechsel, also der Übertragung der vom Treuhänder gehaltenen mindestens 95 % der Anteile auf einen anderen Treuhänder.²³

Sind mehrere Treuhänder oder Treugeber beteiligt, so ist ferner zu beachten, dass ein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang jeweils nur vorliegt, wenn mindestens 95 % der Anteile in einer Hand vereinigt werden. Dagegen werden die Grunderwerbsteuerbaren Tatbestände nicht realisiert, wenn die Rückübertragungsverpflichtung bzw. der Herausgabeanspruch auf mehrere Treugeber übergeleitet wird oder mehrere Treuhänder die Anteile erwerben.²⁴

IV. Belastungscocktail mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer beim einheitlichen Vertragswerk

Nach Ansicht des siebten Senats des FG Niedersachsen verstößt die Rechtsprechung des BFH zum einheitlichen Leistungsgegenstand gegen das europäische Umsatzsteuer-mehrfachbelastungsverbot des Art. 401 Mehrwertsteuersystemrichtlinie (früher Art. 33 der sechsten EU-Richtlinie).

Die Vorlage des FG Niedersachsen zum EuGH lautet:

„Verstößt die Erhebung der deutschen Grunderwerbsteuer auf künftige Bauleistungen durch deren Einbeziehung in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage beim Erwerb eines noch unbebauten Grundstücks gegen das europäische Umsatzsteuer-mehrfachbelastungsverbot des Art. 401 Mehrwertsteuersystemrichtlinie, wenn die Grunderwerbsteuerlich belasteten Bauleistungen zugleich als eigenständige Leistungen der deutschen Umsatzsteuer unterliegen?“²⁵

²² Vgl. gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007, DStR 2008, 257 Tz. 1.3.3.2; für den durch die Begründung des Treuhandverhältnisses verwirklichten ursprünglichen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 3 GrEStG kommt § 16 Abs. 2 GrEStG nicht zur Anwendung, weil keine Rückübertragung der Anteile auf den Treugeber erfolgt.

²³ Der Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 12.10.2007 enthält zahlreiche Klarstellungen zu Fällen, in denen ein Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile auf einen Treuhänder überträgt oder einem Treugeber einen auf diese Anteile bezogenen Übertragungsanspruch verschafft; darüber hinaus werden auch Auftragsfälle behandelt, in denen ein Auftragnehmer oder ein Geschäftsbesorger mindestens 95 % der Anteile einer Gesellschaft für den Auftraggeber bzw. Geschäftsherren erwirbt; vgl. DStR 2008, 256.

²⁴ Bemessungsgrundlage für die Steuer sind nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG stets die Werte i. S. d. § 138 BewG. Die Besteuerungsgrundlagen sind ggf. gesondert festzustellen, vgl. § 17 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG.

²⁵ Vgl. FG Niedersachsen, DStR 2008, 869.

Es wird vorgetragen, dass Bauherren beim Kauf eines noch unbebauten Grundstücks Umsatzsteuer für die Bauleistungen und gleichzeitig Grunderwerbsteuer, bei der das geplante Bauvorhaben ebenfalls in die Bemessungsgrundlage einbezogen wird, zahlen müssen. Dieser Vorwurf ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BFH zum einheitlichen Vertragswerk zu sehen.

1. Einheitlicher Leistungsgegenstand – Einheitliches Vertragswerk – Vertragsbündeltheorie

Im Gegensatz zu den eigennützigen Erwerberleistungen müssen solche Leistungen der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung hinzugerechnet werden, die nach dem maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs auf einen noch vom Veräußerer herzustellenden künftigen Zustand des Grundstückes entfallen. Die Bemessungsgrundlage hängt daher davon ab, in welchem Zustand (z. B. bebaut oder unbebaut) das Grundstück erworben werden soll. Der tatsächliche Grundstückszustand bei Vertragsabschluss ist demgegenüber bedeutungslos.²⁶

In diesem Zusammenhang spielt die Problematik des sog. einheitlichen Leistungsgegenstandes – zum Teil auch als einheitliches Vertragswerk oder als Vertragsbündeltheorie bezeichnet – eine wichtige Rolle. Diese Grundsätze betreffen alle Erwerbsvorgänge bezüglich Baugrundstücken, bei denen in engem Zusammenhang mit dem Erwerb auch die Bebauung oder sonstige Veränderungen des Grundstücks (und/oder des aufstehenden Gebäudes) herbeigeführt werden. Hierbei handelt es sich um eine übergesetzliche Rechtsprechung des BFH, welche sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientiert.²⁷

Nach der Rechtsprechung vom einheitlichen Leistungsgegenstand wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs um solche Vereinbarungen erweitert, welche rechtlich oder wirtschaftlich in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Wenn bei objektiver Betrachtungsweise mehrere Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand zielen, so sind diese auch dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich formal um getrennte Verträge handelt. In diesen Fällen erhöht sich somit die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Sind die Verträge dagegen weder zivilrechtlich verknüpft noch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehend, so kann die Grunderwerbsteuer lediglich aus der Gegenleistung für das Grundstück bemessen werden.

2. Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer beim einheitlichen Vertragsgegenstand

Ein Umsatzsteuerproblem kann nur entstehen, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und das Grundstück bzw. das Haus im Rahmen seines Unternehmens liefert (z. B. der Bauträger). Bei einem Verkauf durch einen Unternehmer aus seinem

²⁶ Vgl. BFH, BStBl II 1990, S. 510; Pahlke/Franz, GrEStG, § 9 Rdnr. 5; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 12 ff.; vgl. hierzu auch Weilbach, Grunderwerbsteuer, § 8 Rdnr. 3 a ff.; Borutta/Sack, Grunderwerbsteuergesetz, § 9 Rdnr. 49.

²⁷ BStBl II 1990, S. 181; vgl. zu der Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung auch Mößlang, ZNotP 2001, 414; zustimmend Bunjes/Geist, Umsatzsteuergesetz, 9. Aufl., § 4 Nr. 9 Rdnr. 6. Das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 hat durch die Einführung des § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG – der allerdings ausschließlich für § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG gilt – erstmals die Maßgeblichkeit des künftigen Grundstückszustandes normiert.

Privatvermögen fällt keinesfalls Umsatzsteuer an. Bei dem Verkauf durch einen Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens gelten folgende Grundsätze:

Nach § 4 Nr. 9 a UStG ist die Lieferung eines unbebauten oder bebauten Grundstücks umsatzsteuerfrei, wenn darüber ein entsprechender Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Wird der Kaufvertrag über ein bebautes Grundstück bereits zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem das Gebäude noch nicht errichtet war (Bauträgervertrag), unterliegt der Vorgang insgesamt der Grunderwerbsteuer, so dass die Umsatzsteuerbefreiung auch hinsichtlich des auf das Gebäude entfallenen Kaufpreisteiles eintritt. Umgekehrt liegt bei einem Werkvertrag über die Errichtung eines Gebäudes ohne gleichzeitigen Verkauf von Grund und Boden kein Verpflichtungsgeschäft vor, das den Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begründet. Daher unterliegt die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Bestellers durch den Bauhandwerker der Umsatzsteuer.²⁸

Die Abgrenzung zwischen grunderwerbsteuerbaren Vorgängen und umsatzsteuerpflichtigen Lieferungen ist durch die Rechtsprechung des Grunderwerbsteuersenats des BFH problematisch geworden. Dieser vertritt in nunmehr ständiger Rechtsprechung²⁹ die Auffassung, dass auch bei formal mehreren Verträgen über den Kauf eines Grundstücks und Werkverträgen mit Bauhandwerkern (auch bei verschiedenen Vertragspartnern) das Gesamtentgelt der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen ist, wenn die Verträge sich als einheitliches – auf den Erwerb eines bebauten Grundstücks gerichteten – Rechtsgeschäft darstellen.³⁰

Die Werklieferungen der Bauhandwerker unterliegen – isoliert gesehen – jedoch nicht der Grunderwerbsteuer. Mangels Deckungsgleichheit zwischen umsatzsteuerlicher Leistung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG und dem der Grunderwerbsteuer unterliegenden einheitlichen Rechtsgeschäft sind die Werklieferungen und Werkleistungen der Bauhandwerker daher nicht von der Umsatzsteuer befreit.³¹ Das Ergebnis erscheint unbefriedigend, da es zu einer Doppelbesteuerung mit Grunderwerb- und Umsatzsteuer kommt. Dies könnte nur durch eine Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes korrigiert werden.³²

Wird daher von einem Bauträger im Rahmen einer einzigen Leistungsbeziehung ein noch zu errichtendes Gebäude (oder Eigentumswohnung) erworben, so ist der Erwerb zwar nach den vorstehenden Grundsätzen u. U. im vollen Umfang grunderwerbsteuerpflichtig, jedoch gemäß § 4 Nr. 9 a UStG umsatzsteuerfrei.³³

Setzen sich die vorbehandelten Erwerbsvorgänge hingegen – umsatzsteuerrechtlich betrachtet – aus mehreren Verträgen zusammen, so liegen nach Auffassung des BFH und der Finanzverwaltung keine insgesamt unter das Grunderwerbsteuergesetz fallenden Umsätze i. S. d. § 4 Nr. 9 a UStG vor. Demgemäß kommt es in diesen Fällen hinsichtlich der Bau-

kosten und etwaiger sonstiger Nebenkosten zu einer Kumulierung von Grunderwerb- und Umsatzsteuer.³⁴

Nach der BFH-Rechtsprechung behalten die Einzelleistungen der an der Gebäudeerrichtung beteiligten Unternehmen umsatzsteuerrechtlich somit auch dann ihre Selbständigkeit, wenn sie grunderwerbsteuerrechtlich als Teil des einheitlichen Erwerbsvorgangs beurteilt werden.

3. Wirtschaftliche Betrachtung

Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgendem wirtschaftlichen Ergebnis: Der „normale“ Fall des Verkaufs eines bebauten Grundstücks (z. B. im Weg eines Bauträgervertrages) ist gemäß § 4 Nr. 9 a UStG umsatzsteuerfrei. Daher besteht wegen § 15 Abs. 2 UStG beim Verkäufer ein Vorsteuerabzugsverbot. Folglich muss der Verkäufer die nicht abzugsfähige Umsatzsteuer kalkulatorisch in den Kaufpreis beim Weiterverkauf mit einfließen lassen. Durch den erhöhten Kaufpreis kommt es somit zu einer höheren Grunderwerbsteuerbelastung (die Umsatzsteuer erhöht über den höheren Kaufpreis die Grunderwerbsteuer). Wirtschaftlich gesehen ist der Käufer somit im Normalfall ebenfalls mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer belastet, wenngleich er rechtlich nur einen Grunderwerbsteuerbescheid erhält. Insoweit ist die „Doppelbelastung“ sicherlich verfassungsrechtlich unbedenklich, da keine wirtschaftliche Mehrbelastung erfolgt.³⁵ Allerdings führt die Rechtsprechung des BFH dazu, dass bei einer Aufspaltung von Kaufvertrag und Werkvertrag zusätzlich auch auf die eigene Wertschöpfung des Werkunternehmers Umsatzsteuer anfällt. Gerade dies ist bei einem herkömmlichen Bauträgervertrag nicht der Fall, so dass sich dieser Betrag auch nicht im Kaufpreis und folglich auch nicht in einer zusätzlich erhöhten Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer niederschlägt. Insoweit erscheint die Rechtsprechung meines Erachtens verfassungsrechtlich bedenklich.

Inwieweit jedoch ein Verstoß gegen Europarecht vorliegt, wird die Entscheidung des EuGH zeigen. Die Erfolgchancen dürften allerdings relativ gering sein.³⁶

V. Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform auf das Grunderwerbsteuerrecht

Im Schenkungsteuerrecht wird zwischen Leistungsaufgaben einerseits und Nutzungs- sowie Duldungsaufgaben andererseits differenziert. Leistungsaufgaben verursachen beim Empfänger der Schenkung Aufwendungen im Sinne von Geld- oder Sachleistungen. Dagegen zählen zu Nutzungs- sowie Duldungsaufgaben etwa der Nießbrauch oder beschränkt persönliche Dienstbarkeiten wie das Wohnungsrecht. Während Leistungsaufgaben wie die Gegenleistung bei einer gemischten Schenkung zu behandeln sind, wird der Steuerwert von Nutzungs- und Duldungsaufgaben vom Steuerwert des Zuwendungsgegenstandes bei der Schenkungsteuer nur abgezogen, sofern das Abzugsverbot des § 25 ErbStG nicht eingreift.³⁷

²⁸ Vgl. *Rau/Dürrwächter*, Umsatzsteuergesetz, § 4 Rdnr. 9, 21 ff.

²⁹ Zuletzt *MittBayNot* 2000, 63, vgl. auch *Fischer*, *MittBayNot* 2000, 381.

³⁰ Dies betrifft insbesondere die Bauherrenmodelle, aber nicht nur diese, vgl. BFH, BStBl II 1990, S. 391.

³¹ Vgl. BFH, BStBl II 1987, S. 145.

³² Eine Änderung bei der Umsatzsteuer verbietet sich aus europarechtlichen Gesichtspunkten, vgl. EuGH, UR 1986, 297; *Reiß*, Umsatzsteuerrecht, S. 181 m. w. N.

³³ Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 9 Rdnr. 63; BFH, BStBl II 1987, S. 145.

³⁴ Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 9 Rdnr. 63; BFH, BStBl II 1987, S. 145; Abschnitt 71 I UStR; vgl. ferner ausführlich zur Umsatzsteuer im Immobilienkaufvertrag *Schuck*, *MittBayNot* 1998, 412 ff. Da kein Optionsfall vorliegt, dürfte die Umsatzsteuer trotz der Neuregelung des § 13 b UStG weiterhin in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen sein.

³⁵ Vgl. *Hofmann*, Grunderwerbsteuer, Einf. Rdnr. 9.

³⁶ Meines Wissens setzt die Finanzverwaltung jedoch die Grunderwerbsteuerbescheide aufgrund der Vorlage zum EuGH bis zur Klärung der Frage nur vorläufig fest.

³⁷ Vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 3 Rdnr. 109; BFH, BStBl II 1989, S. 524.

Leistungsaufgaben (z. B. Rentenzahlungen, Gleichstellungsgelder, Übernahme von Grundstücksbelastungen und andere Verpflichtungen des Zuwendenden) hat der Bedachte unabhängig vom Innehaben des auf ihn übergegangenen Gegenstandes, also ggf. aus seinem persönlichen Vermögen zu erbringen. Schenkungsteuerrechtlich gelten bei diesen Leistungsverpflichtungen die gleichen Grundsätze wie bei gemischten Schenkungen. Ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Einordnung als Auflage oder Gegenleistung tritt im Umfang dieser Leistungsaufgabe keine Bereicherung i. S. d. § 7 Nr. 1 ErbStG ein.³⁸

Da eine Leistungsaufgabe somit stets von der Schenkungsteuer abziehbar ist, unterliegt sie hinsichtlich ihres Wertes der Grunderwerbsteuer. Wie bei der gemischten Schenkung ist der Erwerb des Grundstücks nur insoweit von der Grunderwerbsteuer ausgenommen, als der Wert des Grundstücks den Wert der Leistungsaufgabe übersteigt.

Nutzungs- und Duldungsaufgaben sind der Schenkung beigelegte Nebenabreden, nach denen der Beschenkte zwar um das Eigentum des Zuwendungsgegenstandes bereichert ist, ihm aber die Nutzung (§ 100 BGB) des Gegenstandes nicht sofort (in vollem Umfang) gebühren soll. Typische Fälle sind etwa, wenn der Bedachte verpflichtet ist, dem Zuwendenden oder einem Dritten ein dingliches Nutzungsrecht (Nießbrauch) oder eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (insbesondere Wohnrecht) am Zuwendungsgegenstand zu bestellen. Gleiches gilt, wenn der Bedachte kraft schuldrechtlicher Vereinbarung verpflichtet ist, die Früchte auszukehren oder den Gebrauch der Sache zu überlassen. Durch diese Nebenabrede wird somit lediglich der Übergang des mit dem Eigentumsübergang grundsätzlich verbundenen vollen Nutzungsrechtes zeitlich verschoben. Diese zeitliche Verschiebung behandelt § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG.

§ 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG schließt einen Abzug der Nutzungs- oder Duldungsaufgaben bei der Schenkungsteuer dann nicht aus, wenn die Auflagen einer anderen Person als dem Schenker oder dessen Ehegatten zugute kommen. Weil in diesen Fällen die Auflagen bei der Schenkungsteuer abgezogen werden, fällt somit hierauf Grunderwerbsteuer an. Wird dagegen der Schenker oder dessen Ehegatte begünstigt, so erfolgt gemäß § 25 ErbStG kein Abzug der Auflage von der Schenkungsteuer; infolgedessen schließt § 3 Nr. 2 GrEStG hier die Festsetzung der Grunderwerbsteuer aus.³⁹

Um eine Mehrfachbesteuerung zu vermeiden, stellt daher § 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG klar, dass nur solche Auflagen hinsichtlich ihres Wertes der Grunderwerbsteuer unterliegen, die bei der Schenkungsteuer abziehbar sind. Belastungen, die wegen ihrer – auf § 25 I ErbStG beruhenden – Nichtabzugsfähigkeit bei der Schenkungsteuer mittelbar Bemessungsgrundlage für diese Steuer sind, dürfen daher nicht noch einmal Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer sein.

Beispiel:

Bei einer Grundstücksschenkungen wird ein Vorbehaltsnießbrauch für den Schenker oder seinen Ehegatten (Nutzungsaufgabe) vereinbart.

Lösung:

Die Schenkungsteuer entsteht gemäß § 25 ErbStG aus dem vollen Grundstückswert (Abzugsverbot bei der Schenkungsteuer). Daher fällt gemäß § 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG keine Grunderwerbsteuer an. Erfolgt dagegen eine Grundstücksschenkungen gegen Schuldübernahme (Leistungsaufgabe), gelten die Grundsätze der gemischten Schenkung. Insoweit kann also Grunderwerbsteuer anfallen. Allerdings ist zu beachten, dass in der Praxis derartige Grundstücksschenkungen häufig an Angehörige in gerader Linie erfolgen, so dass der teilentgeltliche Vorgang gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist.⁴⁰

Schaubild:



Im Zuge der Erbschaftsteuerreform ist geplant, die besonderen Regelungen in § 25 ErbStG abzuschaffen, so dass voraussichtlich auch der Vorbehaltsnießbrauch bei der Schenkungsteuer in Abzug gebracht werden kann. Dies dürfte sich m. E. dann spiegelbildlich bei der Grunderwerbsteuer auswirken. Wenn nämlich der Vorbehaltsnießbrauch auch zugunsten der Übergebers oder seines Ehegatten bei der Schenkungsteuer abgezogen wird, handelt es sich um eine Grunderwerbsteuerlich relevante Gegenleistung. Sofern die Übergabe an Ehegatten oder Verwandte in gerader Linie erfolgt, greifen die Befreiungsvorschriften aus § 3 Nr. 4–6 GrEStG ein und führen deshalb auch zur Grunderwerbsteuerfreiheit, soweit es sich um einen teilentgeltlichen Vorgang handelt. Sofern dagegen beispielsweise an Verwandte in Seitenlinie oder nichteheliche Lebensgefährten übergeben wird, führt der Vorbehaltsnießbrauch zu einer Einsparung bei der Erbschaftsteuer, löst aber zumindest (im kleineren Umfang) Grunderwerbsteuer aus.

Demgegenüber dürfte die Entscheidung des BVerfG zur Erbschaft- und Schenkungsteuer, wonach die Vorschriften des Bewertungsgesetzes ab 1.1.2009 nicht mehr zugrunde gelegt

³⁸ Vgl. Pahlke/Franz, GrEStG, § 3 Rdnr. 110; Hofmann, Grunderwerbsteuer, § 3 Rdnr. 19.

³⁹ Vgl. Pahlke/Franz, GrEStG, § 3 Rdnr. 113; Hofmann, Grunderwerbsteuer, § 3 Rdnr. 20.

⁴⁰ Vgl. zur schenkungsteuerrechtlichen Berechnung R 17 Abs. 2 ErbStR.

werden dürfen, keine Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer haben. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist derzeit meines Wissens nicht geplant, die Verweisungsvorschriften des Grunderwerbsteuergesetzes auf das Bewertungsgesetz abzuändern. Stattdessen wird voraussichtlich ein eigenständiges Bewertungsrecht für die Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer geschaffen. Sofern man die Vorschriften des Bewertungsgesetzes nicht in sich für verfassungswidrig hält, sind diese also auch in Zukunft für grunderwerbsteuerliche Zwecke (also in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG) anzuwenden.

Allerdings gibt es in der Literatur auch Stimmen, die aus dem Verfassungsgerichtsbeschluss ableiten, dass das geltende Grunderwerbsteuerrecht selbst verfassungswidrig sei. Begründet wird dies damit, dass bei einem einheitlichen Steuersatz durch unterschiedliche Bemessungsgrundlagen, insbesondere durch die Übernahme der verfassungswidrig zu niedrigen Bedarfswerte gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG bei bestimmten Rechtsträgerwechseln differenzierte Belastungen verursacht würden.⁴¹ Der BFH hat die Frage der möglichen Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 2 GrEStG in einem Urteil vom 9.4.2008 ausdrücklich offen gelassen; eine Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG wurde für nicht erforderlich gehalten, da „die gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG einschlägigen Regelungen des Bewertungsrechts bis zum 31.12.2008 weiter angewendet werden können“.⁴²

VI. Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage bei Erbbaurechten

Bei Grundstücken, die mit einem Erbbaurecht belastet sind, ist zu differenzieren, ob sich der Erwerbstatbestand auf das Grundstück oder auf das Erbbaurecht bezieht. Das Erbbaurecht steht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG einem Grundstück gleich.

Wird ein Erbbaurecht bestellt, so ist die grunderwerbsteuerliche Gegenleistung jede Leistung, die der Erbbauberechtigte als Entgelt für die Bestellung des Erbbaurechts gewährt. Kraft der Fiktion des § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG gehört hierzu auch der gemäß § 13 BewG kapitalisierte Erbbauzins.⁴³

Mit Urteil vom 14.11.2007⁴⁴ hat der BFH jedoch entschieden, dass etwas anderes gilt, wenn das Erbbaurecht durch den Eigentümer des Grundstücks, das mit dem Erbbaurecht belastet ist, erworben wird. Zwar geht die Erbbauzinsrealast auch in diesem Fall wie bei einem Erwerb durch einen Dritten kraft Gesetzes auf den Erwerber über, so dass § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 GrEStG dem Wortlaut nach erfüllt ist. Ihr Ansatz bei der Bemessungsgrundlage ist jedoch unter Berücksichtigung des in § 8 Abs. 1 und § 9 GrEStG verwendeten Begriffs der

„Gegenleistung“ und nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Fiktion des § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG nicht geboten. Zwar bleibt die als Reallast verdinglichte Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses in diesen Fällen bestehen und erlischt gemäß § 889 BGB nicht durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim erwerbenden Grundstückseigentümer; in dessen Person entsteht vielmehr eine Eigentümerrealast.⁴⁵ Diese stellt aber keine Belastung für den das Erbbaurecht erwerbenden Grundstückseigentümer dar, weil keine Leistungspflicht einer anderen Person gegenüber gegeben ist. Vielmehr steht der Eigentümerrealast das ebenfalls in der Person des Grundstückseigentümers fortbestehende Zinsstammrecht einschließlich des Rechts auf die noch nicht fälligen Einzelleistungen gegenüber. Auf den Erwerber des Erbbaurechts geht damit die Verpflichtung zu einer solchen Leistung über, auf die er in seiner Eigenschaft als Grundstückseigentümer einen Anspruch hat. Damit fehlt dem Übergang der verdinglichten Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzins auf den Grundstückseigentümer der Charakter einer Gegenleistung für den Erwerb des Erbbaurechts.

Erst wenn der Grundstückseigentümer das Erbbaurecht anschließend an einen Dritten weiter überträgt, ist der kapitalisierte Erbbauzins gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG wiederum zur Gegenleistung zu zählen.

Gestaltungsempfehlung bei Erwerb von Grundstückseigentum und Erbbaurecht:

Praktische Bedeutung hat das BFH-Urteil in allen Fällen der nachträglichen Entstehung eines Eigentümererbbaurechts durch Erwerb des Grundstückseigentümers.

Beispiel:

K möchte von E ein mit einem Erbbaurecht zugunsten des B belastetes Grundstück kaufen. B verlangt für die vorzeitige Aufhebung des Erbbaurechts eine Entschädigung für das von ihm errichtete Bauwerk.

Lösung:

Grunderwerbsteuerlich ist es in dieser Konstellation am günstigsten, wenn K zunächst das belastete Grundstück von E erwirbt und sich erst anschließend mit B über die Aufhebung des Erbbaurechts einigt. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GrEStG ist das mit dem Erbbaugrundstück verbundene Recht des Grundstückseigentümers auf den Erbbauzins – entgegen § 96 BGB – nicht Teil des Grundstücks. Die Gegenleistung für den Grundstückserwerb bemisst sich daher nach dem Kaufpreis abzüglich des (gemäß § 13 BewG zu kapitalisierenden) Wertes des Erbbauzinsanspruchs.⁴⁶ Die Gegenleistung für die grunderwerbsteuerpflichtige Aufhebung des Erbbaurechts ist die an B zu zahlende Entschädigung ohne Berücksichtigung der erlöschenden Erbbauzinsverpflichtung.⁴⁷ Die Gesamtsteuerbelastung wäre dagegen höher, wenn sich E mit B über die Aufhebung des Erbbaurechts einigt, bevor er das dann unbelastete Grundstück an K veräußert. In diesem Fall wird E die an B gezahlte Entschädigung in den Kaufpreis für das Grundstück einkalkulieren, wodurch sich die Bemessungsgrundlage für den Erwerb des K erhöht.⁴⁸

⁴¹ Vgl. *Halaczinsky*, UVR 2007, 89.

⁴² BFH/NV 2008, 1526.

⁴³ Vgl. BFH, BStBl II 1978, S. 318; *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 9 Rdnr. 169. Da der Verkäufer zur lastenfreien Übertragung des Erbbaurechts verpflichtet ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbRG i. V. m. § 442 Abs. 2 BGB) muss die Übernahme der Erbbauzinsrealast durch den Käufer vertraglich vereinbart werden. Einschlägig ist deshalb seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und nicht mehr wie in dem vom BFH entschiedenen Fall § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG; vgl. *Behrens/Meyer-Wirges*, DStR 2006, 1867 m. w. N. zum Streitstand. Ungeachtet dessen gilt die Erkenntnis des BFH, dass der Grundstückseigentümer mit der Übernahme der Erbbauzinsverpflichtung keine geldwerte Gegenleistung für den Erwerb des Erbbaurechts erbringt, auch für § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG; vgl. *Ihle*, Notar 2008, 141.

⁴⁴ DStR 2008, 720.

⁴⁵ Vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 1105 Rdnr. 3.

⁴⁶ Vgl. FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 24.7.2008, S 4521-10-V A6.

⁴⁷ Vgl. FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 24.7.2008, S 4521-10-V A6.

⁴⁸ Vgl. *Ihle*, Notar 2008, 141.

VII. Zusammenfassung

Im Berichtszeitraum 2007/2008 hat die Rechtsprechung weitgehend Klarheit im Hinblick auf den Anwendungsbereich des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG im Zusammenhang mit Geschäftsanteilsabtretungen gebracht. Während bei Personengesellschaften die Befreiungsvorschrift stets anwendbar ist, egal ob es sich um eine Anteilsübertragung nach § 1 Abs. 2a GrEStG, eine Anteilsvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GrEStG, eine Übertragung vereinigter Anteile i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 oder um einen unentgeltlichen Anwachsungsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG handelt, ist im Bereich der Kapitalgesellschaften lediglich eine Klärung durch die Finanzverwaltung im Bereich des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG erfolgt. Bei der Übertragung vereinigter Anteile an Kapitalgesellschaften wird die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG bereits bejaht, während bei der erstmaligen

Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GrEStG noch eine zurückhaltende Ansicht der Finanzverwaltung besteht. Hier bleibt zu hoffen, dass der BFH auch diese letzte Hürde beseitigen wird.

Die Erbschaftsteuerreform dürfte nur geringfügige Auswirkungen bei der Grunderwerbsteuer haben (im Bereich des Vorbehaltsnießbrauchs bei Überlassungen an Verwandte in Seitenlinie oder an nichteheliche Lebenspartner).

Der Treuhanderlass zu § 1 Abs. 3 GrEStG hat für weitere Rechtssicherheit gesorgt, ebenso das Urteil des BFH vom 14.11.2007 zum Erwerb eines Erbbaurechts durch den Eigentümer des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks.

Offen ist derzeit, ob der Belastungscocktail aus Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer beim einheitlichen Vertragswerk europarechtswidrig ist. Die Grunderwerbsteuer bleibt also spannend.

Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes durch das SEStEG in der notariellen Praxis

Von Notar *Jochen Stelzer*, Hengersberg

Durch das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG)¹ wurde das deutsche Steuerrecht an die europäischen Vorgaben angepasst, die u. a. durch die Richtlinie 90/434/EWG (Fusionsrichtlinie) gemacht wurden. Insbesondere wurde das Umwandlungssteuergesetz vollständig neu gefasst, welches grundsätzlich auf Umwandlungen und Einbringungen anzuwenden ist, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in das für die Wirksamkeit maßgebliche Register nach dem 12.12.2006 erfolgt ist. Nachfolgend werden einige Bestimmungen, die für die notarielle Tätigkeit von besonderem Interesse sind, dargestellt.

1. Grenzüberschreitende Umstrukturierungen

Eine wesentliche Änderung, die das UmwStG erfahren hat, ist die Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende Umstrukturierungen. Entsprechend den Vorgaben des europäischen Rechts erfasst das UmwStG nunmehr Umstrukturierungen, bei denen die beteiligten Rechtsträger entweder

- Gesellschaften i. S. d. Art. 48 EGV sind, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR) anwendbar sind, gegründet worden sind und deren Sitz und Ort der Geschäftsleitung sich innerhalb eines dieser Staaten befindet (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG – doppelte Anknüpfung); oder
- natürliche Personen sind, deren Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt sich in einem dieser Staaten befindet und die nicht aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens mit einem dritten Staat als außerhalb ansässig gelten (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 UmwStG).

Ist der Ausgangsrechtsträger eine Kapitalgesellschaft, müssen bei Umwandlungen gemäß § 1 Abs. 1 UmwStG (insbesondere bei Verschmelzung, Aufspaltung, Abspaltung und Formwechsel, nicht jedoch bei Ausgliederung) sowohl Ausgangs- als auch Zielrechtsträger diese Ansässigkeitskriterien erfüllen.

In den Fällen der Einbringung gemäß dem sechsten Teil des UmwStG (§§ 20 ff. UmwStG), d. h. der Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen sowie von Kapitalgesellschaftsanteilen in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, ist zunächst nur notwendig, dass die übernehmende bzw. aufnehmende Gesellschaft die doppelte Anknüpfung erfüllt (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG). Erfüllt der übertragende Rechtsträger diese doppelte Anknüpfung nicht und ist er auch keine natürliche Person mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR) anwendbar sind, ist für Drittstaatler als Einbringende von Betriebsvermögen der Anwendungsbereich des UmwStG auch dann eröffnet, wenn das Recht der Bundesrepublik Deutschland auf Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der erhaltenen Anteile nicht beschränkt oder ausgeschlossen ist (§ 1 Abs. 4 Nr. 2 b UmwStG). In den Fällen der Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft (§ 21 UmwStG: Anteilstausch) entfällt auch diese Voraussetzung, so dass grundsätzlich die Einbringung von Anteilen an Drittstaatengesellschaften ohne Rücksicht auf den Sitz oder die Ansässigkeit des Einbringenden vom Anwendungsbereich des UmwStG umfasst sind.

2. Sicherung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland

a) Bewertungsansatz mit dem gemeinen Wert

Durch die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende, europaweite Umwandlungen soll jedoch das deutsche Steueraufkommen nicht beeinträchtigt

¹ BGBl 2006 I, S. 2782.

tigt werden.² Vielmehr wird das deutsche Recht auf Besteuerung der stillen Reserven dadurch gewahrt, dass bei einer Umwandlung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft, eine natürliche Person oder eine andere Körperschaft (2. bis 5. Teil UmwStG) der Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum gemeinen Wert (§ 9 Abs. 2 BewG) zu erfolgen hat. § 3 Abs. 1 UmwStG bestimmt dies für den Fall der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person, § 11 Abs. 1 UmwStG für den Fall der Verschmelzung auf eine andere Kapitalgesellschaft und § 9 Satz 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 UmwStG für den Fall des Formwechsels in eine Personengesellschaft. Durch die Aufstockung der Bilanzansätze in der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft auf die gemeinen Werte (*step-up*) entsteht bei dieser ein Gewinn, der nach allgemeinen Grundsätzen als laufender Gewinn zu versteuern ist.

In den Einbringungsfällen (6. bis 8. Teil UmwStG) gilt Entsprechendes durch den Ansatz der eingebrachten Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Gesellschaft mit dem gemeinen Wert. § 20 Abs. 2 Satz 1 UmwStG regelt dies für die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft, § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG für die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft und § 24 Abs. 2 Satz 1 UmwStG für die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft. Der Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Wirtschaftsgüter ansetzt, gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis, §§ 20 Abs. 3 Satz 1, 21 Abs. 2 Satz 1 und 24 Abs. 3 Satz 1 UmwStG.

Der Ansatz mit dem gemeinen Wert hat unabhängig davon zu erfolgen, ob nach handelsrechtlichen Vorschriften, insbesondere des § 253 HGB, ein über dem Buchwert liegender Bilanzansatz möglich ist. Die bisher geltende Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz wurde ausweislich der gesetzlichen Regelung seit Geltung des SEStEG aufgegeben.³

b) Bewertungswahlrecht

Lediglich in den Fällen, in denen das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland durch einen Umwandlungsvorgang nicht beeinträchtigt wird, können auf Antrag die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert, einem höheren Wert (Zwischenwert), maximal jedoch mit dem gemeinen Wert angesetzt werden. Für den Bereich der Umwandlungsvorgänge des 2. bis 5. Teils des UmwStG setzt dies gemäß §§ 3 Abs. 2 Satz 1 und 11 Abs. 2 Satz 1 UmwStG u. a. voraus:

(1) Die übertragenen Wirtschaftsgüter werden Betriebsvermögen bei der übernehmenden Personengesellschaft oder natürlichen Person. Bei Übergang auf rein vermögensverwaltende Personengesellschaften entfällt das Bewertungswahlrecht.⁴

(2) Die übertragenen Wirtschaftsgüter unterliegen beim übernehmenden Rechtsträger der Einkommensteuer oder

Körperschaftsteuer. Ist die übernehmende Kapitalgesellschaft gemäß § 5 KStG steuerbefreit oder ist bei einer übernehmenden Personengesellschaft ein Gesellschafter steuerbefreit, ist insoweit eine Buchwertfortführung nicht möglich.⁵

(3) Das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland bei Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter ist nicht ausgeschlossen oder beschränkt. Vermeidet etwa ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) die Besteuerung des Veräußerungsgewinns durch Anwendung der Freistellungsmethode, ist das Besteuerungsrecht ausgeschlossen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Wirtschaftsgüter aufgrund der Verschmelzung in eine ausländische Betriebsstätte überführt werden. Hingegen würde der Buchwertfortführung nichts im Wege stehen, wenn die Bundesrepublik Deutschland an der Besteuerung der übertragenden Körperschaft bereits bislang durch die laut einschlägigem DBA anzuwendenden Freistellungsmethode gehindert war und ebenso künftig das Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft nicht der inländischen Besteuerung unterliegt.

c) Antrag gegenüber dem zuständigen Finanzamt

Der Antrag auf Buchwert- oder Zwischenwertansatz muss in den Umwandlungsfällen des 2. bis 5. Teils des UmwStG gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 und § 11 Abs. 3 UmwStG spätestens bis zur erstmaligen Abgabe der steuerlichen Schlussbilanz bei dem für die übertragende Gesellschaft zuständigen Finanzamt gestellt werden. In den Einbringungsfällen des 6. bis 8. Teils des UmwStG sind in den §§ 20 Abs. 3 Satz 3, 21 Abs. 2 Satz 4 und 24 Abs. 2 Satz 3 UmwStG entsprechende Regelungen enthalten, wobei im Falle einer Sacheinlage der Antrag bei dem für die Besteuerung der übernehmenden Gesellschaft zuständigen Finanzamt, im Falle des Anteilstausches der Antrag bei dem für die Besteuerung des Einbringenden zuständigen Finanzamt zu stellen ist.

Ausweislich der Regierungsbegründung zum SEStEG gilt der Antrag mit Einreichung der Steuerbilanz mit den entsprechenden Bilanzansätzen als gestellt.⁶

d) Folgerungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis stellt sich die Frage, ob der Bewertungsansatz in den Verschmelzungsvertrag, Spaltungsvertrag oder -plan, Formwechselbeschluss oder in den Einbringungsvorgang aufgenommen werden soll.

(1) Keine handelsrechtliche Pflicht

Zunächst ist festzuhalten, dass eine handelsrechtliche Verpflichtung hierzu nicht besteht. So verlangen die umwandlungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere § 5 Abs. 1 Nr. 3 und § 126 Abs. 2 Nr. 3 UmwG, lediglich die Angabe des Umtauschverhältnisses der Anteile. Berechnungsgrundlage hierfür sind die wahren Werte des übertragenen Vermögens und des Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers.⁷ Diese wahren Werte werden unter Anwendung betriebswirtschaftlicher Methoden⁸ für die Unternehmensbewertung ermittelt⁹ und sind unabhängig von der Ausübung des steuerlichen Be-

² Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/2710, S. 25.

³ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/2710, S. 34. Die bisherige, unter der Geltung des UmwStG in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (BGBl I, S. 4133), zuletzt geändert durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 16.5.2003 (BGBl I, S. 660) – künftig: UmwStG a. F. – geführte Streitfrage, ob das unter Geltung des UmwStG a. F. bestandene Bewertungswahlrecht nur entsprechend der Handelsbilanz ausgeübt werden kann, hat sich damit erledigt. Der BFH hat sich für ein solches Wahlrecht unabhängig von der Handelsbilanz ausgesprochen.

⁴ Gilt nur für § 3 UmwStG, nicht für § 11 UmwStG.

⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/2710, S. 37.

⁶ BT-Drucks. 16/2710, S. 37.

⁷ Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rdnr. 96, 113; Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 4. Aufl., § 5 UmwG Rdnr. 6.

⁸ Das UmwG schreibt keine bestimmte Bewertungsmethode vor, so können Ertragswertverfahren, Substanzwertverfahren oder Kombinationsverfahren herangezogen werden; zu den einzelnen Methoden Mayer in Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 98 ff.

⁹ Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, § 5 UmwG Rdnr. 10 ff.

wertungswahlrechts. Auch in den Einbringungsfällen in eine Kapitalgesellschaft muss lediglich der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag der dafür gewährten Anteile bezeichnet werden, § 5 Abs. 2 GmbHG, § 27 Abs. 1 AktG. Eine objektive Wertfestsetzung ist darüber hinaus handelsrechtlich nicht erforderlich,¹⁰ sondern vielmehr Grundlage eines Sachgründungsberichts gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bzw. Prüfungsberichts gemäß § 34 Abs. 1 Ziff. 2 AktG.

(2) Keine bestimmten Formvorschriften

Für den Antrag gelten keine bestimmten Formvorschriften. Er kann mündlich, schriftlich oder ausweislich der Regierungsbegründung auch konkludent gestellt werden.¹¹ Der Aufnahme in einer notariellen Niederschrift bedarf es daher nicht, auch wenn dies üblich und unter Fremden geboten ist. Ist in der notariellen Niederschrift eine Regelung zum steuerlichen Bewertungsansatz enthalten, kann fraglich sein, ob damit schon ein Antrag verbunden ist oder lediglich eine verpflichtende Regelung zwischen den beteiligten Rechtsträgern getroffen wird, das Bewertungswahlrecht entsprechend auszuüben. Problematisch ist dies insbesondere vor dem Hintergrund des § 54 Abs. 1 EStDV, wonach der beurkundende Notar bei der Beteiligung von Kapitalgesellschaften dem zuständigen Finanzamt eine beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Umwandlungs- oder Einbringungsvorgänge einzureichen hat.¹² Unabhängig von der Frage, ob eine Möglichkeit zur nachträglichen Änderung des Antrags besteht,¹³ empfiehlt sich eine Klarstellung, dass mit der Regelung ein Antrag gegenüber dem Finanzamt nicht verbunden ist.

(3) Herstellung einer vertraglichen Bindungswirkung

Die Wahl des Bilanzansatzes hat unmittelbar Auswirkung auf die Beteiligten der Umwandlung/Einbringung einschließlich der Anteilseigner.

Zuständig für die Ausübung des Bewertungswahlrechts sind in den Umwandlungsfällen bis zur Rechtswirksamkeit der Umwandlung durch Eintragung in das Handelsregister die Organe des übertragenden oder formwechselnden Rechtsträgers, danach die Organe des übernehmenden oder formgewechselten Rechtsträgers.¹⁴ In den Einbringungsfällen sind die Organe des übernehmenden Rechtsträgers zuständig.¹⁵

Wegen dieser nur einseitigen Zuständigkeit zur Antragstellung ist es regelmäßig sinnvoll, zur Herstellung einer vertrag-

lichen Bindungswirkung den steuerlichen Bewertungsansatz vertraglich festzulegen.¹⁶ Ein Verstoß hätte zwar keine Auswirkung auf die Wirksamkeit eines gegenüber dem Finanzamt abweichend gestellten Antrags, kann aber zu Schadensersatzansprüchen führen.

Ist jedoch die Herstellung einer solchen Bindungswirkung, etwa in Konzernkonstellationen, nicht erforderlich, stört die vertragliche Festlegung dann, wenn sich im Nachhinein, insbesondere bei der endgültigen Bilanzerstellung, ein anderer Bewertungsansatz als steuerlich günstiger erweist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein *Step-up* zur Nutzung eines Verlustvortrags durchgeführt werden soll, die Höhe des tatsächlichen Verlustvortrags bei Abschluss des Umwandlungsvertrags jedoch noch nicht feststeht. Es empfiehlt sich daher, in solchen Fällen auf eine explizite Regelung zu verzichten.

3. Neuregelung der Einbringungsfälle in eine Kapitalgesellschaft

Die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs und von Mitunternehmeranteilen in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten wurde in den §§ 20 ff. UmwStG insgesamt neu geregelt. Die bisher von § 20 Abs. 1 UmwStG a. F. erfasste Möglichkeit der steuerneutralen Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen¹⁷ an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten wurde als Anteilstausch in § 21 UmwStG einer neuen Regelung zugeführt.

a) Wegfall des Systems der einbringungsgeborenen Anteile

Wurden unter Geltung des UmwStG a. F. ein Betrieb, ein Teilbetrieb, ein Mitunternehmeranteil oder mehrheitsvermittelnde Anteile in eine Kapitalgesellschaft eingebracht und hat diese das eingebrachte Vermögen unter dem Teilwert angesetzt, so hat der Anteilseigner im Falle der Veräußerung der gewährten Anteile (einbringungsgeborene Anteile) den erzielten Gewinn gemäß § 21 Abs. 1 UmwStG i. V. m. § 16 EStG zu versteuern. Das Halbeinkünfteverfahren¹⁸ gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. b) EStG, wonach nur 50 % der Einnahmen aus der Anteilsveräußerung steuerpflichtig sind, findet für Veräußerungen von einbringungsgeborenen Anteilen keine Anwendung, wenn die Veräußerung innerhalb eines Siebenjahreszeitsraums seit der Einbringung erfolgt (§ 3 Nr. 40 Satz 3 und 4 EStG). Der Veräußerungsgewinn ist dabei auch für Anteile im Privatvermögen voll steuerpflichtig, unabhängig von der Beteiligungshöhe und dem Zeitraum zwischen dem Erwerb durch die Einbringung und der Veräußerung. Diese Regelung findet für Veräußerungen von nach dem UmwStG a. F. entstandene einbringungsgeborene Anteile weiterhin Anwendung (§ 27 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG, § 52 Abs. 4 b Satz 2 EStG).

¹⁰ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 5 Rdnr. 45 m. w. N.

¹¹ BT-Drucks. 16/2710, S. 37 zu Absatz 2; Birkemeier in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2007, § 3 Rdnr. 136.

¹² Unter Geltung des UmwStG a. F. wurde das Bewertungswahlrecht in der steuerlichen Schlussbilanz ausgeübt und mit Einreichung der Bilanz beim zuständigen Finanzamt bindend. Die Möglichkeit des geschilderten vorgezogenen Antrags stellt sich also erst seit Geltung des SEStEG.

¹³ Verneinend Birkemeier in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 3 Rdnr. 145 f.; Widmann in Widmann/Mayer, § 3 UmwStG Rdnr. 63.3 ausgehend von der Prämisse, dass die Bilanz mit den entsprechenden Bilanzansätzen beim Finanzamt bereits eingereicht ist und die Änderung Bilanzänderung ist, die gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 EStG grundsätzlich ausgeschlossen ist. Für den Fall des vorab, also vor Einreichung der Bilanz, gestellten Antrags sperrt jedoch § 4 Abs. 2 Satz 2 EStG nicht, so dass bis zu diesem Zeitpunkt eine Änderung zulässig sein muss.

¹⁴ Widmann in Widmann/Mayer, § 3 UmwStG Rdnr. 49.

¹⁵ Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 20 Rdnr. 149 m. w. N.

¹⁶ So Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, 6. Aufl., Rdnr. 1348.1.

¹⁷ Vgl. hierzu Tz. 20.15 des Schreibens betreffend das Umwandlungssteuergesetz vom 25.3.1998 (BGBl I, S. 268) – Umwandlungssteuererlass; dies sind solche Anteile, aufgrund derer die übernehmende Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft hat, deren Anteile eingebracht wurden.

¹⁸ Ab dem Veranlagungszeitraum 2009: Teileinkünfteverfahren, wonach die Einnahmen nur noch zu 40 % steuerfrei sind. Wegen der künftigen Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG) und der hierfür eingeführten Abgeltungssteuer von 25 % (§ 32 d EStG) gilt das Teileinkünfteverfahren nur für Anteile im Betriebsvermögen und für Anteile nach § 17 EStG.

b) Einbringung eines Betriebs, eines Teilbetriebs oder eines Mitunternehmeranteils

(1) Bewertungswahlrecht

Die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft führt grundsätzlich zur Aufdeckung der im eingebrachten Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven. Die übernehmende Gesellschaft hat das eingebrachte Betriebsvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Dieser Wert gilt für den Einbringenden nach § 20 Abs. 3 Satz 3 UmwStG als Veräußerungspreis für das eingebrachte Vermögen. Ein dadurch entstehender Veräußerungsgewinn ist gemäß § 16 Abs. 1 EStG steuerpflichtig. Ist dagegen sichergestellt, dass das eingebrachte Vermögen (1) bei der übernehmenden Gesellschaft der Körperschaftsteuer unterliegt, (2) die Passivposten des eingebrachten Betriebsvermögens die Aktivposten nicht übersteigen¹⁹ und (3) das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland bei der Veräußerung des eingebrachten Betriebsvermögens nicht eingeschränkt ist, kann auf Antrag²⁰ das eingebrachte Betriebsvermögen mit dem Buchwert, einem Zwischenwert höchstens jedoch mit dem gemeinen Wert angesetzt werden, § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG.

(2) Exkurs: Anteilsgewährpflicht

Wie schon unter Geltung des UmwStG a. F. ist die Möglichkeit der Ausübung des Bewertungswahlrechts und damit der Buchwertfortführung nur eröffnet, wenn der Einbringende für die Einbringung des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhält (§ 20 Abs. 1 UmwStG). Für die notarielle Praxis ist bedeutsam, dass es sich um neue Anteile handeln muss. Werden keine Anteile gewährt oder handelt es sich um bereits bestehende Anteile, z.B. eigene Anteile der Gesellschaft oder Anteile anderer Gesellschafter, so führt die Einbringung nach allgemeinen Grundsätzen zur Gewinnrealisierung.²¹

Neue Anteile sind nur solche, die – bei Vorgängen außerhalb des Umwandlungsgesetzes – im Rahmen einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung, oder – bei Vorgängen innerhalb des Umwandlungsgesetzes – im Rahmen der Neugründung oder Kapitalerhöhung zur Durchführung des Umwandlungsvorgangs gewährt werden.²² Ferner ist für die notarielle Tätigkeit bedeutsam, dass aus steuerlicher Sicht ein Verzicht auf die Gewährung neuer Anteile nicht möglich ist. Die im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes²³ geschaffene Möglichkeit, in Verschmelzungsfällen unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG) und/oder Aktiengesellschaften (§ 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG) und/oder Kommanditgesellschaften auf Aktien (§§ 78, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG) als übernehmende Rechtsträger auf die Gewährung von Anteilen zu verzichten, kollidiert daher in den Fällen des § 20 UmwStG mit den steuerrechtlichen Bestimmungen. Betroffen sind die Fälle der Verschmelzung einer Personengesellschaft

¹⁹ Auch unter Geltung des § 20 Abs. 2 Satz 4 UmwStG a. F. durfte das eingebrachte Vermögen nicht negativ sein. Es musste zumindest ein Zwischenwertansatz gewählt werden, durch den die Aktivposten die Passivposten ausgleichen.

²⁰ Zum Antrag gelten die Ausführungen unter Ziffer 2.3 und 2.4 entsprechend.

²¹ Die Einbringung ohne Anteilsgewährung ist verdeckte Einlage, die Einbringung gegen Gewährung von bestehenden Anteilen ist ein entgeltlicher Vorgang.

²² Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/van Lieshaut, UmwStG, § 20 Rdnr. 131.

²³ BGBI 2007 I, S. 542.

auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien.

(3) Rückwirkende Besteuerung des Einbringungsvorgangs

Wird das Betriebsvermögen bei der übernehmenden Gesellschaft unter dem gemeinen Wert angesetzt, soll auch unter Geltung des SEStEG vermieden werden, dass stille Reserven, die im Zeitpunkt der Einbringung vorhanden waren, etwa durch die Anwendung des § 8 b KStG (Veräußerung durch Kapitalgesellschaft) oder des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens bei der Veräußerung der als Gegenleistung für die Einbringung gewährten Anteile der Besteuerung entzogen werden. Dies geschieht jedoch nach § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG nicht wie bisher durch die Besteuerung des Veräußerungsvorgangs der Anteile selbst, sondern im Wege einer rückwirkenden Besteuerung des Einbringungsvorgangs in Höhe eines Einbringungsgewinns I. Der Einbringungsgewinn I ist voll nach § 16 EStG zu versteuern und ermittelt sich nach § 22 Abs. 1 Satz 3 UmwStG wie folgt:

Gemeiner Wert des eingebrachten Betriebsvermögens im Einbringungszeitpunkt

./. Kosten des Vermögensübergangs

./. Wertansatz des eingebrachten Betriebsvermögens durch die übernehmende Gesellschaft gemäß § 20 Abs. 1 UmwStG = Unterschiedsbetrag

./. je $\frac{1}{7}$ des Unterschiedsbetrags für jedes seit dem Einbringungsstichtag vollendetes Zeitjahr²⁴

= Einbringungsgewinn I

Durch diese Regelung soll erreicht werden, dass nur die stillen Reserven voll besteuert werden, die im Zeitpunkt der Einbringung vorhanden waren. Für die stillen Reserven, die nach dem Einbringungszeitpunkt gebildet wurden sowie für die Siebtelbeträge, um die der Einbringungsgewinn zu kürzen ist, verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen für die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (vgl. Ziff. 3 b (3)).²⁵

Verfahrenstechnisch wird die rückwirkende Besteuerung des Einbringungsgewinns dadurch verwirklicht, dass eine solche Veräußerung innerhalb von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt als rückwirkendes Ereignis gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO fingiert wird, § 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG. Dies ermöglicht eine rückwirkende Änderung der bereits ergangenen Steuerbescheide des Veranlagungszeitraums, in dem die Einbringung erfolgt ist.

(4) Aufteilung des Veräußerungsgewinns

Durch die unterschiedliche Besteuerung des anlässlich einer Veräußerung von Anteilen, die bei einer Einbringung gewährt wurden, entstehenden Gewinnes ist eine Aufteilung des Gewinnes in einen Einbringungsgewinn I und Veräußerungsgewinn erforderlich.

²⁴ § 22 UmwStG ist eine Missbrauchsvorschrift, die verhindern soll, dass durch eine Umstrukturierung stille Reserven der Besteuerung entzogen werden. Vor diesem Hintergrund ist auch die Siebtelregelung zu verstehen, denn laut Gesetzesbegründung ist pro abgelaufenes Zeitjahr die Wahrscheinlichkeit geringer, dass durch den Einbringungsvorgang die nachfolgende Veräußerung vorbereitet werden sollte (BT-Drucks. 16/2710, S. 46).

²⁵ Durch die bisherige Regelung der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen wurden über § 16 EStG auch solche stille Reserven, insbesondere nach Einbringung gebildete, in die Besteuerung einbezogen, die etwa wegen Anwendung des § 8 b KStG nur zu 5 % oder wegen Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nur zu 50 % steuerpflichtig wären. Umgekehrt würden stille Reserven der Besteuerung entzogen, die im Zeitpunkt der Einbringung vorhanden waren, danach aber entfallen sind.

Beispiel:

Einzelunternehmer U bringt sein Unternehmen, Buchwert: 200.000 € und gemeiner Wert: 300.000 €, zum 1.1.2008 im Wege einer Sachkapitalerhöhung in eine GmbH gegen Anteilsgewährung an U ein. Im Rahmen der Einbringung sind Transaktionskosten (Steuerberatungs-, Gerichts- und Notarkosten) von 2.000 € angefallen. U hält die gewährten Anteile, die 25 % des Stammkapitals ausmachen, im Privatvermögen. Der Bilanzansatz des übergehenden Betriebsvermögens bei der übernehmenden GmbH erfolgt zum Buchwert. Ein entsprechender Antrag wurde gestellt. U veräußert seine Anteile innerhalb des Siebenjahreszeitraums nach Einbringung zum 30.6.2009 und erzielt einen Kaufpreis von 400.000 €.

Ermittlung Einbringungsgewinn I:	
Gemeiner Wert des eingebrachten Betriebsvermögens im Zeitpunkt der Einbringung	300.000 €
./. Kosten Vermögensübergang	2.000 €
./. Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens	200.000 €
Zwischensumme	98.000 €
./. $\frac{1}{7}$ für ein volles Zeitjahr seit Einbringung	14.000 €
Einbringungsgewinn I	84.000 €

Der Einbringungsgewinn I ist nach § 16 Abs. 1 EStG voll steuerpflichtig.

Ermittlung Veräußerungsgewinn:	
Veräußerungspreis	400.000 €
./. ursprüngliche Anschaffungskosten der erworbenen Anteile (§ 20 Abs. 3 Satz 1 UmwStG) – Buchwert –	200.000 €
./. nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe des Einbringungsgewinns I	84.000 €
Veräußerungsgewinn	116.000 €

Der Veräußerungsgewinn ist zu 60 % steuerpflichtig gemäß § 17 Abs. 1, § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. c) EStG (i. d. F. ab 1.1.2009).

c) Anteilstausch**(1) Erweiterung des Anwendungsbereichs**

Die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten wurde in § 21 UmwStG neu gefasst. Eine wesentliche Änderung zur bisherigen Rechtslage hat sich dadurch ergeben, dass nunmehr jegliche Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften und nicht nur die Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen, sowie auch die Einbringung von Anteilen an Drittstaatengesellschaften erfasst sind, also solcher Gesellschaften, die nicht in einem Mitgliedsstaat der EU gegründet und auch nicht dort ihren Sitz haben. § 1 Abs. 4 Nr. 1 UmwStG verlangt in den Fällen des Anteilstausches die doppelte Anknüpfung hinsichtlich Gründung und Sitz nur für die übernehmende Gesellschaft.

(2) Bewertungswahlrecht

Die übernehmende Gesellschaft hat die gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten gewährten Anteile grundsätzlich mit dem gemeinen Wert anzusetzen, § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG. Liegt jedoch ein qualifizierter Anteilstausch vor, können die eingebrachten Anteile auf Antrag auch mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert angesetzt werden, § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG. Ein qualifizierter Anteilstausch liegt vor, wenn die übernehmende Gesellschaft (1) nach Einbringung (2) aufgrund ihrer Beteiligung (3) unmittelbar (4) die Mehrheit der Stimmrechte hat. Unerheblich ist dabei, ob die übernehmende Gesellschaft vor der Einbringung schon beteiligt war und ob die Stimmrechtsmehrheit aufgrund der Einbringung entsteht oder schon vorher bestand.²⁶

Die Stimmrechtsmehrheit muss die übernehmende Gesellschaft aufgrund ihrer Beteiligung haben, ist also rein gesellschaftsrechtlich zu bestimmen. Stimmbindungsverträge, qualifizierte Mehrheitserfordernisse oder Vetorechte sind nicht zu berücksichtigen.²⁷ Es reicht vielmehr, wenn die übernehmende Gesellschaft die einfache Mehrheit der Stimmen besitzt.

Der Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft die Anteile ansetzt, gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis für die eingebrachten Anteile, § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG. Ein dadurch entstehender Veräußerungsgewinn ist nach allgemeinen Grundsätzen zu versteuern.

(3) Rückwirkende Versteuerung

Veräußert die übernehmende Gesellschaft die unter dem gemeinen Wert eingebrachten Anteile innerhalb von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt (Sperrfrist), führt dies zu einer rückwirkenden Versteuerung eines Einbringungsgewinns II, § 22 Abs. 2 UmwStG. Es soll also nicht durch den Umweg der Einbringung der Anteile in eine Kapitalgesellschaft die Steuerbefreiung nach § 8 b Abs. 2 KStG erlangt werden können. Der Einbringungsgewinn II ermittelt sich nach § 22 Abs. 2 Satz 3 UmwStG wie folgt:

Gemeiner Wert der eingebrachten Anteile im Einbringungszeitpunkt

./. Kosten des Vermögensübergangs

./. Wertansatz durch die übernehmende Gesellschaft gemäß § 21 Abs. 1 UmwStG

= Unterschiedsbetrag

./. je $\frac{1}{7}$ des Unterschiedsbetrags für jedes seit dem Einbringungsstichtag vollendeten Zeitjahr²⁸

= Einbringungsgewinn II

Der Einbringungsgewinn ist als Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen zu versteuern. Von der rückwirkenden Versteuerung sind jedoch solche Anteile ausgenommen, die von einem Einbringenden eingebracht wurden, auf den § 8 b Abs. 2 KStG anwendbar ist (Körperschaft, Personenvereinigung, Vermögensmasse, § 22 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 UmwStG). Denn hätte der Einbringende die eingebrachten Anteile selbst veräußert, wäre der Veräußerungsgewinn jedenfalls zu 95 %²⁹ steuerfrei gewesen.

²⁶ *Rabback* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 21 Rdnr. 68 m. w. N.

²⁷ *Rabback* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 21 Rdnr. 65.

²⁸ Vgl. Fn. 24.

²⁹ § 8 b Abs. 3 Satz 1 KStG.

d) Nachweispflicht gegenüber dem Finanzamt

Der Einbringende hat bei Einbringungen unter dem gemeinen Wert während des Siebenjahreszeitraums des § 22 Abs. 1 und 2 UmwStG jährlich den Nachweis zu erbringen, wem mit Ablauf des Tages, der dem Einbringungsstichtag entspricht (Nachweisstichtag) (1) in den Fällen der Sacheinlage nach § 20 Abs. 1 UmwStG die gewährten Anteile und (2) in den Fällen des Anteilstausches nach § 21 Abs. 1 UmwStG die eingebrachten Anteile zuzurechnen sind (§ 22 Abs. 3 UmwStG). Der Nachweis muss die Bezeichnung der Anteile und die Person enthalten, der die Anteile als wirtschaftlicher Eigentümer³⁰ zuzurechnen sind. Diese Bestimmung soll die Besteuerung des Einbringungsgewinns sicherstellen, falls während der Siebenjahresfrist die unter dem gemeinen Wert eingebrachten Anteile oder die durch Einbringung unter dem gemeinen Wert erworbenen Anteile veräußert werden.³¹ Der Nachweis ist jährlich zum 31.5. zu führen. Versäumt der Einbringende diesen Nachweis, gelten die Anteile mit der Folge der nachträglichen Versteuerung des Einbringungsgewinns I bzw. II als veräußert.

(1) Art und Weise des Nachweises

Zur Frage, wie der Nachweis zu führen ist, enthält der Gesetztext keine Aussage. Laut Gesetzesbegründung³² soll der Nachweis durch Vorlage eines Registerauszugs oder einer Bescheinigung der jeweils übernehmenden (in den Fällen der Sacheinlage) oder erwerbenden (in den Fällen des Anteilstausches) Gesellschaft geführt werden können. Ein bloßer Registerauszug ist jedoch zum Nachweis der Anteilseignerschaft an juristischen Personen nicht tauglich, da sich diese aus den Eintragungen im Handelsregister, Genossenschaftsregister und Vereinsregister nicht ergibt. Das BMF präzisiert in seinem Schreiben vom 4.9.2007³³ und differenziert nach der Art der Einlage:

In den Fällen der Sacheinlage des § 20 Abs. 1 UmwStG, bei denen Anteile dem Einbringenden gewährt wurden, hat der Einbringende selbst eine schriftliche Bestätigung abzugeben, wem die Anteile als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen sind. Ist er es selbst, ist zusätzlich eine Bestätigung der übernehmenden Gesellschaft über seine Gesellschafterstellung notwendig, aber auch ausreichend.

In den Fällen des Anteilstausches ist eine Bestätigung der übernehmenden Gesellschaft über das wirtschaftliche Eigentum und die Gesellschafterstellung ausreichend.

Das BMF lässt aber auch andere Nachweise zu. In Betracht kommen Gesellschafterlisten entsprechend § 40 Abs. 1 GmbHG,³⁴ bei Namensaktien ein Auszug aus dem Aktienregister gemäß § 67 AktG oder ein Auszug aus der Mitgliederliste gemäß § 15 Abs. 2 GenG auf den Zeitpunkt des jeweiligen Stichtags. Es können zum Nachweis auch Abschriften von Abtretungs-, Treuhandverträgen oder von Gesellschafter-

beschlüssen eingereicht werden.³⁵ Durch Letztere kann aber nur der Nachweis geführt werden, auf wen das wirtschaftliche Eigentum übergegangen ist oder zu einem bestimmten Zeitpunkt zustand. Stimmt dieser Zeitpunkt nicht mit dem Nachweisstichtag überein, ist zusätzlich eine Bestätigung der Gesellschaft erforderlich.

(2) Nachweisfrist

Der Nachweis ist bis zum 31.5. zu führen, der auf den letzten Nachweisstichtag folgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich nicht um eine Ausschlussfrist.³⁶ Im Wortlaut des Gesetzes hat dies jedoch keinen Niederschlag gefunden.³⁷ Die Frist ist nicht rückwirkend verlängerbar, da § 109 AO nur eine Verlängerung für die Abgabe von Steuererklärungen und seitens der Finanzbehörde gesetzten Fristen vorsieht. Versäumt der Nachweisverpflichtete die Frist, ist er jedoch mit dem Nachweis solange nicht präkludiert, als Änderungen der betroffenen Steuerbescheide verfahrensrechtlich noch möglich sind.³⁸ Dies bedeutet, dass der Nachweis jedenfalls noch im Einspruchs- und im Klageverfahren geführt werden kann sowie in den Fällen von Steuerfestsetzungen, die unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 AO ergehen.

(3) Vertragliche Regelungen zu den Nachweispflichten

Zum Nachweis verpflichtete Person ist sowohl in den Fällen der Einbringung eines Betriebs, eines Teilbetriebs oder von Mitunternehmeranteilen (§ 20 Abs. 1 UmwStG) als auch in den Fällen des Anteilstausches (§ 21 Abs. 1 UmwStG) der Einbringende (§ 22 Abs. 3 UmwStG).

Für die Fälle des Anteilstausches, bei denen der Nachweis über die *eingebrachten* Anteile zu führen ist, bedeutet dies aber, dass der Einbringende einen Nachweis zu erbringen hat, der sich oftmals seiner eigenen Kenntnis verschließt, wenn er nicht selbst Geschäftsführer der Gesellschaft ist. Die gleiche Problematik stellt sich, wenn im Rahmen der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils Anteile an Kapitalgesellschaften eingebracht werden, da in diesen Fällen auch der Nachweis über die eingebrachten Anteile zu führen ist (§ 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 UmwStG). Gleiches gilt in Fällen der Ketteneinbringung, wenn im Rahmen einer Sacheinlage gemäß § 20 Abs. 1 UmwStG gewährte Anteile wiederum im Wege des Anteilstausches in eine Kapitalgesellschaft eingebracht werden. In diesen letzten Fällen ergibt sich die Nachweispflicht für die eingebrachten Anteile aus § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 UmwStG und für die erhaltenen Anteile aus § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 UmwStG, da diese Anteile auf den eingebrachten Anteile beruhen und sich die Nachweispflicht auf solche beruhende Anteile ebenfalls erstreckt.³⁹

³⁵ Ebenso *Patt* in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 90.

³⁶ Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2710, S. 49; BMF vom 4.9.2007, DStR 2007, 1628, 1629; zweifelnd: *Söffing/Lange*, DStR 2007, 1607, 1610; a. A.: *Förster/Wendland*, BB 2007, 631, 637; *Patt* in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 91, welcher jedoch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 110 AO bei Fristversäumnis zulassen will.

³⁷ *Förster/Wendland*, BB 2007, 631, 637, die anregen, eine gesetzliche Klarstellung aufzunehmen. Trotz dem hierzu ergangenen BMF-Schreiben ist aufgrund der restriktiven Folgen bei Fristversäumnis und auf Basis des im Eingriffsrecht geltenden Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts festzuhalten.

³⁸ BMF vom 4.9.2007, DStR 2007, 1628, 1629.

³⁹ *Söffing/Lang*, DStR 2007, 1607, 1608; *Patt* in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 89.

³⁰ *Söffing/Lange*, DStR 2007, 1607, 1609; *Patt* in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, 6. Aufl., § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 85.

³¹ BMF vom 4.9.2007, DStR 2007, 1628.

³² BT-Drucks. 16/2710, S. 49.

³³ DStR 2007, 1628, 1629.

³⁴ Eine Gesellschafterliste ist gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG nur bei jeder Veränderung des Gesellschafterbestands dem Registergericht einzureichen. Diese gibt i. d. R. den Gesellschafterbestand zum maßgeblichen Stichtag, auf den der Nachweis zu führen ist, nicht wieder. In Betracht kommt daher als Nachweis nur eine technische Gesellschafterliste im Sinne einer Bestätigung durch die Geschäftsführung.

Um in diesen Fällen seiner Nachweispflicht zu genügen, ist der Einbringende auf eine entsprechende Information angewiesen. Ein entsprechendes Informationsrecht findet zwar in den Fällen der Einbringung in eine GmbH für den Gesellschafter eine gesetzliche Stütze in § 51 a GmbHG. Scheidet der einbringende Gesellschafter jedoch während der Siebenjahresfrist aus der Gesellschaft aus, steht ihm der Anspruch aus § 51 a GmbHG nicht mehr zur Verfügung.⁴⁰ Zweifelhaft erscheint auch, ob von der Auskunftspflicht der GmbH auch eine Verpflichtung zur Erteilung einer schriftlichen Bestätigung zur Nachweisführung umfasst ist. Bei der Einbringung in eine AG steht dem Aktionär nur ein allgemeines Auskunftsrecht im Rahmen der Hauptversammlung zur Beurteilung der Tagesordnungspunkte zu (§ 131 Abs. 1 AktG). Ein Informationsrecht des Aktionärs über den Verbleib seiner Anteile ist davon nicht umfasst und lässt sich allenfalls – und entsprechend auch bei einer GmbH – als Nebenpflicht aus dem Einbringungsvertrag herleiten.

Besteht aufgrund der Gesellschaftsstruktur für den Einbringenden ein Informationsdefizit, kann diesem dadurch vorgebeugt werden, dass der Einbringungsvertrag eine entsprechende Informationsverpflichtung der aufnehmenden Gesellschaft enthält.⁴¹ Sinnvollerweise kann dann auch geregelt werden,

- in welcher Form die Information zu erfolgen hat: Laut BMF⁴² zumindest durch schriftliche Bestätigung über die Gesellschafterstellung; und
- zu welchem Zeitpunkt: Etwa unverzüglich nach Ablauf des Jahrestages des Einbringungsstichtags, spätestens jedoch

⁴⁰ Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 51 a Rdnr. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 51 a Rdnr. 3.

⁴¹ Stangl in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 22 Rdnr. 184; Söffing/Lang, DStR 2007, 1607, 1609; Winkeljohann/Fuhrmann, Handbuch Umwandlungssteuerrecht, S. 860, Fn. 143; Patt in Dötsch/Patt/Jung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 89 und 69 (nur Hinweis auf Nachweisvorsorge).

⁴² BMF vom 4.9.2007, DStR 2007, 1628.

bis zu einem Zeitpunkt, zu dem die Einreichung beim Finanzamt bis zum 31.5. noch möglich ist.

Kann der Einbringende auf die Geschäftsführung keinen Einfluss nehmen, sollte auch an die vertragliche Absicherung des Einbringenden im Falle einer Veräußerung der eingebrachten Anteile innerhalb des Siebenjahreszeitraums gedacht werden. Hierfür kann eine vertragliche Verpflichtung durch die aufnehmende Gesellschaft begründet werden, bei einer entsprechenden Veräußerung der eingebrachten Anteile ohne Zustimmung durch den Einbringenden, dem Einbringenden die durch die Veräußerung entstehenden Steuernachteile zu ersetzen.⁴³

Eine Verpflichtung des Notars, von sich aus eine entsprechende Regelung in den Vertrag aufzunehmen, besteht jedoch unabhängig davon nicht, ob eine Regelung zum Bewertungsansatz in der Niederschrift vorhanden ist oder fehlt. Der Notar ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴⁴ nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG regelmäßig nicht aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen.

4. Schlussbemerkung

Durch das SEStEG hat das Umwandlungssteuerrecht eine grundlegende Änderung erfahren. Erfreulich für den Rechtsanwender ist jedoch, dass trotz der Neuregelung die Systematik des Gesetzes beibehalten wurde. Aus notarieller Sicht ist dabei von Interesse, inwieweit die Änderungen Eingang in die Dokumentation des Umstrukturierungsvorgangs finden. Dabei zeigt sich, dass in manchen Fällen besser Zurückhaltung zu üben ist.

⁴³ So auch Patt in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 22 UmwStG (SEStEG) Rdnr. 69.

⁴⁴ NJW 1995, 2794 = DNotZ 1996, 116; NJW-RR 1992, 1178; zuletzt NJW 2008, 1085 = MittBayNot 2008, 69 (nur LS).

Steuerlicher Verlustausgleich im Gesellschaftsrecht und Haftungs- bzw. Schadensrisiken

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 16.10.2007, VIII R 21/06* –

Von Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Der Beitrag gibt im Rahmen einer kurzen Besprechung des vorgenannten Urteils einen Überblick über die gesellschaftsrechtliche und steuerliche Bedeutung einer Gesellschaftereinlage sowie den steuerlichen Verlustabzug beim stillen Gesellschafter und Kommanditisten und weist auf Schadensrisiken insbesondere bei einer verzögerten Bearbeitung hin.

I. Sachverhalt des BFH-Urteils (vereinfacht)

Ein offenbar nicht unvermögender Anleger hat sich mit Vertrag vom 2.11.1996 als (typischer) stiller Gesellschafter an einer GmbH beteiligt, und zwar mit einer Einlage von 22,5 Mio. DM; mit Vertrag vom 1.9.1997 beteiligte sich der Anleger mit einer weiteren stillen Beteiligung von 29 Mio. DM an der GmbH. Die „Rendite“ der Anlagen war jedenfalls in den ersten Jahren eher bescheiden: Im Jahr 1996 machte der Anleger bei seiner Einkommensteuererklärung als Werbungskosten einen Verlustanteil von 16.064.563 DM aus der stillen Beteiligung geltend, im Jahr 1997 einen Verlustanteil von 31.703.808 DM. Das Finanzamt erkannte jedoch für 1996 überhaupt keinen Verlust und für 1997 lediglich einen Verlust von 2.400.000 DM an. Die nicht ganz unerhebliche Diskrepanz zwischen dem geltend gemachten und dem anerkannten Verlust führte bis zum BFH; dieser hat die Auffassung des Finanzamts jedoch weitgehend bestätigt. Tragender Grund war die Nichtanerkennung der Einlageleistung des Anlegers, der im Wesentlichen statt an einer Geldeinlage Verbindlichkeiten der GmbH in Höhe der Einlage übernommen hatte.

II. Überblick zur Bedeutung der Einlage eines Gesellschafters

1. Gesellschaftsrecht

a) Die *stille Gesellschaft* wird zwischen dem Inhaber eines Handelsgeschäfts bzw. einer Handelsgesellschaft und dem stillen Gesellschafter begründet. Dieser erbringt an den Inhaber die vereinbarte Einlageleistung und wird dafür am Gewinn und – im Rahmen der vertraglichen Regelungen – am Verlust des Inhabers beteiligt (§§ 231 f. HGB). Bei Beendigung der stillen Gesellschaft wird die vereinbarte Einlage, soweit sie nicht durch eine Verlustbeteiligung gemindert ist, zurückerstattet (§ 235 HGB).

b) Beim Kommanditisten ist die Rechtslage im Ausgangspunkt ähnlich: Dieser beteiligt sich an der *Kommanditgesellschaft* mit einer Kommanditeinlage und ist entsprechend am Gewinn und Verlust beteiligt (§§ 167 f. HGB). Zu unterscheiden ist dabei ggf. zwischen der im Handelsregister einzutragenden Hafteinlage, die maßgeblich für die Außenhaftung des Kommanditisten ist, und der für das Innenverhältnis maßgeblichen Kommanditeinlage, die für die Gewinn- und Vermögensbeteiligung des Kommanditisten relevant ist; Haft- und Kommanditeinlage in diesem Sinne können, müssen aber nicht gleich hoch sein.

c) Das finanzielle Risiko der stillen Beteiligung weist im Vergleich zu einer Kommanditbeteiligung einige Unter-

schiede, aber auch manche Gemeinsamkeiten auf:¹ Abweichend zur Haftung eines Kommanditisten² bestehen unmittelbare Ansprüche der Geschäftsgläubiger gegen den stillen Gesellschafter auch nicht in Höhe einer etwa ausstehenden Einlage. Dieser ist aber immerhin gegenüber dem Inhaber zu deren Leistung und – soweit dies nicht vertraglich ausgeschlossen wird – zur anteiligen Verlusttragung verpflichtet. Bei einem verlustreichen Geschäftsverlauf vermindert sich somit im Falle einer Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters dessen Auseinandersetzungsguthaben in vergleichbarer Weise wie beim Kommanditisten. Ferner können die Geschäftsgläubiger auf die Einlage bzw. die Einlageforderung – als Bestandteile des Geschäftsvermögens des Inhabers – Zugriff nehmen.³ Ein weiterer Unterschied ergibt sich bei der Rückzahlung der Einlage: Während der Kommanditist insoweit dem Zugriff der Geschäftsgläubiger wieder ausgesetzt ist (§ 172 Abs. 4 HGB), gilt Entsprechendes für den stillen Gesellschafter nur unter den engen Voraussetzungen des § 136 InsO, also bei Abschluss einer Vereinbarung über die Rückzahlung der Einlage (bzw. den Verzicht auf die Verlustbeteiligung) im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag über den Geschäftsbetrieb des Inhabers.⁴ Anders als ein Kommanditist kann schließlich der stille Gesellschafter seine Ansprüche bei Beendigung der Gesellschaft gemäß § 236 HGB als Insolvenzforderung geltend machen; ob damit praktisch viel gewonnen ist, mag dahinstehen.⁵

In bestimmten Fällen atypischer stiller Beteiligungen, insbesondere wenn dem stillen Gesellschafter die Einflussrechte eines Kommanditisten eingeräumt werden oder die stille Beteiligung mit einer Kommanditbeteiligung verbunden ist, behandelt die Rechtsprechung die stille Einlage allerdings unter Umständen ähnlich wie eine Kommanditeinlage. Die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs als Insolvenzforderung gemäß § 236 Abs. 1 HGB ist in diesen Fällen ausgeschlossen, eine rückständige Einlage kann ohne die Beschränkungen des § 236 Abs. 2 HGB eingefordert werden. Ferner kann die allgemeine insolvenzrechtliche Nachrangordnung

¹ Vgl. zu Nachfolgendem: *Weigl*, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 2. Aufl. 2004, Muster 2, II. 3, aus dem die vor- und nachstehenden Hinweise zur Haftung übernommen wurden.

² Die Haftung des Kommanditisten beschränkt sich auf seine (im Handelsregister eingetragene) Hafteinlage und ist nach Leistung der Einlage ausgeschlossen (§ 171 HGB).

³ Durch Pfändung gemäß §§ 803 ff., 828 ff. ZPO.

⁴ Zum (eingeschränkten) Anwendungsbereich der Vorschrift siehe *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 236 Rdnr. 6. Der Kommanditist haftet im Fall seines Ausscheidens dagegen bei Rückerhalt der Einlage für Schulden der KG, allerdings zeitlich begrenzt gemäß §§ 160 f. HGB.

⁵ Meist beträgt die Insolvenzquote, sofern nicht überhaupt die Insolvenzeröffnung mangels Masse abgelehnt wird, nur wenige Prozent.

* MittBayNot 2009, 69 (in diesem Heft).

Anwendung finden.⁶ Eine weitere Annäherung der Kommandit- an die stille Beteiligung ergibt sich, wenn die *Haft einlage* des Kommanditisten gemäß § 171 HGB sehr niedrig gewählt wird, z. B. mit 100 € und die restliche Einlage lediglich als internes Beteiligungskapital („Pflichteinlage“) erbracht wird.

d) Bei der *GmbH* richten sich Stimmrecht, Gewinn- und Vermögensbeteiligung i. d. R. nach der Höhe des Geschäftsanteils eines Gesellschafters; eine Außenhaftung besteht regelmäßig nicht, so dass die Haftungssituation insoweit der stillen Beteiligung ähnelt; der GmbH-Gesellschafter haftet jedoch bei Rückgewähr der Stammeinlage strenger (§§ 30 f. GmbHG), ferner haftet er – anders als ein Kommanditist – auch für die Erbringung der Stammeinlagen der anderen Gesellschafter (§ 24 GmbHG).

2. Steuerrecht

a) Befindet sich der Anteil des sog. *typischen stillen Gesellschafters* in dessen Privatvermögen, führen seine Gewinnanteile zu Kapitaleinkünften gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG und jedenfalls nach damaliger und derzeit noch geltender Rechtslage seine zurechenbaren Verlustanteile zu Werbungskosten. Bei Verlusten über die Einlage hinaus sind die Abzugsbeschränkungen der §§ 20 Abs. 1 Nr. 4, 15 a EStG zu beachten, im Übrigen auch die allgemeinen Beschränkungen (insbesondere §§ 10 d Abs. 2, 15 b EStG, sowie beispielsweise für die stille Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Kapitalgesellschaft die speziellen Regelungen der §§ 15 Abs. 4 Satz 6–8, 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG).⁷

b) Werden die Rechte des stillen Gesellschafters weitgehend denen eines Kommanditisten angenähert, der stille Gesellschafter insbesondere auch an den stillen Reserven beteiligt, spricht man üblicherweise von einer sog. *atypischen stillen Beteiligung*; der *atypische stille Gesellschafter* wird dann als *Mitunternehmer* gemäß § 15 EStG besteuert, und zwar weitgehend wie ein Kommanditist. Verlustanteile sind hier ebenfalls – im Rahmen der allgemeinen Grenzen – bis zur Höhe der Einlage abzugsfähig, bei Verlusten über die Einlage hinaus gilt wiederum § 15 a EStG.⁸

c) Soweit § 15 a EStG eingreift (also die Verlustanteile die Einlage übersteigen), sind Verlustanteile im Grundsatz nur mit künftigen Gewinnanteilen aus späteren Geschäftsjahren verrechenbar. Dabei liegt § 15 a EStG letztlich der Gedanke zu Grunde, dass der stille Gesellschafter wie auch der Kommanditist für Verluste über die Einlage hinaus jedenfalls „im Normalfall“ nicht haftet.

Entscheidend für die steuerliche Abzugsfähigkeit im betreffenden Veranlagungsjahr ist somit die Höhe der *steuerlich relevanten Einlage*.⁹

⁶ Mit Inkrafttreten des MoMiG sind §§ 172 a, 32 a GmbHG (betr. Kapitalersetzende Darlehen) außer Kraft getreten; an deren Stelle tritt allgemein der Nachrang von Ansprüchen unmittelbarer Gesellschafter gegen die Gesellschaft, vgl. *Mock*, OStR 2008, 1645.

⁷ Vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 27. Aufl., § 20 Rdnr. 97 ff.

⁸ Vgl. *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 340 ff.

⁹ Die Einlage kann noch bis zum Ende des betreffenden Veranlagungsjahres geleistet bzw. heraufgesetzt werden, wenn die zurechenbaren Verluste die Höhe der bisher geleisteten Einlage übersteigen (eine rückwirkende Gründung der stillen Gesellschaft wird aber steuerlich allenfalls für einen sehr kurzen Zeitraum anerkannt); zur Unterscheidung und zu den Wirkungen einer zeitkongruenten, nachträglichen bzw. vorgezogenen Einlage siehe *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 a Rdnr. 180 ff.; zur Anwendung dieser Rechtsprechung auf die atypische stille Gesellschaft siehe BFH, DStRE 2008, 153; zur geplanten Korrektur durch das JStG 2009 siehe *Nacke*, DB 2008, 1396, 1398.

Beim *Kommanditisten* ist insoweit zunächst die im Handelsregister eingetragene Haft einlage relevant; ob diese Haft einlage bereits geleistet wurde, ist hierbei nicht von Bedeutung. Sofern die im Innenverhältnis vereinbarte Kommanditeinlage im konkreten Fall höher ist als die Haft einlage, erhöht sich der mögliche Verlustausgleich um den die Haft einlage übersteigenden Betrag, dies jedoch nur, soweit die die Haft einlage übersteigende Kommanditeinlage auch tatsächlich geleistet wurde.¹⁰

Bei der *stillen Gesellschaft* wird die Einlage nicht im Handelsregister eingetragen, eine Außenhaftung besteht nicht (siehe oben). Aus diesem Grund wird hier § 15 a EStG jedenfalls von der Rechtsprechung so angewandt, dass eine Verlustausgleichsmöglichkeit nur in Höhe der tatsächlich geleisteten Einlage besteht.¹¹

Besteht nun die *Einlageleistung* nicht in einer Geldzahlung, sondern in der *Übernahme von Verbindlichkeiten* der Kommanditgesellschaft bzw. des Inhabers bei der stillen Gesellschaft, stellt sich die Frage, was erforderlich ist, um den Vollzug der Einlageleistung bejahen zu können. Nach der Rechtsprechung (die so im Besprechungsurteil bestätigt wurde) ist bei der Übernahme von Schulden die Einlage nur geleistet, soweit die Kommanditgesellschaft bzw. – bei der stillen Gesellschaft – der Inhaber von den übernommenen Verbindlichkeiten endgültig befreit ist; eine Erfüllungsübernahme, welche die Mithaftung der Kommanditgesellschaft bzw. des Inhabers fortbestehen lässt, soll nicht genügen.¹²

d) Bei einem *GmbH*-Gesellschafter spielt dies alles dagegen keine Rolle: Eine Zurechnung von Verlusten der GmbH beim Gesellschafter findet generell nicht statt. Anders ist dies nur bei der Begründung einer ertragsteuerlichen *Organschaft* durch Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags mit dem Gesellschafter; dies setzt allerdings steuerlich voraus, dass es sich beim Gesellschafter (Organträger) selbst um ein gewerbliches Unternehmen handelt (§§ 17, 14 Abs. 1 KStG).

III. Ergänzende Hinweise zum BFH-Urteil

Nach dem Sachverhalt des Besprechungsurteils wurden die Genehmigungen zu den Schuldübernahmen erst nach Ablauf des Kalenderjahres 1997 erteilt. Damit wurden die Schuldübernahmen unter Wegfall der Haftung der GmbH erst nach 1997 wirksam. Für die Jahre 1996 und 1997 wurde eine Einlageleistung bezüglich der übernommenen Schulden nicht anerkannt. Nach den genannten Grundsätzen der Rechtsprechung war die Nichtanerkennung des Verlustabzugs in den beiden betreffenden Jahren deshalb folgerichtig. Ob dies überzeugt, ist eine andere Frage.¹³

Wieder eine andere Frage ist es, ob der Verlustabzug nachträglich in dem Jahr möglich war, in dem die Schuldübernahme jeweils genehmigt wurde und damit eine hinreichende

¹⁰ Vgl. BFH, DStR 2008, 38. Zu Verlustnutzungsmaßnahmen beim Kommanditisten vgl. auch *Ley/Strahl*, DStR 2004, 2077. Das JStG 2009 sieht hierzu gewisse Einschränkungen vor (vgl. vorstehende Fn.).

¹¹ Vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 20 Rdnr. 100.

¹² Vgl. BFH, DStR 2008, 37; siehe ferner bereits BFH, DStR 2002, 1085; DStRE 2004, 251.

¹³ Die Rechtsprechung argumentiert u. a. damit, dass die KG bzw. der Inhaber bis zur Genehmigung der Schuldübernahme noch mitverpflichtet sei und deshalb die übernommene Verbindlichkeit noch bilanzieren müsse. M. E. müsste darauf abgestellt werden, ob der Freistellungsanspruch aufgrund der Erfüllungsübernahme ausreichend werthaltig ist; wenn ja, wäre eine Inanspruchnahme der KG bzw. des Inhabers nicht mehr überwiegend wahrscheinlich, so dass eine Bilanzierung dann nicht mehr geboten wäre (vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 5 Rdnr. 312 u. 376 f.) und auch eine Erfüllungsübernahme als Einlageleistung ausreichend sein müsste.

Einlageleistung vorlag. Darüber wurde im Besprechungsurteil nichts ausgesagt. Nach bisheriger Rechtsprechung kommt ein solcher Verlustausgleich mit anderen Einkünften jedoch nur bezüglich (neuer) Verluste im Jahr der Einlageleistung oder danach in Betracht, im Übrigen erst bei Beendigung/Veräußerung der stillen Beteiligung – ein für den Anleger (zumindest bezüglich des „Zinsschadens“) sicherlich unerfreuliches Ergebnis! Nach den im Entwurf des JStG 2009 vorgesehenen Regelungen soll auch ein Verlustausgleich mit anderen Einkünften bezüglich Verlusten aus Jahren nach der Einlageleistung nicht mehr möglich sein.¹⁴ Für die Zeit nach dem 1.1.2009 (siehe nachfolgend im Text) wäre bei einer typischen stillen Gesellschaft ein Verlustausgleich im Übrigen grundsätzlich nur noch mit Kapitaleinkünften möglich.

IV. Ausblick auf die Verlustabzugsmöglichkeiten ab 1.1.2009 und die Rechtsformwahl

a) Ab dem Veranlagungszeitraum 2009 treten weitere wesentliche Änderungen der Unternehmensteuerreform 2008 in Kraft,¹⁵ insbesondere – neben dem Wechsel des Halbeinkünfteverfahrens zum Teileinkünfteverfahren – die *Abgeltungssteuer*.

Hätte der obige Sachverhalt im Jahr 2009 gespielt, hätte sich die Frage des Verlustausgleichs so gar nicht mehr gestellt:

Befindet sich der Anteil des *typischen stillen Gesellschafters* in dessen Privatvermögen,¹⁶ unterliegen seine Gewinnanteile als Kapitaleinkünfte gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG der 25%igen Abgeltungssteuer nach § 32 d EStG, *sofern nicht* (vgl. § 32 d Abs. 2 Nr. 1 EStG)

- Inhaber und stiller Gesellschafter nahestehende Personen sind, oder
- im Falle einer stillen Gesellschaft an einer Kapitalgesellschaft oder e. G. der stille Gesellschafter zugleich selbst oder eine ihm nahestehende Person unmittelbar an dieser Kapitalgesellschaft bzw. e. G. mit mindestens 10 % beteiligt ist, oder
- eine sog. Back-to-Back-Finanzierung i. S. d. § 32 Abs. 2 Nr. 1 c vorliegt (bei stillen Gesellschaften wohl nur in Ausnahmefällen relevant), oder
- auf Antrag des stillen Gesellschafters nach § 32 d Abs. 6 EStG die Günstigerprüfung zu einer Besteuerung führt (wenn er also mit einem Einkommensteuersatz unter 25 % besteuert wird),

so dass die Gewinn-/Verlustanteile dann nach den Regelungen des allgemeinen Steuertarifs veranlagt werden (ohne Anwendung der § 20 Abs. 6 und 9 EStG, siehe hierzu nachfolgend).

Sofern nicht eine Ausnahme nach § 32 d Abs. 2 EStG vorliegt, ist nach § 20 Abs. 9 EStG ein Werbungskostenabzug über den Sparerpauschbetrag von 801 € bzw. – bei Ehegatten – 1.602 € hinaus ausgeschlossen. Ein zurechenbarer Verlust aus der stillen Beteiligung kann nur mit anderen Kapitaleinkünften aus dem gleichen oder einem späteren Veranlagungszeitraum verrechnet werden, und zwar entweder über den sog. Verlustverrechnungstopf oder mittels Verlustbescheinigung (vgl. §§ 43 a Abs. 3, 20 Abs. 4, 32 d Abs. 4 EStG). Verluste über die Einlage hinaus können – wie bisher – allenfalls mit

künftigen Gewinnanteilen des stillen Gesellschafters verrechnet werden (§§ 20 Abs. 1 Nr. 4, 15 a EStG). Der Anleger im Urteilssachverhalt hätte daher auch bei steuerlicher Anerkennung der Einlageleistung im Verlustjahr seinen Verlustanteil nur mit anderen Kapitaleinkünften ausgleichen können.

b) Ein Gewinn/Verlust aus der *Veräußerung* bzw. bei der *Auflösung der stillen Beteiligung* ist ebenfalls nach vorstehenden Besteuerungsgrundsätzen zu versteuern (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 EStG); die Berechnung des Veräußerungsgewinns einschließlich der Berücksichtigung von Veräußerungskosten ist in § 20 Abs. 4 EStG geregelt. Auch der Ausfall des stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Inhabers hinsichtlich der Rückzahlung seiner Einlage, soweit diese nicht bereits durch Verluste aufgezehrt war (vgl. § 236 Abs. 1 HGB), führt demnach zu einem Veräußerungsverlust. Wurde die stille Beteiligung vor dem 1.1.2009 begründet bzw. angeschafft, gelten für einen Gewinn/Verlust aus der Veräußerung bzw. der Auflösung der stillen Beteiligung noch die früheren Regelungen.¹⁷

c) Eine stille Beteiligung, die einen Verlustausgleich mit anderen als Kapitaleinkünften erlaubt, ist deshalb künftig nur noch außerhalb der Abgeltungssteuer nach § 32 d EStG oder als *atypische stille Beteiligung* in Form einer Mitunternehmerschaft (siehe oben II. 2. b) möglich. Bei dieser kann auch der Ausfall der stillen Beteiligung, z. B. durch Insolvenz des Inhabers, als steuerlicher Verlust mit anderen Einkünften ausgeglichen werden. Anders als bei der typischen stillen Beteiligung werden die Gewinnanteile des atypischen stillen Gesellschafters auch nicht als Zinsen im Sinne der Zinsschranke gemäß §§ 4 h EStG, 8 a EStG behandelt.

d) *Kommanditbeteiligung und atypische stille Gesellschaft* werden auch künftig steuerlich weitgehend gleich behandelt; dies gilt insbesondere für die Verlustnutzung, jedoch mit der Einschränkung, dass bei der stillen Gesellschaft als Verlustausgleichsrahmen nur die *geleistete* Einlage zur Verfügung steht, beim Kommanditisten außerdem die im Handelsregister eingetragene Hafteinlage (unabhängig von der Einlageleistung), ferner dass nur bei der stillen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft der Verlustabzug durch § 15 Abs. 4 Satz 6 ff. EStG ggf. eingeschränkt ist.

Erbschaft- und schenkungsteuerlich wird wohl auch nach Inkrafttreten der geplanten Erbschaftsteuerreform die atypische stille Beteiligung – anders als die Kommanditbeteiligung – von der Finanzverwaltung – allerdings zu Unrecht – nicht als privilegiertes Betriebsvermögen i. S. d. § 13 a ErbStG angesehen werden.¹⁸

Entscheidet man sich für die Beteiligung als Kommanditist, ist noch zu beachten, dass hier die *Zwischenschaltung eines Treuhänders* nicht nur aus erbschaft- bzw. schenkungsteuerlichen Gründen problematisch ist,¹⁹ sondern auch den Verlustabzug bezüglich der im Handelsregister eingetragenen Kommanditeinlage ausschließt bzw. gefährdet.²⁰

¹⁴ Vgl. oben Fn. 9 m.w.N.; siehe im Übrigen *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 a Rdnr. 180 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu z. B. *Bäumer*, DStR 2007, 2089.

¹⁶ Vgl. hierzu und zum nachfolgenden *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 20 Rdnr. 91 ff., 170 ff., 195 ff., 220 ff., 240 ff., ferner die Erläuterungen zu § 32 d.

¹⁷ Vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 20 Rdnr. 102, 170: Veräußerungsgewinne bzw. -verluste sind nur innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist des § 23 EStG relevant, ein Verlust der Einlage durch Insolvenz des Inhabers ist irrelevant. Für den bis zur Auflösung entstandenen laufenden Gewinn- oder Verlustanteil würden jedoch die oben im Text unter IV. skizzierten Grundsätze gelten.

¹⁸ Vgl. Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, DStR 2008, 508 f.; zu Recht hierzu kritisch *Wälzholz*, ZEV 2007, 369; auch die Rechtsprechung scheint bisher eher zur Privilegierung der atypischen stillen Beteiligung gemäß § 13 a ErbStG zu tendieren, vgl. FG Köln, DStRE 2007, 762; zur Prüfung unter Missbrauchsgesichtspunkten siehe FG Düsseldorf, DStRE 2007, 1463.

¹⁹ Vgl. die Nachweise in vorstehender Fn.

²⁰ Vgl. *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 a Rdnr. 131.

V. Folgerungen für die notarielle Tätigkeit

Was hat dies nun alles mit der notariellen Tätigkeit zu tun, soweit man nicht ausnahmsweise als Notar über die steuerlichen Vor- und Nachteile einer stillen Beteiligung bzw. einer Kommanditbeteiligung und die steuerlichen Verlustnutzungsmöglichkeiten beraten will?

a) Dazu folgende *Fallabwandlung*: Der Notar beurkundet im August 2007 eine Geschäftsanteilsabtretung, in deren Rahmen ein Vertragsteil eine stille Beteiligung mit der GmbH eingeht und die Einlage durch Erfüllungsübernahme erbringt. Auf Wunsch übernimmt der Notar die Einholung der Schuldübernahmegenehmigung; diese geht erst im Januar 2008 beim Notar ein. Steuerliche Folge: vgl. oben. Der Notar kann damit rechnen, dass von den Beteiligten sehr genau nachgefragt werden wird, ob die Erteilung bei „etwas mehr Engagement“ nicht schon im Dezember 2007 möglich gewesen wäre.

Daraus lässt sich ersehen, dass der Notar durchaus auch wegen eines „Steuerschadens“ in eine unangenehme Situation kommen kann, obwohl er im Grundsatz keine steuerliche Beratung und Kontrolle schuldet²¹ und eine etwas verzögerte Bearbeitung im Notariat Schäden auslösen kann, an die man – anders als bei der Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit oder einer Grundschuldeintragung – gar nicht denkt.

b) Außerdem zeigt das BFH-Urteil, dass Erfüllungsübernahme und (schuldbefreiende) Schuldübernahme, obwohl wirtschaftlich durchaus vergleichbar, steuerlich durchaus unterschiedlich behandelt werden können.²²

c) Anderes Beispiel: Der Notar ist beauftragt, den Eintritt eines Kommanditisten bzw. eine Kommanditeinlageerhöhung beim Registergericht anzumelden. Erfolgt die Eintragung nicht im gleichen Jahr, kann die einzutragende Hafteinlage nicht in diesem Jahr für einen steuerlichen Verlustausgleich genutzt werden (§ 15 a EStG, siehe oben). Entsprechendes gilt übrigens für die Anmeldung bzw. Eintragung eines Gewinnabführungsvertrags zur Begründung einer Organschaft (§§ 14, 17 KStG), da eine solche erstmals für das Veranlagungsjahr anerkannt wird, in dem die Registereintragung erfolgt.

Ein eventuelles weiteres Gefahrenpotential kann z. B. entstehen, wenn sich der Notar bereit erklärt, die Eintragungsmittlung des Registergerichts an den Kommanditisten weiterzuleiten. Wenn nämlich nach irgendwelchen Vereinbarungen der Gesellschafter von der Eintragung weitere nennenswerte Zahlungen abhängen und die Eintragungsmittlung nicht unverzüglich weiter übermittelt wird, kann ein entsprechender Verzögerungsschaden eintreten. So war in einem konkreten Fall an die Eintragung eine weitere Zahlung des Kommanditisten von einigen Millionen Euro an die Gesellschaft geknüpft; der

Notar wurde darauf nicht ausdrücklich hingewiesen, doch wurde dem Notar im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Registeranmeldung auch ein ca. 100-seitiger Beteiligungsvertrag vorgelegt, in dem auf „Seite 32“ die Zahlungspflicht enthalten war. Aufgrund Erkrankung eines Notarmitarbeiters wurde die Eintragungsmittlung erst mit einigen Tagen Verzögerung übersandt ...

d) Ein ähnliches Problem, freilich mit einem insoweit erheblich geringeren Schadenspotential, kann bei der Übersendung von Grundbuchvollzugsmittlungen entstehen, man denke nur an die Eigentumsumschreibung des Käufers, der von seinem einmonatigen Sonderkündigungsrecht für die Gebäudeversicherung Gebrauch machen will, wobei die Monatsfrist ab Eigentumsumschreibung zu laufen beginnt, der Notar die Eintragungsmittlung aber nicht selten erst kurz vor Ablauf der Sonderkündigungsfrist vom Grundbuchamt erhält.

Wegen der oft überraschenden und im Einzelfall hohen Verzögerungsschäden dürfte einer der wichtigsten Faktoren zu deren Vermeidung ein gut organisiertes Notariat mit auch im Vollzug schnellen Bearbeitungszeiten, einem effizienten Wiedervorlagesystem und Genauigkeit im Postversand sein – das ist freilich zugegebenermaßen nicht wirklich eine neue Erkenntnis!

e) Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch die Anmerkung erlaubt: Gerade im Bereich des Gesellschaftsrechts und des Betriebsvermögens, einschließlich betrieblich genutzter Grundstücke, sollte sich der Notar stets im Klaren darüber sein, dass jede auf den ersten Blick noch so unverfängliche Beurkundung steuerlich gravierende Auswirkungen haben kann, z. B. kann jede Schenkung eines GmbH-Geschäftsanteils u. a.

- eine steuerpflichtige Entnahme aus dem Betriebsvermögen sein (z. B. beim – häufigen – Bestehen einer Betriebsaufspaltung), oder
- zu einer gewinnrealisierenden Beendigung einer Betriebsaufspaltung oder zur Errichtung einer steuerverstrikenden Betriebsaufspaltung führen, oder
- einen Verlustvortrag (§ 8 c KStG) vernichten, u. v. m.

Außerdem kann praktisch jede Übertragung im betrieblichen Bereich irgendwelche steuerlichen Behaltefristen verletzen.²³ Aus diesem Grund sollte im vorgenannten Bereich möglichst keine Beurkundung stattfinden, mit der nicht auch ein Steuerberater befasst oder dies zumindest seitens des Notars ange-regt worden war. Hierzu gehört beispielsweise auch der Kauf eines Gewerbebauplatzes, bei dem bereits vorher auch unter steuerlichen Gesichtspunkten entschieden werden muss, ob dieser von einer möglicherweise bestehenden Gesellschaft, deren Gesellschafter oder (z. B. zur Vermeidung einer Betriebsaufspaltung oder zur „Haftungsvermeidung“) dessen Ehegatten gekauft werden soll.

²¹ Vgl. zuletzt BGH, DNotZ 2008, 370.

²² So wurde auch die reine Erfüllungsübernahme unter Angehörigen als Gegenleistung im Rahmen der Gewährung der früheren Eigenheimzulage teils kritisch von der Finanzverwaltung und Finanzgerichten gesehen.

²³ Vgl. zu Behaltefristen z. B. *Spiegelberger* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., E Rdnr. 311.

Kellerrechte in Bayern

Von Rechtsanwältin Dr. Gabriele Freudling, München

In Bayern finden sich noch ziemlich häufig Nachweise alter Kellerrechte als Eigentums- oder Nutzungsrechte unter fremden Grundstücken. Es handelt sich hierbei um Relikte aus der Zeit vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und vor der Erfindung von Kühlschränken, als Lagerkeller für Bier, Wein oder Feldfrüchte noch eine große Bedeutung hatten. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der rechtlichen Behandlung solcher Kellerrechte.

I. Vorkommen alter Kellerrechte in Bayern

Vorwiegend in bergigen und felsigen Gegenden wie sie in Franken, der Oberpfalz und im Bayerischen Wald anzutreffen sind, wurden Lagerkeller errichtet und Kellerrechte begründet, die bis in die heutige Zeit erhalten sind. Besonders zu erwähnen sind die fränkischen Felsenkeller, die vornehmlich im 19. Jahrhundert den zahlreichen Brauereien die Anlage frostsicherer Bierkeller ermöglichten. Sie werden teilweise heute noch gastronomisch genutzt. Soweit sie funktionslos geworden sind, dienen sie dem Naturschutz, beispielsweise als Winterquartier für Fledermäuse. In Unterfranken sind es mehr Weinkeller, die aus dieser Zeit noch erhalten sind. Bekannt sind auch die Felsenkeller von Schwandorf/Oberpfalz oder das „unterirdische Zwiesel“ im Bayerischen Wald. In Regen im Bayerischen Wald haben noch vor kurzem grundbuchlich registrierte altrechtliche Erdäpfelkeller unter altrechtlichem Stockwerkseigentum¹ für Verwirrung gesorgt und unter den Beteiligten zu Rechtsunsicherheiten bezüglich der Eigentums- und Nutzungsrechte sowie der Unterhaltslasten geführt.

Mit den nachfolgenden Ausführungen soll versucht werden, einen allgemeinen Überblick über die Arten von in Bayern vorkommenden Kellerrechten und deren rechtlicher Handhabung zu schaffen.

II. Rechtliche Einordnung der vor dem 1.1.1900 bestellten Kellerrechte in Bayern

1. Mögliche Rechtsformen

Bei den oft als freies Eigentum behandelten alten Kellerrechten stellt sich zunächst die Frage, ob es sich hier tatsächlich um Eigentum im heute verstandenen Sinne handelte, oder ob ein anders geartetes Recht an einem Gebäudeteil vorlag. Bei den Sonderberechtigungen an Kellern aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 kann es sich entweder um *Stockwerkseigentum* oder um ein grundstücksgleiches (*superficiarisches*) Nutzungsrecht (Platzrecht) oder um eine Dienstbarkeit handeln. Die Rechtsnatur bestimmt sich zunächst nach dem am jeweiligen Ort zum Erwerbszeitpunkt geltenden Landesrecht.² Die Beweisführung oder Glaubhaftmachung kann im Streitfall die Vorlage sämtlicher Erwerbsurkunden sowie Einträge in Registern wie Hypothekenbüchern, Grundbüchern, Liegenschaftskatastern

erfordern, die, wenn man Glück hat, in den Archiven noch aufzufinden sind.

2. Stockwerkseigentum

Stockwerkseigentum i. S. v. Art. 182 EGBGB, das in der Regel nach Art. 42 ÜGBGB bzw. Art. 62 AGBGB 1982 als uneigentliches Stockwerkseigentum fortgilt, war nach den in Bayern im 19. Jahrhundert geltenden Partikularrechten, insbesondere dem Bayerischen Landrecht, zulässig und auch nach dem subsidiär geltenden gemeinen Recht gewohnheitsrechtlich anerkannt, obwohl es dem römischrechtlichen Grundsatz *superficies solo cedit* widersprach.³ Stockwerkseigentum setzt generell voraus, dass Miteigentum an einem Grundstücks- oder Gebäudeteil besteht,⁴ was bei Kellerrechten selten vorkommt. Denkbar wäre diese Konstellation in dem vom BayObLG am 2.12.1910⁵ entschiedenen Fall, in welchem zu dem Beschrieb eines Stockwerkseigentums in Memmingen neben anderen Räumen in verschiedenen Stockwerken „... im Erdgeschoss: ein Keller ...“ gehörte. Nach Ansicht des Gerichts konnte in Memmingen vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches der Eigentümer solcher Stockwerksanteile jeden Anteil einzeln veräußern und verpfänden, was durch Artikel 42 ÜGBGB dahingehend geändert worden sei, dass die früheren Rechte nicht mehr getrennt veräußert werden könnten. Das frühere Stockwerkseigentum sei nun Miteigentum am Grundstück mit der Maßgabe, dass jedem Miteigentümer das ausschließliche und dauernde Benutzungsrecht derjenigen Teile des Gebäudes zustehe, die ihm zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehörten.

3. Erbbaurecht, Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit

Hat der Kellerberechtigte kein Miteigentum am Grundstück und auch nicht an gemeinschaftlichen Einrichtungen des darüberstehenden Gebäudes, bestimmt sich der Inhalt des Kellerrechts nach Art. 184 EGBGB, wonach es nach dem 1.1.1900 mit verändertem, dem Bürgerlichen Gesetzbuch angepassten Inhalt fortbesteht. Sofern ein solches Recht frei veräußerlich und vererblich, also ein grundstücksgleiches Recht ist, handelt es sich um eine altrechtliche *superficies*, auf die die für das Erbbaurecht geltenden Bestimmungen Anwendung finden. Ist es hingegen als unselbständiges Nebenrecht mit dem Eigentum an einem anderen berechtigten Grundstück verbunden, so gelten die Vorschriften über *Grunddienstbarkeiten*; ist

¹ Siehe Freudling, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 116, Germanistische Abteilung, 384.

² Vgl. Staudinger, BGB, 12. Aufl., Art. 181 EGBGB Rdnr. 2; Abschluss über das jeweils geltende Partikularrecht gibt die *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*, nebst Orientierungsheft, 1896, sowie von Völderndorff, Civilgesetzstatistik des Königreichs Bayern, 1880, sowie von Roth, Bayrisches Civilrecht, Band I, 1881.

³ Von Roth, Bayrisches Civilrecht, Bd. II/1, 1897, S. 164 f., insb. Fn. 16 m. zahlr. N. aus der Rechtspraxis.

⁴ BayObLG, OGHZ 22, 270; BayObLGZ 67, 397, 400; 95, 412; siehe auch Freudling, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 116, Germanistische Abteilung, 400.

⁵ OGHZ 11, 713.

es im letztgenannten Fall nur einer bestimmten Person für deren Lebenszeit eingeräumt worden, dann wird es als *beschränkte persönliche Dienstbarkeit* beurteilt.⁶

Aufschluss über die Auslegung von Registereinträgen hinsichtlich der Wertung alter Kellerrechte als Stockwerkseigentum, Erbbaurecht oder (beschränkt persönliche) Dienstbarkeit gibt die Entscheidung des BayObLG vom 5.11.1969⁷, wonach es sich bei der Bezeichnung „Keller am Grundstück ...“ im Grundbuch für das herrschende Grundstück in aller Regel um eine nachrichtliche Beschreibung an einem Keller handle, die bei bestehendem Miteigentum als Stockwerkseigentum, mangels Miteigentums am Grund als grundstücksgleiches Recht angesehen wurde, sofern es frei veräußerlich, also grundstücksgleiches Recht und somit Erbbaurecht sei. Sei es mit dem Eigentum am (herrschenden) Grundstück verbunden, so würden die Vorschriften über Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff. BGB) gelten; sei das Kellerrecht auf den Namen des Berechtigten eingetragen, so komme dem – so das Gericht – keine Bedeutung in dem Sinne zu, dass es einer bestimmten Person auf Lebenszeit als beschränkt persönliche Dienstbarkeit gewährt sei, denn bei altrechtlichen Kellerrechten sei der Name des Berechtigten immer eingetragen worden.

Als *Grunddienstbarkeit* hat beispielsweise das OLG Bamberg in seiner Entscheidung vom 13.10.1914⁸ das Recht an einem Felsenkeller beurteilt, der in einen Hang eingebaut war und einem Brauereigrundstück zum Einlagern des in der Brauerei erzeugten Bieres diene. Weil der Felsenkeller für die Brauerei unentbehrlich war und somit dem Brauereigrundstück diene, indem er „dessen dauerndes Interesse zu befriedigen bestimmt und geeignet“ war, wurde er vom Gericht als eine mit dem herrschenden Grundstück unzertrennlich verbundene Grunddienstbarkeit angesehen, die einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden könne und andererseits mit ihm notwendig auf den neuen Erwerber übergehe.⁹ Ebenso entschied das BayObLG in seinem Beschluss vom 20.10.1967¹⁰, dass ein altrechtliches Nürnberger Kellerrecht, das dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zustehe, eine Grunddienstbarkeit des bürgerlichen Rechts sei. Dies folgte das Gericht aus dem Grundbucheintrag von 1914 beim dienenden Grundstück Flst. Nr. 1824, dass sich „unter dem Grundstück ein dem Eigentümer des ... Flst. Nr. 1823 ... gehöriger Keller“ befinde. Das Kellerrecht – so das Gericht – habe nicht einer bestimmten Person zugestanden, sondern sei an das (herrschende) Grundstück (Flst. Nr. 1823) gebunden, also dessen Bestandteil i. S. d. § 96 BGB gewesen und somit als Grunddienstbarkeit und nicht als Erbbaurecht oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit einzuordnen.

Hingegen sah das BayObLG in seiner Entscheidung vom 22.12.1896¹¹ ein Kellerrecht als frei veräußerliche *superficies* nach gemeinen Rechtsgrundsätzen an, weil die Möglichkeit des selbständigen Besitzes an dem Keller bestand; diese war in dem zu entscheidenden Fall nach Ansicht des Gerichts deshalb gegeben, weil der Keller von den übrigen Räumen des Hauses aus, auf dem er stand, nicht zugänglich war, sondern einen vollständig abgetrennten Raum bildete, dessen ausschließlicher Besitz ohne Beeinträchtigung des Hausbesitzers

über einen separaten Zugang durch einen Dritten ausgeübt werden konnte.¹²

Auch die Vorgehensweise bei der Anlegung der Grundbücher kann Hinweise darauf geben, ob das einzutragende Recht als Dienstbarkeit oder *superficiarisches* bzw. Erbbaurecht beurteilt wurde. Die Anlegung eines eigenen Grundbuchblattes mit einer Sternplannummer weist auf das Bestehen eines *superficiarischen* Rechts hin, denn gemäß § 191 Abs. 2 BayDA¹³ durfte für ein Bauwerk nur dann ein eigenes Blatt angelegt werden, wenn es aufgrund eines *superficiarischen* oder Erbbaurechts bestand.¹⁴

III. Anzuwendende Vorschriften

1. Erbbaurecht

Auf *superficiarische* Kellerrechte, die vor dem 22.1.1919, dem Tag des Inkrafttretens der ErbbauVO, als Erbbaurecht erfasst worden sind, sind die §§ 1012 ff. BGB anzuwenden, die gemäß § 38 ErbbauRG weiterhin gelten. Für die nach heutigem Recht zu beurteilenden Eigentumsverhältnisse an einem Erbbaurechtskeller ist maßgeblich, ob der Keller in Ausübung eines zuvor bestellten Erbbaurechts errichtet oder ob das Erbbaurecht an dem bereits vorhandenen Keller bestellt worden ist. Im ersten Fall wird der Keller als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts Eigentum des Erbbauberechtigten (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB), im zweiten Fall verbleibt der Keller im Eigentum des Grundstückseigentümers.¹⁵

Die Wirksamkeit einer Weiterübertragung des Erbbaurechts nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches richtet sich nach Art. 184 Satz 2 EGBGB i. V. m. § 1017 Abs. 2 BGB und § 873 BGB.¹⁶ Gemäß Art. 184 Satz 2 EGBGB, §§ 1017 Abs. 2, 889 BGB erlischt das Erbbaurecht nicht, wenn der Eigentümer des Grundstücks, unter dem der Keller liegt, das Recht erwirbt. Das Erbbaurecht wird durch den Heimfall zum Eigentümerrecht.¹⁷

Gemäß § 1016 BGB erlischt das Erbbaurecht nicht durch den Untergang des Bauwerks oder bauliche Veränderungen.¹⁸ Eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts müsste gemäß § 1017

¹² Ebenso geht *Dölker*, Das Herbergsrecht in der Münchner Au, 1969, S. 41 f., von einer *superficies* aus, wenn der in der Sonderbenutzung stehende Gebäudeteil eine wirtschaftlich selbständige Bedeutung hatte, es sich also nicht lediglich um ein Annex handelte, wobei es insbesondere darauf ankam, dass ein eigener Zugang bestand.

¹³ Bayerische Dienstanweisung vom 27.2.1905 über die Verwendung von Sternplannummern; siehe hierzu *Henle/Schmitt*, Das Grundbuchwesen in Bayern, 1910, S. 5.

¹⁴ *D. Richter*, Das materielle und formelle Deutsche Grundbuchrecht in seiner Beziehung zum Liegenschaftskatasterdienst, 1950, S. 66; BayObLGZ 10, 601. Anlässlich der späteren Beseitigung der Sternplannummern sind übrigens Hinweise in den Beschlüssen der Grundbuchämter zu finden, ob Stockwerkseigentum in Betracht kam: Sofern es sich um Keller *ohne Fläche* handelte, wurde das für den Keller eigens angelegte Grundbuchblatt mit der Sternplannummer abgeschlossen und der Keller auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks, unter dem sich der Keller befand, als Erbbaurecht aufgeführt. Siehe auch BayObLGZ 10, 601.

¹⁵ *Meisner/Ring/Götz*, Nachbarrecht in Bayern, § 4 Rdnr. 7 ff. m. w. N.

¹⁶ Zur grundbuchrechtlichen Behandlung der Übertragung eines Kellerrechts an einem Bierkeller: LG Amberg, MittBayNot 1994, 45 und BayObLGZ 91, 179; BayObLG, MittBayNot 1991, 256; Rpfleger 2005, 247.

¹⁷ *Baur*, Sachenrecht, 1978, § 29 C II 4 und *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 889 Rdnr. 1.

¹⁸ Siehe auch *Baur*, Sachenrecht, § 29 C II 4.

⁶ BayObLGZ 67, 397, 400 m. w. N.; 69, 284; OLG Bamberg, OGHZ 18, 312; *Meisner/Ring/Götz*, Nachbarrecht in Bayern, 7. Aufl. 1986, § 4 Rdnr. 2 m. w. N.

⁷ BayObLGZ 69, 284 = Rpfleger 1970, 26.

⁸ OGHZ 18, 312.

⁹ OLG Bamberg, OGHZ 18, 312, 315.

¹⁰ BayObLGZ 67, 397.

¹¹ OGHZ 16, 281.

Abs. 2 i. V. m. § 877 BGB den Erfordernissen des § 873 BGB entsprechen. Schließlich kommt in bestimmten Fällen ein Erlöschen des Erbbaurechts im Wege der Buchversetzung nach § 901 Satz 2 BGB in Betracht, wenn es für die Berechtigten längere Zeit nicht eingetragen worden ist und der dingliche Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Eigentümer des Grundstücks, unter diesem Grundstück einen Keller zu haben, verjährt ist.¹⁹

2. Grunddienstbarkeit

Über das rechtliche Schicksal des altrechtlichen Nürnberger Kellerrechts als Grunddienstbarkeit gibt das Urteil des BayObLG vom 20.10.1967²⁰ weiter Aufschluss: In dem Rechtsstreit wurde vom Eigentümer des belasteten Grundstücks Flst. Nr. 1824 vorgebracht, das Kellerrecht zugunsten des Grundstücks Flst. Nr. 1823 sei erloschen, da das belastete Grundstück im Kriege zerstört, sodann einschließlich der Keller völlig neu erstellt worden sei, wobei die Kosten des Wiederaufbaus ein Dritter getragen habe, der inzwischen ein Erbbaurecht am dienenden Grundstück erworben habe.

Die Frage, welche Auswirkungen die Zerstörung des über dem Keller errichteten Gebäudes durch Kriegseinwirkungen hatte, prüfte das Gericht anhand von Art. 189 Abs. 3 EGBGB, wonach sich die Aufhebung eines Rechts, mit dem ein Grundstück zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs belegt ist, nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht im Grundbuch eingetragen ist, regelt. In Nürnberg sei in diesem Sinne das Grundbuch am 1.5.1909 als angelegt anzusehen, so dass sich die Aufhebung dieses Rechts, wozu auch die Aufhebung aus tatsächlichem Grund zu begreifen sei, bis zu seiner Eintragung nach dem in Nürnberg geltenden Partikularrecht richte, in Nürnberg die Nürnberger Reformation vom Jahre 1479/1564, das gemeine Recht und ergänzend die Übergangsbestimmungen der Art. 11 ff. BayÜbergangsG. Vom Zeitpunkt der Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten bestimme sich ihr Erlöschen nach dem Recht des BGB, Art. 189 Abs. 3 EGBGB. Im vorliegenden Fall gelte für das – wenn auch nur im Titel des dienenden Grundstücks eingetragene – Kellerrecht das Bürgerliche Gesetzbuch. Hiernach erlösche eine Grunddienstbarkeit, wenn ihre Ausübung für die Dauer unmöglich werde; eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit beeinträchtige den Bestand der Dienstbarkeit nicht. Da der Nießbrauch das

Grundstück in seinem jeweiligen Bestand ergreife und sich ohne weiteres auf die mit dem Grundstück neu verbundenen wesentlichen Bestandteile erstrecke (§§ 93, 94 BGB), ergreife er demnach auch ein statt eines zerstörten wiederaufgebautes Haus.²¹ Demnach habe die Zerstörung des auf der Erdoberfläche errichteten Hauses das Kellerrecht nicht zum Erlöschen gebracht. Objekt dieses Rechts sei nämlich nicht das zerstörte Gebäude, sondern der Erdkörper unter der Erdoberfläche, der nach wie vor als Keller benutzt werden könne. Die Zerstörung des Hauses habe somit die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur vorübergehend, nicht aber dauernd unmöglich gemacht.

Eine altrechtliche Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bedarf zunächst zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben nicht der Eintragung in das Grundbuch (Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Auch ist es unschädlich, wenn die Eintragung nicht an der richtigen Stelle vorgenommen wurde. Wurde sie bei der Übertragung des Grundstücks – fälschlicherweise – nicht mitübertragen, gilt die Grunddienstbarkeit gemäß § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht. Jedoch erlischt durch eine Nichtmitübertragung nicht das Benutzungsrecht an sich, denn für eine Aufhebung bedarf es gemäß § 875 Abs. 1 BGB einer Aufhebungserklärung *und* der Löschung im Grundbuch. Ist eine altrechtliche Grunddienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen, kann sie auch durch zehnjährige Nichtausübung gemäß Art. 57 Abs. 1 i. V. m. Art. 56 Abs. 3 AGBGB erlöschen, oder es kann ein gutgläubiger Erwerber das dienende Grundstück lastenfrei erwerben.²² Das BayObLG entschied hierzu am 4.3.2004²³, dass ein im Grundbuch für eine bestimmte Person eingetragenes Kellerrecht wegen § 891 BGB und mangels anderer urkundlicher Nachweise als beschränkte persönliche Dienstbarkeit anzusehen sei und bei Vorlage einer Sterbeurkunde des Berechtigten das dienende Grundstück lastenfrei erworben werden könne.

Die obigen Ausführungen zeigen: Wer heute in altrechtliche Keller, wie z. B. die attraktiven und geheimnisvollen Felsenkeller investieren will, muss oft erst in zeitaufwändiger Arbeit knifflige Rechtsprobleme überwinden, um Rechtsklarheit zu erlangen. Das Vorhaben ist nicht immer erfolgversprechend, da die erforderlichen Nachweise in den Staatsarchiven nicht mehr lückenlos vorhanden sind.

¹⁹ Siehe hierzu *Palandt/Bassenge*, 49. Aufl. 1990, § 901 Rdnr. 1 f. und Überbl. 3 a und b vor §§ 1012 ff.

²⁰ BayObLGZ 67, 397; s. o. bei Fn. 10.

²¹ BayObLGZ, 67, 397, 404.

²² Siehe hierzu BayObLGZ 95, 413 ff., 418 ff.

²³ Rpfleger 2004, 417.

BUCHBESPRECHUNGEN

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 22. Aufl., Heymanns, 2008. 2621 S., 248 €

Die umfassend überarbeitete 22. Auflage des „Kersten/Bühling“ bringt den „Klassiker“ auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Trotz der verstärkten Einarbeitung der für die notarielle Praxis zunehmend bedeutenden internationalen Bezüge, vor allem im Gesellschafts- und Umwandlungsrecht, ist es den Verfassern gelungen, die Grundkonzeption des Kersten/Bühling als ein komprimiertes, im Wesentlichen den gesamten Bereich notarieller Tätigkeit abdeckendes Nachschlagewerk mit prägnanten, in der Praxis erprobten und kompetent erläuterten Mustertexten beizubehalten.

Wie bisher gliedert sich der Kersten/Bühling in vier Teile: Notariatsverfassung, Notarverfahrensrecht, Beurkundungen aus dem Bürgerlichen Recht und Beurkundungen aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht.

Der Erste Teil über die Notariatsverfassung wurde vor allem um die Entscheidung des BVerfG vom 20.4.2004 zum Zugang zum Anwaltsnotariat (DNotZ 2004, 560), die infolge dieser Entscheidung geänderten Ausführungsbestimmungen der Länder zur Bundesnotarordnung und die daran anschließenden Bestrebungen einer Reform des Zugangs zum Anwaltsnotariat sowie um einen Hinweis auf die Notariatsreform in Baden-Württemberg ergänzt.

Die Überarbeitung des Zweiten Teils über das Notarverfahrensrecht hat nicht nur wichtige Gesetzesänderungen und neue Rechtsprechung im Bereich des notariellen Verfahrensrechts berücksichtigt, wie etwa das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts mit dem dynamischen Vollstreckungstitel gemäß § 1612 a BGB n. F., die Neufassung des Preisklauselgesetzes mit der Abschaffung des Genehmigungserfordernisses für Wertsicherungsklauseln und die Rechtsprechung des BGH zur Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf notarielle Urkunden und die Belegungspflicht des Notars über eine Gewährleistungsbeschränkung beim Verkauf neu errichteter Immobilien (BGH, DNotZ 2007, 822 = MittBayNot 2008, 201), sondern gibt sogar bereits einen Ausblick auf das erst zum 1.9.2009 in Kraft tretende Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der verfahrensrechtliche Teil des Kersten/Bühling kann und soll zwar keinen Kommentar zum Beurkundungsgesetz oder zur Bundesnotarordnung ersetzen, behandelt jedoch alle Kernprobleme der notariellen Beurkundungspraxis. Herauszuheben ist vor allem der von *Wolfsteiner* bearbeitete Abschnitt über die Vollstreckbare Urkunde, der das Thema umfassend beleuchtet und von Mustern zu nahezu allen denkbaren unterwerfungsfähigen Anspruchskonstellationen bis hin zum Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen für die Praxis wertvolle Formulierungsvorschläge und Hinweise bietet. Kapitel über die Einforderung und Beitreibung von Notarkosten runden die Darstellung des Notarverfahrensrechts ab. Hingegen sucht man hier Ausführungen zur elektronisch beglaubigten Abschrift, § 39 a BeurkG, vergeblich. Die Neuerungen des elektronischen Rechtsverkehrs werden ausschließlich bei der Darstellung des Handels- und Gesellschaftsrechts im Vierten Teil behandelt.

Der Dritte Teil des Kersten/Bühling deckt nahezu alle Bereiche des Bürgerlichen Rechts ab, einschließlich solch entlegener Mustertexte wie Namensänderungsanträge und ein Vertrag über das gesamte Vermögen oder die Testamenterrichtung durch Übergabe einer verschlossenen Schrift.

Gewöhnungsbedürftig bleibt die Gliederung dieses Teils, der sich ganz am Aufbau des BGB orientiert, so dass die Darstellung mit für die notarielle Praxis wenig bedeutsamen Themen wie der Namensänderung und der Kirchenaustrittserklärung beginnt und sachlich verwandte Themen wie der Kaufvertrag über Wohnungseigentum einerseits und das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht andererseits ganz im Sinne des Trennungsprinzips des BGB deutlich – u. a. durch den Miet-, Pacht-, und Architektenvertrag sowie das Kapitel „Urheberrecht und Verlagsvertrag“ – voneinander abgesetzt sind.

Inhaltlich hat die 22. Auflage im Dritten Teil die gewohnte Qualität der Musterformulierungen des Kersten/Bühling gewahrt und auf den aktuellen Stand gebracht. Insbesondere das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts ist berücksichtigt. Der Dritte Teil ist vor allem um ein Kapitel „Notarielle Geschäfte mit Auslandsbezug“ erweitert worden, das u. a. eine Übersicht zur Rechts- und Geschäftsfähigkeit in einzelnen Ländern und Praxishinweise zu Apostille und Legalisation bietet.

Enttäuschend ist, dass das bereits Ende Juni vom Bundestag beschlossene und am 13.8.2008 vor Drucklegung des Kersten/Bühling in Kraft getretene Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) im Kapitel über die Grundschild schlechthin unberücksichtigt geblieben ist, was zu nach der aktuellen Gesetzeslage so nicht mehr verwendbaren Mustervorschlägen führt.

Der Vierte Teil der Neuauflage hat, insbesondere aufgrund der Einarbeitungen des Gesetzes über das elektronische Handelsregister, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-Verordnung) sowie der dazu ergangenen Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer und der entsprechenden nationalen Ausführungsgesetze, der Änderungen im Umwandlungsrecht und des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), im Vergleich zur Voraufgabe die größten Änderungen erfahren.

Im Gegensatz zur Voraufgabe, die sich vor allem am Aufbau des HGB orientiert hat, ist nunmehr ein Aufbau vom Allgemeinen zum Besonderen gelungen. Das Stiftungsrecht, das früher eher stiefmütterlich im Dritten Teil behandelt wurde, wird nunmehr entsprechend seiner wachsenden Bedeutung für die Praxis von *Krauß* ausführlicher und vertiefter dargestellt. Die Kapitel über das Personengesellschaftsrecht sind von *Wachter* überarbeitet und durch wertvolle ergänzende Ausführungen zum Grunderwerb-, Einkommensteuer-, Gewerbe- und Umsatzsteuerrecht ergänzt worden. Das Recht der GbR wird nun systemgerechter und ausgehend von den in der Praxis relevanten Formen von BGB-Gesellschaften vor dem OHG-Recht behandelt.

Herzstück der Neubearbeitung des Vierten Teils ist vor dem Hintergrund der bereits voll eingearbeiteten Änderungen durch das MoMiG der von *Kanzleiter* und *Wachter* bearbei-

tete Abschnitt über die GmbH. Hier bleiben keine Wünsche offen: In komprimierter Form werden die wesentlichen Neuregelungen vorgestellt und aktuelle Muster zu einer ganzen Bandbreite von Konstellationen und Vorgängen in der GmbH sowie zur Gründung und Anmeldung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sowohl als „reguläre“ als auch als „vereinfachte Gründung“ gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG geboten, die in ihrer Qualität in der bisherigen Literatur zum MoMiG ihresgleichen suchen.

Bei allen Neuerungen im GmbH-Recht soll der von *Krauß* überarbeitete aktienrechtliche Teil der Neuauflage nicht unerwähnt bleiben. Dieser bietet dem aktuellen Stand von Rechtsprechung und Gesetzgebung entsprechende Mustertexte zu allen gängigen Konstellationen in der AG.

Ein neues Kapitel „Internationales Gesellschaftsrecht“, das u. a. das Gesellschaftsstatut aus Sicht des deutschen Rechts vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, grenzüberschreitende Unternehmensverträge und Umwandlungen, die Anmeldung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften, insbesondere der englischen limited und einen

Abschnitt über den Nachweis der Existenz und der Vertretung ausländischer Kapitalgesellschaften in der notariellen Praxis bietet, komplettiert die Darstellung des handels- und gesellschaftsrechtlichen Teils.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es mit der Neuauflage des Kersten/Bühling gelungen ist, das in dieser Konzeption einzigartige Formularbuch auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu bringen und wertvolle Vertiefungen einzuarbeiten, ohne dass der Charakter als Muster-Kompendium, das auf engstem Raum nahezu die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeit abdeckt, gefährdet würde. Auch wenn schon nach der Lektüre der ersten drei Teile kaum Zweifel bestehen können, dass sich die Anschaffung lohnt, wird auch der kritischste Leser allein aufgrund des neu bearbeiteten Vierten Teils von dem Werk überzeugt sein. Mit dem „neuen“ Kersten/Bühling ist der Leser für die durch das MoMiG erfolgten Änderungen des GmbH-Rechts bestens gewappnet.

Notar *Jens Haßelbeck*, Hof

Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht. O. Schmidt, 2008. 861 S., 119 € + CD-ROM

Bei dem Werk handelt es sich konzeptionell um eine Verknüpfung zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Fragestellungen bei Immobiliengeschäften. Als Autoren bürgen neben dem Präsidenten des BFH *Spindler* die beiden bayerischen Notarkollegen *Spiegelberger* und *Wälzholz* für höchste Qualität. Das Buch wendet sich an den Notar, der das von ihm zu beurkundende Geschäft steuerlich einordnen möchte, an den Steuerberater, der die zivilrechtlichen Gestaltungen besser verstehen will und an den im Immobilienrecht tätigen Rechtsanwalt. Naturgemäß ist es auch für fortgeschrittene Notarassessoren sehr gut geeignet, um sich neben den vertrauten zivilrechtlichen Problemen auch über die steuerrechtlichen Motive bzw. Folgewirkungen einer Urkunde bewusst zu werden.

Das Werk beginnt mit einem ausführlichen Überblick über die zivilrechtlichen Regelungen beim Grundstückskaufvertrag und ihre steuerlichen Auswirkungen. Es erfolgen Ausführungen zur Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer, zu gemeindlichen Steuern und zur Schenkungsteuer. Weitere zivilrechtliche Schwerpunktthemen sind der Bauträgerkaufvertrag, Gestaltungen mit mehreren Erwerbem, Wohnungs- und Teileigentum, Nießbrauch und Erbbaurechte. In jedem Fall werden korrespondierend zu den zivilrechtlichen Darstellungen besondere Steuerrechtsprobleme herausgegriffen, etwa die Abgrenzung von Anschaffungskosten, Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand bei grundlegenden Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen an Gebäuden oder die Möglichkeiten des Schuldzinsenabzugs bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.

Durch die Verknüpfung zivil- und steuerrechtlicher Vertragsgestaltungsüberlegungen werden zwar nicht im Einzelnen juristische Detailprobleme in allen ihren Verästelungen abgehandelt; gleichwohl sind die Ausführungen sowohl im zivilrechtlichen als auch im steuerrechtlichen Bereich durchaus instruktiv, z. B. zur Gewerbesteuer oder zu den gemeindlichen Steuern. Darüber hinaus finden sich für die einzelnen Vertragstypen (Kaufvertrag, Bauträgervertrag, Erbbaurechtsvertrag usw.) jeweils praxisnahe Formulierungsvorschläge und – was gerade für den Notarassessor von Interesse sein dürfte – Checklisten für Vorbesprechungen mit Mandanten.

Beim Kaufvertrag sind die Ausführungen zu Erschließungskosten, zu Maklerklauseln, zum Erwerb in Insolvenz oder Versteigerung sowie zum Energieausweis hervorzuheben. Auch die steuerrechtlichen Textbausteine, etwa zur Umsatzsteuer sowie die Checklisten zur Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels oder zur Umgehung des § 23 EStG sind hervorzuheben. Darüber hinaus werden Verlustzuweisungsmodelle beim Kaufvertrag (§ 15 EStG) vorgestellt, ein Textbaustein für ein Sanierungsmodell angeboten sowie eine Mustersatzung für den Erwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Insgesamt stellt das Werk ein hervorragendes Kompendium zivil- und steuerrechtlicher Gestaltungen dar und eignet sich daher sehr gut für die Praxis. Wenn man bedenkt, dass die meisten Immobilientransaktionen auch einen steuerrechtlichen Hintergrund bzw. eine entsprechende steuerrechtliche Motivation haben, verwundert es eigentlich, warum es bisher eine solche Zusammenschau zivil- und steuerrechtlicher Gestaltungen – insbesondere für den Immobiliensektor – noch nicht gab. Das Werk schließt somit eine bestehende Lücke und kann zur Anschaffung ohne weiteres insbesondere für Notarassessoren empfohlen werden.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Clemente: Recht der Sicherungsgrundschuld. 4. Aufl., RWS, 2008. 512 S., 69 €

Mit der 4. Auflage ist eines der umfassendsten Werke zur Sicherungsgrundschuld von 367 auf nunmehr 512 Seiten angewachsen. Wie bereits in den Voraufgaben erfolgt die Darstellung der Materie durch jetzt 125 Beispielfälle. Das Buch richtet sich nicht nur an Rechtsanwälte und Bankenpraktiker, sondern auch an Notare und gibt dabei zahlreiche übliche Musterformulierungen der Praxis wieder, die auch kommentiert werden. Ob es sich bei den von den verschiedenen Verbänden der Kreditwirtschaft empfohlenen Formularen, die im Anhang abgedruckt sind, stets um „wahre Meisterwerke der Kautelarjurisprudenz“ handelt (so die Rezension auf der Internetseite von *Clemente*: www.grundschuld.com) sei dahingestellt; die Beurteilung sei jedem überlassen, der täglich mit deren Beurkundung befasst ist.

Denkbar ungünstig ist der Erscheinungstermin des Buches, berücksichtigt es doch – laut dem Vorwort – Rechtsprechung und Literatur (nur) bis Ende Februar 2008. Gerade mit dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes hat die Sicherungsgrundschuld als eines der wichtigsten Sicherungsmittel der deutschen Kreditwirtschaft einschneidende Änderungen erfahren und erstmalig Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden. Zwar informiert der Autor auf einer weiteren Internetseite www.sicherungsgrundschuld.de über die Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur, dies ersetzt jedoch nicht die fehlende Auseinandersetzung mit dem gutgläubigen einredefreien Erwerb im Zusammenhang mit dem Kauf von Kreditportfolios. Über die Entwicklung, die zu einer Änderung insbesondere der §§ 1192 f. BGB geführt hat, schweigt sich das Werk vielmehr nahezu vollständig aus. Dies ist umso überraschender als es gerade *Clemente* war, der mit seinen Aussagen im ARD-Wirtschaftsmagazin Plusminus vom 20.11.2007 die Problematik in der Öffentlichkeit aufwarf. In anschließenden Veröffentlichungen in juristischen Fachzeitschriften (u. a. ZfIR 2007, 737, 742) bezeichnete *Clemente* die Bösgläubigkeit des Käufers von Kreditportfolios als „durchaus fraglich“, da es nicht auf den Besitz der Unterlagen, sondern auf die positive Kenntnis der Umstände, aus denen sich eine teilweise Nichtvaluierung ergibt, ankomme. Eine solche könne nicht mit dem bloßen Nachweis der Übergabe der Unterlagen gelingen. Zwar finden sich diese Aussagen in allgemein gehaltener Weise auch bei der Erörterung des gutgläubigen einredefreien Erwerbs (Rdnr. 744). Eine Auseinandersetzung mit dem brisanten Thema des Aufkaufs von Kreditportfolios durch ausländische „Hedge-Fonds“ fehlt jedoch völlig. Einzig unter Rdnr. 756 (Fn. 42) wird im Hinblick auf die Möglichkeit der Sicherung eines Rückgewähranspruchs durch Vormerkung die Existenz eines „über alle Zweifel erhabene[n], inländische[n] Gläubiger[s]“ erörtert und unter Bezugnahme auf zwei Zeitungsberichte aus dem Jahr 2004 der Verkauf von Forderungen und Sicherheiten durch namhafte Kreditinstitute angesprochen. Dass selbst der in der ZfIR 2007, 737 von *Clemente* veröffentlichte Aufsatz im Literaturverzeichnis fehlt, bezeugt, dass die Thematik des gutgläubigen einredefreien Erwerbs konkret in Bezug auf den Verkauf von Kreditportfolios – möglicherweise im Hinblick

auf die bereits absehbare Gesetzesänderung – bei der Überarbeitung keine Berücksichtigung fand.

Zwar mag diese Frage im Hinblick auf nach dem 19.8.2008 erworbene Sicherungsgrundschulden nicht mehr erheblich sein. Da jüngste Gesetzesänderungen aber gerade nicht berücksichtigt werden, wäre es umso wünschenswerter gewesen, dass diese Frage hinsichtlich der Altfälle, die die Rechtsprechung durchaus in naher Zukunft noch beschäftigen könnte, diskutiert wird. Gemäß Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB findet die Vorschrift des § 1192 Abs. 1 a BGB n. F. auf Sicherungsgrundschulden Anwendung, die nach dem 19.8.2008 erworben wurden. Anders als Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB, der hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 1193 Abs. 2 BGB n. F. auf die *Bestellung* nach dem 19.8.2008 abstellt, führt diese Regelung also dazu, dass zwar einerseits auch bezüglich vor dem (oder am) 19.8.2008 bestellter und nach diesem Datum abgetretener Grundschulden bereits der gutgläubige einredefreie Erwerb von Sicherungsgrundschulden ausgeschlossen ist, andererseits sich die Frage des gutgläubigen einredefreien Erwerbs weiterhin für solche Abtretungen stellt, die vor dem (oder am) 19.8.2008 Wirksamkeit erlangt haben. In diesen Fällen wird die bisherige und von *Clemente* dargestellte Rechtsprechung des BGH zum gutgläubigen einredefreien Erwerb sicherlich nicht unreflektiert angewandt werden können, da der Erwerber von Kreditportfolios in der Regel Kenntnis vom Valutastand und somit von der Einrede hat. Hat er diese nicht, so muss ihm bei realistischer Betrachtung – anders als in den vom BGH entschiedenen Fällen – ein der positiven Kenntnis gleichzusetzendes Augenverschließen vor der Einrede unterstellt werden.

Zutreffend kommentiert wird hingegen bei der Behandlung des gesetzlichen Lösungsanspruchs eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006 (DNotZ 2006, 685) zu dessen Insolvenzfestigkeit. Diese besteht nur dann, wenn das vorrangig eingetragene Grundpfandrecht bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Eigentümergrundpfandrecht geworden ist (Rdnr. 81 ff.). Die damit im weitesten Sinne im Zusammenhang stehende Frage der Insolvenzfestigkeit einer Abtretung von Rückgewähransprüchen wird hingegen weder bei der Insolvenzfestigkeit des Lösungsanspruchs, noch beim Rückgewähranspruch selbst behandelt.

Ebenso enthält auch die 4. Auflage dieses Werkes keine Erörterung des Wirksamkeitsvermerks als Alternative zum Rangrücktritt, was hier bereits im Hinblick auf die 3. Auflage bemängelt wurde (*Sorge*, MittBayNot 2001, 306).

Will man sich mit speziellen Problemen des Grundschuldrechts befassen, ist das Buch nur bedingt dazu geeignet, tiefen Einblick in die Materie zu geben. Einen umfassenden Überblick zur Thematik „Sicherungsgrundschuld“ kann es hingegen sicherlich liefern. Ob hierzu die Anschaffung dieses Werkes erforderlich ist, oder ob sich die relevante Materie auch aus weiteren Publikationen erschließen lässt, die aus einer guten Notarbibliothek ohnehin nicht wegzudenken sind, muss wohl jeder Notar selbst entscheiden. Im Hinblick auf die aktuellen Gesetzesänderungen (Risikobegrenzungsgesetz, Neufassung von § 13 FGG und § 79 ZPO) leidet das Werk jedenfalls enorm unter der mangelnden Aktualität.

Notarassessor *Matthias Adam*, Würzburg

Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 2., überarb. Aufl., Beck, 2008. 909 S., 98 € + CD-ROM

Die zweite Auflage des Beck'schen Formularbuchs Familienrecht erfreut den Leser zunächst auf zweierlei Weise: Zum einen konnte der Umfang gegenüber der Erstauflage leicht verringert werden, zum anderen ist das Werk an Aktualität durch die Einarbeitung des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes auf dem im Print-Bereich neuestmöglichen Stand.

Die Hilfestellung in sämtlichen relevanten Bereichen des Familienrechts, die ein solches Formularbuch geben will, führt naturgemäß dazu, dass für den Notar ein großer Teil der Formulare wenig praxisrelevant ist, sondern eher dem viel zitierten „Blick über den Tellerrand“ dient. Dies gilt etwa für die Abschnitte A und B (Anwaltliche Korrespondenz, Mandatsbedingungen) oder den Bereich der Mediation und versicherungsrechtlicher Aspekte (Abschnitte T und U).

Bergschneider erfreut in Abschnitt C mit einem kurzen, aber äußerst gelungenen Überblick über die Wirksamkeit von Eheverträgen im Lichte der neuesten Rechtsprechung. Etwas unklar ist hingegen Formular C. II.2, in dem ein schriftlicher Unterhaltsverzicht für den Fall der Scheidung vorgeschlagen wird, in den Anmerkungen dann aber auf die Formvorschrift des § 1585 c BGB n. F. hingewiesen wird. Zum Formular D. IV.4 (Vereinbarung über die Ablegung des Ehenamens im Scheidungsfall) ist zu ergänzen, dass der BGH (MittBayNot 2008, 294) solche Vereinbarungen nunmehr grundsätzlich für zulässig erachtet.

Abschnitt E (Elterliche Sorge) bietet interessante Vorschläge für Sorge- und Umgangsregelungen – richtiggehend exotisch ist dabei etwa Formular E. IX (Kindesentführung). Unverständlich ist in diesem Zusammenhang Formular E. X.2 Anm. 3 (Ausführungen zur sog. „Dieterle“-Klausel). Die Regelungen zum Kindesunterhalt in Abschnitt F sind erfreulicherweise bereits an die Änderungen durch das Unterhaltsrechtsreformgesetz angepasst worden. Die Argumentation in F. IV.1 und F. IV.2 bzw. F. V.3 bzgl. der Neuregelung zu §§ 1570 Abs. 1 Satz 2, 3 bzw. Abs. 2 BGB hat mittlerweile durch erste Rechtsprechung nähere Konturen erfahren (vgl. BGH, NJW 2008, 3125; OLG Nürnberg, MittBayNot 2008, 480).

Für die Abschnitte G (Zugewinngemeinschaft), H (Gütertrennung) und J (Verträge außerhalb des Güterrechts) zeichnet sich weitestgehend *Münch* verantwortlich; die Inhalte sind vollinhaltlich notarspezifischer Natur und stellen eine hervorragende Arbeitshilfe dar. Sie zeigen jedoch auch das Dilemma des Gesamtwerkes für den Notar auf: Weite Abschnitte sind – naturgemäß – z. T. wortwörtlich (vgl. Form G. II.1 einerseits, *Münch*, Die Unternehmerehe, Rdnr. 807 andererseits), jedenfalls aber inhaltlich weitestgehend identisch mit den bewährten Werken des Kollegen, insbesondere den „Ehebezogenen Rechtsgeschäften“. Einen echten Mehrwert stellen sie

demnach nicht dar, wenn sich die entsprechende Literatur bereits in der Bibliothek des Notars befindet.

Eher mit Vorsicht sollten hingegen z. T. die Formulare in Abschnitt N (Nichteheliche Lebensgemeinschaft) angewendet werden. So ist von der „entsprechenden“ Vereinbarung der GbR-Grundsätze im Falle der gemeinsamen Grundstücksbebauung (N. I.4. Alt. 3) ohne echten Gesellschaftsvertrag eher abzuraten, da wesentliche Fragen (Höhe der Beteiligung, Kündigung, Übernahmerechte, Festlegung einer Abfindung usw.) dadurch gerade nicht abschließend geregelt werden. Formular N. II.1 Alt. 3 schlägt die (nachträgliche) Vereinbarung der entsprechenden Anwendung der §§ 1372 ff. BGB auf die Lebensgemeinschaft vor. Dies ist zwar zulässig, erfasst in dieser Formulierung jedoch gerade nicht alle Gesichtspunkte der gesetzlichen Regelung (Anfangsvermögen i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB wird ausgenommen und gerade nicht der gesetzlichen Regelung unterworfen, so dass sich Folgefragen wie z. B. die Behandlung von Transferleistungen ins ausgenommene Vermögen stellen), so dass zur Vermeidung einer Haftung eher eine von §§ 1372 ff. BGB losgelöste Abfindungszahlung zu erwägen ist.

Die erbrechtlichen Vorschläge in Formular N. IV.1 (Einsetzung des ehelichen und nichtehelichen Kindes zu gleichen Teilen ohne Ersatzerbenbestimmung, Wohnungsrecht an die Lebensgefährtin ohne jede Ausübungs- und Kostentragungsregelung, ersatzweises Geldvermächtnis ohne Ausführungen zu Wertsicherung, Fälligkeit, dinglicher Sicherung usw.) und N. IV.2 (Erbvertrag mit gegenseitiger Erbeinsetzung der Lebenspartner ohne Hinweis auf erhebliche steuerliche Nachteile, Schlusserbeinsetzung des gemeinsamen Kindes ohne Ersatzerbenregelung und Bindungsfragen, etwa im Falle der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch das Kind beim Ableben des Erstversterbenden) entsprechen nicht dem üblichen Standard notarieller erbrechtlicher Regelungen und sollten nicht unbesehen übernommen werden.

Die weiteren Kapitel im Anschluss betreffen nur in Randbereichen notarielle Tätigkeit, können jedoch auch hier für die praktische Arbeit nützlich sein (vgl. etwa die Checkliste S. I.1). Die Formbedürftigkeit der vorgeschlagenen Vorsorgevollmacht (S. V.1) wegen des Grundstücksbezugs im 2. Spiegelstrich ist nicht formularmäßig vorgesehen, dann allerdings in der Anm. 1 „empfohlen“.

Diese (wenigen) Punkte, die es zu monieren gilt, sowie etliche unnötige Verweisungsfehler (wie in Formular E. II.2 Anm. 5, Formular F. IV.11 Anm. 3 und in den Anmerkungen zu den nächsten beiden Formularen) trüben den guten Gesamteindruck des Werkes zwar etwas; dennoch bietet das Formularbuch zahlreiche zielführende Hinweise und Arbeitsvorschläge für den mit Familienrecht befassten Juristen. Die Anschaffung kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Jürgen Schlögel, Vilshofen

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. Band 1, 3. Aufl., Beck, 2008. 2 020 S., 245 € und Band 2, 3. Aufl., Beck, 2008, 1 464 S., 198 €

Der Münchener Kommentar zum Aktiengesetz ist in der 2. Auflage erst im Jahre 2006 vollständig abgeschlossen wor-

den, schon legt der Verlag die ersten Bände der 3. Auflage vor. Diese schnelle Aufeinanderfolge von Neuauflagen eines Großkommentars ist wohl nur in einem Rechtsgebiet zu rechtfertigen, in dem weitreichende Reformen scheinbar an der Tagesordnung sind. Nachdem die 2. Auflage dieses Kommentars noch von Prof. Dr. *Kropff* und Prof. Dr. *Semler* heraus-

gegeben worden ist, zeichnen für die 3. Auflage Prof. Dr. *Wulf Goette*, Vorsitzender Richter am BGH, sowie Prof. Dr. *Mathias Habersack* von der Universität Tübingen als Herausgeber verantwortlich; für die zahlreichen Hinweise zur Rechtslage in Österreich wurde auf die Mitwirkung von Prof. Dr. *Susanne Kalss* von der Wirtschaftsuniversität Wien zurückgegriffen.

Um auch die neue Auflage in einer ähnlich kompakten Zeitabfolge wie die Voraufgabe vorlegen zu können, haben die Herausgeber sich dazu entschieden, auf manche weit ausgreifende Einzeldarstellungen – beispielhaft seien hier die Rechnungslegungsvorschriften genannt – zugunsten anderer Spezialwerke (im Beispiel der Rechnungslegungsvorschriften auf den Münchener Kommentar zum Bilanzrecht) zu verweisen. Dadurch wird die Zahl der avisierten Bände von neun auf sieben herabgesetzt.

Bei der äußerlichen Gestaltung des Werkes verbleibt es bei dem gewohnten ansprechenden Erscheinungsbild der Voraufgabe. Auch das hochwertige und übersichtliche Druckbild, die benutzerfreundlichen Randziffern und Zitate sowie die weiterführenden Hinweise in den gut lesbaren Fußnoten werden in der Neuauflage unverändert übernommen. Dankenswerterweise ist eine große Schwäche der sukzessiv erschienenen Voraufgabe in die Neuauflage nicht übernommen worden, nämlich die fehlenden Stichwortverzeichnisse. So finden sich nunmehr in der 3. Auflage in jedem Band Stichwortverzeichnisse zu dem betreffenden Band, die den schnellen Zugriff auf spezifische Probleme ermöglichen. Man darf getrost davon ausgehen, dass mit dem zuletzt erscheinenden 7. Band ein Gesamtstichwortverzeichnis mitgeliefert wird. Diesbezüglich sei (erneut) die Anmerkung erlaubt, dass es für den Benutzer wohl am angenehmsten und übersichtlichsten wäre, wenn der Verlag – ähnlich wie beim Münchener Kommentar zum HGB in der 1. Auflage – ein Loseblattschuber mitliefert, in dem jeweils ein aktuelles Gesamtstichwortverzeichnis eingehaftet ist. Hier würde sich die Benutzung von auszuwechselnden Broschüren des Stichwortverzeichnisses – ähnlich wie in dem Beck-Werk „Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke“ – nahezu aufdrängen. Zudem böte ein solcher Loseblattergänzungsschuber die Möglichkeit, ergänzende Informationen zu Gesetzesänderungen aufzunehmen. Dies mag jedoch allein als Anregung für die 4. Auflage und nicht als Kritik an der 3. Auflage verstanden werden.

Inhaltlich präsentiert sich der Kommentar auf dem hohen Niveau der Voraufgabe. Beispielhaft seien hier genannt die Ausführungen zur Vorratsgründung und zur Vorratsgesellschafts- bzw. Mantelgesellschaftsverwendung von *Pentz* (§ 23 Rdnr. 87 ff.). Zwar haben sich durch die bundesweit eingeführten elektronischen Handelsregister die Eintragungszeiten

bei nahezu allen Registergerichten deutlich verkürzt (dies nicht zuletzt auch deswegen, weil die Notare nunmehr gehalten sind, die Eintragsdaten strukturiert – und damit für die Gerichte zeitsparend – vorzuerfassen), gleichwohl ist insbesondere die Aktiengesellschaft eine Rechtsform, die im Stadium der Gründung einen längeren Zeitvorlauf benötigt. Dies hängt u. a. damit zusammen, dass im Rahmen der Handelsregisteranmeldung eine Vielzahl von Personen (der gesamte Vorstand und der gesamte Aufsichtsrat) mitwirken müssen und bei einer Bargründung die Banken nicht nur einen bloßen Kontoauszug, sondern eine echte Bankbestätigung abgeben müssen, was häufig zu Verzögerungen führt. Daher ist in der Praxis noch immer ein gewisser Bedarf für Vorratsgründungen zu verzeichnen. Hier arbeitet *Pentz* trennscharf die sich ergebenden Probleme heraus, insbesondere die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften auf die Erstverwendung der offen gegründeten Vorratsgesellschaft. *Pentz* spricht sich hier für eine vollständige analoge Anwendung der Gründungsvorschriften aus, was bedeutet, dass nicht nur im Rahmen der Handelsregisteranmeldung eine Versicherung in Bezug auf das satzungsmäßig eingezahlte Kapital vorzunehmen ist, sondern auch ein Gründungsbericht und ein Gründungsprüfungsbericht (§ 32 f. AktG) erstellt werden müssen. Dies ist dogmatisch sicherlich konsequent, gleichwohl – glücklicherweise – keine Praxis der Handelsregister, die sich regelmäßig bei der Aktivierung von Vorratsgesellschaften mit einer entsprechenden Versicherung in Bezug auf das satzungsgemäß einzuzahlende Kapital zufriedengeben.

Aufschlussreich und erschöpfend sind auch die Anmerkungen von *Pentz* zur Anmeldung der neugegründeten Aktiengesellschaft (§ 36 AktG). Hier wird beispielsweise überzeugend herausgearbeitet, dass eine Besicherungspflicht des alleinigen Gründers einer Aktiengesellschaft nicht nur für Geld, sondern auch für Sacheinlagen bestehen kann (vgl. § 36 Rdnr. 92 ff.). An dieser Stelle wird überzeugend mit der Entstehungsgeschichte des § 36 Abs. 2 Satz 2 und der ratio legis argumentiert (in diesem Sinne auch *Heidel/Terbrack*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2007, § 36 a Rdnr. 45 ff.).

Zwar wird die gesamte Neuauflage wegen der geringeren Anzahl der Bände mit ca. 1.800 € etwas günstiger sein als die Voraufgabe, dennoch wird dieser Preis den einen oder anderen zögern lassen, die Bestellung zu unterschreiben. Jedem, der häufiger mit dem Aktienrecht zu tun hat, sei jedoch dringend angeraten, die 3. Auflage des Münchener Kommentars zum Aktiengesetz anzuschaffen, da die ernsthafte wissenschaftliche wie praktische Beschäftigung mit dem Aktienrecht ohne dieses Werk nicht möglich ist.

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 3: §§ 161–237, Konzernrecht der Personengesellschaften. 2. Aufl., Beck/Vahlen, 2007. 747 S., 148 €

Den in der Münchener Reihe beim Beck Verlag erscheinenden mehrbändigen Kommentar zum Handelsrecht muss man dem Leserkreis der MittBayNot gewiss nicht mehr vorstellen.

Band 3 der vom Altmeister des Gesellschaftsrechts *Karsten Schmidt* herausgegebenen Reihe ist nach der Erstauflage im Jahr 2002 nun in zweiter Auflage erschienen. Er enthält die Kommentierungen zum Recht der Kommanditgesellschaft und zu mittelbaren Unternehmensbeteiligungen sowie des Konzernrechts der Personengesellschaften. Mit zuletzt etwa 208 000 geschätzten Kommanditgesellschaften, darunter ca. 110 000 GmbH & Co KGs, ist die praktische Bedeutung die-

ser Rechtsform groß. Einsatzgebiete sind dabei nicht nur mittelständische Unternehmen, sondern auch Publikumsgesellschaften mit großem Gesellschafterkreis. Auch Treuhandverhältnisse und stille Gesellschaften haben gerade in den letzten Jahren die Rechtsprechung und Wissenschaft stark beschäftigt. Grund genug, aus notarieller Sicht dem dritten Band einmal „auf den Zahn zu fühlen“ und pars pro toto einige Punkte herauszugreifen.

Bei beteiligungsidentischen GmbH & Co. KGs wird in der Praxis häufig lediglich die Übertragung der Anteile an der Komplementär-GmbH beurkundet, während die Übertragung von Kommanditbeteiligungen durch separaten privatschriftlichen Vertrag erfolgt. Soweit die Übertragung der Kommanditanteile jedoch im Rahmen einer Gesamtvereinbarung mit der Verpflichtung zur Übertragung der Geschäftsanteile der GmbH erfolgt, ist auch die Abtretung bzw. Verpflichtung zur Übertragung der KG-Anteile als Teil dieser Vereinbarung beurkundungsbedürftig. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Beteiligten die Übertragung der KG-Anteile auch ohne eine Verpflichtung zur Übertragung der GmbH-Anteile vorgenommen hätten, falls ihnen die Formbedürftigkeit bewusst gewesen wäre (so *Grunewald*, § 161 Rdnr. 91). In der Praxis werden sich die Beteiligten über Letzteres aber regelmäßig keine Gedanken machen. Bei formnichtiger Übertragung der KG-Anteile vermag dann allenfalls eine mit Risiken behaftete Heilung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) helfen.

Als Alternative zur traditionellen personenidentischen GmbH & Co. KG wird in der Rechtspraxis häufig eine Einheits-GmbH & Co. KG eingesetzt, bei der die Alleingesellschafterin der GmbH wiederum die KG ist. Vorteilhaft ist vor allem die Verzahnung zwischen beiden Gesellschaften, die im Ergebnis eine alleinige Willensbildung durch die Kommanditisten ermöglicht. Auch im Erbfall kommt es aufgrund der Sonderrechtsnachfolge zu keinem Auseinanderfallen der Gesellschafterstellungen bei KG und GmbH. *Grunewald* erläutert zutreffend die sich daraus ergebenden besonderen Probleme der Kapitalerhaltung und der Willensbildung in der GmbH-Gesellschafterversammlung. Ohne entsprechende Regelung nehmen anderenfalls die organschaftlichen Vertreter der Komplementär-GmbH, die der KG als Alleingesellschafterin zustehenden Rechte in der Gesellschafterversammlung wahr (siehe etwa BGH, MittBayNot 2008, 306: Kündigung eines Geschäftsführers durch den Mitgeschäftsführer). Die Kautelarpraxis behilft sich daher häufig damit, die GmbH-Gesellschafterversammlung als Versammlung der Kommanditisten auszugestalten. Aufgrund des Gleichlaufs der Interessen der Kommanditisten und der KG – als der alleinigen GmbH-Gesellschafterin – wird dies überwiegend für zulässig erachtet (*Grunewald*, § 161 Rdnr. 99; vertiefend *Giehl*, MittBayNot 2008, 268).

Seit der sog. November-Entscheidung des BGH (MittBayNot 2004, 287) war strittig, ob die Verwendung des eingezahlten Stammkapitals seitens der Komplementär-GmbH im Wege der Darlehensgewährung an die KG eine unwirksame Leistung auf die Einlageforderung bei der GmbH darstellt (zugleich falsche Einzahlungsversicherung!). Das OLG Jena hatte zuletzt die Zahlung der Stammeinlage auf ein Konto der KG nicht als verdeckte Sacheinlage oder eine Rückzahlung an den Inferenten angesehen (NZG 2006, 661; zustimmend *K. Schmidt*, §§ 171, 172 Rdnr. 123; dagegen bereits OLG Hamm, NZG 2007, 395). Der BGH hat dies nun abgelehnt und entschieden, dass durch die Weiterleitung der Einlage als

Darlehen an die KG die Einlageforderung in der GmbH nicht wirksam erfüllt werde (MittBayNot 2008, 139). Danach kann man Gründern einer GmbH & Co. KG nur dringend raten, das eingezahlte Stammkapital unabhängig vom Finanzbedarf der KG zu verwenden.

Umfangreich ergänzt ist die Kommentierung zu mittelbaren Unternehmensbeteiligungen, die von *K. Schmidt* nicht nur beschränkt auf Personengesellschaften dargestellt wird. Soweit Gesellschafter nicht unmittelbar nach außen in Erscheinung treten möchten, werden häufig Treuhandverhältnisse begründet. Nach Ansicht des BGH (MittBayNot 1999, 489; bestätigt durch BGH, MittBayNot 2006, 430) ist die Vereinbarung einer Treuhand an einem GmbH-Anteil formfrei möglich, soweit die Treuhandabrede vor notarieller Errichtung der GmbH geschlossen wird, sich also auf einen erst künftig entstehenden Geschäftsanteil bezieht. Dagegen vertritt *K. Schmidt* die Ansicht, dass auch der Treuhandvertrag für einen erst künftigen Anteil der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegen solle (Vor § 230 Rdnr. 51). Im Hinblick auf Aussonderungsrechte bei Zwangsvollstreckung gegen oder Insolvenz des Treuhänders empfiehlt sich unabhängig davon aber auch vor Gründung ein notarieller Treuhandvertrag als Publizitätsakt der wirtschaftlichen Zuordnung (vgl. *K. Schmidt*, Vor § 230 Rdnr. 54). Alternativ kann man Rückfallklauseln für den Krisenfall im Treuhandvertrag aufnehmen, deren aufschiebend bedingte Abtretung gleichfalls wegen § 15 Abs. 3 GmbHG notarielle Form erfordert (kritisch hierzu wegen vermeintlich nicht hinreichender Bestimmtheit *K. Schmidt*, Vor § 230 Rdnr. 71).

Das Konzernrecht der Personengesellschaften wird vom Gesetzgeber eher stiefmütterlich behandelt. *Mülbart* widmet dieser Rechtsmaterie demgegenüber beinahe 100 Seiten und stellt dabei die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten einer Personengesellschaft als herrschendem, beherrschtem bzw. gleichgeordnetem Unternehmen dar. Ausgehend von der Einstufung einer Konzernierung als Änderung des Verbandszwecks verneint er für sämtliche möglichen Vertragskonzerne die Eintragung eines Beherrschungsvertrages im Handelsregister (KonzernR Rdnr. 84, 153, 324), jeweils unter Ablehnung der herrschenden Meinung (siehe etwa *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl. 2008, § 105 Rdnr. 105 m. w. N.). Lediglich der Zustimmungsbefehl der Gesellschafter der abhängigen Kommanditgesellschaft sei analog § 162 HGB im Handelsregister einzutragen (KonzernR Rdnr. 159, 324). Diese unterschiedliche Behandlung zur Rechtslage beim GmbH-Konzern überzeugt nicht, so dass die Praxis jedenfalls den sicheren Weg der Eintragung, auch im Hinblick auf eine mögliche Anwendung des § 294 Abs. 2 AktG anstreben sollte.

Diese kleine Auswahl zeigt, welche reichhaltige Fundgrube der Münchener Kommentar bietet. Die Kommentierung liest sich aus einem Guss und führt schnell zu gesuchten Problemen, die größtenteils wissenschaftlich fundiert aufbereitet werden. Besonders erfreulich ist dabei, dass über die Kommentierung der Gesetzesnormen hinaus umfassende weitere Informationen gegeben werden. Hervorhebenswert ist auch, dass – anders als bei vielen anderen mehrbändigen Werken – auch der Einzelband mit einem eigenem Stichwortverzeichnis ausgestattet ist. Wegen der Vielschichtigkeit des Handelsrechts (Fragen der Handelsgeschäfte und des Transportrechts stellen sich in der notariellen Praxis in der Regel seltener) kann daher auch die Einzelanschaffung nachdrücklich empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Wicke: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG). Beck, 2008. 580 S., 44 €

Der Verlag C. H. Beck hat nunmehr einen neuen mit rund 550 Seiten verhältnismäßig schlanken GmbHG-Kommentar auf den Markt gebracht. In der ersten Sekunde mag mancher Leser sich fragen, ob es dafür tatsächlich Bedarf gibt. Der Markt belegt, dass der Praktiker vielleicht nicht irgendeinen neuen Kommentar zum GmbH-Gesetz gebraucht hat, wohl aber den neuen „Wicke“. Denn die auf manchen Internet-Buchhandelseiten verfolgten Verkaufsränge belegen, dass gerade in einer Umbruchszeit wie dem Inkrafttreten des MoMiG fundierte und vor allem aktuelle Nachschlagewerke sehr gefragt sind. Allein dies macht den *Wicke* zu einem Highlight der 2008 erschienenen GmbH-Rechtsliteratur. Dies gilt insbesondere, da der *Wicke* bereits Anfang Oktober 2008 ausgeliefert werden konnte, also weniger als zwei Wochen nachdem das MoMiG im Bundesrat endgültig verabschiedet wurde. Allein hierzu ist dem Verfasser und dem Verlag zu gratulieren.

Der neu erschienene Kommentar wird jedoch – anders als manche Reform-Schnellschüsse der modernen Zeiten – keine Eintagsfliege sein, sondern sich voraussichtlich auch nachhaltig guter Nachfrage erfreuen. Er ist praxisorientiert, legt großen Wert auf die Behandlung aktueller Streitfragen ohne Schilderung großer historischer Rechtsentwicklungen und eröffnet so einen schnellen Einstieg in jedes beliebige Thema des GmbH-Rechts. Fundstellen, Nachweise, Literatur und Urteile sind zitiert, soweit erforderlich, aber auf das absolut Entscheidende beschränkt. Formulierungsvorschläge findet der Notar naturgemäß in einem Kommentar nicht. Gleichwohl finden sich immer wieder wichtige Hinweise auf die optimale Vertragsgestaltung im GmbH-Recht, die von der umfangreichen und fundierten Praxis des Verfassers zeugen. Selbstverständlich findet der Leser umfassende Ausführungen in dem Kommentar vor allem zu den aktuellen Entwicklungen des GmbH-Rechts durch das MoMiG. Die UG (haftungsbeschränkt) wird in insgesamt 20 Randziffern erschöpfend behandelt – einschließlich der Frage, inwieweit eine UG an Umwandlungsvorgängen beteiligt werden kann (§ 5 a Rdnr. 15 ff.).

Einer ausführlichen Kommentierung sind selbstverständlich auch die Fragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbes gewidmet, § 16 und § 40 GmbHG. Leider findet sich – wie fast in der gesamten Literatur – kein ausdrücklicher Hinweis darauf, ob die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3 Satz 3 bis 5 GmbHG in der Form des § 12 HGB zu erfolgen hat (siehe § 16 Rdnr. 25). Es ist wohl davon auszugehen, dass *Wicke* von einer schriftlichen, elektronisch zu übermittelnden Bewilligung ausgeht und damit § 12 HGB für nicht anwendbar erachtet. Die daraus folgenden Missbrauchsgefahren sind beachtlich.

Die Kommentierung zu § 55 a GmbHG (genehmigtes Kapital) dürfte derzeit die umfangreichste aktuelle Darstellung zum genehmigten Kapital darstellen. Der verhältnismäßig knappe Wortlaut lässt zahlreiche Fragen offen, die *Wicke* einer praxistauglichen Lösung zuführt. *Wicke* hält insbesondere den Ausschluss des Bezugsrechtes für zulässig (§ 55 a Rdnr. 11).

Dies ist überzeugend, gleichzeitig dogmatisch jedoch beachtlich, da sich nirgendwo im GmbH-Gesetz ein ausdrücklicher Hinweis auf das Bestehen eines Bezugsrechtes findet. Für den Praktiker besonders wichtig sind die Ausführungen zur späteren tatsächlichen Durchführung und Ausübung des genehmigten Kapitals, da das Gesetz hierzu weitgehend schweigt und insoweit ein Rückgriff auf die Praxis des Aktienrechtes erforderlich ist. In § 55 a Rdnr. 18 werden Besonderheiten des genehmigten Kapitals bei vorgesehener Sacheinlage dargestellt.

In § 19 Rdnr. 18 ff. finden sich lichtvolle Ausführungen zur verdeckten Sacheinlage und zu den Fällen des Hin- und Herzählens. Für diese Fälle vertritt *Wicke* insoweit ein sehr strenges Kapitalschutzkonzept, als er den Darlehensrückgewähranspruch dem Schutz der §§ 24, 22, 16 Abs. 3 sowie § 19 Abs. 2 GmbHG unterstellt (§ 19 Rdnr. 37; a. A. *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 782).

Widerspruch fordert *Wicke* in § 30 Rdnr. 30 heraus, soweit er Pachtzahlungen bei bisherigen eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen weiterhin als insolvenzrechtlich nachrangig i. S. d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bzw. anfechtbar nach § 135 Abs. 1, Abs. 2 InsO ansieht. Im Hinblick auf die Neuregelung des § 135 Abs. 3 InsO, die dem Insolvenzverwalter lediglich ein entgeltliches Nutzungsrecht gewährt, wäre es wertungswidersprüchlich, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und § 135 Abs. 1, Abs. 2 InsO dahingehend auszulegen, dass Pachtzahlungen für ein Jahr vor Insolvenzeröffnung zur Insolvenzmasse zurückverlangt werden könnten, während für die Weiterverwertung nach Insolvenzeröffnung dieses Entgelt wiederum weiterzuzahlen ist.

In § 56 a Rdnr. 2 überdehnt *Wicke* meines Erachtens die Auslegung der liberalen Tendenz des GmbHG, in dem er es künftig auch für möglich erachtet, eine Barkapitalerhöhung von vornherein durch Neubegründung einer vollwertigen Forderung gegen einen Gesellschafter zu vereinbaren (ebenso auch *Bormann*, GmbHR 2007, 903; dort auch Hinweise zur bisher anderen Ansicht des BGH). Die Praxis sollte sich meines Erachtens vorerst nicht auf diese Auffassung verlassen. Sie ist riskant und wird voraussichtlich zu Widerständen seitens der Handelsregister führen – nicht zu Unrecht. Voreinzahlungen auf eine künftige Einlageschuld, insbesondere in Fällen der Kapitalerhöhung beurteilt *Wicke* weiterhin nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen. Dies ist überzeugend, führt aber zu den bekannten Haftungsgefahren für Notare bei unzureichender Belehrung. Durch das MoMiG ist insoweit keine weitergehende Liberalisierung eingetreten, sondern sind die bisherigen strengen Grundsätze weiter anzuwenden.

Der neue Kommentar von *Wicke* beinhaltet kompakte Information, sprachliche Präzision, höchste Aktualität, verbunden mit hervorragender Übersichtlichkeit und schnellster Informationsauffindung. Vor diesem Hintergrund kann der neue Kommentar zum GmbHG aus dem Hause Beck jedem Praktiker mit Spaß am Gesellschaftsrecht nicht nur als höchst aktueller Kommentar zum GmbHG nach dem MoMiG, sondern auch dauerhaft als hervorragendes Nachschlagewerk zur Anschaffung empfohlen werden. Frei nach *Hans Rosenthal* muss man sagen: „Wir sind der Meinung: Der ist Spitze!“

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 577, 577 a (Vorkaufsrecht des Mieters bei Realteilung)

Die für die Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnräumen geltenden Bestimmungen der §§ 577, 577 a BGB (Vorkaufsrecht des Mieters, Kündigungsbeschränkungen zulasten des Erwerbers) finden auf die Realteilung eines mit zu Wohnzwecken vermieteten Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks entsprechende Anwendung.

BGH, Urteil vom 28.5.2008, VIII ZR 126/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist Wohnraummieterin des Reihenhauses Z. Straße in B. Eigentümer der dortigen Reihenhaussiedlung („L. Siedlung“) war bei Abschluss des Mietvertrages das Land B., später die G.-Bau AG, die kurzzeitig die Aufteilung der Siedlung in Wohnungseigentum beabsichtigte. Seit 4.3.2005 ist die Beklagte Eigentümerin der ungeteilten Grundstücke der „L. Siedlung“. Im Verlaufe des Jahres 2005 zeigte die Klägerin Interesse am Kauf des von ihr bewohnten Reihenhauses. Entsprechende Gespräche wurden nicht fortgesetzt, da die Beklagte Kontakt mit einem Kapitalanleger aufgenommen hatte. Die Beklagte möchte die „L. Siedlung“ in Einzelgrundstücke real aufteilen. Im Hinblick darauf hat die Klägerin Klage auf Feststellung erhoben, dass ihr an dem von ihr bewohnten Reihenhaus ein Vorkaufsrecht nach § 577 BGB zustehe und dass sie im Falle eines Verkaufs Kündigungsschutz nach § 577 a BGB genieße.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Feststellungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat auf das angefochtene Urteil des AG Bezug genommen. Danach ist das Klagebegehren zulässig, aber unbegründet. Der Klägerin stehe auch nach Aufteilung in Realeigentum und Veräußerung des Grundstücks weder ein Vorkaufsrecht noch ein besonderer Kündigungsschutz zu. Die Vorschriften der §§ 577, 577 a BGB seien nicht unmittelbar anwendbar, weil nach der Überlassung (Vermietung) des Reihenhauses weder Wohnungseigentum begründet worden noch dies beabsichtigt sei. Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften komme nicht in Betracht. Eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke, die Voraussetzung für eine analoge Anwendung der Vorschriften wäre, liege nicht vor; auch sei bei Reform des früheren § 570 b BGB eine Korrektur durch den Gesetzgeber in diesem Punkt nicht vorgenommen worden.

II.

Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von der Zulässigkeit der Feststellungsanträge ausgegangen. Angesichts der beabsichtigten Realteilung der „L. Siedlung“ und der von der Beklagten aufgenommenen Verkaufsgespräche mit einem Investor hat die Klägerin ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO) an der Feststellung des von ihr behaupteten Vorkaufsrechts und besonderen Kündigungsschutzes.

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, dass eine direkte Anwendung der §§ 577, 577 a BGB ausscheidet, weil die genannten Vorschriften die Begründung von

Wohnungseigentum voraussetzen, die von der Beklagten nicht beabsichtigt ist. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber eine entsprechende Anwendung der Vorschriften verneint.

a) Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung einer Vorschrift ist eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein (vgl. insgesamt BGHZ 149, 165, 174 m. w. N.). Das ist hier der Fall.

Durch die §§ 570 b, 564 b BGB a. F. sind das bereits im Bereich des sozialen Wohnungsbaus bestehende Vorkaufsrecht und der besondere Kündigungsschutz des Mieters einer in Wohneigentum umgewandelten Wohnung auf den nicht geförderten oder bindungsfrei gewordenen Bestand ausgedehnt worden. Der Gesetzgeber hat dies damit begründet, dass der Schutz des Mieters vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit einer Umwandlung bei frei finanziertem Wohnungsbau nicht weniger dringlich ist als bei Sozialwohnungen (BT-Drucks. 12/3254, S. 40). Mit den §§ 577, 577 a BGB ist im Zuge der Mietrechtsreform im Jahre 2001 die bis dahin geltende Regelung – unter Erweiterung des Kreises der begünstigten Personen – im Wesentlichen übernommen worden. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber dabei bedacht hat, dass vermietete Reihenhäuser eines Gesamtgrundstücks nicht nur in Eigentumswohnungen umgewandelt, sondern auch durch Realteilung des Gesamtgrundstücks in einzelne selbständige Grundstücke aufgeteilt werden können. Es kann daher nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe den Mieter zwar bei Umwandlung in Wohnungseigentum schützen wollen, bewusst aber nicht bei realer Teilung eines Gesamtgrundstücks.

b) Die Interessenlage ist in beiden Fällen der Rechtsänderung (Umwandlung in Wohnungseigentum einerseits, Realteilung eines Grundstücks andererseits) im Wesentlichen gleich. Aus der Sicht des Mieters macht es keinen Unterschied, ob das von ihm gemietete Reihenhaus in Wohnungseigentum umgewandelt oder durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks wird. In beiden Fällen steht dem Mieter nach einem Verkauf ein neuer Vermieter gegenüber, der sich – soweit die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind – auf Eigenbedarf berufen könnte. Auch das Interesse des Mieters, durch Ausübung eines Vorkaufsrechts selbst Eigentümer zu werden, ist im Falle einer Realteilung nicht geringer als im Falle einer Umwandlung in Wohnungseigentum. Interessen des Eigentümers eines Gesamtgrundstücks rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Zwar sind Ausnahmenvorschriften grundsätzlich eng auszulegen; auch wird durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 577, 577 a BGB das Eigentumsrecht des Vermieters berührt. Der Gesetzgeber hat indessen für den Fall der Umwandlung vermieteten Wohnraums in Wohnungseigentum mit der Schaffung der Schutzbestimmungen der §§ 577, 577 a BGB den Interessen des Mieters Vorrang eingeräumt. Sachliche Gründe, die dafür sprechen könnten, dass Mieter diesen Schutz nicht genießen sollten, sofern nicht eine Umwandlung in Wohnungseigentum erfolgt, sondern durch Teilung selbständige Grundstücke gebildet werden, sind nicht zu erkennen.

Anmerkung:

Der VIII. Senat des BGH hat ein überraschendes Urteil gefällt. Bislang war, soweit ersichtlich, in der Literatur nicht diskutiert worden, ob dem Mieter auch bei der Realteilung und dem nachfolgenden Verkauf ein Vorkaufsrecht zusteht. Im vorliegenden Fall hatte ein Eigentümer sein Grundstück mit Reihenhäusern bebaut. Er äußerte die Absicht, das Objekt real zu teilen und zu veräußern, was einen Mieter dazu bewog, auf Feststellung seines Vorkaufsrechts zu klagen. Der BGH gab dem Mieter Recht. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der hier entschiedene Fall in der Praxis nicht übermäßig häufig vorkommt.

Das Gericht begründet seinen Analogieschluss zum Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB und zum Kündigungsschutz gemäß § 577 a BGB im Wesentlichen mit dem Argument des Mieterschutzes: Zum einen sei der Mieter bei der Realteilung genauso schutzwürdig wie im Falle der Aufteilung nach WEG, es existiere auch genauso ein Erwerbsinteresse wie im Falle des § 577 BGB. Der Gesetzgeber habe den Fall der Realteilung schlicht nicht bedacht. Dies rechtfertige auch eine Analogie gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Der BGH äußert sich nicht weiter zur amtlichen Kapitelüberschrift¹, die ebenfalls klarstellt, dass der Anwendungsbereich der §§ 577, 577 a BGB auf die Aufteilung gemäß WEG beschränkt ist.

Zweck des § 577 BGB ist der Schutz des Mieters vor einer Umwandlung und Veräußerung an Dritte, die für ihn die erhöhte Gefahr der Kündigung wegen Eigenbedarfs nach sich zieht.² Dem Mieter wird dadurch die Möglichkeit gegeben, die Wohnung zu marktüblichen Konditionen selbst zu erwerben.

Voraussetzung für eine Analogie ist zunächst die planwidrige Regelungslücke, zudem müssen der geregelte und der zu entscheidende Sachverhalt vergleichbar sein. Hier fehlt es an beidem. Dem Gesetzgeber war zum Zeitpunkt der Mietrechtsreform 2001 bekannt, dass Realteilungen nicht vom jetzigen § 577 BGB erfasst sind.³ Dennoch hat er von einer Erweiterung des § 577 BGB abgesehen. Die Sachverhalte sind in ihrer Allgemeinheit auch nicht vergleichbar, da Realteilungen in aller Regel eben keine Gefahren für den Mieter auslösen, die mit denen der Aufteilung nach WEG vergleichbar sind. Dies war zwar im entschiedenen Einzelfall so, bedeutet aber nicht, dass jede Realteilung eine Gefahr für den Mieter darstellt. Die Gefahr der Kündigung wegen Eigenbedarfs nach einer Veräußerung ist die logische Folge der Tatsache, dass ein Mietverhältnis kraft Gesetzes auf den Erwerber übergeht, § 566 BGB. Diese Gefahr wird aber nicht dadurch größer, dass aus einem Grundstück nunmehr mehrere werden. Wäre dies so, hätten die Gerichte schon längst über vergleichbare Fälle zu entscheiden gehabt.

Leider geht das Gericht nicht näher auf den genauen Anwendungsbereich seines Analogieschlusses ein. Es ergeben sich einige Fragen, die zu klären sind: Zunächst ist der „räumliche“ Anwendungsbereich unklar. Es stellt sich weiter die Frage, ob die vom BGH begründete Analogie auch andere Fälle als die im Urteil entschiedene Realteilung erfasst. Zu denken ist an die Bestellung eines Erbbaurechtes, die Begründung von Wohnungserbbaurechten und die Bestellung eines Dauerwohnrechtes. Zuletzt sind Altfälle zu diskutieren.

¹ Sie lautet: „Besonderheiten bei der Bildung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen“.

² MünchKommBGB/Häublein, 5. Aufl. 2007, § 577 Rdnr. 1; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 577 Rdnr. 1.

³ Staudinger/Rolfs, BGB, 2006, § 577 Rdnr. 7, 26 m. w. N.

1. Der räumliche Anwendungsbereich des Mietervorkaufsrechts bei der Realteilung durch den Grundstückseigentümer

Zweifelhaft ist zunächst der räumliche Bereich, in dem die Analogie des BGH Anwendung findet. Erforderlich ist, dass die veräußerte Teilfläche mit einer Wohneinheit bebaut ist. Nicht ausreichend ist beispielsweise die Veräußerung einer unbebauten Teilfläche eines bebauten Grundstückes, z. B. bei Straßengrundabtretungen oder Ähnlichem. Denn hier werden keine vermieteten Wohnräume veräußert. Diskussionswürdig ist allerdings, ob das Grundstück im Zeitpunkt von Teilung bzw. Veräußerung bereits mit mehr als einer Wohneinheit bebaut sein muss. Die Realteilung und Veräußerung einer Doppelhaushälfte wird sicherlich ein Mietervorkaufsrecht auslösen.⁴ Wie liegt der Fall aber bei einem Grundstück, das nur mit einem Einfamilienhaus bebaut ist? Der Eigentümer teilt eine Hälfte des vermieteten Grundstückes ab und veräußert den bebauten Teil, da er den anderen Teil selbst bebauen möchte und hierfür Geld benötigt. Besteht in diesem Fall ein Vorkaufsrecht des Mieters?

Hätte der Eigentümer das Grundstück nach WEG aufgeteilt, so hätte der Mieter ein Vorkaufsrecht, auch wenn nur eine einzige Wohneinheit bereits bestünde und der restliche Teil erst zu errichten wäre. Andererseits ist der Schutz des Mieters in diesem Fall sehr weitgehend, da er auch vorher nicht gehindert gewesen wäre, das Objekt zu erwerben – Verkaufsbereitschaft des Eigentümers vorausgesetzt. Zudem ist es wenig überzeugend, dass ein Vorkaufsrecht bestehen soll, wenn zunächst ein kleiner, nicht mit Wohnraum bebauter Teil des Grundstückes veräußert wurde und nunmehr – eventuell auch Jahre später – das Restgrundstück veräußert wird. Es spricht daher einiges dafür, bei einer Realteilung nur dann ein Mietervorkaufsrecht anzunehmen, wenn das Grundstück bisher mit mindestens zwei Wohneinheiten bebaut war und nunmehr die beiden Wohneinheiten rechtlich getrennte Wege gehen sollen.

2. Weitere Fälle, in denen eine Analogie zu § 577 BGB möglich erscheint

Auch bei der Begründung eines Erbbaurechtes wäre nach dem Urteil des BGH grundsätzlich an eine Analogie zu § 577 BGB zu denken. Denn der Erbbauberechtigte tritt gemäß §§ 567, 566 BGB an die Stelle des Vermieters. Das Erwerbsinteresse des Mieters und die Tatsache, dass er sich mit einem neuen Vermieter auseinandersetzen muss, machen den Fall grundsätzlich vergleichbar mit der Begründung von Wohnungseigentum.

Es wäre zunächst zu überlegen, ob nicht schon die Einräumung des Erbbaurechtes selbst ein Eintrittsrecht des Mieters auslöst. Anders als bei der Realteilung oder der Aufteilung nach WEG, die nicht zu einer Veränderung der Eigentümerstellung führen, ist bei der Bestellung eines Erbbaurechtes zu beachten, dass das Eigentum am Gebäude mit Eintragung des Erbbaurechtes auf den Erbbauberechtigten übergeht. Ausgenommen ist nur der Fall des Eigentümererbaurechtes, der erst bei einer Veräußerung zum Vorkaufsrecht führen kann und insoweit mit der Realteilung vergleichbar ist. Bei der Bestellung eines Fremderbbaurechtes sind also „Aufteilung“ und Veräußerung in einem Schritt zusammengefasst. Andererseits stellt auch die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG keine Veräußerung dar und führt nicht dazu, dass § 577 BGB entsprechende Anwendung findet,⁵ so dass es

⁴ So auch *Drasdo*, NJW-Spezial 2008, 481 f.

⁵ BGHZ 126, 357 = NJW 1994, 2542 = MittBayNot 1994, 423 m. Anm. *Reiß*.

näher liegen würde, erst die erste Veräußerung des Erbbaurechtes als Vorkaufsfall zu behandeln.

Gegen die Anwendung des § 577 BGB auf die Bestellung von Erbbaurechten spricht aber, dass es hier genauso wie bei der Realteilung im Regelfall nicht zu den sozialen Problemen gekommen ist, die den Gesetzgeber bewogen haben, ein Mietervorkaufsrecht bei der Aufteilung nach WEG vorzusehen. Erbbaurechte dienen im Übrigen häufig genau dazu, den Personengruppen Eigentum zu verschaffen, die sonst nicht dazu in der Lage wären.⁶ Diese Funktion wäre aber eingeschränkt, würde man hier ein Mietervorkaufsrecht vorsehen. Man würde den einen Bedürftigen gegen den nächsten austauschen, so dass eine analoge Anwendung des § 577 BGB ausscheidet.

Ebenso mit der in dem Urteil entschiedenen Situation auf den ersten Blick vergleichbar ist die Lage bei der (Real-)Teilung von Erbbaurechten,⁷ wenn der Mieter vom Erbbauberechtigten gemietet hat. Hier wird man in Zukunft ebenfalls über eine Analogie zu § 577 BGB nachdenken müssen, soweit das geteilte Erbbaurecht mit mehreren Wohneinheiten bebaut war, die nunmehr rechtlich verselbständigt werden. Die Aufteilung eines Erbbaurechtes in Wohnungseigentum kann zur Entstehung eines Vorkaufrechts bei der ersten Veräußerung führen. Dies wurde auch vor dem Urteil so vertreten.⁸

Auch die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Wohnungsrechts kann nicht zur Entstehung eines Mietervorkaufrechts bzw. eines Rechts auf Einräumung des dinglichen Rechtes führen. Denn Nießbrauch und Wohnungsrecht sind nicht veräußerlich bzw. vererblich, so dass sie für das Erwerbsinteresse des Mieters nur von geringem Wert sind. Die Begründung von Dauerwohnrechten gemäß §§ 31 ff. WEG könnte zwar zu einem „Vorkaufsrecht“ führen, da das Dauerwohnrecht nach § 33 Abs. 1 WEG veräußerlich und vererblich ist. Dagegen spricht aber entscheidend, dass der Mieter durch das Dauerwohnrecht keinen wesentlichen Vorteil erhält, da ein Markt für Dauerwohnrechte nicht existiert. Eine Veräußerung ist nahezu ausgeschlossen und die Fälle, in denen ein Dauerwohnrecht bestellt wird, haben nach Abschaffung der Eigenheimzulage Seltenheitswert.

3. Altfälle

Nach der Entscheidung des BGH stellt sich weiter die Frage, wie mit Altfällen umzugehen ist. Die erfolgte Grundbucheintragung des Erwerbers lässt das Vorkaufsrecht nicht erlöschen. Die Frist für die Ausübung läuft erst durch Mitteilung gemäß § 469 BGB an, so dass für bislang geteilte und veräußerte Grundstücke ein gewisses Maß an Unsicherheit besteht, insbesondere, ob der Verkäufer Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist oder nicht. Aus Praktikabilitätsgründen sollte die Rechtsprechung erst auf Veräußerungsfälle angewendet werden, die nach der Verkündung des Urteils auftreten.

Als Fazit lässt sich festhalten: Das Urteil bringt eher ein Mehr an Unsicherheit als ein Mehr an Rechtssicherheit.

Notarassessor *Matthias Bierhenke*, Würzburg

⁶ Zu den Zwecken des Erbbaurechts: v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 1.4 ff.

⁷ Siehe hierzu v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.161 ff.

⁸ *Blank*, WuM 1993, 573, 577; *Schmidt-Futterer/Blank*, § 577 Rdnr. 13 m. w. N.

2. MaBV § 3 (*Vergütungsanspruch beim „steckengebliebenen“ Bauträgervertrag*)

- 1. Beim „steckengebliebenen“ Bauträgervertrag (keine Vollendung des Bauwerks wegen Vermögensverfall des Bauträgers) kommt im Rahmen einer Endabrechnung ein restlicher Vergütungsanspruch des Bauträgers in Betracht, wenn die fällig gewordenen (und vollständig bezahlten) Kaufpreistraten nicht dem anteiligen Wert der Bauleistungen entsprechen.**
- 2. Einen solchen restlichen Vergütungsanspruch des Bauträgers kann unter Umständen auch die den Bauträger finanzierende Bank dem Käufer entgegenhalten, wenn dieser Löschung der zugunsten der Bank eingetragenen Grundschuld verlangt. Allerdings ist eine Freistellungserklärung der Bank gemäß § 3 MaBV im Zweifel dahingehend auszulegen, dass die Bank Grund und Höhe des Zahlungsanspruchs des Bauträgers im Einzelnen darzulegen und zu beweisen hat.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.2.2008, 4 U 123/06

Mit notariellem Vertrag vom 19.10.2001 erwarb der Kläger von den Verkäufern R. und W. (im Folgenden Bauträger) ein Grundstück. Die Bauträger verpflichteten sich zur Errichtung einer Doppelhaushälfte mit Garage auf diesem Grundstück. Als Kaufpreis wurde ein Betrag von 670.000 DM vereinbart. Die Bauträger sicherten dem Kläger Bezugsfertigkeit bis zum 30.6.2002 und vollständige Fertigstellung bis zum 31.8.2002 zu. Der Kaufpreis sollte in insgesamt sieben Raten bezahlt werden, die vom Baufortschritt abhängig gemacht wurden.

Das vom Kläger erworbene Grundstück ist mit einer Grundschuld zugunsten der Beklagten in Höhe von 750.000 DM belastet. Die Beklagte hatte die Finanzierung des Bauträgers übernommen. Im Kaufvertrag ist geregelt, dass die Kaufpreistraten vom Kläger ausschließlich auf ein Bausonderkonto des Bauträgers bei der Beklagten entrichtet werden sollten. Fälligkeit Voraussetzung für die Kaufpreistraten war u. a. eine Freigabeerklärung nach § 3 MaBV, welche die Beklagte in der Folgezeit abgab und die vom Kläger gegengezeichnet wurde.

Der Kläger bezahlte die ersten fünf Kaufpreistraten vereinbarungsgemäß. Die sechste Rate bezahlte der Kläger teilweise; die siebte Rate bezahlte er nicht. Von dem vertraglich vereinbarten Kaufpreis ist bis heute ein Restbetrag von insgesamt 30.437,73 € offen.

Die Auflassung war nach § 8 des Kaufvertrages vom Verkäufer erst dann zu erklären, wenn der Kaufpreis vollständig erbracht war. Im Jahr 2003 wurde die Auflassung von den Bauträgern trotz des noch offenen Restkaufpreises erklärt. Der Kläger hatte die Bauträger hierzu aufgefordert, da diese zur Fertigstellung des Kaufobjekts offensichtlich nicht mehr in der Lage seien. Der Verkäufer W. ist inzwischen verstorben; der Verkäufer R. befindet sich in Vermögensverfall. Die Verkäufer (Bauträger) haben die offene Kaufpreisforderung von 30.437,73 € gegenüber dem Kläger zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Im Januar 2004 zog der Kläger in das Haus ein.

Der Kläger hat von der Beklagten verlangt, die Löschung der zu ihren Gunsten auf seinem Grundstück eingetragenen Grundschuld zu bewilligen.

Das LG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Beklagte sei zu einer Löschungsbewilligung aufgrund der von ihr abgegebenen Freistellungserklärung verpflichtet. Der Kläger habe die geschuldeten Kaufpreistraten auf das Bausonderkonto bei der Beklagten bezahlt. Zu weiteren Zahlungen sei der Kläger nicht verpflichtet, da das Bauvorhaben aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Bauträger unstrittig steckengeblieben sei. Die siebte Kaufpreistraten sei wegen ausstehender Arbeiten der Bauträger nicht geschuldet. Ob und in welcher Höhe der Kläger noch Zahlungen auf die sechste Rate zu erbringen habe, könne dahinstehen, da der Kläger gegenüber einer eventuellen Restforderung der Bauträger wirksam mit Gegenforderungen aufgerechnet habe. Der Kläger habe durch Vorlage verschiedener Rechnungen nachgewiesen, dass er erhebliche Aufwendungen zur Fertigstellung des Bauvorhabens erbracht habe. Diese Aufwendungen seien von den Bauträgern zu erstatten.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie ist der Auffassung, der Kläger müsse mindestens einen Teil der noch offenen Kaufpreisforderung auf das Bausonderkonto bezahlen, wenn er eine Löschung der Grundschuld erreichen wolle.

Aus den Gründen:

II.

Der Senat ist einstimmig der Auffassung, dass die Berufung der Beklagten wohl keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte und eine mündliche Verhandlung auch gemäß § 522 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO nicht geboten erscheint.

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die Löschung der zu ihren Gunsten auf dem Grundstück des Klägers eingetragenen Grundschuld zu bewilligen. Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus der „Freistellungserklärung gemäß § 3 MaBV“. Hierbei handelt es sich um eine vertragliche Verpflichtung, welche die Beklagte gegenüber dem Kläger eingegangen ist, um die Abwicklung des notariellen Vertrages vom 19.10.2001 zu gewährleisten (vgl. zur Rechtsnatur einer solchen Freistellungserklärung OLG Brandenburg, OLGR 2004, 157). Die in der Freistellungserklärung geregelten Voraussetzungen für eine Löschung der Grundschuld liegen vor.

1. a. B. Maßgeblich ist die Regelung in Nr. 3a) der Freistellungserklärung. Wenn das Kaufobjekt nicht vertragsgemäß vollendet wird, sollte die Beklagte nach dieser Regelung dann verpflichtet sein, das Kaufobjekt freizugeben, wenn der Kläger (als Käufer) „alle bis dahin geschuldeten Kaufpreisraten vertragsgemäß auf das oben genannte Konto gezahlt hat“. Die Freistellungserklärung knüpft insoweit an die Regelung zur Fälligkeit der Kaufpreisraten in § 4 des notariellen Vertrages an. Das heißt: Bei nicht vertragsgemäßer Vollendung des Kaufobjekts hängt die Löschung der Grundschuld – allein – davon ab, ob der Kläger diejenigen Kaufpreisraten vollständig bezahlt hat, die nach der Regelung im Kaufvertrag fällig geworden sind. Die Beklagte ist hingegen nicht berechtigt, die Löschung der Grundschuld von weiteren Zahlungen abhängig zu machen, die nach dem Baufortschritt noch nicht zu zahlen waren.

Die Beklagte hatte nach der Freistellungserklärung im Übrigen – unter den entsprechenden Voraussetzungen – auch die Möglichkeit, die bereits auf dem Bausonderkonto eingegangenen Zahlungen an den Kläger zurückzuerstatten (vgl. Nr. 3b) der Freistellungserklärung). Hiervon wollte die Beklagte jedoch unstreitig keinen Gebrauch machen, so dass es – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – bei der Verpflichtung der Beklagten zur Löschungsbewilligung verbleibt.

1. b. Das Bauvorhaben ist von den Bauträgern i. S. v. Nr. 3 a) der Freistellungserklärung „nicht vertragsgemäß vollendet“ worden.

1. b. A. Es spricht manches dafür, dass das LG diese Voraussetzung zu Recht als unstreitig angesehen hat, da die Beklagte den entsprechenden Sachvortrag des Klägers wohl nicht substantiiert bestritten hat. Auch aus dem Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten vom 31.8.2006 geht nicht ganz klar hervor, was die Beklagte im Rechtsstreit konkret vortragen wollte. (Welche Arbeiten wurden ausgeführt? Welche Arbeiten wurden von den Bauträgern nicht ausgeführt?) Letztlich kann die Frage, ob der Sachverhalt in diesem Punkt unstreitig ist, jedoch dahinstehen.

1. b. B. Jedenfalls ist das „Steckenbleiben“ des Bauvorhabens nach der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nachgewiesen. (...)

1. b. C. Für die Feststellung der fehlenden Vollendung des Bauvorhabens kommt es auf den Zeitpunkt der letzten münd-

lichen Verhandlung – bzw. auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Senats – an. Aus den Feststellungen des LG aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme ergibt sich, dass die fehlenden Arbeiten vom Bauträger auch später nicht nachgeholt wurden, so dass das Kaufobjekt endgültig als nicht vertragsgemäß vollendet anzusehen ist.

1. c. Weitere Voraussetzung für die Löschung der Grundschuld ist die vollständige Bezahlung der nach dem Kaufvertrag fälligen Kaufpreisraten. Auch diese Voraussetzung ist gegeben.

Der Kläger hat unstreitig die ersten fünf Raten vollständig bezahlt. Die sechste und siebte Rate sind nach der Vereinbarung im Kaufvertrag nicht fällig geworden, so dass die Beklagte dem Kläger das Fehlen eines Teiles dieser Raten nicht entgegenhalten kann.

Voraussetzung für die Fälligkeit der sechsten Kaufpreisrate war insbesondere die „Bezugsfertigkeit“ des Kaufobjekts. In § 5 Abs. 2 des Kaufvertrages war geregelt, dass das Kaufobjekt als bezugsfertig gelten sollte, wenn das Bauvorhaben im Wesentlichen abgeschlossen, der Einzug zumutbar ist und ein gefahrloser Zugang gewährleistet ist. Dies entspricht dem üblichen Verständnis des Begriffs der „Bezugsfertigkeit“ (vgl. *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 12. Aufl. 2008, Rdnr. 1235; BGH, NJW-RR 2004, 954; OLG Celle, BauR 2005, 1176, 1178). Diese Voraussetzungen sind vorliegend von den Bauträgern nicht geschaffen worden. Ein Wohnhaus ist nicht bezugsfertig, wenn – wie vorliegend – sämtliche Innentüren fehlen, da das Wohnen in einem solchen Objekt nicht zumutbar ist. Zur Bezugsfertigkeit ist nach Auffassung des Senats auch das Vorhandensein der Innentreppe zu zählen; ein Provisorium aus Bauholzstufen erscheint nicht zumutbar. Im Übrigen fehlte ein Teil der Hauseingangstreppe. Das Nichtvorhandensein eines gefahrlosen Zugangs zum Hauseingang schließt die Bezugsfertigkeit in jedem Fall aus (vgl. die ausdrückliche Regelung in § 5 Abs. 2 des Kaufvertrages; vgl. auch BGH, NJW-RR 2004, 954).

Der Einzug des Klägers in das Haus im Januar 2004 ändert an der fehlenden Fälligkeit der beiden letzten Kaufpreisraten nichts. Die Auslegung des Begriffs der „Bezugsfertigkeit“ ist nicht davon abhängig, wann und unter welchen Umständen der Bezug (in ein unfertiges Haus) tatsächlich erfolgt (so auch BGH, NJW-RR 2004, 954, 955). (...)

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten hängt die Verpflichtung zur Löschungsbewilligung nicht von weiteren Voraussetzungen ab. Insbesondere sind keine Feststellungen zu der Frage erforderlich, welche Aufwendungen der Kläger erbracht hat – oder noch erbringen muss –, um das Kaufobjekt fertigzustellen.

2. a. Allerdings ist bei einem „steckengebliebenen“ Bauvertrag die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass die bisher fällig gewordenen Kaufpreisraten nicht dem anteiligen Wert der bereits erbrachten Bauleistungen entsprechen. Bei der erforderlichen Endabrechnung des Bauvertrages (vgl. dazu *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdnr. 1206) kann daher ein restlicher Werklohnanspruch eines Bauträgers auch dann in Betracht kommen, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen für weitere Raten zum Zeitpunkt der Einstellung der Bauleistungen noch nicht vorgelegen haben. Die Beklagte kann hieraus jedoch keine Einwendungen gegenüber dem Lösungsanspruch des Klägers herleiten.

Entscheidend ist allein die vertragliche Vereinbarung in der „Freistellungserklärung“. Das von den Parteien unterzeichnete Formular der Beklagten enthält hierzu (bei nicht vertragsgemäßer Vollendung des Kaufobjekts) in Nr. 3 a) fol-

gende Regelung: „Sollte der in diesem Zeitpunkt vorhandene Bauwert des Kaufobjektes zuzüglich Grundstücksanteil höher sein als die gezahlten Kaufpreisraten, so ist der dem erreichten Bautenstand entsprechende Teil der Vertragssumme der Sparkasse/Landesbank zu erstatten.“

Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte berechtigt wäre, dem Kläger einen restlichen Vergütungsanspruch der Bauträger entgegenzuhalten, wenn ein solcher Anspruch noch bestünde. Entscheidend ist allerdings, dass sich ein solcher Einwand nach den vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kläger und den Bauträgern richten muss. Einwendungen der Beklagten gegenüber dem Lösungsanspruch des Klägers können nicht über eventuelle Ansprüche der Bauträger gegen die Kläger hinausgehen. Der Kläger kann im Verhältnis zur Beklagten nicht schlechter stehen als im Verhältnis zu den Bauträgern. Daher obliegt auch die Darlegungs- und Beweislast für einen eventuellen restlichen Vergütungsanspruch der Bauträger der Beklagten.

Dieses Verständnis ergibt sich zum einen aus einer wörtlichen Auslegung der zitierten Formulierung in den Bedingungen der Freistellungserklärung. Der „vorhandene Bauwert“ kann sich vernünftigerweise nur auf einen entsprechenden Anspruch der Bauträger beziehen. Aus der Formulierung („sollte ...“, so ist ...) ergibt sich im Übrigen, dass das Fehlen eines solchen restlichen Zahlungsanspruchs nicht etwa – vom Kläger darzulegende – Voraussetzung des Lösungsanspruchs ist, sondern dass die Beklagte einen solchen Anspruch darlegen und nachweisen müsste.

Nur diese Auslegung ist im Übrigen mit Sinn und Zweck der Freistellungserklärung vereinbar. Die Freistellungserklärung der Beklagten diene der Sicherung des Klägers, der mit seinen Kaufpreiszahlungen gegenüber den Bauträgern in gewissem Umfang in Vorleistung getreten ist. Der Erwerber hat in einem derartigen Fall ein Interesse daran, dass er durch die von den Bauträgern zur Finanzierung des Bauvorhabens vorgenommene Einschaltung einer Gläubigerbank nicht schlechter gestellt wird, als er ohne deren Beteiligung stünde. Dieses Interesse des Klägers ist bei der Auslegung der vorliegenden Freistellungserklärung zu berücksichtigen (vgl. hierzu eingehend BGH, NJW 1984, 169, 170). Dies muss sich insbesondere auf die Darlegungs- und Beweislast bei der Frage auswirken, ob der Kläger noch Zahlungen an die Bauträger, bzw. auf das Bausonderkonto bei der Beklagten, zu leisten hat.

2. b. Beim „steckengebliebenen“ Bauvertrag kommt eine Endabrechnung in Betracht, für welche der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig ist. Entsprechende Darlegungen der Beklagten (vgl. zur Darlegungslast der Beklagten oben a) fehlen, so dass eine Überprüfung der vom Kläger vorgetragenen Aufwendungen zur Fertigstellung des Kaufobjekts nicht erforderlich ist. Erforderlich wäre eine nachvollziehbare vollständige Abrechnung der Beklagten, aus der sich im einzelnen ergeben müsste, welche Leistungen der Bauträger vertraglich vereinbart waren, welche Leistungen tatsächlich erbracht wurden, welche Leistungen ausstehen, wie die betreffenden Leistungen auf der Basis der Kaufpreiskalkulation des Bauträgers zu bewerten sind, welche Mängel bei den bereits erbrachten Bauleistungen vorliegen und welche Abzüge aufgrund vorhandener Mängel vorzunehmen sind (vgl. zu den Anforderungen an eine solche Abrechnung: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdnr. 1206). Der Verweis auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens – ohne eine solche Abrechnung – ist unter diesen Umständen unzureichend. Auch auf die vorprozessuale Schätzung ausstehender Bauleistungen durch den Klägervertreter im Schreiben vom 19.5.2003 (I, 249) kommt es aus den angegebenen Gründen nicht an.

2. c. Ob der Kläger dem Bauträger noch Beträge für – nicht im notariellen Vertrag vereinbarte – Mehrleistungen schuldet, kann dahinstehen. Eine rechtliche Bedeutung für die Verpflichtung der Beklagten ist nicht ersichtlich.

3. WEG § 10 (*Einstimmigkeitsprinzip in Gemeinschaftsordnung grundsätzlich zulässig*)

Den gesetzlichen Bestimmungen des Wohnungseigentumsrechts über die Mehrheitsentscheidungen kann kein zwingender Leitbildcharakter beigemessen werden. Es ist daher im Grundsatz möglich, dass die Wohnungseigentümer in Abweichung von dem Mehrheitsprinzip ein Einstimmigkeitsprinzip vereinbaren. Hiervon ausgenommen sind nur die Fälle, in denen nach dem Gesetz das Mehrheitsprinzip nicht ausgeschlossen werden kann.

OLG Hamm, Beschluss vom 19.8.2008, I-15 Wx 89/08; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die drei Beteiligten waren Eigentümer zu je $\frac{1}{3}$ Anteil an dem mit einem Wohnhaus bebauten Grundstück S-Straße in C. Das Wohnhaus verfügt über drei Wohnungen. Am 30.3.2000 teilten sie ihr Eigentum nach § 3 WEG in vier Miteigentumsanteile auf, von denen drei gleich große (320/1.000) jeweils mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und eines mit dem Teileigentum an einem Raum im Dachgeschoss verbunden sind. Der mit dem Teileigentum verbundene Miteigentumsanteil von 40/1.000 gehört den Beteiligten zu je $\frac{1}{3}$ Anteil.

Im vorliegenden Verfahren streiten die Beteiligten über die Gültigkeit der in Nr. 8 der Teilungserklärung vereinbarten Regelung „Beschlüsse können nur einstimmig gefasst werden.“

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind der Ansicht, dass die Regelung der Teilungserklärung in Nr. 8, nach der Beschlüsse einstimmig gefasst werden müssen, nichtig sei. Sie widerspreche den grundlegenden Gedanken des Wohnungseigentumsrechts, wonach ein Mehrheitsprinzip gegeben sei. Eine Klausel, die eine ordnungsgemäße Verwaltung der Gemeinschaft von einer Einstimmigkeit abhängig mache, widerspreche dem Sinn und Zweck des Wohnungseigentums. Denn bei einer Blockadehaltung nur eines einzigen Eigentümers sei eine Verwaltung nicht möglich. Eine Einstimmigkeit könne daher nur in besonderen Fallgestaltungen wirksam vereinbart werden, wie etwa bei der Änderung der Teilungserklärung oder des Kostenschlüssels oder bei der Zustimmung zu baulichen Veränderungen. Wollten die Eigentümer zur Deckung der laufenden Unkosten einen Wirtschaftsplan beschließen und sei auch nur ein Eigentümer in der Eigentümerversammlung nicht zugegen, habe dies zur Folge, dass kein Wirtschaftsplan für das laufende Wirtschaftsjahr beschlossen werden könne. Bevor die Gerichte darüber entschieden, sei die Gemeinschaft nicht mehr zahlungsfähig, da keine fälligen Hausgeldansprüche bestünden.

Ein Eigentümer, der erheblich gegen seine Verpflichtungen verstoße, könne seitens der Gemeinschaft niemals belangt werden. § 18 WEG würde ins Leere laufen. Ermessensentscheidungen der Gemeinschaft wären nunmehr justiziabel. Es bestünde ferner eine Teilnahmeverpflichtung zur Versammlung. Allein das (unverschuldete) Fernbleiben von einer Versammlung wäre ein wirtschaftliches Risiko, da die übrigen Eigentümer per Gerichtsbeschluss den Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung durchsetzen müssten. Es wäre noch nicht einmal mehr möglich, sich einer Abstimmung zu enthalten, da anderenfalls sofort eine Klage drohe mit dem Kostenrisiko für beide Seiten.

Die Antragsteller beantragen daher, festzustellen, dass die Bestimmung in der Teilungserklärung, nach der Beschlüsse nur einstimmig gefasst werden können, nichtig ist.

Das AG wies den Antrag zurück. Die hiergegen von den Beteiligten zu 1 und 2 eingelegte sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG, 45 Abs. 1 WEG a. F., 62 WEG n. F. statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 und 2 ergibt sich daraus, dass ihre erste Beschwerde keinen Erfolg hatte. In der Sache ist das Rechtsmittel teilweise begründet.

Das LG ist zutreffend von der Zulässigkeit des Feststellungsantrags (§ 256 ZPO) ausgegangen. Die Feststellung der Nichtigkeit bewirkt nämlich, dass mit bindender Wirkung festgestellt wird, dass die entsprechende Regelung keine Rechtswirkungen entfalten konnte und es auch in Zukunft nicht mehr kann.

Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Gegenständen, die die Wohnungseigentümer durch (Mehrheits-) Beschluss (§§ 10 Abs. 4, 25 WEG) und solchen, die sie durch Vereinbarung, d. h. nur einstimmig, regeln können (§ 10 Abs. 2 Satz 2 und 3 und Abs. 3 WEG). Die von den Wohnungseigentümern getroffene Regelung über das Erfordernis der Einstimmigkeit bei Beschlussfassungen betrifft einen Gegenstand, über den (nur) im Wege einer Vereinbarung entschieden werden kann, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG). Das Wohnungseigentumsgesetz räumt den Wohnungseigentümern für die Regelung ihres Verhältnisses untereinander in weitem Umfang Vertragsfreiheit ein. Die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer soll nicht mehr als notwendig beschränkt werden (BGH, NJW 1985, 2832; NJW 1987, 650).

Im Rahmen der Vertragsfreiheit waren die beteiligten Wohnungseigentümer daher nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG nicht gehindert, die Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes über die Mehrheitsbeschlüsse durch Vereinbarung anders zu regeln als es im Wohnungseigentumsgesetz vorgesehen ist, soweit nicht das Gesetz etwas anderes ausdrücklich bestimmt. Der zwingende Charakter einer Norm, die eine abweichende Vereinbarung i. S. d. § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG „ausdrücklich“ ausschließt, kann sich zwar nach zutreffender Auffassung auch durch Auslegung im Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Vorschriften ergeben (*Staudinger/Bub*, BGB, 2005, § 25 WEG Rdnr. 22). Jedoch kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde den gesetzlichen Vorschriften über das Mehrheitsprinzip bei der Beschlussfassung in der Wohnungseigentumsgemeinschaft nicht ein zwingender Leitbildcharakter beigemessen werden. Nach der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung im Bereich des Stimmrechts (vgl. BGH, FGPrax 2003, 13 = NJW 2002, 3704 = DNotZ 2003, 43; BayObLG, NJW-RR 1997, 1305 = ZMR 1997, 369; KG, FGPrax 1998, 135 = NZM 1998, 520; OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 775) kann nicht von einer Begrenzung der Dispositivität der gesetzlichen Regelung ausgegangen werden.

So hat der BGH (FGPrax 2003, 13 = NJW 2002, 3704 = DNotZ 2003, 43) für die Fälle der Majorisierung durch ein Stimmrecht nach Miteigentumsanteilen ausdrücklich entschieden, dass Abweichungen von dem Kopfstimmrecht des § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG vereinbart werden könnten. Wertungsmäßig betrachtet gilt dies in gleicher Weise für den hier vorliegenden umgekehrten Fall der Installation einer Sperrminorität (*Staudinger/Bub*, BGB, § 25 WEG Rdnr. 32). In einem mit dem hier vorliegenden vergleichbaren Fall eines vereinbarten Vetorechts für einen einzelnen Miteigentümer hat auch das BayObLG (NJW-RR 1997, 1305 = ZMR 1997, 369) zutreffend die Regelung der Teilungserklärung für wirksam

erachtet. Dem lag der Fall zugrunde, dass in einer aus drei Wohnungen bestehenden Wohnanlage nach der Teilungserklärung für das Stimmrecht die unterschiedliche Größe der Miteigentumsanteile maßgebend sein sollte, gegen die Stimme des teilenden Eigentümers aber ein Eigentümerbeschluss nicht gefasst werden konnte, solange ihm auch nur eine Wohnung gehört. Das BayObLG hat diese Regelung für wirksam erachtet und dazu ausgeführt, nach allgemeiner Meinung sei eine Stimmrechtsregelung, die in Abweichung von dem gesetzlichen Kopfstimmrecht des § 25 Abs. 2 WEG getroffen werde und einem Wohnungseigentümer die Mehrheit der Stimmen verschaffe, nicht von vornherein unwirksam. Gegenüber dem Fall, dass ein Wohnungseigentümer von vornherein die Stimmenmehrheit habe, würden die Rechte anderer Wohnungseigentümer weniger eingeschränkt, wenn ein Wohnungseigentümer nicht die Stimmenmehrheit, sondern lediglich ein Vetorecht habe. Entscheidend sei dabei, dass der Wohnungseigentümer, dem das Vetorecht zustehe, zwar einen Eigentümerbeschluss verhindern könne, auch wenn er weniger als die Mehrheit der Stimmen innehatte, aber im Gegensatz zu dem Fall einer Stimmenmehrheit in der Hand eines Wohnungseigentümers selbst keine Beschlüsse gegen den Willen anderer Wohnungseigentümer durchsetzen könne.

Daher ist es nach Auffassung des Senats im Grundsatz möglich, dass die Wohnungseigentümer in Abweichung von dem Mehrheitsprinzip ein Einstimmigkeitsprinzip vereinbaren (so auch *Staudinger/Bub*, § 25 WEG Rdnr. 16). Von dieser Möglichkeit geht auch der Gesetzgeber in § 23 Abs. 3 WEG aus, wonach bei schriftlichen Beschlüssen Gültigkeitsvoraussetzung ist, dass alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zu dem Beschluss schriftlich erklären. Ein vergleichbares Ergebnis, dass Beschlüsse nur im Einvernehmen aller Wohnungseigentümer gefasst werden könnten, ergibt sich zudem bei einer aus zwei Wohnungen bestehenden Gemeinschaft als notwendige Folge des vom Gesetz vorgesehenen Kopfstimmrechts (vgl. BayObLG, NJW-RR 1986, 566).

Die grundsätzlichen Bedenken der Beteiligten zu 1 und 2 gegen das vereinbarte Prinzip der Einstimmigkeit widersprechen der Zielrichtung der Teilungserklärung und der in ihr enthaltenen Gemeinschaftsordnung, die alle Beteiligten selbst durch Teilung nach § 3 WEG ausgehandelt haben und die ihnen nicht etwa durch einen Bauträger im Rahmen einer Vortratsteilung nach § 8 WEG aufgezungen wurde. Ziel dieser Einstimmigkeit, die sich auch im Übrigen wie ein roter Faden durch die gesamte Gemeinschaftsordnung zieht, war es offensichtlich, dass nicht durch das Mehrheitsprinzip zwei der drei Wohnungseigentümer ihre Interessen gegen den Willen des Dritten durchsetzen können sollten. Dass eine einstimmige Verwaltung ein hohes Maß an gegenseitigem Vertrauen erfordert und an eine allseitige Kompromissbereitschaft geknüpft ist, war gewollt. Und dass das Prinzip der Einstimmigkeit, von dem sich die Beteiligten gegenüber dem Mehrheitsprinzip die größeren Vorteile versprochen, auch Probleme nach sich zieht, ist in der Teilungserklärung so angelegt, weil dies dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten entsprach.

Daher geht das jetzige Lamentieren der Rechtsbeschwerde über die Nachteile des Einstimmigkeitsprinzips gegenüber dem Mehrheitsprinzip an den Vereinbarungen der Beteiligten in der Gemeinschaftsordnung völlig vorbei. Soweit sie in diesem Zusammenhang meint, es könne durch Stimmenthaltung eine Verwaltung boykottiert werden, ist dies nicht richtig. Denn das Einstimmigkeitsprinzip wird durch das Recht eines Wohnungseigentümers zur Stimmenthaltung nicht ausgehebelt. Enthält sich ein Wohnungseigentümer der Stimme, so zählt seine Enthaltung weder als Ja-Stimme noch als Nein-Stimme, seine Enthaltung wird daher in die Berechnung nicht

einbezogen (BGH, NJW 1982, 1585; 1989, 1090). Denn mit seiner Enthaltung gibt der Wohnungseigentümer zu verstehen, dass er sich dem Votum der anderen anschließt, will er dies nicht, muss er mit Nein stimmen.

Die Beteiligten haben bei ihrer Regelung über das Erfordernis der einstimmigen Beschlussfassung jedoch nicht bedacht, dass das Gesetz in einigen wenigen Fällen vorsieht, dass das Mehrheitsprinzip nicht ausgeschlossen werden kann. Solche Regelungen fanden sich im Zeitpunkt der Fassung der Gemeinschaftsordnung in den § 26 WEG, aufgrund der zum 1.7.2007 in Kraft getretenen WEG-Reform sind insoweit noch Einschränkungen in den §§ 12, 16 und 22 WEG hinzugetreten. Zwingendes Recht in Bezug auf das Mehrheitsprinzip enthalten:

- gemäß § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG die Regelungen in § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG,
- gemäß § 16 Abs. 5 WEG die Regelungen in § 16 Abs. 3 und 4 WEG,
- gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG der Anspruch nach § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG,
- gemäß § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG der Anspruch hinsichtlich der Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 Abs. 1 WEG; § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG gilt hingegen nicht für die Bestellung eines Ersatzzustellungsvertraters (*Palandt/Bassenge*, BGB, 66. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 6).

(...)

4. WEG § 12 Abs. 1 (*Zustimmungsfreie Übertragung von Sondereigentum bei Erbengemeinschaft*)

Die Übertragung eines Teileigentums von der Erbengemeinschaft auf einen Miterben stellt eine Veräußerung dar, die bei entsprechender Regelung in der Teilungserklärung die Zustimmung des Verwalters der WEG erforderlich macht. Besteht die Erbengemeinschaft jedoch nur aus dem Veräußerer und dem Erwerber des der Erbengemeinschaft gehörenden Teileigentums, ist eine Verwalterzustimmung nicht erforderlich, wenn in der Teilungserklärung ein Zustimmungserfordernis für bestimmte Personen, zu denen der Erwerber zählt, nicht vorgesehen ist – z. B. nahe Angehörige. (Leitsatz des Einsenders)

LG Dortmund, Beschluss vom 29.9.2008, 9 T 267/08; eingesandt von Notarin *Heike Welskop*, Castrop-Rauxel

Die verstorbene E. ist als Eigentümerin eines Teileigentums im Grundbuch eingetragen. Sie ist von den Beteiligten zu 1 und 2 beerbt worden.

In § 6 Abs. 1 der Teilungserklärung heißt es zur Übertragung des Wohnungseigentums:

„Das Wohnungseigentum ist veräußerlich und vererblich. Die Weiterveräußerung bedarf der Zustimmung des Verwalters. Dies gilt nicht im Falle der Veräußerung an Ehegatten, Verwandte in gerader Linie, Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie oder bei einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter.“

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Schwestern. In einem Teilerbauseinsetzungsvertrag bestimmten sie, dass die Beteiligte zu 1 das oben bezeichnete Teileigentum erhalten soll, und erklärten insoweit die Auflassung. Die Beteiligten beantragten beim AG, die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligte zu 1 vorzunehmen.

Das AG erließ eine Zwischenverfügung, durch die den Beteiligten zu 1 und 2 unter anderem aufgegeben wurde, eine Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft zur Veräußerung gemäß § 12 WEG nebst Nachweis der Verwalterbestellung einzureichen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Die Übertragung des Teileigentums auf die Beteiligte zu 1 bedarf nicht der Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft, weil eine Veräußerung an eine Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie i. S. v. § 6 Abs. 1 Satz 3 der Teilungserklärung vorliegt.

Ein Teilerbauseinsetzungsvertrag wirkt zunächst nur verpflichtend. Erst die ihn vollziehende Teilung überführt mit dinglicher Wirkung das Gesamthandsrecht in eine Alleinberechtigung. Diese dingliche Teilung muss nach den Übertragungsvorschriften vor sich gehen, die für das fragliche Recht gelten, also bei Grundstücken nach §§ 873 und 925 BGB durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch (BGH, BB 1965, 1373). Dementsprechend stellt die Übertragung eines Teileigentums von der Erbengemeinschaft auf einen der Miterben eine Veräußerung dar, die bei einer entsprechenden Regelung in der Teilungserklärung eine Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft erforderlich macht (BayObLGZ 1982, 46). In der Teilungserklärung können aber für bestimmte Personen Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis vorgesehen werden (*Bärmann/Pick*, WEG, 18. Aufl., § 12 Rdnr. 9). § 6 Abs. 1 Satz 3 der Teilungserklärung ist auch auf den Fall anzuwenden, dass eine Erbengemeinschaft aus zwei Schwestern besteht und durch eine Übertragung des Teileigentums auf eine der beiden Schwestern das Gesamthandsrecht in eine Alleinberechtigung umgewandelt wird.

Was unter einer Veräußerung an Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie im Sinne der im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Befreiung vom grundsätzlichen Erfordernis der Verwalterzustimmung zu verstehen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Auch Grundbucheintragen sind nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Sinn der Erklärung auszulegen, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (OLG Schleswig, NJW-RR 1993, 1103). Der Zweck der durch § 12 Abs. 1 WEG eröffneten Gestaltungsmöglichkeit besteht darin, die Gemeinschaft vor dem Eindringen wirtschaftlich oder persönlich ungeeigneter Erwerber und vor der Erweiterung des Sondereigentums derartiger Miteigentümer zu schützen (OLG Hamm, ZMR 2007, 212). Die Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 3 der Teilungserklärung lässt jedoch erkennen, dass das Interesse der Wohnungseigentümergeinschaft an einer Überprüfung der personellen und finanziellen Zuverlässigkeit des Erwerbers zugunsten einer Entscheidungsfreiheit des veräußernden Wohnungseigentümers zurücktreten soll, wenn an der Übertragung des Teileigentums ausschließlich Ehegatten oder nahe Verwandte beteiligt sind. Da Parteien des Teilerbauseinsetzungsvertrages allein die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben sind und dementsprechend auch die Vollziehung der Teilung nur durch diese erfolgt, ist in der Umwandlung des Gesamthandseigentums der beiden Schwestern in Alleineigentum der Beteiligten zu 1 eine nach § 6 Abs. 1 Satz 3 der Teilungserklärung zustimmungsfreie Veräußerung an eine Verwandte zweiten Grades in Seitenlinie zu sehen.

5. GBO § 47 (*Bezeichnung des ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses bei Grundbucheintragung*)

Soll ein gemeinschaftliches Recht der Eheleute in ein Grundbuch eingetragen werden, so ist eine zweifelsfreie Bezeichnung des ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses erforderlich. Der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ist keine Kennzeichnung, die eine solche zweifelsfreie Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses darstellt. Solange die zweifelsfreie Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses nicht klargestellt ist, besteht ein Vollzugshemmnis.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.1.2008, 3 W 94/07

Aus den Gründen:

(...)

Bei der begehrten Eintragung handelt es sich nicht um die nach § 47 GBO erforderliche zweifelsfreie Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses der Eheleute. Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert aber, dass Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuch angegeben werden.

Es ist bereits fraglich, welcher „gesetzliche Güterstand des Rechtes des Staates Türkei“ in § 2 Abs. 2 der notariellen Urkunde vom 16.10.2006 gemeint ist. Denn die Urkunde gibt keinen Aufschluss darüber, wann die Antragsteller die Ehe nach türkischem Recht geschlossen haben. Für vor dem 1.1.2002 geschlossene Ehen galt jedoch mit dem früheren gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung ein anderes Güterrecht, als dies seit dem 1.1.2002 der Fall ist. Zu diesem Zeitpunkt wurde in der Türkei der gesetzliche Güterstand der „Errungenschaftsbeteiligung“ eingeführt; für vor dem 1.1.2002 geschlossene Ehen bestand eine Übergangsfrist, wonach die Eheleute erklären konnten, dass sie im bisherigen Güterstand verbleiben wollten (vgl. im Einzelnen: DNotI-Report 2004, 93, 94).

Hierauf kommt es aber letztlich nicht an. Weder der bis 31.12.2001 bestehende gesetzliche Güterstand der Gütertrennung noch der danach eingeführte gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ist eine Kennzeichnung, die nach § 47 GBO eine zweifelsfreie Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses darstellt. Beiden Güterständen ist es eigen, dass die Eheleute während der Ehe getrenntes Vermögen erwerben und eine gesamthänderische Verbundenheit nicht besteht (vgl. DNotI-Report 2004, 93, 94; *Seker*, FamRZ 2007, 1779; LG Duisburg, Beschluss vom 19.5.2003, 7 T 65/03, zit. n. juris). Das AG – Grundbuchamt – fordert deshalb zu Recht eine Ergänzung dahingehend, ob die Antragsteller in Bruchteilsgemeinschaft oder in welchem Gemeinschaftsverhältnis sie ansonsten erwerben. Solange dies nicht klargestellt ist, besteht ein Vollzugshemmnis (vgl. *Zimmermann* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., S. 1372 Rdnr. 91).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von den Antragstellern zitierten Entscheidung des LG Köln (Beschluss vom 11.9.1996, 11 T 282/96). Diese betrifft einen anderen Sachverhalt. Denn in dieser Entscheidung ging es um die Bezeichnung „Errungenschaftsgemeinschaft“ (nicht: Errungenschaftsbeteiligung) nach italienischem Recht. Während bei der Errungenschaftsgemeinschaft in der Ehe erworbenes Vermögen gemeinschaftliches Eigentum beider Ehegatten wird, ist dies bei der Errungenschaftsbeteiligung, wie oben aufgezeigt, gerade nicht der Fall.

Anmerkung:

Die von § 47 GBO verlangte Feststellung des für die Gemeinschaft geltenden Rechtsverhältnisses kann sich bei einem

Grundstückserwerb durch Eheleute, von denen mindestens einer eine ausländische Staatsangehörigkeit hat, sehr aufwendig gestalten. Grundsätzlich müsste der Notar immer nach folgendem Schema verfahren (auch wenn in den meisten Fällen die Mehrzahl der Prüfungspunkte nicht einschlägig ist):¹

1. Zunächst ist das anwendbare Recht festzustellen. Wegen der „unwandelbaren“ Anknüpfung an die Umstände zum Zeitpunkt der Eheschließung in § 15 EGBGB kann es dabei auf Umstände ankommen, die heute nicht mehr offensichtlich sind (z. B. eine ehemalige Staatsangehörigkeit der Eheleute, die seit jeher in Deutschland leben und vor vielen Jahren schon die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben).

2. Haben die Eheleute keine gemeinsame Staatsangehörigkeit gehabt und vor dem 9.4.1983 geheiratet, so können sich aus der Übergangsregelung in Art. 220 Abs. 3 EGBGB Besonderheiten ergeben.

3. Bei Verweisung auf ein ausländisches Recht ist dieses auf eine Rück- oder Weiterverweisung zu untersuchen. Es ist also gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB zunächst das ausländische internationale Güterrecht anzuwenden. Das kann selbst dann, wenn am Ende aufgrund Rückverweisung deutsches Güterrecht erreicht wird, u. U. schwieriger sein, als unmittelbar das ausländische materielle Güterrecht anzuwenden.

4. Anhand des Güterstatuts kann dann ermittelt werden, welcher der dort vorgesehenen Güterstände für die Eheleute gilt.

5. Teilt der für die Eheleute geltende Güterstand das Vermögen der Eheleute in verschiedene Gütermassen auf, an denen die Eheleute dinglich in unterschiedlicher Weise beteiligt sind, so ist festzustellen, welcher dieser Massen das zu erwerbende Grundstück zuzuordnen ist.

6. Schließlich ist ggf. zu prüfen, wie eine vom ausländischen Güterrecht vorgesehene Mitberechtigung für die Zwecke des § 47 GBO zu qualifizieren ist.

Die rechtliche Prüfung des OLG Zweibrücken setzt auf der Stufe 4 ein: Da der aktuelle gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung in der Türkei durch den Erlass des neuen Zivilgesetzbuchs vom 22.11.2001 eingeführt wurde und mit Wirkung vom 1.1.2002 an die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand abgelöst hatte, stelle sich die Frage, ob der Hinweis auf den „gesetzlichen Güterstand des Rechts des Staates Türkei“ den gesetzlichen Güterstand alten oder neuen Rechts bezeichnet. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich allerdings klar aus dem türkischen Recht: Nach der Übergangsregelung in Art. 10 des Einführungsgesetzes zum ZGB vom 3.12.2001 gilt vom 1.1.2002 an für Eheleute, die vor diesem Zeitpunkt im gesetzlichen Güterstand des bis dahin geltenden Rechts gelebt haben, der neue Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, sofern sie nicht innerhalb eines Jahres einen anderen Güterstand vereinbaren.² Daraus folgt, dass auch für Eheleute, die vor dem 1.1.2002 geheiratet haben, zum Zeitpunkt des Grundstückserwerbs im Jahre 2006 die Gütertrennung allenfalls noch als vereinbarter Güterstand gelten konnte. Für mangels Ehevertrags im gesetzlichen Güter-

¹ Vgl. schon meine Anmerkung zu OLG Zweibrücken, MittBayNot 2007, 385.

² Hierzu *Akalin* in Rieck, Ausländisches Familienrecht, Länderbericht Türkei (Stand: Februar 2005) Rdnr. 12; *Kilic* in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Türkei Rdnr. 39, insb. Fn. 54; *Naumann*, Grundzüge des neuen türkischen Ehegüter- und Erbrechts, RNotZ 2003, 343; *Naumann* in Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 426, S. 598; *Odendahl*, FamRZ 2003, 648; *Rumpf/Odendahl*, Das neue türkische Zivilgesetzbuch, StAZ 2002, 100.

stand lebende Eheleute dagegen galt der neue Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung.

Die weitere Untersuchung des Gerichts betrifft die Stufe 6 der Prüfung und die Frage, ob der gesetzliche Güterstand des türkischen Rechts überhaupt ein Gemeinschaftsverhältnis i. S. v. § 47 GBO begründet. Auf dieser Prüfungsstufe kommt es häufig zu Missverständnissen, da von dem ausländischen Güterstand häufig nur eine plakative Bezeichnung, nicht aber die inhaltliche Ausgestaltung bekannt ist. *Döbereiner* hat bereits auf ausländische Güterstände hingewiesen, deren Bezeichnung auf gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute hindeutet, sich aber nur eine „vermeintliche Gütergemeinschaft“ ergibt.³ Zu diesen Güterständen zählen z. B. die „Allgemeine Gütergemeinschaft“ des dänischen,⁴ norwegischen, schwedischen und isländischen Rechts.

Unklar ist die Rechtslage beispielsweise noch in Bezug auf das gesetzliche Güterrecht der Niederlande, wo teilweise angenommen wird, das Vermögen der Eheleute stehe den Eheleuten gemeinschaftlich zu,⁵ während von anderen behauptet wird, der gesetzliche Güterstand der Allgemeinen Gütergemeinschaft habe während der Dauer der Ehe keine Auswirkungen auf die Eigentumsverhältnisse und begründe erst bei Auflösung der Gemeinschaft eine dingliche Mitberechtigung des anderen Ehegatten.⁶

Ebenfalls getrennt bleiben die Vermögensmassen im gesetzlichen Güterstand der Schweiz (Errungenschaftsbeteiligung – nicht Errungenschaftsgemeinschaft). Hier wird der Wert der während der Ehe von jedem der Eheleute erworbenen Vermögenswerte am Ende der Ehe verglichen und die Wertdifferenz durch eine Geldzahlung ausgeglichen. „Eigentum“ und „Errungenschaft“ i. S. v. Art. 197 schw. ZGB stehen und bleiben also Alleineigentum des Ehegatten, der den Gegenstand erworben hat. Dasselbe gilt nach Übernahme des Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung durch das neue ZGB seit dem 1.1.2002 auch in der Türkei.

In all diesen Fällen scheidet ein durch den ausländischen Güterstand begründetes dingliches Gemeinschaftsverhältnis i. S. v. § 47 GBO aus. Stattdessen wäre nach dem deutschen Sachenrecht – welches insoweit gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB als *lex rei sitae* maßgeblich ist – für die gemeinschaftlich erwerbenden Eheleute eine Beteiligung zu Bruchteilen festzulegen. So wäre daher im vom OLG Zweibrücken entschiedenen Fall statt der Verweisung auf den türkischen Güterstand, der kein Gemeinschaftsverhältnis vorsieht, richtigerweise z. B. ein Erwerb „als Miteigentümer zu je 1/2“ oder „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ möglich gewesen.

Ergibt sich dagegen aus dem anwendbaren ausländischen Recht eine Zuordnung des Grundstücks zum gemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute, so stellt sich die Frage, wie die so begründete gemeinschaftliche Beteiligung korrekt bezeichnet werden kann. Auch wenn es in dem der vorliegenden Ent-

scheidung zugrundeliegenden Fall hierauf gar nicht mehr ankam, so verlangt das OLG dennoch im Leitsatz der Entscheidung eine „zweifelsfreie Bezeichnung“. Fraglich ist aber, wie diese aussehen könnte.

Man hat hier vorgeschlagen, das eheliche Güterrechtsverhältnis zu umschreiben und aus dem deutschen Rechtsgebrauch bekannte Begriffe zur schlagwortartigen Kennzeichnung zu verwenden,⁷ wie z. B. „Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht“⁸ oder „Gesamthandseigentum gemäß gesetzlichem Güterstand nach jugoslawischem (Serbien, autonom. Provinz Wojwodina) Recht“.⁹ Die genannten Beispiele zeigen aber, dass die gleichzeitig verfolgten Ziele der eindeutigen Bezeichnung des Güterstands zum einen und der Erläuterung, welches Gemeinschaftsverhältnis sich hieraus ergibt zum anderen, einander im Wege stehen. So kennt das italienische Recht nicht den Begriff der „Errungenschaftsgemeinschaft“, sondern nur die vertragliche und die gesetzliche Gütergemeinschaft („*comunione legale*). Bei der Formulierung „Miteigentümer in Gütergemeinschaft nach italienischem Recht“ bliebe daher offen, ob der gesetzliche oder vertragliche Güterstand gilt.¹⁰ Dagegen dürfte m. E. der Güterstand ausreichend bezeichnet sein, wenn auf den gesetzlichen Güterstand eines bestimmten Rechts verwiesen wird, und dieser der Erläuterung halber mit einem Zusatz versehen wird, beispielsweise „zum Gesamtgut“ bzw. „zum gemeinschaftlichen Eigentum im gesetzlichen Güterstand des italienischen Rechts (Errungenschaftsgemeinschaft)“. Die schlagwortartige Charakterisierung des Güterstands lediglich als erläuternden „Zusatz“ lässt Raum für die damit verbundene unvermeidliche Unschärfe, ohne dass damit rechtliche Zweifelsfragen aufgeworfen werden.

Vorsicht ist bei dem Begriff „Gesamthandseigentum“ angebracht. Die Gütergemeinschaft kann im ausländischen Recht auch als Bruchteilsgemeinschaft (Kroatien) oder als „Bruchteilsgemeinschaft *sui generis*“ (Niederlande) ausgestaltet sein. Hier stellt sich dann die Frage, ob nicht mit der eindeutigen Bezeichnung des Güterstands und der Zuordnung zur richtigen Gütermasse das Gemeinschaftsverhältnis hinreichend bezeichnet ist. Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Eigentumsverhältnisses kann dann dem ausländischen Recht entnommen werden. Eine Benachteiligung des Rechtsverkehrs ergibt sich daraus noch nicht, denn auch die praktisch viel bedeutendere Frage nach der Verfügungsbefugnis kann aus der Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses noch nicht beantwortet werden.¹¹

Die vorgenannten Probleme beim Erwerb des Grundstücks lassen sich sicherlich vermeiden, indem man die Eheleute gemäß Art. 15 Abs. 2 Ziff. 3 EGBGB für das zu erwerbende Grundstück deutsches Güterrecht wählen lässt. Freilich können sich aus dieser Spaltung des Güterstatuts unerwünschte Spätfolgen ergeben. Ungeklärt ist z. B. die Frage, wie die Ehegattenerbquote gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zu erhöhen ist, wenn die Zugewinnsgemeinschaft nur für einen Teil des Nachlasses gilt.¹² Wenn die gegenständlich beschränkte Rechts-

³ MittBayNot 2001, 264, 265.

⁴ Hierzu jüngst *Koenigs* in Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, S. 431 und *Ring/Olsen Ring* in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Dänemark Rdnr. 13.

⁵ OLG Düsseldorf, MittBayNot 2000, 125; *Vlaardingerbroek v. Beekhoff* in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Niederlande Rdnr. 14; *Eule* in Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2004, Niederlande Rdnr. 122: „gebundenes hälftiges Miteigentum der Eheleute und keine Gesamthandsgemeinschaft im deutschen Sinne“.

⁶ *Schotten/Schmellenkamp* in Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, S. 533; *Tomlow* in DNotI, Deutsch-Niederländischer Rechtsverkehr in der Notariatspraxis, 1997, S. 33.

⁷ Vgl. z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3422.

⁸ *Böhringer* in Meikel, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 47 Rdnr. 161 b.

⁹ LG Kempten, MittBayNot 1984, 254.

¹⁰ So LG Kempten, MittBayNot 1982, 250 – das gilt umso mehr, als nur die vertragliche, nicht aber die gesetzliche Gütergemeinschaft eine allgemeine Gütergemeinschaft ist.

¹¹ Vgl. *Amann*, DNotZ 2008, 324, 339 ff.

¹² Dazu z. B. *Riering*, FS Schwab 2005, S. 1245; *Süß*, ZNotP 1999, 393.

wahl dennoch eingesetzt wird, so sollte daher bei gemeinsamem Erwerb durch Eheleute ggf. überlegt werden, für das deutschem Güterrecht unterliegende Vermögen Gütertrennung zu vereinbaren.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Süß*, Würzburg

6. BGB §§ 1030, 1060, 1090; GBO §§ 78, 80 Abs. 1 Satz 1, 16 Abs. 2 (*Keine Eintragung eines Wohnungsrechts für den Nießbraucher*)

Der Berechtigte des Nießbrauchs darf alle Nutzungen der Sache ziehen, also grundsätzlich sämtliche Nutzungen, es sei denn, dass einzelne Nutzungen qualitativer Art von diesem Recht ausgenommen sind. Derjenige, dem der Nießbrauch an einem Grundstück eingeräumt ist, das mit einem Wohnhaus bebaut ist, darf also auch darin wohnen. Für den Nießbrauchsberechtigten besteht damit kein rechtlich geschütztes Interesse, zusätzlich zu seinem Nießbrauch ein Wohnungsrecht für sich im Grundbuch eintragen zu lassen.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15.4.2008, 20 W 53/07

Der Antragsteller zu 1 ist als Eigentümer bzw. Miteigentümer des betroffenen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Zu notarieller Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten übertrug der Antragsteller zu 1 sein Eigentum an dem betroffenen Grundbesitz an die Antragsteller zu 2 und 3. In dem Vertrag aus dem Jahr 2006 bestellten die Übernehmer für den Übergeber ein unentgeltliches Nießbrauchsrecht an dem gesamten betroffenen Grundbesitz und außerdem eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsrecht) lastend auf dem in Blatt 6400 eingetragenen Grundstück, das mit einem Einfamilienreihenmittelhaus bebaut ist.

Der Verfahrensbevollmächtigte beantragte gemäß § 15 GBO die Eigentumsumschreibung sowie die Eintragung des Nießbrauchsrechts und des Wohnungsrechts (nur in Blatt 6400) und einer ebenfalls bewilligten Rückauffassungsvormerkung.

Der Grundbuchrechtspfleger wies darauf hin, dass nach einer Entscheidung des LG Darmstadt die Eintragung eines Wohnungsrechts neben einem Nießbrauch unzulässig sei. Die Vertragsparteien müssten sich entscheiden, ob ein Wohnungsrecht oder ein Nießbrauch für den Übergeber eingetragen werden solle.

Die Antragsteller hielten ihre Eintragungsanträge aufrecht und wiesen darauf, dass andere Grundbuchämter das Wohnungsrecht neben dem Nießbrauch eintragen würden und das BGB beides als zulässige Belastung nebeneinander zulasse. Auch könne der Nießbraucher ein Interesse daran haben, wegen der Kostenbelastung das Nießbrauchsrecht aufzugeben, aber das Wohnungsrecht zu behalten. Dies müsse ohne Rangverlust möglich sein. Der Rechtspfleger könne entscheiden, welches Recht er zurückweise.

Das Grundbuchamt hat, da die Eintragung eines Wohnungsrechts neben der Eintragung eines Nießbrauchs unzulässig sei und wegen des sachlichen Zusammenhangs sämtliche Anträge der Antragsteller zurückgewiesen. Der gegen die Zurückweisung gerichteten Beschwerde hat das AG nicht abgeholfen. Das LG die Beschwerde als unbegründet verworfen.

Aus den Gründen:

(...)

Das Vorbringen der Antragsteller in der weiteren Beschwerde führt nicht zum Erfolg. Entgegen der Auffassung der Antragsteller gehört zum gesetzlichen Inhalt des Nießbrauchs an Sachen, dass der Berechtigte die Nutzungen der Sache ziehen darf, also grundsätzlich sämtliche Nutzungen, es sei denn, dass einzelne Nutzungen qualitativer Art von diesem Recht

ausgenommen sind, § 1030 BGB. Da nach § 100 BGB zu den Nutzungen auch die Gebrauchsvorteile einer Sache gehören und nach § 1036 Abs. 1 BGB der Nießbraucher zum Besitz der Sache berechtigt ist, kann kein Zweifel daran bestehen, dass derjenige, dem der Nießbrauch an einem Grundstück eingeräumt ist, das mit einem Wohnhaus bebaut ist, auch darin wohnen kann (MünchKommBGB/*Pohlmann*, 4. Aufl., § 1030 Rdnr. 52). Deshalb entspricht es ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (OLG Hamm, FGPrax 1997, 168; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1093 Rdnr. 1; *Alpmann* in jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 1093 Rdnr. 6; *Staudinger/Mayer*, BGB, 2002, § 1093 Rdnr. 5; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 28; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. Rdnr. M 15; a. A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1237 Fn. 10), der sich der Senat anschließt, dass für den Nießbrauchsberechtigten kein rechtlich geschütztes Interesse besteht, zusätzlich zu seinem Nießbrauch ein Wohnungsrecht für sich im Grundbuch eintragen zu lassen, weil der Berechtigte eines Nießbrauchs durch die Eintragung eines zusätzlichen Wohnungsrechts keine bessere Rechtsstellung erwirbt. Von überflüssigen Eintragungen ist das Grundbuchamt im Interesse der Übersichtlichkeit freizuhalten. Überflüssig ist eine Eintragung, wenn sie Inhalt und Modalitäten eines Rechts wiederholt, die sich ohnedies aus dem Gesetz ergeben (BayObLG, Rpfleger 2000, 543 = MittBayNot 2000, 555; OLG Hamm, FGPrax 2001, 55; *Meikel/Morvilius*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Einl. C Rdnr. C 9; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 14).

Die von den Antragstellern angeführten Argumente für das Bestehen eines rechtlichen Interesses an der Eintragung eines Wohnungsrechts zusätzlich zu dem Nießbrauch vermögen nicht zu überzeugen.

Der Rangverlust für den Fall der Aufhebung des Nießbrauchs lässt sich durch die Bewilligung eines dadurch aufschiebend bedingten Wohnungsrechts vermeiden (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1237). Die nach § 1059 Satz 2 BGB zulässige Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs ist mit dinglicher Wirkung abdingbar (BGH, NJW 85, 2827). Ebenso zulässig ist es, das Recht des Nießbrauchers auf Vermietung auszuschließen (LG Aachen, Rpfleger 1986, 468; MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 67; *Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 57). Wenn dieser Ausschluss aber nicht erfolgt ist, könnte auch ein nachrangig eingetragenes Wohnungsrecht nicht die Vermietung durch den Nießbrauchsberechtigten verhindern. Schließlich kann auch aus § 1060 BGB, der das Zusammentreffen eines Nießbrauchs mit einem sonstigen Nutzungsrecht betrifft, kein Argument für die Auffassung der Antragsteller hergeleitet werden. Wie sich aus der in § 1060 BGB enthaltenen Verweisung auf § 1024 BGB entnehmen lässt, geht es dabei um das Zusammentreffen von Nutzungsrechten, die verschiedenen Berechtigten zustehen, was vorliegend nicht der Fall ist.

Schließlich verfängt auch der Hinweis auf die angeblich andere Handhabung durch andere Grundbuchämter nicht. Die Tatsache der Eintragung von Nießbrauchsrecht und Wohnungsrecht in anderen Fällen besagt noch nicht, dass die zugrundeliegende Vertragsgestaltung der hier vorliegenden entspricht. Auch falls dies der Fall sein sollte, kann das Verhalten der Praxis kein Grund sein, von der oben dargelegten, ganz überwiegenden Rechtsauffassung abzuweichen und mit dem Hintergrund steuerrechtlicher Vorteile Grundsätze des Sachenrechts und der Grundbuchordnung aufzuweichen. Zu dem Vorwurf der Ungleichbehandlung hat bereits der Grundbuchrechtspfleger zutreffend Stellung genommen.

Anmerkung:

Der vorstehende Beschluss ist ein prägnantes Beispiel dafür, wie schnell sich eine „herrschende Meinung“ bilden kann. Das OLG schließt sich der „ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur“ an, die für die Eintragung eines Wohnungsrechts neben einem Nießbrauch kein Rechtsschutzbedürfnis anerkennt. Diese Ansicht geht auf eine Entscheidung des OLG Hamm¹ zurück und ist seitdem nie näher begründet, sondern immer nur zustimmend zitiert worden. Ihr kann sowohl in der Begründung als im Ergebnis nicht gefolgt werden.²

Richtig ist zunächst, dass auch im Grundbuchverfahren ein Rechtsschutzbedürfnis für die beantragte Eintragung gegeben sein muss.³ Ein Eintragungsbedürfnis fehlt insbesondere für überflüssige Eintragungen.⁴ Das fehlende Rechtsschutzbedürfnis für die Eintragung eines Wohnungsrechts neben einem Nießbrauch wird vom OLG Hamm⁵ im Wesentlichen damit begründet, dass der Wohnungsberechtigte mit dem zusätzlichen Wohnungsrecht keine bessere Rechtsstellung erwirbt als er sie schon aufgrund des Nießbrauchs bereits hat: Als Erscheinungsform der Dienstbarkeit gewähre der Nießbrauch als umfassendes Nutzungsrecht nämlich ohne weiteres auch die Befugnis zur Nutzung zu Wohnzwecken. Das weitere Argument, auch die Pflichten des Nießbrauchers seien umfassender als die eines Wohnungsberechtigten – insbesondere aufgrund der fehlenden Verweisung in § 1093 BGB auf § 1045 BGB (Versicherungspflicht) und § 1047 BGB (Lastentragungspflicht) – kann aber gerade nicht für das fehlende Rechtsschutzbedürfnis herangezogen werden, denn der Wohnungsinhaber steht hier besser als ein Nießbraucher.

Noch deutlicher werden die Unterschiede bei der Pfändung:⁶ Während der Nießbrauch im Hinblick auf § 1059 Satz 2 BGB, § 857 Abs. 3 ZPO gepfändet werden kann,⁷ scheidet beim Wohnungsrecht – wenn nicht die Ausübung der Ausübung durch Dritte ausdrücklich zugelassen ist – eine Pfändung aus.⁸ Daran kann der Wohnungsberechtigte ein erhebliches Interesse haben. Ein Rechtsschutzbedürfnis kann schon im Hinblick auf allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze nur verneint werden, wenn der Antragsteller „keinen irgendwie schutzwürdigen Vorteil erlangen kann“⁹. Davon kann man hier aber aus den genannten Gründen nicht ausgehen. Insbesondere für den Fall der Aufgabe des Nießbrauchs oder der vorrangigen Eintragung des Wohnungsrechts kann der Wohnungsberechtigte eine für ihn vorteilhaftere Rechtsposition erhalten. So kann mit der Eintragung der beiden Rechte etwa erreicht werden, dass der Berechtigte zunächst nur den Nießbrauch ausübt und – falls er ihn später aufgibt (z. B. aus Altersgründen oder weil ihm die Pflichten zu lästig geworden sind) – das Wohnungsrecht in Anspruch nimmt. Ist das Wohnungsrecht vorrangig eingetragen, berührt den Wohnungsberechtigten die

Pfändung seines nachrangigen Nießbrauchs nicht. Notwendig ist in solchen Fällen jedoch eine Regelung des Konkurrenzverhältnisses der beiden sich teilweise überschneidenden und inhaltlich unterschiedlichen Rechte (insbesondere hinsichtlich der Pflichten des Berechtigten). Der Rang als solcher reicht hier nicht aus – insoweit ist dem OLG zuzustimmen – da § 1024 BGB nur das Zusammentreffen von Nutzungsrechten regelt, die verschiedenen Berechtigten zustehen. Möglich wären aber Bedingungen (z. B. ein aufschiebend bedingtes Wohnungsrecht) oder eine Regelung auf lediglich schuldrechtlicher Grundlage,¹⁰ insbesondere im Zusammenhang mit Sicherungsabreden.¹¹ Die Existenz solcher Absprachen ist aber nicht Voraussetzung für ein Rechtsschutzbedürfnis der zusätzlichen Eintragung des Wohnungsrechts und daher vom Grundbuchamt auch nicht zu überprüfen.

Überflüssige Eintragungen gehören nicht in das Grundbuch. Das OLG Frankfurt an Main hält aber offenbar neben dem Nießbrauch ein aufschiebend bedingtes Wohnungsrecht für zulässig, wobei die Bedingung in der Grundbucheintragung ausdrücklich vermerkt sein müsste.¹² In diesem Fall würde das Grundbuch aber mehr befrachtet als beim dem hier abgelehnten Wohnungsrecht. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, wenn solche Überlegungen für ein fehlendes Eintragungsbedürfnis herangezogen werden.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

¹⁰ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1237.

¹¹ Hierzu auch *Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl., Rdnr. 463 ff.; *Frank*, DNotZ 1999, 503.

¹² BayObLG, MittBayNot 1998, 256; *Hügel/Kral*, GBO, § 44 Rdnr. 48.

7. BGB § 1091 (Verpflichtung zur Bewilligung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit)

Bezweckt eine Grunddienstbarkeit die Bebauung eines Grundstücks, hängt diese aber noch von der Bewilligung einer deckungsgleichen und vorrangigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ab, so kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet sein, diese zu bewilligen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Brandenburg, Urteil vom 24.7.2008, 5 U 143/07

Die Klägerin ist Eigentümerin der Hinterliegergrundstücke Flurstücke 990 und 991. Der Beklagte ist Eigentümer der versetzt davor liegenden Grundstücke Flurstücke 993 und 995, wobei das Flurstück 993 unmittelbar an die F-Straße angrenzt.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten zulasten seiner genannten Grundstücke die Einräumung einer beschränkt persönlichen Grunddienstbarkeit in Form eines Geh-, Fahr- und Leitungsrechts zugunsten des Landkreises M.

Das LG hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

Aus den Gründen:

II.

In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg. Denn der Klägerin steht ein Anspruch gegen den Beklagten auf Einräumung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu.

Der Beklagte hat das Geh-, Fahr- und Leitungsrecht an den Flurstücken 993 und 995, wie der nunmehr vorliegenden notariellen Urkunde vom 24.1.1995 zu entnehmen ist, unter Bezugnahme auf die Regelung in § 9 des von ihm mit den Veräußerern geschlossenen Grundstückskaufvertrages nach der darin enthaltenen Maßgabe auch für den jeweiligen Eigen-

¹ FGPrax 1997, 118 = MittRhNotK 1997, 390 = NJW-RR 1998, 304.

² Ebenso *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1237 Fn. 10 „zu eng“.

³ *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 13 Rdnr. 42; OLG Brandenburg, FGPrax 1997, 118.

⁴ *Wilke* in *Bauer/v. Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 97; *KEHE/Dümmig*, GBO, 6. Aufl., Einl. B 9.

⁵ FGPrax 1997, 118 = MittRhNotK 1997, 390 = NJW-RR 1998, 304.

⁶ Vgl. hierzu insbesondere *Rossak*, MittBayNot 2000, 383.

⁷ Auch wenn die Überlassung zur Ausübung ausgeschlossen wurde, *Staudinger/Frank*, BGB, 2002, § 1059 Rdnr. 27.

⁸ *Staudinger/Mayer*, § 1093 BGB Rdnr. 53.

⁹ *Thomas/Putzo*, ZPO, 28. Aufl., Vorbem. § 253 Rdnr. 27.

tümer der aus dem Flurstück 522 fortgeschriebenen Flurstücke 990 und 991 eingeräumt.

Es ist anerkannt, dass sich, bei Bestehen einer Dienstbarkeit, aus dem hieraus begründeten gesetzlichen Begleitschuldverhältnis die Verpflichtung gegenüber dem begünstigten Eigentümer ergibt, eine deckungsgleiche Baulast zu übernehmen, wenn diese aufgrund behördlicher Forderungen notwendig ist (BGHZ 106, 348, 350 = DNotZ 1989, 565) und wenn nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen dem Eigentümer des durch die Grunddienstbarkeit begünstigten Grundstücks der Vorrang gegenüber denen des Eigentümers des belasteten Grundstücks gebührt (BGHZ 106, 348, 350 = DNotZ 1989, 565; OLG Düsseldorf, OLGR 1999, 437, m. w. N.). Für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit, die im Land Brandenburg an die Stelle der Baulast getreten ist, gilt das Gleiche.

a) Die von dem Beklagten bestellte Grunddienstbarkeit dient ihrem Inhalt nach dazu, der Klägerin als Eigentümerin des begünstigten Grundstücks die Bebauung zu ermöglichen und ist damit deckungsgleich mit der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, die Gegenstand der Klage ist. Der Inhalt der von dem Beklagten bzw. in seiner Vollmacht von der Notariatsangestellten F. in § 4 Ziff. 3 der Urkunde vom 24.1.1995 bewilligten Dienstbarkeit ergibt sich aus der Eintragung im Grundbuch in Verbindung mit den in Bezug genommenen Urkunden (§ 874 BGB) und aus den für jedermann erkennbaren Umständen (BGHZ 106, 348, 351 = DNotZ 1989, 565). Während die Urkunde in § 4 Ziff. 3 Abs. 1 die Identitätserklärung für die bereits am 10.6.1993 bewilligte Dienstbarkeit enthält, wird in Abs. 2 nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarung des § 9 des Vertrages vom 10.6.1993 ein weiteres eigenständiges Geh-, Fahr- und Leitungsrecht an den Flurstücken 993 und 995 für den jeweiligen Eigentümer der Flurstücke 990 und 991 neu bewilligt. Es ist also nicht so, dass in der Urkunde – wie erstinstanzlich angenommen – lediglich klargestellt wird, dass die bereits bewilligte Grunddienstbarkeit auch die klägerischen Grundstücke erfasst. Indem diese Dienstbarkeit nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen des § 9 des Vertrages vom 10.6.1993 bewilligt wurde, haben die Beteiligten auch für jedermann erkennbar geregelt, dass die für die Flurstücke 990 und 991 bewilligte Grunddienstbarkeit den Inhalt der bereits bewilligten Dienstbarkeit hat, also das Recht des Zugangs und der Zufahrt für ein mit einem (neben dem bestehenden Nachbarhaus weiteren) Einfamilienhaus zu bebauendes Grundstück erfasst. Mit diesem Inhalt ist die Dienstbarkeit gemäß § 874 BGB im maßgeblichen Grundbuch des belasteten Grundstücks auch eingetragen worden. Wegen dieses eindeutigen Inhalts der Dienstbarkeit kann der Beklagte nicht mit der aus der Eintragung nicht ersichtlichen Einwendung gehört werden, er habe für alle Restflurstücke aus 518, 521, 522, also die Flurstücke 990, 991, 996, 997, 1002, 1003, nur den Zugang und die Zufahrt für ein einziges, nämlich das bestehende Hinterliegerwohnhaus bewilligen wollen. Mit diesem Inhalt der Sicherung des eigenen Zugangs bzw. der eigenen Zufahrt zu ihrem mit einem Einfamilienhaus zu bebauenden Grundstück hat die Klägerin die am 12.6.1995 eingetragene Grunddienstbarkeit gemäß § 892 Abs. 2 Satz 1 BGB erworben. Die von der Klägerin beabsichtigte Bebauung hält sich auch in den Grenzen der Bewilligung, indem sie die Errichtung eines Einfamilienhauses plant.

Es steht dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen, dass die begehrte beschränkt persönliche Dienstbarkeit insoweit nicht mit der eingetragenen Grunddienstbarkeit identisch ist, als sie nicht berücksichtigt, dass sich die Eigentümer des belasteten und begünstigten Grundstücks verpflichtet hatten, im Falle einer möglichen rückwärtigen Erschließung die Löschung der

Dienstbarkeit zu veranlassen, und es sich bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit mit der Verpflichtung zur Vorrang-einräumung auch um eine zusätzliche Belastung des Grundstücks handelt. Dies hindert die Annahme einer Deckungsgleichheit der beiden Dienstbarkeiten nicht. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit räumt dem Grundstückseigentümer keinerlei persönliche Rechte ein, so dass bei einer Löschung der Grunddienstbarkeit gemäß § 9 Abs. 8 des Vertrages vom 10.6.1993 das Benutzungsrecht des begünstigten Eigentümers erlischt. Aus § 1091 BGB ergibt sich zudem eine Verpflichtung zur Bewilligung der Löschung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, wenn kein baurechtswidriger Zustand mehr zu befürchten ist. Dies ist aber auch Voraussetzung für die Bewilligung der Löschung gemäß § 9 Abs. 8 des vereinbarten Wegerechts.

Was die Verpflichtung zur Vorrang-einräumung für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit angeht, so ist diese als eine Nebenpflicht des Beklagten als Eigentümer des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks anzusehen. Sie bewegt sich ebenfalls im Rahmen der bewilligten Grunddienstbarkeit und ist deswegen von dem Inhalt des Rechts des begünstigten Eigentümers erfasst.

Für den Dienstbarkeitsumfang ist das jeweilige Bedürfnis des Berechtigten maßgebend. Wächst dieses nachträglich, so wird dadurch der Umfang der sich aus der Dienstbarkeit ergebenden Rechte und Pflichten erweitert, sofern sich die Steigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des dienenden Grundstücks hält, und nicht etwa auf eine unvorhersehbare, willkürliche Änderung in der Benutzung des herrschenden Grundstücks zurückzuführen ist (Münch-KommBGB/Joost, 4. Aufl., § 1091 Rdnr. 6).

Vorliegend ist von einer nachträglichen Bedürfnissteigerung auszugehen. Wie ausgeführt wurde die Grunddienstbarkeit für die Nutzung des von der Klägerin erworbenen Grundstücks als Hausgrundstück bewilligt. Im Zeitpunkt ihrer Bewilligung reichte die Grunddienstbarkeit zur Absicherung aus, weil die Baulast zum 1.1.1995 ersatzlos abgeschafft war. Nunmehr kann der mit der Grunddienstbarkeit beabsichtigte Zweck der Bebaubarkeit des Grundstücks der Klägerin aber nur verwirklicht werden, wenn gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BbgBO i. V. m. § 65 Abs. 1 BbgBO die Erschließung dadurch dauerhaft gesichert ist, dass, wie verlangt, eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Rechtsträgers der Bauaufsichtsbehörde mit der Verpflichtung zur Vorrang-einräumung, die erst die Dauerhaftigkeit gewährleistet, eingetragen wird. Diese auf die rechtliche Entwicklung zurückzuführende Bedürfnissteigerung, die den Rahmen des Inhalts der Dienstbarkeit zur Ermöglichung der Bebauung nicht verlässt, erweitert den Umfang der sich aus der Grunddienstbarkeit ergebenden Nebenpflichten des Beklagten als Eigentümer des belasteten Grundstücks dergestalt, dass er auch die Rangnachteile zu übernehmen hat.

b) Auch die weitere Voraussetzung für die Bewilligung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist erfüllt, da sie zwingende Voraussetzung für eine Bebauung des Grundstücks der Klägerin ist. Zweitinstanzlich unstreitig ist derzeit eine rückwärtige Erschließung des klägerischen Grundstücks nicht möglich, so dass gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BbgBO i. V. m. § 65 Abs. 1 BbgBO zur dauerhaften Sicherung der Erschließung und als Voraussetzung für die Erteilung einer Baugenehmigung die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Rechtsträgers der Bauaufsichtsbehörde erforderlich ist.

c) Die des Weiteren erforderliche Interessenabwägung könnte bei der festgestellten Deckungsgleichheit der Dienst-

barkeiten allenfalls dann dazu führen, dass die beschränkt persönliche Dienstbarkeit, weil unzumutbar, nicht bestellt zu werden braucht, wenn bereits zur Zeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit am 24.1.1995 Veranlassung zu einer zusätzlichen Sicherung bestanden hätte. Denn eine weitere Belastung seines Grundstücks wäre dem Beklagten dann nicht zuzumuten, wenn schon zu Zeiten der Bestellung der Grunddienstbarkeit diese nach allgemeiner Rechtsauffassung bauordnungsrechtlich nicht als ausreichende Sicherung der Erschließung hätte angesehen werden können und sich die Vertragsparteien gleichwohl mit der Bestellung der Grunddienstbarkeit zufriedengegeben hätten (vgl. BGHZ 106, 348, 353 = DNotZ 1989, 565; OLG Karlsruhe, NVwZ 1992, 102). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Denn im Zeitpunkt der Bewilligung der Grunddienstbarkeit am 24.1.1995 existierte das nach § 80 BauO vom 20.7.1990 gegebene Rechtsinstitut der Baulast in Brandenburg seit dem 1.7.1994 nicht mehr. Eine Doppelsicherung war auch im Übrigen zunächst nicht vorgesehen. Als Ersatz für die abgeschaffte Baulast in Brandenburg sieht erst die BbgBO vom 16.7.2003 in § 65 die Bestellung von persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten der Gebietskörperschaft vor, die Träger der Bauaufsichtsbehörde ist. Für die gesicherte Erschließung des geteilten Grundstücks reichte bis dahin, wie ausgeführt, die Bewilligung einer Grunddienstbarkeit aus. Erst im Zeitpunkt der Beantragung der konkreten Baugenehmigung für das Bauvorhaben der Klägerin wurde die zusätzliche Sicherung erforderlich. (...)

8. BGB § 1476 Abs. 2, § 1477 Abs. 2 Satz 2 (*Sicherheitsleistung für Übernahme nach Beendigung einer Gütergemeinschaft*)

Nach Beendigung der Gütergemeinschaft kann ein Ehegatte die Übernahme von ihm eingebrachter Vermögensgegenstände auch dann verlangen, wenn das überschüssige Gesamtgut im Übrigen noch nicht verteilt ist. Dem anderen Ehegatten steht jedoch ein Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe des hälftigen Wertes dieser Vermögensgegenstände zu; diesen Anspruch kann er gemäß § 273 BGB dem Übernahmeverlangen entgegensetzen (im Anschluss an BGHZ 71, 24).

BGH, Urteil vom 2.4.2008, XII ZR 44/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien sind rechtskräftig geschiedene Eheleute. Die Klägerin begehrt die Übernahme mehrerer in die Gütergemeinschaft mit dem Beklagten eingebrachter Grundstücke, die ihr von ihren Eltern mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übertragen worden waren.

Die Gütergemeinschaft ist noch nicht auseinandergesetzt. Die auf den Grundstücken lastenden Verbindlichkeiten bestehen nicht mehr oder sind von der Klägerin – unter Entlassung des Beklagten aus der gesamtschuldnerischen Mithaftung – allein übernommen worden. Sonstige aus dem Gesamtgut zu befriedigende Verbindlichkeiten bestehen nicht.

Der Beklagte hat den Übernahmeanspruch anerkannt, allerdings nur Zug um Zug gegen Ersatz des Wertes der Grundstücke, hilfsweise – für den Fall, dass die Klägerin von ihrer Abwendungsbefugnis aus § 273 Abs. 3 BGB Gebrauch macht – gegen Sicherheitsleistung.

Das AG hat den Beklagten (uneingeschränkt) zur Übertragung des Eigentums an den Grundstücken verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte das von ihm geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

2. a) Zu Recht und von der Revision nicht angegriffen hat das OLG der Klägerin einen Anspruch auf Übernahme der von ihr eingebrachten Grundstücke unbeschadet der noch auf einzelnen dieser Grundstücke lastenden Verbindlichkeiten zuerkannt.

Das Recht der Klägerin zur Übernahme der von ihr in die Gütergemeinschaft eingebrachten Grundstücke ergibt sich aus § 1477 Abs. 2 BGB. Mit der rechtskräftigen Scheidung ist die vereinbarte Gütergemeinschaft beendet; die Parteien haben sich jedoch noch über das Gesamtgut auseinanderzusetzen (§ 1471 BGB). Nach §§ 1474 bis 1481 BGB sind dabei zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen. Erst danach wird der Überschuss verteilt. Zur Art und Weise der Verteilung des Überschusses gehört auch die Ausübung eines Übernahmerechts an einem eingebrachten Gegenstand; der Verteilung muss deshalb grundsätzlich die Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten vorausgehen (zur Möglichkeit einer vorzeitigen Übernahme BGH, FamRZ 1988, 926, 927 und BGHZ 171, 24, 27 = MittBayNot 2007, 409). Solche vorrangig zu berichtigenden Verbindlichkeiten liegen hier indes nicht vor. Zwar lasten auf den Grundstücken, deren Übernahme die Klägerin beansprucht, zum Teil noch Verbindlichkeiten. Die persönliche Haftung für diese Verbindlichkeiten hat die Klägerin jedoch – mit schuldbefreiender Wirkung für den Beklagten – übernommen; dessen Belange werden deshalb insoweit durch die mit der Übernahme der Grundstücke einhergehende Verkürzung des Gesamtguts als Haftungsmasse nicht tangiert. Sonstige Verbindlichkeiten, für die das Gesamtgut aufkommen müsste, bestehen nach den Feststellungen des OLG nicht.

b) Im Ansatz nicht zu beanstanden ist auch, dass das OLG der Klägerin das Übernahmerecht an den von ihr eingebrachten Grundstücken zugesprochen hat, obwohl das Gesamtgut im Übrigen von den Parteien noch nicht verteilt ist. Verkannt hat das OLG dabei allerdings, dass der Klägerin ein solcher Übernahmeanspruch jedenfalls derzeit nicht uneingeschränkt zusteht. Die Klägerin kann die Übernahme der Grundstücke vielmehr nur Zug um Zug gegen eine Sicherheitsleistung verlangen, deren Höhe sich nach dem hälftigen Wert dieser Grundstücke bemisst.

aa) Die Ausübung eines Übernahmerechts an einem eingebrachten Gegenstand führt nicht – wie der Verkauf eines zum Gesamtgut gehörenden Gegenstands gemäß § 1473 Abs. 1 BGB – zu einem rechtsgeschäftlich begründeten gegenseitigen Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gesamtgut, aus dem sich ein Zahlungsanspruch des Gesamtguts gegen den Übernehmer in Höhe des Wertes des übernommenen Gegenstandes herleiten ließe. Was der übernehmende Ehegatte als Wert des übernommenen Gegenstandes zum Gesamtgut zu ersetzen hat (§ 1477 Abs. 2 BGB), muss er deshalb nach § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB regelmäßig nicht in Geld zahlen, sondern kann es sich auf seinen Überschussanteil anrechnen lassen. Für die Berechnung des Überschusses tritt dann lediglich rechnerisch anstelle des übernommenen Gegenstandes dessen Wert, der schließlich vom Überschussanteil dieses Ehegatten – als schon erhalten – abzusetzen ist (BGH, FamRZ 1988, 926, 927 und BGHZ 171, 24, 28 = MittBayNot 2007, 409). Nur wenn der Wert des übernommenen Gegenstandes den Wert des übrigen Überschusses übersteigt, reicht der diesem Ehegatten zustehende Überschussanteil nicht aus, um den Anspruch auf Wertersatz durch Anrechnung zu tilgen.

Dann bleibt der übernehmende Ehegatte dem anderen Ehegatten bei der endgültigen Auseinandersetzung unmittelbar zum Wertersatz verpflichtet (§ 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dieser direkte Ersatzanspruch des anderen Ehegatten kann sich allerdings höchstens auf die Hälfte des Wertes des übernommenen Gegenstandes belaufen – dies dann, wenn nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten kein Überschuss verbleibt, der zwischen den Ehegatten geteilt werden kann (BGHZ 171, 24, 28 = MittBayNot 2007, 409).

bb) Übernimmt ein Ehegatte einen von ihm eingebrachten Gegenstand erst bei der endgültigen Überschussverteilung, ist die Art und Weise des unmittelbar an den anderen Ehegatten zu zahlenden Ersatzes (§ 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB) ebenso wie die Anrechnung auf den Überschussanteil nach § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB unproblematisch. Anders ist es, wenn – wie hier – die Auseinandersetzung des Gesamtguts noch nicht abgeschlossen und deswegen die Höhe des Überschusses und damit auch die Höhe des Überschussanteils des übernehmenden Ehegatten noch nicht abschließend geklärt ist. In solchen Fällen steht dem Übernahmerecht des einen Ehegatten ein legitimes Interesse des anderen gegenüber, den Wert des Gegenstandes, den sein Ehegatte bereits jetzt zu übernehmen beansprucht, seinem Zugriff für eine künftige Auseinandersetzung insoweit zu erhalten, als dieser Wert nicht durch Verrechnung mit dem Überschussanteil des übernehmenden Ehegatten ausgeglichen werden kann. Steht nicht sicher fest, ob und in welchem Umfang eine Anrechnung auf den Anteil am Überschuss in Betracht kommt oder eine Verrechnung mit einem Anspruch aus § 1478 Abs. 1 BGB möglich ist, bemisst sich der Umfang dieses Sicherungsinteresses stets nach dem hälftigen Wert des übernommenen Gegenstands (BGHZ 171, 24, 29 f. = MittBayNot 2007, 409).

cc) In diesem Umfang steht, wie der Senat – nach Erlass des angefochtenen Urteils – entschieden hat, dem anderen Ehegatten ein Anspruch auf Sicherheitsleistung für seinen ggf. später geltend zu machenden (Zahlungs-)Anspruch auf Wertersatz zu; diesen Anspruch auf Sicherheitsleistung kann er dem Übernahmeverlangen nach § 273 BGB entgegensetzen (BGHZ 171, 24, 30 f. = MittBayNot 2007, 409). Das ergibt aus folgenden Überlegungen:

Die Verpflichtung des übernehmenden Ehegatten zum Wertersatz nach § 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB entstammt der vereinbarten Gütergemeinschaft und somit demselben rechtlichen Verhältnis wie das Übernahmerecht dieses Ehegatten.

Der Ersatzanspruch des anderen Ehegatten ist bereits mit der Ausübung des Übernahmerechts fällig. Nach § 1477 Abs. 2 BGB kann ein Ehegatte die eingebrachten Sachen nur gegen Ersatz ihres Wertes übernehmen. Dementsprechend sieht § 1476 Abs. 2 BGB ausdrücklich vor, dass der übernehmende Ehegatte dem anderen – soweit eine (spätere) Verrechnung mit seinem Überschussanteil aus der Auseinandersetzung des Gesamtguts nicht in Betracht kommt – persönlich zum Ersatz des Wertes nach § 1477 Abs. 2 BGB verpflichtet „bleibt“. Das Gesetz schließt eine unmittelbare Zahlungspflicht bei – vorzeitiger – Übernahme eingebrachter Sachen somit nicht durch eine spätere Fälligkeit des Wertersatzes aus, sondern allein durch die besondere Verrechnungsklausel in § 1476 Abs. 2 BGB (BGHZ 171, 24, 30 = MittBayNot 2007, 409).

Obwohl der Anspruch auf Wertersatz danach schon mit Ausübung des Übernahmerechts fällig wird, ordnet § 1476 Abs. 2 BGB eine vorrangige Verrechnung mit dem Anspruch auf den Überschussanteil an. Bis zur endgültigen Auseinandersetzung steht die vorrangige Verrechnung also der Durchsetzung eines unmittelbaren Zahlungsanspruchs entgegen. Dementspre-

chend kann der andere Ehegatten dem Übernahmeverlangen ein Zurückbehaltungsrecht insoweit entgegensetzen, als der mit einer Übernahme verbundene Wertersatz nicht vollständig durch Verrechnung mit dem anteiligen Überschuss aus dem Gesamtgut geleistet werden kann (BGHZ 171, 24, 30 f. = MittBayNot 2007, 409 m. w. N.).

Steht allerdings – mangels Verteilung des Gesamtguts – der Anteil des übernehmenden Ehegatten hieran noch nicht fest, so ist auch ungewiss, in welchem Umfang dieser Ehegatte für den Gegenstand, dessen Übernahme er begehrt, nach Verrechnung mit seinem Anspruch auf Teilhabe am Gesamtgut Wertersatz zu leisten hat. Diese Ungewissheit führt indes nicht dazu, dem anderen Ehegatten einen im Wege des Zurückbehaltungsrechts zu sichernden Anspruch zu versagen. Zwar kann der andere Ehegatte – jedenfalls derzeit – nicht Zahlung von Wertersatz beanspruchen; er kann von dem übernehmenden Ehegatten jedoch die Leistung einer Sicherheit für einen gegen diesen gerichteten und ggf. später bezifferbaren Zahlungsanspruch verlangen. Dieser – vom übernehmenden Ehegatten etwa durch Einräumung einer Höchstbetragsicherungshypothek erfüllbare – Anspruch ist die dem anderen Ehegatten derzeit „gebührende Leistung“, die er gemäß § 273 BGB dem Übernahmeverlangen seines Ehegatten entgegensetzen kann (BGHZ 171, 24, 31 f. = MittBayNot 2007, 409).

dd) Im vorliegenden Fall hat sich der Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Ersatz des Wertes der von der Klägerin verlangten Grundstücke berufen. Ein solcher Anspruch steht dem Beklagten indes – wie dargelegt – nicht zu: Da das Gesamtgut nicht auseinandergesetzt ist und die Höhe der Überschussanteile der Parteien deshalb nicht feststeht, ist auch ungewiss, in welcher Höhe die Klägerin den Wert der Grundstücke mit ihrem Überschussanteil verrechnen kann und in welchem Umfang sie dem Beklagten zur Zahlung eines danach verbleibenden Wertersatzes verpflichtet ist. Der Beklagte kann deshalb von der Klägerin nur die Leistung einer Sicherheit verlangen, deren Höhe sich nach dem hälftigen Wert der Grundstücke bemisst. Diesen Anspruch auf Sicherheitsleistung kann der Beklagte dem Übernahmeanspruch der Klägerin im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegensetzen. Dieses Recht hat der Beklagte auch geltend gemacht. Zwar hat er sich insoweit in erster Linie eines Zahlungsanspruchs in Höhe des vollen Wertes der Grundstücke berührt. In diesem geltend gemachten Gegenanspruch ist jedoch der Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe des hälftigen Grundstückswertes als ein „minus“ enthalten; dieses „minus“ entspricht im Übrigen auch dem Hilfsbegehren des Beklagten. Die Klägerin kann deshalb die Übereignung der Grundstücke nur Zug um Zug gegen eine in dieser Höhe zu leistende Sicherheit beanspruchen. Ihr darüber hinausgehendes Klagebegehren ist nicht begründet.

3. Das angefochtene Urteil kann nach allem nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden, da das OLG – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – zum Wert der Grundstücke, deren Übernahme die Klägerin begehrt, keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit es diese Feststellungen nachholt und auf dieser Grundlage die dem Beklagten von der Klägerin zu erbringende Sicherheitsleistung bemisst.

9. BGB §§ 748, 755, 1375, 1378 Abs. 1 (*Berücksichtigung von Verbindlichkeiten im Zugewinnausgleich*)

Darlehensverbindlichkeiten, die zur Finanzierung eines gemeinsamen Hausanwesens eingegangen worden sind, können im Zugewinnausgleich auch dann hälftig im Endvermögen beider Ehegatten zu berücksichtigen sein, wenn im Außenverhältnis zur Bank nur ein Ehegatte Darlehensnehmer ist.

OLG Koblenz, Urteil vom 11.6.2008, 9 UF 64/08

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Zugewinnausgleich aus § 1378 Abs. 1 BGB, denn die Beklagte hat während der Ehezeit vom 18.5.1989 bis 2.2.2002 keinen Zugewinn erzielt.

Nach den Feststellungen des AG hat der Kläger keinen Zugewinn erzielt, während die Beklagte ein Anfangsvermögen von 8.264 € und ein Endvermögen von 18.767,68 € hatte.

Das AG hat die Beklagte zur Zahlung von 5.251,84 € verurteilt und dabei im Endvermögen des Klägers eine Verbindlichkeit bei der Bank S. in Höhe von 34.968,63 € berücksichtigt. Dieser Verbindlichkeit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien hatten im Dezember 1989 ein Hausgrundstück zu hälftigem Miteigentum erworben. Unter anderem zur Finanzierung des Kaufpreises von 75.000 DM nahm der Kläger am 20.12.1989 ein Darlehen bei der Bank S. in Höhe von 125.000 DM auf. Für dieses Darlehen übernahm die Beklagte eine Bürgschaft. Beide Ehegatten bestellten der Bank eine Grundschuld in Höhe von 65.000 DM und übernahmen insoweit auch die persönliche Haftung. In der Folgezeit wurde der Kredit mehrfach zu familiären Zwecken aufgestockt und umgeschuldet, wobei die Sicherheiten bestehen blieben. Im Jahre 2005 wurde das Hausgrundstück zum Preis von 60.000 € verkauft. Zuvor hatten die Parteien vereinbart, dass die bestehenden Schulden hälftig von beiden Parteien getragen werden sollten. Der Erlös aus dem Verkauf wurde vollständig für die Tilgung der Hausschulden und zur Tilgung von Unterhaltungsschulden des Klägers, die durch Eintragung einer Zwangshypothek gesichert waren, verbraucht.

Die am Endstichtag zugunsten der Bank S. bestehende Verbindlichkeit in Höhe von 34.968,63 € ist in voller Höhe in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen. Die Tatsache, dass die Kreditrate für die Bank S. bereits bei der Berechnung des Trennungunterhaltsanspruchs berücksichtigt wurde, ändert hieran nichts, weil das Zugewinnausgleichsverfahren als streng formalisiertes auf Stichtage bezogenes Ausgleichsverfahren ausgestaltet ist (BGH, FamRZ 2008, 761 = MittBayNot 2008, 384 m. Anm. *Bergschneider*; OLG Koblenz, NJW 2007, 2646).

Der Senat folgt der Auffassung der Beklagten, dass die Verbindlichkeit bei der Bank S. hälftig, also in Höhe von jeweils 17.484,32 € in das Endvermögen beider Parteien einzustellen ist. Dies hat zur Folge, dass die Beklagte keinen Zugewinn erzielt hat. Zwar besteht im Außenverhältnis zur Bank keine Gesamtschuld der Eheleute, weil lediglich der Kläger Darlehensnehmer war. Die Bestellung von Sicherheiten und die Übernahme der persönlichen Haftung der Beklagten ändern hieran nichts, denn sie begründen keine Verpflichtung zur Rückzahlung der Darlehensschuld selbst (BGH, FamRZ 1991, 1162).

Für die Frage, in welcher Weise Verbindlichkeiten der Eheleute im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu berücksichtigen sind, kommt es allerdings nicht allein auf die Schuldnerstellung im Außenverhältnis, sondern auf die Haftungsverteilung im Innenverhältnis an. Dies gilt sowohl für Gesamtschulden als auch für Verbindlichkeiten, die ein Ehegatte im Außenverhältnis alleine übernommen hat (*Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl., § 1375 Rdnr. 18 und 20; *MünchKommBGB/Koch*, 4. Aufl., § 1375 Rdnr. 16).

Es ist deshalb möglich, dass trotz des Bestehens einer Gesamtschuld im Außenverhältnis die Schuld in der Zugewinnausgleichsbilanz nur bei einem Ehegatten anzusetzen ist (OLG Hamm, Urteil vom 19.12.2001, 6 UF 60/01, zitiert nach *Juris*), oder dass trotz alleiniger Haftung eines Ehegatten im Außenverhältnis die Schuld hälftig in das Endvermögen beider Parteien einzustellen ist (BGH, FamRZ 1991, 1162; OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 909; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 12. Aufl., Kapitel VII Rdnr. 111 ff.).

Der Senat hat bereits früher entschieden, dass Darlehensverbindlichkeiten, die zur Finanzierung eines gemeinsamen Hausanwesens eingegangen werden, den Ehegatten im Innenverhältnis hälftig zur Last fallen können, auch wenn im Außenverhältnis zur finanzierenden Bank nur ein Ehegatte Darlehensschuldner ist (OLG Koblenz, NJW 2003, 1675; FamRZ 1998, 238).

An dieser Auffassung hält der Senat fest. Sie führt vorliegend zur Annahme einer hälftigen Haftung im Innenverhältnis, die für die Zugewinnausgleichsbilanz maßgebend ist. Die Darlehensaufnahme diente vor allem der Finanzierung des gemeinsamen Hausgrundstücks. Die späteren Aufstockungen und Umschulden erfolgten ebenfalls zu familiären Zwecken.

Zudem waren die Parteien hälftige Miteigentümer des Hausgrundstücks, so dass die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB Anwendung finden. Nach der Rechtsprechung des BGH lässt sich aus den Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 748, 755 BGB) ableiten, dass die Teilhaber für Verbindlichkeiten in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand nach dem Verhältnis ihrer Anteile haften, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder aus den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (BGH, FamRZ 1993, 676).

Zwar bediente im Rahmen der intakten Ehe allein der Kläger die Kreditraten, während die Beklagte mit ihrem Erwerbseinkommen zum Lebensunterhalt der Familie im Übrigen beitrug. Nach dem Scheitern der Ehe besteht aber kein Grund mehr für die Annahme, dass der Kläger durch die Rückzahlung des Kredits weiterhin das Vermögen der Beklagten mehren wollte. Zwar zahlte der Kläger zunächst noch die Kreditraten weiter. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass dies – wie im Rahmen der intakten Ehe – unter Verzicht auf einen Ausgleich durch die Beklagte erfolgen sollte. Die Parteien hatten nämlich, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert wurde, vor dem Verkauf des Grundstücks vereinbart, dass die bestehenden Schulden hälftig geteilt werden sollten. Dies zeigt, dass die Parteien nach dem Scheitern der Ehe eine hälftige Haftung im Innenverhältnis für sachgerecht hielten. Damit bleibt es letztlich bei dem Grundsatz der anteilmäßigen Haftung der Bruchteilseigentümer für Verbindlichkeiten, die den gemeinschaftlichen Gegenstand betreffen.

Da die Beklagte bei Berücksichtigung der hälftigen Darlehensschuld in ihrem Endvermögen keinen Zugewinn mehr erzielt hat, kommt es auf die Begründetheit der übrigen Berufungsanträge nicht mehr an.

10. BGB § 1822 Nr. 3 (*Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einen Minderjährigen*)

Der unentgeltliche Erwerb eines Kommanditanteils durch einen Minderjährigen an einer Kommanditgesellschaft, deren Tätigkeit sich auf die Verwaltung des von den Gesellschaftern selbst genutzten Wohnhauses beschränkt, bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB.

OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Bad Neustadt a. d. Saale

Im Handelsregister ist die D. Verwaltungs KG eingetragen. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die weitere Beteiligte zu 2, Kommanditist ihr Ehemann, der Beteiligte zu 1, mit einer Haftenlage von 800 €. Zweck der Gesellschaft ist ausweislich des Gesellschaftsvertrages die Verwaltung eigenen Vermögens. Der Beteiligte zu 1 brachte unter Nießbrauchsvorbehalt ein bebautes Grundstück mit einer Fläche von 1445 m² in die Gesellschaft ein. Das Gebäude wird nach Angaben der Beteiligten von der Familie selbst bewohnt.

Der Beteiligte zu 1 übertrug von seiner Kommanditeinlage unter Vorbehalt des Nießbrauchs, im Übrigen lastenfrei je einen Teil von 200 € unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf die Beteiligten zu 3, 4 und 5, seine minderjährigen Kinder, und trat die Gesellschaftsanteile mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister an sie ab. Die Kinder wurden bei Vertragsabschluss jeweils durch einen Ergänzungspfleger vertreten. Mit Urkunde vom selben Tag wurde u. a. diese Rechtsänderung zur Eintragung im Handelsregister angemeldet.

Das zuständige Vormundschaftsgericht teilte dem Urkundsnotar mit, der Überlassungsvertrag bedürfe keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da Zweck der Gesellschaft nur die Verwaltung eigen genutzter Immobilien sei. Das Registergericht verlangte mit Zwischenverfügung dennoch die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sowie der Nachweise des Zugangs an die Ergänzungspfleger und die übrigen Gesellschafter.

Die Beschwerde der Beteiligten wies das LG zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Nach § 105 Abs. 2 HGB könne eine Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet, im Handelsregister eingetragen werden. Völlig unbedeutende, wirtschaftlich nicht über den privaten Bereich hinausgehende Betätigungen seien jedoch vom Begriff der nur eigenes Vermögen verwaltenden Gesellschaft nicht erfasst. Diese Tatsache sei im Eintragungsverfahren durch das Registergericht zu prüfen. Da die beteiligte Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden sei, sei davon auszugehen, dass sie nicht nur eine völlig unbedeutende, wirtschaftlich nicht über den privaten Bereich hinausgehende Betätigung durchführe. Die von der Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit sei deshalb als Erwerbsgeschäft anzusehen. Jedenfalls unterliege die Beteiligung eines Minderjährigen auch als eintretender Kommanditist einer KG der Genehmigungspflicht, und zwar auch dann, wenn die KG nur ihr eigenes Vermögen verwalte. Denn auch in diesem Fall habe der Kommanditist seine Einlage zu leisten und die KG trage das Risiko jeder Gesellschaft, die am Markt tätig sei. Im Übrigen sei die KG aufgrund der gesetzlichen Definition zwingend ein Erwerbsgeschäft.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die Vorinstanzen

haben zu Unrecht den Vollzug der Anmeldung von der Vorlage einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht, denn eine solche ist nicht erforderlich für die schenkweise Überlassung der Kommanditanteile an der beteiligten Gesellschaft, die ein selbstgenutztes Wohnhaus verwaltet.

a) Nach § 1915 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfasst jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230, 234; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 67. Aufl., § 1822 Rdnr. 5; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1822 Rdnr. 12; *Staudinger/Engler*, BGB, 2004, § 1822 Rdnr. 34). Diese Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben, auch wenn die private Vermögensverwaltung in gesellschaftsrechtliche Form gebracht wird (BayObLGZ 1995, 230, 234; *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl., § 1822 Rdnr. 5, 14; *MünchKommBGB/Wagenitz*, 5. Aufl., § 1822 Rdnr. 21). Die Abgrenzung im Einzelnen ist umstritten; unter anderem wird darauf abgestellt, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschafter unternehmerisches Risiko übernehmen (vgl. *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1822 Rdnr. 21; *Erman/Saar*, § 1822 Rdnr. 14; weitergehend *Wertenbruch*, FamRZ 2003, 1714, 1716, der den Abschluss von Verträgen mit Dritten ausreichen lassen will). Ein Erwerbsgeschäft liegt etwa vor bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; 1997, 113; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117, 119 jeweils zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts). Die Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses erfordert hingegen keine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und stellt folglich kein Erwerbsgeschäft dar (so auch *Wertenbruch*, FamRZ 2003, 1714, 1716). So liegt der Fall hier: Das in die Gesellschaft eingebrachte Grundstück wird, wie von den Beteiligten vorgetragen, von den Gesellschaftern zu eigenen Wohnzwecken genutzt; andere Tätigkeiten als die Verwaltung dieses Grundstücks entfaltet die Gesellschaft nicht.

b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen liegt nicht schon deshalb ein Erwerbsgeschäft vor, weil für die Verwaltung des privaten Vermögens die Rechtsform der Kommanditgesellschaft, mithin einer Handelsgesellschaft, gewählt wurde. § 1822 Nr. 3 BGB knüpft nicht an die Rechtsform der Gesellschaft an, an der der Minderjährige beteiligt wird, sondern allein daran, ob der Gesellschaftsvertrag auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist.

aa) Vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 standen die Rechtsformen der OHG und der KG allerdings nur den Gesellschaften offen, die ein Handelsgewerbe betrieben, so dass bei einer Personenhandelsgesellschaft stets auch ein Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1822 Nr. 3 BGB vorlag. Das ist jetzt jedoch nicht mehr der Fall, weil durch das Handelsrechtsreformgesetz auch anderen, nämlich rein vermögensverwaltenden Gesellschaften der Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften eröffnet ist. Nun kann auch eine Personengesellschaft, deren Gegenstand sich auf die Verwaltung eigenen Vermögens beschränkt, als offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft im Handelsregister eingetragen werden (§ 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB). Absicht des Gesetzgebers war es, den Vermögensverwaltungsgesellschaf-

ten wie Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften nach Betriebsaufspaltung sowie Holdings aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer in der Regel gewerblich orientierten Unternehmensstruktur und der berechtigten wirtschaftlichen, steuerlichen und haftungsrechtlichen Bedürfnisse den Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften zu ermöglichen. Völlig unbedeutende und wirtschaftlich nicht über den alltäglichen privaten Bereich hinausreichende Betätigungen sollten allerdings nicht erfasst werden. Allerdings sei auch kaum zu befürchten, dass es in diesem Bereich zu vermehrter Inanspruchnahme von Personenhandelsgesellschaften komme, da dies wirtschaftlich nicht sinnvoll sei (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 41).

bb) Es mag sein, dass die Verwaltung des eigengenutzten Hauses durch Ehegatten (und ihre Kinder) nicht dem Bild einer Vermögensverwaltungsgesellschaft entspricht, der mit der Neufassung des § 105 Abs. 2 HGB die Eintragungsoption eröffnet werden sollte (vgl. *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2165). Allerdings hat eine entsprechende Einschränkung keinen Eingang in den Wortlaut des § 105 Abs. 2 HGB gefunden (so auch *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 105 Rdnr. 13). Ob in einem solchen Fall die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister abgelehnt werden kann (so *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 2. Aufl., § 105 Rdnr. 23 m. w. N.; a. A. *Baumbach/Hopt*, § 105 Rdnr. 13; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 2. Aufl., § 105 Rdnr. 67), kann hier dahinstehen, denn Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung und des Verfahrens ist das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Überlassung von Kommanditanteilen an der bereits eingetragenen Gesellschaft, nicht die Eintragung der Gesellschaft selbst.

c) Der Umstand, dass die Verwaltung des privaten Vermögens – hier des selbst genutzten Wohnhauses – nun in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft betrieben wird, lässt für sich genommen diese deshalb nicht zum Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1822 Nr. 3 BGB werden (so auch OLG Bremen, NZG 2008, 750 zur nicht gewerblichen Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1709; a. A. *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rdnr. 23; *Werner, GmbHR* 2006, 737). Maßgeblich ist vielmehr, dass im konkreten Fall die Gesellschaft eine berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit zum Gegenstand hat. Das ist hier mit der Verwaltung des eigengenutzten Hauses nicht der Fall. Der Gesellschaftszweck „Verwaltung eigenen Vermögens“ ließe – wie das Registergericht angemerkt hat – zwar auch eine erheblich umfangreichere Tätigkeit der Gesellschaft zu, etwa unter Hinzuerwerb weiteren Grundbesitzes oder sonstiger Vermögenswerte. Hierfür liegen aber keine konkreten Anhaltspunkte vor. Abgesehen davon ist vom weit gefassten Gesellschaftszweck der Gegenstand der Gesellschaft zu unterscheiden, der durch – formlos mögliche – gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der Gesellschafter bestimmt wird (vgl. *Bezenberger* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2. Aufl., KG, § 3 Rdnr. 132 ff.). Den Gegenstand der Gesellschaft haben die Gesellschafter, wie aus ihren Erklärungen im vormundschaftsgerichtlichen und registergerichtlichen Verfahren ersichtlich, bestimmt als Verwaltung des selbst genutzten Hauses. Die Aufnahme einer anders gelagerten, erheblich umfangreicheren Vermögensverwaltung, die als Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1822 Nr. 3 BGB anzusehen wäre, bedürfte als wesentliche, dem Neueintritt der minderjährigen Kommanditisten in eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft gleichkommende Änderung des Gesellschaftsvertrages, solange der Gesellschaft minderjährige Gesellschafter angehören, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (vgl. *Palandt/Diederichsen*, § 1822 Rdnr. 9

a. E.; *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1822 Rdnr. 28; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rdnr. 159).

3. Der Beschluss des LG und die Zwischenverfügung des Registergerichts sind deshalb aufzuheben. Das Registergericht wird den Eintragungsantrag unter Abstandnahme von seinen Bedenken neu zu prüfen haben. Eine auf Eintragung gerichtete Anweisung an das Registergericht kommt nicht in Betracht, da Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gegen die Zwischenverfügung nur die gerügten Eintragungshindernisse sind, nicht aber eine Entscheidung über den Eintragungsantrag (vgl. hierzu BayObLG, NJW-RR 1996, 413, 414 m. w. N.).

11. BGB § 2289 Abs. 1 Satz 2; GBO §§ 35 Abs. 1, Abs. 2, 52 (*Auslegung eines Änderungsvorbehalts*)

1. **Die einseitige testamentarische Anordnung der Testamentsvollstreckung für vertragsmäßig eingesetzte Erben stellt eine rechtliche Beeinträchtigung der bedachten Erben dar.**
2. **Zur Befugnis des Grundbuchamts, mehrere notarielle Verfügungen von Todes wegen bei sich nicht deckendem Inhalt selbständig auszulegen (hier: Einsetzung eines Testamentsvollstreckers durch den überlebenden Ehegatten).**

OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08; mitgeteilt von Dr. *Philipp Stoll*, Richter am OLG München

Die Eltern des Beteiligten schlossen am 22.11.1968 vor dem Notar einen Ehe- und Erbvertrag, in dem sie Gütergemeinschaft vereinbarten und sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Im Nachtrag vom 5.12.2000 setzten sie als Schlusserben ihre sechs lebenden Kinder zu je $\frac{1}{6}$ -Anteil ein und bestimmten zugleich Ersatzerben. Ferner vereinbarten sie unter Abschnitt III. folgende

„Abänderungsbefugnis

1. Sämtliche in erbvertraglicher Weise getroffenen Verfügungen können nicht einseitig widerrufen werden.
2. Der überlebende Ehepartner von uns ist jedoch berechtigt, die Schlusserbeinsetzung innerhalb der gemeinsamen Abkömmlinge einseitig abzuändern oder zu ergänzen. Er kann also die Erbquoten unter den Abkömmlingen ändern oder einen anderen Abkömmling zum Erben einsetzen, gemeinschaftlichen Abkömmlingen Vermächtnisse zuwenden, andere auf den Pflichtteil setzen oder – falls die Voraussetzungen vorliegen – den Pflichtteil entziehen.“

Die Mutter des Beteiligten ist am 1.10.2002 verstorben. Mit notariellem Nachtrag vom 17.8.2006 ordnete der überlebende Vater des Beteiligten in Abänderung der Vorurkunden nach seinem Tod Testamentsvollstreckung an und bestimmte den Beteiligten zum Testamentsvollstrecker. In der Niederschrift ist vermerkt:

„Der Notar hat mich darauf hingewiesen, dass insoweit Auslegungsbedarf bestehen kann und eine Änderung von Vorurkunde und Nachtrag nur wirksam ist, wenn der seinerzeit vereinbarte Abänderungsvorbehalt auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung umfasst.

Hierzu erkläre ich ergänzend, dass ich trotz Hinweis des Notars Beurkundung der von mir abgegebenen Erklärungen wünsche, da

- wir seinerzeit mit Abänderung und Ergänzung auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gemeint haben.
- Ferner als Testamentsvollstrecker ein gemeinsamer Abkömmling eingesetzt wird, der nach dem Abänderungsvorbehalt sogar als Alleinerbe bestimmt werden könnte.“

Der Vater des Beteiligten verstarb am 10.1.2007. Der Beteiligte und seine Geschwister nahmen die Erbschaft an. Der Beteiligte hat überdies auch das Testamentsvollstreckeram angenommen.

Auf den Grundbuchberichtigungsantrag des Beteiligten hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt. Den Antrag des Beteiligten, die in der Zwischenverfügung geäußerte Rechtsauffassung zu überprüfen, diese aufzuheben und die Erbfolge samt Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch einzutragen, hat das Grundbuchamt als Erinnerung behandelt, dieser nicht abgeholfen und sie dem Grundbuchrichter vorgelegt. Dieser hat nicht abgeholfen und das Verfahren der Beschwerdekammer vorgelegt. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 78, 80 Abs. 1 GBO zulässig. (...)

Das Rechtsmittel bleibt jedoch erfolglos. (...)

b) Ist das Grundbuch durch den Tod des Vermögensträgers unrichtig geworden, ist es zu berichtigen (§ 22 GBO). Dies hat in der Regel durch Antrag zu erfolgen. Beruht die Erbfolge – wie hier – auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, kann sie statt durch Erbschein auch durch notariellen Vertrag und die Niederschrift über dessen Eröffnung geführt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Erachtet jedoch das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO). Auf den Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers sind diese Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 35 Abs. 2 Hs. 2 GBO).

Nach § 52 GBO ist bei der Eintragung des Erben, wenn ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, dies von Amts wegen, also auch ohne Antrag, gleichzeitig mit einzutragen ist (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 52 Rdnr. 13). Das bedeutet, dass die durch den notariellen Nachtrag vom 5.12.2000 ausgewiesenen Erben vom Grundbuchamt nur eingetragen werden können, wenn in grundbuchmäßiger Form entweder das Bestehen oder aber das Nichtbestehen von Testamentsvollstreckung nachgewiesen ist. Im ersteren Fall hat das Grundbuchamt die Berichtigung mit, im letzteren Fall ohne Testamentsvollstreckervermerk vorzunehmen.

Das Grundbuchamt hat die Verfügung(en) auch dann selbst auszulegen, wenn rechtlich schwierige Fragen zu beurteilen sind (z. B. OLG Köln, Rpfleger 2000, 157; BayObLG, Rpfleger 2000, 266). Bei der Auslegung sind auch außerhalb der Verfügung(en) liegende Umstände zu berücksichtigen, sofern sie sich aus öffentlichen Urkunden ergeben, die dem Grundbuchamt vorliegen; gesetzliche Auslegungsregeln hat das Grundbuchamt zu beachten, wenn auch das Nachlassgericht voraussichtlich darauf zurückgreifen müsste (BayObLG, Rpfleger 2000, 324; OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154). Eine Auslegung scheidet jedoch aus, wenn das Grundbuchamt aufgrund der Eintragungunterlagen nicht zu einer abschließenden Würdigung in der Lage ist (OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 173; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 42).

c) Grundbuchamt und Beschwerdekammer gehen zutreffend davon aus, dass die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über die zum Nachlass gehörenden Grundstücke durch öffentliche Urkunden nicht nachgewiesen ist.

Der notarielle Nachtrag vom 17.8.2006 weist Testamentsvollstreckung in Form der Dauervollstreckung für den gesamten Nachlass, insbesondere auch den Grundbesitz, mit der Befug-

nis der Veräußerung und anschließenden Abwicklungsvollstreckung ohne zeitliche Schranken aus. Die Anordnung unterliegt rechtlichen Bedenken, weil eine spätere Verfügung von Todes wegen grundsätzlich unwirksam ist, soweit sie das Recht der zuvor vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die einseitige testamentarische Anordnung der Testamentsvollstreckung für vertragsmäßig eingesetzte Erben ist ein anerkanntes Beispiel rechtlicher Beeinträchtigung (BGH, NJW 1962, 912; OLG Hamm, FGPrax 1995, 241; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2289 Rdnr. 5). Indes sind „vertragsmäßige“ Verfügungen nicht deshalb schon solche, weil sie in einem Erbvertrag stehen. Vielmehr ist grundsätzlich im Weg der Auslegung für jede Verfügung gesondert zu ermitteln, ob sie als vertraglich gewollt anzusehen ist, also ob und inwieweit gegenseitige Bindung oder freie Widerruflichkeit der Bestimmung beabsichtigt war (BayObLG, FamRZ 1994, 196). Besonders nahe liegt eine vertragsmäßige Verfügung bei Zuwendungen an den Vertragspartner selbst, wie z. B. bei gegenseitiger Erbeinsetzung von Eheleuten, aber auch bei Zuwendungen an gemeinsame Kinder (BayObLG, DNotZ 1989, 812; *Palandt/Edenhofer*, § 2289 Rdnr. 3). Die Abänderungsbefugnis in Abschnitt III.2 des Nachtrags vom 5.12.2000 steht dem nicht entgegen (BayObLG, FamRZ 1994, 196). Zudem weist die Urkunde vom 5.12.2000 unter Abschnitt III.1 auch den eindeutigen Willen aus, dass die in erbvertraglicher Weise getroffenen Verfügungen nicht einseitig widerrufen werden können.

Die als Ausnahme formulierte Abänderungsbefugnis in Abschnitt III.2 erlaubt ihrem Wortlaut nach nicht die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers. Dies spricht gegen eine über die im Einzelnen festgelegte Änderungsbefugnis hinausgehende erweiternde Interpretation. Auch haben notarielle Urkunden zunächst die Vermutung für sich, dass in ihrer Fassung das tatsächlich Gewollte vollständig und richtig zum Ausdruck kommt (*Staudinger/Hertel*, BGB, 13. Bearb., § 125 Rdnr. 92, 94). Bei notariellen Verfügungen von Todes wegen spricht eine Vermutung dafür, dass objektiver Erklärungsinhalt und Erblasserwille übereinstimmen (BayObLG, FamRZ 1996, 1037; OLG Köln, Rpfleger 1982, 424; *Palandt/Edenhofer*, § 2084 Rdnr. 2). Selbst wenn es die Abänderungsklausel erlauben sollte, dass der Überlebende im äußersten Fall die Einsetzung eines Abkömmlings zum Alleinerben unter Ausschluss der übrigen Abkömmlinge verfügen kann, so ist damit eine Testamentsvollstreckung, die trotz Erbes die Verfügungsbefugnis vollständig entzieht, nicht grundsätzlich mit umfasst.

Maßgeblich ist indes nicht die Auffassung des Notars und das von ihm in der Urkunde zum Ausdruck Gebrachte, sondern der Wille der Testierenden (*Palandt/Edenhofer*, § 2084 Rdnr. 2). So mögen außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu einem anderen Ergebnis führen. Diese haben in dem Zweifelsvermerk des Notars (§ 17 Abs. 2 BeurkG; dazu *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 273) insoweit ihren Niederschlag gefunden, als der Erblasser erklärt hat, sie (d. h. die Ehegatten) hätten seinerzeit mit Abänderung und Ergänzung auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gemeint. Ermittlungen, die eine diesbezügliche Auslegung des maßgeblichen gemeinschaftlichen Willens der Eheleute bei Errichtung des Erbvertragsnachtrags erlaubten, sind jedoch dem Nachlassgericht vorbehalten.

Zutreffend sind die Vorinstanzen auch davon ausgegangen, dass durchaus noch konkrete Aufklärungsmöglichkeiten, etwa durch Anhörung der Kinder des Erblassers oder des im Jahr 2000 tätigen Urkundsnotars, in Betracht zu ziehen sind.

d) Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass es die Urkundenlage allein, ohne weitere tatsächliche Aufklärung, umgekehrt auch nicht erlaubt, eine Berichtigung des Grundbuchs ohne Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks vorzunehmen.

Dass alle Erben mit der Testamentsvollstreckung einverstanden sind, spielt für die grundbuchamtliche Behandlung keine Rolle (*Palandt/Edenhofer*, § 2289 Rdnr. 5).

12. BGB § 2265 (*Gemeinschaftliches Testament in getrennten Urkunden*)

Für ein gemeinschaftliches Testament ist es nicht ausreichend, dass Ehegatten in getrennten Urkunden am selben Tag und Ort im Wesentlichen inhaltsgleiche Verfügungen getroffen haben.

Ein gemeinschaftliches Testament kann im Einzelfall vorliegen, wenn die Ehegatten sich in getrennten Urkunden jeweils zu Alleinerben einsetzen und in gemeinschaftlich abgefassten, mit „Zusatz zum Testament“ und „Nachtrag zum Testament“ bezeichneten Urkunden weitere Verfügungen treffen.

OLG München, Beschluss vom 23.7.2008, 31 Wx 34/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Erblasserin ist am 25.1.2006 im Alter von 90 Jahren verstorben. Sie war in zweiter Ehe seit 1952 mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus ihrer geschiedenen ersten Ehe hatte sie eine Tochter, die 1962 tödlich verunglückt ist. Der Beteiligte zu 2 war mit dieser eng befreundet und stand mit der Erblasserin bis zu ihrem Tod in Kontakt.

Die Erblasserin errichtete am 28.10.1995 ein privatschriftliches Testament, das im Wesentlichen wie folgt lautet:

„Hiermit setze ich (den Beteiligten zu 2) als Erbe mit meinen gesamten Wertpapieren ein, die sich in meinem Schließfach 83 zur Zeit bei der ...- Bank befinden.“

Ferner liegen Kopien zweier privatschriftlicher Testamente vom 29.1.1983 vor, in denen die Erblasserin und ihr Ehemann gleichlautend jeweils den anderen Ehegatten zum „alleinigen Erben (Universalerben)“ einsetzen. Mit einem undatierten „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bestimmten die Ehegatten, dass „im Falle unseres gemeinsamen Todes“ weder die Nichte der Erblasserin noch zwei Brüder des Ehemannes aus dem Nachlass etwas erhalten sollen. Mit „Nachtrag zum Testament“ vom 23.2.1984 wandten die Ehegatten für den Fall, dass ihnen „zusammen etwas zustoßen“ solle, ihr Vermögen einem Dritten zu. Diese letztwilligen Verfügungen, die ebenfalls nur in Kopie vorliegen, wurden von der Erblasserin geschrieben und von beiden Ehegatten unterschrieben. Die von der Erblasserin aufbewahrten Originale sind nicht auffindbar, es konnten nur die vom Beteiligten zu 1 aufbewahrten Kopien vorgelegt werden.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem Hälfteanteil der Erblasserin an dem Hausgrundstück, das die Ehegatten 1969 erworben und seither gemeinsam bewohnt haben. Ihre Wertpapiere, deren Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls rund 230.000 € betrug, überließ die Erblasserin bereits Anfang 1996 dem Beteiligten zu 2. Der Reinnachlasswert beträgt nach Angaben des Beteiligten zu 1 im Erbscheinsantrag rund 400.000 €.

Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des Testaments vom 29.1.1983 gestellt mit der Begründung, die in getrennten Urkunden vorgenommene Erbeinsetzung der Ehegatten sei wechselbezüglich; die Erblasserin sei daran gebunden gewesen. Das Testament zugunsten des Beteiligten zu 2 vom 28.10.1995 enthalte im Übrigen nur ein Vermächtnis. Der Beteiligte zu 2 hat hingegen die Auffassung vertreten, er sei Alleinerbe aufgrund des Testaments vom 28.10.1995, denn diese letztwillige Verfügung enthalte eine umfassende Erbeinsetzung.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 5.10.2006 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und dem Beteiligten zu 2 antragsgemäß am 23.10.2006 einen Alleinerbschein erteilt. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das LG die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 2, der die Erblasserin kurz vor ihrem Tod Generalvollmacht erteilt hatte, persönlich angehört und die Zeugin K vernommen. Mit Beschluss vom 28.1.2008 hat das LG den Beschluss des Nachlassgerichts vom 5.10.2006 aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, den vom Beteiligten zu 1 beantragten Erbschein zu erteilen und den dem Beteiligten zu 2 bereits erteilten Erbschein einzuziehen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. (...)

2. Diese Ausführungen halten der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das LG ist aufgrund der vorliegenden Kopien und der weiteren von ihm erhobenen Beweise zu der Überzeugung gelangt, dass Originaltestamente mit den aus den Fotokopien ersichtlichen Inhalten formgültig errichtet worden sind. Die diesbezüglichen Feststellungen sind rechtsfehlerfrei und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht in Zweifel gezogen.

b) Das LG hat weiter zutreffend angenommen, dass die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments auch in getrennten Urkunden erfolgen kann (allgemeine Meinung; vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., vor § 2265 Rdnr. 9). In diesem Fall muss zur Einhaltung der Form für ein Einzeltestament hinzukommen, dass der Wille beider Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testieren sich wenigstens andeutungsweise aus der Urkunde ergibt. Ob ein gemeinschaftliches Testament vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Die Testamentsauslegung ist Sache des Tatrichters. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357, 363 = NJW 1993, 2168; BayObLG, FamRZ 2002, 269, 270 = NJW-RR 2002, 296; OLG München, FamRZ 2008, 728; *Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42; MünchKommBGB/*Leipold*, 4. Aufl., § 2087 Rdnr. 47 ff.). Dabei muss die Auslegung des Tatrichters nicht zwingend sein. Es genügt, wenn sie nur möglich ist (BGH, FamRZ 1972, 561, 562; BayObLG, FamRZ 2005, 1933, 1934).

c) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des LG gerecht.

aa) Allein der Umstand, dass die Testamente von den Ehegatten am selben Tag und am selben Ort errichtet worden sind und sich im Wortlaut im Wesentlichen gleichen, reicht für sich allein nicht aus, um ein gemeinschaftliches Testament anzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHZ 9, 113, 116 f.). Davon ist das LG ausgegangen. Es hat zutreffend berücksichtigt, dass die Übereinstimmung der beiden Urkunden sowohl hinsichtlich der äußeren Form (Niederschrift unter dem Briefkopf des jeweiligen Ehegatten) als auch hinsichtlich des Inhalts (einschließlich Klammerzusatz „Universalerben“) dafür spricht, dass sich die Ehegatten hinsichtlich der Errichtung und des Inhalts der letztwilligen Verfügung abgesprochen haben. Dass die Ehegatten darüber hinaus den Willen hatten, mit der Ab-

fassung der beiden einzelnen Urkunden gemeinschaftlich zu testieren, hat das LG aus den beiden weiteren gemeinschaftlich formgültig errichteten letztwilligen Verfügungen geschlossen, die mit „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bzw. „Nachtrag zum Testament“ überschrieben sind. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Ehegatten haben in diesen gemeinschaftlich abgefassten Urkunden nicht nur, wie die weitere Beschwerde meint, unter Nutzung der Formerleichterung des § 2267 BGB Regelungen getroffen, die die vorangegangene Erbeinsetzung des jeweils anderen Ehegatten insofern inhaltlich ergänzen, als sie für den Fall des gemeinsamen Todes getroffen sind. Vielmehr haben die Testierenden darüber hinaus durch die Überschrift „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bzw. „Nachtrag zum Testament“ eine Verbindung zu den beiden gesondert errichteten Einzelurkunden hergestellt und formgerecht zum Ausdruck gebracht, dass die vier einzelnen Urkunden nicht voneinander unabhängig unterschiedliche Fallgestaltungen regeln – einerseits die Erbfolge nach dem Erstversterbenden, andererseits die Schlusserbfolge –, sondern nach ihrer Vorstellung eine Einheit bilden sollen. Die so vorgenommene Verknüpfung der einzelnen Urkunden rechtfertigt die Annahme, dass die Ehegatten insgesamt gemeinschaftlich eine einheitliche Regelung sowohl für den Tod eines Ehegatten als auch für den Schlusserbfall treffen wollten. Die Vorstellung der Testierenden, mit den Urkunden vom 29.1.1983 eine einheitliche letztwillige Verfügung getroffen zu haben, wird auch dadurch deutlich, dass sie diese im Zusatz bzw. Nachtrag als „Testament“ und nicht „Testamente“ bezeichnen. Dass die für den Schlusserbfall getroffenen Regelungen keine Bindungswirkung für den länger lebenden Ehegatten entfalten, ist ohne Belang für die Frage, ob die Ehegatten eine gemeinschaftliche Regelung auch im Hinblick auf die gegenseitige Erbeinsetzung treffen wollten.

bb) Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde musste sich das LG nicht wegen der Vermögensverhältnisse der Ehegatten oder der außerehelichen Beziehung des Beteiligten zu 1 gehindert sehen, einen Willen auch der Erblasserin zum gemeinschaftlichen und bindenden Testieren anzunehmen. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung war jedenfalls der Beteiligte zu 1 Miteigentümer zu 1/2 des gemeinsam bewohnten Hauses, so dass schon deshalb auch die Erblasserin ein wirtschaftliches Interesse an einer gemeinschaftlichen Regelung der Erbfolge mit einer bindenden gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung haben konnte. Dasselbe gilt für die langjährige außereheliche Beziehung des Beteiligten zu 1 zu der Zeugin K. Dieses Verhältnis hatte nach den Feststellungen des LG bereits 1972 begonnen und war der Erblasserin alsbald bekannt geworden, was sie ersichtlich nicht gehindert hat, ihren Ehemann zum Alleinerben einzusetzen. Zudem konnte sie gerade im Hinblick auf die außereheliche Beziehung ihres Mannes Interesse daran haben, eine bindende gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten herbeizuführen. (...)

d) Rechtsfehlerfrei hat das LG angenommen, dass die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten wechselbezüglich ist (§ 2270 Abs. 2 Hs. 1 BGB) und nicht einseitig von der Erblasserin durch die Vernichtung der Originalurkunden bzw. Errichtung einer inhaltlich abweichenden letztwilligen Verfügung widerrufen werden konnte (§ 2271 Abs. 1 BGB). Für die von der weiteren Beschwerde angeführte Möglichkeit einer gemeinschaftlichen oder unter den Ehegatten abgesprochenen Vernichtung der Originalurkunden, für die der Beteiligte zu 2 die Feststellungslast trägt, bestehen keine konkreten Anhaltspunkte.

13. BGB §§ 1994, 2003; EGBGB Art. 148; AGGVG Art. 8 (*Amtliche Inventaraufnahme und Inventarfrist*)

Hat der Landesgesetzgeber (hier: Bayern) die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Aufnahme des Inventars ausgeschlossen, so lässt das die Zuständigkeit zur Entgegennahme des Antrags auf amtliche Inventaraufnahme unberührt.

Die Bestimmung der Inventarfrist auf Antrag eines Nachlassgläubigers wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Erbe bereits zuvor Antrag auf amtliche Inventaraufnahme gestellt hat.

OLG München, Beschluss vom 24.7.2008, 31 Wx 27/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 1 ist gesetzlicher Alleinerbe der 2005 verstorbenen Erblasserin. Er beantragte die amtliche Aufnahme eines Inventars nach § 2003 BGB. Das Nachlassgericht reagierte zunächst nur mit dem Hinweis, dass in Bayern für die Erstellung eines Inventars die Notare zuständig sind.

Auf Antrag eines Nachlassgläubigers, des Beteiligten zu 2, bestimmte das Nachlassgericht dem Beteiligten zu 1 eine Inventarfrist von einem Monat. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde wies das LG zurück. Nach Hinweis des LG, dass der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme noch nicht abschließend bearbeitet sei, beauftragte das AG einen Notar mit der Errichtung des Inventars. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 sein Ziel weiter, dass die auf Antrag des Beteiligten zu 2 bestimmte Inventarfrist aufgehoben wird. Er ist der Meinung, dass die Bestimmung der Inventarfrist unzulässig gewesen sei, da er bereits zuvor die amtliche Aufnahme des Inventars beantragt hatte.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. (...)

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Das LG hat das Verhältnis zwischen der amtlichen Inventaraufnahme (§ 2003 BGB) und der dem Erben auf Antrag eines Nachlassgläubigers gesetzten Inventarfrist (§ 1994 BGB) richtig dahin bestimmt, dass der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme eine nachfolgende Fristsetzung auf Gläubigerantrag nicht ausschließt, solange das Inventar noch nicht errichtet ist.

a) Der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme ist wirksam gestellt. Wie das LG richtig ausführt, sind für die Entgegennahme dieses Antrags auch in Bayern die Nachlassgerichte zuständig. Zwar hat der Landesgesetzgeber durch Art. 8 AGGVG von der durch Art. 148 EGBGB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Aufnahme des Inventars auszuschließen. Das betrifft jedoch nur die Inventaraufnahme als solche und lässt die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Entgegennahme des Antrags unberührt (vgl. *Staudinger/Mayer*, BGB, 2005, Art. 148 EGBGB Rdnr. 3). Geht ein solcher Antrag ein, so hat das Nachlassgericht einen Notar mit der Errichtung des Inventars zu beauftragen (vgl. *Sprau/Vill*, Justizgesetze in Bayern, Art. 8 AGGVG Rdnr. 3).

Der Antrag auf amtliche Inventaraufnahme war noch wirksam und das Inventar noch nicht errichtet, als der Beteiligte zu 2 seinerseits Antrag auf Inventarfrist stellte. Seine Stellung als Nachlassgläubiger und das Bestehen der Forderung hat der Beteiligte zu 2 glaubhaft gemacht (§ 1994 Abs. 2 Satz 1 BGB).

b) Der Lauf des Verfahrens zur amtlichen Inventaraufnahme stand der Bestimmung einer Inventarfrist auf Antrag des Nachlassgläubigers nicht entgegen.

Mit dem Antrag nach § 1994 BGB verfolgt der Nachlassgläubiger in erster Linie das Ziel, im Falle der Fristversäumung durch den Erben die unbeschränkbare Erbenhaftung zu erreichen (§ 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Bestimmung der Inventarfrist hat zu unterbleiben, wenn bereits ein den §§ 2002, 2003 BGB entsprechendes Inventar errichtet ist, ein gesetzlicher Ausschlussgrund – vgl. insbesondere § 2000 Satz 2 und 3, §§ 2011, 2012 BGB – vorliegt oder der Antrag aus sonstigen Gründen völlig zwecklos ist, etwa weil der Erbe bereits unbeschränkt haftend geworden ist (vgl. *Staudinger/Marotzke*, 2002, § 1994 Rdnr. 17 f.; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1994 Rdnr. 6). Keiner dieser Versagungsgründe greift hier ein.

Der Umstand, dass bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung durch den Nachlassgläubiger ein Verfahren zur amtlichen Inventaraufnahme anhängig ist, macht die Bestimmung der Inventarfrist nicht zwecklos und lässt für den Antrag des Gläubigers nicht das Rechtsschutzbedürfnis entfallen. Beide Verfahren – die Inventarfristsetzung nach § 1994 BGB und die amtliche Inventaraufnahme nach § 2003 BGB – stehen selbständig nebeneinander. Das ergibt sich schon aus § 2003 Satz 2 BGB, wonach die Stellung des Antrags nach § 2003 Satz 1 BGB die Inventarfrist (d. h. jene nach § 1994 BGB) wahrt. Es ist kein plausibler Grund erkennbar, dass zwar der Erbe auch noch nach Antragstellung durch den Nachlassgläubiger einen (Frist wahrenden) Antrag auf amtliche Inventaraufnahme stellen dürfen, nicht aber der Nachlassgläubiger nach (potentiell Frist wahrendem) Beginn des Verfahrens auf amtliche Inventaraufnahme noch einen Antrag nach § 1994 BGB.

Der Senat teilt allerdings die Auffassung des LG, dass auch im letzten Fall § 2003 Satz 2 BGB greift, so dass die Fristsetzung auf Antrag des Gläubigers jedenfalls solange nicht zu einer Fristversäumung mit der Rechtsfolge der unbeschränkbaren Erbenhaftung führen kann, als die amtliche Inventaraufnahme läuft (und mit der Errichtung des amtlich aufgenommenen Inventars gegenstandslos wird). Es wäre widersinnig, den Erben, der den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme vorher gestellt hat, hinsichtlich der Frist wahrenden Wirkung schlechter zu stellen als den Erben, der diesen Antrag erst nach dem Fristsetzungsantrag des Gläubigers stellt. Wollte man die Frist wahrende Wirkung eines vorher gestellten Erbenantrags verneinen, so müsste man dem Erben konsequenterweise, um ihn nicht schutzlos zu lassen, das Recht zubilligen, nach Antragstellung durch den Gläubiger erneut einen – diesmal Frist wahrenden – Antrag auf amtliche Inventaraufnahme zu stellen, was im Hinblick auf das bereits anhängige Verfahren ein unsinniges Ergebnis wäre.

Letztlich kann dies jedoch offen bleiben, zumal hierüber im Streitfall die Prozessgerichte zu befinden haben werden. Entscheidend ist, dass selbst bei Annahme einer Frist wahrenden Wirkung in der hier gegebenen Fallkonstellation gleichwohl ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag des Gläubigers zu bejahen ist. Dieses kann schon deshalb nicht verneint werden, wie das LG zutreffend ausgeführt hat, weil der Erbe den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme jederzeit zurücknehmen kann, wodurch die Frist wahrende Wirkung selbstverständlich entfiele. Die gegen die Möglichkeit der Antragsrücknahme von der weiteren Beschwerde vorgebrachten Gründe greifen nicht durch. Es ist zwar richtig, dass das Nachlassgericht im Falle eines Verstoßes des Erben gegen die Auskunftspflicht

(§ 2003 Abs. 2 BGB) die Inventarerrichtung weder erzwingen kann noch den Antrag zurückweisen darf, vielmehr eine Untätigkeit des Erben insoweit die Folgen der Inventaruntreue nach § 2005 Abs. 1 BGB hervorrufen kann. Ein Verbot der Antragsrücknahme begründet das aber für den Erben nicht. Wird der Antrag zurückgenommen, ist für eine Fortführung des Verfahrens zur amtlichen Inventaraufnahme kein Raum mehr und entfallen dessen Wirkungen. Dem Antrag des Nachlassgläubigers können in diesem Fall ohne weiteres die Rechtsfolgen einer unbeschränkbaren Erbenhaftung nach Maßgabe des § 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB zukommen.

Die vom AG auf Antrag des Beteiligten zu 2 vorgenommene Fristbestimmung war somit rechtmäßig. Zutreffend hat das LG die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und war auch die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. BGB §§ 728, 738, 812 ff.; InsO §§ 80, 110 Abs. 1 Satz 1 (*GbR – Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters*)

- a) **Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus einer BGB-Gesellschaft aus, für die im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, führt dies – soweit nichts Abweichendes geregelt ist – zur liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft und zur Anwachsung des Gesellschaftsvermögens bei dem letzten verbliebenen Gesellschafter.**
- b) **Der Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines nicht existenten Schuldners (hier: einer voll beendeten BGB-Gesellschaft) ist nichtig und bindet die Prozessgerichte nicht.**

BGH, Urteil vom 7.7.2008, II ZR 37/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

H. und R. L. waren nach dem Ausscheiden eines weiteren Mitgesellschafters zu jeweils 50 % Gesellschafter einer GbR, zu deren Vermögen ein Grundstück in M. gehörte. Dieses hatte die GbR an eine KG vermietet. Die Beklagte gewährte der GbR Kredite, die durch Grundpfandrechte auf dem Grundstück der GbR abgesichert waren. Darüber hinaus hatte die GbR die Mietzinsansprüche gegen die KG an die Beklagte abgetreten. Die KG zahlte die Miete für den Monat September 2004 in Höhe von 35.790,43 €, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, an die Beklagte.

Über das jeweilige Vermögen der Gesellschafter wurden am 19.7.2004 (R. L.) und am 11.8.2004 (H. L.) Insolvenzverfahren eröffnet und der Streithelfer der Beklagten (für R.) und der Kläger (für H.) zu Insolvenzverwaltern bestellt. Am 6.6.2006 wurde über das Vermögen der GbR, die weiterhin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen war, ein Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) der GbR enthält, soweit hier von Bedeutung, folgende Regelungen:

„§ 16 Auflösung der Gesellschaft

In allen Fällen, in denen das Gesetz an den Eintritt bestimmter Ereignisse in der Person eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft anknüpft, soll diese nicht eintreten. Vielmehr soll der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden. Der oder die anderen Gesellschafter sind sodann berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Gesellschaft mit dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen und dem Recht zur Fortführung der Bezeichnung weiter zu betreiben.

§ 17 Ausscheiden aus der Gesellschaft

...

4.

Wird über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet, wird die Eröffnung eines dieser Verfahren mangels Masse abgelehnt oder hat ein Privatgläubiger von dem Recht des § 725 BGB Gebrauch gemacht, so scheidet der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. ...“

Der Kläger ist der Ansicht, der Mietzinsanspruch für den Monat September falle in die Insolvenzmasse des ehemaligen Gesellschafters H. L., so dass ihm ein Rückforderungsanspruch gegen die Beklagte zustehe.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Streithelfers der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, aus § 17 Nr. 4 GV folge, dass dem Gesellschafter H. L. das Gesellschaftsvermögen und damit auch der Anspruch der GbR auf die Mietzinszahlungen angewachsen sei. Allein dem Kläger stehe deswegen die von der Beklagten vereinnahmte Miete zu, ohne dass sich daran durch das rund zwei Jahre später eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen der GbR etwas geändert habe.

II.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Mietzinsforderungen gegen die KG infolge Anwachsung des Gesellschaftsvermögens in die Insolvenzmasse des ehemaligen Gesellschafters H. L. fallen (1.). Daran hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR nichts geändert (2.). Die Abtretung der Mietzinsforderung an die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Grundschuldgläubigerin steht der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs aus § 816 Abs. 2 BGB für den Monat September 2004 nicht entgegen (3.).

1. Haben die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass die Gesellschaft von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, wenn ein Gesellschafter ausscheidet, wächst bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters – soweit im Gesellschaftsvertrag für diesen Fall nichts Abweichendes geregelt ist – dem letzten verbleibenden Gesellschafter das Vermögen der GbR an, d. h. die Aktiva und Passiva gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf ihn über, ohne dass es eines Übertragungsaktes oder einer Übernahmerklärung bedarf (st. Rspr.; BGHZ 32, 307, 314 ff. = NJW 1960, 1664; BGH, WM 1966, 62 = DNotZ 1966, 618; WM 1966, 513; NJW 1992, 2757, 2758; ZIP 1999, 1526, 1527 = DNotZ 2000, 225; ZIP 2002, 614, 615 = DNotZ 2001, 234; siehe auch BGH, WM 1993, 2259, 2260).

a) So liegt der Fall hier. Das Vermögen der GbR ist mit der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des R. L. gemäß § 17 Nr. 4 GV H. L. angewachsen. Dies folgt, wie das Berufungsgericht unter ausführlicher Begründung ohne revisionsrechtlich relevante Fehler entschieden hat, aus der Auslegung der §§ 16 und 17 Nr. 4 GV.

Während danach § 16 GV die grundsätzliche Regelung enthält, dass in den dort genannten Fällen die verbleibenden Gesellschafter zur Fortsetzung der Gesellschaft berechtigt, aber

nicht verpflichtet sind (Fortsetzungsklausel mit Übernahmerecht), stellt § 17 Nr. 4 GV eine davon abweichende Spezialregelung für enumerativ aufgezählte Ereignisse in der Person des Gesellschafters dar. Danach „scheidet der ... Gesellschafter aus der Gesellschaft“ u. a. dann „aus“, wenn über sein Vermögen das Konkursverfahren (nunmehr: Insolvenzverfahren) eröffnet wird. Anders als in § 16 GV wird in diesem Fall nach der Auslegung des Tatrichters die Gesellschaft „automatisch“ fortgesetzt, ohne dass es einer Übernahmerklärung seitens der verbleibenden Gesellschafter bedarf.

b) Folge der Regelung in § 17 Nr. 4 GV ist, dass im Falle des insolvenzbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den verbleibenden Gesellschaftern gemäß § 738 BGB anwächst. Mangels abweichender Regelung findet § 17 Nr. 4 GV auch dann Anwendung, wenn infolge des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters keine Gesellschaft mehr existiert, die fortgesetzt werden könnte. Nach der gefestigten, vom Berufungsgericht zutreffend angewandten Rechtsprechung des Senats (siehe die Nachweise oben II. 1) führt eine Fortsetzungsklausel wie die in § 17 Nr. 4 GV bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung zur liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft und Gesamtrechtsnachfolge des letzten verbleibenden Gesellschafters.

2. Durch die spätere Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der nicht mehr existierenden „GbR“ hat sich an dieser materiellen Rechtslage nichts geändert. Ein solcher gegen einen nicht existenten Schuldner ergehender Eröffnungsbeschluss geht ins Leere und ist nach allgemeiner Meinung (*Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., § 27 Rdnr. 31; *Schilken* in Jaeger, Kommentar zur Insolvenzordnung, § 34 Rdnr. 42; MünchKommInsO/*Schmahl*, § 34 Rdnr. 119) nichtig; er bindet die Prozessgerichte nicht, soweit nicht ausnahmsweise wegen der Eintragung im Handelsregister der Schein einer noch existenten Gesellschaft besteht (BGHZ 113, 216, 217 f. = NJW 1991, 922; *Kirchhof* in Heidelberg Kommentar zur Insolvenzordnung, § 27 Rdnr. 31) mit der hier – wegen des gegenüber H. L. bereits eröffneten Insolvenzverfahrens – nicht relevanten Folge, dass sich das eröffnete Verfahren dann gegen den nur falsch bezeichneten Schuldner richtet.

3. Dem Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen des H. L. steht gegen die Beklagte hinsichtlich der Miete für den Monat September 2004 ein Anspruch aus Bereicherungsrecht zu (§§ 812 ff. BGB; §§ 80 Abs. 1, 91, 110 Abs. 1 Satz 1 InsO – siehe hierzu BGH, ZIP 2007, 35 = NJW-RR 2007, 626 Tz. 15 f.).

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des H. L. am 11.8.2004 führte nach § 110 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Unwirksamkeit der Abtretung der Mietzinsforderung für den Monat September 2004. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte nicht nur Abtretungsempfängerin, sondern zugleich Grundschuldgläubigerin war (BGH, ZIP 2007, 35 = NJW-RR 2007, 626; WM 2006, 1685, 1686 f.). Zwangsverwaltung war im September 2004 noch nicht angeordnet.

15. HGB § 25; GG Art. 20 Abs. 3; SGB VI §§ 22 ff. (*Haftung des Firmenübernehmers für Sozialversicherungsbeiträge*)

1. **Ein Firmenübernehmer haftet nach § 25 HGB nicht für Ansprüche auf Nachforderung von Beiträgen zur gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung gegenüber dem Rechtsvorgänger der übernommenen Firma.**
2. **§ 25 HGB stellt keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Festsetzung einer Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung dar.**

LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.8.2008, L 4 R 366/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2008, 2023.

16. HGB § 157; FGG § 142 (*Löschung einer Personengesellschaft*)

Die Eintragung der Löschung einer Personengesellschaft im Handelsregister hat nur rechtsbekundende, nicht rechtserzeugende Wirkung. Weder etwaige Forderungen gegen die Gesellschaft noch anhängige Prozesse gegen die Gesellschaft hindern die Eintragung des Erlöschens; abzustellen ist allein darauf, ob die Gesellschaft noch Aktivvermögen hat. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 19.6.2008, 17HK T 3986/08; eingesandt von Notar Dr. Albert Streber, München

Mit Anmeldung des Notars wurde für die Gesellschaft Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Gesellschaft ist durch Beschluss sämtlicher Gesellschafter aufgelöst. Der Geschäftsbetrieb wurde ohne Liquidation eingestellt. Zu verteilendes Vermögen ist nicht vorhanden. Die Firma ist erloschen.“

Danach teilte ein Gläubiger der Gesellschaft mit, dass vor dem Arbeitsgericht noch Verfahren anhängig seien, in denen die Gesellschaft Beklagte sei. Außerdem bestünden noch Gläubigerverbindlichkeiten gegen die Gesellschaft. Darauf hin teilte das Registergericht mit Zwischenverfügung dem anmeldenden Notar mit, die Eintragung der Anmeldung könne nicht erfolgen, das Registergericht habe mittlerweile Kenntnis davon erhalten, dass unter anderem Prozesse bzgl. der Gesellschaft anhängig seien.

Nachdem der Notar dem Registergericht mitgeteilt hatte, dass die Zwischenverfügung nicht verständlich sei, da bei der KG die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nur deklaratorischen Charakter habe, erließ das Registergericht eine weitere Zwischenverfügung. In dieser wurde mitgeteilt, die Eintragung könne nicht erfolgen, da ein Prozess gegen die Gesellschaft die Eintragung der Löschung hindere. Die Eintragung der Löschung habe zwar nur deklaratorischen Charakter, eine bereits gelöschte Firma bestehe dennoch weiter. Die gelöschte Gesellschaft könne klagen und verklagt werden. Die unrichtige Eintragung nach § 142 FGG müsse im Handelsregister jedoch gelöscht werden und es finde eine Nachtragsliquidation statt. Um das Handelsregister nicht unrichtig zu machen und dann von Amts wegen nach § 142 FGG die unrichtige Löschung wieder aufzuheben und um die Bestellung eines Nachtragsliquidators in den anhängigen Prozessen zu vermeiden, werde die Löschung der KG nicht eingetragen. Ferner dürften keine beitreiblichen Forderungen mehr vorhanden sein. Hier lägen gegen die Firma allerdings zwei offene Ansprüche aus dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht München vor.

Mit Beschluss wurde die Anmeldung zurückgewiesen, wogegen sich die vorliegende Beschwerde richtet.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig gemäß §§ 19, 20 FGG.

Die Eintragung der Löschung einer KG nach den §§ 161 Abs. 2, 157 HGB im Handelsregister hat nur rechtsbekundende, nicht rechtserzeugende Wirkung. Die Firma erlischt damit nicht mit der Löschung, sondern im Augenblick der tatsächlichen Beendigung der Liquidation oder einer das gesamte Gesellschaftsvermögen umfassenden anderen Art der Auseinandersetzung (vgl. BayObLG, BB 1983, 82). Nach § 157 Abs. 1 HGB hat die Anmeldung nach der Beendigung der Liquidation zu erfolgen. Die Abwicklung ist dann beendet, wenn die Gesellschaft über kein Aktivvermögen mehr verfügt (vgl. *Staub*, HGB, 4. Aufl. 1998, § 157 Rdnr. 6; *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 157 Rdnr. 1; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 2004, § 157 Rdnr. 9 und 10).

Abzustellen ist also auf vorhandenes Aktivvermögen der Gesellschaft, nicht auf Verbindlichkeiten der Gesellschaft, d. h. auf Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft. Das Vorhandensein von Gesellschaftsschulden hindert die Eintragung des Erlöschens nicht (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 157 Rdnr. 1; *Staub*, HGB, § 157 Rdnr. 6).

Im vorliegenden Falle ist im Verfahren lediglich vorgetragen, dass Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft bestünden. Wegen des Vorhandenseins dieser Forderungen gegen die Gesellschaft kann jedoch aus den oben angeführten Gründen die Eintragung des Erlöschens nicht verweigert werden.

Auch das Vorhandensein von Prozessen gegen die Gesellschaft hindert das Erlöschen der Gesellschaft nicht (*Baumbach/Hopt*, HGB, § 157 Rdnr. 1). Wie bereits ausgeführt, hat die Eintragung des Erlöschens nur deklaratorischen Charakter, tatsächlich ist die Firma erloschen, wenn die Abwicklung beendet ist, wenn kein aktives Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist (vgl. *Staub*, HGB, § 157 Rdnr. 6; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 157 Rdnr. 9 und 10, sowie *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 157 Rdnr. 4 und 7). Wenn aber die Eintragung des Erlöschens im Register nur rechtsbekundende und nicht rechtserzeugende Wirkung hat, kann bei tatsächlicher Vollbeendigung der Gesellschaft, wenn kein aktives Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist, ein Prozess gegen die Gesellschaft die Eintragung des Erlöschens nicht hindern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass unabgeschlossene Prozesse bei Nachtragsliquidation ohne weiteres durch die Gesellschafter fortgeführt werden (*MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 155 Rdnr. 565), zum anderen wegen § 15 HGB die Gesellschaft bzw. deren Gesellschafter ein erhebliches Interesse an der Eintragung der Löschung der Gesellschaft haben.

Eine Löschung der Löschungseintragung nach § 142 FGG wäre nur dann vorzunehmen, wenn sich nach der Löschung herausstellen sollte, dass noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist oder Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen sind (vgl. BayObLG, BB 1983, 82; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 157 Rdnr. 3). Das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen ist nach Aktenlage jedoch nicht ersichtlich, auch kann sich aus den unstrittig bestehenden Arbeitsgerichtsprozessen ein (möglicher) Anspruch der Gesellschaft nicht ergeben (§ 12 a Abs. 1 ArbGG). Dass die Eintragung des Erlöschens der Gesellschaft nach § 12 FGG gelöscht werden müsste, ist somit nicht ersichtlich.

Die in den Zwischenverfügungen genannten Gründe sind somit nicht geeignet, die Eintragung der Anmeldung zu hindern, weshalb der Zurückweisungsbeschluss aufzuheben und das Verfahren zum weiteren Vollzug der Anmeldung an das Registergericht München zurückzugeben war.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. BGB §§ 1041, 1051; ZVG §§ 44, 52 (*Nachrangige Zwangshypothek kann Rückforderungsrecht auslösen*)

Ein Verstoß gegen das Verbot, den Grundbesitz ohne Zustimmung des Berechtigten weder zu veräußern noch zu belasten, kann auch durch eine nachrangige Eintragung einer Zwangshypothek begangen werden. Voraussetzung ist, dass die Zwangshypothek wegen eines dem Verpflichteten zuzurechnenden Verhaltens eingetragen worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 1.4.2008, X ZR 150/05

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, einem ihrer Söhne, die Rückkauflassung des diesem übertragenen, 1 036 m² großen und zunächst gemeinschaftlich bewohnten Hausgrundstücks. Die Klägerin übertrug dem Beklagten zu notarieller Urkunde das Grundstück unentgeltlich unter gleichzeitiger Bestellung eines lebenslangen, unentgeltlichen Nießbrauchs für sie. Der Beklagte verpflichtete sich, den Grundbesitz zu Lebzeiten der Klägerin ohne deren Zustimmung weder zu veräußern noch zu belasten; bei Verstoß gegen dieses Verfügungsverbot sollte die Klägerin zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sein. Bei der Umschreibung des Grundstücks auf den Beklagten wurde zugunsten der Klägerin zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs eine Rückkauflassungsvormerkung eingetragen.

Im Zug von auch von der Klägerin gebilligten Verwertungsmaßnahmen über eine Teilfläche des Grundstücks nahm der Beklagte Vermessungsleistungen der Stadt S. in Anspruch; dies führte zu einer Auferlegung der Vermessungskosten und – nachdem diese nicht sogleich und nicht in voller Höhe beglichen wurden – im Juni 2003 zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek zugunsten der Stadt. Nachdem es zwischen dem Beklagten und seinem Bruder K. zu einem Zerwürfnis gekommen und der Beklagte im Frühjahr 2003 nach Bonn gezogen war, widerrief die Klägerin im März 2004 die Schenkung an ihn wegen groben Undanks. Die Eintragung der Zwangshypothek nahm die Klägerin zum Anlass, vom Vertrag zurückzutreten und die Rückkauflassung des Grundstücks gerichtlich zu betreiben. Zu einer Zwangsversteigerung kam es in der Folgezeit nicht; vielmehr wurden die Vermessungskosten durch den Beklagten im November 2003 vollständig bezahlt. Die Zwangssicherungshypothek wurde daraufhin gelöscht.

Das LG hat den Beklagten zur Rückkauflassung verurteilt. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte in erster Linie seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

I.

1. Das Berufungsgericht hat die notarielle Vereinbarung ergänzend dahin ausgelegt, dass diese nicht auf das Verbot rechtsgeschäftlicher Veräußerung oder Belastung beschränkt sei, sondern dass das Rücktrittsrecht der Klägerin auch für den Fall bestehen solle, dass das Grundstück im Weg der Zwangsvollstreckung belastet werde.

2. a) Die Revision macht geltend, der Beklagte habe – was das Berufungsgericht nicht verkannt habe – lediglich die Verpflichtung übernommen, das Grundstück nicht zu veräußern oder ohne Zustimmung der Klägerin zu belasten. Das Gericht könne eine ergänzende Vertragsauslegung nicht schon dann vornehmen, wenn eine Frage, die sich als erheblich erweise,

im Vertrag nicht geregelt sei. Erforderlich sei vielmehr eine planwidrige Lücke des Vereinbarten, weil die Parteien im Rahmen des von ihnen wirklich Gewollten die Frage als regelungsbedürftig angesehen hätten. Der Nießbrauch der Klägerin sei durch die nachrangige Belastung des Grundstücks mit der Sicherungshypothek nicht gefährdet gewesen; die vom Berufungsgericht angeführte Sicherung eines unbeschwerten Lebensabends für die Klägerin könne es allenfalls rechtfertigen, die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes einer Veräußerung gleichzustellen, zu der es aber nicht gekommen sei. Auch von einer Belastung des Grundstücks unterscheide sich die Eintragung der Zwangssicherungshypothek grundlegend, denn sie gehe allen eingetragenen Rechten der Klägerin im Rang nach. Zudem hätte die Klägerin bei Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens noch ausreichend Zeit gehabt, ihr Rücktrittsrecht auszuüben. Weiter sei das Rücktrittsrecht nur für den Fall ausbedungen gewesen, dass die Belastung ohne vorherige Zustimmung der Klägerin erfolge; diese habe aber vor Eintragung der Zwangssicherungshypothek nicht eingeholt werden können. Mit einer vorsätzlichen Belastung ohne Zustimmung der Klägerin sei die Eintragung der Zwangssicherungshypothek, die nicht auf einem freien Entschluss des Beklagten beruhe, nicht zu vergleichen.

b) Diesen Revisionsrügen hält das Berufungsurteil stand.

aa) Die Auslegung der Individualvereinbarung zwischen den Parteien ist zunächst Sache des Tatrichters und im Revisionsverfahren nur darauf überprüfbar, ob sie auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentliches Tatsachenmaterial außer Acht gelassen wurde, oder gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder gesetzliche Auslegungsregeln verstoßen worden ist (vgl. z. B. BGH-Report 2003, 150; BGH, NJW 1992, 1967, 1968; BGHZ 135, 269, 273). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass die Vereinbarung die Belastung mit einer Zwangshypothek eines Dritten nicht erfasst.

bb) Im Ergebnis keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Belastung mit der Zwangshypothek im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung in die vertraglichen Regelungen einbezogen werden kann. Auch das ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (BGH, WM 2002, 1229).

cc) Zunächst hat das Berufungsgericht richtig gesehen, dass eine planwidrige Lücke des Vereinbarten (vgl. nur BGHZ 127, 138, 142) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist. Eine solche planwidrige Lücke liegt dann vor, wenn die Parteien mit der getroffenen Regelung ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies aber wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarten nicht gelungen ist (BGH, NJW-RR 2004, 554 = BGH-Report 2004, 425). In diesem Sinn begegnet die Bejahung der planwidrigen Lücke keinen durchgreifenden Bedenken. Dass der Beklagte den Grundbesitz ohne Zustimmung der Klägerin weder veräußern noch belasten durfte, hatte ersichtlich den Zweck, die Weiternutzung der Wohnung durch die Klägerin nicht zu gefährden. Eine derartige Gefährdung konnte auch durch die Belastung mit einer Sicherungshypothek eintreten, denn aus dieser rührte die Gefahr einer Zwangsverwertung des Grundstücks mit einem sich daraus ergebenden Eigentümerwechsel her. Die Klägerin musste selbst bei Berücksichtigung des Umstands, dass der rechtliche Bestand ihres Nießbrauchs durch die nachrangige Zwangssicherungshypothek nicht gefährdet war (vgl. §§ 44, 52 ZVG), befürchten, in für sie möglicherweise unübersehbare Auseinandersetzungen mit einem außenstehenden neuen Eigentümer verwickelt zu werden. Die Folgerung des Berufungsgerichts, auch dieser Fall habe dem Rücktritts-

recht unterworfen werden sollen, ist deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. auch BGH, NJW 1994, 3299 = DNotZ 1995, 204). Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin als Nießbraucherin nach §§ 1041–1047, 1051 BGB Verpflichtungen gegenüber dem neuen Eigentümer nach Durchführung einer Zwangsversteigerung treffen konnten (vgl. OLG-Report Frankfurt 2003, 306, 308 = NotBZ 2005, 219).

II.

Die Ausfüllung der Regelungslücke hatte nach dem hypothetischen Parteiwillen am Vertragsinhalt anzuknüpfen und darf sich nicht in Widerspruch zu dem tatsächlich Vereinbarten setzen (vgl. nur BGHZ 77, 302, 304). Dem wird die Unterstellung der Eintragung der Zwangshypothek unter das Verfügungsverbot jedenfalls dann gerecht, wenn die Zwangshypothek wegen eines dem Beklagten zuzurechnenden Verhaltens eingetragen worden ist. Hierzu hat das Berufungsgericht allerdings keine tragfähigen Feststellungen getroffen; denn es hat zwar zum einen ausgeführt, dass der Beklagte die Rechnung und mehrere Mahnungen über die Kosten der Vermessung erhalten habe, zum anderen aber unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten referiert, dass sein Bruder die Rechnung unterschlagen und die Klägerin mehrfach erklärt habe, sie werde für die Zahlung der Rechnung persönlich aufkommen. Das Berufungsgericht, das diesen Vortrag wegen nicht ausreichender Substantiierung als unbeachtlich angesehen hat, hat dabei nicht hinreichend beachtet, dass ein Sachvortrag bereits dann erheblich ist, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen, und dass die Angabe näherer Einzelheiten nur erforderlich ist, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind (vgl. nur BGH, NJW 1991, 2707, 2709). Das Berufungsgericht wird im wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit haben, dem weiter nachzugehen.

III.

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Rücktrittserklärung der Klägerin dem Beklagten vor der Bezahlung der Gebührenschuld an die Stadt S. zugegangen ist. Dass die Rücktrittserklärung in einem Schriftstück erfolgte, das zugleich prozessuale Erklärungen enthielt, steht der Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Zugang, insbesondere der des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB, nicht entgegen (vgl. *Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, 2007, § 130 Rdnr. 4; *Ahrens in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 130 Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs/Ellenberger*, BGB, 67. Aufl. 2008, Überbl. vor § 104 Rdnr. 37). Das Berufungsgericht hat in prozessual zulässiger Weise aus dem Verhalten des Beklagten in der mündlichen Verhandlung den denkmöglichen und damit für das Revisionsgericht bindenden Schluss gezogen, dass der Beklagte den Zugang der Erklärung wahrheitswidrig – und damit in nicht beachtlicher Weise – bestritten habe. Damit durfte das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung von einem Zugang der Rücktrittserklärung vor Tilgung der Gebührenschuld ausgehen.

IV.

Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Eintragung der Zwangssicherungshypothek der Klägerin grundsätzlich den Rücktritt vom Übertragungsvertrag eröffnet hat, hat das Berufungsgericht nicht ausreichend geprüft, ob der Klägerin der Rücktritt nicht nach Treu und Glauben verwehrt war. Dies käme insbesondere dann in Betracht, wenn die Klägerin im Verhältnis zum Beklagten zugesagt oder sonst in zurechenba-

rer Weise den Eindruck vermittelt hätte, die Kosten für die Vermessung selbst zu tragen, oder wenn die Vermessung allein oder jedenfalls überwiegend im Interesse der Klägerin erfolgt wäre. Schon mangels vom Berufungsgericht getroffener Feststellungen hierzu sind die Überlegungen im Berufungsurteil, ein solches Versprechen sei eher zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung abgegeben worden, spekulativ. Dabei kann freilich auch Bedeutung erlangen, dass, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, der Beklagte die ihm von der Klägerin zur Begleichung der Vermessungskosten übergebenen 1.000 € nicht an die Stadt weitergeleitet hat.

V.

Das Berufungsgericht hat sich – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht mit der Frage befasst, ob die Klägerin das Grundstück aufgrund des Widerrufs der Schenkung wegen groben Undanks herausverlangen kann. Erforderlichenfalls wird es auch diese Prüfung nachzuholen haben. (...)

18. InsO § 140 Abs. 2 Satz 1; GBO § 15; BNotO § 24 Abs. 3 Satz 1 (*Keine Insolvenzfestigkeit des Eintragungsantrags nach § 15 GBO*)

Durch einen von einem Notar auf der Grundlage des § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag erlangt der Erwerber keine i. S. d. § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO geschützte Rechtsposition. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 8.5.2008, IX ZR 116/07

Aus den Gründen:

Die statthafte Nichtzulassungsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig. In der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg. Ein Eingreifen des Revisionsgerichts ist weder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung noch zur Durchsetzung von Grundrechten der Beklagten angezeigt.

1. Für die Anfechtung einer Rechtshandlung, deren Gültigkeit eine Grundbucheintragung erfordert, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend. Davon abweichend gilt eine Rechtshandlung gemäß § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO bereits in dem Zeitpunkt als vorgenommen, in dem die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat. Durch einen von einem Notar auf der Grundlage des § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag erlangt der Erwerber keine i. S. d. § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO geschützte Rechtsposition, weil der Notar gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 BNotO einen solchen Antrag ohne Zustimmung des Berechtigten zurücknehmen kann (BGH, NJW 2001, 2477, 2479; vgl. ferner BGHZ 166, 125, 133 Rdnr. 23).

Nach dem Inhalt des von dem LG wörtlich mitgeteilten Antrags hat sich der Streithelfer als beurkundender Notar ausschließlich auf § 15 GBO berufen. Im Unterschied zu der von der Nichtzulassungsbeschwerde angeführten Entscheidung BGHZ 71, 348, 351 f. hat der Streithelfer nicht außerdem einen von der Beklagten selbst gestellten Antrag als Boten an das Grundbuchamt übermittelt. Folglich war der Streithelfer weiterhin aus eigenem Recht zur Rücknahme des Antrags befugt.

2. Soweit das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines Bargeschäfts (§ 142 InsO) abgelehnt hat, werden die von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemachten Rügen einer

Verletzung der Art. 3 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 GG nicht in der gebotenen Weise ausgeführt. Davon abgesehen ist die Entscheidung des Berufungsgerichts in der Sache nicht zu beanstanden.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird angenommen, dass ein Zeitraum von sechs Monaten zwischen einer Darlehensgewährung und der Abtretung einer Grundschuld nicht mehr die Annahme eines Bargeschäfts gestattet (OLG Brandenburg, ZIP 2002, 1902, 1906; MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 142 Rdnr. 18). Da im Streitfall allein zwischen der Valutierung des Darlehens und der Stellung des Antrags auf Eintragung der Grundschuld mehr als sechs Monate verstrichen sind, ist für die Annahme eines Bargeschäfts kein Raum. Diesen Zeitraum hat der Streithelfer, der für die Beklagte den Vollzug ihrer grundpfandrechtlichen Besicherung besorgt hat (§ 24 BNotO), zu verantworten. Für ihn hat die Beklagte gemäß § 278 BGB einzustehen (vgl. BGHZ 62, 119, 121 ff.; BGH, NJW 1984, 1748, 1749; *Ganter*, ZNotP 2003, 442, 445).

Anmerkung:

Der vom IX. Zivilsenat kurz und knapp begründete Nichtannahmebeschluss kann angesichts der bisherigen Rechtsprechung des BGH nicht überraschen. Danach wäre bereits die Zulassung der Revision durch das OLG München nicht gerechtfertigt gewesen. Zwei Rechtsfragen waren streitentscheidend. Zum einen stand zur Diskussion, inwieweit die Voraussetzungen eines Bargeschäfts auch dann gegeben sein können, wenn die Stellung des Eintragungsantrags zu einer Grundschuld der Darlehensbegebung mehr als sechs Monate nachfolgt. Zum anderen ging es darum, ob ein nur auf der Grundlage des § 15 GBO gestellter Eintragungsantrag eine ausreichende Grundlage für die Abkürzung der Anfechtungsfristen i. S. d. § 140 Abs. 2 InsO ist.

Was die Voraussetzungen des Vorliegens eines Bargeschäfts nach § 142 InsO angeht, rechtfertigen die Überlegungen des IX. Senats keine Kritik. Bei dem in der InsO kodifizierten Rechtsinstitut des Bargeschäfts geht es um eine Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen zur Insolvenzanfechtung. Würde man, wie es der Wortlaut der Bestimmungen der §§ 129 ff. InsO im Grundsatz nahelegt, jedenfalls im Zeitraum von drei Monaten vor der Insolvenzantragstellung praktisch jedes Rechtsgeschäft dem Risiko der Anfechtung aussetzen, wäre mit Beginn einer Krise das Schicksal jedes Unternehmens schon besiegelt. Es fände sich nämlich kaum ein Geschäftspartner, der das Anfechtungsrisiko einzugehen bereit wäre. Dem trägt § 142 InsO insoweit Rechnung, als sogenannte Bargeschäfte – Geschäfte also, bei denen der Austausch der Leistungen in engem zeitlichem Zusammenhang zueinander steht – von der Anfechtung ausgenommen werden. Was regulärer Geschäftsbetrieb ist, soll keinem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sein. Bei der Bestellung von Grundpfandrechten ist die Rechtsprechung dabei interessanterweise erstaunlich großzügig. Anders als von notarieller Seite zu vermuten wäre, sollen die Voraussetzungen eines Bargeschäfts wohl auch dann noch gegeben sein, wenn zwischen Auszahlung des Kredits und Bestellung des Grundpfandrechts weniger als 30 Tage liegen.¹ Angesichts der Praxis nahezu aller mir bekannter Kreditinstitute, Darlehen erst nach Stellung des Eintragungsantrags oder sogar Eintragung des Grundpfandrechts selbst auszuzahlen, hätte es nicht verwundert, wenn der BGH die Voraussetzungen eines Bargeschäfts schon dann verneint hätte, wenn die Auszahlung nach Antragstellung erfolgt. Da im vorliegenden Fall bereits zwischen Darlehensauszah-

lung und Stellung des Eintragungsantrags mehr als sechs Monate vergingen, konnte von einem Bargeschäft nicht die Rede sein.

Im vorliegenden Fall nicht streitentscheidend, für die Praxis aber von erheblicher Bedeutung ist die Frage, inwieweit im Rahmen eines Bargeschäfts die Zeitdauer zwischen Kreditauszahlung und tatsächlicher Eintragung eines Grundpfandrechts im Grundbuch eine Rolle spielt. Beim Studium der Kommentarliteratur wie auch einiger obergerichtlicher Entscheidungen kann man den Eindruck gewinnen, es komme auf die Eintragungsdauer beim Grundbuchamt an. Solche Überlegungen sind abzulehnen. Entscheidend ist bei der Bestellung von grundbuchlich verzeichneten Rechten allein der Zeitpunkt der bindenden Antragstellung i. S. d. § 878 BGB. Da die InsO einem solchen Eintragungsantrag Sicherungswirkung in § 91 Abs. 2 dergestalt zuschreibt, dass die Verfahrenseröffnung den Vollzug des Antrags nicht mehr hindern kann, kann es auch für die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen des Bargeschäfts nur auf diesen Zeitpunkt ankommen. Ist der Antrag entsprechend gestellt, besteht eine nach den allgemeinen Bestimmungen des Sachenrechts und damit auch der InsO nicht mehr entziehbare Sicherung des Gläubigers. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen muss er also auch guten Gewissens seine Leistung erbringen dürfen.

Interessanter sind allerdings die Überlegungen des IX. Senats zur Frage, inwieweit eine allein auf § 15 GBO beruhende Antragstellung durch den Notar dazu geeignet ist, die Rechtsfolge des § 140 Abs. 2 InsO auszulösen, nämlich die Vorverlagerung des Berechnungszeitraumes für die Anfechtungsfristen auf die Antragstellung. Die nahezu einhellige Auffassung in Literatur² und Rechtsprechung³ hält einen vom Notar allein auf die Ermächtigung des § 15 GBO gestützten Eintragungsantrag insoweit für nicht ausreichend.

In dieser Allgemeinheit muss dem widersprochen werden. Wenn die vorgenannten Stimmen argumentieren, auf einen Antrag durch den Notar, gestützt allein auf § 15 GBO, könne sich der Gläubiger deshalb nicht verlassen, weil der Notar jederzeit einseitig in der Lage sei, einen solchen Antrag ohne Zustimmung des Berechtigten zurückzunehmen, verkennen diese die rechtliche Stellung des Notars und übersehen zudem, dass auch ein aufgrund rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht handelnder Notar einen Antrag wieder zurücknehmen kann. Sähe man im Notar lediglich einen privatrechtlich Ermächtigten, wäre die herrschende Auffassung möglicherweise vertretbar. Auf die Rechtshandlungen eines solchen eingeschalteten Dritten kann sich ein berechtigtes Vertrauen seltener gründen als auf das Verhalten eines Notars. Die besondere Rolle des Notars im Eintragungsverfahren besteht aber gerade darin, dass dieser die ihm nach § 15 GBO eingeräumte Rechtsmacht als Hoheitsträger ausübt. Der Notar ist damit ebenso Beteiligter des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie das Grundbuchamt. Auf die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Notars darf sich der Gläubiger deshalb in gleichem Maße verlassen wie auf die des Grundbuchamts. Es mag sein, dass die Wahrnehmung des Amtes des Notars im Geschäftsverkehr eine andere ist als die des Grundbuchamts. Verfahrensrechtlich bestehen aus Sicht des Gesetzes und der am Beurkundungs- und Eintragungsverfahren Beteiligten keine Unterschiede. Die öffentlichrechtliche Stellung des Notars als Hoheitsträger ist Grundlage der Ermächtigung in § 15 GBO.

² MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl. 2008, § 140 Rdnr. 41; *Kreft* in Heidelberger Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2007, § 140 Rdnr. 10 m. w. N.

³ BGH, NJW 2001, 2477, 2479.

¹ BGH, NJW 2006, 2701.

Sie ist auch Grundlage des berechtigten Vertrauens des Beteiligten in eine nichtwillkürliche Antragsrücknahme.

Dass die Entscheidung des BGH letztendlich jedoch richtig ist, liegt an einem ebenfalls häufig verkannten Aspekt des unterschiedlichen Sachverhalts. Wenn § 15 GBO dem Notar die Rechtsmacht gibt, für die Beteiligten Anträge im Grundbuchverfahren zu stellen, beschränkt sich die Ermächtigung auf die verfahrensrechtlich beteiligten Personen. In nahezu allen Fällen der Eintragung eines Grundpfandrechts ist verfahrensrechtlich Beteiligter des notariellen Beurkundungsverfahrens allein der Besteller des Grundpfandrechts, nicht jedoch der Gläubiger. Beurkundet werden nämlich regelmäßig nicht die Einigungserklärungen der Beteiligten i. S. d. § 873 Abs. 1 BGB, sondern allein die Eintragungsbewilligung des Eigentümers nach § 19 GBO. An diesem Beurkundungsvorgang ist der Gläubiger nicht beteiligt.

Dass § 15 GBO die Antragsermächtigung auf die am Beurkundungsverfahren Beteiligten beschränkt, lässt sich aus dem Wortlauf der Norm nur schwer ablesen. Eindeutiger ist dies in § 24 Abs. 3 BNotO geregelt, wenn es dort heißt: „Soweit der Notar kraft Gesetzes ermächtigt ist, im Namen der Beteiligten bei dem Grundbuchamt oder bei den Registerbehörden Anträge zu stellen (insbesondere § 15 GBO) ...“ Beteiligte des Beurkundungsverfahrens sind nach § 6 Abs. 2 BeurkG aber nur diejenigen Personen, deren im eigenen Namen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden. Im entschiedenen Fall lag damit allein ein Antrag des Grundstückseigentümers vor. § 140 Abs. 2 InsO war damit unabhängig von der Diskussion um § 15 GBO nicht erfüllt.

In den Fällen, in denen der Notar aber tatsächlich aufgrund der Beteiligung sowohl des Bestellers wie auch des Gläubigers eines Rechts tätig wird, reicht die Antragstellung nach § 15 GBO und ohne ausdrückliche Bezugnahme auf eine Vollmacht aus, die Rechtsfolgen des § 140 Abs. 2 InsO auszulösen. Neben den vorstehenden Erwägungen liegt dies auch daran, dass es letztlich nicht auf die Frage ankommen kann, inwieweit auf Seiten des Gläubigers noch Eingriffe den Rechtserwerb verhindern können, sondern inwieweit der Schuldner noch in der Lage wäre, den Vollzug des Antrags zu stoppen. Sieht man die Parallelität des § 140 Abs. 2 InsO zu den übrigen den Grundbuchantrag schützenden Normen der InsO, geht es im Kern doch immer um die Frage, ob sich der Schuldner einer Rechtsposition soweit begeben hat, dass er diese nicht mehr für sich und damit auch nicht für die Insolvenzgläubiger verwerten kann. Ist der Antrag beim Grundbuchantrag aber einmal dergestalt gestellt, dass der Schuldner allein nicht mehr auf dessen Rücknahme einwirken kann, liegen die Voraussetzungen des § 140 Abs. 2 InsO vor.⁴

Die Entscheidung des BGH erweist sich damit als im Ergebnis zutreffend, auch wenn die Begründung falsch ist. Ob die Rechtsprechung und die herrschende Literaturmeinung von ihrer Position abweichen werden, erscheint angesichts der praktischen Einhelligkeit der Auffassungen unwahrscheinlich. Für die Rechtspraxis muss deshalb davon ausgegangen werden, dass nur der aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmacht gestellte Eintragungsantrag wirklichen Schutz i. S. d. § 140 Abs. 2 InsO bieten kann. Der Notar sollte daher den Eintragungsantrag ausdrücklich auch im Namen des beteiligten Gläubigers stellen, statt sich allein darauf zu verlassen, von seiner Ermächtigung nach § 15 GBO Gebrauch zu machen. So kann verhindert werden, dass wie im entschiedenen Fall erheblicher Schaden entsteht.

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

⁴ Siehe dazu auch Kessler, RNotZ 2004, 170 Fn. 110.

Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG § 44 a Abs. 2 (*Übersehene Grundstücksfläche als offensichtliche Unrichtigkeit*)

Wird in einer notariellen Urkunde eine zu einer Eigentumswohnung gehörende anteilige Verkehrsfläche übersehen, kann dieser Fehler als offensichtliche Unrichtigkeit durch einen Nachtragsvermerk nach § 44 a Abs. 2 BeurkG berichtigt werden. (Leitsatz des Einsenders)

LG Regensburg, Beschluss vom 15.7.2008, 5 T 216/08; eingeklagt von Notar Dr. Peter Götz, Regensburg

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht veröffentlicht.

Kostenrecht

20. KostO §§ 30 Abs. 1, 145 Abs. 1 (*Geschäftswert bei Serienentwurf*)

Erstellt der Notar einen Serienentwurf, ist der Geschäftswert mit der Summe der Einzelwerte der in Aussicht genommenen Verträge zu bemessen.

BGH, Beschluss vom 25.9.2008, V ZB 36/08; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Kostenschuldnerin ist Eigentümerin eines nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks, das sie als Bauträgerin bebauen und veräußern wollte. Vor diesem Hintergrund wurde der Kostengläubiger (im Folgenden Notar) eingeschaltet, der der Kostenschuldnerin am 24.11.2006 einen noch der Konkretisierung bedürftigen Kaufvertragsentwurf und am 18.1.2007 eine Kostenberechnung in Höhe von insgesamt 6.189,75 € übersandte, in der die Gebühren nach einem Geschäftswert bestimmt sind, der auf der Summe der Einzelwerte der geplanten Verträge beruht.

Die gegen die Kostenberechnung von der Kostenschuldnerin erhobenen Einwendungen hat das LG nicht für durchgreifend erachtet. Die weitere Beschwerde hat es nur zur Klärung der Frage zugelassen, welcher Geschäftswert der Kostenberechnung zugrunde zu legen ist. Die von der Kostenschuldnerin uneingeschränkt eingelegte weitere Beschwerde hat das OLG als unzulässig verworfen, soweit die Kostenschuldnerin den angefochtenen Beschluss über den zugrunde gelegten Geschäftswert hinaus angegriffen hat. Im Übrigen möchte es dem Rechtsmittel teilweise stattgeben, sieht sich hieran aber durch die Entscheidungen des OLG Hamburg (richtig: des Schleswig-Holsteinischen OLG) vom 17.6.1993 (JurBüro 1994, 287) und des OLG München (richtig: des BayObLG) vom 5.9.1991 (DNotZ 1992, 326) gehindert. Es hat die Sache deshalb insoweit dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorlegende Gericht einerseits und das Schleswig-Holsteinische OLG sowie das BayObLG andererseits sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob als Geschäftswert die volle oder nur die halbe Summe der Einzelwerte der geplanten Verträge zugrunde zu legen ist. Das rechtfertigt die Vorlage.

2. Der Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorlegenden Gerichts von Entscheidungen abweicht, die vor

dem 1.1.2002 ergangen sind (BGH, NJW 2006, 1208, 1209 m. w. N., insoweit in BGHZ 165, 243 nicht abgedruckt).

III.

Die weitere Beschwerde ist in dem noch anhängigen Umfang zulässig (§§ 156 Abs. 2 und 4 KostO). In der Sache bleibt ihr jedoch der Erfolg versagt.

1. Der Notar hat in der Kostenberechnung zwei Gebühren nach §§ 36 Abs. 2, 145 Abs. 1 KostO in Ansatz gebracht. Da das OLG die weitere Beschwerde rechtskräftig als unzulässig verworfen hat, soweit die Kostenschuldnerin den angefochtenen Beschluss über den zugrunde gelegten Geschäftswert hinaus angegriffen hat, steht die Kostenberechnung nur noch insoweit zur Überprüfung, als es um die Bemessung des Geschäftswerts als Grundlage der Gebührenbemessung geht.

2. Welcher Wert zugrunde zu legen ist, wenn der Notar einen noch der Konkretisierung bedürftigen Text eines Grundstückskaufvertrages für eine Mehrzahl von Verkaufsfällen fertigt, der später den jeweiligen Beurkundungen zugrunde gelegt werden soll (im Folgenden: Serienentwurf), ist umstritten. Während die wohl herrschende Meinung den addierten Wert der Einzelgeschäfte für maßgeblich erachtet (BayObLG, DNotZ 1992, 326; OLG Schleswig, JurBüro 1994, 287; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 145 Rdnr. 17 m. w. N.; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 145 Rdnr. 9 a), geht das vorliegende Gericht mit der Gegenauffassung davon aus, dass der Wert regelmäßig mit der Hälfte dieser Summe zu bestimmen ist (vgl. OLG Frankfurt, JurBüro 1980, 116; OLG Düsseldorf, JurBüro 1983, 1242; MDR 1993, 1022; OLG Hamm, DNotZ 1992, 110; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., „Mustervertragsentwurf“ Nr. 2 m. w. N.).

3. Der Senat entscheidet die Rechtsfrage im Sinne der zuerst genannten Rechtsauffassung.

a) Nach § 30 Abs. 1 KostO ist der Geschäftswert nach freiem, d. h. pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, soweit er sich in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit aus den Vorschriften der Kostenordnung nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht. So verhält es sich hier. Die Kostenordnung enthält keine Bestimmung darüber, wie der Geschäftswert für die Fertigung eines Serienentwurfs zu bestimmen ist. Auch ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass § 44 Abs. 2 a KostO nicht einschlägig ist, weil diese Vorschrift nur eingreift, wenn mehrere in einer Verhandlung beurkundete Erklärungen verschiedene Gegenstände haben. Das ist in Konstellationen der vorliegenden Art nicht der Fall.

b) Allerdings beruht die Regelung des § 44 Abs. 2 a KostO auf einer gesetzgeberischen Erwägung, die bei der Ermessensausübung nach § 30 Abs. 1 KostO nicht außer Acht gelassen werden darf. § 44 Abs. 2 a KostO trägt nämlich dem Gedanken Rechnung, dass es für die Gebührenberechnung nicht gleichgültig ist, ob mehrere Erklärungen mit verschiedenen Gegenständen in getrennten Urkunden oder in einer einzigen Urkunde niedergelegt werden (zutreffend OLG Schleswig, JurBüro 1994, 287, 288). Auch wenn der Serienentwurf die Grundlage für mehrere Einzelverträge bildet, die verschiedene – wenn auch gleichartige – Gegenstände betreffen, ist die geistige Arbeit des Notars – wie in den Fällen des § 44 Abs. 2 a KostO – doch in einer einzigen Urkunde zusammengefasst. Seine Leistung bezieht sich auf die Gesamtheit der Einzelgeschäfte, die er sämtlich bei der Gestaltung des Serienentwurfs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durchdenken muss (BayObLG, DNotZ 1992, 326, 327). Das lässt es sachgerecht erscheinen, den Geschäftswert auch bei Serienentwürfen mit der vollen Summe der Einzelwerte zu bemessen. Dass der Serienentwurf als solcher selbst nicht beur-

kundet werden kann und soll, es zur Herstellung beurkundungsreifer Einzelverträge vielmehr der Ergänzung um die konkreten Einzelheiten des jeweiligen Rechtsgeschäfts bedarf, rechtfertigt nach dem Sinn des § 145 Abs. 1 KostO keinen prozentualen Abschlag (BayObLG, DNotZ 1992, 326, 327). Wenn der Notar nach dieser Vorschrift für die Fertigung des Entwurfs die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhält, so beruht dies auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass sich die Leistung des Notars, die sich in einem Entwurf niederschlägt, in Art und Aufwand nicht nennenswert von der Beurkundungstätigkeit unterscheidet (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 31. Aufl., § 145 KostO Rdnr. 5). Das ist nach dem oben Gesagten bei Serienentwürfen nicht anders.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 422.

21. KostO §§ 19 Abs. 2, 30, 60 Abs. 1, 67 Abs. 1 und 3 (*Grundbuchgebühr für die Eintragung eines GbR-Gesellschafterwechsels*)

1. **Die Eintragung eines Gesellschafterwechsels einer GbR ist nicht die Eintragung eines neuen Eigentümers, sondern nur die Eintragung einer anderen Bezeichnung des bereits eingetragenen Eigentümers. Die Eintragung löst deshalb nicht die volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO aus, sondern nur eine Viertelgebühr nach § 67 Abs. 1 KostO.**
2. **Der Geschäftswert der Grundbuchberichtigung bemisst sich allerdings nicht nach dem Wert des GbR-Anteils, der vom Gesellschafterwechsel betroffen ist, sondern nach dem Wert der gesamten Immobilie, wobei regelmäßig ein Teilwert von 50 % des Verkehrswerts maßgebend ist. (Leitsatz des Einsenders)**

OLG München, Beschluss vom 3.7.2008, 34 Wx 36/08; eingeklagt von Notar Dr. *Martin Böhmer*, Schwabach

Im Grundbuch waren als Eigentümer eines Grundstücks Dr. W. F. und Dr. T. F. als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts eingetragen. Der Gesellschafter Dr. W. F. hat seinen Geschäftsanteil an die Beteiligte zu 1, eine KG, veräußert. Mit Grundbuchberichtigungsantrag teilten die Beteiligten mit, dass Dr. W. F. aus der Gesellschaft ausgetreten und seinen Geschäftsanteil in Höhe von 40 % auf die Beteiligte zu 1 übertragen habe. Die Berichtigung des Grundbuchs wurde bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin, zusammen mit Dr. T. F., „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ eingetragen; den ausgeschiedenen Gesellschafter hat es in den Spalten 1 und 2 gerötet. Dafür hat das Grundbuchamt von der Beteiligten zu 1 für die Eintragung eine volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO aus einem Geschäftswert von 1.550.000 € in Höhe von 2.382 € sowie eine Gebühr nach Art. 1 KatFortGebG in Höhe von 714,60 € erhoben. Das Grundbuchamt ging dabei nach dem vereinfachten Sachwertverfahren von einem Gesamtwert des bebauten Grundstücks in Höhe von 3.884.418 € aus. Gegen diese Kostenrechnung hat sich die Beteiligte zu 1 in ihrer Erinnerung mit der Begründung gewandt, es habe kein Eigentumswechsel stattgefunden. Kosten seien daher nur nach § 67 KostO mit einer Viertelgebühr zu erheben.

Das AG hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen und wegen grundsätzlicher Bedeutung die weitere Beschwerde zugelassen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihren Antrag, die Gebühr auf der Grundlage von § 67 KostO zu erheben.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 14 Abs. 5 KostO zulässige weitere Beschwerde hat im Ergebnis Erfolg.

Verfahrensgegenstand der weiteren Beschwerde bildet ausschließlich die Frage des zutreffenden Gebührenansatzes nach § 60 Abs. 1 KostO oder § 67 Abs. 1 KostO. Gegen die der Gebührenerhebung zugrundeliegende Wertfestsetzung wurden keine Einwendungen vorgebracht. (...)

2. Die Entscheidung des LG hat rechtlich keinen Bestand. Weil eine Eigentümereintragung nicht stattgefunden hat, scheidet ein Gebührenansatz nach § 60 Abs. 1 KostO aus. (...)

b) Ob für die Eintragung eines Gesellschafterwechsels der GbR in der Ersten Abteilung des Grundbuchs die volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO oder nur ein Viertel nach § 67 Abs. 1 KostO zu erheben ist, ist strittig (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2008, 84, einerseits; OLG Frankfurt, Rpfleger 2000, 187; KG, OLG-Report 2008, 358 andererseits). Die Entscheidung hängt davon ab, ob ein neuer Eigentümer oder nur eine andere Bezeichnung des bereits eingetragenen Eigentümers verlautbart worden ist. Bei Gesamthandsgemeinschaften zeigt der systematische Zusammenhang mit § 61 Abs. 1 Satz 3 KostO, dass Änderungen wie das Ausscheiden oder der Eintritt kostenrechtlich § 60 KostO zuzuordnen sind. Anderes gilt für die in öffentlichen Registern verlautbarten teilrechtsfähigen Gesellschaften wie die OHG und die KG (§ 61 Abs. 3 KostO). Die GbR ist, wiewohl sie im Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen kann, Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter und jedenfalls keine juristische Person (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234; BGH, NJW 2007, 2845).

(1) Nach der bisherigen Rechtspraxis kommt bei BGB-Gesellschaften § 47 GBO zur Anwendung. Als Grundstückseigentümer sind danach die Gesellschafter mit einem die BGB-Gesellschaft kennzeichnenden Zusatz wie etwa als „Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ einzutragen (vgl. BGH, NZI 2008, 121; BayObLGZ 1985, 212, 213). Die GbR ist nach jetzigem Verständnis rechtsfähig, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGH, ZIP 2008, 501). Ihre Rechtsfähigkeit umfasst auch die Fähigkeit, Eigentümerin eines Grundstücks zu sein (BGH, ZIP 2008, 501). Denn die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit bringt es mit sich, dass die GbR selbst und unabhängig von der Art und Weise, wie sie grundbuchverfahrensrechtlich zu behandeln ist, auch Grundstückseigentümerin sein kann (BGH, NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118). Insofern hat das Verfahrensrecht dem materiellen Recht zu dienen. Um rechtsgeschäftlich Eigentum an Grundstücken zu erwerben, bedarf es neben der Einigung nach materiellem Recht unabdingbar auch der Grundbucheintragung (§ 873 Abs. 1 BGB). Deshalb ist mit der gemäß § 47 GBO erfolgten Eintragung im Grundbuch die Gesellschaft selbst Eigentümerin des Grundstücks, ohne dass es noch entscheidend auf die Frage ankäme, mit welcher Bezeichnung die Gesellschaft selbst eintragungsfähig ist (BGH, NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118; vgl. auch BGH, NZI 2008, 121, 122; ferner *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 240 a ff.; *K. Schmidt*, NJW 2008, 1841, 1842).

(2) Nach herrkömmlicher Meinung ist die GbR allerdings im technischen Sinne nicht grundbuchfähig (vgl. BayObLGZ 2002, 330 = DNotZ 2003, 52; OLG Celle, NJW 2006, 2194; jüngst OLG Schleswig, NJW 2008, 306; siehe auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 240), was sich aus § 47 GBO,

§ 15 Abs. 3 GBV herleiten lässt. Das Publizitätsprinzip als tragende Säule des Grundbuchrechts erfordert es, als Ersatz für die fehlende Eintragung in einem öffentlichen Register zum Nachweis der Identität und Vertretungsbefugnis die einzelnen Gesellschafter einzutragen. Der notwendige Zusatz z. B. „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ (weitere Beispiele bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 240 c; *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 246) bringt die gesamthänderische Verbundenheit zum Ausdruck und ermöglicht es dem Grundbuchamt, die Verfügungsbefugnis zu beurteilen (§ 719 Abs. 1 BGB; vgl. BayObLGZ 2002, 330, 332 = DNotZ 2003, 52; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2007, 92, 95; *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 242). Der V. Senat des BGH geht in seinem Beschluss vom 7.12.2006 (BGH, NJW 2007, 995, 996 = DNotZ 2007, 214) zwar davon aus, dass die Gesellschafter in dieser Form auch selbst als gesamthänderisch verbundene Grundstückseigentümer eingetragen sind. Ob dem gefolgt werden kann, mag dahinstehen. Jedenfalls ist mit Rücksicht auf die fehlende Registerpublizität der GbR der „Umweg“ über die Eintragung ihrer Gesellschafter erforderlich (vgl. *Hügel/Kral*, GBO, 2007, Gesellschaftsrecht Rdnr. 37; *Kössinger* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., II Rdnr. 32; *Meikel/Böhlinger*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 47 GBO Rdnr. 182 d; *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, § 15 GBV Rdnr. 30 c ff.; a. A. OLG Stuttgart, FGPrax 2007, 66). Gesellschafterwechsel ist demnach nicht ein durch Grundbucheintragung konstitutiver Eigentümerwechsel am Grundstück, sondern Berichtigung der für die Gesellschaft als Eigentümerin notwendigen Identifizierungsmerkmale (vgl. *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 245; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2007, 92, 95). Hiernach kann beim Wechsel eines BGB-Gesellschafters § 60 Abs. 1 KostO nicht zur Anwendung kommen (OLG Hamm, FGPrax 2008, 84; schon BayObLGZ 2002, 137, 139 ff. = RNotZ 2002, 347; OLG Schleswig, OLG-Report 2005, 702; vgl. auch *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 22 Rdnr. 65; *Wilsch*, JurBüro 2007, 397, 399; a. A. noch OLG Frankfurt, Rpfleger 2000, 187; KG, OLG-Report 2008, 358; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 22 Rdnr. 63; *Hügel/Kral*, GBO, Rdnr. 88). Die neueste kostenrechtliche Literatur ist dem inzwischen teilweise beigetreten (*Rohs/Wedewer*, KostO, 99. Aktualisierung zur 2. Aufl., § 60 Rdnr. 5 b; *ders.*, 98. Aktualisierung zur 2. Aufl., § 61 Rdnr. 2 a; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort GbR Anm. 3; ohne Festlegung: *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 60 Rdnr. 3, 10; a. A. *Hartmann*, Kostenetze, 38. Aufl., § 60 Rdnr. 6, 8).

(3) Soweit nach der Rechtsprechung des früher zuständigen BayObLG für den Kostenansatz grundsätzlich von der Rechtsauffassung des Rechtspflegers auszugehen ist, der das die Gebühr auslösende Geschäft vorgenommen hat, und bei Grundbucheintragungen insoweit das äußere Erscheinungsbild der Eintragung maßgebend ist (BayObLGZ 2002, 137, 139 m.w.N. = RNotZ 2002, 347), steht dies der Bewertung als sonstige Eintragung (§ 67 KostO) hier nicht entgegen. Die Notwendigkeit, im Grundbuch die Gesellschafter selbst zur Identifizierung der Gesellschaft zu verlautbaren (vgl. *Ruhwinkel*, MittBayNot 2007, 92, 95), bedingt die gewählte Form der Eintragung. Zudem belegt die unterbliebene Rötung in den Spalten 3 und 4 (vgl. § 16 GBV) die fortbestehende Identität des Eigentümers.

c) Im Weg der ersetzenden Sachentscheidung ändert der Senat die Kostenansätze ab. Die Unanwendbarkeit von § 60 Abs. 1 KostO bedingt, dass auch die Bestimmung des § 61 KostO aus systematischen Gründen nicht herangezogen werden kann. Vielmehr ergibt sich die Wertbemessung über § 67 Abs. 3 KostO aus § 30 KostO und im gegebenen Fall aus § 30 Abs. 1 KostO mit dem nach § 19 Abs. 2 KostO als Bezie-

hungswert zu ermittelnden Grundstückswert (vgl. BayObLG, NJW-RR 2000, 365; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 67 Rdnr. 26). Die unter b) dargestellte Sichtweise des Senats verlangt es, den Geschäftswert nicht nach der Größe des betroffenen Anteils zu bestimmen, sondern auf den Gesamtwert des Grundstücks abzustellen. Denn die grundbuchmäßige Verlautbarung des aktuellen Gesellschaftsbestandes ist für die Verkehrsfähigkeit der Immobilie als solcher von ausschlaggebender Bedeutung. Daraus folgt auch, dass es im Allgemeinen billigem Ermessen entspricht, bei den üblichen Ansätzen zwischen $\frac{1}{20}$ und $\frac{1}{2}$ (*Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 67 Rdnr. 26) an die obere Grenze zu gehen (siehe BayObLG, NJW-RR 2000, 365: 50 % bei Namensänderungseintragung). Demgemäß bemisst der Senat die Viertelgebühr aus 50 % (= rund 1.940.000 €) des Grundstückswerts. In Wegfall kommen die nach Art. 1 KatFortGebG (BayRS 2013-1-19-F; abgedruckt bei *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 60 Rdnr. 75) berechneten Gebühren für eine Eigentumsumschreibung. Denn die Gebührenerhebung setzt eine Veränderung in den Eigentumsverhältnissen voraus. Bei fortbestehender Identität des Eigentümers (GbR) fällt sie nicht an.

d) Der Senat weicht mit seiner Entscheidung (zumindest) von der Rechtsprechung des KG ab (KG, OLG-Report 2008, 358). Eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG kommt indes nicht in Betracht, weil § 14 KostO, anders als etwa § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO mit dem Verweis auf das FGG, diese nicht vorsieht (*Hartmann*, Kostengesetze, § 14 KostO Rdnr. 34; *Waldner* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 14 Rdnr. 47).

22. KostO §§ 46 Abs. 4, 130 Abs. 2, 147 Abs. 2 und 3 (*Beurkundungsgebühr von Beurkundungsauftrag unabhängig*)

1. **Nehmen die Beteiligten zunächst nur isoliert eine notarielle Beratung in Anspruch, so wird die dadurch gemäß § 147 Abs. 2 KostO angefallene Gebühr nicht dadurch berührt, dass sie anschließend einen Auftrag zur Beurkundung des Rechtsgeschäfts erteilen, den sie später wieder zurücknehmen.**
2. **Erteilt der Notar einen Rat über die Errichtung eines Testaments, bestimmt sich entsprechend § 46 Abs. 4 KostO der Geschäftswert nach dem Wert des Vermögens nach Abzug der Verbindlichkeiten.**
3. **Der Geschäftswert für die notarielle Beratung im Zusammenhang mit einer umfassenden Vorsorgevollmacht ist nach einem Bruchteil des Gesamtvermögens ohne Abzug von Verbindlichkeiten zu berechnen. Die Höhe des Bruchteils richtet sich nach dem Interesse des Auftraggebers und dem Umfang, der Verantwortung und der Schwierigkeit der notariellen Tätigkeit.**

OLG Hamm, Beschluss vom 15.7.2008, I-15 Wx 120/08 und I-15 Wx 200/08; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligten zu 2 und 3 ließen sich vom Beteiligten zu 1 bezüglich der Errichtung eines Testaments sowie einer Vorsorgevollmacht beraten. Gegenstand des erbrechtlichen Teils der Beratung waren verschiedene Einzelfragen, wie die Einsetzung eines Testamentvollstreckers, eine Teilungsanordnung und die Bestellung eines Pflegers für den minderjährigen Sohn. Am Ende des Gesprächs baten die Beteiligten zu 1 um die Übersendung eines Entwurfs für ein gemeinschaftliches Testament. Inwieweit inhaltlich über die Vorsorgevollmacht gesprochen wurde, ist unter den Beteiligten im Streit. Nach Darstellung des Beteiligten zu 1 erläuterte er die Bestandteile einer umfassenden Vorsorgevollmacht sowie die möglicherweise bei einer

notariellen Beurkundung entstehenden Kosten. Demgegenüber behaupten die Beteiligten zu 2 und 3, eine eigentliche Beratung habe gar nicht stattgefunden. Vielmehr habe der Beteiligte zu 1 lediglich angekündigt, die im Computer abgespeicherte Vorsorgevollmacht auszudrucken und zur Durchsicht an sie zu übersenden. Diesen Ausdruck hätten sie durch Streichung überflüssiger Passagen bearbeiten und zur Vorbereitung der Beurkundung zurücksenden sollen.

In der Folgezeit teilte der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 telefonisch mit, dass die Beurkundung des Testaments und der Vorsorgevollmacht vorerst nicht erfolgen solle. Die bisherige Tätigkeit könne als Beratung abgerechnet werden.

Mit Datum vom 11.4.2007 erstellte der Beteiligte zu 1 zwei inhaltlich übereinstimmende Kostenrechnungen für die Beratung hinsichtlich des Testaments und der Vorsorgevollmacht, die die Beteiligten zu 2 und 3 als gesamtschuldnerische Kostenschuldner ausweisen:

„Geschäftswert gemäß § 18 Abs. 1 KostO: 480.800 €	
Beratungsgebühr gemäß § 147 KostO	396,00 €
19% Umsatzsteuer gemäß § 151 a KostO	75,24 €
Endsumme:	471,24 €“

Dem ausgewiesenen Geschäftswert lag das erfragte Vermögen ohne Abzug bestehender Belastungen zugrunde.

In der Folgezeit weigerten sich die Beteiligten zu 2 und 3, den Rechnungsbetrag auszugleichen. Hierzu machten sie geltend, dass die Tätigkeit als anwaltliche Beratung nach dem RVG abzurechnen sei. Auch auf der Grundlage der KostO seien die Abrechnungen nicht ordnungsgemäß. Der Geschäftswert sei zu hoch festgesetzt worden, weil der Beteiligte zu 1 bestehende Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt habe.

Infolge der erfolgten Beanstandungen hat der Beteiligte zu 1 die Entscheidung des LG beantragt. Der Präsident des LG Münster hat in seiner Stellungnahme im landgerichtlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass die Abrechnungen schon den formalen Anforderungen nicht genügten, da nicht angegeben sei, welcher der mehreren Gebührentatbestände des § 147 KostO angewandt worden sei. Daraufhin hat der Beteiligte zu 1 zwei neue Kostenrechnungen erstellt. Diese stimmen mit den zuvor erstellten überein mit der Änderung, dass nunmehr die §§ 32, 147 Abs. 2 KostO als Gebührentatbestand genannt sind.

Das LG hat die Kostenrechnungen dahin abgeändert, dass der Beteiligte zu 1 jeweils nur 23, 80 € geltend machen könne. Die Gebühren des Beteiligten zu 1 bestimmten sich nach der Rücknahme des Beurkundungsauftrages ausschließlich nach §§ 147 Abs. 3, 130 Abs. 2 KostO, so dass maximal 20 € zzgl. Umsatzsteuer angefallen seien.

Gegen diese Entscheidung hat sich der Beteiligte zu 1 mit der vom LG zugelassenen weiteren Beschwerde gewandt.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist infolge der Zulassung durch das LG nach § 156 Abs. 2 KostO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, da die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Dies führt zu einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Beschwerdegericht.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einem gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO zulässigen Antrag des Beteiligten zu 1 auf Entscheidung des LG über die Kostenrechnungen ausgegangen. Diesen Antrag hat das LG sachlich zu Recht im Weiteren als Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 behandelt (vgl. LG Kleve, JurBüro 2001, 378; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 156 Rdnr. 33).

Die beiden Kostenrechnungen genügen in der berichtigten Fassung in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO und können damit Gegenstand einer sachlichen

Überprüfung im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO sein. Insbesondere enthalten die Kostenrechnungen über den verlangten Betrag hinaus die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Geschäftsgegenstandes und die Bezeichnung der angesetzten Auslagen. Die Berichtigung kann der Notar bis zum Abschluss des Erstbeschwerdeverfahrens vornehmen (*Hartmann*, Kostengesetze, 38. Aufl., § 156 Rdnr. 3).

Die Sachentscheidung des LG hält jedoch hinsichtlich beider Rechnungen einer rechtlichen Überprüfung durch den Senat nicht stand.

1. Rechnung Nr. 146/08 (Testament)

Ohne rechtliche Beanstandung geht das LG davon aus, dass der Beteiligte zu 1 seine Gebühren im Zusammenhang mit der Beratung über eine Testamentserrichtung nach den Vorschriften der KostO abrechnen konnte und nicht auf eine nach den Normen auf der RVG erstellte Rechnung zu verweisen ist, § 141 KostO. Denn wie das LG zu Recht ausgeführt hat, ist der Beteiligte zu 1 als Notar und nicht als Rechtsanwalt tätig geworden. Dem steht nicht entgegen, dass es den Beteiligten zu 2 und 3 nach dem übereinstimmenden Vortrag um eine Beratung ging. Nach § 24 Abs. 1 BNotO gehört zu dem Amt des Notars auch die „sonstige Betreuung“ der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, insbesondere auch die Beratung der Beteiligten. Nimmt ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, Handlungen der in Abs. 1 bezeichneten Art vor, so ist anzunehmen, dass er als Notar tätig geworden ist, wenn die Handlung dazu bestimmt ist, Amtsgeschäfte der in §§ 20–23 BNotO bezeichneten Art vorzubereiten, § 24 Abs. 2 Satz 1 BNotO. Hierzu hat das LG rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Beteiligten zu 2 und 3 den Beteiligten zu 1 aufsuchten, um über eine Testamentserrichtung beraten zu werden. Dabei stand bereits die Überlegung im Hintergrund, später ggf. das Testament notariell beurkunden lassen, auch wenn noch kein konkreter Auftrag dazu erteilt wurde.

Zutreffend hat das LG ferner angenommen, dass durch die beratende Tätigkeit des Notars im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung des Testaments eine Gebühr in Höhe der Hälfte der vollen Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nebst darauf entfallender Umsatzsteuer (§ 151 a KostO) entstanden ist. Eine beratende Tätigkeit des Notars außerhalb eines Beurkundungsauftrages wird von § 147 Abs. 2 KostO erfasst (OLG Düsseldorf, DNotZ 1984, 119; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 147 Rdnr. 8; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 130 Rdnr. 30 a). Das LG hat hierzu rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die hier abgerechnete beratende Tätigkeit des Notars nicht im Zusammenhang mit einem bereits bestehenden Beurkundungsauftrag erfolgte, sondern vielmehr zunächst lediglich ein Beratungsauftrag erteilt wurde, der erst im Verlaufe der Beratung um die Vornahme der Beurkundung erweitert wurde. Dies entspricht dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten im Beschwerdeverfahren. Die telefonische Mitteilung des Beteiligten zu 2 an den Notar, er solle nur eine Beratung abrechnen, eine Beurkundung werde nicht gewünscht, spricht für die Richtigkeit der Feststellung, dass der Beteiligte zu 1 zunächst lediglich um eine Beratung ersucht worden ist.

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht der Auffassung des LG folgen, dass einer Abrechnung dieser Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO die Vorschrift des § 147 Abs. 3 KostO i. V. m. § 130 Abs. 2 KostO entgegensteht.

Zwar folgt aus § 147 Abs. 3 KostO, dass die Gebühren des § 147 Abs. 2 KostO dann nicht entstehen, wenn die grundsätzlich unter § 147 Abs. 2 KostO fallende Tätigkeit lediglich vor-

bereitender oder fördernder Natur ist und schon als Nebengeschäft durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen zustehende Gebühr abgegolten wird. Dies ist vorliegend nach den Feststellungen des LG aber nicht der Fall. Denn die Beratung der Beteiligten zu 2 und 3 erfolgte nicht als Nebengeschäft zu einer beabsichtigten Beurkundung. Vielmehr trafen die Eheleute erst nach der umfangreichen Beratung durch den Beteiligten zu 1 den Entschluss, nunmehr eine Beurkundung in Auftrag zu geben.

Nichts anderes ergibt sich auf der Grundlage der herrschenden Auffassung zum Verhältnis von § 147 Abs. 2 KostO zu §§ 147 Abs. 3, 141, 130 Abs. 2 KostO. Danach steht dem Ansatz einer halben Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO bei einer Rücknahme des von vornherein erteilten *Beurkundungsauftrages* § 147 Abs. 3 KostO i. V. m. § 130 Abs. 2 KostO entgegen. Nach dieser Auffassung kann der Notar in einer solchen Konstellation seine Tätigkeit lediglich nach §§ 141, 130 Abs. 2 KostO abrechnen, auch wenn der Wortlaut des § 147 Abs. 3 KostO einen ausdrücklichen Verweis auf § 130 Abs. 2 KostO nicht enthält (so KG, DNotZ 1978, 753, 754; 1943, 157, 158; OLG Köln, Rpfleger 1967, 123; OLG Hamm, Rpfleger 1955, 258; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 147 Rdnr. 141; *Hartmann*, Kostengesetze, § 130 Rdnr. 16; a. A. *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 130 Rdnr. 32; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 147 Rdnr. 47 unter ausdrücklicher Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Ansicht; *Schmellenkamp*, RNotZ 2006, 55, 57, wonach angesichts des eindeutigen Wortlauts in keinem Fall eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO durch eine Gebühr nach § 130 Abs. 2 KostO gemäß § 147 Abs. 3 KostO abgegolten wird).

Lediglich vereinzelt wird auf der Basis dieser dargestellten Ansicht weitergehend in der Literatur die Auffassung vertreten, dass nicht nur im Falle der Rücknahme eines von vornherein erteilten Beurkundungsauftrages, sondern auch dann, wenn die Beteiligten zunächst nur um ein Beratungsgespräch gebeten haben, aus dem sich dann aber der später zurückgenommene Beurkundungsauftrag ergeben hat, die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht neben der Gebühr nach §§ 141, 130 Abs. 2 KostO erhoben werden kann (*Waldner* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 130 Rdnr. 30; *Bund*, JurBüro 2004, 519, 521).

Der Senat vermag sich dieser letztgenannten Ansicht nicht anzuschließen. Für die dem Beurkundungsauftrag vorangegangene Beratung kann jedenfalls dann die Betreuungsgebühr erhoben werden, wenn der Auftrag zunächst nur auf Raterteilung lautet und der Auftraggeber sich erst danach entschließt, die Beurkundung in Auftrag zu geben (LG Hannover, JurBüro 2006, 544; *Bund*, JurBüro 2006, 545, 546 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner zuvor vertretenen Ansicht in JurBüro 2004, 519, 521).

Ist die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO bereits aufgrund einer zuvor erforderten selbständigen Beratungstätigkeit angefallen, so hat eine später erfolgende Erweiterung des Auftrags im Hinblick auf eine Beurkundung keinen Einfluss auf die bereits entstandene Gebühr (LG Hannover, JurBüro 2006, 544; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 130 Rdnr. 32). § 147 Abs. 3 KostO trifft keine Regelung zum Untergang oder der Anrechnung anderer Gebühren. Vielmehr schließt sie die Abrechnung einer grundsätzlich unter § 147 Abs. 2 KostO fallenden Tätigkeit lediglich dann aus, wenn die Tätigkeit – vorbereitender oder fördernder Natur – im Zusammenhang mit einem bereits bestehenden Notargeschäft steht. Sie muss als Vorbereitung der geschuldeten Haupttätigkeit dienen, also zum Kreise der im Rahmen der Haupttätigkeit

erforderlichen Tätigkeiten gehören (*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, *KostO*, § 147 Rdnr. 27; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 147 Rdnr. 44; vgl. auch *OLG München*, *DNotZ* 1937, 504). Ohne den Bezug zu einer Haupttätigkeit liegt rein begrifflich bereits keine vorbereitende Tätigkeit vor.

Die Auffassung des LG, im Sinne einer klaren Abgrenzung der Gebührentatbestände müsse eine Differenzierung zwischen einem bereits anfänglich erteilten Beurkundungsauftrag und einem solchen, der erst im Anschluss an eine alleinige Beratung erteilt wird, unterbleiben, weil eine entsprechende Sachverhaltsaufklärung in der Praxis mit großen Schwierigkeiten verbunden sei, hält der Senat nicht für überzeugend. Jedem Rechtssuchenden muss klar sein, dass er für die Inanspruchnahme einer anspruchsvollen, juristischen Beratung eine angemessene Gebühr aufbringen muss, die in § 147 Abs. 2 *KostO* bestimmt ist. Der Ausschluss dieser Gebühr durch Einbeziehung in den Abgeltungsbereich einer anderen Gebühr bedarf einer besonderen gesetzlichen Rechtfertigung. Ist der Tatbestand einer Ausschlussnorm (hier: § 147 Abs. 3 *KostO*) nach Wortlaut und Sinn begrenzt, können etwaige Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsaufklärung es nicht rechtfertigen, den Anwendungsbereich dieser Norm zum Nachteil des Notars in einer Art der Rechtsfortbildung zu erweitern. Hinzu kommt, dass es auf der Grundlage der Auffassung des LG in der Hand des Ratsuchenden läge, sich zunächst umfangreich beraten zu lassen, sodann einen Beurkundungstermin zu vereinbaren und diesen schließlich abzusagen, um der (höheren) Gebühr des § 147 Abs. 2 *KostO* zu entgehen und lediglich die Rücknahmegebühr des § 130 Abs. 2 *KostO* zahlen zu müssen (*LG Hannover*, *JurBüro* 2006, 544).

Die Entscheidung des LG kann daher im Hinblick auf diese Rechnung keinen Bestand haben. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist der Senat nicht in der Lage, eine eigene Sachentscheidung zu treffen.

Das LG hat von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent bislang keine Feststellungen zur Höhe des Geschäftswertes getroffen. Gemäß § 141 *KostO* ist der Geschäftswert der Gebühr, die nach § 147 Abs. 2 *KostO* zu erheben ist, nach dem ersten Teil der *KostO* zu berechnen. Betrifft daher die Tätigkeit des Notars ein Rechtsverhältnis, für das die Wertbestimmungen des allgemeinen Teils oder der speziellen Wertbestimmungen der §§ 39–42, 46 *KostO* gelten, so ist der Geschäftswert danach zu bemessen. Ein Rückgriff auf § 30 *KostO* kommt lediglich hilfsweise in Betracht. Das gilt im Bereich der Beratung zumindest dann, wenn es sich um eine spezielle Raterteilung handelt (*OLG Braunschweig*, *DNotZ* 1963, 498; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 147 Rdnr. 185; im Rahmen des § 30 *KostO* sind die allgemeinen Regeln zu beachten: *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, *KostO*, § 147 Rdnr. 8 c). Nach den Vorschriften des ersten Teils der *KostO* bestimmt sich für eine Beratung über die Errichtung eines Testaments der Geschäftswert nicht nach § 18 Abs. 3 *KostO*, also dem Vermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten, sondern nach § 46 Abs. 4 *KostO*. Darin ist geregelt, dass der Wert des Vermögens nach Abzug der Verbindlichkeiten zu bestimmen ist (so auch im Ergebnis *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, *KostO*, § 147 Rdnr. 8 c).

Der Beteiligte zu 1 hat seiner Kostenberechnung aber das Vermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten zugrunde gelegt. Um die Höhe der bislang nicht konkret bezeichneten Verbindlichkeiten zu bestimmen, hat der Senat das Verfahren an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Eine eigene Ermittlung der Tatsachen nach § 12 *FGG* ist dem Senat als Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich.

2. Rechnung 148/08 (Vorsorgevollmacht)

In Bezug auf die Tätigkeit im Zusammenhang mit der Vorsorgevollmacht geht das LG zunächst zu Recht davon aus, dass der Beteiligte zu 1 auch diese Tätigkeit nach der *KostO* und nicht nach dem *RVG* abrechnen kann, § 24 Abs. 1 und 2 *BNotO*. Denn auch hierzu hat die Beschwerdekammer rechtsfehlerfrei festgestellt, dass bereits beim Aufsuchen des Notars die Überlegung bei den Beteiligten zu 2 und 3 im Hintergrund stand, später ggf. eine Vorsorgevollmachtsurkunde notariell beurkunden lassen, auch wenn noch kein konkreter Auftrag dazu erteilt wurde.

Rechtlich nicht tragfähig ist aber die Begründung des LG, mit der es die Geltendmachung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 *KostO* abgelehnt hat. Auch im Hinblick auf die Vorsorgevollmacht hat das LG rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Beteiligten zu 2 und 3 zunächst lediglich einen auf die Beratung beschränkten Auftrag erteilt und erst nach Tätigwerden des Notars diesen Auftrag erweitert haben. Wie aber bereits unter 1 ausgeführt kann für die dem Beurkundungsauftrag vorangegangene Beratung entgegen der Ansicht des LG jedenfalls dann die Betreuungsgebühr erhoben werden, wenn der Auftrag zunächst nur auf Raterteilung lautet und der Auftraggeber sich erst danach entschließt, die Beurkundung in Auftrag zu geben.

Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des LG lässt sich indes noch nicht abschließend beurteilen, ob tatsächlich die Gebühr nach § 147 Abs. 2 *KostO* angefallen ist. Voraussetzung für eine kostenpflichtige isolierte Beratungsgebühr nach § 147 Abs. 2 *KostO* ist, dass es sich um Beratungen zu konkreten Sachverhalten handelt und nicht um allgemeine Informationen, zu denen der Notar kraft seiner besonderen Rechtsstellung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege verpflichtet ist (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 147 Rdnr. 30 a; *Waldner* in *Rohs/Wedewer*, *KostO*, § 130 Rdnr. 30). Dementsprechend löst eine allgemeine Beratung über die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung und deren Kosten noch keine Gebühr aus. Nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2 und 3 beschränkte sich die Tätigkeit des Notars auf das Inaussichtstellen der Übersendung eines mehrere Alternativen umfassenden Formulierungsmusters, das dann Gegenstand einer etwaigen Beurkundung sein könne. Das bildet aber noch keine die isolierte Beratungsgebühr auslösende Tätigkeit. Der Beteiligte zu 1 könnte lediglich nach §§ 141, 130 Abs. 2 *KostO* seine Tätigkeit abrechnen und zwar alleine aus dem Gesichtspunkt, dass der später erteilte Beurkundungsauftrag zurückgenommen wurde.

Demgegenüber behauptet der Beteiligte zu 1, ausführlich über die Bestandteile einer umfassenden Vorsorgevollmacht informiert zu haben. Eine solche Information geht über die allgemeine Informationspflicht hinaus, zu deren Erfüllung der Notar kraft seines Amtes ohnehin verpflichtet ist. Dem Grunde nach wäre dann eine entsprechende Gebühr entstanden. Allerdings wäre die Abrechnung des Beteiligten zu 1 auch dann nicht ordnungsgemäß, sollte tatsächlich die Gebühr nach § 147 Abs. 2 *KostO* entstanden sein. Die Festsetzung des Geschäftswertes auf 480.800 € ist auch unter Berücksichtigung des Vortrags des Beteiligten zu 1 fehlerhaft. Bei der Festsetzung des Geschäftswertes zur Berechnung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 *KostO* für die Beratung im Zusammenhang mit einer umfassenden Vorsorgevollmacht ist von Folgendem auszugehen: Der Geschäftswert für eine allgemeine Vollmacht – also zur Vornahme eines nicht näher umschriebenen Kreises von Geschäften – ist nach freiem Ermessen zu bestimmen, §§ 141, 41 Abs. 2 *KostO*. Bei einer umfassenden Generalvollmacht entspricht dies in der Regel dem Wert des Aktivvermögens ohne Abzug von Verbindlichkeiten (*Bengel/Tiedtke* in

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 41 Rdnr. 9). Als ermessensfehlerfrei erweist sich aber eine entsprechende Festsetzung nur, wenn für die Festsetzung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO lediglich ein Bruchteil des Gesamtvermögens angesetzt wird. Dieser wiederum richtet sich nach dem Interesse des Auftraggebers und dem Umfang, der Verantwortung und der Schwierigkeit der notariellen Tätigkeit (*Bund*, RNotZ 2004, 23, 30; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 280, 281). Nach dem eigenen Vortrag des Beteiligten zu 1 waren Umfang und Schwierigkeit der Beratung gering. In einer solchen Situation überschreitet ein Notar sein Ermessen bei der Festsetzung des Geschäftswerts, wenn er diesen auf den vollen Betrag des Vermögens ohne Abzug der Schulden festsetzt. In diesem Fall kann das LG als Beschwerdegericht eigenständig ein Ermessen anstelle des Notars ausüben (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246; OLG Köln, MittRhNot 1991, 226, 227; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 147 Rdnr. 187).

Um den Umfang der von dem Beteiligten zu 1 ausgeübten Tätigkeit im Zusammenhang mit der Vorsorgevollmacht zu ermitteln (§ 12 FGG) und ggf. den Geschäftswert unter Ausübung eigenen Ermessens festzusetzen, hat der Senat das Verfahren an das LG auch im Hinblick auf die Rechnung zur Vorsorgevollmacht zurückverwiesen.

Öffentliches Recht

23. BauGB § 11 Abs. 2 (*Wertabschöpfung beim Einheimischenmodell*)

- 1. Vereinbart eine Gemeinde in einem Grundstückskaufvertrag über ein erschlossenes unbebautes Grundstück mit dem ortsansässigen Käufer zur Förderung der Ansiedlung Einheimischer einen Kaufpreis, der unterhalb des Marktwertes liegt (sog. Einheimischenmodell), so ist sie nach § 11 Abs. 2 BauGB grundsätzlich berechtigt, vom Käufer den Mehrerlös zurückzufordern, der sich bei einer vorzeitigen Veräußerung des Grundstücks innerhalb einer bestimmten Frist (hier: 10 Jahre) ergibt. Dieser Mehrerlös kann entweder berechnet werden aus der Differenz zwischen dem An- und dem späteren Verkaufspreis oder aus dem dem Käufer im Zeitpunkt des Ankaufs gewährten Preisnachlass, also der Differenz zwischen Verkehrswert und Ankaufspreis.**
- 2. Unzulässig sind demgegenüber vertragliche Gestaltungen, bei denen die Gemeinde sich einen Mehrerlös versprechen lässt, der zuzüglich des bereits entrichteten Kaufpreises zu einer Zahlungsverpflichtung des Erwerbers führt, die oberhalb des Verkehrswertes sowohl zum Zeitpunkt des Ankaufs als auch des Verkaufs liegt. Das gilt insbesondere für Regelungen, die faktisch dazu führen, dass der Erwerber die Erschließungskosten doppelt bezahlen muss, weil der Mehrerlös aus der Differenz zwischen dem Wert des unbebauten erschlossenen Grundstücks im Zeitpunkt der Weiterveräußerung und dem lediglich anteiligen Preis für den unerschlossenen Grund und Boden im Zeitpunkt des Ankaufs besteht, der Erwerber aber beim Ankauf gleichwohl zusätzlich die Erschließungskosten zu bezahlen hat.**

OLG Celle, Urteil vom 29.5.2008, 8 U 239/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in RNotZ 2008, 541.

Steuerrecht

24. EStG §§ 11 Abs. 2, 15 a, 20 (*Verlustzurechnung beim stillen Gesellschafter*)

- 1. Verlustanteile eines typisch stillen Gesellschafters dürfen steuerrechtlich erst dann als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden, wenn der Geschäftsinhaber den Jahresabschluss festgestellt hat und der Verlustanteil des stillen Gesellschafters berechnet und – im Regelfall – auch von seiner Einlage abgebucht worden ist.**
- 2. Eine zeitlich vorverlagerte Verlustzurechnung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen ist steuerrechtlich nicht anzuerkennen, da für den Werbungskostenabzug nach § 11 Abs. 2 EStG die tatsächlichen Gegebenheiten, nämlich die Erstellung des Jahresabschlusses, maßgebend sind.**
- 3. Erst wenn die Gesellschaft endgültig von einer Schuld befreit wird, handelt es sich im Falle der Übernahme einer Gesellschaftsschuld durch den stillen Gesellschafter um die allein maßgebliche „geleistete Einlage“ i. S. v. § 15 a Abs. 1 EStG.**
- 4. Eine erst später erteilte Genehmigung einer Schuldübernahme durch den Gläubiger wirkt steuerrechtlich nicht auf den Zeitpunkt zurück, in dem der stille Gesellschafter sich dazu verpflichtet hatte.**
- 5. Die Verpflichtung zur Schuldübernahme begründet keinen „erweiterten Verlustausgleich“ nach § 15 a EStG bei dem stillen Gesellschafter.**

BFH, Urteil vom 16.10.2007, VIII R 21/06

Streitig ist die Höhe des gesondert festgestellten vortragsfähigen Verlustes in den Streitjahren 1996 bis 1998 aus zwei typisch stillen Beteiligungen des Klägers.

Der Kläger beteiligte sich über zwei verschiedene Treuhänder an einer GmbH in der Rechtsform typischer stiller Gesellschaften. Mit Vertrag vom 2.11.1996 verpflichtete sich der Kläger über die B-GmbH als Treuhänderin (ab dem 2.1.1997 über die P-GmbH), sich mit einer Einlage von 22,5 Mio. DM still an der GmbH zu beteiligen (Beteiligung I).

Die Einlage sollte in Höhe von 19.415.150 DM durch Übernahme einer Darlehensverbindlichkeit der GmbH gegenüber der L-Bank und in Höhe des Restbetrages bar erbracht werden. Der Kläger hatte bis zur Umschreibung des Darlehens die GmbH in Höhe des übernommenen Betrages von allen Risiken und Pflichten aus dem Darlehensvertrag freizustellen. Ihm war im Jahr der Einlageleistung und ggf. im Folgejahr ein anteiliger Vorwegverlust insgesamt bis zur Höhe seiner Einlage zuzurechnen. Damit sollten zugleich alle betrieblichen Aufwendungen, auch der Tochtergesellschaften, abgegolten sein.

Mit einer ergänzenden Vereinbarung vom 12.11.1996 übernahm der Treuhänder für den Kläger den gesamten Steuerbilanzverlust 1996 der Tochtergesellschaft Z-KG, der im Dezember 1996 in vorläufiger Höhe dem Kapitalkonto in der Steuerbilanz 1996 belastet werden sollte. Dieser Verlust sollte laut Prospekt der Z-KG voraussichtlich 14.018.000 DM betragen.

Noch im Jahr 1996 leistete der Kläger eine Bareinlage in Höhe von 2,4 Mio. DM an die GmbH. Die Anzeige der Schuldübernahme und die Umschreibungen des Darlehens erfolgten nach den klägerischen Angaben nach 1997.

Des Weiteren beteiligte sich der Kläger mit Vertrag vom 1.9.1997 über die P-GmbH als Treuhänderin an der GmbH mit einer zum selben Termin zu leistenden Einlage in Höhe von 29 Mio. DM (Beteiligung II). Die Einlage sollte durch Übernahme einer Darlehensverbindlichkeit der GmbH gegenüber der A-Lebensversicherung erbracht werden. Auch insoweit hatte der Kläger bis zur Darlehensumschreibung durch die Bank die GmbH in Höhe des übernommenen Betrages von allen Risiken und Pflichten aus dem Darlehensvertrag freizustellen. Die Verlustzuweisung im Jahr der Einlageleistung sollte wie bei der Beteiligung I erfolgen.

Der Kläger leistete im Jahr 1997 auf die Beteiligung II eine Bareinlage in Höhe von 773.826 DM an die GmbH. Die A-Lebensversicherung bestätigte mit Schreiben vom 11.12.2000 dem Kläger den Eingang eines Faxes vom 30.12.1997, in welchem der Kläger seinen „Schuldbeitritt“ zur Objektfinanzierung der Hauptverwaltung der X-AG für das Darlehen an die GmbH in Höhe von 30 Mio. DM erklärt habe und erklärte sich mit dem „Schuldbeitritt“ einverstanden.

Mit Nachträgen vom 2.6.1998 wurde zwischen der P-GmbH und der GmbH die Umwandlung der stillen Beteiligungen I und II in atypisch stille Beteiligungen vereinbart.

Mit seinen Einkommensteuererklärungen für 1996 und 1997 machte der Kläger im Rahmen seiner Einkünfte aus Kapitalvermögen Verluste aus den stillen Beteiligungen in Höhe von 16.064.563 DM (für 1996) und von 31.703.808 DM (für 1997) geltend. In seiner Einkommensteuererklärung für 1998 machte er für die typisch stille Beteiligung vom 1.1. bis 1.6.1998 einen Verlust in Höhe von 8.004.093 DM geltend.

Eine in den Jahren 1999/2000 für die Jahre 1993 bis 1997 beim Kläger durchgeführte Außenprüfung kam zu dem Ergebnis, der Kläger habe auf seine stillen Beteiligungen in den Jahren 1996 und 1997 lediglich Einlagen in Höhe seiner Bareinzahlungen von 2,4 Mio. DM im Jahr 1996 und von 773.826 DM im Jahr 1997 geleistet, Verluste dürften erst gemäß § 11 Abs. 2 EStG im Zeitpunkt der Erstellung der Jahresabschlüsse für die GmbH berücksichtigt werden. Dementsprechend erkannte das beklagte FA für 1996 keine Verluste als Werbungskosten an, für 1997 lediglich Verluste in Höhe von 2,4 Mio. DM. Für 1998 erkannte das FA einen Verlust in Höhe von 773.826 DM an.

Mit seinem Einspruch begehrte der Kläger, die Verluste erklärungs-gemäß bei der Einkommensteuer 1996 und 1997 zu berücksichtigen und beantragte, die verbleibenden Verlustabzüge zum 31.12.1996 und 1997 gesondert festzustellen. Gegen den ablehnenden Bescheid über die gesonderten Feststellungen (Bescheid vom 26.10.2001) legte er ebenfalls Einspruch ein. Seine Einsprüche gegen die Einkommensteuerbescheide 1996 bis 1998 nahm der Kläger wegen fehlender Beschwer wieder zurück. Die Einsprüche wegen der gesonderten Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Einkommensteuer wies das FA als unbegründet zurück, die erhobene Klage wies das FG ebenfalls ab. Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der FGO).

Das FG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Senat hält an seinen bereits im Aussetzungsverfahren mit Beschluss vom 7.8.2002 (BFH/NV 2002, 1577) ausgeführten rechtlichen Erwägungen unverändert fest.

1. Gemäß § 15 a Abs. 1 Satz 1 EStG, der nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG sinngemäß auf die aus einer typisch stillen Beteiligung fließenden Einkünfte aus Kapitalvermögen anzuwenden ist, darf der einem Kommanditisten zuzurechnende Anteil am Verlust einer KG nicht mit anderen Einkünften des Kommanditisten ausgeglichen oder nach § 10 d EStG abgezogen werden, soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht. Das ist, wie sich aus Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift ergibt, dann der Fall, wenn der Verlustanteil die „geleistete Einlage“ übersteigt; denn diese Einlage bestimmt das positive Kapitalkonto des Kommanditisten. Ein hiernach nicht berücksichtigungsfähiger sog. verrechenbarer Verlust, der nach § 15 a Abs. 4 Satz 1 EStG gesondert festzustellen ist – diese Bescheide sind Gegenstand des vorliegenden Verfahrens – mindert gemäß § 15 a Abs. 2 EStG die Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der KG zuzurechnen sind.

a) Die Kommanditeinlage ist i. S. v. § 15 a Abs. 1 Satz 2 EStG „geleistet“, wenn sie tatsächlich erbracht worden ist. In Anknüpfung an die in § 171 Abs. 1 HGB getroffene Regelung

ist der ausgleichsfähige Verlust in § 15 a Abs. 1 Satz 1 EStG grundsätzlich auf die zum maßgebenden Bilanzstichtag tatsächlich bereits geleistete Einlage im Sinne eines Zuflusses von Werten in das Gesellschaftsvermögen beschränkt (BFH/NV 2005, 533; ferner zur Rechtsprechung und zum überwiegend insoweit zustimmenden Schrifttum *Geuenich*, DStR 1998, 57, 60 m. w. N.; ferner *Dötsch* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rdnr. F 170, m. w. N.).

Die im Innenverhältnis gegenüber der KG bestehende Einlageverpflichtung, die „ausstehende Einlage“ des Kommanditisten oder eine entsprechende sonstige Forderung der Gesellschaft gegenüber dem betreffenden Gesellschafter, reicht hierfür nicht aus (BFHE 182, 26; BFH/NV 2003, 894). Dies gilt entsprechend für die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters (BFHE 196, 103 = BStBl II 2002, S. 339) und ebenso eines BGB-Innengesellschafters (BFHE 198, 101 = BStBl II 2002, S. 464).

Die Leistung einer Einlage durch den typisch stillen Gesellschafter ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen. Dem Gesellschaftsvermögen muss etwas von außen zugeflossen sein, was den bilanziellen Unternehmenswert mehrt, also die Aktiva des Unternehmens erhöht oder die Passiva mindert und dadurch das „Kapitalkonto“ beeinflusst. (...)

b) Da nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG die Regelung in § 15 a EStG nur sinngemäß anzuwenden ist und zwangsläufig auch nur sinngemäß – mangels einer Steuerbilanz und eines danach auszuweisenden Kapitalkontos, wie es bei einer unmittelbaren Anwendung des § 15 a EStG vorausgesetzt wird (vgl. BFH/NV 2005, 533) – anwendbar ist, muss die Berechnung des Kapitalkontos einer stillen Gesellschaft soweit wie möglich der Berechnung des Kapitalkontos bei einer Gesellschaft mit gewerblichen Einkünften angeglichen werden (vgl. auch *Dötsch* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rdnr. F 155). Maßgebend kann nicht das sich aus einer Steuerbilanz abzuleitende Kapitalkonto sein. Vielmehr ist das „Kapitalkonto“ jedes Gesellschafters eigenständig zu ermitteln, wobei von den von den einzelnen Gesellschaftern geleisteten Einlagen auszugehen ist. Diese Einlagen sind um spätere Einlagen sowie um positive Einkünfte der Vorjahre zu erhöhen und um Entnahmen und negative Einkünfte des Vorjahres zu vermindern (vgl. auch BFHE 181, 462 = BStBl II 1997, S. 250). Nach der Rechtsprechung bleibt es den Gesellschaftern überlassen, in welcher Form sie das negative Einlagenkonto für steuerliche Zwecke führen, z. B. als Verlustsonderkonto oder entsprechend seinem Charakter formlos als „Merkposten“ (vgl. BFHE 199, 477 = BStBl II 2002, S. 858; kritisch *Kuck*, DStR 2003, 235; grundsätzlich ablehnend *Groh*, DB 2004, 668).

Für den stillen Gesellschafter ist ein negatives Einlagenkonto zu bilden und der darauf ausgewiesene Verlust jährlich zum Bilanzstichtag als verrechenbarer Verlust gesondert festzustellen (BFHE 199, 477 = BStBl II 2002, S. 858).

c) Soweit die Einlage nicht in bar in das Gesellschaftsvermögen geleistet worden ist, fehlt es an einem Zufluss i. S. v. § 11 Abs. 1 EStG. Die Übernahme von Darlehensverbindlichkeiten der GmbH gegenüber Drittgläubigern erfüllt diese Voraussetzung nicht; denn die GmbH ist insoweit zu den maßgebenden Bilanzstichtagen noch nicht endgültig von ihren Verbindlichkeiten befreit gewesen. Es fehlten nämlich zu diesem Zeitpunkt noch die zivilrechtlich nach § 415 BGB notwendigen Genehmigungen der Gläubiger. Bis zu deren Erteilung lagen lediglich im Innenverhältnis zur GmbH wirksame Erfüllungsovernahmen i. S. v. § 415 Abs. 3 i. V. m. § 329 BGB bzw. Schuldbeitritte nach § 328 BGB vor. Eine erst in späteren, nach den Streitjahren liegenden Kalenderjahren erteilte Genehmigung wirkt zwar zivilrechtlich zurück (vgl. § 184

Abs. 1 BGB), indes entfaltet sie steuerrechtlich erst im Zeitpunkt ihrer Erteilung Wirkung (BFHE 196, 567 = BStBl II 2002, S. 10). Knüpft das Steuerrecht – wie in § 15 a EStG – die Rechtsfolge mit der Veränderung des Kapitalkontos an den bilanzrechtlichen Vermögensvergleich an, so kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse am jeweiligen Bilanzstichtag an (BFHE 166, 21 = BStBl II 1992, S. 479).

Zu den hier maßgebenden Bilanzstichtagen hat die GmbH jedoch noch ihre Darlehensverbindlichkeiten gegenüber ihren Gläubigern zu passivieren. Eine Vermögensmehrung konnte bei ihr noch nicht endgültig eingetreten sein. Bis zur Erteilung der Genehmigungen konnten die Vertragspartner die Schuldübernahme noch jederzeit ändern oder aufheben. Sie war zudem unwirksam, sofern die Gläubiger eine Genehmigung verweigerten (§ 415 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 1 BGB).

d) Die Schuldübernahmen führen auch nicht zu einem „erweiterten Verlustausgleich“. § 15 a Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG sehen eine derartige Erweiterung ausdrücklich nur für Kommanditisten unter den dort genannten Voraussetzungen vor. Die Regelung betrifft nämlich eine weitergehende Haftung im Außenverhältnis (vgl. BFH/NV 2005, 533). Hingegen greift die Regelung nicht für schuldrechtliche Innen- und Außenverpflichtungen von bloßen Innengesellschaften – wie einer typisch stillen Gesellschaft – ein. Hier ist der Verlustausgleich auf den Umfang der „geleisteten Einlage“ beschränkt (grundlegend BFHE 198, 101 = BStBl II 2002, S. 464; ferner BFHE 196, 103 = BStBl II 2002, S. 339; BFHE 202, 152 = BStBl II 2003, S. 705).

Deshalb ist es unerheblich, dass sich der stille Gesellschafter über die Treuhänder gegenüber der GmbH verpflichtet hat, bis zur Umschreibung der Darlehen durch die Gläubiger deren Risiken und Pflichten aus den Darlehensverträgen zu übernehmen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Gläubiger an den jeweiligen Bilanzstichtagen die (Mit-)Verpflichtung des stillen Gesellschafters kannten.

2. Danach sind die in den Streitjahren auf den Kläger entfallenden Verluste der GmbH nur in Höhe der in den Jahren 1996 und 1997 geleisteten Bareinlagen ausgleichsfähig und durften jeweils erst im Folgejahr als Werbungskosten bis zu dieser Höhe steuermindernd bei dessen Einkünften aus Kapitalvermögen berücksichtigt werden.

a) Verlustanteile eines typisch stillen Gesellschafters dürfen steuerlich erst dann als Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn auf der Ebene der Gesellschaft ein dem stillen Gesellschafter anteilig zuzurechnender Verlust entstanden ist und der Verlustanteil bei dem stillen Gesellschafter zu Werbungskosten geführt hat. Erforderlich ist hierfür, dass der Geschäftsinhaber den Jahresabschluss festgestellt hat und der Verlustanteil des stillen Gesellschafters berechnet worden ist (grundlegend BFHE 151, 434 = BStBl II 1988, S. 186; bestätigt BFHE 199, 477 = BStBl II 2002, S. 858; ferner BFHE 184, 21 = BStBl II 1997, S. 755; BFH/NV 2001, 415).

Die von der Rechtsprechung zugelassene Ausnahme einer Schätzung eines laufenden Verlustes durch das FA (vgl. dazu BFH/NV 2007, 1118 m. w. N.) liegt im Streitfall erkennbar nicht vor.

Im Regelfall muss der Verlustanteil außerdem noch von der Einlage des stillen Gesellschafters abgebucht worden sein (BFHE 183, 407 = BStBl II 1997, S. 724; bestätigt durch BFH/NV 1998, 300, sowie in BFHE 199, 477 = BStBl II 2002, S. 858, dort auch zur Ausnahme, wenn durch den Verlustanteil ein negatives Einlagenkonto entsteht).

Die darüber hinausgehenden Verluste sind lediglich als verrechenbare Verluste i. S. v. § 15 a Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 EStG gesondert festzustellen.

b) Soweit der erkennende Senat im Urteil in BFHE 151, 434 = BStBl II 1988, S. 186 angemerkt hat, mangels einer zur Frage des Verrechnungszeitpunktes getroffenen ausdrücklichen Vereinbarung gälten die Vorschriften des BGB und des HGB, entnimmt der Kläger dieser Formulierung zu Unrecht die Möglichkeit einer durch Vereinbarung zeitlich vorzuzulagernden Verlustzurechnung. Maßgebend sind für den Werbungskostenabzug nach § 11 Abs. 2 Satz 1 EStG die tatsächlichen Gegebenheiten. Eine Verrechnung des Verlustes ist indes frühestens nach der Feststellung des Jahresabschlusses zulässig und kann auch nicht zeitlich früher als Werbungskosten in Gestalt der Verminderung der („geleisteten“) Einlage abfließen.

Den Gesellschaftern steht es freilich frei, einen abweichenden späteren Fälligkeitszeitpunkt zu vereinbaren (dazu Urteil des FG Düsseldorf, EFG 1993, 710, rechtskräftig, dort erst bei Beendigung der stillen Gesellschaft; ebenfalls *Birk/Kister* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG und KStG, § 11 EStG Rdnr. 130 „stille Gesellschaft“).

Deshalb ist auch nicht der Zeitpunkt entscheidend, für den der Jahresabschluss erstellt wird, sondern der Zeitpunkt, in welchem dies tatsächlich geschieht (so *Dötsch* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 20 Rdnr. F 207). Erst in diesem Zeitpunkt verliert der stille Gesellschafter auch seine wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Einlage infolge Abbuchung des Verlustes von seinem Einlagekonto; bei einer eventuellen Auseinandersetzung könnte er lediglich noch das Restguthaben beanspruchen (vgl. *Stuhrmann* in Blümich, EStG, KStG, GewStG, 99. Aufl., § 20 EStG Rdnr. 226; *Harenberg* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 20 Rdnr. 418; *Schlottner* in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 20 EStG Rdnr. 526; *Seemann* in Frotzcher, EStG, 6. Aufl., § 20 Rdnr. 107). (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weigl*, MittBayNot 2009, 23 (in diesem Heft).

25. EStG §§ 4, 7 Abs. 1 Satz 4 (*Einbringung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung von Mitunternehmeranteilen*)

Die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in eine gewerbliche Personengesellschaft (gegen die Gewährung von Mitunternehmeranteilen) begründet keine Einlage i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 (jetzt: Satz 5). Dies gilt auch, wenn der Wert des Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch anderen Kapitalunterkonten gutgeschrieben wird.

BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob aufgrund der Übertragung von drei Grundstücken in eine gewerbliche Personengesellschaft die Abschreibungsbemessungsgrundlage gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 (jetzt: § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG) zu kürzen ist.

Klägerin ist die gewerblich geprägte Y-KG (im Folgenden: KG), die mit notariellem Gesellschaftsvertrag (GV) vom 5.9.2000 gegründet wurde. Sie ist auf dem Immobiliensektor tätig.

Nach § 3 GV beträgt das Gesellschaftskapital 100.000 €. Neben der Komplementärin (X-GmbH) waren an der KG die Kommanditisten A und B mit einer Kommanditeinlage von jeweils 50.000 € beteiligt, die sie durch Übertragung von insgesamt drei geerbten und bis dahin im Privatvermögen gehaltenen Grundstücken erbringen sollten. Im Handelsregister wurden Haftsummen in Höhe von jeweils 50.000 € eingetragen.

§ 4 GV enthält zur Führung der Gesellschafterkonten u. a. folgende Regelungen:

- „1. Für jeden Kommanditisten wird bei der Gesellschaft neben dem Einlagenkonto ein Verrechnungskonto sowie ein Verlustsonderkonto geführt.
2. Auf dem Einlagenkonto (Kapitalkonto I) wird die Einlage des Kommanditisten gebucht. Das Konto ist fest und unverzinslich.
3. Auf dem Verrechnungskonto (Kapitalkonto II) werden die Gewinnanteile und die Entnahmen gebucht. Das Konto wird nicht verzinst ...
4. Ein etwaiger Verlustanteil des Gesellschafters wird dem Verlustsonderkonto (Kapitalkonto III) belastet. Dies geschieht auch dann, wenn der Gesellschafter auf seinem Verrechnungskonto (Kapitalkonto II) ein Guthaben hat.
- ...
6. Gewinnanteile müssen, falls sich auf dem Verlustsonderkonto ein Saldo befindet, dem Verlustsonderkonto solange gutgebracht werden, bis dieses ausgeglichen ist. Erst nach Ausgleich darf der übersteigende Betrag dem Verrechnungskonto des Gesellschafters gutgebracht werden.
7. Entnahmen zulasten des Kapitalkontos eines Gesellschafters sind wegen der Vereinbarung von Festkonten nicht gestattet ...“

Die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung sind nach § 7 GV den Kommanditisten vorbehalten, wobei je 500 € Kommanditanteil eine Stimme gewährt. § 12 GV erwähnt „Sonderkonten (Darlehenskonten der Gesellschafter)“, die grundsätzlich mit 6 % p. a. zu verzinsen sind. Der nach Maßgabe von § 12 GV verbleibende Gewinn oder Verlust steht den Kommanditisten entsprechend der „von ihnen bedungenen Einlage“ zu; Gesellschafter können bei Feststellung des Jahresabschlusses mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschließen, höchstens 50 % des Gewinns dem Rücklagenkonto zuzuschreiben. § 13 GV sieht vor, dass die Gewinne von den Gesellschaftern nach Maßgabe der von der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse und unter Berücksichtigung der Liquiditätslage der KG entnommen werden können. Darüber hinaus gibt § 13 GV einerseits ein Entnahmerecht bezüglich „ausschüttungsfähiger Gewinne“ zumindest in Höhe der Verzinsung der Darlehenskonten und schließt andererseits Entnahmen zu Lasten des Kapitalkontos ausdrücklich aus.

Ebenfalls aufgrund notarieller Vereinbarung vom 5.9.2000 übertragen die Kommanditisten – entsprechend ihrer Verpflichtung gemäß § 3 GV – den geerbten Grundbesitz zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung in das Gesamthandsvermögen der KG.

Die Klägerin wies in ihrer Eröffnungsbilanz als Aktiva den Bestand der Finanzkonten mit 100.000 € sowie die Grundstücke zu Verkehrswerten in Höhe von 10.469.723,85 € aus; hiervon entfielen auf Grund und Boden 3.462.223,19 € (33,1 v. H.) sowie auf die Gebäude 7.007.500,66 € (rd. 13.705.480 DM; 66,9 v. H.).

Unter den Passiva sind die Kapitalkonten I der Kommanditisten in Höhe von insgesamt 100.000 € sowie ihre Kapitalkonten II in Höhe von 10.469.723,85 € ausgewiesen.

Am 10.1.2001 vereinbarten die Gesellschafter der Klägerin die Ergänzung der Verträge vom 5.9.2000 (GV; Einbringungsvereinbarung) dahin, dass die Kommanditeinlagen im Wege der Sacheinlage durch Übertragung des Grundbesitzes erbracht werden sollten und die danach verbleibenden Werte einer gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklage zugeführt werden.

In ihrer Feststellungserklärung 2000 minderte die Klägerin die gewerblichen Einkünfte – unter Zugrundelegung des Teilwertansatzes – um (zeitanteilige) lineare Absetzungen für Abnutzung (AfA) in Höhe von 91.374 DM (= 2 v. H. von rd. 13.705.480 DM; $\times \frac{1}{12}$). Das beklagte FA folgte dem zunächst und stellte mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) ergangenen Bescheid vom 28.5.2002 den Gewinn aus Gewerbebetrieb für das Jahr 2000 (Streitjahr) in Höhe von 377.264 DM fest.

Mit Änderungsbescheid vom 12.12.2002 erkannte das FA jedoch nur noch den Restwert der Gebäude in Höhe von 2.447.680 DM (Anschaffungs- und Herstellungskosten des Erblasers C abzüglich bei den Überschusseinkünften bereits in Anspruch genommener AfA) als Bemessungsgrundlage an und berücksichtigte die AfA mit 16.318 DM (2 v. H. aus 2.447.680 DM; davon $\frac{1}{12}$). Den Gewinn der Mitunternehmerschaft stellte es demgemäß auf 452.320 DM fest (= 377.264 DM zuzüglich 75.056 DM [= Minder-AfA]). Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde aufgehoben. Das FA ging hierbei davon aus, dass der Wert der eingebrachten Grundstücke dem Kapitalkonto

II gutgebracht worden sei; da es sich hierbei um ein Darlehenskonto gehandelt habe, läge eine verdeckte Einlage vor, die der Abschreibungsbegrenzung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 unterliefe.

Der nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobenen Klage hat das FG nur zu einem geringen Teil stattgegeben (Erhöhung der AfA von bisher 16.318 DM auf 17.027 DM). Es hat dazu ausgeführt:

Von einem tauschähnlichen Geschäft (Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten) sei im Streitfall nur insofern auszugehen, als der Wert der Grundstücke den Kapitalkonten I (insgesamt 100.000 €) gutgeschrieben worden sei, da sich die Stimmrechte als auch die Gewinnbezugsrechte der Gesellschafter nur nach dem Stand dieser Konten bemessen hätten. Die Kommanditisten hätten ihre diesbezügliche Einlageverpflichtung auch nicht als Geldeinlage, sondern in Form einer Sacheinlage (Grundstücksübertragung) erfüllt. Im Hinblick auf die darüber hinausgehenden Grundstückswerte (Gutschrift auf den Kapitalkonten II) sei von einer Einlage i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 auszugehen, da die Kapitalkonten II keine Darlehensansprüche der Kommanditisten, sondern weitere Pflichteinlagen ausgewiesen hätten. Die AfA-Bemessungsgrundlage sei in diesen Fällen ausgehend von den historischen Anschaffungskosten (hier: des Erblasers C) zu ermitteln; hierfür spreche insbesondere, dass die Vorschrift die Möglichkeit beseitigen wollte, „ohne zusätzliche neue Aufwendungen erneut Abschreibungspotenzial nutzbar zu machen“. Demgemäß sei der Einbringungsvorgang aufzuteilen in einen Tausch einerseits sowie in eine verdeckte Einlage andererseits. Maßgeblich hierfür sei das Verhältnis des gemeinen Werts der Gesellschaftsrechte zum gemeinen Wert des Einlagegutes mit der Folge, dass im Streitfall nur 1 v. H. des Grundstückswertes dem tauschähnlichen Vorgang zuzuordnen und im Übrigen (verdeckte Einlage) § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 zu beachten sei. Zu weiteren Einzelheiten des vorinstanzlichen Urteils vgl. EFG 2006, 1239.

Mit der vom FG zugelassenen Revision macht die Klägerin geltend, dass nach dem Schreiben des BMF vom 26.11.2004, IV B 2 – S 2178 – 2/04 (BStBl I 2004, S. 1190) auch dann von einem tauschähnlichen Vorgang auszugehen sei, wenn die Einbringungswerte auf den Kapitalkonten II gebucht werden. Von Letzterem sei auch im Streitfall – insoweit im Einklang mit der Ansicht der Vorinstanz – auszugehen. Der Gesellschafterbeschluss vom 10.1.2001, in dem erstmals von einer gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklage die Rede sei, könne als rückwirkende Vereinbarung keine steuerliche Beachtung finden. Hinzu komme, dass der Beschluss vermutlich erst im Jahre 2002 gefasst worden sei, da der Jahresabschluss 2000 vom 28.2.2002 noch keine Kapitalrücklage ausweise. Zu beachten sei ferner, dass auch dann, wenn die Kapitalkonten II Darlehensansprüche der Gesellschafter ausgewiesen hätten, ein Anschaffungsgeschäft vorliege. Schließlich habe die Vorinstanz verkannt, dass im Falle der Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 die AfA-Bemessungsgrundlage nicht ausgehend von den historischen Anschaffungskosten, sondern auf der Grundlage des Einlagewerts (Teilwerts) bestimmt werden müsse.

Im Rahmen einer Außenprüfung betreffend die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2004 sei festgestellt worden, dass die nach wie vor zutreffenden Einbringungswerte der Grundstücke fehlerhaft auf Grund und Boden sowie die Gebäude aufgeteilt worden seien, obwohl die Wertverhältnisse den Unterlagen des damaligen Steuerberaters als auch des FA hätten entnommen werden können. Demgemäß sei nunmehr davon auszugehen, dass der Gesamtwert der Gebäude zum Einbringungszeitpunkt nicht 13.705.480 DM, sondern lediglich 12.012.600 DM betragen habe. Die AfA würden sich somit für das Streitjahr (2000) auf 80.084 DM belaufen ($\frac{1}{12}$ aus 2 % von 12.012.600 DM); der festzustellende Gewinn betrage nunmehr 388.554 DM (= 452.320 DM abzüglich gewinnmindernder Mehr-AfA von 80.084 DM minus 16.318 DM). Das FA hat dem nicht widersprochen. Die korrigierten Angaben entsprechen einer vom damaligen Steuerberater eingereichten Übersicht zu den Eröffnungsbilanzansätzen und sind vom Sachbearbeiter des FA mit dem handschriftlichen Vermerk „lt. Bausachverständigem bestätigt“ versehen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben und der Klage in dem nunmehr beantragten Umfang stattzugeben.

1. Bemessungsgrundlage linearer Gebäudeabschreibungen sind nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 EStG 2000 die für das Gebäude aufgewendeten Anschaffungskosten oder Herstellungskosten. Gemäß Hs. 2 der Vorschrift ist hierbei § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 (jetzt: Satz 5) entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern (Gebäuden), die nach einer Verwendung zur Erzielung von Einkünften i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 EStG in ein Betriebsvermögen eingelegt werden, sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten um die Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung, Sonderabschreibungen oder erhöhte Abschreibungen mindern, die bis zum Zeitpunkt der Einlage vorgenommen worden sind.

a) Die durch das Steuergesetz 1999/2000/2002 (StEntlG 1999/2000/2002) vom 24.3.1999 (BGBl I, S. 402, BStBl I, S. 304) eingeführte Bestimmung dient ausweislich der Gesetzesbegründung der Vermeidung einer – sachlich nicht gerechtfertigten – doppelten Abschreibung. Sie war im Gesetzesentwurf der damaligen Koalitionsfraktionen zunächst als Ergänzung von § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG vorgeschlagen worden (BT-Drucks. 14/23, S. 6, 172). Aufgrund der Beratungen des Finanzausschusses (vgl. BT-Drucks. 14/443, S. 24) wurde sie jedoch „systemgerecht bei den Vorschriften über die AfA ... eingefügt“.

b) Die Gesetzesergänzung lässt – wie der BFH zwischenzeitlich ausgeführt hat – die Bewertung der Einlage gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG mit dem Teilwert unberührt und ordnet demgemäß lediglich an, dass die Bemessungsgrundlage der AfA um die in der Zeit vor der Einlage in Anspruch genommenen Abschreibungen zu kürzen sei und somit den Einlagewert unterschreite bzw. unterschreiten könne (BFHE 210, 100 = BStBl II 2005, S. 698, unter II.4. der Gründe). Der erkennende Senat stimmt dieser Auffassung zu. Sie entspricht nicht nur dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 EStG 2000 sowie seiner Entstehungsgeschichte, sondern vor allem auch dem mit der Einlage (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG) und ihrem Ansatz zum Teilwert verfolgten Zweck, im Privatvermögen steuerfrei (oder nicht steuerbar) entstandene Wertsteigerungen nicht nach Einlage in ein Betriebsvermögen durch Erhöhung der Gewinneinkünfte der Besteuerung zu unterwerfen (vgl. BFHE 216, 168 = BStBl II 2007, S. 508, unter C. II.2. b cc der Gründe).

2. Die Vorinstanz hat indes verkannt, dass § 7 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 EStG 2000 im Streitfall nicht anwendbar ist, da die Grundstücke im Rahmen eines tauschähnlichen Vorgangs der KG übertragen worden sind. Letzteres gilt ungeachtet dessen, ob die Kapitalkonten II Eigenkapital oder Darlehensansprüche der Kommanditisten, also Fremdverbindlichkeiten der KG, ausweisen. Diese Frage kann im Streitfall auf sich beruhen. Ebenso hat der Senat nicht zu den im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 erörterten Zweifelsfragen (vgl. z. B. *Schmidt/Kulosa*, EStG, 26. Aufl., § 7 Rdnr. 80) Stellung zu nehmen.

a) Nach Abkehr von der sog. Bilanzbündeltheorie liegt eine Veräußerung nicht nur dann vor, wenn ein Einzelwirtschaftsgut des Betriebs- oder Privatvermögens vom Gesellschafter gegen Barentgelt oder Übernahme von Verbindlichkeiten in das Gesamthandsvermögen einer gewerblichen Personengesellschaft überführt wird (vgl. z. B. BFHE 197, 411 = BStBl II 2002, S. 420). Gleiches gilt vielmehr auch, wenn dem Gesellschafter ein Darlehensanspruch eingeräumt und deshalb dessen Nennbetrag dem Privatkonto des Gesellschafters gutgeschrieben wird (so bereits BFHE 120, 239 = BStBl II 1977, S. 145, betreffend Übertragung von im Privatvermögen gehaltenen Kapitalgesellschaftsanteilen; gl. A. – betreffend betriebliche Grundstücke – BFHE 197, 411 = BStBl II 2002,

S. 420, unter B. I.3. b) bb) der Gründe). Gesellschafterdarlehen dieser Art sind ungeachtet dessen in der Gesellschaftsbilanz zu passivieren und in der Sonderbilanz/en zu aktivieren, ob die Ansprüche gesichert oder verzinslich sind und damit den Bedingungen entsprechen, die eine nicht durch das Vorliegen besonderer Rechtsbeziehungen (hier: gesellschaftsrechtlicher Art) beeinflusste marktübliche Fremdkapitalüberlassung kennzeichnen (BFH/NV 2005, 1523, unter II. B.2. a der Gründe; *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 540). Ausreichend ist vielmehr, dass sie durch den Betrieb der Personengesellschaft veranlasst und zivilrechtlich wirksam (bindend) vereinbart worden sind (vgl. auch BFHE 120, 239 = BStBl II 1977, S. 145, und BFHE 197, 411 = BStBl II 2002, S. 420, Anerkennung ohne Prüfung eines Fremdvergleichs; ebenso zu sog. verdeckten Darlehenskonten BFHE 199, 300 = BStBl II 2004, S. 344).

In allen genannten Fällen hat die (gewerbliche) Personengesellschaft somit das vom Gesellschafter erworbene Wirtschaftsgut in Höhe des entrichteten Entgelts (Barentgelt, Übernahme von Verbindlichkeiten oder Begründung einer Darlehensschuld) – bis zur Grenze seiner Marktüblichkeit – als Anschaffungskosten zu aktivieren. Letztere bilden zugleich die Bemessungsgrundlage für die nach dem Erwerb anzusetzenden AfA (§ 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 EStG 2000). Dies schließt nicht nur den Einlagetatbestand (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG) sowie die Geltung der allgemeinen Einlagebewertungsgrundsätze (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Hs. 1 EStG) und deren Begrenzung aufgrund der Sonderregelungen in § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Hs. 2 lit. a) i. V. m. Satz 2 und 3 EStG (vgl. dazu BFH, DB 2007, 1731) aus, sondern auch die Kürzung der AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000.

b) Nichts anderes gilt, wenn ein Einzelwirtschaftsgut gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine gewerbliche Personengesellschaft eingebracht wird.

aa) Der BFH hat hierzu mit Urteil vom 15.7.1976 (BFHE 119, 285 = BStBl II 1976, S. 748) – sog. Einbringungsurteil – zunächst zu dem Sachverhalt, dass bei Gründung einer Personengesellschaft ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens gegen Einräumung eines Gesellschaftsanteils eingebracht wird, dargelegt, dass hierin grundsätzlich ein Veräußerungsvorgang (tauschähnliches Rechtsgeschäft) zu sehen sei, der aber angesichts seiner zugleich gesellschaftsrechtlichen Natur – in Anlehnung an die Wertung von § 22 UmwStG 1969 (heute: § 24 UmwStG) und angesichts der Fortsetzung der bisherigen Sachherrschaft in Form der gesamthänderischen (Mit-)Berechtigung (sog. Engagementgedanke) – auch mit dem Buchwert oder Zwischenwert des Wirtschaftsguts abgebildet werden könne. Mit Urteil vom 19.10.1998 (BFHE 187, 434 = BStBl II 2000, S. 230) hat er diese Beurteilung auch auf die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens gegen Gewährung eines Mitunternehmeranteils ausgedehnt und hierzu ausgeführt, dass – auf der Grundlage eines tauschähnlichen Vorgangs – der gemeine Wert dieses Wirtschaftsguts von der (gewerblichen) Personengesellschaft zu aktivieren sei.

bb) Der erkennende Senat stimmt dieser Beurteilung für die entschiedenen Sachverhalte, d. h. die Einbringung gegen Gewährung (oder Erweiterung) einer Mitunternehmerstellung zu.

aaa) Dabei kann er offenlassen, ob er sich der Ansicht des BMF-Schreibens in BStBl I 2004, S. 1190 anschließen könnte, nach dem – auch ohne Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs zur Einräumung von Mitunternehmeranteilen oder der Erhöhung der Gewinnbeteiligung des Mitunternehmers (siehe BFHE 214, 40 = BStBl II 2006, S. 847) – von einem Erwerb

gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten allein aufgrund des Umstands auszugehen ist, dass der Wert des in das Gesamthandsvermögen übertragenen Einzelwirtschaftsguts nicht einem gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklagenkonto (vgl. hierzu auch BFHE 214, 40 = BStBl II 2006, S. 847), sondern dem Kapitalkonto II gutgeschrieben wird (ablehnend BFHE 119, 285 = BStBl II 1976, S. 748; zur Kritik siehe auch *Reiß*, DB 2005, 358).

bbb) Jedenfalls folgt der Senat für den im anhängigen Verfahren zu entscheidenden Sachverhalt, dass Wirtschaftsgüter (Grundstücke) gegen (erstmalige) Gewährung von Mitunternehmeranteilen eingebracht werden, der bisherigen Rechtsprechung (BFHE 119, 285 = BStBl II 1976, S. 748, und BFHE 187, 434 = BStBl II 2000, S. 230), nach der auch insoweit, als der Wert des übertragenen Einzelwirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern weiteren Kapitalunterkonten gutgebracht wird, eine Veräußerung (Einbringung gegen Gewährung eines Mitunternehmeranteils) anzunehmen und damit der Einbringungsvorgang nicht entsprechend dem Kapitalkontenausweis aufzuspalten ist. Hierfür spricht nicht nur der Gesichtspunkt der Rechtsprechungskontinuität, sondern vor allem die nach Ansicht des erkennenden Senats gebotene Parallelwertung zur Regelung des § 24 UmwStG. Dem in dieser Vorschrift angesprochenen Sachverhalt – Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen gegen Erlangung einer Mitunternehmerstellung – liegt nach ständiger Rechtsprechung des BFH (vgl. z. B. BFHE 151, 181 = BStBl II 1988, S. 374; siehe auch *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 4. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 1 m. w. N.) ein tauschähnliches Rechtsgeschäft zugrunde; weiter ist im Anwendungsbereich dieser Vorschrift auch insoweit von einer Gegenleistung (Einräumung einer Mitunternehmerstellung) auszugehen, als das eingebrachte Betriebsvermögen neben dem Festkapitalkonto auch variablen Kapitalunterkonten (vgl. *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, § 24 UmwStG Rdnr. 108; BMF-Schreiben vom 25.3.1998, IV B 7 – S. 1978 – 21/98, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 24.08) oder einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage (BFHE 214, 40 = BStBl II 2006, S. 847; vgl. allgemein *Huber*, ZGR 1988, 1, 89 ff.) gutgeschrieben wird. Angesichts der strukturellen Gleichwertigkeit zum Sachverhalt der Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern gegen Gewährung von Mitunternehmeranteilen (vgl. dazu BFHE 151, 181 = BStBl II 1988, S. 374) ist es daher naheliegend, auch in der zuletzt genannten Konstellation von einer einheitlichen Beurteilung des Einbringungsvorgangs auszugehen. Gleichfalls im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung (siehe oben zu Abschn. II.2. b) aa) der Gründe) sowie dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil vom 24.4.2007 (BFH, DB 2007, 1731, betreffend Tauschgeschäft bei Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen einer Überpari-Emission) ist hierbei – wiederum aus den nämlichen Gründen – auch keine Unterscheidung danach gerechtfertigt, ob das eingebrachte Wirtschaftsgut vor der Übertragung zum Betriebsvermögen oder – wie im Streitfall – zum Privatvermögen des Einbringenden gehörte.

ccc) Aus dem Vorstehenden ergibt sich nicht nur, dass es – wie bereits ausgeführt – für die Annahme eines tauschähnlichen Rechtsgeschäfts unerheblich ist, ob der Wert des zur Erlangung der Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nur dem nach der Vertragspraxis für die vermögensrechtlichen Gesellschafterrechte, insbesondere also für die Gewinnbeteiligung des Gesellschafters (Mitunternehmers) regelmäßig maßgeblichen Kapitalkonto I oder zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto (z. B. Kapitalkonto II; vgl. *MünchKommHGB/Priester*, 2. Aufl., § 120 Rdnr. 100 ff.)

gutgeschrieben wird. Folge der dargelegten Beurteilung ist des Weiteren, dass im Streitfall auch dann in vollem Umfang von einem Erwerb der Grundstücke auf tauschähnlicher Grundlage auszugehen wäre, wenn die den Kapitalkonten II gutgeschriebenen Beträge A und B (Kommanditisten) nicht als Darlehen geschuldet werden (zu dessen Gegenleistungscharakter siehe vorstehend Abschn. II.2. a), sondern – wozu der Senat trotz der unklaren Regelungen des vorliegenden GV neigt (vgl. zu den Kriterien *Huber*, ZGR 1988, 1, 88) – dem Eigenkapital der KG zuzuordnen sein sollten. Letzteres würde – was vorliegend indes angesichts der erst nachträglich (am 10.1.2001) getroffenen Abrede nicht in Betracht kommen kann – selbst dann gelten, wenn die das Kapitalkonto I übersteigenden Grundstückswerte in eine gesamthänderisch gebundene Rücklage eingestellt worden wären.

cc) Entgegen einer z. T. vertretenen Ansicht kann die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern gegen Gewährung einer Mitunternehmerstellung auch nicht einer Einlage i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 gleichgestellt werden (gl. A. *Willenkemper*, EFG 2005, 326; *Duif*, Steuer-Journal 2006, Nr. 15, 24; *Blümich/Brandis*, § 7 EStG Rdnr. 265 a. E.; zur vorliegend nicht einschlägigen Übergangsregelung der Finanzverwaltung vgl. BMF-Schreiben vom 29.3.2000, IV C 2 – S. 2178 – 4/00, BStBl I 2000, S. 462).

Zwar sind auch die Gerichte dazu verpflichtet, offene steuerliche Tatbestandsmerkmale nach dem Gebot der folgerichtigen Umsetzung der einmal getroffenen Belastungsentscheidung zu konkretisieren (vgl. BVerfG, BStBl II 2000, S. 160, 161; BFHE 193, 444 = BStBl II 2001, S. 491, unter 2. b) cc) (2) der Gründe). Dabei kann zunächst dahinstehen, ob vorliegend überhaupt von einem hinreichend konkreten und im Wege der erweiternden Gesetzesauslegung oder Analogie (vgl. dazu *Driën* in *Tipke/Kruse*, AO, FGO, § 4 AO Rdnr. 362) zu präzisierenden Gesetzesplan gesprochen werden kann. Denn die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 verfolgt insoweit nur einen beschränkten Zweck, als sie – im Sinne eines temporären Betriebsausgabenabzugsverbots – lediglich die doppelte Inanspruchnahme von Abschreibungen verhindern will und deshalb beispielsweise der auf der Grundlage des Teilwerts im Einlagezeitpunkt zu ermittelnde (Rest-) Buchwert den betrieblichen Gewinn im Falle der (späteren) Veräußerung oder Entnahme des eingelegten Wirtschaftsguts mindert (vgl. *Schmidt/Kulosa*, EStG, § 7 Rdnr. 80; weitergehend H 7.3 „Einlage eines Wirtschaftsguts“ des Amtlichen Einkommensteuer-Handbuchs 2006: AfA gemäß § 7 Abs. 1 Satz 7 EStG bleiben unberührt). Jedenfalls steht einem zuvor beschriebenen, den Gesetzeswortlaut überschreitenden Verständnis entgegen, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Einlagebegriffs sich nicht für eine offene Tatbestandsfassung entschieden hat. Vielmehr musste ihm bewusst sein, dass – nach ständiger Rechtsprechung des BFH – sowohl Einbringungsvorgänge als auch die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern in ein betriebliches Gesamthandsvermögen gegen sonstige Gegenleistungen (Barentgelt usw.; siehe oben zu Abschn. II.2. a) nicht dem Merkmal der Einlage zuzuordnen sind und damit auch nicht dem Tatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 4 EStG 2000 unterstehen können. Deshalb muss es auch dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben, diese tatbestandliche Begrenzung zu korrigieren (im Ergebnis ebenso – wenn auch ohne ausdrückliche Erörterung – BFH, DB 2007, 1731, zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Hs. 2 lit. a) EStG).

3. Die Gebäudeabsetzungen nach Einbringung unterliegen hiernach nicht der Beschränkung gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 4 EStG 2000; und zwar ungeachtet dessen, ob die auf den Kapitalkonten II erfassten Beträge als Fremd- oder als Eigenkapital zu qualifizieren sind. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG

2000 unverzinsliche Verbindlichkeiten mit einer Laufzeit von mindestens 12 Monaten abzuzinsen sind. Die Regelung ist für Gesellschafterdarlehen nicht anwendbar, da diese nicht nur in der Bilanz der Personengesellschaft als Fremdkapital zu passivieren, sondern korrespondierend hierzu in der Sonderbilanz des Gesellschafters zu aktivieren sind und sich mithin in der Gesamtbilanz der Mitunternehmerschaft zu Eigenkapital wandeln (*Groh*, DB 2007, 2275, 2279; *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 540, mit Nachweisen zum Streitstand; gl. A. mutmaßlich BMF-Schreiben vom 26.5.2005, IV B 2 – S 2175 – 7/05, BStBl I 2005, S. 699, Tz. 23).

Anmerkung:

1. Steuerliche Rahmenbedingungen

Das Urteil des IV. Senats betrifft eine Gestaltung, die in den letzten Jahren die Notare vielfach beschäftigt hat, und zwar weniger aus den hier behandelten ertragsteuerlichen Gründen, sondern wegen der damit verbundenen erbschaftsteuerlichen Vorteile: Durch die Einbringung von bis dato im Privatvermögen befindlichem Grundbesitz in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft (eine GmbH & Co. KG) wird gewissermaßen „künstliches“ Betriebsvermögen geschaffen. Dies hat schenkungsteuerlich die Folge, dass der Anwendungsbereich der §§ 13 a, 19 a ErbStG (Freibetrag, Bewertungsabschlag und Tarifbegünstigung für entferntere Verwandte) eröffnet ist. Mit der Erbschaftsteuerreform wird dieser Aspekt wegfallen, denn die geplanten neuen Vergünstigungsnormen sind überwiegend aktiven Betrieben vorbehalten.¹ An der ertragsteuerlichen Dimension dieser Gestaltung, mit der sich das vorstehende Urteil beschäftigt, ändert sich dadurch aber nichts.

Grundlegend gilt hierfür Folgendes: Werden im Betriebsvermögen befindliche Wirtschaftsgüter in eine GmbH & Co. KG überführt, so kann dies in der Regel unter Fortführung der Buchwerte geschehen – entweder nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG oder nach § 24 UmwStG.²

Anders verhält es sich bei Wirtschaftsgütern des Privatvermögens, die keinen „Buchwert“ haben, selbst wenn sie zuvor zur Einkünfteerzielung verwendet wurden und nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG eine AfA als Werbungskosten geltend gemacht werden konnte. Werden solche Wirtschaftsgüter in ein Betriebsvermögen eingelegt, so gilt grundsätzlich § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG, wonach der Teilwert zur Zeit der Einlage anzusetzen ist. Der Gesetzgeber möchte jedoch nach Möglichkeit verhindern, dass auf diesem Wege die bereits im Privatvermögen vorgenommene AfA nochmals angesetzt werden kann. Hierzu verfolgt er einen doppelten Ansatz: Ist das Wirtschaftsgut innerhalb der letzten drei Jahre vor der Einlage angeschafft oder hergestellt worden, so erfolgt die Einlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Hs. 2 lit. a) i. V. m. Satz 2 EStG zu den historischen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten abzüglich der zwischenzeitlich vorgenommenen AfA, also quasi zum Buchwert. Liegt die Anschaffung oder Herstellung jedoch schon länger zurück, so bleibt es beim Teilwertansatz.³ Allerdings

¹ Zur Möglichkeit, in eingeschränktem Umfang „Verwaltungsvermögen“ im Vorfeld der Übertragung einer betrieblichen Einheit aufzusatteln, vgl. ausführlich *Crezelius*, DStR 2007, 2277, 2280 f.; *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 16.

² § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 Alt. 1 EStG hingegen ist im Grundfall nicht anwendbar, denn dieser erfordert die (unentgeltliche) Aufnahme einer natürlichen Person in ein Einzelunternehmen; zur Abgrenzung vgl. *Schmidt/Glanegger*, EStG, 27. Aufl., § 6 Rdnr. 480, sowie *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut/Rasche*, UmwStG, 2007, § 24 Rdnr. 15.

³ § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EStG, also die Kürzung um die bisherige AfA, ist ausdrücklich nur beim Ansatz der Anschaffungs- oder Herstellungskosten anwendbar, also nicht beim Teilwertansatz nach Satz 1 Hs. 1.

entkoppelt der Gesetzgeber sodann den Buchwert von der AfA-Bemessungsgrundlage. Diese bestimmt sich nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG⁴ anhand der historischen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten, vermindert um die vor der Einlage im Bereich der Überschusseinkünfte geltend gemachten AfA-Beträge, und zwar unabhängig vom Anschaffungs- oder Herstellungszeitpunkt.⁵ Es verbleibt daher – wenn der Teilwert höher ist – ein „Sperrbetrag“, der nicht nach § 7 EStG abgeschrieben werden kann. Steuerlich wirkungslos ist dieser Betrag jedoch nicht; denn er verringert im Fall einer späteren Veräußerung oder Entnahme den steuerpflichtigen Gewinn.⁶ Damit kann festgehalten werden, dass die Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG außerhalb der Dreijahresfrist aus Sicht des Steuerpflichtigen lediglich zu einem Zinsschaden, nicht aber zu einer vollen Steuerverstrickung der bereits im Privatvermögen entstandenen „stillen Reserven“ führt.⁷

2. Einlagebegriff

Generell setzt die Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG jedoch voraus, dass überhaupt eine „Einlage“ in diesem Sinne vorliegt. Hiermit befasst sich das vorliegende Urteil vom 24.1.2008.

Bereits im Jahr 1998 hatte der VIII. Senat des BFH entschieden, dass eine Einbringung von Wirtschaftsgütern in eine Personengesellschaft gegen Gewährung eines Mitunternehmeranteils keine Einlage i. S. v. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG darstellt, sondern einen tauschähnlichen Vorgang.⁸ Dieser ist nach § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG wie eine entgeltliche Veräußerung zu bewerten. Im Ergebnis werden also die Gewährung eines Gesellschaftsanteils⁹ oder einer Darlehensforderung gegen die Gesellschaft gleichermaßen als Gegenleistung für die Übertragung des Wirtschaftsgutes angesehen.¹⁰ Eine Einlage liegt jedoch vor, wenn im Gegenzug keine Gesellschaftsrechte gewährt werden, sondern der Betrag einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage gutgeschrieben wird. Mangels einer konkreten Gegenleistung¹¹ handelt es sich dann um einen unentgeltlichen Vorgang (verdeckte Einlage).¹²

Die Besonderheit des entschiedenen Falles lag darin, dass der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Zuordnung des variablen Kontos, auf dem ein Großteil des Gegenwertes verbucht wurde, verschiedene Deutungen zuließ. Maßgeblich für die steuerliche Anerkennung als Kapitalkonto ist dabei, dass auf dem Konto – auch über Unterkonten – auch Verluste verbucht

⁴ Kraft ausdrücklicher Verweisung in § 7 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 EStG gilt diese Bestimmung auch für die Abschreibung von Gebäuden.

⁵ So auch Abschn. R 7.3 Abs. 6 Satz 1 EStR. Anders als bei § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EStG wird hier aus der Verwendung der Begriffe „Anschaffungs- und Herstellungskosten“ nicht geschlossen, dass die Norm nur bei Einlagen innerhalb der Dreijahresfrist anwendbar ist. Jedoch wird auch vertreten, dass sich die AfA nach dem Einlagewert (Teilwert) abzüglich der früheren AfA bemisst, vgl. *Schmidt/Kulosa*, EStG, § 7 Rdnr. 80.

⁶ Auch die Teilwertabschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG bleibt möglich.

⁷ BFH, BStBl II 2005, S. 698.

⁸ BFH, BStBl II 2000, S. 230.

⁹ Der BFH, BStBl II 2000, S. 230, stellt maßgeblich auf die Befreiung von einer Einlageverpflichtung ab.

¹⁰ Wichtig ist die Unterscheidung zwischen der Gewährung von Gesellschaftsrechten und sonstigen (Darlehens-)Forderungen hingegen bei der Einbringung von Betriebsvermögen, weil Letztere der Anwendung der § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG, § 24 UmwStG – anteilig – ausschließen, vgl. *Frystatzki*, EStB 2007, 462.

¹¹ Die anteilige Erhöhung des Wertes eines vom Einbringenden schon zuvor gehaltenen Anteils bleibt als bloßer Reflex außer Betracht.

¹² BMF-Schreiben vom 29.3.2000, BStBl I 2000, S. 462.

werden.¹³ Die genaue Einordnung konnte der BFH hier letztlich offen lassen, da in beiden Fällen die Einbringung als entgeltlicher Erwerb zu beurteilen ist.

Nicht gänzlich geklärt war jedoch, ob der Einlagebegriff des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG dem des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG entspricht und welche steuerlichen Folgen sich ergeben, wenn eine Einlage neben dem Festkapital auch andere Konten erhöht. Erfreulich ist zunächst die Feststellung der BFH, dass der Einlagebegriff i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG derselbe ist wie der in § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG. Eine Analogie oder erweiternde Auslegung zur Rettung der vermutlichen Intentionen des Gesetzgebers von 1998 lehnt der BFH im Hinblick auf die ohnehin beschränkte Reichweite des § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG ab und verweist darauf, dass der Gesetzgeber bewusst einen schon vorher einschränkend definierten Rechtsbegriff verwendet hat.

3. Nebeneinander von Kapitalerhöhung und sonstiger Verbuchung

Auch die Vorinstanz hatte ohne weiteres ein tauschähnliches Geschäft anerkannt, soweit Festkapitalanteile gewährt wurden, jedoch im Übrigen die Einbringung als unentgeltliche verdeckte Einlage angesehen und die AfA entsprechend gekürzt. In seiner Entscheidung vom 19.10.1998¹⁴ hat der BFH angemerkt, dass eine Unterbewertung der eingelegten Wirtschaftsgüter zur Annahme einer verdeckten Einlage führt. Im daraufhin ergangenen BMF-Schreiben¹⁵ wurde dies so dargestellt, dass eine Aufteilung in einen tauschähnlichen Vorgang und eine verdeckte Einlage erforderlich ist, wenn der Wert des eingebrachten Wirtschaftsgutes den gemeinen Wert der Gesellschaftsrechte übersteigt.

Für den Parallellfall einer Einbringung in eine Kapitalgesellschaft hatte der I. Senat bereits entschieden, dass ein Agio nicht zur Annahme einer teilentgeltlichen Einbringung führt.¹⁶ Zwar wird dieses bilanztechnisch als Kapitalrücklage dargestellt und steht damit dem Einbringenden nicht mehr zur Verfügung; jedoch handelt es sich bei der Einzahlung des Nennbetrages und des Aufgeldes um eine einheitliche Gegenleistung für die Gewährung des Geschäftsanteils (Über-Pari-Emission).

Für den Bereich der Personengesellschaft gilt nach dem vorliegenden Urteil des IV. Senats nichts anderes.¹⁷ Solange der Gesellschafter im Gegenzug für die Einbringung einen (neuen oder aufgestockten) Kapitalanteil erhält, spielt es keine Rolle, ob der überschießende Wert als variables Eigenkapital, Fremdkapital oder als Rücklage verbucht wird. Zur verdeckten Einlage und damit in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG gelangt man nur noch, wenn die gesamte Einlage ausschließlich einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage zugeführt oder handelsrechtlich als Ertrag der Gesellschaft verbucht wird. Der IV. Senat schließt dies – dogmatisch interessant – aus dem Bedürfnis einer partiellen Gleichbehandlung mit den Fällen des § 24 UmwStG, bei denen es ebenfalls möglich ist, dass neben der Gewährung oder Aufstockung von Mitunternehmeranteilen entsprechende Rücklagen gebildet werden.¹⁸

¹³ BMF-Schreiben vom 26.11.2004, BStBl I 2004, S. 1190, unter I. b).

¹⁴ BFH, BStBl II 2000, S. 230.

¹⁵ BMF-Schreiben vom 29.3.2000, BStBl I 2000, S. 462.

¹⁶ BFH, DB 2007, 1731.

¹⁷ Ebenso BFH, DB 2008, 2281 unter B. I. 3. der Gründe.

¹⁸ Vgl. zu § 24 UmwStG BFH, BStBl II 2006, S. 847, unter II. B. 3. a) der Gründe. Ganz schlüssig ist diese Parallele jedoch nicht, denn bei § 24 UmwStG wird – entsprechend der Ausübung des Wahlrechtes – gerade die Unentgeltlichkeit fingiert, was die Fortführung der Buchwerte ermöglicht, während hier im Ergebnis die Entgeltlichkeit des Gesamtvorganges angenommen wird.

Dennoch sollte die im Urteil vom 19.10.1998 angedeutete und vom BMF aufgegriffene Fallgruppe der „teilentgeltlichen Einbringung“ nicht ganz aus dem Auge verloren werden. Ob auch dann von einer einheitlichen entgeltlichen Einbringung auszugehen ist, wenn der Gesellschafter einen Mitunternehmeranteil erhält, der – einschließlich der Gutschriften auf sonstigen Gesellschafterkonten und der anteiligen Rücklagen – weniger wert ist als das eingebrachte Wirtschaftsgut, hat der BFH hier nicht entschieden. Diese Situation kann leicht entstehen, wenn beispielsweise Ehegatten jeweils im Alleineigentum stehende Grundstücke in eine GmbH & Co. KG einbringen und dafür Kommanditanteile erhalten, die nicht den Wertverhältnissen der Grundstücke entsprechen. Hier ist in jedem Fall zu empfehlen, gesellschaftsrechtliche Einbringungen und zivilrechtliche Zuwendungen sauber voneinander zu trennen und von der Verbuchung auf Rücklagekonten abzusehen.¹⁹ Ferner liegt nach Auffassung des I. Senats des BFH²⁰ unverändert eine verdeckte Einlage vor, soweit die eingebrachten Wirtschaftsgüter in der Bilanz des aufnehmenden Unternehmens unterbewertet, also mit einem unter dem Teilwert liegenden Wert angesetzt werden.

4. Die Kehrseite der Medaille

Was für den Steuerpflichtigen erfreulich ist, solange es um die Anwendbarkeit des § 7 EStG geht, wird ihm dann weniger Freude bereiten, wenn schon die Übertragung in das Gesellschaftsvermögen selbst steuerpflichtig ist. Die bloße Einlage in ein Betriebsvermögen nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG erfüllt für sich allein nicht den Tatbestand einer Veräußerung i. S. v. § 23 EStG. Die im Privatvermögen entstandenen Wertzuwächse werden nach § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 EStG nur dann nachträglich als „Spekulationsgewinn“ versteuert, wenn das Wirtschaftsgut innerhalb von zehn Jahren nach Anschaffung (nicht nach Einlage!) aus dem Betriebsvermögen veräußert wird. Auch die Einlage von unter § 17 EStG fallenden GmbH-Anteilen ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 lit. b) EStG zunächst unproblematisch, da die ursprünglichen Anschaffungskosten fortgeschrieben werden.

Liegt jedoch nach der vorstehenden Rechtsprechung eine Veräußerung vor, so greift die Steuerpflicht nach §§ 17, 23 EStG sofort ein. Auch werden solche „Veräußerungen“ bei der Bestimmung der Drei-Objekt-Grenze mitgezählt.²¹

Selbstverständlich bringt die Einlage oder Einbringung in das betriebliche Vermögen auch mit sich, dass der Gewinn aus einer späteren Veräußerung im vollen Umfang steuerpflichtig ist. Soll etwa die Immobilie längerfristig vermietet werden, so bietet sich eine spätere Entnahme aus dem Betriebsvermögen an. Erbschaftsteuerlich ist hierbei bisher die fünfjährige Frist des § 13 a Abs. 5 ErbStG zu beachten. Die erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen des geplanten neuen Rechtes verringern sich anteilig bei einer Unterschreitung der Ausgangslohnsomme innerhalb von sieben bzw. zehn Jahren.

Ertragsteuerlich gibt es jedoch – vom Missbrauchsvorbehalt abgesehen – keine Haltefrist. Allerdings beginnt nach einer Entnahme (zum Teilwert gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG) die Frist des § 23 EStG neu zu laufen.

5. Fazit

Der Gesetzgeber postuliert, dass es bei Überschusseinkünften – insbesondere bei Vermietung und Verpachtung – an sich

¹⁹ Zu den schenkungsteuerlichen Folgen vgl. *Frystatzki*, EStB 2007, 462, 463.

²⁰ DB 2008, 2281 unter B. I. 4. der Gründe.

²¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 26.3.2004, BStBl I 2004, S. 434 Tz. 7.

kein „Einkünfteerzielungsvermögen“ gibt, während er andererseits eine AfA für die Wertminderung eben dieses Vermögens zulässt. Den dadurch – nicht durch die spätere AfA im Betriebsvermögen – begründeten Systembruch versucht er anschließend mittels der §§ 23, 6 Abs. 1 Nr. 5, 7 Abs. 1 Satz 5 EStG zu kitten. Dies ist jedoch bislang nur unvollständig gelungen, da der Gesetzgeber das im Dualismus der Einkunftsarten liegende Grundproblem nicht angeht.²² Welche Gestaltungsmöglichkeiten sich daraus ergeben, zeigt das Urteil des IV. Senats auf. Die Einbringung in eine GmbH & Co. KG bleibt daher auch nach der Erbschaftsteuerreform ertragsteuerlich interessant.

Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Bad Neustadt a. d. Saale

²² Zu vergleichbaren Folgeproblemen siehe auch BFH, BStBl II 2007, S. 508.

26. ErbStG § 10 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 951, 812 ff. (*Erb-schaftsteuer bei vom Nacherben geschaffenen Vermögenszuwachs*)

1. **§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG schließt beim Nacherben die steuerliche Erfassung von Vermögenswerten aus, die er selbst durch Baumaßnahmen auf einem nachlasszugehörigen Grundstück zu Lebzeiten des Vorerben in Erwartung der Nacherbfolge geschaffen hat.**
2. **Die Bereicherung des Nacherben mindert sich um den Betrag, um den die von ihm durchgeführten Baumaßnahmen den Grundbesitzwert erhöht haben.**

BFH, Urteil vom 1.7.2008, II R 38/07

Der Kläger erwarb als Nacherbe seines 1987 verstorbenen Onkels (O) einen Hof. Vorerbin war die im Februar 2000 verstorbene Ehefrau (E) des O gewesen. Zum Hof gehörten u. a. ein Altenteilerhaus sowie ein weiteres Wohnhaus. Bereits ab dem Jahr 1991 hatte der Kläger die Eigenbewirtschaftung des landwirtschaftlichen Betriebs übernommen und in der Zeit bis zum Tod der E sowohl am Altenteilerhaus als auch am Wohnhaus umfangreiche Baumaßnahmen, u. a. durch Schaffung von zwei später vermieteten Wohnungen, durchgeführt.

Das beklagte FA setzte gegen den Kläger Erbschaftsteuer fest, wobei es dem steuerpflichtigen Erwerb u. a. die vom Lagefinanzamt auf den Todestag der E festgestellten Grundbesitzwerte für das Altenteilerhaus (375.000 DM), für zwei Wohnungen im Obergeschoss des Wohnhauses (157.000 DM) und den Wohnteil des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs (161.460 DM) zugrunde legte. Dem Begehren des Klägers, die von ihm zu Lebzeiten der E erbrachten Aufwendungen für die Baumaßnahmen als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen, folgte das FA nicht. Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

Das FG wies die Klage mit seinem in EFG 2007, 1966 veröffentlichten Urteil ab. Dem Kläger habe gegen E im Zeitpunkt ihres Todes kein zivilrechtlicher Aufwendungsersatz- oder Bereicherungsanspruch zugestanden, so dass der Abzug einer Nachlassverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG ausscheide.

Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung des § 10 ErbStG. Ihm habe aufgrund der Baumaßnahmen ein latenter Aufwendungsersatzanspruch gegen E zugestanden; dieser sei als Belastung i. S. d. § 10 Abs. 3 ErbStG wie eine Nachlassverbindlichkeit abziehbar. Zumindest dürften der Erbschaftsteuerfestsetzung nur in dem Umfang geminderte Grundbesitzwerte zugrunde gelegt werden, wie sie durch seine Baumaßnahmen beeinflusst seien.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Die Vorentscheidung war aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1

Nr. 2 FGO). Das FG hat zwar zutreffend erkannt, dass dem Kläger bei zivilrechtlicher Betrachtung hinsichtlich der von ihm ausgeführten Baumaßnahmen kein Ersatzanspruch gegen E zustand. Im Umfang der durch diese Baumaßnahmen herbeigeführten Erhöhung der Grundbesitzwerte der nachlasszugehörigen Grundstücke fehlt es aber an einer Bereicherung des Klägers.

1. Dem Kläger kann nicht darin gefolgt werden, den festgestellten Grundbesitzwerten käme insoweit keine Bindungswirkung zu, als sie durch die von ihm durchgeführten Baumaßnahmen beeinflusst seien. Einwendungen gegen die Feststellungsbescheide sind im Festsetzungsverfahren ausgeschlossen (§ 351 Abs. 2 AO; § 42 FGO).

2. Das FG hat zutreffend angenommen, dass dem Kläger in Anwendung allein zivilrechtlicher Grundsätze für die von ihm durchgeführten Baumaßnahmen kein als Nachlassverbindlichkeit (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG) abziehbarer Vergütungsanspruch gegen E zustand.

a) Der Kläger hatte aus den von ihm durchgeführten Baumaßnahmen keinen vertraglichen Aufwendungsersatzanspruch gegen E. Nach den für den BFH bindenden (§ 118 Abs. 2 FGO) tatsächlichen Feststellungen des FG, die nicht mit zulässigen und begründeten Revisionsrügen angegriffen sind, hatte der Kläger mit E keine vertraglichen Vereinbarungen über die von ihm durchgeführten Baumaßnahmen und auch keinen Landpachtvertrag (§ 585 BGB) geschlossen. Das FG ist lediglich im Rahmen einer Hilferwägung auf die Möglichkeit eines Landpachtvertrages eingegangen. Schließlich hat das FG unter Hinweis auf die Urteile des BGH (NJW 1985, 313; 2002, 436) auch rechtsfehlerfrei einen Ersatzanspruch des Klägers aus Geschäftsführung ohne Auftrag abgelehnt, weil der Kläger nicht die Absicht gehabt habe, von E Ersatz zu verlangen.

b) Auch einen Vergütungsanspruch des Klägers gegen E gemäß § 951 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 812 ff. BGB hat das FG zutreffend verneint. Grundsätzlich kann, wer aufgrund der §§ 946 bis 950 BGB einen Rechtsverlust erleidet, nach § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Jedoch entsteht für denjenigen, der in der begründeten Erwartung künftigen Eigentumserwerbs auf einem fremden Grundstück Bauarbeiten vornimmt oder vornehmen lässt, ein Vergütungsanspruch erst dann, wenn feststeht, dass der bezweckte Erfolg (die Eigentumsübertragung) nicht eintritt, bzw. in dem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass die Bereicherung (mangels Eigentumsübertragung) ungerechtfertigt ist (BGHZ 108, 256 m. w. N.; BFHE 182, 149 = BStBl II 1998, S. 100; BFH/NV 2005, 33, jeweils m. w. N.). Nach diesen Grundsätzen stand dem Kläger ein Vergütungsanspruch gegen E deshalb nicht zu, weil er mit dem Nacherbfall erwartungsgemäß Eigentümer der von ihm sanierten und ausgebauten Gebäude geworden ist.

c) Das FG hat aber verkannt, dass das in § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG verankerte Bereicherungsprinzip die steuerliche Erfassung von Vermögenswerten ausschließt, die der Nacherbe selbst durch Baumaßnahmen auf einem nachlasszugehörigen Grundstück in Erwartung der Nacherbfolge geschaffen hat.

Maßstab für die Auslegung des § 10 ErbStG ist der Grundsatz, dass nur die als Nettobetrag ermittelte Bereicherung der Erbschaftsteuer unterliegt (BFHE 139, 294 = BStBl II 1984, S. 37; BFHE 204, 311 = BStBl II 2004, S. 429 = MittBayNot 2005, 249). Soweit der Nacherbe den Wert eines nachlasszugehörigen Grundstücks in Erwartung der Nacherbfolge durch Baumaßnahmen erhöht und hierfür zu Lebzeiten des Vorerben

keinen Ersatz erlangt, bewirkt der Erbanfall wegen der erbschaftsteuerrechtlichen Anknüpfung an die Bereicherung keinen Vermögenszuwachs des Nacherben. Dem steht nicht entgegen, dass durch die Baumaßnahmen nach zivilrechtlichen Grundsätzen kein Vergütungs-, Ersatz- oder Bereicherungsanspruch gegenüber dem Vorerben begründet worden war. Die (zivilrechtliche) Nichtenstehung derartiger Ansprüche wird erbschaftsteuerrechtlich durch den Erbanfall kompensiert (ebenso im Ergebnis *Moench/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 10 Rdnr. 47, sowie – für den Fall der schenkweisen Übertragung eines bebauten Grundstücks nach Errichtung eines Gebäudes durch den Beschenkten – H 17 Abs. 1 der Hinweise zu den Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003).

Da das FG diese Grundsätze verkannt hat, war die Vorentscheidung aufzuheben.

3. Die Sache ist nicht spruchreif.

Die vom Lagefinanzamt auf den Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) festgestellten Grundbesitzwerte ent-

sprechen insoweit nicht der steuerrechtlichen Bereicherung des Klägers i. S. v. § 10 ErbStG, als in diese der Wertzuwachs aufgrund der vom Kläger durchgeführten Baumaßnahmen eingeflossen ist. Die festgestellten Grundbesitzwerte können demgemäß nicht ohne Korrektur dem steuerpflichtigen Erwerb zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist zum Ausgleich der vom Kläger bewirkten Werterhöhung durch das (Festsetzungs-)FA ein Abzug in dem Umfang vorzunehmen, wie die Baumaßnahmen den Grundbesitzwert beeinflusst haben. Dazu ist – ggf. mit Hilfe des Lagefinanzamts – formlos ein Grundbesitzwert zu ermitteln, bei dem die Baumaßnahmen hinweggedacht sind.

Die Differenz zwischen den beiden Grundbesitzwerten ist auf den Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 6 ErbStG) zu ermitteln. Daher ist weder Raum für den bereicherungsmindernden Ansatz eines Anspruchs des Klägers auf Verzinsung seines (fiktiven) Vergütungsanspruchs aus § 951 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 812 ff. BGB noch für den bereicherungsmindernden oder -erhöhenden Ansatz von (fiktiven) Nutzungsentschädigungsansprüchen des Klägers bzw. der Erblasserin.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Die Ablösung und das Freigabeversprechen „unsicherer“ Gläubiger

Bei der Veräußerung belasteten Grundbesitzes ist den Regelungen zur Kaufpreisfälligkeit besondere Aufmerksamkeit zu widmen, um den Sicherungsbedürfnissen beider Vertragsteile gerecht zu werden. Im „Standardfall“ der Ablösung eines inländischen Kreditinstitutes begnügt sich die notarielle Praxis bei der Fälligkeitstellung des Kaufpreises damit, dass die zur Lastenfreistellung erforderlichen Unterlagen (Löschungsbewilligung, Pfandfreigabe, ggf. Grundschuldbrief) dem Notar in grundbuchmäßiger Form vorliegen und eventuelle Zahlungsaufgaben aus dem Kaufpreis erfüllt werden können. Die hierbei auftretenden Risiken sind durch eine entsprechende Vertragsgestaltung zu beherrschen (vgl. *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 101).

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Gläubiger vor dem Vollzug der Löschung im Grundbuch seine Verfügungsmacht verliert, etwa durch Abtretung oder Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Die beim Notar treuhänderisch hinterlegte Löschungsbewilligung ist in einem solchen Fall wertlos, da die Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der Grundbucheintragung bestehen muss. Bei Kreditinstituten, die im Inland zum Geschäftsbetrieb befugt sind, dürften diese Risiken keine ernstzunehmende Gefahr darstellen. Der Gesetzgeber selbst bringt solchen, unter der Aufsicht der BaFin stehenden Banken besonderes Vertrauen entgegen, indem er im Rahmen der Baufinanzierung deren Bürgschaft (§ 2 Abs. 2 Satz 2 MaBV) akzeptiert und zulässt, dass Notare bei ihnen Notaranderkonten unterhalten (§ 54 b Abs. 2 Satz 1 BeurkG).

Problematisch wird es, wenn ein Privatgläubiger, unter Umständen auch ein ausländisches Kreditinstitut oder gar ein ausländischer Privatgläubiger, im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages die Löschung eines Grundpfandrechts gegen Treuhandaufgabe zu erklären hat. Hier sollte der Notar regelmäßig nicht darauf vertrauen, dass dessen Verfügungs-

befugnis auch noch zum Zeitpunkt des grundbuchamtlichen Vollzuges besteht, selbst wenn dieser in der Regel mit der Eigentumsumschreibung innerhalb eines absehbaren Zeitraums erfolgt.

Die vorstehende Problematik kann durch ein Löschungs- bzw. Freigabeversprechen des Gläubigers gegenüber dem Käufer befriedigend gelöst werden, welches mit einer Vormerkung (§ 883 BGB, nicht § 1179 BGB!) am betroffenen Grundpfandrecht zugunsten des Käufers abgesichert wird (vgl. dazu auch *Wörner*, MittBayNot 2001, 450).

Die vorgenannten Schwierigkeiten können auch beim Bauträgerkauf mit Blick auf das Freigabeversprechen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV bestehen, welches nach der gesetzlichen Konstruktion nicht nur von Kreditinstituten, sondern auch von Privatgläubigern abgegeben werden kann. Da hier zwischen Abgabe des Versprechens und grundbuchamtlichem Vollzug mehrere Jahre liegen können, ist das Risiko des Verlustes der Verfügungsbefugnis durch Insolvenz ungleich größer. Die neuere Literatur nimmt hier jedoch zu Recht ein Treuhandverhältnis zwischen Globalgläubiger und Käufer an, wonach der Gläubiger die Grundschuld auch als Treuhänder des Erwerbers hält. Damit besteht ein Aussonderungsrecht des Käufers (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 300 m. w. N.), so dass das Freigabeversprechen auch vom Insolvenzverwalter zu erfüllen ist.

Die Rechtsprechung ist dem jedoch noch nicht gefolgt, so dass sich beim Bauträgerkauf in Einzelfällen, etwa bei einem Freigabeversprechen eines (ausländischen) Privatgläubigers, eine flankierende Absicherung durch eine Vormerkung anbietet. Außerhalb des Bauträgerkaufes sollte auf die Eintragung der Vormerkung nicht verzichtet werden, wenn der hier vorgeschlagene Weg des Freigabeversprechens gewählt wird: Im Fall der Insolvenz des Gläubigers wird durch die eingetragene Vormerkung das Versprechen *in jedem Fall* nicht nur quotenmäßig, sondern nach § 106 InsO vollständig befriedigt, ohne dass eine Freigabe vom Insolvenzverwalter langwierig erstrit-

ten werden müsste, denn ob ein zur Aussonderung berechtigendes Treuhandverhältnis zwischen Gläubiger und Käufer bei der Abwicklung eines „normalen“ Kaufvertrages angenommen werden kann, ist zweifelhaft. Bei einer Abtretung des abzulösenden Grundpfandrechts nach Abgabe einer Löschungsbewilligung kann der Lösungsanspruch zudem ausschließlich bei vormerkungsgesicherter Freistellungsverpflichtung auch gegenüber dem Zessionar durchgesetzt werden (§§ 883 Abs. 2 Satz 1, 888 BGB). Ein ausländischer Insolvenzverwalter hat nach § 336 InsO schließlich ebenfalls vormerkungsgesicherte Ansprüche in jedem Fall zu erfüllen.

Bei der Ablösung von „unsicheren“ Gläubigern im Rahmen des Verkaufs von belastetem Grundbesitz ist demnach wie folgt vorzugehen (vgl. *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 103):

- der Gläubiger verpflichtet sich gegenüber dem Käufer zur Freistellung (ggf. gegen Zahlung eines bestimmten Betrages),
- zur Sicherung dieses Freistellungsanspruchs wird am Grundpfandrecht des Gläubigers eine Löschungsvormerkung zugunsten des Käufers eingetragen,
- die Fälligkeit des Kaufpreises wird auch von der Eintragung dieser Vormerkung abhängig gemacht.

Die entsprechende Löschungsbewilligung kann der Privatgläubiger entweder in gesonderter Urkunde erklären oder den Notar zur Kostenersparnis bevollmächtigen, durch Eigenurkunde die Löschung des Grundpfandrechts zu bewilligen und zu beantragen. Diese Vollmacht ist zwar im Ernstfall, also nach Abtretung oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 117 Abs. 1 InsO) wertlos, eine Löschungsbewilligung wäre das aber auch. In diesem Fall muss der neue Gläubiger (nach §§ 883 Abs. 2 Satz 1, 888 BGB) bzw. der Insolvenzverwalter (§ 106 Abs. 1 InsO) zur Abgabe einer erneuten (und kostenfreien!) Löschungsbewilligung angehalten, notfalls gezwungen werden.

Bei ausländischen Gläubigern hat die vorgenannte Lösung zudem den Vorteil, dass das Grundbuchamt die Vertretungsbefugnis bei ausländischen Gesellschaften schon bei Eintragung der Vormerkung prüft und bereits hier – also vor Fälligkeit des Kaufpreises – eventuelle Mängel rügt. Überraschungen können so gegenüber der üblichen Verfahrensweise vermieden werden; etwa, wenn der Notar bei Fälligkeitstellung des Kaufpreises die Löschungsbewilligung einer englischen Limited für ausreichend hielt und das Grundbuchamt dem später nicht folgt.

Durch eine solche Gestaltung entstehen nur geringe, dann aber hinzunehmende Mehrkosten durch die Eintragung der Löschungsvormerkung (eine Viertelgebühr nach §§ 66 Abs. 1 Satz 2, 68 KostO). Die Löschung der Vormerkung im Rahmen der Löschung des Grundpfandrechts erfolgt automatisch und ist kostenfrei (vgl. § 17 Abs. 3 GBV). Für die spätere Bewilligung der Löschung durch den Notar mittels Eigenurkunde fällt zudem eine Nebentätigkeitsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert in Höhe von ca. 10–30 % der Treuhandauflagen des Privatgläubigers an (vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1645 zum vergleichbaren Fall der Bewilligung der Eigentumsumschreibung).

Die Lösungsverpflichtung wird durch Vertrag zwischen abzulösenden Gläubiger und Käufer begründet (*Schöner*, DNotZ 1974, 327, 330 f.). Nach Unterzeichnung durch den Gläubiger sollte die Erklärung daher dem Käufer in Abschrift zur (konkludenten) Annahme zugesandt werden, sofern dieser nicht bei Unterzeichnung der Erklärung zugegen ist.

Formulierungsvorschläge:

Ergänzung der Kaufpreisfälligkeitvoraussetzungen:

- (Auflassungsvormerkung, „übliche“ Lastenfreistellung hinsichtlich von Gläubigern, von denen kein Freigabeversprechen benötigt wird)
- dem Notar liegt ein Freigabeverprechen von ... (Privatgläubiger) zugunsten des Käufers vor, wonach dieser den Vertragsgegenstand von dem zu seinen Gunsten eingetragenen Grundpfandrecht freigibt, und
- zur Sicherung des Anspruchs des Käufers aus dem vorstehenden Freigabeverprechen ist bei dem zugunsten von ... (Privatgläubiger) eingetragenen Grundpfandrecht eine Löschungsvormerkung im Grundbuch eingetragen.

Die genannten Unterlagen müssen auflagenfrei oder unter Auflagen vorliegen, zu deren Erfüllung der Kaufpreis ausreicht.

Lösungsverpflichtung mit Vormerkung:

(Einleitung: Genaue Bezeichnung des Kaufvertrages sowie des Grundbesitzes und der zu löschenden/freizugebenden Grundpfandrechte)

... (Privatgläubiger) verpflichtet sich hiermit unwiderruflich gegenüber dem Käufer des vorbezeichneten Grundbesitzes unter Verzicht auf den Zugang der Annahme (§ 151 BGB), die dort eingetragene Grundschild zu ... € zu löschen.

Voraussetzung ist, dass aus dem Kaufpreis ein Betrag von ... € auf folgendes Konto eingegangen ist: ... (ggf. zur selbständigen Eintragung des Gläubigers im Entwurf offenlassen)

Zur Sicherung der vorstehend versprochenen Löschung bewilligt ... (Privatgläubiger) zugunsten des Käufers des vorbezeichneten Grundbesitzes – soweit es sich um mehrere handelt, diesen als Gesamtberechtigten gemäß § 432 BGB – die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung bei dem vorstehend aufgeführten Grundpfandrecht.

... (Privatgläubiger) erteilt hiermit dem jeweils in ... amtierenden Notar sowie dessen jeweiligen Vertreter sowie Amtsnachfolger unwiderruflich

V o l l m a c h t ,

die Löschung des vorbezeichneten Grundpfandrechts am Grundbesitz gegenüber dem Grundbuchamt zu bewilligen und auf Kosten des Verkäufers zu beantragen sowie alle sonstigen Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben, die zum Vollzug des Lösungsverprechens sowie des vorbezeichneten Kaufvertrages erforderlich oder zweckdienlich sind.

Der Notar wird im Innenverhältnis angewiesen, die Löschung erst zu bewilligen und zu beantragen, wenn ... (Privatgläubiger), der hierzu gegenüber dem Käufer nach Zahlung des geforderten Betrages verpflichtet ist, dem Notar schriftlich sein Einverständnis mit dem grundbuchamtlichen Vollzug erklärt oder der Käufer dem Notar die vollständige Bezahlung des entsprechenden Betrages nachgewiesen hat.

2. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2008, 80). Neue Richtzahl ab 1.10.2008: 14,8

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das OLG Bamberg hat im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eine Neuberechnung der Richtzahlen, die ab 1.10.2008 anzuwenden sind, erstellt. Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 14,8. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in DM mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Keine neue Richtzahl wurde für Betriebseinrichtungen mitgeteilt. Diese beträgt seit 1.10.2003 (ebenfalls nach Euro-Umstellung) unverändert 7,3.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 17. Aufl., § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn heute Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, § 19 Rdnr. 58 a a. E.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

2008

Stand: 1.10.2008

Tabelle

zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2008 für Gebäude 14,8

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8 a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 b WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30% darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	11,722	11,722	11,722	11,603	11,485
2	11,603	11,722	11,485	11,366	11,011
3	11,485	11,603	11,366	11,130	10,656
4	11,366	11,603	11,248	10,893	10,301
5	11,248	11,485	11,130	10,656	9,827
6	11,130	11,485	10,893	10,419	9,472
7	11,011	11,366	10,774	10,182	9,117
8	10,893	11,366	10,656	9,946	8,643
9	10,774	11,248	10,538	9,709	8,288
10	10,656	11,130	10,301	9,472	7,933
11	10,538	11,130	10,182	9,235	7,459
12	10,419	11,011	10,064	8,998	7,104
13	10,301	11,011	9,946	8,762	6,749
14	10,182	10,893	9,709	8,525	6,275
15	10,064	10,774	9,590	8,288	5,920
16	9,946	10,774	9,472	8,051	5,565
17	9,827	10,656	9,354	7,814	5,091
18	9,709	10,538	9,117	7,578	4,736
19	9,590	10,538	8,998	7,341	4,381
20	9,472	10,419	8,880	7,104	3,907
21	9,354	10,301	8,762	6,867	3,552
22	9,235	10,301	8,525	6,630	und darüber (Restwert = 30 %)
23	9,117	10,182	8,406	6,394	
24	8,998	10,064	8,288	6,157	
25	8,880	9,946	8,170	5,920	
26	8,762	9,946	7,933	5,683	
27	8,643	9,827	7,814	5,446	
28	8,525	9,709	7,696	5,210	
29	8,406	9,590	7,578	4,973	
30	8,288	9,472	7,341	4,736	
31	8,170	9,472	7,222	4,499	
32	8,051	9,354	7,104	4,262	
33	7,933	9,235	6,986	4,026	
34	7,814	9,117	6,749	3,789	
35	7,696	8,998	6,630	3,552	und darüber (Restwert = 30 %)
36	7,578	8,998	6,512		
37	7,459	8,880	6,394		
38	7,341	8,762	6,157		
39	7,222	8,643	6,038		
40	7,104	8,525	5,920		

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre
Gebäudealter in Jahren			
41	6,986	8,406	5,802
42	6,867	8,288	5,565
43	6,749	8,170	5,446
44	6,630	8,051	5,328
45	6,512	7,933	5,210
46	6,394	7,814	4,973
47	6,275	7,696	4,854
48	6,157	7,578	4,736
49	6,038	7,459	4,618
50	5,920	7,341	4,381
51	5,802	7,222	4,262
52	5,683	7,104	4,144
53	5,565	6,986	4,026
54	5,446	6,867	3,789
55	5,328	6,749	3,670
56	5,210	6,630	3,552
57	5,091	6,512	und darüber
58	4,973	6,394	(Restwert = 30 %)
59	4,854	6,275	
60	4,736	6,157	
61	4,618	6,038	
62	4,499	5,920	
63	4,381	5,802	
64	4,262	5,683	
65	4,144	5,446	
66	4,026	5,328	
67	3,907	5,210	
68	3,789	5,091	
69	3,670	4,973	
70	3,552	4,736	
71	und darüber	4,618	
72	(Restwert = 30 %)	4,499	
73		4,381	
74		4,262	
75		4,026	
76		3,907	
77		3,789	
78		3,670	
79		und darüber	
80		(Restwert = 30 %)	

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar Hermann Schmidl, Freising, verstorben am 3.12.2008

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.11.2008:

Aichach dem Notar
(in Sozietät mit Notarin Armin Riedel
Dr. Dagmar Lorenz- (bisher in Vohenstrauß)
Czarnetzki)

Schweinfurt dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Martin Dörnhöfer
Dr. Hans Ott) (bisher in Ochsenfurt)

Eschenbach i. d. OPf. dem Notarassessor
Dr. Carl Michael Niemeyer
(bisher in München
Notarstelle Dr. Karl)

Erlangen dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Roland Schwanecke
Dr. Peter Rieder) (bisher in Neustadt a. d.
Waldnaab)

Lichtenfels dem Notarassessor
Florian Kroier
(bisher in Erlangen
Notarstellen Dr. Rieder/
Dr. Sommerhäuser)

Mit Wirkung vom 13.1.2009:

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Jens Kirchner
Ludwig Thiede) (bisher in Altdorf b. Nürnberg)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2008:

Philipp Lederer, Regensburg (Notarstellen Dr. Mayer/
Ziegler)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Thomas Baumann, Würzburg, wurde mit Wirkung vom 26.2.2007 promoviert

Notarassessor Jens Neie, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz), wurde mit Wirkung vom 16.6.2008 promoviert

Oberinspektorin Ulrike Kracklauer, München (Notarstelle Dietrich), ab 1.1.2009 in Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Amtfrau i. N. Hermine Ranner, Erding (Notarstellen Böck/Koch), ab 16.2.2009 in Freising (Notarstelle Schmidl/Notariatsverwaltung)

Inspektorin i. N. Heike Schilder, Münchberg (Notarstelle Schnabel), ab 1.8.2009 in Tirschenreuth (Notarstelle Greiner)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Marlene Seuffert, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/Dr. Münch), eigene Kündigung zum 30.9.2008

Oberamtsrat i. N. Gerhard Fick, Mutterstadt (Notarstelle Baßler), ab 1.1.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Robert Preißer, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Forsthauser), ab 1.1.2009 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Artur Feckler, Augsburg (Notarstellen Albrecht/Portenhauser), ab 1.1.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Ernst Engelhardt, Krumbach (Notarstelle Meyer-Littmann), ab 1.2.2009 im Ruhestand

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2009:

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Hans Werner Baldauf, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Josef Ehrnsberger, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußer/Dr. Brückner)

Walter Gößl, Miltenberg (Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann)

Alfred Heinrich, Aichach (Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Riedel)

Wolfgang Lennert, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma)

Walter Mader, Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/Ruhwinkel)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Peter Betz, Parsberg/OPf. (Notarstelle Inninger)

Alois Frank, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Petra Fritz, Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Stefan Heimerl, Weiden i. d. OPf. (Notarstellen Knies/Dr. Schifflner)

Elke Hutzler, Ebern (Notarstelle Ulbricht)

Melitta Krück, Waldmohr (Notarstelle Bayer)

Norbert Lindner, Annweiler a. Tr. (Notarstelle Spall)

Franz Tafelmaier, Moosburg a. d. Isar (Notarstelle Birnstiel)

Zum Amtmann i. N. (Entgeltgruppe 10):

Markus Datzmann, Laufen/Salzach (Notarstelle Heinrich)

Michael Dittrich, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Martini)

Brigitte Greiner-Zägelein, München (Notariatsverwaltung)

Elke Hofer, Rothalmünster (Notarstellen Meier-Kraut/Braun)

Karin Jaumann, Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

Stefan Meier, Ingolstadt (Notarstellen von Koch/Ampenberger)

Diana Noll, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma)

Elke Scheitzach, Landshut (Notarstelle Hamp)

Thomas Stäblein, Mellrichstadt (Notarstelle Busse)

Gabriele Süsser, Gerolzhofen (Notarstelle Dünninger)

Volker Witzgall, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Zum Oberinspektor i. N. (Entgeltgruppe 9):

Henry Awaleh, Hassloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Marina Deyerl, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Senftleben)

Stefan Feneis, Eschenbach i. d. OPf. (Notarstelle Dr. Niemeyer)

Melanie Fink, Lauingen (Notarstelle Schmitt)

Melanie Geiger, Stadtsteinach (Notarstelle Aigner)

Tobias Langbauer, Wegscheid (Notarstelle Kappler)

Klaus Lechner, Bad Aibling (Notarstelle Knab)

Bastian Sack, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Jens Tölg, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)

Andrea Vollmann, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran)

Markus Wagner, München (Notarstellen Dr. Stosch/Dr. Schervier))

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Schrobenhausen, Notarstelle Dr. Hagmaier,
Hörzhausener Straße 11, 86529 Schrobenhausen

Straubing, Notarstellen Dr. Schneeweiß/Lautner,
E-Mail: schneeweiss@notare-sl.de
E-Mail: lautner@notare-sl.de

Bad Brückenau, Notarstelle Dr. Höhn,
E-Mail: hoehn@notar-dr-hoehn.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Grundfragen des GmbH-Rechts

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 4. Februar 2009, 16 Uhr s. t.,
Geschwister Scholl-Platz 1, 80539 München, Raum D 209 (2. Obergeschoss)

- Begrüßung:** **Professor Dr. Ulrich Schroth,**
Grüßwort des Dekans der Juristischen
Fakultät
- Professor Dr. Johannes Hager,**
Begrüßung durch den Geschäftsführenden
Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht
- Referate:** **Professor Dr. Hans-Joachim Priester,**
Hamburg:
Das neue Kapitalaufbringungsrecht
- Professor Dr. Holger Altmeyen, Passau:**
Das neue Kapitalersatzrecht
- Notar Dr. Sebastian Spiegelberger,**
Rosenheim:
*Die Gestaltungsvarianten der GmbH & Co KG
– Gesellschafts- und Steuerrecht*

Podiumsdiskussion

Zum Ausklang der Veranstaltung wird anschließend zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kostenfrei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung, gerne auch per E-Mail, gebeten.

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Telefon: 089 2180-1420, Telefax: 089 2180-13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Veranstaltungen DAI

1. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolge (Frenz, R. Kössinger, Nieder) 15.–17.1.2009 in Berlin
2. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz) 17.1.2009 in Würzburg
3. Grundkurs für angehende Anwaltsnotare – Teil 1 Berufsrecht, Allgemeine Notarpraxis und Beurkundungsrecht (Block, Frenz, Diehn, Robbers, Schilling, Wegerhoff) 22.–24.1.2009 in Bochum
4. Die Erbschaftssteuerreform in der Kautelarpraxis (Wälzholz) 31.1.2009 in Kaiserslautern
5. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (2008/2009) (Albrecht, Frenz, Hertel, Kessler) 13.2.2009 in Köln
14.2.2009 in Kiel
20.2.2009 in Heusenstamm
21.2.2009 in Oldenburg
6. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Koch, Spiegelberger) 27.2.2009 in Heusenstamm
7. 7. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung (Crezelius, Heckschen, Kurzwelly, D. Mayer, Priester, K. Schmidt) 13.–14.3.2009 in Hamburg
8. Update Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke) 14.3.2008 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Ballreich: Fallkommentar Umwandlungsrecht. 4. Aufl., Luchterhand, 2008. 615 S., 95 €
2. Basty: Der Bauträgervertrag. 6. Aufl., Heymanns, 2009. 786 S., 114 €
3. Bergschneider: Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Beck, 2008. 121 S., 26 €
4. Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht. ZAP, 2008. 926 S., 89 € + CD-ROM
5. Burhoff: Vereinsrecht. 7. Aufl., NWB, 2008. 427 S., 37 €
6. Haft/Schlieffen: Handbuch Mediation. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 350 S., 128 €
7. Hamann/Sigle: Vertragsbuch Gesellschaftsrecht. Beck, 2008. 749 S., 98 €
8. Kornexl: Vertragsgestaltung 1.0. ZAP, 2008. 230 S., 29 €
9. Münch: Die Gestaltung von Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform. ZAP, 2009. 200 S., 38 € + CD-ROM
10. Röhrich/Graf von Westphalen: HGB. 3. Aufl., O. Schmidt, 2008. 2 842 S., 149 €
11. Ruby/Schindler/Wirich: Das Behindertentestament. Zerb, 2008. 113 S., 38 €
12. Schmidt/Zagel: Die OHG, KG und PublikumsG. 2. Aufl., Haufe, 2008. 936 S., 89 € + CD-ROM
13. Tillmann/Schiffers/Wälzholz: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht. 5. Aufl., O. Schmidt, 2009. 583 S., 59,80 €
14. Zöller: ZPO. 27. Aufl., O. Schmidt, 2009. 3 234 S., 159 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F