

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2010

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

Tobias Pfundstein
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2008/2009 1

Spall: Behindertentestament und Heimgesetz 9

Bohrer: Geschäftsanteilsverkehr, Beschlussfassungskompetenz und Gesellschafterliste 17

Promberger: Der Nettonießbrauch auf dem Prüfstand 22

Tagungsberichte

Döbereiner: Brücken im Europäischen Rechtsraum – 21. Europäische Notarentage 28

Rechtsprechung

Löschung eines Vorkaufsrechts nach Teilung des herrschenden Grundstücks (OLG München, Beschluss vom 24.7.2009, 34 Wx 50/09) 42
mit Anmerkung *Jeep* 44

Haftung für Wohngeldrückstände des Voreigentümers (AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 14.5.2009, 74 C 30/09) 45
mit Anmerkung *Kreuzer* 46

Verzicht auf Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase (BGH, Beschluss vom 25.6.2009, IX ZB 196/08) 52
mit Anmerkung *Menzel* 54

Cash-Pool II (BGH, Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07) 58

mit Anmerkung *Weiler* 61

Notarielle Bescheinigung auf Grundlage einer „Altliste“ (OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09) 64

mit Anmerkung *Omlor* 65

Hinweis auf aufschiebend bedingte Abtretung in Gesellschafterliste (OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09) 68

mit Anmerkung *Wälzholz* 69

Noch zu bebauendes Grundstück als Leistungsgegenstand i. S. d. UStG (BFH, Urteil vom 19.3.2009, V R 50/07) 76

mit Anmerkung *Zugmaier/Streit* 78

Hinweise für die Praxis

Zwangsvollstreckungsunterwerfung von Gemeinden (*Grziwotz*) 80

Inhalt

Aufsätze

- Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2008/2009 **1**
Spall: Behindertentestament und Heimgesetz – Bestandsaufnahme und Update **9**
Bohrer: Geschäftsanteilsverkehr, Beschlussfassungskompetenz und Gesellschafterliste **17**
Promberger: Der Nettonießbrauch auf dem Prüfstand **22**

Tagungsberichte

- Döbereiner*: Brücken im Europäischen Rechtsraum – 21. Europäische Notarentage **28**

Buchbesprechungen

- Beck'sches Notar-Handbuch (*Reiß*) **29**
Wachter (Hrsg.): Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag (*Selbherr*) **30**
Bambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht (*Stiebitz*) **32**
Crezelius: Unternehmenserbrecht (*Wartenburger*) **33**
Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis (*Hecht*) **34**
Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz (*Apfelbaum*) **35**
Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung (*Heinemann*) **36**
Sontheimer: Vertragsgestaltung und Steuerrecht (*Auktor*) **37**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Handeln als vollmachtloser Vertreter trotz Bevollmächtigung (BGH, Urteil vom 2.10.2009, V ZR 185/08) **39**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Erhaltungspflichten des Nießbrauchers (BGH, Urteil vom 23.1.2009, V ZR 197/07) **40**
3. Löschung eines Vorkaufsrechts nach Teilung des herrschenden Grundstücks (OLG München, Beschluss vom 24.7.2009, 34 Wx 50/09) **42**
mit Anmerkung *Jeep* **44**
4. Haftung für Wohngeldrückstände des Voreigentümers (AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 14.5.2009, 74 C 30/09) **45**
mit Anmerkung *Kreuzer* **46**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

5. Angemessener Lebensbedarf i. S. v. § 1578 b BGB
(BGH, Urteil vom 14.10.2009, XII ZR 146/08) **50**

Erbrecht

6. Verzicht auf Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase
(BGH, Beschluss vom 25.6.2009, IX ZB 196/08) **52**
mit Anmerkung *Menzel* **54**
7. Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG
(VG Würzburg, Urteil vom 3.6.2008, W 1 K 08.638) **56**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. Cash-Pool II
(BGH, Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07) **58**
mit Anmerkung *Weiler* **61**
9. Notarielle Bescheinigung auf Grundlage einer „Altliste“
(OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09) **64**
mit Anmerkung *Omlor* **65**
10. Hinweis auf aufschiebend bedingte Abtretung in Gesellschafterliste
(OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09) **68**
mit Anmerkung *Wälzholz* **69**
11. Widerspruch zur Gesellschafterliste bei aufschiebend bedingter Abtretung
(LG Köln, Beschluss vom 16.6.2009, 88 T 13/09) **70**
mit Anmerkung *Wälzholz* **71**
12. Aufnahme eines Nießbrauchs in Gesellschafterliste
(LG Aachen, Beschluss vom 6.4.2009, 44 T 1/09) **72**
mit Anmerkung *Wälzholz* **73**

Kostenrecht

13. Vereinbarung von Pflichten des Angebotsempfängers in Angebotsurkunde
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2008, I-10 W 78/08) **74**
14. Geschäftswert für Überwachung von Kaufpreisfälligkeit und Eigentumswechsel
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2008, I-10 W 140/08) **75**

Inhalt (Fortsetzung)

Öffentliches Recht

15. Zwangsvollstreckung gegen Gemeinde (*nur Leitsatz*)
(Thüringer OVG, Beschluss vom 12.11.2008, 2 EO 651/08) **76**

Steuerrecht

16. Noch zu bebauendes Grundstück als Leistungsgegenstand i. S. d. UStG
(BFH, Urteil vom 19.3.2009, V R 50/07) **76**
mit Anmerkung *Zugmaier/Streit* **78**

Hinweise für die Praxis

1. Zwangsvollstreckungsunterwerfung von Gemeinden (*Grziwotz*) **80**
2. Bewertung von Gebäuden nach § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2009: 15,0 **81**

Standesnachrichten **82**

Sonstiges **III**

1 | MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2010 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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,
Tobias Pfundstein
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

Aktuelle Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht in den Jahren 2008/2009*

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Nachdem sich die Grunderwerbsteuer bis 2006 als relativ dynamisches Rechtsgebiet erwiesen hatte, war im Betrachtungszeitraum 2007/2008 eine gewisse Beruhigung im Bereich der Rechtsfortbildung zu verzeichnen. Inzwischen ist aber wieder ziemliche Bewegung in die Grunderwerbsteuer gekommen. Es ist deshalb für den Zeitraum 2008/2009 erneut auf einige wichtige Gerichtsentscheidungen und Verwaltungserlasse sowie sich andeutende Entwicklungen hinzuweisen, die für die notarielle Tätigkeit von Bedeutung sind bzw. werden könnten.

I. Grunderwerbsteuer und Europarecht

Nach Ansicht des Siebten Senats des FG Niedersachsen sollte die Rechtsprechung des BFH zum einheitlichen Leistungsgegenstand gegen das europäische Umsatzsteuer-Mehrfachbelastungsverbot des Art. 401 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (früher Art. 33 der Sechsten EU-Richtlinie) verstoßen.¹ Demgegenüber hatte das FG Düsseldorf keine ernstlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der BFH-Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk mit Gemeinschaftsrecht. Selbst eine Aussetzung der Vollziehung kam für dieses Gericht trotz des Vorlagebeschlusses des FG Niedersachsen nicht in Betracht.² Die obersten Finanzbehörden der Länder setzten jedoch die entsprechenden Grunderwerbsteuerbescheide mit Erlass vom 23.7.2008 nur vorläufig fest.³

Mit Beschluss vom 27.11.2008 hat der EuGH über die Vorlage des FG Niedersachsen entschieden.⁴ Demgemäß sind die europarechtlichen Vorschriften dahingehend auszulegen, dass

* Der Aufsatz gibt in gekürzter Form den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 7. Jahresarbeitstagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstituts, im September 2009 in Würzburg gehalten hat.

1 FG Niedersachsen – EuGH-Vorlage 7 K 333/06 v. 2.4.2008.

2 FG Düsseldorf, DStRE 2009, 441, Beschwerde eingelegt, BFH, II B 157/08.

3 Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautender Erlass vom 23.7.2008, DStR 2008, 1737.

4 Rs. C-156/08, DStR 2009, 223 – Monika Vollkommer/FA Hannover-Land I.

ein Mitgliedstaat nicht daran gehindert ist, beim Erwerb eines noch unbebauten Grundstücks künftige Bauleistungen in die Bemessungsgrundlage für die Berechnung von Verkehrsteuern wie die „Grunderwerbsteuer“ des deutschen Rechts einzubeziehen und somit einen nach der Sechsten Richtlinie der Mehrwertsteuer unterliegenden Vorgang zusätzlich mit diesen weiteren Steuern zu belegen, sofern diese nicht den Charakter von Umsatzsteuern haben.⁵ Die Finanzverwaltung hat auf den Beschluss des EuGH bereits reagiert und die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur teilweise vorläufigen Festsetzung der Grunderwerbsteuer in diesen Fällen mit sofortiger Wirkung aufgehoben.⁶

II. Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform auf die Grunderwerbsteuer durch Abschaffung des § 25 ErbStG a. F.

Im Schenkungsteuerrecht wurde vor der Erbschaftsteuerreform 2009⁷ zwischen Leistungsaufgaben einerseits und Nutzungs- sowie Duldungsaufgaben andererseits differenziert. Leistungsaufgaben verursachen beim Empfänger der Schen-

5 EuGH, Rs. C-156/08, DStR 2009, 223 – Monika Vollkommer/FA Hannover-Land I.

6 Gleichlautende Ländererlasse v. 29.1.2009, z. B. FinMin Nordrhein-Westfalen – S. 4500-23-V A 6; vgl. hierzu *Ihle*, notar 2009, S. 175. Vgl. ferner FMS Bayern v. 17.4.2009, 36-S 4505-026-16 097/09.

7 Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes (Erbschaftsteuerreformgesetz), BGBl 2008 I, S. 3018.

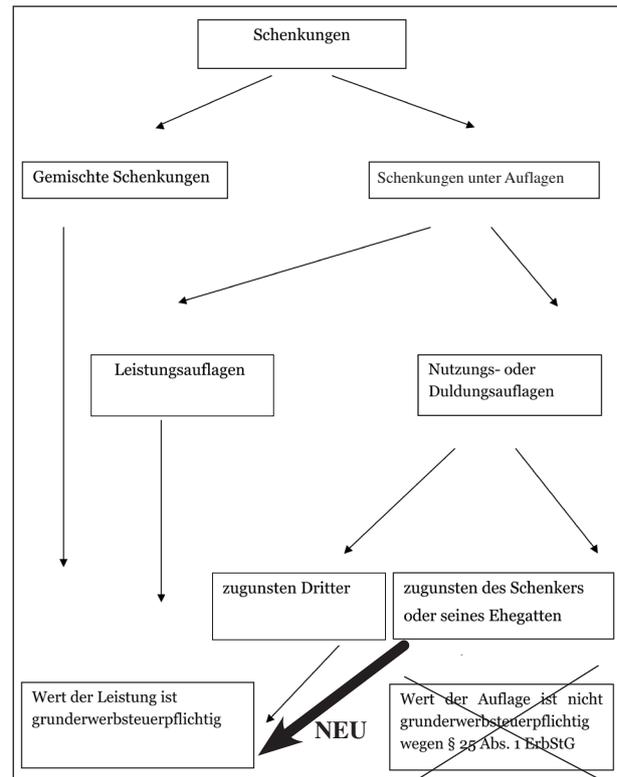
kung Aufwendungen im Sinne von Geld- oder Sachleistungen. Dagegen zählen zu Nutzungs- sowie Duldungsaufgaben etwa der Nießbrauch oder beschränkt persönliche Dienstbarkeiten wie das Wohnungsrecht. Während Leistungsaufgaben wie die Gegenleistung bei einer gemischten Schenkung zu behandeln sind, wurde nach der alten Fassung des ErbStG der Steuerwert von Nutzungs- und Duldungsaufgaben vom Steuerwert des Zuwendungsgegenstandes bei der Schenkungsteuer nur abgezogen, sofern das Abzugsverbot des § 25 ErbStG nicht eingriff.⁸

Leistungsaufgaben hat der Bedachte unabhängig vom Innehaben des auf ihn übergehenden Gegenstandes, also ggf. aus seinem persönlichen Vermögen, zu erbringen. Schenkungsteuerlich 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.⁹ 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 beschränkte persönliche Dienstbarkeit (z. B. Wohnungsrecht) am Zuwendungsgegenstand zu bestellen. § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. schloss 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 kamen. Weil in diesen Fällen die Auflagen bei der Schenkungsteuer abgezogen werden konnten, fiel somit hierauf Grunderwerbsteuer an. Wurde dagegen der Schenker oder dessen Ehegatte begünstigt, so erfolgte gemäß § 25 ErbStG kein Abzug der Auflage von der Schenkungsteuer; infolgedessen schloss § 3 Nr. 2 GrEStG hier die Festsetzung der Grunderwerbsteuer aus.¹⁰

Mit der Erbschaftsteuerreform 2009 wurde die differenzierende Regelung in § 25 ErbStG abgeschafft, so dass nun sowohl Leistungs- als auch Duldungs- und Nutzungsaufgaben stets von der Schenkungsteuer abziehbar sind. Folglich gelten auch hier die gleichen Grundsätze wie bei gemischten Schenkungen.¹¹ Sowohl Leistungs- als auch Nutzungs- und Duldungsaufgaben unterliegen hinsichtlich ihres Wertes der Grunderwerbsteuer, soweit nicht sonstige Befreiungsvor-

schriften (z. B. bei Grundstücksübertragungen an Abkömmlinge gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG) eingreifen.¹²



III. Mögliche Verfassungswidrigkeit der in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG als Bemessungsgrundlage anzusetzenden Grundbesitzwerte

Mit Beschluss des BFH vom 27.5.2009¹³ wurde das BMF gemäß § 122 Abs. 2 FGO aufgefordert, einem Verfahren beizutreten, um zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die in § 8 Abs. 2 GrEStG angeordnete Heranziehung der Grundbesitzwerte i. S. d. § 138 ff. BewG als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist. In dem Verfahren ist zu entscheiden, inwieweit für den Erwerb der gesamten Anteile an einer Kapitalgesellschaft mit Grundbesitz Grunderwerbsteuer festzusetzen ist. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer u. a. bei steuerpflichtigen Anteilsvereinigungen und Anteilserwerben nicht nach dem Wert der Gegenleistung (Regelbemessungsgrundlage), sondern nach den vor dem 1.1.2009 auch für die Erbschaftsteuer maßgeblichen (gesondert festzustellenden) Bedarfswerten der §§ 138 ff. BewG. Diese Bewertung gilt ferner bei Umwandlungen, anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage, in den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG und dann, wenn eine Gegenleistung nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln ist (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GrEStG).

¹² Demgegenüber hat BFH-Vizepräsident *Viskorf* anlässlich der 7. Jahresarbeitstagung des Notariats die Auffassung vertreten, dass Aufgabenschenkungen zivilrechtlich reine Schenkungen darstellen, so dass § 3 Nr. 2 GrEStG trotz der erfolgten Auflagen die Festsetzung der Grunderwerbsteuer ausschließen würde; aufgrund der eindeutig gegenteiligen Erlasslage ist jedoch davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung in Höhe des Wertes der Auflagen bis zu einer entsprechenden BFH-Entscheidung Grunderwerbsteuer erheben wird, solange keine sonstigen Befreiungsvorschriften anwendbar sind.

¹³ Vgl. BFH, DStR 2009, 1474.

⁸ Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 109; Gottwald, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 430.

⁹ Pahlke/Franz, GrEStG, § 3 Rdnr. 110; Hofmann, GrEStG, 8. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 19.

¹⁰ Pahlke/Franz, GrEStG, § 3 Rdnr. 113; Hofmann, GrEStG, § 3 Rdnr. 20.

¹¹ Vgl. nunmehr auch Erlass des FinMin Baden-Württemberg v. 15.4.2009, DStR 2009, 856; vgl. ferner OFD Koblenz vom 26.3.2009, UVR 2009, 202. Der vorherige Erlass v. 19.8.1992 hat somit nur noch für Schenkungen Bedeutung, die vor dem 1.1.2009 ausgeführt worden sind (vgl. § 37 Abs. 2 ErbStG). Vgl. ferner gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes v. 25.6.2009, Abschnitt 42 Abs. 1 und 2, DNotI-Report 2009, 141.

Diese Grundbesitzbewertung hat das BVerfG in dem zur Erbschaft- und Schenkungsteuer ergangenen Beschluss vom 7.11.2006¹⁴ in umfassender Weise als verfassungswidrig beanstandet. Es hat insbesondere festgestellt, dass die Grundbesitzwerte für bebauete Grundstücke zwischen weniger als 20 % und über 100 % des gemeinen Wertes liegen und somit eine so große Streubreite aufweisen, dass der Bewertung Zufälliges und Willkürliches anhafte, ohne dass dies als Folge einer zulässigen Typisierung verfassungsrechtlich hinnehmbar sei. Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf diese Entscheidung durch das Erbschaftsteuerreformgesetz lediglich die Grundbesitzbewertung für die Erbschaft- und Schenkungsteuer neu geregelt. Für die Grunderwerbsteuer hat er es demgegenüber bei den bisherigen, vom BVerfG beanstandeten Bewertungsvorschriften belassen.

Der BFH ist zwar nach Ergehen des BVerfG-Beschlusses vom 7.11.2006 von der Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 GrEStG jedenfalls für vor dem 1.1.2009 verwirklichte Erwerbsvorgänge ausgegangen;¹⁵ daran könne aber nach Auffassung des Gerichts nicht mehr festgehalten werden. Denn dieser Rechtsprechung lag die Annahme zugrunde, dass der Gesetzgeber die vom BVerfG festgestellten Verfassungsverstöße bei der Grundbesitzbewertung nicht nur für das ErbStG, sondern auch für das GrEStG mit Wirkung ab 1.1.2009 beseitigen würde. Da dies nicht geschehen ist, komme nunmehr eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG – und zwar auch für Besteuerungszeitpunkte vor dem 1.1.2009 – in Betracht.

Die Entscheidung der vorstehenden Fragen könnte sehr weitreichende Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer haben.¹⁶ Sollte das BVerfG die Vorschrift des § 8 Abs. 2 GrEStG i. V. m. §§ 138 ff. BewG für verfassungswidrig und nichtig erklären, so könnte die Grunderwerbsteuer wegen des Fehlens einer Bemessungsgrundlage – jedenfalls in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG – nicht mehr festgesetzt werden. Nach Ansicht des BFH bestehen jedenfalls bei bebauten Grundstücken verfassungsrechtliche Bedenken, ob die gesondert festzustellenden Grundstückswerte i. S. d. § 8 Abs. 2 GrEStG i. V. m. § 138 ff. BewG verfassungsgemäß sind. Nicht in Zweifel gezogen wird dagegen die Verfassungskonformität des § 8 Abs. 1 GrEStG, der als Regelbemessungsgrundlage auf den Wert der Gegenleistung abstellt. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass bei vielen Umwandlungsvorgängen und anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage sehr wohl eine Gegenleistung vorhanden ist,¹⁷ vom Gesetzgeber aber bewusst eine Verweisung auf die Vorschriften des BewG vorgenommen wurde, um schwierige Unternehmensbewertungen zu vermeiden.¹⁸

Es bleibt abzuwarten, ob und wie das BVerfG zu diesen Fragen entscheidet. Möglicherweise ordnet es bei einer Unvereinbarkeit der Vorschriften mit dem Grundgesetz – ähnlich wie es dies bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer getan hat – eine weitere Anwendung des bisherigen Rechts bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an. Eventuell werden die Vorschriften aber auch mit sofortiger Wirkung oder sogar rückwirkend (u. U. zum 1.1.2009) für verfassungswidrig erklärt, da der Gesetzgeber durch die Entscheidung zur Erbschaft- und Schenkungsteuer vorgewarnt war. Im Hinblick darauf,

dass im Falle einer Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 2 GrEStG i. V. m. §§ 138 ff. BewG mangels Bemessungsgrundlage die Grunderwerbsteuer nicht mehr festgesetzt werden könnte, ist zu überlegen, die entsprechenden (Grundlagen-)Bescheide, die für Vorgänge ab dem 1.1.2009 ergehen und auf § 8 Abs. 2 GrEStG gestützt sind, offen zu halten.¹⁹ Eine rückwirkende Verböserung, etwa für den Fall, dass der Gesetzgeber anstelle der Bedarfswerte die Verkehrswerte für maßgeblich erklärt, dürfte verfassungsrechtlich problematisch sein.

Mittelfristig ist allerdings damit zu rechnen, dass es zu einer Erhöhung der bisherigen Grundstücksbewertung und somit zu einer höheren Grunderwerbsteuerbelastung in Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG kommt. Es ist zu befürchten, dass der Gesetzgeber – ähnlich wie in der Erbschaft- und Schenkungsteuer – ein neues an den Verkehrswerten orientiertes Bewertungsverfahren einführt. Eine Verweisung auf die neuen Werte, die für Erbschaft- und Schenkungsteuerfälle gelten, liegt nahe. Aber auch deren Verfassungsmäßigkeit wird inzwischen teilweise angezweifelt. Es bleibt also sehr spannend, wie sich die Grunderwerbsteuer hier weiter entwickeln wird.

IV. Grundstücksveräußerungen mit Solar- und Photovoltaikanlagen

Die Finanzverwaltung hat mit zwei Erlassen zur Grunderwerbsteuerlichen Behandlung von Kaufpreisanteilen für Photovoltaik- und Solaranlagen Stellung genommen.²⁰

1. Grundstücksbegriff

Gegenstand der Besteuerung sind nach § 1 GrEStG Rechtsvorgänge, die sich auf inländische Grundstücke beziehen. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG sind hierunter Grundstücke im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen. Zum Grundstück gehören deshalb sämtliche Bestandteile (§§ 93 bis 96 BGB). Gebäudebestandteile sind u. a. Heizungsanlagen, fest eingebaute Bad- und Sanitäreinrichtungen, Versorgungsleitungen für Strom, Wasser und Heizung und auch die Dacheindeckung.

2. Solaranlagen

Solaranlagen dienen der Wärmegewinnung durch Sonnenlicht. Diese Technik wird überwiegend zur Erwärmung von Wasser für den sanitären Bereich oder zur Raumheizung eingesetzt, meist zur Ergänzung der Wärmeversorgung. Heizungsanlagen sind regelmäßig Gebäudebestandteile. Der auf die Solaranlage entfallende Kaufpreisanteil gehört somit zur Gegenleistung.

3. Photovoltaikanlagen für den Eigenbedarf

Photovoltaikanlagen erzeugen Strom durch Sonnenenergie und sind – soweit sie nur der Stromerzeugung für den Eigenbedarf dienen – Gebäudebestandteil. Der entsprechende Kaufpreisanteil gehört somit ebenfalls zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage.

4. Photovoltaikanlagen im Rahmen eines Gewerbebetriebes

Zur Amortisation der hohen Anschaffungskosten einer Photovoltaikanlage wird der erzeugte Strom von den Grundstück-

¹⁴ BStBl II 2007, S. 192.

¹⁵ BFH, DStR 2008, 1784.

¹⁶ Vgl. hierzu *Gottwald*, DStR 2009, 1947.

¹⁷ Die Gegenleistung besteht in der Gewährung von Gesellschaftsrechten.

¹⁸ Vgl. hierzu *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 8 Rdnr. 86.

¹⁹ A. A. *Halaczinsky*, UVR 2009, 239.

²⁰ Vgl. Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 12.2.2008, MittBayNot 2008, 421 und Verfügung der LFD Erfurt v. 14.4.2008, NWB Nr. 23, Fach 1, 180.

besitzern jedoch meistens an einen Energieversorger geliefert. Soweit Photovoltaikanlagen im Rahmen eines Gewerbebetriebes genutzt werden, handelt es sich um Betriebsvorrichtungen, die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG *nicht* zum Grundstück gehören. Auf sie entfallende Kaufpreisteile gehören somit nicht zur Gegenleistung. Eine Ausnahme gilt jedoch für Dachziegel-Photovoltaikanlagen: Diese können zwar auch im Rahmen eines Gewerbebetriebes genutzt werden. Sie dienen jedoch gleichzeitig auch als Ersatz für eine ansonsten erforderliche Dacheindeckung (z. B. anstelle von Ziegel- oder Schiefereindeckung) und sind deshalb in entsprechender Auslegung des § 68 Abs. 2 Satz 2 BewG in das Grundvermögen einzubeziehen. Der entsprechende Kaufpreisteil gehört somit in jedem Fall zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung.²¹

V. Grunderwerbsteuerliche Auswirkungen von Ankaufs- bzw. Vorkaufsrechtsvermächtnissen

1. Grundstücksvermächtnis

Ein Grundstücksvermächtnis unterliegt als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Durch den Tod des Erblassers geht jedoch – anders als beim Erwerb durch Erbanfall – das Eigentum an dem vermachten Gegenstand nicht unmittelbar auf den Vermächtnisnehmer über. Zur Übertragung bedarf es vielmehr der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch. Dieser Rechtsvorgang ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG Grunderwerbsteuerbar, jedoch nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, obwohl sich die beiden steuerbaren Tatbestände, nämlich der der Erbschaftsteuer unterliegende Anfall des Vermächtnisses und die der Grunderwerbsteuer unterliegende Übereignung an den Vermächtnisnehmer rechtstechnisch nicht ganz decken.

2. Kaufrechtsvermächtnis

Besonderheiten gelten demgegenüber bei einem Kaufrechtsvermächtnis, bei dem der Erblasser dem Vermächtnisnehmer in einer Verfügung von Todes wegen einen Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags über ein Nachlassgrundstück einräumt.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung sollte der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbare Kauf des Grundstücks in Ausübung des Kaufrechtsvermächtnisses gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG nur dann Grunderwerbsteuerbefreit sein, wenn das Grundstück zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis erworben werden könne.²² War dem Bedachten jedoch lediglich das Recht zugewendet worden, das Grundstück zum Verkehrswert zu erwerben, so sollte – mangels Bereicherung des Vermächtnisnehmers – der infolge des Kaufrechtsvermächtnisses abgeschlossene Kaufvertrag nicht gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG befreit sein.²³

Demgegenüber wurde in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Kaufrechtsvermächtnis nur *insoweit* von der Grunderwerbsteuer befreit sei, als unter Verkehrswert erworben werden könne. Für das im Übrigen zu zahlende Entgelt sei dagegen – wie bei gemischten Schenkungen – Grunderwerbsteuer zu erheben, solange keine sonstigen

persönlichen Befreiungsvorschriften (z. B. Eltern-Kind-Verhältnis) existierten.

Entgegen der beiden vorgenannten Meinungen der Finanzverwaltung und der Literatur stellt der BFH in seinem Urteil nunmehr jedoch – für den Steuerpflichtigen erfreulich – klar, dass nicht nur der Grundstückserwerb durch ein reines Sachvermächtnis, sondern auch derjenige aufgrund eines Kaufrechtsvermächtnisses generell von der Grunderwerbsteuer befreit ist.²⁴ Zu diesem Ergebnis gelangt das Gericht, indem es unterstellt, dass Erwerbsgegenstand eines grundstücksbezogenen Kaufrechtsvermächtnisses die aufschiebend bedingte Forderung des Vermächtnisnehmers gemäß § 2174 BGB gegen den Beschwerten auf Übertragung des betroffenen Grundstücks und nicht etwa – wie bis dahin allgemein angenommen – ein Gestaltungsrecht sei. Durch diesen juristischen Schachzug konnte ein Einklang zur erbschaftsteuerlichen Betrachtung, insbesondere zum Urteil des BFH vom 13.8.2008²⁵ hergestellt werden. Folglich sind künftig sämtliche Grundstücksübertragungen in Erfüllung von Kaufrechtsvermächtnissen von der Grunderwerbsteuer befreit, unabhängig davon, ob der Vermächtnisnehmer das Recht hat, das Grundstück zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis oder zum Verkehrswert zu erwerben.²⁶

3. Vorkaufsrechtsvermächtnis

Demgegenüber ist nach Ansicht des BFH Vermächtnisgegenstand bei einem Vorkaufsrechtsvermächtnis nach wie vor ein Gestaltungsrecht und nicht etwa ein aufschiebend bedingtes Recht auf Übertragung eines Grundstücks. Das Gericht begründet dies damit, dass es bei einem Kaufrechtsvermächtnis nicht mehr des Abschlusses eines Kaufvertrags bedürfe, um den – aufschiebend bedingten – Übereignungsanspruch gegen den Beschwerten entstehen zu lassen. Demgegenüber sei bei einem Vorkaufsrechtsvermächtnis lediglich ein Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts gegeben. Dieser Anspruch sei mit Bewilligung und Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch erfüllt, so dass der durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommende Kaufvertrag als neuer Rechtsvorgang nicht mehr unter die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG falle.

VI. Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2 GrEStG auf ausländische Gesellschaften

Geht ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand über, so wird nach § 5 Abs. 2 GrEStG die Steuer in Höhe des Anteils nicht erhoben, zu dem der Veräußerer am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Nach Auffassung der für Verkehrssteuern zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden der Länder ist die Regelung auch auf ausländische Gesellschaften anzuwenden, sofern es sich dabei um Gesamthandsgemeinschaften i. S. d. § 5 GrEStG handelt. Zur Entscheidung dieser Frage kann die mit Schreiben des BMF vom 24.12.1999 (BStBl I 1999, S. 1076) veröffentlichte Auf-

²⁴ ZEV 2009, 48 m. Anm. Gottwald.

²⁵ ZEV 2008, 550 m. Anm. M. Fischer, DStR 2008, 1830.

²⁶ Im Hinblick darauf, dass § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sowohl Erwerbe von Todes wegen als auch lebzeitige Schenkungen i. S. d. ErbStG von der Grunderwerbsteuer befreit, würde bei konsequenter Anwendung der BFH-Rechtsprechung auch die schenkweise Einräumung eines Ankaufsrechtes dazu führen, dass die Übertragung des Grundstücks in Erfüllung des Ankaufsrechtes Grunderwerbsteuerbefreit wäre. Im Hinblick auf die Ungewöhnlichkeit dieser Gestaltung liegt hier allerdings ein Gestaltungsmissbrauch nahe; so jedenfalls BFH-Vizepräsident Viskorf anlässlich der 7. Jahresarbeitsstagung des Notariats.

²¹ Vgl. hierzu auch Gottwald, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 53.

²² FinMin Baden-Württemberg v. 26.6.2003, 3 – S 4505/16, ZEV 2003, 325; DStR 2003, 1169.

²³ Pahlke/Franz, GrEStG, § 3 Rdnr. 57 m. w. N.

listung (Anhang Tabelle 1 und 2) von ausländischen Gesellschaften herangezogen werden.²⁷

VII. Einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 3 GrEStG bei fehlender Missbrauchsgefahr

Durch § 5 Abs. 3 GrEStG soll Gestaltungen entgegengewirkt werden, in denen durch eine Kombination eines nach § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 GrEStG steuerbegünstigten Einbringungsverfahrens mit einem nicht der Grunderwerbsteuer unterliegenden Wechsel im Personenbestand einer Gesamthand fremde Dritte wertmäßig an dem Grundstück beteiligt werden. In der Literatur wurde hierzu frühzeitig die Meinung vertreten, dass § 5 Abs. 3 GrEStG einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass trotz der Aufgabe der gesamthänderischen Mitberechtigung bzw. der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des das Grundstück einbringenden Gesamthänders die Vergünstigungen nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG nicht nachträglich entfallen, wenn die vom Gesetz vorausgesetzte Steuerumgehung objektiv ausscheidet.²⁸ Dies ist der Fall, wenn der Vorgang, durch welchen der grundstückseinbringende Gesamthänder seine Mitberechtigung verliert bzw. vermindert, selbst wieder der Grunderwerbsteuer unterliegt. In einem solchen Fall fehlt es nämlich an dem vom Gesetz vorausgesetzten, keinen Grunderwerbsteueratbestand erfüllenden Ausscheiden des Grundstücks aus dem Grunderwerbsteuerrechtlichen Zuordnungsbereich des Gesamthänders. Dieser Literaturmeinung hat sich inzwischen die Finanzverwaltung mit Erlass vom 19.11.2008 angeschlossen.²⁹ Mit einem weiteren Erlass vom 25.5.2009³⁰ hat die Finanzverwaltung außerdem klargestellt, dass die Sichtweise zu § 5 Abs. 3 GrEStG entsprechend für den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG gilt.

Abweichend von der Literaturauffassung steht die Finanzverwaltung allerdings auf dem Standpunkt, dass eine objektive Missbrauchsgefahr nur dann entfallt, wenn der Vorgang, durch welchen der grundstückseinbringende Gesamthänder seine Mitberechtigung verliert bzw. vermindert, nicht nur *grunderwerbsteuerbar*³¹, sondern auch *grunderwerbsteuerpflichtig*³² ist. Ist dagegen der Verlust bzw. die Verminderung der gesamthänderischen Mitberechtigung selbst von der Grunderwerbsteuer *befreit*³³, so sei der ursprüngliche Einbringungsvergang gleichwohl nachzubesteuern.³⁴

Hierzu wird folgender Fall behandelt:³⁵ Ein Gesamthänder hat ein Grundstück in eine KG eingebracht, an der er vermögensmäßig zu 100 % beteiligt ist. Grunderwerbsteuer für diesen Vorgang ist nach § 5 Abs. 2 GrEStG zunächst nicht erhoben worden. Vor Ablauf von fünf Jahren nach der Einbringung überträgt der Gesamthänder einen Gesellschaftsanteil im Wege der Schenkung auf seine Lebensgefährtin. Lösung:

27 FinMin Baden-Württemberg, Erlass v. 30.10.2008, DB 2008, 2455.

28 Vgl. *Viskorf*, DStR 2001, 1104.

29 SenFin Berlin, DStR 2009, 434.

30 SenFin Berlin, DStR 2009, 1313.

31 Die Steueratbestände sind in § 1 GrEStG abschließend geregelt.

32 SenFin Berlin, Erlass v. 19.11.2008, DStR 2009, 434.

33 Die wichtigsten Befreiungsvorschriften finden sich in den §§ 3 bis 7 GrEStG.

34 Demgegenüber stellt der Folgeerlass zu § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG auf die Steuerbarkeit des Rechtsvorganges ab, durch den sich die Beteiligungsquote vermindert, und nicht wie der Erlass v. 19.11.2008 auf die Grunderwerbsteuerpflicht; vgl. SenFin Berlin, Erlass v. 25.5.2009, DStR 2009, 1313.

35 SenFin Berlin, Erlass v. 19.11.2008, DStR 2009, 434.

Nach Auffassung der für Verkehrssteuern zuständigen Vertreter der obersten Finanzbehörden der Länder sei das im Bezugserlass genannte BFH-Urteil vom 12.10.2006³⁶ für den vor genannten Sachverhalt nicht einschlägig. Die zunächst nach § 5 Abs. 2 GrEStG nicht erhobene Grunderwerbsteuer sei gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG entsprechend dem schenkweise übertragenen Gesellschaftsanteil anteilig nachzuerheben.

Gegen das von dieser Auffassung abweichende Urteil des FG Saarland von 12.8.2008³⁷ ist ein Revisionsverfahren beim BFH anhängig.³⁸ Der Erlass steht auch im Widerspruch zu dem Gerichtsbescheid des FG Nürnberg vom 1.4.2008.³⁹ Nach Auffassung des FG Nürnberg bleibt die Einbringung eines Grundstücks in eine KG selbst dann Grunderwerbsteuerfrei, wenn der Kommanditanteil innerhalb von fünf Jahren nach Einbringung unentgeltlich weitergegeben wird, sofern die Beschenkten ihre Gesellschafterstellung im maßgebenden Fünfjahreszeitraum des § 5 Abs. 3 GrEStG aufrechterhalten.

Während die Finanzverwaltung somit darauf abstellt, ob die Übertragung nicht nur *steuerbar*, sondern auch *steuerpflichtig* ist, lehnen die vorbezeichneten Finanzgerichte die objektive Gefahr des Missbrauchs bereits dann ab, wenn die Reduzierung der Gesellschaftsbeteiligung für sich genommen *steuerbar*, möglicherweise aber nach § 3 Nr. 2 GrEStG (oder nach einer sonstigen Befreiungsvorschrift) von der Steuer befreit ist, solange der befreite Erwerber in die Fünfjahresfrist seines Rechtsvorgängers eintritt. Es ist wohl davon auszugehen, dass sich auch der BFH der letztgenannten Auffassung anschließt, da nach ganz herrschender Ansicht die Befreiungsvorschriften des § 3 GrEStG auch im Bereich des § 5 Abs. 3 GrEStG Anwendung finden.⁴⁰

Zu beachten ist ferner, dass § 5 Abs. 3 GrEStG zu einer Nachbesteuerung der ursprünglichen Einbringung führt, so dass auch hinsichtlich der Bemessungsgrundlage auf diesen Vorgang abzustellen ist und nicht auf die spätere (beteiligungsreduzierende) Übertragung der Gesellschaftsanteile.

VIII. Neues zu § 16 GrEStG

Wird ein Erwerbsvorgang rückgängig gemacht, bevor das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist, so wird auf Antrag die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Rückgängigmachung durch Vereinbarung, durch Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder eines Wiederkaufsrechts innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) oder wenn die Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden und der Erwerbsvorgang deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG).

Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück (nach bereits erfolgtem Eigentumsübergang) zurück, so wird auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht

36 BStBl II 2006, S. 409 = ZEV 2007, 140 m. Anm. *Gottwald*.

37 II K 2417/04, Beck RS 2001, 26025786.

38 II R 58/08.

39 DStR 2008, S. X (rechtskräftig).

40 Vgl. bereits BFH, DStR 2003, 777; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 536 m. w. N. Die Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG entfällt daher beispielsweise auch dann nicht, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück in eine KG einbringt und anschließend innerhalb der Fünfjahresfrist seine Gesellschaftsanteile an seine Ehefrau oder Kinder überträgt (vgl. § 3 Nr. 4 bzw. Nr. 6 GrEStG), sofern der Erwerber seine Gesellschafterstellung in der verbleibenden Fünfjahresfrist unverändert aufrechterhält.

festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn der Rückwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet. Ist für den Rückwerb eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich, so muss innerhalb der Frist die Auflassung erklärt und die Eintragung im Grundbuch beantragt werden (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 GrEStG). § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG sieht eine vergleichbare Begünstigung vor, wenn das dem Erwerbsvorgang zugrundeliegende Rechtsgeschäft nichtig oder infolge einer Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG begünstigt (entsprechend § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) den Fall, dass die Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden und das Rechtsgeschäft deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird.

Bei einer Rückgängigmachung eines Grundstückskaufvertrages und zeitnahe erneuten Verkauf des Objektes an einen Dritten gibt es unterschiedliche Auffassungen über die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG, insbesondere wenn der Ersterwerber ein gewisses Interesse am Grundbesitzerwerb durch den Zweiterwerber hat oder diesem nahe steht. Die die Erstattung der Grunderwerbsteuer rechtfertigende Rückgängigmachung des Erstgeschäfts setzt nach der Rechtsprechung des BFH voraus, dass „sich die Vertragspartner derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen, dass die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Ersterwerber verbleibt, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtstellung wieder erlangt“.⁴¹ Der Erwerber dürfe seine Position aus dem Kaufvertrag noch nicht verwertet haben bzw. nach der Vertragsaufhebung nicht mehr zu einer Verwertung des Grundstücks in der Lage sein.⁴²

Wird ein Grundstück im Zusammenhang mit der Rückgängigmachung des Erstkaufs an einen Dritten weiterveräußert, hängt die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG zunächst weiter davon ab, ob „für den früheren Erwerber trotz der Vertragsaufhebung die Möglichkeit der Verwertung einer aus dem rückgängig gemachten Erwerbsvorgang herzuleitenden Erwerbsposition verblieben und der Verkäufer demgemäß nicht aus seinen Bindungen entlassen war.“⁴³ Aber auch die Verwertung an sich schließt die Anwendung des § 16 GrEStG erst dann aus, wenn der Ersterwerber die ihm verbliebene Rechtsposition in seinem eigenen (wirtschaftlichen) Interesse tatsächlich verwertet hat.

1. Zweiterwerb durch einen fremden Dritten

Sofern der Ersterwerber den Kaufpreis nicht aufbringen kann, die Beteiligten einen Aufhebungsvertrag abschließen und in derselben Urkunde der Verkäufer das Grundstück zu einem geringeren Kaufpreis an einen Dritten weiterveräußert, kommt es nach Auffassung des BFH darauf an, ob der Ersterwerber auf der Grundlage einer ihm aus dem Erwerbsvorgang verbliebenen Rechtsposition Einfluss auf die Weiterveräußerung des Grundstücks ausüben konnte und auch tatsächlich ausgeübt hat. Sofern dies der Fall ist, ist ferner zu prüfen, ob der Ersterwerber eine ihm verbliebene Rechtsposition bei der Weiterveräußerung des Grundstücks an den Dritten tatsächlich im eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet hat.⁴⁴ Dieses Urteil könnte so zu verstehen sein, dass es nach Ansicht des BFH auf die Verwertung einer dem Erstkäufer verbliebenen Rechtsposition entsprechend § 1 Abs. 2 GrEStG

aus dem ursprünglichen Kaufvertrag ankommt;⁴⁵ teilweise wird in der Literatur aus dem Urteil sogar abgeleitet, dass der BFH von früheren Entscheidungen abgerückt sei, in denen er noch auf die Wertungen des § 1 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 GrEStG abgestellt hatte.⁴⁶

§ 1 Abs. 2 GrEStG erfasst solche Rechtsvorgänge, durch die ohne Übertragung des Eigentums Eigentümerbefugnisse auf einen anderen übergehen, indem diesem eine wirtschaftliche Stellung ähnlich der des Eigentümers verschafft wird. Die Verwertungsmöglichkeit i. S. v. § 1 Abs. 2 GrEStG wird erworben, wenn der Verwertungsberechtigte an der ganzen Substanz der Immobilie seinem Wert nach teilhat.⁴⁷ Erfasst werden auch solche Fälle, in denen die einem anderen als dem Eigentümer durch Rechtsgeschäft eingeräumten Einwirkungsmöglichkeiten dem rechtlichen Eigentum nahe kommen und über die Befugnisse eines Mieters oder Pächters hinausgehen. Der Erwerber muss sämtliche sonst dem Eigentümer zustehenden Vorteile ziehen können und zugleich die den Eigentümer treffenden Lasten zu tragen haben.⁴⁸ Damit geht der Tatbestand von § 1 Abs. 2 GrEStG über die für die Erfüllung von § 1 Abs. 1 Nr. 6 und 7 GrEStG geforderte Verwertung des Kaufangebots zum Nutzen der eigenen (sonstigen, also nicht notwendig grundstücksbezogenen) wirtschaftlichen Interessen hinaus.

Folgt man der erstgenannten Auffassung, wonach nur noch auf die Wertungen des § 1 Abs. 2 GrEStG abzustellen ist, so reicht es für die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG aus, wenn der Ersterwerber keine grundstücksbezogenen wirtschaftlichen Interessen an der Weiterveräußerung verfolgt. Stellt man dagegen auf die Wertung des § 1 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 GrEStG ab, so ist für die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG zusätzlich erforderlich, dass der Ersterwerber auch keine sonstigen wirtschaftlichen Interessen (z. B. am Abschluss weiterer Verträge mit dem Zweitkäufer) verfolgt. M. E. darf der Ersterwerber an der Weiterveräußerung weder ein Interesse i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG (grundstücksbezogenes Eigeninteresse) noch ein sonstiges Interesse i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 GrEStG haben;⁴⁹ andernfalls droht immer ein Scheitern des Antrags nach § 16 GrEStG.

2. Zweiterwerb durch Gesellschafter-Geschäftsführer (ohne Eigeninteresse des Erstkäufers)

Nach einem früheren BFH-Urteil vom 4.12.1985⁵⁰ hinderte das Stellen eines Ersatzkäufers durch den Erwerber eines Grundstücks (GmbH), um von dem Kauf frei zu kommen, nicht die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG, wenn daraufhin der ursprüngliche Kaufvertrag aufgehoben und das Grundstück an den Ersatzkäufer (den Gesellschafter-Geschäftsführer der Erstkäuferin) veräußert wurde. In dieser Entscheidung stellte der BFH noch auf die Wertungen des § 1 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 GrEStG ab. Danach hinderte die Auswechslung des Käufers die Anwendung des § 16 GrEStG nicht, „mag sie auch einer Abtretung der Rechte des Käufers an den Dritten gleichkommen; denn die Nr. 6 und 7 von § 1 Abs. 1 GrEStG erfassen ihrerseits eine solche Abtretung erst dann, wenn sie einen Zwischenerwerb ersetzt oder eigenen wirtschaftlichen Interessen des Abtretenden dient, d. h., wenn der Abtretende

⁴¹ BFH/NV 1996, 260.

⁴² BFH/NV 1996, 260.

⁴³ BFH, BStBl II 2007, S. 726.

⁴⁴ BFH, BStBl II 2003, S. 770.

⁴⁵ Behrens/Schmitt, UVR 2008, 371.

⁴⁶ Behrens/Schmitt, UVR 2008, 371 m. w. N.

⁴⁷ BFH, BStBl II 1999, S. 493.

⁴⁸ Classen, UVR 2008, 207.

⁴⁹ So auch BFH-Vizepräsident Viskorf anlässlich der 7. Jahrestagung des Notariats.

⁵⁰ BStBl II 1986, S. 271.

Wert darauf legt, den Abtretungsempfänger zu bestimmen.“⁵¹ Nicht steuerbar sei dagegen die Abtretung, wenn der Eigentümer des Grundstücks dieses auf jeden Fall verkaufen will und daher vom Käufer die Präsentation eines Ersatzkäufers verlangt. Greifen in einem solchen Fall § 1 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 GrEStG nicht ein, so könne auch hier die Anwendung von § 16 GrEStG nicht verweigert werden. Allerdings trage der Käufer die objektive Beweislast dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der begehrten Steuerbefreiung nach § 16 GrEStG vorliegen. Der Steuerschuldner habe also eine erhöhte Pflicht zur Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts, weil er am ehesten die Interessenlage kenne.⁵² Allerdings forderte der BFH zudem das Instanzgericht auf, zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 42 AO vorlägen.⁵³

3. Zweiterwerb durch Tochtergesellschaft (bei eigenem wirtschaftlichen Interesse des Erstkäufers)

In dem dem BFH-Urteil vom 25.4.2007⁵⁴ zugrundeliegenden Sachverhalt schlossen der Erstkäufer und der Verkäufer einen notariellen Grundstückskaufvertrag. Später vereinbarten sie die Aufhebung des Vertrags, wobei der Verkäufer die bisher gezahlten Raten zurückzahlen sollte und der Erstkäufer die Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung bewilligte und die Löschung beantragt wurde. Mit weiterem, durch denselben Notar am gleichen Tag beurkundeten Vertrag erwarb eine GmbH, an der der Erstkäufer zu 70 % beteiligt war und für die der Erstkäufer als Vertreter auftrat, das Grundstück vom Verkäufer.

Hier bestätigte der BFH, dass dem Erstkäufer bezüglich des Grundstücks aufgrund des Ablaufs des Beurkundungsverfahrens (Aufhebungs- und Weiterveräußerungsvertrag an einem Tag) eine Rechtsposition aus dem ursprünglichen Kaufvertrag verblieben war, die er durch seine Mitwirkung an der Weiterveräußerung als Gesellschafter-Geschäftsführer der Zweitkäuferin verwertet habe. Gleichwohl hob der BFH das erstinstanzliche Urteil, in welchem die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG verneint wurde,⁵⁵ auf und verwies die Sache zurück. Zu prüfen sei nämlich, ob der Erstkäufer in Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen gehandelt habe. Zwar spreche wegen seiner Stellung als maßgeblicher Gesellschafter-Geschäftsführer der Zweitkäuferin der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass er im eigenen wirtschaftlichen Interesse an der Weiterveräußerung mitgewirkt habe. Die wegen der schweren Absetzbarkeit des Grundstücks gescheiterten Bemühungen des Erstkäufers, einen Dritten als Ersatzkäufer zu finden und der Umstand, dass er im Notartermin zugleich für sich als auch als Vertreter der Zweitkäufer-GmbH gehandelt hat, deuteten darauf hin, dass er die wirtschaftlichen Folgen des für ihn ungünstigen Erwerbs in den betrieblichen Bereich der Zweitkäufer-GmbH verlagern wollte und dadurch eigene wirtschaftliche Interessen verfolgte. Weil der Anscheinsbeweis widerlegbar sei, müsse dem Erstkäufer aber noch Gelegenheit gegeben werden, diesen zu entkräften.

M. E. wäre der Anscheinsbeweis widerlegt, wenn der Erstkäufer, der zugleich 70 %iger Gesellschafter der Zweitkäufer-GmbH ist, nachweisen könnte, dass seine Mitwirkung nur auf einem sich allein aus der Gesellschafterstellung ergebenden

Interesse beruhte. *Mittelbare Vorteile*, die dem Benennungsberechtigten infolge der Ausübung des Benennungsrechts allein aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der benannten Gesellschaft zufallen, reichen nämlich für die Verwirklichung des Tatbestands von § 1 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 GrEStG ebenfalls nicht aus. Nach Ansicht des BFH muss bei den Gesellschaftern vielmehr durch die Ausübung des Benennungsrechts ein konkreter Vermögensvorteil eintreten, der über ihr Interesse als Gesellschafter hinausreicht.⁵⁶ Ginge es dem Erstkäufer aber – wie der Sachverhalt nahe legt – darum, die negativen wirtschaftlichen Folgen des Erstgeschäfts von sich abzuwenden, bedeutete die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags für ihn zwar einen Vermögensvorteil. Dies dürfte aber die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG noch nicht ausschließen. Schließlich entspricht dieses Freiwerden zumindest wohl dann noch nicht der Ausnutzung einer eigenen Verwertungsbefugnis, wenn der Erstkäufer nur erreichen will, dass er wieder so steht, als habe er das Erstgeschäft nicht abgeschlossen.⁵⁷

4. Beseitigung der Auflassungsvormerkung

Neben der zivilrechtlichen ist auch die tatsächliche Aufhebung des den Steuertatbestand erfüllenden Rechtsgeschäfts erforderlich. Alle aus dem Erwerbsvorgang entstandenen Leistungsbeziehungen müssen rückgängig und alle sonstigen Beziehungen tatsächlicher und rechtlicher Art zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, die von Grunderwerbsteuerrechtlicher Bedeutung sind, müssen beseitigt werden.⁵⁸ Einer die Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids rechtfertigenden Rückgängigmachung i. S. d. § 16 GrEStG steht es jedoch nicht entgegen, dass im Rahmen der Rückabwicklung der Verkäufer vereinbarungsgemäß einen Teil des Kaufpreises des Erstkäufers als Entgelt für den Rücktritt erhält, der Verkäufer die Stellung eines Ersatzkäufers verlangt oder der Erstkäufer die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen behält und angefallene Lasten endgültig trägt.⁵⁹ Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Erstkäufer dem Verkäufer in der Zwischenzeit vereinnahmte Mieten auszahlt und der Verkäufer den Kaufpreis einschließlich einer Verzinsung zurückgewährt.

Mit Urteil vom 1.7.2008⁶⁰ hat der BFH anerkannt, dass es ausreiche, wenn der Erwerber des Grundstücks dem Veräußerer hinsichtlich der Auflassungsvormerkung eine Löschungsbewilligung in grundbuchrechtlich gebotener Form erteilt habe und der Veräußerer über sie frei und ohne Einflussnahme seitens des Erwerbers verfügen könne. Eine Auflassungsvormerkung stehe deshalb der Rückgängigmachung eines Kaufvertrags schon dann nicht mehr entgegen, wenn dem Veräußerer eine Löschungsbewilligung erteilt ist, von der dieser frei und unbeeinflusst durch den Ersterwerber Gebrauch machen kann.

In einem weiteren Urteil vom 30.6.2008⁶¹ erkannte der BFH die Aufrechnung mit einer Gegenforderung als im Rahmen von § 16 GrEStG ausreichende Rückgewähr der Teilzahlung an, wenn die Gegenforderung besteht und eine Aufrechnungslage gegeben ist; eine vergleichsweise Einigung auf eine Gegenforderung des Veräußerers reiche demgegenüber nicht aus.⁶²

⁵¹ BFH, BStBl II 1986, S. 271 unter Hinweis auf BFH, BStBl II 1980, S. 525.

⁵² Behrens/Schmitt, UVR 2008, 372.

⁵³ Vgl. hierzu nachfolgende Ziffer 5.

⁵⁴ BStBl II 2007, S. 726.

⁵⁵ FG Münster, EFG 2005, 1213.

⁵⁶ BFH, BStBl II 2000, S. 359.

⁵⁷ Ebenso Behrens/Schmitt, UVR 2008, 374.

⁵⁸ BFH/NV 2006, 615.

⁵⁹ Behrens/Schmitt, UVR 2008, 375 m. w. N.

⁶⁰ BStBl II 2008, S. 882.

⁶¹ UVR 2008, 330.

⁶² Vgl. hierzu auch Behrens/Schmitt, UVR 2008, 375 Fn. 31.

M. E. ist aus den vorstehend zitierten BFH-Urteilen Folgendes abzuleiten: Sofern in aufeinanderfolgenden Urkunden Vertragsaufhebung und Weiterverkauf erfolgen (also an einem einzigen Tag beim gleichen Notar) besteht allein aufgrund des gewählten Verfahrens eine besonders starke Vermutung für ein wirtschaftliches Interesse des Ersterwerbers an der Weiterveräußerung, so dass an die Exkulpation des Ersterwerbers höhere Anforderungen zu stellen sind. Gleichwohl kann der Entlastungsbeweis gelingen, selbst wenn die Auflassungsvormerkung des Erstkäufers im Zeitpunkt des Weiterverkaufs noch nicht im Grundbuch gelöscht ist. Es reicht vielmehr aus, wenn in der Vertragsaufhebungsurkunde (Urkunde 1) eine auflagenfreie Löschungsbewilligung erteilt wird. Dann kann in Urkunde 2 unmittelbar weiterverkauft werden. Werden dagegen Aufhebungsvertrag und Weiterverkauf in getrennten Urkunden mit einem gewissen zeitlichen Abstand (mehrere Tage sollten ausreichen) beurkundet, so dürften die Beweisanforderungen an den Erstkäufer, dass er keine eigenen wirtschaftlichen Interessen an der Weiterveräußerung hatte, nicht mehr so stark sein. Je länger der zeitliche Abstand ist, umso eher dürfte der Entlastungsbeweis gelingen.

5. Das Verhältnis von § 16 GrEStG zu § 42 AO

In früheren Urteilen deutete der BFH an, dass die Einflussnahme eines Dritten auf die Rückgängigmachung des Erstverkaufs einen Gestaltungsmissbrauch i. S. v. § 42 AO begründen könne.⁶³ M. E. kann jedoch die Beteiligung des das Grundstück im zeitlichen Zusammenhang mit der Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrags vom ursprünglichen Verkäufer erwerbenden Dritten nicht dazu führen, dass die Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrags einen Gestaltungsmissbrauch darstellt. Es ist vielmehr ausschließlich zu prüfen, ob dem Erstkäufer aus dem ursprünglichen Kaufvertrag eine der Wertungsbefugnis i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG (bzw. nach weitergehender Ansicht i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 6 und 7 GrEStG) vergleichbare Rechtsposition verblieb, die er im Zusammenhang mit der Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrags und der Weiterveräußerung des Grundstücks durch den ursprünglichen Verkäufer an den Dritten tatsächlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübt hat. Ist dies nicht der Fall, stellt die Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung einen in § 16 GrEStG gesetzlich vorgesehenen Steuervorteil i. S. d. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO dar.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem sog. Tausch mit dem Bauträger beispielsweise auch um eine Konstellation handelt, die unstreitig unter § 16 GrEStG – und nicht unter § 42 AO – subsumiert wird, bei der aber die Veräußerung eines zu bebauenden Grundstückes durch den Eigentümer an den Bauträger und der Rückerwerb der bebauten Eigentumswohnung vom Bauträger durch den ursprünglichen Veräußerer von vornherein geplant waren.⁶⁴ Zwar unterliegt sowohl der Erwerb des Bauträgers als auch der Rückerwerb des Grundstückseigentümers (jeweils bezogen auf den Wert des erworbenen Grundbesitzes) der Grunderwerbsteuer; sofern Erwerb und Rückerwerb zeitlich gedrängt abgewickelt werden, kann jedoch der Vorgang dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG unterfallen. Die Finanzverwaltung wendet die Vorschrift nämlich nicht nur auf „verunglückte“ Fälle an, sondern auch, wenn

die Rückgabe eines Teils des veräußerten Grundstücks von vornherein geplant war.

IX. Übersendung grunderwerbsteuerlich relevanter Unterlagen an die unzuständige Dienststelle

Der Notar genügt nach Auffassung des BFH seiner Anzeigepflicht gemäß § 18 Abs. 5 GrEStG nicht, wenn er die Urkunde über den Erwerbsvorgang an die Körperschaftsteuerstelle (und nicht zusätzlich an die Grunderwerbsteuerstelle) versendet.⁶⁵ Dieser Fehler passiert häufig, wenn Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland beurkundet werden. In dem Urteil hatte der Notar eine beglaubigte Abschrift der von ihm beurkundeten Geschäftsanteilsabtretung über sämtliche Geschäftsanteile einer Grundbesitz haltenden GmbH lediglich der Körperschaftsteuerstelle, nicht aber der Grunderwerbsteuerstelle angezeigt. Letztere erfuhr von dem Erwerbsvorgang erst aufgrund einer Außenprüfung sechs Jahre später und erließ daraufhin einen auf § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG gestützten Grunderwerbsteuerbescheid. Der dagegen klagende Anteilserwerber berief sich (vergeblich) auf Festsetzungsverjährung.

Bei der Geschäftsanteilsabtretung hatte der Notar zwei voneinander zu trennende Anzeigepflichten zu beachten: Die gemäß § 54 EStDV vorgeschriebene Anzeige gegenüber dem Betriebsfinanzamt (§ 20 AO) und die Anzeige nach § 18 Abs. 5 GrEStG gegenüber dem Grunderwerbsteuerfinanzamt. Eine Verletzung der grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflicht durch den Notar kann strafrechtliche Folgen haben, da der Notar u. U. eine leichtfertige Steuerverkürzung oder eine (vorsätzliche) Steuerhinterziehung begehen kann. Dadurch verlängert sich die Festsetzungsfrist von regelmäßig vier Jahren automatisch auf fünf bzw. zehn Jahre.⁶⁶ Zudem wird die Festsetzungsfrist durch eine Anzeige des beurkundenden Notars nach § 170 Abs. 2 Nr. 1 AO nur dann in Gang gesetzt, wenn diese den Anforderungen des § 20 GrEStG entspricht und an die Grunderwerbsteuerstelle des zuständigen Finanzamts gerichtet ist.⁶⁷ Sofern der Notar lediglich die Anzeige gegenüber der Körperschaftsteuerstelle vornimmt, kann laut Auffassung des BFH nicht angenommen werden, das Grunderwerbsteuerfinanzamt habe auf andere Weise als durch eine Anzeige ausreichende Kenntnis von dem Erwerbsvorgang erlangt.

X. Keine grunderwerbsteuerpflichtige Zwischenhändlerfähigkeit einer Bank

Eine Bank, die als Darlehensgläubigerin für den insolvent gewordenen Bauunternehmer aufgrund eines vertraglich eingeräumten Kaufangebots Dritte als Käufer für das von ihr finanzierte Bauprojekt benennt, handelt nicht als Zwischenhändler i. S. d. GrEStG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 bzw. § 1 Abs. 2 GrEStG). Die vertraglich eingeräumte uneingeschränkte Möglichkeit, das Grundstück zum eigenen Vorteil weiterzugeben, indiziert grundsätzlich die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen. Diese Indizwirkung entfällt jedoch, wenn sich das Interesse eines Grundpfandgläubigers von vornherein auf einen Mittelzufluss beim Schuldner zur Bedienung ausstehender Verbindlichkeiten beschränkt.⁶⁸ Dies gilt selbst dann, wenn der Grundpfandgläubiger mit eigenen

⁶⁵ BFH, notar 2008, 376.

⁶⁶ Vgl. hierzu FG Baden-Württemberg, EFG 2004, 867 m. w. N.

⁶⁷ Vgl. *Ihle*, notar 2008, 377. Zur möglichen Notarhaftung *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 1047 ff.

⁶⁸ BFH/NV 2009, 788.

⁶³ BStBl II 1986, S. 271 u. BStBl II 1988, S. 296.

⁶⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Albrecht*, DNotZ 1997, 269; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 990 ff.

Mitteln die Fertigstellung des Objekts alleine deshalb betreibt, um die wirtschaftliche Chance auf Rückzahlung der ausgereichten Kreditbeträge zu erhöhen. Ob die Durchführung der auf Fertigstellung des Objekts gerichteten Baumaßnahmen für Rechnung des Grundpfandgläubigers oder des Eigentümers (Schuldners) erfolgt, ist insoweit unerheblich.

XI. Zusammenfassung

Geklärt ist, dass die Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk nicht europarechtswidrig ist. Allerdings könnten die Bewertungsvorschriften des BewG, die gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG nach wie vor für bestimmte Grunderwerbsteuerfälle gelten, verfassungswidrig sein. Nicht nur Schenkungen unter Leistungsaufgaben, sondern auch solche unter Nutzungs- oder Duldungsaufgaben sind seit Abschaffung des § 25 ErbStG a. F. wie gemischte Schenkungen in der Grunderwerbsteuer zu behandeln. Beim Verkauf von Grundstücken mit Solar- bzw. Photovoltaikanlagen hat die Finanzverwaltung eindeutig Stellung bezogen. Die Rechtsprechung des BFH lässt gewisse Grunderwerbsteuerliche Gestaltungsspielräume bei der Ein-

räumung von Ankaufsrechtsvermächtnissen im Gegensatz zu Vorkaufsrechtsvermächtnissen zu. § 5 Abs. 2 GrEStG gilt auch für ausländische Gesamthandsgemeinschaften. § 5 Abs. 3 GrEStG ist infolge einer teleologischen Reduktion nicht anwendbar, wenn ein Missbrauch objektiv ausscheidet. Im Bereich des § 16 GrEStG gibt es Tendenzen, die einen zeitnahen Weiterverkauf nach der Aufhebung des Erstkaufs ermöglichen; insbesondere muss die Auflassungsvormerkung des Ersterwerbers im Grundbuch nicht mehr vor dem Weiterverkauf gelöscht worden sein. Allerdings sind erhebliche objektive Beweislastregelungen im Hinblick auf ein mögliches schädliches Eigeninteresse des Ersterwerbers am Weiterverkauf zu beachten, die leider auch in Zukunft erhebliche Unsicherheiten heraufbeschwören. Die Übersendung grunderwerbsteuerlich relevanter Unterlagen an die Körperschaftsteuerstelle reicht nicht für die Erfüllung der grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflichten aus. Eine Bank übt keine grunderwerbsteuerpflichtige Zwischenhändler Tätigkeit aus, wenn ihr Interesse lediglich auf einen Mittelzufluss beim Schuldner zur Bedienung seiner ausstehenden Verbindlichkeiten gerichtet ist.

Behindertentestament und Heimgesetz

– Bestandsaufnahme und Update –

Von Notar *Lorenz Spall*, Annweiler am Trifels

Das heimrechtliche Verbot von Zuwendungen an Heimträger oder -beschäftigte zugunsten von Heimbewohnern bzw. Heimbewerbern, wie es bisher in § 14 HeimG niedergelegt ist, war schon in der Vergangenheit ein schwer zu beherrschender „Störfaktor“ bei der Errichtung von Behindertentestamenten. Neue Landesheimgesetze als landesrechtliche Nachfolgeregelungen zum bisherigen Heimgesetz, namentlich das Bayerische Pflege- und Wohnqualitätsgesetz (BayPfleWoqG), aber auch das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) als neue bürgerlichrechtliche Regelung bisheriger Aspekte des Heimgesetzes durch den Bund sowie eine Entscheidung des VG Würzburg¹, zur Anwendung von § 14 HeimG bei der Errichtung eines Behindertentestaments machen es notwendig, sich erneut² mit diesem spannungsreichen Verhältnis zu beschäftigen.

I. Problemhintergrund

Gerade in Familien, die neben einem Kind mit Behinderung keine weiteren Abkömmlinge haben, besteht immer wieder der Wunsch, im Rahmen eines Behindertentestaments eine Organisation, die sich die Pflege oder Förderung von Menschen mit Behinderung zum Ziel gesetzt hat, als Nacherben, Ersatznacherben oder Ersatzerben einzusetzen. Häufig handelt es sich dabei um den Träger der Einrichtung, in der das Kind mit Behinderung lebt oder vermutlich irgendwann leben wird. Nicht selten soll auch eine Institution bedacht werden, die diesem Träger personell, wirtschaftlich oder von ihrer Zweckrichtung her eng verbunden ist, etwa eine rechtsfähige Stiftung, ein rechtsfähiger (Förder-)Verein oder eine (kirchliche) Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gelegentlich sollen anstelle der Institution selbst auch deren Leiter oder Bedienstete bedacht werden.

¹ MittBayNot 2009, 56 (in diesem Heft).

² Vgl. zuletzt die umfassende Darstellung von *Dietz*, MittBayNot 2007, 453.

Dabei entspringt der Wunsch, eine solche Institution oder Person von Todes wegen zu bedenken, typischerweise keinem einfachen Streben nach Wohltätigkeit oder gar eigenem Vorteil für sich oder das Kind, sondern ist Ausdruck tiefer, vielfach geradezu schicksalhafter Verbundenheit mit einer Einrichtung, von der die Eltern des behinderten Menschen in schweren Lebenskrisen für sich und ihr Kind Hilfe erfahren haben. Natürlich gibt es daneben auch Fälle, in denen die Zuwendung von Todes wegen schlicht mit einer (unausgesprochenen) Versorgungserwartung zugunsten des eigenen Kindes nach dem Tod der Eltern verbunden ist.

II. Die Verbotsnorm des § 14 HeimG bzw. diesen ersetzender Landesgesetze und ihre Anwendbarkeit im Rahmen von Behindertentestamenten

In all diesen Fällen ist die Wirksamkeit einer entsprechenden Verfügung an den heimrechtlichen Verbotsnormen, bisher § 14 HeimG zu messen, deren Anwendungsbereich beim Be-

hindertentestament häufiger eröffnet ist, als man zunächst vermuten möchte.³

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist es Ziel des § 14 HeimG, eine unterschiedliche (privilegierende oder benachteiligende), sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Bewohner eines Heims zu verhindern und die Bewohner vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung, insbesondere durch die nochmalige Abgeltung der Leistung des Trägers, zu schützen sowie die Testierfreiheit der Bewohner zu sichern.⁴

§ 14 HeimG (Auszug):

(1) Dem Träger ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen oder Bewohnern oder den Bewerberinnen oder Bewerbern um einen Heimplatz Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

(...)

(5) Der Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern des Heims ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern (...) Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen. (...)

(6) Die zuständige Behörde kann in Einzelfällen Ausnahmen von den Verboten der Abs. 1 und 5 zulassen, soweit der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind. (...)

Das Heimrecht wurde im Rahmen der großen Föderalismusreform gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG den Ländern zugeordnet, so dass auf kurz oder lang mit landesrechtlichen Nachfolgeregelungen zu rechnen ist. So gilt anstelle des HeimG in Baden-Württemberg seit dem 1.7.2008 das Landesheimgesetz vom 10.6.2008 (LHeimG BW)⁵, in Bayern seit dem 1.8.2008 das Bayerische Pflege- und Wohnqualitätsgesetz vom 8.7.2008 (BayPfleWoqG)⁶, in Nordrhein-Westfalen seit 9.12.2008 das Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz – WTG)⁷, im Saarland seit dem 19.6.2009 das Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS) vom 6. Mai 2009⁸ und in Schleswig-Holstein seit dem 1.8.2009 das Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) vom 17.7.2009⁹. Darüber hinaus befinden sich

3 Grundlegend und wegweisend zum Thema „Behindertentestament und Heimgesetz“ G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 153 ff. Vgl. auch J. Mayer, ZEV 2004, 299, 300; Grziwotz, NotBZ 2006, 149, 156, ferner Dubischar, DNotZ 1993, 419; Rossak, ZEV 1996, 42; Petersen, DNotZ 2000, 739; Lingenfeller, BWNNotZ 2001, 118; Dietz, MittBayNot 2007, 453; Tersteegen, ZErB 2007, 414.

4 BT-Drucks. 11/5120, S. 17 f. sowie BR-Drucks. 203/89, S. 44.

5 GBl BW 2008, S. 169. Vgl. dazu Schaal, BWNNotZ 2008, 114.

6 BayGVBl Nr. 14/2008, S. 346.

7 GVBl NRW Nr. 34/2008, S. 738 (Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts und zur Änderung von Landesrecht vom 18.11.2008). Vgl. hierzu Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

8 ABi Saarland 2009, S. 906. Vollständige Bezeichnung: Saarländisches Gesetz zur Sicherung der Wohn-, Betreuungs- und Pflegequalität für ältere Menschen sowie pflegebedürftige und behinderte Volljährige (Landesheimgesetz Saarland – LHeimGS).

9 GVOBl Schleswig-Holstein 2009, S. 402. Vollständige Bezeichnung: Gesetz zur Stärkung von Selbstbestimmung und Schutz von Menschen mit Pflegebedarf oder Behinderung (Selbstbestimmungsstärkungsgesetz – SbStG) Pflegegesetzbuch Schleswig-Holstein – Zweites Buch.

soweit ersichtlich Ende November 2009 Entwürfe in folgenden Ländern im Gesetzgebungsverfahren Berlin¹⁰, Hamburg¹¹ und Rheinland-Pfalz^{12,13}. Es ist damit zu rechnen, dass die Entwürfe in Hamburg und Rheinland-Pfalz 2009 noch verabschiedet werden und Anfang 2010 in Kraft treten. Die Gesetzentwürfe in Brandenburg und Sachsen sind wegen der dortigen Landtagswahlen im September 2009 zumindest zunächst Makulatur.¹⁴ Mit § 14 LHeimG BW, Art. 8 BayPfleWoqG, § 8 LHeimGS und § 28 SbStG enthalten die Landesgesetze aus Baden-Württemberg, Bayern, dem Saarland sowie aus Schleswig-Holstein eine dem § 14 HeimG vergleichbare, teilweise wortgleiche Regelung, wobei die bayerische Rechtsnorm für den Bereich stationärer Einrichtungen i. S. v. Art. 2 Abs. 1 BayPfleWoqG gilt und auch die anderen Landesgesetze die Abgrenzung der verschiedenen Heim- und Wohnformen neu ordnen.¹⁵ Wegen dieser weitgehenden Übereinstimmung mit § 14 Abs. 1, 5 und 6 HeimG können die nachfolgenden Ausführungen zu § 14 HeimG auf diese landesrechtlichen Normen zum großen Teil übertragen werden, wobei die neuen Heimdefinitionen bzw. Anwendungsbereiche der Landesvorschrift jeweils zu beachten sind.¹⁶ Auch die nordrhein-westfälische Regelung entspricht hinsichtlich des Verbotstatbestandes im Wesentlichen der bisherigen bundesgesetzlichen Regelung.¹⁷ Allerdings weicht die Ausnahmeregelung gemäß § 10 Abs. 4 WTG NRW erheblich von § 14 Abs. 6 HeimG ab, so dass auf sie gesondert einzugehen sein wird. Im Übrigen – d. h., soweit die Länder von ihrer neuen Gesetzgebungskompetenz noch keinen Gebrauch gemacht haben – bleibt bis zum Vollzug entsprechender Initiativen in den Ländern § 14 HeimG in Kraft, Art. 125 a Abs. 1 GG. Zu erwähnen ist noch, dass der Bund die zivilrechtlichen Aspekte des Heimrechts bundesrechtlich neu geregelt hat und dazu ein „Gesetz zur Neuregelung der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes nach der Föderalismusreform“, das insbesondere ein „Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertrags-

10 Entwurf eines Gesetzes über Selbstbestimmung und Teilhabe in betreuten gemeinschaftlichen Wohnformen (Wohnteilhabegesetz – WTG), Abgeordnetenhaus Drucks. 16/2705.

11 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform im Heimrecht, Bürgerschaft Drucks. 19/3919, und hier insb. Art. 1: Hamburgisches Gesetz zur Förderung der Wohn- und Betreuungsqualität älterer, behinderter und auf Betreuung angewiesener Menschen (Hamburgisches Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz – Hmb-WBG).

12 Entwurf über ein Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG), LT-Drucks. 15/3481.

13 Bei Redaktionsschluss Ende November 2009 wurde gerade um die Regelungen bezüglich des hier besonders interessierenden heimrechtlichen Zuwendungsverbots noch gerungen, so dass Aussagen hierzu im Rahmen dieses Beitrags unterbleiben müssen.

14 Siehe zu den neuen Länderregelungen und den Entwürfen auch Karl, ZEV 2009, 544.

15 Der von Dietz im oben genannten Beitrag geäußerten Vermutung, die Frage der Wirksamkeit von Zuwendungen und Verfügungen i. S. d. § 14 HeimG sei eher dem bürgerlichen Recht zuzuordnen, für das gemäß Art. 74 Abs. 1 GG (konkurrierende Gesetzgebung) Bundeskompetenz bestehe, haben sich die vorgenannten Landesgesetzgeber mithin nicht angeschlossen. Vgl. dazu auch Schaal, BWNNotZ 2008, 114, 116, sowie Drasdo, NVwZ 2008, 639, Karl, ZEV 2009, 2009, 544. Ob der Landesgesetzgeber in Hamburg noch von der im Gesetzentwurf des Senats eingeschlagenen Linie abweicht, auf die Regelung eines landesrechtlichen Zuwendungsverbot zu verzichten und es bei einer Geltung des § 14 HeimG zu belassen, bleibt abzuwarten, deutet sich bei Redaktionsschluss jedoch an.

16 Zu § 14 LHeimG BW ebenso Schaal, BWNNotZ 2008, 114, 116, der auch eine genaue Differenzierung vornimmt.

17 Ebenso wohl auch Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

gesetz – WBVG)¹⁸ enthält, verabschiedet hat.¹⁸ Im Gegensatz zu einem früheren Referentenentwurf versucht das nunmehr vom Bundestag beschlossene Gesetz allerdings nicht, den hier behandelten Regelungskomplex des § 14 HeimG bundesrechtlich abzudecken, sondern überlässt dies den Ländern.¹⁹ Die dogmatische Diskussion, ob die Frage der Wirksamkeit von Zuwendungen und Verfügungen i. S. d. § 14 HeimG eher dem bürgerlichen Recht zuzuordnen sei, für das gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (konkurrierende Gesetzgebung) Bundeskompetenz bestehe, ist also bis auf Weiteres zumindest faktisch bzw. politisch zugunsten der Länderkompetenz entschieden.²⁰

Artikel 8 BayPfleWoqG (Auszug):

(1) Dem Träger ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern oder Bewerberinnen und Bewerbern um einen Platz in der stationären Einrichtung Geld oder geldwerte Leistungen über das vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

(...)

(5) Der Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern der stationären Einrichtung ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus den zwischen dem Träger und den Bewohnerinnen oder Bewohnern geschlossenen Verträgen versprechen oder gewähren zu lassen. Dies gilt nicht, soweit es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.

(6) Die zuständige Behörde kann in Einzelfällen Ausnahmen von den Verböten der Abs. 1 und 5 zulassen, soweit der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verböte nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind.

Bei § 14 HeimG – wie den landesrechtlichen Nachfolgeregelungen – handelt es sich um ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB, so dass dessen Nichtbeachtung *ipso iure* zur Unwirksamkeit der Verfügung führt. Damit kann ein Verstoß gegen diese Vorschrift zum beachtlichen Störfaktor für die Gestaltung werden.

Nach ständiger Rechtsprechung²¹ fallen unter § 14 HeimG nicht nur lebzeitige Zuwendungen, sondern auch Zuwendungen durch Verfügung von Todes wegen, und zwar auch durch einseitige, abänderbare testamentarische Verfügungen von Todes wegen oder Erbverträge ohne Mitwirkung der Person oder Institution im Sinne des Heimrechts. Handelt es sich um eine Verfügung ohne Mitwirkung des Heimträgers oder Heimbeschäftigten, wird jedoch zusätzlich ein Einvernehmen zwischen Testierendem und Bedachtem verlangt, um dem Tatbestandsmerkmal „gewähren lassen“ zu genügen.²² Ein

solches Einvernehmen und damit eine Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nach § 14 Abs. 1 HeimG galten bisher dann als ausgeschlossen, wenn weder der Bedachte noch eine Person, die den Bedachten gegenüber den Heimbewohnern repräsentiert,²³ bis zum Tod des Erblassers von der testamentarischen Zuwendung Kenntnis erlangt.²⁴ Das OLG München²⁵ hat nunmehr allerdings entschieden, der Anwendungsbereich des § 14 HeimG sei auch dann schon eröffnet, wenn ein Angehöriger das Heim letztwillig bedacht hat, und der verwandte Heimbewohner noch über dessen Tod und die Eröffnung des Testaments hinaus in der Einrichtung des Trägers lebt. Auch ein Verschweigen der Verfügung gegenüber dem Heim und seinen Mitarbeitern würde danach also nicht helfen. Der entschiedene Fall entspricht der typischen Situation beim Behindertentestament, so dass das bloße Verschweigen der Verfügung von Todes wegen gegenüber dem Heimträger oder -beschäftigten nicht mehr als sicher gelten kann.

Beim „Behindertentestament“ handelt es sich nicht um eine Verfügung des Menschen mit Behinderung, also des Heimbewohners oder Heimbewerbers, sondern von dessen üblicherweise nicht im Heim lebenden Angehörigen. Gleichwohl ist die Vorschrift regelmäßig auch beim Behindertentestament anwendbar: Auch Leistungen an das Heim, die *zugunsten* von Heimbewohnern oder -bewerbern durch dritte Personen getätigt werden, unterfallen dem heimrechtlichen Verbot. Abs. 5 erweitert den Anwendungsbereich auf Leistungen *zugunsten* von Heimbewohnern an Leitung, Beschäftigte oder sonstige Mitarbeiter des Heims.²⁶ Damit können also gerade auch Verfügungen eines Behindertentestaments von einer Unwirksamkeit nach § 134 BGB i. V. m. § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG bedroht sein, wenn eine vom Anwendungsbereich der Norm betroffene Institution oder Person bedacht wird und es sich hierbei um eine Verfügung zugunsten des Behinderten handelt, der Heimbewohner oder Heimbewerber ist. Dabei wird der Begriff „zugunsten“ von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Es genügt offenbar, dass der Erblasser mit einer im Heim lebenden Person bzw. im Falle des § 14 Abs. 1 HeimG auch mit einem Heimbewohner in besonderer Weise verbunden ist, was bei einer verwandtschaftlichen Beziehung vermutet werden dürfte. Ob eine Vorteilsgewährung zugunsten des Heimbewohners oder -bewerbers auch in Fällen angenommen werden kann, in denen Heim oder Beschäftigter als entfernte Ersatzerben oder Ersatznacherben lediglich auf eine vollkommen ungewisse Reservestellung gesetzt sind, ist zwar ungeklärt, jedoch anzunehmen.²⁷

Für die Frage, ob eine Leistung i. S. d. § 14 HeimG versprochen oder gewährt wird, kommt es auf das hierzu gewählte erbrechtliche Instrumentarium nicht an. Hierunter sind ohne Zweifel die Erbeinsetzung ebenso zu zählen wie Vermächtnisse und auch die Einsetzung des Heimträgers oder eines Heimbediensteten als Testamentsvollstrecker, jedenfalls sofern eine Vergütung nicht ausgeschlossen ist.²⁸ Auch Bedingungen, Beschränkungen oder Beschwerden ändern an der

¹⁸ Gesetz vom 29.7.2009, BGBl I, S. 2319. Vgl. dazu auch *Dietrich*, RdLh 2009, 11. Die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die notarielle Praxis sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

¹⁹ Art. 3 Satz 2 des genannten Neuregelungsgesetzes ordnet allerdings u. a. das Außerkrafttreten von § 14 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 4, 7 und 8 HeimG an, also von Normteilen des § 14 HeimG, die für die gegenständliche Thematik irrelevant sind.

²⁰ *Dietz*, MittBayNot 2007, 453; ferner *Schaal*, BWNNotZ 2008, 114, 116, sowie *Drasdo*, NVwZ 2008, 639.

²¹ Vgl. etwa BVerwG, NJW 1990, 2268, 2268; VGH Mannheim, NJW 2004, 3792, 3792 = MittBayNot 2005, 317, 318; BayObLG, NJW 1993, 1143, 1144; KG, NJW 1999, 730 = ZNotP 1998, 502; OLG München, NJW 2006, 2642, 2642.

²² Vgl. etwa BayObLG, MittRhNotK 1991, 257, 258; VGH Mannheim, NJW 2004, 3792, 3793 = MittBayNot 2005, 317.

²³ *G. Müller* in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 157 m. w. N.

²⁴ Vgl. etwa BayObLG, MittRhNotK 1991, 257; BayObLG, ZEV 2001, 121, 122; LG München I, MittBayNot 1995, 312.

²⁵ OLG München, NJW 2006, 2642, 2642. Sehr kritisch hierzu *Tersteegen*, ZErB 2007, 414; *ders.*, RNotZ 2009, 222, 224 f.

²⁶ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit OLG München, NJW 2006, 2642.

²⁷ LG Flensburg, NJW 1993, 1866, 1867.

²⁸ *Everts*, ZEV 2006, 544; DNotI-Gutachten Nr. 12113 vom 6.9.2004. *G. Müller* in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 159 f.; *Rossak*, MittBayNot 1998, 407.

Anwendbarkeit des HeimG nichts, so dass insbesondere auch eine Ersatzerbenberufung und die Einsetzung als (Ersatz-) Nacherbe²⁹ vom Leistungsbegriff des § 14 Abs. 1 HeimG umfasst sind. Auf eine erbrechtliche Auflage dürfte § 14 Abs. 1 HeimG Anwendung finden, wenn durch sie eine Person oder Institution i. S. v. § 14 HeimG zumindest wirtschaftlich betrachtet unmittelbar begünstigt wird. Selbst bei einer lediglich mittelbaren wirtschaftlichen Begünstigung kann eine Anwendbarkeit des § 14 HeimG nicht mehr für alle Fälle mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Zwar hielt das BayObLG³⁰ eine letztwillige Verfügung im Lichte des § 14 Abs. 1 HeimG für zulässig, in der der Erblasser, ein Heimbewohner, die Stadt zu seiner Erbin eingesetzt und dieser zur Auflage gemacht hatte, das Erbe unter anderem zur Verbesserung der Ausstattung von Alteinrichtungen zu verwenden, ohne konkret den Träger des von ihm bewohnten Heims zu benennen. Andererseits lässt es das VG Würzburg³¹ für eine analoge Anwendbarkeit des § 14 HeimG genügen, dass die Zuwendung an eine mit dem Heimträger erkennbar verbundene Person dem Heimträger zumindest mittelbar zugute kommt, auch wenn weder eine rechtliche noch eine personelle Verbindung oder Verflechtung der Organisationen besteht. Allerdings kann die Entscheidung des VG Würzburg (insoweit) nicht überzeugen: Das Kriterium der nach außen erkennbaren Verbundenheit ist schwammig und völlig unbrauchbar. Für die Anwendbarkeit des § 14 HeimG kann es m. E. nicht darauf ankommen, ob im Übrigen selbständige Institutionen erkennbar eine gemeinsame Zielsetzung verfolgen oder ob dies nicht ohne weiteres offen liegt.³² Trotzdem kann die Entscheidung nicht einfach unbeachtet bleiben. Sie zwingt vielmehr in der Gestaltungspraxis dazu, in noch mehr Fällen vorsorglich Ausnahme genehmigungen zu ersuchen.

Verständlich wird die Entscheidung des VG Würzburg vor dem Hintergrund des zu entscheidenden Sachverhalts: Die Mutter eines behinderten Kindes ersuchte um vorsorgliche Genehmigung eines beabsichtigten Behindertentestaments, in dem eine mit einem Heimträger nur mittelbar verbundene Stiftung als Nacherbe eingesetzt werden sollte. Zu diesem Zeitpunkt lebte das Kind noch zu Hause, ein Umzug in das Heim war noch nicht einmal absehbar. Das zuständige Landratsamt verweigerte jedoch eine inhaltliche Befassung mit dem Genehmigungsantrag. Hiergegen richtete sich die Klage. Indem das Gericht auch den beschriebenen Sachverhalt unter den Anwendungsbereich des § 14 HeimG subsumierte, schaffte es also im Sinne des Klagebegehrens der Mutter die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Verbescheidung. Allerdings versäumte es das Gericht bedauerlicherweise andererseits, den Rahmen für die Ermessensausübung der Behörde so zu stecken, dass die rechtlichen Grenzen des Ermessens der Behörde deutlich geworden wären. So gewann die Klägerin zwar den Verwaltungsprozess, indem ihr ein Anspruch auf Verbescheidung zubilligt wurde. Allerdings lehnte hierauf die Heimbehörde eine Genehmigung ab, mit dem m. E. unzutreffenden Argument, die Voraussetzungen einer Ausnahme genehmigung lägen nicht vor. Hiergegen erneut vorzugehen fehlten der Mutter Finanzmittel und Kraft.

Der Heimbegriff ist in § 1 HeimG niedergelegt. Insbesondere Einrichtungen des sog. „Betreuten Wohnens“ unterfallen regelmäßig allenfalls dann der Begriffsdefinition, wenn eine Verpflichtung des Bewohners besteht, Verpflegung und wei-

tergehende Betreuungsleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen.³³ Letzteres wird bei sog. „Außenwohngruppen“ bzw. „Wohngemeinschaften“ für behinderte Menschen oder sog. „Trainingswohngruppen“ häufig der Fall sein, so dass hier eine Anwendbarkeit von § 14 Abs. 1 und 5 HeimG je nach Lage der Dinge nahe liegen kann.³⁴ Keine Anwendung finden die Vorschriften hingegen auf Menschen mit Behinderung, die außerhalb einer Einrichtung „zu Hause“ wohnen, auch soweit sie ambulant gepflegt, versorgt und betreut werden.³⁵ Auch Zuwendungen an den rechtlichen Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigten sind ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen damit nicht unter § 14 HeimG zu subsumieren.³⁶

In Bayern, also unter dem Anwendungsbereich des BayPfleWoqG, ist der Anwendungsbereich des hier geltenden Art. 8 BayPfleWoqG aufgrund der systematischen Stellung der Norm im Teil „Besondere Vorschriften für stationäre Einrichtungen“ auf solche stationären Einrichtungen beschränkt. Stationäre Einrichtungen im Sinne des BayPfleWoqG sind dabei gemäß der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayPfleWoqG Einrichtungen, die dem Zweck dienen, ältere Menschen, pflegebedürftige Volljährige oder volljährige behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen i. S. d. § 2 Abs. 1 SGB IX aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuungs- oder Pflegeleistungen zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, die außerdem in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig sind sowie entgeltlich betrieben werden. Ausdrücklich ausgenommen sind sog. Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege, Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayPfleWoqG. Keine stationären Einrichtungen in diesem Sinne sind außerdem regelmäßige Formen des Betreuten Wohnens, ambulant betreute Wohngemeinschaften und betreute Wohngruppen, wenn diese ihren Bewohnern eine in Art. 2 Abs. 3 bzw. 4 BayPfleWoqG beschriebene Selbständigkeit gewähren, Art. 2 Abs. 2 bis 4 BayPfleWoqG.

Zur Qualifizierung einer Person als Heimbewerber ist es wohl nicht erforderlich, dass diese bereits einen förmlichen Antrag auf Aufnahme in die Einrichtung gestellt hat. Vielmehr dürfte es nach dem Schutzzweck der Norm genügen, dass sich bei der Person oder ihrem Vertreter ein konkreter Wunsch nach Aufnahme in die Einrichtung gebildet hat und sich dieser Wunsch nach außen manifestiert hat, wozu ein informierendes Gespräch mit dem Heimpersonal bereits genügen dürfte, sofern dieses mit einem hinreichend konkreten Aufnahmewunsch in eine Einrichtung einhergeht.³⁷ Problematisch sind die Fälle, in denen die betreffende Person zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen weder Heimbewohner noch -bewerber war, später jedoch in eine Einrichtung des bedachten Trägers aufgenommen wurde. Ob diese Fälle quasi nachträglich Einfluss auf die Wirksamkeit der erbrechtlichen Verfügung haben, ist noch nicht hinreichend geklärt, so dass m. E. große Vorsicht geboten ist, wenn abzusehen ist, dass der

²⁹ OLG Düsseldorf, MittBayNot 1998, 264.

³⁰ NJW 2000, 1959, 1961.

³¹ MittBayNot 2009, 56 (in diesem Heft) = notar 2008, 224 (m. krit. Anm. Odersky) = ZEV 2008, 601 (m. krit. Anm. Limmer).

³² Vgl. auch Limmer, ZEV 2008, 603, 604.

³³ Vgl. ausführlich zum Heimbegriff DNotI-Gutachten Nr. 1189 vom 14.6.2004. Vgl. auch BayObLG, DNotZ 1999, 81. Zur Anwendbarkeit des Heimgesetzes auch auf „betreutes Wohnen“ DNotI-Report 2002, 7; Forst, RNotZ, 2003, 293, 299 ff.

³⁴ G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 162 m. w. N.

³⁵ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, ZEV 2001, 366, 367.

³⁶ OLG Düsseldorf, ZEV 2001, 366, 367. Vgl. auch Suyter, ZEV 104; G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 161 m. w. N.

³⁷ Vgl. G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 163 m. w. N.

Behinderte früher oder später in ein bestimmtes Heim ziehen könnte.³⁸

Verbotsadressat des § 14 Abs. 1 HeimG ist der Heimträger, unabhängig von seiner Rechtsform. § 14 Abs. 5 HeimG wendet sich an alle im Heim beschäftigten Personen, auch ehrenamtlich Tätige, ohne dass ein konkreter Pflegebezug zum Heimbewohner erforderlich wäre. Auf den Verbotsadressaten nahe stehende Personen und Institutionen wird § 14 HeimG analog angewandt, um eine Umgehung seines Schutzzwecks zu vermeiden.³⁹ Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Zuwendung letztlich trotz der Zuwendung an eine andere Person als Zuwendung an den eigentlichen Verbotsadressaten darstellt.⁴⁰ Dies ist vor allem zu beachten, wenn eine Zuwendung nicht an den Träger selbst, sondern an eine andere Institution in einer Konzernstruktur erfolgen soll. Problematisch sind auch die Fälle, in denen neben einem Trägerverein oder einer Trägergesellschaft eine deren Zwecke unterstützende Stiftung besteht, deren Handlungsorgane personell mit dem Heimträger verflochten sind.⁴¹ Entsprechendes wird für Fördervereine gelten, falls eine personelle oder strukturelle Verflechtung vorliegt.⁴² Dabei ist auch zu beachten, dass in der Praxis kaum vorhersehbar sein dürfte, ob nicht eine solche Verflechtung, vor allem innerhalb der Vertretungsorgane, bis zum Erbfall doch noch eintreten könnte. Allerdings geht – wie bereits erwähnt – das VG Würzburg bei dieser Frage sogar noch einen erheblichen Schritt weiter: „Für eine analoge Anwendung des Verbots des § 14 Abs. 1 HeimG reicht es (...) aus, wenn die juristischen Personen derart miteinander verbunden sind, dass diese Verbindung für jeden Außenstehenden erkennbar ist und er davon ausgehen kann, dass die Zuwendung z. B. an die Stiftung zumindest mittelbar auch der Arbeit der anderen juristischen Person (...) zugute kommt. (...) Das Maß der gegenseitigen Abhängigkeit kann daher zwar nicht bei der Frage der Genehmigungspflicht Einfluss nehmen, sehr wohl aber bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit Berücksichtigung finden.“⁴³ Mag man die Entscheidung, die den Schutzbereich des Heimgesetzes ins beinahe Uferlose überdehnt und unbrauchbare Abgrenzungskriterien anwendet, auch mit guten Gründen ablehnen, so stellt sie doch einen beachtenswerten Stolperstein für die Wirksamkeitsprognose oder -diagnose von Behindertentestamenten dar.⁴⁴ Die klare Botschaft der Entscheidung lautet: Schon bei geringem Anschein einer auch nur faktischen Verbindung zwischen einer Person, die begünstigt werden soll, und dem Heimträger, geht kein Weg an der Einholung einer Ausnahmegenehmigung im Voraus vorbei, wenn die Zuwendung dem Heimträger zumin-

38 G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 163 f. m. w. N, die diese Fälle nicht dem Anwendungsbereich von § 14 HeimG zuordnet. Vgl. auch VGH Mannheim, NJW 2004, 3792, 3793 = MittBayNot 2005, 317, sowie KG, ZEV 1998, 437, und Dietz, MittBayNot 2007, 453, die von einer Anwendbarkeit ausgehen.

39 Vgl. etwa BayObLG, FamRZ 2000, 1126 = MittBayNot 2000, 453; BayObLG, DNotZ 2003, 873, 874 f. = ZEV 2003, 462, 463.

40 G. Müller in FS Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 167.

41 BayObLG, DNotZ 2003, 873, 874 f. = ZEV 2003, 462. Vgl. außerdem DNotI-Gutachten Nr. 1289 vom 4.2.2003; Limmer in Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht, 2007, S. 43, 76.

42 Die Bundesvereinigung Lebenshilfe für Menschen mit geistiger Behinderung e. V. geht in ihrer Handreichung vom Dezember 2007 „Informationen und Leistungs- und Spendenannahmeverbot für Heimträger und deren Beschäftigte nach § 14 Heimgesetz“ davon aus, dass Spenden an Fördervereine für Heime nicht unter das Verbot von § 14 HeimG fallen.

43 VG Würzburg, MittBayNot 2009, 56, 57 (in diesem Heft).

44 Ähnlich Limmer, ZEV 2008, 603, 604, der ebenfalls klare Abgrenzungsregeln für nötig erachtet.

dest mittelbar zugute kommt! Dies wird bis auf weiteres zu beachten sein, will man den sichersten Weg gehen.

III. Die Möglichkeit der Ausnahmegenehmigung

§ 14 Abs. 6 HeimG sieht ebenso wie Art. 8 Abs. 6 BayPfleWoqG, § 14 Abs. 6 LHeimG BW, § 8 Abs. 5 LHeimGS oder § 28 Abs. 5 SbstG die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung für den Einzelfall vor.

Eine solche Genehmigung muss nach dem eindeutigen Wortlaut der jeweiligen Vorschrift zwingend im Vorfeld eingeholt werden, um wirksam zu sein, bei Testamenten also zumindest vor Herstellung des Einvernehmens.⁴⁵ Eine nachträglich eingeholte Genehmigung kann die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nicht bewirken. Der sicherste Weg dürfte sein, die Genehmigung noch vor Errichtung der entsprechenden Verfügung zugunsten des Heimträgers oder Beschäftigten einzuholen. Zumindest die Verwaltungspraxis der Heimaufsichtsbehörde in Hessen scheint bei Einsetzungen von Heimträgern zu Nacherben im Rahmen von Behindertentestamenten jedoch offenbar davon auszugehen, dass ein „gewähren lassen“ bezüglich des Nacherbfalls erst vorliegt, wenn der Heimträger die Nacherbschaft tatsächlich angenommen hat. Bis dahin soll eine Genehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG noch möglich sein, also insbesondere nach dem Tod des Erblassers und des behinderten Vorerben (Nacherbfall), aber vor Annahme der Nacherbschaft bzw. Ablauf der Ausschlagungsfrist des Nacherben. Ob diese pragmatische Verwaltungspraxis auf der Grundlage von § 14 HeimG vertretbar ist und sich durchsetzen wird, bedarf noch genauerer Klärung bzw. bleibt abzuwarten.

Zuständig ist etwa in Bayern die Kreisverwaltungsbehörde, in Rheinland-Pfalz⁴⁶ die jeweils örtlich zuständige Zweigstelle des Landesamtes für Soziales, Jugend und Versorgung („Versorgungsamt“) als Heimaufsichtsbehörde, in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein sind es die Landratsämter bzw. kreisfreien Städte. In Hessen ist landesweit zuständig die Heimaufsichtsbehörde beim Regierungspräsidium Gießen, was zu einer begrüßenswerten Konzentration von Fachkompetenz geführt hat. Im Saarland zuständig ist das Ministerium für Justiz, Arbeit, Gesundheit und Soziales.

Antragsberechtigt ist mit Rücksicht auf eine Entscheidung des BVerfG⁴⁷ und die grundrechtlich verbürgte Testierfreiheit neben dem Heimträger oder Beschäftigten auch der Testierende selbst.⁴⁸ Am Genehmigungsverfahren sind dann jedoch gemäß § 13 VwVfG auch der betroffene Heimträger oder Beschäftigte zu beteiligen, so dass sie im Verwaltungsverfahren vom Inhalt der geplanten Verfügung Kenntnis erlangen.⁴⁹

Maßstab für die Ermessensentscheidung der Behörde über eine Ausnahmegenehmigung ist das Schutzbedürfnis der Heimbewohner, mithin der Schutzzweck der Norm,⁵⁰ wobei

45 Vgl. etwa BVerwG, DNotZ 1988, 367 = MittBayNot 1988, 90, 91 f.; BVerwG, NJW 1990, 2268, 2268; VGH Mannheim, NJW 2004, 3792, 3793 f. = MittBayNot 2005, 317; DNotI-Gutachten Nr. 1289 vom 4.2.2003.

46 Allerdings sieht der eingangs genannte Gesetzentwurf der Landesregierung von Rheinland-Pfalz keine Möglichkeit der Ausnahmegenehmigung mehr vor. In dieser Form wäre das Zuwendungsverbot mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BVerfG verfassungswidrig. Ebenso: Karl, ZEV 2009, 544, 548. Möglicherweise wird hier jedoch im Gesetzgebungsverfahren noch nachgebessert.

47 NJW 1998, 2964, 2965 = DNotZ 1999, 56, 59.

48 Ebenso Dietz, MittBayNot 2007, 453, 458. Vgl. VG Würzburg, MittBayNot 2009, 56 (in diesem Heft).

49 Vgl. Dietz, MittBayNot 2007, 453, 458.

50 So zu Recht Dietz, MittBayNot 2007, 453, 458.

bei der Einzelfallprüfung allerdings auch die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit und damit der Grad der persönlichen Verbundenheit des Erblassers mit dem Heimträger oder Heimbeschäftigten und dessen sonstige Motive zu berücksichtigen sind.⁵¹ Zweck des Gesetzes ist – wie schon dargestellt –, eine unterschiedliche, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Heimbewohner zu verhindern. M. E. dürfte die Erteilung der Genehmigung jedenfalls dann aussichtsreich sein, wenn einem Heimträger lediglich eine Auffangrolle als Ersatzerbe und Ersatznacherbe zugewiesen werden soll, deren Verwirklichung unwahrscheinlich erscheint. Im Übrigen ist fast alles unklar, die Genehmigungspraxis höchst unterschiedlich: Teilweise wird die Einsetzung des Heimträgers als Erbe, unmittelbarer Nacherbe oder als Ersatzerbe nur unter besonderen Umständen als genehmigungsfähig angesehen. Beispielsweise in Hessen werden hingegen offenbar Erbeinsetzungen und Vermächtnisse zugunsten von Heimträgern im Rahmen von Behindertentestamenten bereits dann regelmäßig genehmigt, wenn die Zuwendung allen Heimbewohnern gleichermaßen zugute kommt und nicht bevorzugt dem Angehörigen des Testierenden;⁵² die theoretische Gefahr einer Schlechterstellung des im Heim lebenden Vorerben in der klassischen Situation des Behindertentestaments wegen eines vermeintlichen wirtschaftlichen Interesses des zum Nacherben eingesetzten Heimträgers an einem frühzeitigen Ableben des Vorerben wird hier mit guten Gründen regelmäßig nicht als ausschlaggebend ins Kalkül gezogen.

In der Praxis gestaltet sich die Einholung von heimrechtlichen Ausnahmegenehmigungen als schwierig, nicht zuletzt weil die zuständigen Sachbearbeiter bei der Behörde mit der für sie exotischen Materie „Behindertentestament und Heimgesetz“ häufig nicht hinreichend vertraut sind, Rechtsprechung oder Handreichungen für die Prüfung der Voraussetzungen einer Ausnahmegenehmigung fehlen und deshalb gerne auf in ihren Wirkungen eher fragliche „Negativtate“ ausgewichen wird oder Anträge vorschnell abschlägig verbeschieden werden, etwa unter dem verfehlten Hinweis auf eine fehlende Antragsberechtigung des Testierenden. Andererseits schrecken die Testierenden von der Erzwingung eines verwertbareren Bescheids im verwaltungsgerichtlichen Verfahren üblicherweise zurück. Problematisch ist auch, dass der Behörde häufig eine an Prophetie grenzende Prognoseentscheidung abverlangt wird: So geht es bei Behindertentestamenten häufig um die Genehmigung einer Nacherbeinsetzung des Heimträgers zu einem Zeitpunkt, zu dem noch nicht einmal absehbar ist, ob der Behinderte sich überhaupt jemals um einen Platz in einem Heim dieses Trägers bewerben will. Hier fühlen sich die zuständigen Verwaltungsbehörden häufig mit ihrer Entscheidung ebenso vom Gesetz allein gelassen wie die um die Errichtung ihres Testaments ringenden Antragsteller. Auch bei der Genehmigungspraxis scheint Hessen eine erwähnenswerte positive Ausnahme darzustellen: Die Konzentration der Zuständigkeit auf eine landesweit zuständige Behörde hat hier offensichtlich zu einer im Vergleich besonders professionellen Handhabung der Materie geführt.

IV. Handlungsempfehlung

§ 14 HeimG, § 14 LHeimG BW, Art. 8 BayPflWoqG bzw. § 10 WTG NRW dürfen also – je nach lokaler Anwendbar-

keit – bei der Gestaltung von Behindertentestamenten nicht aus den Augen gelassen werden. Die in der Vergangenheit teilweise empfohlene Lösung zur Vermeidung eines Verstoßes gegen § 14 HeimG, die darin bestand, den Beteiligten striktes Stillschweigen im Hinblick auf ihre Verfügung zu verordnen, um ein Einvernehmen i. S. v. § 14 HeimG auszuschließen, erweist sich spätestens seit der vorgenannten Entscheidung des OLG München⁵³ hierzu beim Behindertentestament als nicht mehr hinreichend tragfähig.⁵⁴ Soll also eine Verfügung zugunsten einer Person oder Institution i. S. d. § 14 HeimG in einem Behindertentestament unbedingt getroffen werden, führt m. E. an der Einholung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG kein Weg vorbei.⁵⁵ Diese sollte vor Errichtung der Verfügung eingeholt werden. Auf die großzügigere Verwaltungspraxis in Hessen, wo Ausnahmegenehmigungen noch nach Eintritt des Nacherbfalls, aber vor Annahme der Nacherbschaft durch den Heimträger erteilt werden, sollte man sich bis auf weiteres nicht verlassen. Andererseits sollte in den zahlreichen Fällen, in denen es versäumt wurde, eine heimaufsichtliche Genehmigung zum Behindertentestament vor dessen Errichtung einzuholen, unbedingt die Erteilung einer Genehmigung spätestens nach dem Eintritt des Nacherbfalls, aber vor Annahme durch den Nacherben eiligst noch angestrebt werden.

Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen besteht auch ein Antragsrecht des Testierenden auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung. Etwaige Streitigkeiten über die Antragsberechtigung des Testierenden können vermieden werden, wenn der Heimträger (oder der Heimbeschäftigte) dazu gewonnen werden kann, einen entsprechenden Genehmigungsantrag zu stellen. Spätestens im Verwaltungsverfahren würden sie als Beteiligte, ohnehin von der beabsichtigten Verfügung erfahren.

Zumindest in Fällen, in denen der Heimträger lediglich als Ersatzerbe, Ersatznacherbe oder Vermächtnisnehmer bedacht werden soll, kann ggf. die Verfügung von Todes wegen in zwei Teile gespalten werden: einen nicht vom Heimgesetz betroffenen ersten Teil, der im Hinblick auf das allgemeine Todesfallrisiko des Testierenden sofort errichtet wird, und einen ergänzenden Nachtrag hierzu, der die den Heimträger oder Heimbeschäftigten begünstigenden Verfügungen enthält und der erst nach Vorliegen einer Ausnahmegenehmigung errichtet wird. Wurde es versäumt, die Erteilung der Genehmigung abzuwarten, kann eine Wiederholung der Verfügung von Todes wegen ein Ausweg sein.⁵⁶ Ist eine Genehmigung nicht zu erlangen oder soll eine solche im Einzelfall nicht eingeholt werden, sind Alternativgestaltungen außerhalb des Anwendungsbereichs des Heimgesetzes in Erwägung ziehen, wobei durchaus mehrere Alternativen hintereinander geschaltet werden können. So kann beispielsweise in einer Kaskade von Ersatzregelungen, die in absteigender Reihenfolge dem eigentlichen Gestaltungswunsch des Erblassers gerecht wird, an erster Stelle als Nacherbe der Heimträger genannt werden, ersatzweise – vor allem für den Fall einer Unwirksamkeit nach § 14 HeimG – eine diesem nahestehende Institution, etwa eine Stiftung oder ein Förderverein und wiederum ersatzweise eine entferntere Person, etwa eine Gemeinde, die mit einer Auflage belegt wird, durch die der Heimträger nicht unmittelbar begünstigt wird.⁵⁷ Natürlich liegt es nahe, Beleh-

⁵³ NJW 2006, 2642, 2642.

⁵⁴ Ebenso im Ergebnis *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 224.

⁵⁵ A. A. *Tersteegen*, ZErB 2007, 414, 416.

⁵⁶ So auch *Dietz*, MittBayNot 2007, 453, 458 m. V. a. BVerfG, NJW 1998, 2964, 2965 = DNotZ 1999, 56, 59.

⁵⁷ Vgl. auch den Formulierungsvorschlag bei *Dietz*, MittBayNot 2007, 453, 459.

⁵¹ BVerwG, DNotZ 1988, 367, 368. Vgl. auch *Limmer* in Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht, S. 43, 76.

⁵² Für einen solchen Maßstab offenbar auch *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 225.

rungen und Vorschläge in diesem Zusammenhang als Gestalter im eigenen Interesse hinreichend zu dokumentieren.

Insgesamt kann die Tendenz zu einer immer weitergehenden, geradezu ausufernden Anwendung des § 14 HeimG auf Testamente durch die Rechtsprechung ausgemacht werden, bei gleichzeitig stellenweise geringer spezifisch-fachlicher Kompetenz der zuständigen Verwaltungsbehörden in der Genehmigungspraxis.

V. Besonderheiten in Nordrhein-Westfalen: Die Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 4 WTG NRW

Einer besonderen Betrachtung bedarf die nordrhein-westfälische Landesregelung, die in ihrem Geltungsbereich § 14 HeimG ersetzt.

Art. 10 WTG NRW (Auszug):

(1) Dem Betreiber, der Einrichtungsleitung, den Beschäftigten oder sonstigen in der Betreuungseinrichtung tätigen Personen ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern oder Bewerbern um einen Platz in der Betreuungseinrichtung Geld- oder geldwerte Leistungen über das vertraglich vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

(...)

(4) Das Verbot gilt (...) nicht, wenn der Betreiber Spenden annimmt und nachweist, dass er in Bezug auf die Spende einem Bewohner oder einem Bewerber (...) keine günstigere oder weniger günstige Behandlung zukommen lässt oder hat zukommen lassen als einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation zukommt, zugekommen ist oder zukommen würde. Das wird vermutet, wenn die Spende von einer juristischen Person erbracht wird, die steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgt und deren satzungsgemäßer Zweck die Unterstützung von Hospizen ist, die stationäre Versorgung im Rahmen von Vereinbarungen nach dem Fünften Buch des Sozialgesetzbuches anbieten. Der Betreiber hat das Verfahren zur Spendenannahme vorher anzuzeigen und die Einnahme zu dokumentieren.

(...)

Während auf die Verbotsnorm in § 10 Abs. 1 WTG NRW die Aussagen zu § 14 Abs. 1 und 5 HeimG weitestgehend übertragbar sind⁵⁸ – etwa mit den Ausnahmen, dass das Verbot für Beschäftigte anders als bei § 14 Abs. 5 HeimG schon gegenüber Heimbewerbern gilt und dass der Geltungsbereich des Gesetzes in §§ 2–4 WTG NRW eigenständig geregelt ist –, weicht die für das Behindertentestament allein in Betracht kommende Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 4 WTG NRW ganz erheblich von § 14 Abs. 6 HeimG ab.

Anders als das bisherige Bundesrecht oder die Regelungen in Bayern und Baden-Württemberg sieht das nordrhein-westfälische Heimrecht keinerlei Genehmigungsvorbehalt und keine Genehmigungsmöglichkeit für Zuwendungen vor, die tatbestandlich dem heimrechtlichen Zuwendungsverbot unterfallen, sondern ausschließlich eine Ausnahmeregelung in § 10 Abs. 4 WTG NRW. Liegen deren Voraussetzungen vor, ist *ipso iure* ein Verstoß gegen das Zuwendungsverbot ausgeschlossen; einer behördlichen Genehmigung bedarf es also

⁵⁸ Vgl. auch Gesetzesbegründung im Gesetzesentwurf der Landesregierung, Drucks. des Landtages Nordrhein-Westfalen 14/6972, S. 54, zu § 10 Abs. 1 WTG: „Die Vorschrift übernimmt das bisherige Bundesrecht (...)“. Ebenso *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222.

nicht. Sind die Voraussetzungen des § 10 Abs. 4 WTG NRW allerdings nicht gegeben, ist kein Verfahren vorgesehen, einer Zuwendung auf anderem Wege Wirksamkeit zu verschaffen; sie ist und bleibt dann unwirksam. Begrüßenswert an dieser Lösung ist, dass das verfassungsmäßige Recht (Art. 14 Abs. 1 GG), Zuwendungen zu tätigen, denen heimrechtliche Belange nicht entgegenstehen, hierdurch verdeutlicht wird.⁵⁹ Gleichwohl ist die Vorschrift problematisch: Zum einen ist der Begriff „Spende“ unglücklich.⁶⁰ Fallen hierunter zum Beispiel auch Erbschaften oder Vermächnisse? Eine klare Begriffsdefinition für Spende im Sinne des WTG fehlt. Statt Spende hätte es besser „Geld- oder geldwerte Leistung im Sinne von Abs. 1“ heißen. Denn für die begriffliche Differenzierung zwischen beiden Absätzen der Norm besteht kein ersichtlicher Grund. Offensichtlich hatte der Gesetzgeber nur die klassische Geld- oder Sachzuwendung als Spende an ein Heim im Blick und die zahlreichen anderen Möglichkeit der Zuwendung, etwa durch Erbeinsetzung oder Vermächtniszugewendung außer Acht gelassen.⁶¹ Zieht man jedoch in Betracht, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter einer Spende jede freiwillige und unentgeltliche Leistung für begünstigungswürdige Zwecke verstanden werden kann und § 10 WTG in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Freiheit des Erbrechts eingreift, liegen m. E. die Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Auslegung, zumindest aber für eine Analogie dahin vor, dass sämtliche von § 10 Abs. 1 WTG betroffenen Zuwendungen von der Ausnahmeregelung des Abs. 4 umfasst sein können. Der Begriff „Spende“ i. S. v. § 10 Abs. 4 WTG NRW ist also m. E. im Ergebnis als „Geld- oder geldwerte Leistung im Sinne von Abs. 1“ zu lesen.⁶² Wer diese Auslegung nicht teilen möchte und unter „Spende“ i. S. d. § 10 Abs. 4 WTG NRW nur lebzeitige Zuwendungen verstehen will und trotz der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch keinen Raum für eine Analogie sieht, dem bleibt im Rahmen der Errichtung eines Behindertentestaments unter Umständen nur der Ausweg, die Zuwendung von Todes wegen einer Einrichtung zukommen zu lassen, die nicht unter den Anwendungsbereich des § 10 WTG NRW fällt und die nach ihren satzungsmäßigen Zwecken ihrerseits die Zuwendung dem Heim zukommen lässt, etwa einem völlig unabhängigen Förderverein.

Problematisch ist auch, dass § 10 Abs. 4 WTG NRW keine Möglichkeit vorsieht, Rechtssicherheit über die Wirksamkeit einer Zuwendung, namentlich einer Erbeinsetzung an einen Heimträger, zu bekommen.⁶³ Die Vermutungsregelung des § 10 Abs. 4 Satz 2 WTG NRW bezieht sich speziell auf den engen Bereich der Spende an Hospize und wird im Bereich der Behindertentestamente nur ganz ausnahmsweise einschlägig sein; eine ausdehnende Auslegung dieser eindeutigen Spezialvorschrift dürfte m. E. ausscheiden.⁶⁴ Umgekehrt muss aus der Vermutungsregelung zugunsten von Spenden an Hospize geschlossen werden, dass bei Zuwendungen an andere Einrichtungen oder Personen i. S. v. § 10 Abs. 1 WTG

⁵⁹ *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 225, zweifelt wegen der fehlenden Möglichkeit der Einholung einer Ausnahmegenehmigung andererseits an der Verfassungsmäßigkeit von § 10 WTG NRW.

⁶⁰ So auch – allerdings mit anderer Akzentsetzung – *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 225 f.

⁶¹ Auch die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 4 WTG im Gesetzesentwurf der Landesregierung, Drucks. des Landtages Nordrhein-Westfalen 14/6972, S. 54 f., lässt keinen anderen Schluss zu.

⁶² Auch *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 226, möchte Zuwendungen aus Verfügungen von Todes wegen unter den Spendenbegriff des § 10 Abs. 4 WTG subsumieren.

⁶³ Ebenso *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 225.

⁶⁴ A. A. *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 226.

NRW das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen nach Abs. 4 Satz 1 ggf. nachzuweisen ist. Doch wann liegen diese Voraussetzungen vor?⁶⁵ Wie kann nachgewiesen werden, dass in Bezug auf eine „Spende“, namentlich eine Erbschaft, einem Bewohner oder Bewerber keine günstigere oder weniger günstigere Behandlung zukommt als einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation? Genügt es, wenn die Erbinsetzung nicht an Auflagen oder Bedingungen, die den behinderten Angehörigen speziell begünstigen, geknüpft ist, sondern dem Träger ganz allgemein zugute kommt? Weder das Gesetz, noch dessen Begründung liefern hierzu Anhaltspunkte, so dass wohl eine Klärung über gerichtliche Entscheidungen hierzu abzuwarten ist. Maßstab dabei muss neben dem Heimfrieden wiederum die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit sein, so dass sich überspannte Anforderungen und ein Verhaften am reinen Wortlaut m. E. verbieten.⁶⁶ Eine Möglichkeit behördlicherseits die Wirksamkeit einer Zuwendung verbindlich festzustellen, ist jedenfalls nicht vorgesehen. Auch hier kann die Gestaltungspraxis nur mit einer ausreichenden Anzahl von Ersatzbegünstigten außerhalb des Anwendungsbereichs des Heimrechts reagieren.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Anzeige- und Dokumentationspflichten nach § 10 Abs. 4 Satz 3 WTG NRW vom Betreiber zwingend einzuhalten sind, wobei die Anzeigepflicht zwingend vor Spendenannahme erfolgen muss. Wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, bezieht sich die Anzeigepflicht nicht auf die konkrete Spende; vielmehr hat der Heimbetreiber ein (allgemeines) Konzept zur Spendenannahme zu entwickeln und dieses der Heimbehörde anzuzei-

⁶⁵ *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 226 f. spricht insofern von einem „nicht erbringbaren Nachweis“ und will deshalb anders als hier vertreten § 10 Abs. 4 Satz 3 WTG nicht nur für Hospize, sondern auch sonstige Heime anwenden. Er empfiehlt als Gestaltung die Zuwendung von als „Spenden“ bezeichneter Vermächnisse an einen das Heim unterstützenden Förderverein (mit Formulierungsvorschlag).

⁶⁶ Auch *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 226, betont die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung.

gen.⁶⁷ Welchen Anforderungen dieses Konzept genügen muss, und ob es insbesondere detailliert auf Zuwendungen durch Verfügungen von Todes wegen zugunsten von Heimbewohnern oder -bewerbern eingehen muss, ist unklar. Der sicherste Weg dürfte bis auf weiteres sein, bei der Konzeptionierung des Verfahrens der Spendenannahme durch den Heimbetreiber auch Zuwendungen von Todes wegen und insbesondere solchen zugunsten von Heimbewohnern und -bewerbern ausreichend Raum einzuräumen und dabei Maßnahmen vorzusehen, die den materiellen Anforderungen des § 10 WTG Rechnung tragen, also insbesondere eine Besser- oder Schlechterstellung von Bewohnern auszuschließen helfen. Da ein Spendenannahmekonzept, das diesen Anforderungen gerecht wird, nicht immer vorliegen wird, sollte m. E. zusätzlich und hilfsweise bereits im Zeitpunkt der Kenntnissnahme der Erbinsetzung durch den Heimbetreiber, diese Tatsache und das Verfahren der konkreten „Spendenannahme“ der Heimbehörde vorsorglich angezeigt werden und dann ggf. das Konzept nachgebessert werden. Bis Rechtssicherheit und Routine in diesem Bereich hergestellt ist, sollte der Kontakt zwischen Heimbetreiber und Behörde nach Möglichkeit bereits im Errichtungsstadium erfolgen, so dass am besten eine erste Anzeige vor Errichtung der Verfügung von Todes wegen erfolgt. Hierauf sollte bei der rechtlichen Beratung hingewiesen werden.⁶⁸ Zuständig sind gemäß § 13 Abs. 1 WTG NRW die Kreise und kreisfreien Städte. Die Dokumentationspflicht über die Einnahme betrifft dann naturgemäß den konkreten Mittelzufluss, wobei hier vorsichtshalber schon die Annahme der Erbschaft bzw. des Vermächnisses dokumentiert werden sollte.

⁶⁷ Drucks. des Landtages Nordrhein-Westfalen 14/6972, S. 3.

⁶⁸ *Tersteegen*, RNotZ 2009, 222, 226, versteht das Verfahren nach § 10 Abs. 4 Satz 3 WTG offenbar schematischer und weniger streng: Seiner Ansicht nach genüge es, wenn der Heimträger allgemein anzeige, sich aus Spenden zu finanzieren und diese auch durch Verfügungen von Todes wegen erfolgen können. Darauf sollte man sich m. E. bis zu einer hinreichend sicheren Klärung dieser Frage nicht verlassen.

Geschäftsanteilsverkehr, Beschlussfassungskompetenz und Gesellschafterliste

– Überlegungen im Anschluss an OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09¹ –

Von Notar Dr. *Michael Bohrer*, LL. M. (Harvard), München

Fehlerhafte Gesellschafterlisten können zur privatrechtlichen Enteignung eines Geschäftsanteilsinhabers führen. Da das Gesetz schweigt, muss die Praxis Standards für die Listenerstellung, insbesondere zu den Prüfungspflichten der Listensperson entwickeln, wozu das OLG München erste Hinweise gibt. Aus der Entscheidung konturiert sich auch die Notarbescheinigung: Da sie dem Notarverfahrensrecht angehört, können bescheinigungspflichtige Geschäfte nicht im Ausland beurkundet werden. Bescheinigungspflichtig sind nur Sonderrechtsnachfolgen, nicht jedoch Veränderungen, die sich aus einer registergerichtlichen Eintragung (z. B. Kapitalerhöhung) ergeben. Im Binnenverhältnis, also im Verkehr mit ihren Gesellschaftern, kann die Gesellschaft auf die Legitimationswirkung der Liste verzichten.

Schöngeistige Literatur gewinnt Farbe durch das Erleben des Autors, Fachkommentare zu „eigenen Fällen“ dagegen sind peinlich und unredlich.² Ich habe den Beschwerdeführer im Verfahren der genannten Entscheidung vertreten³ – kein Wort daher zur Deduktion der Rechtssätze, die das OLG München erkannt hat. Auf einige Konsequenzen wird man aber schon hinweisen dürfen.

I. Listengeschäft als Annex zum Beurkundungsverfahren

Das OLG München liest „anstelle“, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, als verdrängende Zuständigkeitsregelung und nicht als gesetzliche Ermächtigung, im Namen der Gesellschaft gegenüber dem Registergericht zu handeln. In dieser Lesart begründet das Gesetz also eine originäre Zuständigkeit, eine Handlungslegitimation, welche sich nicht von der Gesellschaft (vertreten durch deren Organe) ableitet, die vielmehr aus der Mitwirkung des Notars „an Veränderungen nach Abs. 1 Satz 1“ erwächst, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Damit ist das Listengeschäft notarverfahrensrechtlich befriedigend eingeordnet: Unter der Geltung des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG begründet der Beurkundungsantrag der Beteiligten für den Notar die nachverfahrensrechtliche Pflicht,⁴ die bescheinigte und (nur einmal!) unterschriebene Liste – erstens – zum Handelsregister einzureichen und – zweitens – der Gesellschaft in Abschrift zu übermitteln. Die Vollzugshandlung des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist demnach strukturell nicht § 15 GBO, § 129 FGG (jetzt § 378 FamFG) verwandt⁵ und keine Norm des Registerverfahrens,⁶ sondern Annex des von den

Beteiligten initiierten Beurkundungsverfahrens und insofern strukturell § 53 BeurkG gleich.

Aus dem Annex-Charakter folgt, dass für das Listengeschäft *ausschließlich* der Urkundsnotar⁷ zuständig ist, was es etwa von der Satzungsbescheinigung, § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG unterscheidet und in der Praxis insbesondere in Sozietäten zu beachten bleibt. Doch damit nicht genug:

1. Auslandsbeurkundung

Wenn die Handlungslegitimation des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht aus dem Auftrag der Gesellschaft, sondern aus dem verfahrensrechtlichen Antrag der Beteiligten (nämlich auf Beurkundung der „Veränderung“) folgt, kann das Listengeschäft auch nicht im oder durch den Auftrag der Gesellschaft substituiert werden, was unversehens die Auslandsbeurkundung listenpflichtiger Veränderungen in den Fokus rückt: Während bislang bei Auslandsbeurkundungen im GmbH-Recht aus Art. 11 EGBGB allein in Frage stand, ob die materiellen Formzwecke der §§ 15, 53 u. a. GmbHG durch ausländische Verfahrensakte erfüllt werden, führt die Verkopplung inländischer Formbedürftigkeit mit spezifischen Beurkundungsverfahrenspflichten (nämlich § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) zu der Frage, wie die durch die inländische Formpflicht verfahrensrechtlich abgesicherte Information des Handelsregisters (Einreichung i. S. v. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) durch einen ausländischen Notar gewährleistet sein soll; anders gefragt: Exkludiert § 40 Abs. 2 Satz 1 BeurkG durch die ausschließliche Zuständigkeit des Beurkundungsnotars eine Formgewinnung in Anwendung ausländischer Verfahrensordnungen und wird die materielle Formpflicht listenpflichtiger Geschäfte nun „Eingangstor“ zu einem exklusiv inländischen Verfahren?

Das Territorialitätsprinzip des kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens schließt die Annahme eines extraterritorialen Geltungsanspruchs des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG aus. Dem hält die Submissionstheorie (Rechtsunterworfenheit durch Rechtsanrufung) entgegen, der ausländische Notar unterwerfe sich mit Anwendung des deutschen GmbH-Rechts den hieraus folgenden Pflichten.⁸ Über diesen Ansatz konnte man diskutieren, solange man das notarielle Listengeschäft in Paral-

¹ MittBayNot 2009, 64 (in diesem Heft).

² BGH, DStR 2009, 537, 539 (Privatgutachten als wissenschaftliche Publikation); OLG Naumburg, NJW 2009, 1679 (Vergütung für „bestellten“ Fachaufsatz).

³ Die angegriffene Entscheidung ist – in einem Parallelverfahren, aber mit identischem Wortlaut – veröffentlicht als LG München I, BB 2009, 1774 (m. Anm. *Wachter*).

⁴ Zur Struktur des Notar-, insbesondere des Beurkundungsverfahrens *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 33 ff.

⁵ So noch *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1000. In diesem Sinn aber wohl auch die legislativen Vorstellungen, vgl. *Link*, RNotZ 2009, 193, 194 f. Aus der Literatur zum MoMiG fasst *Link* das aktuelle Meinungsbild der notarrechtlichen Literatur zusammen; für weitergehende Nachweise kann daher auf die nachgenannten Zitate bei *Link* verwiesen werden.

⁶ Zur verfahrensrechtlichen Qualifikation der Listenbescheinigung, § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, nachfolgend Abschnitt IV.

⁷ *Link*, RNotZ 2009, 193, 198 f. – inkonsequent dann aber a. a. O., 199 (Auslandsbeurkundung).

⁸ *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 435.

lele zu § 40 Abs. 1 GmbHG auf die Gesellschaft und Handlungspflichten deren Organe zurückführte. Erkennt man § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG aber als beurkundungsverfahrensrechtliche Pflicht, kann der ausländische Notar nicht mehr durch Submission listenpflichtig sein: Die *lex fori* lässt sich weder wählen noch derogieren!⁹

Mit der inländisch ausschließlichen Zuständigkeit des Urkundsnotars schließt das OLG München einen Regelkreis zur Sicherung der Registerwahrheit: Die Beurkundung einer „Veränderung“ verpflichtet den Notar zur Listenreinreichung, was zur „Aufnahme“ der Liste in das Handelsregister führt und schafft so – ohne Einwirkungsbefugnis oder –möglichkeit der Beteiligten oder der Gesellschaft – im öffentlichen (nämlich Verkehrsschutz-)Interesse Publizität. Während Register-*eintragungen* auf Veranlassung der Gesellschaft (!) und damit auf deren Initiative erfolgen (auf welche das Registergericht allenfalls mittelbar einwirken kann), hat das MoMiG die Veränderungsmitteilung im öffentlichen Interesse zum integralen Bestandteil des Beurkundungsverfahrens gemacht. Wie sollte dieses öffentliche Interesse anders gesichert werden, als durch die Annahme einer ausschließlichen internationalen Zuständigkeit deutscher Notare für listenpflichtige Veränderungen?¹⁰

2. Zurechnung der Gesellschafterliste

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten, also die privatrechtliche Enteignung des Berechtigten, bedarf zum einen eines Rechtsscheins für die Rechtsinhaberschaft des Nichtberechtigten, zum anderen der Zurechnung des Rechtsscheins an den wahren (und verlierenden) Rechtsinhaber. § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG bestimmt die „aufgenommene“ Liste als Rechtsscheinträger für die Geschäftsanteilszuordnung. Wie allerdings diese Listenverlautbarung dem Verlierer zugerechnet werden kann, ist seit jeher rätselhaft,¹¹ weil der verlierende Rechtsinhaber weder an der Unterzeichnung noch an der Einreichung der Liste mitwirkt und somit an der Schaffung des Rechtsscheins nicht beteiligt ist.

Die notarverfahrensrechtliche Deutung des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG schafft nun zumindest eine Argumentationshilfe für fehlerhaft verlautbarte Geschäftsanteilsveräußerungen, § 15 Abs. 3 GmbHG, weil die Listenverlautbarung Folge des (auch) vom Veräußerer in Gang gesetzten Beurkundungsverfahrens ist und dem Verlierer die Publizität etwa unzutreffender Rechtsinhaberschaft des Erwerbers über seine eigene Teilnahme am Beurkundungsverfahren zugerechnet werden kann (und weil § 17 Abs. 2 BeurkG gewährleistet, dass der Veräußerer über das geschaffene Risikopotential unterrichtet ist). Unverändert rätselhaft bleibt aber die Zurechnung des etwa fehlerhaften Rechtsscheins, wenn die Geschäftsführung (d. h. die Gesellschaft selbst) die Aufnahme der Liste veranlasst, also in den Fällen des § 40 Abs. 1 GmbHG, und bei Kapitalmaßnahmen, bei denen verfahrensrechtlich eine „Veränderung“ i. S. v. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht durch den Gesellschafterbeschluss, sondern allein durch dessen Anmeldung, § 57 GmbHG, bewirkt wird (was bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer und Einschaltung verschiedener Notare die Praxis künftig vor gewisse logistische Probleme stellen wird, weil in der Lesart des OLG München jeder einzelne Notar „sein“ Beglaubigungsverfahren exklusiv zu Ende führen muss¹²).

⁹ Im Ergebnis auch Mayer, ZIP 2009, 1037, 1046.

¹⁰ So auch Braun, DNotZ 2009, 585; LG Frankfurt, BB 2009, 2500 m. Anm. Krause.

¹¹ Reyman, BB 2009, 506; Apfelbaum, BB 2008, 2470; Bednarz, BB 2008, 1854; Bohrer, DStR 2007, 995, 1000 f.

¹² Weiterführend Mayer, ZIP 2009, 1037, 1045. Siehe aber auch unter Abschnitt IV.

II. Keine Prüfung der vorgefundenen Liste

Einen unschätzbaren Gewinn für die notarielle Praxis stellt die jetzt auch obergerichtlich gesicherte Aussage dar, dass der Notar weder notarverfahrensrechtlich noch institutionell¹³ irgendwelche Prüfungspflichten hinsichtlich der bei Gericht vorgefundenen („alten“) Liste hat, was deshalb besonderer Hervorhebung bedarf, weil die unter den verschiedenen historischen Fassungen des § 40 GmbHG früher eingereichten Listen seinerzeit in einem Umfeld praktischer Bedeutungslosigkeit erstellt wurden. Das Gericht hält in Kenntnis dieser Umstände entscheidungserheblich fest, dass der Notar die letzte (unter Geltung von § 40 Abs. 1 GmbHG a. F.) „eingereichte“ oder (unter Geltung von § 40 Abs. 1, 2 n. F.) „aufgenommene“ Liste ungeprüft und ohne Wenn und Aber zugrunde zu legen hat. Nur positive Kenntnis der Unrichtigkeit schadet, so dass bekannt unrichtige „Veränderungen“ nicht eingereicht werden dürfen und auf eine bekannt unrichtige Liste nicht aufgesetzt werden darf¹⁴ – Selbstverständlichkeiten für einen Amtsträger, § 1 BNotO, deren obergerichtliche Erwähnung nur bestärkt, dass der Notar das Listengeschäft ausschließlich nach Aktenlage zu betreiben hat.

Diese Aussage wird auch nicht durch den die Entscheidung abschließenden Hinweis relativiert, der Notar möge die Registerakten einsehen, wenn ihm die elektronisch abrufbare Liste nicht hinreichend verlässlich erscheint. Im entschiedenen Fall war die Liste im Jahr 2002 (in Papierform) eingereicht und später von Amts wegen elektronisiert worden. Jeder Aufruf einer Liste im elektronischen Handelsregister führt den Benutzer zunächst auf eine Informationsseite, welche verschiedene Angaben zur gerichtlichen Listenverwaltung enthält; im vorliegenden Fall standen diese Angaben im Widerspruch zu der demselben Datensatz zugehörigen Liste. Wenn das Gericht sogar unter diesen Umständen keine Ermittlungspflicht des Notars sieht, bekräftigt dies den Grundsatz, dass sich der Notar auf den schlichten Wortlaut der „alten“ Liste beziehen darf.

Beträchtliche Probleme bereitet in der Praxis nicht selten die Feststellung, welche Liste „zuletzt“ im Handelsregister aufgenommen war, weil das Datum der Einreichung/Aufnahme im Handelsregister nicht zweifelsfrei erkennbar ist, und es derzeit an Vorschriften über die Reihenfolge eingereichter, aber noch nicht aufgenommener Listen fehlt, was insbesondere von Bedeutung ist, wenn das Gericht eine eingereichte Liste beanstandet. Bis zu einer spezialgesetzlichen Regelung müssen hier die allgemeinen Regeln zur Schaffung registerrechtlichen Rechtsscheins gelten, so dass eine Mehrzahl von Einreichungen entsprechend § 13 Abs. 2, § 17 GBO zu bearbeiten ist. Aus demselben Gedanken ist die nachträgliche Entnahme einer aufgenommenen Liste unzulässig, da ein registermäßig geschaffener Rechtsschein nicht ungeschehen gemacht, sondern nur durch einen Widerspruch (wieder) in die Schwebe gebracht werden kann (vgl. den Rechtsgedanken der § 899 BGB, § 16 Abs. 3 Satz 3 und 4 GmbHG, § 53 GBO usw.). Es empfiehlt sich für den Listennotar gleichwohl, zu dokumentieren, auf welche Liste er „aufsetzt“, was am verlässlichsten dadurch erfolgt, dass er die zugrundegelegte Liste der nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu erstellenden Bescheinigung beifügt; dies fällt umso leichter, als der Notar der Beurkundung einer später listenpflichtigen „Veränderung“ ohnehin eine Darstellung der Gesellschafter und deren Beteiligung zugrundelegen muss. Und auch insofern enthält die

¹³ Zur Unterscheidung etwa Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 87 ff.

¹⁴ Link, RNotZ 2009, 193, 201.

Entscheidung einen klaren Hinweis: Wenn der Notar seiner Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die „alte“ Liste ungeprüft zugrundelegen darf und damit mittelbar an die Öffentlichkeit tritt, muss er sie erst recht der Beurkundung seines zeitlich vorgehenden Veränderungsgeschäfts ungeprüft zugrundelegen dürfen; auch insofern hat er keine weitergehenden Ermittlungspflichten!

III. Wirksamkeitsverantwortung

Es ist damit geklärt, dass der Notar auf die vorgefundene Liste „aufsetzen“ darf; ungewiss bleibt jedoch, welche Aussage er mit dem Listengeschäft über die *Wirksamkeit der Veränderung* trifft, ob also Einreichung und/oder Bescheinigung eine Verantwortung des Notars für die Wirksamkeit der Veränderung zum Zeitpunkt der notariellen Unterschrift begründen.¹⁵

Das Gesetz beschränkt sich auf die Anordnung, die Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung einzureichen, begründet mit *diesem* Wortlaut aber keine Pflicht der Einreichungsperson, Feststellungen zur Wirksamkeit zu treffen. Amtsermittlungen sind dem Notar fremd,¹⁶ so dass es ohnehin Angelegenheit der Beteiligten ist, die Wirksamkeitsnachweise zu führen und der Notar nur als koordinierende Empfangsstelle solcher Mitteilungen agiert. Welche Amtspflichten hat der Notar aber bei der Transformation der an ihn gerichteten Mitteilungen in die einzureichende Liste? Allgemein wird angenommen, dass seine Pflicht, die Liste zu unterschreiben, die Aufgabe einschließt, die Liste (physisch) zu erstellen. Kompiliert der Notar dann nur und reicht bereits ein, wenn ihm durch die Beteiligten/Geschäftsführung die Wirksamkeit mitgeteilt ist oder prüft er deren Angaben zur Wirksamkeit auf Plausibilität oder muss ihm die Wirksamkeit nachgewiesen sein? Welche Beweismittel sind zulässig, um seine Wirksamkeitsüberzeugung zu begründen? Gelten die Grundsätze des Freibeweises oder ist ein Strengbeweis zu führen?

In welches Dilemma die einreichungspflichtige Person durch eine Wirksamkeitsverantwortung käme, zeigt das alltägliche Beispiel eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung entsprechend § 15 Abs. 5 GmbHG: Muss sich der Notar (gar durch öffentliche Urkunden?) nachweisen lassen, dass die Gesellschafter form- und fristgerecht geladen waren, der Beschluss ordnungsgemäß gefasst wurde, die Geschäftsführung daraufhin außenwirkend die Zustimmung abgegeben hat und diese wiederum zugegangen ist, § 130 BGB?

Das OLG München wird Gelegenheit haben, diese Frage zu entscheiden, daher hier kein Wort zu den Pros und Cons,¹⁷ sondern nur der Hinweis, dass die Schaffung registermäßigen Rechtsscheins bislang hohen formellen Anforderungen unterlag (etwa § 12 HGB, § 29 GBO) und nicht erkennbar ist, wie der Notar mit gleichwertiger Verlässlichkeit die Wirksamkeit etwa einer Abtretung feststellen soll, wenn diese von einer erfolgten Kaufpreiszahlung, § 158 BGB, Mitwirkungshandlungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG usw. abhängt. Ist es wirklich mit der Einräumung pflichtgemäßem Ermessens¹⁸ oder der Aufstellung von Vermutungsregeln getan, wenn die fehlerhafte Verlautbarung doch zum vollständigen Rechtsverlust, zur privatrechtlichen Enteignung des Berechtigten führen kann?

Nachdem allein die Gesellschafterliste (nicht aber die Listenbescheinigung!) Rechtsscheinsträger ist, vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG,¹⁹ erscheint es rechtsstaatlich geradezu defizitär, dass das Gesetz völlig darauf verzichtet, den Prüfungsmaßstab zu benennen, nach dem Geschäftsführung, § 40 Abs. 1 GmbHG, oder Notar, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, Wirksamkeitsfeststellungen zu treffen haben. Nähme man die Gewährleistungen zum Vorbild, welche § 19 ff., § 29 ff. GBO, zur Schaffung eines Rechtsscheins für immobilies Sacheigentum, §§ 892 f. BGB, aufstellen, käme der Geschäftsanteilsverkehr zum Erliegen.

Wenn man dem Notar gleichwohl die volle Wirksamkeitsverantwortung für Veränderungen aufbürdet, wird die Praxis Geschäftsanteilsveräußerungen, deren Wirksamkeit nicht unmittelbar aus der notariellen Niederschrift ablesbar ist, künftig nur noch mit einem gesonderten *closing*, also zweiaktig abwickeln können, wobei dann auch der Leistungsaustausch Zug um Zug zu bewirken sein wird.²⁰ Falls jedoch ein geringeres Maß an Überzeugung, etwa gar ein bloßes Wahrscheinlichkeits- oder Plausibilitätsurteil genügen, ist zur Vermeidung „falschen“ Scheins²¹ von der Einreichungsperson dringend ein – außenwirkender und daher mit der Liste zu verbindender – Vorbehalt zu machen.

IV. Notarbescheinigung

In dem entschiedenen Fall wollte der Geschäftsführer durch seine Unterschrift die Richtigkeit der Liste bestätigen, was der Notar in sachverständiger Begutachtung durch seine Bescheinigung bekräftigte.²² Mit der Annahme exklusiver Listenzuständigkeit hat das Gericht dieses Konzept verworfen, zugleich aber an der Trennung von Veränderungsliste und Listenbescheinigung festgehalten. Welche Funktion kann die Bescheinigung nun aber haben, wenn ohnehin nur der Mitwirkungsnotar unterschreibt und einreicht? Aus der Liste ergibt sich jetzt ja zwingend die Person des Mitwirkungsnotars; dass dieser nicht wissentlich falsche Angaben macht, folgt bereits aus § 1 BNotO; warum also muss der Notar den Erklärungswert seiner Listenunterschrift nochmals mit der Bescheinigung bestätigen?

Eine Antwort gibt auch hier die verfahrensrechtliche Sicht des Gerichts: Registerrechtliche Eintragungen unterliegen (pauschaler) gerichtlicher Prüfung – ungeachtet des konkreten Umfangs der Prüfungspflicht oder der Grenzen des Prüfungsrechts sind registerrechtliche Verlautbarungen also gerichtlich verantwortet. Der Geschäftsanteilsverkehr vollzieht sich dagegen jenseits gerichtlicher Prüfung. Wenn der Geschäftsanteilsverkehr nun aber (*via* „aufgenommener“ Liste) *gerichtliche* Publizität erlangt, die sogar zum Rechtsverlust führen

¹⁹ *Link*, RNotZ 2009, 193, 215 f.; *Wachter*, BB 2009, 1775, 1776.

²⁰ Zu den Risiken bedingter Abtretung *Schreinert/Berresheim*, DStR 2009, 1265; *Herrler* BB 2009, 2272; relativierend *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049 f. Das (durch eine bedingte Abtretung entstehende) Anwartschaftsrecht mit bewilligtem Widerspruch, § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG, zu sichern (dafür LG Köln, NJW-Spezial 2009, 705; dagegen OLG München BB 2009, 2167) und somit den Rechtserwerb der Sache nach „vorzumerken“, mag wünschenswert sein, widerspricht aber dem klaren Gesetzeswortlaut und schützt den Erwerber ohnehin nicht vor sonstigen Verfügungen (z. B. Pfandrechten).

²¹ *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 110 ff.

²² „Bescheinigung“ verkörpert sachverständiges Urteil und ist ein selbständiger Aktstyp, unterschieden von Wahrnehmungszeugnissen gemäß §§ 8 ff., 36 ff. BeurkG, vgl. *Bohrer*, DNotZ 2008, 39. Jede Verbindung der Listenbescheinigung mit § 39 BeurkG (so etwa *Link*, RNotZ 2009, 193, 207) ist daher irrig: Die Wirksamkeit eines Geschäfts kann man nicht wahrnehmen, sondern nur beurteilen; so auch *Sikora*, MittBayNot 2009, 488. Anders *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049.

¹⁵ So die allgemeine Meinung, vgl. nur *Link*, RNotZ 2009, 193, 201.

¹⁶ *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 25 ff.

¹⁷ Meinungsstand bei *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047 f.

¹⁸ *Link*, RNotZ 2009, 193, 201.

kann, § 16 Abs. 3 GmbHG, muss ein Äquivalent für die gerichtliche Prüfung geschaffen werden – eben die Listenbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG!

Die Einsicht, dass die Listenbescheinigung funktionell der handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfügung entspricht, hat nun allerdings weitgehende Folgerungen: Man wird der dogmatischen Frage nachgehen müssen, ob der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO, damit nicht in dem Aktstyp der Verfügung/des Beschlusses handelt, und ob er dabei notarverfahrensrechtlich gebunden ist oder – der Sachnähe folgend wohl eher – nach FamFG zu prozedieren hat;²³ man gewinnt in Anlehnung an die handelsregisterlichen Prüfungsgrundsätze einen Maßstab für allenthalb vom Notar vorzunehmende Wirksamkeitsprüfungen; und man kann solche Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG ausschließen, bei denen „Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, ohnehin schon gerichtlicher Prüfung unterliegen – womit dann im Wesentlichen nur noch Abtretungsgeschäfte unter § 40 Abs. 2 GmbHG fallen.

Mit diesem Ansatz ist auch den rechtsstaatlichen Defiziten der Listenaufnahme (oben Abschnitt III.) abgeholfen: Die als „Bescheinigung“ verkleidete Verfügung ist durch „Aufnahme“ der Liste in das Handelsregister auszuführen und als solche beschwerdefähig; sie kann nach § 63 FamFG – selbstredend ohne materiellrechtliche Wirkung – in Rechtskraft erwachsen, wobei die Mitteilungspflicht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG als spezialgesetzliche und somit exklusive Zustellungsvorschrift zu deuten wäre.

Im Ergebnis erweist sich die Notarbescheinigung somit als rechtsmittelfähige²⁴ Eintragungsverfügung, welche die Listenpublizität legitimiert und im konkreten Fall den Rechtsgrund für eine amtliche Verlautbarung bestimmter Gesellschafterverhältnisse schafft. Daraus ergibt sich zwanglos, dass das listenführende Gericht an die Feststellungen des bescheinigenden Notars gebunden ist.²⁵ Zu unterscheiden hiervon – und nach wie ungeklärt – ist allerdings, ob diese formale Legitimation hinreicht, dem Geschäftsanteilsinhaber den so geschaffenen Rechtsschein zuzurechnen und nach § 16 Abs. 3 GmbHG die Enteignung des wahren Berechtigten zu rechtfertigen.²⁶

V. Beschlusskompetenz und Gesellschafterliste

Ein fehlgeleitetes Verständnis zur Listenaufnahme führt in das derzeit dringendste Problem der Abtretungspraxis,²⁷ das insbesondere bei höhervolumigen Unternehmenskäufen zu grotesken Verrenkungen führt:

1. Unzulänglichkeit der Rückwirkungsfiktion

Weicht der tatsächliche Gesellschafterbestand infolge einer Abtretung (Gleiches gilt bei Gesamtrechtsnachfolge!) von

²³ Notarielle Amtshandlungen werden in einer Vielzahl unterschiedlicher Verfahrensordnungen erledigt, was durch den praktischen Schwerpunkt auf die vom BeurkG geregelten Wahrnehmungszeugnissen nicht selten übersehen wird, näher *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 37 ff.

²⁴ Mit „Aufnahme“ der Liste wird die befristete Beschwerde, vgl. §§ 58 ff., 382 Abs. 3 u. 4 FamFG, unstatthaft, § 383 Abs. 3 FamFG. Als zeitlich anschließender Rechtsbehelf steht dann der Widerspruch nach § 16 Abs. 3 GmbHG zur Verfügung.

²⁵ So auch *Wachter*, BB 2009, 1775.

²⁶ Hierzu oben Abschnitt I. 2.

²⁷ Darstellung des Meinungsstands bei *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039 ff.

dem im Handelsregister verlautbarten Gesellschafterbestand ab, so soll die Befugnis des Erwerbers, an Gesellschafterbeschlüssen mitzuwirken, unter dem Vorbehalt stehen, dass er in der Liste als Geschäftsanteilsinhaber verlautbart ist. Dieser schon zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. entwickelte Gedanke lag auch dem Gesetzgebungsverfahren zum MoMiG zugrunde und hat zu der Rückwirkungsfiktion des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG geführt, die freilich für konstitutive Gesellschafterbeschlüsse (also insbesondere Beschlüsse zur Organstellung der Geschäftsführung oder sonstige, nicht nach §§ 54, 57 GmbH registrierungspflichtige Vorgänge wie etwa Zustimmungsbeschlüsse zu Unternehmensverträgen usw.) völlig unbrauchbar ist, weil die Wirksamkeit solcher Beschlüsse nicht von einem nachfolgenden Ereignis abhängen darf – noch dazu, wenn dieses nachfolgende Ereignis die Unwägbarkeiten *unverzüglicher* Einreichung durch den Notar, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, und *unverzüglicher* Aufnahme durch das Registergericht, § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kumuliert. Insbesondere die Organstellung einer Person muss *ad hoc* feststellbar sein.²⁸

2. Legitimationswirkung der Liste

Das herkömmliche Verständnis des § 16 Abs. 1 GmbHG beruht auf einer nicht hinreichenden Durchdringung der gesellschafts- und vertrauensrechtlichen Implikationen. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist § 67 Abs. 2 AktG nachgebildet und beruht auf dem auch § 16 Abs. 1 und 2 GmbHG a. F. zugrundeliegenden Gedanken, dass die Binnenverwaltung einer Gesellschaft klare Strukturen erfordert und dass die Gesellschafterstellung nach einem Mitgliederwechsel ohne Rücksicht auf die rechtlichen Unwägbarkeiten des Veräußerungsgeschäfts feststehen soll. Und so formuliert das Gesetz zutreffend, dass *im Verhältnis zur Gesellschaft* als Gesellschafter gilt, wer (bei der AG) dort oder (bei der GmbH) im Handelsregister als Gesellschafter verlautbart ist; mit ihrer Anknüpfung an den Rechtsschein ist die Vorschrift somit strukturell § 893 BGB verwandt.

Bei und mit einer Beschlussfassung treten die Gesellschafter aber nicht in ein Verhältnis zur Gesellschaft, sondern wirken kraft ihrer Mitgliedschaft an der Willensbildung des Organs „Gesellschafterversammlung“²⁹ mit. Die Mitgliedschaft (Rechtsinhaberschaft) steht jedoch nicht unter dem Vorbehalt der Registrierung; weder die Listenpublizität noch die Eintragung in das Namensregister sind konstitutive Elemente des Rechtserwerbs.³⁰ Das Gesetz kennt – vertrauensrechtlich formuliert – keine negative Publizität des Inhalts, dass fehlende Publizität das Mitgliedschaftsrecht als solches, also in seinem Bestand oder Umfang einschränkt, weshalb die Gesellschafter auch zur Selbstversammlung berechtigt sind und die (wahren) Rechtsinhaber ohne Mitwirkung von Geschäftsführung/Vorstand wirksame Beschlüsse fassen können.³¹

²⁸ Die kumulierten Unverzüglichkeiten können noch nach Jahr und Tag in Frage gestellt werden, weil eine Registereintragung (z. B. Eintragung eines Geschäftsführers) nicht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bestandskräftig feststellen kann. Ist der Geschäftsführer einmal registriert, wird der Rechtsverkehr durch § 15 HGB geschützt – für seine bis zur Registrierung in fehlerhafter Anwendung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG getätigten Rechtshandlungen gibt es aber keinen Gutgläubensschutz; anders *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1042.

²⁹ Die wohl überwiegende Meinung will die Versammlung der GmbH-Gesellschafter nicht als „Organ“ qualifizieren, vgl. nur *K. Schmidt/Seibt* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 48 Rdnr. 1, was aber im *gegenwärtigen* Zusammenhang eher eine terminologische Frage betrifft.

³⁰ *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 11.

³¹ Allgemeine Meinung; vgl. etwa BGH, DStR 2009, 646; *K. Schmidt/Seibt* in Scholz, GmbHG, § 51 Rdnr. 31.

Ein „Verhältnis zur Gesellschaft“ entsteht nur, wenn das Geschäftsleitungsorgan festzustellen hat, wer Inhaber der Mitgliedschaftsrechte ist; im Umfeld korporativer Willensbildung sind solche Feststellungen erforderlich zum einen bei Ladung zur Gesellschafterversammlung, also bei Ermittlung des Kreises der Teilnahmeberechtigten, zum anderen in den Fällen, in denen die selbstversammelten Gesellschafter Beachtung (insbesondere registerrechtliche Anmeldung) ihres Beschlusses beanspruchen. Ohne eigene Ermittlungen anstellen zu müssen (ähnlich § 123 Abs. 3 AktG) kann die Geschäftsleitung in diesen Fällen auf die Registrierung zurückgreifen, erlangt – vertrauensrechtlich gesagt – die Listen- oder Registerverlautbarung somit positive Publizität.

3. Teleologische Reduktion

Eine ganz andere³² Frage ist, ob die Geschäftsleitung auf den Schutz der positiven Publizität verzichten *kann*, ob sie also eine nicht oder noch nicht registrierte Person als Gesellschafter behandeln *darf*. Im Zusammenhang des § 67 Abs. 2 AktG ist dies unerheblich, weil der Vorstand den Zeitpunkt der Aktionärsregistrierung beeinflussen kann; die „Aufnahme“ der Liste setzt nunmehr aber verschiedene Verwaltungsschritte voraus, deren Erledigung von den Beteiligten weder zu beeinflussen noch zu prognostizieren ist; die Gesellschaft wäre gelähmt, wenn man in diesem Zeitraum nicht auf die wahre materielle Rechtslage durchgreifen könnte, wobei es im Detail um zwei Fallgruppen geht, nämlich die transitorische Mitgliedschaft (der auf die Zeitachse gestellte Mitgliederwechsel) und die Divergenzfälle (in denen mehrere Personen die Mitgliedschaft zeitgleich prä tendieren).

Schon zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. stand in der Rechtsprechung fest, dass die gesetzlichen Nachweiserfordernisse seitens der Gesellschaft verzichtbar waren, es der Gesellschaft also nicht verwehrt ist, in transitorischen oder Divergenzfällen (unabhängig von Anzeige und Nachweis) den „wahren“ Gesellschafter als Mitglied zu behandeln,³³ was den allgemeinen vertrauenstheoretischen Grundsätzen entspricht und demzufolge auch für die Neufassung gilt: Wie das Gesetz in den Fällen des § 893 BGB den Rechtsverkehr zwar schützen, nicht aber Geschäfte mit dem wahren Rechtsinhaber ausschließen will, legitimiert die „aufgenommene“ Liste zwar die ausgewiesenen Personen, suspendiert aber nicht die wahren Rechtsinhaber – selbstverständlich trägt die Geschäftsführung in diesen Fällen das Risiko der unrichtigen Beurteilung der materiellen Rechtslage und wird nur in ihr zweifelsfrei erscheinenden Fällen auf den Schutz des § 16 Abs. 1 GmbHG verzichten.

Die Verzichtbarkeit des Publizitätsschutzes wird bisweilen mit der Erörterung in Verbindung gebracht, ob § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, § 67 Abs. 2 AktG eine gesetzliche Fiktion oder (nur) Vertrauensschutzvorschriften sind,³⁴ was letztlich jedoch nicht weiter führt, weil auch die Qualifizierung als Fiktion nur relativ (nämlich im Verhältnis zur Gesellschaft) besteht; wäre die Fiktion absolut, müsste die Registrierung ein konstitutives Element des Rechtserwerbs sein.

Aus demselben Grund hindert auch das Wort „nur“ im Gesetzestext nicht, den Publizitätsschutz zur Disposition der Gesellschaft zu stellen: Gerade weil die Registrierung keine Erwerbsvoraussetzung ist, die Gesellschafterstellung also *per*

se den vollen Kreis der Gesellschafterrechte eröffnet, ist der Anwendungsbereich der § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, § 67 Abs. 2 AktG erst erreicht, wenn Ungewissheiten oder Unklarheiten über die Identität der Gesellschafter bestehen, die nach dem Gesetzesbefehl dann „nur“ auf der Grundlage der Verlautbarung (und nicht nach Prüfung der materiellen Rechtslage) aufzulösen sind. Ob eine Ungewissheit und damit überhaupt ein Schutzbedürfnis bestehen, ergibt sich aber allein aus dem Blickwinkel der Geschäftsleitung. Will sich also – um die extremste Absurdität der herrschenden Meinung³⁵ zu karikieren – der Erwerber des einzigen Geschäftsanteils einer Ein-Personen-GmbH zum Geschäftsführer bestellen, so kann er auf sein Wissen über die Wirksamkeit des Rechtserwerbs zurückgreifen und seine Geschäftsführerbestellung beschließen, ohne die Listenaufnahme abzuwarten.

Aus der Verzichtbarkeit des Publizitätsschutzes ergeben sich zwei Folgerungen:

Wie unter der Geltung des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. ist unverändert zu empfehlen, der Gesellschaft eine Geschäftsanteilsabtretung mitzuteilen und ggf. nachzuweisen; die Gesellschaft *kann* (auf ihr Risiko!) den ihr nachgewiesenen Erwerber ab sofort als Rechtsinhaber behandeln, was bei der Überschaubarkeit der Verhältnisse der ganz überwiegenden Mehrzahl kleinerer und mittlerer GmbHs der Regelfall bleiben wird.

Das Registergericht kann Eintragungsanträge nicht mit dem Hinweis darauf beanstanden, die beschließenden Personen seien nicht durch die aufgenommene Liste als Gesellschafter ausgewiesen. Das führt zu der weitergehenden Frage des Prüfungsrechts des Handelsregisters bei der Eintragung von Gesellschafterbeschlüssen: Die Verantwortung für die Beschlussfähigkeit einer Gesellschafterversammlung liegt beim Versammlungsleiter, dessen Feststellungen zunächst auch das Registergericht binden; dass sie registergerichtlicher Kontrolle entzogen sein sollen, kommt im Aktienrecht schon dadurch zum Ausdruck, dass die Präsenzliste nicht mehr Protokollbestandteil ist. Warum soll für die strukturell insoweit gleiche GmbH anderes gelten? Damit ist – was anderweit noch im Detail darzustellen sein wird – das Prüfungsrecht des Handelsregisters nicht verneint, aber auf solche Fälle beschränkt, in denen greifbare Anhaltspunkte für fehlerhafte Beschlussfähigkeit und/oder fehlende Stimmberechtigung bestehen; die mangelnde Verlautbarung der Versammlungsteilnehmer als Gesellschafter in der zuletzt „aufgenommenen“ Liste ist jedenfalls kein hinreichender Anhaltspunkt.

VI. Schlussbemerkung

Die Gesellschafterliste war bis zum Inkrafttreten des MoMiG ein letztlich unverbindliches Informationsmittel. Durch § 16 Abs. 3 GmbHG wird die Liste nun (wie Registerverlautbarungen nach § 15 HGB oder Grundbucheintragen nach § 892 BGB) Rechtsscheinsträger für die Inhaberschaft eines Geschäftsanteils. Während Eintragungen im Handelsregister und im Grundbuch wegen des Beglaubigungserfordernisses, § 12 HGB, § 29 GBO, hohen formellen Richtigkeitsanforderungen unterliegen, ist die Richtigkeit der Gesellschafterliste nur mittelbar, nämlich durch die Schadensersatzpflicht der Einreichungsperson gewährleistet, vgl. § 40 Abs. 3 GmbHG.

Man muss freilich im Auge behalten, dass gutgläubiger Erwerb – um eine privatrechtliche Enteignung rechtsethisch

³² ... und in der allgemeinen Diskussion überhaupt nicht unterschiedene ..., vgl. etwa *Link*, RNotZ 2009, 193, 209 f. und die dort geführten Nachweise.

³³ BGH, NJW 2009, 229; weitere Nachweise bei *Bohrer*, DStR 2007, 995, 996 f.

³⁴ *Hüffer*, AktG, § 67 Rdnr. 13.

³⁵ *Seeling*, DStR 2009, 1097, 1098; *Müller/Federmann*, BB 2009, 1375, 1377.

überhaupt zu legitimieren³⁶ – sowohl eine Zurechnung des Rechtsscheins an den verlierenden (wahren) Rechtsinhaber als auch die Redlichkeit des Erwerbers, § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG, erfordert. Die von der Einreichungsperson veranlasste Listenaussage zum einen, deren Zurechnung an den wahren Gesellschafter zum anderen und schließlich das Sorg-

faltsmaß einer höchstens leichten Fahrlässigkeit des Erwerbers verhalten sich zueinander wie ein System kommunizierender Röhren. Nachdem der Gesetzgeber des MoMiG zur Schaffung des Rechtsscheins auf die registerrechtlich sonst üblichen Sicherheitsstandards verzichtet hat, muss von erhöhten Prüfungsobliegenheiten sowohl des Berechtigten als auch des Erwerbers ausgegangen werden – andernfalls würden die dem Gesetzgeber bekannten Risiken der Gesellschafterliste letztlich über die Notar- und D & O-Haftung sozialisiert werden.

³⁶ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 467 ff.

Der Nettonießbrauch auf dem Prüfstand

– zugleich Anmerkung zu BGH vom 23.1.2009, V ZR 197/07¹ –

Von Notar a. D. Dr. *Günter Promberger*, LL. M. (Harvard), Dachau

Beim Grundstücksnießbrauch gehört die vertragliche Ausgestaltung der Lastenverteilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher ebenso zur ständigen Praxis eines Notars, wie die spätere Erfahrung, dass den Beteiligten die vereinbarte Lastenverteilung nicht recht ist. Ein solcher Konflikt befand sich auf dem Prüfstand des BGH, und zwar ging es darum, ob und wie weit der Nießbraucher durch die Gestaltungsform eines „Nettonießbrauchs“ zu einer vermehrten Lastentragung verpflichtet sein könnte. Dabei traf der BGH Aussagen, die teils über den konkreten Fall hinaus dogmatisch bedeutsam, teils für die Praxis aber auch falsch deutbar sein können. Der folgende Aufsatz befasst sich daher mit diesen Argumenten des BGH zum Nettonießbrauch, verknüpft aber den Blick auf das Urteil auch mit Überlegungen für die Praxis.

A. Aussagekraft des Urteils

I. Begrenzter Entscheidungsrahmen

Ganze zwei Sätze in einer Notarurkunde² zur Lastenverteilung bei einem Grundstücksnießbrauch, ein ungeschickt zitierter BGB-Paragraph, ein Rechtsstreit durch drei Instanzen, ein knappes BGH-Urteil, das mehr Fragen aufwirft als es beantwortet: Der Notar, der seinerzeit den zugrundeliegenden Vertrag zu errichten hatte, dürfte an Pandoras Büchse denken!

Der BGH hatte sich hierbei zu einem inhaltlich modifizierten Nießbrauch an Grundbesitz zu äußern. So, wie die Revision sich gegen die Auslegung des Bestellsungsvertrags durch das Berufungsgericht gewandt hatte, war es auch nur Aufgabe des BGH, diese Auslegung auf etwaige Rechtsfehler zu überprüfen; daher folgen seine Erkenntnisse den zur Revisionsbegründung vorgebrachten Argumenten.

Trotz dieses begrenzten Rahmens ergibt das Urteil grundsätzliche Aussagen für die Anwendung eines Nießbrauchsbestellsungsvertrags, bei dem der Nießbraucher stärker als nach dem im Gesetz vorgegebenen Modell belastet werden sollte.

¹ MittBayNot 2010, 40 (in diesem Heft).

² „Abweichend von § 1050 BGB wird vereinbart, dass die Nießbraucherin auch die Veränderung und Verschlechterung des belasteten Grundbesitzes zu vertreten hat. Sie ist berechtigt, hieran sämtliche Reparaturen und sonstige bauliche Änderungen vorzunehmen und die steuerliche Ansetzung für Abnutzung geltend zu machen.“

II. Nießbrauchstypen

1. Soweit es um die Lastenverteilung zwischen Grundstückseigentümer und Nießbraucher geht, hält wohl jeder Notar in seiner Praxis Formulierungen für drei Typen vorrätig:

- mit gesetzlichem Inhalt („Normalnießbrauch“): Entsprechend der nicht vertraglich veränderten Verteilung in den §§ 1041, 1045, 1047, 1049, 1050 BGB³ obliegen bestimmte Pflichten und der daraus entstehende Aufwand teils dem Eigentümer, teils dem Nießbraucher;
- als „Bruttonießbrauch“: Abweichend von der gesetzlichen Verteilung obliegen möglichst alle Pflichten und der daraus entstehende Aufwand dem Eigentümer, also nicht dem Nießbraucher, der möglichst in den Genuss aller Nutzungen ohne Abzüge für einen Aufwand („brutto“) kommen soll;
- als „Nettonießbrauch“: Hier obliegen möglichst alle Pflichten und der daraus entstehende Aufwand nicht dem Eigentümer, sondern dem Nießbraucher, der somit in den Genuss der Nutzungen nur nach Abzug allen Aufwands („netto“) kommen soll;

diese Typen natürlich je als „Thema mit Variationen“.

³ Wozu die Pflichten durch weitere Bestimmungen mitgeprägt werden, z. B. § 1036 Abs. 2, § 1038 BGB.

2. Anlass für die Wahl des Nießbrauchstyps ist bald die persönliche Beziehung zwischen den Betroffenen, bald das Steuerrecht. Soweit steuergünstige Abzüge für Aufwand nur dem Nießbraucher gewährt sind, fördert dies die Praxis des Nettonießbrauchs. So lange der Eigentümer trotz bestehenden Nießbrauchs einen Aufwand steuerlich absetzen und verrechnen konnte, förderte dies die Praxis des Bruttonießbrauchs, zumal in dieser Form dem oft gegebenen Versorgungsinteresse des Nießbrauchers mehr gedient ist als beim Normalnießbrauch oder gar beim Nettonießbrauch.

Natürlich schwingen noch viele andere Zwecke oder Motive mit:

- Fortführung einer Stellung, die sich als wirtschaftliches Eigentum umschreiben lässt (z. B. im Rahmen eines Unternehmensnießbrauchs) – hier eher Nettonießbrauch;
- bei persönlichen Beziehungen sogar psychologische Erwägungen⁴ – auch hier eher Nettonießbrauch;
- Nießbrauch nur am Teil eines Vermögens zu Versorgungszwecken im Rahmen einer größeren Übertragung (Nießbrauch als Teil eines Leibgedings) – hier eher Bruttonießbrauch;
- Nießbrauch als Vermächtnis – auch hier eher Bruttonießbrauch.

3. Der Beziehung zwischen Nießbraucher und Eigentümer wohnt als Geflecht von Rechten und Pflichten das bekannte Legalschuldverhältnis inne.⁵ Schon der Gesetzgeber hat es mit vielen Normen geregelt, und doch konnte er dabei nur eine abstrakte Ordnung aufstellen, welche die zugrundeliegenden oder begleitenden Motive, Ziele, Interessen, die Verflechtung des Nießbrauchs in einen weiteren Regelungskomplex (z. B. im Rahmen einer Unternehmensführung, früher beim sog. Sicherungsnießbrauch) oder erstrebte oder zu vermeidende steuerliche Wirkungen nicht oder nur pauschalierend befriedigen kann. Die Rechtswirklichkeit kann sich damit nicht zufriedengeben, und so steht jedes Immobilien-Nießbrauchsrecht in Beziehung zu Vertragsbedingungen, die bei seiner Bestellung vorgegeben oder mitvereinbart sind und in irgendeiner Form ergeben, ob oder wie weit die Betroffenen den gesetzlichen Vorgaben folgen oder sie für sich modifizieren.

a) Freilich erlaubt der Typenzwang im Sachenrecht nur dingliche Inhaltsänderungen, die auch das Gesetz (einschließlich seiner Auslegung) vorsieht oder zulässt.⁶ Für das mit dem Nießbrauch verbundene Legalschuldverhältnis wird dies dem Grundsatz nach anerkannt.⁷ Gerade in der Verteilung der Herrschaftsrechte an der Sache (dem Eigentümer die Substanz, dem Nießbraucher die Nutzung) ergibt bereits das Rechtsinstitut des Nießbrauchs, dass ihm Regelungen des innewohnenden Schuldverhältnisses nicht wesensfremd sein können;⁸ doch soll auch wieder mit Bezug auf das Wesen des Nießbrauchs hierin eine Grenze inhaltlicher Gestaltungsfreiheit bestehen.⁹

⁴ „Der Alte zahlt ja eh!“: „Was einer noch nicht nutzen kann, dafür will er auch noch nichts ausgeben!“

⁵ Dazu z. B. *Staudinger/Frank*, BGB, 2009, Vorbem. vor §§ 1030 ff. Rdnr. 6 m. w. N.

⁶ Zum Nießbrauch ausführlich dargestellt durch *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 241 ff.

⁷ *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 259 (im Grundsatz bejahend, jedoch in der Anwendung einschränkend).

⁸ Z. B. *Staudinger/Frank*, Vorbem. vor §§ 1030 ff. Rdnr. 12 m. w. N.; zu dieser Sichtweise Nachweise bei *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 260 (selbst ablehnend).

⁹ *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 243 (allgemein), S. 259, 275 ff. (zur Anwendung).

b) Die Praxis der Bestellungenverträge wird stets dem tatsächlichen Bedürfnis folgen. Wird der Weg einer dinglichen Ausgestaltung des Nießbrauchs nicht beschränkt,¹⁰ bleibt im Rahmen des in der einen oder anderen Form stets der Nießbrauchsbestellung zugrundeliegenden Kausalverhältnisses die Möglichkeit, durch begleitende schuldrechtliche Dauerregelungen die im Gesetz vorgesehene Zuordnung von Pflichten und Rechten zwischen Eigentümer und Nießbraucher zu verschieben. Erst recht gilt dies, wenn – gewollt oder nicht – der dingliche Nießbrauch nicht zur Entstehung gelangt, die Betroffenen aber auf vertraglicher Grundlage im Vorfeld bis zu oder anstelle seiner Entstehung einen sog. „obligatorischen Nießbrauch“,¹¹ und zwar für sie durchaus als „Nießbrauch“, praktizieren.

B. Schlaglichter aus der BGH-Entscheidung

I. Aussagen des BGH zur gesetzlichen Lastenverteilung

Der amtliche Leitsatz des BGH¹² erscheint im Hinblick auf den Streitgegenstand zunächst als überraschend. Er versteht sich jedoch aus der Vertragsauslegung in der Vorinstanz: Jene nötigte den BGH zu der in seinem Urteil getroffenen grundsätzlichen Abgrenzung der das Legalschuldverhältnis beim Nießbrauch betreffenden §§ 1041, 1050 BGB, also zu einer Klärung der gesetzlichen Lastenverteilung:

1. Dabei verwendete der BGH große Sorgfalt auf Inhalt und Wirkung der gerade nur zwei – im Urteil wörtlich wiedergegebenen – Sätze¹³ in der notariellen Urkunde.¹⁴ Speziell den Passus, wonach „abweichend von § 1050 BGB“ der Nießbraucher „auch die Veränderung und Verschlechterung des belasteten Grundbesitzes zu vertreten“ habe, las der BGH mit scharfer Brille: Er prüfte, welche Funktion eben dieser im Vertrag zitierte § 1050 BGB gegenüber § 1041 BGB hat. Im Hinblick auf den Vertragswortlaut hätte sich dann nämlich ergeben können, dass aus der erfolgten negativen Inbezugnahme („abweichend von“) auf die Norm des § 1050 BGB zwar zusätzliche Pflichten des Nießbrauchers, aber nur in einem nach § 1041 BGB limitierten Maß, abzulesen waren: Für den schlichten Leser der notariellen Sätze weit hergeholt – aber von dem die Revision betreibenden Nießbraucher tatsächlich so gelesen!

2. Wie im Urteil durch viele Fundstellen belegt, wird das Verhältnis der beiden Paragraphen zueinander unterschiedlich definiert:

a) Sollte man § 1050 BGB als gesetzliche Einschränkung gegenüber § 1041 BGB (also als Ausnahme zu einer Grundregel) – und nach seinem Wortlaut könnte das so sein – lesen, so würde er nach dem Gesetz lediglich Pflichten begrenzen,

¹⁰ Weil sie als für die konkrete Gestaltung nicht zulässig gehalten wird oder weil die Beteiligten von einer etwaigen dinglichen Abänderungsmöglichkeit nicht Gebrauch machen wollen.

¹¹ Siehe dazu grundsätzlich *Staudinger/Frank*, Vorbem. vor §§ 1030 ff. Rdnr. 19.

¹² „Die aus § 1041 Satz 1 und 2 BGB folgenden Erhaltungspflichten des Nießbrauchers werden durch die Vorschrift des § 1050 BGB nicht eingeschränkt.“

¹³ Wortlaut oben in Fn. 2.

¹⁴ Die Lektüre des BGH-Urteils ist dadurch erschwert, dass es sich um eine Widerklage handelt, so dass bei der Zuordnung der geltend gemachten Ansprüche die Bezeichnungen Klägerin und Beklagte leicht missverstanden werden können. Klägerin (Widerbeklagte) war die Eigentümerin, Beklagte (Widerklägerin) war die Nießbraucherin. Zur einfacheren Lektüre werden nachstehend möglichst die Begriffe „Eigentümer“ und „Nießbraucher“ gemäß dem Wortlaut des BGB verwendet und substituierend eingesetzt.

die dem Nießbraucher andernfalls aufgrund Gesetzes, nämlich § 1041 BGB, oblägen: Normzweck des § 1050 BGB wäre dann lediglich, den Nießbraucher von seinen grundsätzlichen Pflichten zur Erhaltung des Grundstücks in seinem wirtschaftlichen Bestand¹⁵ und zu Ausbesserungen und Erneuerungen zum Zweck der gewöhnlichen Unterhaltung¹⁶ zu befreien, wenn eine Veränderung oder Verschlechterung auf einer ordnungsgemäß erfolgten Ausübung des Nießbrauchs beruht. Wäre das der Inhalt des § 1050 BGB, so hätte dessen Abbedingung im Wortlaut der Bestellsurkunde¹⁷ im Umkehrschluss bedeutet, dass der Nießbraucher hier auch, aber eben auch nur, diesen aus seiner Nutzung hervorgegangenen gewöhnlichen Unterhaltungsaufwand zu tragen gehabt hätte.

b) Der BGH folgt der Gegenmeinung: Nach dieser besagt § 1050 BGB nicht, dass der Nießbraucher die ihm grundsätzlich in § 1041 BGB auferlegten Bestandserhaltungsmaßnahmen¹⁸ bzw. Ausbesserungen oder Erneuerungen¹⁹ – unter Berufung auf diesen § 1050 BGB – unterlassen dürfe, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Veränderung oder Verschlechterung auf die ordnungsmäßige Nießbrauchsausübung zurückführen lässt. Von Pflichten, die ihm nach § 1041 BGB obliegen, kann sich also der Nießbraucher in keinem Fall unter Berufung auf § 1050 BGB als vermeintliche Entlastungsnorm lossprechen!

3. Bei diesem Verständnis des Gesetzes brauchte nun auch die vorliegende Formulierung in der Bestellsurkunde nicht so gelesen zu werden, dass der Pflichtenkreis des Nießbrauchers zwar erweitert sei, aber eben nur auf den bereits in § 1041 BGB vor der vermeintlichen Ausnahmenorm des § 1050 BGB gegebenen Bereich.²⁰ Das Berufungsgericht hatte hierin den Vertrag gesetzeskonform ausgelegt. Für den BGH wiederum war seine eigene Gesetzesauslegung zu § 1050 BGB entscheidungserheblich und ergab daher zu Recht auch den amtlichen Leitsatz.

II. Aussagen des BGH zur vertraglichen Lastenverteilung

Darüber hinaus hatte sich der BGH auch selbst²¹ mit der Auslegung des geschlossenen Vertrags zu befassen, kommt dabei aber zu überraschenden Aussagen, die so nicht veranlasst waren:

1. Das Berufungsgericht hatte befunden, dass der Nießbraucher auch mit den außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen belastet gewesen sei, und zwar nach dem Bericht des BGH hierüber in der Weise, dass „mit der Umkehrung des Regelungsgehalts von § 1050 BGB (...) die Verpflichtung (des Nießbrauchers) verbunden (sc.: sei), abweichend von § 1041 Satz 2 BGB auch die Kosten (sc.: von ihm) durchgeführter außergewöhnlicher Unterhaltungsmaßnahmen des Grundstücks zu tragen“.²²

¹⁵ § 1041 Satz 1 BGB.

¹⁶ § 1041 Satz 2 BGB.

¹⁷ Allerdings nur im Sinne einer nichts anderes als den nackten Wortlaut berücksichtigenden Lesart.

¹⁸ § 1041 Satz 1 BGB.

¹⁹ § 1041 Satz 2 BGB.

²⁰ Dazu nachstehend II.

²¹ Als Gegenstand der Überprüfung der Vertragsauslegung durch die Vorinstanz.

²² Allerdings ist diese Formulierung nicht ganz präzise: „Mit der Umkehrung“ kann entweder „durch die Umkehrung“ oder nur „zugleich mit der Umkehrung“ bedeuten. Die Beschränkung auf die „durchgeführten Maßnahmen“ ist zwar im Hinblick auf den konkreten Streitgegenstand verständlich und insofern richtig, aber für die Deutung des auszulegenden Vertragstexts wenig aufschlussreich.

2. Dabei hätte auch die Feststellung genügt, dass die entsprechende Lastentragung „zugleich mitvereinbart“ war und dass jedenfalls die durchgeführten außerordentlichen (also die „streitgegenständlichen“) Maßnahmen durch die getroffenen Vereinbarungen auf die Schultern des Nießbrauchers gelegt waren. Der BGH hätte mit seiner Bestätigung der Vorentscheidung nicht mehr zu sagen brauchen. Er geht aber anschließend in seiner eigenen Vertragsauslegung in dreifacher Hinsicht weiter, und zwar,

- indem er den Vertragstext mit einer für ihn zwangsläufigen Lesart ausstattet,²³
- indem er daraus das Maß der zu tragenden Unterhaltungsmaßnahmen entnimmt,²⁴
- und schließlich, indem er sich zur Rechtsnatur der getroffenen Vereinbarung äußert.²⁵

Auch diese Aussagen des BGH sind wegen ihrer Bedeutung in Zukunft für die Begründung und die Auslegung von Netto-nießbrauchsvereinbarungen zu untersuchen:

a) Für den BGH besagt die vertragliche Formulierung, § 1050 BGB sei abbedungen,²⁶ dass nun der Nießbraucher „zwangsläufig auch die außergewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen“ zu tragen habe. Er leitet dies aus der Umkehr des Grundsatzes ab, dass der Nießbraucher nach der gesetzlichen Regelung Minderungen des Kapitalwerts nicht zu vertreten, also auch nicht dafür aufzukommen hat.²⁷ Den Kapitalwert zu erhalten, bis auf die dem Nießbraucher ausdrücklich vom Gesetzgeber zuerkannten Pflichten, ist Sache des Eigentümers. Es trifft sicher zu, dass dieser Grundsatz dem § 1050 BGB zugrundeliegt, wobei er aber als Norm nur klarstellt, was eben den Nießbraucher nicht trifft. § 1050 BGB setzt voraus, dass der Eigentümer Einbußen des Kapitalwerts selbst trägt, spricht aber keine Pflicht des Eigentümers aus, selbst außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen auch tatsächlich vorzunehmen. Sein Inhalt und sein Zweck ist nur eine Klarstellung zugunsten des Nießbrauchers.²⁸

Wenn aber § 1050 BGB sagt, dass der durch die ordnungsmäßige Ausübung verursachte Verschleiß vom Nießbraucher nicht zu vertreten ist, ergibt sich nur soviel als „zwangsläufige Folgerung“, dass bei Abbedingung dieser Norm auch diesen Verschleiß der Nießbraucher zu vertreten hat. Der BGH liest dagegen aus der Abbedingung dieser Norm mehr heraus, als darin steht.²⁹

b) Aus der vereinbarten Umkehr der Gesetzesnorm leitet der BGH ferner als nach seiner Sicht auch noch zwangsläufige Folge ab, der Nießbraucher müsse „auch die außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen“ tragen, also schlechthin alle. Er stellt dies am Beispiel einer während des Nießbrauchs nötigen Dachreparatur³⁰ dar. Das Beispiel trägt seine Folge-

²³ Dazu nachstehend a).

²⁴ Dazu nachstehend b).

²⁵ Dazu nachstehend c) und d).

²⁶ Also nicht einfach durch die sprachliche weitere Formulierung in der Bestellsurkunde.

²⁷ Z. B. *Staudinger/Frank*, § 1050 Rdnr. 1.

²⁸ *Staudinger/Frank*, § 1050 Rdnr. 1.

²⁹ Die ausdrückliche wörtliche Bestimmung in der Bestellsurkunde erwähnt er insofern nicht.

³⁰ Das Beispiel stammt aus dem dazu zitierten Urteil vom 6.6.2003, NJW-RR 2003, 1290, 1292 = DNotZ 2004, 140. Es ist für Maßnahmen i. S. v. § 1041 Satz 2 BGB (Ausbesserungen und Erneuerungen) passend, nicht aber für solche nach § 1050 BGB, denn der Nießbraucher wird sein Recht kaum am Dach ausüben, weder ordnungsmäßig noch unordnungsmäßig! Bei anderen Baubestandteilen lässt sich die Problematik zu § 1050 BGB leichter vorstellen, z. B. einer regelmäßig befahrenen Hoffläche, verschlissenen Türen, Fenstern, Jalousien.

rung nicht: Ohne Zweifel hat der Nießbraucher schon nach § 1041 Satz 2 BGB laufende Reparaturen und Erneuerungen hieran zu tragen. Ein neues Dach braucht er nicht auf's Haus zu setzen, und zwar, soweit § 1050 BGB unverändert gilt, auch dann nicht, wenn das alte Dach durch die Ausübung des Nießbrauchs erneuerungsbedürftig wurde. Ist nun § 1050 BGB abbedungen, hat der Nießbraucher tatsächlich auch für das neue Dach aufzukommen, aber nur dann, wenn das Dach, wie auch immer, durch die Ausübung des Nießbrauchs marode wurde. Das ist in diesem Fall in der Tat eine außergewöhnliche (nämlich i. S. v. § 1041 Satz 2 BGB keine gewöhnliche) Erhaltungs- oder Erneuerungsmaßnahme, aber doch eine solche, die auf der Ausübung des Nießbrauchs (und zwar bereits auf der ordentlichen Ausübung) beruht. Der BGH dagegen sieht bereits in der Abbedingung von § 1050 BGB den Grund, dass der Nießbraucher „das durch Zeitablauf abgenutzte Dach“ erneuern“ müsse.

Er gibt somit der Abbedingung des § 1050 BGB eine eigene Dynamik, nämlich derart, dass die Erhaltung des Kapitalwerts der Immobilie nun schlechthin vom Eigentümer auf den Nießbraucher übersprungen sei, und zwar als Pflicht! Zu diesem „Quantensprung“ kommt der BGH allein dadurch, dass § 1050 BGB zugunsten des Eigentümers und zulasten des Nießbrauchers umgedreht wurde.

So, wie er selbst dieses Beispiel exerziert, geht der BGH dann sogar noch über die Grenze der Kapitalwerterhaltung hinaus: Die Abbedingung des § 1050 BGB führe sogar dazu, dass das „im Laufe der Jahrzehnte marode gewordene“ bzw. „durch Zeitablauf abgenutzte Dach“ nun auf Kosten des Nießbrauchers zu erneuern sei, also anscheinend auch, wenn jene Jahrzehnte vor dem Nießbrauch lagen! Das ist nicht mehr Kapitalwerterhaltung, sondern eine Pflicht, Neues zu schaffen, wenn die nötige Aktion gerade in die Zeit des Nießbrauchs trifft, also Kapitalwertmehring!

c) Soweit der BGH dies alles aus dem vereinbarten Abschluss des § 1050 BGB als nach seiner Meinung rechtslogische Folge ableitet, kann ihm also nicht gefolgt werden. Nichts steht aber entgegen, dass die Parteien vertraglich Derartiges vereinbaren. Hatte das Berufungsgericht einen solchen Willen als Sachverhalt ohne Verstoß gegen Rechtsgrundsätze ermittelt, hatte ihn auch der BGH zu übernehmen. Der oben³¹ erwähnte unpräzise Wortlaut im Bericht der Entscheidung hierüber, der ja gegenüber der vermeintlich rechtslogischen Konstruktion des BGH zurückbleibt, lässt eine solche Annahme zu.

Deshalb sind alle Ausführungen des BGH zur angeblich zwangsläufigen und weitreichenden Wirkung des abbedungenen § 1050 BGB nicht notwendig entscheidungstragend; dies umso mehr, als der BGH den vom Berufungsgericht ermittelten und von ihm bestätigten Regelungsinhalt zum Nießbrauch aus einer jedenfalls getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarung ableitet. Selbstverständlich konnten ja die Parteien diese Vereinbarung als schuldrechtlichen Vertrag treffen! Die wiedergegebenen zwei Sätze aus der Notarurkunde³² beschränkten sich ja auch nicht darauf, dass abstrakt § 1050 BGB abbedungen wurde, sondern statuierten positiv, dass der Nießbraucher die Veränderung und Verschlechterung zu tragen hatte, ebenso, dass er wenigstens berechtigt war, sämtliche Reparaturen und sonstige bauliche Änderungen vorzunehmen, woraus dann natürlich die Pflicht, sie zu bezahlen, folgte.

d) Nur im Vorübergehen streift der BGH die für die Praxis wichtige Frage, ob dies Inhalt einer dinglich wirkenden Inhaltsänderung des Nießbrauchs, also des innewohnenden Legalschuldverhältnisses, sein kann; er zitiert nur verneinende Fundstellen, aber ohne eigene Stellungnahme. Vielmehr geht er sofort auf die jedenfalls vorliegende schuldrechtliche Vereinbarung über, allerdings verbunden mit der unnötigen, weil selbstverständlichen, Feststellung, in diesem Kausalverhältnis könnten dem Nießbraucher „von dem Wesen des Nießbrauchs abweichende“ schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden. Ob die getroffene Ausgestaltung des Nießbrauchs auch als dessen dinglicher Inhalt gewollt war, ließ er ja offen, damit ebenso, ob sie bejahendenfalls gegen das Wesen des Nießbrauchs verstoßen hätte!

III. Weitere Überlegungen zur dinglichen und schuldrechtlichen Begründung und Ausgestaltung des Nettonießbrauchs

1. Für den BGH genügte als Anspruchsgrundlage die den dinglichen Nießbrauch flankierende schuldrechtliche Vereinbarung. Er berichtet nicht weiter, wie sie konkret abgeschlossen wurde, noch befasst er sich damit, dass eine dingliche Inhaltsänderung des Nießbrauchs einerseits, eine ergänzende schuldrechtliche Regelung andererseits zwischen den Betroffenen auf verschiedenen rechtlichen Bahnen wirken.³³ Noch dazu liefert die Entscheidung selbst ein Fallbeispiel für diese Überlegungen: Der Nießbrauch war in einem Dreiecksverhältnis begründet worden: Veräußerer (früherer Eigentümer) – Erwerber (jetziger Eigentümer) – Nießbraucher (Ehefrau des früheren Eigentümers).³⁴

a) Zum einen wirkt der Unterschied schon bei der Erlangung der jeweiligen dinglichen oder schuldrechtlichen Rechtsstellung:

aa) Der Erwerb des Nießbrauchs als dingliches Recht durch den vom Veräußerer verschiedenen Nießbraucher bedurfte jedenfalls der sachenrechtlich erforderlichen Einigung zwischen ihm und dem Eigentümer. Gleichgültig, ob man dabei den Veräußerer oder den Erwerber als Eigentümer behandelt, musste auf jeden Fall der Nießbraucher gemäß § 873 Abs. 1 BGB an der Einigung über die Entstehung seines Rechts beteiligt werden.³⁵

bb) Für das Zustandekommen des schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses mit dem Nießbraucher kamen verschiedene Varianten in Betracht, da im entschiedenen Fall³⁶ der Nießbraucher vom Veräußerer personenverschieden war, nämlich als Vereinbarung

- gemeinsam zwischen Veräußerer, Erwerber und Nießbraucher (Variante 1),
- nur zwischen Veräußerer und Nießbraucher (Variante 2),

³³ Siehe nachstehend b) und c).

³⁴ Die vom BGH „in dem zugrundeliegenden Kausalverhältnis“ erkannte schuldrechtliche Vereinbarung galt zunächst nur zwischen dessen ursprünglichen *Vertragsparteien*. Man darf davon ausgehen, dass das Berufungsgericht den Stoff so aufbereitet hatte, dass hier von deren Geltung auch zwischen den *Prozessparteien* auszugehen war, obwohl diese nach dem wiedergegebenen Sachverhalt nicht unbedingt mit den *Vertragsparteien* identisch waren.

³⁵ Der BGH spricht von einer „Einräumung“ durch den früheren Eigentümer.

³⁶ Im Urteil spricht der BGH von dem „zwischen den Parteien“ geschlossenen Vertrag, den er insofern im nächsten Satz als das „der Nießbrauchsbestellung zugrundeliegende Kausalverhältnis“ definiert.

³¹ Siehe oben Fn. 22

³² Siehe oben Fn. 2.

- nur zwischen Erwerber und Nießbraucher (Variante 3)
- oder nur zwischen Veräußerer und Erwerber (Variante 4).

b) Zum anderen spiegeln gerade die Rechte und Pflichten von Eigentümer und Nießbraucher die unterschiedliche Wirkungsweise der so erlangten Rechtsstellungen wider:

aa) Die vom BGH nicht entschiedene Frage, ob im Rahmen des Nießbrauchs als dinglichen Rechts die entsprechend dem Nettonießbrauch vermehrten Pflichten des Nießbrauchers begründet werden können, wird stets dann akut, wenn die schuldrechtliche Rechtsbeziehung als Anspruchsgrundlage nicht herangezogen werden kann. Wenn nämlich eine Abänderung des Legalschuldverhältnisses (im Sinne der Übernahme aller Lasten) dinglich möglich sein sollte, dann gilt sie automatisch zulasten des Nießbrauchers und zugunsten jedes Eigentümers. Darauf wird jedoch erst nachstehend eingegangen.³⁷ Insofern hat daher zwar nicht das Urteil des BGH, aber der entschiedene Fall Modellcharakter.

bb) Wenn die Übernahme zusätzlicher Pflichten im Sinne des Nettonießbrauchs nur schuldrechtlich möglich sein sollte,³⁸ kam es auf den Vorgang und den Gehalt als Rechtsgeschäft der beteiligten Parteien entsprechend den oben genannten möglichen Varianten an. Von nur schuldrechtlich begründeten Pflichten ist der Nießbraucher nur betroffen, wenn er am Vertrag beteiligt war. Es könnte dabei auch so gewesen sein, dass der Nießbraucher zugleich mit der dinglichen Annahme³⁹ des ihm jedenfalls eingeräumten Nießbrauchs zugleich die ihn hier schwer belastende zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarung mit abgeschlossen hatte.

War die schuldrechtliche Vereinbarung aber nur mit dem Veräußerer geschlossen, so konnte sich der jetzige Eigentümer des Grundbesitzes auf seine entsprechenden schuldrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Nießbraucher nur unter dem Gesichtspunkt berufen, dass sie für ihn durch einen Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB begründet waren.

2. Man kann erwarten, dass die Zulässigkeit des mit dinglicher Wirkung zu vereinbarenden Nettonießbrauchs gerade nach dem hierzu diplomatischen Urteil des BGH erneut zur Diskussion gestellt wird:

a) Im Schrifttum wird als „einhellige Meinung“⁴⁰ vorgebracht, dass eine Abbedingung des § 1050 BGB zulasten des Nießbrauchers, oder eben eine Verpflichtung des Nießbrauchers zur Tragung aller Lasten, nicht möglich sei. Dem ist mit Vorbehalt zu begegnen:

aa) Die tägliche Praxis geht von der Möglichkeit aus, einen dinglichen Nettonießbrauch begründen zu können. Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauchs-Regelungen werden mit einem solchen Inhalt vereinbart; die Grundbuchämter tragen sie regelmäßig ein, ohne Zweifel zu äußern. Allein schon diese verbreitete Praxis berechtigt zu Zweifeln an der angeblich herrschenden Lehre.

bb) Auch die freimütige Art, mit der der BGH ohne weiteres ein schuldrechtliches derartiges Regelungspaket ohne zu zögern anerkannt hat, wie er auch in kühner Interpretation die dünnen Sätze der Bestellsurkunde zu einer Auferlegung sogar sämtlichen Erhaltungs- und Erneuerungsaufwands auf den Nießbraucher hochstilisiert hat, lässt eher an eine zustimmende Tendenz des BGH zu derartigen – auch dinglichen – Regelungen denken.

³⁷ Siehe unten Ziffer 2.

³⁸ Oder nur so gewollt war.

³⁹ Als Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB.

⁴⁰ So MünchKommBGB/Pohlmann, 5. Aufl., § 1030 Rdnr. 3.

cc) Soweit aus dem „Wesen“ des Nießbrauchs argumentiert wird⁴¹, erscheint dies von sich aus als fragwürdig.⁴² Warum sollte der Nießbraucher nicht im Rahmen seines Rechtes ein Mehr an Pflichten übernehmen können? Die dingliche Zuordnung des Fruchtbezugsrechts behält er jedenfalls, Pflichten muss er nach dem Gesetz allemal tragen. Das Leitbild des Nießbrauchs bleibt erhalten. Es hat nichts mit dem Wesen zu tun, wenn diese Pflichten erhöht werden: Wenn der Nießbraucher den für sich vorbehaltenen oder den ihm zugewendeten Nießbrauch so akzeptiert, dass er für dessen Dauer den gesamten Sachaufwand zu tragen hat und dadurch im Saldo den Wert seines dinglichen Rechtes mindert, geschieht ihm kein Unrecht.⁴³ Und ein späterer Eigentümer, den der sachenrechtliche Typenzwang vor unliebsamen Überraschungen schützen soll, erlangt dadurch nur Vorteile, sozusagen eine angenehme Überraschung. Es bliebe nur das Argument, dass eben das Gesetz den Typus des dinglichen Rechts so nicht geschaffen habe. Aber das ist ein Argument, das in sich selbst zusammenbricht, weil gerade ermittelt werden soll, welchen Spielraum der Gesetzgeber für dingliche Änderungen in dem Rechtsinstitut des Nießbrauchs gelassen hat. Der auch mit dinglicher Wirkung bestellte Nettonießbrauch ist deshalb anzuerkennen.

b) Die Feststellung, ob im konkreten Fall ein dinglich oder nur ein schuldrechtlich vereinbarter Nettonießbrauch vorliegt, erlangt im Wesentlichen in zwei Fällen Bedeutung:

aa) Zum einen, wenn der Eigentümer wechselt: War die inhaltliche Ausgestaltung dinglich getroffen und wirksam, kann auch der neue Eigentümer sich ohne weiteres darauf berufen.⁴⁴ War sie nur schuldrechtlich gewollt, ist der Nießbraucher dem neuen Eigentümer gegenüber⁴⁵ nur verpflichtet, wenn dies von Anfang an als Vertrag auch zu seinen Gunsten vereinbart war.⁴⁶ Oft mag sich das so ergeben, aber keineswegs immer: Die starke Begünstigung des Eigentümers beim Nettonießbrauch soll in der Regel nur zugunsten eines Eigentümers gelten, der dem ursprünglichen Besteller oder dem Nießbraucher nahesteht. Hat der Eigentümer, z. B. durch eine unerwünschte Veräußerung, eine unerwartete Erbfolge, gar durch eine Zwangsvollstreckung, gewechselt, ist keineswegs sicher, ob der Nießbraucher aus einer nur schuldrechtlich getroffenen Regelung auch dem neuen Eigentümer gegenüber in gleicher Weise verpflichtet sein sollte; denkbar ist ferner, dass Nießbraucher und ursprünglicher Besteller als die seinerzeitigen Vertragsteile das Recht haben, diese Begünstigung wieder vertraglich aufzuheben (§ 328 Abs. 2 letzter Fall BGB).

bb) Zum anderen im Verhältnis zu Gläubigern des Eigentümers: Pfandgläubiger, deren Recht im Grundbuch im Rang nach dem Nießbrauch steht, und Pfändungsgläubiger, die auf das Grundstück zugreifen wollen, haben ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, dass der Nießbraucher weiterhin alle Lasten trägt. Einer nachträglichen inhaltlichen Änderung des dinglichen Nießbrauchs, die den Eigentümer stärker belastet,

⁴¹ Nachweise bei MünchKommBGB/Pohlmann, § 1050 Rdnr. 3.

⁴² Vgl. dazu bereits kritisch Schön, Der Nießbrauch an Sachen, S. 255 Fn.62, der aber selbst aus anderen Gesichtspunkten restriktiv urteilt.

⁴³ Abweichend hierzu Schön, Der Nießbrauch an Sachen, S. 281, der die Belastung des Nießbrauchers unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses ablehnt.

⁴⁴ Auf die Möglichkeit der Ausgestaltung des dinglichen Rechts mit einer entsprechenden, die Regelung hier auflösenden, Bedingung für derartige Situationen wird als selbstverständlich nicht weiter eingegangen.

⁴⁵ Falls er nicht schon in die Vereinbarung mit ihm einbezogen war, vgl. oben 1. a) bb) Varianten 1 und 3.

⁴⁶ Vgl. oben 1. b) bb) Variante 2; dagegen nicht bei Variante 4.

können sie im Hinblick auf ihre eigene Rangposition im Grundbuch oder im Hinblick auf ihre Verwertungsrechte als Vollstreckungsgläubiger entgegenreten. Handelt es sich nur um eine schuldrechtliche Zusatzverpflichtung des Nießbrauchers, wie vom BGH im konkreten Fall gesehen, sind solche Gläubiger nicht durch ihr Pfandrecht am Grundstück geschützt.⁴⁷ Der Besteller (wie auch der jeweils betroffene Eigentümer) und der Nießbraucher könnten die schuldrechtlichen Zusatzvereinbarungen vertraglich aufheben und nur den dinglichen Nießbrauch mit seinem normalen gesetzlichen Inhalt bestehen lassen.

C. Ausblick für die Praxis

Was könnten Notarurkunden, die einen Nettonießbrauch begründen, künftig berücksichtigen?

I. Kumulierung von dinglicher und schuldrechtlicher Vereinbarung

Gleich, ob man die dingliche Abänderung des Legalschuldverhältnisses in Übereinstimmung mit der gängigen Praxis und der hier vertretenen Meinung zulässt oder nicht, gibt ein inhaltlich entsprechendes schuldrechtliches Verhältnis einen zusätzlichen Rückhalt. Der Vertrag kann nur gewinnen, wenn sein Verfasser das im Auge behält. Man kann in einfachen Fällen davon ausgehen, dass die dinglichen Vereinbarungen durch gleichlautende schuldrechtliche Abreden unterlegt sind; eine – noch so kurze – klarstellende Formel kann trotzdem nicht schaden. Erst recht gilt das, wenn das Kausalverhältnis nicht oder nicht allein von den Parteien begründet wird, die den Nießbrauch dinglich bestellen.

Soweit die Pflichten des Nießbrauchers schuldrechtlich verankert werden, kann sich eine Rechtsnachfolgeklausel empfehlen, die ausdrückt, wie weit diese auch zugunsten von Rechtsnachfolgern im Eigentum und gegenüber Drittberechtigten – vertraglich abänderbar oder nicht – gelten. Dagegen spielt eine Rechtsnachfolge beim Nießbraucher wegen der Unvererblichkeit und grundsätzlichen Unabtretbarkeit⁴⁸ des

⁴⁷ Anders nur, wenn sie den schuldrechtlichen Anspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher rechtzeitig gepfändet, dadurch also zum Gegenstand eines eigenständigen Sicherungsrechts gemacht haben.

⁴⁸ Für den Ausnahmefall des § 1059 a BGB (Rechtsnachfolgen bei juristischen Personen) sieht § 1059 c Abs. 1 Satz 2 BGB auch eine Überleitung der schuldrechtlichen Vereinbarungen auf den Erwerber vor, so dass hier auch eine Sonderregelung für den Fall einer solchen Rechtsnachfolge denkbar ist.

Nießbrauchs praktisch keine Rolle. Allerdings haften natürlich die Erben des Nießbrauchers gesetzlich auch für nicht erfüllte Pflichten ihres Erblassers als vormaligen Nießbrauchers.

II. Mitwirkung des Nießbrauchers

Nicht übersehen sollte der Vertrag, wie der Nießbraucher in diese Pflichten eintritt; dazu nur einige Bemerkungen:

Wirkt der Nießbraucher an der Urkunde über den Bestellungsvorgang nicht mit, behilft sich die Praxis meist mit der⁴⁹ Feststellung und in dieser Weise auch Belehrung über das Erfordernis, dass die dingliche Einigung mit ihm erfolgt ist.

Wird der Nießbraucher auf nur schuldrechtlich vereinbarte Zusatzpflichten in Anspruch genommen, schuldet der Gläubiger den Nachweis, wie die Pflichten des Nießbrauchers, und zwar ihm gegenüber, begründet wurden.

Der Nießbraucher kann durch seine Mitwirkung auch sein etwaiges Interesse verfolgen, das dingliche wie auch das schuldrechtliche Rechtsverhältnis so zu gestalten, dass er gegenüber Dritten, die bei der Nießbrauchseinräumung noch nicht ins Blickfeld treten, von den im Nettonießbrauch übernommenen Pflichten freikommen kann, und dies nicht nur unter Verzicht auf den Nießbrauch schlechthin.

III. Worte statt Paragraphen!

Der Rechtsstreit bis zum BGH hatte seine Wurzel in der vermeintlich als elegant angesehenen Formulierung, dass sich die Pflichten des Nießbrauchers „abweichend von § 1050 BGB“ ergäben. Das gab, nachdem doch eigentlich deutlich war, was die Vertragsparteien gewollt hatten, dem leistungsunwilligen Nettonießbraucher einen Angriffspunkt gegen einen Vertrag, den er nun so nicht mehr mochte. Hätte der Notar dagegen nur beurkundet, was die Parteien wollten, ohne Hochstilisierung durch den – negativ zitierten – Paragraphen, wäre den Vertragsparteien besser gedient gewesen.

Fazit: Wer statt oder zu der inhaltlich ausgedrückten Vertragsregelung Paragraphen positiv oder negativ mit als Vertragsinhalt vereinbart, belädt die Urkunde mit allen jetzigen und künftigen Diskussionen zum Inhalt dieser Gesetzesnormen; eine Erfahrung, die jeder Kautelarjurist vermeiden sollte!

⁴⁹ Zweckmäßigerweise aber wenigstens in der Urkunde zu treffen!

TAGUNGSBERICHT

Brücken im Europäischen Rechtsraum Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein

21. Europäische Notarentage in Salzburg, 23.–24.4.2009

Von Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, Vilsbiburg

Am 23. und 24.4.2009 fanden in Salzburg bereits zum 21. Mal die von der Österreichischen Notariatskammer veranstalteten traditionellen Europäischen Notarentage statt. Die Notarentage haben sich längst zu einem Fixpunkt des Europäischen Notariats entwickelt, von dem immer wieder neue Ideen und Initiativen des Notariats für die europäische Rechtspolitik ausgehen.

Das Thema der diesjährigen Veranstaltung lautete „Brücken im Europäischen Rechtsraum – Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein“. Mehr als 200 Notare und andere Juristen aus fast allen europäischen Staaten diskutierten darüber, wie den Bürgern der EU bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen mehr Flexibilität und Sicherheit verschafft werden kann.

Die Tagung wurde u. a. eröffnet von der österreichischen Justizministerin *Claudia Bandion-Ortner*, der salzburgischen Landeshauptfrau *Gabi Burgstaller*, der per Videobotschaft zugeschalteten Dr. *Benita Ferrero Waldner* (Mitglied der Europäischen Kommission) sowie dem Präsidenten der Österreichischen Notariatskammer Dr. *Klaus Woschnak*.

Das Podium war hochrangig besetzt mit *Nicole Cochet*, Referentin für europäisches und internationales Recht im französischen Justizministerium, Prof. Dr. *Walter Rechberger*, Universitätsprofessor in Wien, *Michael Lightowler* von der Notaries Society of England and Wales, Dr. *Gottfried Musger*, Hofrat des Obersten Gerichtshofes, Prof. *Hans-Heinrich Vogel* von der Universität Lund, Prof. Dr. *Brigitta Lurger*, Universitätsprofessorin in Graz, *Katerina Putnova* vom tschechischen Justizministerium, *Salla Saastamoinen*, Referatsleiterin für Ziviljustiz der Europäischen Kommission, Dr. *Thomas Traar* vom österreichischen Justizministerium, Notar *Pascal Chassaing*, Leiter der Arbeitsgruppe „Erb- und Testamentsrecht“ des Rats der Notariate der Europäischen Union (CNUE), *Richard Frimston*, Solicitor und Mitglied der Expertengruppe der Europäischen Kommission „Erbrecht“, Notar *Christian Hertel*, damaliger Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, und *Alice Perscha*, Mitglied der Expertengruppe der Europäischen Kommission „Erbrecht“.

Das Einleitungsreferat mit dem Thema „Die Europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege“ übernahm Prof. Dr. *Rechberger* aus Wien. Die

Europäische Urkunde ist ein noch junges Projekt auf EU-Ebene. Auf der Basis einer Studie des CNUE (Conseil des Notariats de l'Union Européenne) kam es zur „Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18.12.2008 mit Empfehlungen an die Kommission zur Europäischen öffentlichen Urkunde“. *Rechberger* äußerte dabei die – kontrovers diskutierte – Auffassung, dass ein Bedürfnis für eine „allgemeine“ Verordnung über eine Europäische öffentliche Urkunde nicht besteht. Auch im Übrigen wurde die – derzeit wohl eher geringe – Dringlichkeit der Materie in den Kurzreferaten der Podiumsmitglieder und von den Zuhörern problematisiert. *Michael Lightowler* von der Notaries Society of England and Wales beklagte allgemein die nach seiner Meinung fehlende Integration der englischen Notare und versuchte darzulegen, dass auch der englische Notar eine mit „öffentlicher Gewalt“ ausgestattete Urkundsperson sei.

Der Nachmittag war dem Erbrecht gewidmet. Der Europäische Erbschein soll Hinterbliebenen helfen, ohne Umwege über Zwischenverfahren ihre Rechte als Erben in der ganzen EU geltend zu machen. Die Diskussion drehte sich dabei ausgehend von der geplanten EU-Erbrechtsverordnung (Europäisierung des Erbrechts) nicht nur um den Erbschein und das Verfahrensrecht, sondern – um den unbedingt wünschenswerten Gleichlauf zwischen Verfahrens- und materiellem Recht herzustellen – auch um die Vereinheitlichung der Anknüpfungsmomente im Internationalen Erbrecht. Die klassischen widerstreitenden europäischen Modelle, nämlich Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, den letzten gewöhnlichen Wohnsitz/Aufenthalt und/oder das Belegenheitsrecht bei Immobilien seien hier nur angedeutet. Um die Verlässlichkeit des EU-Erbscheins und die Rechte aller Beteiligten sicherzustellen muss dieser – über diesen Mindeststandard waren sich die Teilnehmer mit im Übrigen zahlreichen Nuancierungen weitgehend einig – von einer Behörde oder von einem öffentlichen Amtsträger nach inhaltlicher Prüfung ausgestellt sein.

Abgerundet wurde die von den österreichischen Kollegen perfekt organisierte Veranstaltung durch ein liebevoll organisiertes Begleitprogramm. Auch deshalb darf man sich bereits jetzt auf die 22. Europäischen Notarentage 2010 freuen, die Teilnahme kann jedem nur empfohlen werden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Beck'sches Notar-Handbuch. 5. Aufl., Beck, 2009. 1 794 S., 108 €

Mittlerweile in der 5. Auflage liegt das Beck'sche Notar-Handbuch vor. Ein Blick in das Inhaltsverzeichnis zeigt, dass zwei Bearbeiterwechsel stattfanden: Die bisher von *Reibold* bearbeiteten Teile bei den Grundstückskaufverträgen wurden von *Hagemann* übernommen. Der auch als Fachredakteur für Gesellschaftsrecht im „notar“ bestens eingeführte Bamberger Kollege *Weiler* bearbeitet nun als Ko-Autor von *Dieter Mayer* das GmbH-Recht. Obwohl die Anhänge um (notfalls auch im Internet auffindbare) Gesetzestexte und Richtlinien stark gekürzt wurden, hat das Buch abermals um 65 Seiten zugelegt, in erster Linie beim Wohnungseigentum und beim Recht der Kapitalgesellschaften.

Anliegen laut Verlagsprospekt ist es, die zahlreichen Rechtsänderungen seit der Voraufgabe einzuarbeiten. Das ist bezüglich des MoMiG ausführlich gelöst. Trotz der Neuheit der Materie werden auch bereits strittige Fragen diskutiert, etwa die Frage, ob eine Unternehmergesellschaft trotz § 5 a Abs. 2 GmbHG durch Sachkapitalerhöhung zur GmbH „heraufgestuft“ werden kann (D I Rdnr. 135 d), der Umfang der Prüfungspflichten des Notars bei der Erstellung einer bescheinigten Gesellschafterliste (D I Rdnr. 154 d) oder der Hinweis, dass die formellen Erleichterungen der Zusammenlegung von GmbH-Anteilen nichts am materiellen Erfordernis der Volleinzahlung ändern (D I Rdnr. 149 b). Bei der gering kapitalisierten Unternehmergesellschaft wird zur Vermeidung einer bereits anfänglichen Überschuldung empfohlen, entweder die Übernahme des Gründungsaufwands (wie im Musterprotokoll vorgesehen) auf die Höhe des Stammkapitals zu beschränken oder in der Anmeldung darauf hinzuweisen, dass die übersteigenden Gründungskosten durch ein (nach § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO nicht passivierungspflichtiges) Gesellschafterdarlehen gedeckt sind (D I Rdnr. 98).

Etwas für meinen Geschmack zu üppig geraten sind die Ausführungen zur Erbschaftsteuerreform, die sich doppelt, je unter Darstellung von alter und neuer Rechtslage, in den Abschnitten A V Rdnr. 8 ff. (Grundstückszuwendung) und E Rdnr. 44 ff. (Erbschaftsteuer) finden. Jedenfalls die – sehr informativen – Beispiele zur Grundstücksbewertung hätten an einer Stelle genügt.

Einen weiteren Bearbeitungsschwerpunkt bilden die WEG-Reform und die dadurch neu geschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten. *Rapp* bekennt sich dabei zu der Möglichkeit, dass die rechtsfähige Gemeinschaft selbst Grundeigentum (etwa die Hausmeisterwohnung) erwirbt (A III Rdnr. 149 a). Ausgiebig diskutiert wird die Zuordnung von Ansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zur rechtsfähigen Eigentümergemeinschaft (A III Rdnr. 158 ff.). Hier kann ein entsprechender Beschluss der Eigentümergemeinschaft auch später neu hinzukommende Käufer binden (A III Rdnr. 171 b), etwa bei „Nachzüglern“ in einem mangelhaft errichteten Bauträgerobjekt. Wegen der Nachhaftung des Veräußerers für Gemeinschaftsverbindlichkeiten nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG wird beim Verkauf von Wohnungseigentum vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob die Verbindlichkeit bei Besitzübergang bereits entstanden war (A III Rdnr. 199 a). Sieht man gerade bei den dort als Beispiel genannten Bauleistungen den oft jahrelangen Streit über die Abnahme und damit die Fälligkeit der Werklohnforderung, erschiene mir hier

praktikabler, darauf abzustellen, ob die Gegenseite ihre Leistungen im Wesentlichen erbracht hat.

Bei den jüngst in die Diskussion gekommenen „Versendungsgebühren“ bei Unterschriftsbeglaubigungen plädiert *Waldner* (J Rdnr. 103) gegen die ebenfalls dokumentierte (wohl) herrschende Meinung für ein gebührenfreies Nebengeschäft, dagegen bei der Erstellung von XML-Dateien eher für eine kostenpflichtige Betreuungstätigkeit (J Rdnr. 115). Es mag zwar etwas seltsam wirken, wenn durch den Übergang auf ein neues Medium (gerade bei Handelsregisteranmeldungen im üblichen Gebührenbereich) deutlich höhere Gebühren anfallen, gleichwohl erhöht die elektronische Form auch den Arbeitsaufwand des Notars erheblich. Bezeichnenderweise schließt bei *Bettendorf* in Abschnitt M (EDV im Notariat) unmittelbar an das Kapitel „Elektronischer Rechtsverkehr“ das Kapitel „Mitarbeitermotivation“ an.

Nur unzureichend erfüllt wird dagegen die Verheißung im Verlagsprospekt, auch das FamFG sei schon berücksichtigt: Zwar findet sich bei den Grundstückszuwendungen an Minderjährige (A V Rdnr. 49 und 56 a) in der Tat schon der Verweis auf § 151 FamFG und den einschlägigen Aufsatz von *Heinemann* (DNotZ 2009, 6, 16), dagegen wurden weder beim Unterhaltsrecht der Wechsel von § 323 ZPO zu § 239 ff. FamFG (B III Rdnr. 51), noch die Verkürzung der Eröffnungsfrist bei Erbverträgen gemäß § 351 FamFG von 50 auf 30 Jahre (M Rdnr. 82), noch in Abschnitt A VI Rdnr. 13 die Aufnahme des Aufgebotsverfahrens in Buch 8 des FamFG vermerkt. Beim Erbscheinsverfahren wird gerade einmal auf den ab 1.9.2009 geltenden § 23 FamFG verwiesen (C Rdnr. 219), nicht jedoch das neue Buch 4 des FamFG.

Ebenso nicht mehr eingearbeitet wurden die Reformen beim Zugewinn- und Versorgungsausgleich. Realistisch betrachtet dürfte das Buch daher den Gesetzesstand vom Frühjahr 2009 wiedergeben, mit gewissen Ausblicken auf geplante Gesetzesänderungen, z. B. die – jetzt unter Verzicht auf die nachträgliche Pflichtteilsanrechnung beschlossene – Erbrechtsreform in Abschnitt A V Rdnr. 80 a und den Zugang zum Anwaltsnotariat in Abschnitt L II Rdnr. 28.

Seit der 1. Auflage füllt das Beck'sche Notar-Handbuch, damals noch in Alleinstellung, die Lücke zwischen Lehr-, Formularbüchern und Kommentaren. Neben der Gesamtdarstellung der notariellen Tätigkeitsgebiete auf höchstem wissenschaftlichen und gleichzeitig praxisbezogenem Niveau finden sich bestens brauchbare Textbausteine und Gestaltungsvorschläge, etwa jetzt aktuell zum Forderungssicherungsgesetz beim Bauträgervertrag (A II Rdnr. 78) oder zur Nachverpfändung unter eine vor dem 20.8.2008 bestellte Grundschuld (A VI Rdnr. 82 – *Amann* schlägt hier als einfachsten Weg die Bestellung einer neuen Grundschuld vor), zur Erstanmeldung einer AG mit allen Versicherungen (D III Rdnr. 29), oder für Vereinbarungen zum Kindesbetreuungsunterhalt nach neuer Rechtslage (B I Rdnr. 149 c – wobei aber wohl auch *Grziwotz* gewisse Zweifel daran hat, die Mutter eines dreijährigen Kindes selbst bei besten Betreuungsmöglichkeiten zur Vollzeitstätigkeit zu verpflichten, jedenfalls diskutiert er in Rdnr. 149 e dann die Frage einer vertraglichen Besserstellung der Mutter im Spannungsfeld zu vorrangigen Unterhaltsberechtigten). Eine besondere Stärke liegt in den Übersichten: So stellt *Heckschen* in Abschnitt D III Rdnr. 3 a für den nur gelegentlich mit Aktienrecht befassten Leser

in Stichpunkten die wesentlichen Änderungen des Aktienrechts durch UMAG, EHUG und MoMiG vor. *Zimmermann* listet für die wichtigsten Länder jedenfalls in Stichpunkten das Volljährigkeitsalter (H Rdnr. 58) und Ehegüterrecht (H Rdnr. 133), die Anknüpfung im Erbrecht (H Rdnr. 172) und die Art des Handelsregisters (H Rdnr. 208) auf.

Der Rezensent hat seine Tätigkeit als Notarassessor mit der 1. Auflage des Beck'schen Notar-Handbuchs begonnen und dabei gerade die Gesamtdarstellungen zum Einstieg in verschiedene Rechtsgebiete genutzt. Mittlerweile befindet sich das Handbuch in Griffnähe zur schnellen Information bei sich in der täglichen Praxis stellenden Rechtsfragen. Im Interesse der Handlichkeit möge die Bitte an den Verlag gestattet sein, Umfang und Gewicht (1930 g laut Buchhandelsangaben!) bei

einer Neuauflage nicht noch weiter wachsen zu lassen. Immerhin Nutzern von „Beck-Online“ bleibt das Gewichtsproblem erspart.

Durch die bestens verarbeitete Menge an praxisrelevanten und schnell nachschlagbaren Informationen zu praktisch allen für den Notar wichtigen Rechtsgebieten, gleichzeitig die hohe Aktualität bei immer noch moderatem Preis ist das Beck'sche Notar-Handbuch erste Wahl zur Anschaffung. Ein kursorischer Vergleich mit den Voraufgaben zeigt, dass auch außerhalb der aktuellen Gesetzesänderungen das Handbuch ständiger Überarbeitung unterliegt. Auch wer eine ältere Auflage in Besitz hat, sollte daher eine Neuanschaffung überlegen.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Forchheim

Wachter (Hrsg.): Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag – Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht. Zerb Verlag, 2009. 1 690 S., 198 €

Sowohl Jubilar als auch Herausgeber dieser Festschrift wecken beim Leser hohe Erwartungen, die – um das Ergebnis vorwegzunehmen – nicht enttäuscht, sondern übertroffen werden. Auf beinahe 1700 dicht bedruckten Seiten bietet die über zwei Kilogramm schwere Festschrift mehr als 150 Beiträge zu den Themenkreisen Steuerrecht, Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Familien- und Erbrecht, Immobilienrecht, Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht, Beurkundungs- und Notarrecht sowie Ausländisches und Internationales Recht.

Hat man sich vom ersten Schock ein wenig erholt, und lässt man den Blick über das Inhaltsverzeichnis schweifen, stellt sich alsbald Erstaunen und Bewunderung ein allein schon ob der Vielzahl namhafter Autoren (darunter – natürlich – auch zahlreiche bayerische Notare) und ob des breiten Spektrums der behandelten Themen. In allen Abschnitten finden sich Abhandlungen zu Grundfragen, zu größeren Querschnittsthemen und zu Spezialfragen. Es sind gerade die Bandbreite der methodischen Ansätze wie auch die Vielfalt der Betrachtungsperspektiven aus Theorie und Praxis, die den Reiz dieser Festschrift ausmachen. Für den Notar ist der Bezug der meisten Beiträge zur notariellen Praxis besonders interessant. Die Überfülle der Festschrift lässt keinen anderen Weg zu, als ganz willkürlich einige Beiträge aufzugreifen, ohne andere in irgendeiner Weise zurückstellen zu wollen.

Im erwartungsgemäß umfangreichsten Themenkreis Steuerrecht wird die Breite des Spektrums der Beiträge von Grundfragen hin zu Spezialproblemen besonders deutlich. So arbeitet z. B. *Spindler* in seiner Bestandsaufnahme zum Steuerrecht und Verfassungsrecht den zuweilen aus dem Blick geratenen Bezug des Steuerrechts zu wesentlichen verfassungsrechtlichen Prinzipien sowohl formaler also auch materieller Rechtsstaatlichkeit heraus. *Klein* wiederum konzentriert sich auf „Zeitraumprobleme“ im Umwandlungssteuerrecht, also auf steuerrechtliche Folgefragen der Rückwirkungsfunktion des § 2 UmwStG. Allein die knappe, aber instruktive Darstellung des Verhältnisses von gesellschaftsrechtlichem Rückbezug zur steuerrechtlichen Rückwirkung im Umwandlungsrecht ist lesenswert. Mit Grundlagen der Grunderwerbsteuer und Reformbedarf aus steuersystematischer Sicht befasst sich *Hey*, *Gottwald* behandelt grunderwerbsteuerliche Gestaltungsmög-

lichkeiten bei Immobilienfonds, *Loose* Risiken der Grunderwerbsteuer beim Immobilienleasing. In Sachen Einkommensteuer finden sich als Themenschwerpunkte die Betriebsaufspaltung und Fragen zur Neuregelung der Besteuerung von Versorgungsleistungen durch das JStG 2008. Wahrscheinlich eine Grundfrage des Erbschaftsteuerrechts stellt *Eckert*: „Darf der Gesetzgeber die Erbschaftsteuer abschaffen?“. Er vereint die Frage nach einer konzentrierten, wenngleich nicht immer überzeugenden Auseinandersetzung mit den in jüngerer Zeit wieder und wieder diskutierten wesentlichen Aspekten, insbesondere der erneuten Besteuerung bereits versteuerten Vermögens und damit einhergehend die nur auf den ersten Blick trennscharfe Linie zwischen Einkommen- und Erbschaftsteuerrecht. Sehr lesenswert ist die Darstellung der Immobilie im neuen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht von *Wachter*, deren Schwerpunkt bei den erweiterten sachlichen Steuerbefreiungen für das „Familienheim“, wie es jetzt heißt, liegt. Während der bereits bekannte Erwerb des Familienheims vom Ehegatten zu Lebzeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG) im Kern unverändert ist, hat der Gesetzgeber gleichsam in letzter Sekunde mit den Regeln zur Privilegierung des Erwerbs des Familienheims von Todes wegen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG) Neuland betreten. Bereits heute sind zahlreiche Streitereien um die vom Gesetz geforderte „Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken“ durch den Erblasser einerseits und durch den Erwerber andererseits abzusehen, ebenso solche zu den vom Gesetz grundsätzlich anerkannten und daher steuerunschädlichen „zwingenden Gründen“, die an einer Selbstnutzung hindern. Dies ist u. a. deshalb zu erwarten, weil die Finanzverwaltung – anders als *Wachter* – etwas lebensfremd davon ausgeht, dass eine berufliche Versetzung kein „objektiv zwingender Grund“ ist, der die Nachversteuerung hindert (Abschnitt 4 Abs. 6 der gleich lautenden Ländererlasse zur Anwendung der geänderten Vorschriften des ErbStG vom 25.6.2009). Lesenswert für den notariellen Praktiker ist auch die zu Recht kritische Auseinandersetzung *Schucks* mit der merkwürdigen erbschaftsteuerrechtlichen Figur der „wirtschaftlichen Belastung“ bei der Frage nach der Abzugfähigkeit von Nachlassverbindlichkeiten bei der Erbschaftsteuer. Von praktischer Bedeutung war diese Figur in jüngster Zeit für die vom BFH (MittBayNot 2008, 324) verneinte Frage der Abziehbarkeit einvernehmlich dem überlebenden Ehegatten von den Kindern gestundeter Pflichtteilsforderungen.

Auch die Beiträge zum Gesellschafts- und Insolvenzrecht sind in der Themenauswahl vielseitig und breit gestreut, mit

einem gewissen Akzent bei Neuerungen im GmbH-Recht durch das MoMiG. *Döser* lässt in seinen „Gedanken zur GmbH“ die Entwicklung dieser Gesellschaftsform, die im Wesentlichen eine Erfolgsgeschichte ist, von ihrer Schöpfung bis zum jüngsten Herumdoktern durch das MoMiG Revue passieren. *Langenfeld* setzt sich sehr kritisch mit dem Novum der Mustersatzung im GmbHG auseinander, um im Kontrast hierzu die Leistungen der Kautelarjurisprudenz bei der Entwicklung der personalistischen GmbH als „Normaltyp dieser Gesellschaftsform“ zu würdigen – im Ergebnis eine Darstellung wesentlicher gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfragen zur GmbH-Satzung mit zahlreichen (für eine Festschrift eher untypischen) Formulierungsvorschlägen. Andere Abhandlungen wählen engere Themen, so *Preuß* die Darstellung den notariellen Alltag besonders prägender Fragen zur Mitwirkung des Notars bei Veränderungen des Gesellschafterbestandes nach dem MoMiG. *Bruse* bietet eine instruktive, ganz an der Praxis ausgerichtete Erläuterung von „Zeiten, Fristen und wirtschaftlichen Abgrenzungen im Unternehmenskaufvertrag“, wohingegen *Peres* Besonderheiten bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen auf Grundlage klassischer Methodenlehre deutscher Prägung darstellt. *D. Mayer* erörtert gewohnt souverän und lehrreich Zweifelsfragen bei der Durchführung von Mehrfach- und Kettenumwandlungen.

Aus dem familien- und erbrechtlichen Teil der Festschrift sei auf den prägnanten und praxisbezogenen Beitrag von *Bergschneider* zur „subjektiven Seite“, also zu den Umständen beim Zustandekommen ehebezogener Rechtsgeschäfte, insbesondere Eheverträge, hingewiesen. Die meisten der aufgeführten Aspekte (Vertragsentwurf, Belehrung, Verhandlungsdauer, Drucksituation usw.) dürften dem Notar bekannt sein. Weniger bekannt aus notarieller Sicht sind ebenfalls erwähnte typische formelle Defizite von Anwalts- oder Prozessvergleichen, z. B. bei der (häufig „lax“ behandelten) Übersetzungsfrage bei gerichtlich protokollierten Scheidungsvereinbarungen. *Münch* untersucht das Verhältnis der vom BGH grundsätzlich strikt getrennten Institute Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich im Rahmen der Inhaltskontrolle von Eheverträgen; dabei bietet er eine angenehm knappe, sehr dichte Zusammenfassung der Grundsätze dieser Inhaltskontrolle durch den BGH. Mit der Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge setzt sich *Muscheler* umfassend, differenziert und zu Recht kritisch auseinander.

Für eine durchaus von Notaren geprägte Festschrift ist der Abschnitt zum Immobilienrecht mit acht Beiträgen überraschend schmal ausgefallen, zumal der den Leser in faszinierende dogmatische Höhen (und Tiefen) führende Beitrag von *Baumann* zum Abstraktionsprinzip, zu § 781 BGB und zu § 812 Abs. 2 BGB eher dem Schuldrecht zuzuordnen sein dürfte. Wäre die Festschrift später erschienen, hätten Beiträge zur BGB-Gesellschaft im Grundbuchverkehr vermutlich nicht gefehlt. Für den Notar interessant sind natürlich alle diese Beiträge. Beispielhaft erwähnt seien die knappen, doch plastischen Ausführungen *Kreuzers* zur Bauträgersachhaftung beim Altbau, mit Formulierungsvorschlag am Ende.

Dass auch das Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht enge Bezüge zur notariellen Tätigkeit haben kann, macht *Lange* mit seiner Untersuchung zur Pflichtteilsfestigkeit von Zuwendungen an Stiftungen deutlich. Im Ergebnis sieht er hier keine Stiftungsprivilegien. Besonders Pflichtteilsergänzungsansprüche können hier zu einer Gefährdung der Stiftung führen, weshalb zu erwägen ist, zum Schutz der Stiftung vom Zuwendenden Nachweis eines entsprechenden Pflichtteilsverzichts zu verlangen. Auffällig ist, dass sich fast ein Drittel der Bei-

träge zum Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht der Familienstiftung widmet.

Der Abschnitt Beurkundungs- und Notarrecht der Festschrift ist für den Notar natürlich besonders spannend. Geboten wird Berufspolitisches (z. B. *Vorscherau*, Die Zukunft des deutschen Notariats im globalen Wettbewerb nationaler Rechtsordnungen am Beispiel des Konflikts um die Hamburgische Notarverordnung), Verfahrensrechtliches (z. B. *Starke*, Sprachkundigkeit von Beteiligten und Übersetzung der Niederschrift), Kostenrechtliches (*Tiedtke*, Kostenrechtliche Behandlung von vermögensverwaltenden Gesellschaften – GbR und KG) und Elektronisches (*Noack/Kremer*, Die qualifizierte elektronische Signatur: Bleibt sie ein Expertenwerkzeug im elektronischen Justizrechtsverkehr?). Vor allem aber finden sich nicht alltägliche, anregende Reflexionen zum eigenen Tun. *Lersch*, selbst Richter am LG, stellt die provokante Frage, ob die strenge Pflicht zum Verlesen der Niederschrift gemäß § 13 Abs. 1 BeurkG noch zeitgemäß, und nicht eigentlich ein (überflüssiger) Anachronismus sei. Nach Analyse der Entwicklungsgeschichte der Norm, einem rechtsvergleichenden Blick auf einige Nachbarländer und auf der Basis teleologischer Argumente (Information der Beteiligten, [Selbst-] Kontrolle des Notars, Anknüpfung für Belehrungspflicht) folgt das Ergebnis: Der Nutzen überwiegt den Lästigkeitsfaktor.

Gewissermaßen anknüpfend an diesen Befund kommt *Walz* in seiner Analyse von Normzwecken der Beurkundungsformvorschriften zu dem Ergebnis, dass gerade in den Verfahrenszwecken der notariellen Beurkundung die Rechtfertigung materiellrechtlicher Beurkundungsvorschriften liegt. Interessant ist ein in diesem Kontext herausgearbeiteter, bislang indes kaum gewürdigter Beurkundungs- und damit Formzweck, nämlich der fiskalische. Steuerliche Informationspflichten begleiten den Notar praktisch den ganzen Tag – mit erheblichen Auswirkungen auf unzählige Steuerverfahren und das entsprechende Steueraufkommen. *Gaupp* beleuchtet das für den Notar unausweichliche „Rendezvous mit dem praktischen Steuerrecht“, sowie die alltägliche Zusammenarbeit der Notare mit Steuerberatern. Er empfiehlt natürlich primär eine intensive Kooperation mit Steuerberatern, zeigt aber auch Grenzen vor allem dort auf, wo der Notar zum „Hausnotar“ großer Steuerberaterkanzleien mutiert; entscheidend für das notarielle Selbstverständnis bleibt die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars. Kritisch setzt sich der Beitrag auch mit einem notariellen Alltagsleiden auseinander, nämlich der Vorlage „fertiger Entwürfe“ durch Steuerkanzleien, die wahrlich nicht immer das Verfahren beschleunigen oder vereinfachen. Mit dem Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Notar befasst sich auf leicht humorige Art *Sarres*. *Ritterhaus* und *Teichmann* betrachten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen anwaltlicher und notarieller Vertragsgestaltung. Nicht alle von den Autoren genannten Unterschiede treffen indes zu. Dass die oft mühsame „Klärung der Sachziele“, also dessen, was der Mandant eigentlich will, eine „dem Notar nur am Rande geläufige Pflicht“ ist, darf getrost bezweifelt werden. Richtig ist der Hinweis auf das Grunddilemma der juristischen Lehre im Allgemeinen und der Lehre von der Vertragsgestaltung im Besonderen, dass sich realitätsnahe Fälle und Arbeitssituationen nur schwer mit Mitteln des akademischen Unterrichts simulieren lassen.

Im internationalen und abschließenden Teil der Festschrift sei dem Notar in Anbetracht der zunehmenden Internationalisierung nicht nur der Wirtschaft, sondern auch privater Lebensverhältnisse der Beitrag von *Eule* empfohlen. Der Titel ist Programm: Notarielle Tätigkeit in Fällen mit Auslandsberüh-

rung: Urkundsgewähr – Haftung – Gebühren. *Eule*, als Notar mit besonderen Kenntnissen des Internationalen Privatrechts ausgewiesen, formuliert anspruchsvolle Anforderungen an die Kenntnisse des Notars. Zugleich richtet er einen flammenden Appell an die Kollegen, am stetigen Ausbau der eigenen internationalrechtlichen Kompetenz zu arbeiten, um als Berufsstand insgesamt im zunehmend globalisierten Rechtsberatungsmarkt zu bestehen. Den am deutsch-spanischen Rechtsverkehr Interessierten bietet *Heinrich* die derzeit beste deutschsprachige rechtsvergleichende Darstellung des kontrovers diskutierten Themenkreises des Erlöschens der Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers im deutschen und spanischen Recht. Die Thematik ist nicht nur rechtsvergleichend-dogmatisch reizvoll, sie hat große praktische

Bedeutung z. B. im deutsch-spanischen Immobilienrechtsverkehr.

Wie es sich für eine Festschrift gehört, kommt auch der Humor nicht zu kurz. Interessanterweise hat es die (nicht eben schmeichelhafte) Rolle des Notars in *Puccinis* Einakter *Gianni Schicchi* sowohl *Landsittel* als auch *Weingärtner* angetan.

Abschießend bleibt zu wünschen, dass diese Besprechung das Interesse des Lesers an diesem zivil-, notar- und steuerrechtlichen Kaleidoskop weckt und so manchen zur Anschaffung veranlasst. Jubilar, Herausgeber und die Autoren haben es verdient.

Notar Dr. *Benedikt Selberr*, Weilheim i. OB

Bambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 120 S., 108 € + CD-ROM

„3 x Erbrecht für die Praxis“ – in der so beworbenen „Trilogie“ bestehend aus dem Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, dem Münchener Prozessformularbuch Erbrecht und dem Beck'schen Formularbuch Erbrecht ist Letzteres das für die notarielle Praxis relevanteste Werk. Neben dem Titel deutet hierauf bereits auf den ersten Blick die überwiegende Anzahl an Notarskollegen im Bearbeiterkreis hin.

Die relativ rasche, aber vielleicht etwas verfrühte Neuauflage ist den zahlreichen Gesetzesänderungen zu verdanken. Neben dem Erbschaftsteuerreformgesetz ist das Personenstandsrechtsreformgesetz ebenso wie das FGG-Reformgesetz mit Auswirkungen insbesondere im Erbscheinsverfahren eingearbeitet. Stand ist grundsätzlich März 2009. Ein Wermutstropfen ist insoweit, dass die zum 1.1.2010 in Kraft tretende Erbrechtsreform nur in der Entwurfsfassung berücksichtigt ist. Die künftige Gesetzeslage entspricht zwar weitgehend der Entwurfsfassung, so dass beispielsweise die Anmerkungen zu § 2306 BGB n. F. im Rahmen der Erläuterungen zum Behindertentestament aktuell sind. Schade ist trotzdem, dass die Erläuterungen noch auf Mutmaßungen beruhen, und insbesondere, dass die Muster für die nachträgliche Aufhebung einer Ausgleichsordnung oder einer nachträglichen Anrechnungsbestimmung (Teil F.I.5. und F.I.6.) leider überflüssig sind, da derartige im Entwurf vorgesehene Möglichkeiten im Rahmen der Reform nicht umgesetzt wurden.

Umfang und Aufbau des Formularbuchs sind im Vergleich zur Voraufgabe nahezu gleich geblieben.

Teil A. widmet sich zunächst der „Beratung des Erblassers“. Die ebenfalls eher lehrbuchartigen, allgemeinen Ausführungen in Teil B. („Form der Verfügung von Todes wegen“), Teil C. („Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten“) und Teil D. („Einzeltestament/gemeinschaftliches Testament/Erbsvertrag – Bindung des Erblassers“) vervollständigen das Formularbuch, wenngleich in der täglichen Praxis wohl meist die nächsten Abschnitte von größerer Bedeutung sein werden.

Der Schwerpunkt liegt bei den konkreten erbrechtlichen Gestaltungen im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen. Es werden komplette Muster zu „typischen Fallgestaltungen“ (Teil E.) wie z. B. Verfügungen von Ehegatten mit gemeinsa-

men Kindern oder mit Kindern aus einer früheren Ehe oder zu weniger häufigen „besonderen Fallgestaltungen“ (Teil F.) wie Verfügungen bei einem behinderten oder überschuldeten Kind oder bei getrennt lebenden Ehegatten dargestellt. Zusammen mit den vorangestellten weiterführenden Literaturhinweisen und den nachfolgenden Anmerkungen einschließlich steuerlichen Hinweisen sind die Muster bestens für eine schnelle Umsetzung in der täglichen Praxis geeignet. Anhand des Inhaltsverzeichnisses kann man sich rasch einen Überblick über die verschiedenen behandelten Konstellationen verschaffen.

Eine Stärke des Formularbuchs ist es, dass es über die klassische Testamentgestaltung hinaus auch umfangreiche Muster im Bereich der „vorweggenommenen Erbfolge“ enthält (Teil G. zu „Unternehmensnachfolge und landwirtschaftlichem Sondernachfolgerecht“, Teil J. zu „Rechtsgeschäften unter Lebenden“).

Hier spiegelt sich wider, dass eine vernünftige Nachlassplanung bzw. -abwicklung das Ergebnis hoffentlich gelungener umfassender Regelungen ist – nicht nur im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen, sondern idealer Weise auch einer darauf abgestimmten vorweggenommenen Erbfolge und z. B. korrespondierender Regelungen in Gesellschaftsverträgen (Teil G.I.). Umso besser für den Vertragsgestalter, wenn zumindest Denkanstöße und weiterführende Hinweise, im besten Fall vielleicht aber sogar passende Muster sich in einem Buch finden lassen – die Wahrscheinlichkeit hierfür ist bei einem so umfassenden Werk groß.

Ob allerdings auch das Muster einer Patientenverfügung (das leider noch nicht die zwischenzeitlich geltenden gesetzlichen Regelungen berücksichtigt), ehebedingter Zuwendungen, Güterstandsvereinbarungen oder verschiedene Muster für Handelsregisteranmeldungen bei Unternehmensnachfolge beinhaltet sein müssen, mag zumindest kritisch hinterfragt werden. Hier wird der Begriff des Erbrechts, auch wenn man ihn umfassend verstehen muss, doch überstrapaziert und die Übersichtlichkeit des Formularbuchs leidet.

Die Ausführungen zu Stiftungen (Teil H.) hingegen und insbesondere Teil K., der die Bandbreite an möglichen Nachlassregelungen im Rahmen der Nachlassabwicklung von variantenreichen Ausschlagungserklärungen bis hin zur Vermächtniserfüllung umfasst, stellen wiederum sinnvolle Ergänzungen zu den vorangegangenen Abschnitten dar. Le-

diglich ein Muster für ein notarielles Nachlassverzeichnis vermisst man immer noch.

Teil L. mit dem Thema „Letztwillige Verfügungen mit Auslandsbezug“ ist abschließend angesichts der steigenden Anzahl an Fällen mit Auslandsbezug eine gelungene Abrundung.

Fazit: Dem im Vorwort genannten Anspruch, eine „bewährte Kombination aus Beratungshinweisen, Checklisten, Formula-

ren mit Anmerkungen und steuerlichen Hinweisen“ zu liefern, wird das Formularbuch – wenngleich leider nicht ganz auf aktuellem Stand – absolut gerecht. In der großen Auswahl an erbrechtlicher Literatur eine hervorragende Hilfestellung in der täglichen Praxis.

Notarin Dr. Heike Stiebitz, Wassertrüdingen

Crezelius: Unternehmenserbrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 327 S., 58 €

Seit Erscheinen der ersten Auflage des Werkes „Unternehmenserbrecht“ von *Crezelius* sind elf Jahre vergangen. Zwei größere und zahllose kleine Reformen der Unternehmensbesteuerung, die Erbschaftsteuerreform, die Reform des GmbH-Rechts, die Rechtsprechungsänderung zur GbR und jüngst die Erbrechtsreform haben in den von *Crezelius* behandelten Rechtsbereichen kaum einen Stein auf dem anderen gelassen.

Umso erstaunlicher ist es, dass dem Autor mit der nunmehr vorgelegten zweiten Auflage eine echte Punktlandung gelungen ist: Sie hat ebenso wie die Voraufgabe genau 327 Seiten. Dieser Umstand ist glücklicherweise nicht darauf zurückzuführen, dass *Crezelius* die genannten Reformen ignoriert hätte, sondern darauf, dass er neben der Einarbeitung neuen Materials auch die Entsorgung überholter Texte konsequent betrieben hat und sein Werk nicht durch Vorher-Nachher-Vergleiche aufbläht.

Unverändert geblieben ist auch das Konzept des Werkes, nämlich eine Brücke zu schlagen zwischen den erbrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen, erbschaftsteuerlichen und ertragsteuerlichen Aspekten der Vererbung von Unternehmen oder unternehmerischen Beteiligungen. „Vererbung“ ist hierbei durchaus wörtlich zu verstehen, denn die vorweggenommene Erbfolge klammert *Crezelius* bewusst aus. Auch eine Abwägung der Vor- und Nachteile zwischen erbrechtlicher Nachfolge und lebzeitiger Regelung liefert *Crezelius* nicht, er beschränkt sich auf den Hinweis, dass beide Lösungen gleichermaßen zu Streit führen können (Rdnr. 4). Beim unbedarften Leser könnte der Eindruck entstehen, dass die erbrechtliche Übertragung von Unternehmen wenn schon nicht alternativlos, so doch zumindest überwiegend praktiziert wird. Diese Behauptung sollte man *Crezelius* nicht unterstellen: Er beschreibt nicht, warum Unternehmen vererbt werden, sondern wie dies geschieht.

Das Werk versteht sich dabei nicht als „reines“ Praxishandbuch. Die Stellung von Formulierungshilfen überlässt *Crezelius* ebenso anderen wie die Präsentation von Rezepten für typische Praxisprobleme. Wen etwa die Frage umtreibt „Welche Gestaltung ist einem Unternehmer zu empfehlen, der zwei minderjährige Kinder aus geschiedener Ehe hinterlässt?“, der wird die unmittelbare Antwort hier nicht finden. Wer hingegen (einige Tage später) Informationen dazu sucht, welche Auswirkungen eine Testamentsvollstreckung über unternehmerisches Vermögen – je nach Rechtsform – hat, der wird von den komprimierten und instruktiven Ausführungen bei *Crezelius* (Rdnr. 80–87) gewiss profitieren.

Etwa die Hälfte des Umfangs nehmen vier Kapitel unter der gemeinsamen Überschrift „Grundlagen“ ein. Hier werden die wichtigsten erbrechtlichen Gestaltungsmittel (§ 2), die gesell-

schaftsrechtlichen Vorgaben (§ 3) und die erbschaft- und ertragsteuerlichen Konsequenzen (§ 4) jeweils für sich, jedoch mit zahlreichen Exkursen in das jeweilige Nachbargebiet erörtert. Interessant ist dabei, dass *Crezelius* auch solche Gestaltungen behandelt, die im Bereich der Unternehmensnachfolge eher gemieden werden, wie z. B. die Vor- und Nacherbschaft. Zwar weist *Crezelius* zu Recht darauf hin, dass vielfach vergleichbare Ergebnisse bei geringeren (auch steuerlichen) Risiken durch Nießbrauchsgestaltungen und/oder Testamentsvollstreckung erreicht werden können (Rdnr. 56), dennoch erläutert er überzeugend interessante Detailfragen, wie die Auswirkungen der Bezugsrechtsausübung durch den Vorerben (Rdnr. 53) oder die Konsequenzen zwischenzeitlicher Umstrukturierungen (Rdnr. 51). Die gewollte Verzahnung mehrerer Rechtsgebiete geht freilich nicht ohne Brüche vorstatten. So hätte z. B. bei der Darstellung der erbschaftsteuerlichen Behandlung der Teilungsanordnung (Rdnr. 65) ein Querverweis auf die Erläuterung des neuen § 13 a Abs. 3 ErbStG (Rdnr. 207, 240 f.) gut getan.

Breiten Raum nimmt die Darstellung der geltenden erbschaftsteuerlichen Rechtslage ein. Die erst nach Drucklegung des Werkes veröffentlichten Anwendungserlasse zur Erbschaftsteuerreform konnten dabei leider nicht mehr berücksichtigt werden. So dürfte die Gestaltungsempfehlung, die Nachversteuerung wegen Überentnahmen durch die bewusste Verwirklichung eines anderen Nachsteuertatbestandes zu vermeiden (Rdnr. 206) nach der – vernünftigen – Lesart der Finanzverwaltung (Abschn. H12 der gleich lautenden Ländererlasse vom 25.6.2009 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes, BStBl I 2009, S. 713, 725) ihren Anwendungsbereich verloren haben. Auch die Ansicht, bei der Bestimmung der Zahl der Beschäftigten nach § 13 a Abs. 1 Satz 2 ErbStG (keine Lohnsummenkontrolle bei bis zu zehn Beschäftigten) seien Untergesellschaften in Holdingstrukturen nicht einzubeziehen, wird jedenfalls von der Finanzverwaltung nicht geteilt (Abschn. 8 Abs. 2 Satz 8 der vorgenannten Erlasse, BStBl I 2009, S. 713, 721). Abgesehen von diesen Detailfragen ist die Darstellung der neuen Erbschaftsteuer jedoch gelungen und mit der angemessenen Portion Kritik versehen. So zeigt *Crezelius* am Beispiel der Verschonung von Wohnungsunternehmen, dass sich der Gesetzgeber einmal mehr im „Gestrüpp der verkappten Subventionen“ verirrt hat (Rdnr. 198) und weist auf die widersinnigen Konsequenzen des vereinfachten Ertragswertverfahrens in wirtschaftlichen Krisensituationen hin (Rdnr. 189).

Der zweite Teil des Werkes ist nach Rechtsformen geordnet, wobei die jeweiligen Sonderprobleme vom Einzelunternehmen bis zur KGaA dargestellt werden. Schon die Auswahl der Rechtsformen zeigt, dass *Crezelius* seine Darstellung auf gewerbliche Unternehmen beschränkt. Freiberufliche, häufig in einer Partnerschaftsgesellschaft oder GbR betriebene Un-

ternehmen sowie land- und forstwirtschaftliche Unternehmen werden dabei ausgeklammert. Neben den gesellschaftsrechtlichen Nachfolgemechanismen werden hierbei insbesondere deren steuerliche Auswirkungen hinterfragt, so z. B. die Konsequenzen einer qualifizierten Nachfolgeklausel auf die Fortführung von Sonderbetriebsvermögen (Rdnr. 277) oder die drohende Nachversteuerung von Einbringungsgewinnen bei einer Vererbung an Steuerausländer gemäß § 22 UmwStG bzw. § 6 AStG (Rdnr. 334).

Schließlich behandelt *Crezelius* in einem dritten Teil drei „Sondersituationen“, nämlich die Betriebsaufspaltung, Fälle mit Auslandsberührung und vermögensverwaltende Gesellschaften. Erwähnenswert und praxisrelevant sind hier insbesondere die Ausführungen zur Vermeidung des Auseinanderfallens einer bestehenden Betriebsaufspaltung bzw. des Entstehens einer steuerlichen Betriebsaufspaltung aus einem „Wiesbadener Modell“. Etwas zu kurz greift dabei aber der

Hinweis, die Begründung einer Betriebsaufspaltung im Erbwege sei unproblematisch, da sie schnell – mit geringem Aufgabegewinn – wieder beendet werden könne (Rdnr. 420). Dies ist wegen § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 lit. b) EStG (Einlage der Anteile an der Betriebsgesellschaft zu historischen Anschaffungskosten) vielfach nicht der Fall.

Alles in allem hat *Crezelius* ein Werk vorgelegt, das sich selbst treu bleibt, wichtige Probleme mit der gebotenen Genauigkeit untersucht und vor allem hervorragend lesbar ist. Wer die „Zutaten“ der gängigen Formularbücher genauer untersuchen und v. a. auch variieren möchte, sollte an diesem Werk nicht vorbeigehen. Als besonders nützlich gerade für den Notar erweisen sich dabei die zahlreichen und fundierten Brückenschläge in das Steuerrecht.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis. 2. Aufl., ZAP, 2009. 520 S., 78 € + CD-ROM

Das Mooresche Gesetz besagt, dass sich die Anzahl der Schaltkreisbausteine auf einem Computerchip etwa alle zwei Jahre verdoppelt. Diese Prophezeiung hat sich für den elektronischen Rechtsverkehr in Handelsregistersachen insoweit erfüllt, als gut zwei Jahre nach dessen Einführung zum 1.1.2007 sowohl eine neue Versionslinie der Notarsoftware XNotar („ELRV 3.0“), als auch die zweite Auflage des Praxishandbuchs der Kollegen *Gassen* und *Wegerhoff* für den effizienten Umgang des Notars und seiner Mitarbeiter mit dem „neuen“ elektronischen Medium erschienen ist. Trotz aller Bemühungen der Autoren um ein Höchstmaß an Aktualität – beispielsweise dokumentiert durch die kritischen Anmerkungen zum Beschluss des OLG Hamm vom 26.3.2009, MittBayNot 2009, 325, wonach für das Erstellen der XML-Strukturdaten keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz gebracht werden könne – ließ sich freilich nicht vermeiden, dass einige Informationen der Schnellebigkeit des elektronischen Rechtsverkehrs bereits zum Opfer gefallen sind: So ist es zwischenzeitlich möglich, Registerdaten aus dem bayerischen Registerportal im weiterverarbeitbaren XML-Format abzurufen (vgl. Rdnr. 519). Darüber hinaus ist das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren (ERVGBG), dem im Kapitel 4 („Zukunftsperspektiven“) ein eigener Abschnitt (Rdnr. 567 ff.) gewidmet ist, zum 1.10.2009 vollständig in Kraft getreten. Seitdem wird für den Abruf von Dokumenten aus dem Handelsregister eine von 4,50 € (Rdnr. 516) auf 1,50 € reduzierte Gebühr in Rechnung gestellt.

Auf den hohen praktischen Nutzen des Werks hat dies freilich keinen Einfluss, zumal sich der Notar des 21. Jahrhunderts mit entsprechenden Newslettern über die neuesten Entwicklungen des elektronischen Rechtsverkehrs auf dem Laufenden halten lassen kann (vgl. Rdnr. 451). Im Übrigen findet der Leser im ersten, eher theoretisch ausgerichteten Kapitel auf (fast) jede notarrelevante Rechtsfrage eine ausführliche und verständlich aufbereitete Antwort, sei es zur Zulässigkeit der

Erzeugung elektronisch beglaubigter Abschriften ohne Einscannen der Papierurkunde, sondern durch direkte Umwandlung der Textdatei in ein SigNotar-kompatibles TIFF- bzw. PDF/A-Dokument (Rdnr. 53 ff.), oder zum komplexen Problemkreis des Vollmachtennachweises bei Anmeldungen zu Publikumspersonengesellschaften vor dem Hintergrund der nach wie vor nicht möglichen Erstellung elektronischer Ausfertigungen (Rdnr. 72 ff.). Angesichts der in der Praxis oft uneinheitlichen Handhabung hinsichtlich der Form der zum Handelsregister einzureichenden Dokumente – manche Richter und Rechtspfleger verlangen beispielsweise entgegen dem Wortlaut der § 39 Abs. 2 GmbHG, § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB die Vorlage einer elektronisch beglaubigten Abschrift des Gesellschafterbeschlusses – sind die Ausführungen hierzu (Rdnr. 67) allerdings recht knapp gehalten. Umso ausführlicher beschäftigen sich die Verfasser mit dem „Dauerbrenner“ der bekanntlich unzulässigen Überlassung der Signatureinheit des Notars an Dritte (Rdnr. 79 f., 466), ohne das erste Kapitel mit einem wünschenswerten Hinweis auf den freilich nicht ganz so vertrauten Problemkreis der Divergenz des Signaturzeitpunkts vom Datum des elektronischen Beglaubigungsvermerks abzurufen.

(Nahezu) keine Wünsche offen lässt das zweite Kapitel, das ohne Übertreibung die Auszeichnung als „Handbuch deluxe“ für den täglichen Umgang mit der Notarsoftware XNotar in der aktuellen Versionslinie 3.x verdient. Das Erstellen der zutreffenden XML-Strukturdaten auch zu besonders komplexen Anmeldefällen wie der Sonderrechtsnachfolge eines Kommanditisten (Rdnr. 225) wird nach der Lektüre der im Handbuch enthaltenen, mit zahlreichen Screenshots garnierten Schritt-für-Schritt-Anleitungen problemlos von der Hand gehen – und den einen oder anderen Anruf bei der NotarNet GmbH entbehrlich machen. Die Übermittlung qualitativ hochwertiger und vollständiger XML-Datensätze, die seit Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Handelsregisterwesen die Bedeutung eines Eintragungsvorschlags einnehmen, steigert wiederum die Effizienz der (automatisierten) Arbeitsabläufe beim Registergericht, von denen sich der interessierte Leser ebenfalls einen ersten Eindruck verschaffen kann (Rdnr. 273 ff.). Auf dem Weg zur Perfektion fehlt den ansonsten über jeden Zweifel erhabenen Ausführungen des zweiten Kapitels lediglich eine Ergänzung der Erläuterungen

zur Anmeldung und zur elektronischen Signatur durch den Notarvertreter (Rdnr. 296, 379 ff.) um die Unterschiede und Gemeinsamkeiten, die vom Notariatsverwalter bei der Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr zu beachten sind.

Als kleiner Wermutstropfen muss schließlich infolge der ansonsten sinnvollen und gelungenen Unterscheidung der Autoren zwischen Theorie und Praxis in Kauf genommen werden, dass bestimmte Themenkreise, wie z. B. die Erstellung eines signierten Anschreibens an das Registergericht (Rdnr. 170 ff., 240 ff., 311) oder der Umgang mit dem EGVP-Client (Rdnr. 267 ff., 409 ff.), zulasten der Übersichtlichkeit des Werks auf mehrere Abschnitte verstreut behandelt werden. Dieser Hinweis und die vorstehenden kritischen Anmerkungen sollen freilich den hervorragenden Gesamteindruck des Handbuchs nicht schmälern, sondern als Anregung für

dessen nächste Auflage dienen, die nach dem Mooreschen Gesetz ebenso wie die bereits angekündigte Ausrichtung der ELRV-Programme auf mehr Nutzerfreundlichkeit („XNotar 3.3“) sicherlich nicht lange auf sich warten lassen wird. Bleibt das Fazit, dass der Erwerb des Praxishandbuchs von *Gassen/Wegerhoff* für den Notar ebenso sinnvoll ist wie die Anschaffung einer Signaturkarte. Die Weitergabe des hier besprochenen Werks an die mit Handelsregisteranmeldungen betrauten Mitarbeiter des Notars, die ihr Wissen zum elektronischen Rechtsverkehr anhand der im fünften Kapitel enthaltenen Übungsfälle unter Beweis stellen können, ist mithin – anders als die Überlassung der Signaturkarte – durchaus zulässig und erwünscht.

Notarassessor *Johannes Hecht*, München

Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 17. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 755 S., 119 €

Der von *Marcus Lutter* und *Peter Hommelhoff* herausgegebene Kommentar zum GmbH-Gesetz ist in neuer Auflage insbesondere unter Einarbeitung der Änderungen erschienen, die sich durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ergeben. Das nicht überraschende Ergebnis der Besprechung des Kommentars kann gleich vorweggenommen werden: Genauso wie seine Voraufgaben ist dieser Kommentar zum GmbH-Gesetz eine sinnvolle und wertvolle Anschaffung für die Bibliothek des Notars. Im Zentrum der Besprechung soll naturgemäß die Kommentierung der Vorschriften stehen, die durch das MoMiG neu geschaffen oder geändert worden sind. Die umfangreiche Literatur zum MoMiG ist dabei sorgfältig eingearbeitet.

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Einleitung (Rdnr. 25 ff.) eine Zusammenfassung der vom Gesetzgeber angestrebten Ziele des MoMiG enthält. In einem Kommentar erscheint dies deshalb als sinnvoll, da erfahrungsgemäß mit zunehmendem zeitlichem Abstand zum Inkrafttreten des Reformgesetzes dem Rechtsanwender die grundlegenden gesetzgeberischen Zielsetzungen nicht mehr präsent sind. Aus ihnen können sich aber bei Auslegungsschwierigkeiten wertvolle Hinweise ergeben.

Außerordentlich breiten Raum nimmt sodann die Erörterung des internationalen Gesellschaftsrechts ein. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Neuregelung des § 4 a GmbHG, die entsprechend der Gründungstheorie die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer GmbH vom Inland ins Ausland ermöglicht. Die Vorschrift wird sehr übersichtlich unter systematischer Einordnung in die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zum internationalen Gesellschaftsrecht kommentiert. In zwei Anhängen zu § 4 a GmbHG werden unter Auflistung der umfangreichen Literatur zum einen die inländischen Zweigniederlassungen einer ausländischen GmbH als auch die Frage des anwendbaren Rechts bei einer englischen *limited* mit Verwaltungssitz im Inland erörtert.

Rechtspolitisch von Bedeutung ist zum einen die sehr kritische Auseinandersetzung mit dem Musterprotokoll (§ 2 Rdnr. 54). Die geäußerte Kritik zur fehlenden Praxistauglichkeit des Musterprotokolls bei Mehr-Personen-Gesellschaften hat sich mittlerweile bestätigt. Denn bei Mehr-Personen-Ge-

sellschaften spielt das Musterprotokoll in der Praxis keine Rolle. Zum anderen wird die notarielle Beurkundung der Abtretung von GmbH-Anteilen vor dem Hintergrund des neu ermöglichten Erwerbs von GmbH-Anteilen für „unverzichtbar“ gehalten (§ 15 Rdnr. 1). Hinsichtlich des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts wird jedoch das Beurkundungserfordernis in der Kommentierung zur Diskussion gestellt. Dies erscheint nicht konsequent, da der Notar mit der Bescheinigung des Wirksamwerdens der Anteilsveränderung nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine Verantwortung für die materielle Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden Übertragungsurkunde übernehmen muss. Diese kann er sinnvoll nur übernehmen, wenn er sowohl beim schuldrechtlichen als auch beim dinglichen Rechtsgeschäft mitwirkt. Trotz des Trennungs- und Abstraktionsgrundsatzes sind beide Ebenen gerade bei der Anteilsübertragung oft über Bedingungszusammenhänge miteinander verknüpft. Zum anderen zeigen andere Regelungen zum gutgläubigen Erwerb wie §§ 892, 2366 BGB, dass der Gesetzgeber den Verlust der Rechtsinhaberschaft des wahren Berechtigten nur auf der Grundlage eines starken Rechtsscheinträgers akzeptiert. Grundprinzip ist dabei, dass das Verfahren zur Begründung des Rechtsscheinträgers (Grundbucheintragung bzw. Erbschein) eine hohe materielle Richtigkeitsgewähr aufweisen muss. Dies schließt auch das schuldrechtliche Rechtsgeschäft mit ein (vgl. ausführlich *Apfelbaum*, BB 2008, 2470, 2476 f.).

Erfreulicherweise sind auch viele Einzelfragen eingearbeitet, die im notariellen Schrifttum im Zusammenhang mit den bislang gewonnenen praktischen Erfahrungen des MoMiG diskutiert werden. Ein Beispiel ist die in § 2 Rdnr. 47 erörterte Frage, ob die Geschäftsführerbestellung im Musterprotokoll ein materieller oder ein unechter Satzungsbestandteil ist (vgl. hierzu ausführlich *Weigl*, notar 2008, 378 m. w. N.). Hier folgt die Kommentierung der herrschenden Auffassung im Schrifttum, es liege nur ein unechter Satzungsbestandteil vor. Ein weiteres Beispiel findet sich in § 16 Rdnr. 37. Hier geht es um das in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG geregelte Problem, dass die im Übrigen wirksame, aber allein aufgrund der Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister) zunächst unwirksame gesellschaftsrechtliche Maßnahme des Anteilserwerbers *ex tunc* als wirksam gilt, wenn die geänderte Gesellschafterliste unverzüglich nach der Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Hier bereitet die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unverzüglich“ Schwierig-

keiten. Nach teilweise vertretener Auffassung ist dieses Tatbestandsmerkmal auch bei einer schuldhaften Verzögerung durch den Registerrichter zu verneinen, während andere allein auf das schuldhaft verzögern durch den einreichungspflichtigen Notar oder Geschäftsführer abstellen. Zur Vermeidung derartiger Auslegungsschwierigkeiten wird im notariellen Schrifttum die Mitwirkung des Veräußerers an den gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, ggf. auch über eine Vollmacht empfohlen (Apfelbaum, notar 2008, 160, 169; Wachter, ZNotP 2008, 378, 381 f.; Wicke, NotBZ 2009, 1, 12). Naturgemäß werden jedoch nicht alle in der Praxis bislang aufgetauchten Spezialprobleme erörtert. Ein Beispiel ist die Auslegung des Begriffs der „laufenden“ Nummer in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Hier stellt sich das Problem, ob nur ganze Nummern oder auch Unternummern ggf. in Kombination mit Buchstaben (z. B. 1.1., 1. a) vergeben werden dürfen (vgl. hierzu Mayer, ZIP 2009, 1037, 1042). In der registergerichtlichen Praxis werden teilweise nur ganze Nummern akzeptiert. Der Kommentar äußert sich hierzu nicht.

Insgesamt ist insbesondere bei den wichtigen Neuregelungen der §§ 16, 40 GmbHG das notarielle Schrifttum umfassend eingearbeitet, so dass der Kommentar auch in Detailfragen Hilfestellung bietet. Einem Kommentar entsprechend finden sich jedoch keinerlei vertragsgestalterische Hinweise. Hier ist auf die Spezialliteratur zu verweisen. Auch rechtsdogmatisch interessante Problemstellungen wurden bei der Kommentierung noch nicht gesehen. Aufgrund der starren Kompetenzabgrenzung zwischen Geschäftsführer und Notar bei der Einreichung der Gesellschafterliste stellt sich insbesondere die Frage, welche Rechtsfolgen die Einreichung einer Gesell-

schafterliste durch eine nicht zuständige Person (z. B. Geschäftsführer trotz Vorliegen eines Falls des § 15 GmbHG oder Notar in Erbfällen) für ihre Funktion als Rechtsscheinstäger nach § 16 Abs. 3 GmbHG hat. Mit anderen Worten: Ist ein gutgläubiger Erwerb auch auf der Grundlage einer durch eine unzuständige Person eingereichten Gesellschafterliste möglich? Hier sprechen gute Gründe für die Tauglichkeit als Rechtsscheinsträger. Denn beim gutgläubigen Erwerb geht es um den Schutz des Rechtsverkehrs. Dieser kann regelmäßig nicht erkennen, ob die Gesellschafterliste durch eine zuständige Person eingereicht worden ist. Denn die Grundlage der Anteilsveränderung ist regelmäßig nicht erkennbar und nimmt zumindest an der Gutgläubenswirkung des § 16 Abs. 3 GmbHG nicht teil. Des Weiteren vermittelt die Aufnahme der Liste in das Handelsregister durch das Registergericht den Anschein einer seriösen Grundlage für den Rechtsverkehr. Auf der anderen Seite könnte die allgemeine Rechtsschein- und Zurechnungslehre gegen eine Tauglichkeit als Rechtsscheinsträger sprechen. Nach dieser existiert ein grundsätzlich abschließender Katalog von Zurechnungsausschlussgründen, die einen gutgläubigen Erwerb generell ausschließen, wie z. B. *vis absoluta*, fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit, die Fälschung oder die Vertretung ohne Vertretungsmacht (Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 253 ff., 468 f.). Die Einreichung der Liste durch eine unzuständige Person könnte unter die Fallgruppe der Vertretung ohne Vertretungsmacht eingeordnet werden. Hier steht die rechtliche Diskussion erst am Anfang.

Notar Dr. Sebastian Apfelbaum, Lohr a. Main

Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. ZAP, 2. Aufl., 2009. 1 020 S., 98 € + CD-ROM

Das im Jahr 2004 erstmals aufgelegte Handbuch der Notarhaftung (siehe hierzu die Rezension in MittBayNot 2005, 29 f.) ist in zweiter Auflage erschienen. Die offensichtlichen Änderungen im Vergleich zur Vorgabe bilden zum einen der Wechsel im Bearbeiterkreis, zum anderen der deutlich verringerte Buchumfang. Der Initiator der Erstauflage, Dr. Horst Zugehör, seinerzeit Richter am BGH und zuständig für Notar- und Anwaltshaftungssachen, ist aus Altersgründen aus dem Autorenteam ausgeschieden. An seine Stelle ist mit Heinz Wöstmann erneut ein Richter am BGH getreten, der als Mitglied des III. Zivilsenats unmittelbar mit Notarhaftungsfragen befasst ist. Die Mitverfasser Dr. Hans Gerhard Ganter (Mitglied des IX. Zivilsenats des BGH) und Christian Hertel (Notar in Weilheim i. OB, zuvor Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts) sind dem Werk hingegen erhalten geblieben. Verlag und Autoren ist es gelungen, das dicke, fast schon enzyklopädische Buch, erfolgreich zu verschlanken. Zum einen wurde auf den Abdruck der zitierten Gerichtsentscheidungen in Leitsatzform verzichtet; die Gerichtsentscheidungen finden sich nunmehr auf der mitgelieferten CD-ROM. Dadurch werden die Lesbarkeit und Benutzbarkeit dieses Handbuchs deutlich befördert. Zum anderen haben die Autoren viele Redundanzen und Wiederholungen durch Verweisungen innerhalb des Buches ausgemerzt. Auf diesem Wege und durch redaktionelle sowie verlegerische Maßnahmen konnte die Rückenbreite des Buches von über 7 cm auf knapp 5 cm verringert werden, ohne inhaltliche Einbuße, jedoch mit dem Vorteil der Platzersparnis im Bücherschrank.

Neben diesen äußerlichen Veränderungen haben sich die Autoren bemüht, das Werk systematisch und inhaltlich neu aufzubereiten, auch wenn der Aufbau des Handbuchs auf den ersten Blick gleich geblieben ist. Der von Hertel bearbeitete Teil 1 enthält eine Einführung in die Tätigkeit des Notars als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes. Die Grundlagen der notariellen Amtshaftung (Teil 2) werden zu gleichen Teilen von Wöstmann und Ganter dargestellt, während von Ganter das Kernstück des Buches, nämlich die Haftung des Notars aus Amtspflichtverletzung bei Urkundstätigkeit (Teil 3) stammt. Teil 4 enthält die Haftung aus Amtspflichtverletzung aus Betreuungstätigkeit und ist in Hinblick auf die notarielle Verwahrung natürlich von Hertel, im Übrigen ebenfalls von Ganter verfasst. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen, nämlich das Verschulden (Teil 5) sind von Ganter, die Kausalität und Zurechenbarkeit eines Schadens (Teil 6) von Wöstmann bearbeitet, der auch die haftungsausschließenden und haftungsbegrenzenden Fragen zur Subsidiarität (Teil 7), zur Versäumung eines Rechtsmittels, zum Mitverschulden (Teil 8) und zur Verjährung (Teil 9) erörtert hat. Teil 10 und Teil 11, die sich mit der Haftung unter Beteiligung von Soziern, anderen Notaren, Vertretern (auch von Notarassessoren), anderen Hilfspersonen und der Eigenhaftung der Notarkammern und des Staates befassen, stammen wiederum von Ganter. Abgerundet wird das Handbuch der Notarhaftung durch eine von Wöstmann überarbeitete Checkliste für die Haftungsprüfung (Teil 12), die allerdings – sofern man die Ansicht von Hertel (Rdnr. 205) zum Nutzen von Checklisten teilt – selten benötigt werden wird.

Hervorzuheben an dem Buch ist, dass die Autoren, allen voran die Richter Wöstmann (Rdnr. 406 ff.) und Ganter (Rdnr. 960)

die soziale Funktion des Notars in den Vordergrund heben. Hierauf, nicht aber auf marktkonforme Dienstleistungsbereitschaft, die manchmal in den Vorwurf des „Hausnotariats“ oder der Bauträger- und Maklerfreundlichkeit gipfeln können (vgl. Rdnr. 576, 587), sollte sich der Berufsstand besinnen, da m. E. auch nur hieraus dessen hoheitliche Rechtsnatur hergeleitet werden kann.

Das einzig echte Manko des Buches stellt aus meiner Sicht die unzureichende Berücksichtigung des am 1.9.2009 in Kraft getretenen FamFG dar. Sicherlich standen zum Zeitpunkt der Drucklegung weder der genaue Gesetzeswortlaut noch das genaue Verkündungsdatum fest. Dennoch war abzusehen, dass die für die notarielle Praxis bedeutsamen Änderungen weitgehend mit den Bundestagsdrucksachen 16/6308 und 16/9733 übereinstimmen würden, die vom 7.9.2007 bzw. 23.6.2008 stammten. Es ist daher enttäuschend, dass dieses in Hinblick auf die Neufassung von § 15 Abs. 2 BNotO nicht unbedeutende Gesetz lediglich in Rdnr. 157 sowie in Fußnote 179 auf Seite 67 f. Erwähnung findet, im Übrigen aber die Rechtslage nach dem inzwischen außer Kraft getretenen FGG dargestellt wird (vgl. Rdnr. 78, 775 ff., 1943 ff., 2085, 2081). Gerade auf dem Gebiet des Rechtsschutzes gegen notarielle Amts(un-)tätigkeit werden sich einige erhebliche Änderungen ergeben (vgl. *Müller-Magdeburg*, ZNotP 2009, 216; *Heinemann*, DNotZ 2009, 1, 36; *ders.*, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 579 ff.), zu denen man gerne schon jetzt und nicht erst in der Folgeauflage die Ansichten der Autoren erfahren hätte.

Einige weitere Fehler bzw. Ungenauigkeiten trüben den Gesamteindruck nur marginal, da es sich offenkundig um übersehene Gesetzesänderungen handelt, wie in Rdnr. 529, wo nur auf das HeimG abgestellt wird, die aufgrund der Gesetzgebungskompetenz der Länder erlassenen Nachfolgeregelungen (vgl. für Bayern etwa das PflWqG) jedoch unerwähnt bleiben, wie in Rdnr. 752, wo die Änderung von § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG übersehen wird, oder wie in Rdnr. 2224, wo noch immer von der BRAGO statt vom RVG die Rede ist. Diese Auslassungen sowie einige Schreibversehen (z. B. durchgängig „Knöpfel“ statt richtig „Knöfel“ in Teil 6) werden sicherlich in der nächsten Auflage korrigiert. Eine Anregung für die Neuauflage wäre auch eine noch detailliertere Behandlung des Versicherungsschutzes. Dieser wird zwar von *Hertel* in Rdnr. 219 ff. knapp, präzise und zutreffend erörtert, bleibt jedoch in puncto Ausführlichkeit hinter der vergleichbaren Darstellung zur Berufshaftpflicht der Rechtsanwälte von *Schlee* im Handbuch der Anwaltschaft zurück.

Insgesamt kann das Handbuch der Notarhaftung – trotz der vorstehenden Kritikpunkte – uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden, insbesondere weil Verlag und Autoren bewiesen haben, dass sie die schon hervorragende erste Auflage haben weiter verbessern können. Wer einem potentiellen Haftungsfall vorbeugen oder einem solchen entgegenzutreten möchte, sollte den *Ganter/Hertel/Wöstemann* stets als Hilfsmittel zu Rate ziehen.

Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i. d. OPf.

Sontheimer: Vertragsgestaltung und Steuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 195 S., 38 €

Der Autor stellt zunächst in einer Einleitung vom Vertragstyp unabhängige steuerliche Aspekte dar, z. B. die Fragen des Gestaltungsmissbrauchs und der Angehörigenverträge. Anschließend widmet er sich den einzelnen Vertragstypen. Für den Notar von besonderem Interesse sind dabei die folgenden Kapitel: „Auf Immobilien bezogene Verträge“, „Familienrechtliche Verträge“, „Erbrecht und Vermögensnachfolge“ und „Auf Gesellschaften bezogene Verträge“. Diese machen zusammen rund 70 % des Werkes aus. Abgerundet wird die Darstellung durch kürzere Ausführungen zu Kauf-, Miet- und Leasingverträgen über bewegliche Sachen, Dienst- und Arbeitsverträgen, Darlehen und Factoring und das neu aufgenommene Kapitel zu Stiftungen.

Während die Voraufgabe 2001 noch in der JuS-Schriftenreihe erschien, präsentiert sich die 2. Auflage als Teil der Reihe „NJW Praxis“ einem größeren Leserkreis. Die Seitenzahl hat sich dabei nur geringfügig vergrößert. Das Werk berücksichtigt den aktuellen Stand der Gesetzgebung, insbesondere die Erbschaftsteuerreform (z. B. Rdnr. 272, 296 ff.) und die Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2008 beim Gestaltungsmissbrauch (Rdnr. 24 f.) und bei der Vermögensübergabe gegen wiederkehrende Zahlungen (Rdnr. 337 ff.). Auch neuere Rechtsprechung wurde eingearbeitet. Vor allem die mit der Güterstandsschaukel (Rdnr. 236 ff.) und der Umsatzsteueroption beim Kauf (Rdnr. 100 f.) verbundenen Probleme werden ausführlich dargestellt.

Anders als die meisten Vertragshandbücher, die zwar auch steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung behandeln, deren

Schwerpunkt aber im Zivilrecht liegt, konzentriert sich das Werk auf die steuerliche Komponente. Ausführungen zum Zivilrecht werden nur gemacht, soweit dies für das Verständnis der steuerlichen Beurteilung unerlässlich ist.

Der Autor, ein Fachanwalt für Steuerrecht, hat sich das Ziel gesetzt, Kautelarjuristen und beim Vertragsschluss einbezogenen steuerlichen Beratern einen schnellen und umfassenden Überblick über die steuerlichen Aspekte und Probleme der einzelnen Vertragstypen zu vermitteln. Um es vorwegzunehmen, dieses Ziel wird voll und ganz erreicht. In der Kürze liegt die Würze. Durch die kompakte Darstellung ist es auch bei begrenztem Zeitbudget möglich, das gesamte Werk mit Gewinn durchzulesen. Statt jede Steuerart für sich lehrbuchartig darzustellen, geht das Werk vom konkreten Vertragstyp aus und beleuchtet diesen im Hinblick auf die jeweils betroffenen Steuerarten. So wird beispielsweise die Übertragung von Immobilien bei vorweggenommener Erbfolge auf ihre schenkung-, grunderwerb-, umsatz- und einkommensteuerliche Relevanz untersucht (Rdnr. 272 ff.). Gerade diese Vorgehensweise erweitert den Horizont des bislang mit Steuerfragen eher wenig vertrauten Vertragsgestalters ungemein.

Die Ausführungen sind komprimiert, aber dennoch leicht verständlich gehalten. Besonders hervorzuheben ist das hervorragende Kapitel über die mit Erbrecht und Vermögensnachfolge verbundenen Steuerprobleme (Rdnr. 270–396). Eine derart kompakte und gleichzeitig umfassende Darstellung mit zahlreichen Gestaltungsempfehlungen findet sich selten. Vertragsgestaltung umfasst hier selbstverständlich auch Testamentsgestaltung.

Viel Licht wirft stets auch ein wenig Schatten: Streitfragen werden häufig nur im Ansatz diskutiert (z. B. Rdnr. 101, 342).

Die Fußnoten sind sehr knapp gehalten. Zur Vertiefung ist daher das Heranziehen von Spezialliteratur unerlässlich. Gelegentlich wird das Copy-Paste-Prinzip angewandt, aber die Anpassung vergessen (Rdnr. 65, 147: „Grundstück“ auch im Kapitel bewegliche Sachen). In Rdnr. 120 wird noch die ErbbauVO statt des ErbbauRG zitiert. Zwar wird darauf hingewiesen, dass „die Kettenschenkung nur unter bestimmten Voraussetzungen steuerlich anerkannt wird“. Hinsichtlich dieser Voraussetzungen wird allerdings nur auf eine Fußnote mit der Fundstelle älterer BFH-Rechtsprechung verwiesen (Rdnr. 274). Angesichts der immer noch hohen praktischen Relevanz von Kettenschenkungen wäre eine Aufnahme der konkreten Voraussetzungen in den Text zu empfehlen. Das Werk enthält

wenige, dafür aber sehr hilfreiche Formulierungsvorschläge. Es fehlt ein Verzeichnis zum raschen Auffinden der Muster. Auch eine elektronische Übernahme in den Vertragstext ist nicht möglich, was gerade bei den längeren Mustern im Gesellschaftsrecht stört.

Zusammenfassend: Klein, aber fein. Wer eine schnell erfassbare und gut geschriebene Einstiegslektüre oder ein kurzes Nachschlagewerk für konkrete steuerliche Probleme einzelner Vertragstypen sucht, dem kann das Werk von *Sontheimer* wärmstens empfohlen werden.

Notar Dr. *Christian Auktor*, Fürth

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 177, 894 (*Handeln als vollmachtloser Vertreter trotz Bevollmächtigung*)

Handelt ein Bevollmächtigter vorbehaltlich Genehmigung, so bleibt die Vollmacht wirkungslos und eine Genehmigung erforderlich. (Leitsatz des Herausgeberbeirats)

BGH, Urteil vom 2.10.2009, V ZR 185/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit Notarverträgen vom 9.2.1994 und 10.1.1995 verkaufte die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: ebenfalls Klägerin) für insgesamt 175.000 DM Peter P. das Flurstück 357 der Flur 1 der Gemarkung D. und aus dem Flurstück 356 näher beschriebene Teilflächen von insgesamt etwa 45 500 m² Größe (im Folgenden zusammenfassend: das Grundstück). Der Kaufpreis sollte in Höhe eines Teilbetrags von 25.000 DM im Wege der Verrechnung erfüllt werden. Der Restbetrag von 150.000 DM sollte durch Zahlung zu erfüllen sein, davon 75.000 DM bis zum 12.3.1995, die restlichen 75.000 DM „vier Wochen nach Kenntnis (...) (des Käufers) von seiner Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch“. Der Auflassungsanspruch von Peter P. wurde durch die Eintragung von Vormerkungen in das Grundbuch gesichert.

Das Grundstück ist „mit dem sehr stark reparaturbedürftigen Schloss D.“ bebaut. Peter P. verpflichtete sich im Kaufvertrag, das Schloss innerhalb von fünf Jahren, beginnend mit dem Tage der Eigentumsumschreibung, so herzurichten, dass das Gebäude „als Beherbergungsbetrieb für gastronomische Zwecke genutzt“ werden könne.

In der Vertragsurkunde erteilten die Vertragsparteien den

„Notariatsangestellten Elke H., Gerlinde K. und Gabriele G. Einzelvertretungsvollmacht unter Befreiung der Beschränkungen des § 181 BGB, jede Rechtshandlung vorzunehmen, die zum Vollzug des Vertrages notwendig und zweckdienlich ist. (...)“

40.000 € wurden auf den Kaufpreis bezahlt. Mit Notarvertrag vom 5.10.2001 verkaufte Peter P. das Grundstück an den Beklagten weiter. Der Beklagte verpflichtete sich gegenüber P., dessen Pflichten aus den Verträgen vom 9.2.1994 und 10.1.1995 gegenüber der Klägerin zu übernehmen und diesen hiervon freizustellen. „Sicherheitshalber“ trat Peter P. seinen „Eigentumsverschaffungsanspruch aus dem Vorerwerbsvertrag“ an den Beklagten ab. Die Abtretung der durch die Vormerkungen gesicherten Ansprüche wurde im Grundbuch verlaubar.

Am 14.8.2002 erklärten die Notariatsangestellten Andrea T. für die Klägerin und Gabriele G. für Peter P. vor dem Urkundsnotar jeweils „vollmachtlos“ die Auflassung des Grundstücks. Die Klägerin genehmigte die in ihrem Namen von Frau T. abgegebene Erklärung. Mit Schreiben vom 18.12.2002 forderte sie Peter P. auf, binnen vier Wochen seinerseits die Auflassung zu erklären. Die Aufforderung blieb ohne Erfolg.

Peter P. verstarb am 10.5.2006. Er wurde von Brigitte P. beerbt. Mit Schreiben vom 20.11.2006 setzte die Klägerin Brigitte P. Nachfrist gemäß § 326 Abs. 1 BGB a. F. zur Auflassung des Grundstücks bis zum 4.12.2006 und erklärte, nach ergebnislosem Ablauf der Frist von den Verträgen vom 9.2.1994 und 10.1.1995 zurückzutreten.

Mit der Klage hat die Klägerin von dem Beklagten Zustimmung zur Löschung der Vormerkungen verlangt. Das LG hat den Beklagten verurteilt, die Löschung der für ihn eingetragenen Abtretungsvermerke zu bewilligen und die weitergehende Klage abgewiesen. Das OLG hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des LG.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Abtretungsvermerke nicht

zu. Die Erklärung der Klägerin, von den Kaufverträgen mit Peter P. zurückzutreten, habe den an den Beklagten abgetretenen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück unberührt gelassen. Die Verpflichtung des P. zur Mitwirkung an der Auflassung bedeute zwar eine Hauptpflicht aus den Verträgen vom 9.2.1994 und 10.1.1995. Die Pflicht sei indessen erfüllt. Da Frau G. von Peter P. zur Auflassung des Grundstücks bevollmächtigt gewesen sei, sei durch ihre Erklärung in der Notarverhandlung vom 14.8.2002 die Schuld von P. zur Mitwirkung an der Auflassung des Grundstücks erfüllt worden.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Gemäß § 894 BGB schuldet der Beklagte die Zustimmung zu der von der Klägerin verlangten Löschung. Die Klägerin hat Brigitte P. wirksam Nachfrist zur Mitwirkung an der Auflassung gesetzt. Die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs durch Peter P. ließ die Rechtsstellung der Klägerin als Gläubigerin des Anspruchs auf Annahme der Auflassungserklärung unberührt. Der Erwerbsanspruch aus den Verträgen vom 9.2.1994 und 10.1.1995 ist mit Ablauf der von der Klägerin gesetzten Nachfrist am 4.12.2006 erloschen. Seither besteht kein Anspruch mehr, der durch die eingetragenen Vormerkungen gesichert und dem Beklagten abgetreten ist. Die für den Beklagten eingetragenen Abtretungsvermerke sind gegenstandslos.

1. Das Berufungsgericht meint zu Unrecht, Peter P. sei in der Auflassungsverhandlung vom 14.8.2002 wirksam vertreten worden. So verhält es sich schon deshalb nicht, weil Frau G. von der ihr erteilten Vollmacht ausweislich des Wortlauts ihrer Erklärung keinen Gebrauch gemacht hat und eine Genehmigung der von ihr im Namen von Peter P. abgegebenen Erklärung nicht erfolgt ist. Das Berufungsgericht übersieht, dass die Erklärungen eines bevollmächtigten Vertreters nur dann gegen den Vertretenen wirken, wenn der Vertreter bei der Abgabe seiner Erklärung von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch macht. So verhält es sich nicht, wenn der Vertreter eine Erklärung im Namen des Vertretenen ausdrücklich als „vollmachtlos“ abgibt. In diesem Fall handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Wirksamkeit seiner Erklärungen gegen den Vertretenen hängt von der Genehmigung durch den Vertretenen ab (BGH, DNotZ 1968, 407, 408; OGHZ 1, 209, 211; MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 12; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 177 Rdnr. 8; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 177 Rdnr. 6). Unterbleibt die Genehmigung, bleibt die Erklärung des Vertreters schwebend unwirksam. Sie wird endgültig unwirksam, wenn der Vertretene trotz Aufforderung die Genehmigung nicht erklärt, § 177 Abs. 2 BGB. Dem steht es gleich, dass der Vertretene eine von dem Erklärungsempfänger zur neuerlichen Abgabe der Erklärung gesetzte Frist verstreichen lässt. So verhält es sich mit der Fristsetzung der Klägerin vom 18.12.2002.

Dass das Berufungsgericht das Verhalten von Frau G. dahin ausgelegt habe, diese habe entgegen dem Inhalt der Auflassungsurkunde als bevollmächtigte Vertreterin gehandelt, wie die Revisionserwiderung meint, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen.

2. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Teilzahlung auf den Kaufpreis steht dem Beklagten nicht zu.

Im Hinblick auf den Rücktritt der Klägerin von den Verträgen mit Peter P. kann Brigitte P. als dessen Erbin grundsätzlich die

Rückgewähr der Teilzahlung auf den Kaufpreis verlangen, § 346 Satz 1 BGB a. F. Wegen dieses Anspruchs wäre der Beklagte gegenüber der Klägerin nur dann gemäß § 273 Abs. 1 BGB zur Zurückbehaltung berechtigt, wenn Peter P. oder Brigitte P. ihm den Rückgewähranspruch abgetreten hätte. Dass es sich so verhält, hat die Klägerin bestritten. Der Beklagte leitet die Abtretung aus dem Kaufvertrag zwischen ihm und P. vom 5.10.2001 her. Der in dem Vertrag vom 5.10.2001 für den Fall der Ausübung eines Vorkaufsrechts vereinbarten Abtretung einer Forderung von P. gegen den Vorkaufsberechtigten ist die Abtretung eines Anspruchs von P. gegen die Klägerin jedoch nicht zu entnehmen.

Zu dieser Feststellung ist der Senat in der Lage, weil schon das LG ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten im Hinblick auf die Teilleistung auf den Kaufpreis verneint hat, der Hinweis des Beklagten auf die Vertragsurkunde vom 5.10.2001 zur Begründung seiner Berufung die behauptete Abtretung nicht ergibt und weiteres Vorbringen des Beklagten hierzu nicht in Betracht kommt.

2. BGB §§ 1041, 1050 (*Erhaltungspflichten des Nießbrauchers*)

Die aus § 1041 Satz 1 und 2 BGB folgenden Erhaltungspflichten des Nießbrauchers werden durch die Vorschrift des § 1050 BGB nicht eingeschränkt.

BGH, Urteil vom 23.1.2009, V ZR 197/07

Der Vater der Klägerin übertrug dieser durch notariellen Vertrag vom 8.4.1971 das Eigentum an einem Gewerbegrundstück. Gleichzeitig räumte er seiner Ehefrau, der Beklagten, ein lebenslanges Nießbrauchrecht an dem Grundstück ein. In Ziffer 6 des Vertrages heißt es:

„Abweichend von § 1050 BGB wird vereinbart, dass die Nießbraucherin auch die Veränderung und Verschlechterung des belasteten Grundbesitzes zu vertreten hat. Sie ist berechtigt, hieran sämtliche Reparaturen und sonstige bauliche Änderungen vorzunehmen und die steuerliche Absetzung für Abnutzung geltend zu machen.“

In den Jahren 2001 bis 2005 wandte die Beklagte 71.020,16 € für die Sanierung bzw. Instandhaltung der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude auf. Mit der in der Revisionsinstanz allein noch maßgeblichen Widerklage verlangt sie von der Klägerin, ihr diese Kosten zu erstatten.

Das LG hat die Widerklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Widerklageantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte könne von der Klägerin keinen Aufwendungsersatz für die vorgenommenen Reparaturen verlangen. Die Auslegung von Ziffer 6 der notariellen Vereinbarung ergebe, dass die Beklagte auch die Kosten außergewöhnlicher Verwendungen auf die Gebäude zu tragen habe. Die Umkehrung des Regelungsgehalts des § 1050 BGB führe zwangsläufig zu einer grundlegenden Veränderung der Haftungsverteilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher. Aus der gewollten umfassenden und unbeschränkten Haftung der Beklagten für alle Veränderungen und Verschlechterungen der Sache folge, dass sie alle erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen auf ihre Kosten durchführen müsse. Die in § 1041 BGB vorgesehene Beschränkung ihrer Unterhaltungspflicht auf gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen sei damit hinfällig.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht nimmt ohne Rechtsfehler an, dass die Beklagte ihre Aufwendungen für die Gebäudereparaturen, unabhängig davon, ob es sich dabei um gewöhnliche oder außergewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen handelt, nicht nach den §§ 1049 Abs. 1, 683, 684 BGB ersetzt verlangen kann.

1. Grundsätzlich hat der Nießbraucher die belastete Sache zwar nur in ihrem wirtschaftlichen Bestand, nicht aber in ihrem Kapitalwert zu erhalten (§ 1041 Satz 1 BGB). Ausbesserungen und Erneuerungen obliegen ihm nur insoweit, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören (§ 1041 Satz 2 BGB). Hierzu zählen Erhaltungsmaßnahmen, die bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung regelmäßig, und zwar wiederkehrend innerhalb kürzerer Zeitabstände zu erwarten sind (BGH, NJW-RR 2003, 1290, 1291 = DNotZ 2004, 140; MünchKommBGB/Pohlmann, 4. Aufl., § 1041 Rdnr. 4; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 1041 Rdnr. 3). Darunter fallen insbesondere die normalen Verschleißreparaturen, während etwa die vollständige Erneuerung der Dacheindeckung eines Hauses als außergewöhnliche Maßnahme den Nießbraucher nicht belasten kann (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1290, 1292 = DNotZ 2004, 140; NJW 1993, 3198, 3199 = DNotZ 1995, 699; NJW-RR 2005, 1321, 1322 = DNotZ 2006, 45).

2. Etwas anderes gilt indessen, wenn es dem Nießbraucher in Abweichung von der Regelung in § 1041 Satz 2 BGB obliegt, auch außergewöhnliche Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen. In diesem Fall kann er seine Aufwendungen nicht nach § 1049 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen (vgl. Staudinger/Frank, BGB, 2002, § 1049 Rdnr. 1; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 1049 Rdnr. 1).

Ein solcher Fall liegt hier nach der Auslegung von Ziffer 6 des notariellen Übergabevertrages durch das Berufungsgericht vor, wonach die Parteien der Beklagten durch die abweichende Vereinbarung zu § 1050 BGB sämtliche Erhaltungspflichten bezüglich des Grundstücks und der darauf befindlichen Gebäude auferlegt haben. Diese Auslegung ist in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich dahin, ob der Tatrichter die gesetzlichen oder allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde gelegten Tatsachen ohne Verfahrensfehler ermittelt hat (st. Rspr., vgl. BGHZ 150, 32, 37; 137, 69, 72; 131, 136, 138). Solche Fehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen.

a) Entgegen der Auffassung der Revision liegt der Auslegung kein unzutreffendes Verständnis des Verhältnisses der in § 1050 BGB und § 1041 BGB enthaltenen Regelungen zugrunde. Das wäre allerdings anders zu beurteilen, wenn die Annahme der Revision zuträfe, die Vorschrift des § 1050 BGB beschränke die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 BGB. In diesem Fall hätte die Veränderung des Regelungsgehalts von § 1050 BGB im Zweifel nicht zu einer Erweiterung der in § 1041 enthaltenen Verpflichtungen der Beklagten geführt. Vielmehr hätte das Berufungsgericht dann erwägen müssen, ob sich die Bedeutung der Vereinbarung in Ziffer 6 des Übergabevertrages darin erschöpfen sollte, der Beklagten die Möglichkeit zu nehmen, die von ihr nach § 1041 BGB zu tragenden gewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen unter Berufung auf eine ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs auf die Klägerin als Eigentümerin abzuwälzen. Der Ausgangspunkt dieser Überlegung der Revision, wonach § 1050 BGB die Verpflichtungen aus § 1041 BGB einschränkt, ist indessen unzutreffend.

aa) Allerdings werden zu dem Verhältnis der Regelungen in § 1050 und § 1041 BGB unterschiedliche Auffassungen vertreten.

(1) Teilweise wird angenommen, § 1050 BGB begrenze die in § 1041 BGB geregelte Erhaltungspflicht. Der Nießbraucher müsse die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehörenden Ausbesserungen und Erneuerungen nach § 1041 BGB nicht vornehmen, soweit die Verschlechterung der Sache auf dem ordnungsgemäßen Gebrauch beruhe (OLG Karlsruhe, Rpfleger 2005, 686, 688; *Soergel/Stürmer*, § 1041 Rdnr. 1, § 1050 Rdnr. 1; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., § 1041 Rdnr. 1). Dies gelte jedenfalls für die Erhaltungspflicht nach § 1041 Satz 1 BGB (*Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 1050 Rdnr. 1; wohl auch NK-BGB/Lemke, 2. Aufl., § 1041 Rdnr. 4, § 1050 Rdnr. 2).

(2) Nach anderer Auffassung bleiben die Pflichten des Nießbrauchers aus § 1041 BGB durch die Regelung in § 1050 BGB unberührt (OLG Zweibrücken, OLGZ 1984, 460, 461; *Staudinger/Frank*, § 1041 Rdnr. 2, § 1050 Rdnr. 2; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1041 Rdnr. 3, § 1050 Rdnr. 1 f.; *Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, 2. Aufl., § 1050 Rdnr. 3; PWW/Eickmann, BGB, 3. Aufl., § 1050 Rdnr. 2; juris-PK/Lenders, 3. Aufl., § 1050 Rdnr. 3; vgl. auch *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 83). Die Beschränkung der Haftung des Nießbrauchers nach § 1050 BGB betreffe nur Veränderungen und Verschlechterungen der Sache, die nicht nach § 1041 BGB beseitigt werden müssten. § 1041 BGB schränke deshalb die Regelung des § 1050 BGB ein und nicht umgekehrt (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1050 Rdnr. 3).

bb) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend. Die Vorschrift des § 1050 BGB trifft keine eigenständige Regelung zu den Instandhaltungspflichten des Nießbrauchers, sondern belastet den Eigentümer neben dem Risiko einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Sache mit deren im Lauf der Zeit allmählich eintretenden Kapitalminderung. Hierbei handelt es sich lediglich um die Klarstellung, dass den Nießbraucher keine Kapitalerhaltungspflicht trifft, er also nicht für Verschlechterungen der Sache haftet, die trotz Durchführung der gesetzlich geschuldeten Erhaltungsmaßnahmen eintreten (vgl. *Staudinger/Frank*, § 1050 Rdnr. 1; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 83, 111).

Dieser Regelungsgehalt wird aus der Entstehungsgeschichte der Norm deutlich. In dem ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs stand die Vorläuferregelung in § 1007 E-BGB noch im Zusammenhang mit den Pflichten des Nießbrauchers bei Beendigung des Nießbrauchs. Sie bestimmte, dass die belastete Sache in dem Zustand zurückzugewähren war, in welchem sie sich bei Begründung des Nießbrauchs befand, schränkte diese Verpflichtung im zweiten Halbsatz aber dahin ein, dass der Nießbraucher nicht wegen Veränderungen und Verschlechterungen hafte, welche durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs, durch Alter oder durch einen anderen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden seien (vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, S. XLIX, sowie MünchKommBGB/Pohlmann, § 1050 Rdnr. 1). Die Vorschrift bezweckte nur die Klarstellung, dass der Nießbraucher nicht zum Ausgleich des Wertverlusts verpflichtet ist, der auf dem normalen Alterungs- und Abnutzungsprozess beruht (vgl. Motive zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, S. 520, 504, 510). Eine Einschränkung der in anderen Vorschriften niedergelegten Pflicht des Nießbrauchers, während seiner Besitzzeit für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen, war damit nicht verbunden. Die späteren Änderungen des Wortlauts haben hieran in der

Sache nichts geändert; ihnen ist, auch soweit es die Erwähnung der durch das Alter der Sache eingetretenen Verschlechterungen betrifft, nur redaktionelle Bedeutung beizumessen (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, S. 401; sowie *Planck/Brodmann*, BGB, 5. Aufl., § 1050 Rdnr. 1 a. E.).

Dieser systematische Zusammenhang gilt auch für das Verhältnis von § 1050 zu § 1041 BGB. Zu den grundlegenden Pflichten des Nießbrauchers gehört das in § 1036 Abs. 2 BGB und § 1041 Satz 1 BGB enthaltene Gebot, die belastete Sache ordnungsgemäß zu bewirtschaften und in einem Zustand zu erhalten, dass sie gemäß ihrer bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung genutzt werden kann (vgl. KG, DNotZ 2006, 470, 472; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1036 Rdnr. 17; *Staudinger/Frank*, § 1036 Rdnr. 12 ff.; NK-BGB/Lemke, § 1036 Rdnr. 20 ff.). Dieser Wesenskern des Nießbrauchs würde indessen ausgehöhlt, wenn § 1050 BGB als Einschränkung der Verpflichtung des Nießbrauchers anzusehen wäre, die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten. Der Nießbraucher könnte von der Durchführung laufend anfallender gewöhnlicher Erhaltungsmaßnahmen dann nämlich häufig mit der Begründung absehen, der Instandhaltungsbedarf sei auf die gewöhnliche Abnutzung der belasteten Sache und damit auf die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs zurückzuführen. Damit wäre die Pflicht des Nießbrauchers zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache in ihr Gegenteil verkehrt. Dass nicht dies, sondern ein Vorrang der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers der Intention des Gesetzes entspricht, wird durch den in § 1050 BGB enthaltenen Verweis auf die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs deutlich; zu dieser gehört die Erfüllung der sich aus §§ 1036 Satz 2, 1041 BGB ergebenden Pflichten (so auch MünchKommBGB/Pohlmann, § 1051 Rdnr. 2). Soweit nach diesen Vorschriften Erhaltungsmaßnahmen geschuldet sind, kann sich der Nießbraucher deshalb nicht darauf berufen, dass das Reparaturbedürfnis durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs eingetreten ist. § 1050 BGB betrifft vielmehr nur Veränderungen und Verschlechterungen der Sache, die trotz laufender Unterhaltung der Sache eintreten und stellt klar, dass diese dem Eigentümer zur Last fallen (*Staudinger/Frank*, § 1050 Rdnr. 1 u. 2; *Planck/Brodmann*, BGB, § 1041 Rdnr. 1).

b) Rechtlich nicht zu beanstanden ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, mit der Umkehrung des Regelungsgehalts von § 1050 BGB sei die Verpflichtung der Beklagten verbunden, abweichend von § 1041 Satz 2 BGB auch die Kosten von ihr durchgeführter außergewöhnlicher Erhaltungsmaßnahmen des Grundstücks zu tragen.

aa) Hat der Nießbraucher in Abweichung von § 1050 BGB für die allgemeine Entwertung der Sache einzustehen, die auch bei ordnungsgemäßer laufender Unterhaltung infolge von Abnutzung und Alter eintritt, ist er zur Erhaltung des vollen Kapitalwerts der Sache verpflichtet. Damit obliegen ihm zwangsläufig auch die außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen. Denn sie dienen dazu, den altersbedingten Wertverlust durch grundlegende Sanierungs- und Reparaturmaßnahmen auszugleichen. Wird beispielsweise die vollständige Neueindeckung eines Hauses notwendig, weil das Dach im Laufe der Jahrzehnte marode geworden ist, handelt es sich um eine durch das Alter der belasteten Sache bedingte Maßnahme. Da der Nießbraucher für eine solche Verschlechterung der Sache nach § 1050 BGB nicht einzustehen hat, muss er nach dem Gesetz (§ 1041 Satz 2 BGB) auch die Kosten für die Dacheindeckung nicht übernehmen (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1290, 1292 = DNotZ 2004, 140). Hat er dagegen auch für die allgemeine Verschlechterung der Sache einzustehen, muss er das durch Zeitablauf abgenutzte Dach erneuern, um

den eingetretenen Wertverlust der Sache auszugleichen und so ihren Kapitalwert zu erhalten.

bb) Entgegen der Auffassung der Revision waren die Parteien rechtlich nicht gehindert, eine von § 1050 BGB abweichende Regelung zu treffen. Zwar wird angenommen, dass die Vorschrift nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar ist (vgl. BayObLG, DNotZ 1986, 151, 153 f.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1050 Rdnr. 3; Palandt/Bassenge, § 1050 Rdnr. 1; Schön/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1375; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, S. 281). Etwas anderes gilt aber für eine nur schuldrechtlich wirkende Vereinbarung, wie sie zwischen den Parteien in dem Vertrag vom April 1971 getroffen worden ist. In dem der Nießbrauchsbestellung zugrundeliegenden Kausalverhältnis können dem Nießbraucher besondere, von dem Wesen des Nießbrauchs abweichende schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden (vgl. Staudinger/Frank, Vorbem. zu §§ 1030 Rdnr. 18; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, S. 345).

cc) Nach dieser schuldrechtlichen Vereinbarung richtet sich auch, ob der Nießbraucher notwendige außergewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen bereits während der Dauer des Nießbrauchs durchzuführen hat, oder ob er den während seiner Besitzzeit eingetretenen Wertverlust der Sache erst bei Beendigung des Nießbrauchs ausgleichen muss. Vorliegend legt die Regelung in Ziffer 6 des Übergabevertrages, nach der die Nießbraucherin berechtigt sein soll, sämtliche Reparaturen und sonstige bauliche Änderungen an der belasteten Sache vorzunehmen, nahe, dass es ihrer Entscheidung überlassen ist, ob und ggf. welche außergewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen sie während ihrer Besitzzeit durchführt. Einer abschließenden Entscheidung bedarf die Frage indessen nicht, weil die Parteien nur um die Kosten für von der Beklagten bereits durchgeführte Maßnahmen streiten. Solche fallen ihr, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, in jedem Fall zur Last.

c) Die Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung durch das Berufungsgericht verstößt schließlich nicht gegen den zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln zählenden Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung (vgl. BGHZ 131, 136, 138).

Dass die Beklagte während ihrer Besitzzeit die zum Erhalt des Kapitalwerts des Grundstücks notwendigen finanziellen Lasten vollständig tragen soll, während die Klägerin von allen diesbezüglichen Belastungen befreit ist, steht mit dem erkennbaren Zweck der Vereinbarung vom 8.4.1971 in Einklang. Danach wurde das Grundstück der Klägerin im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich übertragen, während seine Nutzungen zu Lebzeiten der Beklagten nur dieser zugute kommen sollten. Dass die Klägerin während dieses Zeitraums von jeglichen Belastungen des Grundbesitzes befreit sein soll, wird vor allem aus der Vereinbarung deutlich, wonach die Beklagte berechtigt ist, die Kosten für die steuerliche Absetzung für Abnutzung geltend zu machen. Diese Abschreibungsmöglichkeit stand nämlich auch schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur dem wirtschaftlichen Eigentümer zu, also demjenigen, der unter völligem Ausschluss des Eigentümers im Rechtssinne die mit dem Grundstück verbundenen Nutzungen und Lasten einschließlich des allgemeinen Wertverzehr trägt (vgl. BFH, BB 1972, 345; 1974, 634, 635; vgl. auch Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, § 1041 Rdnr. 2). Die Regelung ist auch interessengerecht, da die Klägerin zu Lebzeiten der Beklagten weder von den Nutzungen des Grundstücks noch von dem Nießbrauchsrecht der Beklagten profitiert.

d) Anders als die Revision meint, spricht der Umstand, dass der Zustand des Grundstücks zum Zeitpunkt des Vertrags-

schlusses nicht dokumentiert worden ist, nicht denkwürdig gegen die Verpflichtung der Beklagten zum Erhalt des Kapitalwerts der Sache. Abgesehen davon, dass es beiden Parteien freistand, den Zustand der Sache durch einen Sachverständigen feststellen zu lassen (§ 1034 BGB), ist es ohne weiteres denkbar, dass eine Auseinandersetzung über den genauen Zustand, in dem das Grundstück nach dem Tod der Beklagten von deren Erben zurückzugeben ist, von den familiär verbundenen Beteiligten als unwahrscheinlich angesehen und eine Dokumentation des Zustandes bei Vertragsschluss deshalb für entbehrlich erachtet wurde. Hinzukommt, dass sich die unterlassene Feststellung nicht zulasten der Nießbraucherin, sondern allenfalls nachteilig für die Klägerin auswirkt, da sie nach Ende des Nießbrauchs gegebenenfalls beweisen muss, dass die Beklagte ihre Kapitalerhaltungspflicht verletzt und deshalb Schadensersatz zu leisten hat (vgl. MünchKommBGB/Pohlmann, § 1055 Rdnr. 6; NK-BGB/Lemke, § 1055 Rdnr. 8).

Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Mieterlöse des Grundstücks ausreichen, um die notwendigen außergewöhnlichen Erhaltungsaufwendungen zu finanzieren. Denn es bleibt dem Nießbraucher unbenommen, auf den Nießbrauch zu verzichten, wenn die Aufwendungen, die erforderlich sind, um seiner Erhaltungspflicht zu genügen, den Ertrag der Sache aufzehren oder gar übersteigen (vgl. RGZ 72, 101, 102; 153, 29, 35; BayObLGZ 1985, 6, 12).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Promberger*, MittBayNot 2010, 22 (in diesem Heft).

3. BGB §§ 472, 875, 1094, 1098 Abs. 1 Satz 1; GBO § 46 (*Löschung eines Vorkaufsrechts nach Teilung des herrschenden Grundstücks*)

1. **Bei Teilung des herrschenden Grundstücks nach Begründung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts kann das Grundbuchamt nicht angewiesen werden, die Teilung auf dem Blatt des dienenden Grundstücks zu vermerken (wie BayObLGZ 1995, 153 = DNotZ 1996, 24).**
2. **Der Mitberechtignte eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts kann nicht wirksam auf seinen Anteil verzichten. Demnach kommt auch die Löschung eines ideellen Anteils am Recht grundbuchrechtlich nicht in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 24.7.2009, 34 Wx 50/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Am Grundstück, das den beiden Beteiligten je zu $\frac{1}{2}$ gehört, ist ein dingliches Vorkaufsrecht für die ersten beiden Verkaufsfälle zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks eingetragen, wobei ein Verkaufsfall nicht gegeben ist, wenn das Grundstück an einen Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie veräußert wird. Das herrschende Grundstück wurde nach der Eintragung mehrfach geteilt und außerdem in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. Beim Erwerb des mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks durch die Beteiligten erklärten die Eigentümer dreier Wohn- bzw. Teileigentumseinheiten, dass sie ihr Vorkaufsrecht nicht ausüben würden. Weitere acht Wohnungseigentümer bewilligten darüber hinaus unter Verzicht auf das Vorkaufsrecht dessen Löschung. Unter Vorlage dieser Erklärungen und unter Hinweis auf § 15 GBO hat der Notar die Löschung des Vorkaufsrechts, soweit darauf verzichtet wurde, beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 6.11.2007 den Eintragungsantrag, soweit er sich auf die „Teillö-

schung“ des Vorkaufsrechts bezog, zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde, der nicht abgeholfen wurde, hat das LG zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 78 GBO). Sie ist vom Notar, wie sich aus der Fassung der Rechtsmittelschrift mit der Bezeichnung der beiden Beteiligten als Eigentümer und Beschwerdeführer ergibt, für die Beteiligten, nämlich die Eigentümer des belasteten Grundstücks, eingelegt worden. Diese sind nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt und damit auch beschwerdeberechtigt, da die Eintragung (Löschung) zu ihren Gunsten erfolgen soll. Der Notar kann, da er die Löschungsbewilligungen beglaubigt hat, gemäß § 15 GBO in ihrem Namen Rechtsmittel einlegen (vgl. *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 15 Rdnr. 20). Die Rechtsbeschwerdeführer brauchen nicht identisch mit den Beschwerdeführern zu sein (OLG Zweibrücken, FGPrax 2002, 103; *Demharter*, GBO, § 78 Rdnr. 2).

1. Das LG hat ausgeführt: (...)

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 78 Satz 2 GBO, § 546 ZPO).

a) Die Beschwerde war zulässig. Der Notar hatte ohne nähere Angabe, für wen er den Antrag stellt, unter Bezugnahme auf § 15 GBO Löschung beantragt. Soweit er die Löschungsbewilligungen beglaubigt hatte, konnte er auch die Vorkaufsberechtigten bei der Antragstellung vertreten (§ 15 GBO). Mangels näherer Angaben ist hiervon auszugehen (vgl. *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 11). Der Notar hat die sodann erhobene Beschwerde nicht ausdrücklich im Namen der Urkundsbeteiligten eingelegt und auch nicht noch einmal auf § 15 GBO Bezug genommen. Es genügt aber, dass er dies bei Antragstellung tat. Auch wenn das LG – ungenau – nur von einer „Beschwerde des Notars“ spricht, ist nicht davon auszugehen, dass dieser eine unzulässige Beschwerde im eigenen Namen einlegen wollte und eingelegt hat.

b) Das Vorkaufsrecht kann nicht teilweise an einzelnen Nachfolgrundstücken bzw. an Miteigentumsanteilen verbunden mit dem jeweiligen Sondereigentum gelöscht werden. Denn das eingetragene Vorkaufsrecht besteht unverändert und ungeschmälert fort. Dabei kommt eine Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) schon mangels Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht in Betracht, weil selbst dann, wenn man von der Möglichkeit eines Teilverzichts ausginge, zur Aufhebung des Rechts (auch) die Löschung im Grundbuch nötig wäre (§ 875 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Grundbuchamt ist auch nicht verpflichtet, die Teilung des herrschenden Grundstücks auf dem Blatt des belasteten Grundstücks zu vermerken.

(1) Nach der Teilung des herrschenden Grundstücks besteht das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 Abs. 2, 1097 BGB) weiter in der Form, dass das Vorkaufsrecht auch dem Eigentümer des jeweiligen Trenngrundstücks zusteht, und zwar so, dass es nur von allen Eigentümern der neuen Grundstücke im Ganzen ausgeübt werden kann (vgl. BayObLGZ 1973, 21, 23; *Staudinger/Schermaier*, BGB, 2009, § 1094 Rdnr. 17). Dies folgt aus §§ 1098 Abs. 1 Satz 1, 472 Satz 1 BGB. Das dingliche Vorkaufsrecht ist unteilbar; eine Bruchteilsgemeinschaft zwischen mehreren Berechtigten ist ausgeschlossen (KG, JFG 6, 292; BayObLGZ 1958, 196, 202 f.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 17, 18 m. w. N.). Zwischen den Berechtigten besteht ein „gesamthandartiges Verhältnis“. Dies gilt für gemeinschaftliche Vorkaufsrechte, die

als solche begründet wurden, ebenso wie für Vorkaufsrechte, die erst aufgrund einer Teilung des herrschenden Grundstücks mehreren Berechtigten gemeinschaftlich zustehen. Die Lage entspricht der einer Grunddienstbarkeit bei der Teilung des herrschenden Grundstücks, ohne dass es in diesem Zusammenhang darauf ankäme, ob sich dort zwischen den Berechtigten eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine andere Art der Gemeinschaft bildet (vgl. *Staudinger/Mayer*, § 1025 Rdnr. 5 und 6; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1025 Rdnr. 1 und 2; ferner KG, NJW 1975, 697 f.). Die Teilung des herrschenden Grundstücks berührt den Umfang des bestellten Rechts und den Inhalt der Grundbucheintragung nicht (KG, NJW 1975, 697 f.).

(2) Nach herrschender Meinung kann auf Rechte, die wie das Vorkaufsrecht nicht für mehrere Personen in Bruchteilsgemeinschaft bestellt werden können, ein Mitberechtigter auch nicht wirksam teilweise verzichten, was ohnehin nur in Analogie zu § 875 Abs. 1 BGB ginge (vgl. *Staudinger/Gursky*, 2007, § 875 Rdnr. 34 m. w. N.). Für das dingliche Vorkaufsrecht lässt sich aus § 1098 Abs. 1 BGB i. V. m. § 472 Satz 2 BGB nichts anderes herleiten. Diese Regelung ist eng auszulegen (*Palandt/Weidenkaff*, BGB, 68. Aufl., § 472 Rdnr. 1). Ohne sie würde die Bestimmung in Satz 1, dass es nur im Ganzen ausgeübt werden darf, eingreifen mit der Folge, dass der Pflichtige – im Hinblick auf den Wegfall des Anteils eines Berechtigten – in die Gemeinschaft mit den übrigen Berechtigten geriete (KG, JFG 6, 292, 293). Aus ihr lässt sich nicht schließen, das dingliche Recht könne gleichsam teilweise „abgeschichtet“ werden. Die Entscheidung des BGB vom 13.3.2009 (WuM 2009, 306 = DNotZ 2009, 625) steht dem nicht entgegen, weil sie den (anderen) Fall einer unwirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts betrifft.

(3) Folgerichtig erachtet die grundbuchrechtliche Literatur das Löschen eines ideellen Anteils, also die Löschung einer „Berechtigung“ an einem Recht, nicht als Fall des § 46 GBO (*Meikel/Böhringer*, GBO, 13. Aufl., § 46 Rdnr. 20; 12. Aufl., § 46 Rdnr. 26), wozu aus den dargelegten materiellen Gründen auch kein Anlass besteht.

c) Das Grundbuchamt darf grundsätzlich nur solche Eintragungen vornehmen, die durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben oder zugelassen sind. Die Zulässigkeit der Eintragung kann sich auch daraus ergeben, dass das materielle Recht an die Eintragung eine Rechtswirkung knüpft; von überflüssigen Eintragungen ist das Grundbuch im Interesse der Übersichtlichkeit freizuhalten (BayObLGZ 1995, 153, 155 = DNotZ 1996, 24).

Die Teilung des herrschenden Grundstücks nach Begründung des Vorkaufsrechts ergibt sich aus der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes dieses Grundstücks. Die Eintragung eines Vermerks, dass das Vorkaufsrecht für die einzelnen Teilgrundstücke weiter besteht, ist rechtlich bedeutungslos, da sich dies aus dem Gesetz ergibt. Er wäre zwar zulässig und vermindert die Gefahr, dass die Teilung des herrschenden Grundstücks übersehen und das Recht etwa versehentlich ohne die Bewilligung sämtlicher Eigentümer der neu gebildeten Grundstücke und Wohnungseigentumsrechte gelöscht wird. Zwingend ist er jedoch nicht. Das Rechtsbeschwerdegericht hat keine gesetzliche Grundlage, das Grundbuchamt zu einer Eintragung dieses Inhalts anzuweisen (BayObLGZ 1995, 153, 156 = DNotZ 1996, 24).

d) Der Senat verkennt nicht die praktischen Schwierigkeiten, die sich für eine Aufhebung des Rechts ergeben, wenn es im Falle einer Grundstücksteilung unterblieben ist, das Vorkaufsrecht auf eines der geteilten Grundstücke zu beschränken. Durch § 875 Abs. 2 BGB dürften sich diese jedoch bei

zeitlich gestreckten Vorgängen abmildern lassen. Denn die Vorschrift verbietet es nicht, dass mehrere Berechtigte die Erklärung sukzessive abgeben.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG mag im nackten Wortlaut der Leitsätze durchaus zutreffen, doch wird er dem zu entscheidenden Sachverhalt nicht gerecht. Ausgangspunkt war der – etwas missverständlich formulierte – Antrag des Notars auf „Löschung des Vorkaufsrechts, soweit darauf verzichtet wurde“. Dieser Antrag hätte vom Gericht nicht wörtlich genommen werden dürfen im Sinne einer (Teil-)Löschung gemäß § 46 GBO, sondern ausgelegt werden müssen im Sinne einer Berichtigung des fortbestehenden Vorkaufsrechts auf Berechtigtenseite gemäß § 22 GBO. Dem so auszulegenden Antrag hätte entsprochen werden können und müssen. Im Einzelnen:

1. Praktische Konsequenzen der Entscheidung

Wäre der Beschluss des OLG das letzte Wort in derartigen Konstellationen, würde dies in Fällen mit vielen Vorkauf(mit-)berechtigten zu erheblichen Problemen in der Praxis führen, weil nach Einholung der letzten Verzichtserklärungen alte Erklärungen bereits aufgrund von Sonder- und Gesamtrechtsnachfolge obsolet geworden sein können. Um zu einem besseren Ergebnis zu kommen, muss man erfreulicherweise nur den vom Gericht vorgegebenen Weg konsequent weitergehen.

2. Das gemeinschaftliche Vorkaufsrecht als „gesamthandartiges Verhältnis“

Zutreffend erscheint die Feststellung des OLG, dass an einem Vorkaufsrecht als unteilbarem Recht (es gibt keinen halben Vorkauf) keine Bruchteilberechtigung bestehen kann. Vielmehr steht das ungeteilte Recht sämtlichen Eigentümern der nach Teilung des herrschenden Grundstücks entstandenen Grundstücke bzw. Wohnungseigentumsrechte in ihrer Gesamtheit zu und kann nur von diesen gemeinsam ausgeübt werden (§ 472 Satz 1 BGB). Das OLG München geht daher zu Recht davon aus, dass zwischen den Vorkaufsberechtigten keine Bruchteilsgemeinschaft am Vorkaufsrecht, sondern ein „gesamthandartiges Verhältnis“ bestehe.

Für dieses Verhältnis regelt § 472 Satz 2 BGB den Fall des Verzichts oder der Nichtausübung dieses Vorkaufsrechts durch einen der Mitberechtigten in erfreulicher Klarheit: Als Folge steht das – im Übrigen unveränderte Vorkaufsrecht – den verbleibenden Berechtigten gemeinsam zu. Es ist das gleiche, vollständige Recht, doch die Zahl der Berechtigten ist reduziert. Dies entspricht der Annahme eines gesamthandartigen Verhältnisses, denn das Ausscheiden aus einer Gesamthand führt ebenfalls zur Anwachsung des Rechts bei den verbleibenden Gesamthändern, etwa beim Ausscheiden eines Mitglieds einer Erbengemeinschaft (Abschichtung).

3. Das OLG prüft und lehnt nur die Bruchteilberechtigung ab.

Eben vor diesem Hintergrund ist die Aussage des OLG überraschend, dass der wirksame Teilverzicht eines Mitberechtigten nicht möglich und deshalb auch nicht im Grundbuch einzutragen sei. Die Verzichtsmöglichkeit ergibt sich schließlich unmittelbar aus § 472 Satz 2 BGB. Allerdings handelt es sich dabei dogmatisch gerade nicht um den Verzicht auf einen Bruchteil des Vorkaufsrechts, sondern um den Verzicht auf die (Mit-)Berechtigung am ganzen Vorkaufsrecht.

Das OLG München argumentiert gegen den Antrag des Notars hingegen einzig in der Kategorie des Teilverzichts und der „Löschung eines ideellen Anteils am Recht“ (2. Leitsatz). Als „ideeller Anteil“ wird jedoch allein der Bruchteil am Recht bezeichnet, den es hier gerade nicht gibt. Das OLG verwischt den Unterschied zwischen der unmittelbaren (ideellen) Bruchteilberechtigung an einer Sache und der nur mittelbaren Beteiligung über eine zwischengeschaltete gesamthandartige Struktur. Nur mit Blick auf die Bruchteilsgemeinschaft ist auch das Argument des Gerichts nachvollziehbar, § 1098 Abs. 1 BGB i. V. m. § 472 Satz 2 BGB sei „eng auszulegen“, weil sonst „in die Bestimmung des [§ 472] Satz 1 BGB“ eingegriffen werde, dass das Vorkaufsrecht nur im Ganzen ausgeübt werden dürfe, „mit der Folge, dass der Pflichtige – im Hinblick auf den Wegfall des Anteils eines Berechtigten – in die Gemeinschaft mit den übrigen Berechtigten geriete“.

Diese Argumentation ist schief: So kann es eine Gemeinschaft des Pflichtigen (Grundstückseigentümer) mit den zum Vorkauf Berechtigten nicht geben, weil – anders als bei der Bruchteilberechtigung – bei dem Verzicht eines von mehreren Vorkaufsberechtigten nicht ein Bruchteil des Rechts wieder an den belasteten Eigentümer zurückfällt, sondern das ganze Recht den verbleibenden Berechtigten, also der um einen Kopf reduzierten gesamthandartigen Berechtigten-gemeinschaft verbleibt.

Der Verzicht eines Vorkaufsberechtigten führt daher zwar zum Wegfall eines Berechtigten an dem Recht, aber gerade nicht mit der Folge der Teillöschung des Rechts gemäß § 46 GBO, sondern der Berichtigung auf Seiten der Berechtigten gemäß § 22 GBO.

Man kann dem Gericht an dieser Stelle zugutehalten, dass ausweislich der Entscheidungsbegründung auch der Notar nur „die Löschung des Vorkaufsrechts, soweit darauf verzichtet wurde“, beantragt hatte. Doch sind auch Anträge von Notaren auszulegen. Und gewollt war ersichtlich die „Löschung“ lediglich derjenigen Berechtigten beim Vorkaufsrecht, die auf ihre Mitberechtigung verzichtet haben.

4. (Keine) Pflicht zum Vermerk der Teilung des herrschenden Grundstücks auf dem Blatt des dienenden Grundstücks

Man mag dem OLG daher zwar durchaus zustimmen, dass vor einer ersten Veränderung im Kreis der subjektiv-dinglichen Berechtigten keine Notwendigkeit und damit keine Pflicht des Grundbuchamtes besteht, die zwischenzeitlich erfolgte Teilung des herrschenden Grundstücks auf Berechtigtenseite im Grundbuch des dienenden Grundstücks zu vermerken (1. Leitsatz), weil es sich um eine „überflüssige Eintragung“ handelte, die rechtlich bedeutungslos sei. Mit dem ersten Verzicht eines Berechtigten auf seine Mitberechtigung am Vorkaufsrecht hat diese Bedeutungslosigkeit indes ein Ende.

Denn im zu entscheidenden Fall wurde das Grundbuch des dienenden Grundstücks durch den Verzicht unrichtig. Es wies nach wie vor die jeweiligen Eigentümer aller ehemals herrschenden Grundstücke und Wohnungseigentumsrechte als berechtigt aus, obwohl es einige nicht mehr waren. Was hätte folgen müssen, war wie gezeigt nicht die Teillöschung des Vorkaufsrechts, sondern die Berichtigung auf Berechtigtenseite unter Fortbestand des Vorkaufsrechts als solchem. Diese Berichtigung gemäß § 22 GBO hätte jedoch nur erfolgen können, indem anstelle des bisher eingetragenen *einen* herrschenden Grundstücks die noch verbleibenden subjektiv-dinglich

Berechtigten aufgeführt worden wären. Der Vermerk war daher gerade nicht „rechtlich bedeutungslos“ und hätte vorgenommen werden müssen.

5. Ergebnis: Der Verzicht einzelner subjektivdinglicher Berechtigter auf ihre Mitberechtigung am Vorkaufsrecht ist im Grundbuch berichtigend zu vermerken.

Die Entscheidung ist nur scheinbar in ihren Grundgedanken und auch ihren Leitsätzen überzeugend, in der Lösung des vorgelegten Sachverhalts jedoch genau deshalb unzutreffend. Richtig ist: Steht ein Vorkaufsrecht mehreren Berechtigten gemeinschaftlich zu und verzichten unter den ihnen auf dieses Recht, so ist diese Veränderung unter den Berechtigten bei dem Recht berichtigend im Grundbuch zu vermerken. Und man kann sich zur Unterstützung dieser Ansicht in zukünftigen Fällen paradoxerweise sogar auf das OLG München berufen, jedenfalls auf den ersten Teil seiner Ausführungen. So wird man bei nächster Gelegenheit zur erneuten Beschwerde raten, diesmal jedoch nicht mit dem Antrag auf Teillöschung des Vorkaufsrechts, sondern auf Berichtigung der Berechtigten.

Notar Dr. Jens Jeep, Hamburg

4. WEG §§ 16 Abs. 2, 24 Abs. 7, 43 Nr. 1 (Haftung für Wohngeldrückstände des Voreigentümers)

Durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung kann die Haftung eines künftigen Erwerbers für Wohngeldrückstände des Voreigentümers jedenfalls dann nicht begründet werden, wenn der Beschluss nicht ins Grundbuch eingetragen, sondern lediglich in das Protokoll der Hausverwaltung und/oder in die nach § 24 Abs. 7 WEG erforderliche Beschlussammlung aufgenommen wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)

AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 14.5.2009, 74 C 30/09

Die Klägerin ist die Wohnungseigentümergeinschaft der Wohnanlage. Sie nimmt die Beklagten auf Zahlung rückständigen Wohngeldes in Anspruch. Die Beklagte zu 1 war, die Beklagte zu 2 ist Eigentümerin der Wohnung Nr. 12. Die Beklagte zu 1 hat am 25.6.2007 durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung Eigentum an der Wohnung Nr. 12 in der streitbefangenen Wohnanlage erlangt. Sie hat dann die Wohnung an die Beklagte zu 2 übertragen, die am 9.6.2008 im Grundbuch eingetragen worden ist.

In der Eigentümerversammlung vom 16.9.2006 wurden unter TOP 6 der Gesamt- und die Einzelwirtschaftspläne beschlossen. Auf entsprechende Anforderung seitens des Gerichts ist eine „Wohngeldabrechnung 2007“, gerichtet an die Beklagte zu 2 zur Akte gereicht worden, die jedoch den Zeitraum vom 20.2. bis zum 31.12.2006 umfasst. In diesem Zeitraum waren allerdings beide Beklagte nicht Eigentümer der Wohnung.

Die Klägerin verlangt jedenfalls die Zahlung von rückständigem Wohngeld für November und Dezember 2007 mit dem Sachvortrag, dass von Juli bis Dezember 2007 6-mal 244,80 € Wohngeld fällig geworden sei, auf das die Beklagte zu 1 lediglich 1.027,20 € gezahlt habe mit der Folge, dass von dem Novemberwohngeld noch 196,80 € und vom Dezemberwohngeld 244,80 € offen sind.

In der Eigentümerversammlung vom 7.9.2007 sind unter TOP 6 der Gesamt- und die Einzelwirtschaftspläne für 2008 beschlossen worden. Nach dem entsprechend der Beschlussfassung korrigierten Wirtschaftsplan fielen für die Wohnung Nr. 12 monatlich 313,90 € Wohngeld an. Zahlungen auf diese Wohngeldforderungen sind weder seitens der Beklagten zu 1 noch seitens der Beklagten zu 2 erfolgt. Die Jahresabrechnung 2008 ist noch nicht beschlossen worden.

In der Eigentümerversammlung vom 26.9.2008 sind unter TOP 6 der Gesamt- und die Einzelwirtschaftspläne 2009 beschlossen worden. Nach dem für die Wohnung Nr. 12 geltenden Wirtschaftsplan sind monatlich 313,06 € zu zahlen. Zahlungen sind insoweit nicht erfolgt. Streitgegenständlich ist das Wohngeld für Januar 2009.

Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 2 für die Zeit von Juli 2008 bis einschließlich Januar 2009 allein in Anspruch, für die Zeit von November 2007 bis Juni 2008 beide Beklagten gesamtschuldnerisch.

In der Eigentümerversammlung vom 7.9.2007 wurde unter TOP 11.2 mit 22 Ja-, null Nein-Stimmen und einer Enthaltung bei 24 Teileigentumseinheiten folgender Beschluss gefasst:

„§ 8 Der Teilungserklärung wird folgender Absatz 9 hinzugefügt:

Jeder Wohnungs- und Teileigentümer haftet im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs seines Sondereigentums für die Beitragsrückstände seiner Voreigentümer. Die gesamtschuldnerische Haftung erstreckt sich auch auf die Zinsen und die Kosten der Rechtsverfolgung.“

§ 8 der Teilungserklärung betrifft Wohngeld, Lasten und Kosten. In § 12 Ziffer 9 der Teilungserklärung heißt es:

„Änderungen dieser Teilungserklärung können mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschlossen werden.“

Die Klägerin ist der Auffassung, aufgrund der Beschlussfassung vom 7.9.2007 sei die Teilungserklärung entsprechend abgeändert worden mit der Folge, dass die Beklagte zu 2 auch für die Wohngeldrückstände der Beklagten zu 1 hafte.

In der mündlichen Verhandlung vom 14.5.2009 sind die Beklagten nicht erschienen.

Aus den Gründen:

Die Sache ist nur zum Teil entscheidungsreif und insoweit zulässig, aber nur zum Teil auch begründet.

Die Klage gegenüber der Beklagten zu 1 ist derzeit nicht entscheidungsreif, da nicht festgestellt werden kann, ob das Prozessrechtsverhältnis zur Beklagten zu 1 überhaupt hergestellt worden ist und diese ordnungsgemäß zum Termin geladen worden ist. Die entsprechende Zustellungsurkunde ist bislang nicht zur Akte zurückgelangt.

Die Klage gegenüber der Beklagten zu 2 ist zulässig. Das AG Charlottenburg ist für den Rechtsstreit gemäß § 43 Nr. 1 WEG neuer Form sachlich und örtlich zuständig, da die Wohnanlage im hiesigen Gerichtssprengel belegen ist.

Im zuerkannten Umfang, nämlich für den Zeitraum, in dem die Beklagte zu 2 auch Eigentümerin der Wohnung Nr. 12 ist, ist die Klage auch begründet. Insoweit ist echtes Versäumnisurteil ergangen.

Soweit die Beklagte zu 2 darüber hinaus auch für die Wohngelder in Anspruch genommen wird, die fällig geworden sind, bevor die Beklagte zu 2 Eigentümerin wurde, ist die Klage nicht begründet und war insoweit durch ein sog. unechtes Versäumnisurteil, hier ein Teilurteil, abzuweisen.

Ein Anspruch auf Zahlung der Wohngelder, die in der Zeit von November 2007 bis Juni 2008, also vor Eigentümerswerb durch die Beklagte zu 2 fällig geworden sind, steht der Klägerin nicht gemäß § 16 Abs. 2 WEG in Verbindung mit beschlossenen Wohngeldplänen zu. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Wohngeldplan für die Wohnung Nr. 12 im Jahre 2007 tatsächlich monatlich 244,80 € Wohngeld geschuldet waren und ob sich möglicherweise aus der Wohngeldabrechnung 2007, die zwischenzeitlich beschlossen worden sein müsste, ergibt, dass die Wohngelder für November und Dezember 2007 gar nicht mehr geschuldet sind. Denn die Beklagte zu 2 haftet für eventuelle Wohngeldrückstände, die vor ihrer Eintragung als Eigentümerin ins Grundbuch fällig geworden sind, nicht.

Eine derartige Haftung ergibt sich nicht aus der am 7.9.2007 beschlossenen Änderung der Teilungserklärung vom 8.12.1997. Dabei verkennt das Gericht nicht, dass nach § 12 Abs. 9 der Teilungserklärung diese Teilungserklärung mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit verändert werden kann und dass eine solche Veränderung unter TOP 11.2 a in der Eigentümerversammlung vom 7.9.2007 mit der erforderlichen Mehrheit, nämlich 22 von 24 Stimmen, beschlossen worden ist.

Das Gericht verkennt auch nicht, dass grundsätzlich die Eigentümer durch Vereinbarung über die Haftung eines Wohnungserwerbers für Wohngeldrückstände der Voreigentümer entscheiden können. Allerdings ist insoweit ein Eintrag in das Grundbuch erforderlich (*Jennißen*, WEG, 1. Aufl., § 16 Rdnr. 153). Demgegenüber sind Beschlüsse über die Erwerberhaftung nicht möglich, weil es sich insoweit um Gesamtkte zulasten Dritter handeln würde. Solche Beschlüsse können gegenüber dem später zum Eigentümer gewordenen Erwerber keine Wirkung entfalten (*Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 156). Anders mag dies sein, wenn der Erwerber zum Zeitpunkt der Beschlussfassung schon Eigentümer ist. Dann mag der Beschluss nur anfechtbar, nicht aber nichtig sein. Die Beklagte ist allerdings erst im Jahre 2008 als Eigentümerin eingetragen worden, während der Beschluss bereits im September 2007 gefasst wurde. Durch Mehrheitsbeschluss kann eine Erwerberhaftung für Rückstände des Rechtsvorgängers nicht begründet werden, ein solcher Beschluss wäre mangels Beschlusskompetenz nichtig (*Bärmann/Becker*, WEG, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 166 a. E.). So kann durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung auch bestimmt werden, dass der rechtsgeschäftliche Sondernachfolger für die Rückstände des früheren Wohnungseigentümers einzustehen hat (BGH, NJW 1994, 2950, 2951 a. E.). Eine solche Haftungsanordnung hat allerdings auf die Ausgestaltung des Sondereigentums insoweit dingliche Wirkung, als die Haftung unmittelbar durch den Erwerb des Sondereigentums ausgelöst wird. Die so erzeugte „Verdinglichung“ der Wohnlasten hat eine persönliche Haftung des Sondernachfolgers mit seinem gesamten Vermögen zur Folge (BGH, NJW 1994, 2950, 2952 = DNotZ 1995, 42).

An dieser ins Grundbuch eingetragenen Verdinglichung der Wohnlasten fehlt es vorliegend. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass der Eigentümerbeschluss vom 7.9.2007 ins Grundbuch als Änderung der Teilungserklärung eingetragen worden wäre. Insofern fehlt es dem Beschluss an der erforderlichen Publizität und damit der erforderlichen Veränderung des Sondereigentums.

Nicht ausreichend ist es insoweit, dass der Beschluss im Protokoll der Hausverwaltung aufgenommen worden ist. Selbst wenn der Beschluss in die nach § 24 Abs. 7 WEG erforderliche Beschlussammlung aufgenommen worden wäre, zeitigte dies nicht die für eine Veränderung des Sondereigentums erforderliche Publizität. Denn Sinn und Zweck der Beschlussammlung ist es, einem Erwerber von Wohnungseigentum, den sonstigen Wohnungseigentümern und dem Verwalter in übersichtlicher Form Kenntnis von der aktuellen Beschlusslage der Gemeinschaft und damit zusammenhängenden gerichtlichen Entscheidungen zu geben (*Bärmann/Merle*, WEG, § 24 Rdnr. 131). Sie bewirkt also lediglich eine Publizität innerhalb der Gemeinschaft und hinsichtlich der durch die Eigentümer gefassten Beschlüsse. Ihr kommt allerdings keine Registerpublizität zu, d. h., der Rechtsverkehr kann sich nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Beschlussammlung verlassen (*Bärmann/Merle*, WEG, § 24 Rdnr. 131). Und dass die Beklagte zu 2 vor Eigentumserwerb/Kauf der Wohnung Kenntnis von diesem Beschluss erlangt hätte, ist nicht vorgetragen. Es gibt nicht einmal Vortrag dazu, dass eine Beschlussammlung geführt würde.

Nach alledem war die Klage gegen die Beklagte zu 2 abzuweisen, soweit von ihr Wohngelder verlangt werden, die vor ihrer Eintragung als Eigentümerin ins Grundbuch fällig geworden sind.

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Die Entscheidung berührt einen empfindlichen Teil nicht nur wohnungseigentumsrechtlichen Lebens: Geld. Im Fall des AG Charlottenburg ging es wohl allen Eigentümern des Wohnungseigentums 12 in besonderem Maß ab, denn der Ersteigentümer wurde versteigert, der Ersteigerer (Beklagter zu 1) zahlte wohl nur für die ersten beiden Monate nach Zuschlag und der Schlusseigentümer (Beklagter zu 2) wohl gar nie.

Rechtlich bedeutend wurden zwei Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung, nämlich ihr § 12 Ziffer 9 und dort eine Öffnungsklausel von bemerkenswerter Kürze („Änderungen dieser Teilungserklärung können mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschlossen werden“) sowie ihr § 8 betreffend die Kostenverteilung, ferner der Ergänzungsbeschluss vom 7.9.2007. In ihm wurde mit 22 von 24 Stimmen beschlossen was folgt: „§ 8 der Teilungserklärung wird folgender Abs. 9 hinzugefügt: Jeder Wohnungs- und Teileigentümer haftet im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs seines Sondereigentums für die Beitragsrückstände seiner Voreigentümer. (...)“ Grundbuchliche Eintragung des Beschlusses wurde nicht betrieben.

Das Kalendarium im Einzelnen:

16.9.2006	Beschluss: Wirtschaftsplan 2007
25.6.2007	Zuschlag an den Beklagten zu 1
7.9.2007	Beschluss: a) Wirtschaftsplan 2008 und b) Erwerberhaftung
9.6.2008	Eintragung der Auflassung des Beklagten zu 2
26.9.2008	Beschluss: Wirtschaftsplan 2009

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer forderte vom Beklagten zu 1 Zahlung für die Zeit ab Zuschlag bis zur Eintragung des Beklagten zu 2 abzüglich der ersten zwei bezahlten Monate. Der Beklagte zu 1 rührte sich dazu nicht; allerdings könnte er auch nur nicht richtig geladen worden sein.

Sie forderte daneben Zahlung vom Beklagten zu 2 für a) die Zeit nach seinem Erwerb und b) aus „Erwerberforhaftung“ für die Rückstände des Beklagten zu 1, nicht aber für die Zeit vor Zuschlag. Es muss kaum hinzugefügt werden, dass auch der Beklagte zu 2 zum Termin nicht erschien. Das Gericht entschied durch Versäumnisurteil und damit nach Schlüssigkeit gemäß Aktenlage. Die Umstände lassen befürchten, dass die Gemeinschaft damit nur bei der nächsten Versteigerung im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eine Position wirtschaftlichen Werts hat.

2. Problemhinführung

Innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft ergeben sich Beitragspflichten grundsätzlich aus der wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarung oder Gemeinschaftsordnung, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, subsidiär aus dem WEG und schließlich aus allgemeinem Recht, insbesondere dem des BGB der Gemeinschaft, § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG, §§ 741 ff. BGB. Konkretisiert werden diese Pflichten durch den Beschluss über die Aufstellung eines Wirtschaftsplans, §§ 28, 21 Abs. 5 Nr. 5, 16 Abs. 2 WEG. Kostenschuldner ist, wer bei Fälligkeit Wohnungseigentümer ist. So treffen wirtschaftlich einen neuen

Wohnungseigentümer auch Nachzahlungen, die sachlich auf zu geringen Vorausbeiträgen beruhen, nicht aber Beitragspflichten aus der Zeit vor seinem Beitritt. Das ist auch unmittelbar ersichtlich. Den Erwerber trifft ja auch das wirtschaftliche Risiko unzureichender Instandsetzung aus der Zeit vor seinem Beitritt. Im Vertrag regeln darum seine Partner regelmäßig selbst solche wirtschaftlichen Abgrenzungen zu Beitragszahlungen, indem sie für Verbrauch auf den Zählerstand abstellen, für laufende Kosten periodisch abgrenzen und für Sonderkosten wie eine beschlossene aber nicht fällige Sonderumlage einen internen Ausgleich vorsehen wie etwa: „Die am (...) fällig werdende Sonderumlage begleicht aber noch der Veräußerer.“ Oder (und nicht so eindeutig): „Soweit die am (...) beschlossene (Renovierungs-/Bau-/andere) Maßnahme Kosten auslöst, die über die laufende Rücklage hinausgehen, trifft intern den Veräußerer noch eine entsprechende Zahlungspflicht.“ Der Zustand des Gebäudes und die Höhe der Instandhaltungsrücklage finden praktisch und automatisch ihren Niederschlag in der Preisfindung.

Beitragspflichtig ist nur der Wohnungseigentümer. Nicht das WEG definiert, wer dazu zählt, sondern allgemeines Recht. Nach § 873 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich nur Wohnungseigentümer, wen das Grundbuch materiell richtig als Eigentümer ausweist. In Ausnahme dazu ist Wohnungseigentümer, wen das Grundbuch zu Unrecht nicht ausweist („Berichtigungsfälle“). In Ersteigerungsfällen wird darum der Ersteher mit Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG) Wohnungseigentümer. Im Fall des AG Charlottenburg wurde der Beklagte zu 1 Wohnungseigentümer mit Zuschlag vom 25.6.2007. Der Beklagte zu 2 wurde Wohnungseigentümer nicht schon mit Abschluss des (Kauf-, Schenkungs- oder sonstigen Erwerb-)Vertrags, sondern mit Eintragung der Auflassung auf ihn am 9.6.2008. Damit hat oder hatte die Wohnungseigentümergeinschaft als Schuldner in der Zeit bis zum Zuschlag vom 25.6.2007 nur den Erst-/Alteigentümer, in der Zeit ab Zuschlag bis 9.6.2008 jedenfalls den Beklagten zu 1 und in der Zeit danach den Beklagten zu 2.

Da § 16 WEG gerade keine Erwerberhaftung anordnet, war juristisch problematisch „nur“, ob der Beklagte zu 2 auch für die Ausfälle des Beklagten zu 1 haften musste. Einzige denkbare Rechtsgrundlage konnte die Entscheidung der Wohnungseigentümergeinschaft vom 7.9.2007 sein, die sich als (Verwaltungs-)Beschluss über einen Beitrag oder als (beschlussweise) Änderung der Gemeinschaftsordnung darstellen könnte. Die Abgrenzung ist schwierig, da das WEG die Festlegung der Wohnungseigentümer über eine Verwaltungshandlung „Beschluss“ nennt, vgl. §§ 10 Abs. 4, 5, 21 Abs. 3, 25 WEG, aber auch die Änderung der Gemeinschaftsordnung begriffsnotwendig vergleichbar dem Gesellschaftsrecht durch – grundsätzlich ein- und allstimmigen – „Beschluss“ erfolgt.

3. Haftung aus Beschluss?

Die Monatsbeschlussanfechtungsfrist des § 46 WEG war abgelaufen, so dass ein (Verwaltungs-)Beschluss grundsätzlich wirksam ist, sofern kein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Erwerberhaftung aus Beschluss kommt also in Betracht, wenn der Beschluss sie begründet und nicht nichtig ist.

Dieser Auslegung steht der Wortlaut der konkreten Regelung entgegen. Er begründet eine satzungsgemäße (!) Haftung, indem er die Gemeinschaftsordnung in ihrem § 8 um den erwerberhaftungsbegründenden Abs. 9 erweitert.

Äußerungen der Wohnungseigentümergeinschaft sind aber der Auslegung fähig. So könnte eine Gemeinschaft durchaus nur entweder eine Änderung der Gemeinschaftsordnung oder

eine Beschlussregelung beschließen¹ oder aber beides bestimmen wollen, nämlich neben der Satzungsänderung eine beschlussweise begründete Erwerberhaftung. Dem wirtschaftlichen Erfolg einer solchen – etwaigen – Zielsetzung steht aber seit BGHZ 145, 158² entgegen, dass ein Beschluss nur solche Angelegenheiten ordnen kann, über die nach der Gemeinschaftsordnung und hilfsweise dem WEG die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden dürfen. Andere Beschlüsse sind nichtig.

Es stellt sich also die Frage, ob die bestehende Gemeinschaftsordnung eine beschlussweise Änderung der Kostenverteilung des vorhandenen § 8 erlaubt. Die Antwort lautet auf „Nein“, denn die einzige Öffnungsklausel § 12 Ziffer 9 betrifft ausschließlich „Änderungen dieser Teilungserklärung“.

Nun ist natürlich auch die Gemeinschaftsordnung ihrerseits auslegbar, wenngleich nur³ nach den eingeschränkten Auslegungsmöglichkeiten im Grundbuchrecht. Danach sind strikt nur die Umstände relevant, die sich aus Wortlaut und Sinn der Eintragung sowie der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben, und zwar aus Sicht eines unbefangenen und objektiven Betrachters. Primär entscheidet der Wortlaut; denn das Wort „ausdrücklich“ in § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG gibt vor, dass in erster Linie der Wortlaut entscheidet und im Zweifel die Gestaltungsfreiheit Vorrang hat. Andere Argumente wie die historische, systematische und teleologische Auslegungsmethode werden dadurch aber nicht ausgeschlossen und ermöglichen eine Würdigung des Schutzinteresses der Wohnungseigentümer. Solche Argumente können aber nur herangezogen werden, soweit sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.⁴ Unmaßgeblich sind der Wille des Erklärenden,⁵ die Meinung des Notars,⁶ Prospekte, behördliche Unterlagen außerhalb der Abgeschlossenheitsbescheinigung⁷ oder die Entstehungsgeschichte,⁸ da ein Sondernachfolger sich über den Rechtsinhalt anhand des Grundbuches orientieren können muss.

Die konkrete Situation verbietet darum eine Auslegung, wonach die Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschluss eine Erwerberhaftung begründen kann.

Noch immer ungeklärt ist, ob eine Gemeinschaftsordnung überhaupt in einer Öffnungsklausel eine neue Kostenverteilung im Sinne von Begründung einer Erwerberhaftung alleine dem Beschluss einer 3/4- oder anderen Mehrheit vorbehalten kann. Das WEG anerkennt seit seiner 2007er Novellierung solche Öffnungsklauseln dem Grund nach, §§ 10 Abs. 4 Satz 2, 23 Abs. 1 WEG, indem es bestimmt, dass die „aufgrund“ der Gemeinschaftsordnung „gefassten Beschlüsse, die vom Gesetz abweichen oder eine Vereinbarung ändern“, auch ohne Eintragung gegen Sondernachfolger wirken.

Das AG Charlottenburg lässt offen, ob eine Öffnungsklausel ausschließlich dem Mehrheitsprinzip unterliegen kann. Die Diskussion in der Literatur geht von sachlich unbegrenzter

¹ Zur Abgrenzung: *Staudinger/Kreuzer*, BGB, 2005, § 10 WEG Rdnr. 125 ff.

² BGHZ 145, 158 = MittBayNot 2000, 546.

³ BGHZ 121, 236. Ergänzend *Staudinger/Kreuzer*, § 10 WEG Rdnr. 116 ff.

⁴ BayObLG, DNotZ 2003, 541.

⁵ BayObLG, WuM 1993, 289; NZM 1999, 866.

⁶ OLG Hamburg, MDR 1997, 816 m. Anm. *Riecke*.

⁷ OLG Köln, NJOZ 2003, 3594.

⁸ BGH, DNotZ 1976, 16.

Öffnung⁹ über die Erwähnung von Zulässigkeitssschranken¹⁰ bis zu deren Festschreibung.¹¹ Relevant dürfte sein und bleiben, dass die Wohnungseigentümergeinschaft weder Gesellschaft noch Verein ist, die auf Zielverwirklichung ihres wirtschaftlichen oder sonstigen Zwecks gerichtet wären. Sie stellt vielmehr eine Zwangs- und Zufallsgemeinschaft von Personen dar, deren Raumeigentum in einem Gebäude oder Gebäudekomplex liegt und die sich durch nichts anderes verbunden sehen als die Not, die einzelnen Einheiten nur gemeinsam funktionabel halten zu können.

Diese Erwägung erlaubt das Mehrheitsprinzip jedenfalls in Situationen, die materiell dem Vorschriftenpaar der §§ 10 Abs. 4 Nr. 2, 23 Abs. 1 WEG unterfallen und die das WEG vor §§ 20 ff. mit „Verwaltung“ überschreibt. Im Bereich der reinen Verwaltung geht es um Funktionen. Hier mag die einfache Mehrheit genügen und hier bedarf es nicht der Warnfunktion grundbuchlicher Eintragung. Dasselbe gilt, wo die Gemeinschaftsordnung schon den materiellen Rahmen vorgibt und der Beschluss nur den Ausübungsbereich konkretisiert. Hier gibt die Gemeinschaftsordnung den Rahmen materiell vor und individualisiert der Beschluss die konkrete Ausübung. Der Erwerber kann sich in beiden Fallgruppen durch Lektüre der Gemeinschaftsordnung bereits über alle Essentialien informieren.

Immer besteht ein Zielkonflikt zwischen dem Festhalten an angestammten Positionen und einem Änderungsbedürfnis. Auszugehen ist vom Grundsatz des Bestands des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums; die Änderung stellt sich als Eingriff dar, der verfassungsrechtlich gesprochen als Ausfluss der Sozialbindung gerechtfertigt sein kann. Weder das Beharren auf der Altsituation noch die Forderung nach Änderung darf also willkürlich sein. Sie muss sich vielmehr je als Akt berechtigter Ausübung eines Organisations- oder sonstigen Gestaltungsermessens darstellen. Für Regelungen in der Gemeinschaftsordnung gilt darum: Die Vorgabe muss umso präziser sein, je stärker sie potentiell den Eigentümer einschränken kann. Zwar binden diese der Verfassung entnommenen Erwägungen den privaten Gestalter nicht unmittelbar. Mittelbar aber ist die Gemeinschaftsordnung Ausfluss dieser Rechtsordnung mit der Gestaltungsmöglichkeit des § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG als Einbruchstelle.

Auf die Begründung einer Erwerberhaftung bezogen lässt der reine Wortlaut des § 16 Abs. 5 WEG die Zulässigkeit einer Mehrheitsregelung erwarten, da § 16 WEG nur seine Einengung verbietet, nicht aber seine Erweiterung. Umgekehrt folgt – wengleich für Änderungen der Gemeinschaftsordnung und damit nicht zwangsläufig auf Beschlüsse ausdehnbar – aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG, dass ein Änderungsanspruch erst entsteht, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unbillig erscheint, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer. Daraus wird man für den Beschluss aber wesentlich ableiten dürfen, dass Änderungen nicht willkürlich möglich sind. Dasselbe Ergebnis ergibt sich über § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG, der auf die BGB-Vorschriften über die

Gemeinschaft verweist und so das WEG in das allgemeine zivilrechtliche System einbindet. Das BGB seinerseits erlaubt, einem Einzelnen (§ 315 BGB), einer Mehrheit oder gar einem Dritten (§ 317 BGB) die Leistungsbestimmung zu überlassen und zieht eine Grenzziehung gemäß „billigem Ermessen“. Darunter zählt, was nicht „offenbar unbillig“, § 319 Abs. 1 BGB, ist. Man wird daraus jedenfalls ableiten dürfen, dass eine Änderung a) objektiv sachgerecht sein muss, b) subjektiv nicht unbillig sein darf und c) der Zustimmung eines Wohnungseigentümers dann bedarf, dessen etwaige Sonder- oder Vorzugsrechte er berührt. Schon 1985 hatte der BGH¹² zu einer im Bereich „Kostenverteilung“ angelegten Änderungsmöglichkeit betont, dass dadurch nicht der Willkür Tür und Tor geöffnet werden dürfe. Eine Änderung sei vielmehr nur dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund vorliegt und einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden.

Das Unbilligkeitskriterium steht nicht zwangsläufig allein. Aus der Gesetzesverweisung in § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG kann für andere Situationen Zusätzliches folgen. Nach § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB kann etwa die „wesentliche Veränderung des Gegenstands“ nicht beschlossen werden. Für den Bereich Kostenverteilung und Erwerberhaftung lässt der konkrete Fall aber kein solches zusätzliches Moment erkennen.

Unterstellen wir auch für die Schlussüberlegung, dass die Satzung eine Öffnungsklausel auf Einführung einer Erwerberhaftung enthielte, fragt sich, ob die konkrete Regelung den skizzierten Rahmen wahr. Da sich eine Öffnungsklausel aus der Gemeinschaftsordnung ableitet, kann sie nicht mehr erlauben als die Gemeinschaftsordnung selbst. In deren Rahmen kann alles vereinbart werden, soweit kein gesetzliches Verbot entgegensteht, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG. Ein solches folgt für die Ersteigerungssituation nur aus § 56 Satz 2 ZVG. Danach trägt der Ersteher die Lasten erst ab Zuschlag.¹³ Die konkrete Regelung spart aber wohl mit den Worten „im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs“ genau diese Situation aus¹⁴ und lässt darum dem Grund nach keine Rechtswidrigkeit erkennen. Im Ergebnis kann also eine Öffnungsklausel bei entsprechendem Umfang auch eine Erwerberhaftung begründen. Davon zu trennen ist, dass dies m. E. unzumutbar ist, denn der ohnehin schon säumige (Not-)Verkäufer wird noch schwerer einen solventen Käufer finden. Diese Zweckmäßigkeitfrage stellt aber kein Verbot auf.

Dieser vom Fall abweichenden Überlegung schließt sich ggf. die weitere Frage an, ob solche Änderungsbeschlüsse der grundbuchlichen Eintragung bedürften. § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG beantwortet dies mit „Nein“. Werden Beschlüsse aufgrund einer satzungsgemäßen Öffnungsklausel gefasst, kennt der interessierte Erwerber den Änderungsvorbehalt und die daraus folgende Präliminarität der entsprechenden Gemeinschaftsordnung. Er muss sich zur konkreten Lage über das Beschlussbuch orientieren. Im Novelle-Verfahren war die daraus folgende Problematik kontrovers und bisweilen hitzig diskutiert worden. Nun ist sie Gesetz. Da die Gemeinschaftsordnung von Anfang an eine Erwerberhaftung begründen könnte,¹⁵ gibt der vorliegende Fall auch nicht Anlass zur Suche nach einer Ausnahme von diesem Grundsatz.

⁹ Jennißen/Elzer, WEG, 2008, § 23 Rdnr. 6 ff., 9; Riecke/Schmid/Elzer, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 WEG Rdnr. 279; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 5, 62.

¹⁰ Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 10 Rdnr. 144; Münch-KommBGB/Commichau, 6. Aufl. 2009, § 10 WEG Rdnr. 45 f.

¹¹ Köhler/Bassenge/Becker, Anwaltshandbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 149; Röhl/Sauren, Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, 9. Aufl. 2008, Rdnr. B 396 ff.

¹² BGHZ 95, 137 = MittBayNot 1985, 260 = DNotZ 1986, 83.

¹³ Dies betonend BGHZ 99, 358 = MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27.

¹⁴ So etwa das Muster bei Kersten/Bühling, Formularbuch, 22. Aufl., § 58 Rdnr. 29M.

¹⁵ BGHZ 99, 358 = MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27; Staudinger/Kreuzer, BGB, § 10 WEG Rdnr. 82.

Auf den konkreten Fall bezogen war der Beschluss auch nicht vom neuen § 16 Abs. 3 WEG gedeckt, weil sich die dortige satzungsgelöste Änderungskompetenz auf „Betriebskosten“ beschränkt, und auch nicht von § 16 Abs. 4 WEG, weil die dortige Änderungskompetenz nur einen „Einzelfall“ betrifft in den Bereichen „Kosten der Instandhaltung und -setzung“ oder „bauliche Veränderungen und Aufwendungen“.

Selbst wenn der Beschluss vom 7.9.2007 eine beschlussweise Erwerberhaftung hätte begründen wollen, war weder die konkrete Gemeinschaftsordnung noch der novellierte § 16 WEG Grundlage dafür. Folge ist Nichtigkeit.

4. Haftung aus – geänderter – Gemeinschaftsordnung?

Dem Gericht musste sich damit die Frage stellen, ob den Beklagten zu 2 eine Beitragspflicht aus der Gemeinschaftsordnung traf, und zwar in ihrer Fassung gemäß Beschluss vom 7.9.2007. Dies setzt voraus, dass die Regelung materiell und formell wirksam zustande gekommen war und nicht aus sonstigen Gründen rechtsunwirksam geworden ist.

Grundsätzlich kann die Gemeinschaftsordnung nur ein- und allstimmig geändert werden. Das folgt aus ihrer Natur als „Vereinbarung“, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, oder Vertrag. Wie eben erörtert kann ein Vertrag seine Änderung dem billigen Ermessen eines Einzelnen (§ 315 BGB), einer Mehrheit oder eines Dritten (§ 317 BGB) überlassen. Deshalb stößt wohnungseigentumsrechtlich auch nicht auf Bedenken, wenn eine Gemeinschaftsordnung wie hier in ihrem § 12 Ziffer 9 „Änderungen (...) mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit“ zulässt. Ob Mehrheiten geringer als mit der körperschaftsüblichen¹⁶ $\frac{3}{4}$ -Mehrheit möglich sind,¹⁷ fragt sich im konkreten Fall nicht. Ohnehin ist die Wohnungseigentümergeinschaft eine Rechtsform eigener Art, die mehr der Personengesellschaften ähnelt. Eine Analogie zum Körperschaftsrecht drängt sich nicht auf.

Vom Gehalt unterscheidet sich die konkrete Änderungsklausel von der oben zur Beschlussregelung diskutierten Öffnungsklausel im Charakter: Unterstellt die Gemeinschaftsordnung eine bestimmte Regelung einem Mehrheitsbeschluss, hat die Ausgangsregelung nur Primärregelungsfunktion. Der Änderungsbeschluss hat nur Verwaltungsqualität, indem er den in der Gemeinschaftsordnung vorgegebenen Rahmen für die Zukunft neu konkretisiert. Unterstellt die Gemeinschaftsordnung hingegen ihre Änderung einer Mehrheit, handelt es sich um keinen Verwaltungsbeschluss, sondern um einen Konstituierungsakt. Geändert wird die Basis und dies lediglich deshalb in Beschlussform, da sich eine Gemeinschaft anders als durch Beschluss nicht festlegen kann.

Formell bleibt der Mehrheitsbeschluss ein Beschluss, ist insbesondere anfechtbar (§ 46 WEG) und erwächst anderenfalls in Bestandskraft und bindet ab dann materiell die Untätigen und Überstimmten.

Vom Ob einer Änderung ist ihr Umfang zu trennen. Ähnlich oder gleich wie bei den Erwägungen zum ändernden Verwaltungsbeschluss fehlt es an einer gesetzlichen Vorgabe und gelten jedenfalls ebenso die vorgenannten Kriterien. Die Satzung sollte sie aufführen, um den Wohnungseigentümern ihre Ent-

scheidungsfindung zu erleichtern. Da sich die Grenzen aber aus dem Gesetz ergeben, bleibt es beim „Soll“. Der – problematische – Vergleich zum Körperschaftsrecht zeigt dort ein uneinheitliches Bild, das im Wesentlichen einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit Änderungen erlaubt.

Da das „Wie“ des Zustandekommens der konkreten Änderung keine Auffälligkeiten erkennen lässt, und weil – siehe oben – eine Erwerberhaftung schon anfänglich hätte vereinbart werden können, ist davon auszugehen, dass der zitierte Beschluss vom 7.9.2007 die Satzung antragsgemäß erweitert hat mit der Rechtsfolge, dass auch die nicht mitstimmenden oder überstimmten Wohnungseigentümer daran gebunden sind. Der Beschluss hat die Gemeinschaftsordnung geändert.

Das AG Charlottenburg trennt zu Recht die Bejahung des Wirksamwerdens vom Wirksambleiben. Wie vom Körperschaftsrecht her bekannt, bindet auch die wohnungseigentumsrechtliche Änderungs- und Aufhebungsvereinbarung die Sondernachfolger erst mit Eintragung. Die zunächst wirksame Änderung wird unwirksam, § 10 Abs. 3 WEG, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind und ein Sondernachfolger hinzutritt, so hier der Beklagte zu 2 durch Eintragung vom 9.6.2008. Rechtlich bewirkte und bewirkt dies den ersatzlosen Wegfall der Änderungsregelung vom 7.9.2007. Nicht zu entscheiden war, ob die gleichzeitig beschlossene Festlegung des Wirtschaftsplans damit auch entfiel, doch lässt die Verschiedenheit der Themen nicht annehmen (vgl. § 139 BGB), dass das Eine mit dem Anderen stehen und fallen sollte.

Unerörtert bleibt für das grundbuchliche Verfahren, ob (wohl ja) alle Wohnungseigentümer und ggf. (vgl. § 5 Abs. 4 WEG) auch ihre grundbuchlichen Gläubiger die Eintragung der Änderung bewilligen müssen, ob der Verwalter die Nicht-Mitwirkung insbesondere eines Überstimmten analog der Zustimmung nach § 12 WEG gegen den Nachweis der Bestellung nach §§ 24 Abs. 6, 26 Abs. 3 WEG ersetzen kann (wohl nein) oder ein Urteil nach §§ 43 Nr. 1 WEG, 894 ZPO erforderlich ist (wohl ja) und ob die Gemeinschaftsordnung eine entsprechende Vertretungsvollmacht für den Verwalter vorsehen könnte (wohl ja).

5. Schlussthese

- Eine Gemeinschaftsordnung kann eine (die Gemeinschaftsordnung ändernde) Öffnungsklausel haben, die vom Grundsatz der Allein- und Einstimmigkeit abweicht und ihre Änderung einem Mehrheitsbeschluss unterstellt.
- Der Änderungsbeschluss ist formell Beschluss und anfechtbar. Sein Erwachen in Bestandskraft ersetzt materiell die fehlende Zustimmung untätiger und überstimmter Wohnungseigentümer.
- Der bestandskräftige Beschluss ist materiell eine wirksame Änderung der Gemeinschaftsordnung. Die Wirksamkeit erlischt für die Zukunft, sobald ein Sondernachfolger als Wohnungseigentümer eingetragen wird, § 10 Abs. 3 WEG, wenn er grundbuchlich nicht eingetragen ist.
- Eine Gemeinschaftsordnung kann jedenfalls für einzelne Bereiche eine (Verwaltungs-)Öffnungsklausel vorsehen, nach der die dort bestimmte Mehrheit im so eröffneten Anwendungsbereich eine Neuregelung beschließen kann.
- Ein solcher (Verwaltungs-)Beschluss ist formell und materiell Beschluss, der weder eintragungspflichtig noch eintragungsfähig ist.
- Beschlüsse aufgrund Öffnungsklauseln unterliegen im Verfahren der Anfechtungsklage (§ 46 WEG) einer Inhalts-

¹⁶ Für den Verein: § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB; für die AG: § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG; für die GmbH: § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG; für die Genossenschaft: § 16 Abs. 2 Satz 1 GenG.

¹⁷ Die Frage ist wohl jedenfalls für Gemeinschaften mit kaufmännischer Prägung (wie einem wohnungseigentumsrechtlich geteilten Ladenzentrum) zu bejahen.

kontrolle. Ein Beschluss ist fehlerhaft, a) wenn er gegen zwingendes Recht verstößt, b) wenn er unbillig ist oder c) wenn ein sonstiges Kriterium (Beispiel: eine wesentliche Gegenstandsänderung) einer Mehrheitsentscheidung entgegensteht. Von Billigkeit ist auszugehen, wenn die Änderung objektiv sachgerecht ist, subjektiv nicht unbillig ist und jeder Wohnungseigentümer zustimmt, dessen etwaige Sonder- oder Vorzugsrechte der Beschluss berührt.

– Sowohl die Gemeinschaftsordnung ändernde Öffnungsklausel wie die Verwaltungs-Öffnungsklausel kann eine Erwerberhaftung für Rückstände vorsehen, sofern sie Ersteigerungsfälle exkludiert.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

5. BGB § 1578 b; ZPO § 559 Abs. 1 (*Angemessener Lebensbedarf i. S. v. § 1578 b BGB*)

- a) **Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578 b BGB regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Aus dem Begriff der Angemessenheit folgt aber zugleich, dass es sich grundsätzlich um einen Bedarf handeln muss, der das Existenzminimum wenigstens erreicht.**
- b) **Die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung des § 1578 b BGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob dieser die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.**
- c) **Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Die Urteilsgrundlage wird also regelmäßig durch das Ende der Berufungsverhandlung abgeschlossen. Die Vorschrift ist allerdings einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange einer Partei nicht entgegenstehen.**

BGH, Urteil vom 14.10.2009, XII ZR 146/08

Die Parteien streiten im Scheidungsverbundverfahren noch über den nachehelichen Unterhalt. Sie hatten am 1.10.1993 geheiratet, am 12.12.1993 wurde ihr gemeinsamer Sohn geboren. Nach der Trennung im April 2004 wurde die Ehe der Parteien mit Urteil vom 27.3.2007 geschieden.

Die 1963 geborene Antragstellerin ist ausgebildete Gymnasiallehrerin, war aber seit 1991 als Texterin in der Werbebranche tätig. Nach ihrem Aufstieg zur Cheftexterin erzielte sie zuletzt im Jahre 2000 ein

Nettoeinkommen, das sich ohne Abzug von Krankenversicherungsbeiträgen auf 4.974,38 DM (= 2.543,36 €) belief. Diese Tätigkeit gab die Antragstellerin Mitte 2000 auf, weil die Parteien wegen der Erwerbstätigkeit des Antragsgegners nach Brüssel umzogen. Dort erzielte sie lediglich Einkünfte aus untergeordneter Bürotätigkeit. Nach der Trennung war die Antragstellerin seit Oktober 2005 zunächst mit 80 % als Lehrerin in einem Internat erwerbstätig und erzielte daraus Monatseinkünfte i. H. v. 3.200 € brutto. Zum 23.8.2007 wechselte sie an ein privates Gymnasium, wo sie in Teilzeit (73 %) Nettomonatseinkünfte erzielt, die ursprünglich 1.489,85 € betragen und sich seit Februar 2008 auf 1.591,92 € belaufen. Im Falle einer Vollzeitbeschäftigung würde sie aus dieser Erwerbstätigkeit Nettomonatseinkünfte i. H. v. 1.848,19 € erzielen.

Der 1957 geborene Antragsgegner arbeitete seit 1987 als freiberuflicher Konferenzdolmetscher für das Europäische Parlament in Straßburg und Brüssel. Während der Ehe studierte er daneben Rechtswissenschaften und schloss das Studium 1997 ab. Im Frühjahr 2000 erhielt er beim Europäischen Parlament eine Stelle als Beamter im Sprachendienst. Deswegen zogen die Parteien mit dem gemeinsamen Kind Mitte 2000 nach Brüssel um. Zum 15.9.2007 wurde der Antragsgegner in eine leitende Position versetzt. Daraus erzielt er Einkünfte, die sich nach Abzug berufsbedingter Kosten und des Kindesunterhalts jedenfalls auf 5.427,80 € netto belaufen.

Aus den Gründen:

II.

Gegen die vom Berufungsgericht ausgesprochene Begrenzung des nachehelichen Unterhalts für die Zeit ab Januar 2012 auf monatlich 500 € unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags des Antragsgegners ist aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

1. Nach § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus den in § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB genannten Gesichtspunkten.

a) Danach ist bei der Billigkeitsabwägung für eine Herabsetzung oder eine zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche ehebedingten Nachteile begrenzen regelmäßig die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts und stehen einer Befristung grundsätzlich entgegen. Sie können sich nach § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB vor allem aus der Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben (BT-Drucks. 16/1830, S. 18 f.; BGH, FamRZ 2009, 1207, 1210 Tz. 35 = MittBayNot 2009, 379).

b) Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578 b BGB regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich dabei nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Aus dem Begriff der Angemessenheit folgt aber zugleich, dass es sich grundsätzlich um einen Bedarf handeln muss, der das Existenzminimum wenigstens erreicht (*Wendll/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 583).

Erzielt der Unterhaltsberechtigte eigene Einkünfte, die diesen angemessenen Unterhaltsbedarf erreichen oder könnte er sol-

che Einkünfte erzielen, kann dies im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach einer Übergangszeit, in der er sich nach gescheiterter Ehe von den ehelichen Lebensverhältnissen auf den Lebensbedarf nach den eigenen Einkünften umstellen kann, zum vollständigen Wegfall des nahehelichen Unterhalts in Form einer Befristung führen (*Eschenbruch/Klinkhammer/Schürmann*, Der Unterhaltsprozess, 5. Aufl., 1. Rdnr. 1021; zur Befristung des Aufstockungsunterhalts nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. vgl. BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 f. = DNotZ 2006, 770).

Erzielt der Unterhaltsberechtigte nach einer ehebedingten Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit hingegen lediglich Einkünfte, die den eigenen angemessenen Unterhaltsbedarf nach § 1578 b BGB nicht erreichen, scheidet eine Befristung des Unterhaltsanspruchs regelmäßig aus. Auch dann kann der Unterhalt nach einer Übergangszeit aber bis auf den ehebedingten Nachteil herabgesetzt werden, der sich aus der Differenz des angemessenen Unterhaltsbedarfs mit dem erzielten oder erzielbaren eigenen Einkommen ergibt.

c) Die Begrenzung des nahehelichen Unterhalts nach § 1578 b BGB setzt dabei nicht zwingend voraus, dass der Zeitpunkt, ab dem der Unterhaltsanspruch entfällt, bereits erreicht ist. Wenn die dafür ausschlaggebenden Umstände im Zeitpunkt der Entscheidung bereits eingetreten oder zuverlässig voraussehbar sind, ist eine Begrenzung nicht einer späteren Abänderung nach § 238 FamFG (= § 323 ZPO a. F.) vorzubehalten, sondern schon im Ausgangsverfahren auszusprechen (BGH, FamRZ 2008, 1325, 1328 m. w. N. = DNotZ 2008, 855).

d) Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die zu einer Befristung oder Beschränkung des nahehelichen Unterhalts führen können, trägt grundsätzlich der Unterhaltspflichtige, weil § 1578 b BGB als Ausnahmetatbestand konzipiert ist. Hat der Unterhaltspflichtige allerdings Tatsachen vorgetragen, die – wie z. B. die Aufnahme einer vollzeitigen Erwerbstätigkeit in dem vom Unterhaltsberechtigten erlernten oder vor der Ehe ausgeübten Beruf oder die Möglichkeit dazu – einen Wegfall ehebedingter Nachteile und damit eine Begrenzung des nahehelichen Unterhalts nahelegen, obliegt es dem Unterhaltsberechtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, die gegen eine Unterhaltsbegrenzung oder für eine längere „Schonfrist“ sprechen (BGH, FamRZ 2008, 1325, 1328 = DNotZ 2008, 855; FamRZ 2008, 134, 136). Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Einkünfte des Unterhaltsberechtigten aus seiner ausgeübten oder der ihm zumutbaren Erwerbstätigkeit wenigstens die Einkünfte aus einer ehebedingt aufgegebenen Erwerbstätigkeit erreichen. Nur dann trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass gleichwohl ehebedingte Nachteile vorliegen, etwa weil mit der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehezeit Einbußen im beruflichen Fortkommen verbunden waren. Bleibt das jetzt erzielte oder erzielbare Einkommen jedoch hinter dem Einkommen aus der früher ausgeübten Tätigkeit zurück, weil eine Wiederaufnahme der früheren Erwerbstätigkeit nach längerer Unterbrechung nicht mehr möglich ist, bleibt es insoweit bei einem ehebedingten Nachteil, den der Unterhaltsschuldner widerlegen muss.

2. Die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob dieser die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (BGH, FamRZ 2008, 134, 136; FamRZ 2007, 2049, 2051; FamRZ 2007, 793, 800). Der revisionsrecht-

lichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (FamRZ 1987, 470, 471). Das setzt voraus, dass in dem Urteil die wesentlichen Gründe aufgeführt werden, die für die richterliche Überzeugungsbildung im Rahmen der Billigkeitsabwägung leitend gewesen sind. Nicht erforderlich ist hingegen die ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren und fernliegenden Gesichtspunkten, wenn sich nur ergibt, dass eine sachgerechte Beurteilung stattgefunden hat (BGH, NJW-RR 1993, 1379).

3. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Senats ist das Berufungsgericht im Rahmen seiner Billigkeitsabwägung zu Recht von einem fortdauernden ehebedingten Nachteil der Antragstellerin ausgegangen.

Zutreffend sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, wonach die Antragstellerin während der Ehe zuletzt als Cheftexterin in der Werbebranche beschäftigt war und aus dieser Tätigkeit heute ein deutlich höheres Einkommen erzielen würde, als sie in ihrem Beruf als Gymnasiallehrerin erzielen kann. Die frühere Tätigkeit hat die Antragstellerin ehebedingt aufgegeben, weil sie nach dem Aufstieg des Antragsgegners mit ihm und dem gemeinsamen Kind nach Brüssel gezogen ist. Das Berufungsgericht durfte auch davon ausgehen, dass sich die eigene Lebensstellung der Antragstellerin – wenn sie die Tätigkeit nicht ehebedingt aufgegeben hätte – nach wie vor nach ihren Einkünften als Cheftexterin richten würde. Die dagegen von der Revision vorgebrachten Bedenken erschöpfen sich in Mutmaßungen, die nicht den Schluss nahelegen, die Antragstellerin würde heute ohnehin nicht mehr in diesem Beruf arbeiten. Auch die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Antragstellerin würde in diesem Beruf unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Einkommenssteigerungen gegenwärtig ein Bruttomonatseinkommen i. H. v. 4.500 € erzielen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie beruht auf substantiiertem Vortrag der Antragstellerin zur Entwicklung der Einkünfte in der Werbebranche, die von dem Antragsgegner bereits nicht hinreichend bestritten worden sind.

Auch soweit das Berufungsgericht dem ohne Ehe erzielbaren Einkommen als Cheftexterin lediglich ein aus einer Vollzeittätigkeit als Gymnasiallehrerin erzielbares Einkommen gegenübergestellt hat, ist dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner trägt als Unterhaltsschuldner die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 1578 b BGB. Er hat deswegen grundsätzlich auch das Fehlen eines ehebedingten Nachteils darzulegen. Dazu gehört auch ein Vortrag, dass die Ehefrau Einkünfte erzielt oder erzielen könnte, die in der Höhe den Einkünften entsprechen, die sie wegen der ehebedingten Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit nicht mehr erzielen konnte. Weil der Antragsgegner dem nicht im erforderlichen Umfang nachgekommen ist, hat das Berufungsgericht zu Recht eine fortdauernde ehebedingte Einkommenseinbuße in Höhe von monatlich 900 € brutto angenommen. Zwar ist die Antragstellerin auch unter Berücksichtigung der Belange des im Dezember 1993 geborenen gemeinsamen Sohnes gehalten, eine Vollzeiterwerbstätigkeit auszuüben. Zutreffend ist das Berufungsgericht deswegen von einem Unterhaltsanspruch der Antragstellerin ausgegangen, der sich lediglich auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB richtet. Soweit es der Antragstellerin keine fiktiven Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit als Cheftexterin zugerechnet hat, widerspricht dies nicht den Ausführungen zum ehebedingten Nachteil infolge der Auf-

gabe dieser Erwerbstätigkeit. Denn nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts spricht der Umstand, dass die Antragstellerin einen Beruf als Cheftexterin ohne ehebedingte Unterbrechung bis heute ausüben würde, nicht notwendig dafür, dass sie nach der ehebedingten mehrjährigen Unterbrechung dieser Tätigkeit auch heute noch eine solche Stelle bekommen würde. Wenn das Berufungsgericht stattdessen an der von der Antragstellerin tatsächlich ausgeübten Tätigkeit in ihrem Beruf als Gymnasiallehrerin anknüpft, liegt das in seinem tatrichterlichen Ermessen.

4. Auch die weiteren Angriffe der Revision gegen die Billigkeitsentscheidung des OLG überzeugen nicht. Das Berufungsgericht hat insoweit alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt. Zu Recht ist es davon ausgegangen, dass eine zeitliche Befristung des Aufstockungsunterhalts gemäß § 1578 b Abs. 2 BGB regelmäßig dann nicht in Betracht kommt, wenn die Einkommensdifferenz zwischen den Ehegatten auf fortwirkenden ehebedingten Nachteilen zulasten des Unterhaltsberechtigten beruht (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 f. = DNotZ 2006, 770 und seitdem in ständiger Rechtsprechung). Eine solche dauerhafte ehebedingte Einkommenseinbuße hat das OLG mit monatlich 500 € ermittelt, was zur Höhe von der Revision nicht angegriffen wird. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung hat das OLG außerdem die Dauer der Ehe der Parteien von Oktober 1993 bis zur Trennung im April 2004 sowie die Ausgestaltung der Kindererziehung und Erwerbstätigkeit während der Ehe berücksichtigt. Obwohl auch die Antragstellerin zunächst vollschichtig erwerbstätig war, hat sie – neben der Tagesbetreuung des gemeinsamen Kindes durch Au-pair-Mädchen und Tagesmütter – den überwiegenden Teil der weiteren Betreuung selbst sichergestellt. Denn der Antragsgegner war durch seine Berufstätigkeit in Straßburg und Brüssel und durch das parallel absolvierte Jurastudium dazu nur sehr eingeschränkt in der Lage. Auch die Einkommensverhältnisse beider Parteien hat das Berufungsgericht zutreffend berücksichtigt, indem es ausführt, dass eine dauerhafte Unterhaltspflicht i. H. v. 500 € den Antragsgegner bei dessen bereinigtem Nettoeinkommen von 5.427,80 € nicht übermäßig belastet.

Die Entscheidung des OLG entspricht schließlich auch der gesetzlichen Intention des § 1578 b BGB. Denn es hat den Unterhaltsanspruch der Antragstellerin nach einer im Wege der Billigkeit ermittelten Übergangsfrist bis Ende 2011 auf 500 € monatlich und damit auf die Höhe des ehebedingten Nachteils reduziert. Ab diesem Zeitpunkt belaufen sich die Einkünfte der Antragstellerin aus ihrer Erwerbstätigkeit und dem Unterhaltsanspruch gegen den Antragsgegner auf den Betrag, den sie ohne die Ehe selbst erzielen würde. Wenn das Berufungsgericht eine Befristung dieses Unterhaltsanspruchs nach § 1578 b Abs. 2 BGB abgelehnt hat, um der Antragstellerin den Ausgleich ihrer ehebedingten Nachteile dauerhaft zu sichern, ist dies unter Berücksichtigung der beiderseitigen Einkommensverhältnisse aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

5. Die Revision des Antragsgegners hat schließlich auch keinen Erfolg, soweit sie sich auf neue Umstände stützt, die nach Erlass des Berufungsurteils entstanden sind. (...)

6. InsO § 295 Abs. 1 Nr. 2 (*Verzicht auf Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase*)

Der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase stellt keine Obliegenheitsverletzung des Schuldners dar.

BGH, Beschluss vom 25.6.2009, IX ZB 196/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

In dem im August 2000 eröffneten Insolvenzverfahren hat das Insolvenzgericht der Schuldnerin am 13.6.2001 die Restschuldbefreiung angekündigt. Während der Wohlverhaltensphase verstarb am 5.12.2004 der Vater der Schuldnerin. Er hinterließ ein gemeinschaftliches Testament mit deren Mutter. Danach setzten sich die Eheleute wechselseitig zu Alleinerben ein. Der Überlebende sollte von den drei Kindern beerbt werden. Bei Verlangen des Pflichtteils nach dem Tod des Erstversterbenden sollte der Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen sein. Die Schuldnerin machte ihren Pflichtteilsanspruch nicht geltend.

Am 30.11.2005 stellte die Gläubigerin Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung wegen Verstoßes gegen die Obliegenheit, die Hälfte des Wertes des von Todes wegen erworbenen Vermögens an den Treuhänder abzuführen. Dieser Antrag hatte im ersten Rechtszug Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die Entscheidung des Insolvenzgerichts abgeändert und den Versagungsantrag zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin den Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung weiter.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, §§ 7, 6 Abs. 1, § 296 Abs. 3 Satz 1 InsO statthafte und wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache auch sonst zulässige Rechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in ZVI 2008, 450 (dort fälschlich als rechtskräftig bezeichnet) veröffentlicht ist, meint, aus § 83 Abs. 1 InsO sei die eindeutige Wertung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass allein der Schuldner über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnisses oder die Geltendmachung eines Pflichtteils zu entscheiden habe. Hieraus sei der Schluss zu ziehen, dass dies auch in der Wohlverhaltensphase so sei. Zwar gehöre der Pflichtteilsanspruch des Schuldners aufschiebend bedingt durch seine vertragliche Anerkennung oder Rechtshängigkeit zur Insolvenzmasse. An der Zuständigkeit des Pflichtteilsberechtigten für die Frage der Geltendmachung ändere sich hierdurch jedoch nichts. Es stelle deshalb auch keine Obliegenheitsverletzung dar, wenn der Schuldner die Verjährungsfrist ablaufen lasse und damit stillschweigend auf den Anspruch verzichte.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

a) Das Insolvenzgericht versagt die Restschuldbefreiung auf Antrag eines Gläubigers, wenn der Schuldner während der Laufzeit der Abtretungserklärung eine seiner Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigt (§ 296 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 InsO). Nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO obliegt es dem Schuldner, während der Laufzeit der Abtretungserklärung Vermögen, das er von Todes wegen erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben.

b) Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht erfüllt. Eine Obliegenheit, den Pflichtteilsanspruch nach dem Tod ihres Vaters in der Wohlverhaltensphase geltend zu machen und die Hälfte des dadurch erworbenen Betrags an den Treuhänder abzuführen, traf die Schuldnerin nicht.

aa) Der Anspruch auf den Pflichtteil (§ 2303 BGB) entsteht mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1, § 1922 Abs. 1 BGB). Von diesem Zeitpunkt an gehört er zum Vermögen des Pflichtteilsberechtigten (BGHZ 123, 183, 187 = DNotZ 1994, 780; BGH, ZIP 1997, 1302 = DNotZ 1998, 827; ZInsO 2009, 299, 300 Rdnr. 14). Nach § 852 Abs. 1 ZPO ist er allerdings der

Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Diese Vorschrift steht einer Pfändung jedoch nicht entgegen. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann der Pflichtteilsanspruch bereits vor der vertraglichen Anerkennung oder Rechtshängigkeit als in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch gepfändet werden (BGHZ 123, 183, 185 ff. = DNotZ 1994, 780; BGH, ZIP 1997, 1302 = DNotZ 1998, 827). Alles pfändbare Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, wird vom Insolvenzverfahren erfasst und gehört zur Insolvenzmasse (HK-InsO/Kayser, 5. Aufl., § 83 Rdnr. 3). Dass nicht der Verwalter, sondern nur der pflichtteilsberechtigte Schuldner über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden hat, ändert nichts an der Zugehörigkeit des Anspruchs zur Masse.

Für die Wohlverhaltensphase gilt, dass der Pflichtteilsanspruch als „Erwerb von Todes wegen“ i. d. S. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO anzusehen ist und Neuerwerb in diesem Abschnitt des Verfahrens darstellt, wenn der Erbfall nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens eintritt. Diesen muss der Schuldner zur Hälfte an den Treuhänder abführen, wenn er den Anspruch rechtshängig macht oder ein Anerkenntnis vorliegt. Dies entspricht der Begründung des Gesetzgebers zu § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO (BT-Drucks. 12/2443, S. 192). Dort wird ausdrücklich auf § 1374 Abs. 2 BGB hingewiesen. Nach dieser Vorschrift fällt auch ein Pflichtteilsanspruch in das Vermögen, das von Todes wegen erworben wird (Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1374 Rdnr. 10; für die Wohlverhaltensphase MünchKommInsO/Ehricke, 2. Aufl., § 295 Rdnr. 57, entgegen Römermann in Nerlich/Römermann, InsO, § 295 Rdnr. 24).

bb) Die Frage, ob es zu den Obliegenheiten des Schuldners gehört, eine in der Wohlverhaltensphase anfallende Erbschaft nicht auszuschlagen und einen Pflichtteilsanspruch, der in diesem Zeitraum anfällt, zu verfolgen, ist umstritten. Der BGH hat sie bislang nicht entschieden.

(1) Nach ganz überwiegend vertretener Auffassung wird die Frage verneint, weil es in der alleinigen persönlichen Entscheidungsmacht des Schuldners liege, ob er eine Erbschaft annehme oder ausschlage. Die entsprechende Befugnis werde ihm im eröffneten Verfahren durch § 83 Abs. 1 InsO verliehen. In der Wohlverhaltensphase könnten ihn deshalb auch keine weitergehenden Pflichten treffen. Der Verzicht auf einen Pflichtteil bedeute ebenso wenig eine Obliegenheitsverletzung wie die Ausschlagung einer Erbschaft (Andres/Leithaus, InsO, § 295 Rdnr. 5; FK-InsO/Ahrens, 5. Aufl., § 295 Rdnr. 42; Graf-Schlicker/Kexel, InsO, § 295 Rdnr. 10; HK-InsO/Landfermann, § 295 Rdnr. 14; HmbKommInsO/Streck, 3. Aufl., § 295 Rdnr. 10; MünchKommInsO/Schumann, § 83 Rdnr. 4; MünchKommInsO/Ehricke, § 295 Rdnr. 64; Römermann in Nerlich/Römermann, InsO, § 295 Rdnr. 26 f.; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Aufl., § 295 Rdnr. 34 f.; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 295 Rdnr. 19 b; Messner, ZVI 2004, 433, 434, 439; Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997, S. 166; Fuchs in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 1742 Rdnr. 183; Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 17 Rdnr. 142; vgl. LG Mainz, ZVI 2003, 362 für die entsprechend gelagerte Problematik der Ausschlagung im eröffneten Verfahren). Nach einer Mindermeinung sollen die Ausschlagung einer Erbschaft und der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs dagegen Obliegenheitspflichtverletzungen gemäß § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO sein, weil es zu den Pflichten des Schuldners

gehöre, zumindest einen Teil der Erbschaft seinen Gläubigern zugänglich zu machen (Dieckmann in Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 127, 131 f.; Bartels, KTS 2003, 41, 64 ff.; Thora, ZInsO 2002, 176, 178 f.).

(2) Der Senat hat die Frage bisher offen gelassen. In seinem Beschluss vom 18.12.2008 (ZInsO 2009, 299) ist das Problem nicht entscheidungserheblich gewesen. Dort war – im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt – der Erbfall während des eröffneten Verfahrens eingetreten. Der Gläubiger hatte seinen Versagungsantrag zwar auch auf § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO gestützt. Der Senat musste die Streitfrage aber nicht entscheiden, weil der Pflichtteilsanspruch nicht gleichzeitig zur Insolvenzmasse und zum Neuerwerb in der Wohlverhaltensphase gehören konnte. Ein Versagungsantrag im Schlusstermin war nicht gestellt worden, so dass die Frage eines Verstoßes gegen Mitwirkungspflichten im eröffneten Verfahren (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO) offen bleiben konnte.

(aa) Im vorliegenden Fall gehört der Pflichtteilsanspruch der Schuldnerin zum Neuerwerb in der Wohlverhaltensphase. Damit stellt sich die Frage nach der Obliegenheitsverletzung. Nach Ansicht des Senats ist sie zu verneinen. Der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase stellt – ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis – keine Obliegenheitsverletzung dar. Der Halbteilungsgrundsatz des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO greift erst ein, wenn der Schuldner die Erbschaft angenommen oder den Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht hat oder dieser anerkannt ist.

Zwar kann dem Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig entnommen werden, ob den Schuldner in der Wohlverhaltensphase die Obliegenheit trifft, eine Erbschaft nicht auszuschlagen oder einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Sinn und Zweck der Vorschrift verbieten es aber, dem Schuldner eine entsprechende Pflicht aufzuerlegen. Die Regelung soll den Schuldner davon abhalten, durch Ausschlagung der Erbschaft oder in anderer Weise dafür zu sorgen, dass ihm das betroffene Vermögen während der Wohlverhaltensphase gar nicht zufällt (BT-Drucks. 12/2443, S. 192). Gehörte es nach den Vorstellungen des Gesetzgebers zu den Obliegenheiten des Schuldners, in der Wohlverhaltensphase eine Erbschaft nicht auszuschlagen und Pflichtteilsansprüche geltend zu machen, hätte es einer entsprechenden Regelung nicht bedurft. Die Halbteilung und der mit ihr bezweckte Anreiz, die Erbschaft nicht auszuschlagen und keine Maßnahmen zu treffen, um Erwerb von Todes wegen in der Wohlverhaltensphase nicht anfallen zu lassen, hätten dann keinen Sinn. Der Gesetzgeber ist somit auch für die Wohlverhaltensphase von der vollen Dispositionsbefugnis des Schuldners ausgegangen, wie sie im eröffneten Verfahren im Anschluss an die frühere Bestimmung des § 9 KO in § 83 InsO gesetzlich geregelt ist. Die Entscheidung über die Erbausschlagung und die Geltendmachung eines Pflichtteils ist auch in der Wohlverhaltensphase höchstpersönlicher Natur und fällt nicht unter die Obliegenheiten des Schuldners aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

bb) Der persönliche Charakter des Ausschlagungsrechts (Staudinger/Otte, BGB, 2000, § 1942 Rdnr. 14 f.; MünchKommInsO/Schumann, § 83 Rdnr. 4), der auf den besonderen Beziehungen des Erben zum Erblasser beruht, ist auch in der Wohlverhaltensphase zu beachten. Er darf nicht durch einen mittelbaren Zwang zur Annahme der Erbschaft oder Geltendmachung des Pflichtteils unterlaufen werden, der sich ergeben würde, wenn man schon die Erbausschlagung selbst oder den Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteils als Obliegenheitspflichtverletzung i. S. d. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ansähe.

Anmerkung:

Der BGH hat in einer umstrittenen Rechtsfrage Klarheit geschaffen. Der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils in der Wohlverhaltensperiode stellt nach Auffassung des BGH keine Obliegenheitsverletzung dar und kann damit nicht zur Versagung der Restschuldbefreiung führen. Bereits mit seinem Beschluss vom 18.12.2008¹ hat sich der BGH mit dieser Thematik beschäftigt. Dort ging es um einen Pflichtteilsanspruch, der bereits im Insolvenzverfahren angefallen war und damit zwar – mangels Geltendmachung – für den Insolvenzverwalter wegen § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht verwertbar war, aber gleichwohl als zur Insolvenzmasse gehörend angesehen wurde.² Der BGH hat hier entschieden, dass der Pflichtteilsanspruch, wenn er zur Insolvenzmasse gehört, nicht zugleich Neuerwerb in der Wohlverhaltensphase sein kann. Somit musste ihn der Schuldner auch nicht zur Hälfte des Wertes herausgeben. Eine analoge Anwendung des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf solche Fälle lehnte der BGH ab.³ Die nun entschiedene Frage konnte er dabei allerdings noch offen lassen.

Die Entscheidung vom 25.6.2009 erweckt den Eindruck, dass die vom BGH nunmehr vertretene Ansicht schon bisher überwiegender Auffassung entsprach. Dem ist aber nicht so. Richtig ist vielmehr, dass die herrschende Meinung in der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses in der Wohlverhaltensperiode keine Obliegenheitsverletzung gesehen hatte.⁴ Beim Pflichtteilsanspruch hatten sich aber zahlreiche Stimmen für die Bejahung einer Obliegenheit zu dessen Geltendmachung ausgesprochen.⁵ Der BGH hat nun, im Einklang mit Teilen der Literatur,⁶ gegenteilig entschieden. Er argumentiert u. a. mit der Bestimmung des § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO. Dabei recurriert er maßgeblich auf die höchstpersönliche Natur des Entscheidungsrechts des Erben und des Pflichtteilsberechtigten.⁷

Die Entscheidung ist nicht frei von Bedenken, insbesondere wenn man sich die Behandlung des Pflichtteilsanspruchs in anderen Bereichen vor Augen führt. So hat der BGH vor nicht allzu langer Zeit entschieden, dass der Sozialhilfeträger berechtigt ist, den Pflichtteilsanspruch – unabhängig von dessen Geltendmachung – auf sich gemäß § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII (§ 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG a. F.) überzuleiten.⁸ Die Entschliebungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten wird damit im

Bereich des Sozialhilferechts vollständig aufgehoben. Von einer höchstpersönlichen Natur der Entscheidungsfreiheit kann hier somit nicht mehr gesprochen werden. Auch im Unterhaltsrecht besteht nach einer gefestigten und zustimmungswürdigen Rechtsprechung regelmäßig eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, und zwar sowohl für den Unterhaltsbedürftigen als auch für den Unterhaltsschuldner.⁹ Es wurde erkannt, dass unter bestimmten Umständen das Recht des Unterhaltsverpflichteten auf freie Entscheidung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs hinter die sich als höherwertig erweisende familienrechtliche Unterhaltspflicht zurücktreten muss. Warum dann das Interesse der Gläubiger im Restschuldbefreiungsverfahren nun generell hinter die Entschliebungsfreiheit des Erben und des Pflichtteilsberechtigten zurückzutreten hat ist – im Lichte des Art. 14 GG – nicht ohne weiteres einsichtig. Schließlich verwandeln sich die während der Wohlverhaltensperiode unbefriedigt gebliebenen Forderungen der Insolvenzgläubiger mit der Rechtskraft des die Restschuldbefreiung gewährenden Beschlusses in bloße Naturalobligationen.¹⁰ Man kann bzw. könnte aber von einem auf Restschuldbefreiung bedachten Schuldner durchaus verlangen, dass er bestimmte Vermögenswerte der Verteilungsmasse zuführt, die andere Schuldner, die nicht auf eine Restschuldbefreiung aus sind, im Hinblick auf ihre erbrechtliche Entschliebungsfreiheit der Masse vorenthalten können.¹¹ Schließlich spricht auch der Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO – soweit es um die Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs geht – eher gegen die Auffassung des BGH, schließlich ist der Pflichtteilsanspruch ab dem Erbfall zum Vermögen des Schuldners zu zählen.¹²

Die notarielle Praxis kann dennoch mit dem Beschluss gut leben. Schafft er doch in einem umstrittenen Bereich Rechtsklarheit und zwar so, dass es die Vertragsgestaltung grundsätzlich erleichtert. Neben der bloßen Nichtgeltendmachung des Pflichtteils kommt bei Überschuldeten als Gestaltungsmittel auch der Pflichtteilsverzicht oder der Erlass über einen bestehenden Pflichtteilsanspruch in Betracht. Beides kann damit auch nicht als Obliegenheitsverletzung gewertet werden.¹³ Der Pflichtteilsverzicht (in Verbindung mit einer vollständigen Enterbung) kann daher in diesen Bereichen wohl bedenkenlos als gestalterisches Instrument eingesetzt werden. Ebenso kann auch eine bewusste Erbeinsetzung mit dem Verweis auf eine mögliche Erbausschlagung des Überschuldeten erfolgen. Auch die Erbausschlagung stellt nun ausgehend von der BGH-Entscheidung keine Obliegenheitsverletzung dar. Die Ausschlagung der Erbschaft kann daher in jedem Stadium des Insolvenzverfahrens problemlos vorgenommen werden.

Allerdings ist die vollständige Enterbung bzw. die völlige Entsagung der Erbschaft durch Ausschlagung häufig nicht gewünscht. Nur die Gläubiger, nicht aber der Überschuldete selbst, sollen nach dem Willen des Erblassers regelmäßig leer

¹ ZInsO 2009, 299, 300.

² Näher zur Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse: *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, 2008, S. 186 ff. m. w. N.; zur Pfändung des Pflichtteilsanspruchs vor vertraglicher Anerkennung vgl. jüngst BGH, ZNotP 2009, 192.

³ Hierfür *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 191 m. w. N.

⁴ Ausführlich *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 79 ff. m. w. N.

⁵ Vgl. u. a. Gutachten, DNotI-Report 2003, 177, 182; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 252; *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 189 m. w. N.

⁶ So u. a. *Limmer*, ZEV 2004, 133, 137; näher zum bisherigen Meinungsspektrum: *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 188 ff.

⁷ Kritisch zur angeblichen Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts: *van de Loo*, ZEV 2006, 473, 474; *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 64 ff.; vgl. nunmehr auch OLG Hamm, DNotI-Report 2009, 153 = ZErB 2009, 302.

⁸ Vgl. BGH, ZEV 2005, 117, ferner BGH, MittBayNot 2006, 340; näher zum Ganzen *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 193 ff. m. w. N.

⁹ Ausführlich *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 107 ff. m. w. N.

¹⁰ Vgl. *Döbereiner*, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, S. 228.

¹¹ So zutreffend *Dieckmann* in Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 133.

¹² Anders ist die Rechtslage bei der Erbausschlagung zu beurteilen, vgl. *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 94 ff., 189 f.

¹³ Auch eine Anfechtung des Verzichts oder des Erlassvertrages macht insoweit keinen Sinn mehr. Hierzu *Menzel*, Entschliebungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 185 f. m. w. N.

ausgehen. Die Kautelarjurisprudenz beschäftigt sich daher schon seit längerer Zeit mit der Problematik der erbrechtlichen Zuwendungen an überschuldete oder sonst bedürftige Personen.¹⁴ Die grundlegenden Überlegungen haben sich durch den vorstehenden Beschluss nicht geändert. Als gestalterische Mittel kommen dabei neben der Zuwendung pfändungssicherer Rechte (z. B. Wohnrecht) vor allem, ähnlich wie beim Behindertentestament, die Kombination des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben gemäß § 2115 BGB und des Zugriffsverbots auf die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände nach § 2214 BGB in Betracht.¹⁵ Die Anordnung einer (nicht befreiten) Vorerbschaft alleine führt dagegen regelmäßig nicht zum gewünschten Ziel, da diese nur eine Verwertung der Nachlassgegenstände, nicht aber deren Pfändung verhindert.¹⁶ Zu beachten war bei der Gestaltung von Überschuldetentestamenten noch, dass die Grenze des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. nicht unterschritten wird, da sonst der Bedachte seinen Erbteil frei von allen angeordneten Beschränkungen und Beschwerden erhält.¹⁷ Diese Problematik wird allerdings durch die am 1.1.2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform entschärft. Nach dem neuen § 2306 Abs. 1 BGB kann der Beschwerte die Erbschaft nur annehmen oder ausschlagen und den Pflichtteil verlangen und zwar unabhängig davon, wie hoch der hinterlassene Erbteil ist. Bleibt der zugewandte Erbteil allerdings hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück, kann ein Zusatzpflichtteil (§ 2305 BGB) bestehen. Bei der Berechnung des Wertes bleiben dabei Beschränkungen und Beschwerden der in § 2306 bezeichneten Art außer Betracht, wie der neue § 2305 Satz 2 BGB klarstellt.

Da ausgehend von dem hier besprochenen Beschluss auch keine Obliegenheit zur Geltendmachung eines Vermächtnisanspruches besteht, ist zu überlegen, ob nicht auch die bloße Aussetzung von Vermächtnissen zugunsten Überschuldeter eine adäquate Gestaltungsmöglichkeit darstellt,¹⁸ da hier abweichend von den §§ 1943, 1944 BGB keine Ausschlagungsfrist gilt. Hierbei ist allerdings danach zu differenzieren, wann das Vermächtnis anfällt. Fällt das Vermächtnis im eröffneten Insolvenzverfahren an, ist strittig, ob ein Hinauszögern der Annahme des Vermächtnisses nach Aufhebung des eröffneten Verfahrens oder gar nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode von Erfolg gekrönt ist. Richtigerweise besteht hier, da die Annahme auf den Zeitpunkt des Anfalls zurückwirkt, die Gefahr der Nachtragsverteilung gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3

InsO.¹⁹ Fällt der Vermächtnisanspruch allerdings erst in der Wohlverhaltensperiode an, so dürfte die Hinauszögerung der Annahme nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode in der Tat die hälftige Herausgabeobliegenheit verhindern.²⁰ Für die Testamentsgestaltung ist die bloße Aussetzung von Vermächtnissen als Gestaltungsmittel angesichts der aufgezeigten Differenzierung daher nur bedingt geeignet, da der Erbfall für den Berater regelmäßig nicht prognostizierbar ist. Ob man die Problematik dadurch umgehen kann, indem man den Anfall des Vermächtnisses – trotz Eintritt des Erbfalls – auf den Zeitpunkt nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder gar nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode hinausschiebt, erscheint – angesichts des dann bestehenden Anwartschaftsrechts des Vermächtnisnehmers – fraglich.²¹ Vorsicht ist angesichts der am 1.1.2010 in Kraft getretenen Erbrechtsreform geboten. Die Streichung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB führt dazu, dass auch bei Vermächtnisnehmern die Regelverjährung von nur drei Jahren gilt.²² Damit dem Überschuldeten ein Hinauszögern über einen längeren Zeitraum möglich bleibt, sollte der Erblasser die Verlängerung der Verjährungsfrist anordnen.²³

Fazit: Auch wenn der Beschluss aus Sicht der notariellen Praxis zu begrüßen ist, stimmt die uneinheitliche Rechtsprechung im Bereich der „erbrechtlichen“ Entschließungsfreiheiten in Bezug auf Drittinteressen eher bedenklich. Was bleibt ist nunmehr eine gewisse Rechtssicherheit im Insolvenzrecht. In anderen Bereichen ist die Rechtslage aber – nach wie vor und mehr denn je – unklar.

Insbesondere im Bereich des Sozialhilferechts bestehen noch zahlreiche nicht höchstrichterlich entschiedene Streitfragen. Wie ist beispielsweise die Erbausschlagung in diesem Bereich zu beurteilen? Hierbei hat jüngst das OLG Hamm – entgegen der überwiegend vertretenen Ansicht – entschieden, dass die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft, die dazu führt, dass die Sozialhilfebedürftigkeit des vorläufigen Erben fortbesteht, sogar gegen die guten Sitten verstoßen kann.²⁴ Sofern der Erbe oder Vermächtnisnehmer auf eine Ausschlagung nicht angewiesen ist, weil ein Behindertentestament errichtet wurde, stellt sich ebenfalls die Frage nach der „Entschließungsfreiheit“ des Bedachten. Noch nicht endgültig geklärt ist dabei u. a. die Frage nach einer etwaigen Überleitung

¹⁴ Vgl. Engelmann, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfeempfänger, 2. Aufl.; Leipold in FS Gaul, 367, 375 f.; Ivo, ZErB 2003, 250, 256; Limmer, ZEV 2004, 133, 140 f.; Messner, ZVI 2004, 434, 437; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83 ff.; Everts, ZErB 2005, 353; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rdnr. 3126 ff.; Kornel, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rdnr. 400 jeweils m. w. N.

¹⁵ Näher zum Ganzen Ivo, ZErB 2003, 250, 256; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83; Everts, ZErB 2005, 353, 354; Gutachten, DNotI-Report 2006, 101; Limmer, ZEV 2004, 133 jeweils m. w. N.; strittig ist dabei u. a. ob man die Nacherbschaft und die Testamentsvollstreckung auch auflösend bedingt durch die Erteilung der Restschuldbefreiung anordnen kann oder ob ein etwa bestehendes Anwartschaftsrecht des Vorerben auf Erlangung einer unbeschränkten Erbenstellung jedenfalls in der Einzelvollstreckung pfändbar sein kann (näher hierzu Limmer, ZEV 2004, 133, 140 f.).

¹⁶ Vgl. Gutachten, DNotI-Report 2006, 101, 102 f. m. w. N.

¹⁷ Vgl. Everts, ZErB 2005, 353, 354.

¹⁸ Dieser Ansatz wurde natürlich bereits vor der besprochenen Entscheidung diskutiert. Vgl. hierzu u. a. Limmer, ZEV 2004, 133, 136 f. m. w. N.

¹⁹ Vgl. Menzel, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 166 f.; hierzu auch Limmer, ZEV 2004, 133, 136 m. w. N.; die gleiche Frage stellt sich auch beim Pflichtteil (offenlassend von BGH, ZinsO 2009, 199, 200), wengleich die Frage angesichts der kurzen Verjährungsfrist des § 2332 BGB weniger relevant sein dürfte. Noch weniger relevant ist die Problematik bei der Annahme der Erbschaft angesichts der kurzen Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB. Wegen der Änderung der Verjährungsfristen im Zuge der Erbrechtsreform siehe sogleich.

²⁰ Vgl. Menzel, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 167 f. m. w. N.

²¹ Ausgeschlossen erscheint mir dies aber nicht, jedenfalls dann nicht, wenn man die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Anwartschaftsrechtes ausschließt. Zur Problematik des Anwartschaftsrechtes des Vorerben auf eine unbeschränkte Erbenstellung siehe bereits Fn. 15.

²² Hierzu Hieke, FPR 2008, 553, 555.

²³ Hierzu Odersky, notar 2009, 362, 366.

²⁴ Vgl. OLG Hamm, DNotI-Report 2009, 153 = ZErB 2009, 302 = ZEV 2009, 471 m. zust. Anm. Leipold. Diese Ansicht ist mit der wohl h. M. abzulehnen. Richtigerweise kann die Erbausschlagung niemals sittenwidrig sein, sehr wohl aber als Obliegenheitsverletzung gewertet werden (zum Ganzen Menzel, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 43 ff. m. w. N.).

des Ausschlagungsrechts auf den Sozialhilfeträger.²⁵ Offen ist auch, ob im Einzelfall eine Obliegenheit zur Ausschlagung eines Behindertentestaments – zwecks Geltendmachung des Pflichtteils – bestehen kann.²⁶ Äußerst umstritten ist schließlich auch die Frage nach der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts zugunsten der Sozialhilfe.²⁷ Völlig offen und wenig diskutiert sind auch die Auswirkungen einer Erb- und Vermächtnisausschlagung im Bereich des Unterhaltsrechts.²⁸

Ein einheitliches Konzept zur Problemlösung derartiger „drittbelastender“ Konstellationen wird es jedenfalls in der Praxis – angesichts der divergierenden Entscheidungen – auf lange Sicht kaum geben. Verlässliche Rechtsauskünfte können diesbezüglich, insbesondere im Unterhalts- und Sozialhilferecht, derzeit nicht abgegeben werden.

Notarassessor Dr. Ralf Menzel, Dingolfing

25 Für eine Überleitung des Ausschlagungsrechts tritt – soweit ersichtlich – einzig *van de Loo* ein. Allerdings beschränkt er seine „Überleitungsthese“ nunmehr auf das Ausschlagungsrecht des Vermächtnisnehmers, vgl. *van de Loo*, ZEV 2006, 473, 477 ff., hierzu auch *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 162 ff.

26 Hierzu *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 220 ff. m. w. N.

27 Vgl. hierzu *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 245 ff. m. w. N.

28 Hierzu *Sturm*, Pflichtteil und Unterhalt, 1995, S. 190 ff.; *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 116 ff.

7. HeimG § 14 Abs. 1, 6; VwGO § 114 (*Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG*)

1. **Der Erblasser ist befugt, eine Ausnahme vom Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG zu beantragen (§ 14 Abs. 6 HeimG).**
2. **Für die analoge Anwendung des § 14 Abs. 1 HeimG reicht es aus, wenn der Heimträger und der Erbe zwar verschiedene juristische Personen sind, aber in der Öffentlichkeit als zusammengehörig auftreten.**
3. **Der Grad der gegenseitigen Abhängigkeit der juristischen Personen ist bei der Genehmigungsfähigkeit zu berücksichtigen.**

VG Würzburg, Urteil vom 3.6.2008, W 1 K 08.638; eingesandt von Notarassessor Dr. Florian Dietz, Fürth

Mit Schreiben vom 17.10.2006 beantragte der von der Klägerin bevollmächtigte Notar für die Klägerin die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG beim zuständigen Landratsamt. Die Klägerin hatte in ihrer letztwilligen Verfügung vom 17.10.2006 bestimmt, dass sie ihren einzigen Sohn T als nicht befreiten Vorerben und Miterben zu $\frac{6}{10}$ und die Stiftung L für Menschen mit geistiger Behinderung im Landkreis K (kurz: „Stiftung L“) zu $\frac{4}{10}$ als Miterbin einsetzt. Nacherbe des an den Sohn verfügten Erbteils soll ebenfalls die Stiftung L sein. Weiter verfügte die Klägerin, dass im Falle des Vorversterbens ihres Sohnes oder für den Fall, dass dieser sein Erbe nach dem Eintritt des Erbfalles ausschlägt, die Stiftung L alleinige Erbin werde. Außerdem ordnete die Klägerin Testamentsvollstreckung an. Der Testamentsvollstrecker solle vom AG K bestimmt werden; die Klägerin wünsche sich die L für Menschen mit geistiger Behinderung – Kreisvereinigung K und Umgebung e. V. (kurz: „L e. V. K“). Außerdem ist es ihr Wunsch, dass ihr Sohn nach ihrem Tod in einer Einrichtung der L wohnen solle, wobei die in Frage kommenden Heime von der L Wohnstätten gGmbH betrieben werden. An dieser gemeinnützigen Gesellschaft sind die L-vereine K und W zu jeweils 25 %, die W-GmbH zu 25 % und die Stiftung O ebenfalls zu 25 % beteiligt.

Das zuständige Landratsamt lehnte den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ab. Eine solche Ausnahmegenehmigung könne nur vom Heimträger beantragt werden, da auch der Adressat einer Ausnahmegenehmigung nur der Heimträger sei. Die Klägerin als Testatorin ebenso wie das von ihr beauftragte Notariat hätten lediglich einen Anspruch auf Information im Sinne von Beratung nach § 4 HeimG. Zudem falle die testamentarische Verfügung der Klägerin zugunsten der Stiftung L aufgrund der engen Verflechtung der Organe der Stiftung L sowie der L e. V. K unter das in § 14 Abs. 1 HeimG normierte Annahmeverbot. Es sei von einem Umgehungsfall auszugehen, der rechtlich nicht anders zu bewerten sei, als wenn die Leistung direkt dem Heimträger zufalle. Infolgedessen müsse das von der Klägerin verfasste Testament als nichtig angesehen werden, da es gegen ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB verstoße.

Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde von der zuständigen Regierung als unbegründet zurückgewiesen. Die Klägerin erhob sodann Klage zum VG Würzburg mit der Begründung, § 14 Abs. 1 HeimG finde auf den Fall der Klägerin zum jetzigen Zeitpunkt keine Anwendung. Der im Testament als nicht befreiter Vorerbe und Miterbe zu $\frac{6}{10}$ eingesetzte Sohn zähle noch nicht zu den Heimbewohnern und/oder Bewerbern um einen Heimplatz i. S. v. § 14 Abs. 1 HeimG, da ein Bewerbungsgesuch um einen Heimplatz noch gar nicht erfolgt sei. Eine erweiternde Auslegung des Wortlautes von § 14 Abs. 1 HeimG auf potentielle Heimbewerber sei aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht vertretbar und verletze die Testierfreiheit der Klägerin. Darüber hinaus wende die Klägerin in ihrem Testament Teile ihres Nachlasses lediglich der Stiftung L zu, die aber nicht als Heimträger anzusehen sei. Im Übrigen sei die grundsätzlich zulässige Einschränkung der Testierfreiheit der Klägerin durch § 14 Abs. 1 HeimG im konkreten Fall unverhältnismäßig, da ihr aufgrund fehlender anderer Bezugspersonen damit die einzig denkbare und aus Sicht der Klägerin sinnvolle letztwillige Verfügung verboten werde. Ihr müsse daher eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden. Die Klägerin sei auch antragsbefugt.

Im Laufe des Verfahrens legte die Klägerin ein aktuelles Testament vom 7.5.2007 vor, das die Ernennung des Testamentvollstreckers dem Nachlassgericht überlässt (§ 2200 BGB) und als Ersatzerben für den Fall der Nichtigkeit der anderweitigen Verfügungen den B e. V. nennt, mit der Auflage, das Vermögen für Menschen mit Behinderungen im Landkreis einzusetzen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist im Sinne eines Verbescheidungsurteils begründet; die Ablehnung der begehrten Genehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG durch den Beklagten mit Bescheid des Landratsamtes sowie der diesen bestätigende Widerspruchsbescheid der Regierung erweisen sich als rechtswidrig, so dass diese Bescheide aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten war, über den Antrag der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

1. Die Klägerin ist befugt, eine Ausnahme vom dem Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG (in der Bekanntmachung der neuen Fassung vom 5.11.2001, BGBl I, S. 2970) zu beantragen. Zwar richten sich die Verbote des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG, von denen § 14 Abs. 6 HeimG eine Ausnahmebewilligung vorsieht, an die Träger, Leitung und Beschäftigten von Heimen und nicht an diejenigen, die Geld oder geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren. Aus dieser Verbotsrichtung des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG lässt sich indes nicht schließen, dass nur die Verbotsadressaten auch eine Genehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG beantragen können. Das BVerfG ist vielmehr in seinem Beschluss vom 3.7.1998 (NJW 1998, 2964, 2965 = DNotZ 1999, 56) ohne weiteres davon ausgegangen, dass auch etwa ein Erblasser seinen letzten Willen dadurch sichern kann, dass er eine Erlaubnis für die Zuwendung beantragt. Dass das BVerfG diese Entscheidung zum Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG in der Fassung, die ab dem 1.1.1975 bis zum 31.7.1990 gültig war, getroffen hat, steht einer Anwendung des dortigen Rechtsgedankens auf den

vorliegenden Fall nicht entgegen, da die einschlägigen Formulierungen sowie der Gesetzeszweck die gleichen geblieben sind (früher: „Die zuständige Behörde kann Ausnahmen zulassen, wenn der Vermögensvorteil ausschließlich für gemeinnützige Zwecke oder einer Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung versprochen oder gewährt wird“ bzw. heute: „Die zuständige Behörde kann in Einzelfällen Ausnahmen von den Verboten der Absätze 1 und 5 zulassen, soweit der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind“). Die Ausnahmevorschrift nannte also weder damals, noch nennt sie heute, nur die Verbotsadressaten als mögliche Erlaubnisempfänger; das BVerfG sieht in der genannten Entscheidung vielmehr die Testierfreiheit u. a. gerade durch die Möglichkeit gewährt, eine vorherige Erlaubnis für die Zuwendung zu beantragen. Es kann daher der Auffassung des Beklagten nicht gefolgt werden, dass die Entscheidung des BVerfG auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde.

2. Die Entscheidung über eine Ausnahme nach § 14 Abs. 6 HeimG liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, hier des Landratsamtes. Aus der angefochtenen Entscheidung sowie der Widerspruchsentscheidung der Regierung wird deutlich, dass die zuständige Behörde das ihr eingeräumte Ermessen bisher noch gar nicht ausgeübt hat, da sie zum einen davon ausgegangen ist, dass der Klägerin gar keine Antragsbefugnis zustehe und zum anderen, dass eine Erlaubniserteilung vorliegend von vorneherein nicht in Frage komme. Auch dieser Ansicht vermag das Gericht nicht zu folgen, so dass der Beklagte zu verpflichten war, die Klägerin erneut zu bescheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO).

a) Die von der Klägerin im Testament vom 7.5.2007 getroffenen letztwilligen Verfügungen fallen, soweit die Stiftung L als Mit- bzw. Nacherbin eingesetzt wurde, unter das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG, der hier analog anzuwenden ist. Aus dem Testament selbst ergibt sich, dass der Sohn T der Klägerin als Heimplatzbewerber i. S. d. § 14 Abs. 1 HeimG anzusehen ist. Zwar ist offenbar bislang ein entsprechendes Ansinnen an den Träger des Wohnheimes, die L Wohnstätten gGmbH, noch nicht gerichtet worden, doch wird der Wunsch der Aufnahme des Sohnes in das K-Wohnheim im Testament vom 7.5.2007 derart „gewünscht“, dass damit eine untrennbare Verbindung zwischen Wohnheimaufnahme und letztwilliger Verfügung hergestellt ist, auch wenn keine Auflage oder kein Vermächtnis verfügt wurde. Eine rein formalistische Betrachtungsweise würde hier dem Zweck des § 14 Abs. 1 HeimG völlig zuwiderlaufen; die seit 2001 gültige Fassung des Verbotes hat die Bewerberinnen bzw. Bewerber um einen Heimplatz ausdrücklich in das Verbot mit aufgenommen, um bereits im Vorfeld der Aufnahme in das Heim den Schutz des Verbotes wirksam werden zu lassen; in einem Fall, in dem letztwillige Verfügung und Heimaufnahme derart verknüpft sind wie im vorliegenden Testament, kann daher nichts anderes gelten, als dass der Sohn der Klägerin als Bewerber im Sinne des Gesetzes anzusehen ist.

Eine Erlaubnis ist auch nicht deshalb überflüssig, weil es sich bei dem eingesetzten Mit- bzw. Nacherben, der Stiftung der L und dem Träger des Heimes (der L Wohnstätten gGmbH) um unterschiedliche juristische Personen handelt. Das erkennende Gericht kann dabei der Entscheidung des BayObLG vom 4.6.2003 (DNotZ 2003, 873) nicht folgen, wenn das BayObLG ausführt, das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG richte sich gegen den Träger des Heimes, also allein gegen diejenige juristische Person, die das Heim betreibe; eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 1 HeimG komme nur dann in Betracht, wenn sich die Zuwendung des Erblassers an einen vom

Verbot erfassten Adressaten darstellt. Dies könne dann der Fall sein, wenn etwa der Geschäftsführer der Heimträger-GmbH auch über die zugewendete Erbschaft (etwa als alleiniger Stiftungsvorstand) verfügen könne. Dem kann nicht gefolgt werden, da der Zeitpunkt des Erbfalles für das erkennende Gericht nicht vorhersehbar ist, so dass die Differenzierung, ob § 14 Abs. 1 HeimG analog anwendbar ist, wenn es sich bei dem zukünftigen Erben und dem Heimträger um verschiedene juristische Personen handelt, nicht danach getroffen werden kann, ob dieselbe natürliche Person in der einen wie in der anderen juristischen Person zur Entscheidung befugt ist. Die handelnden natürlichen Personen und deren Stellung in den jeweiligen juristischen Personen im Zeitpunkt des Erbfalles sind derzeit nämlich noch gar nicht feststellbar. Für eine analoge Anwendung des Verbotes des § 14 Abs. 1 HeimG reicht es daher aus, wenn die juristischen Personen derart miteinander verbunden sind, dass diese Verbindung für jeden Außenstehenden erkennbar ist und er davon ausgehen kann, dass die Zuwendung z. B. an die Stiftung, zumindest mittelbar auch der Arbeit der anderen juristischen Person, hier der gGmbH zugute kommt. Diese Voraussetzung ist vorliegend ohne weiteres gegeben, da sowohl die Stiftung als auch die Wohnstätten gGmbH entweder aus der L e. V. hervorgegangen sind oder diese als Mitgesellschafter haben. Es kann dabei auch keine Rolle spielen, ob der Anteil des eingetragenen Vereines an der gGmbH 25 % beträgt oder geringer ist, wie dies vom Klägerbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung in den Raum gestellt wurde. Der Internetauftritt der L e. V. K präsentiert das Wohnheim als Einrichtung der L. Für die Annahme einer Genehmigungspflicht nach § 14 Abs. 6 HeimG reicht diese nach außen erkennbare Verbindung aus, da der Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG es erfordert, allen Umgehungsmöglichkeiten zumindest in einem Erlaubnisverfahren entgegenzutreten zu können.

c) Das Maß der gegenseitigen Abhängigkeiten zwischen Erbe und Heimträger kann daher zwar nicht auf die Frage der Genehmigungspflicht Einfluss nehmen, sehr wohl aber bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit Berücksichtigung finden. Dabei ist auszugehen vom Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG. Diese Vorschrift hat zum Ziel, eine unterschiedliche Behandlung der Bewohner eines Heimes zu verhindern und die Bewohner vor finanzieller Ausnutzung oder Benachteiligung, insbesondere durch die nochmalige Abgeltung einer Leistung des Trägers zu schützen sowie die Testierfreiheit der Bewohner zu sichern; diese sollen davor bewahrt werden, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird. Bei § 14 HeimG handelt es sich daher um ein dem Schutz der Heimbewohner dienendes Verbotsgesetz (vgl. BayObLG, DNotZ 2003, 873 m. w. N.). Bei der Frage, ob eine Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG zu erteilen ist, sind daher diese Ziele des Heimgesetzes im Auge zu behalten, und es ist zu prüfen, ob der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote erfordert. Vorliegend treten dabei die Aspekte „finanzielle Ausnutzung und Benachteiligung der Bewohner“ sowie „Schutz der Testierfreiheit der Bewohner“ wohl in den Hintergrund, da davon auszugehen ist, dass der Sohn der Klägerin erst dann Bewohner des Heimes wird, wenn der Erbfall eingetreten ist; zu diesem Zeitpunkt kann jedoch das vorliegende Testament nicht mehr geändert werden. Als wesentlicher Schutzzweck des § 14 HeimG bleibt daher lediglich die Verhütung unterschiedlicher Behandlung der Bewohner des Heimes. Bei der Prüfung der Frage, ob dieser Schutzzweck die Aufrechterhaltung des Verbotes vorliegend unbedingt erfordert, wird das Landratsamt auch die Verflechtungen zwischen der Stiftung L, der L

e. V. und der gemeinnützigen GmbH berücksichtigen dürfen und darauf seine Ermessensentscheidung gründen können. Das Gericht dagegen ist nicht befugt, dieser Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde vorzugreifen, es verbleibt vielmehr allein bei der Feststellung, dass das Landratsamt bei der Ablehnung der Genehmigung nicht ermessensgerecht gehandelt hat (§ 114 VwGO).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Spall*, MittBayNot 2009, 9 (in diesem Heft).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. GmbHG n. F. § 19 Abs. 4 und 5 (*Cash-Pool II*)

- a) **Die Einzahlung der Einlage auf ein Konto, das in einen dem Inferenten zurechnenden Cash-Pool einbezogen ist, ist eine verdeckte Sacheinlage, wenn der Saldo auf dem Zentralkonto des Cash-Pools im Zeitpunkt der Weiterleitung zulasten der Gesellschaft negativ ist, andernfalls liegt ein Hin- und Herzahlen vor.**
- b) **Inwieweit bei einer als verdeckte Sacheinlage zu behandelnden Einzahlung der Inferent die nicht wirksam erbrachte Einlage noch einmal leisten muss, hängt davon ab, ob und in welcher Höhe die Gesellschaft durch die Einlagezahlung von einer Forderung des Inferenten befreit wird, die sie – ohne diese Einlagezahlung – aus ihrem Vermögen erfüllen könnte.**
- c) **Liegt ein Hin- und Herzahlen vor, befreit dies den Inferenten von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. erfüllt sind, also eine die Einlagepflicht substituierende Vereinbarung getroffen wird, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch gegen den Inferenten gedeckt ist und der Geschäftsführer diese Umstände bei der Anmeldung nach § 8 GmbHG angibt.**

BGH, Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07 („Cash-Pool II“); mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der H.-GmbH (nachfolgend: Schuldnerin), über deren Vermögen am 4.2.2005 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Gegründet wurde die Schuldnerin am 6.3.1998 von der E.-AG (nachfolgend: E.), deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte zu 1 ist, von der S.-AG & Co. KG (nachfolgend: S.), deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte zu 2 ist, und der K.-GmbH (nachfolgend: K.). Die S. übernahm am 12.1.2000 den Anteil der K. an der Schuldnerin und vereinigte ihn zu einem Geschäftsanteil. Am 8.5.2003 veräußerten die Beklagten ihre Geschäftsanteile an der Schuldnerin an die Streithelferin.

Am 6.3.1998 schlossen die Schuldnerin, die S. und die E. einen Cash-Management-Vertrag. Darin übernahmen die S. und die E. im zweijährigen Wechsel das Cash-Management für die Schuldnerin, beginnend mit der S. Die Schuldnerin sollte ihren gesamten Zahlungsverkehr über ein Konto bei der D.-Bank abwickeln, das mit einem Konto des jeweiligen Cash-Managers bei der D.-Bank gekoppelt und im Rahmen des Zero-Balancing ausgeglichen werden sollte. Der Cash-Manager gewährte der Schuldnerin eine kurzfristige Kreditlinie von 500.000 DM, mit der keine zusätzliche Liquidität zur Verfügung gestellt werden sollte, sondern die dem Ausgleich von Liquiditätsbedarfsspitzen aus Intramonatsschwankungen dienen sollte. Der Cash-Management-Vertrag war auf unbestimmte Zeit geschlossen und konnte erstmalig nach Ablauf von zwei Cash-Management-Perioden mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende einer Cash-

Management-Periode gekündigt werden. Der Cash-Manager und die Schuldnerin konnten jederzeit eine bankübliche Sicherung verlangen; der Cash-Manager sollte Sicherheiten nur geben müssen, solange und soweit seine Kreditanspruchnahme den ihm zustehenden Anteil am Eigenkapital der Schuldnerin überstieg. Entsprechend der Vereinbarung übernahm die E. nach Ablauf von zwei Jahren das Cash-Management für die Schuldnerin.

Die Gründungsgesellschafter zahlten die vereinbarten Einlagebeträge zwischen April und November 1998 in Teilbeträgen auf das in den Cash-Pool einbezogene Konto der Schuldnerin ein, die K. 600.000 DM (306.775,12 €), die S. und die E. jeweils 1.700.000 DM (869.196,20 €). Am 23.11.1998 zahlten die E. und die S. den letzten Teilbetrag i. H. v. 850.000 DM (434.598,10 €), die K. i. H. v. 300.000 DM (153.387,56 €). An diesem Tag nahm die Schuldnerin von dem ihr eingeräumten Kreditrahmen des Cash-Pools 91.669,22 DM (46.869,73 €) in Anspruch.

Der Kläger hat von der Beklagten zu 1 als Rechtsnachfolgerin der E. Zahlung von 1.700.000 DM (869.196,20 €) und von der Beklagten zu 2 als Rechtsnachfolgerin der S. sowie der K. 2.300.000 DM (1.175.971,32 €) mit der Begründung verlangt, die Einlage sei nicht wirksam erbracht worden. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

Die Revision hat gegen die Beklagte zu 2 teilweise Erfolg. Sie führt i. H. v. 869.196,20 € zur Aufhebung des Berufungsurteils und zu ihrer Verurteilung zur Zahlung von 822.326,47 € nebst Zinsen sowie hinsichtlich weiterer 46.869,73 € nebst Zinsen zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist sie dagegen unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten die Einlage mit der Einzahlung auf das Konto der Schuldnerin wirksam erbracht. Bei der Beklagten zu 1 liege schon deshalb kein unzulässiges Hin- und Herzahlen vor, weil sie 1998 am Cash-Pool nicht beteiligt gewesen und ihr der Abfluss der Mittel aus dem Cash-Pool nicht zugutegekommen sei. Die Einspeisung der Einlageleistung eines Gesellschafters in ein der Verfügungsmacht eines anderen Gesellschafters unterliegendes Zentralkonto führe nicht zu einer Rückzahlung an den Inferenten. Das gelte auch für die Zahlungen der K. Mit der Einzahlung durch die S. sei zwar der Tatbestand des „Hin- und Herzählens“ erfüllt worden. Da der Schuldnerin aber aus dem Cash-Pool später mindestens in Höhe der geschuldeten Einlage Mittel zur Verfügung gestellt worden seien, habe die S. ihre Einlageschuld nachträglich erfüllt.

II.

Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand. E. und K. haben mit den Einzahlungen auf das Konto der Schuldnerin ihre Einlageschuld getilgt, nicht dagegen die S.

1. Die S. hat weder mit den Einzahlungen noch mit späteren Leistungen an Gläubiger der Schuldnerin mit Mitteln aus dem Cash-Pool ihre Einlageverpflichtung i. H. v. 869.196,20 € erfüllt.

a) Die S. hat die Einlageschuld mit den Zahlungen auf das Konto der Schuldnerin nicht getilgt, weil die Mittel an sie als Inhaberin des Zentralkontos zurückflossen. Die Einlageverpflichtung wird nicht erfüllt, wenn eine als Einlage geleistete Zahlung unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln im Wege der verdeckten Sacheinlage oder durch ein verbotenes Hin- und Herzahlen an den Inferenten zurückfließt (§ 19 Abs. 1 GmbHG; BGH, ZIP 2009, 713, Tz. 18 = DNotZ 2009, 766 „Qivive“). Die geleisteten Einlagemittel fließen an den

Inferenten zurück, wenn sie auf ein in einen Cash-Pool eingebundenes Konto der Gesellschaft eingezahlt werden, von dort auf ein Zentralkonto weitergeleitet werden und der Inferent über dieses Zentralkonto mittelbar oder unmittelbar verfügungsberechtigt ist.

aa) Soweit im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrags der Saldo auf dem Zentralkonto zulasten der Gesellschaft negativ ist, liegt eine verdeckte Sacheinlage vor. Als verdeckte Sacheinlage wird es angesehen, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll (vgl. BGHZ 166, 8 Tz. 11 = DNotZ 2006, 543 „Cash-Pool I“). Der Gesellschaft fließt im wirtschaftlichen Ergebnis infolge der Weiterleitung der Bareinlage auf das Zentralkonto nicht der vereinbarte Barbetrag, sondern die Befreiung von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Verbindung zu. Sie erhält damit nicht den Barbetrag, sondern mit dem Verzicht der Inferentin auf die Darlehensrückzahlung einen Sachwert. Die bei Neuforderungen des Gesellschafters, die erst nach Übernahme der Einlage entstehen, notwendige definitive, auf den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage abzielende Vereinbarung (vgl. BGHZ 152, 37, 43) liegt bereits in der Vereinbarung der Zahlung auf ein in einen Cash-Pool einbezogenes Konto. Der Inferent nimmt es bei der Vereinbarung eines Cash-Pools in Kauf, dass auf dem Zentralkonto des Cash-Pools im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrags ein negativer Saldo zulasten der Gesellschaft besteht und es dann zu einer verbotenen Verrechnung kommt.

bb) Soweit die Einlage dagegen auf ein Zentralkonto des Inferenten weitergeleitet wird, dessen Saldo ausgeglichen oder zugunsten der Gesellschaft positiv ist, liegt ein reines Hin- und Herzahlen vor. Mit der Weiterleitung auf das Zentralkonto gewährt die Gesellschaft dem Inferenten ein Darlehen. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt die für die Erfüllung der Einlageschuld (§ 19 Abs. 1 GmbHG) erforderliche Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend an den Inferenten zurückfließt und die Einlageforderung der Schuldnerin durch eine schwächere Rückzahlungsforderung ersetzt wird (BGHZ 165, 113, 116; 165, 352, 356; 174, 370 Tz. 6; BGH, ZIP 2009, 713, Tz. 15 = DNotZ 2009, 766 „Qivive“).

cc) Der Gesetzgeber ist dieser Unterscheidung gefolgt und hat mit § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG n. F. (Fassung des MoMiG vom 23.10.2008, BGBl I, S. 2026) lediglich die Rechtsfolgen neu geregelt (vgl. BGH, ZIP 2009, 713 Tz. 15 = DNotZ 2009, 766 „Qivive“).

Eine verdeckte Sacheinlage befreit nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung, führt aber – bezogen auf den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Leistung – zur Anrechnung des Wertes der Vermögensgegenstände, die der Gesellschafter aufgrund der nunmehr als schuldrechtlich und dinglich wirksam angesehenen Verträge über die verbotene Sacheinlage tatsächlich erbracht hat.

Wenn ein bloßes Hin- und Herzahlen vorliegt, nämlich eine Einlageleistung vereinbart wird, die wirtschaftlich der Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. zu beurteilen ist, wird der Inferent grundsätzlich ebenfalls nicht von seiner Einlageverpflichtung frei (§ 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG n. F.). Etwas anderes gilt nur, wenn die besonderen Voraussetzungen

des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. erfüllt sind, also eine die Einlagepflicht substituierende Vereinbarung getroffen wird, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch gegen den Inferenten gedeckt ist und der Geschäftsführer diese Umstände bei der Anmeldung nach § 8 GmbHG angibt.

Liegt schließlich nur teilweise eine verdeckte Sacheinlage vor, weil die Einlagezahlung den negativen Saldo zulasten der Gesellschaft im Zentralkonto übersteigt, ist der Vorgang teilweise als verdeckte Sacheinlage, teilweise als Hin- und Herzahlen zu beurteilen. Da die Einlagezahlung aufgeteilt werden kann, ist nicht in Höhe der gesamten Zahlung von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen (vgl. *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1454; *Bormann/Urlachs*, DStR 2009, 641, 645).

dd) Die Einlage der S. floss unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln im Wege der verdeckten Sacheinlage bzw. durch ein verbotenes Hin- und Herzahlen vereinbarungsgemäß mit der Weiterleitung auf das Zentralkonto des Cash-Pools an sie zurück. Die S. war Cash-Pool-Managerin und über das Zentralkonto verfügungsbefugt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das in Höhe der gesamten Einlage der S. i. H. v. 869.196,20 € von einem Hin- und Herzahlen ausgegangen ist, mit Rücksicht auf die seinerzeit geltende Rechtslage auch keinen Anlass zu einer Differenzierung hatte, kommt i. H. v. 46.869,73 € statt eines Hin- und Herzahlens auch eine verdeckte Sacheinlage in Betracht. Am Tag der von ihr erbrachten letzten Teilzahlung am 23.11.1998 i. H. v. 434.598,10 € bestand auf dem Zentralkonto zulasten der Schuldnerin ein Sollsaldo von 46.869,73 €. Soweit die Zahlung der S. und nicht – wie vom Berufungsgericht ohne nähere Begründung angenommen – die Zahlung der E. der Rückführung des Sollsaldo zuzuordnen ist, wurde damit ein auf dem Zentralkonto von der S. zur Verfügung gestelltes Darlehen getilgt.

In Höhe der den Sollsaldo übersteigenden Zahlung (387.728,37 €) liegt ebenso wie bei den ersten beiden Teilzahlungen von jeweils 217.299,05 € ein bloßes Hin- und Herzahlen vor. Insoweit wurde der S. von der Schuldnerin ein Darlehen auf dem Zentralkonto gewährt, weil der Saldo neutral bzw. positiv war.

Für die Beurteilung, ob die S. den Einlagebetrag noch einmal zahlen muss, kommt es – ungeachtet des Umstandes, dass auch nach Inkrafttreten des MoMiG verdeckte Sacheinlagen verboten sind und keine Erfüllungswirkung entfalten und ein Hin- und Herzahlen nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. Tilgungswirkung haben kann – nunmehr auf die Unterscheidung von verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen an, weil der Gesetzgeber des MoMiG die Rechtsfolgen in § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG n. F. mit Rückwirkung (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG) neu gestaltet hat (siehe dazu unten c).

b) Die Einlage ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nicht später durch die Bezahlung von Rechnungen der Schuldnerin mit Mitteln aus dem Cash-Pool geleistet worden.

aa) Soweit hinsichtlich der letzten Teilzahlung – wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist – i. H. v. 46.869,73 € eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, hat die S. ihre Einlageverpflichtung nicht erfüllt. Wenn mit der Zahlung der Einlage auf ein in den Cash-Pool einbezogenes Konto und Weiterleitung auf das dem Inferenten zuzuordnende Zentralkonto eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, führen spätere Leistungen aus

dem Cash-Pool nach der Rechtsprechung des Senats nicht zur Tilgung der Einlageschuld (vgl. BGHZ 166, 8 Tz. 25 = DNotZ 2006, 543 „Cash-Pool I“).

bb) Auch beim bloßen Hin- und Herzahlen wird die fortbestehende Einlageschuld nicht durch spätere Leistungen über den Cash-Pool an Gläubiger der Gesellschaft getilgt. Zwar kann in den Fällen, in denen mit dem „her“ gezahlten Geld eine Darlehensschuld des Inferenten gegen die Gesellschaft begründet wurde, in der späteren Rückzahlung des „Darlehens“ eine Tilgung der Einlageschuld liegen (vgl. BGHZ 165, 113, 117). Einer solchen erneuten Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen Zahlungen des Cash-Pool-Managers an Gläubiger für Rechnung der Gesellschaft aber nicht gleich. Im Rahmen des Zero-Balancing lassen sich die einzelnen Leistungen nicht wie im Falle der vermeintlichen Darlehensrückzahlung zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen (vgl. BGHZ 166, 8 Tz. 25 = DNotZ 2006, 543 „Cash-Pool I“). Dass das Konto der Schuldnerin übersichtlich war, genügt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu einer eindeutigen Zuordnung der Zahlungen nicht. In den Cash-Pool sind weitere Leistungen an die Schuldnerin geflossen und zur Rechnungsregulierung verwendet worden, die es ausschließen, Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft gerade der Einlageforderung bzw. der Rückzahlung des der Cash-Pool-Managerin gewährten Darlehens zuzuweisen. Neben den Einlagen der anderen Gesellschafter sind Lohnkostenzuschüsse und ein Darlehen der DGZ über das Konto der Schuldnerin auf das Zentralkonto gelangt. Auch dass auf den Kontoauszügen des Unterkontos der Schuldnerin jeweils zunächst eine Gutschrift vom Zentralkonto auf das Unterkonto in Höhe eines dann an Dritte überwiesenen Betrages ausgewiesen ist und so der Eindruck erweckt wird, es sei zunächst Geld vom Cash-Pool auf das Unterkonto überwiesen worden, führt entgegen der Revisionsrüge nicht dazu, dass in Höhe der Gutschrift auf dem Unterkonto jeweils eine Tilgung der Einlageschuld anzunehmen ist. Dabei handelt es sich nur um eine technische Darstellung des Zero-Balancing, der keine gezielte Überweisung von Geld durch die Cash-Pool-Managerin zugrundeliegt.

c) Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

Soweit ein Hin- und Herzahlen vorliegt, ist die Beklagte zu 2 von der Verpflichtung, die Einlage zu leisten, nicht infolge der erst nach Erlass des Berufungsurteils in Kraft getretenen, aber nach § 3 Abs. 4 EGGmbHG mit Rückwirkung ausgestalteten Neuregelung der Kapitalaufbringung in § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. frei geworden. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind hier nicht erfüllt. Die vereinbarte Rückzahlung der Einlage an den Gesellschafter, die nach dem konstitutiv wirkenden § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n. F. in der Anmeldung nach § 8 GmbHG anzugeben ist, befreit nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Der Rückgewähranspruch der Schuldnerin war weder jederzeit fällig noch durch eine fristlose Kündigung jederzeit fällig zu stellen, und die Leistung in den Cash-Pool war in der Anmeldung der Schuldnerin nicht angegeben.

aa) Wie der Senat bereits entschieden hat (ZIP 2009, 713 Tz. 16 = DNotZ 2009, 766 „Qivive“), ist die Offenlegung der verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n. F.) eine Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld. Die Beklagte zu 2, die als Inferentin für die ordnungsgemäße Einlageleistung darlegungs- und beweispflichtig ist (BGH, ZIP 2007, 1755

m. w. N.), hat nicht behauptet, dass bei der Anmeldung Angaben zum Cash-Management-Vertrag gemacht wurden.

bb) Der Rückforderungsanspruch war nicht jederzeit fällig. Die Möglichkeit, im Rahmen des Cash-Pooling über den abgeflossenen Betrag zu verfügen, führt nicht zur Fälligkeit des Rückgewähranspruchs. Eine Verrechnung von Abflüssen aus dem Cash-Pool mit dem Rückforderungsanspruch ist frühestens nach befreiender Leistung der Einlage i. S. v. § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. möglich. Andernfalls ist die Zahlung an Gläubiger der Gesellschaft keine Rückzahlung des von der Gesellschaft ausgereichten Darlehens. Außerdem kann die Gesellschaft einen positiven Saldo unter dem Cash-Pool ohne Kündigung des Cash-Management-Vertrags nicht realisieren. Wenn die Gesellschaft – wie das im Cash-Pool regelmäßig der Fall ist – alle Zahlungen über ein Konto abzuwickeln hat, das in den Pool einbezogen ist, führt eine Rückforderung des ausgereichten Darlehens umgehend über das Zero-Balancing zu einem Rückfluss an den Gesellschafter, der über das Zentralkonto verfügt.

cc) Die Weiterleitung der Einlage vom Konto der Schuldnerin auf das Zentralkonto des Cash-Pools hat die Beklagte zu 2 von der Einlageverpflichtung ferner deswegen nicht befreit, weil der Cash-Management-Vertrag nicht jederzeit fristlos gekündigt werden konnte.

Der sofortigen Fälligkeit (§ 19 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 GmbHG n. F.) gleichwertig ist nur die Befugnis, den Rückgewähranspruch ohne Einschränkungen jederzeit fällig stellen zu können. Der Gesetzgeber wollte einen Ausgleich dafür schaffen, dass die Vollwertigkeitsprüfung zeitbezogen bei Einlageleistung stattfinden muss, die Verhältnisse der Inferentin als Darlehensnehmerin sich aber während der Laufzeit des Geschäfts, aus dem sich der Rückzahlungsanspruch ergibt, zum Nachteil der GmbH und ihrer Gläubiger ändern können (BT-Drucks. 16/9737, S. 97). Das setzt voraus, dass die Gesellschaft den der Einbeziehung in den Cash-Pool zugrundeliegenden Vertrag nicht nur bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse im Regelfall (§ 490 Abs. 1 BGB) oder aus wichtigem Grund nach einer Abwägung der beiderseitigen Interessen (§ 314 Abs. 1 BGB), sondern jederzeit ohne Einschränkung kündigen kann.

Diesen Anforderungen an das Kündigungsrecht genügt der zwischen der E., der S. und der Schuldnerin abgeschlossene Cash-Management-Vertrag nicht. In § 11 Abs. 2 des Cash-Management-Vertrages ist ein ordentliches Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Ende einer 2-jährigen Cash-Management-Periode vereinbart. Ein Recht zur fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund ist nicht eingeräumt, lediglich das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund soll von der Befristung unberührt bleiben.

2. Gegen die Beklagte zu 1 ist die Klage dagegen mit Recht abgewiesen worden. E. und K. haben ihre Einlageschuld nach § 19 Abs. 1 GmbHG erfüllt, als sie die Einlage auf das Konto der Schuldnerin leisteten. Mit der Weiterleitung auf das Zentralkonto des Cash-Pool-Managers floss ihre Einlage nicht an sie selbst zurück, sondern an die S. als Kontoinhaberin und Cash-Pool-Managerin.

a) Die Weiterleitung auf das Zentralkonto führt nicht schon deshalb zu einer Rückzahlung an die E. als Inferentin, weil sie nach zwei Jahren vereinbarungsgemäß das Cash-Pool-Management übernehmen sollte. Das eingezahlte Kapital stand der Schuldnerin für die Dauer von zwei Jahren zur Verfügung. Von einem Hin- und Herzahlen kann nicht mehr gesprochen werden, weil der Kapitalaufbringungsvorgang beim turnusmäßigen Wechsel des Cash-Managers abgeschlossen war.

Selbst wenn die E. mit der Übernahme des Cash-Pool-Managements zwei Jahre nach der Zahlung einen positiven Saldo zugunsten der Schuldnerin übernommen hätte, könnte eine solche Zahlung der ursprünglich geschuldeten Einlage nicht mehr zugeordnet werden.

b) Mit der Weiterleitung an die Mitgeschafterin S. floss die Einlage auch nicht mittelbar an die E. zurück. Die Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln setzt keine personelle Identität zwischen Inferent und Auszahlungsempfänger voraus. Ausreichend, aber auch erforderlich ist bei der Weiterleitung der Einlagemittel an einen Dritten, dass der Inferent dadurch in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst. Mittelbar zugute kommt dem Inferenten die Leistung insbesondere, wenn die Zahlung an einen vom Gesellschafter beherrschtes Unternehmen weitergeleitet wird (BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223; BGHZ 166, 8 Tz. 18 = DNotZ 2006, 543 „Cash-Pool I“; BGHZ 171, 113 Tz. 8 = DNotZ 2007, 708; BGHZ 174, 370 Tz. 6 = DNotZ 2008, 545 = MittBayNot 2008, 139). Zwischen der E. und der Cash-Pool-Managerin S. bestanden keine solchen gesellschaftsrechtlichen Verbindungen. Die S. war eine Tochter der Su., mit der die E. nicht ihrerseits verbunden war.

Der Abschluss des Cash-Pool-Vertrages zwischen der E. und der S. führte auch nicht dazu, dass die Einlage der E. an ein gemeinsam beherrschtes Unternehmen floss. Mit dem Cash-Management-Vertrag entstand keine BGB-Innengesellschaft. S. und E. sollten alternierend, nicht gemeinsam und nicht gleichzeitig Cash-Manager sein. Solange die S. Cash-Manager war, hatte die E. keine Zugriffsrechte auf das Zentralkonto. Die E. musste bei Übernahme des Cash-Managements ein eigenes Zentralkonto einrichten. Die Vertragsgestaltung des Cash-Management-Vertrages gab der E. während des Cash-Managements durch die S. keine Einflussmöglichkeiten, die einer Beherrschung gleichkommen.

c) Entsprechendes gilt für die Einlagezahlung der K., die an dem Cash-Pool-Vertrag nicht beteiligt und kein mit der S. verbundenes Unternehmen war.

III.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, soweit die Klage gegen die Beklagte zu 2 i. H. v. 46.869,73 € nebst Zinsen abgewiesen wurde. Im Umfang der weitergehenden Aufhebung (822.326,47 € nebst Zinsen) kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, weil sie zur Endentscheidung reif ist (§ 563 ZPO).

1. Hinsichtlich der letzten Teilzahlung am 23.11.1998 ist die Sache i. H. v. 46.869,73 € noch nicht zur Endentscheidung reif, da die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen fehlen.

a) Aufgrund der bisherigen Feststellungen lässt sich nicht beurteilen, ob die Zahlung des letzten Teils der Resteinlage zur Rückführung eines der Gesellschaft von der Beklagten zu 2 gewährten Darlehens geführt hat. Alle Gesellschafter zahlten die Resteinlage jeweils in einer die Höhe des Soll-Saldos auf dem Zentralkonto übersteigenden Höhe am 23.11.1998 auf das Konto der Schuldnerin. Wenn – wie üblich – zwischen dem Unterkonto und dem Zentralkonto im Cash-Pool ein Ausgleich am Ende des Tages stattfindet, kann die Tilgung des Soll-Saldos auf dem Zentralkonto nicht ohne weiteres der Einlage eines bestimmten Gesellschafters zugeordnet werden. Das Berufungsgericht wird daher nach weiterem Sachvortrag der Parteien ggf. zunächst festzustellen haben, ob sich aus vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien eine Zuordnung vornehmen lässt. Sofern die Einlagezahlungen

der Gesellschafter am 23.11. gesammelt auf das Zentralkonto weitergeleitet wurden und die Zahlungen sich nicht einem Gesellschafter zuordnen lassen, ist die Leistung der S. entsprechend ihrem Anteil an der Gesamteinnahme auf dem Konto der Schuldnerin an diesem Tag auf den Soll-Saldo zu verteilen und in dieser Höhe als verdeckte Sacheinlage, im Übrigen als bloßes Hin- und Herzahlen zu behandeln.

b) Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass jedenfalls teilweise eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, ist der Wert der Forderung der Beklagten zu 2 gegen die Schuldnerin zu ermitteln. Im Umfang einer verdeckten Sacheinlage ist auf die Einlageverpflichtung der Beklagten zu 2 der Wert des Verzichts auf die Darlehensrückzahlung und damit der Wert der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Zentralkonto nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. „anzurechnen“. Da noch völlig offen ist, inwieweit eine Anrechnung in Frage kommt, und eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG deswegen derzeit ausscheidet, kann offen bleiben, ob gegen eine rückwirkende Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. auf „Altfälle“ verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (vgl. einerseits *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 901, andererseits *Fuchs*, BB 2009, 170, 174).

2. Hinsichtlich der weiteren 822.326,47 € kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, da keine weiteren Feststellungen zu treffen und zu erwarten sind.

a) Die Beklagte zu 2 schuldet noch die Zahlung der Einlage. Die Resteinlage war vor Abtretung des Anteils der Beklagten zu 2 an die Streithelferin fällig. Da die Gesellschafter die Einforderung der Resteinlagen jeweils unter Bestimmung einer Frist in Anwesenheit aller Gesellschafter beschlossen haben, war eine förmliche Anforderung durch die Geschäftsführer entbehrlich (vgl. *Scholz/Uwe H. Schneider/Westermann*, GmbHG, 10. Aufl., § 19 Rdnr. 10).

(...)

Anmerkung:

I. Verdeckte Sacheinlage und „Hin- und Herzahlen“ nach MoMiG

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹ hat der Gesetzgeber u. a. wichtige Fragen der Kapitalaufbringung neu geregelt. Insbesondere wurden die Folgen einer verdeckten Sacheinlage und des sog. „Hin- und Herzählens“, also der (regelmäßig im Rahmen eines Darlehensvertrages erfolgenden) Rückzahlung der Bareinlage an den Inferenten, kodifiziert.

Nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. befreit eine verdeckte Sacheinlage den Gesellschafter zwar nicht von seiner Einlageverpflichtung, die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung sind jedoch auch nicht wie vor Inkrafttreten des MoMiG unwirksam. Vielmehr wird der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters automatisch angerechnet, ohne dass hierfür eine Willenserklärung einer Partei erforderlich wäre (sog. „Anrechnungslösung“).

Gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. tritt im Falle eines „Hin- und Herzählens“ der Stammeinlage Erfüllungswirkung (nur ein, wenn (nicht: „soweit“!) die Zahlung an die Gesellschafter

¹ BGBl 2008 I, S. 2026, in Kraft seit 1.11.2008.

ter durch einen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist, der (1) vollwertig und (2) jederzeit fällig ist oder zumindest durch Kündigung seitens der Gesellschaft fällig gestellt werden kann. Ist dies nicht der Fall, bleibt die Einlageschuld in voller Höhe bestehen (sog. „Alles-oder-Nichts-Prinzip“). Insofern besteht eine Ungleichbehandlung des Hin- und Herzahlens mit der Anrechnungslösung bei der verdeckten Sacheinlage, die der Gesetzgeber mit der Tatsache begründet, dass anders als bei der verdeckten Sacheinlage beim Hin- und Herzahlen kein tatsächlicher Mittelzufluss erfolgt, sondern nur eine neue schuldrechtliche Forderung begründet wird. Es ist eine streng bilanzielle Betrachtungsweise anzulegen: Die Erfüllung der Einlageschuld kann nur dann angenommen werden, wenn die Einlagenrückgewähr durch einen sowohl voll- als auch gleichwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist und damit ein reiner Aktivtausch vorliegt.

Diese hier nur in ihren Grundzügen dargestellte gesetzliche Neuregelung hat viele Fragen aufgeworfen, insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen der Anrechnungs- bzw. Erfüllungswirkung.² Mittlerweile hatte der BGH Gelegenheit, in zwei wichtigen Entscheidungen hierzu Stellung zu nehmen.

II. „Qivive“³

In seinem Urteil in Sachen Qivive hat der BGH festgestellt, dass eine verdeckte Sacheinlage die Einlagefähigkeit des verdeckt erworbenen Gegenstands voraussetzt. Konkret hat das Gericht entschieden, dass die Einbringung entgeltlicher Dienstleistungen nicht sacheinlagefähig ist und damit auch nicht Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage sein kann. Das Gericht argumentiert insofern, der den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage inhärente Vorwurf einer Umgehung der im Interesse des Gläubigerschutzes bestehenden Vorschriften über Sacheinlagen setze voraus, dass der Gesellschafter den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften hätte erreichen können. Da eine Umgehungshandlung den Tatbestandsmerkmalen der umgangenen Norm entsprechen muss, Dienstleistungen aber von den Sacheinlagevorschriften nicht erfasst würden, könnten die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage demnach hier auch nicht entsprechend herangezogen werden. Die Rechtsordnung sieht nach Ansicht des BGH für die Einbringung von Dienstleistungen eben kein Verfahren vor. Die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage könnten aber nicht an die Nichteinhaltung eines nicht bereitgestellten Verfahrens anknüpfen.⁴

Von mindestens ebenso großer Bedeutung ist die ausdrück-

liche Feststellung des BGH, dass die Offenlegung des Hin- und Herzahlens (auch in Altfällen) eine zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld darstellt.⁵

III. „Cash-Pool II“⁶

1. Einführung

Cash-Pool II hat nun weiteres Licht ins Dunkel der Kapitalaufbringung nach Inkrafttreten des MoMiG gebracht und beschäftigt sich in erster Linie mit Fragen rund um den sog. „physischen“⁷ Cash-Pool. Darunter versteht man die wirtschaftlich sinnvolle, bisher im Lichte der Kapitalaufbringung und -erhaltung höchst problematische Praxis der Zusammenfassung von Liquiditätsüberschüssen im Rahmen der zentralen Konzernfinanzierung mittels Darlehensbeziehungen der beteiligten Konzerngesellschaften. Zur Einführung eines Cash-Pools schließen die beteiligten Konzerngesellschaften und die kontoführenden Institute einen Cash-Management-Vertrag, auf dessen Grundlage die Salden der laufenden Bankkonten (Quellkonten) bankarbeitstäglich auf ein zentrales Bankkonto (Zentralkonto) übertragen und auf diese Weise ausgeglichen werden. Das Quellkonto schließt täglich mit einem Saldo von Null ab, während sich der Saldo auf dem Zentralkonto um den jeweiligen Übertrag verändert. Rechtlich betrachtet besteht der Cash-Pool aus Darlehensbeziehungen: Bei einem positiven Saldo gewährt die Gesellschaft der Cash-Pool-Führerin ein Darlehen, bei einem negativen Saldo ist die Gesellschaft Empfängerin eines Darlehens.⁸

Bereits vor Inkrafttreten des MoMiG war die Kapitalaufbringung im Cash-Pool höchst umstritten. In seinem Urteil „Cash-Pool I“⁹ hatte der BGH entschieden, dass die Erbringung einer Bareinlage an eine GmbH keine wirksame Einlageleistung darstellt, wenn die auf die Stammeinlage oder den Kapitalerhöhungsbeschluss geleisteten Barmittel im Rahmen eines Cash-Pool in Gestalt des „zero balancing“ an ein mit ihm verbundenes Unternehmen zurückfließen. Das Gericht hat eine Tilgung der Einlageschuld schon deshalb verneint, weil das Geld nicht zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung einbezahlt worden sei. Ein solcher Zahlungsvorgang sei vielmehr als unwirksames Umgehungsgeschäft in Form der verdeckten Sacheinlage zu klassifizieren.

2. Differenzierung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen

Im Rahmen von „Cash-Pool II“ hatte der BGH nun erstmals Gelegenheit, zu den Auswirkungen von §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG auf den Cash-Pool Stellung zu nehmen. Der Zweite Zivilsenat nutzte diese Möglichkeit, um bislang offene Fragen zum Verhältnis zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin-

² Siehe hierzu z. B. *D. Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Teil D. I., Rdnr. 94 ff.

³ BGH, Urt. v. 16.2.2009, II ZR 120/07, NZG 2009, 463 = DNotZ 2009, 766. Hierzu *Theusinger*, NZG 2009, 641.

⁴ Gegen eine Anwendbarkeit der Regeln über die verdeckte Sacheinlage auf Dienstleistungen u. a. auch *Wicke*, GmbHG, 2008, § 19 Rdnr. 23. Demgegenüber wurde in anderen Teilen der Literatur bislang vertreten, dass die fehlende Sacheinlagefähigkeit erst recht zur Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage führen müsse. Wenn es für die Unzulässigkeit der Einlage bereits ausreiche, das für Sacheinlagen vorgesehene Verfahren nicht einzuhalten, so müsse dies nach Ansicht dieser Literaturmeinung umso mehr gelten, wenn die Einlage als solche noch nicht einmal in gesetzlich zulässiger Weise erbracht werden könne. Vgl. insoweit z. B. *Scholz/Winter*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 5, Rdnr. 78; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 35; *Theusinger/Liese*, NZG 2009, 641, 643 m. w. N.

⁵ BGH, NZG 2009, 463, 465, Rdnr. 16 = DNotZ 2009, 766. Bislang war diese Frage umstritten. Wie der BGH u. a. schon *D. Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, Teil D. I., Rdnr. 96 b m. w. N. Kritisch zu Offenlegung als Erfüllungsvoraussetzung u. a. *Altmeppen*, ZIP 2009, 1545, 1548. Näher hierzu unten, III.3. b).

⁶ Gleichfalls abgedruckt in ZIP 2009, 1561 = DB 2009, 1755 = NZG 2009, 944. Vgl. hierzu bereits *Altmeppen*, ZIP 2009, 1545; *Rieder*, GWR 2009, 268; *Theusinger*, NZG 2009, 1017.

⁷ Gegenbegriff ist der sog. „virtuelle“ Cash-Pool, bei dem eine rein rechnerische Zusammenfassung der Kundensalden aller teilnehmenden Konzerngesellschaften ohne Transfer von Geldern stattfindet.

⁸ Ausführlich zum Cash-Pool vor dem MoMiG *D. Mayer* in FS Priester, 2007, S. 445. Vgl. ferner *Theusinger*, NZG 2009, 1017.

⁹ BGH, Urt. v. 16.1.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 = ZIP 2006, 665 = DB 2006, 772 = DNotZ 2006, 543.

und Herzahlen zu klären und Wege zur künftigen rechtssicheren Gestaltung der Kapitalaufbringung im Cash-Pool aufzuzeigen. Demnach ist in Cash-Pool-Konstellationen künftig wie folgt zu differenzieren:

Eine verdeckte Sacheinlage liegt immer dann vor, wenn der Saldo auf dem vom Inferenten geführten Zentralkonto zu Lasten der Gesellschaft im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrages negativ ist. Die Bareinlage, die auf das Quellkonto gezahlt wird, fließt am Ende des Arbeitstages automatisch zurück an das Zentralkonto und begleitet den negativen Saldo. Wirtschaftlich betrachtet wird die Gesellschaft dadurch von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Vereinbarung bzw. dem daraus resultierenden Darlehensrückzahlungsanspruch der das Zentralkonto führenden Inferentin befreit, erhält aber keine Bareinlage. Mit dem Verzicht des Inferenten auf die Darlehensrückzahlung wird der Gesellschaft vielmehr ein Sachwert zugeführt. Die für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage erforderliche Abrede liegt nach Ansicht des BGH schon in der Cash-Pool-Vereinbarung, weil damit der Mittelrückfluss an den Inferenten in Kauf genommen werde, wenn dieser das Zentralkonto führt.¹⁰

Ein Fall des Hin- und Herzahlens gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG liegt im Cash-Pool demgegenüber vor, wenn das Zentralkonto bei Weiterleitung der Einlage ausgeglichen oder zugunsten der Gesellschaft positiv ist, sie also ein Darlehen gewährt. Leistet nun der über das Zentralkonto verfügbare Inferent in das Quellkonto und fließt abends die überschüssige Liquidität zurück an das Zentralkonto, handelt es sich um den klassischen Fall des Hin- und Herzahlens.

Übersteigt die Einlageleistung hingegen den negativen Saldo zu Lasten der Gesellschaft auf dem Zentralkonto, liegt eine Mischkonstellation vor. Der Vorgang ist teilweise als verdeckte Sacheinlage und teilweise als Hin- und Herzahlen zu beurteilen. Demnach ist der einheitliche Vorgang einer Einzahlung der Stammeinlage im Cash-Pool nach Auffassung des BGH teilbar.¹¹

3. Anrechnungs- bzw. Erfüllungswirkung der Einlagenerbringung im Cash-Pool

Davon zu trennen ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen die geleistete Zahlung in den beiden vorgenannten Fällen die Einlageverpflichtung des Inferenten erfüllt. Grundsätzlich erfüllen weder eine verdeckte Sacheinlage noch ein Hin- und Herzahlen der Einlagemittel die Einlageverpflichtung. Lediglich unter den (bisher umstrittenen) Voraussetzungen der §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG kommt es zu einer Anrechnung der erbrachten Sachleistung bzw. Erfüllung der Einlageschuld.

a) Anrechnungslösung bei verdeckter Sacheinlage

Da in der besprochenen Entscheidung zugleich mehrere Gesellschafter ihre Einlageleistung an die Gesellschaft geleistet haben, war für den BGH nicht klar, ob hinsichtlich der letzten streitgegenständlichen Teilzahlung i. H. v. 46.869,73 € die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage vorlagen, weshalb die Sache insoweit zurückverwiesen wurde.¹² Un-

beschadet dessen gibt der Senat dem Berufungsgericht einige hilfreiche Hinweise für den Umgang mit der sog. „Anrechnungslösung“ des § 19 Abs. 4 GmbHG, auch wenn er sich mit dem Streit um die dogmatische Einordnung der Anrechnung nicht auseinandersetzt.¹³

Maßgeblich ist nach dem BGH der „Wert des Verzichts auf die Darlehensrückzahlung und damit der Wert der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Zentralkonto“. War mit anderen Worten die Gesellschaft als Schuldnerin des Darlehensrückzahlungsanspruches aus der Cash-Pool-Vereinbarung bei Weiterleitung der Einlageleistung an das (einen negativen Saldo aufweisende) Zentralkonto solvent, hatte das Zentralkonto einen vollwertigen (Darlehensrückzahlungs-)Anspruch gegen die Gesellschaft. Die Gesellschaft hat als Einlagegläubigerin somit durch „Verrechnung“ als „Sachwert“ die Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Zentralkonto in Höhe von deren Nominalbetrag erhalten. Die Einlageschuld ist in diesem Umfang durch Anrechnung erloschen. Sind die Einlageschuld und der Wert des Verzichts auf Darlehensrückzahlung identisch, bestehen folglich keine wechselseitigen Ansprüche mehr. Ist hingegen die Gesellschaft nicht solvent und der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstands (d. h. der Befreiung von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Vereinbarung) damit geringer als der Einlageanspruch, besteht der Einlageanspruch in Höhe der Differenz fort.¹⁴ Aufgrund seiner sich aus § 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG ergebenden Verpflichtung, die Werthaltigkeit nachzuweisen, ist es dem Inferenten nahezulegen, Belege über die Solvenz der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Rückführung der Einlage in den Cash-Pool bereitzuhalten.

b) Erfüllung durch Hin- und Herzahlen

In der besprochenen Entscheidung präzisiert der BGH ferner die Anforderungen an einige Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 5 GmbHG.

Zum einen knüpft die Vorschrift eine Erfüllungswirkung an die jederzeitige Fälligkeit des Rückgewähranspruchs bzw. die Befugnis, den Rückgewähranspruch durch fristlose Kündigung fällig stellen zu können. Nach der Cash-Pool-II-Entscheidung werden diese Voraussetzungen nur durch solche Cash-Pool-Vereinbarungen erfüllt, die eine jederzeitige Kündigung des Cash-Pool-Vertrags und damit die jederzeitige Abrechnung der Ansprüche ermöglichen. Jegliche Einschränkungen des Kündigungsrechts – sei es auch nur durch die bei einer Kündigung aus wichtigem Grund erforderliche Interessenabwägung – sind unzulässig.¹⁵

Der BGH bekräftigt in Cash-Pool II zum anderen seine bereits im Qivive-Urteil¹⁶ geäußerte Auffassung, dass der Inferent auch in Altfällen von der Verpflichtung zur Einlage nur frei wird, wenn gemäß § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG die Offenlegung des Vorgangs in der Handelsregisteranmeldung erfolgt ist. Die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete Rückwirkung des § 19 Abs. 5 GmbHG wird damit im Grunde wirkungslos, da Angaben zum Hin- und Herzahlen in der Vergangenheit so gut wie nie erfolgten. Der Wille des Gesetzgebers, der Norm

¹⁰ Dies entspricht der ganz h. M. im Schrifttum, vgl. die Nachw. bei *Altmeyen*, ZIP 2009, 1545, 1546, Fn. 4.

¹¹ So schon *Bormann/Urichs*, DStR 2009, 641, 645; *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1445.

¹² Zur höchst umstrittenen Frage der Verfassungsmäßigkeit der in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordneten Rückwirkung von §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG nimmt der BGH in der besprochenen Entscheidung nicht Stellung. Vgl. zu dieser Problematik *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 901; *Fuchs*, BB 2009, 170, 174 f.

¹³ Hierzu *Altmeyen*, ZIP 2009, 1545, 1546 f.; *Dauner-Lieb*, AG 2009, 217; *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2009, 1185; *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449; *Pentz*, GmbHR 2009, 126; *Ulmer*, ZIP 2009, 293.

¹⁴ Vgl. *Altmeyen*, ZIP 2009, 1545, 1547; *Theusinger*, NZG 2009, 1017.

¹⁵ Siehe hierzu auch *Theusinger*, NZG 2009, 1017, 1018.

¹⁶ BGH, NZG 2009, 463, 465, Rdnr. 16 = DNotZ 2009, 766; siehe auch oben, II.

rückwirkend Geltung zu verschaffen, wird damit konterkariert.¹⁷

c) Maßgeblicher Zeitpunkt

An mehreren Stellen in der besprochenen Entscheidung stellt der BGH klar, dass es für die Beurteilung der vorstehend angesprochenen Fragen stets auf den Zeitpunkt der Einlageleistung ankommt. Nachträgliche Veränderungen der Salden dürften demnach irrelevant sein, schon weil der BGH dem Berufungsgericht diesbezüglich keine weiteren Aufklärungen nahelegt. Weiter lässt sich folgern, dass eine Gesellschaft, die eine Barkapitalerhöhung im Cash Pool den Vorgaben des § 19 Abs. 5 GmbHG entsprechend durchgeführt hat, nach erfolgtem Hin- und Herzahlen selbst wieder Darlehen im Cash-Pool aufnehmen kann, ohne dass dieser Vorgang als verdeckte Sacheinlage gewertet wird.¹⁸

IV. Geltung im Aktienrecht

Durch das ARUG¹⁹ hat der Gesetzgeber die Regelungen zur verdeckten Sacheinlage und zum Hin- und Herzahlen aus dem GmbHG in das Aktienrecht transferiert. Die Neuregelung in §§ 27 Abs. 3 und 4 AktG entspricht insofern §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG. Folglich ist davon auszugehen, dass die Ausführungen des BGH in Qivive und in Cash-Pool II für das Aktienrecht entsprechend gelten.

Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

¹⁷ So zu Recht *Theusinger*, NZG 2009, 1017, 1018. Die Offenlegung erscheint auch aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht erforderlich. Dieser wird vielmehr dadurch erreicht, dass die Erfüllungswirkung nur eintritt, wenn der Rückgewähranspruch insgesamt vollwertig ist („Alles-oder-Nichts-Lösung“). Dies ist unabhängig von der Offenlegung des Vorgangs gegenüber dem Registergericht. Vgl. hierzu *Altmeyen*, ZIP 2009, 1545, 1548.

¹⁸ So schon *Bormann/Urlichs*, DStR 2009, 641, 644 f.; *Theusinger*, NZG 2009, 1017, 1018.

¹⁹ Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie. Siehe hierzu aus notarieller Sicht u. a. *Weiler*, notar 2009, 313. Umfassend dazu auch *Wicke*, Einführung in das Recht der Hauptversammlung, das Recht der Sacheinlagen und das Freigabeverfahren nach ARUG, 2009.

9. FGG § 19; GmbHG § 40 Abs. 2 (*Notarielle Bescheinigung auf Grundlage einer „Altliste“*)

1. **Gegen die Verfügung des Registergerichts, mit der eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste beanstandet wird, ist die Beschwerde statthaft.**
2. **Die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist auch dann zu erteilen, wenn die vorhergehende Liste vor dem 1.11.2008 eingereicht worden ist.**

OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Michael Bohrer*, München

Zur Aufnahme in den Registerordner des Registerblattes der beteiligten Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde eine Gesellschafterliste vom 25.11.2008 eingereicht. Sie enthält den Zusatz „als Geschäftsführer der vorgenannten Gesellschaft bestätige(n) ich/wir hiermit die Richtigkeit der vorstehenden Angaben“ und ist vom Geschäftsführer unterschrieben. Der Notar reichte sie mit einer Ablichtung der Gesellschafterliste vom 7.1.2002 und folgender „Bescheinigung (...) gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG“ beim Registergericht ein:

„Als Urkundsperson habe ich an einer Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt; bei Beurkundung dieser Veränderung wurde die hier im Anschluss an die gegenwärtige Bescheinigung in Kopie beigefügte Gesellschafterliste zugrundegelegt, bei der es sich nach Angabe der Beteiligten um die zuletzt im Handelsregister aufgenommene Liste handelt. Hiermit bescheinige ich, dass die in vorstehender Liste vorgenommenen Abweichungen den Veränderungen entsprechen, an denen ich als Urkundsperson mitgewirkt habe und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der anliegenden Liste übereinstimmen. Diese Bescheinigung ist nach Aktenlage erstellt; weder für die vorstehende noch für die nachstehende Liste ist deren sachliche Richtigkeit Gegenstand meiner Bescheinigung. (Ort, Datum, Unterschrift des Notars).“

Mit Verfügung vom 9.12.2008 beanstandete das Registergericht, die Liste sei nicht mit der erforderlichen Unterschrift des Notars versehen und die vorgelegte Bescheinigung stelle keine notwendige eigene notarielle Feststellung zu einer bereits vorher beim Registergericht vorhandenen Liste dar. Der Notar wies die Beanstandung zurück; es sei Angelegenheit seiner fachlichen Unabhängigkeit, auf welcher Wissensgrundlage er die gesetzlich geforderte Bescheinigung dokumentiere und mit welchem Wortlaut er diese Wissensgrundlage verlaubare, und folglich nicht gerichtlicher Kommentierung oder gar Überprüfung zugänglich. Zur Begründung der Beschwerde führte er im Wesentlichen aus, es sei nicht erkennbar, woraus sich das Prüfungsrecht des Registergerichts im Zusammenhang mit der Einreichung einer Gesellschafterliste ergeben solle.

Es seien nicht zwei gesonderte Unterschriften des Notars erforderlich. Während § 40 Abs. 1 GmbHG a. F. nur die „unterschiedene Liste“ gekannt habe, unterscheide das Gesetz nunmehr zwischen der Liste (und ihren inhaltlichen Verlautbarungen) einerseits und der Unterschrift (des Geschäftsführers oder des Notars) andererseits. Für den gutgläubigen Erwerb, den § 16 Abs. 1 GmbHG an die Listenverlautbarung knüpfe, sei es unerheblich, ob die durch § 40 GmbHG normierten Formalien der Liste erfüllt seien; dies sei nur ordnungsrechtlich im Verfahren der „Aufnahme“ der Liste in das Handelsregister zu prüfen. Die Unterschrift bewirke keine Zurechnung eines Rechtsscheins zum Verlierer, so dass nicht nachzuvollziehen sei, weshalb die Liste überhaupt zu unterzeichnen sei. Als einzige Deutung bleibe, dass der Gesetzgeber mit dem Unterschriftserfordernis eine Richtigkeitskontrolle habe einführen wollen. In diesem Fall sei es nach dem Sinn und Zweck ausreichend, wenn der Notar die Bescheinigung unterzeichne, die integraler Bestandteil der Liste sei. Die Bescheinigung könne keine Aussage darüber treffen, inwieweit die „neue“ Liste mit der zuletzt im Handelsregister „aufgenommenen“ Liste übereinstimme, denn die „alte“ Liste sei unter Geltung des vormaligen Rechts „eingereicht“, jedoch nicht i. S. d. § 16 GmbHG in das Handelsregister „aufgenommen“ worden. Wenn das Registergericht – unzutreffend – an die „Aufnahme“ der Liste ein Prüfungsrecht knüpfe, könne die seinerzeit keiner Prüfung unterliegende vormalige „Einreichung“ kein gleichwertiger Tatbestand sein, auf den die nach neuem Recht geforderte Bescheinigung aufsetze.

Das LG wies die Beschwerde zurück. Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass die Liste vom Notar eigenhändig unterzeichnet sein und zusätzlich die Bescheinigung aufweisen müsse. Die Bescheinigung könne sich nicht darauf beschränken, die Angaben der Beteiligten hinsichtlich der zuletzt eingereichten Liste wiederzugeben. Der Notar müsse sich selbst davon überzeugen, welchen Inhalt die zuletzt im Handelsregister verlaubarte Gesellschafterliste tatsächlich habe. Das sei nicht der Fall, denn es werde nicht bescheinigt, dass die übrigen Eintragungen mit der zuletzt eingereichten Liste übereinstimmten, sondern nur, dass die übrigen Eintragungen mit der anliegenden Liste übereinstimmten.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde, die ergänzend auch darauf gestützt wird, dass die Übereinstimmungsbescheinigung im konkreten Fall deshalb nicht erteilt werden könne, weil aus den abrufbaren elektronischen Daten nicht erkennbar sei, in wessen Verantwortung, auf wessen Veranlassung und zu welchem Zeitpunkt die elektronisch erreichbare Liste vom 7.1.2002 sichtbar gemacht worden sei. Die Liste sei am 7.1.2002 unterzeichnet worden und am 11.2.2002 bei Gericht eingegangen, das Registerportal verlaubare eine Liste der Gesellschaft zum 11.2.2002. Die Vermutung, die Liste sei auf amtliche Veranlassung eingestellt worden, werde durch den Hinweis im Registerportal widerlegt, es seien ausschließlich Dokumente abrufbar, „die seit dem 1.1.2007 auf elektronischem Wege beim Registergericht eingereicht wurden“.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

1. Zutreffend hat das LG angenommen, dass gegen die Verfügung des Registergerichts vom 9.12.2008 die Beschwerde statthaft ist. Denn die Verfügung stellt sich hier nicht als nur vorbereitende Ankündigung eines Zwangsgeldverfahrens nach § 132 FGG i. V. m. § 14 HGB dar, gegen die kein Rechtsbehelf gegeben ist (vgl. BayObLG, Rpfleger 1978, 59). Gegen den Notar, der in amtlicher Eigenschaft an der Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder dem Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat und deshalb zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 27), wird die Verhängung eines Zwangsgelds nach § 14 HGB nicht in Betracht kommen.

2. Entgegen der vom Notar vertretenen Auffassung hat das Registergericht zu prüfen, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen vorliegen (vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 1105 zu § 40 Abs. 1 GmbHG a. F.). Zu einer weitergehenden Prüfung, insbesondere hinsichtlich der materiellen Richtigkeit, ist das Registergericht nicht verpflichtet. Es kann jedoch ausnahmsweise die Gesellschafterliste zurückweisen, wenn die enthaltenen Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen (vgl. *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394 f.).

3. Zu Recht hat das Registergericht die eingereichte Liste und die abgegebene Bescheinigung beanstandet, weil sie nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechen.

a) Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und sie zum Handelsregister einzureichen. Die Erstellung und die Einreichung der Liste liegen in diesem Fall allein in seinem Verantwortungsbereich, die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt, entfällt (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 27). Der Geschäftsführer ist somit weder verpflichtet noch befugt, die Liste zu erstellen und einzureichen (*Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 11; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 453; *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396). § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verlagert somit die Zuständigkeit zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste auf den Notar, der deshalb die Liste auch anstelle des Geschäftsführers zu unterschreiben hat. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist es hingegen in der Regel nicht erforderlich, dass der Notar die mit der Bescheinigung versehene Liste zweimal unterschreibt, denn die Unterschrift des Notars unter der einheitlichen Urkunde, die Liste und Bescheinigung enthält, bringt in der Regel hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Liste vom Notar erstellt ist. Hier liegt der Fall allerdings anders, denn der Notar hat eine vom Geschäftsführer unterschriebene Liste mit einer auf einem gesonderten Blatt abgefassten Bescheinigung eingereicht. Bei dieser Gestaltung wird nicht hinreichend deutlich, dass sich die unter der Bescheinigung angebrachte Unterschrift des Notars auch auf die Gesellschafterliste beziehen soll, die bereits die Unterschrift des Geschäftsführers trägt. Das Registergericht hat den Notar deshalb zu Recht aufgefordert, eine von ihm unterschriebene Liste einzureichen.

b) Die Bescheinigung entspricht nicht den Vorgaben des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Diese Bescheinigung ist entgegen der Auffassung des Notars auch dann zu erteilen, wenn die „alte“ Gesellschafterliste vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) zum 1.11.2008 erstellt und eingereicht wurde. Eine Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) bzw. den sog. Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV) in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister – EHUG – vom 10.11.2006 am 1.1.2007 geltenden Fassung aufgenommen ist (BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15). An die Aufnahme der Liste (statt auf die im Referentenentwurf vorgesehene Einreichung) wird angeknüpft, weil die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann (BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15). Ohne Belang ist, dass vor Inkrafttreten des MoMiG an die Gesellschafterliste geringere Anforderungen gestellt waren, denn die Prüfungspflicht des Notars ist begrenzt. Er hat zwar die Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat, in der Gesellschafterliste zutreffend abzubilden. Darüber hinaus hat er keine Prüfpflicht, ob die Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist. Er hat insbesondere die zuvor eingereichte Liste nicht inhaltlich auf rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen (vgl. *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Katschiniski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 2002). Die noch im Referentenentwurf vorgesehene weitergehende Bescheinigung des Notars, wonach „die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt“ (zitiert nach *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, S. 280) wird von § 40 Abs. 2 GmbHG nicht gefordert. Soweit der Notar einwendet, die Erstellung der Bescheinigung sei im vorliegenden Fall nicht möglich, kann dem nicht gefolgt werden. Wenn er die elektronisch abrufbare Gesellschafterliste als nicht hinreichend verlässlich betrachtet, mag er Einsicht in die Registerakten nehmen.

Das Registergericht hat folglich zu Recht die eingereichte Gesellschafterliste beanstandet, weil sie den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht und deshalb nicht in das Handelsregister aufgenommen werden kann.

Anmerkung:

Die weitreichende Umgestaltung der GmbH-Gesellschafterliste durch das MoMiG hat infolge des an ihren Inhalt anknüpfenden gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nicht nur einen Bedeutungsgewinn in materiellrechtlicher Hinsicht bewirkt, sondern zugleich verfahrensrechtliche Änderungen nach sich gezogen. Im Zentrum der registerrechtlichen Kontroverse stehen unter anderem Existenz und Umfang eines Prüfungsrechts des Registergerichts; dieses ist Gegenstand der nachfolgend besprochenen Entscheidung des OLG München.

I. Ausgangslage nach der MoMiG-Reform

Durch die erste „große“ GmbH-Reform seit Schaffung des GmbHG wurde in Bezug auf den Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht legislatorisches Neuland betreten. Die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen in § 16 Abs. 3 GmbHG, der sich als Rechtsscheinträger der Gesellschafterliste bedient, hat zugleich tiefgreifende

Änderungen in der Dogmatik jenes Mitgliederverzeichnisses nach sich gezogen. Die Gesellschafterliste neuer Fassung konstituiert die relative Gesellschafterstellung der Gesellschafter gegenüber der GmbH (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Zugleich wird dem an Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitwirkenden Notar eine zentrale Stellung eingeräumt: Ihm steht ein exklusiver Verantwortungsbereich zu, der die Prüfung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste umfasst.¹

Die Kernproblematik bezüglich der neuen Gesellschafterliste mit erweiterter Aufgabenstellung lautet, auf welche Weise ihre objektive Richtigkeitsgewähr herzustellen ist, um nicht zuletzt vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG als adäquater Rechtscheinträger fungieren zu können. Eine wesentliche Säule zur Sicherung der inhaltlichen Verlässlichkeit sind Prüfungsrechte und -pflichten des Registergerichts. Die überwiegende Reformliteratur² steht einer solchen Inanspruchnahme der Registergerichte ebenso wie die Gesetzesbegründung³ skeptisch bis ablehnend gegenüber. Das OLG München hat wenige Monate nach Inkrafttreten des MoMiG als erstes Oberlandesgericht einige klärende Worte für die Fallkonstellation gesprochen, in der die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG durch den mitwirkenden Notar eingereicht wird.

II. Die Entscheidung des OLG München

Wenige Wochen nach Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 beanstandete ein bayerisches Registergericht eine durch einen Notar eingereichte Gesellschafterliste. Das Registergericht hatte eine Prüfung der Liste vorgenommen. Der einreichende Notar berief sich demgegenüber auf seine fachliche Unabhängigkeit, infolge derer eine solche gerichtliche Kommentierung oder gar Kontrolle unzulässig sei. Sowohl das LG München I⁴ als auch das OLG München wiesen die weitere Beschwerde gegen die Beanstandung zurück. Das Registergericht habe zu prüfen, ob die für die Gesellschafterliste geltenden formellen Voraussetzungen eingehalten seien. Allerdings verneint das OLG München grundsätzlich eine weitergehende Prüfungscompetenz des Registergerichts. Eine solche bestehe „insbesondere hinsichtlich der materiellen Richtigkeit“ nicht. In Anlehnung an eine in der Literatur vertretenen Auffassung⁵ will der erkennende Senat dann eine Ausnahme zulassen, wenn die Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen.

III. Funktionswandel von Gesellschafterliste und Verfahren

Das Bestehen und der Umfang von Prüfungsrechten und korrespondierenden -pflichten des Registergerichts bei der Einreichung von Gesellschafterlisten nach § 40 GmbHG hängen zum einen davon ab, ob an der bisherigen Unterscheidung zwischen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und der Einreichung von sonstigen Dokumenten festgehalten werden kann; zum anderen erscheint klärungsbedürftig, ob die vom OLG München für die Listenerstellung durch den

Notar aufgestellten Grundsätze auch bei einer Zuständigkeit der Geschäftsführer gelten können.

1. Rechtslage bei Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister

Die Gesellschafterliste wird lediglich zum Handelsregisterordner nach § 9 HRV eingereicht und ist somit nicht Inhalt des Handelsregisters selbst. Dies hat zur Folge, dass ihr Inhalt von vornherein nicht an den Publizitätswirkungen des § 15 HGB teilhaben kann, könnte aber auch bewirken, dass aus dieser Differenzierung eine unterschiedliche Prüfdichte des Registergerichts abzuleiten wäre. Denn hinsichtlich der Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister selbst kann, zurückgehend auf eine Entscheidung des KG aus dem Jahre 1905⁶ und nachfolgend durch Rechtsprechung⁷ und Literatur⁸ ganz überwiegend bestätigt, als anerkannt gelten, dass dem Registergericht zumindest ein formelles Prüfungsrecht zusteht. Dieses wird zumeist aus §§ 12, 126, 142 FGG abgeleitet.⁹ Darüber hinaus ist höchstrichterlich ein materielles Prüfungsrecht anerkannt,¹⁰ das jedoch nur dann eingreift, wenn konkrete¹¹ oder erhebliche¹² Bedenken gegen die sachlich-inhaltliche Richtigkeit bestehen.

2. Abhängigkeit des Prüfungsumfangs vom materiellen Recht

Das Prüfungsrecht des Registergerichts bei Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister selbst rechtfertigt sich im Kern durch die materiellrechtlichen Wirkungen der Registereintragung. Solche beinhaltet nicht nur der weitreichende § 5 HGB, sondern vor allem § 15 HGB. Das Handelsregister genießt, ähnlich dem Grundbuch, öffentlichen Glauben. Insbesondere die Publizität des Handelsregisters nach § 15 HGB soll Verkehrsschutz gewährleisten; das gleiche teleologische Substrat wohnt § 16 Abs. 3 GmbHG inne. Wegen dieses engen Zusammenhangs von Prüfungsrecht und materiellrechtlichem Gehalt des zu prüfenden Inhalts hat das OLG Köln das Prüfungsrecht als „bezogen auf die vom materiellen Recht vorgegebene Aufgabenstellung“¹³ eingeordnet. Zugleich sieht der BGH das materielle Prüfungsrecht des Registergerichts als „nicht abschließend definiert“¹⁴ an. Das Prüfungsrecht ist damit so ausgestaltet, wie es das korrelierende materielle Recht erfordert. Von dieser Erkenntnis ließ sich auch der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 9 c Abs. 2 GmbHG, § 38 Abs. 2 AktG und § 11 a Abs. 3 GenG leiten: Das in diesen Fällen heranzuziehende materielle Recht findet sich in der Grundentscheidung für ein Normativ- und gegen das überkommene Konzessionssystem.¹⁵

¹ Vgl. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 285 ff.; in diese Richtung auch das OLG München.

² *Preuß*, ZGR 2008, 676, 677; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 58; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490; ohne Begründung *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170; dagegen *Omlor*, WM 2009, 2105, 2108.

³ BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

⁴ Beschluss vom 19.2.2009, 17 HKT 22203/08.

⁵ *Noack*, Status:Recht 2009, 38; *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394 f.

⁶ KGJ 30, A 109, 113; bestätigt durch KGJ 39, A 122, 124; KGJ 41, A 131, 132.

⁷ RGZ 127, 254, 156; 140, 174, 180 f.; BayObLG, DNotZ 1977, 683, 684; KG, DStR 1997, 1544, 1545.

⁸ Statt vieler MünchKommHGB/*Krafka*, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 60 ff.; *Bokelmann*, DStR 1991, 945, 947.

⁹ KG, DStR 1997, 1544, 1545 (§§ 126, 142 FGG); OLG Köln, NJW 1989, 173, 174; GmbHR 1989, 125 (§ 12 FGG).

¹⁰ BGHZ 5, 259, 263; 113, 335, 352 f.; ebenso OLG Hamburg, BB 1984, 1763 f. m. w. N.; *Krafka/Willer*, Registerrecht, 2007, Rdnr. 159; *Ammon*, DStR 1993, 1025, 1029.

¹¹ OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2927, 2928.

¹² *Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 159.

¹³ OLG Köln, NJW 1989, 173, 174.

¹⁴ BGHZ 113, 335, 352 f.

¹⁵ So *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 9 c Rdnr. 45.

3. Gutgläubiger Erwerb als materieller Maßstab

Mit dem Inkrafttreten des neuen § 16 Abs. 3 GmbHG hat sich die bislang gültige Unterscheidung zwischen Eintragungen in das Handelsregister selbst und sonstigen zum Handelsregister einzureichenden Dokumenten teilweise erübrigt. Dies zeigt sich bereits an § 12 HGB, dem ein Adäquanzgedanke zugrundeliegt. Vereinfacht gesprochen orientiert sich auch hier die Strenge der einzuhaltenden Form an der materiellrechtlichen Bedeutung der eingereichten Unterlagen.¹⁶ Da der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen an der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger anknüpft, die nicht Inhalt des Handelsregisters selbst ist, sondern in den Handelsregisterordner aufgenommen wird, zeitigt seit dem 1.11.2008 auch der Inhalt des Registerorders verkehrsschützende Wirkungen. Vor der GmbH-Reform von 2008 war noch ein Gleichlauf zwischen Eintragung und verkehrsschützenden Rechtsfolgen existent: Verkehrsschutz nur durch den Inhalt des Handelsregisters und damit auch formelles und materielles Prüfungsrecht nur bei Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister. Diese Ausgangslage ist jedoch durch die MoMiG-Reform überholt. Nicht festgehalten werden kann daher auch an der darauf aufbauenden Differenzierung im Prüfungsumfang des Registergerichts. Denn an den Inhalt der Gesellschafterliste knüpfen die einschneidenden Rechtsfolgen des § 16 GmbHG an. Die relative Gesellschafterstellung gegenüber der GmbH steht und fällt mit der Eintragung in die Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Der Gesellschafter kann seine Mitgliedschaft an einen Nichtberechtigten durch gutgläubigen Erwerb verlieren, solange ein veräußernder Dritter als Berechtigter aus der Liste hervorgeht (§ 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Sicherstellung eines effektiven Berechtigtenschutzes unter anderem durch ein angemessenes Prüfungsrecht des Registergerichts nicht nur privatrechtsdogmatisch geboten erscheint. Der Gesetzgeber ist unter der Geltung des Grundgesetzes nicht frei, den Verlust von Eigentumspositionen im verfassungsrechtlichen Sinne auszugestalten. Gutglaubenstatbestände müssen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einer Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten.¹⁷ Zur Erreichung ihrer verkehrsschützenden Zielsetzung wäre es nicht erforderlich im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung, auf eine effektive registergerichtliche Kontrolle völlig zu verzichten.¹⁸

4. Differenzierung zwischen § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG

Damit ist jedoch keineswegs eine pauschale Übernahme des Prüfungsumfangs für Eintragungen in das Handelsregister auf sämtliche Listeneinreichungen gefordert. Wie das OLG München zu Recht herausgestellt hat, weist § 40 Abs. 2 GmbHG dem mitwirkenden Notar einen exklusiven Verantwortungsbereich zu. Achillesferse der Gesellschafterliste ist allerdings nicht ihre (praktisch überwiegende) Einreichung durch einen

Notar, sondern der subsidiäre Zuständigkeitsbereich des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 1 GmbHG.¹⁹ Dieser gerät allzu leicht in die Konfliktlinien zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter; er ist infolge des unmittelbaren Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen persönlich wie wirtschaftlich ausgeliefert. Zudem beruht die Einführung des § 16 Abs. 3 GmbHG auf der – wenn auch späten – gesetzgeberischen Erkenntnis, dass eine rechtssichere Überprüfung, wer tatsächlich Inhaber eines bestimmten Geschäftsanteils ist, objektiv nicht möglich ist. Eine solche juristische Herkulesaufgabe kann daher auch dem Geschäftsführer nicht ernsthaft aberlangt werden. Auch aus diesem Grunde bestehen erhebliche rechtspolitische, privatrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken prinzipiell gegen die Einbeziehung des Geschäftsführers in die Listenführung; die gesetzgeberische Entscheidung ist jedoch hinzunehmen.

Effektive Sicherungsmechanismen gegen einen Rechtsverlust des Berechtigten nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat der Gesetzgeber hingegen durch die Notarbeteiligung errichtet. Verfolgt man die Grundthese einer dem materiellen Recht dienenden Funktion des Registerrechts konsequent weiter, so muss dies zu einer Zweiteilung des Prüfungsumfangs des Registergerichts führen. Im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG ist dem Registergericht ein formelles Prüfungsrecht verbunden mit einer kongruenten Prüfungspflicht zuzugestehen. Nur in Ausnahmefällen bei konkreten und erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Liste muss und darf das Registergericht einschreiten. Auf dieser Linie befindet sich wohl auch das OLG München, wenn es von „offenkundigen“ Fehlern spricht. Dem gegenüber kann eine solche Zurückhaltung nicht bei einer Einreichung durch einen Geschäftsführer eingreifen. Dort ist sozusagen das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Während das Registergericht bei einer Einreichung durch den Notar aufgrund dessen ausgeprägter Sach- und Fachkunde und seiner besonderen Stellung regelmäßig den Listeninhalt als hinreichend geprüft übernehmen kann, kann es einen solchen Vertrauensvorschuss dem Geschäftsführer nicht entgegenbringen. Im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 GmbHG dreht sich dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis um. Eine materielle Prüfung erfolgt lediglich dann nicht, wenn es nach der Lebenserfahrung als mit hoher Wahrscheinlichkeit sicher erscheint, dass die eingereichten Veränderungen wirksam sind. In allen anderen Fällen sind Nachweise anzufordern.

IV. Fazit

Der Entscheidung des OLG München ist für den konkreten Fall uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings dürfen die Aussagen des Gerichts zum Prüfungsrecht des Registergerichts nicht auf den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 GmbHG ausgedehnt werden. Vielmehr ist wegen der gewandelten Bedeutung der Gesellschafterliste, die nunmehr als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Anteilserwerb fungiert, ein erhöhtes Augenmerk auf die objektive Verlässlichkeit der Gesellschafterliste zu legen; ein bedeutender Ansatzpunkt ist die Prüfung durch das Registergericht. In allen Fällen muss diesem ein formelles Prüfungsrecht zustehen. Hinzu kommt ein materielles Prüfungsrecht, dessen Inhalt davon abhängt, ob ein Notar oder ein Geschäftsführer die Liste eingereicht hat. Bei einer Einreichung durch den Notar, wie sie

¹⁶ Im Gleichlauf zur Frage des registergerichtlichen Prüfungsumfangs ist auch zu entscheiden, welche Form bei der Einreichung der Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG einzuhalten ist. Hier ist eine analoge Anwendung des § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB geboten. Vgl. ausführlich *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 352 ff.

¹⁷ Vgl. *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 32 ff.; *Leuschner*, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 161 ff.; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 339 f.

¹⁸ Vgl. im Einzelnen *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 345 ff.

¹⁹ Ebenso *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1857 ff.; *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rdnr. 76; *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 28; *Flesner*, NZG 2006, 641, 643.

dem vom OLG München entschiedenen Fall zugrundelag, muss das Registergericht nur bei konkreten und erheblichen Zweifeln in eine materielle Prüfung einsteigen. Reicht hingegen der Geschäftsführer die Liste ein, dreht sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis um; eine materielle Prüfung unterbleibt nur bei einer hohen Wahrscheinlichkeit der Listenrichtigkeit.

Wiss. Mit. Dr. *Sebastian Omlor*, LL. M. Eur., Saarbrücken

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17 (in diesem Heft).

10. GmbHG § 40 (Hinweis auf aufschiebend bedingte Abtretung in Gesellschafterliste)

Das Registergericht kann eine Gesellschafterliste zurückweisen, die hinsichtlich der Gesellschafter und der Geschäftsanteile keine Veränderungen ausweist, aber einen Hinweis auf eine aufschiebend bedingte Abtretung enthält.

OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Markus Riemenschneider*, Landsberg a. Lech

Zur Aufnahme in den Registerordner des Registerblatts der beteiligten Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde eine notarbescheinigte Gesellschafterliste vom 8.4.2009 eingereicht. Hinsichtlich der Gesellschafter und deren Geschäftsanteilen entspricht die Liste der vorhergehenden Gesellschafterliste vom 23.7.2008; zu dem Geschäftsanteil Nr. 2 enthält sie folgenden Zusatz:

„Der unter Ziffer 2 aufgeführte Geschäftsanteil wurde mit Urkunde vom 27.3.2009 aufschiebend bedingt an Herrn D. B. abgetreten.“

Mit Schreiben vom 15.4.2009 wies das Registergericht darauf hin, die Liste könne nicht entgegengenommen und freigegeben werden, da die Bedingung noch nicht eingetreten und die Veränderung noch nicht wirksam geworden sei. Mit der Beschwerde machte der beurkundende Notar geltend, § 40 Abs. 1 GmbHG gebe nur den Mindestinhalt der einzureichenden Gesellschafterliste vor und verwehre nicht die Aufnahme weiterer Angaben. Das Gesetz hindere den Geschäftsführer bzw. den Notar nicht, eine neue Liste auch dann einzureichen, wenn sich keine Veränderung in Bezug auf die gesetzlichen Mindestinhalte ergeben habe. Durch Einreichung einer neuen unveränderten Liste könne der Geschäftsführer den Fristenlauf gemäß § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG beeinflussen und einen gutgläubigen Erwerb verhindern. Das Registergericht habe jede eingereichte Gesellschafterliste, sofern sie nicht offensichtlich dem Gesetz widerspreche oder irreführend sei, in das Handelsregister aufzunehmen; ein weitergehendes Prüfungsrecht stehe ihm nicht zu. Das LG wies die Beschwerde zurück mit der Begründung, eine zur allgemeinen Einsichtnahme freigegebene Liste müsse aktuell und eindeutig ausweisen, wer welchen Anteil an der Gesellschaft halte. Dieser Anforderung widerspreche der Hinweis auf eine aufschiebend bedingte Abtretung, weil nicht erkennbar sei, wann und ob überhaupt die Bedingung und damit die Veränderung im Gesellschafterbestand eintreten werde.

Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Entgegen der Auffassung des Notars ist das Registergericht nicht gehalten, jede eingereichte Liste in den Registerordner aufzunehmen und zur Einsicht freizugeben. Das Registergericht hat zu prüfen, ob die für eine Gesellschafter-

liste geltenden formalen Voraussetzungen vorliegen (vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 1105 zu § 40 Abs. 1 GmbHG a. F.). Eine Gesellschafterliste, die nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG entspricht, hat das Registergericht deshalb zurückzuweisen (OLG München, NZG 2009, 797 = DNotZ 2009, 637 = MittBayNot 2010, 64 [in diesem Heft]). Zu einer weitergehenden Prüfung, insbesondere hinsichtlich der materiellen Richtigkeit, ist das Registergericht nicht verpflichtet. Es kann jedoch ausnahmsweise die Gesellschafterliste zurückweisen, wenn die enthaltenen Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen (vgl. *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394 f.).

2. Das Registergericht hat zu Recht die Aufnahme der Gesellschafterliste vom 8.4.2009 abgelehnt, weil diese keine bereits eingetretene Veränderung im Gesellschafterbestand ausweist.

a) § 40 Abs. 1 GmbHG legt fest, dass aus der Liste der Gesellschafter deren Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sein müssen. Ferner wird bestimmt, dass die Geschäftsführer unverzüglich „nach Wirksamwerden jeder Veränderung“ in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste zum Handelsregister einzureichen haben. Hat ein Notar an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Steht die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung oder bedarf sie einer Genehmigung, trifft den Notar eine Überwachungspflicht; die Einreichung der bescheinigten Gesellschafterliste darf erst nach Verwirklichung der Änderung erfolgen (*Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 15; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172). Hat der Notar Zweifel, ob die von ihm beurkundete Veränderung wirksam ist, darf er die Liste erst nach Beseitigung seiner Zweifel zum Handelsregister einreichen (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 27).

b) Entgegen der Auffassung des Notars ist das Registergericht deshalb nicht verpflichtet, Gesellschafterlisten aufzunehmen, die keine (bereits wirksamen) Veränderungen hinsichtlich der Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen ausweisen. Der Hinweis auf die Eintragungsfähigkeit einer aufschiebend bedingten Erbanteilsabtretung bzw. einer aufschiebend bedingten Abtretung eines durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs im Grundbuch geht fehl, denn § 40 GmbHG legt ausdrücklich fest, dass eine geänderte Gesellschafterliste erst nach Wirksamwerden einer Veränderung einzureichen ist. Überdies bestehen wesentliche Unterschiede zwischen dem einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitskontrolle unterzogenen Inhalt des Grundbuchs und dem daran anknüpfenden guten Glauben und der privat geführten Gesellschafterliste, so dass ein Gleichlauf ausscheidet (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15). Der Inhalt der Gesellschafterliste ermöglicht zwar den Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten, schützt aber nicht den guten Glauben in Bezug auf die Existenz des Geschäftsanteils oder seine Lastenfreiheit (BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15; *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 15, 16) und eine möglicherweise bestehende Vinkulierung (vgl. *Rodewald*, GmbHR 2009, 169, 197).

c) Soweit die weitere Beschwerde meint, mit der Einreichung einer „neuen“ unveränderten Liste die Dreijahresfrist für den gutgläubigen Erwerb neu in Gang setzen zu können, trifft dies ohnehin nicht zu. Für die Frist des § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG kommt es nämlich nicht darauf an, wann überhaupt zuletzt eine Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht worden ist. Die Dreijahresfrist beginnt vielmehr mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmalig einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Werden weitere Listen eingereicht, die durchgehend nicht die wahren Berechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweisen, werden sie insoweit als eine fortgeschriebene Liste behandelt (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15; *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 21). Es steht auch nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Dem steht der Grundsatz der Registerklarheit entgegen (vgl. *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 10 zu Belastungen des Geschäftsanteils).

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG München vom 8.9.2009 vermag nicht zu überzeugen.¹ Zwar ist dem OLG München zuzugeben, dass von dem hier praktizierten Fall eines Zwei-Listen-Modells im Gesetzgebungsverfahren nicht die Rede war und Vermerke über bedingte Verfügungen oder über Verfügungsbeschränkungen nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zum gesetzlichen Inhalt der Gesellschafterliste i. S. d. § 40 GmbHG gehören. *Zwingende* Eintragungen in die Gesellschafterliste sind nach § 40 Abs. 1 GmbHG ausschließlich der jeweilige nummerierte Geschäftsanteil sowie dessen Inhaber. Weitere Hinweise, Bemerkungen oder sonstige Eintragungen in der sog. Veränderungs-/Bemerkungsspalte sind im Gesetz hingegen nicht vorgesehen. Daraus lässt sich jedoch entgegen OLG München nicht ableiten, dass in der Gesellschafterliste nicht weitere Informationen aufgenommen werden können. Diese zusätzlichen Hinweise oder Vermerke haben zwar keinen rechtsbegründenden Charakter für die §§ 16, 40 GmbHG. Sie *können* hingegen Informationen hinsichtlich der Herkunft des Geschäftsanteils, ggf. bestehender Belastungen, Beschwerden, Verfügungsbeschränkungen und dergleichen beinhalten und insoweit den Rechtsverkehr informieren.² Diese zusätzlichen Vermerke haben an dem vom Gesetzgeber neu geschaffenen Gutgläubensschutz des § 16 GmbHG nicht teil. Sie dienen lediglich der Information der Gesellschafter, der Geschäftsführung oder der Öffentlichkeit. Sie sind auch von der Identitäts-Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG nicht erfasst. Aus dem Gesetzgebungsverfahren ist in keiner Weise erkennbar, dass der Gesetzgeber es als unzulässig angesehen hat, wenn weitere informatorische Bestandteile in die Gesellschafterliste aufgenommen werden, die lediglich dem Rechtsverkehr der Gesellschaft, der Gesellschafter oder interessierter Dritter dienen. Hierdurch wird entgegen der Aussagen des OLG München auch nicht die Klarheit der Gesellschafterliste beeinträchtigt. Denn aus der Eintragung in der sog. Veränderungsspalte wird deutlich, dass der bisherige Gesellschafter, der noch als Inhaber in der Liste ausgewiesen ist, weiterhin Gesellschafter ist.

¹ Ebenso *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913. Siehe zu diesen sog. Zwei-Listen-Modell *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 347.

² Siehe insoweit auch die beiden Urteile des LG Aachen und LG Köln, MittBayNot 2010, 70 und 72 (jeweils in diesem Heft). Bejahend, wenn auch nicht zwingend ferner LG Augsburg, NZG 2009, 1032; *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1005; *Hasselman*, NZG 2009, 449, 451; *D. Mayer* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, D I Rdnr. 153.

Es wird lediglich darüber informiert, dass er bereits eine bedingte Verfügung über den Geschäftsanteil vorgenommen hat.

Auf diese Art und Weise kann als Alternative zu der sog. Widerspruchslösung (siehe dazu LG Köln vom 16.6.2009³) eine andere und weniger komplizierte Lösung gefunden werden, um den aufschiebend bedingt Erwerbenden vor einem gutgläubigen Erwerb⁴ i. S. d. § 16 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG zu schützen. Dies gelingt bei der hier gewählten Gestaltung dadurch, dass ein potenzieller späterer Erwerber bei Einsicht in die Gesellschafterliste darüber informiert wird, dass bereits eine aufschiebende Verfügung vorgenommen wurde. Er erlangt dadurch Kenntnis von dem Umstand, dass die Verfügungsbefugnis des derzeit in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters nicht uneingeschränkt besteht. Der spätere Erwerber kann sich daher nicht mehr auf einen gutgläubigen Erwerb berufen. Er war beim Erwerb nicht mehr gutgläubig, da er den Vermerk in der Gesellschafterliste entweder kannte oder aufgrund grober Fahrlässigkeit⁵ nicht kannte. Es handelt sich damit um eine reine Tatsachenangabe, die den gutgläubigen Erwerb eines späteren Erwerbers ausschließen soll. Es ist in keiner Weise ersichtlich, inwieweit der Rechtsverkehr durch entsprechende schützende Maßnahmen beeinträchtigt werden könnte. In der bisherigen Praxis des Verfassers sind entsprechende Gesellschafterlisten mit zusätzlichen Anmerkungen oder Bemerkungen auch stets unproblematisch von zahlreichen Registergerichten aufgenommen worden, sofern die sog. Veränderungsspalte beispielsweise durch die Überschrift „Bemerkungen“ oder „Hinweise“ klar vom rechtlich vorgeschriebenen Inhalt der Gesellschafterliste i. S. d. §§ 16, 40 GmbHG abgegrenzt wird. In diesem Fall ist auch Verwirrung nicht zu befürchten.⁶ Es bleibt zu hoffen, dass durch weitere Entscheidungen in der Zukunft klargestellt wird, dass das bisher praktizierte Zwei-Listen-Modell anzuerkennen ist. Der Vorteil dieses sog. Zwei-Listen-Modells besteht darin, dass es besonders unkompliziert funktioniert und nicht auf den schwerfälliger zu handhabenden Widerspruch angewiesen ist.

Soweit das OLG München sich zur Begründung seiner Rechtsauffassung darauf stützt, dass erst nach Wirksamwerden der Veränderung eine neue Gesellschafterliste eingereicht werden dürfe, so geht diese Argumentation fehl. Die zeitweilig eingereichte Gesellschafterliste entspricht hinsichtlich der Inhaberschaft dem bisherigen und immer noch zutreffenden Rechtszustand und weist lediglich auf die bevorstehende Rechtsänderung hin – ohne diese vorwegzunehmen. Eine Veränderung hinsichtlich der konstitutiven Eintragungen der Gesellschafterliste ist damit nicht verbunden, so dass ein Verstoß gegen die Ziele und Zwecke des Gesetzgebers damit nicht verbunden ist, sondern lediglich der Schutz eines Erwerbers vor einem beeinträchtigenden gutgläubigen Zwischen-erwerb, was nur im Interesse des Gesetzgebers ist.⁷

Dem Zwei-Listen-Modell lässt sich auch nicht der abschließende Charakter der Eintragungen nach § 40 GmbHG entgegen-

³ MittBayNot 2010, 70 (in diesem Heft); siehe auch *Schneider*, NZG 2009, 1167.

⁴ Diese Möglichkeit wird von der h. M. bejaht: *Wicke*, GmbHG, 2008, § 16 Rdnr. 20; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 576; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 16 Rdnr. 63; *Schreinert/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267; *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 345; a. A. *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049 ff.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.

⁵ Siehe § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG. Die Einsicht in die zuletzt eingestellte Gesellschafterliste ist zur Vermeidung grober Fahrlässigkeit stets erforderlich.

⁶ *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913.

⁷ Siehe BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15, S. 89 ff., insb. S. 91.

gehalten. Die restriktive Ansicht des OLG München steht insoweit auch nicht in Übereinstimmung mit der sonstigen Rechtsprechung des BGH, die über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus in anderen Fällen bereits gesetzlich nicht vorgesehene Handelsregistereintragungen zugelassen hat, soweit dies aus zwingenden Interessen des Rechtsverkehrs erforderlich war – so beispielsweise für das Gbr-Register als Unterregister zur Kommanditisteneintragung.⁸ Dann muss es aber erst recht zulässig und unschädlich sein, wenn – deutlich vom zwingenden Listeninhalt abgesetzt – zusätzliche Informationen in die Gesellschafterliste aufgenommen werden. Weitergehend ließe sich auf dieser argumentativen Grundlage sogar die Eintragung der Verfügungsbeschränkung durch bedingte Verfügung als echter Listeninhalt vertreten.

Solange sich zumindest im Bereich des OLG München nunmehr vermutlich das Zwei-Listen-Modell nicht mehr praktizieren lässt, wird die Praxis auf die Zuordnung von Widersprüchen zur Gesellschafterliste rekurrieren müssen.⁹ Dieses hat den Vorteil, dass das vom Gesetzgeber vorgesehene Instrumentarium genutzt wird. Sobald sich jedoch die hier und in der Literatur überwiegend als zulässig angesehene Gestaltungsvariante durchsetzen sollte, so wird die Praxis regelmäßig dieses einfachere Zwei-Listen-Modell bevorzugen.

Bis endgültige Klarheit hinsichtlich der Zulässigkeit des sog. Widerspruchsmodells und des sog. Zwei-Listen-Modells erreicht ist, kann es sich für die Praxis stattdessen anbieten, dem jeweiligen Erwerber einen 1-Euro-Zwergesäftsanteil mit sofortiger Wirkung zukommen zu lassen und durch eine entsprechende vorher durchzuführende Satzungsänderung sicherzustellen, dass sämtliche Geschäftsanteilsabtretungen der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen. Problematisch ist in dieser Gestaltungsvariante das Scheitern der Gesamttransaktion, da dann der eine Geschäftsanteil zurückfallen muss.¹⁰ Dieses Modell ist bei größeren Gesellschaften ferner sehr schwerfällig. Sofern diese Satzungsänderung nur für einen einzelnen Veräußerungsfall durchgeführt werden sollte, würde es bedeuten, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen, wenn andere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.¹¹

Gleichzeitig muss die Praxis sich jedoch darüber im Klaren sein, dass das Widerspruchsmodell dem Zwei-Listen-Modell jedenfalls¹² insoweit überlegen ist, als der Widerspruch bei

späteren Listeneinreichungen besser erkennbar ist. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 HRV ist ein Widerspruch der Gesellschafterliste nicht nur zuzuordnen, sondern zudem besonders hervorzuheben. Zwar wird der Widerspruch – jedenfalls in der bayerischen Registerpraxis – ausschließlich bei der Gesellschafterliste vermerkt, der er zugeordnet ist. Besonders hervorgehoben ist er jedoch dadurch, dass er beim Abruf aus dem Registerportal bereits aus dem (vollständigen) Dokumentenbaum ersichtlich ist. Es muss also nicht jede einzelne Gesellschafterliste abgerufen werden, um zu erkennen, ob einer Liste ein Widerspruch zugeordnet wurde.

Anders verhält es sich beim Zwei-Listen-Modell. Wird beispielsweise zunächst die Liste mit dem Hinweis auf die aufschiebend bedingte Verfügung eingereicht und ins Handelsregister aufgenommen, eine Woche später jedoch in einem anderen Teil Deutschlands eine ganz andere Geschäftsanteilsabtretung vorgenommen und eine neue Liste eingereicht, die nach dem Ermessen des jeweiligen Notars lediglich den konstitutiven Inhalt der jeweiligen Gesellschafterliste wiedergibt, nicht aber die Bemerkungen und Hinweise,¹³ so kann das Zwei-Listen-Modell scheitern. Auf diese Weise kann bei Einsicht der aktuellsten Liste im Handelsregister ein gutgläubiger Erwerb wieder möglich werden, weil von einem Erwerber m. E. nicht erwartet werden kann, dass er sämtliche zurückliegenden Gesellschafterlisten durchsieht. Dies kann auch vom Notar nicht verlangt werden. Durch Einreichung einer späteren, einen anderen Veränderungsfall betreffenden neuen Gesellschafterliste kann zumindest bei größeren Gesellschaften mit regelmäßigen Gesellschafterwechseln die den gutgläubigen Erwerb ausschließende Wirkung leicht verhindert werden. Anders wäre dies nur dann, wenn man die Veränderungsspalte mit Einträgen wie Verfügungsbeschränkungen, Nießbrauchsrechten, Pfandrechten und dergleichen zum konstitutiven Inhalt der Gesellschafterliste machen würde, der von der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG erfasst ist. Dies ist m. E. jedoch mit den gesetzlichen Vorgaben des § 40 GmbHG nicht in Übereinstimmung zu bringen und abzulehnen.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

⁸ BGH, MittBayNot 2001, 574.

⁹ Siehe LG Köln, MittBayNot 2010, 70 (in diesem Heft); *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 16 Rdnr. 69.

¹⁰ Zwischenzeitlich könnten jedoch wieder Zwischenverfügungen des Zwischenerwerbers stattgefunden haben.

¹¹ Siehe zum Einsatz von Vinkulierungsklauseln *Rodewald*, GmbHR 2009, 169, 167; *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 348 mit einem etwas modifizierten Formulierungsvorschlag. Siehe auch *Schreinert/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1271.

¹² Ob sich die erwerbshindernde Wirkung des Widerspruchs auch materiellrechtlich gegenüber einer nachfolgend aufgenommenen Gesellschafterliste durchsetzt, ist noch ungeklärt, siehe *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1051. Hiervon sollte jedoch ausgegangen werden, vgl. *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 15 f., ferner *Bayer* in Lutter/*Hommelhoff*, GmbHG, § 16 Rdnr. 70 a. E. (allerdings mit der Maßgabe, dass der Widerspruch – abweichend von der bayerischen Registerpraxis – technisch auch bei einer nachfolgenden Liste vermerkt werden soll); *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, § 16 Rdnr. 68. Nur auf diese Weise kann dem Widerspruch die vom Gesetzgeber zugeordnete Bedeutung zuteilwerden. Anderenfalls könnte die Wirkung des Widerspruchs zur Vermeidung gutgläubigen Erwerbs jederzeit vereitelt werden, indem arglistig einfach eine neue, ggf. identische Gesellschafterliste nachgereicht und in das Handelsregister aufgenommen wird. Die Fortgeltung gegenüber nachfolgend aufgenommenen Gesellschafterlisten ist dann ein weiterer deutlicher Vorteil des Widerspruchsmodells gegenüber dem Zwei-Listen-Modell.

¹³ Die Fortführung der Hinweise und sonstigen Informationen der sog. Veränderungsspalte im Rahmen der notariellen Listenbescheinigung ist nicht erforderlich.

¹¹. GmbHG §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 2; BGB § 161 Abs. 1, 3 (*Widerspruch zur Gesellschafterliste bei aufschiebend bedingter Abtretung*)

Das Registergericht hat einen Widerspruch, den der Veräußerer im Falle einer aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretung bewilligt hat, der Gesellschafterliste zuzuordnen. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Köln, Beschluss vom 16.6.2009, 88 T 13/09

Gesellschafter neben Frau A mit einem Geschäftsanteil von 12.750 € ist Herr B, der durch notariellen Vertrag vom 26.2.2009 seinen Geschäftsanteil an Frau A übertrug. Die Übertragung ist aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises. Herr B hat die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste hinsichtlich des Herrn B bewilligt und Frau A hat diese beantragt. Unter dem 2.3.2009 hat der Notar die Zuordnung des Widerspruchs beantragt.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Gericht den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, § 16 Abs. 3 GmbHG erfordere, dass bei einer Gesellschafterliste, die den wahren Rechtsinhaber ausweise, ein Widerspruch nicht möglich sei. Die in der

Gesellschafterliste aufgeführten Gesellschafter A und B seien bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung beide noch Gesellschafter.

Hiergegen wendet sich der Notar mit seiner Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 19 FGG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Die Voraussetzungen für die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste liegen vor.

Nach bisheriger Rechtslage war gemäß § 161 Abs. 1 BGB der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich. § 161 Abs. 3 BGB, wonach entgegen § 161 Abs. 1 BGB ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, lief ins Leere, da der gutgläubige Erwerb des Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten nicht geregelt war.

Dies hat sich nach neuer Gesetzeslage geändert. Gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG in der Fassung des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBI I, S. 2026) ist der Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten wie folgt neu geregelt worden:

„Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.“

Es ist schon zweifelhaft, ob § 16 Abs. 3 GmbHG für die Zuordnung eines Widerspruchs aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet, verlangt, die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zu prüfen, oder ob die freiwillig erteilte Bewilligung eine solche Prüfung ersetzt (Begründung Regierungsentwurf zu Art. 1 Nr. 15, BT-Drucks. 16/6140). Diese Frage bedarf aber keiner Entscheidung.

Gemäß § 161 Abs. 1 BGB besteht ein Erwerberschutz, der nur gemäß § 161 Abs. 3 BGB im Falle des gutgläubigen Erwerbs eingeschränkt ist. Ob und in welchem Umfang § 161 Abs. 3 BGB auf § 16 Abs. 3 GmbHG verweist und damit eine Durchbrechung des Erwerberschutzes gemäß § 161 Abs. 1 BGB möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. *Preuß*, ZGR 2008, 676, 692; *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 345 m. w. N.). § 16 Abs. 3 GmbHG regelt indes explizit den Erwerb des Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten und stellt damit eine Vorschrift i. S. v. § 161 Abs. 3 BGB dar.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste möglich. Die Regelung zum gutgläubigen Erwerb bezieht sich auf die „Unrichtigkeit“ der Liste und auf die „mangelnde Berechtigung“ des Veräußerers. Unrichtig ist die Gesellschafterliste hier

zwar nicht, worauf das AG abstellt, da die Veräußerung unter aufschiebender Bedingung bis zum Bedingungseintritt die Gesellschafterstellung nicht berührt. Die bedingte Verfügung über den Geschäftsanteil führt aber im Rahmen des § 161 Abs. 1 BGB im Falle des Bedingungseintritts zu einer absoluten Unwirksamkeit einer nachfolgenden Verfügung des Veräußerers. Mit der bedingten Verfügung hat der Veräußerer zwar weiterhin die Rechtsmacht, über den Geschäftsanteil wirksam zu verfügen, diese Rechtsmacht ist aber – vom gutgläubigen Erwerb abgesehen – vom Ausfall der Bedingung abhängig und damit eingeschränkt (so auch *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 345). Hierin liegt eine „mangelnde Berechtigung“ des Veräußerers i. S. v. § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.

Auch nach Sinn und Zweck des Verfahrens auf Zuordnung eines Widerspruchs sind dessen Voraussetzungen erfüllt. Die Zuordnung des Widerspruchs dient dem Schutz des Erwerbers vor nachfolgenden Verfügungen des Veräußerers, die entgegen § 161 Abs. 1 BGB durch gutgläubigen Erwerb (§ 161 Abs. 3 BGB) wirksam werden. Das Schutzbedürfnis des Erwerbers ist in gleichem Maße gegeben, wenn die Gesellschafterliste unrichtig ist, weil sie den Veräußerer unzutreffend noch als Gesellschafter ausweist wie im Falle der aufschiebend bedingten Veräußerung gemäß § 161 Abs. 1 BGB. Der Schutz des Erwerbers erfordert auch in diesem Fall die Zuordnung eines Widerspruchs, um den guten Glauben eines nachfolgenden Erwerbers in die Verfügungsmacht des (eingeschränkt berechtigten) Veräußerers zu zerstören (ebenso: *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2009, § 13 Rdnr. 141; *Klößner*, NZG 2008, 841, 842; wohl auch *Reymann* GmbHR 2009, 343, 349). Eine Beeinträchtigung des Veräußerers ist hiermit nicht verbunden, da er weiterhin verfügungsbefugt bleibt, nur die Einschränkung durch die bedingte Veräußerung offengelegt wird.

Anmerkung:

Die Entscheidung des LG Köln, mit der das Gericht die Eintragung eines Widerspruchs zum Zwecke der Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs bei aufschiebend bedingten Verfügungen zugelassen hat, ist zu begrüßen. Ausgangspunkt der aktuellen Serie von Entscheidungen sind die Bedürfnisse der Praxis. Bei aufschiebend bedingten Verfügungen ist grundsätzlich die Gesellschafterliste noch richtig, weil der aufschiebend bedingt Verfügende seine Inhaberschaft hinsichtlich des Geschäftsanteiles noch nicht verloren hat. Daher muss der Gesellschafter weiterhin in der Liste als Inhaber aufgeführt werden. Gleichzeitig besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis und ein schützenswertes Interesse des Rechtsverkehrs, bei einer unwidersprochenen Gesellschafterliste tatsächlich die Inhaberschaft am Geschäftsanteil zu erwerben. Könnten aufschiebend bedingte Verfügungen in der Gesellschafterliste in keiner Weise dokumentiert werden und ein gutgläubiger Erwerb verhindert werden, so bestünde die Gefahr, dass ein Käufer zwar von einem Berechtigten mit einer unwidersprochenen Gesellschafterliste erwerben würde, gleichzeitig der Erwerb trotz Kaufpreiszahlung durch Zwischenverfügungen während der Schwebezeit beeinträchtigt werden könnte.

Dem liegt folgender denkbarer Sachverhalt zugrunde. Verkäufer V verkauft an Käufer K. Hätte der Verkäufer aber bereits eine Woche vorher aufschiebend bedingt über den Geschäftsanteil verfügt, so wäre das Recht des Ersterwerbers durch die spätere Verfügung nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG vereitelt worden, weil die herrschende

Meinung für diesen Fall einen gutgläubigen Erwerb zulässt.¹ Dieses Risiko gilt es in der Praxis der Vertragsgestaltung zu vermeiden. Grundlage dieser Erwägungen ist, dass überhaupt über § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht wird.² Da die besseren Gründe trotz der Streitigkeiten dafür sprechen, auch § 161 Abs. 3 BGB für Verfügungen nach Vornahme einer aufschiebenden Verfügung zuzulassen,³ besteht das erhebliche Bedürfnis, für den aufschiebend bedingt Erwerbenden, den gutgläubigen Erwerb nach § 161 Abs. 3 BGB auszuschließen. Dies kann nur dadurch erfolgen, dass einerseits der Erwerber bösgläubig gemacht wird⁴ oder durch Zuordnung eines Widerspruchs bei der Gesellschafterliste der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen wird.⁵ Durch den Widerspruch wird verlautbart, dass der Veräußerer nicht mehr verfügungsbefugt über seinen Geschäftsanteil ist. In dem Fall des LG Köln wurde ein allgemeiner⁶ Widerspruch der Gesellschafterliste beigefügt. Um die Gefahr zu vermeiden, dass durch die Zuordnung des Widerspruchs jeglicher gutgläubige Erwerb ausgeschlossen wird, sollte für die Fälle der aufschiebend bedingten Verfügung der Widerspruch auch in der folgenden, spezifizierten Form zugelassen werden:

Der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom (...) wird aufgrund aufschiebend bedingter Verfügung des dort ausgewiesenen Gesellschafters ein Widerspruch hinsichtlich des Geschäftsanteils mit der Nummer (...) zugeordnet und die Aufnahme dieses Widerspruchs im Handelsregister bei der Gesellschafterliste bewilligt und beantragt, weil die Verfügungsbefugnis des in der Gesellschafterliste ausgewiesenen Gesellschafters durch aufschiebend bedingte Verfügung beschränkt ist.

Prüfungspflichten des Handelsregisters hinsichtlich der Aufnahme des Widerspruchs bestehen in jedem Fall nicht, da das Handelsregister lediglich verwahrende, nicht aber mit einer Rechtskontrolle überprüfende Stelle für die Gesellschafterliste ist.⁷ Für die Vertragsgestaltung sollte sichergestellt werden, dass mit Aufnahme der neuen, nach Bedingungseintritt richtigen Gesellschafterliste der bewilligte Widerspruch wieder gelöscht werden kann und dies gleich in der Urkunde mit bewilligt und beantragt wird (mit „Kopierlösung“ wie bei der gesperrten Auffassung). Dies war in dem Fall des LG Köln der Fall.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

¹ So die h. M., siehe *Wicke*, GmbHG, 2008, § 16 Rdnr. 20; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 576; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 16 Rdnr. 63; *Schreiner/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267; *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 345; a. A. *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049 ff.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.

² Siehe die Nachweise in der vorstehenden Fn.

³ So bereits *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 436.

⁴ Siehe dazu auch die Entscheidung des OLG München, MittBayNot 2009, 68 m. Anm. des Verfassers (in diesem Heft).

⁵ Siehe dazu auch *Schneider*, NZG 2009, 1167.

⁶ Zur überzeugenden Ansicht, den Widerspruch auf einen konkreten Sachverhalt zu beziehen, siehe *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 119; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 16 Rdnr. 70.

⁷ BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

12. GmbHG §§ 40, 16 Abs. 3; BGB § 1030 (*Aufnahme eines Nießbrauchs in Gesellschafterliste*)

Die Belastung eines Geschäftsanteils mit einem Nießbrauch kann in die Gesellschafterliste eingetragen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Aachen, Beschluss vom 6.4.2009, 44 T 1/09

Unter dem 15.1.2009 hat das AG – Registergericht – folgende Zwischenverfügung erlassen:

„(...)

b) In die Gesellschafterliste vom 23.12.2008 wurde ein Nießbrauch eingetragen. Dies dürfte jedoch nicht möglich sein. Um Nachreichung einer neuen Gesellschafterliste wird gebeten.“

Gegen diese Zwischenverfügung hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, angesichts der großen Bedeutung der Gesellschafterliste als Legitimations- und Rechts-scheinsgrundlage sei ein Nießbrauchsrecht wenn nicht eintragungspflichtig, so doch zumindest eintragungsfähig.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, die Belastung eines Geschäftsanteils mit einem Nießbrauchsrecht könne auf einer Gesellschafterliste nicht vermerkt werden. Die Tatsachen, welche in die Gesellschafterliste aufgenommen werden müssten, ergäben sich aus § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Dort sei die Belastung des Geschäftsanteils auch nach der Änderung des GmbHG durch das MoMiG nicht aufgeführt. Es bestehe auch kein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an einer Aufnahme des Nießbrauchsrechts in die Gesellschafterliste, da der Nießbrauch nicht gutgläubig „wegerworben“ werden könne, sofern er nicht in der Liste vermerkt sei.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und in der Sache begründet.

1. Die Belastung des GmbH-Geschäftsanteils mit einem Nießbrauchsrecht ist im Hinblick auf die Gesellschafterliste eintragungsfähig. Ob sie auch eintragungspflichtig ist, ist hier nicht zu entscheiden.

Wie vom Registergericht zutreffend hervorgehoben, sind Tatsachen und Rechtsverhältnisse auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung eintragungsfähig, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters ihre Eintragung erfordern und für ihre Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Nach diesen Maßstäben, die sich auf die Gesellschafterliste übertragen lassen, ist die Eintragungsfähigkeit zu bejahen.

Das erhebliche Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Eintragung des Nießbrauchers leitet sich aus seiner Rechtsposition her. Die Einräumung eines Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil verschafft dem Nießbraucher eine dingliche Berechtigung (BGH, NJW 1999, 571, 572), kraft derer er zusammen mit dem Gesellschafter eine Rechtsgemeinschaft bildet. Nießbraucher und Gesellschafter sind gemeinsam an dem Geschäftsanteil berechtigt; der Nießbraucher wird in den Geschäftsverbänden einbezogen (OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 440, 442). Die Gesellschafterrechte, insbesondere die Verwaltungsrechte, werden zwischen dem Gesellschafter und dem Nießbraucher aufgeteilt; dem Nießbraucher kann die Verwaltung insgesamt übertragen werden (*Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 1068 Rdnr. 3).

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist die Gesellschafterliste zu einer allgemeinen Legitimations- und Rechts-scheinsgrundlage aufgewertet worden. Gesellschafter können ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft nur noch dann wirksam ausüben, wenn sie in die Gesellschafterliste eingetragen sind (*Wachter*, GmbHR, Sonderheft Oktober 2008, 51). Steht aber der Nießbraucher in der geschilderten Weise in Rechts-

gemeinschaft mit dem Gesellschafter, verfügt er insbesondere regelmäßig über Nutzungs- und Verwertungsrechte, die er eigenständig gegenüber der Gesellschaft geltend machen kann, so spricht dies dafür, die Gesellschafterliste in gleicher Weise auch für ihn zur Legitimationsgrundlage im Verhältnis zur Gesellschaft aufzuwerten. Zumindest aber besteht ein anerkanntes erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs, die Rechtsposition des Nießbrauchers in der Gesellschafterliste zu vermerken. Sowohl für den Nießbraucher als auch für die Gesellschaft erleichtert seine Eintragung in dieser Liste vor allem die Geltendmachung und Berücksichtigung des Rechtes des Nießbrauchers auf Zuweisung des Gewinns (so auch *Reymann*, WM 2008, 2095, 2102). Das entspricht der Regelung bezüglich des Aktienregisters. Auch in § 67 Abs. 2 AktG ist ausdrücklich nur davon die Rede, dass der Gesellschafter (Aktionär) in das Aktienregister einzutragen ist. Dennoch kann nach herrschender Meinung das Nießbrauchsrecht in das Aktienregister eingetragen werden. Die Eintragung sei, so lautet hier die Begründung, sowohl für die Aktiengesellschaft als auch für den Nießbraucher von Vorteil und aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt, da sie z. B. den Streit über die Rechtmäßigkeit einer Dividendenzahlung an den Nießbraucher vermeide und so verhindere, dass die Gesellschaft das Risiko der unwirksamen Auszahlung tragen müsse (MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 30; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 9). Für den Nießbraucher bezüglich des GmbH-Geschäftsanteils gilt Entsprechendes. Dass eine solche Eintragung die gebotene Klarheit der Gesellschafterliste, auf die ähnlich dem Gebot der Registerklarheit Bedacht zu nehmen ist, beeinträchtigen könnte, ist nicht ersichtlich.

2. Dass eine Ausweitung des gesetzlich vorgeschriebenen Inhalts der Gesellschafterliste nicht zu eng zu handhaben ist, erhellt der Blick auf Veränderungen bezüglich der Gesellschafter. Auch hier gilt, dass die Eintragung solcher Veränderungen in die Gesellschafterliste nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dennoch wird eine entsprechende Erweiterung in der Praxis als sinnvoll und zulässig angesehen (*Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385 mit Hinweis auf den Vorschlag des DAV, NZG 2007, 735, 738).

3. Schließlich entspricht die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs am GmbH-Geschäftsanteil dem Grundsatz der Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs am Kommanditanteil in das Handelsregister (vgl. hierzu *Lindemeier*, RNotZ 2001, 155, 157; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 81; sowie LG Aachen, Beschluss vom 28.4.2003, 4 T 6/03).

Anmerkung:

Der mit dem Gesellschaftsrecht befasste Leser wird auf den ersten Blick dazu neigen, die Entscheidung des LG Aachen als Mindermeinung abzutun. Denn die ganz herrschende Meinung¹ lehnt die Eintragung eines Nießbrauchs als Inhalt der Gesellschafterliste i. S. d. § 40 GmbH ab. Damit tut man der Entscheidung des LG Aachen jedoch unrecht. Denn das LG Aachen hat lediglich zugelassen, dass in Ergänzung zu den

gesetzlich vorgesehenen Eintragungen gemäß §§ 16, 40 GmbHG zusätzliche Hinweise in die Gesellschafterliste aufgenommen werden. So hat es sich in vielen Notariaten zwischenzeitlich eingespielt, dass neben den üblichen Spalten mit dem Inhaber, der Stückelung der Geschäftsanteile und der jeweiligen Nummerierung eine weitere Spalte geführt wird, die teilweise als Veränderungsspalte oder auch lediglich mit der Überschrift „Bemerkungen“ versehen wird.² Solche zusätzlichen Eintragungen, die keinen zwingenden Inhalt der Gesellschafterliste und damit auch keinen gesetzlichen Inhalt der Gesellschafterliste darstellen, sind nach hier vertretener Auffassung zulässig. Damit ist im Ergebnis der Auffassung des LG Aachen zuzustimmen, dass ein bloßer Hinweis in einer Bemerkungsspalte, dass für eine bestimmte Person ein Nießbrauch bestellt sei, zulässig ist. Richtig ist auch, dass wegen entsprechender Vermerke in der Veränderungs-/Bemerkungsspalte die Einstellung dieser Gesellschafterliste in das Handelsregister nicht abgelehnt werden darf.

Dies führt zu Abgrenzungsfragen gegenüber der herrschenden Meinung in der Rechtslehre, nach der dingliche Belastungen wie Pfandrechte oder Nießbrauchsrechte nicht als Rechtsinhalt in die Gesellschafterliste eingetragen werden können.³ Auch der Verfasser dieser Anmerkung hat bisher die Auffassung vertreten, dass die Eintragung von dinglichen Belastungen eines Geschäftsanteils als Inhalt der Liste nicht eintragungsfähig ist.

Die Entscheidung des LG Aachen macht jedoch deutlich, dass zwischen den gesetzlich vorgesehenen Eintragungen i. S. d. §§ 16, 40 GmbHG und zusätzlichen Vermerken in einer Veränderungs-/Bemerkungsspalte zu unterscheiden ist. Letztere sollten in der Praxis unbedingt zugelassen werden, weil sie einerseits bei klarer räumlicher Trennung und Bezeichnung nicht schädlich sind und andererseits ein erhebliches praktisches Bedürfnis für sie besteht. Sie können beispielsweise die Entstehungsgeschichte des jeweiligen Geschäftsanteils mit der gesamten Veräußerungskette dokumentieren.⁴ In der Veränderungs-/Bemerkungsspalte kann beispielsweise auch im Falle einer Umnummerierung von Geschäftsanteilen dies entsprechend dokumentiert werden („ehemals Nr. ...“). Dies kann beispielsweise bei Geschäftsanteilen, die mit unterschiedlichen Rechten ausgestattet sind, von erheblicher Bedeutung sein.

Der Unterschied zwischen einer bloßen Bemerkung, also einem Hinweis und einer echten Eintragung i. S. d. § 40 GmbHG ist nicht bloß semantischer Natur. So kann der Notar, der beispielsweise die Übereinstimmung der von ihm neu eingereichten Liste mit der bisherigen bescheinigt, sich auf den echten Listeninhalt beschränken und bisherige Hinweise entfallen lassen.

In jedem Fall hat das LG Aachen nicht für eine zwingende Aufnahme eines Nießbrauchs in die Gesellschafterliste plädiert, sondern die zusätzliche Erwähnung lediglich als

¹ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 412 Fn. 50; *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 455; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379. Siehe auch weitergehend zur Neuregelung der Gesellschafterliste *Bednarz*, BB 2008, 1854; *Bohrer*, DStR 2007, 995; *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565; *Flesner*, NZG 2006, 641; *Götzel/Bressler*, NZG 2007, 894; *Hamann*, NZG 2007, 492; *Harbarth*, ZIP 2008, 57; *Heckschen*, ZErB 2008, 246; *Müller*, GmbHR 2006, 953; *Rau*, DStR 2006, 1892; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841; *Vossius*, DB 2007, 2299.

² Siehe bejahend wenn auch nicht zwingend LG Augsburg, NZG 2009, 1032; dazu *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1005. Siehe auch *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 451; *D. Mayer* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, D I Rdnr. 153.

³ *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 844; *Greitemann/Bergjahn* in Birk, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von Pöllath + Partners, 2008, S. 273; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 16 Rdnr. 10; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408; *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 455; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379.

⁴ Dabei sind allerdings für den Notar die Vorgaben zur beruflichen Verschwiegenheit nach § 18 BNotO zu beachten.

unschädlich angesehen.⁵ Auch im Aktienrecht wird vielfach vertreten, dass in das Aktienregister Pfand- und Nießbrauchsrechte eingetragen werden können,⁶ aber nicht müssen.

Mit dieser registerrechtlichen Entscheidung des LG Aachen fangen jedoch die rechtlichen Probleme erst an: Es stellen sich zahlreiche Folgefragen, die insbesondere der Anmerkung von *Reymann* in RNotZ 2009, 410 entnommen werden können. Bejaht man mit dem LG Aachen die bloße Eintragung eines Nießbrauchsrechtes und weitergehend auch die Eintragung eines Pfandrechts, so stellt sich die Frage, ob dadurch ein gutgläubiger lastenfreier Wegerwerb von Nießbrauchsrechten oder Pfandrechten verhindert werden kann bzw. wegen der Eintragungsfähigkeit entsprechender dinglicher Belastungen des Geschäftsanteils doch ein gutgläubiger lastenfreier Wegerwerb von Belastungen ermöglicht werden soll. Letzteres ist zu verneinen.⁷ Es handelt sich bei einer fakultativen Aufnahme lediglich um Hinweise mit informativem Charakter.

*Reymann*⁸ geht hingegen weiter und hält die Eintragung des Nießbrauchs zwar nicht für zwingend, er lehnt also einen Eintragungszwang ab, geht jedoch entsprechend der bisherig herrschenden Meinung⁹ davon aus, dass entsprechend § 16 Abs. 3 GmbHG die Ausübung der Rechte aus dem Nießbrauch gegenüber der Gesellschaft erst nach Eintragung des Nießbrauchs in die Gesellschafterliste zulässig sei. Damit versieht *Reymann* diesen informativischen Hinweis mit einer zusätzlichen rechtsbegründenden Bedeutung, die dem Gesetz hingegen nicht entnommen werden kann. Zuzugeben ist *Reymann*, dass zum bisherigen Recht die Anmeldung des Nießbrauchers und der Nachweis der Begründung des Nießbrauchs bei der Gesellschaft entsprechend § 16 GmbHG a. F. Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft war.¹⁰ Auch diese Voraussetzung wurde über den eigentlichen Wortlaut des Gesetzes hinaus geschaffen. Gleichwohl sollte die Eintragung des Nießbrauchs in die Gesellschafterliste nicht zwingende Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechten gegenüber der Gesellschaft sein. Insoweit würde ein mittelbarer Zwang zur Aufnahme in die Gesellschafterliste geschaffen, die der Gesetzgeber so nicht vorgesehen hat. Es genügt hingegen der bloße Nachweis des Bestehens des Nießbrauches mit Erklärung gegenüber der Gesellschaft. Anderenfalls würde man entsprechend zusätzlichen informativischen Eintragungen eine Bedeutung zukommen lassen, die ihnen nicht zusteht.¹¹

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

⁵ Ebenso *Heidinger* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2008, § 13 Rdnr. 286 f.; dies ablehnend hingegen *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 451.

⁶ Siehe *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 9 (er knüpft allerdings Rechtswirkungen i. S. d. § 67 Abs. 2 AktG an die Eintragung des Nießbrauchs); MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 30; KölnKommAktG/Lutter, 2. Aufl. 1988, § 67 Rdnr. 10.

⁷ H. M., vgl. *Heckschen*, ZErB 2008, 246, 252; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418. Siehe auch *Vossius*, DB 2007, 2299.

⁸ RNotZ 2009, 410, 412 f.; ebenso bereits *ders.*, WM 2008, 2095. Zustimmend wohl *Heidinger* in Heckschen/Heidinger, 2009, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rdnr. 288.

⁹ Siehe beispielsweise *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 16 Rdnr. 22 m. w. N.

¹⁰ *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 16 Rdnr. 22 m. w. N.

¹¹ A. A. *Reymann*, RNotZ 2009, 410, 414.

Kostenrecht

13. KostO §§ 36 Abs. 2, 37, 44 Abs. 1 (*Vereinbarung von Pflichten des Angebotsempfängers in Angebotsurkunde*)

Werden neben dem Angebot auch vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Anbietenden und dem Angebotsempfänger (wie z. B. die Pflicht des Angebotsempfängers, das Vertragsangebot bei Zweckverfehlung abzulehnen und die bestellte Vormerkung löschen zu lassen), liegt Gegenstandsgleichheit vor. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2008, I-10 W 78/08

In der fraglichen Urkunde hat der Beteiligte zu 1 ein Grundstückskaufvertragsangebot beurkundet, welches sich an die Beteiligte zu 2 richtete. Das Vertragsangebot sollte unbefristet laufen mit der Möglichkeit der Veräußerin, ab 31.1.2009 eine Monatsfrist zur Ablehnung zu setzen. Außerdem verpflichtete sich die Beteiligte zu 2, das Vertragsangebot abzulehnen, wenn das bezweckte Ziel nicht erreicht oder nicht mehr verfolgt wird, das nach dem Inhalt der erteilten Vollmachten der baurechtlichen Vorprüfung zur Erlangung einer Baugenehmigung zur Errichtung eines Geschäftshauses zum Betrieb eines Lebensmittelmarktes dienen sollte. Die Veräußerin bewilligte die Eintragung einer Vormerkung. Diese sollte vereinbarungsgemäß unverzüglich dann zu löschen sein, wenn die Vertragsannahme nicht (mehr) in Betracht kommt. Für diesen Fall bewilligte die Beteiligte zu 2 bereits jetzt die Löschung der Auflassungsvormerkung. Überdies sollte die Beteiligte zu 2 die Kosten des Angebots sowie alle sonstigen Kosten tragen.

Der Beteiligte zu 1 hat in der angefochtenen Kostenrechnung u. a. den Geschäftswert für die Verpflichtung zur Löschung der Auflassungsvormerkung mit € 150.000 bemessen und entsprechend eine Gebühr nach §§ 36 Abs. 2, 39 Abs. 2, 20 KostO mit € 564 berechnet. Nach Auffassung der Beteiligten zu 2 hätte hier – mit Rücksicht auf die vereinbarte Kostentragungspflicht der Beteiligten zu 2 – lediglich ein Kostenwert von € 626,36 zugrunde gelegt werden und dementsprechend eine Gebühr von € 20 berechnet werden dürfen. Das LG hat die gegen die beanstandete Kostenrechnung erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 2 mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die ausdrücklich zugelassene weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 gegen den im Tenor genannten Beschluss ist zulässig, da das LG die weitere Beschwerde ausdrücklich zugelassen hat, § 156 Abs. 2 KostO. Sie hat jedoch keinen Erfolg.

Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO. Das Recht ist nur verletzt, soweit das LG eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat, § 546 ZPO, § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG. Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden. Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass der Beteiligte zu 2 in der fraglichen Urkunde mehrere Erklärungen beurkundet hat, die denselben Gegenstand betreffen, und dass sich die Gebühren nach § 44 Abs. 1 KostO berechnen.

1. § 44 KostO kommt nur dann zur Anwendung, wenn mehrere selbständige Erklärungen beurkundet werden; bloße Nebenabreden bleiben kostenrechtlich außer Betracht, es liegt dann kostenrechtlich nur eine Erklärung vor. Unter Nebenabreden sind solche Erklärungen zu verstehen, die zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gehören und keine selbständige rechtliche Bedeutung haben; dies gilt für die sich aus der Natur des Rechtsgeschäfts ergebenden notwendigen Erklärungen und für solche Erklärungen, die sich aus weiteren gesetzlichen Vorschriften über das Geschäft oder auch aus dem erklärten

Willen der Beteiligten ergeben (*Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 44 Rdnr. 3 f).

Nach diesen Maßstäben ist das Grundstückskaufvertragsangebot mit allen erforderlichen Durchführungs-, Sicherungs- und Erfüllungserklärungen einerseits sowie die Verpflichtung der Beteiligten zu 2 zur eigenständigen Ablehnung des Angebotes im Falle der Zweckverfehlung nebst Verpflichtung zur Löschung der bereits bestellten Auflassungsvormerkung und die Kostentragungsregelung andererseits zu unterscheiden; sie stellen mehrere Erklärungen i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO dar. Das Grundstückskaufvertragsangebot enthält einseitige Erklärungen der Veräußerin. Die Regelungen betreffend die Ablehnung des Angebotes im Falle der Zweckverfehlung sowie die Kostentragungspflicht enthalten vertragliche Vereinbarungen zwischen den Angebotsparteien. Diese rühren – wie das LG zu Recht ausgeführt hat – aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis her, wobei insoweit das vor dem notariellen Kaufvertrag aufgrund des Angebotes bestehende Schuldverhältnis gemeint ist. Sie gehen über den notwendigen Inhalt eines Kaufvertragsangebotes und das, was zu diesem Vertragsangebot nach den Vorschriften des Gesetzes bzw. dem erklärten Willen der Angebotsparteien gehört, hinaus. Dies gilt in Anbetracht der vereinbarten Kostentragungspflicht der Angebotsempfängerin auch in Bezug auf die Kosten.

2. Unter Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO ist das Rechtsverhältnis, nicht die Sache oder Leistung, auf die sich die beurkundeten Erklärungen beziehen, zu verstehen. Hierzu gehören alle zur Begründung, Feststellung, Annerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen (*Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 44 Rdnr. 5). Hier geht es um das an die Beteiligte zu 2 gerichtete Kaufvertragsangebot. Zu dem damit verbundenen Rechtsverhältnis gehören auch die Regelungen betreffend die Ablehnungsverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen nebst Löschungsbewilligung sowie die Frage der Kostentragung. Die fraglichen Erklärungen beziehen sich mithin auf „denselben Gegenstand“.

3. Haben die Erklärungen denselben Gegenstand, so kommt es darauf an, ob die Gebühren sich nach demselben Gebührensatz und demselben Wert bemessen.

Hier bemisst sich der Gebührensatz für das Grundstückskaufvertragsangebot nach § 37 KostO, für die Kostentragungsregel nach § 36 Abs. 2 KostO und für die Verpflichtung der Beteiligten zu 2 zur eigenständigen Ablehnung des Angebotes im Falle der Zweckverfehlung nebst Verpflichtung zur Löschung der bereits bestellten Auflassungsvormerkung ebenfalls nach § 36 Abs. 2 KostO. Damit unterliegen die Kostenregelung und die Verpflichtung zur Löschung der Auflassungsvormerkung denselben Gebührensätzen, das Kaufvertragsangebot dagegen einem anderen – niedrigeren – Gebührensatz.

Im Verhältnis Kostenregelung und Vertragsangebot ist nicht nur von einem unterschiedlichen Gebührensatz, sondern auch von einem unterschiedlichen Wert auszugehen, so dass § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO zu beachten ist. Nach Hs. 2 ist hier eine Vergleichsberechnung vorzunehmen und die Gebühren gesondert zu berechnen, wenn dies für den Kostenschuldner günstiger ist. Bei Berechnung nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz, hier § 36 Abs. 2 KostO, ergäbe sich eine Gebühr von € 564, bei gesonderter Berechnung geringere Gebühren von € 423 (Vertragsangebot, § 37 KostO) und € 20 (Kostenregelung, § 36 Abs. 2 KostO).

Im Verhältnis Verpflichtung zur Ablehnung des Vertragsangebotes/Löschung der Auflassungsvormerkung und Vertragsan-

gebot ist ebenfalls von einem unterschiedlichen Gebührensatz, aber von einem gleichen Wert auszugehen. Die Gebühr bemisst sich mithin gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz, namentlich dem Gebührensatz gemäß § 36 Abs. 2 KostO. Zugrunde zu legen ist dabei der Wert des Gegenstandes, sprich des „Rechtsgeschäftes“; das ist das Kaufvertragsangebot, das zutreffend nach dem Kaufpreis mit € 150.000 bemessen worden ist. Es ergibt sich eine Gebühr von € 564.

Insgesamt ist daher – wie in der angefochtenen Kostenrechnung geschehen – von einer Gebühr i. H. v. € 564 auszugehen. Unter Hinzurechnung der nicht beanstandeten Auslagen nebst Umsatzsteuer ergibt sich ein Rechnungsbetrag von € 770,35.

14. KostO §§ 30, 131 Abs. 1, 156 Abs. 4 (*Geschäftswert für Überwachung von Kaufpreisfälligkeit und Eigentumswechsel*)

Zur Bemessung des Geschäftswertes für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und des Eigentumswechsels mit 30 % des Kaufpreises in einem „Standardfall“.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2008, I-10 W 140/08

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 14.11.2008 gegen den im Tenor genannten Beschluss ist zulässig, da das LG die weitere Beschwerde ausdrücklich zugelassen hat, § 156 Abs. 2 KostO. Sie hat jedoch keinen Erfolg.

Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO. Das Recht ist nur verletzt, soweit das LG eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet hat, § 546 ZPO, § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG. Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden.

Wie bereits im Senatsbeschluss vom 5.2.2008, I-10 W 167/07 (dort unter Ziffer 1) ausgeführt, durfte das LG den Geschäftswert an Stelle der Beteiligten zu 1 gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen festsetzen. Die Ermessensentscheidung ist durch den Senat als Gericht der weiteren Beschwerde nur dahingehend zu überprüfen, ob das LG von dem ihm eingeräumten Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften Gebrauch gemacht hat, insbesondere die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat, ob es von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände und Gesichtspunkte außer Acht gelassen hat, sich mit den Denkgesetzen oder allgemeinen Grundsätzen der Lebenserfahrung in Widerspruch gesetzt oder ob es sonst von seinem Ermessen einen dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden und somit rechtlich fehlerhaften Gebrauch gemacht hat (vgl. *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 156 Rdnr. 67). Nach diesen Maßstäben ist die landgerichtliche Entscheidung nicht zu beanstanden. Die Angemessenheit und Zeckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung sind dagegen der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde entzogen; dieses darf sein Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des LG setzen (vgl. *Rohs/Wedewer/Rohs*, KostO, § 156 Rdnr. 67).

1. In dem nunmehr angefochtenen Beschluss hat das LG sein Ermessen ausgeübt und dies im Einzelnen begründet. Es hat alle wesentlichen Umstände in die Abwägung einbezogen.

Das LG ist davon ausgegangen, dass das Interesse des Kostenschuldners an der bloßen Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und des Eigentumswechsels nicht mit dem Kaufpreis identisch ist, sondern hinter diesem zurückbleibt und der Kaufpreis lediglich eine Bezugsgröße bildet, von der ein prozentualer Abschlag vorzunehmen ist. Es hat berücksichtigt, dass bei der Höhe dieses – nach freiem Ermessen zu bestimmenden – Abschlages die Bedeutung der Sache für die Beteiligten, insbesondere deren wirtschaftliches Interesse an der Vornahme des Amtsgeschäfts, der Arbeits- und Zeitaufwand des Notars sowie das Ausmaß seiner Verantwortlichkeit und der Umfang seines Haftungsrisikos zu berücksichtigen ist und nur bei besonderer Schwierigkeit und Bedeutung des Geschäfts bis an die Höhe des Kaufpreises herangegangen werden kann (vgl. OLG Hamm, OLGR 2006, 173; OLG Frankfurt, OLGR 2006, 703; OLG Düsseldorf, JurBüro 1996, 101; JurBüro 1995, 598; OLGR 1993, 96; LG Köln, RNotZ 2007, 560; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 4).

Das LG hat die wertrelevanten Umstände des konkreten Falles ermittelt, insbesondere Feststellungen zum Umfang der Tätigkeit des Notars getroffen, und in seine Abwägung einbezogen. Es hat einerseits berücksichtigt, dass es sich nach eigenem Bekunden der Beteiligten zu 1 um einen Standardfall mit kleineren Besonderheiten gehandelt hat, die jedoch in der Abwicklung nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden waren. Andererseits hat es das Maß der Verantwortung des Notars nicht außer Acht gelassen, die mit der Bedeutung des Geschäftes verbunden war. Dass hier abwägungsrelevante Umstände unberücksichtigt geblieben sind, ist weder dargetan noch ersichtlich.

2. Bei seiner Abwägung hat das LG die Grenzen der zulässigen Ermessenausübung nicht überschritten. Die Bemessung des Geschäftswertes für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und des Eigentumswechsels mit 30 % des Kaufpreises liegt im Bereich des zur Verfügung stehenden Ermessensrahmens. Sie unterschreitet diesen nicht. Selbst der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 12.5.2005, BGHZ 163, 77 = MittBayNot 2005, 433 = DNotZ 2005, 867 zwar nicht grundsätzlich zur Höhe des Geschäftswertes geäußert; er hat es aber für ermessensfehlerfrei angesehen, dass der dortige Kostengläubiger dem geringen Umfang seiner Tätigkeit dadurch Rechnung getragen hat, dass er seiner Kostenberechnung einen Wert von nur 10 % des Kaufpreises zugrunde gelegt hat. Die landgerichtliche Bemessung des Geschäftswertes liegt im oberen Bereich dessen, was nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats für einen „Standardfall“ angemessen erscheint (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 1995, 598: 10 %; JurBüro 1996, 101: 20 %; OLGR 1993, 96: 30 %). Ob auch eine Bewertung mit 50 % des Kaufpreises noch im Rahmen des Ermessensrahmens liegen würde, mag dahinstehen, da jedenfalls unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles keine Ermessensreduzierung dahingehend stattgefunden hat, dass nur eine Bewertung mit mindestens 50 % ermessensfehlerfrei wäre.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R. vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 1641 ff.

Öffentliches Recht

15. ThürKO § 69 Abs. 1; EGZPO Art. 15 Nr. 3; VwGO § 80 (*Zwangsvollstreckung gegen Gemeinde*)

1. **Gegenstand der Zulassungsverfügung nach § 69 Abs. 1 ThürKO darf keine Regelung sein, die die Zwangsvollstreckung aus bürgerlichrechtlichen Forderungen gegen eine Gemeinde insgesamt verhindert. Die Vollstreckung kann lediglich auf entbehrliche Vermögensgegenstände beschränkt und/oder zeitlich hinausgeschoben werden. Insoweit hat die Rechtsaufsichtsbehörde Ermessen.**
2. **Mit der Bestimmung des Zeitpunkts legt die Rechtsaufsichtsbehörde fest, ab wann die Vollstreckung frühestens stattfinden darf. Die Festlegung eines zeitlichen Endes der Zulassung ist im Regelfall nicht erforderlich (Konkretisierung zum Senatsbeschluss vom 3.12.2007 – 2 EO 790/07 – n. v. – zu § 40 ThürVwZVG).**
3. **Einwendungen, die sich gegen den vollstreckbaren Titel, gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel oder gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung richten, können nur in den dafür vorgesehenen zivilprozessualen Verfahren geltend gemacht werden.**

Thüringer OVG, Beschluss vom 12.11.2008, 2 EO 651/08

Anmerkung der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ThürVBl 2009, 56. Siehe hierzu auch den Praxishinweis von *Grziwotz*, MittBayNot 2010, 82 (in diesem Heft).

Steuerrecht

16. UStG (1999) § 4 Nr. 9 lit. a) (*Noch zu bebauendes Grundstück als Leistungsgegenstand i. S. d. UStG*)

Ein nach § 4 Nr. 9 lit. a) UStG insgesamt steuerfreier einheitlicher Grundstücksumsatz kann nicht nur bei der Veräußerung eines bereits bebauten Grundstücks vorliegen, sondern auch dann, wenn derselbe Veräußerer in zwei getrennten Verträgen ein Grundstück veräußert und die Pflicht zur Erstellung eines schlüsselfertigen Bürohauses und Geschäftshauses übernimmt. Leistungsgegenstand ist in diesem Fall ein noch zu bebauendes Grundstück.

BFH, Urteil vom 19.3.2009, V R 50/07

Die Klägerin ist eine Immobilienentwicklungsgesellschaft in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft (KG).

Mit notariellem Vertrag vom 18.12.2001 veräußerte die Klägerin zwei ihr gehörende unbebaute Grundstücke an eine Erwerbsgemeinschaft zum Kaufpreis von 3.190.565,13 € (ohne Ausweis von Umsatzsteuer), fällig zum 4.1.2002. Der Grundstücksbesitz sollte am Tage nach der vollständigen Kaufpreiszahlung übergehen (§ 4 des Vertrages). Das Grundeigentum wurde am 17.4.2002 im Grundbuch eingetragen.

Außerdem schlossen die Vertragsparteien am selben Tag vor demselben Notar einen Generalübernehmervertrag, wonach sich die Klägerin verpflichtete, für die Käuferin ein schlüsselfertiges Büro- und Geschäftshaus zu einem Preis von 7.436.923,97 € zuzüglich 1.210.731,23 € Umsatzsteuer zu errichten, hierzu alle Architekten- und Ingenieurleistungen zu erbringen und die Bauleitung auszuführen. Die Vergütung war zahlbar bis zum 28.12.2001. Vertraglicher Fertigstellungstermin war der 15.4.2003.

Die Klägerin versicherte der Erwerblerin, dass die im Generalübernehmervertrag vereinbarten Leistungen der Umsatzsteuer unterlägen

und verzichtete „rein vorsorglich“ auf die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 lit. a) des Umsatzsteuergesetzes 1999 (UStG) für Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fielen.

Im Grundstückskaufvertrag ist unter I. weiter geregelt:

„Die Beteiligten haben sich ferner dahingehend geeinigt, dass der hiesige Grundstückskaufvertrag und der zwischen ihnen am heutigen Tage abgeschlossene Generalübernehmervertrag über die Errichtung des Bauvorhabens (...) in zwei getrennten Urkunden beurkundet werden soll. Die Verknüpfung der beiden Verträge soll in erster Linie durch Rücktrittsrechte erfolgen.“

Eine vergleichbare Regelung enthielt der Generalunternehmervertrag.

Demgemäß vereinbarten Klägerin und Erwerber ein Rücktrittsrecht vom Grundstückskaufvertrag für den Fall, dass der Generalübernehmervertrag nicht bis zum Ablauf des folgenden Tages beurkundet sein sollte. Weiterhin sollten bei Nichtlieferung des Grundstücks die Erwerber keinerlei Verpflichtungen aus beiden Verträgen treffen. Ein weiteres Rücktrittsrecht der Klägerin vom Grundstückskaufvertrag war vereinbart, falls die Erwerber vom Generalübernehmervertrag zurückträten oder bei Nichtzahlung des Kaufpreises. Unter Punkt 5.1 des Generalübernehmervertrages heißt es zudem:

„Die Vergütung der Leistungen nach diesem Vertrag versteht sich als Teil eines Gesamtpreises, der von den Parteien für das Grundstück nach dem Grundstückskaufvertrag und die Bau- und sonstigen Leistungen ermittelt wurde.“

Im Anschluss an eine Umsatzsteuerprüfung ging der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) entgegen der Umsatzsteuererklärung der Klägerin für das Streitjahr 2002 davon aus, dass es sich bei der Übertragung des Grundstücks nicht um eine nach § 4 Nr. 9 lit. a) UStG steuerfreie Lieferung handele, weil nach den getroffenen Vereinbarungen die Übertragung des Grundstücks und die schlüsselfertige Übergabe des Gebäudes als einheitliche Leistung anzusehen sei, für die die Klägerin auf die Umsatzsteuerbefreiung insgesamt verzichtet habe. Das FA erließ am 16.6.2004 einen Änderungsbescheid, der zu einer Nachforderung von 447.779,20 € Umsatzsteuer führte.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

(...)

2. Die Entscheidung des FG, von einer einheitlichen Lieferung eines zu bebauenden Grundstücks auszugehen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-349/96, Slg. 1999, I-973 = UR 1999, 254 – Card Protection Plan Ltd.; Rs. C-111/05, Slg. 2007, I-2697 = BFH/NV Beilage 2007, 293 – Aktiebolaget NN; Rs. C-453/05, Slg. 2007, I-5083 = BFH/NV Beilage 2007, 398 – Ludwig), der sich der BFH angeschlossen hat (z. B. BFH/NV 2008, 1712 m. w. N.), ist regelmäßig jede Leistung als eigene, selbständige Leistung zu betrachten. Andererseits darf eine wirtschaftlich einheitliche Leistung im Interesse eines funktionierenden Mehrwertsteuersystems nicht künstlich aufgespalten werden. Daher ist aus der Sicht des Durchschnittsbetrachters aufgrund einer Gesamtbetrachtung das Wesen des Umsatzes zu ermitteln, um festzustellen, ob der Steuerpflichtige dem Verbraucher mehrere selbständige Hauptleistungen oder eine einheitliche Leistung erbringt.

aa) Eine einheitliche Leistung liegt insbesondere vor, wenn ein oder mehrere Teile die Hauptleistung und ein oder mehrere andere Teile die Nebenleistung darstellen, die das steuerliche Schicksal der Hauptleistung teilen. Eine Leistung ist als Nebenleistung anzusehen, wenn sie für die Kundschaft keinen eigenen Zweck, sondern das Mittel darstellt, um die Hauptleistung unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen.

bb) Das Gleiche gilt, wenn der Steuerpflichtige aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers zwei oder mehrere Handlungen vornimmt, die so eng miteinander verbunden sind, dass sie objektiv eine einzige untrennbare wirtschaftliche Leistung bilden, deren Aufspaltung wirklichkeitsfremd wäre (EuGH, Slg. 1999, I-973 = UR 1999, 254 – Card Protection Plan Ltd.; Slg. 2007, I-2697 = BFH/NV Beilage 2007, 293 – Aktiebolaget NN; Slg. 2007, I-5083 = BFH/NV Beilage 2007, 398 – Ludwig). Dem Umstand, dass für die Dienstleistung ein Gesamtpreis oder zwei getrennte Preise vereinbart werden, kommt keine entscheidende Bedeutung zu (EuGH, Rs. C-41/04, Slg. 2005, I-9433 = BFH/NV Beilage 2006, 38 – Levob Verzekeringen). Ohne allein entscheidende Bedeutung ist auch, ob die Beteiligten die Vereinbarungen in ein oder zwei Vertragsurkunden niedergelegt haben (BFH, BStBl II 2008, S. 697, unter II. b cc).

cc) Umsatzsteuerrechtlich liegt eine einheitliche Leistung nicht allein deshalb vor, weil mehrere Leistungen aufgrund einer einzigen Vertragsgrundlage erbracht werden (BFHE 217, 88 = BStBl II 2008, S. 206 m. w. N.) oder weil mehrere Leistungen zwar in verschiedenen Vertragsurkunden vereinbart werden, die Verträge aber rechtsgeschäftlich miteinander verknüpft sind (z. B. BFH/NV 1994, 198).

dd) Ohne Bedeutung ist insoweit auch, dass die Grundstücksübergabe zeitlich vor der Fertigstellung des Baus vereinbart und für die Grundstücksübertragung und die Bauleistungen unterschiedliche Zahlungszeitpunkte vereinbart sind; denn dies ist lediglich für die Frage der Entstehung der Steuerschuld nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und lit. b) UStG von Bedeutung.

ee) Voraussetzung für das Vorliegen einer einheitlichen Leistung anstelle mehrerer selbständiger Leistungen ist jedoch, dass es sich – wie im Streitfall – um Tätigkeiten desselben Unternehmers handelt (ständige Rechtsprechung, z. B. BFH, BStBl II 2009, S. 256 = BFH/NV 2009, 326; BFH/NV 2007, 1544 m. w. N.).

b) Ist Gegenstand der zu erbringenden Leistung ein bebauter Grundstück, liegt eine einheitliche Leistung vor, die im Interesse eines funktionierenden Mehrwertsteuersystems nicht künstlich aufgespalten werden darf (EuGH, Rs. C-400/98, Slg. 2000, I-4321 = BStBl II 2003, S. 452 – Breitsohl; BFH, BStBl II 2009, S. 256 = BFH/NV 2009, 326). Gleiches gilt für die Übertragung eines durch den Grundstücksverkäufer zu bebauenden Grundstücks (BFH, BStBl II 2009, S. 256 = BFH/NV 2009, 326, zur Lieferung eines zu bebauenden Grundstücks bei Organschaft; BFHE 221, 316 = BStBl II 2008, S. 697, zur Lieferung eines vom Verkäufer noch zu bebauenden Grundstücks mit zusätzlich vereinbarten Sonderleistungen; vgl. *Klenk* in Rau/Dürwächter, UStG, § 4 Nr. 9 Rdnr. 36; *Krausel* in Reiß/Krausel/Langer, UStG, § 4 Nr. 9 Rdnr. 31.1).

Gegenteiliges ergibt sich nicht aus den vom Kläger für seine Auffassung herangezogenen Entscheidungen. Der Beschluss in BFH/NV 1995, 456 betrifft sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch wegen der Nichtidentität von Grundstückserwerber und Leistungsempfänger der Bauleistungen und der Beschluss in BFH/NV 2001, 1617 wegen der Nichtidentität der Leistenden jeweils einen anderen Sachverhalt. Im Beschluss in BFH/NV 2005, 2065 hat der BFH ausgeführt, die Frage, „ob ein einheitlicher (steuerbefreiter) Liefervorgang eines bebauten Grundstücks zu verneinen ist, weil der Gegenstand des zivilrechtlich auf zwei Verträge aufgeteilten Erwerbsvorganges ein Grundstück mit darauf erst noch zu errichtendem Gebäude ist“, könne nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Auch aus den

Urteilen in BFHE 169, 255 = BStBl II 1993, S. 316 = BFH/NV 1994, 198 ergibt sich nichts anderes. Danach ist über die Steuerbefreiung eines „Umsatzes“ nach umsatzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden und sind Baubetreuungsleistungen keine Nebenleistungen zur Lieferung unbebauter Grundstücke, die die Grundstückslieferung lediglich ergänzen oder abrunden oder die üblicherweise im Zusammenhang mit Grundstückslieferungen ausgeführt werden. Dass Grunderwerbsteuerrechtlich Bau- und Architektenleistungen mit anderen Leistungen wie den Erwerb des unbebauten Grundstücks zusammengefasst werden können und der dadurch vorhandene Erwerbsvorgang beim Erwerber der Grunderwerbsteuer unterworfen wird, ist dagegen umsatzsteuerrechtlich ohne Bedeutung (EuGH, Rs. C-156/08 = UR 2009, 136 – Vollkommer; BFHE 169, 255 = BStBl II 1993, 316 = BFH/NV 1994, 198).

c) Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen ist die Entscheidung des FG, dass im Streitfall aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers ein einheitlicher Grundstücksumsatz, die „Lieferung eines bebauten Grundstückes“ vorliegt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen des FG sind im Streitfall die Leistungen nach dem Parteiwillen so miteinander verbunden worden, dass die Lieferung des Grund und Bodens und die Generalübernehmerleistungen nicht unabhängig voneinander sein sollten und die Vertragsparteien sich nur auf die Summe beider Verträge als einheitliches Leistungsziel verpflichteten. Dies sei auch durch die Bemessung der Generalübernehmervergütung als – ausdrücklicher – Teil eines Gesamtpreises für das Grundstück und die Bauleistungen zum Ausdruck gekommen. Bei natürlicher Betrachtung habe die Klägerin den Erwerbern somit ein bebautes Grundstück geliefert.

Anmerkung:

Mit Urteil vom 19.3.2009 hat der BFH zum Umfang der Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 lit. a) UStG entschieden. Veräußert ein Steuerpflichtiger in einem Vertrag ein unbebautes Grundstück und übernimmt er in einem zeitgleich geschlossenen weiteren Vertrag die Pflicht zur Bebauung dieses Grundstücks, so kann ein einheitlicher Grundstücksumsatz „Lieferung eines bebauten Grundstückes“ vorliegen. Entscheidend kommt es dabei auf die konkrete Ausgestaltung und Durchführung der Verträge an.

Entscheidungserheblich für die Frage, ob die Veräußerung des Grundstücks und die sich anschließende Bebauung nach § 4 Nr. 9 lit. a) UStG umsatzsteuerfrei sind, ist die Frage, ob eine einheitliche Leistung vorliegt. § 4 Nr. 9 lit. a) UStG befreit diejenigen Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, von der Umsatzsteuer. Grundsätzlich ist jede Lieferung und sonstige Leistung umsatzsteuerlich als selbständige Leistung zu behandeln.¹ Eine Zusammenfassung mehrerer Leistungen zu einer einzigen Leistung kommt nur nach den Grundsätzen der Einheitlichkeit der Leistung in Betracht.

1. Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung

In der vorliegenden Entscheidung wendet der BFH die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Einheitlichkeit der Leistung auf die Veräußerung eines unbebauten Grundstücks und die sich anschließende Bebauung durch denselben Unternehmer an. Eine einheitliche Leistung kann entweder vorliegen, wenn die einzelnen Leistungen als Teil der einheit-

lichen Grundstückslieferung oder als unselbständige Nebenleistungen zur Grundstückslieferung anzusehen sind.² Die Vorinstanz, die vom BFH bestätigt wurde, ist zu Recht nicht davon ausgegangen, dass die Grundstücksveräußerung und die anschließende Bebauung im Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung zueinander stehen. Eine Nebenleistung liegt nur vor, wenn sie für den Erwerber keinen eigenen Zweck, sondern das Mittel darstellt, um die Hauptleistung unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen.³ Grundstücksveräußerung und Bebauung haben eigenständige Bedeutung, so dass zwei Hauptleistungen vorliegen. Eine einheitliche Leistung kann nicht schon aufgrund des Umstandes bejaht werden, dass sie auf einem einheitlichen Vertrag beruht und gegen einheitliches Entgelt erfolgt.⁴ Ebenso ist der Abschluss getrennter Verträge für eine einheitliche Leistung unschädlich. Es erfolgt also keine Bewertung anhand formeller Vertragskriterien. Entscheidend ist vielmehr der wirtschaftliche Gehalt der erbrachten Leistung,⁵ ob die einzelnen Leistungselemente so ineinandergreifen, dass sie bei natürlicher Betrachtung hinter dem Ganzen zurücktreten.⁶ Diese Bewertung erfolgt anhand der Sichtweise eines durchschnittlichen Leistungsempfängers.⁷ Es kommt entscheidend darauf an, wie sich der in Anspruch genommene Leistungsgegenstand aus dieser Perspektive darstellt.⁸ Der BFH kommt hier zu Recht zu dem Ergebnis, dass ein einheitlicher Leistungsgegenstand vorliegt. Der zeitgleiche Abschluss der beiden Verträge, die gegenseitige Verknüpfung der Verträge durch Rücktrittsrechte und die Tatsache, dass das Grundstück erst übergeben werden soll, wenn der Gesamtpreis entrichtet wurde, lassen darauf schließen, dass eine einheitliche Gesamtleistung gewollt war. Entscheidend ist der Wille hinsichtlich der tatsächlichen Vertragsdurchführung.

2. Vereinbarung von Zusatzleistungen nach Vertragsschluss

Im vorliegenden Fall wurden die beiden Verträge zeitgleich geschlossen. Eine einheitliche Leistung hat der BFH in einem anderen Fall auch dann angenommen, wenn weitere Leistungen erst nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages vereinbart werden.⁹ Demnach ist eine nachträgliche Vereinbarung über Zusatzleistungen wie den zusätzlichen Einbau von Wänden, Treppen und Fenstern, die Errichtung von Garagen und die Verwendung höherwertigen Materials Teil einer einheitlichen Leistung, wenn diese Zusatzleistungen mit der Grundstückslieferung insoweit in unmittelbarem Zusammenhang stehen, als die Immobilie dem Erwerber in höherwertigem, umfangreicherem Zustand übergeben wird.¹⁰ Ob spätere Zusatzleistungen, die erst nach Übergabe des Gebäudes erbracht werden, ebenso zu behandeln sind, hat der BFH offengelassen. Dies wird sich nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien und den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles bestimmen müssen.

² Vgl. BFH/NV 1994, 198.

³ BFH, BStBl II 2008, S. 697; BStBl II 2001, S. 658.

⁴ Vgl. Abschn. 29 Abs. 2 Satz 3 UStR 2008.

⁵ Abschn. 29 Abs. 2 Satz 4 UStR 2008.

⁶ BFH, BStBl II 1993, S. 316.

⁷ Vgl. Abschn. 29 Abs. 1 Satz 3 UStR 2008; BFH, BStBl II 2001, S. 658; *Wenzel* in Rau/Dürrwächter, UStG, § 4 Nr. 12 Rdnr. 45.

⁸ BFH, BStBl II 2001, S. 658.

⁹ BFH, BStBl II 2008, S. 697.

¹⁰ BFH, BStBl II 2008, S. 697.

¹ Abschn. 29 Abs. 2 Satz 1 UStR 2008; EuGH, Rs. C-349/96, UR 1999, 254 – Commissioners of Customs & Excise.

3. Leistung eines Unternehmers

Eine einheitliche Leistung zwischen Grundstücksveräußerung und anschließender Bebauung kommt nur in Betracht, wenn die Leistung von einem einzigen Unternehmer erbracht wird. Eine Bündelung von Leistungen mehrerer Unternehmer zu einer einheitlichen Leistung ist ausgeschlossen.¹¹ Erbringen also andere Unternehmer als der Grundstücksveräußerer Bauleistungen im eigenen Namen gegenüber dem Grundstückserwerber, kommt eine einheitliche Leistung nicht in Betracht.

Als Leistung eines Unternehmers gilt auch die Leistung, die im Fall der umsatzsteuerlichen Organshaft Organträger und Organgesellschaft gemeinsam Dritten gegenüber erbringen. Erfolgt die Veräußerung des Grundstücks durch den Organträger und die Bebauung durch die Organgesellschaft oder umgekehrt, so handelt auch hier ein Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 UStG. Nach der Rechtsprechung des BFH sind die Folgen der umsatzsteuerlichen Organshaft

¹¹ Vgl. BFH, BStBl II 1993, S. 206.

nicht nur auf das Innenverhältnis von Organ und Organträger beschränkt, vielmehr sind Organ und Organträger auch nach außen als ein Unternehmer zu behandeln.¹² Auch im Fall einer umsatzsteuerlichen Organshaft muss dem Grundgedanken der Einheitlichkeit der Leistung, eine künstliche Aufteilung eines einheitlichen Lebensvorganges zu vermeiden, Rechnung getragen werden.¹³

4. Fazit

Ob eine einheitliche Leistung vorliegt, ist stets nach den Gegebenheiten des Einzelfalles zu beurteilen. Eine einheitliche Leistung kann grundsätzlich auch zwischen der Veräußerung eines unbebauten Grundstücks und der Durchführung der Bebauung im Rahmen einer Generalübernehmerleistung vorliegen.

Rechtsanwälte Dr. *Oliver Zugmaier* und *Thomas Streit*,
LL. M. Eur., München

¹² BFH, BStBl II 2009, S. 256.

¹³ BFH, BStBl II 2009, S. 256.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Zwangsvollstreckungsunterwerfung von Gemeinden

1. Zulässigkeit

Die häufig vorgegebenen Verträge der öffentlichen Hand enthielten früher meist Sonderbedingungen zugunsten des Hoheitsträgers. Nachdem die Rechtsprechung selbst bei einem nicht gewinnorientierten Handeln der öffentlichen Hand einen Verbrauchervertrag anzunehmen scheint (BGH, NJW 2006, 2250; NZG 2009, 273), sind die diesbezüglichen verfahrens- und materiellrechtlichen Einschränkungen des Verbraucherschutzes zu beachten. Ob bei Aufnahme einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Bürgers in die Urkunde das Gebot der „Waffengleichheit“ auch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Hoheitsträgers erfordert, ist dagegen fraglich. § 61 VwVfG zeigt nämlich, dass zum Schutz des Bürgers möglicherweise verfahrensmäßige Einschränkungen ausreichen. Die danach erforderliche Vertretung der Behörde bei einer Vollstreckungsunterwerfung in einem subordinationsrechtlichen Vertrag durch den Behördenleiter, seinen allgemeinen Vertreter oder einen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat, ersetzt gleichsam den Schutz, den der Notar als unparteiische und an § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG gebundene „Behörde“ bei der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) gewährleistet (vgl. BVerwGE 96, 326).

Die öffentliche Hand unterwirft sich als Vertragspartei lediglich in seltenen Fällen der Zwangsvollstreckung aus dem geschlossenen Vertrag. Allerdings befürchten mitunter Private, dass die Finanzkrise zur Fiskalkrise werden und das ohnehin nicht übermäßig schnelle Zahlungsverhalten des Staates noch zögerlicher werden könnte. Die Forderung nach einem rasch durchsetzbaren Titel gegen die öffentliche Hand, jedenfalls wenn sie als Fiskus agiert, also beispielsweise ein Kulturzentrum mietet oder ein Erbbaurecht erwirbt, nimmt zu. Umgekehrt bedarf der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben auch der erforderlichen sächlichen Mittel. Aus diesem Grund sieht § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes oder eines Landes unzulässig ist. Gleiches gilt nach dem Landesrecht auch für Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 45 AGGVGBW; Art. 77 Abs. 3 BayGO; § 129 Abs. 2 BraGO; § 146 HGO; § 62 Abs. 2 KV M-V; § 136 Abs. 2 NGO; § 128 Abs. 2 GO NRW; § 138 Abs. 2 KSVG; § 131 Abs. 2 GO SH und § 69 Abs. 3 ThürKO. Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO sowie *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NZI 2000, 561, 563 ff.).

2. Fiskusprivileg

Einen weiteren Schutz vor einer Zwangsvollstreckung gewährt dem Bund, Ländern, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, mit Ausnahme von Gemeinden und Gemeindeverbänden, das sog. Fiskusprivileg des § 882 a ZPO. Geschützt werden auch kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts (LG Freiburg, DGVZ 1993, 12). Kein Schutz wird öffentlichrechtlichen Bank- und Kreditanstalten gewährt (§ 882 a Abs. 3 Satz 2 ZPO; § 170 Abs. 3 VwGO und § 152 Abs. 4 FGO). Strittig ist die Anwendung auf ausländische Staaten (vgl. *Musielak/Becker*, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 882 a Rdnr. 2). Eine Zwangsvollstreckung wegen

Geldforderungen aus „ZPO-Titeln“, wobei es nach herrschender Meinung auf die Herkunft des Vollstreckungstitels ankommt, nicht auf den materiellrechtlichen Charakter der titulierten Forderung (vgl. BayVGh, NVwZ 1983, 563), ist nach dem Fiskusprivileg unzulässig in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Schuldners unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht (§ 882 a Abs. 2 ZPO). Der Schutz betrifft körperliche Sachen (§ 808 ZPO), zu denen auch Geld gehört. Unentbehrlich sind sie für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wenn diese auf andere Weise nicht erfüllt werden können. Es genügt aber auch, wenn der Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht. Die besondere Dringlichkeit des Bedarfs ist bei Archiv-, Bibliotheks- und Museumsbeständen gegeben, nicht aber beim Finanzvermögen und beim Vermögen privatrechtlicher Eigengesellschaften. Im Streitfall ist der zuständige Bundes- oder Landesminister zu hören, dem das Vermögen untersteht, in das vollstreckt werden soll (§ 882 a Abs. 2 Satz 3 ZPO). Die Vollstreckung in sonstige Sachen darf erst vier Wochen nach dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Gläubiger seine Absicht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, der zur Vertretung des Schuldners berufenen Behörde und, sofern die Zwangsvollstreckung in ein von einer anderen Behörde verwaltetes Vermögen erfolgen soll, dem zuständigen Minister der Finanzen angezeigt hat (vgl. das Muster von *Siebert* in *Saenger/Ullrich/Siebert*, ZPO, 2009, § 882 a Rdnr. 1). Diese Anzeige- und Wartefrist gilt auch für die Vorpfändung (§ 845 ZPO). Die formlos mögliche Anzeige ist eine Prozesshandlung. Sie muss zwar nicht Ort, Zeit und Gegenstand der beabsichtigten Vollstreckung angeben, aber die ernsthafte Vollstreckungsabsicht erkennen lassen. Deshalb müssen der Titel (Gläubiger, Schuldner, titulierter Anspruch) genau bezeichnet und seine Vollstreckungsreife dargelegt werden. Darüber hinaus müssen wohl auch Klausel und Zustimmung vorliegen (str., so z. B. OLG Frankfurt, Rpfleger 1981, 158). Vom Vollstreckungsschutz nicht betroffen ist die Verfolgung dinglicher Rechte (§ 882 a Abs. 1 ZPO). Diese (z. B. Grundpfandrechte) müssen bei Geltendmachung schon bestehen; aus ihnen selbst, also nicht einer zugrundeliegenden Forderung, muss die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Vollstreckungsschutz bietet insoweit nur § 867 ZPO (*Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 882 a Rdnr. 7).

Für verwaltungsgerichtliche Leistungsurteile wegen einer Geldforderung enthält § 170 VwGO (ebenso § 152 FGO) ein besonderes „Vorschaltverfahren“, das Zwangsmaßnahmen überflüssig machen soll. Es handelt sich um kein eigenständiges Vollstreckungsverfahren, sondern um besondere Vollstreckungsregelungen (str., wie hier *Eyermann/Schmidt*, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 170 Rdnr. 7 m. w. N.). Es gilt ferner, wenn sich der öffentliche Rechtsträger, also auch Gemeinden und Gemeindeverbände, in einem öffentlichrechtlichen Vertrag nach § 61 VwVfG wegen einer Geldforderung der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Es ist außerdem anwendbar auf Vollstreckungen der öffentlichen Hand gegen Gemeinden. Die Vollstreckung setzt einen Antrag des Gläubigers an das Gericht des ersten Rechtszugs voraus. Dieses (und nicht der Gläubiger wie bei § 882 a ZPO) benachrichtigt den Schuldner und fordert ihn auf, innerhalb einer Frist von längstens einem Monat die Vollstreckung abzuwenden. Keine Ankündigung und Fristsetzung ergeht wegen der Eilbedürftigkeit dagegen bei einer Vollstreckung aus einer einstweili-

gen Anordnung (§ 170 Abs. 5 VwGO, § 152 Abs. 2 FGO). Eine Fristverlängerung ist ausgeschlossen. Erfolgt in der Frist keine Bezahlung, bestimmt das an den Antrag des Gläubigers nicht gebundene Gericht die vorzunehmenden Vollstreckungsmaßnahmen und damit auch, in welche Gegenstände vollstreckt wird. Die Zwangsvollstreckung ist wiederum unzulässig in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind und deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht (§ 170 Abs. 3 VwGO; § 152 Abs. 3 FGO). Zur Vollstreckung von Verwaltungsakten siehe § 3 Abs. 2 VwVG und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften (z. B. Art. 23 ff. BayVwZVG; §§ 18 ff. HessVwVG u. §§ 33 ff. ThürVwZVG).

3. Vollstreckungsbeschränkungen

Bei einer Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen Gemeinden und Gemeindeverbände aus „ZPO-Titeln“ enthalten die Landesrechte mit Ausnahme von Hessen aufgrund des Vorbehalts in § 15 Nr. 3 EGZPO Vollstreckungsbeschränkungen, die § 882 a ZPO vorgehen. Dem Landesgesetzgeber sind Regelungen sowohl zur Zulässigkeit der Vollstreckung an sich als auch zur Zuständigkeit und dem Vollstreckungsverfahren erlaubt. Ausgeschlossen ist wiederum ein Schutz bei einer Vollstreckung aus dinglichen Rechten (§ 127 Satz 1 GemO BW; Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayGO; § 129 Abs. 1 Satz 1 BraGO; § 62 Abs. 1 Satz 1 KV M-V; § 136 Abs. 1 Satz 1 NGO; § 128 Abs. 1 Satz 1 GO NRW; § 128 Satz 1 GemO RP; § 138 Abs. 1 Satz 1 KSVG; § 122 Abs. 1 SächsGemO; § 143 Satz 1 GO LSA; § 131 Abs. 1 Satz 1 GO SH u. § 69 Abs. 1 Satz 1 ThürKO). Insoweit sind zusätzliche Anforderungen an eine Vollstreckung somit unzulässig. Allerdings enthalten die Gemeinderechte häufig ohnehin das Verbot, für Kredite Sicherheiten zu bestellen (z. B. § 88 GemO BW; § 86 BraGO; § 93 NGO; § 93 KSVG; § 103 Abs. 8, § 114 j Abs. 8 HGO u. § 64 ThürKO), so dass diese Ausnahme kaum praktische Bedeutung hat.

Die Einschränkungen der Zwangsvollstreckung in Gemeindevermögen betreffen die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sie bedarf nach den Regelungen zahlreicher

Gemeindeordnungen einer Zulassungsverfügung der Rechtsaufsichtsbehörde, in der die Vermögensgegenstände zu bezeichnen sind, in die vollstreckt werden darf, und in der ferner der Zeitpunkt der Vollstreckung geregelt wird (§ 127 Satz 1 und 2 GemO BW; Art. 129 Abs. 1 Satz 1 und 3 BraGO; § 62 Abs. 1 Satz 1 und 2 KV M-V; § 136 Abs. 1 Satz 1 und 2 NGO; § 128 Abs. 1 Satz 1 und 2 GO NRW; § 128 Satz 1 und 2 GemO RP; § 128 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSVG; § 122 Abs. 1 und 3 SächsGemO; § 143 Satz 1 und 2 GO LSA; § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 GO SH und § 69 Abs. 1 Satz 1 und 2 ThürKO). Teilweise wird ausdrücklich ein Anspruch auf Zulassung begründet, sofern es sich nicht um Vermögensgegenstände handelt, die für den geordneten Gang der Verwaltung oder die Versorgung der Bevölkerung unentbehrlich sind und deren Veräußerung ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht (§ 129 Abs. 1 Satz 2 BraGO; § 136 Abs. 1 Satz 2 und 3 NGO; § 122 Abs. 2 SächsGemO und § 143 Satz 2 GO LSA; vgl. auch § 128 Satz 3 GemO RP; § 143 Satz 3 GO LSA und § 69 Abs. 1 Satz 3 ThürKO). In Bayern ist vor Einleitung der Zwangsvollstreckung der Rechtsaufsichtsbehörde eine vollstreckbare Abschrift des vollstreckbaren Titels zuzustellen und bis zum Beginn der Vollstreckung einen Monat nach der Zustellung zu warten (Art. 77 Abs. 1 BayGO). Umstritten ist, ob die landesrechtlichen Regelungen neben § 882 a ZPO bestehen. Bejaht man dies entgegen der herrschenden Meinung, ist zusätzlich eine Ankündigung an die Gemeinde mit einer Frist von vier Wochen erforderlich (so *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayer. Kommunalgesetze, Stand: Nov. 2008, Art. 77 GO Rdnr. 3 und *Schmitt-Timmer/Schäfer*, BayVBl 1989, 489; a. A. *Kunze/Bronner/Katz*, GO BW, Stand: Juli 2008, § 127 Rdnr. 1; *Wachsmuth/Oehler/Bogen-Wosnitzer*, ThKR, Stand: August 2008, § 69 Erl. 1; *Zöller/Stöber*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 882 a Rdnr. 7; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 882 a Rdnr. 1 und 3; *Thomas/Putzol/Hüßtege*, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 882 a Rdnr. 1; *Münch-KommZPO/Gruber*, 3. Aufl. 2007, § 15 EGZPO Rdnr. 4; *Musielak/Becker*, ZPO, 6. Aufl. 2008; § 882 a Rdnr. 2 und *Willenbruch*, ZIP 1998, 817, 818).

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

2. Bewertung von Gebäuden nach § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2009, 80). Neue Richtzahl ab 1.10.2009: 15,0

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat der Notarkasse mitgeteilt, dass die neue Richtzahl für die Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO 15,0 beträgt. Die neue Richtzahl gilt ab 1.10.2009.

Eine Neuberechnung der Tabelle für die je nach Gebäudealter anzunehmenden Vervielfältiger erfolgt nach Auskunft des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz erst bei einer Veränderung von mehr als 0,3 gegen-

über der alten Richtzahl. Bei geringeren Veränderungen unterbleibt eine Neuberechnung. Die Bewertung erfolgt dann weiterhin auf der Grundlage der zuletzt veröffentlichten Tabelle.

Zur Vermeidung von Bewertungsdifferenzen gegenüber den Gerichten sieht auch die Notarkasse A. d. ö. R. wegen der geringfügigen Veränderung von einer Neuberechnung der Tabelle ab. Die Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse A. d. ö. R. werden gebeten, trotz Änderung der Richtzahl von 14,8 auf 15,0 für die Berechnung der Gebäudewerte (§ 19 Abs. 2 KostO) weiterhin die in MittBayNot 2009, 80 veröffentlichte Tabelle mit Stand vom 1.10.2008 zu verwenden.

Im Übrigen wird auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2009, 80 hingewiesen.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2010

Notar Dr. Heinrich Joachim, Schwabach

Notar Dr. Wolfgang Reuss, München

Mit Wirkung vom 1.3.2010

Notar Dr. Friedrich Schalkhauser, München

Mit Wirkung vom 1.4.2010

Notar Falk Knies, Weiden i. d. OPf.

Mit Wirkung vom 1.5.2010

Notar Dr. Heinz Korte, München

Notar Gerhard Wolf, Bamberg

Mit Wirkung vom 1.6.2010

Dr. Gerrit Brachvogel, Tegernsee

Mit Wirkung vom 1.7.2010

Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

Notar Hermann Schad, Aschaffenburg

2. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.12.2009

Notarin Margit Knab, Bad Aibling

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.11.2009

Straubing dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Florian Satzl
Konrad Lautner) (bisher in München
Notarstellen von Oefele/
Dr. Götte)

Neuburg a. d. Donau der Notarassessorin
(in Sozietät mit Notar Dr. Natascha Krist
Heinz Walter) (bisher in Landsberg
Notarstellen Dr. Rapp/
Regensburger)

Neumarkt i. d. Opf. dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Jörn Heinemann
Dr. Christian Mickisch) (bisher in Rehau)

Mit Wirkung vom 1.1.2010

Landau a. d. Isar dem Notar
Dr. Wolfgang Lößl
(bisher in Zwiesel)

Mit Wirkung vom 1.2.2010

Kelheim dem Notarassessor
Johannes Benz
(bisher in Weiden i. d. OPf.
Notarstelle Dr. Baltzer)

München dem Notar
Gerhard Weichselbaumer
(bisher in Augsburg)

Schwabach der Notarin
(in Sozietät mit Notar Dr. Annette Schneider
Dr. Martin Böhmer) (bisher in Eichstätt)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Kronach (bis 1.2.2009 Notar Armin Büschel) wurde mit Wirkung vom 1.11.2009 aufgehoben. Notar Dr. Eberhard Thum, Kronach, verwahrt die Urkunden von Notar Armin Büschel. Infolge der Aufhebung einer Notarstelle in Kronach wurden die Gemeinden Nordhalben und Tschirn dem Amtsbereich Ludwigstadt zugeordnet.

Notarassessor Peter Wolf, Haßloch, wurde mit Wirkung vom 6.10.2009 promoviert

Notarassessorin Stephanie Ellert, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), führt seit 10.10.2009 den Namen Pelzer

Notarassessor Dr. Frank Buchhold, Ludwigshafen am Rh. (Notarstelle Dr. Wilke), ab 1.11.2009 in Pirmasens (Notarstelle Küper)

Notarassessor Dr. Jens Fröhle, Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.11.2009 in Ludwigshafen am Rh. (Notarstelle Dr. Wilke)

Notarassessor Dr. Matthias Meyer, Ludwigshafen am Rh. (Notarstellen Draxl-Fischer/vormals Kluge), ab 1.11.2009 in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Amtmann i. N. Winfried Danzl, Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland), ab 15.10.2009 in München (Notarstellen Barth/Brunner)

Amtfrau i. N. Gabriele Stache, Neustadt b. Coburg (Notarstelle Krebs), ab 1.2.2010 in Ebermannstadt (Notarstelle Gengler)

Inspektorin i. N. Stefanie Amthor, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.11.2009 in Gräfenberg (Notarstelle Zeier)

Inspektorin i. N. Nicole Unverdorben, München (Notarstelle Dietrich), ab 1.12.2009 in München (Notarstellen Höfling/Dr. Schwab)

Oberinspektorin i. N. Sandra Althenhöfer, Eltmann (Notarstelle Dr. Straßer), ab 1.11.2009 in Würzburg (Notarstelle Böhmer)

Oberinspektorin i. N. Katrin Hoffmann, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth), ab 1.11.2009 in Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Oberinspektor i. N. Robert Ortlauf, Gräfenberg (Notarstelle Zeier), ab 1.11.2009 Eltmann (Notarstelle Straßer)

Oberinspektorin i. N. Heidrun Arnold, Amberg (derzeit in Elternzeit), ab 15.1.2010 in Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister)

Oberinspektor i. N. Bastian Sack, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer), ab 1.4.2010 in Tirschenreuth (Notarstelle Tobias Greiner)

5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2010

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Horst Müller, Kaiserslautern (Notarstelle Landau)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Gerhald Grimm, Frankenthal (Notarstellen Barth/JR Seiberth)

Helmut Jauß, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wenz)

Heinz Kupczak, Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Harald Schreyer, Fürth (Notarstelle Bode)

Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Josef Bergmeister, Geisenfeld (Notarstelle von Stein-aecker)

Bianka Bienek, Coburg (Notarstellen Dr. Lugert/Dr. Müller)

Christine Ginal, München (Notarstellen Kirchner/Thiede)

Cornelia Glockner, Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser)

Ewald Perl, Grafenau (Notarstelle Saumweber)

Ursula Scharf, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Martini)

Siegfried Wild, Bamberg (Notarstellen Wolf/Dr. Reißig)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Irmgard Beck, Pfaffenhofen (Notarstellen Grosser/Saalfeld)

Peter Brendel, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Christian Lender, Zwiesel (Notarstelle Dr. Löbl)

Susanne Lennartz, Hof (Notarstelle Meyer)

Doreen Lewenz, München (Notarstellen von Oefe/Dr. Götte)

Andreas Lingg, München (Notarstelle Prof. Dr. Winkler)

Bianca Meier, Burgkunstadt (Notarstelle Müller-von Münchow)

Jürgen Reisner, München (Notarstellen Kelch/Rapp)

Heiko Ritter, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Dr. Limpert/Dr. Burkhardt)

Anneliese Seidl, Nittenau (Notarstelle Dr. Bischoff)

Sabine Telle, Höchstädt a. d. Donau (Notarstelle Schmid)

Christian Wilhelm, Sonthofen (Notarstellen Caspary/Dr. Berringer)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.

(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):

Margot Dischler, Neumarkt-St. Veit (Notarstelle Wurm)

Wolfgang Fischer, München (Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Petra Fünfer, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

Thomas Hacke, Nürnberg (Notarstelle Dr. Balzer)

Florian Heiland, Viechtach (Notarstelle Hasler)

Sabrina Meisenzahl, Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister)

Irene Raithmeier, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer)

Tatjana Rauch, Weiden i. d. OPf. (Notarstellen Knies/Dr. Schiffner)

Andrea Seimel, Dingolfing (Notarstellen vormals Koller/Gleißner)

Martina Spangler, Regensburg (Notarstelle Dr. Gschobmann)

Michaela Stark, Donauwörth (Notarstelle Dr. Auer)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Inspektorin i. N. Angelika Baier, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), zum 1.1.2010 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Hans Stahl, Weiden i. d. OPf. (Notarstellen Knies/Dr. Schiffner), ab 1.1.2010 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Eberhard Schnupp, Coburg (Notarstellen Dr. Heil/Dr. Heisel), ab 1.3.2010 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Grafenau, Notarstelle Saumweber
E-Mail: post@notariat-grafenau.de

Hersbruck, Notarstellen Dr. Lenz/Brückner
E-Mail: info@notare-hersbruck.de
Homepage: www.notare-hersbruck.de

Hilpoltstein, Notarstelle Dr. Twehues
Christoph-Sturm-Straße 20, 91161 Hilpoltstein

Kirchheimbolanden, Notarstelle Dr. Schulte
Telefax: 06352 40195-20

Landsberg a. Lech, Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger
E-Mail: info@Notare-RR.de
Homepage: www.Notare-RR.de

München, Notarstelle Dr. Karl
Maximiliansplatz 12 b, 80333 München

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Tobias Pfundstein

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

Kolloquium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena am Freitag, 15.1.2010

Das FamFG in der notariellen Praxis

- | | | |
|-----------|---|---|
| 16.00 Uhr | Begrüßung
Universitäts-Professor Dr. <i>Elisabeth Koch</i> , Jena | Veranstaltungsort: Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Rosensäle, Fürstengraben 27, 07743 Jena
Die Teilnahme ist kostenfrei. |
| 16.15 Uhr | Was gibt's Neues? Nicht viel.
– Das Registerrecht nach Inkrafttreten des FamFG –
Notar Dr. <i>Alexander Kraßka</i> , Passau
anschließend Gelegenheit zur Diskussion | |
| 17.00 Uhr | Die gerichtliche Genehmigung unter Geltung des FamFG
– Streitfragen und erste Erfahrungen –
Notar Dr. <i>Jörn Heinemann</i> ,
Neumarkt i. d. OPf.
anschließend Gelegenheit zur Diskussion | Anmeldungen bitte bis zum 8.1.2010 an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641 942510, Fax: 03641 942512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de |
| 18.00 Uhr | Neujahrsempfang | |

Veranstaltungen des DAI

1. Erste Erfahrungen mit der Erbschaftsteuerreform in der Gestaltungspraxis
(Wachter)
30.1.2010 in Heusenstamm
27.2.2010 in Kiel
2. Update Kostenrecht
(Schmidt, Tiedtke)
12.2.2010 in Heusenstamm
3. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht (2009/2010)
(Frenz, Albrecht, Hertel, Kessler)
5.3.2010 in Berlin
6.3.2010 in Kiel
12.3.2010 in Heusenstamm
13.3.2010 in Köln

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. Baumbach/Hueck: GmbH-Gesetz. 19. Aufl., Beck, 2010. 2 069 S., 108 €
2. Beck'sches Handbuch der AG. 2. Aufl., Beck, 2009. 2 123 S., 148 €
3. Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. 3. Aufl., Beck, 2009. 1 924 S., 128 €
4. Büte/Poppen/Menne: Unterhaltsrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 680 S., 69 €
5. Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 9. Aufl., Beck, 2009. 557 S., 72 € + CD-ROM
6. Groll (Hrsg.): Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung. 3. Aufl., O. Schmidt, 2010. 2 456 S., 149 €
7. Heisel: Grundbuchbereinigung durch Aufgebot. Heymanns, 2009. 298 S., 69 €
8. Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns: Handbuch der GmbH & Co. KG. 20. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 146 S., 129 €
9. Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 10. Aufl., Beck, 2010. 2 360 S., 108 €
10. Krauß: Überlassungsverträge in der Praxis. 2. Aufl., ZAP, 2009. 1 893 S., 118 €
11. Langenfeld: Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge. 6. Aufl., O. Schmidt, 2010. 400 S., 69,80 € + CD-ROM
12. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 2. Aufl., ZAP, 2009. 3 600 S., 178 € + CD-ROM
13. Lipp: Handbuch der Vorsorgeverfügungen. Vahlen, 2009. 637 S., 98 €
14. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV. 3. Aufl., Beck, 2009. 2 233 S., 145 €
15. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft. 3. Aufl., Beck, 2009. 2 094 S., 145 €
16. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 4: FamFG. Beck, 2010. 1 869 S., € 295.
17. Reichert: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht. 12. Aufl., Luchterhand, 2009. 1 377 S., 119 €
18. Scholz: GmbHG. Bd. III: §§ 53–85. 10. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 578 S., 156 €
19. Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat. 8. Aufl., Heymanns, 2010. 448 S., 74 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F