

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Tobias Pfundstein,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Pahlke: Grunderwerbsteuervergünstigung für Rechtsvorgänge im Konzern – Der neue § 6 a GrEStG 169

Bauer/Wartenburger: Neuere Entwicklungen im Bereich des reformierten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes – Teil 1 175

Menzel/Wolf: Der minderjährige Kommanditist – bei Gründung, unentgeltlicher Anteilsübertragung und Erwerb von Todes wegen 186

Tagungsberichte

Kunze: Grundschulden und Risikobegrenzungsgesetz 191

Rechtsprechung

Keine Eintragungsfähigkeit vereinbarungsändernder Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel (OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 100/09) 204 mit Anmerkung *Schöner* 205

Abänderbarkeit eines Unterhaltsvergleichs wegen Störung der Geschäftsgrundlage (BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08) 210 mit Anmerkung *Münch* 212

Schiedsfähigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.7.2009, 11 Wx 94/07) 214 mit Anmerkung *Reimann* 216

Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma (BGH, Urteil vom 16.9.2009, VIII ZR 321/08) 216 mit Anmerkung *M. Wachter* 218

Objektive Gläubigerbenachteiligung bei Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstücks (BGH, Urteil vom 19.5.2009, IX ZR 129/06) 228 mit Anmerkung *Huber* 231

Keine Anwendung des Schuldenabzugsverbots bei Übertragung von Kommanditanteilen (BGH, Beschluss vom 20.10.2009, VIII ZB 13/08) 232 mit Anmerkung *Tiedtke/Hecht* 234

Bindungsdauer beim „Einheimischenmodell“ (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.8.2009, 22 U 213/07) 236 mit Anmerkung *Dirnberger* 237

Schenkungsteuer bei Vermögensübertragungen auf rechtsfähige Stiftung (BFH, Urteil vom 9.7.2009, II R 47/07) 239 mit Anmerkung *Hübner* 240

Inhalt

Aufsätze

Pahlke: Grunderwerbsteuervergünstigung für Rechtsvorgänge im Konzern – Der neue § 6 a GrEStG **169**

Bauer/Wartenburger: Neuere Entwicklungen im Bereich des reformierten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes – Teil I **175**

Menzel/Wolf: Der minderjährige Kommanditist – bei Gründung, unentgeltlicher Anteilsübertragung und Erwerb von Todes wegen **186**

Tagungsberichte

Kunze: Grundschulden und Risikobegrenzungsgesetz **191**

Buchbesprechungen

Schmoeckel/Schubert (Hrsg.): Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen (*Oberseider*) **193**

Notare und Notarssignete vom Mittelalter bis zum Jahr 1600 aus den Beständen der Staatlichen Archive Bayerns (*Harms*) **194**

Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch (*Betz*) **195**

Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat (*Bruch*) **196**

Krauß: Überlassungsverträge in der Praxis (*Franck*) **197**

Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung (*Weidlich*) **199**

Müller/Hoffmann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften (*Schmitkel*) **201**

Lutter: Umwandlungsgesetz (*Fronhöfer*) **202**

Baumbach/Hueck: GmbHG (*Sikora*) **203**

Oetker: Handelsgesetzbuch (*Sikora*) **203**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Sachen- und Grundbuchrecht

- Keine Eintragungsfähigkeit vereinbarungsändernder Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel (OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 100/09) **204**
mit Anmerkung *Schöner* **205**
- Grundbuchberichtigung bei fehlerhafter Eintragung des Güterstands (OLG München, Beschluss vom 20.11.2009, 34 Wx 108/09) **207**
mit Anmerkung *Reiß* **208**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

3. Abänderbarkeit eines Unterhaltsvergleichs wegen Störung der Geschäftsgrundlage (BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08) **210**
mit Anmerkung *Münch* **212**

Erbrecht

4. Schiedsfähigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.7.2009, 11 Wx 94/07) **214**
mit Anmerkung *Reimann* **216**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

5. Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma (BGH, Urteil vom 16.9.2009, VIII ZR 321/08) **216**
mit Anmerkung *M. Wachter* **218**
6. Fortführung des wesentlichen Kernbereichs eines Unternehmens (*nur Leitsatz*) (BGH, Beschluss vom 7.12.2009, II ZR 229/08) **222**
7. Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer und Notar (OLG Hamm, Beschluss vom 16.2.2010, I-15 W 322/09) **222**

Internationales Privatrecht

8. Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts eines Spätaussiedlers (OLG Hamm, Beschluss vom 8.10.2009, I-15 Wx 292/08) **223**
mit Anmerkung *Siß* **225**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

9. Objektive Gläubigerbenachteiligung bei Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstücks (BGH, Urteil vom 19.5.2009, IX ZR 129/06) **228**
mit Anmerkung *Huber* **231**

Kostenrecht

10. Keine Anwendung des Schuldenabzugsverbots bei Übertragung von Kommanditeilen (BGH, Beschluss vom 20.10.2009, VIII ZB 13/08) **232**
mit Anmerkung *Tiedtke/Hecht* **234**

Inhalt (Fortsetzung)

Öffentliches Recht

11. Bindungsdauer beim „Einheimischenmodell“
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.8.2009, 22 U 213/07) **236**
mit Anmerkung *Dirnberger* **237**

Steuerrecht

12. Schenkungsteuer bei Vermögensübertragungen auf rechtsfähige Stiftung
(BFH, Urteil vom 9.7.2009, II R 47/07) **239**
mit Anmerkung *Hübner* **240**
13. Gemischte teils unmittelbare, teils mittelbare Schenkung eines Grundstücks
im künftigen Zustand fertiger Bebauung
(BFH, Urteil vom 27.8.2008, II R 19/07) **243**
mit Anmerkung *Grund* **244**
14. Umstellung des Wirtschaftsjahres
(BFH, Beschluss vom 31.8.2009, I B 215/08) **247**
mit Anmerkung *Suttmann* **248**

Hinweise für die Praxis

- Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. (Stand 1.1.2010): Übersicht über wichtige
Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 7. Aufl. 2008
(Prüfungsabteilung der Notarkasse) **251**

Standesnachrichten **256**

Sonstiges **260**

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 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,
Dr. 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

Grunderwerbsteuervergünstigung für Rechtsvorgänge im Konzern – Der neue § 6 a GrEStG

Von Richter am BFH Dr. *Armin Pahlke*, München

Seit langem wird die Belastung von Umstrukturierungsvorgängen mit Grunderwerbsteuer als „Umstrukturierungsbremse“ beklagt und die Forderung nach einer Befreiung der entsprechenden Rechtsvorgänge erhoben. In der Vergangenheit waren mehrere Anläufe zur Privilegierung konzerninterner Umstrukturierungsmaßnahmen gescheitert.¹ Nunmehr hat der Gesetzgeber durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz (WachstBeschlG)² mit dem neu eingefügten § 6 a GrEStG Rechtsvorgänge im Zusammenhang mit Umwandlungsvorgängen im Konzern von der Grunderwerbsteuer freigestellt. Ergänzt wird diese Neuregelung durch §§ 19 Abs. 2 Nr. 4 a und 23 Abs. 8 GrEStG. Der nachfolgende Beitrag erläutert Anwendungsbereich, Wirkungsweise und die zahlreichen offenen Fragen dieser neuen Steuervergünstigung.

I. Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung

Nach der BFH-Rechtsprechung³ erfüllen übertragende Umwandlungen von Rechtsträgern mit Grundbesitz, soweit es im Zuge der Umwandlung zur Übertragung eines Grundstücks kommt, den Steuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Nicht grunderwerbsteuerbar ist hingegen der Formwechsel, da es insoweit an einem vom GrEStG vorausgesetzten Rechtsträgerwechsel fehlt.⁴ Die Verfassungsmäßigkeit dieser grunderwerbsteuerrechtlich unterschiedlichen Behandlung von formwechselnder und übertragender Umwandlung steht außer Zweifel.⁵ Die übertragende Umwandlung eines Rechtsträgers kann auch, ohne dass es zu einer Grundstücksübertragung kommt, mittelbare grunderwerbsteuerrechtliche Folgen auslösen: Ist der umwandelnde Rechtsträger an einer grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt, kommt es im Zuge der übertragenden Umwandlung unter den näheren Voraussetzungen zu einer Änderung des Gesellschafterbestands i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG. Bei einer Beteiligung des umwandel-

den Rechtsträgers an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft kann eine Anteilsvereinigung oder -übertragung (§ 1 Abs. 3 GrEStG) eintreten.

Abgesehen von einigen spezialgesetzlichen Vergünstigungsregelungen (z. B. § 4 Nr. 9 GrEStG, § 6 Abs. 3 EnWG) war eine generelle Befreiung dieser Umwandlungsvorgänge im GrEStG bislang nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund hätte sich die von der Bundesregierung im Entwurf des WachstBeschlG⁶ vorgeschlagene generelle Befreiung umwandlungsbedingter Rechtsvorgänge, die freilich durch eine *grundstücksbezogene* Vor- und Nachbehaltensfrist eingeschränkt werden sollte, als ein Schritt von weitreichender Bedeutung erwiesen. Dazu ist es indes nicht gekommen. Dieser Gesetzentwurf ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erheblich „verwässert“ worden, indem die Steuerbefreiung auf Konzernsachverhalte beschränkt und durch eine – auf die Beteiligung an einer abhängigen Gesellschaft und nicht auf das Halten des Grundstücks bezogene – Konzernbehaltensfrist eingeschränkt worden ist. Weitergehend als im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen, sind nunmehr allerdings auch Rechtsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG und ferner ausländische Umwandlungsvorgänge aufgrund des Rechts eines EU-/EWIR-Mitgliedstaats in den Anwendungsbereich des § 6 a GrEStG einbezogen worden.

¹ BT-Drucks. 14/6882 – UntStFG –; Gesetzesantrag des Landes Hessen, BR-Drucks. 104/05.

² Vom 22.12.2009, BGBl I, S. 3950; die Vorschrift ist am 1.1.2010 in Kraft getreten, Art. 14 Abs. 3 WachstBeschlG.

³ BFH/NV 2005, 69; 2008, 1526; 2009, 1148.

⁴ *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 4.

⁵ Z. B. BFH/NV 2008, 1526; 2009, 1148.

⁶ BT-Drucks. 17/15.

II. Regelungsziel und Rechtsnatur des § 6 a GrEStG

Nach seinem gesetzgeberischen Ziel soll § 6 a GrEStG „die Bedingungen für Umstrukturierungen von Unternehmen krisenfest, planungssicherer und mittelstandsfreundlicher“ ausgestalten.⁷ Diese Zielsetzung kann allerdings im Lichte des mit der grundlegenden Reform des GrEStG im Jahr 1983 verfolgten Ziels eines drastischen Abbaus von Steuerbefreiungen („Verbreiterung der Bemessungsgrundlage“) und der – nur dadurch ermöglichten – Senkung des Steuersatzes⁸ nicht restlos überzeugen. Der neue § 6 a GrEStG könnte insbesondere die Bereitschaft der Länder erhöhen, die damit verbundenen Steuerausfälle durch eine weitere Erhöhung des Steuersatzes (zur insoweit bestehenden Gesetzgebungshoheit der Länder vgl. Art. 105 Abs. 2 a Satz 2 GG) zu kompensieren.⁹

Seiner Rechtsnatur nach ist § 6 a GrEStG eine sachliche Befreiungsvorschrift. Sie weist allerdings wegen ihrer Ausrichtung auf Konzernsachverhalte keinen unmittelbaren Bezug zu den für Gesamthandsgemeinschaften geltenden Befreiungsregelungen in §§ 5 bis 7 GrEStG auf und ist eher dem Regelungsbereich der speziellen Befreiungsregelungen des § 4 GrEStG zuzuordnen. Als Verschonungsregelung muss sich § 6 a GrEStG an den verfassungsrechtlichen Bindungen¹⁰ messen lassen, die bei einer Verfolgung außerfiskalischer Förderungs- und Lenkungsziele zu beachten sind. Der Gesetzgeber hat diesen Zusammenhang ausdrücklich erkannt und als den die Verschonung rechtfertigenden Gemeinwohlgrund die „Beseitigung von Wachstumshemmnissen“ herausgestellt. Dieses Förderungsziel ist mit der Beschränkung des Begünstigungstatbestands auf Konzernsachverhalte und die „flankierenden Eingrenzungen“ des § 6 a Satz 4 GrEStG verknüpft.¹¹

III. Vergünstigungsvoraussetzungen

1. Begünstigte Rechtsvorgänge (§ 6 a Satz 1 und 2 GrEStG)

Die grundlegenden Befreiungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 6 a Satz 1 und 2 GrEStG, die zum einen die begünstigten Steuertatbestände des GrEStG und zum anderen die ihnen zugrundeliegenden privilegierten Umwandlungsvorgänge festlegen. Begünstigt sind nur die „aufgrund einer Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG verwirklichten Rechtsvorgänge“. Zwischen dem Umwandlungsvorgang und dem begünstigten grunderwerbsteuerrechtlichen Rechtsvorgang muss ein Kausalzusammenhang bestehen.¹² Es muss also der zur Grunderwerbsteuerentstehung führende Rechtsvorgang auf den Umwandlungsvorgang zurückgeführt werden können. Daran fehlt es, wenn sich ein Grundstücksübergang lediglich zur Vorbereitung, aus Anlass oder nur in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Umwandlungsvorgang vollzieht.¹³

a) Privilegierte grunderwerbsteuerbare Rechtsvorgänge

Nach § 6 a Satz 1 GrEStG sind die nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 a und 3 GrEStG grunderwerbsteuerbaren Rechtsvor-

gänge aufgrund einer Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG begünstigt. Bei solchen Umwandlungen wird Grunderwerbsteuer gemäß § 6 a Satz 1 Hs. 2 GrEStG auch für Rechtsvorgänge nach § 1 Abs. 2 GrEStG „insoweit nicht erhoben“.

Im Einzelnen sind daher vor allem die aufgrund eines Umwandlungsvorgangs kraft Gesamtrechts- oder Sonderrechtsnachfolge bewirkten Grundstücksübergänge begünstigt, die nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG zu besteuern sind. Dazu gehört auch – erkennt man die Personengesellschaft als abhängige Gesellschaft i. S. d. § 6 a Satz 3 und 4 GrEStG an (dazu unten III.2.b) – die ebenfalls § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG unterfallende Anwachsung des Vermögens einer grundbesitzenden Personengesellschaft¹⁴ auf einen verbleibenden Gesellschafter, wenn der Anwachsungsvorgang unmittelbar auf einer nach § 6 a Satz 1 GrEStG privilegierten Umwandlung beruht.¹⁵

Befreit sind ferner Umwandlungsvorgänge, die zu einer nach § 1 Abs. 2 a GrEStG steuerbaren Änderung des Gesellschafterbestands einer Personengesellschaft aufgrund eines sog. derivativen Erwerbs kraft Umwandlung führen.¹⁶ Ebenfalls befreit ist eine nach § 1 Abs. 3 GrEStG steuerbare Anteilsvereinigung oder -übertragung. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob sich eine Umstrukturierung im Konzern up-stream (soweit überhaupt steuerbar¹⁷), down-stream oder side-stream vollzieht.¹⁸ Die Vergünstigung des § 6 a GrEStG gilt ohne weiteres auch für die entsprechenden Rechtsvorgänge innerhalb einer Beteiligungskette. Schließlich ist § 6 a GrEStG auch dann anzuwenden, wenn aufgrund einer Umwandlung die Verwertungsbefugnis (§ 1 Abs. 2 GrEStG) auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Die etwas umständliche Formulierung des § 6 a Satz 1 Hs. 2 GrEStG soll wohl deutlich machen, dass bei einem umwandlungsbedingten Übergang der Verwertungsbefugnis gesondert darüber zu entscheiden ist, ob ein Rechtsvorgang in Bezug auf das Grundstück selbst steuerbar bzw. -befreit ist.

Nicht befreit sind die weiteren in § 1 GrEStG aufgeführten Erwerbsvorgänge. Insbesondere sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbare Grundstücksveräußerungen im Konzern (z. B. Kaufverträge) nicht begünstigt. Auch die infolge der Gründung, des Eintritts oder der Kapitalerhöhung einer Konzerngesellschaft geschlossenen Einbringungsverträge, bei denen ein Grundstück im Wege der Einzelrechtsübertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten auf einen anderen Rechtsträger übergeht, unterfallen § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG¹⁹ und sind daher von der Anwendung des § 6 a GrEStG ausgeschlossen.²⁰ Der an dieser Rechtslage geübten Kritik²¹ ist zuzugeben, dass für die Grundstücksübertragung im Konzern kraft Einzelrechtsnachfolge ein praktisches Bedürfnis bestehen kann. Einer erweiternden Auslegung des § 6 a Satz 1 GrEStG steht jedoch der klare Gesetzeswortlaut entgegen.

Ebenso gilt § 6 a GrEStG nicht, wenn der Einbringungsvertrag einen Anspruch auf Übertragung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft oder von Anteilen einer Kapital-

¹⁴ Zur Steuerbarkeit vgl. *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 1 Rdnr. 178 m. w. N.

¹⁵ *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 18, 20.

¹⁶ Zu den einzelnen Fallgestaltungen vgl. *Hofmann*, GrEStG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 104; *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 1 Rdnr. 291.

¹⁷ Dazu *Hofmann*, § 1 Rdnr. 162; *Pahlke* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Anh. 12 Rdnr. 216.

¹⁸ Zur Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG in diesen Fällen vgl. nur *Pahlke* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Anh. 12 Rdnr. 216 ff.

¹⁹ *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 1 Rdnr. 153 m. w. N.

²⁰ *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 87, 89; kritisch *Wischoff/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2639 ff.

²¹ *Wischoff/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2640.

⁷ BT-Drucks. 17/15, S. 21; BT-Drucks. 17/147, S. 10.

⁸ Zu diesem Reformgedanken des GrEStG 1983 vgl. nur *Pahlke/Franz*, GrEStG. Einl. Rdnr. 4.

⁹ In den Ländern Berlin, Hamburg und Sachsen-Anhalt beträgt der Steuersatz bereits 4,5 v. H.

¹⁰ Dazu z. B. BVerfG, BStBl II 2007, S. 192, 202; BVerfG, BFH/NV 2009, 338, 344 f.

¹¹ BT-Drucks. 17/147, S. 10.

¹² *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 87, 90.

¹³ Vgl. auch anhaltsweise BFH, BStBl II 1972, S. 590.

gesellschaft begründet. Zwar kann in diesem Fall durch die Einbringung ein Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 a oder 3 GrEStG verwirklicht werden.²² Es fehlt hier jedoch an einem von § 6 a Satz 1 GrEStG vorausgesetzten Umwandlungsvorgang.

Der Übergang eines Grundstücks im Zuge der Realteilung einer Personengesellschaft – sofern als abhängige Gesellschaft i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG anzuerkennen, vgl. unten III.2.b. – kann § 6 a GrEStG nur unterfallen, wenn diese durch eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbare Auf- oder Abspaltung (§ 123 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 124 Satz 1 und § 3 Abs. 1 UmwG) bewirkt wird. Nicht begünstigt ist die Realteilung im Wege der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbaren Einzelrechtsübertragung aufgrund Auseinandersetzungsvertrag.

Vor diesem Hintergrund wird daher die Gestaltungspraxis einer Einzelrechtsübertragung die Auf- oder Abspaltung bzw. die Ausgliederung vorziehen, um die durch § 6 a GrEStG gewährten Vorteile zu sichern. Dabei dürfte es jedoch ratsam sein, jeweils im Einzelfall die mit der übertragenden Umwandlung verbundenen Nachteile (z. B. Haftungsfolge der Spaltung gemäß § 133 UmwG) in die Gestaltungsüberlegungen mit einzubeziehen.

b) Privilegierte Umwandlungsvorgänge

Der privilegierte grunderwerbsteuerbare Rechtsvorgang muss ferner auf einer Umwandlung i. S. d. § 1 I Nr. 1 bis 3 UmwG beruhen. Begünstigt ist daher die

- Verschmelzung, § 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 2 ff. UmwG,
- Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung), § 1 Abs. 1 Nr. 2, §§ 123 ff. UmwG, sowie die
- Vermögensübertragung, § 1 Abs. 1 Nr. 3, §§ 174 ff. UmwG.

Begünstigt sind auch grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge und insbesondere die grenzüberschreitende Verschmelzung, obgleich § 122 a UmwG nicht auf § 1 UmwG verweist.²³

Der Formwechsel (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG) gehört naturgemäß nicht zu den in § 6 a Satz 1 GrEStG aufgeführten begünstigten Rechtsvorgängen, weil er keinen grunderwerbsteuerbaren Rechtsträgerwechsel herbeiführt (vgl. oben I.). Daher kann § 6 a GrEStG auch nicht die nachteiligen Folgen beseitigen, die sich bei einem nicht verhältnismäßigen Formwechsel auf der Ebene der Gesellschafter²⁴ etwa im Hinblick auf einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 3 GrEStG zu besteuenden Erwerbsvorgang ergeben.²⁵ Soweit aufgrund des Formwechsels einer erwerbenden abhängigen Personengesellschaft (zur Anwendbarkeit des § 6 a Satz 4 GrEStG vgl. III.2.b) aufgrund § 5 Abs. 3 GrEStG ein Verlust der Vergünstigungen aus § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG eintritt, ist § 6 a GrEStG ebenfalls nicht einschlägig. Für ein „Vorrangverhältnis“ des § 6 a GrEStG gegenüber § 5 Abs. 3 oder § 6 Abs. 3 und 4 GrEStG²⁶ ist schon deswegen kein Raum, weil § 6 a GrEStG ausschließlich den umwandlungsbedingten – und nicht einen ihm vorausgegangenen – Rechtsvorgang betrifft.

²² Dazu z. B. Pahlke in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 12 Rdnr. 261 ff., 280 ff.

²³ Eingehend Neitz/Lange, Ubg 2010, 17, 20 f.

²⁴ Zur Problematik etwa FG Münster, EFG 2006, 1034, durch BFH/NV 2008, 1435 aus anderen Gründen aufgehoben; Hofmann, UVR 2007, 222; Behrens/Schmitt, UVR 2008, 16 ff. und 53 ff.; Jüptner, UVR 2009, 62.

²⁵ Kritisch Neitz/Lange, Ubg 2010, 17, 19 f.; Wischott/Schönweiß, DStR 2009, 2638, 2641.

²⁶ So Wischott/Schönweiß, DStR 2009, 2638, 2644 f.

§ 6 a GrEStG begünstigt auch Umwandlungsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG, die auf Landesrecht (z. B. den Sparkassengesetzen der Länder) beruhen.²⁷ Dazu bedurfte es in § 6 a Satz 1 GrEStG keines ausdrücklichen Verweises auf § 1 Abs. 2 UmwG, weil eine Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 UmwG auch dann durchgeführt werden kann, wenn sie durch ein Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen ist.²⁸

c) Entsprechende Umwandlungsvorgänge (§ 6 a Satz 2 GrEStG)

Der Anwendungsbereich des UmwG beschränkt sich auf Rechtsträger mit Sitz im Inland (§ 1 Abs. 1 UmwG). § 6 a Satz 2 GrEStG erweitert den Kreis der begünstigten Umwandlungen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG auf „entsprechende“ Umwandlungen aufgrund des Rechts eines EU-Mitgliedstaats oder eines Staats, auf den das EWR-Abkommen Anwendung findet. Diese Regelung räumt etwaige europarechtliche Bedenken aus, die gegen eine Beschränkung auf inländische Rechtsträger und grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (§§ 122 a ff. UmwG) erhoben werden könnten. Freilich lassen sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung nähere Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche Anforderungen an eine „entsprechende“ Umwandlung zu stellen sind. Dass Umwandlungsvorgänge nach der SE-VO erfasst sind, steht außer Frage (vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwStG). Im Weiteren dürfte auf die Grundsätze abzustellen sein, nach denen „vergleichbare ausländische Vorgänge“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 2 UmwStG zu beurteilen sind.²⁹ Der Regelungsbereich des § 6 a GrEStG gibt jedenfalls keinen Anlass, insoweit strengere Maßstäbe an die Vergleichbarkeitsprüfung anzulegen.³⁰ Zu den Details dieser Vergleichbarkeitsprüfung muss auf die einschlägigen Kommentierungen des UmwStG³¹ verwiesen werden.

2. Konzernsachverhalte (§ 6 a Satz 3 und 4 GrEStG)

§ 6 a Satz 3 GrEStG beschränkt die Befreiung auf Konzernsachverhalte. Begünstigt sind nur Umwandlungsvorgänge, an denen ausschließlich

- ein herrschendes und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder
- mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind.

Dabei entfällt aufgrund des Merkmals „ausschließlich“ die Befreiung für Umwandlungen unter Beteiligung von Gesellschaften, an denen das herrschende Unternehmen nur eine Minderheitsbeteiligung hält.

Mit der Legaldefinition der „abhängigen Gesellschaft“ in § 6 a Satz 4 GrEStG hat der Gesetzgeber für das Grunderwerbsteuerrecht einen eigenständigen Konzernbegriff geschaffen. Danach ist eine Gesellschaft abhängig, an deren Kapital das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teil unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 v. H. ununterbrochen beteiligt ist. Der Konzernbegriff des § 6 a Satz 4 GrEStG ist keineswegs mit dem

²⁷ Schneider/Rosenberg, FR 2010, 58, 65; a. A. Wischott/Schönweiß, DStR 2009, 2638, 2639.

²⁸ Vgl. Schmitt/Hörtmagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 5. Aufl., § 1 UmwG Rdnr. 62; Schneider/Rosenberg, FR 2010, 58, 65.

²⁹ Scheunemann/Dennisen/Behrens, BB 2010, 23, 31.

³⁰ Neitz/Lange, Ubg 2010, 17, 21 f.

³¹ Z. B. Schmitt/Hörtmagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 1 UmwG Rdnr. 23 ff., 31 ff.; Widmann in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 1 UmwStG Rdnr. 15 ff.

Abhängigkeitsbegriff des § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG deckungsgleich. § 6 a Satz 4 GrEStG stellt nicht auf die ein Organisationsverhältnis begründenden Merkmale der Eingliederung, sondern allein auf eine starre Beteiligungsquote von 95 v. H. sowie zusätzlich auf die zeitliche Komponente der Vor- und Nachbehaltensfrist ab. Für die Begünstigung nach § 6 a GrEStG ist daher das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses i. S. d. § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG ohne Bedeutung. Die im Vergleich zu § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG engere Fassung des § 6 a Satz 4 GrEStG ist durch die unterschiedliche Zweckrichtung beider Vorschriften gerechtfertigt.³² § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG soll Steuerumgehungen des § 1 Abs. 3 GrEStG verhindern.³³ Demgegenüber dient § 6 a Satz 4 GrEStG allein der tatbestandlichen Umgrenzung der Steuervergünstigung.

Der „Umwandlungsvorgang“ i. S. d. § 6 a Satz 3 GrEStG ist ein solcher, der kausal (vgl. oben III.1.) den steuerbaren Rechtsvorgang herbeigeführt hat. Allerdings müssen die an dem Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften nicht zwingend mit der abhängigen grundbesitzenden Gesellschaft identisch sein. Dies betrifft z. B. Gestaltungen, in denen es aufgrund einer Verschmelzung abhängiger Gesellschaften, die ihrerseits Gesellschafter einer grundbesitzenden abhängigen Untergesellschaft sind, zu einem nach § 1 Abs. 3 GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang in Bezug auf diese Untergesellschaft kommt. Wegen des in § 6 a Satz 1 GrEStG vorausgesetzten Bezugs zum jeweiligen steuerbaren Rechtsvorgang liegt es nahe, für das Abhängigkeitsverhältnis (zumindest auch) auf die jeweilige abhängige grundbesitzende (Unter-) Gesellschaft abzustellen.³⁴

a) Herrschendes Unternehmen

Eine Legaldefinition des „herrschenden Unternehmens“ i. S. d. § 6 a Satz 3 GrEStG fehlt. Geht man – was naheliegt – insoweit entsprechend der für § 1 Abs. 3 und 4 GrEStG geltenden Rechtslage von den Grundsätzen des umsatzsteuerrechtlichen Organisationsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG) aus, kann herrschendes Unternehmen eine natürliche Person, eine Personengesellschaft oder eine juristische Person sein. An einem „Unternehmen“ fehlt es hingegen, wenn eine natürliche Person die Beteiligung lediglich im Privatvermögen hält.³⁵ Nach dem klaren Wortlaut des § 6 a Satz 3 GrEStG kann bei einer mehrstufigen Beteiligungskette allein die „Konzernspitze“ das herrschende Unternehmen sein; eine abhängige Gesellschaft verliert diese Eigenschaft nicht deshalb, weil sie ihrerseits eine andere abhängige Gesellschaft beherrscht.³⁶

b) Abhängige Gesellschaften

Nach § 6 a Satz 3 und 4 GrEStG muss ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen einem herrschenden Unternehmen und einem oder mehreren abhängigen Gesellschaften bestehen. Am Kapital der abhängigen Gesellschaft muss das herrschende Unternehmen zu mindestens 95 v. H. ganz oder teilweise unmittelbar bzw. mittelbar beteiligt sein. Bedauerlicherweise – vor allem aus der Sicht der Gestaltungspraxis – lässt sich dem Gesetzeswortlaut wegen der vorausgesetzten Beteiligung des herrschenden Unternehmens „am Kapital“ nicht eindeutig entnehmen, ob auch Personengesellschaften abhängige Ge-

sellschaften sein können und § 6 a Satz 3 und 4 GrEStG damit rechtsformneutral gefasst sind. Die Haltung der Finanzverwaltung zu dieser Frage kann derzeit nicht sicher vorausgesagt werden.

Die Einbeziehung von Personengesellschaften in den Kreis der abhängigen Gesellschaften unterläge keinem Zweifel, wenn der Gesetzgeber auf den „Kapitalanteil“ des Gesellschafters (vgl. z. B. § 120 Abs. 2 HGB) bzw. dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen abgestellt oder durch eine anderweitige Formulierung Personengesellschaften eindeutig angesprochen hätte. Ein Verständnis der „Beteiligung am Kapital“ (§ 6 a Satz 4 GrEStG) im Sinne des in § 1 Abs. 3 GrEStG verwendeten Begriffs der „Anteile der Gesellschaft“³⁷ verbietet sich sowohl wegen des abweichenden Wortlauts beider Vorschriften als auch wegen ihrer unterschiedlichen Zwecksetzung.

Es dürfte daher naheliegen, wegen des auf Konzernsachverhalte gerichteten Anwendungsbereichs des § 6 a GrEStG schon die fehlende gesetzliche Eingrenzung der abhängigen Gesellschaft auf Kapitalgesellschaften als Hinweis auf die Rechtsformneutralität der Vorschrift zu werten und demgemäß die Beteiligung am Kapital als den wertmäßigen Anteil des am Vermögen der abhängigen (Personen-)Gesellschaft beteiligten herrschenden Unternehmens zu verstehen.³⁸ Diese Lesart deckt sich mit den Grundsätzen zur Bestimmung des Anteils am Vermögen i. S. d. § 5 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 1 bis 3 GrEStG und damit mit dem diesen Vorschriften „innewohnenden System“, das nach der – allerdings, wie noch zu zeigen ist, verfehlten – Gesetzesbegründung³⁹ für die Ausgestaltung des § 6 a Satz 3 und 4 GrEStG bestimmend war. Letzte Zweifel werden zum einen mit Blick auf § 6 a Satz 1 GrEStG beseitigt, der ausdrücklich auch § 1 Abs. 2 a GrEStG in den Kreis der privilegierten Rechtsvorgänge einbezieht und damit ersichtlich auch abhängige Personengesellschaften voraussetzt. Zum anderen – und dies wiegt besonders schwer – könnte auch keinerlei sachliche, den Maßstäben des Art 3 Abs. 1 GG genügende Rechtfertigung dafür angeführt werden, abhängige Personengesellschaften vom Geltungsbereich des § 6 a GrEStG auszunehmen. Eine juristische Person kann unzweifelhaft die Merkmale einer abhängigen Gesellschaft erfüllen.

Das Abhängigkeitsverhältnis ist nur bei einer Beteiligung des herrschenden Unternehmens zu mindestens 95 v. H. an der abhängigen Gesellschaft gegeben. Dass bei einer Grunderwerbsteuerrechtlichen Organschaft (§ 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 Nr. 2 GrEStG) das Abhängigkeitsverhältnis die ansonsten erforderliche Beteiligung des Erwerbers in Höhe von mindestens 95 v. H. ersetzen kann,⁴⁰ ist für § 6 a Satz 4 GrEStG ohne Bedeutung.⁴¹

Für die Berechnung der 95 v. H.-Grenze gebieten es Wortlaut und Normzweck des § 6 a GrEStG, dass – ebenso wie bei § 1 Abs. 2 a und 3 GrEStG – auf jeder Beteiligungsebene die Anteilsgrenze von 95 v. H. erreicht wird.⁴² Die zahlreichen

³⁷ So *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2642; a. A. *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 21.

³⁸ Ebenso *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 22 f.; unklar *Behrens*, AG 2010, 119, 120 f.; *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2642 f.

³⁹ BT-Drucks. 17/147, S. 10.

⁴⁰ Dazu z. B. BFH, BStBl II 2002, S. 156; *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 1 Rdnr. 354.

⁴¹ Zu Unrecht kritisch *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2642.

⁴² A. A. *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 24 und *Schafitzl/Stadler*, DB 2010, 185, 187, die den Wortlaut des § 6 a Satz 4 GrEStG verkennen; kritisch *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2642.

³² *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2641.

³³ Vgl. nur *Hofmann*, GrEStG, § 1 Rdnr. 174.

³⁴ A. A. wohl *Behrens*, AG 2010, 119, 121 f.

³⁵ BFH, BStBl II 1974, S. 769; kritisch, jedoch den Unternehmensbegriff des § 6 a Satz 3 GrEStG verkennend *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 26 f.; *Behrens*, AG 2010, 119, 120.

³⁶ A. A. *Schafitzl/Stadler*, BB 2010, 1185, 1188; *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 21.

grundbesitzenden Gesellschaften, an denen (zur Vermeidung eines nach § 1 Abs. 2 a oder Abs. 3 GrEStG zu steuernden Erwerbsvorgangs) außer dem herrschenden Unternehmen Dritte mit mindestens 5,1 v. H. beteiligt sind, erfüllen daher nicht die Abhängigkeitsmerkmale. Bei Kapitalgesellschaften ist für die in § 6 a Satz 4 GrEStG bestimmte Beteiligungsgrenze der Anteil des herrschenden Unternehmens am Stamm- oder Grundkapital maßgebend. Bei der Berechnung der Anteilsgröße müssen eigene Anteile, weil eine Gesellschaft nicht ihr eigener Gesellschafter sein kann, außer Ansatz bleiben.⁴³ Ein identitätswahrender Formwechsel des abhängigen Unternehmens innerhalb der Konzernzugehörigkeitsfrist lässt das Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG unberührt.

c) Zeitliche Voraussetzungen der Konzernbeteiligung (§ 6 a Satz 4 GrEStG)

Von großer praktischer Relevanz sind ferner die zeitlichen Vorgaben des § 6 a Satz 4 GrEStG. Diese Fristen bilden die „Achillesferse“ der Steuervergünstigung; angesichts der hier derzeit bestehenden Unsicherheiten in zentralen Auslegungsfragen kann – jedenfalls bis zu den zu erwartenden Erlassregelungen der Finanzverwaltung – schwerlich von einer hinreichenden Planungssicherheit gesprochen werden.

Nach § 6 a Satz 4 GrEStG sind abhängige Gesellschaften nur solche, an deren Kapital das herrschende Unternehmen „innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang“ zu mindestens 95 v. H. beteiligt ist. Diese zeitliche Vorgabe gehört nach der Gesetzesbegründung⁴⁴ zu den „flankierenden Eingrenzungen“, die „im Interesse einer zielgenauen Begünstigung“ einen „ungewollten Mitnahmeeffekt“ ausschließen sollen. Das Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG muss „ununterbrochen“ bestanden haben; begünstigungsschädlich ist ein auch nur zeitweises Absinken der Beteiligungsquote unter 95 v. H.

aa) Normzweck

Für das Verständnis der Fristenregelung ist es von entscheidender Bedeutung, dass diese ausschließlich das Abhängigkeitsverhältnis zwischen herrschendem Unternehmen und abhängigen Gesellschaften betrifft. Mit der Vor- und Nachbehaltensfrist ist keinerlei Haltefrist für das von dem Umwandlungsvorgang betroffene Grundstück verbunden. Wird also z. B. ein Grundstück von einer abhängigen Gesellschaft wenige Tage vor dem Grunderwerbsteuerbaren Umwandlungsvorgang erworben und wenige Tage nach diesem Umwandlungsvorgang an eine andere Konzerngesellschaft oder Dritte übertragen, steht dies der Steuerbefreiung nach § 6 a GrEStG nicht zwingend entgegen. Vor diesem Hintergrund führt die in der Begründung des Finanzausschusses⁴⁵ behauptete Orientierung der Vor- und Nachbehaltensfrist des § 6 a Satz 4 GrEStG an dem §§ 5 und 6 GrEStG „innewohnenden System“ in die Irre.⁴⁶ Diese Gesetzesbegründung ist nahezu wortgleich mit derjenigen, die die Bundesregierung zur Rechtfertigung einer auf das Grundstück bezogenen Vor- und Nachbehaltensfrist gegeben hat. Bezugspunkt der Fristen des § 6 a Satz 4 GrEStG ist hingegen ausschließlich der zeitliche Bestand des Konzernverbunds zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft vor und nach dem steuerbaren Rechtsvorgang. Ob diese Zusammenhänge nach dem

Gesetzentwurf der Bundesregierung im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt zu Bewusstsein gelangt sind, muss angesichts der für die jetzige Gesetzesfassung gegebenen Begründung bezweifelt werden.

Aufgrund der ausschließlich beteiligungsbezogenen Ausrichtung der Vor- und Nachbehaltensfrist kann der Normzweck des § 6 a Satz 4 GrEStG nur darin bestehen, die Steuervergünstigung des § 6 a GrEStG auf Rechtsvorgänge innerhalb eines „zeitlich gefestigten“ Konzernverbunds zu beschränken. Nicht begünstigt sind Rechtsvorgänge, die im Zusammenhang mit nur kurzfristig im Konzern gehaltenen Beteiligungen verwirklicht werden.⁴⁷ Der Einwand, die Vor- und Nachbehaltensfristen ergäben „keinen Sinn“ und konterkarierten „den eigentlichen Gesetzeszweck“,⁴⁸ geht fehl. Man mag zwar die Beschränkungen des § 6 a Satz 4 GrEStG für steuerpolitisch verfehlt halten – aus der Sicht des um eine tatbestandliche Begrenzung der Steuervergünstigung bemühten Gesetzgebers macht die beteiligungsbezogene Vor- und Nachbehaltensfrist schon wegen der damit bewirkten Begrenzung der Steuerausfälle durchaus „Sinn“ und ist als eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren.

Es liegt in der Natur dieser allein beteiligungsbezogenen Betrachtung, dass der Verbleib des Grundstücks im Konzernverbund ohne Einfluss auf die Konzernzugehörigkeitsfrist des § 6 a Satz 4 GrEStG ist.⁴⁹ Die Vergünstigung entfällt also nicht etwa deshalb rückwirkend, weil das Grundstück vor Ablauf der Nachbehaltensfrist (etwa aufgrund Veräußerung an Dritte) aus dem Konzernverbund ausscheidet. Andererseits entfällt die Vergünstigung auch dann, wenn der die Nichteinhaltung der Konzernbehaltensfrist begründende Rechtsvorgang (z. B. Veräußerung der Anteile an der grundbesitzenden abhängigen Gesellschaft an einen konzernfremden Dritten) Grunderwerbsteuer auslöst (zur teleologischen Reduktion des § 6 a Satz 4 GrEStG vgl. noch nachfolgend). Hier kommt der Grundsatz zum Tragen, dass jeder Erwerbsvorgang für sich als abgeschlossener Steuerfall zu behandeln ist.⁵⁰

bb) Fristenberechnung

Für die Berechnung der Vor- und Nachbehaltensfrist ist jeweils vom Zeitpunkt der Steuerentstehung für den nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang auszugehen.⁵¹ Bei ausländischen Umwandlungsvorgängen bestimmt sich das Wirksamwerden der Umwandlung nach dem jeweiligen ausländischen Recht. Für die Berechnung der Fünfjahresfrist gelten §§ 186 ff. BGB entsprechend (vgl. § 108 AO).

Zu beachten ist, dass die Vergünstigung nach § 6 a GrEStG mehrfach zu gewähren ist, wenn hinsichtlich des nämlichen Grundstücks im Konzernverbund nacheinander mehrere Rechtsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2 a oder 3 GrEStG verwirklicht werden. Für jeden dieser Rechtsvorgänge sind die Vor- und Nachbehaltensfristen des § 6 a Satz 4 GrEStG, weil diese jeweils auf einen Rechtsvorgang bezogen sind, neu zu bestimmen.

cc) Einschränkungen der Konzernzugehörigkeitsfrist?

Ausgehend vom Wortlaut des § 6 a Satz 4 GrEStG ist die Vor- und Nachbehaltensfrist auch in solchen Fällen nicht gewährt, die nach dem Normzweck dieser Vorschrift keine Versagung

⁴³ BFH, BStBl III 1966, S. 254; BFH/NV 2002, 1053.

⁴⁴ BT-Drucks. 17/147, S. 10.

⁴⁵ BT-Drucks. 17/147, S. 10.

⁴⁶ Insoweit zutreffend *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2643.

⁴⁷ Ähnlich *Mensching/Tyarks*, BB 2010, 87, 91.

⁴⁸ So *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2645.

⁴⁹ Zutreffend z. B. *Schafitzl/Stadler*, DB 2010, 185, 187 f.

⁵⁰ BFH, BStBl II 1987, S. 133; BFH/NV 2005, 1137.

⁵¹ Dazu z. B. *Boruttau*, GrEStG, 16. Aufl., § 14 Rdnr. 24 ff.

der Steuervergünstigung rechtfertigen. So ist die Nachbehaltensfrist nicht eingehalten, wenn die abhängige Gesellschaft als übertragender Rechtsträger durch Verschmelzung (§ 2 Nr. 2 UmwG) oder Spaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) erlischt (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1, § 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Ebenso sind bei der Neugründung einer abhängigen Gesellschaft innerhalb der Vorbehaltensfrist die zeitlichen Anforderungen des § 6 a Satz 4 GrEStG bei wortlautgemäßer Auslegung nicht erfüllt.

Die Versagung der Steuervergünstigung erscheint sachlich jedoch nicht gerechtfertigt, soweit an der (neuen) abhängigen Gesellschaft kein konzernfremder Dritter eine Beteiligung von mehr als 5 v. H. übernimmt.⁵² Mit dieser Maßgabe wäre es mit dem (allein beteiligungsbezogenen) Normzweck des § 6 a Satz 4 GrEStG nicht vereinbar, den Verlust der rechtlichen Identität der abhängigen Gesellschaft während des gesamten Vor- und Nachbehaltenszeitraums als begünstigungsschädlich zu behandeln. Hingegen ist die Steuervergünstigung zu versagen, wenn im Zuge des Erlöschens einer abhängigen Gesellschaft ein außerhalb des Konzernverbunds stehender Dritter innerhalb der Konzernbehaltensfrist zu mehr als 5 v. H. an dem übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger beteiligt wird.

In der Literatur⁵³ werden darüber hinaus zahlreiche weitere Anwendungsfälle für eine teleologische Reduktion der Konzernbehaltensfrist erwogen. Grundlage hierfür ist die Annahme, § 6 a Satz 4 GrEStG müsse grundstücksbezogen ausgelegt und die Konzernbehaltensfrist entsprechend den in § 5 Abs. 3 und § 6 Abs. 4 GrEStG getroffenen Regelungen als „Missbrauchsfrist“ qualifiziert werden. Diese Sichtweise erscheint nicht überzeugend. Die Sperrvorschriften der §§ 5 Abs. 3 und 6 Abs. 4 GrEStG sollen Steuerumgehungen verhindern, die darauf beruhen, dass der Wechsel im Personenstand und Änderungen der Beteiligungsverhältnisse einer Gesamthand nicht der GrESt unterliegen.⁵⁴ Dieser Missbrauchsgedanke ist für die allein beteiligungsbezogene Konzernbehaltensfrist ohne Bedeutung. Daher muss die Vergünstigung des § 6 a GrEStG auch dann versagt werden, wenn der den Verstoß gegen die Konzernbehaltensfrist begründende Vorgang selbst der Grunderwerbsteuer unterliegt.⁵⁵ Auch die Annahme,⁵⁶ die Vorbehaltensfrist sei auf die Beteiligung am übertragenden Rechtsträger und die Nachbehaltensfrist auf die Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger beschränkt, erscheint mit Wortlaut und Normzweck des § 6 a Satz 4 GrEStG unvereinbar.

dd) Rechtsfolgen bei Ausscheiden aus dem Konzernverbund

§ 6 a Satz 4 GrEStG ist keine Nachversteuervorschrift. Die Nichteinhaltung der Nachbehaltensfrist des § 6 a Satz 4 GrEStG ist ein rückwirkendes Ereignis (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO), das zum nachträglichen Wegfall der Steuerbefreiung führt. Bei der Besteuerung können auf den Rechtsvorgang, für den die Befreiung aus § 6 a GrEStG nachträglich zu versagen ist, ggf. andere Steuerbefreiungen (z. B. § 1 Abs. 2 a Satz 5, § 3 Nr. 1, §§ 5, 6 und 7 GrEStG) zu gewähren sein.⁵⁷

⁵² *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2645; ähnlich wohl auch *Schafitzl/Stadler*, DB 2010, 185, 188.

⁵³ *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 32; *Mensing/Tyarks*, BB 2010, 87, 91; *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2643 f.; unklar *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 27 f.

⁵⁴ Dazu z. B. *Boruttau*, GrEStG, § 5 Rdnr. 88 ff. und § 6 Rdnr. 31 ff.

⁵⁵ A. A. *Behrens*, AG 2010, 119, 121.

⁵⁶ So *Behrens*, AG 2010, 119, 121.

⁵⁷ Zweifelnd insoweit *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2644 f.

Für die Steuerberechnung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entstehung der Steuer aus § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2 a und 3 GrEStG maßgebend. Es bleiben daher etwaige Wertänderungen des Grundstücks (z. B. seine Bebauung), die nach dem Zeitpunkt der Steuerentstehung eingetreten sind, außer Betracht. Die Festsetzungsfrist beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das Ereignis eintritt (§ 175 Abs. 1 Satz 2 AO).

Wird das die Nichteinhaltung der Nachbehaltensfrist begründende Ereignis (z. B. die Veräußerung aller Anteile der grundbesitzenden abhängigen Gesellschaft an einen Konzernfremden) rückgängig gemacht und bleibt der steuerbare Rechtsvorgang i. S. d. § 6 a Satz 1 GrEStG selbst unberührt, ist eine (analoge) Anwendung des § 16 GrEStG nicht möglich.⁵⁸

IV. Anzeigepflicht der Beteiligten

Der ebenfalls durch das WachstumBeschlG eingefügte § 19 Abs. 2 Nr. 4 a GrEStG verpflichtet die Beteiligten, Änderungen von Beherrschungsverhältnissen i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG anzuzeigen. Die Vorschrift ist erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.2009 verwirklicht werden (§ 23 Abs. 8 Satz 1 GrEStG). Die Anzeigepflicht soll sicherstellen, dass die Finanzbehörden Kenntnis von Änderungen von Beherrschungsverhältnissen i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG erhalten. Zum „Beherrschungsverhältnis“ gehören alle insoweit maßgebenden Verhältnisse sowohl bei dem beherrschenden Unternehmen als auch bei der bzw. den abhängigen Gesellschaften.⁵⁹ In zeitlicher Hinsicht dürfte eine Anzeigepflicht hinsichtlich der die Vorbehaltensfrist des § 6 a Satz 4 GrEStG betreffenden Umstände erst bestehen, wenn ein in § 6 a Satz 1 GrEStG genannter Grunderwerbsteuerbarer Rechtsvorgang verwirklicht worden ist. Vor diesem Zeitpunkt fehlt es an der von § 19 Abs. 2 Nr. 4 a GrEStG ersichtlich vorausgesetzten Grunderwerbsteuerrechtlichen Relevanz der Anzeige. Außerdem besteht keine Anzeigepflicht für solche Änderungen der Beteiligungsverhältnisse, die in einer Aufstockung der Beteiligung am Kapital über 95 v. H. hinaus bestehen.⁶⁰

Unberührt von § 19 Abs. 2 Nr. 4 a GrEStG bleibt die Anzeigepflicht für diejenigen Rechtsvorgänge, die der Vergünstigungsregelung des § 6 a Satz 1 GrEStG unterfallen. Insoweit besteht neben der Anzeigepflicht der Notare (insbesondere aufgrund § 18 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) auch eine Anzeigepflicht der Beteiligten (z. B. gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1, 3, 3 a, 4 bis 7 sowie Abs. 2 Nr. 4 GrEStG).

V. Zeitlicher Anwendungsbereich der Neuregelungen

Die näheren Regelungen zur zeitlichen Geltung der durch das WachstumBeschlG eingefügten §§ 6 a und 19 Abs. 2 Nr. 4 a GrEStG ergeben sich aus § 23 Abs. 8 GrEStG.

Gemäß § 23 Abs. 8 Satz 1 GrEStG sind §§ 6 a und 19 Abs. 2 Nr. 4 a GrEStG erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.2009 verwirklicht werden. Maßgebend ist insoweit der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister.⁶¹ Der Zeitpunkt, in dem der Umwandlungsbeschluss gefasst wurde, ist irrelevant. Eine Regelung darüber, von welchem Zeitpunkt an die Vorbehaltensfrist des § 6 a Satz 4 GrEStG zu berechnen ist, enthält § 23 Abs. 8 Satz 1 GrEStG nicht.

⁵⁸ BFH, BStBl II 2006, S. 43.

⁵⁹ *Enger Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 28: Anzeigepflicht nur für Änderungen der Beteiligungsverhältnisse an einer abhängigen Gesellschaft.

⁶⁰ Zutreffend *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 17, 28.

⁶¹ *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 23 Rdnr. 5 m. w. N.

Da § 23 Abs. 8 Satz 1 GrEStG allein die der Anwendung des § 6 a GrEStG unterliegenden „Erwerbsvorgänge“ betrifft, sind im Rahmen des § 6 a Satz 4 GrEStG auch vor dem 1.1.2010 gehaltene Beteiligungen zu berücksichtigen.

Gemäß § 23 Abs. 8 Satz 2 GrEStG ist § 6 a GrEStG nicht anzuwenden, wenn ein im Zeitraum vom 1.1.2008 bis 31.12.2009 verwirklichter Erwerbsvorgang rückgängig gemacht wird und deshalb entweder die Steuer nach § 16 Abs. 1 oder 2 GrEStG nicht zu erheben oder eine Steuerfestsetzung aufzuheben oder zu ändern ist. Die Vorschrift soll Mitnahmeeffekte aufgrund des neu eingefügten § 6 a GrEStG verhindern. Sie hat allerdings eine überschießende Tendenz jedenfalls für die bereits vor dem Bekanntwerden des Gesetzesentwurfs des § 6 a GrEStG gestellten Anträge nach § 16 Abs. 1 und 2 GrEStG.⁶² Für solche Anträge kann ein beabsichtigter „Mitnahmeeffekt“ mangels Kenntnis der künftigen Steuerbefreiung aus § 6 a GrEStG ausgeschlossen werden. Dies dürfte eine am Normzweck des § 23 Abs. 8 Satz 2 GrEStG ausgerichtete einschränkende Auslegung rechtfertigen. Ausgehend vom Wortlaut des

⁶² Zutreffend *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2638, 2645.

§ 23 Abs. 8 Satz 2 GrEStG („wird“) kann eine bereits vor dem Bekanntwerden des Gesetzesentwurfs des § 6 a GrEStG erfolgte Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nicht von der Anwendung des § 6 a GrEStG ausgeschlossen sein.

VI. Zusammenfassung

§ 6 a GrEStG führt zu einer spürbaren Entlastung konzerninterner Umwandlungsvorgänge von Grunderwerbsteuer. Die Vorschrift ist allerdings in zentralen Auslegungsfragen (Rechtsformneutralität der abhängigen Gesellschaft, Bestimmung der fünfjährigen Vor- und Nachbehaltensfrist) mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, die die erforderliche Planungssicherheit beeinträchtigen. Die Finanzverwaltung sollte in diesen Detailfragen baldmöglichst durch entsprechende Erlasse Klarheit schaffen.

Hinweis der Schriftleitung:

Aufgrund des Redaktionsschlusses konnten nur bis zum 15.2.2010 erschienene Veröffentlichungen berücksichtigt werden.

Neuere Entwicklungen im Bereich des reformierten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes – Teil 1

Von Notarassessorin Dr. *Brigitte Bauer*, LL. M. EUR, München, und Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Etwas über ein Jahr nach Inkrafttreten des ErbStRG ist Folgendes festzustellen: Auf Seiten der Eigentümer besteht nach wie vor große Unsicherheit über die Vorgehensweise der Finanzverwaltung bei der Ermittlung des Verkehrswertes ihrer Vermögensgegenstände. In Beratungsgesprächen stellt sich häufig die Frage, ob und wie die erhöhten Freibeträge insbesondere im Hinblick auf den zu übertragenden Grundbesitz am besten ausgenutzt werden können. Von Seiten der Finanzverwaltung sind verschiedene Erlasse als verbindliche Verwaltungsanweisungen ergangen, welche durch die Steuerpflichtigen und deren Berater zur Konkretisierung und Auslegung des Gesetzestextes bei der Planung ihrer Gestaltungen herangezogen werden können. Für die im Rahmen dieses Beitrags auszugswise zu behandelnden allgemeinen erbschaft- und schenkungsteuerlichen Vorschriften sind die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.6.2009¹ (im Folgenden „ErbSt-Erlass“ genannt), für die Bewertung des Grundvermögens die hierzu ergangenen gleichlautenden Ländererlasse vom 5.5.2009² (im Folgenden „GrV-Erlass“ genannt) und für die Bewertung des Betriebsvermögens und von Beteiligungen die Erlasse vom 30.3.2009³, vom 1.4.2009⁴ und vom 25.6.2009⁵ relevant. Von gesetzgeberischer Seite ist schließlich durch Art. 6 des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes⁶ mit Wirkung zum 1.1.2010 bereits eine ergänzende kleine Reform des ErbStG in Kraft getreten.

Dieser Beitrag schließt an den Beitrag der *Verfasser* in MittBayNot 2009, 85 an. Er erscheint in zwei Teilen: Der von *Bauer* verfasste erste Teil geht auf die Änderungen durch das ErbStRG und das Wachstumsbeschleunigungsgesetz ein und befasst sich mit der Bewertung des Grundbesitzes nach den neuen Vorschriften des BewG. Der von *Wartenburger* bearbeitete zweite Teil befasst sich mit der Bewertung und Besteuerung von Betriebsvermögen.

¹ Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes vom 25.6.2009 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes, BStBl I, S. 713.

² Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes vom 5.5.2009 zur Bewertung des Grundvermögens nach dem Sechsten Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes, BStBl I, S. 590.

³ BStBl I, S. 546.

⁴ BStBl I, S. 552.

⁵ BStBl I, S. 698.

⁶ Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums vom 30.12.2009, BGBl I, S. 3950.

A. Allgemeine Änderungen durch das ErbStRG

I. Freibeträge und Steuersätze

1. Ausnutzung der erhöhten Freibeträge

Die Erhöhung der persönlichen Freibeträge kann in Höhe der Differenz zu den bisherigen Freibeträgen auch dann ausgenutzt werden, wenn die Freibeträge nach altem Recht bereits vor weniger als zehn Jahren durch unentgeltliche Zuwendungen ausgeschöpft wurden. Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG werden zwar innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren frühere Erwerbe und der aktuelle Erwerb zusammengerechnet. Dies ändert jedoch nichts an der Selbstständigkeit der einzelnen Erwerbe, d. h. jede Zuwendung ist mit dem bewertungs-

rechtlichen Steuerwert zum Zeitpunkt ihrer Ausführung in die Zusammenrechnung einzubeziehen.⁷ Eine Grundstücksübertragung aus dem Jahr 2008 ist somit entsprechend den alten Bewertungsregeln anzusetzen. Hat ein Elternteil nach altem Recht an sein Kind aus schenkungsteuerlichen Erwägungen nicht die ganze Immobilie, sondern nur einen Miteigentumsbruchteil überlassen, welcher nach den §§ 138 ff. BewG den damaligen Freibetrag von 205.000 € erreichte, so kann man nun eine steuerfreie Nachschenkung andeuten.⁸ Nach aktuellem Recht besteht in diesem Fall vor Ablauf von zehn Jahren nach der ersten Schenkung noch ein nicht ausgenutzter Freibetrag in Höhe der Differenz zum aktuellen Freibetrag von 400.000 €. Diese Freibetragslücke i. H. v. 195.000 € kann durch die weitere Überlassung eines Miteigentumsbruchteils, dessen Wert nun allerdings nach den neuen Bewertungsregeln zu ermitteln ist, ausgenutzt werden.

2. Neufassung des § 19 Abs. 1 ErbStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz

Allgemein bemängelt wurde vor und nach Inkrafttreten des ErbStRG die völlige Gleichstellung von Personen der Steuerklassen II und III. Diesen Personen wird durch § 16 Abs. 1 Nr. 5 und 7 ErbStG ein allgemeiner Freibetrag von 20.000 € gewährt, während über diesen Wert hinausgehende Erwerbe gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG einheitlich mit 30 % bzw. ab einem steuerpflichtigen Erwerb von 13 Mio. € mit 50 % besteuert werden sollten. Die erhöhten Steuersätze trafen Zuwendungen zwischen unverheirateten Geschwistern bzw. kinderlosen Onkeln und Tanten an ihre Nichten und Neffen besonders hart.⁹ Die Gleichstellung der Personen der Steuerklassen II und III bzw. die dadurch bedingten Unterschiede zwischen der Besteuerung von unentgeltlichen Erwerben durch Personen der Steuerklasse I und solchen der Steuerklasse II, wurden durch Art. 6 Nr. 2 des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes mit Wirkung zum 1.1.2010 abgemildert.

Dadurch wurde § 19 Abs. 1 ErbStG wie folgt neu gefasst:

(1) Die Erbschaftsteuer wird nach folgenden Prozentsätzen erhoben:

Wert des steuerpflichtigen Erwerbs (§ 10) bis einschließlich ... € 0	Prozentsatz in der Steuerklasse		
	I	II	III
75.000	7	15 (30) ¹⁰	30
300.000	11	20 (30)	30
600.000	15	25 (30)	30
6.000.000	19	30 (30)	30
13.000.000	23	35 (50)	50
26.000.000	27	40 (50)	50
über 26.000.000	30	43 (50)	50

⁷ Fischer/Jüptner/Pahlke/Götz, Kommentar zum ErbStG, § 14 Rdnr. 23, 24.

⁸ Vorausgesetzt in den letzten zehn Jahren wurde nur dieser Miteigentumsanteil im Steuerwert von 205.000 € übertragen.

⁹ Siehe Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 86.

¹⁰ Die in Klammern gesetzten Steuersätze geben die im Jahr 2009 geltende Rechtslage wieder.

II. Steuerbefreiungen des Familienheims

Die Steuerbefreiungen des Familienheims werden hinsichtlich lebzeitiger Ehegattenüberlassungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG in Abschn. 3 ErbSt-Erlass behandelt. In Abschn. 4 ErbSt-Erlass finden sich sodann Erläuterungen zu den Erfordernissen eines steuerbefreiten Übergangs im Todesfall an den überlebenden Ehegatten (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG) bzw. an die Kinder (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG).¹¹

Abschn. 3 Abs. 2 i. V. m. Abschn. 4 Abs. 2, Abs. 7 ErbSt-Erlass definiert unter Eingrenzung des weiter gefassten Gesetzeswortlautes, was unter einem Familienheim gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a–c zu verstehen ist. Ebenso wie nach bisheriger Verwaltungsauffassung (R 43 Abs. 1 Satz 2 ErbStR 2003) muss das Familienheim zu eigenen Wohnzwecken als Mittelpunkt des familiären Lebens genutzt werden. Gemäß Abschn. 3 Abs. 2 Satz 5 ErbSt-Erlass stellen weder Ferien- bzw. Wochenendwohnungen noch die Zweitwohnung eines Berufspendlers ein Familienheim im Sinne der Steuerbefreiung dar. Unschädlich ist es allerdings, wenn das bebaute Grundstück, auf dem sich neben anderen Wohnungen oder gewerblichen Einheiten auch die Familienwohnung befindet, hinsichtlich dieser anderen Einheiten teilweise vermietet, unentgeltlich zur Nutzung überlassen, oder gewerblich bzw. freiberuflich genutzt wird, Abschn. 3 Abs. 2 Satz 1, 10–12 ErbSt-Erlass.

Es kommen alle Grundstücksarten i. S. d. § 181 BewG als begünstigte Objekte in Betracht. Die begünstigte selbstgenutzte Wohnung kann sich also auch auf einem Geschäftsgrundstück oder auf einem gemischt genutzten Grundstück befinden.¹² Die Steuerbefreiung ist in diesem Fall allerdings beschränkt auf die selbstgenutzte Wohnung, welche nach Wohn-/Nutzflächen abzugrenzen ist.¹³ Eine von den Eltern oder volljährigen Kindern unentgeltlich bewohnte separate Einliegerwohnung zählt nicht zum Familienheim und ist von der Begünstigung ausgenommen.¹⁴ Nach Abschn. 3 Abs. 2 Satz 14 ErbSt-Erlass hat das Lagefinanzamt die Aufteilung der Wohn-/Nutzflächen zu ermitteln und im Feststellungsbescheid nachrichtlich mitzuteilen. Die Nutzung des Familienheims selbst zu anderen als Wohnzwecken ist unschädlich, wenn sie von untergeordneter Bedeutung ist, Abschn. 3 Abs. 2 Satz 8 ErbSt-Erlass. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sich in der als Familienheim genutzten Wohnung das Arbeitszimmer eines Familienmitglieds befindet.¹⁵ Nur bei einer entgeltlichen gewerblichen oder freiberuflichen Mitbenutzung des Familienheims soll die Befreiung auf den der Wohnnutzung dienenden Teil des Familienheims beschränkt sein, Abschn. 3 Abs. 2 Satz 9, 10 ErbSt-Erlass.¹⁶

Abschn. 3 Abs. 5 ErbSt-Erlass stellt schließlich klar, dass der Güterstand der Ehegatten oder Lebenspartner im Rahmen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG ohne Bedeutung ist, die Steuerbefreiung wertmäßig nicht begrenzt ist, und weder eine Angemessenheitsprüfung noch ein Objektverbrauch stattfindet.

¹¹ Ausführlicher zu den Tatbestandsvoraussetzungen: Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 86, 87.

¹² Söfing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 327.

¹³ H 3 zu Abschn. 3 ErbSt-Erlass verweist hinsichtlich der Wohnfläche auf die Wohnflächenverordnung vom 25.11.2003 (BGBl I, S. 2346).

¹⁴ N. Mayer, ZEV 2009, 439, 440; Söfing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 327.

¹⁵ Siehe hierzu H 3 zu Abschn. 3 ErbSt-Erlass, wo insoweit auf die BFH-Urteile vom 9.11.2008, BStBl II, S. 135 und vom 26.2.2009, BStBl II, S. 480 verwiesen wird.

¹⁶ Söfing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 327.

Ferner besteht gemäß Abschn. 3 Abs. 5 Satz 5, 6 ErbSt-Erlass keine Behaltenspflicht hinsichtlich des übertragenen Familienheims; eine spätere Veräußerung oder Nutzungsänderung ist unbeachtlich, soweit kein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO vorliegt.

Erwartungsgemäß ist die Bedeutung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG aufgrund des Erfordernisses der unverzüglichen 10-jährigen Eigennutzung des Erwerbers sowie des über diesen Zeitraum laufenden Nachversteuervorbehaltes¹⁷ im Vergleich zur lebzeitigen Ehegattenüberlassung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG für die Beratungspraxis eher moderat.¹⁸

Eine Ausnahme von der 10-jährigen Eigennutzung macht der Gesetzgeber nur dann, wenn Erblasser bzw. Erwerber aus zwingenden Gründen an einer Eigennutzung gehindert waren. Was man unter „zwingenden Gründen“ in diesem Sinne zu verstehen hat bzw. verstehen sollte, wurde in der Literatur ausführlich diskutiert.¹⁹ Hierbei wurde für eine weite Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs plädiert, welche auch arbeitsplatzbezogene oder finanzielle Gründe einschließt.²⁰ In Abschn. 4 Abs. 2 Satz 2–5, Abs. 6 Satz 7, 8, Abs. 7 Satz 2, 4, 5 ErbSt-Erlass wird hierzu in Anlehnung an die Erläuterungen des BMF²¹ Stellung genommen. Unschädlich sind demnach nur objektiv zwingende Gründe, die einer Selbstnutzung entgegenstehen. Als objektiv zwingender Grund in diesem Sinne wird eine Pflegebedürftigkeit, die die Führung eines eigenen Haushalts nicht mehr zulässt, erwähnt. Damit scheint immerhin die Abgrenzung nach sozialrechtlichen Pflegeklassen nicht mehr zur Debatte zu stehen.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass zunächst in jedem Fall eine Selbstnutzung durch den Erwerber stattfinden muss, denn der Nachversteuervorbehalt knüpft gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 b Satz 10, Nr. 4 c Satz 14 ErbStG, Abschn. 6 Satz 2, 7 ErbSt-Erlass an die *Aufgabe* der Selbstnutzung an. Hat von vornherein keine Selbstnutzung stattgefunden, so sind die Befreiungsvorschriften des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und c ErbStG unabhängig davon, ob der Selbstnutzung objektiv zwingende Gründe entgegenstanden oder nicht, nicht einschlägig.²²

Im Falle einer beruflichen Versetzung, die den Betroffenen i. d. R. auch objektiv zwingend trifft, wird in Abschn. 4 Abs. 2 Satz 3 a. E., Abs. 6 Satz 8 a. E. und Abs. 7 Satz 5 a. E. ErbSt-Erlass ein objektiv zwingender Grund ausdrücklich verneint. Dies erscheint angesichts der wachsenden Anforderungen an die berufliche Mobilität nicht ganz nachvollziehbar.²³

In der Literatur werden ferner zwingende rechtliche Gründe aufgeführt. So soll eine Eigennutzung beim Übergang von Todes wegen auf sehr junge minderjährige Kinder nicht erforderlich sein, da diese selbstständig aus rechtlichen Gründen keinen eigenen Haushalt führen können.²⁴

¹⁷ Siehe hierzu Abschn. 4 Abs. 6 ErbSt-Erlass.

¹⁸ Siehe hierzu *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 442.

¹⁹ Z. B. *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 223 r. Sp. unten, 224 l. Sp. oben; *Steiner*, ErbStB 2009, 123, 127; *Schumann*, DSr 2009, 197, 200; *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 328; *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 440; *Geck*, ZEV 2008, 557, 558.

²⁰ *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 224 l. Sp. oben.

²¹ Abzurufen unter www.bundesfinanzministerium.de unter der Rubrik: Verwaltung und Steuern/Veröffentlichungen zu Steuerarten/ Erbschaft- und Schenkungsteuer.

²² Siehe auch *Viskorf*, DAI-Skript zur 7. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2009, S. 413.

²³ *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 328.

²⁴ *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 328.

Ist das durch § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c ErbStG auch im Todesfall steuerlich begünstigte Familienheim Bestandteil des Nachlasses, so sollte – vor allem, wenn der Nachlass so werthaltig ist, dass die persönlichen Freibeträge überschritten werden – durch entsprechende Gestaltung der Verfügung von Todes wegen dafür Rechnung getragen werden, dass die Steuerbefreiungen zur Anwendung kommen können. Meist wird es sich so verhalten, dass der längerlebende Ehegatte im bislang gemeinsamen Familienheim wohnen bleiben können und das Familienheim nach dem Tod des längerlebenden Ehegatten auf eines oder mehrere Kinder übergehen soll. Vorab ist jedoch ungewiss, ob der längerlebende Ehegatte tatsächlich allein im Familienheim wohnen bleiben oder sich lieber mit den vorhandenen finanziellen Mitteln eine kleinere, auf ihn zugeschnittene Wohnung suchen will. Da die gewünschte Flexibilität für den längerlebenden Ehegatten keinen zwingenden objektiven Grund, der eine Eigennutzung entbehrlich machen würde, darstellt, kann versucht werden, diese Flexibilität durch entsprechende Testamentsgestaltung möglich zu machen.

Hierfür kommt etwa die Einräumung eines Wahlvermächtnisses, ggf. auch als Vorausvermächtnis, für den längerlebenden Ehegatten in Betracht. Gegenstand eines solchen Vermächtnisses gemäß § 2154 BGB wäre das Wahlrecht des längerlebenden Ehegatten, entweder die Übertragung des Eigentums am Familienheim oder die Übertragung anderer Nachlassgegenstände, z. B. von Bargeld oder einer Eigentumswohnung (die bislang nicht als Familienheim genutzt wurde), zu verlangen.²⁵

Wird das Familienheim zu Lebzeiten des längerlebenden Ehegatten und vor Ablauf der 10-Jahres-Frist an ein Kind unter Nießbrauchsvorbehalt weiterübertragen, so sollte dies an sich keine Nachversteuerung auslösen, da sowohl die Eigennutzung als auch der Charakter als Familienvermögen aufrechterhalten bleibt.²⁶ Anders dagegen bei einer Weiterveräußerung, welche wohl selbst bei Vorbehalt eines Nießbrauchs oder Wohnungsrechtes als schädlich anzusehen ist, da die Immobilie gerade aus dem Familienbesitz weggegeben wird.²⁷ Die Finanzverwaltung scheint dagegen sowohl die Weiterveräußerung als auch eine Überlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegen Nießbrauchsvorbehalt als Auslöser für eine Nachversteuerung zu betrachten, da nach Abschn. 4 Abs. 6 Satz 2 ErbSt-Erlass die Selbstbewohnung *als Eigentümer* über den 10-Jahres-Zeitraum erfolgen muss. Bei einer Weiterüberlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vor Ablauf der 10-Jahres-Frist muss daher mit einem Wegfall der Steuerbefreiung gerechnet werden.

Entscheidet sich der längerlebende Ehegatte in Ausübung seines Anspruchs aus dem Wahlvermächtnis für die Übertragung des Familienheims, hält aber dann die 10-jährige Eigennutzung aus nicht objektiv zwingenden Gründen nicht durch, so kann ein dem längerlebenden Ehegatten auferlegtes Herausgabevermächtnis, ggf. ausgestaltet als Bestimmungsvermächtnis i. S. d. §§ 2151, 2153 BGB zugunsten eines einzugsbereiten Kindes, die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG für dieses Kind absichern.²⁸ Steuerlich begünstigt für

²⁵ *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 225 f. mit Formulierungsbeispiel.

²⁶ So auch *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 224 l. Sp. unten.

²⁷ Z. B. *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 224 l. Sp. unten; *Viskorf*, DAI-Skript zur 7. Jahresarbeitsstagung des Notariats 2009, S. 414; anders dagegen *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 443; *Geck*, ZEV 2008, 556, 559.

²⁸ Hierzu ausführlich *Jülicher*, ZErB 2009, 222, 226: Ein Herausgabevermächtnis, das ausdrücklich nicht an den Tod des längerlebenden Ehegatten als Zwischenerwerber anknüpft, ist steuerlich vorzugsfähig gegenüber der Gestaltung mittels Vor- und Nachvermächtnis i. S. d. § 2191 BGB, da Letzteres unter § 6 Abs. 4, 3 Satz 1 ErbStG fällt.

das bzw. die einzugswilligen Kinder sind nach Ansicht der Finanzverwaltung insgesamt nur 200 m². Abschn. 4 Abs. 7 Satz 3 ErbSt-Erlass stellt klar, dass § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG die flächenmäßige Begrenzung nicht pro erwerbendes und einzugswilliges Kind gewährt, sondern an 200 m² pro Erblasser anknüpft.²⁹

Bewohnt der längerlebende Ehegatte als Erbe bzw. Vermächtnisnehmer das Familienheim bis zu seinem Tod und sind danach die Kinder als Schlusserben eingesetzt, so gewährleistet ein Vorausvermächtnis oder eine Teilungsanordnung, welche das Familienheim nach dem Tod des Längerlebenden dem einzugswilligen Kind zuweist, die Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG.³⁰ Hierbei ist klarzustellen, dass es irrelevant ist, auf welchem rechtlichen Weg das einzugswillige Kind das Familienheim von Todes wegen erhält. Rechtsgrund kann – abweichend zur alten Rechtslage – nicht nur die direkte Erbeinsetzung oder ein Vorausvermächtnis sein, sondern auch der Vollzug einer in der letztwilligen Verfügung enthaltenen Teilungsanordnung bzw. eine erst nach dem Erbfall getroffene Auseinandersetzungsvereinbarung zwischen den Erben. Dies wird in § 13 Abs. 1 Nr. 4 b Satz 2–4 ErbStG und Abschn. 4 Abs. 5 ErbSt-Erlass angedeutet,³¹ woraus hervorgeht, dass die Begünstigungen – ebenso wie im Rahmen der §§ 13 a Abs. 3, 13 b Abs. 3 ErbStG – demjenigen zugutekommen sollen, der das begünstigte Objekt letztlich erwirbt.

Schließlich sind Abschn. 4 Abs. 4, Abs. 7 Satz 6 ErbSt-Erlass zu erwähnen, welche darauf hinweisen, dass Schulden und Lasten, die mit dem Familienheim in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, gemäß § 10 Abs. 6 Satz 1, 3 ErbStG nicht abzugsfähig sind, soweit die Steuerbefreiungen eingreifen.³² Abschn. 4 Abs. 6, Abs. 7 Satz 6 ErbSt-Erlass, welcher sich mit dem 10-jährigen Nachversteuervorbehalt gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 b Satz 10, Nr. 4 c Satz 14 ErbStG beschäftigt, stellt leider nicht klar, dass im Falle einer Aufgabe der Eigennutzung auch das Abzugsverbot des § 10 Abs. 6 ErbStG als rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO entfallen muss.³³ Dies kann relevant werden, wenn das Familienheim im Todesfall direkt auf ein einzugswilliges Kind übergeht, während dem längerlebenden Elternteil ein Nießbrauchsrecht eingeräumt wird. Gewährt der längerlebende Elternteil dem Kind trotzdem die tatsächliche Nutzung des Familienheims, wird dies aber von der Finanzverwaltung nicht als Fall des § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG anerkannt oder zieht das Kind vor Ablauf von zehn Jahren aus, so kann dadurch immerhin der Kapitalwert des Nießbrauchs gemäß § 10 Abs. 5 ErbStG vom steuerpflichtigen Eigentumserwerb des Kindes zum Abzug gebracht werden.

III. Steuerbefreiung für zu Wohnzwecken vermietete Grundstücke

Nach § 13 c Abs. 1, 3 ErbStG gehen zu Wohnzwecken vermietete bebaute Grundstücke oder Grundstücksteile nur mit 90 % ihres gemeinen Wertes in die schenkungs- bzw. erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage ein.³⁴ Maßgeblich

²⁹ Hierzu auch die Beispiele 1 und 2 in H 4 zu Abschn. 4 ErbSt-Erlass; zu dieser Thematik: *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 441; *Steiner*, ErbStB 2009, 123, 128.

³⁰ Siehe hierzu *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 444.

³¹ Siehe hierzu *Wälzholz*, ZEV 2009, 113, 115 ff., *N. Mayer*, ZEV 2009, 439, 441.

³² Siehe hierzu Beispiel 3 in H 4 zu Abschn. 4 ErbSt-Erlass.

³³ *Wälzholz*, ZEV 2009, 435, 438; *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 326.

³⁴ Siehe hierzu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 87 l. Sp. unten.

hierfür sind entsprechend dem Stichtagsprinzip die Verhältnisse zum Besteuerungszeitpunkt. Es besteht weder eine Behaltensverpflichtung noch eine Verpflichtung zur weiteren Vermietung zu Wohnzwecken, Abschn. 36 Abs. 2 Satz 1, 2 ErbSt-Erlass. Unentgeltlich, z. B. an Kinder oder an die Eltern überlassene Eigentumswohnungen sind nicht vermietet i. S. d. § 13 c ErbStG, denn dies erfordert eine Nutzungsüberlassung gegen Entgelt, unabhängig von der Höhe dieses Entgelts, Abschn. 36 Abs. 3 Satz 2 und 3 ErbSt-Erlass. Daher empfiehlt es sich, mit Kindern Mietverträge abzuschließen und die Miete auch tatsächlich einzufordern, wenn eine unentgeltliche Übertragung in der Zukunft ansteht.³⁵ Abschn. 1 Abs. 5 ErbSt-Erlass stellt klar, dass mit der 10%igen Steuerbefreiung gemäß § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG regelmäßig auch eine Beschränkung des Abzugs von Schulden und Lasten, die mit dem begünstigten Grundvermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, auf 90 % korrespondiert.³⁶

IV. Wegfall der Abzugsbeschränkung für vorbehaltene Nutzungen und Renten

Der Wegfall des § 25 ErbStG, der bis zum Inkrafttreten des ErbStRG der Berücksichtigung von für sich selbst oder dem Ehegatten vorbehaltenen bzw. eingeräumten Nutzungsrechten im Rahmen der Grundstücksbewertung entgegenstand, ist für die Gestaltungspraxis sehr relevant geworden.³⁷

Abschn. 42 des ErbSt-Erlasses behandelt die Konsequenzen der Aufhebung der Vorschrift. Wurde nach dem 31.12.2008 Vermögen übertragen, welches mit einer Nutzungs- oder Rentenlast bzw. mit der Verpflichtung zu sonstigen Leistungen belastet ist, so stellt Abschn. 42 Abs. 2 ErbSt-Erlass klar, dass der Kapitalwert dieser Belastung, unabhängig davon, zu wessen Gunsten die Last zu erbringen ist, bei der Berechnung des steuerpflichtigen Erwerbs abzuziehen ist. Angesichts des engen Anwendungsbereichs der Begünstigung des Familienheims bei der Vererbung an Kinder gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG spricht viel für eine lebzeitige Überlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegen Nießbrauchsverbehalt, sofern das erwerbende Kind die Immobilie nicht selbst bewohnen will und sich die Eltern im klaren sind, dass sie die Immobilie nach einer Überlassung selbst nicht mehr verkaufen bzw. verwerten können.³⁸

Der vom Ergebnis der Wertermittlung nach §§ 176 ff. BewG abziehbare Kapitalwert der vorbehaltenen lebenslänglichen Nutzungen und Leistungen bemisst sich nach §§ 14 ff. BewG, worauf Abschn. 42 Abs. 5 ErbSt-Erlass hinweist.

Bei der Berechnung des Kapitalwerts des Nießbrauchs ist von dessen Jahreswert, d. h. von der vereinbarten Jahresmiete³⁹ bzw. bei Eigennutzung von der üblichen Jahresmiete für das

³⁵ *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 334, welche hinsichtlich der Höhe des Nutzungsentgelts auf § 21 Abs. 2 EStG verweisen und nicht auf den Wortlaut des Abschn. 36 Abs. 3 Satz 2 ErbSt-Erlass vertrauen.

³⁶ *Wälzholz*, ZEV 2009, 435, 438; *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 326; ferner Rechenbeispiel bei *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 88 l. Sp.

³⁷ *Geck*, DStR 2009, 1005 zur Abwägung, ob ein Vorbehalt Nießbrauch oder Versorgungsleistungen vereinbart werden sollen.

³⁸ Siehe hierzu Beispiel bei *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 87 r. Sp. unten, 88 l. Sp.; zum Vorbehalt Nießbrauch bei Immobilienübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge siehe *Theissen/Steger*, ErbStB 2009, 158.

³⁹ Bei der im Rahmen eines Vorbehalt Nießbrauchs häufigen Ausgestaltung als Brutto-Nießbrauch ist die vereinbarte Jahresmiete um die laufenden Aufwendungen zu reduzieren, siehe *Rössler/Troll*, BewG, § 15 Rdnr. 7.

Objekt, § 15 Abs. 2 BewG, auszugehen. Der ansetzbare Jahreswert wird durch § 16 BewG nach oben hin begrenzt durch den 18,6-ten Teil des Steuerwerts der übertragenen Immobilie. Es ist also das Ergebnis der Immobilienbewertung nach §§ 176 ff. BewG durch 18,6 zu teilen und wenn sich dabei ein niedrigerer Betrag ergibt als der tatsächliche Jahreswert, so darf nur der geringere Betrag als Jahreswert angesetzt werden. Auch diese Kappungsgrenze hat sich jedoch zugunsten des Steuerpflichtigen nach oben verschoben, da die Immobilienbewertung nach den §§ 176 ff. BewG i. d. R. zu höheren Werten führt als nach bisherigem Recht, so dass auch der 18,6-te Teil des Steuerwertes höher ist, und damit zu einem höheren Maximalbetrag des Jahreswertes von vorbehaltenen Nutzungen und Leistungen führt.

Der Kapitalwert der vorbehaltenen lebenslänglichen Nutzungen und Leistungen ergibt sich sodann gemäß § 14 Abs. 1 BewG aus dem ansetzbaren Jahreswert multipliziert mit einem Vervielfältiger, welcher gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2–4 BewG in Anlehnung an die aktuelle Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes ermittelt und vom Bundesministerium der Finanzen veröffentlicht wird. Mit BMF-Schreiben vom 1.10.2009 wurden die aktuellen Vervielfältiger bekanntgegeben, welche in Anlehnung an die am 24.9.2009 veröffentlichte Sterbetafel 2006/2008 ermittelt wurden und für den Kapitalwert von lebenslänglichen Nutzungen oder Leistungen für Bewertungsstichtage ab dem 1.1.2010 maßgeblich sind.⁴⁰ Daraus ersichtlich kann sich sogar bei 90-jährigen Übergebern ein beträchtlicher Abzugsbetrag im Falle eines Nießbrauchsvorbehaltes ergeben, da selbst in diesem Alter der Vervielfältiger bei einer Frau 4,15 und bei einem Mann 3,84 beträgt.

§ 14 Abs. 2 BewG regelt den Fall, dass eine nach § 14 Abs. 1 BewG bewertete lebenslängliche Nutzung oder Leistung aufgrund des Todes des Berechtigten oder des Verpflichteten früher endet, als dies den dort angegebenen Mindestlaufzeiten entspricht. Hierzu stellt Abschn. 42 Abs. 5 Satz 3 ErbSt-Erlass klar, dass § 14 Abs. 2 BewG nun auch bei Überlassungen unter Vorbehalt bzw. Einräumung lebenslänglicher Nutzungen oder Leistungen zur Anwendung kommt. Verstirbt also der nießbrauchsberechtigte Übergeber vor Ablauf der in § 14 Abs. 2 BewG angegebenen Mindestlaufzeit seines Nießbrauchs, so soll die Bemessungsgrundlage des Schenkungsteuerbescheides des Erwerbers nachträglich korrigiert und der Nießbrauch nur mit dem Vielfachen seines Jahreswertes vom Steuerwert der Immobilie abgezogen werden, der der tatsächlichen Dauer des Nießbrauchsrechtes entspricht.⁴¹

Abschn. 42 Abs. 3 ErbSt-Erlass weist darauf hin, dass die Grunderwerbsteuerliche Befreiungsnorm des § 3 Nr. 2 GrEStG im Hinblick auf den Kapitalwert der nun abziehbaren Nutzungs- und Leistungsrechte nicht mehr anwendbar ist. D. h. der Kapitalwert dieser Auflagen ist zwar bei der Schenkungsteuerbemessungsgrundlage abziehbar, unterliegt aber der Grunderwerbsteuer, sofern es sich nicht um eine Überlassung an den Ehegatten oder Abkömmlinge in gerader Linie bzw. Stiefkinder handelt und deshalb die Grunderwerbsteuerbefreiungen des § 3 Nr. 4 und 6 GrEStG greifen.

In Abschn. 42 Abs. 4 ErbSt-Erlass wird schließlich der vorzeitige unentgeltliche Verzicht auf ein Nießbrauchs- oder anderes Nutzungsrecht abgehandelt. Dieser Verzicht stellt eine steuerbare Schenkung unter Lebenden i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1

ErbStG dar, da der Kapitalwert des aufgegebenen Rechts bei der schenkungsteuerlichen Bewertung der Überlassung abgezogen wurde.⁴²

B. Bewertung des Grundbesitzes für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer nach den neuen Vorschriften des BewG

I. Überblick

Die seit dem 1.1.2009 geltenden neuen Vorschriften der §§ 176 ff. BewG zur Bewertung des Grundbesitzes für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer wurden für die Rechtsanwendung durch die Finanzverwaltung durch die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 5.5.2009 konkretisiert.⁴³

Wie bereits in MittBayNot 2009, 85, 88 ff. erläutert, wurde der zweite Teil des BewG zum Zwecke der Bewertung des Grundvermögens für die Erbschaft- und Schenkungsteuer um einen sechsten Abschnitt erweitert. Ziel der neuen Vorschriften ist eine möglichst verfahrensökonomische Ermittlung des nach § 177 BewG maßgeblichen gemeinen Werts des geschenkten bzw. geerbten Grundbesitzes. Der gemeine Wert gemäß § 9 BewG entspricht dem Verkehrswert nach § 194 BauGB, welcher im steuerrechtlichen Masseverfahren jedoch seitens der Finanzverwaltung nicht durch individuelle Einholung von Einzelgutachten bzw. Einsichtnahmen in Grundbücher, Baulastenverzeichnisse etc. ermittelt werden kann.

Aus Vereinfachungsgründen hat der Gesetzgeber das Grundvermögen in § 181 BewG daher in unterschiedliche Grundstücksarten eingeteilt und in § 182 BewG jede Grundstücksart dem für sie anzuwendenden Bewertungsverfahren zugeordnet. Entsprechend den Regelungen in der WertV werden das Vergleichswertverfahren, das Ertragswertverfahren und das Sachwertverfahren als Methode zur Ermittlung des gemeinen Werts herangezogen. Für die Bewertung einer bestimmten Immobilie kann jedoch weder die Verfahrensart gewählt, noch können mehrere Wertermittlungsverfahren untereinander kombiniert werden. Vielmehr legt § 182 BewG für jede Grundstücksart fest, nach welchem Verfahren Immobilien dieser Art zu bewerten sind.⁴⁴

Demzufolge sind Wohnungs- und Teileigentum sowie Ein- und Zweifamilienhäuser grundsätzlich im Vergleichswertverfahren zu bewerten, § 182 Abs. 2 BewG, während Mietwohngrundstücke, Geschäftsgrundstücke sowie gemischt genutzte Grundstücke, für die sich auf dem Grundstücksmarkt eine übliche Miete ermitteln lässt, nach Maßgabe des Ertragswertverfahrens zu bewerten sind. Das Sachwertverfahren kommt für alle sonstigen bebauten Grundstücke und vor allem subsidiär zur Anwendung, wenn die Anwendung des Vergleichswertverfahrens mangels Vorliegens von Vergleichswerten scheitert bzw. sich für Geschäftsgrundstücke und gemischt genutzte Grundstücke keine übliche Miete und damit kein Gebäudeertragswert berechnen lässt.

Da die Wertermittlung nach den unterschiedlichen Verfahren zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, wird der Steu-

⁴² Näheres hierzu siehe *Geck*, DStR 2009, 1005.

⁴³ Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts vom 5.5.2009 zur Bewertung des Grundvermögens nach dem Sechsten Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes, BStBl I, S. 590.

⁴⁴ Siehe Übersicht bei *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 89.

⁴⁰ Abzurufen unter www.bundesfinanzministerium.de unter der Rubrik: Verwaltung und Steuern/Veröffentlichungen zu Steuerarten/ Erbschaft- und Schenkungsteuer.

⁴¹ Kritisch hierzu *Söffing/Thonemann*, ErbStB 2009, 325, 335.

erpflichtige nach Wegen suchen, wie er das Verfahren zur Anwendung bringen kann, nach welchem sich der geringste Grundbesitzwert ergibt. Bei allen drei Verfahren werden individuelle wertbeeinflussende Merkmale des jeweiligen Grundbesitzes nur sehr eingeschränkt berücksichtigt. Ziel der Wertermittlung ist allerdings die Festsetzung des tatsächlichen Verkehrswertes als Steuerwert, weshalb ebenso wie nach alter Rechtslage auch durch den neuen § 198 BewG der Nachweis des geringeren gemeinen Werts des Grundbesitzes durch den Steuerpflichtigen zugelassen wird.

Klarzustellen ist, dass sich die Immobilienbewertung auf die jeweilige geschenkte bzw. geerbte wirtschaftliche Grundbesitzseinheit bezieht, welche gemäß §§ 2, 157 Abs. 3 BewG nach der Verkehrsanschauung abzugrenzen ist. Jede wirtschaftliche Einheit ist nach § 2 BewG für sich zu bewerten und ihr Wert im Ganzen festzustellen. Der Umfang der wirtschaftlichen Grundbesitzseinheit ist sowohl für die Zuordnung zur anzuwendenden Bewertungsmethode als auch für den Gegenstand eines Gutachtens zum Nachweis des geringeren gemeinen Werts nach § 198 BewG relevant. Nach Abschn. 2 GrV-Erlass ist die wirtschaftliche Einheit des Grundvermögens das Grundstück, wobei der bewertungsrechtliche Grundstücksbegriff nicht zwingend deckungsgleich mit dem zivilrechtlichen bzw. vermessungstechnischen Grundstücks- bzw. Flurstücksbegriff ist, da die nach § 2 BewG maßgebliche Verkehrsanschauung häufig eine andere Abgrenzung nahelegt.⁴⁵ Zur wirtschaftlichen Einheit eines bebauten Grundstücks gehören Grund und Boden – d. h. die bebaute Fläche sowie die damit im Zusammenhang stehenden unbebauten Flächen wie Hofraum, Haus- und Vorgarten –, die Gebäude, Außenanlagen und sonstigen wesentlichen Bestandteile und Zubehör mit Ausnahme von Maschinen und Betriebsvorrichtungen, Abschn. 8 Abs. 3, 4 GrV-Erlass.

Liegen ein bebautes und ein unbebautes Grundstück nebeneinander, so stellt sich die Frage, ob diese beiden Grundstücke, sofern sie im Eigentum der gleichen Person stehen, eine oder zwei getrennte wirtschaftliche Einheiten darstellen. Nach Abschn. 2 Abs. 2 Satz 1 GrV-Erlass können beide Flächen auch bei sog. offener Bauweise selbstständige wirtschaftliche Einheiten bilden.⁴⁶ Für die Entscheidung kommt es im Wesentlichen darauf an, ob das unbebaute Grundstück isoliert betrachtet eine „normale Grundstücksgröße“ erreicht, ob es selbstständig bebaubar ist und katastermäßig als eigenständiges Grundstück dargestellt wird.⁴⁷

II. Bebaute und unbebaute Grundstücke

Im Rahmen der Bewertung werden wirtschaftliche Grundbesitzseinheiten zunächst in unbebaute und bebaute Grundstücke unterteilt, §§ 178, 180 BewG.

Unbebaute Grundstücke sind solche, auf denen sich keine oder keine benutzbaren Gebäude befinden. Die Benutzbarkeit von Neubauten richtet danach, ob künftigen Bewohnern oder Benutzern aus objektiver Sicht das Bewohnen bzw. Benutzen bereits zugemutet werden kann, § 178 Abs. 1 BewG. Dies setzt gemäß Abschn. 4 Abs. 2 GrV-Erlass den Abschluss der wesentlichen Bauarbeiten am Bewertungsstichtag voraus. Ist das Gebäude noch nicht bezugsfertig, so handelt es sich um ein Grundstück im Zustand der Bebauung, welches nach § 196 BewG zu bewerten ist. Zum unbebauten Grundbesitz gehören Grundstücke, die keine Bebauung aufweisen sowie

Grundstücke mit Gebäuden, die auf Dauer – und nicht nur vorübergehend etwa aufgrund behebbarer Bauschäden oder einem aufgestauten Reparaturbedarf – nicht mehr benutzbar sind, § 178 Abs. 2 BewG, Abschn. 4 Abs. 4 GrV-Erlass.

Aus § 178 Abs. 2 BewG ergibt sich, dass Grundstücke mit Gebäuden von untergeordneter Bedeutung, die nur in unbedeutender Weise genutzt werden, als bebaute Grundstücke einzuordnen sind mit der Folge, dass neben dem Bodenwert auch der Gebäudewert zum Ansatz kommt.⁴⁸ Auf dem Grundstücksmarkt lässt sich dagegen für ein Grundstück ohne jede Bebauung i. d. R. ein höherer Kaufpreis erzielen als für ein Grundstück, welches mit nicht mehr nutzbaren, meist abbruchreifen Gebäuden bebaut ist. Etwaige Interessenten müssen in diesem Fall nämlich die Abbruch- und Entsorgungskosten bzw. die Kosten für eine Renovierung der aufstehenden Gebäude einkalkulieren. Diese Kosten bzw. der dadurch geminderte Verkehrswert des Grundstücks werden bei der Bewertung nach §§ 179, 182 ff. BewG nicht berücksichtigt und können daher nur im Rahmen des § 198 BewG Berücksichtigung finden.⁴⁹

III. Wertermittlung des unbebauten Grundbesitzes

Der Wert unbebauter Grundstücke ergibt sich gemäß § 179 Satz 1 BewG regelmäßig aus einer Multiplikation der Fläche in m² mit dem nach § 196 BauGB maßgeblichen Bodenrichtwert pro m². Mit diesem Wertansatz, der auf den von den Gutachterausschüssen mitgeteilten Lagewerten aufbaut, sind auch etwaige Außenanlagen abgegolten. Gemäß § 196 Abs. 1 Satz 4 BauGB haben die regionalen Gutachterausschüsse flächendeckend spätestens zum Ablauf jedes zweiten Kalenderjahres aktuelle Bodenrichtwerttabellen aufzustellen und den Finanzämtern mitzuteilen. Nach Abschn. 6 Abs. 1 Satz 1 GrV-Erlass hat das Finanzamt den Bodenrichtwert anzusetzen, dessen turnusgemäße Ermittlung dem Bewertungsstichtag vorausgeht. Wird zum 3.1.2009 ein unbebautes Grundstück verschenkt und liegt zu diesem Zeitpunkt dem Finanzamt nur ein vom Gutachterausschuss zum 31.12.2006 ermittelter und mitgeteilter Bodenrichtwert vor, während der Bodenrichtwert zum 31.12.2008 erst in einer Gutachterausschusssitzung im April 2009 ermittelt und danach dem Finanzamt mitgeteilt wird, so ist dennoch der Bodenrichtwert zum 31.12.2008 maßgeblich und vom Finanzamt anzusetzen.⁵⁰ Andererseits ist zu bedenken, dass sich die Wertermittlung von Grund und Boden nach der letzten aktuellen Bodenrichtwerttabelle richtet, welche bis zu zwei Jahre alt sein kann. Ist zwischenzeitlich ein Einbruch im Grundstücksmarkt zu verzeichnen, so kann der Rückgang der Grundstückspreise wiederum nur im Rahmen des § 198 BewG berücksichtigt werden.⁵¹

Im Hinblick auf die individuellen wertbeeinflussenden Merkmale eines Grundstücks, welche nach alter Rechtslage durch den nun gemäß § 179 BewG entfallenen 20%igen pauschalen Wertabschlag vom Bodenrichtwert abgegolten wurden, werden gemäß Abschn. 6 Abs. 1 Satz 6 GrV-Erlass Art und Maß der baulichen Nutzung in Gestalt der Geschossflächenzahl, Grundstücksgröße und -tiefe sowie die Unterteilung in erschließungsbeitragspflichtiges oder erschließungsbeitragsfreies Bauland berücksichtigt. Die Berücksichtigung dieser individuellen Merkmale erfolgt vorrangig nach den Vorgaben des Gutachterausschusses gemäß Abschn. 6 Abs. 1 Satz 7, Abs. 2–7 GrV-Erlass.

⁴⁵ Eisele, ZEV 2009, 451, 452.

⁴⁶ BFH, BStBl 1979 II, S. 279.

⁴⁷ Eisele, ZEV 2009, 451, 452.

⁴⁸ Halaczinsky, ErbStB 2009, 303, 304; Tremel, ZEV 2009, 445.

⁴⁹ Tremel, ZEV 2009, 445, 446; Eisele, ZEV 2009, 451, 452.

⁵⁰ Beispiel aus H 6 zu Abschn. 6 GrV-Erlass.

⁵¹ Tremel, DStR 2008, 753, 758.

Weitere wertbeeinflussende Merkmale, wie z. B. die Ecklage eines Grundstücks, der Zuschnitt, die Oberflächen- und sonstige Beschaffenheit des Baugrundes, Außenanlagen, Lärm-, Staub- und Geruchsbelästigungen sowie Altlasten bleiben dagegen gemäß Abschn. 6 Abs. 8 GrV-Erlass außer Ansatz. Nicht berücksichtigt werden ferner die auf dem zu bewertenden Grundbesitz lastenden Grunddienstbarkeiten (R 162 ErbStR 2003).⁵²

IV. Wertermittlungsmethoden für bebauten Grundbesitz

1. Vergleichswertverfahren

Das Vergleichswertverfahren gemäß § 183 Abs. 1 BewG stellt zum Zwecke der Bewertung von Wohnungs- und Teileigentum sowie von Ein- und Zweifamilienhäusern vorrangig auf die Kaufpreise vergleichbarer Immobilien und mangels Vorliegens solcher Vergleichspreise gemäß § 183 Abs. 2 BewG auf Vergleichsfaktoren ab. Der auf diese Weise ermittelte Vergleichswert umfasst sowohl den Boden- als auch den Gebäudewert, Abschn. 12 Abs. 1 Satz 3 GrV-Erlass. Als Vergleichspreise sind die Kaufpreise von Vergleichsgrundstücken heranzuziehen, worunter man gemäß Abschn. 12 Abs. 2 Satz 2, 3 GrV-Erlass solche Immobilien versteht, die hinsichtlich der ihren Wert beeinflussenden Merkmale, d. h. insbesondere hinsichtlich ihrer Lage, Art und Maß der baulichen Nutzung, Größe, Erschließungszustand und Alter des Gebäudes mit dem zu bewertenden Grundstück hinreichend übereinstimmen. Hat der örtliche Gutachterausschuss Vergleichsfaktoren z. B. für die Wohnfläche oder den erzielbaren jährlichen Ertrag ermittelt, so können diese gemäß Abschn. 12 Abs. 3 GrV-Erlass anstelle von Vergleichspreisen zur Bewertung herangezogen werden. Die Vergleichbarkeit und damit Verwendbarkeit der Vergleichspreise bzw. Vergleichsfaktoren soll gemäß Abschn. 12 Abs. 4 GrV-Erlass auch bei Abweichungen des zu bewertenden Objekts von den wertbeeinflussenden Merkmalen des Vergleichsgrundstücks bzw. den Grundstücken, aus denen die Vergleichsfaktoren abgeleitet wurden, gewährleistet sein, sofern diese Abweichungen durch Zu- oder Abschläge berücksichtigt werden. Diese Zu- und Abschläge sollen nach Maßgabe von Anpassungsfaktoren, die durch die örtlichen Gutachterausschüsse zu ermitteln sind, erfolgen. Mangels Vorliegens solcher Anpassungsfaktoren unterstellt Abschn. 12 Abs. 4 Satz 2 GrV-Erlass dennoch eine hinreichende Vergleichbarkeit, wenn die Abweichung hinsichtlich der zu berücksichtigenden wertbeeinflussenden Merkmale im konkreten Fall höchstens 20 % beträgt. Bedenkt man, dass diese 20%ige Abweichung aufgrund des zusätzlichen Vorliegens von gemäß § 183 Abs. 3 BewG, Abschn. 12 Abs. 4 Satz 3 GrV-Erlass nicht zu berücksichtigenden wertbeeinflussenden Rechten und Belastungen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Art im Einzelfall faktisch viel größer sein kann, so kann in diesem Fall ein Gutachten zum Nachweis des geringeren gemeinen Werts gemäß § 198 BewG vorteilhaft sein.

Das Vergleichspreisverfahren kann gemäß Abschn. 12 Abs. 2 Satz 3 GrV-Erlass nur angewendet werden, wenn eine ausreichende Anzahl verwendbarer Vergleichspreise vorliegt. Ausnahmsweise soll auch ein Vergleichspreis genügen. Der Erlass konkretisiert allerdings weder, was unter einer ausreichenden Anzahl zu verstehen ist, noch wie der Ausnahmefall, in dem ein einziger Vergleichspreis genügt, beschaffen sein muss. Subsidiär kann das Finanzamt geeignete Vergleichspreise aus anderen Kaufpreissammlungen berücksichtigen.

Sind keine im vorbeschriebenen Sinne verwendbaren Vergleichswerte vorhanden, so ist nach § 182 Abs. 4 Nr. 1 BewG das Sachwertverfahren anzuwenden. Hat der Steuerpflichtige bei einer Immobilie, die nach dem Vergleichswertverfahren zu bewerten ist, Bedenken gegen die vorbeschriebene Wertermittlung, so kann er entweder ein Gutachten nach § 198 BewG fertigen lassen oder den Feststellungsbescheid mangels Verwendbarkeit der Vergleichspreise bzw. Vergleichsfaktoren anfechten, sofern diese den Kriterien des Abschn. 12 GrV-Erlass nicht genügen.

2. Ertragswertverfahren

Das Ertragswertverfahren ist geregelt in den §§ 184–188 BewG und wird konkretisiert durch Abschn. 13–24 GrV-Erlass. § 184 BewG und Abschn. 13 GrV-Erlass beschreiben die allgemeinen Grundsätze des Ertragswertverfahrens. Ist der gemeine Wert als Ertragswert zu ermitteln, so versteht man hierunter die Summe aus dem Wert des unbebauten Grundstücks⁵³ und dem Gebäudeertragswert gemäß § 185 BewG. Mit diesem Ansatz sind sonstige Anlagen, insbesondere Außenanlagen, abgegolten. Als Mindestertragswert ist der Bodenwert anzusetzen.

H 13 zu Abschn. 13 GrV-Erlass enthält folgenden Überblick über das Verfahren:

	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Rohertrag (Jahresmiete bzw. übliche Miete) (§§ 185 Abs. 1, 186 BewG) </div>
	/.
	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Bewirtschaftungskosten (§§ 185 Abs. 1, 187 BewG) </div>
	=
	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Reinertrag des Grundstücks (§ 185 Abs. 1 BewG) </div>
	/.
	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Bodenwertverzinsung = Bodenwert x Liegenschaftszins (§§ 179, 185 Abs. 2, 188 BewG) </div>
	=
<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Bodenrichtwert (ggf. angepasster Bodenwert) </div>	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Gebäudeertragswert (≥ 0 €) (§ 185 Abs. 2 BewG) </div>
	x
<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Grundstücksfläche </div>	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Vervielfältiger (§ 185 Abs. 3 BewG) </div>
	=
<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Bodenwert (§§ 179, 184 Abs. 2 BewG) </div>	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Gebäudeertragswert (§ 185 Abs. 1–3 BewG) </div>
	+
	=
	<div style="border: 1px solid gray; padding: 5px; background-color: #f0f0f0;"> Ertragswert = Grundbesitzwert (§ 184 Abs. 3 BewG) </div>

Ein kurzer Blick soll auf die Berechnung des Gebäudeertragswerts auf der rechten Seite des vorstehenden Schemas geworfen werden.

⁵² Zum Ganzen siehe *Eisele*, ZEV 2009, 451, 452.

⁵³ Zur Wertermittlung siehe oben unter Ziffer B. III. dieses Beitrags.

Ausgangspunkt ist der *Rohrertrag des Grundstücks*, worunter man gemäß § 186 BewG, Abschn. 14 Abs. 1 GrV-Erlass das vereinbarte Nutzungsentgelt für zwölf Monate versteht. Bei diesem Entgelt handelt es sich um eine Sollmiete, d. h. gemäß Abschn. 14 Abs. 1 Satz 5–7 GrV-Erlass kommt es nicht darauf an, ob und wieviel davon tatsächlich gezahlt wurde.

Weicht die vereinbarte Miete allerdings um mehr als 20 % von der üblichen Miete ab, oder wird bzw. ist die Immobilie eigengenutzt, ungenutzt oder unentgeltlich überlassen, so ist stattdessen die übliche Miete anzusetzen, die für Räume gleicher oder ähnlicher Art, Lage und Ausstattung regelmäßig bezahlt wird, § 186 Abs. 2 BewG, Abschn. 17, 18 GrV-Erlass. Bei der Ermittlung der üblichen Miete stellt sich wie im Rahmen des Vergleichswertverfahrens die Frage nach der Tauglichkeit der Vergleichsobjekte. Lässt sich nämlich keine übliche Miete ermitteln, so ist – wie im Rahmen des Vergleichswertverfahrens beim Fehlen von geeigneten Vergleichspreisen/Vergleichsfaktoren – das Sachwertverfahren anzuwenden. Da das Sachwertverfahren häufig zu einem geringeren Steuerwert führt, werden Steuerpflichtige und deren Berater einen genauen Blick auf die Herleitung der üblichen Miete werfen. Räume vergleichbarer Ausstattung sind gemäß Abschn. 17 Abs. 3 Satz 3 GrV-Erlass solche, die in den baulertypischen, mietwertbestimmenden Merkmalen, z. B. hinsichtlich Elektro-, Sanitär- und Heizungsinstallation, mit dem zu bewertenden Objekt übereinstimmen. Der bauliche Zustand des Gebäudes bezogen auf Baumängel und Bauschäden wird dagegen gemäß Abschn. 17 Abs. 3 Satz 2 GrV-Erlass nicht berücksichtigt. Nach Abschn. 18 Abs. 1 GrV-Erlass kann die übliche Miete aus Vergleichsmieten oder Mietspiegeln abgeleitet oder durch Mietgutachten ermittelt werden. Dies setzt allerdings eine hinreichende Anzahl von vergleichbaren Mietern im Gebiet voraus, damit ein tragfähiger Vergleich möglich ist.⁵⁴

Nicht zum Entgelt gehören die umlagefähigen Betriebskosten, welche ggf. von der gezahlten Miete abzuziehen sind, § 186 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 BewG, Abschn. 15 Abs. 1 GrV-Erlass, so dass die Nettajahreskaltmiete am Ausgangspunkt der Berechnung des Gebäudeertragswertes steht.

Die Nettajahreskaltmiete ist um die *pauschalisierten Bewirtschaftungskosten* zu verringern. Die tatsächlich angefallenen Bewirtschaftungskosten dürfen dagegen nicht angesetzt werden. Vielmehr ist primär von den von den örtlichen Gutachterausschüssen nach Erfahrungssätzen ermittelten und mitgeteilten gewöhnlichen Bewirtschaftungskosten auszugehen, § 187 Abs. 2 BewG. Stehen solche Erfahrungssätze nicht zur Verfügung, so sind die pauschalisierten Bewirtschaftungskosten gemäß Anlage 23 zum BewG von der Nettajahreskaltmiete abzuziehen.

Der sich dadurch ergebende Wert stellt den *Reinertrag des Grundstücks* gemäß § 185 Abs. 1 BewG dar, welcher sich aus dem auf Grund und Boden und dem auf das Gebäude entfallenden Reinertragsanteil zusammensetzt.⁵⁵ Da der auf Grund und Boden entfallende Ertragsanteil bereits durch den Ansatz des Bodenwerts i. S. d. §§ 179, 184 Abs. 2 BewG berücksichtigt wird, ist er gemäß § 185 Abs. 2 BewG, Abschn. 20 GrV-Erlass bei der Berechnung des Gebäudeertragswertes aus dem Reinertrag des Grundstücks herauszurechnen. Dies geschieht durch *Abzug der Bodenwertverzinsung*, welche sich gemäß Abschn. 20 Abs. 2 GrV-Erlass als Produkt aus dem Bodenwert i. S. d. § 179 BewG und dem Liegenschaftszins gemäß § 188 BewG darstellt.

Der *Liegenschaftszins* ist der Zinssatz, mit dem sich das im Verkehrswert des Grundstücks gebundene Kapital verzinst, wobei sich der Zinssatz nach dem Verhältnis zwischen dem marktüblich erzielbaren Reinertrag von Grund und Boden und dessen Verkehrswert bemisst, § 188 Abs. 1 BewG, Abschn. 22 Abs. 1 Satz 1 GrV-Erlass. Es handelt sich beim Liegenschaftszinssatz um eine pauschalisierende Größe, welche eine Zukunftsprognose beinhaltet und nach der Grundstücksart und der Lage am Grundstücksmarkt bestimmt wird, Abschn. 22 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 GrV-Erlass. Diese Pauschalisierung berücksichtigt weder künftige noch zurückliegende Mietausfälle und ist daher ein weiteres Einfallstor für eine Verzerrung des tatsächlichen Verkehrswertes, welcher der Steuerpflichtige nur durch Nachweis des geringeren gemeinen Werts nach § 198 BewG entkommen kann.⁵⁶ Da die Lage am Grundstücksmarkt in die Berechnung des Liegenschaftszinssatzes einfließt, sind vorrangig wiederum die örtlichen Gutachterausschüsse zur Ermittlung zuständig. Mangels Mitteilung von Liegenschaftszinssätzen durch die örtlichen Gutachterausschüsse sind gemäß § 188 Abs. 2 BewG, Abschn. 22 Abs. 2 GrV-Erlass die typisierten Liegenschaftszinssätze gemäß § 188 Abs. 2 Satz 2 BewG heranzuziehen.

Der sich nach Abzug der Bodenwertverzinsung ergebende *Gebäudereinertrag* gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 BewG ist zur Ermittlung des Gebäudeertragswertes mit dem Vervielfältiger gemäß § 185 Abs. 3 Satz 1 BewG i. V. m. Anlage 21 zum BewG zu multiplizieren.⁵⁷ Der Vervielfältiger bemisst sich nach dem vorstehend beschriebenen Liegenschaftszinssatz und der Restnutzungsdauer des zu bewertenden Gebäudes, § 185 Abs. 3 Satz 2 BewG, Abschn. 21 Satz 1 GrV-Erlass.

Unter der *Restnutzungsdauer* versteht man gemäß § 185 Abs. 3 Satz 3 BewG, Abschn. 23 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GrV-Erlass die Differenz zwischen der typisierten wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer gemäß Anlage 22 zum BewG und dem Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag.⁵⁸ Die Restnutzungsdauer kann sich verlängern oder verkürzen, wenn nach Bezugsfertigkeit entsprechende Veränderungen am Gebäude vorgenommen wurden bzw. eingetreten sind, § 185 Abs. 3 Satz 4 BewG, Abschn. 23 Abs. 3 GrV-Erlass. Eine Verlängerung der Restnutzungsdauer ist gemäß Abschn. 23 Abs. 4 GrV-Erlass nach Maßgabe der in diesem Absatz enthaltenen Tabellen 2–6 nur anzunehmen, wenn in den letzten zehn Jahren durchgreifende Modernisierungen vorgenommen wurden, die nach dem Punktesystem in Tabelle 1 der Erlassregelung eine überwiegende oder umfassende Modernisierung ergeben.

Eine Verkürzung der Restnutzungsdauer kommt nur im Ausnahmefall, z. B. bei bestehender Abbruchverpflichtung in Betracht, während Baumängel oder Bauschäden nicht berücksichtigt werden, Abschn. 23 Abs. 5 GrV-Erlass. Hierfür bedarf es vielmehr wiederum eines Verkehrswertgutachtens, dessen Einholung vor allem dann angebracht ist, wenn durch Baumängel oder Bauschäden die Mindestrestnutzungsdauer von 30 % der wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer gemäß § 185 Abs. 3 Satz 5 BewG, Abschn. 23 Abs. 6 GrV-Erlass unterschritten wird.

Der im Einzelfall mit dem Gebäudereinertrag zu multiplizierende *Vervielfältiger* wird sodann in Abhängigkeit vom anzu-

⁵⁶ Siehe hierzu auch *Tremel*, ZEV 2009, 445, 448.

⁵⁷ Dem liegt die Fiktion zugrunde, dass es sich beim Gebäudereinertrag um eine jährlich nachschüssig zahlbare Rente handelt, die mit Hilfe des Vervielfältigers als Zeitrentenbarwertfaktor kapitalisiert wird, Abschn. 21 S. 2 GrV-Erlass.

⁵⁸ Hinsichtlich des Alters des Gebäudes ist auf den 1.1. des Jahres der Bezugsfertigkeit abzustellen.

⁵⁴ *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 303, 307.

⁵⁵ Genaue Beschreibung in Abschn. 20 Abs. 1 GrV-Erlass.

wendenden Liegenschaftszinssatz und der nach vorstehenden Maßgaben ermittelten Restnutzungsdauer aus der Tabelle in Anlage 21 zum BewG entnommen. Hat der örtliche Gutachterausschuss einen Liegenschaftszins mitgeteilt, der in der Tabelle nicht aufgeführt ist, so sind dieser Zinssatz und die Restnutzungsdauer zur Berechnung des Vervielfältigers in die Formel am Ende der Anlage 21 zum BewG einzusetzen.

Das Ergebnis ist der *Gebäudeertragswert*, der nach Addition mit dem Bodenwert nach § 179 BewG den festzustellenden Ertragswert ergibt.

Beispiel:

Der Steuerwert (= Ertragswert) eines vermieteten Mehrfamilienhauses, Baujahr 1987 (= 23 Jahre alt), 1 000 m² Wohnfläche, Grundstücksgröße: 1 000 m², Bodenrichtwert: 350 €/m², maßgeblicher durchschnittlicher Kalt-Mietpreis: 6 €/m² berechnet sich auf der Basis der nachstehenden Restnutzungsdauer wie folgt:

Wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer für Mietwohngrundstücke gemäß Anlage 22 zu § 185 Abs. 3 Satz 3 BewG: 80 Jahre
 ./. Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag /. 23 Jahre
 = **Restnutzungsdauer:** = 57 Jahre

Rechenschritte zur Ermittlung des Ertragswerts:

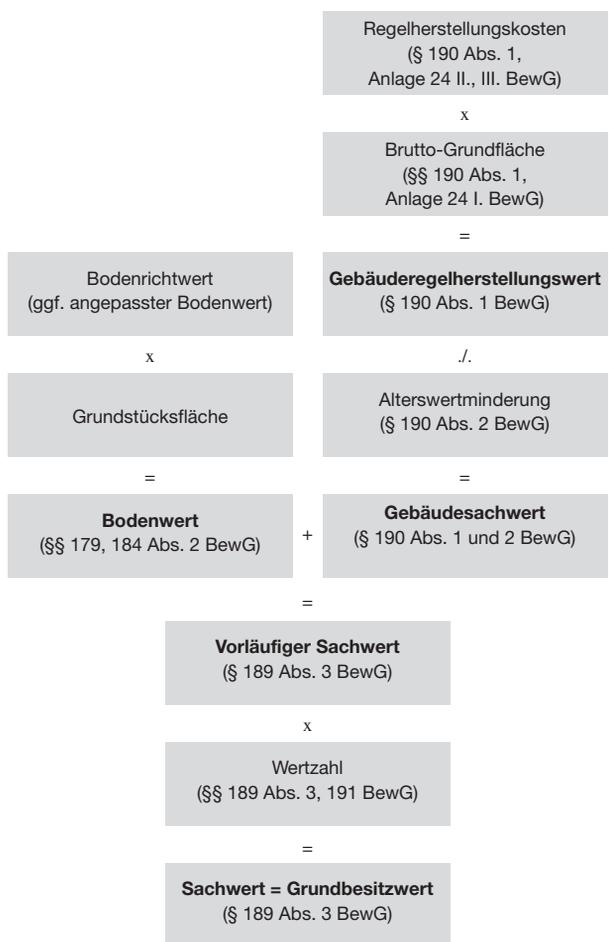
Rohertrag: Nettojahreskaltmiete, hilfsweise übliche Miete (§ 185 BewG) ./.. Bewirtschaftungskosten (§ 187 BewG, Anlage 23) = Reinertrag (§ 185 BewG)	1 000 m ² x 6 €/m ² x 12 Monate ./.. 23 % (Mietwohngrundstück mit Restnutzungsdauer zwischen 40 und 59 Jahren)	72.000 € ./.. 16.560 € (72.000 € x 0,23) = 55.440 €
./.. Bodenwertverzinsung (= Bodenwert x Liegenschaftszins i. H. v. 5 %), § 188 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BewG	./.. 350.000 x 0,05 = 17.500	./.. 17.500 €
= Gebäudereinertrag gemäß § 185 Abs. 2 BewG		= 37.940 €
x Vervielfältiger nach Anlage 21 zu § 185 Abs. 3 Satz 1 BewG	Liegenschaftszinssatz von 5 % und 57 Jahre Restnutzungsdauer, mindestens 30 % der Gesamtnutzungsdauer	x 18,76
= Gebäudeertragswert		= 711.754 €
+ Bodenwert (m ² x Bodenrichtwert)	1 000 m ² x 350 €/m ²	= 350.000 €
= Ertragswert		1.061.754 €

3. Sachwertverfahren

Die Wertermittlung im Sachwertverfahren erfolgt nach den §§ 189–191 BewG und wird genauer beschrieben in den Abschn. 25–33 GrV-Erlass. Gemäß § 189 Abs. 1 BewG und Abschn. 25 GrV-Erlass sind – ähnlich wie beim Ertragswertverfahren – der Wert von Grund und Boden nach §§ 179, 189 Abs. 2 BewG und hiervon getrennt der Gebäudesachwert nach § 190 BewG zu ermitteln. Anders als beim Ertragswertverfahren ergibt jedoch die Summe aus Bodenwert und Gebäudesachwert nur den vorläufigen Sachwert, welcher zur Anpassung an den gemeinen Wert erst mit der Wertzahl nach § 191 BewG zu multiplizieren ist, § 189 Abs. 3 BewG.

Ist die Wertzahl gemäß § 191 BewG kleiner eins, so kann der Sachwert – anders als der Ertragswert – den isolierten Bodenwert unterschreiten. Da die Wertzahl nicht isoliert mit dem Gebäudesachwert, sondern mit der Summe aus Bodenwert und Gebäudesachwert multipliziert wird, stellt der Bodenwert keinen Mindestsachwert dar. Dies führt dazu, dass ein Grundstück mit einer geringfügigen Bebauung, für die sich keine übliche Miete ermitteln lässt, niedriger bewertet werden kann als ein vergleichbares unbebautes Grundstück.⁵⁹

H 25 zu Abschn. 25 GrV-Erlass enthält folgenden Überblick über das Verfahren:



Die Ermittlung des Gebäudesachwerts auf der rechten Seite des vorstehenden Schemas wird im Folgenden kurz dargestellt.

⁵⁹ Halaczinsky, ErbStB 2009, 303, 308 r. Sp. unten.

Ausgangspunkt sind die *Regelherstellungskosten des Gebäudes*, worunter man gemäß § 190 Abs. 1 Satz 2, 3 BewG, Abschn. 26 GrV-Erlass nicht die tatsächlichen, sondern die gewöhnlichen Herstellungskosten je Flächeneinheit gemäß Anlage 24 zum BewG versteht.

Der *Gebäuderegelerstellungswert* ergibt sich durch Multiplikation der anzusetzenden Regelherstellungskosten mit der Brutto-Grundfläche des Gebäudes. In Anlage 24 zum BewG wird in Teil I der Begriff der Brutto-Grundfläche als Summe der Grundflächen aller Grundrissebenen eines Bauwerks samt deren konstruktiver Umschließungen definiert, wobei es auf die äußeren Maße des Bauwerks ankommt. In Teil II der Anlage 24 zum BewG finden sich sodann die anzusetzenden Regelherstellungskosten 2007 (RHK 2007) mit dem Preisstand einschließlich Baunebenkosten zum 1.1.2007. Die RHK 2007 wurden aus den Normalherstellungskosten 2000 (NHK 2000) abgeleitet und stellen demzufolge Durchschnittswerte für das gesamte Bundesgebiet dar ohne Berücksichtigung der regionalen Verhältnisse, Abschn. 26 Abs. 1 und 2 GrV-Erlass.

Zur Ermittlung der konkret anzusetzenden Regelherstellungskosten enthält Teil II der Anlage 24 zum BewG für die verschiedenen Grundstücksarten i. S. d. § 181 BewG jeweils Tabellen, die die anzusetzenden Kosten differenziert nach Gebäudeklasse, Baujahr und Ausstattungsstandard der einzelnen Bauwerksteile des zu bewertenden Gebäudes aufführen. Diese Werte beziehen sich auf die einzelnen Bauwerksteile gemäß dem Ausstattungsbogen in Teil III der Anlage 24 zum BewG. Für jedes Bauwerksteil ist sodann entsprechend seines Standards der entsprechende Flächenpreis aus der Tabelle gemäß Teil II der Anlage 24 zu entnehmen. Gemäß Abschn. 28 Satz 2 GrV-Erlass sind die Flächenpreise der einzelnen Bauwerksteile zu addieren und durch die Anzahl der vorhandenen Bauwerksteile (maximal zehn) zu dividieren.⁶⁰ Das Ergebnis sind die anzusetzenden Regelherstellungskosten, welche demzufolge einen Mittelwert aus den vom Gesetzgeber festgesetzten Preisen für den Ausstattungsstandard der einzelnen Bauwerksteile darstellen. Die Regelherstellungskosten sind also durch Gesetz festgelegt, so dass sich Möglichkeiten des Steuerpflichtigen hiergegen vorzugehen nur insoweit bieten, als es etwa um die Zuordnung zur jeweiligen Gebäudeklasse geht.⁶¹

Zur Ermittlung des Gebäudesachwerts ist vom Gebäuderegelerstellungswert gemäß § 190 Abs. 2 BewG, Abschn. 31 GrV-Erlass eine *Alterswertminderung* abzuziehen. Diese bestimmt sich nach dem Verhältnis/Quotienten zwischen dem Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag und der wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer des Gebäudes gemäß Anlage 22 zum BewG. Zur Ermittlung dieser Faktoren gelten die vorstehenden Ausführungen im Rahmen des Ertragswertverfahrens entsprechend. Zu beachten ist hierbei, dass die Alterswertminderung in der Regel maximal 60 % des Gebäuderegelerstellungswertes betragen darf, denn nach § 190 Abs. 2 Satz 4, Abschn. 31 Abs. 5 GrV-Erlass sind mindestens 40 % des Gebäuderegelerstellungswertes als Gebäudesachwert anzusetzen. Nur wenn eine geringere Nutzungsdauer objektiv feststeht, weil z. B. eine vertragliche Abbruchverpflichtung für das Gebäude besteht, kann dieser Mindestansatz unterschritten werden.

In einem letzten Schritt ist der vorläufige Sachwert gemäß § 189 Abs. 3 Satz 2 BewG zur Anpassung an den gemeinen Wert mit der *Wertzahl nach § 191 BewG* zu multiplizieren. Als Wertzahlen sind vorrangig die Sachwertfaktoren (Markt-

anpassungsfaktoren) heranzuziehen, die von den örtlichen Gutachterausschüssen ermittelt und mitgeteilt wurden. Liegen keine nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 des Abschn. 33 GrV-Erlass geeigneten Sachwertfaktoren der Gutachterausschüsse vor, so ist die im konkreten Fall anzuwendende Wertzahl gemäß § 191 Abs. 2, Abschn. 33 Abs. 1 Satz 2 GrV-Erlass den Tabellen in Anlage 25 zum BewG zu entnehmen.⁶²

Beispiel:

Der Steuerwert (= Sachwert) eines individuell gestalteten Einfamilienhauses, für das kein Vergleichswert ermittelt werden kann, soll anhand der nachstehenden Angaben berechnet werden: Es handelt sich um ein Haus mit Keller und ausgebautem Dachgeschoss, wobei vereinfachend davon ausgegangen wird, dass alle Bauwerksteile gemäß dem Ausstattungsbogen in Teil III der Anlage 24 zum BewG einen gehobenen Standard aufweisen; Baujahr 1987 (= 23 Jahre alt), 250 m² Wohnfläche, Grundstücksgröße: 1 000 m², Bodenrichtwert: 350 €/m².

Bodenwert	1 000 m ² x 350 €/m ²	350.000 €
+ Gebäudesachwert (Gebäuderegelerstellungswert: [= Regelherstellungskosten gemäß Anlage 24, Tabelle 1 in Teil II: Einfamilienhaus mit Keller und ausgebautem Dachgeschoss gehobenen Standards und Baujahr 1987 x Brutto-Grundfläche] ./ Alterswertminderung, § 190 Abs. 2 BewG [= Alter des Gebäudes am Bewertungsstichtag / wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer = $\frac{23}{80}$ = 28,75 %])	375.875 € (970 €/m ² x 387,5 m ² ⁶³) ./ 108.064 € (28,75 %, d. h. 375.875 € x 0,2875), mindestens 40 % Restwert	+ 267.811 €
= vorläufiger Sachwert		617.811 €
x Vervielfältiger nach § 191 BewG und Anlage 25	x 0,8 ⁶⁴	494.249 €
= Sachwert		494.249 €

VI. Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts, § 198 BewG

Angesichts der vielen Pauschalisierungen bei der Ermittlung des gemeinen Werts von Immobilien ist die Möglichkeit des

⁶² H 33 zu Abschn. 33 GrV-Erlass enthält ein umfangreiches Berechnungsbeispiel zur Bewertung eines Einfamilienhauses samt besonders werthaltiger Außenanlagen im Sachwertverfahren.

⁶³ 250 m² Wohnfläche wurden mit dem Faktor 1,55 in 387,5 m² Brutto-Grundfläche umgerechnet, Umrechnungsfaktor siehe Tabelle 2 in Teil II der Anlage 24 zum BewG.

⁶⁴ Gemäß Tabelle: Bodenrichtwert bis 400 €/m² und vorläufiger Sachwert über 500.000 €.

⁶⁰ Siehe hierzu Berechnungsbeispiel in H 28 zu Abschn. 28 GrV-Erlass.

⁶¹ Halaczinsky, ErbStB 2009, 303, 308.

Nachweises des niedrigeren gemeinen Werts für die Steuerpflichtigen wichtiger geworden. § 198 BewG gewährt einen Rechtsanspruch auf Feststellung eines individuell ermittelten Verkehrswertes, sofern der Steuerpflichtige auf seine Kosten gemäß Abschn. 43 Abs. 1 GrV-Erlass nicht nur darlegt, sondern nachweist, dass der tatsächliche Verkehrswert niedriger ist als der nach der jeweils anzuwendenden Wertermittlungsmethode ermittelte Wert.

Die Entscheidung darüber, ob ein individuell durch Gutachten nachgewiesener Wert als Steuerwert anzusetzen ist, wird im Rahmen des Feststellungsbescheides durch das Lagefinanzamt getroffen. Das Lagefinanzamt ist an ein Gutachten i. S. d. § 198 BewG nicht gebunden, Abschn. 43 Abs. 3 Satz 2 GrV-Erlass. Vielmehr unterliegt das Gutachten der Beweiswürdigung durch das Finanzamt und ist gemäß Abschn. 43 Abs. 3 Satz 3 GrV-Erlass zurückzuweisen, wenn es methodische Mängel oder unzutreffende Wertansätze enthält. Ein Gegengutachten ist für die Zurückweisung nicht erforderlich.

Am einfachsten ist der Nachweis im Falle eines zeitnahen Verkaufs zu führen. Wurde bzw. wird der zu bewertende Grundbesitz durch den Erben bzw. die Erbengemeinschaft innerhalb eines Jahres vor oder nach dem Bewertungsstichtag im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs zu einem Kaufpreis verkauft, der das Ergebnis der Wertermittlung nach den §§ 176 ff. BewG unterschreitet, so wird dadurch gemäß Abschn. 43 Abs. 4 Satz 1 GrV-Erlass ein niedrigerer Steuerwert nachgewiesen. Bei gleichbleibenden Verhältnissen am Grundstücksmarkt kann gemäß Abschn. 43 Abs. 4 S. 2 GrV-Erlass auch ein außerhalb der Jahresfrist getätigter Verkauf herangezogen werden.⁶⁵

Verbleibt der Grundbesitz dagegen im Eigentum des/der Beschenkten/Erben, so kann der niedrigere gemeine Wert gemäß Abschn. 43 Abs. 3 Satz 1 GrV-Erlass i. d. R. nur durch ein Gutachten nachgewiesen werden, welches durch den örtlich zuständigen Gutachterausschuss oder einen Sachverständigen für die Bewertung von Grundstücken zu erstellen ist.

§ 198 Satz 2 BewG verweist für den Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts auf die nach § 199 BauGB erlassenen Vorschriften, d. h. auf die Wertermittlungsverordnung (WertV) und die dazugehörigen Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006). Nach §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 2, 5, 6 WertV wird im Rahmen dieser Vorschriften der Zustand des Grundstücks zum Bewertungsstichtag umfassend gewürdigt, wobei sowohl privatrechtliche bzw. öffentlichrechtliche Belastungen, wie Dienstbarkeiten, Nutzungsrechte und Baulasten, als

auch die individuelle tatsächliche Beschaffenheit des Grundstücks und dessen Lagermerkmale berücksichtigt werden. Der Nachweis des geringeren gemeinen Werts wird demzufolge insbesondere dann naheliegend sein, wenn individuelle wertmindernde Umstände vorliegen, die gemäß Abschn. 43 Abs. 3 Satz 4–6 GrV-Erlass, Abschn. 1 Abs. 6 Satz 1–3 ErbSt-Erlass i. R. d. § 198 BewG, nicht dagegen bei der typisierenden Wertermittlung nach den §§ 176 ff. BewG berücksichtigt werden.⁶⁶

Wird der Wert des Grundstücks durch dingliche oder schuldrechtliche Nutzungsrechte gemindert, so ist allerdings abzuwägen, ob dies durch ein Gutachten nach § 198 BewG, Abschn. 43 Abs. 3 GrV-Erlass nachgewiesen werden soll. In diesem Fall scheidet nämlich ein Abzug nach § 10 Abs. 5 ErbStG gemäß § 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG, Abschn. 1 Abs. 6 Satz 5 ErbSt-Erlass aus.⁶⁷ Im Rahmen der Wertermittlung nach §§ 176 ff. BewG könnte die Wertminderung andernfalls aufgrund des Wegfalls von § 25 ErbStG vom ermittelten gemeinen Wert abgezogen werden, Abschn. 42 Abs. 2 ErbSt-Erlass.⁶⁸ Bei der Abwägung, welcher Weg zur Berücksichtigung von Nutzungs- und Leistungsrechten gewählt wird, ist die Kappungsgrenze des § 16 BewG einerseits, andererseits aber auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Gutachterkosten stets, d. h. auch wenn die Finanzverwaltung das Gutachten akzeptiert, vom Steuerpflichtigen zu tragen sind. Falls der Kapitalwert des Nutzungsrechtes nach §§ 14–16 BewG den Grundstückswert nach den §§ 176 ff. BewG übersteigt, so spricht dies für die Bewertung nach den §§ 176 ff. BewG und den darauf folgenden Abzug als Verbindlichkeit i. S. d. § 10 Abs. 5 ErbStG. Nur auf diesem Weg ist nämlich der volle Abzug des Kapitalwertes des Nutzungsrechtes möglich, wenn es dadurch zu einer Überkompensation des Grundstückswertes kommt,⁶⁹ was sich für den Steuerpflichtigen vorteilhaft auswirkt, wenn er noch weitere Vermögensgegenstände vom gleichen Übergeber/Erblasser erworben hat.

Hinweis der Schriftleitung:

Dieser Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgeführt.

⁶⁶ Eisele, ZEV 2009, 451, 451.

⁶⁷ Söffing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 326.

⁶⁸ Siehe oben unter Ziffer A. IV. dieses Beitrags.

⁶⁹ Viskorf, DAI-Skript zur 7. Jahresarbeitstagung des Notariats 2009, S. 419.

⁶⁵ Halaczinsky, ErbStB 2009, 301, 309.

Der minderjährige Kommanditist – bei Gründung, unentgeltlicher Anteilsübertragung und Erwerb von Todes wegen

Notar Dr. *Ralf Menzel*, Rottenburg a. d. Laaber, und Notar Dr. *Ingmar Wolf*, Eichstätt

Das OLG Frankfurt, das OLG Bremen und das OLG München¹ haben sich jüngst mit der Thematik der Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige auseinandergesetzt, wobei die drei Gerichte jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Dies macht es für die Rechtspraxis nicht gerade einfach. Das am 1.9.2009 in Kraft getretene FamFG führt zu weiteren offenen Rechtsfragen. Der Beitrag zeigt die einzelnen Problempunkte auf, die sich bei der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Kommanditgesellschaft ergeben. Probleme der Beschlussfassung sollen nachfolgend aber ausgeklammert werden.

I. Ausgangslage

Es ist keine Seltenheit, dass Minderjährige an einer Kommanditgesellschaft beteiligt werden. Ausschlaggebend sind zu meist steuerliche, insbesondere erbschaftsteuerliche Gründe. Auf der Grundlage des alten Erbschaftsteuerrechts erfreute sich im Rahmen der familiären Vermögensnachfolgeplanung vor allem die Konstruktion einer GmbH & Co. KG großer Beliebtheit. Hierdurch konnten auch für privates Grund- und Geldvermögen die steuerlichen Begünstigungen von Betriebsvermögen (Entlastungsfreibetrag, Bewertungsabschlag und Tarifbegrenzung) in Anspruch genommen werden.² Nach dem neuen Erbschaftsteuerrecht sind die mit dieser Konstruktion verbundenen Vorteile bei der Bewertung des Vermögens zwar entfallen, doch bleibt die Kommanditgesellschaft als Mittel einer vorausschauenden Vermögensnachfolge nach wie vor interessant.³

II. Gründung einer Kommanditgesellschaft unter Beteiligung eines minderjährigen Kommanditisten

1. Vertretung des Minderjährigen

Neben dem Minderjährigen sind häufig auch dessen Eltern an der Kommanditgesellschaft beteiligt, sei es als Komplementäre oder weitere Kommanditisten. Dabei ist fraglich, ob die Eltern ihr Kind bei der Gründung der Gesellschaft vertreten können, oder ob sie gemäß den §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen sind. Danach können die Eltern ihr Kind bei einem Rechtsgeschäft zwischen ihnen und dem Kind nicht vertreten, es sei denn, das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 181 Hs. 2 BGB) oder bringt dem Minderjährigen einen lediglich rechtlichen Vorteil. Im letzteren Fall finden die §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB im Wege der teleologischen Reduktion keine Anwendung.⁴ In allen anderen Fällen, in denen die §§ 181, 1795 Abs. 2 BGB greifen, ist gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen, und zwar bei Verhinderung der Eltern als gesetzliche Vertreter hinsichtlich mehrerer Kinder für jedes Kind ein anderer Ergänzungspfleger.⁵

¹ OLG Frankfurt, ZEV 2008, 607 = DNotZ 2009, 142 = RNotZ 2008, 627; OLG Bremen, ZEV 2008, 608 = RNotZ 2008, 625; OLG München, ZEV 2008, 609 = MittBayNot 2009, 52.

² Vgl. *Moench/Albrecht*, Erbschaftsteuer, 2. Aufl., Rdnr. 857.

³ Zu den Einsatzmöglichkeiten vgl. *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105 f.

⁴ Vgl. *Menzel/Führ*, JA 2005, 859, 860; *MünchKommBGB/Huber*, 5. Aufl. 2008, § 1629 Rdnr. 72 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.

⁵ Vgl. *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1795 Rdnr. 37.

Grundsätzlich ist die Beteiligung eines Minderjährigen an der Gründung einer Kommanditgesellschaft, auch wenn diese nur als Kommanditist erfolgt, mit rechtlichen Nachteilen verbunden. Der Kommanditist wird bei der Gründung zur Einlageleistung verpflichtet. Dass diese Verpflichtung ggf. von den Eltern übernommen wird, verhindert den rechtlichen Nachteil nicht. Des Weiteren droht dem Minderjährigen die persönliche Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB, der man allerdings auch dadurch entgehen kann, dass man den Beitritt zur Kommanditgesellschaft unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Kommanditistenstellung im Handelsregister erklärt. Ferner kann der Gesellschaftsvertrag weitere Pflichten bzw. Einschränkungen vorsehen, etwa die Pflicht zur Übernahme bestimmter Tätigkeiten, Wettbewerbsverbote usw.

Nach wohl allgemeiner Ansicht bedarf es daher bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft, bei der neben den Eltern auch deren Kinder beteiligt sind, der Bestellung eines bzw. mehrerer Ergänzungspfleger.

2. Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung

Neben der Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers ist vielfach noch die Einholung einer familiengerichtlichen⁶ Genehmigung nach § 1915 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB erforderlich.

Bei der Gründung der Kommanditgesellschaft ist dabei grundsätzlich § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB einschlägig, woran auch die bloße Beteiligung als Kommanditist nichts an der Genehmigungsbedürftigkeit ändert.⁷ Voraussetzung ist, dass der Gesellschaftsvertrag „zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird“,⁸ worunter jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist,⁹ verstanden wird. Bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften ist das Vorliegen dieses Kriteriums jedoch umstritten.¹⁰ Als Kriterien bzw. Indizien für ein Erwerbsgeschäft werden verbreitet angeführt das Vorliegen einer geschäftsmäßigen, gleichsam beruflich bzw. regelmäßig

⁶ Vor Inkrafttreten des FamFG war umstritten, ob bei der Genehmigung von Rechtsgeschäften, die der Ergänzungspfleger für den Minderjährigen vorgenommen hat, das Familiengericht oder das Vormundschaftsgericht zuständig war (hierzu *Bürger*, RNotZ 2006, 157, 158 m. w. N.). Durch die FGG-Reform hat sich dieser Meinungsstreit erledigt.

⁷ So schon BGHZ 17, 160; vgl. auch *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1822 Rdnr. 21; *Oetker/Weittemeyer*, HGB, 2009, § 105 Rdnr. 16.

⁸ Siehe hierzu auch nachfolgende Ziffer III.2.

⁹ Siehe nur OLG München, ZEV 2008, 609 = MittBayNot 2009, 52 m. w. N.

¹⁰ *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 159; *Bettin* in Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 1822 Rdnr. 12.

ausgeübt und auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeit und deren Notwendigkeit, die Übernahme unternehmerischen Risikos durch die Gesellschafter, eine lange Dauer der Gesellschaft, bedeutender Umfang und Wert des verwalteten Vermögens sowie das Ziel, weiteres zu verwaltendes Vermögen hinzu zu erwerben, als Kriterium gegen ein Erwerbsgeschäft die allein beabsichtigte private Verwaltung und Erhaltung des Familienvermögens.¹¹

So soll beispielsweise nach einer Entscheidung des BayObLG der Abschluss eines Vertrages zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck die länger dauernde Verwaltung eines Wohnhauses mit Tiefgarage und drei Eigentumswohnungen ist, der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB unterliegen.¹² Andere Entscheidungen sind hier großzügiger. So wurde eine Genehmigungsbedürftigkeit bei der Gründung einer Gesellschaft zur Verwaltung eines unbebauten Grundstücks oder eines Mietshauses mit 16 Einheiten verneint.¹³ Im Zweifel dürfte die Empfehlung auszusprechen sein, ggf. vorsorglich die Genehmigung einzuholen.

Prüfungsmaßstab für das Familiengericht ist dabei eine Gesamtbetrachtung des rechtsgeschäftlichen Vorgangs als Ganzes, unter Abwägung von Vorteilen, Risiken, Erträgen und Aufwendungen sowie ggf. steuerlicher Folgen, ohne das Rechtsgeschäft in Einzelteile aufzugliedern. Das Familiengericht hat mithin zu entscheiden, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung aller Umstände im – einzig ausschlaggebenden – Interesse des Minderjährigen liegt. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn nach Zweck, Inhalt und Umständen des Geschäfts kein Anlass zur Sorge besteht, das Geschäft diene nicht dem Wohl des Minderjährigen.¹⁴

3. Genehmigungsverfahren nach dem FamFG

Verfahrensrechtlich ist nach dem Inkrafttreten des FamFG fraglich, ob die Einschaltung eines Verfahrensbeistandes nach § 158 Abs. 1 FamFG zur Wahrung der Interessen des Kindes trotz Vorhandenseins eines Ergänzungspflegers erforderlich ist und ob die Bekanntgabe der Genehmigung auch gegenüber dem Verfahrensbeistand erfolgen soll.¹⁵ Nach *Bolkart*¹⁶ scheidet eine Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter (worunter auch der Ergänzungspfleger zu zählen ist) aus, weil ja gerade dessen Handeln im Genehmigungsverfahren durch den Bekanntgabeempfänger gemäß § 41 Abs. 3 FamFG überprüft werden soll. Andererseits gibt es aber auch Stimmen, die davon ausgehen, dass der Verfahrensbeistand nicht als gesetzlicher Vertreter des Kindes fungieren kann. Die Bekanntgabe der Entscheidung hat dann, sofern die Eltern wegen Interessenkonflikts an der Entgegennahme der Genehmigungsentcheidung gehindert sind, an einen Ergänzungspfleger des Kindes zu erfolgen.¹⁷ Da ohnehin bei der Gründung ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, erscheint es u. E. sach-

gerecht und ausreichend, wenn die Bekanntgabe an diesen erfolgt. Die Einschaltung eines Verfahrensbeistandes zur Wahrung der Interessen des Minderjährigen ist jedenfalls in dieser Konstellation nicht zwingend erforderlich. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte diesbezüglich entscheiden werden. Klargestellt sei an dieser Stelle, dass das Gericht Herr des Verfahrens ist und der Notar nicht verpflichtet sein kann, das gerichtliche Verfahren zu überwachen. Er kann ggf. die Bestellung eines Verfahrensbeistandes anregen, muss dies aber nicht.

4. Zwischenergebnis

Gründen Eltern mit ihren minderjährigen Kindern eine Kommanditgesellschaft, ist bzw. sind zwingend ein bzw. mehrere Ergänzungspfleger heranzuziehen. Ob eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, hängt davon ab, ob die Gründung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erfolgt. Bei vermögensverwaltenden Gesellschaften ist umstritten, ob und wann dieser Tatbestand vorliegt. Es ist daher für die Praxis anzuraten, stets vorsorglich die Genehmigung bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft zu beantragen.¹⁸ Ob im Genehmigungsverfahren zwingend ein Verfahrensbeistand hinzuzuziehen ist, demgegenüber die Bekanntgabe der Genehmigung zu erfolgen hat, ist derzeit offen.

III. Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einen Minderjährigen

1. Vertretung des Kindes – lediglich rechtlicher Vorteil

Auf den ersten Blick scheint die Übertragung eines voll einbezahlten Kommanditanteils für den Minderjährigen rechtlich vorteilhaft zu sein. Die persönliche Haftung des Kindes und sein Verlustrisiko sind auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage beschränkt.

a) Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB als rechtlicher Nachteil?

Das Risiko des Wiederauflebens der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB, wenn dem Kommanditisten die eingezahlte Einlage zurückgewährt wird, steht dem rechtlichen Vorteil richtigerweise nicht entgegen. Dieses Risiko realisiert sich nur, wenn die Rückzahlung an den Minderjährigen selbst erfolgt.¹⁹ Hierdurch werden also nur die möglichen Vorteile des Geschäfts verringert, aber kein rechtlicher Nachteil begründet.²⁰ Anders als im GmbH-Recht gibt es keine (Ausfall-)Haftung bzgl. der Einlagen anderer Gesellschafter.²¹

¹⁸ So auch *Scherer/Feick* in Bonefeld/Daragan/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, Rdnr. 157. *Damrau*, ZEV 2000, 209, 213, regt sogar an, gegen die Verweigerung der Genehmigung Rechtsmittel einzulegen, wenn das Familiengericht eine Genehmigung nicht für erforderlich hält und ein Negativattest ausstellt. Denn einem Negativattest kommt keine Bindungswirkung für spätere gerichtliche Verfahren zu; es vermag eine Genehmigung auch nicht zu ersetzen.

¹⁹ Zutreffend OLG Bremen, ZEV 2008, 608 f. = RNotZ 2008, 625 m. w. N.

²⁰ Vgl. OLG Bremen, ZEV 2008, 608 f.; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105, 2107; *Werner*, GmbHR 2008, 1266 m. w. N. auch zur Gegenauffassung; a. A. OLG Frankfurt, ZEV 2008, 607 = DNotZ 2009, 142.

²¹ Aus diesem Grunde wird die GmbH-Anteilsübertragung nach wohl h. A. nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft betrachtet, vgl. *Bürger*, RNotZ 2006, 157, 162 f.; *Ivo*, Handbuch des Fachanwalts für Handels- und Gesellschaftsrecht, Rdnr. 68 f.; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025 f., jeweils m. w. N.

¹¹ Vgl. hierzu sowie zum Begriff des Erwerbsgeschäfts OLG München, ZEV 2008, 609 f. = MittBayNot 2009, 52; MünchKommBGB/*Wagenitz*, § 1822 Rdnr. 21.

¹² BayObLG, DNotZ 1998, 495.

¹³ OLG Hamm, FamRZ 2001, 54; LG Münster, FamRZ 1997, 842. Aus dem Schrifttum ferner *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1822 Rdnr. 14.

¹⁴ Vgl. MünchKommBGB/*Wagenitz*, § 1828 Rdnr. 15 ff.; OLG München, MittBayNot 2008, 299, 300.

¹⁵ Zur Problematik der familien- und betreuungsgerichtlichen Genehmigung siehe DNotI-Report 2009, 145.

¹⁶ MittBayNot 2009, 268, 272 (Fn. 42).

¹⁷ Gutachten, DNotI-Report 2009, 145, 148 m. w. N.

b) Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB als rechtlicher Nachteil?

Möglicherweise steht aber die Bestimmung des § 176 Abs. 2 HGB einem lediglich rechtlichen Vorteil entgegen. Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so haftet er für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter (§ 176 Abs. 2, 1 HGB). Dies stellt grundsätzlich einen rechtlichen Nachteil dar. Notwendig ist daher, die Entstehung eines derartigen Zeitraums zu verhindern.²² Dies wird dadurch bewerkstelligt, dass die Übertragung des Kommanditanteils aufschiebend bedingt durch die Eintragung der Übertragung ins Handelsregister erfolgt. Wird in dieser Weise verfahren, ist die unentgeltliche Übertragung eines voll einbezahlten Kommanditanteils grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers ist daher nach vorzugswürdiger Auffassung nicht nötig.²³

c) Übertragungen im Wege der vorgenommenen Erbfolge

Erfolgt die schenkweise Zuwendung des Kommanditanteils – wie im Regelfall – im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, können aber die in diesem Zusammenhang typischerweise zu treffenden Regelungen in Bezug auf vorbehaltenene Gegenleistungen einen rechtlichen Nachteil begründen. Dies gilt es näher zu untersuchen:

Ein Nießbrauch hindert den lediglich rechtlichen Vorteil grundsätzlich nicht.²⁴ Problematischer sind aber etwaige (aufschiebend bedingte) Rückforderungsrechte. Ob die Verpflichtung des Minderjährigen, den Kommanditanteil unter bestimmten Voraussetzungen zurückzuübertragen, einen rechtlichen Nachteil darstellt, hängt letztlich von der Ausgestaltung der Rücktrittsfolgen ab. Ist die Rückforderung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet, so schließt das den rechtlichen Vorteil richtigerweise nicht aus.²⁵ Schließlich wird durch die Rückforderung nur der Vorteil des Rechtsgeschäfts genommen, aber kein rechtlicher Nachteil begründet.

Äußerst strittig ist auch die Behandlung einer Anrechnungsbestimmung (Anrechnung auf Pflichtteilsansprüche des Minderjährigen),²⁶ wobei sich hier neben der Frage, ob die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig ist, die weitere Frage nach dem Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung stellt. Die Meinungen gehen auseinander, eine „herrschende“ Meinung ist schwer auszumachen. Teilweise wird der lediglich rechtliche Vorteil verneint und ein Erfordernis für eine gerichtliche Genehmigung bejaht.²⁷ Andererseits wird vertreten, dass die Anrechnung den rechtlichen Vorteil

nicht mindert, jedenfalls wenn die Pflichtteilsanrechnung auf eine beim Erbfall noch vorhandene Bereicherung begrenzt wird.²⁸ Für die letztgenannte Auffassung spricht zudem generell, dass es keine gesetzliche Anordnung einer Genehmigungspflicht bei Pflichtteilsanrechnungen gibt und dass wegen des zeitlich früher zustehenden Nutzwerts – ohne Nießbrauchsvereinbarung – die zeitlich frühere Vermögensübertragung für den Erwerber regelmäßig vorteilhafter ist.²⁹

2. Gerichtliche Genehmigung

Fraglich ist, ob – neben einer etwaigen notwendigen Bestellung eines Ergänzungspflegers – ein Genehmigungserfordernis nach den §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB in Betracht kommt.³⁰ Dies scheidet wohl nicht zwingend aus wegen der Einstufung des Geschäfts als lediglich rechtlich vorteilhaft mit der Folge, dass ein Ergänzungspfleger nicht notwendig ist. Vielmehr sind die Tatbestände grundsätzlich unabhängig voneinander zu untersuchen.³¹

a) Ansicht des OLG Frankfurt

Das OLG Frankfurt bejaht eine solche Genehmigungspflicht.³² Dass es sich hier um einen unentgeltlichen Erwerb handelt, stört das Gericht nicht. Wenn die Beteiligung eines Minderjährigen an der Gründung einer Kommanditgesellschaft zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts der Genehmigung bedarf, habe Gleiches auch für die spätere unentgeltliche Übertragung des Kommanditanteils zu gelten; beim Beitritt zu einer Personenhandelsgesellschaft seien sämtliche Gesellschafter beteiligt, so dass der Beitritt strukturell dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nach § 1822 Nr. 3 BGB gleichkomme. Es spricht sich damit letztlich für eine analoge Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB (Alt. 3) aus.³³ Das OLG Frankfurt zieht als Begründung auch die gesellschaftsrechtlichen Treupflichten heran, denen der Gesellschafter durch den Erwerb der Gesellschafterstellung unterworfen wird.³⁴

Ausgehend von den Überlegungen, die der BGH im Rahmen der GmbH-Anteilsübertragung aufgestellt hat,³⁵ ist diese Ansicht aber einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Der BGH hat hierfür entschieden, dass die Haftungsrisiken für den Minderjährigen ganz andere sind, wenn er sich an der GmbH-Gründung beteiligt als wenn er einen (voll einbezahlten) Geschäftsanteil einer bestehenden (d. h. eingetragenen) GmbH erwirbt.³⁶ U. E. sind diese Grundsätze auch bei der Kommanditgesellschaft fruchtbar zu machen. Die Beteiligung an einer Gründung einer Kommanditgesellschaft ist grundsätzlich mit weitreichenderen Risiken verbunden als der Erwerb eines voll einbezahlten Kommanditanteils. Das Argument, dass bei einer Personengesellschaft – anders als bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils – sämtliche Gesellschafter in-

²² Vgl. Grunsky, ZEV 2008, 610.

²³ So auch OLG Bremen, ZEV 2008, 608 f.; Führ/Nikoleyczik, BB 2009, 2105, 2107; Werner, GmbHR 2008, 1266.

²⁴ So im Bereich der Immobiliarschenkungen: BGH, NJW 2005, 415, 417; BayObLG, NJW 1998, 3574, 3576. Sollte allerdings der Nießbraucher die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen haben, wird die rechtliche Vorteilhaftigkeit bei Grundstücksschenkungen verneint (Menzel/Führ, JA 2005, 859, 862). Diese Problematik spielt beim Nießbrauch an Rechten keine Rolle.

²⁵ Weigl, MittBayNot 2008, 275, 277; Scherer/Feick in Bonefeld/Daragan/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, Rdnr. 147. m. w. N.

²⁶ Hierzu Weigl, MittBayNot 2008, 275 ff.; Scherer/Feick in Bonefeld/Daragan/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, Rdnr. 148 jeweils m. w. N.

²⁷ Zum Meinungsstand siehe Weigl, MittBayNot 2008, 275 ff.

²⁸ Fembacher, MittBayNot 2004, 26.

²⁹ Weigl, MittBayNot 2008, 275, 276.

³⁰ Gänzlich ablehnend mit der Erwägung, anders als von § 1822 Nr. 3 BGB gefordert werde bei einer nach Gründung erfolgenden Kommanditanteilsübertragung kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, Damrau, ZEV 2000, 209.

³¹ A. A. wohl Führ/Nikoleyczik, BB 2009, 2105, 2107.

³² OLG Frankfurt ZEV 2008, 607 = DNotZ 2009, 142 = RNotZ 2008, 627. Zustimmend unter Hinweis auf das mit der Übernahme einer Gesellschafterstellung verbundene Bündel von Rechten und Pflichten Oetker/Weitemeyer, HGB, § 105 Rdnr. 16.

³³ Ebenso Führ/Nikoleyczik, BB 2009, 2105, 2107 m. w. N.; a. A. Erman/Saar, BGB, § 1822 Rdnr. 10 ff.; Staudinger/Engler, BGB, 2004, § 1822 Rdnr. 54.

³⁴ Zu Recht kritisch Grunsky, ZEV 2008, 611.

³⁵ BGHZ 107, 23, 28.

³⁶ Hierzu auch Bürger, RNotZ 2006, 157, 164.

volviert sind mit der Folge einer analogen Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB, greift nicht. Auch die Personengesellschaften sind als (teil-)rechtsfähig anerkannt. Die Haftungsrisiken bei Erwerb eines voll einbezahlten Kommanditanteils sind zudem sogar geringer als beim Erwerb eines GmbH-Anteils, weil insoweit keine Ausfallhaftung droht.³⁷ Die Vorschriften über die Genehmigungsbedürftigkeit des § 1822 BGB sind eng und formal auszulegen, bei der Auslegung steht die praktische Handhabung für den Rechtsverkehr im Vordergrund.³⁸ Schließlich vermag auch das Abstellen auf gesellschaftsrechtliche Treuepflichten nicht zu greifen, denn hierbei handelt es sich nur um mittelbar nachteilige Folgen. Dies gilt umso mehr, als etwa auch im Rahmen der schenkweisen Übertragung von Immobilien die strukturell durchaus vergleichbaren Rücksichtnahmepflichten im Rahmen des nachbarschaftsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses keine Rolle spielen.³⁹

Die Problematik der unentgeltlichen Übertragung eines Erwerbsgeschäfts war dem Gesetzgeber bewusst. Da zum Erwerb eines Erwerbsgeschäfts durch Erbfolge oder Vermächtnis die Genehmigung nicht erforderlich ist, hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, auch den Fall des unentgeltlichen Erwerbs keinem Genehmigungserfordernis zu unterstellen.⁴⁰ Zwar hat das BVerfG Bedenken wegen der für den Minderjährigen verbundenen Haftungsrisiken geäußert und deshalb § 1629 Abs. 1 i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB als verfassungswidrig eingestuft.⁴¹ Richtigerweise wurde dadurch aber nicht der Kreis der nach § 1822 Nr. 3 BGB zu genehmigenden Geschäfte erweitert.⁴²

b) Auffassung des OLG München

Der Entscheidung des OLG München wiederum lagen unentgeltliche Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (unter Nießbrauchsvorbehalt) auf minderjährige Kinder zugrunde. Übertragen wurden Teilkommanditanteile an einer Kommanditgesellschaft, deren Zweck ausweislich des Gesellschaftsvertrags die Verwaltung eigenen Vermögens war, und die konkret ein selbstgenutztes Wohnhaus verwaltete.

Auch das OLG München spricht sich im Grundsatz für eine (analoge) Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB im Falle der unentgeltlichen Übertragung eines Kommanditanteils auf Minderjährige aus. Es trifft aber eine Differenzierung nach dem Unternehmensgegenstand. Jedenfalls bei einer Kommanditgesellschaft, deren Tätigkeit sich auf die Verwaltung des von den Gesellschaftern selbst genutzten Wohnhauses beschränkt, entfällt eine vormundschaftsgerichtliche (nunmehr: familiengerichtliche) Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB. Allein der Umstand, dass private Vermögensverwaltung in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft erfolgt, stuft für sich betrachtet die Vermögensverwaltung noch nicht zum Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1822 Nr. 3 BGB.⁴³

³⁷ Siehe hierzu bereits Ziffer III.1. a).

³⁸ Vgl. *Damrau*, ZEV 2000, 209, 210 unter Hinweis auf Entscheidungen des BGH und auf BVerfGE 72, 155, 170.

³⁹ *Grunsky*, ZEV 2008, 611, 612; vgl. auch OLG Bremen, ZEV 2008, 609 m. w. N.

⁴⁰ Näher hierzu *Staudinger/Engler*, § 1822 Rdnr. 54 und *Erman/Saar*, § 1822 Rdnr. 10 ff., jeweils m. w. N.; vgl. auch *Damrau*, ZEV 2000, 209.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 72, 155.

⁴² *Staudinger/Engler*, § 1822 Rdnr. 54 und *Erman/Saar*, § 1822 Rdnr. 10 ff., jeweils m. w. N.

⁴³ Unzutreffend daher *Scherer/Feick* in Bonefeld/Daragan/Wachter, Der Fachanwalt für Erbrecht, Rdnr. 157, die wohl nur bzgl. der GbR entsprechend differenzieren.

Anders solle aber, wie das OLG München in einem *obiter dictum* feststellt, dann zu entscheiden sein, wenn die Kommanditgesellschaft ein Erwerbsgeschäft⁴⁴ betreiben würde. Das Gericht geht sogar noch weiter. Auch die Vermögensverwaltung könne der Genehmigungspflicht unterliegen, wenn sie sich ausweitet. Bereits „die Aufnahme einer anders gelagerten, erheblich umfangreicheren Vermögensverwaltung, die als Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1822 Nr. 3 BGB anzusehen wäre, bedürfe als wesentliche, dem Neueintritt der minderjährigen Kommanditisten in eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft gleichkommende Änderung des Gesellschaftsvertrages, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts“.

Diese Differenzierung ist nicht unproblematisch.⁴⁵ Nach dem BGH ist „bei der Beurteilung, ob ein in Frage stehendes Geschäft unter eine der Ziffern der Bestimmungen fällt, [...] nach der ständigen Rechtsprechung des Senats der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen“.⁴⁶ Die vom OLG München aufgestellten Kriterien laufen diesen Vorgaben grundsätzlich zuwider. Zudem stellt sich die Frage, durch wen und vor allem wann eine solche Ausweitung zu überprüfen ist.

Auf der anderen Seite ist aber nicht zu leugnen, dass die Grenzen zwischen reiner Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft fließend sein können. Es ist zumindest erwägenswert, ob nicht wegen der Gefahr unterbleibender nachträglicher Überprüfung im Sinne vorsehender Rechtspflege eine stärkere „Eingangskontrolle“ erfolgen sollte, um die Interessen der minderjährigen Gesellschafter zu wahren. Im Zweifel sollte jedoch nicht der Notar, sondern das Gericht diese Grenzen ziehen und auf deren Einhaltung achten.

c) Auffassung des OLG Bremen

In dem der Entscheidung des OLG Bremen⁴⁷ zugrundeliegenden Sachverhalt wurden in voller Höhe eingezahlte Kommanditanteile an einer Familien-KG, deren Gegenstand die Beteiligung an anderen Unternehmen sowie die nicht gewerbliche Verwaltung dieser Beteiligungen ist, übertragen und unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Handelsregister abgetreten.

Das OLG Bremen stellt zutreffend darauf ab, dass die persönliche Haftung des Minderjährigen und sein Verlustrisiko auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage beschränkt sind, so dass die Übertragung nicht rechtlich nachteilig sein könne, sondern lediglich die Gefahr einer nachträglichen Reduzierung der Vorteile des Übertragungsgeschäfts bestehe. In der Vorschrift des § 172 Abs. 4 HGB sieht das Gericht ebenso wenig wie in § 176 HGB – wegen der aufschiebend bedingten Abtretung – eine rechtliche Nachteilhaftigkeit. Zudem führt das OLG Bremen noch den Aspekt fehlenden unternehmerischen Risikos an und schließt § 1822 Nr. 3 BGB wegen der rein privat und vermögensverwaltend und nicht gewerblich tätigen Kommanditgesellschaft aus.

d) Zwischenergebnis

Auch wenn vieles dafür spricht, die Genehmigungspflicht bei unentgeltlicher Anteilsübertragung generell zu verneinen, sollte vor dem Hintergrund der weiter bestehenden Rechtsunsicherheit und der Entscheidungsdivergenzen in der ober-

⁴⁴ Siehe hierzu näher oben unter II. 2.

⁴⁵ Kritisch auch *Grunsky*, ZEV 2008, 609.

⁴⁶ BGHZ 107, 23, 30.

⁴⁷ ZEV 2008, 608 = RNotZ 2008, 625.

gerichtlichen Rechtsprechung in jedem Fall vorsorglich die familiengerichtliche Genehmigung beantragt werden, und zwar auch dann, wenn eine rein vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft vorliegt.

IV. Erwerb eines Kommanditanteils von Todes wegen

Wird der Minderjährige Erbe, erübrigt sich die Frage nach einem Übertragungsakt. Der Kommanditanteil geht – ohne weitere Voraussetzungen – auf den Minderjährigen im Wege der Sondererbfolge⁴⁸ über. Eine Mitwirkung eines Ergänzungspflegers oder eine familiengerichtliche Genehmigung sind nicht erforderlich.

Bei der Erfüllung eines Vermächtnisses zugunsten des Minderjährigen sollen ebenfalls keine Bestellung eines Ergänzungspflegers und keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sein. Die Erfüllung sollen die Eltern selbst dann vornehmen können, wenn sie selbst die Erben sind, da das Selbstkontrahieren in diesem Fall in Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis (§ 181 Hs. 2 BGB) erfolgt.

Fraglich ist aber, ob dies auch dann zu gelten hat, wenn die Erfüllung unstreitig mit rechtlichen Nachteilen (beispielsweise bei einer nicht voll eingezahlten Kommanditeinlage), verbunden ist. Dagegen könnte sprechen, dass bei einer schenkweisen Zuwendung eines Kommanditanteils, dessen Einlage nicht vollständig geleistet wurde, wohl zwingend ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Nach bisher herrschender Meinung wurde dieses Ergebnis über eine Gesamtbetrachtungslehre erreicht. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (im Bereich der Grundstücksschenkungen) wird dies nunmehr unter „stiller“ Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre über eine teleologische Reduktion des § 181 BGB erreicht. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft ist dann als wirksam anzusehen.⁴⁹ Dieser Ansatz erscheint uns aber verfehlt. Wird das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als wirksam erachtet, so geschieht die Übertragung in Erfüllung einer Verbindlichkeit. Für eine teleologische Reduktion des § 181 Hs. 2 BGB besteht auch in diesem Fall kein Bedürfnis.⁵⁰

Auch sollte die Rechtslage bei der Vermächtniserfüllung nicht anders wie bei der Erbfolge behandelt werden. Selbst wenn der geänderten Rechtsprechung des BGH zur lebzeitigen

Schenkung gefolgt werden sollte, rechtfertigt sich eine abweichende Behandlung der Vermächtniserfüllung aus der anderweitigen Konstruktion des Gesetzes im Falle der Rechtsnachfolge von Todes wegen. Anders als bei der lebzeitigen Schenkung soll der Minderjährige im Erbfall nicht vor dem Aufdrängen einer Position, sondern vor dessen Verlust geschützt werden, weshalb grundsätzlich die Ausschlagung der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§ 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB), nicht aber die Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses.

Aus diesen Gründen kann die Erfüllung eines Vermächtnisses auch dann ohne Ergänzungspfleger vorgenommen werden, wenn sie rechtlich nachteilig ist.

Eine gerichtliche Genehmigung ist ebenfalls nicht erforderlich, da § 1822 Nr. 3 BGB lediglich Verpflichtungsgeschäfte, nicht aber zur Erfüllung des Vermächtnisanspruchs geschlossene Erfüllungsgeschäfte erfasst.⁵¹

V. Zusammenfassung

1. Gründen Eltern mit ihrem minderjährigen Kind eine Kommanditgesellschaft ist zwingend ein Ergänzungspfleger heranzuziehen. Ob eine gerichtliche Genehmigung für die Gründung erforderlich ist, hängt davon ab, ob die Gründung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erfolgt. Bei vermögensverwaltenden Gesellschaften ist strittig, wann dieser Tatbestand vorliegt.
2. Zur unentgeltlichen Übertragung von voll einbezahlten Kommanditeilen von Eltern an ihr minderjähriges Kind ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers grundsätzlich nicht notwendig, wenn die Übertragung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Übertragung in das Handelsregister erfolgt. Etwas anderes gilt, wenn im Zuge der Übertragung nachteilige Regelungen getroffen werden. Eine gerichtliche Genehmigung ist richtigerweise ebenfalls nicht erforderlich. § 1822 Nr. 3 (3. Alt.) BGB findet keine entsprechende Anwendung.
3. Soll ein Kommanditanteil im Wege der Vermächtniserfüllung von Eltern an ihr minderjähriges Kind übertragen werden, so ist kein Ergänzungspfleger zu bestellen. Auch eine gerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich.
4. Solange die oben aufgezeigten Problemfelder bei der Kommanditbeteiligung Minderjähriger durch den BGH nicht höchstrichterlich geklärt sind, sollte in der Praxis auf die Bestellung eines Ergänzungspflegers (sofern auch die Eltern beteiligt sind) und eine familiengerichtliche Genehmigung hingewirkt werden.

⁴⁸ *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 177 Rdnr. 3.

⁴⁹ Vgl. BGH, NJW 2005, 1430; so auch die überwiegende Literaturansicht: vgl. *Erman/Palm*, § 107 Rdnr. 5; *Soergel/Hefermehl*, BGB, § 107 Rdnr. 5; *Jauernig*, JuS 1982, 576; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 74; *Kern*, JA 1990, 281, 284; *Ultsch*, Jura 1998, 524, 528; *Lorenz*, LMK 2005, 25 (jeweils bei Grundstücksschenkungen); näher zum Ganzen: *Menzel/Führ*, JA 2005, 859, 863.

⁵⁰ Näher hierzu *Menzel/Führ*, JA 2005, 859, 863.

⁵¹ *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 168; *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1822 Rdnr. 13.

TAGUNGSBERICHT

Grundschulden und Risikobegrenzungsgesetz

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität am 18.11.2009

Von *Tilman Kunze*, München

Die Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität befasste sich am 18.11.2009 mit Änderungen des Rechts der Sicherungsgrundschuld, die durch das Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (sog. Risikobegrenzungsgesetz) vom 12.8.2008 eingeführt wurden. Die Neuregelungen dieses Gesetzes knüpfen an die Praxis der Kreditwirtschaft an, Darlehensforderungen gegen Kunden nicht im eigenen Portfolio zu behalten, sondern einschließlich bestellter Sicherungsgrundschulden an Finanzinvestoren weiterzuveräußern.

Nach der Begrüßung des Fachpublikums durch den geschäftsführenden Direktor der Forschungsstelle, Prof. Dr. *Johannes Hager*, betonte der Dekan der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof. Dr. jur. Dr. phil. *Alfons Bürge*, in seinem Grußwort, dass es ihn als Rechtshistoriker fasziniere, wie sich zunächst einfach erscheinende Postulate doch allmählich gegen mannigfaltige Widerstände durchsetzten. So sei die Zession, an deren Entwicklung gerade die Notariatspraxis großen Anteil gehabt habe, von der zivilistischen Wissenschaft des 19. Jahrhunderts über lange Zeit offen abgelehnt worden. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts habe sich – als Beispiel sei *Windscheid* zu nennen – der Wind gedreht. Siegreich geblieben sei letztlich der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Forderung.

Betrachte man die geistigen Grundlagen des Widerstandes, so sehe man, dass der hohe Wert der Privatautonomie, welche die freie Wahl des Vertragspartners umfasse, es nicht erlaubte, eine Forderung gegen den Willen eines vertraglich gebundenen Schuldners zu übertragen. Letztlich habe jedoch das wirtschaftliche Denken obsiegt. Dass eine seriöse Kreditwürdigkeitsprüfung unverzichtbar sei, habe die Krise der amerikanischen Hypothekenbanken gezeigt. Das Risikobegrenzungsgesetz biete nun eine Vielzahl an Varianten im Umgang mit der Abtretung. *Bürge* zeigte sich überzeugt, dass die Notare im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlichen Interessen und den Gepflogenheiten des loyalen Verkehrs gute und interessante Lösungen finden würden.

Prof. Dr. *Johannes Köndgen* von der Universität Bonn eröffnete den inhaltlichen Teil der Tagung mit seinem Vortrag zur „Übertragung von Darlehensforderungen im Spannungsfeld von Bürgerlichem Recht, Umwandlungsrecht und Vollstreckungsrecht“.

Zum Auftakt erläuterte *Köndgen*, dass bezüglich der Übertragung von Portfolios in schuldrechtlicher Hinsicht die Zession der Darlehensrückzahlungsforderungen an den Erwerber auf der Basis eines Forderungsverkaufs in Frage komme (Einzelrechtsnachfolge), während in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht an eine Gesamtrechtsnachfolge durch Abspaltung zu denken sei. Der Schutz des Schuldners erfolge bei der Singularsukzession gemäß § 404 BGB bzw. in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht gemäß § 767 ZPO. Bei der Universalsukzession finde wegen § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, der sog. Unternehmenskon-

tinuität, eine Suspendierung der §§ 399, 415 BGB statt. §§ 133, 134 UmwG und § 125 i. V. m. § 22 UmwG gewährten eine umwandlungsrechtliche Sicherheit.

Köndgen widmete sich nun unter der Überschrift „Wie man Heuschrecken züchtet“ der Frage, worin die Schwachstellen vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes bestanden. So sei der materiellrechtliche Statusschutz gemäß § 404 BGB hinsichtlich der Grundschuld durch den seit BGHZ 59, 1 = DNotZ 1972, 612 extensiv interpretierten Gutglaubensschutz gemäß § 1157 Satz 2 BGB zum Teil ausgehebelt worden. Datenschutz und Bankgeheimnis begründeten seit BGHZ 171, 180 = MittBayNot 2007, 485 kein Abtretungshindernis gemäß § 399 BGB mehr. Bei der Abspaltung nach dem UmwG seien §§ 399, 404 BGB ohnehin nicht anzuwenden, die Aufweichung des Bankgeheimnisses falle unter das „Umwandlungsprivileg“, und aufgrund der umwandlungsrechtlichen Fiktion der Identität des Gläubigers bestehe noch weniger Vollstreckungsschutz als bei der Zession.

Das Instrumentarium des Risikobegrenzungsgesetzes sehe nun einen Schutz des Schuldners durch verbesserte Informationsrechte gemäß §§ 309 Nr. 10, 492 a, 496 Abs. 2 BGB vor. § 498 Abs. 3 BGB Sorge für einen verbesserten Kündigungsschutz für Immobiliendarlehen, §§ 1192 Abs. 1 a, 1193 Abs. 2 BGB führten zu einem verbesserten Statusschutz für Schuldner bzw. Eigentümer. Für einen besseren Schutz gegen vorilige Zwangsvollstreckung stünden §§ 769, 799 a ZPO.

§ 309 Nr. 10 BGB, so *Köndgen*, sei zwar gut gemeint, laufe aber, da nur die Vertragsübernahme betreffend, praktisch leer. Ob die Verletzung von Informationspflichten Sanktionen nach sich zöge, sei fraglich. Bei § 496 BGB genüge eine Abtretungsanzeige *ex post*, der Schuldner könne sich also nicht mehr wehren. § 498 Abs. 3 BGB sei verfehlt, da es in der Praxis wegen niedriger Tilgungsraten kaum zum kumulativen Vorliegen der Voraussetzungen kommen werde. Einreden aus dem Sicherungsvertrag seien nun gemäß § 1192 Abs. 1 a BGB „abtretungsfest“. Letztendlich handele es sich bei § 769 Abs. 1 ZPO um einen Tropfen auf den heißen Stein, während § 799 a ZPO mit seiner verschuldensunabhängigen Haftung eine leichte Verbesserung gegenüber Ansprüchen aus §§ 812, 823 Abs. 1 BGB darstelle.

Das zweite Referat hielt der Münchner Rechtsanwalt *Martin Gladenbeck* vom Sparkassenverband Bayern zum Thema „Die Grundschuldkündigung unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrags“. Nach einem kurzen Überblick über die grundschuldrelevanten Neuerungen – wie etwa § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB – widmete sich *Gladenbeck* der Grundschuldkündigung. Gegenstand der Kündigung sei das Grundschuldkapital und nicht Zinsen und sonstige Nebenleistungen. Die Voraussetzungen der Kündigung seien streitig. In der Literatur werde eine jederzeitige Kündbarkeit vertreten (*Bachner*, DNotZ 2008, 644, 647), unter Verweis auf die Warnschussfunktion des § 1193 BGB n. F. auch eine Kün-

digung erst bei Krise des Kreditnehmers (*Hinrichs/Jaeger*, ZfLR 745, 750) bzw. erst bei objektiv nachvollziehbarem Bedürfnis (MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1193 Rdnr. 6). Ohne gesonderte Abrede im Sicherungsvertrag, so eine Ansicht, könne die Grundschuld erst nach Fälligkeit des Darlehens gekündigt werden (*Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, vor § 1191 Rdnr. 105). Letztendlich aber, so *Gladenbeck*, hätten diese verschiedenen Ansichten keine praktische Bedeutung (vgl. *Gaberdil/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl., Rdnr. 278).

Bei den Kündigungsvoraussetzungen sei zwischen dem rechtlichen Können auf dinglicher Ebene und dem rechtlichen Dürfen auf schuldrechtlicher Ebene zu unterscheiden. Aufgrund der Abstraktheit der Grundschuld könne die Kündigung jederzeit wirksam ausgesprochen werden. Der Treuhandcharakter des Sicherungsvertrages gebiete es allerdings, nur insoweit vom Sicherungsrecht Gebrauch zu machen, als es zur Wahrung des Sicherungsinteresses notwendig ist. Die Fälligkeit der Grundschuld sei also nicht mit ihrer Verwertungsreife gleichzusetzen. Ausdrückliche Regelungen über die Kündbarkeit könnten im Rahmen der Vertragsfreiheit und der §§ 305 ff. BGB getroffen werden. *Gladenbeck* widmete sich nun der Auslegung des Sicherungsvertrags. Zu klären sei, ob diese zu einer Kündbarkeit der Grundschuld erst mit Fälligkeit der gesicherten Forderung führen könne. Hier müsse eine Interessenabwägung stattfinden, die einerseits das Verwertungsinteresse des Gläubigers berücksichtigt, andererseits für den Schuldner die aus dem Schutzzweck des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB zu folgernde Möglichkeit bestehen lässt, eine Verwertung abzuwenden. Letztlich führe der Treuhandcharakter des Sicherungsvertrages zu einem Gleichlauf der Fälligkeit von Grundschuld und gesicherter Forderung. Das Recht zur Kündigung bestehe deshalb erst mit Fälligkeit der gesicherten Forderung.

Zum Abschluss ging *Gladenbeck* auf den Zeitpunkt der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ein. Bei einem Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit der Grundschuld werde ein vollstreckbarer Anspruch unabhängig von einer Bedingung i. S. d. § 726 ZPO geschaffen (vgl. BGH, WM 2001, 2352, 2353). Ohne Nachweisverzicht könne die Erteilung der Vollstreckungsklausel erst bei Nachweis über den Zugang der Grundschuldündigung erfolgen. Dies entspreche der wohl herrschenden Meinung, eine Klarstellung sei dennoch sinnvoll. Habe der Notar den Zeitpunkt des Kündigungszugangs festgestellt, dürfe die Klauselerteilung bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgen, da auch das Vollstreckungsorgan den Fristablauf prüfen könne.

Notar *Michael Volmer* aus Obernbürg am Main referierte zu „Kreditsicherung durch Grundschulden nach dem Risikobegrenzungsgesetz“. In Anbetracht der Tatsache, dass sich bei der Verkehrshypothek an der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs „in Ansehung der Forderung“ nach § 1137 BGB nichts geändert habe, warf *Volmer* die Frage auf, ob es damit zu einer Renaissance der Hypothek kommen werde. Ausgehend von der statistischen Feststellung, dass übliche Bankkredite auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes

zu 100 % über Sicherungsgrundschulden besichert würden, ging *Volmer* auf die Gründe hierfür ein. Grundschuldabtretungen seien meist schuldnerveranlasst, ein gutgläubig einrederefreier Erwerb scheide aufgrund des neuen Sicherungsvertrages mit dem Zessionar aus. Die Inhaberschaft am dinglichen Recht könne der Zessionar aber weiterhin gemäß § 892 BGB erwerben. Bei einer Verkehrshypothek bestünden zahlreiche Unzulänglichkeiten. Die Grundbucheintragung sei für die heutige Finanzierungspraxis viel zu schwerfällig, da Forderungsänderungen oder geänderte Darlehensbedingungen ins Grundbuch eingetragen werden müssten. Die Entwicklungsgeschichte der Hypothek habe sich deshalb stets als Kampf gegen die Akzessorität und begleitet von einer findigen Vertragsgestaltung dargestellt.

Volmer wandte sich nun der bis August 2008 herrschenden Praxis zum gutgläubig einrederefreien Erwerb einer Grundschuld durch Zession zu. Nach BGHZ 59, 1 = DNotZ 1972, 612 genüge für eine rechtlich relevante Bösgläubigkeit des Zessionars hinsichtlich des Bestands von Einreden nicht die Kenntnis vom allgemeinen Charakter einer Grundschuld als Sicherungsgrundschuld. Diese Kenntnis sei regelmäßig gegeben. Der Zessionar müsse darüber hinaus vielmehr auch wissen, dass die Grundschuld nicht in vollem Umfang valuiert sei. Bei der nach BGHZ 59, 1 maßgeblichen Einrede der Nichtvaluierung handle es sich um eine anfänglich nicht bestehende, später hinzutretende Einrede, die dann zur Vermeidung des gutgläubigen Erwerbs im Grundbuch zu vermerken sei.

Volmer wies darauf hin, dass sich aus dem Sicherungsvertrag auch die Einrede ergebe, wonach die Grundschuld erst bei Fälligkeit der abgesicherten Forderung verwendet werden darf. Die Grundschuld, so *Volmer*, werde ja nicht zur sofortigen Verwertung bestellt, sondern erst zur Verwertung bei drohendem Kreditausfall. Stelle man daher wie BGHZ 155, 63 = DNotZ 2003, 707 die Einrede des Nichteintritts des Sicherungsfalls in den Vordergrund, bestehe diese Einrede von der Bestellung der Grundschuld an. Sie müsse, um dem Gläubiger eine Grundstücksverwertung zu ermöglichen, später wegfallen. Für den Zessionsfall folge daraus, dass der Zessionar Kenntnis von dieser Einrede hat, sobald er weiß, dass es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt. Während das Grundbuch über den Wegfall dieser Einrede ohnehin nichts sage, gebe es kein Vertrauen darauf, dass bei einer Sicherungsgrundschuld der Sicherungsfall eingetreten sei.

Bei einem gleichzeitigen Forderungserwerb müsse hinsichtlich der Bösgläubigkeit berücksichtigt werden, dass sich die zedierende Bank keinen Schadensersatzansprüchen aussetzen wolle. Mehr als die Offenlegung der zedierten Forderung könne und solle man aber von einem Zedenten zur Vermeidung seiner Haftung nicht verlangen. Eine Bösgläubigkeit des Grundschuldzessionars erscheine somit plausibel, so dass etwaigen Beweisangeboten des Grundstückseigentümers in dieser Hinsicht unbedingt nachgegangen werden müsse.

Die Vorträge der Referenten begeisterten die Zuhörerschaft und regten auf dem sich anschließenden Empfang zu vertiefenden Fachgesprächen und lebhaften Diskussionen an.

BUCHBESPRECHUNGEN

Schmoeckel/Schubert (Hrsg.): *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen. Nomos, 2009. 619 S., 149 €*

Mit dem Handbuch liegt erstmals ein Werk vor, das sich nicht nur mit dem Notariat und seiner Geschichte in einem begrenzten Gebiet beschäftigt, sondern seine Entwicklung im gesamten europäischen Raum und darüber hinaus auch in der Neuen Welt darlegt. Die Beiträge entstanden aus einer Internationalen Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn am 21./22.9.2007 unter der Leitung von Prof. Dr. *Mathias Schmoeckel*. Neunzehn Beiträge in- und ausländischer Rechtshistoriker behandeln repräsentativ für die Länder europäischer Rechtstradition die Entwicklungen des Notariats vom Hohen Mittelalter bis zur Gegenwart.

Die Geschichte des Notariats in Deutschland untersucht *Werner Schubert*. Er zeigt auf, wie seit dem Spätmittelalter der Notar nach italienischem Vorbild, in engem Zusammenhang mit dem kanonischen Recht, in zunehmendem Maße auch in Deutschland auftritt. Mit öffentlichem Glauben versehen tritt die notarielle Urkunde gleichwertig neben die Siegelurkunde. Eine reichsgesetzliche Ordnung erhält das Notariat mit der Reichsnotariatsordnung Kaiser Maximilians I. von 1512, die, ohne unmittelbare Geltung, als gemeinsame Grundlage des gesamten deutschen Notariats angesehen werden kann. Mit der Verlagerung der öffentlichen Gewalt auf die Territorien folgt eine Auseinanderentwicklung in den einzelnen Herrschaftsgebieten. Zwar liegen zahlreiche partikularrechtliche Arbeiten vor, doch fehlt es, wie *Schubert* betont, an einer zusammenhängenden Darstellung der Entwicklung von 1512 bis zum Ende des Alten Reichs. Von grundlegender Bedeutung für das Notariat ist in napoleonischer Zeit das *Ventôse*-Gesetz von 1803, das in den Territorien im französischen Einflussbereich mehr oder minder vollständig übernommen und auch in der Folgezeit von maßgeblichem Einfluss auf die heutige Notarorganisation wurde. So blieb es in der Pfalz im Wesentlichen bestehen und wurde zum Vorbild für das bayerische Notariatsgesetz von 1861. In Preußen bestand bereits ein gefestigtes Notariatsrecht, es kam zur Verbindung des Notariats mit der Advokatur, die Grundlage für das heutige Anwaltsnotariat. Nach der Reichsgründung 1871 wurde trotz verschiedener Anläufe eine Vereinheitlichung des Notarrechts erst mit der Reichsnotarordnung von 1938 erreicht, auf der die Bundesnotarordnung von 1961 aufbaut.

Die grundlegende Entwicklung des frühen Notariats zeigen *Maria Gigliola di Renzo Villata* und *Orazio Condorelli* mit ihren Beiträgen über das Notariat in Nord- und Süditalien, fortgeführt bis zum aktuell geltenden Recht. Zur frühen Entwicklung des Notariats in Ostrom und Byzanz aus den Grundlagen des römischen Rechts und der Gesetzgebung Justinians sind die überaus informativen Ausführungen von *Helen Saradi-Mendelovici* in ihrem Beitrag über die Geschichte des griechischen Notariatssystems von besonderer Bedeutung.

Die Entwicklung des „lateinischen“ Notariats im westlichen Europa ist in den Beiträgen von *Rafael Garcia Pérez* für Spanien und *Franck Roumy* für Frankreich dargelegt, dort vor allem die Einführung des italienischen Notariats in Südfrankreich gegenüber der andersartigen Entwicklung in Nordfrankreich, weitergeführt über die Versuche der Vereinheitlichung bis zur Neuordnung durch das *Ventôse*-Gesetz von 1803. Des-

sen maßgebliche Grundsätze des modernen Notariats haben im Wesentlichen auch heute noch Gültigkeit und wurden Vorbild und Quelle für die Notarordnungen vieler Länder.

Das Notariat in den Niederlanden und Belgien behandeln die Beiträge von *Sebastiaan Roes* und *Fred Stevens*, wobei für die Entwicklung in beiden Ländern die wechselnden politischen Gegebenheiten von Bedeutung waren. Beachtenswert sind die Ausführungen zur 1999 erfolgten Änderung des Notariatsrechts in den Niederlanden, die auch eine Freigabe der Notariatskosten brachte und als Folge zu einer zunehmenden Kommerzialisierung und damit verbunden zu einer Abnahme der Qualität der notariellen Tätigkeit führte.

Der Beitrag von *Christian Neschwara* informiert über die Geschichte des Notariats in Österreich-Ungarn. Neben einem Exkurs über Ungarn bezieht er auch die Bereiche früherer Habsburger Herrschaft in Böhmen, Dalmatien und weiteren Gebieten des Balkans, in Galizien und der Bukowina ein, in denen die österreichischen Entwicklungen zum Teil bis zum Zweiten Weltkrieg Fortbestand hatten oder als Vorbild dienten. Auch in neuester Zeit war das österreichische Notariat von Einfluss auf die Neuordnung des Notariatswesens in Ungarn, Polen und Slowenien.

Die sehr differenzierte Entwicklung in der Schweiz lässt sich dem Beitrag von *Michele Luminati* entnehmen. Hier wird die Konkurrenz der notariellen Beurkundung zur Siegelurkunde oder der behördlichen Beurkundung deutlich, die neben dem Einfluss der Notariatsordnungen in den Nachbarländern zu ganz unterschiedlichen Notariatsformen in den einzelnen Kantonen führte. Heute lässt sich deren Notarorganisation in drei große Gruppen einteilen, eine Karte gibt hierüber Auskunft.

Ganz anders stellt sich die Geschichte des Notariats in den skandinavischen Ländern dar. Zwar lassen sich im Mittelalter in Dänemark, wie *Ditlev Tamm* darlegt, unter Einfluss des kanonischen Rechts überraschend viele Notare feststellen, doch verlor das Notariat nach der Reformation infolge stark eingeschränkten Geschäftsbereichs rasch an Bedeutung und wurde 1972 gänzlich abgeschafft. Ähnlich sind die Notare in Norwegen, wie der Beitrag von *Hans Fredrik Marthinussen* und *Jørn Øyrehagen Sunde* herausstellt, mangels Kompetenzen von geringer Bedeutung. *Heikki Pihlajamäki* weist darauf hin, dass auch in Finnland und Schweden das Notariat zentral-europäischer Prägung sich trotz mehrerer Initiativen nicht durchsetzen konnte. Dies wird deutlich aus dem Vorrang der mündlichen Rechtstradition gegenüber der Tradition des geschriebenen Rechts.

Die Entwicklung in Polen wird von *Danuta Janicka* behandelt. Auch dort findet das Notariat im Mittelalter Eingang in engem Zusammenhang mit der Ausbreitung des kanonischen Rechts. Das moderne polnische Notariat beruht vor allem auf der Übernahme des französischen Rechts. Mangels staatlicher Souveränität wurde dieses jedoch überlagert von den Notariatsordnungen der Teilungsmächte. Nach Wiederherstellung des polnischen Staates vereinheitlichte eine 1934 erlassene moderne polnische Notariatsordnung das Notariatswesen unter Einführung modernster Regelungen. Hieran knüpft, unterbrochen von der sozialistischen Verstaatlichung des Notariats ab 1951, die heutige Notariatsordnung von 1991 in der Hauptsache an.

Martin Avenarius betont, dass in Russland von einem echten Notariat erst ab dem 19. Jahrhundert gesprochen werden

kann, vorher oblag die Aufnahme öffentlicher Urkunden staatlichen Organisationen. Als Folge der Öffnung gegenüber dem westlichen Ausland erfolgte im 18. Jahrhundert die Einführung öffentlicher Notare für Wechselgeschäfte. Eine erste Ordnung des Notariatswesens erfolgte 1866, jedoch waren die Notare als Staatsbeamte Teil der Gerichtsorganisation. Besondere Regelungen galten für die Börsennotare. Eine ganz andere Stellung des Notars brachte nach der Revolution die sozialistische Rechtsordnung. Das 1993, unter intensiver Beratung insbesondere auch von deutscher Seite, erlassene Grundlagengesetz über das Notariat führte neben dem fortbestehenden staatlichen Notariat das freie Notariat lateinischer Prägung ein. Unter Aufgabe des staatlichen Monopols wird die Gleichwertigkeit der Akte freier Notare mit denen staatlicher Notare bestimmt. In der Praxis nimmt jedoch die staatliche Einflussnahme durch eine immer ausgedehntere behördliche Kontrolle zu. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Mit dem Notariat in England befasst sich *Nigel Ramsay*. Dort konnte sich der Notar lateinischer Prägung kaum durchsetzen, die Siegelurkunde blieb vorherrschend. Dennoch gibt es auch in England Notare, vor allem bedingt durch die Zunahme des internationalen Rechtsverkehrs. Bekannt sind die *scriveners* in der City of London, deren Monopol 1999 aufgehoben wurde.

Die andersartige Entwicklung in Schottland zeigt *John Finlay*. Mit dem römischen Recht fand auch das Notariat Eingang und blieb lange Zeit von Bedeutung. Erst mit dem Vordringen des englischen Rechts verlor es diese zunehmend. Besonders hinzuweisen ist auf die soziologischen Untersuchungen im Anhang, auch für andere Länder ein lohnender Aspekt für künftige Forschungen.

Aus Europa hinaus führt der Beitrag von *Thomas Duve* über das Notariat im frühzeitlichen Hispanoamerika und im späteren Argentinien. Bedingt durch die spanische Herrschaft fanden die europäischen Traditionen Eingang in die Neue Welt und blieben auch nach der Unabhängigkeit, orientiert an den Entwicklungen im romanischen Rechtskreis, von Bedeutung. Die Verbundenheit mit dem Notariat Kontinentaleuropas zeigt sich auch in der 1948 in Buenos Aires erfolgten Gründung der Internationalen Union des Notariats (UINL), der heute größten internationalen Vereinigung des Notariats.

Überraschende Erkenntnisse bringt der Beitrag von *Mathias Reimann*, verbindet man doch mit den Vereinigten Staaten die Figur des *notary public*, der in keiner Weise unserer Vorstellung vom Notar entspricht. Als Folge der Kolonialisierung Nordamerikas sind zunächst Notare kontinentaleuropäischer Prägung in den spanischen, französischen und holländischen Kolonialgebieten stark verbreitet. Erst in der ersten Hälfte des

19. Jahrhunderts führt der Sieg des *common law* mit seinem ganz andersartigen Ansatz der Rechtsanwendung, die ausgeprägte Mündlichkeit des Zivilprozesses und die Ablehnung obrigkeitlicher Einflussnahme auf die privaten Angelegenheiten eigenverantwortlicher Bürger zum Verschwinden des kontinentaleuropäischen Notariats. Lediglich in Louisiana blieb es noch zum Teil erhalten. Die Notwendigkeit der sich verstärkenden Wirtschaftsbeziehungen mit Lateinamerika brachte in neuester Zeit die Rückbesinnung auf den Notar lateinischer Prägung. Florida und Alabama führten 1997 den *civil law notary* gesetzlich ein, andere Staaten erwägen dies ebenfalls. Allerdings bleibt deren Tätigkeit fast ausschließlich auslandsbezogen, im inneramerikanischen Recht ist für den Notar kein Bedarf.

Neben der Darlegung der Entwicklung der verschiedenen Notariatsformen wird in den einzelnen Beiträgen des Handbuchs besonderer Wert auch auf den jeweiligen Stand der Forschung gelegt. Ausführliche Hinweise auf die Literatur zu den verschiedenen Ländern, naturgemäß häufig fremdsprachlich, eröffnen dem Interessierten den Zugang zur weiteren Vertiefung. Auch im Handbuch sind infolge der internationalen Beteiligung nur acht Beiträge in deutscher Sprache, sechs englisch, je zwei französisch und italienisch, einer spanisch. Vielen Beiträgen, leider nicht allen, sind jedoch kurze anderssprachliche Zusammenfassungen beigegeben.

Das Handbuch informiert umfassend über die aktuell bestehenden Notariatsformen und den Hintergrund für deren Entwicklung. Auch wenn naturgemäß nicht alle Staaten und Territorien berücksichtigt werden konnten, sind alle wichtigen Bereiche des Notariats repräsentiert. Jeweiliger politischer und gesellschaftlicher Hintergrund, Voraussetzungen der Rechtswirklichkeit und Herrschaftsansprüche der staatlichen Obrigkeit machen die verschiedenen Ausformungen des notariellen Berufs deutlich. Immer wieder lassen die einzelnen nationalen Entwicklungen die Bedeutung des spätmittelalterlichen italienischen Notariats und in der Neuzeit des französischen Notariatsgesetzes von 1803 erkennen und zeigen die Zusammengehörigkeit der nationalen Einzelentwicklungen in einem gesamteuropäischen Rahmen. Das Handbuch gibt erstmals die Möglichkeit einer Zusammenschau der Gemeinsamkeiten des Notariats europäischer Traditionen, aber auch der Gründe der Andersartigkeit der verschiedenen Notariatsformen. Zugleich wird, trotz der gemeinsamen Wurzeln, die Schwierigkeit einer künftigen europäischen Rechtsvereinheitlichung deutlich. Das Handbuch ist nicht nur für den historisch Interessierten uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar *Herbert Oberseider*, München

Notare und Notarssignete vom Mittelalter bis zum Jahr 1600 aus den Beständen der Staatlichen Archive Bayerns. Generaldirektion der Staatlichen Archive Bayerns, 2008. 703 S., 55,70 €

Die Nachrichten aus den Staatlichen Archiven Bayerns vom 1.7.1976, Nr. 12 berichteten darüber, dass die Mitarbeiterin Frau *Elfriede Kern* beim Bayerischen Hauptstaatsarchiv eine Sammlung von Notariatsurkunden angelegt hat, die zur Zeit (1976) schon eineinhalbtausend Notare und ihre Signete bis zum Jahre 1600 mit rund 5000 Belegen umfasst. Nach nunmehr 32 Jahren ist die Sammlung, die während all der Jahre

von Frau *Elfriede Kern* unermüdlich fortgeführt und erweitert wurde, dank des Einsatzes u. a. der Notare Prof. Dr. *Helmut Schippel* (†) und Dr. *Ulrich Bracker* sowie einer großzügigen Spende der Landesnotarkammer Bayern in vorliegender Edition als erster Band erschienen.

Das Notarssignet oder Notariatssignet ist das kleine Zeichen (*signum*, *signetum*) des eine Urkunde fertigenden oder beglaubigenden Notars, das derselbe links von seiner Unterschrift zeichnerisch am Schluss auf der von ihm errichteten Urkunde anbrachte. Es gehört mit zu den notwendigen Merkmalen der Notariatsurkunde, die dieser öffentlichen Glauben verleiht (*Gerig* in Vom Sachenspiegel zum Code Napoléon.

Kleine Rechtsgeschichte im Spiegel alter Rechtsbücher, 4. Aufl. 1978, S. 202; *Schmidt-Thomé* in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, 1984, Sp. 1049 ff.).

Leitender Archivdirektor a. D. *Albrecht Liess* hat dem Werk eine Einführung (S. 9–16) unter weitgehender Berücksichtigung der bisher erschienenen Literatur zum Notariatssignet vorangestellt (vgl. insoweit auch die Bibliographie zur Geschichte des deutschen Notariats, 2007, S. 417 „Notariatssignet“).

Auf den Seiten 19 mit 590 sind 2884 Notariatssignete unter Nennung der Notare in chronologischer Folge abgebildet. Die Seiten 591 mit 701 beinhalten den Index der Personen und Orte, den Index der Diözesen, den Quellennachweis geordnet nach Notaren und den Quellennachweis geordnet nach Archiven und Beständen. Die Seiten 702 und 703 beinhalten die Beschreibung der Abbildungen auf dem Einband sowie die Abbildung einer Notariatsurkunde.

Liess weist in seiner Einführung darauf hin, dass kaum ein Archiv auf Anhieb sagen kann, wie viele Notariatsurkunden es verwahrt. Die Urkunden müssten jeweils erst in den Beständen einzeln ermittelt werden (S. 9, 10), gleichwohl wird mit der vorliegenden Ausgabe die bisher umfangreichste Sammlung an Notariatssigneten in Druck und Bild der Forschung zur Verfügung gestellt. Der Band enthält grundsätzlich die in den Urkundenbeständen der bayerischen staatlichen Archive bis 1600 nachgewiesenen Signete. Nicht berücksichtigt sind die umfangreichen Bestände des Reichskammergerichts im Hauptstaatsarchiv. Bei den fränkischen staatlichen Archiven Bamberg, Nürnberg und Würzburg wur-

den die Notariatsurkunden nur bis zum Jahr 1400 berücksichtigt. Die Veröffentlichung der Notarsurkunden der fränkischen Archive der Jahre 1401–1600 bleibt einem zweiten Band vorbehalten, der auch die Publikation der bereits von Frau *Elfried Kern* ermittelten weiteren biographischen Daten zu den Notaren des vorliegenden Bandes enthalten wird.

Eine Auswertung der vernachlässigten Urkundenbestände der Stadt-, Kloster- und Diözesanarchive sowie der Archive der ehemaligen adeligen Häuser in Bayern, wenn auch in diesen Bereichen regelmäßig die Urkunden der Stadtschreiber und Offiziale sowie die Siegelurkunde dominierend waren, dürfte zur Entdeckung weiterer Signete führen und die Kenntnisse über die in Bayern bis zum Jahre 1600 tätigen Notare erweitern.

Die abgebildeten Signete, deren Vielfältigkeit und Gestaltungsfreude lassen erahnen, mit welcher Phantasie die Notare, eingebunden in ihr soziales Umfeld zunächst durch Kaiser und Papst, später durch Humanismus und Renaissance, dieselben entwarfen und verwendeten, um ihre Amtsausübungsauffassung gegenüber jedermann zu verdeutlichen.

Den Erwerb des äußerst preiswerten und repräsentativen Bandes, darstellend einen kleinen aber bedeutsamen Ausschnitt aus der Rechtswirklichkeit der Notariatsgeschichte, sollte jeder Notar zur Bereicherung seiner Bibliothek oder als Geschenk an Freunde in Erwägung ziehen. Letztlich bleibt nur zu hoffen, dass nicht wieder 32 Jahre vergehen, bis der zweite Band erscheint.

Notar a. D. *Wolf-George Harms*, Johannesberg/Ufr.

Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 2. Aufl., ZAP Verlag, 2010. 3 564 S., 178 € + CD-ROM

Vier Jahre nach Erscheinen der Erstauflage liegt nunmehr die 2. Auflage des „Würzburger Notarhandbuchs“ vor. Im Vergleich zur Voraufgabe hat sich nicht nur der Autorenkreis verändert; *Hermanns*, der das Kapitel Berufsrecht bearbeitet hatte, ist als Autor ausgeschieden, sein Part wurde von *Bischoff* übernommen; als neue Autoren sind ferner *Gottwald* als Bearbeiter zum Grunderwerbsteuerrecht und *Sikora*, der als Koautor neben *Tiedtke* für den Bereich der Notarkosten zuständig ist, zum Bearbeiterkreis gestoßen. Auch der Umfang des Werkes ist – bei jetzt augenfällig kleinerer Schriftgröße – um mehr als 600 Seiten auf nunmehr über 3500 Seiten beträchtlich gewachsen. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass korrespondierend dazu auch der Preis um stolze 30 € gestiegen ist.

Ein Anpassungsbedarf ergab sich nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Gesetzesänderungen seit dem Erscheinen der Voraufgabe, beispielsweise das MoMiG, die Erbschaftsteuerreform 2008, das EHUG, das FamFG, die WEG-Reform oder das RisikobegrenzungsG. Über diese notwendigen Aktualisierungen hinaus hat sich das Handbuch aber auch in anderer Hinsicht verändert: Neu hinzugekommen sind Kurzdarstellungen zum Grunderwerbsteuerrecht (Teil 2 Kap. 12; Teil 5 Kap. 10). Viele Kapitel wurden erheblich erweitert, so etwa der von *Volmer* bearbeitete Abschnitt „Vollstreckbare Urkunde“, in dem sich nun auch Ausführungen zum Europäischen Vollstreckungstitel (Teil 1 Kap. 3 Rdnr. 93 ff.) fin-

den. Andererseits sind einzelne Unterkapitel – der Anregung des Rezensenten der Voraufgabe folgend (*Bülow*, MittBayNot 2006, 24 f.) – gänzlich entfallen, wie zur Gestaltung der Büroräume und zur technischen Ausstattung des Notariats.

Zu den Kapiteln im Einzelnen:

Teil 1 des Notarhandbuches befasst sich unverändert mit den Grundlagen des notariellen Berufsrechts und spannt den Bogen vom Beurkundungsverfahren über die Notarkosten bis hin zur Notarhaftung. Mag die Darstellung mitunter auch etwas zu umfangreich geraten sein – so u. a. die Muster für Vollzugsschreiben oder für Beglaubigungsvermerke (Teil 1 Kap. 4 Rdnr. 182, 186, 236, 238) –, wird bereits in diesem Kapitel deutlich, dass das Werk den aktuellen Stand des Gesetzes und der Rechtsprechung wiedergibt. Das „Gesetz zur Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat“ oder die Änderung des Rechtsmittelverfahrens der KostO durch das FGG-Reformgesetz – um nur einige Beispiele zu nennen – sind vollständig berücksichtigt.

Der anschließende Teil „Immobilienrecht“ kann insbesondere durch *Hertels* Kapitel zum Grundstückskaufvertrag (Teil 2 Kap. 2) überzeugen. Anders als in der Voraufgabe wird nun unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 10.11.2007 (MittBayNot 2008, 122) auch die „Bewilligungslösung“ zur Absicherung des Verkäufers als sichere Alternative zur Auflassungssperre dargestellt (Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 314 f.) und in das instruktive Formulierungsmuster integriert. Schade, dass *Hertel* in dem Unterkapitel „Bauträgervertrag“ nicht den Verkauf durch die Bauträger-GbR thematisiert; erscheint doch im Hinblick auf die Frage der Anwend-

barkeit des § 899 a BGB auf das schuldrechtliche Geschäft problematisch, ob der Bauträgervertrag tatsächlich rechts-wirksam i. S. d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV ist, obgleich man regelmäßig davon ausgehen wird, dass es sich bei der Bauträger-GbR um eine OHG handelt.

Dass *Holland* in dem Abschnitt zur Grundstücksüberlassung (Teil 2 Kap. 7) auf die Möglichkeit einer Pflichtteilsanrechnung durch letztwillige Verfügung hinweist (Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 115), ist sicherlich dem Umstand geschuldet, dass zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses (wohl im September 2009) die endgültige Fassung des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts noch nicht vorlag. Für künftige Neuaufgaben ist darüber hinaus überlegenswert, ob nicht die diversen Ausführungen zur Einkommen- und Schenkungssteuer (Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 11 ff. usw.) der Übersicht halber in das Unterkapitel „Steuerliche Überlegungen der Vermögensnachfolgeplanung“ (Teil 4 Kap. 3) integriert werden, um im Interesse einer strukturierten Darstellung überflüssige Verweisungen und Redundanzen zu vermeiden.

Einen lehrreichen und aktuellen Überblick über die notarrelevanten Bereiche des Familienrechts gewährt Teil 3 des Notarhandbuchs. Weniger bedeutsam für die notarielle Praxis ist hier aber der Abschnitt zur Gestaltung von Partnerschaftsverträgen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, der sich mit Regelungen zur Ausgestaltung der bestehenden Lebensgemeinschaft befasst (Teil 3 Kap. 2 Rdnr. 36 ff.). Auf die durchaus bedeutsame, da von Mandanten häufig aufgeworfene Thematik des gemeinsamen Hausbaus auf dem im Alleineigentum eines Partners oder im Miteigentum beider Partner stehenden Grund wird leider nur ansatzweise eingegangen (Teil 3 Kap. 2 Rdnr. 40).

Die eingehenden Erläuterungen zum Kapitel „Verfügungen von Todes wegen“ bestätigen den sehr guten Gesamteindruck des Werkes. Unter Berufung auf § 2305 BGB und das Risiko einer Ausschlagung (zwecks Pflichtteilsverlangen) empfiehlt *G. Müller* richtigerweise, dem Behinderten bei der letztwilligen Verfügung in der Konstellation des „Behindertentestaments“ auch nach Änderung des § 2306 Abs. 1 BGB weiterhin eine Erbquote zuzuwenden, die (deutlich) den Pflichtteil übersteigt (Teil 4 Kap. 1 Rdnr. 387). Etwas undifferenziert und deshalb nicht unkritisch zu übernehmen ist dagegen *Frenz'* Hinweis, der Zuwendungsverzicht könne auch auf Abkömmlinge erstreckt werden, wenn diese Ersatzbedachte sind (Teil 4 Kap. 1 Rdnr. 511). Nach dem Wortlaut des § 2349 BGB, auf den in § 2352 Satz 3 BGB verwiesen wird, kann dies ausschließlich dann der Fall sein, wenn der Verzichtende ein Abkömmling oder Seitenverwandter des Vertragspartners ist, also nicht bei Stiefkindern etwa (vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805 ff.).

Der folgende Teil 5 behandelt nahezu das gesamte notarrelevante Spektrum auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, angefangen beim Vereinsrecht über die Personen- und Kapitalgesellschaften bis hin zum Umwandlungsrecht und Unternehmenskauf. Die Musterformulierungen nebst den zugehörigen Erläuterungen sind durchweg auf dem Stand der durch EHUG und MoMiG geänderten Gesetzeslage. Ob allerdings die Abfindungsregelung in der Mustersatzung einer GmbH (Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1), die zur Bewertung pauschal auf das „Stuttgarter Verfahren“ verweist, auch für künftige GmbH-Gründungen tatsächlich zweckmäßig ist, darf nach der Neuregelung des § 12 Abs. 1, 2 ErbStG i. V. m. §§ 11 Abs. 2, 3, 199 ff. BewG und in Anbetracht der bedeutsamen steuerlichen Folgen nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 7 ErbStG bezweifelt werden (vgl. DNotI-Report 2009, 121). Außerdem wäre bei der Darstellung der GmbH-Anteilsabtretung ein Gestaltungsvorschlag angebracht, wie der aufschiebend bedingte Ersterwerber eines GmbH-Geschäftsanteils vor dem Risiko des gutgläubigen Zweiterwerbs geschützt werden kann (vgl. OLG München, MittBayNot 2010, 68; LG Köln, MittBayNot 2010, 70; DNotI-Report 2009, 184). *Gerbers* Hinweis, dass der Erwerber über § 161 Abs. 1 BGB geschützt sei (Teil 5 Kap. 8 Rdnr. 12), kann hier im Hinblick auf § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG nicht überzeugen.

Besondere Beachtung sei dem Kapitel „Internationales Privatrecht“ (*Hertel/Emmerling de Oliveira/Süß*) zugedacht. Lehrbuchartig wird hier das Internationale Privatrecht aufbereitet. Nicht zuletzt die umfassende Darstellung des Ehe- und Erbrechts ausgewählter Staaten (Teil 7 Kap. 4) und die neugestaltete tabellarische Länderübersicht zur Zulässigkeit von Erbverträgen bzw. gemeinschaftlichen Testamenten (Teil 7 Kap. 3 Rdnr. 141) bieten dem Notar eine schnelle und verlässliche Erkenntnisquelle bei Beurkundungen mit Auslandsberührung.

Alles in allem präsentiert sich die Neuauflage des Würzburger Notarhandbuchs als gelungene Symbiose aus Lehrbuch und Nachschlagewerk, das sein Ziel, eine praxisorientierte, aber auch wissenschaftlich vertiefte Darstellung aller Bereiche notarieller Tätigkeit zu geben, mit Sicherheit erreicht. Die hervorragende Qualität der Erstauflage wird mit dieser 2. Auflage jedenfalls bestätigt, in vielerlei Hinsicht sogar übertroffen. Für denjenigen Leser, der vor der Wahl zwischen der Neuauflage des Beck'schen Notarhandbuchs und dem hier besprochenen Werk steht, lautet daher meine eindeutige Empfehlung: sowohl als auch.

Notarassessor *Christian Betz*, Rosenheim

Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat. 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009. 448 S., 74 €

Das zu besprechende Werk, welches bereits in der 8. Auflage erscheint, gliedert sich in zwei Teile. Zum einen besteht es aus dem eigentlichen Textteil, zum anderen aus einem umfassenden Anhang, welcher die aus Sicht des Autors maßgeblichen Richtlinien, Merkblätter und Rundschreiben der Notarkammern enthält. Der Autor ist ehemaliger Vorsitzender Richter am Landgericht. Er verfügt über eine langjährige Erfahrung aus Geschäftsprüfungen bei Notaren. Dementsprechend lau-

tet der Untertitel des Buches auch „Erfahrungen aus Geschäftsprüfungen für Notare, ihre Mitarbeiter und Notarprüfer“. Die richterliche Perspektive stellt eine Besonderheit gegenüber vergleichbaren Abhandlungen dar.

Das Werk beschränkt sich nicht auf eine Darstellung einzelner Fehler im Notariat. Es beschäftigt sich, unterteilt in einzelne Abschnitte, vor allem mit einer Darstellung des für das Notariat wichtigsten Berufs- und Verfahrensrechts. Innerhalb des jeweiligen Sachzusammenhangs wird sodann auf besonders fehlerträchtige Vorgänge näher eingegangen. Hierdurch ge-

lingt eine gute Systematik. Zielsetzung ist jedoch nicht die abschließende Darstellung des für den Notar geltenden Berufs- und Verfahrensrechts, wie der Autor bereits im Vorwort betont. Einen Kommentar zum BeurkG oder zur BNotO kann das Buch nicht ersetzen. Dennoch enthält es viele wertvolle Hinweise zu diesem Themenbereich. Fehlerhafte Vorgänge im materiellrechtlichen Bereich sind hingegen nur am Rande Gegenstand der Abhandlung. Dies ist aufgrund der bereits erwähnten Zielsetzung jedoch konsequent. Die Beifügung des eingangs erwähnten Anhangs (v. a. Merkblätter und Rundschreiben der Notarkammern) verdoppelt den Umfang des Buches. Ich halte dennoch die Vorgehensweise für gelungen, da es dem Leser die gesonderte Suche nach diesen Unterlagen erspart.

Eine gute Arbeitshilfe stellt insbesondere der Abschnitt zu den Mitteilungspflichten des Notars gegenüber Behörden und Gerichten dar (Rdnr. 275 ff.). In diesem Zusammenhang wird z. B. auch die Mitteilungspflicht des Notars gegenüber dem Standesamt im Falle einer Rechtswahl des Güterstandes durch Ehegatten unterschiedlicher Staatsangehörigkeit gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB dargestellt, da sich diese auf die Erbfolge auswirken kann (Rdnr. 287). Dies wird in der Praxis anscheinend oftmals übersehen.

Ebenfalls hervorzuheben ist der Abschnitt zu den Verwahrgeschäften (Rdnr. 326 ff.). Lesenswerte Ausführungen sind zum berechtigten Sicherungsinteresse enthalten, welches Voraussetzung für die Vertragsabwicklung über Notaranderkonto ist. Der Autor legt einen relativ großzügigen Maßstab zugrunde. Aus seiner Sicht ist die Vertragsabwicklung über Notaranderkonto dann zulässig, wenn dies nach ausführlicher Belehrung durch den Notar der einverständliche Wunsch sämtlicher Beteiligten ist und das Anderkonto in Bezug auf den gesamten Geschäftsanfall des Notars eine Ausnahmegestaltung bleibt. Des Weiteren wird ein „beteiligtenorientiertes“ Notaranderkonto vorgestellt, welches zu einer umfassenden Sicherung der Vertragsbeteiligten führen soll. Wünschenswert wären aus meiner Sicht jedoch noch kurze Ausführungen zur Zulässigkeit der Anderkontenabwicklung

bei einzelnen Vertragstypen, insbesondere beim Bauträgervertrag, gewesen.

Bedeutsam für die notarielle Praxis ist des Weiteren auch die Darstellung zum Beurkundungsverfahren bei Verbraucherverträgen. Insbesondere mit der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG setzt der Autor sich detailliert auseinander. Unter Bezugnahme auf eine aktuelle Entscheidung des KG stellt er klar, dass Grundvoraussetzung für eine zulässige Abweichung von der Frist sein muss, dass der Verbraucher auch ohne deren Wahrung ausreichend Gelegenheit hatte, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung vertraut zu machen. Erst wenn der Notar hiervon überzeugt ist, darf er aus wichtigem Grunde, z. B. wegen eines anstehenden Krankenhausaufenthalts eines Beteiligten, von der Regelfrist abweichen (Rdnr. 143). Des Weiteren wird empfohlen, bezüglich des Laufs der Zwei-Wochen-Frist auf den individuellen Vertragsentwurf und nicht nur auf den Mustertext abzustellen, da diese Frage in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt sei. Weiterhin wird der Ratschlag gegeben, die Einzelheiten in Bezug auf die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist nach Möglichkeit zu dokumentieren. Zumindest die letztere Empfehlung ist uneingeschränkt zu teilen.

Insgesamt handelt es sich um ein Buch, das einen guten und schnellen Überblick über das wichtigste notarielle Berufs- und Verfahrensrecht vermittelt. Insbesondere zu Beginn der Notarlaufbahn ist die Lektüre des Werkes aus meiner Sicht zu empfehlen. Es kann auf seiner Grundlage gut überprüft werden, ob das eigene Amt den Anforderungen einer Amtsprüfung entspricht. Beruhigend sei im Übrigen anzumerken, dass auch eine Abhandlung über fehlerträchtige Vorgänge im Notariat inhaltlich einem Versehen unterliegen kann. Unter Rdnr. 289 wird bei der Darstellung der Meldepflichten des Notars an das Registergericht bei Abtretungen von Geschäftsanteilen an einer GmbH noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG dargestellt. Den guten Gesamteindruck des Werkes mindert dies aber keineswegs.

Notar Dr. Alban Bruch, Feuchtwangen

Krauß: Überlassungsverträge in der Praxis. ZAP, 2010. 1 845 S., 118 € + CD-ROM

Das Werk schlicht mit „Überlassungsverträge in der Praxis“ zu titulieren, würde ein Engländer wohl ein klassisches *understatement* nennen. Angesichts der Breite der in diesem Buch behandelten Themen wäre man mit „Das gesamte Zivilrecht mit Ausnahme des Kaufvertrags“ wohl näher an der Wahrheit. Über 1845 Seiten mit 4910 Randziffern werden alle Themen, die auch nur im Entferntesten mit einer vorweggenommenen Erbfolge im Zusammenhang stehen, beleuchtet. So würde man bei einem Buch mit dem Titel Überlassungsrecht nicht zwangsläufig Ausführungen etwa zum Stiftungsrecht, Elternunterhalt oder Bedürftigentestament erwarten. Wie in der Voraufgabe finden sich zahlreiche Formulierungsvorschläge, allesamt auch auf der beiliegenden CD-ROM enthalten. Für den weniger haptisch veranlagten Leser ist das Werk auch als eBook bestellbar. Wenngleich erst in der 2. Auflage erschienen, ist eines schon jetzt ersichtlich: Der „Krauß“ wird zum „Schöner/Stöber“ des Überlassungsrechts.

Angesichts der Fülle der behandelten Einzelfragen kann nur ein sehr kursorischer Überblick über den Inhalt des Werks geliefert werden. Das Buch beginnt mit grundlegenden systematischen Fragen des Schenkungsrechts, wobei ein Schwerpunkt hier auf der Entgeltlichkeit der Vermögenszuwendung liegt. Die Entgeltlichkeit hat nicht nur Relevanz im Anfechtungs-, Pflichtteils- und Steuerrecht, sondern insbesondere auch im Sozialhilferecht. Das Sozialhilferecht stellt dann auch in den nächsten zwei Kapiteln einen der Schwerpunkte des gesamten Buches dar – dies völlig zu Recht angesichts der Verunsicherung der rechtssuchenden Bevölkerung, mit der man als Berater geradezu täglich konfrontiert wird. Intensiv setzt sich Krauß mit dem wohl wichtigsten Urteil des BGH im Sozialhilferecht seit Jahren auseinander, das eine Vereinbarung, die Versorgungsleistungen ausschließt, die nicht im übertragenen Grundbesitz erbracht werden können, als nicht sittenwidrig adelt (Rdnr. 1301 ff.). Verkürzt gesprochen kommt das Urteil zu dem Ergebnis, dass die §§ 528, 529 BGB eine Sonderregelung zu § 138 BGB sind. Man kann nur hoffen, dass dieses Urteil auch ins Erbrecht hineinstrahlt und letzte Zweifel an dem Behindertentestament *a maiore ad minus* ausräumt.

Krauβ warnt jedoch vor allzu großer Euphorie. Nach seiner Ansicht wird die Praxis in ihren Formulierungen weiter darauf achten müssen, eine ausdrückliche Schlechterstellung des Sozialleistungsträgers zu vermeiden. Vielmehr sollte neutral auf den Wegzug des Berechtigten ohne weitere Differenzierungen abgestellt werden.

Im 4. Kapitel untersucht *Krauβ* die Absicherung des Veräußerers. Bemerkenswert sind die kurzen, aber nicht weniger gewinnbringenden Ausführungen zum Nießbrauch am Unternehmen. Systematisch überrascht etwas, dass man nach den ausführlichen Vorkapiteln zu diesem Thema auch hier wieder auf das Sozialhilferecht stößt. Der Sinnzusammenhang lässt aber wohl keinen stringenteren Aufbau zu. Sehr eindringlich stellt *Krauβ* im 5. Kapitel die Probleme dar, die der Beschluss des BGH vom 4.12.2008 zur Grundbuchfähigkeit der GbR der Praxis brachte. Dabei verkannte der BGH nicht, dass die zentralen Fragen hinsichtlich des Nachweises der Existenz der GbR und seiner vertretungsberechtigten Personen sowie die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten/Nichtexistenten ungelöst blieben, verwies jedoch insoweit auf den Gesetzgeber. Dieser hat zwar in bemerkenswerter Schnelligkeit mit der Änderung der Grundbuchordnung (§§ 47 Abs. 2, 82 GBO), des Grundbuchverfahrensrechts (§ 15 Abs. 3 GBV) und des materiellen Rechts (Einfügung des § 899 a BGB) auf die Hilferufe der Praxis reagiert, allerdings, wie *Krauβ* zu Recht darlegt, nur unvollständig. So ist die Neuregelung beschränkt auf das Eigentum an Immobilien bzw. auf beschränkt dingliche Grundbuchrechte, betrifft aber nicht den Erwerb oder die Veräußerung von beweglichen Sachen oder Forderungen. Zumindest wenn es den Beteiligten auf den sicheren Erwerb von beweglichen Sachen oder Forderungen ankommt, rät *Krauβ* in einem Formulierungsvorschlag zu einem entsprechenden Risikohinweis (Textbaustein Rdnr. 1945). Ungeklärt bleibt auch die Frage, ob der neue Gutgläubenschutz auch die schuldrechtliche *causa* erfasst. Wäre dies nicht der Fall, so könnte der Erwerber zwar wirksam gutgläubig Eigentum an dem Grundbesitz erwerben, wäre aber möglicherweise über § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, den erlangten Grundbesitz sofort wieder herauszugeben, falls sich z. B. eine andere Gesellschafterzusammensetzung herausstellt oder die Vollmachten unwirksam sind. Noch schwerer wiegt das Problem bei einer Vormerkung. Besteht kein wirksamer schuldrechtlicher Anspruch, kann auch die akzesorische Vormerkung nicht bestehen. Die Gefahren bei Zwangsmaßnahmen Dritter, Insolvenz der GbR oder im Bauträgervertrag liegen auf der Hand. *Krauβ* spricht sich mit überzeugenden Argumenten für eine Erstreckung des Gutgläubenschutzes auf das schuldrechtliche Geschäft aus. Solange diese Frage aber noch nicht geklärt ist, rät er dazu, dass die handelnden Personen der veräußernden GbR sich auch persönlich zur Übertragung des Grundbesitzes verpflichten (Textbaustein, Rdnr. 1950). Eine wirksame Vormerkung erlangt der Erwerber dadurch zwar nicht, zumindest aber drohen ihm keine Kondiktionsansprüche. Nicht durch das Gesetz geregelt ist schließlich der Erwerb einer Immobilie durch eine GbR. *Arte legis* sollten die erschienenen (behaupteten) Gesellschafter der GbR auch persönlich die schuldrechtlichen Verpflichtungen übernehmen und sich insoweit der Zwangsvollstreckung unterwerfen (Textbaustein Rdnr. 1953).

Nach Ausführungen zur Stiftung im 6. Kapitel untersucht *Krauβ* im 7. Kapitel die Besonderheiten bei Zuwendungen unter Ehegatten. Ein Schwerpunkt liegt hier naturgemäß bei der Frage der Rückforderbarkeit der ehelichen Zuwendung. Sofern ein vertragliches Rückforderungsrecht vereinbart wurde, werden die Beteiligten typischerweise wünschen, dass sie so gestellt werden, als ob die Übertragung nicht stattge-

funden hätte. Wertsteigerungen, auch soweit sie durch Investitionen des Interimseigentümers erfolgen, werden dann nur im Rahmen des Zugewinns erfasst. *Krauβ* warnt, dass Investitionen oder Tilgungsleistungen des Erwerber-Ehegatten lediglich zum Ausgleich eines seit 1.9.2009 zu berücksichtigenden negativen Anfangsvermögens führen können (Rdnr. 2478). Dies hätte zur Folge, dass Aufwendungen des Erwerber-Ehegatten auch im Zugewinn nicht ausgeglichen werden. Vor diesem Hintergrund bietet *Krauβ* Alternativen, die dem Erwerber-Ehegatten zumindest die Hälfte seiner Aufwendungen garantieren oder eine Erstattung gänzlich außerhalb des Zugewinns regeln (Rdnr. 2483 ff.). Das Kombinationsmodell (Erstattung werterhöhender Investitionen außerhalb des Zugewinns, Erfassung sonstiger Wertsteigerungen im Zugewinn, Textbaustein Rdnr. 2487) kann der Berater wohl nur dem „Juristen-Ehepaar“ rechtlich transparent erläutern. Abgeschlossen wird das Kapitel mit Erläuterungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft. *Krauβ* weist auf die schenkungsteuerlichen Gefahren hin, wenn zwei nichteheliche Partner in starrer Bruchteilsgemeinschaft Grundbesitz erwerben (z. B. Mit-eigentümer zu je $\frac{1}{2}$), ein Partner aber überwiegend die Finanzierung trägt. Hier rät *Krauβ* zu einer GbR mit beweglichen Beteiligungsquoten (entsprechend dem Finanzierungsbeitrag, Textbaustein Rdnr. 2607, 1971).

Erb- und pflichtteilsrechtliche Probleme erläutert *Krauβ* im 9. Kapitel. Die aktuelle Erbrechtsreform ist bereits berücksichtigt. Inhaltlich komplettiert wird der erbrechtliche Teil durch Ausführungen zum Behinderten- und Bedürftigentestament (13. Kapitel). *Krauβ* legt dar, dass durch die Neufassung des § 2306 BGB der erbrechtliche „Super-Gau“ (Rdnr. 4704) beim klassischen Behindertentestament nicht mehr eintreten kann. Unter Geltung des neuen Rechts bleiben die Beschränkungen (Vorerbschaft, Testamentsvollstreckung) auch bei einer zu geringen Pflichtteilsquote bestehen und können nur noch durch Ausschlagung beseitigt werden. Die Berechnung der richtigen Pflichtteilsquote ist keineswegs so einfach, wie es auf den ersten Blick scheint, verschiebt sich doch nach der herrschenden Werttheorie die Pflichtteilsquote durch anrechnungspflichtige bzw. ausgleichungspflichtige Zuwendungen, §§ 2315, 2316 BGB. Völlig zu Recht rät *Krauβ* auch unter dem neuen Regime davon ab, die Erbteilsquote des Vorerben zu klein zu wählen. Bei einem Erbeitel unter dem Pflichtteil greift der Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305 BGB, für den die mühsam ausgearbeiteten Vorerbschafts- und Vollstreckungsbeschränkungen nicht gelten. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit droht dem klassischen Behindertentestament derzeit nicht. Dies kann anders beurteilt werden, wenn die Versorgung des Bedürftigen durch den ihm gebührenden Pflichtteil auf Lebenszeit sichergestellt ist. Wann diese Sättigungsgrenze erreicht ist, vermag der erbrechtliche Berater aber kaum zu prognostizieren. Um die unter Umständen eintretende gesetzliche Erbfolge zu vermeiden, rät *Krauβ* zumindest bei hohem Vermögen zu einer Auffanglösung auf der Basis des Berliner Testaments (Textbaustein Rdnr. 4799, 4777). Was das Bedürftigentestament betrifft, empfiehlt *Krauβ* die von *Kornexl* entwickelte Auflagenlösung als derzeit sicherste Störfallvorsorge (*Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 434). Das Urteil des SG Dortmund vom 25.9.2009 (ZEV 2010, 54), das eine Sittenwidrigkeit des Bedürftigentestaments annimmt, konnte keine Berücksichtigung mehr finden.

Im Themengebiet Verkehrssteuern nimmt das Schenkungsteuerrecht als eigenes Buch im Buch mit gut 230 Seiten den breitesten Platz ein. Zu allen hier derzeit heiß diskutierten Fragestellungen findet man Antworten. Bei der Bewertung des Betriebsvermögens gemäß dem vereinfachten Ertragswertverfahren etwa vertritt *Krauβ* die wohl herrschende Meinung im

Schrifttum, dass dem Steuerpflichtigen insoweit ein Optionsrecht zukomme, anstelle des vereinfachten ein anderes Ertragswertverfahren zu wählen (Rdnr. 3476). Andere Stimmen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren das Regelverfahren sei, von dem erst dann abgewichen werden dürfe, wenn es zu offensichtlich unrichtigen Ergebnissen führe. Überzeugend führt Krauß hiergegen aus, dass der derzeitige Kapitalisierungszins angesichts der Marktverhältnisse zu niedrig sei und dies in der Folge in etlichen Branchen zu einem überhöhten Unternehmenswert führe. Unter Rdnr. 3492 zitiert Krauß interne Berechnungen der Finanzverwaltung, wonach die neuen Bewertungsvorschriften zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Bemessungsgrundlage um 64 % bei Kapitalgesellschaften und bei Personengesellschaften gar um 117 % führen werden. Angesichts dieser Zahlen treten verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich einer Wahlfreiheit der Bewertungsmethode (Stichwort: Gleichmäßigkeit der Besteuerung) hinter die Einzelfallgerechtigkeit zurück.

Auch zu den vielen noch offenen Fragen im Rahmen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG (Vererbung des Familienheims an den Ehegatten) nimmt Krauß dezidiert Stellung. Als etwas riskant erscheint allenfalls die Auffassung, dass die Selbstnutzung durch den Ehegatten nicht zwangsläufig zu dessen Eigentum erfolgen muss. Ein Verkauf unter Nießbrauchsvorbehalt oder unter gleichzeitigem Abschluss eines Mietvertrags mit dem Verkäufer (i. e. Erben) wäre demnach unschädlich. Diese Ansicht erfährt zwar Zustimmung in der Literatur, entspricht aber nicht der in den gleichlautenden Ländererlassen formulierten Sichtweise (Abschn. 4 Abs. 6 Satz 2 der gleichlautenden Erlasse zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts v. 25.6.2009, BStBl I 2009, S. 698). Vor diesem Hintergrund gilt jedenfalls bei einer Übertragung des Familienheims unter Ehegatten uneinge-

schränkt: „Lieber mit warmer Hand übergeben!“ Keine eindeutige Antwort kann Krauß naturgemäß auf die Frage geben, welche zwingenden Auszugsgründe innerhalb der 10-Jahres-Frist eine Nachversteuerung verhindern. Bis auf den wie immer sicheren Tod muss auf die Herausbildung gefestigter Rechtsprechung mit Blick auf gesundheitliche Gründe (z. B. Umzug in ein Pflegeheim aufgrund Pflegestufe I), wirtschaftlicher Gründe (z. B. Auszug aufgrund zu hoher Nebenkosten) oder persönlicher Gründe (z. B. Umzug zu einem neuen Ehepartner) gewartet werden. Beendet der Ehegatte binnen zehn Jahren die Selbstnutzung ohne zwingenden Grund, schlägt Krauß ein Herausgabevermächtnis zugunsten etwa eines gemeinsamen Kindes vor, das voraussichtlich die 10-Jahres-Frist des § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG verwirklichen wird (Textbaustein Rdnr. 3621). Da das Kind aufgrund der bedingten Vermächtnisanordnung vom ursprünglichen Erblasser erwirbt, könne auf diese Weise eine Nachbesteuerung vermieden werden.

Abgeschlossen wird das Buch mit verschiedenen Vertragsmustern, Datenerfassungsbögen und Merkblättern. Besonders bemerkenswert ist das Merkblatt „Das Erbschaftsteuerreformgesetz 2009“, das mit 26 Seiten für den Mandanten und rechtlichen Berater gleichermaßen Informationsquelle sein kann. Das sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetz konnte hier nicht mehr Eingang finden.

Das Buch überzeugt in jeder Hinsicht: inhaltlich, systematisch, sprachlich. In der Rezension zur Voraufgabe (*Rieger*, MittBayNot 2008, 108 f.) hat der Verfasser prognostiziert, dass sich das Werk „in der Masse der Veröffentlichungen zum Thema Vermögensnachfolge als führend etablieren und behaupten wird“. Diese Voraussage hat sich bestätigt: Der „Krauß“ ist das führende Werk im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge. Es darf in keiner Bibliothek fehlen.

Notar Dr. Sebastian Franck, LL. M., Neu-Ulm

Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentvollstreckung. 4. Aufl., Beck, 2009. 794 S., 98 €

Erbrecht hat Konjunktur. Bedingt durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 (BGBl I 2009, S. 3142) erscheinen derzeit viele Neuauflagen erbrechtlicher Fachliteratur. Die Testamentvollstreckervorschriften der §§ 2197–2228 BGB sind durch dieses Änderungsgesetz nur geringfügig betroffen. Erweitert wurde allein die Vorschrift des § 2204 BGB um eine Verweisung auf § 2057 und § 2057 a BGB. Dennoch war eine Neuauflage des bewährten Handbuches, das in zwölf Kapiteln die einzelnen Stadien der Testamentvollstreckung in allen Facetten und umfassend darstellt, längst überfällig. Seit dem Erscheinen der letzten Auflage sind acht Jahre vergangen, in denen sich im Bereich der Testamentvollstreckung viel getan hat. Dies ist nicht nur auf anderweitige Gesetzesänderungen (z. B. auf das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008, BGBl I 2008, S. 2586) zurückzuführen, sondern auch auf die fortschreitende Rechtsprechung.

Einzuarbeiten war die Jahrhundertentscheidung des BGH (so *Wendt*, Mitglied des Erbrechtssenats, ZNotP 2009, 460) über die Höchstdauer der Testamentvollstreckung gemäß § 2210 Satz 2 BGB, die von *Reimann* im 7. Kapitel näher dargestellt wird. Der BGH hat sich der im Reichsgerichtsratekommentar vertretenen Amtstheorie angeschlossen, wonach eine Testamentvollstreckung nur dann gemäß § 2210 Satz 2 BGB über

die 30-Jahres-Frist hinaus bestehen bleibt, wenn der Testamentvollstreckter, ggf. also auch der Ersatztestamentvollstreckter, vor Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt wurde (vgl. BGH, MittBayNot 2008, 301). Nicht mehr berücksichtigt werden konnte allerdings der Hinweis von *Wendt* (a. a. O.), dass der BGH in dieser Entscheidung unter Umständen nicht eindeutig genug zwischen Ernennung und Amtsantritt unterschieden hat. Die Probleme, die sich ergeben können, wenn zwischen Ernennung und Amtsantritt eine ggf. auch noch erhebliche Zeitspanne liegt (siehe auch *Weidlich*, MittBayNot 2008, 263), sind damit noch nicht gelöst, und einer Vorratsernennung ist damit noch nicht das Wort geredet.

Ob der Alleinerbe alleiniger Testamentvollstreckter sein kann, wird im 2. Kapitel (Ernennung zum Testamentvollstreckter) behandelt. Nach neuerer Auffassung des BGH (MittBayNot 2005, 507) kann dieser Erbtestamentvollstreckter sein, sofern sich die Testamentvollstreckung auf die sofortige Erfüllung eines Vermächtnisses beschränkt und das Nachlassgericht bei groben Pflichtverstößen einen anderen Testamentvollstreckter bestimmen kann. *Reimann* weist zutreffend darauf hin, dass in diesem Problemkreis wohl die Schutzwirkung des § 2214 BGB zugunsten des Vermächtnisnehmers das ausschlaggebende Argument darstellt.

Geändert hat sich die Rechtslage zur Frage, inwieweit Banken und sonstige Kreditinstitute die Aufgaben eines Testaments-

vollstreckers wahrnehmen können, was im 2. Kapitel in Rdnr. 197 und vor allem im 11. Kapitel (Rdnr. 66 ff.), das sich mit besonderen Berufsgruppen als Testamentsvollstrecker befasst, näher ausgeführt wird. Die frühere oberlandesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Testamentsvollstreckung durch Kreditinstitute gegen die Vorschrift des § 1 Abs. 1 RBERG verstößt, wurde bereits durch den BGH im Jahre 2004 korrigiert (BGH, MittBayNot 2005, 417). Aufgrund des am 1.7.2008 in Kraft getretenen Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG), welches das RBERG abgelöst hat, gelten Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer Testamentsvollstreckung nunmehr stets als erlaubte Nebenleistungen (§ 5 Abs. 2 RDG). Die Befugnis zur Ausübung der Testamentsvollstreckertätigkeit berechtigt allerdings nicht dazu, Rechtsberatung hinsichtlich der Errichtung des die Testamentsvollstreckung anordnenden Testaments vorzunehmen, und zwar auch dann nicht, wenn die Bank Testamentsentwürfe an einen im Auftrag der Bank tätigen Rechtsanwalt weiterleitet (OLG Karlsruhe, ZEV 2007, 179, 180 f.). Ein Hinweis auf dieses Urteil wäre wünschenswert gewesen, ebenso ein Hinweis auf die weitere Problematik, inwieweit die Organe der Bank als deren gesetzliche Vertreter die Aufgaben des Testamentsvollstreckers auf ihre Mitarbeiter delegieren können. Dies wird in neuerer Zeit bezweifelt (vgl. *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 366, 367 f.; siehe auch NK-BGB/*Weidlich*, § 2197 Rdnr. 16).

Auswirkungen hat das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ab 1.1.2010 auf erbrechtliche Ansprüche, für die nunmehr mit wenigen Ausnahmen die 3-jährige Regelverjährungsfrist (§ 195 BGB) gilt. Hiermit hat sich die Streitfrage erledigt, ob die nach der Altregelung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB geltende 30-jährige Verjährungsfrist im Wege der teleologischen Reduktion auf genuin-erbrechtliche Ansprüche zu beschränken ist und daher bezüglich der Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskunftserteilung, auf Rechenschaftslegung sowie auf Schadensersatz nach § 2219 BGB von einer 3-jährigen Verjährungsfrist auszugehen ist. Dies hat der BGH in der Vergangenheit abgelehnt (vgl. hierzu *Klumpp*, Kap. 6 Rdnr. 124; *J. Müller*, Kap. 12 Rdnr. 77 ff.).

Bei der Vergütung des Testamentsvollstreckers (10. Kapitel) ist neuerdings die Frage in das Blickfeld der Diskussion getreten, inwieweit der fiktive Nachlass (auszugleichende auf den Pflichtteil anzurechnende Vorempfänge; Vermögen, welches durch Verträge zugunsten Dritter außerhalb des Nachlasses übergeht) bei der Berechnung der Vergütung zu berücksichtigen ist. Bekanntermaßen wird für die Berechnung eine Wertgebühr, die sich am Nachlasswert orientiert, zugrunde gelegt und der Bruttowert (= Aktivvermögen) des Nachlasses berücksichtigt. Ein Schuldenabzug kommt nur dann in Betracht, wenn die Schuldenregulierung nicht vom Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers erfasst wird. *Eckelskemper* schließt sich hier der Meinung von *Voss/Targan*, ZErB 2007, 241 an, wonach der fiktive Nachlass dem Aktivvermögen hinzuzurechnen ist. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte das hiervon abweichende Urteil des OLG Schleswig (MittBayNot 2010, 139), das insoweit eine Erhöhung des Bruttonachlasswertes abgelehnt hat. Angesichts der Tatsache, dass der fiktive Nachlass letztendlich für den Testamentsvollstrecker nur eine Berechnungsgröße für etwaige Ansprüche der Erben darstellt und kein Vermögen, welches seiner Verwaltungsbefugnis unterliegt, erscheint es mir durchaus zutreffend, von

einer Hinzurechnung zum Bruttonachlass abzusehen und dieses Problem, wie vom OLG Schleswig angedeutet, auf die Ebene der Zu- und Abschläge zu verlagern. Wegen des größeren Aufwandes erscheint ein Zuschlag zur Regelvergütung des Testamentsvollstreckers als gerechtfertigt. Soweit bezüglich Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall allerdings ein Widerruf der Bezugsberechtigung in Betracht kommt, könnte etwas anderes gelten. Das OLG Schleswig befürwortet in der vorgenannten Entscheidung die Anwendung der vom deutschen Notarverein entwickelten neuen Rheinischen Tabelle. Diese ist neben den anderen gängigen Tabellen in Rdnr. 39 näher dargestellt. Der von *Eckelskemper* vertretenen, von der Rechtsprechung aber bisher abgelehnten Auffassung, dass sich die Vergütung um die anfallende Umsatzsteuer erhöht (Rdnr. 64), hat sich nunmehr auch das OLG Schleswig angeschlossen.

Im Bereich der Autoren ist es ebenfalls zu Veränderungen gekommen. So wird das 12. Kapitel (Die Haftung des Testamentsvollstreckers) jetzt von Rechtsanwalt *Jo Müller* anstelle von Rechtsanwalt *Freiherr Riederer von Paar* bearbeitet. Der gewachsenen Bedeutung des internationalen Rechts wurde dadurch Rechnung getragen, dass das 9. Kapitel („Internationale Testamentsvollstreckung 8“) nicht mehr allein von Prof. Dr. *Ulrich Haas*, sondern auch von Notar a. D. Dr. *Robert Sieghörmer*, einem ausgewiesenen Kenner des internationalen Privatrechts, betreut wird. Die Ausführungen beschränken sich dabei nicht allein auf Fragen der Testamentsvollstreckung, sondern stellen vielmehr ein Kompendium des internationalen Erbrechts dar, auf das man gerne zurückgreift. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind hier die in Rdnr. 420 ff. dargestellten Neuerungen bedeutsam, die sich ab 1.9.2009 nach § 105 FamFG für die Zuständigkeit in Fällen mit Auslandsberührung ergeben. Anstelle der früheren Gleichlauftheorie, wonach die deutschen Gerichte für Nachlasssachen nur bei Anwendung deutschen Sachrechts zuständig waren, erschließt sich nunmehr die internationale Zuständigkeit der Gerichte regelmäßig aus den Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit. Bei Nachlassgegenständen im In- und Ausland hat der Antragsteller im Erbscheinsverfahren nach § 2369 Abs. 1 BGB die Wahl, einen unbeschränkten Erbschein (gewissermaßen für das „Weltvermögen“) zu beantragen oder einen gegenständlich beschränkten, welcher nur das im Inland belegene Vermögen erfasst, und zwar unabhängig davon, ob der Erblasser Deutscher oder Ausländer war.

Die vorstehend dargestellten Einzelfragen sind nur ein kleiner Ausschnitt der im Handbuch berücksichtigten Änderungen. Daneben lassen sich viele weitere Neuerungen finden, z. B. neue Ausführungen zur postmortalen Vollmacht, zum Zusammentreffen von Testamentsvollstreckung und Nachlassinsolvenz oder zum Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Stiftungsrecht. Die einzelnen Kapitel sind mit zahlreichen Formulierungsvorschlägen versehen. Auf diese kann über ein gesondertes Verzeichnis, das dem Inhaltsverzeichnis angegliedert ist, schnell zugegriffen werden. Dies macht das Handbuch gerade für die gestaltende Rechtspraxis zu einem wertvollen Arbeitsmittel. Als kurzes Schlussstatement lässt sich daher festhalten: Ein Kauf, der sich für den Kautelarjuristen lohnt!

Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

Müller/Hoffmann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. 3. Aufl., Beck, 2009. 1 924 S., 128 €

Sieben Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe hat der Verlag C. H. Beck im Oktober 2009 die 3. Auflage des Beck'schen Handbuchs der Personengesellschaften vorgelegt.

Der aus insgesamt 16 Autoren bestehende Autorenkreis setzt sich überwiegend aus Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern zusammen. Entsprechend viel Raum ist dem Steuerrecht eingeräumt. Aber auch die Darstellung des Zivilrechts der Personengesellschaften aus dem Blickwinkel der Steuerberater ist für den Notar mitunter nicht uninteressant.

Das Buch beginnt mit einer umfassenden Erörterung der Rechtsformwahl. Auf knapp 70 Seiten werden alle wesentlichen Kriterien und Methoden für eine Rechtsformwahl ausführlich erläutert.

Die Unterteilung in drei große Hauptabschnitte wurde beibehalten. Die einzelnen Gliederungspunkte wurden bereits von *Giehl*, MittBayNot 2000, 421 vorgestellt. Die von *Giehl* kritisierte Schwäche fehlender interner Verweisungen wurde leider auch in der 3. Auflage nicht ganz behoben. So befassen sich beispielsweise sowohl § 2 A. II. 3. als auch § 3 A. III. mit den Grenzen der Vertragsfreiheit bzw. Schranken der Vertragsgestaltung im Personengesellschaftsrecht, was aus der Sicht der Autoren durchaus nachvollziehbar ist, wäre doch die Darstellung der Gründung und des Beitritts (§ 2) bzw. des Organisationsrechts (§ 3) isoliert betrachtet ohne die Darstellung der Grenzen der Vertragsfreiheit nicht vollständig. Aus Lesersicht wäre es allerdings zu begrüßen, wenn die Problematik an einer Stelle, dafür aber umfassender dargestellt werden würde. Gerade die Schranken der Vertragsfreiheit sind für einen gestalterisch tätigen Berater von großer Bedeutung. Eine Darstellung, die über die jeweiligen Stichpunkte hinausgeht, kann von einem Handbuch der Personengesellschaften auch durchaus erwartet werden.

Zu den (wenigen) weiteren Kritikpunkten zählt aus meiner Sicht eine fehlende zusammenfassende Darstellung der Probleme im Zusammenhang mit der Beteiligung Minderjähriger an Personengesellschaften, welche gerade aus steuerlichen Gründen sehr praxisrelevant ist. Einzelne Aspekte sind insoweit eher am Rande behandelt, so z. B. in § 2 Rdnr. 98–100. In diesem Zusammenhang wird übrigens noch von einem „Vormundschaftsgericht“ gesprochen (S. 106, Rdnr. 98), obwohl im Zeitpunkt der Drucklegung das FamFG bereits seit länger als sechs Monaten im Gesetzblatt veröffentlicht wurde. Im Zusammenhang mit der Übertragung von Anteilen an Grundstücksgesellschaften heißt es in § 2 Rdnr. 82: „Die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erfolgt durch eine bloße – kostengünstige – Grundbuchberichtigung nach § 82 GBO.“ Es ist durchaus zweifelhaft, ob es sich um ein Schreibversehen (§ 82 statt § 22 GBO) handelt, oder ob der Autor ernsthaft empfiehlt, eine Verfügung des Grundbuchamtes nach § 82 GBO abzuwarten. Bei Fragen im Zusammenhang mit Grundbucheintragungen ist man jedenfalls gut beraten, weiterhin die gut bewährte Spezialliteratur (z. B. *Schöner/ Stöber*) zu konsultieren. Dies gilt auch für alle Fragen bezüglich des Handelsregisters. So wird in § 12 Rdnr. 13 immer noch die „Zeichnung bei Gericht“ als erforderlich dargestellt.

Diese ist bekanntlich seit dem EHUG vom 10.11.2006 nicht mehr erforderlich. (Seiten-)Einsparpotenzial besteht aus meiner Sicht im Hinblick auf die Darstellung der Güterstandsregelungen, zumindest in der jetzigen Form (§ 8 D.). Eine, wenn auch knappe, allgemeine Darstellung der Güterstände wird in einem Handbuch der Personengesellschaften nicht unbedingt erwartet. Wenn man allerdings gerade auf den Güterstand der Gütergemeinschaft in einem Handbuch der Personengesellschaften eingeht, darf die Problematik „Gütergemeinschaft im Personengesellschaftsrecht“ nicht unbehandelt bleiben (vgl. statt aller *Apfelbaum*, MittBayNot 2006, 185). In § 8 Rdnr. 332, der sich damit befasst, sind diese Fragen weder mit dem nötigen Problembewusstsein dargestellt, noch ist dort auf weiterführende Literatur bzw. Rechtsprechung verwiesen. Bei der Darstellung der Ltd. & Co. KG wird als Grund für deren Verbreitung die Möglichkeit angeführt, „eine „haftungsbeschränkte“ KG zu errichten, ohne das bei der GmbH & Co. KG für die Gründung der Komplementär-GmbH erforderliche Stammkapital aufbringen zu müssen“. Leider wird im Rahmen der Darstellung der Ltd. & Co. KG mit keinem Wort auf die Unternehmungsgesellschaft als mögliche Komplementärin einer KG eingegangen. Eine knappe Darstellung findet sich hingegen in § 12 Rdnr. 12 (im Rahmen der Darstellung der GmbH & Co. KG) mit einem abschließenden Fazit, dass es kaum sinnvoll ist, eine UG als Komplementärin zu verwenden, „da sich kaum Kostenvorteile ergeben und das Stammkapital darlehensweise an die Gesellschafter zurückgezahlt werden kann (§ 19 Abs. 5 GmbHG)“.

Insgesamt überwiegen die positiven Aspekte die wenigen Kritikpunkte jedoch bei weitem. Dies gilt nicht nur, aber vor allem im Hinblick auf die Behandlung der steuerlichen Hintergründe. So schließt sich bei der Darstellung des Umwandlungsrechts an den jeweiligen Umwandlungsvorgang jeweils eine übersichtliche steuerliche Darstellung des Vorgangs. In § 13 findet sich eine sehr gute Erörterung der stillen Gesellschaft, welche sich in Zeiten fehlenden Familiensplittings steuerlich in bestimmten Konstellationen geradezu aufdrängt. § 22 befasst sich umfassend mit der Betriebsaufspaltung. Auch wenn die Betriebsaufspaltung insbesondere durch die gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 an Attraktivität verloren hat, wird sie auch den Notar noch lange beschäftigen, entweder bei einer gezielten und gewollten Auflösung der Betriebsaufspaltung im Rahmen einer Umstrukturierung oder vor allem bei der Vermeidung einer ungewollten Auflösung und damit Aufdeckung der stillen Reserven. Sehr gut ist ferner die Darstellung der steuerlichen Grundlagen bei einem Unternehmenskauf, sowohl aus der Sicht des Verkäufers als auch aus der Sicht des Käufers, verbunden mit Gestaltungsvorschlägen (§ 23 B.).

Wer bislang mit dem Beck'schen Handbuch der Personengesellschaften gearbeitet hat, wird die Neuauflage allein wegen zahlreicher verarbeiteter Änderungen im Steuerrecht anschaffen. Demjenigen, der bislang nicht mit dem Buch gearbeitet hat, kann die Anschaffung vor allem dann empfohlen werden, wenn er sich für die steuerlichen Hintergründe diverser Vorgänge im Zusammengang mit Personengesellschaften interessiert.

Notar Dr. *Vitali Schmitkel*, Bad Neustadt a. d. Saale

Lutter: Umwandlungsgesetz. Zwei Bände. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2009. Insgesamt 3 707 Seiten, 228 €

Nunmehr liegt die 4. Auflage des von *Lutter* herausgegebenen Kommentars zum Umwandlungsrecht vor. Wie schon seit der 2. Auflage erscheint das Werk in zwei voluminösen Bänden mit je ca. 1800 Seiten. Seit der Voraufgabe sind fünf Jahre vergangen, so dass die Neubearbeitung aufgrund der gesetzlichen Änderungen und der Entwicklung in der Rechtsprechung schon sehnsüchtig erwartet wurde.

Nach je einer kurzen Einleitung zum Umwandlungsrecht und zum Umwandlungssteuerrecht werden alle Vorschriften des Umwandlungsgesetzes ausführlich kommentiert. Die steuerlichen Auswirkungen werden jeweils in Anhängen dargestellt, wobei der internationalen Verschmelzung ein eigener Anhang nach § 122 I UmwG gewidmet ist. Abgerundet wird das Werk mit einer Kommentierung der Paragraphen des Spruchgesetzes.

Der Kreis der Bearbeiter ist im Wesentlichen stabil geblieben. Die 24 Autoren stammen aus Wissenschaft und Praxis. Die Kommentierungen sind gut aufeinander abgestimmt und nehmen durch Verweisungen aufeinander Bezug.

Bei einer Neuauflage eines Kommentars zum Umwandlungsrecht interessieren natürlich die Ausführungen zu den neu geschaffenen §§ 122 a–122 I UmwG und zu der Möglichkeit des Verzichts auf eine Anteilsgewährung gemäß §§ 54 Abs. 1 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG besonders. Die Kommentierung der §§ 122 a–122 I UmwG hat *Bayer* übernommen, der bisher schon die Kommentierung der besonderen Vorschriften für die Umwandlung von Genossenschaften bzw. genossenschaftlichen Prüfungsverbänden bearbeitet hat. Die neuen Vorschriften werden auf knapp 150 Seiten dargestellt. Das inzwischen umfangreiche Schrifttum ist vollständig berücksichtigt. *Bayer* gelingt eine sehr gut lesbare und verständliche Darstellung; Fragen und Zweifelsfälle werden dort, wo dies möglich ist, einer klaren Lösung zugeführt. Bei offenen Fragen wird ein plausibler Lösungsvorschlag gemacht. Wenn *Bayer* allerdings aus § 122 c Abs. 4 UmwG, wonach der Verschmelzungsplan notariell beurkundet werden muss, ableitet, dass der Verschmelzungsplan zumindest auch in deutscher Sprache abgefasst sein müsse, übersieht er die Möglichkeit, dass auch deutsche Notare Urkunden in einer fremden Sprache errichten können (§ 5 Abs. 2 BeurkG).

Ob viele Kollegen in absehbarer Zeit mit internationalen Verschmelzungen befasst sein werden, erscheint allerdings zweifelhaft. Sehr viel häufiger ist die Praxis mit der Frage der Anteilsgewährung befasst. Der Gesetzgeber hat mit den §§ 54 Abs. 1 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG bei der Verschmelzung auf eine Kapitalgesellschaft den Anteilsinhabern eines übertragenden Rechtsträgers die Möglichkeit eingeräumt, auf die Gewährung von Anteilen zu verzichten. *Winter* stellt in seiner Bearbeitung zu § 54 UmwG die Entwicklung der Literatur und der Gesetzgebung zu dieser Frage ausführlich dar und sieht sich in seiner schon in den Voraufgaben geäußerten Ansicht, dass ein Verzicht auf eine Anteilsgewährung zulässig sein müsse, vom Gesetzgeber bestätigt. *Lutter/Drygala* blei-

ben bei diesem Punkt bei ihrer strengeren Auffassung. Sie halten ausdrücklich an dem Dogma der Anteilsgewährungspflicht fest und sehen eine Verzichtsmöglichkeit nur in den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen (vgl. § 5 Rdnr. 11), also bei der Verschmelzung zur Aufnahme auf eine Kapitalgesellschaft.

Priester hat die Rechtsprechung des BGH zu der Frage des Eigentumsübergangs an Grundbesitz, der im Spaltungsplan/-vertrag nicht gemäß § 28 GBO bezeichnet ist, eingearbeitet, bleibt aber bei seiner ablehnenden Meinung zu der Auffassung des BGH mit dem Hinweis, dass fehlende Angaben ggf. durch Auslegung ermittelt werden könnten.

Es scheint das Schicksal heutiger Kommentarliteratur zu sein, dass auch bei dem größten Streben um Aktualität der Gesetzgeber durch seinen Änderungsseifer jede Neuerscheinung bald „alt aussehen“ lässt. Die Autoren haben sich sehr bemüht, die laufenden Gesetzesänderungen, wo dies möglich war, bereits mit zu kommentieren. So ist das MoMiG bereits vollständig eingearbeitet. Auch auf das am 1.9.2009 in Kraft getretene FGG-Reformgesetz wird in einigen Kommentarstellen schon hingewiesen. Das ARUG und das Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen konnten dagegen noch nicht berücksichtigt werden; der Nutzer sollte vor allem bei dem wesentlich veränderten Unbedenklichkeitsverfahren gemäß § 16 Abs. 3 UmwG vermerken, dass diese Kommentierung nur noch in Teilen einschlägig ist.

Natürlich sind auch ein paar kritische Anmerkungen zu machen. So sollte das Lektorat die Fußnoten bei der nächsten Ausgabe prüfen; diese geben nicht immer die aktuellen Fundstellen an (so z. B. S. 225 Fn. 1; S. 229 Fn. 2). Auch die Literaturverzeichnisse, die jeweils der Kommentierung eines Paragraphen vorangestellt sind, wirken nicht immer ganz aktuell (z. B. zu § 126 UmwG, wo nur zwei Fundstellen angegeben sind, die jünger als 2003 sind, nämlich 2004 bzw. 2005). Befremdlich ist es, wenn man bei § 2 UmwG Rdnr. 45 von „Gebührengleichheit“ i. S. d. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO liest. Im Rahmen der Darstellung der Anlagen, die gemäß § 17 UmwG einer Anmeldung beizufügen sind, unterscheidet *Bork* nicht zwischen der Form, in der die Anlagen der Anmeldung beizufügen sind, und der Form, in der die Anmeldung samt Anlagen zum Handelsregister einzureichen ist, nämlich in elektronischer Form (vgl. § 12 HGB, § 5 Abs. 2 PartG, § 157 GenG). In der 2. und 3. Auflage war jeweils ein Register mit allen zitierten Entscheidungen und mit weiteren Fundstellen enthalten. Hierauf wurde in der 4. Auflage verzichtet, da diese Informationen über das Internet zugänglich seien. Der Nutzer vermisst diese liebgewordene Hilfe dennoch sehr.

Diese kleinen Schwächen haben aber keinen Einfluss auf den günstigen Eindruck, den das Werk insgesamt macht. Es ist ein ausgezeichnetes Hilfsmittel, wenn man ein umwandlungsrechtliches Mandat bearbeitet. Die Kommentierungen sind durchweg sehr gut strukturiert, glänzend geschrieben und geben fundierte, exzellent begründete Lösungen zu nahezu allen denkbaren Problemen.

Notar Dr. *Michael Fronhöfer*, Fürstenfeldbruck

Baumbach/Hueck: GmbHG. 19. Aufl., Beck, 2010. 2 069 S., 108 €

Der von *Baumbach/Hueck* begründete Kurzkommentar zum GmbHG liegt nunmehr in 19. Auflage vor. Er befindet sich auf dem Stand vom Frühjahr 2009, so dass die Erläuterungen der durch das MoMiG veranlassten zahlreichen Änderungen des GmbH-Rechts den Kern der Neuauflage bilden. Ihre Integration in das bewährte Standardwerk ist gelungen. Wegen der einzuarbeitenden erheblichen Auswirkungen des MoMiG auf das Gründungsrecht, die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals, das Eigenkapitalersatzrecht bis hin zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen lohnt die Anschaffung des *Baumbach/Hueck* auch dann, wenn man bereits die 2006 erschienene Voraufgabe besitzt. Beibehalten wurde eine Kommentierung auf wissenschaftlicher Grundlage mit einem Blick auf die – auch notarielle – Praxis.

Ein Überblick über die durch das MoMiG veranlassten Änderungen enthalten zunächst die Rdnr. 38 ff. der Einleitung. Knapp, wenn nicht zu knapp fallen indes die Ausführungen zur Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in den Rdnr. 16 bis 18 zu § 2 aus, zumal die Neuauflage erst gut ein Jahr nach Inkrafttreten des MoMiG und damit deutlich später als zahlreiche Konkurrenzwerke, die nahezu zeitgleich mit dem Gesetz auf den Markt kamen, erschienen ist. So wird etwa auch das als Anlage zu § 2 GmbHG konzipierte Musterprotokoll zwar abgedruckt, jedoch nicht erläutert, obwohl hierzu zwischenzeitlich die eine oder andere Frage in Rechtsprechung und Literatur geklärt wurde. Als ge-

lungen können hingegen die Ausführungen zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen im Rahmen des § 16 (Rdnr. 26 ff.) bezeichnet werden. Im Hinblick auf den frühen Redaktionsschluss hat indes die Entscheidung des LG Köln, *MittBayNot* 2009, 70 mit Anm. *Wälzholz* zur Zulässigkeit der Eintragung eines Widerspruchs keinen Eingang gefunden. Zu pauschal werden auch in § 40 Rdnr. 15 „Kürangaben“ in der Gesellschafterliste als unzulässig bezeichnet, wenn auch die übrigen Ausführungen von *Zöllner/Noack* zu § 40 GmbHG zutreffen. Erfrischend deutlich enthält Rdnr. 69 die Aussage, dass ausländische Notare zur Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG weder verpflichtet noch befähigt sind.

Positiv hervorzuheben ist die Darstellung der geänderten Rechtsprechung des BGH zum Haftungsregime bei Insolvenzverursachung durch Gesellschafter (vgl. § 13 Rdnr. 57 ff.). Insoweit wurde bekanntlich durch das Grundsatzurteil vom 16.7.2007 (DNotZ 2008, 213 – Trihotel) von der Annahme eines „qualifiziert faktischen Konzerns“ zum „existenzvernichtenden Eingriff“, der unter § 826 BGB fällt, umgeschwenkt. Fragen zum GmbH-Konzernrecht werden im Übrigen wie schon bisher in einem gut 60-seitigen Anhang in aktualisierter und kompakter Form behandelt.

Im Hinblick auf die zahlreichen Änderungen des GmbHG durch das MoMiG sollte die 19. Auflage des *Baumbach/Hueck* die sicherlich ohnehin vorhandene Voraufgabe ersetzen.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

Oetker: Handelsgesetzbuch. Beck, 2009. 2 125 S., 158 €

In die Reihe von Kommentaren zum HGB drängt sich seit 2009 auch der *Oetker*, der einen Neuanfang wagen will und – immerhin bei einem Umfang von 2125 Seiten – für sich beansprucht, davon abzusehen, das „Handelsrecht in seiner gesamten Breite darzustellen“ (Vorwort). Verzichtet wird auf eine Kommentierung des Dritten Buchs (Handelsbücher, §§ 238–342 e HGB). Bilanzrechtliche Fragen lassen sich demgemäß mit diesem Werk nicht beantworten, so dass interessiert, ob die Anschaffung dennoch für die notarielle Praxis lohnt. Hierzu müsste er einen Mehrwert beispielsweise gegenüber dem bewährten und derzeit in 33. Auflage verfügbaren *Baumbach/Hopt* bieten, der bei etwa gleicher Seitenzahl und kleinerem Format sogar eine Kommentierung der Bilanzvorschriften enthält.

Aus dem Blickwinkel des Notars ist neben dem Personenhandelsgesellschaftsrecht (§§ 105 ff. HGB) vor allem das Handelsregisterrecht aus dem HGB von Bedeutung. Die hierzu maßgeblichen Vorschriften (§§ 8–16 HGB) werden von *Preuß* kommentiert, die infolge ihrer Veröffentlichungen in notariellen Zeitschriften und aufgrund des von ihr mit *Fleischhauer* herausgegebenen Formularbuchs zum Handelsregisterrecht bekannt ist. Demgemäß verwundert es nicht, dass sie ausführliche und praxisgerechte Antworten auf alle Fragen im Zusammenhang mit dem Handels- und dem Unternehmensregister gibt. Hervorzuheben ist beispielsweise die Darstellung des Rechtsmittelrechts im Registerverfahren (§ 8 Rdnr. 125 ff.). Eingearbeitet sind insoweit die sich durch das FamFG ergebenden Neuerungen, wozu etwa die Regelung

der Zwischenverfügung in § 382 Abs. 4 FamFG und die hiergegen statthafte Beschwerde (§ 8 Rdnr. 143 ff.) zählen. Als gelungen ist auch die Kommentierung von § 12 HGB zu bezeichnen. Sämtliche seit Inkrafttreten des EHUG entstandenen Zweifelsfragen werden einer Lösung unter maßgeblicher Berücksichtigung von Stimmen aus der notariellen Praxis zugeführt. Dies gilt namentlich für alle Fragen zur elektronischen Einreichung (§ 12 Rdnr. 58 ff.). Schließlich erfolgt die Kommentierung der Bestimmungen über Zweigniederlassungen (§§ 13 ff. HGB) mit erfrischender Prägnanz und Klarheit.

Die Ausführungen zu den Personenhandelsgesellschaften (§§ 105 bis 177 a HGB) sind in ihrer fachlichen Güte und Ausführlichkeit nicht zu beanstanden, erfolgen jedoch ausnahmslos aus dem Blickwinkel der Wissenschaft. Stimmen aus der notariellen Praxis, obwohl zu zahlreichen Fragen, wie etwa dem Ausschluss eines Gesellschafters (§ 140 HGB) durchaus vorhanden, finden kaum Berücksichtigung. Gleiches gilt für die vergleichsweise knappe Darstellung des Gesellschaftsvertrags einer OHG (§ 105 Rdnr. 58 ff.). Lesenswert sind indes die Rdnr. 66 ff. zu § 161, die sich mit der GmbH & Co. KG befassen, wengleich auch die sich bietenden Schnittstellen zum Kapitalgesellschaftsrecht in der Regel ungenutzt bleiben.

Füllen die eigene Bibliothek schon jetzt verschiedene Werke zum Handelsrecht, ist die Anschaffung des *Oetker* nicht zwingend, zumal sein Mehrwert – bei aller fachlich zu attestierenden Präzision – jedenfalls für die notarielle Praxis gegenüber Bekanntem und Bewährtem überschaubar ist.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. GBO § 18 Abs. 1; WEG § 10 Abs. 3, 4 (Keine *Eintragungsfähigkeit vereinbarungsändernder Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel*)

Beschlüsse, die aufgrund einer in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Öffnungsklausel eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer abändern, sind im Grundbuch weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig.

OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 100/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Die Beteiligten sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage. In der Eigentümerversammlung vom 29.5.2008 fassten sie mehrheitlich den Beschluss, die Gemeinschaftsordnung vom 10.11.1992 zu ändern, insbesondere eine Regelung einzufügen, nach der die Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster einschließlich der Fensterrahmen, Balkon- und Terrassentüren einschließlich der Rahmen sowie der Wohnungseingangstüren samt Zargen dem Wohnungseigentümer obliegt, dessen Wohnung durch diesen Gegenstand abgeschlossen wird, und dieser Wohnungseigentümer berechtigt ist, die Arbeiten unter Beachtung eines einheitlichen Erscheinungsbilds der Fassaden bzw. Wohnungseingangstüren auszuführen oder sachgerecht ausführen zu lassen.

Die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung regelt in § 14 unter bestimmten Voraussetzungen die Zulässigkeit von Änderungen der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss.

Unter dem 14.4.2009 hat der Notar für die Wohnungseigentümer gemäß § 15 GBO (a. F.) beantragt, die vereinbarte Änderung der Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch einzutragen. Dazu hat er notariell beglaubigte Bewilligungen und Anträge in entsprechender Anwendung von § 12 Abs. 4 Satz 5, § 26 Abs. 3 WEG vorgelegt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 24.6.2009 unter Fristsetzung aufgegeben, die Bewilligung sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer vorzulegen. Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das LG hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel, über das der Senat als Rechtsbeschwerdegericht nach den bis zum 1.9.2009 geltenden Vorschriften zu entscheiden hat (Art. 111 Abs. 1 FGG-RG vom 17.12.2008, BGBl I, S. 2586), ist erfolgreich. Es führt zur Aufhebung der vom LG bestätigten Zwischenverfügung und zur Zurückgabe der Sache an das Grundbuchamt.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis bestehe. Die hier vorliegende Änderung der Gemeinschaftsordnung sei gemäß § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragen. Dazu sei die Bewilligung der Eigentümer erforderlich. Es gelte insoweit § 19 GBO und nicht die Ausnahmeregelung in § 12 Abs. 4 Satz 5 WEG.

Für andere Änderungen der Gemeinschaftsordnung als diejenigen der Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung sei die genannte Bestimmung nicht anwendbar. Die Ersetzung der Bewilligung sei eine Ausnahmerechtsvorschrift und nicht als allgemeiner Rechtsgedanke im Weg der Analogie auf weitere Tatbestände übertragbar. Allein die Schwierigkeiten, die mit der

Zustimmung der Eigentümer in einer großen Gemeinschaftsanlage verbunden seien, erlaubten es nicht, eine Korrektur durch analoge Anwendung einer Ausnahmerechtsvorschrift zu bewirken.

2. Unabhängig davon, ob die Beanstandung zutrifft, kann die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts aus Rechtsgründen (§ 78 GBO, § 546 ZPO) keinen Bestand haben.

a) Eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO ist nur gerechtfertigt, wenn das mit ihr geltend gemachte Eintragungshindernis allgemein ein der Eintragung entgegenstehendes behebbares Hindernis darstellt und wenn es ferner unter Zugrundelegung der Gestaltung des Einzelfalles tatsächlich und rechtlich besteht. Fehlt es an der einen oder der anderen oder an beiden Voraussetzungen, so erweist sich die angefochtene Zwischenverfügung als ungerechtfertigt; sie muss aus diesem Grund aufgehoben werden (BayObLGZ 1984, 136, 137 f.).

Weil in einer Zwischenverfügung zugleich der Ausspruch liegt, dem Antrag werde nach Beseitigung des aufgeführten Hindernisses stattgegeben werden, sind auch alle Eintragungshindernisse und sämtliche Wege zu deren Beseitigung auf einmal aufzuzeigen. Kann aber der Antrag bei richtiger Würdigung der Sach- und Rechtslage überhaupt nicht zu einer seinem Inhalt entsprechenden Eintragung führen, so stellt sich die Zwischenverfügung als eine Irreführung des Antragstellers dar, weil sie ihm die Vornahme der Eintragung nach Behebung des Hindernisses in Aussicht stellt und ihn zu bestimmten Vorkehrungen veranlasst, obwohl die beantragte Eintragung gar nicht vorgenommen werden kann (BayObLGZ 1984, 136, 138 m. w. N.).

Allerdings ist Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gegen eine Zwischenverfügung nur das in ihr angenommene Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (BayObLGZ 1984, 136, 138). Das Rechtsmittelgericht darf die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung deshalb nicht mit der Begründung zurückweisen, der beantragten Eintragung stehe jedenfalls ein anderes als das in der Zwischenverfügung angegebene Hindernis entgegen. Ungeachtet dessen ist aber eine Zwischenverfügung auch dann aufzuheben, wenn für deren Erlass nach den dargestellten Grundsätzen deshalb kein Raum ist, weil das Grundbuchamt den Eintragungsantrag sofort hätte zurückweisen müssen (BayObLGZ 1970, 163, 165; 1984, 136, 138).

b) Der Eintragungsantrag wäre sofort zurückzuweisen gewesen, weil der vereinbarungsändernde Beschluss der Eigentümerversammlung nicht eintragungsfähig ist.

(1) Nach § 10 Abs. 4 WEG i. d. F. des Gesetzes vom 26.3.2007 (BGBl I, S. 370) bedürfen Beschlüsse nach § 23 WEG zu ihrer Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nicht der Eintragung in das Grundbuch. Dies gilt nach § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG auch für die gemäß § 23 Abs. 1 WEG aufgrund einer Vereinbarung gefassten Beschlüsse, die eine Vereinbarung ändern. Gemeint sind Beschlüsse, die aufgrund einer Öffnungsklausel insoweit gesetzliche oder vereinbarte Regelungen durch eine andere Regelung ersetzen, also von ihr normativ und nicht nur tatsächlich „abweichen“ wollen (vgl. *Bärmann/Wenzel*, WEG, 10. Aufl., § 10 Rdnr. 190). Mit der Einfügung von § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG hat sich der Gesetzgeber gegen Stimmen in der

Fachliteratur gestellt, die die Eintragungsbedürftigkeit von Beschlüssen mit Vereinbarungsinhalt bejaht hatten (siehe *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 10 Rdnr. 190). Der Gesetzgeber nimmt damit bewusst einen Wertungswiderspruch zu § 10 Abs. 3 WEG in Kauf, wonach – bei identischem Inhalt – die Abänderung von Vereinbarungen durch eine Vereinbarung gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nur wirkt, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Er nimmt auch eine Minderung der Publizitätswirkung des Grundbuchs in Kauf, weil sich der Inhalt des Sondereigentums nicht mehr vollständig aus dem Grundbuch erschließt, sondern aus einer nicht gleichermaßen verlässlichen Beschluss-Sammlung ermittelt werden muss. Insoweit hat der Gesetzgeber (siehe BT-Drucks. 16/887, S. 2, 20) jedoch nicht nur eine steigende Belastung der Grundbuchämter mit Eintragungsanträgen verhindern wollen, sondern auch die Übersichtlichkeit des Grundbuchs und den von ihm vermittelten Informationsgehalt gewährleisten wollen. Für einen – grundsätzlich schützenswerten – Erwerb von Wohnungseigentum erschließt sich zumindest aus der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung die Öffnungsklausel, so dass er in den dort vorgesehenen Fällen mit abweichenden, nicht im Grundbuch verlaublichen Beschlüssen der Gemeinschaft von Haus aus rechnen muss (*Becker*, ZWE 2002, 341, 346; siehe schon BayObLGZ 1984, 257, 268). Vor Überraschungen kann ihn insoweit nur die neu eingeführte und im Allgemeinen unkompliziert einsehbare Beschluss-Sammlung nach § 24 Abs. 7 und 8 WEG schützen.

(2) Trotz der gesetzlichen Klarstellung in § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG findet sich in der Literatur vereinzelt weiterhin die Meinung, dass Beschlüsse auf der Basis einer Öffnungsklausel (vereinbarungsändernde/vereinbarungsersetzende Beschlüsse) als Vereinbarungen im materiellen Sinn nach § 10 Abs. 3 WEG zu behandeln sind und gegen einen Sondernachfolger nur wirken, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind; demgemäß wären sie auch eintragungsfähig (*Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 121 m. w. N.; *Böttcher*, NotBZ 2007, 421, 428 f.). Des Weiteren wird auch die Ansicht vertreten, dass die neue Beschlusslage eine Grundbuchunrichtigkeit auslöse, die dann nach § 22 GBO zu beheben wäre (*Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, § 5 Rdnr. 43 ff.; *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 190). Diesen Auffassungen vermag der Senat nicht beizutreten. Aufgrund einer Öffnungsklausel gefasste Beschlüsse sind mit der herrschenden Meinung nicht eintragungsbedürftig und deshalb auch nicht eintragungsfähig (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2887; *Meikel/Morvilius*, GBO, 10. Aufl., Einl C Rdnr. 182; *Hügel/Kral*, GBO, WEG Rdnr. 126; *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 10 Rdnr. 22; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 8. Aufl., § 10 Rdnr. 52; *Demharter*, NZM 2006, 489, 491; *Schneider*, NotBZ 2008, 442, 447 f.). Der Gesetzgeber hat, wie die Gesetzesbegründung unmissverständlich belegt (BT-Drucks. 16/887, S. 20), gerade mit § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG klarstellen wollen, dass es insoweit auf die äußere Form und nicht auf den Inhalt der Regelung ankommt. An diesen gesetzgeberischen Willen ist die Rechtsprechung gebunden (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). Es liegt im Übrigen auch keine Grundbuchunrichtigkeit vor, weil der Beschluss nicht den Inhalt des Sondereigentums ändert (*Hügel/Kral*, GBO, WEG Rdnr. 126.2; *Hügel*, NotBZ 2004, 205, 208). Zudem kann das Grundbuch im Hinblick auf einen Umstand, der nach dem Willen des Gesetzgebers nicht eintragungsfähig ist, auch nicht unrichtig sein.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG München setzt einen vorläufigen Schlusspunkt hinter einen langjährigen Streit über die Behandlung vereinbarungsändernder oder -ersetzender Wohnungseigentümerbeschlüsse aufgrund Öffnungsklausel. Der Entscheidung ist zuzustimmen.

I. Rechtslage vor der WEG-Reform 2007

Zur Erinnerung: Zunächst hielt die Rechtsprechung es für zulässig, Vereinbarungen der Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 und 3 WEG) durch nicht angefochtene, weder eintragungsfähige noch eintragungspflichtige Mehrheitsbeschlüsse zu ändern oder zu ersetzen (sog. Pseudovereinbarungen).¹ Die Aussagekraft und Verlässlichkeit des Grundbuchs über den Inhalt von Wohnungseigentümervereinbarungen war dadurch jedoch erheblich beeinträchtigt.

Mit der sog. Jahrhundertentscheidung hat der BGH² diese Rechtsprechung aufgegeben: Danach können durch Mehrheitsbeschluss nur solche Angelegenheiten der Wohnungseigentümer geregelt werden, für die das WEG Beschlusskompetenz zuweist oder wenn eine zum Grundbuchinhalt gewordene Vereinbarung insoweit Regelungen durch Mehrheitsbeschluss erlaubt (Kompetenzzuweisung durch sog. Öffnungsklausel). Sofort nach dieser Entscheidung war umstritten,³ ob ein aufgrund Öffnungsklausel gefasster gesetztes- oder vereinbarungsändernder oder -ersetzender Beschluss zur Wirksamkeit gegenüber Sonderrechtsnachfolgern im Grundbuch eintragungspflichtig (weil er nur formal Beschluss, materiell aber Vereinbarung ist) oder wenigstens eintragungsfähig (weil mit diesem Beschluss der Inhalt des Sondereigentums geändert und damit das Grundbuch unrichtig wird) oder als Beschluss gar nicht eintragungsfähig ist. Nachdem in der Folge überwiegend die Eintragungspflichtigkeit oder wenigstens Eintragungsfähigkeit bejaht wurde, entstand das Problem, ob zur Eintragung eines solchen vereinbarungsersetzenden oder -ändernden Beschlusses die Bewilligung aller Wohnungseigentümer (§ 19 GBO) nötig ist⁴ oder die Eintragung nur berichtigend gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO und § 26 Abs. 4 WEG analog (Nachweis des unanfechtbaren Eigentümerbeschlusses) zu erfolgen hat, da die Änderung bereits mit dem Beschluss außerhalb des Grundbuchs eingetreten ist.⁵

II. Rechtslage seit der WEG-Reform 2007

Das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes vom 26.3.2007⁶ war für diese Streitfragen der berühmte „Federstrich des Gesetzgebers, mit dem ganze Bibliotheken zur Makulatur werden“. § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG enthält nämlich nunmehr die klare Aussage, dass auch vereinbarungsersetzende oder -ändernde Beschlüsse aufgrund einer zum Grundbuchinhalt gewordenen Kompetenzzuweisung (Öffnungsklausel) für die Geltung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern in der Wohnungseigentümergeinschaft nicht der Eintragung im Grundbuch bedürfen. Dies kam nicht nur in den Beratungen zur Gesetzgebung, sondern auch in der Gesetz-

¹ BGHZ 127, 99 = MittBayNot 1995, 32.

² BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854 m. Anm. *Rapp*.

³ Vgl. *Hügel*, DNotZ 2001, 176, 191; *Schneider*, ZfIR 2002, 108, 116; *Wenzel* in FS Deckert, 2002, S. 517, 530, jeweils auch zum seinerzeitigen Streitstand.

⁴ So z. B. *Hügel/Kral*, GBO, WEG Rdnr. 126.1.

⁵ So z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 2887 a f. m. w. N.

⁶ BGBII, S. 370.

gewordenen Fassung ausreichend deutlich zum Ausdruck. Die Versuche,⁷ entgegen dem Wortlaut und entgegen dem geäußerten Willen des Gesetzgebers⁸ für solche Beschlüsse mit Vereinbarungsinhalt eine Eintragungspflichtigkeit oder Eintragungsfähigkeit durch Auslegung herzustellen, entspringen durchaus berechtigter Kritik an dem durch den Gesetzgeber mit dieser Regelung bewirkten „Systembruch“,⁹ stellen aber allgemeine rechtssystematische Überlegungen über eine insoweit klare (wenn auch wohl nicht glückliche) gesetzliche Neuregelung. Alle diese Versuche, eine rechtspolitisch sicher bessere Regelung über eine Auslegung gegen den Gesetzgeber herbeizuführen und den Meinungsstand vor dem 1.7.2007 gegen den neuen § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG zu halten, z. B. vereinbarungsändernde Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel nur für Änderungen im Verwaltungsbereich (§§ 20 ff. WEG) ohne Eintragung zuzulassen, in anderen Bereichen trotz § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG für eine Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger doch wieder eine Eintragung im Grundbuch zu verlangen,¹⁰ würden letztlich die Neuregelung leerlaufen lassen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 20 Abs. 3 GG) ist hinzunehmen,¹¹ dass solche vereinbarungsersetzenden oder -ändernden Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel kraft gesetzlicher Anordnung (oder auch gesetzlicher Fiktion) jetzt Beschlüsse sind und als solche behandelt werden, auch wenn es dadurch zur unterschiedlichen Behandlung von „normalen“ Vereinbarungen (§ 10 Abs. 2 und 3 WEG) und Beschlüssen mit Vereinbarungsinhalt aufgrund Öffnungsklausel kommt. Dies knapp und klar herausgestellt und der Rechtspraxis Sicherheit gegeben zu haben, ist das Verdienst dieser OLG-Entscheidung. Daher sind auch vereinbarungsändernde Beschlüsse aufgrund gesetzlicher Zulassung (§ 16 Abs. 4, 5 WEG) nicht eintragungsfähig.¹² Auch kann in der Öffnungsklausel selbst keine Eintragungspflicht für solche vereinbarungsändernden Beschlüsse wirksam angeordnet werden.

Die Minderung der Publizitätswirkung des Grundbuchs ist die Konsequenz des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG: Wenn die im Grundbuch eingetragenen Vereinbarungen eine Öffnungsklausel enthalten, lassen sich Inhalt und aktueller Stand der Vereinbarungen nicht mehr nur aus dem Grundbuchinhalt entnehmen, einen diesbezüglich geschützten gutgläubigen Erwerb gibt es nicht mehr, vielmehr muss zusätzlich die Beschluss-Sammlung von den Beteiligten geprüft werden, u. U. auch die Versammlungsprotokolle, da die Eintragung in die Beschluss-Sammlung nicht konstitutiv ist.

Der Notar, der einen Vertrag über bereits bestehendes Wohnungseigentum beurkundet, ist nicht verpflichtet, auch die Beschluss-Sammlung auf vereinbarungsändernde oder -ersetzende Beschlüsse zu überprüfen.¹³ Das Beurkundungsgesetz verpflichtet den Notar nur zur Grundbucheinsicht, nicht zur

Einsicht in solche außerhalb des Grundbuchs geführte Verzeichnisse. Bei Verweisung auf eine im Grundbuch noch nicht vollzogene Teilungserklärung besteht die Belehrungspflicht des den Bauträgerkaufvertrag beurkundenden Notars nach den allgemeinen Vorschriften des § 13 a Abs. 3, § 17 BeurkG.

III. Offene Fragen

Auch nach dieser Entscheidung bleiben bei aufgrund Öffnungsklausel gefassten Beschlüssen mit Vereinbarungsinhalt noch Fragen offen:

Weitgehende Einigkeit besteht noch darüber, dass eine Öffnungsklausel auch wirksam ist, wenn sie keine punktuelle Aufzählung der Änderungsbereiche enthält, sondern zur Änderung aller Vereinbarungen durch Beschluss ermächtigt; dies verstößt nicht gegen den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.¹⁴ Einigkeit besteht auch darüber, dass solche Beschlüsse – wie die Vereinbarungen selbst – nicht gegen gesetzlich zwingende Vorschriften verstoßen dürfen (z. B. § 12 Abs. 4 Satz 2, § 16 Abs. 5, § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG), nicht in die auch durch formelle Vereinbarung unantastbaren Mitgliedschaftsrechte des Wohnungseigentümers, nicht in Sonderrechte eines Wohnungseigentümers ohne dessen Zustimmung und auch nicht in die sachenrechtlichen Grundlagen (z. B. Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt) eingreifen können. Ob aber auch Sondernutzungsrechte aufgrund Öffnungsklausel durch Beschluss begründet werden können oder ob insoweit ein einer kompetenzverlagernden Öffnungsklausel nicht zugänglicher Kernbereich besteht,¹⁵ ist bereits streitig. Folgt man dieser Kernbereichslehre nicht, so können aufgrund entsprechender Öffnungsklausel auch Sondernutzungsrechte durch Beschluss begründet werden,¹⁶ die im Grundbuch nicht eingetragen sind, sondern nur aus der Beschluss-Sammlung (in Verbindung mit einer entsprechenden Kompetenzzuweisung in der zum Grundbuchinhalt gewordenen Gemeinschaftsordnung) ersichtlich sind. Zusammen mit dem Wohnungseigentum, dem sie zugewiesen sind, dürften sie auch übertragbar sein.¹⁷ Dagegen dürfte die Übertragung eines solchen durch vereinbarungsersetzenden Beschluss zustande gekommenen Sondernutzungsrechts an einen anderen Wohnungseigentümer wohl nicht möglich sein, da die beiden beteiligten Wohnungseigentümer allein nicht den Beschluss ändern können.¹⁸ Selbst wenn man die Übertragung für zulässig hält, ist jedenfalls eine Eintragung im Grundbuch nicht möglich und damit auch nicht ein gutgläubiger Erwerb¹⁹ eines solchen durch Beschluss begründeten Sondernutzungsrechts.

Unklar ist schließlich auch, ob vereinbarungsändernde oder -ersetzende Beschlüsse, die unbillig sind oder die nicht mit der in der Öffnungsklausel verlangten Mehrheit gefasst sind,

⁷ Neben den vom OLG München genannten Autoren noch *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 341; *Kreuzer* in FS Seuß, 2006, S. 155, 157; auch *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2010, § 10 Rdnr. 289, 290, 305, 329.

⁸ BT-Drucks. 16/887, S. 20.

⁹ *Bärmann/Wenzel*, WEG, 10. Aufl. 2008, § 10 Rdnr. 190; *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, 2007, § 3 Rdnr. 138 ff.

¹⁰ So offensichtlich *Kreuzer*, MittBayNot 2010, 46, 49. Ob das von ihm besprochene Urteil des AG Berlin-Charlottenburg, MittBayNot 2010, 45, diese Auffassung vertritt, lässt sich den Gründen nicht entnehmen, da sich das Gericht mit § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG überhaupt nicht beschäftigt, obwohl dies notwendig gewesen wäre.

¹¹ *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 10 Rdnr. 190; *F. Schmidt*, ZWE 2007, 280.

¹² *Becker*, ZWE 2008, 217, 225; *Schneider*, NotBZ 2008, 442, 447; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2919.

¹³ *Fabis*, RNotZ 2007, 369, 372.

¹⁴ *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 10 Rdnr. 141; *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 279–281; a. A. *Rapp*, DNotZ 2000, 864, 868.

¹⁵ So *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 280, 297; *Schneider*, NotBZ 2008, 442, 449 ff.

¹⁶ *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, § 3 Rdnr. 139, allerdings mit dem Hinweis auf den damit verbundenen Systembruch; *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 10 Rdnr. 40 f., der aber mangels einer spezifizierten Öffnungsklausel die Zustimmung aller vom Gebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümer verlangt.

¹⁷ *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 13 Rdnr. 126.

¹⁸ *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 172; *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 326 a; *Hügel/Elzer*, NZM 2009, 457, 461; a. A. *Bärmann/Wenzel*, WEG, § 13 Rdnr. 126, 121, der eine Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer fingiert.

¹⁹ Einen gutgläubigen Erwerb eines eingetragenen Sondernutzungsrechts erkennt OLG Hamm, DNotZ 2009, 383 an; dagegen *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2009, Anh. zu § 3 Rdnr. 27.

nur anfechtbar oder nichtig sind. Für die bloße Anfechtbarkeit²⁰ spricht zwar die vom Gesetzgeber angeordnete Beschlusseigenschaft, für die Nichtigkeit jedoch die Tatsache, dass nur bei Einhaltung der in der Öffnungsklausel direkt (Mehrheitsfordernis) oder immanent (Billigkeitserfordernis) enthaltenen Schranken überhaupt Beschlusskompetenz besteht.²¹ Nur diese Auffassung gewährleistet den erforderlichen Schutz des einzelnen Wohnungseigentümers.

Noch nicht entschieden ist, ob vereinbarungsändernde oder -ersetzende Beschlüsse aufgrund einer Öffnungsklausel der Zustimmung dinglich Berechtigter zu ihrer Wirksamkeit bedürfen.²² Die Notwendigkeit der Zustimmung dinglich Berechtigter zu Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2, 3 WEG wird aus § 5 Abs. 4 WEG, §§ 877, 876 BGB hergeleitet, da mit ihnen eine Inhaltsänderung des Sondereigentums verbunden ist, die gegenüber Sonderrechtsnachfolgern und dinglich Berechtigten der Grundbucheintragung bedarf. Mehrheitsbeschlüsse bedürfen mangels gesetzlicher Anordnung grundsätzlich keiner solchen Drittzustimmung. Die Rechtsprechung hat allerdings diese Zustimmung zu den früher praktizierten Pseudovereinbarungen verlangt.²³ Nach deren Ablehnung durch den BGH²⁴ wurde die Zustimmung Drittberechtigter zu vereinbarungsersetzenden und -ändernden Beschlüssen aufgrund Öffnungsklausel mit ihrem Vereinbarungsinhalt begründet und natürlich von den Vertretern der Eintragungspflichtigkeit solcher Beschlüsse im Grundbuch verlangt.²⁵ Durch das Wohnungseigentumsänderungsgesetz hat der Gesetzgeber in § 10 Abs. 4 Satz 2, § 12 Abs. 4, § 16 Abs. 3–5 WEG angeordnet (fingiert), dass auch vereinbarungsersetzende oder -ändernde Beschlüsse mit entsprechender gesetzlicher oder Vereinbarungsgrundlage (= Öffnungsklausel) als Beschlüsse behandelt und nicht eintragungsfähig sind und das Grundbuch von solchen Beschlüssen und Eintragungen freizuhalten ist.

Auch für vereinbarungsändernde Beschlüsse aufgrund Öffnungsklausel gilt somit Beschlussrecht, daher ist die Zustimmung dinglich Berechtigter seit 1.7.2007 zu solchen Beschlüssen nicht mehr erforderlich. Auch § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG, der im Bereich der Vereinbarungen den weitgehenden Wegfall der Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern regelt, spricht nur von Vereinbarungen, nicht von Beschlüssen. Entscheidend dürfte sein, dass mit der Zulassung des Mehrheitsprinzips in diesen Bereichen und mit der Entscheidung, solche Beschlüsse als Beschlüsse und nicht als Vereinbarungen zu behandeln, das Prinzip der Mehrheitsherrschaft gilt. Wenn aber der überstimmte Eigentümer den Beschluss gelten lassen muss, dann kann sein Gläubiger nicht mehr

²⁰ So *Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 10 WEG Rdnr. 22.

²¹ *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 298, 300.

²² Für eine Zustimmungspflicht *Palandt/Bassenge*, § 10 WEG Rdnr. 22; *Sauren*, ZMR 2008, 514; *Bärmann/Wenzel*, § 10 Rdnr. 149 ff. bezeichnet dies als h. M. Daran bestehen Zweifel; denn nahezu alle hierfür benannten Literaturstimmen und Entscheidungen stammen aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG. Die danach erschienene Literatur lehnt wegen der gesetzlich angeordneten (fingierten) Beschlussqualität eine Zustimmungsnotwendigkeit dinglich Berechtigter überwiegend ab, so *Rieke/Schmid/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 303, 304; *Hügel/Elzer*, NZM 2009, 457, 460; *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 172; *Abramenko*, Das neue WEG, 2007, S. 35, *Briesemeister*, ZWE 2007, 421; *Schneider*, NotBZ 2008, 442, 452; *Fabis*, RNotZ 2007, 369, 373; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2887.

²³ BGHZ 127, 99, 105.

²⁴ BGHZ 145, 158.

²⁵ *Wenzel*, ZWE 2004, 130, 134; *Gaier*, ZWE 2005, 39, 44; *Hügel*, DNotZ 2001, 176, 192.

Rechte haben als der Eigentümer selbst.²⁶ Dem entspricht es auch, dass dem Drittberechtigten auch kein Recht zur Anfechtung von Eigentümerbeschlüssen zusteht. Würde man die Zustimmung Drittberechtigter zu solchen Beschlüssen verlangen, würde ihr Fehlen zur schwebenden Unwirksamkeit und bei Verweigerung der Zustimmung zur Nichtigkeit der Beschlüsse führen. Die Beschluss-Sammlung wäre u. U. mit einer Vielzahl nichtiger Beschlüsse belastet. Folgt man der hier vertretenen, inzwischen wohl schon überwiegenden Auffassung, dass die Beschlüsse niemals der Zustimmung dinglich Berechtigter bedürfen, ist diese Zustimmung dinglich Berechtigter allerdings erforderlich, wenn nachträglich eine Öffnungsklausel vereinbart und im Grundbuch eingetragen wird; denn dies ist dann die einzige Möglichkeit des dinglich Berechtigten, seine Interessen zu wahren.²⁷ § 5 Abs. 4 WEG (und insbesondere Satz 2 dieses Absatzes) ist hierauf dann anwendbar. Die Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern ist für die Vereinbarung einer Öffnungsklausel somit erforderlich, wenn aufgrund Öffnungsklausel auch die Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Sondernutzungsrechts möglich ist. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diese Konsequenzen zieht.

Notar Dr. *Hartmut Schöner*, München

²⁶ KG, ZMR 2005, 899; *Becker*, ZWE 2002, 341.

²⁷ *Hügel/Elzer*, NZM 2009, 457, 460; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2885.

2. GBO §§ 22, 47 (*Grundbuchberichtigung bei fehlerhafter Eintragung des Güterstands*)

Zu den Voraussetzungen der Grundbuchberichtigung bei fehlerhafter Eintragung von Ehegatten in Gütergemeinschaft.

OLG München, Beschluss vom 20.11.2009, 34 Wx 108/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit notariellem Vertrag vom 17.4.1978 überließ die Mutter des Beteiligten diesem „zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft“ ein Grundstück. Am 27.8.1981 ließ sie dieses Grundstück an den Beteiligten und dessen damalige Ehefrau „nach Angabe in Gütergemeinschaft“ auf. Ziffer II der Urkunde lautet:

„Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang einig (auf mehrere Personen im angegebenen Gemeinschaftsverhältnis).“

Der Beteiligte hat am 19.8.2009 beantragt, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass er als Alleineigentümer eingetragen wird. Die Erklärung, der Beteiligte und seine Ehefrau seien in Gütergemeinschaft verheiratet, sei irrtümlich erfolgt. Es habe der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bestanden. Dies versicherte der Beteiligte an Eides Statt.

Das AG – Grundbuchamt – hat den Berichtigungsantrag am 21.8.2009 zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde hat das LG mit Beschluss vom 13.10.2009 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Maßgeblich ist das bis 1.9.2009 geltende Grundbuchverfahrensrecht (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG). Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das LG hat – teilweise unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Grundbuchamts – ausgeführt:

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Am 27.8.1981 sei an den Beteiligten und seine Ehefrau zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft aufgelassen worden. Sei an Eheleute, die nicht im Güterstand der Gütergemeinschaft lebten, ein Grundstück zum Gesamtgut aufgelassen und seien sie im Grundbuch als Eigentümer in Gütergemeinschaft eingetragen worden, könne im Allgemeinen angenommen werden, dass sie Miteigentum je zur Hälfte erworben hätten. Die Auslegung, dass die Auflassung lediglich an den Sohn als Alleineigentümer erfolgen sollte, sei im vorliegenden Fall nicht naheliegend. Die vom Antragsteller insoweit vorgetragenen Indizien ließen einen zweifelsfreien, sicheren Schluss, dass eigentlich eine Auflassung an den Sohn als Alleineigentümer gewollt gewesen sei, nicht zu.

2. Die Entscheidung des LG ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (§ 78 Abs. 2 GBO a. F., §§ 546, 559 ZPO).

Der Senat nimmt Bezug auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung. Im Hinblick auf die Rechtsmittelbegründung ist ergänzend auszuführen:

Die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO setzt den Nachweis der Unrichtigkeit voraus. An die Führung dieses Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 107 = DNotZ 1989, 164; BayObLG, NJW-RR 1990, 722, 723; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 22 Rdnr. 37; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 22 Rdnr. 113). Unklarheiten und Zweifel gehen zulasten des Antragstellers. Der Nachweis der Unrichtigkeit ist in der Form des § 29 GBO zu führen (vgl. *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 42). Fraglich könnte daher vorliegend schon sein, ob die Tatsache, dass der Beteiligte und seine Ehefrau nicht Gütergemeinschaft vereinbart hatten, ausreichend dargetan ist. Der Antragsteller muss alle Möglichkeiten ausräumen, die der Richtigkeit der Eintragung entgegenstehen können, von ganz entfernten Möglichkeiten abgesehen (vgl. *Meikel/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 113). Ein Beweis durch Zeugen, eidesstattliche Versicherung oder Vernehmung eines Beteiligten ist dabei grundsätzlich unzulässig (vgl. *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 23).

Selbst wenn der Beteiligte damals im gesetzlichen Güterstand (vgl. § 1363 BGB) verheiratet war, ergibt sich hieraus nicht, dass das Grundstück an ihn als Alleineigentümer aufgelassen worden ist. Veräußerer und Erwerber gingen ersichtlich von dem Güterstand der Gütergemeinschaft (vgl. § 1415 ff. BGB) aus. Dem entsprechen die Erklärungen in der Urkunde vom 27.8.1981. Auf der Erwerbseite standen der Beteiligte und seine Ehefrau. Hätte damals tatsächlich Gütergemeinschaft bestanden, wäre eine Auflassung nur an den Beteiligten allein ausreichend gewesen. Gemäß § 1416 BGB gehört zum Gesamtgut auch das Vermögen, das ein Ehegatte während der Gütergemeinschaft erwirbt (§ 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei Erwerb durch die Gütergemeinschaft kraft Gesetzes wäre dann das Grundbuch unrichtig, wenn der Beteiligte allein eingetragen worden wäre, und hätte berichtigt werden müssen. Aufgelassen wurde aber ausdrücklich von der Mutter des Beteiligten einerseits an den Beteiligten und dessen damalige Ehefrau andererseits. Die Tatsachen, dass der Beteiligte allein zur Zahlung einer Leibrente verpflichtet sein sollte und er einen Erb- und Pflichtteilsverzicht erklärte, können angesichts der damaligen Kenntnislage den Güterstand betreffend und angesichts des klaren Wortlauts nicht zu einer anderen Auslegung führen. Grundbuchverfahrensrechtliche Erklärungen sind zwar auslegungsfähig. Bei der Auslegung ist aber auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

Geht man davon aus, dass der Beteiligte tatsächlich im gesetzlichen Güterstand lebte, würde die sich aus § 47 GBO ergebende Anforderung, dass die Auflassung das Gemeinschaftsverhältnis richtig wiedergeben muss, sogar zur Unwirksamkeit der Auflassung führen, wenn nicht im Wege der Umdeutung die Auslegung möglich wäre, dass das Grundstück von den Eheleuten je zur Hälfte erworben wird (vgl. BayObLGZ 1983, 118; *Meikel/Böhringer*, GBO, § 47 Rdnr. 266). Eine Umdeutung dahin, dass einer der Eheleute Alleineigentümer erworben hat, ist angesichts des klaren Wortlauts hingegen ausgeschlossen.

Anmerkung:

Die Entscheidung betrifft das weit verbreitete Problem der notariellen Praxis, dass an eine nicht vorhandene Gütergemeinschaft aufgelassen wird.

Mit Vertrag von 1978 und Auflassung von 1981 hatte eine Mutter ihrem Sohn und dessen damaliger, nach Angabe in Gütergemeinschaft verheirateter Ehefrau gegen Leibrentenzahlung ein Grundstück übertragen. Möglicherweise auch wegen der damals noch geringen Schenkungsbesteuerung nach Einheitswerten fehlen nähere Ausführungen, an wen eigentlich zugewendet werden soll.¹ Das Grundstück wurde als Eigentum im Gesamtgut der Gütergemeinschaft vorgetragen. Mehr als 30 Jahre später trägt der Sohn vor, in Wahrheit habe keine Gütergemeinschaft bestanden, und beantragt Grundbuchberichtigung, dass er Alleineigentümer ist. Das OLG München verweigert dies zu Recht.

Noch relativ einfach zu lösen ist der umgekehrte Fall: Wird an einen Ehegatten alleine oder an beide Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft aufgelassen, obwohl Gütergemeinschaft besteht,² fällt das Grundstück – unmittelbar oder kraft Durchgangserwerbs³ – automatisch in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft.⁴ Das Grundbuch muss nur noch (aufgrund Berichtigungsantrag und Vorlage des Ehevertrages oder Berichtigungsbevollmächtigung) berichtigt werden.⁵

Schwieriger ist der – hier vorliegende – Fall der in Wahrheit nicht bestehenden Gütergemeinschaft: Eine ältere Mindermeinung kommt aus der Aussage, das Erwerbsverhältnis sei Bestandteil der Auflassung,⁶ zu dem Ergebnis, die Auflassung sei unwirksam und müsse daher (unter Mitwirkung des Veräußerers) berichtigt werden.⁷ Fatal wird das besonders dann,

¹ In einem vergleichbaren Sachverhalt nimmt jetzt das OLG Oldenburg, MittBayNot 2009, 399 (LS), eine Hinweispflicht des Notars jedenfalls auf die Möglichkeit der Schenkungsbesteuerung (der Schwiegertochter) an, da die Beteiligten bei richtiger Beratung wohl stets eine „Kettenschenkung“ vorziehen würden.

² Nur der Vollständigkeit halber sei auf die Auslegungsmöglichkeit der Urkunde hingewiesen, dass inzident unter den Erwerbfern Vorbehaltsgut bzw. im Umkehrfall Gütergemeinschaft vereinbart wird. Wird zwar im Regelfall die Form des Immobilienerwerbs auch die Form des Ehevertrages abdecken, dürfte meist der Vertragswille fehlen, da die Beteiligten gerade keine Änderungen am Güterstand vornehmen wollen. Das wird besonders deutlich, wenn nur ein im Bezug zum Gesamtvermögen wertloses Grundstück erworben wird.

³ Zur dogmatischen Herleitung im Einzelnen *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 761 m. w. N. und BGH, MittBayNot 1982, 67 = DNotZ 1982, 692, 694.

⁴ BGH, MittBayNot 1982, 67 = DNotZ 1982, 692, 694; *Staudinger/Pfeifer*, BGB, 2004, § 925 Rdnr. 57; *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A I Rdnr. 299.

⁵ *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 299; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 760.

⁶ *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnr. 54 m. w. N., kritisch hierzu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3312.

⁷ In diese Richtung noch – obiter – BayObLG, DNotZ 1982, 162, 164.

wenn der Veräußerer bzw. dessen Erben – etwa weil seither schon lange Zeit vergangen ist – nur noch mit großen Schwierigkeiten ermittelt und beigebracht werden können.

Für die Praxis hilft meist die vom BayObLG⁸ angenommene Möglichkeit, die „falsche“ Auflassung in Gütergemeinschaft in eine Auflassung zu Miteigentum zu je 1/2-Anteil umzudeuten.⁹ Damit kann im wohl häufigsten Fall geholfen werden, dass Eheleute gemeinsam kaufen, die irrig meinen, in Gütergemeinschaft zu leben. Grundbuchtechnisch wird das Erwerbsverhältnis entweder durch eine Berichtigungsbewilligung der Ehegatten in der Form des § 29 GBO oder – bei entsprechender Vollzugsvollmacht – eine Eigenurkunde des Notars (ohne Mitwirkung des Veräußerers) richtiggestellt.¹⁰

Scheidet eine Umdeutung aus, z. B. weil sich das interne Erwerbsverhältnis objektiv nicht bestimmen lässt,¹¹ könnte wenigstens die nach der Rechtsprechung¹² in einer Auflassung enthaltene Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB helfen: Hat der Veräußerer durch Auflassung sich des Eigentums am Grundstück entäußert, verbindet er mit dem weiteren Schicksal des Grundstücks keine eigenen Interessen mehr.¹³ Daher nimmt die herrschende Meinung eine Befugnis des Erwerbers an, über das Grundstück schon vor Eintragung als Nichtberechtigter weiter zu verfügen, etwa durch „Kettenauflassung“ unter Verzicht auf Zwischeneintrag. Von dieser Ermächtigung dagegen nicht umfasst ist z. B. die Belastung vor Kaufpreiszahlung oder eine Weiterübertragung, die ausnahmsweise dem Übereignungszweck widerspricht.¹⁴ Die Gegenmeinung von Pfeifer,¹⁵ diese Lösung sei zu unbestimmt und es fehle – mangels Erwerbsverhältnis – ein wirksam erworbenes Anwartschaftsrecht, überspitzt die Bedeutung des sowieso dogmatisch sehr umstrittenen¹⁶ Anwartschaftsrechtes des Auflassungsempfängers, zumal es gar nicht um die Weiterübertragung einer Anwartschaft, sondern eine Ermächtigung nach § 185 BGB geht.

Folgt man dieser Lösung, kommt es für die Frage des Grundbuchvollzugs wohl darauf an, ob man eher eine Richtigstel-

lung der Auflassung annimmt, insbesondere unter Zugrundelegung der Theorie, das Erwerbsverhältnis sei nur eine Verfahrensvorschrift. In diesem Fall würde wohl eine Bewilligung genügen. Hält man dagegen mit der wohl herrschenden Meinung die Auflassung für fehlerhaft, müssten die Ehegatten (ähnlich einer Kettenauflassung) die Auflassung wiederholen.¹⁷ Im Zweifelsfall ist das der „sicherste Weg“. Über eine Verfügungsermächtigung lösen lassen sich auch die Fälle, in denen Ehegatten nach Entdeckung der wahren Sachlage das Erwerbsverhältnis nachträglich ändern wollen, wenn z. B. nur noch ein Ehegatte das Kaufgrundstück alleine erwerben soll.

Im Fall des OLG München war eine sichere Auslegungsbasis dafür, ob die Mutter nur an den Sohn oder an Sohn und Schwiegertochter zu gleichen Teilen übereignen wollte, nicht ersichtlich. Gerade wenn die Mutter an den Sohn – wie dieser meint – alleine hätte übereignen wollen, wäre bei Annahme von Gütergemeinschaft sogar an eine Zuwendung zum Vorbehaltsgut nach § 1418 Abs. 2 Ziffer 2 BGB zu denken gewesen. Für eine Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 GBO) fehlt es damit nicht nur an den strengen grundbuchrechtlichen Nachweisanforderungen,¹⁸ sondern schon am klaren Nachweis, dass der Sohn alleine erwerben sollte. Damit wurde jedenfalls die vom Sohn beantragte Grundbuchberichtigung zu Recht abgewiesen.

Im entschiedenen Fall deutet das einseitige Handeln des Ehemannes auf Spannungen im Verhältnis zur Ehefrau hin, eventuell auch auf eine Scheidung.¹⁹ Weil es nur auf die versagte Grundbuchberichtigung ankam, deutet das OLG nur kurz an, wie das Problem überhaupt gelöst werden kann. Gleichgültig, ob man der „strengen“ Meinung folgt, die unwirksame Auflassung müsse unter Beteiligung des (aus einer Nebenpflicht des ursprünglichen Vertrages hierzu verpflichteten) Veräußerers wiederholt werden (so wohl auch das OLG), oder ob man der Lösung folgt, die Erwerber könnten alleine über eine Verfügungsermächtigung die Auflassung heilen, müsste immer zwischen Sohn und Ehefrau zuerst einmal Einigkeit über die Frage erzielt werden, wem von beiden der Grundbesitz zugeordnet wird.

Nimmt auch die Generation ab, in der Gütergemeinschaften noch üblich waren, stellen sich dafür immer mehr vergleichbare Probleme²⁰ mit (echten) Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaften nach ausländischem Recht. Wenn sich auch – jedenfalls mit der herrschenden Meinung – die meisten Fehleintragungen relativ einfach korrigieren lassen, entbindet das nicht den Notar von seiner Sorgfaltspflicht (§ 17 Abs. 1 BeurkG) bei der Vorbereitung der richtigen Formulierung der Auflassung: Erklären die deutschen Käufer, in „Gütergemeinschaft“ zu leben, hilft dem „Landnotar“ oft schon ein Blick

8 MittBayNot 1983, 121 = DNotZ 1983, 754, 757. Bereits BGH, MittBayNot 1982, 67, 68 f. = DNotZ 1982, 692, 696 f. hatte den Weg gewiesen: Hier wurde für den umgekehrten Fall (Auflassung in Bruchteils- statt Gütergemeinschaft) unter Berücksichtigung der Interessenlage eine liberalere Praxis befürwortet: Es seien zwar keine schutzwürdigen Interessen des Veräußerers, wohl aber erhebliche Probleme des Erwerbers abzusehen, wenn die Auflassung unter Beteiligung des Veräußerers wiederholt werden müsste.

9 Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 56, Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 925 Rdnr. 17, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 762.

10 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 762.

11 So z. B. der entschiedene Fall: Hier war nicht erkennbar, ob die Mutter nur dem Sohn zuwenden wollte und dessen Ehefrau nur durch die Gütergemeinschaft mitbeteiligt wurde, oder ob auch die Schwiegertochter beschenkt werden sollte.

12 Etwa BGH, NJW 1997, 936, 937 m. w. N.

13 So auch die Überlegungen des BGH, DNotZ 1982, 696, zur Interessenlage beim falschen Berechtigungsverhältnis, ohne jedoch auf § 185 BGB ausdrücklich Bezug zu nehmen.

14 Palandt/Bassenge, § 925 Rdnr. 22 m. w. N. Beispiel ist etwa der Fall von BGH, NJW 1997, 936, in dem ein von der Gemeinde erworbenes Grundstück spekulativ weiterverkauft wurde. Möglicherweise auf ähnlichen Überlegungen basiert die auf den „Erwerb isolierter Miteigentumsanteile“ gestützte Lösung des OLG München, RNotZ 2008, 606, 608, in der nur den (aktuellen) Miteigentümern (also ohne Beteiligung der zwischenzeitlich aufgelösten Bauträgergesellschaft oder der Vorerwerber) das Recht eingeräumt wurde, eine vor Jahrzehnten verunglückte Wohnungseigentumsbegründung zu heilen.

15 Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 54.

16 Hierzu etwa Palandt/Bassenge, § 925 Rdnr. 23 ff. m. w. N.

17 Palandt/Bassenge, § 925 Rdnr. 16; etwas unklar Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3312 („die Auflassung hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses ergänzen ... [§ 925 BGB, § 29 GBO]“) unter Verweis auf Palandt/Bassenge, a. a. O., und OLG Köln, MittRhNotK 1979, 192, 193 (das Gericht löst dort den Fall, dass während des Vollzugs des Erwerbsvertrags die Gütergemeinschaft aufgehoben wurde, mit einer „Kettenauflassung“).

18 Diese führen in der Praxis dazu, dass der positive Beweis des *Bestehens* der Gütergemeinschaft zwar noch recht einfach durch Vorlage eines Ehevertrages geführt werden kann, der negative Beweis des *Nichtbestehens* aber praktisch nicht zu führen ist. Die stattdessen erforderliche Berichtigungsbewilligung beider Ehegatten erscheint aber auch interessengerecht und zumutbar, damit nicht einem Ehegatten einseitig das Ehevermögen entzogen werden kann.

19 In diese Richtung deutet auch zu Beginn der Entscheidungsgründung die Bezeichnung als dessen „damalige“ Ehefrau.

20 Hierzu etwa Amann in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 305; Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 57.

ins eigene Archiv weiter, in dem sich der angebliche „Ehe- und Erbvertrag“ als gemeinschaftliches Testament entpuppt; bei Ausländern hilft ein DNotf-Gutachten. Ist der Güterstand auf die Schnelle nicht sicher ermittelbar,²¹ dürfte es aus den oben aufgeführten Gründen geringere Probleme schaffen, im Zweifel Erwerb zum Miteigentum statt Erwerb zum Gesamtgut einer dann doch nicht vorhandenen Gütergemeinschaft vorzusehen.²² Nicht möglich – wegen Unbestimmtheit – ist eine alternative Auffassung, nicht besonders sinnvoll eine doppelt erklärte Auffassung, von der nur eine Erklärung zum Vollzug beantragt wird.²³

M. E. lässt sich das Problem in Zweifelsfällen wie folgt lösen: In einem ersten Schritt wird die Auffassung unter Beteiligung des Veräußerers an die Ehegatten zu unter sich gleichen Teilen erklärt, in einem zweiten Schritt erklären die Erwerber (in der gleichen Urkunde) in Gütergemeinschaft (oder z. B. Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Recht des Kosovo) zu leben und bewilligen dann (unter Verzicht auf Zwischeneintrag) im Grundbuch sofort aufgrund dieser Berichtigungsbewilligung Eigentum in Gütergemeinschaft einzutragen.²⁴ Sollte diese Berichtigung falsch sein, müsste das Grundbuch einfach erneut durch Berichtigungsbewilligung berichtigt werden; im Verhältnis zum Veräußerer wäre die Auffassung auf jeden Fall wirksam.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Forchheim

21 Neben mangelnder Kenntnis des ausländischen Rechts und zwischenzeitlichen Rechtsentwicklungen – etwa bei im Umbruch befindlichen Reformstaaten des früheren Ostblocks – stellt sich auch noch das Problem der Qualifikation ausländischer „Gütergemeinschaften“, vgl. etwa die Entscheidung OLG München, DNotZ 2009, 683, 684, in der verschiedene Rechtsmeinungen zu der Frage referiert werden, ob die Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht überhaupt ein Gesamtgut kennt.

22 So *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 310. Das grundbuchrechtliche Problem ließe sich zwar auch über eine gegenseitlich beschränkte Güterrechtswahl lösen. Neben der Frage, ob die Beteiligten das überhaupt wollen, und dem Kostenproblem (*Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 306) führt eine allenfalls das in Deutschland gelegene Grundvermögen (Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB) betreffende Rechtswahl ihrerseits zu schwierigen Folgeproblemen: Aufgrund der so bewirkten Spaltung des Ehegüterrechts oder Wechselwirkungen zum Erbrecht ist auch hier Vorsicht geboten (*Zimmermann* in Beck'sches Notarhandbuch, H Rdnr. 121 f.).

23 Hierzu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 762 mit Fn. 9.

24 Das ist eigentlich der gleiche Weg, wie wenn ein in Gütergemeinschaft verheirateter Erwerber alleine erscheint, zusammen mit dem Veräußerer (ohne den gar nicht anwesenden Ehegatten) die Auflassung erklärt und dann aufgrund bestehender Gütergemeinschaft (nachgewiesen durch Vorlage des Ehevertrages) die Eintragung zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft beantragt. In die gleiche Richtung geht der Vorschlag von *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 310, zuerst Erwerb zu Miteigentum zu beurkunden und dies dann ggf. vor Endvollzug und nach Prüfung der Rechtslage durch Berichtigungsbewilligung zu korrigieren.

3. BGB § 313; ZPO § 323 Abs. 4 (*Abänderbarkeit eines Unterhaltsvergleichs wegen Störung der Geschäftsgrundlage*)

Ist in einem pauschalen Unterhaltsvergleich keine Geschäftsgrundlage niedergelegt, kann dies für einen Ausschluss der Anpassung an die abweichenden tatsächlichen Verhältnisse bei Vertragsschluss sprechen. Die Abänderbarkeit wegen Änderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) durch geänderte tatsächliche Verhältnisse seit Vertragsschluss oder durch eine Änderung des Gesetzes oder

der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist dadurch aber regelmäßig nicht ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 8/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um Abänderung eines Vergleichs zum naheheulichen Unterhalt.

Der im Jahre 1959 geborene Kläger und die im Jahre 1963 geborene Beklagte hatten 1982 die Ehe geschlossen, aus der drei inzwischen volljährige Kinder hervorgegangen sind. Nach der Trennung wurde die Ehe der Parteien am 11.7.2006 rechtskräftig geschieden. Unmittelbar zuvor hatten die Parteien im Scheidungsverbundverfahren einen Vergleich geschlossen, in dem sich der Kläger verpflichtet hatte, naheheulichen Unterhalt i. H. v. monatlich 750 € zu zahlen. Eine Grundlage des gerichtlichen Vergleichs wurde nicht niedergelegt.

Nachdem der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 2.1.2007 erfolglos aufgefordert hatte, auf Rechte aus dem abgeschlossenen Vergleich zu verzichten, begehrt er im vorliegenden Rechtsstreit eine Abänderung des Vergleichs und einen Wegfall des naheheulichen Unterhalts ab Januar 2007. AG und OLG haben die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Abänderung des vereinbarten laufenden naheheulichen Unterhalts nach § 323 Abs. 4 i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO im Wege der Abänderungsklage erfolgt, weil mit dem gerichtlichen Vergleich bereits ein vollstreckbarer Titel über den naheheulichen Unterhalt vorliegt. Wegen der fehlenden materiellen Rechtskraft des Prozessvergleichs richtet sich die Abänderung in der Sache – wie das OLG ebenfalls zutreffend ausführt – nicht nach § 323 Abs. 1 bis 3 ZPO, sondern gemäß § 313 BGB nach den Grundsätzen über eine Veränderung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (BGH, FamRZ 2009, 314, 315; FamRZ 2003, 304, 306). Dabei ist zunächst im Wege der Auslegung des Parteiwillens eine Geschäftsgrundlage des Vergleichs zu ermitteln (vgl. *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, 3. Aufl., Rdnr. 62; *Wendll/Schmitz*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 169). Ist in den danach maßgeblichen Verhältnissen seit Abschluss des Vergleichs eine Änderung eingetreten, muss die gebotene Anpassung der getroffenen Unterhaltsregelung an die veränderten Verhältnisse nach Möglichkeit unter Wahrung des Parteiwillens und der ihm entsprechenden Grundlagen erfolgen.

Lässt sich dem Vergleich und dem ihm zugrundeliegenden Parteiwillen kein hinreichender Ansatz für eine Anpassung an veränderte Umstände entnehmen, kann es geboten sein, die Abänderung ohne fortwirkende Bindung an die Grundlage des abzuändernden Vergleichs vorzunehmen. Der Unterhalt ist dann wie bei einer Erstfestsetzung nach den gesetzlichen Vorschriften zu bemessen (BGH, FamRZ 2001, 1140, 1142 m. w. N.; FamRZ 1987, 257, 259).

Das gilt allerdings nicht, soweit die Parteien in dem Unterhaltsvergleich bewusst eine restlose und endgültige Regelung getroffen und damit eine spätere Abänderung wegen nicht vorhersehbarer Veränderungen der maßgeblichen Verhältnisse ausdrücklich ausgeschlossen haben. Die abschließende Einigung auf der Grundlage einer bloßen Prognose ist dann Vertragsinhalt und nicht nur dessen Geschäftsgrundlage. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Parteien mit der Vereinbarung eines Abfindungsbetrages eine abschließende Regelung ihres Unterhaltsrechtsverhältnisses herbeiführen wollen, auch

wenn der Betrag in künftigen Raten zu zahlen ist (BGH, FamRZ 2005, 1662 f. = DNotZ 2006, 58).

2. Im Ansatz zutreffend hat das OLG für die Abänderbarkeit des Unterhaltsvergleichs der Parteien deswegen auf den Inhalt des Vergleichs abgestellt, der im Wege einer für beide Parteien interessengerechten Auslegung zu ermitteln ist (vgl. BGH, FamRZ 2009, 768, 770; NJW-RR 2004, 1452, 1453). Soweit das OLG dabei allerdings zu einem vollständigen Ausschluss der Abänderbarkeit gelangt ist, hält dies der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung von Individualvereinbarungen grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf geprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht (BGHZ 150, 32, 37 = NJW 2002, 3248, 3249; BGH, NJW-RR 2004, 1452, 1453).

a) Aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des OLG, dass die Parteien eine spätere Korrektur ihres Vergleichs nach Maßgabe der tatsächlichen Verhältnisse bei Vergleichsschluss ausgeschlossen haben. Auch wenn die tatsächlichen Verhältnisse bei Vergleichsschluss, die von den Parteien bewusst nicht zugrunde gelegt wurden, zu einem anderen gesetzlichen Unterhalt geführt hätten, kann dies allein also nicht zu einer Anpassung ihres Unterhaltsvergleichs führen.

Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass allein aus der fehlenden Geschäftsgrundlage in dem gerichtlichen Vergleich noch nicht darauf geschlossen werden kann, der Vergleich sei unter keinen Umständen abänderbar. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein Unterhaltsvergleich grundsätzlich auch dann abänderbar, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die dem Vergleich zugrundeliegenden Umstände aber nicht mehr nachvollziehbar sind. Der nach den geänderten Umständen geschuldete Unterhalt ist dann unabhängig von der früheren Vereinbarung allein nach den gesetzlichen Vorschriften zu berechnen (BGH, FamRZ 2001, 1140, 1142; FamRZ 1987, 257, 259).

Das OLG hat im Rahmen seiner Auslegung des Parteiwillens allerdings weitere Umstände berücksichtigt, die hier einen Ausschluss der Abänderbarkeit allein wegen der fehlenden Vergleichsgrundlage nahelegen. Danach hatten die Parteien die Höhe des Unterhalts unabhängig von den genauen tatsächlichen Umständen und ohne konkrete Berechnung pauschal auf der Grundlage eines Angebots des Klägers vereinbart, um eine abschließende Regelung zu erreichen. Die gewünschte Bindung an diese pauschale Vereinbarung wäre aber in Frage gestellt, wenn die Parteien wegen der fehlenden Geschäftsgrundlage jederzeit eine Abänderung verlangen könnten, ohne dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Vergleichsschluss geändert haben. An diese Auslegung des Prozessvergleichs durch das Berufungsgericht ist der Senat revisionsrechtlich gebunden.

b) Soweit das Berufungsgericht den Prozessvergleich allerdings so ausgelegt hat, dass eine Abänderung auch bei einer späteren wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse der Parteien ausscheidet, trägt die hierzu gegebene Begründung dies nicht.

Wenn die Parteien sich im Zeitpunkt des Vergleichs verbindlich verpflichten wollten, spricht dies zwar dafür, dass sie eine

Abänderung für den Fall ausgeschlossen haben, dass die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen anderen Unterhaltsbetrag ergeben, als von ihnen pauschal vereinbart wurde. Für den Fall einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse sagt dies aber nichts aus. Auch dann bleibt es vielmehr bei der grundsätzlichen Abänderbarkeit des Prozessvergleichs nach § 313 BGB, wobei den Abänderungskläger allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass sich die maßgeblichen Verhältnisse seit dem Vergleichsschluss überhaupt wesentlich geändert haben.

Für eine solche weitgehende Vereinbarung der Parteien wie den Ausschluss der Abänderbarkeit bei späteren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Der Ausschluss der Abänderbarkeit wäre insoweit Teil der Vereinbarung und nicht bloß dessen Geschäftsgrundlage. Dafür, dass die Parteien in ihrem Vergleich ausdrücklich auch eine Abänderbarkeit für den Fall einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ausgeschlossen haben, trägt die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast, die sich auf einen solchen Ausschluss beruft.

c) Soweit das Berufungsgericht die Vereinbarung der Parteien dahin ausgelegt hat, dass durch sie eine Abänderbarkeit wegen späterer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ausgeschlossen ist, hält auch dies der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Unstreitig lebte die Beklagte seit Januar 2005 mit dem Zeugen G. zusammen und unterhielt mit diesem auch eine gemeinsame Wohnung. Zwar weist das Berufungsgericht zu Recht darauf hin, dass der Verwirkungstatbestand des § 1579 Nr. 2 BGB, der durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz zum 1.1.2008 aus dem allgemeinen Verwirkungstatbestand des § 1579 Nr. 7 BGB a. F. hervorgegangen ist, im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses noch nicht erfüllt war (vgl. BGHZ 150, 209, 215 = FamRZ 2002, 810, 811 und BT-Drucks. 16/1830, S. 21). Weil seinerzeit also noch nicht endgültig feststand, ob sich die neue Lebensgemeinschaft der Beklagten i. d. S. § 1579 Nr. 2 BGB endgültig verfestigen würde, musste der Kläger sich diesen Einwand auch nicht ausdrücklich vorbehalten. Nach dem streitigen und in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Vortrag des Klägers hat sich die Lebensgemeinschaft seitdem weiter verfestigt, was jetzt zu einer Verwirkung des nahehelichen Unterhalts führen kann.

Die Argumente des Berufungsgerichts im Rahmen der Auslegung des Unterhaltsvergleichs tragen einen Ausschluss der Abänderbarkeit wegen nachträglichen Eintritts eines Verwirkungstatbestandes nicht.

d) Schließlich kann die angefochtene Entscheidung auch deswegen keinen Bestand haben, weil sich die für die Unterhaltsberechnung relevanten gesetzlichen Grundlagen und die höchstrichterliche Rechtsprechung nach Abschluss des Vergleichs grundlegend geändert haben und das Berufungsgericht einen Ausschluss der daraus grundsätzlich folgenden Abänderbarkeit nicht geprüft hat.

aa) Für Prozessvergleiche über Dauerschuldverhältnisse hat der Senat bereits mehrfach entschieden, dass eine Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Störungen vertraglicher Vereinbarungen führen kann, die nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Wege der Anpassung zu bereinigen sind. In solchen Fällen kann eine beiderseitige irrümliche Vorstellung über die künftige Rechtslage eine Anpassung nach den Grundsätzen über die Änderung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertigen, wenn die Vereinbarung ohne diesen Rechtsirrtum und in Kenntnis der künftigen Rechtsprechung nicht oder

nicht mit diesem Inhalt geschlossen worden wäre. Das gilt ebenso, wenn der Geschäftswille der Parteien auf der gemeinschaftlichen Erwartung vom Fortbestand einer bestimmten Rechtslage aufgebaut war, was regelmäßig der Fall ist. Auch dann ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, welche Verhältnisse die Parteien zur Grundlage ihrer Einigung gemacht haben und von welcher Rechtslage sie ausgegangen sind. Ob und in welcher Weise sodann eine Anpassung an die veränderte Rechtslage erfolgen kann, bedarf einer sorgfältigen Prüfung unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien. Es genügt nicht, dass ein weiteres Festhalten am Vereinbarten nur für eine Partei unzumutbar erscheint, vielmehr muss hinzukommen, dass das Abgehen vom Vereinbarten der anderen Partei auch zumutbar ist. Dabei ist auch zu beachten, ob die im Vergleich insgesamt getroffenen Regelungen noch in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen (FamRZ 2004, 1357, 1358; BGHZ 148, 368, 377 f. = FamRZ 2001, 1687, 1690).

Der Ausschluss der Abänderbarkeit eines Unterhaltsvergleichs wegen nachträglicher Änderung der gesetzlichen Grundlagen oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann deswegen nur auf einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung beruhen, für die derjenige die Darlegungs- und Beweislast trägt, der sich darauf beruft. Die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Ausschluss der Abänderbarkeit trotz geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung trifft hier also die Beklagte. Solche Umstände hat das Berufungsgericht aber weder festgestellt, noch sind diese sonst ersichtlich. Vielmehr liegt es hier nahe, dass jedenfalls nachträgliche gesetzliche Änderungen oder Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die sich unmittelbar auf den geschuldeten Unterhalt auswirken, Berücksichtigung finden müssen.

bb) Solche Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind hier in zweierlei Hinsicht von Bedeutung.

(1) Der Kläger ist als Unterhaltsschuldner inzwischen neu verheiratet. Dies wirkt sich nach der neueren Rechtsprechung des Senats bereits auf die Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Beklagten aus. Der Senat hat in seiner neueren Rechtsprechung, auch auf der Grundlage der zum 1.1.2008 durch § 1609 BGB geänderten Rangfolge, neu hinzutretende Unterhaltungspflichten bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB mit berücksichtigt. Dadurch gelangt er im Ergebnis zu einer Dreiteilung des verfügbaren Einkommens in Fällen, in denen wie hier ein geschiedener Ehegatte mit einem neuen Ehegatten konkurriert (BGH, FamRZ 2009, 579, 583; BGHZ 179, 196, 205 f. = FamRZ 2009, 411, 414 = DNotZ 2009, 550; FamRZ 2009, 23, 24 ff. = MittBayNot 2009, 149; BGHZ 177, 356, 367 f. = FamRZ 2008, 1911, 1913 f. = MittBayNot 2009, 144; FamRZ 2008, 968, 971 f. = DNotZ 2008, 533). Diese Rechtsprechung ist auch dadurch bedingt, dass der Halbteilungsgrundsatz bereits im Rahmen der Bedarfsmessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB im Wege der Quotenmethode Berücksichtigung findet (BGH, NJW 2010, 365).

Diese neuere Rechtsprechung konnten die Parteien bei Abschluss ihres Vergleichs am 11.7.2006 noch nicht berücksichtigen. Auch insoweit kommt eine Abänderung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, soweit für die neue Ehefrau des Klägers auf der Grundlage der Maßstäbe des Unterhaltsanspruchs eines geschiedenen Ehegatten ein konkurrierender Unterhaltsanspruch besteht.

(2) Hinzu kommt die neue Rechtsprechung des Senats zur Begrenzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts.

Der Senat hatte bereits infolge der Änderung seiner früheren Rechtsprechung zur Bewertung von Kindererziehung und Haushaltstätigkeit während der bestehenden Ehe (Übergang von der Anrechnungsmethode zur Differenzmethode durch Urteil vom 13.6.2001, FamRZ 2001, 986, 987 ff. = DNotZ 2002, 440) darauf hingewiesen, dass damit die Vorschriften zur Begrenzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts erheblich an Bedeutung gewinnen werden. In der Folgezeit hat der Senat seine Rechtsprechung durch eine nach Abschluss des hier relevanten Unterhaltsvergleichs veröffentlichte Entscheidung grundlegend geändert und nicht mehr entscheidend auf die – hier besonders lange – Dauer der Ehe, sondern vorgeiflich auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile abgestellt (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 f. = DNotZ 2006, 770). Diese Rechtsprechung hat der Senat in der Folgezeit kontinuierlich fortentwickelt (BGH, FamRZ 2008, 134, 135; FamRZ 2008, 1325, 1328 = DNotZ 2008, 855; FamRZ 2008, 1508, 1510; FamRZ 2009, 1207, 1210 = MittBayNot 2009, 379 = DNotZ 2010, 60; BGHZ 179, 43, 51 ff. = FamRZ 2009, 406, 408 f. = DNotZ 2009, 459).

Durch die geänderte gesetzliche Grundlage und die neue höchstrichterliche Rechtsprechung ist die Geschäftsgrundlage des Vergleichs, die im Zweifel auf den Fortbestand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur überragenden Bedeutung der Ehedauer bei der Begrenzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen abstellte, entfallen, was ebenfalls zu einer Anpassung des Unterhaltstitels führen kann.

3. Die angefochtene Entscheidung kann deswegen keinen Bestand haben und ist aufzuheben. Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil es zunächst weiterer Feststellungen zu den nach der Rechtsprechung des Senats relevanten Tatsachen bedarf (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Das OLG wird den Parteien zunächst Gelegenheit geben müssen, ergänzend zu den Abänderungsvoraussetzungen vorzutragen. In diesem Umfang dürfte dem abgeschlossenen Vergleich ein Ausschluss jeglicher Abänderung nicht zu entnehmen sein.

Soweit der Antrag auf Unterhaltsabänderung auf geänderte tatsächliche Verhältnisse seit Abschluss des Vertrages gestützt ist, setzt er allerdings voraus, dass der Abänderungskläger eine erhebliche Änderung dieser Verhältnisse darlegt und ggf. beweist. Hinsichtlich der Frage einer nach Abschluss des Vergleichs neu eingetretenen Verwirkung des Unterhaltsanspruchs wird das OLG klären müssen, ob die Beklagte nach wie vor mit dem Zeugen eine feste Lebensgemeinschaft unterhält.

Anmerkung:

Das vorstehende Urteil des BGH betrifft zwar einen gerichtlichen Vergleich, hat aber ebenso Bedeutung für notarielle Unterhaltsvereinbarungen.

Die Abänderbarkeit einer vollstreckbaren Urkunde, die eine Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen enthält, ist seit dem 1.9.2009 in § 239 FamFG neu geregelt. Nach der Verweisung in § 239 Abs. 2 FamFG richtet sich die Abänderung inhaltlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und somit in erster Linie nach den getroffenen vertraglichen Abreden der Parteien,¹ ansonsten insbesondere nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB.² Damit regelt das FamFG die

¹ Finger, FuR 2009, 656, 661.

² Unerfindlich ist, warum Roßmann in Horndasch/Viefhues, Kommentar zum Familienverfahrensrecht, 2009, § 239 FamFG Rdnr. 11 meint, notarielle Urkunden hätten keine Geschäftsgrundlage.

Materie so, wie sie auch die Rechtsprechung schon zuvor entwickelt hatte. Der BGH war schon immer der Auffassung, dass bei notariellen Urkunden, die nicht in Rechtskraft erwachsen, sich die Abänderung inhaltlich nicht nach § 323 ZPO richten solle, sondern nach den Grundsätzen des Wegfalls und später der Störung der Geschäftsgrundlage.³ Dies bestätigt das vorliegende Urteil.

Eine Abänderung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage setzt voraus:

- eine schwerwiegende Änderung der Grundlagen der Vereinbarung und
- keine Risikozuweisung allein an eine Partei und keine vertragliche Risikoübernahme und
- dass nach materiellem Recht ein unverändertes Festhalten an der Vereinbarung nicht zugemutet werden kann.⁴

Wegen dieser mit der bisherigen Rechtsprechung übereinstimmenden Regelung des FamFG sind die Aussagen des Urteils auch für die neue Rechtslage von Bedeutung.

Der BGH unterscheidet zwischen

- 1. der Anpassung an *abweichende tatsächliche Verhältnisse bei Vertragsschluss* (etwa weil ein Berechnungsparameter falsch gewichtet oder übersehen war oder weil man eine pauschale Vereinbarung getroffen hat, die nicht dem tatsächlichen Unterhaltsanspruch entsprach) und
- 2. der Anpassung an *geänderte tatsächliche Verhältnisse seit (oder nach) Vertragsschluss*. Den Letzteren stehen Änderungen des Gesetzes oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung gleich.

Fehlen nun in der Vereinbarung Angaben zu den Berechnungsgrundlagen und somit nähere Angaben zur Geschäftsgrundlage, so kann dies zwar eine Anpassung in der Fallgestaltung 1 ausschließen, nicht aber in der Fallgestaltung 2.

Was bedeutet das Urteil des BGH nun für die notarielle Praxis der Unterhaltsvereinbarung? Der Notar muss aufgrund dieses Urteils sorgfältig überlegen, ob und wie er bei einer Unterhaltsvereinbarung zur Abänderbarkeit Stellung nimmt. Dies hängt entscheidend davon ab, welches Ziel die Parteien mit ihrer Unterhaltsvereinbarung verfolgen.

Dient die Vereinbarung nur der *Errechnung der Unterhaltssumme und der Schaffung eines Zahlungstitels*, so werden die Parteien wollen, dass die Vereinbarung in beiden oben bezeichneten Fallgestaltungen abänderbar sein soll. Es empfiehlt sich dann, auch die Berechnungsparameter in die Urkunde aufzunehmen, so dass die Frage der Abweichung später überprüft und die Abänderung auf der Basis der getroffenen Vereinbarung vorgenommen werden kann. Ansonsten wird bei Feststellung veränderter Verhältnisse eine Neuberechnung durchgeführt. Soll die Vereinbarung umfassend abänderbar sein, so kann dies klarstellend erwähnt werden, insbesondere um gegenüber einer Vergleichsvereinbarung abzugrenzen.

Handelt es sich hingegen um eine Unterhaltsvereinbarung, die *im Wege des Vergleichsschlusses* durch gegenseitiges Nachgeben getroffen wurde, um etwa schwierige Berechnungen zu vermeiden oder das Verfahren ohne weiteren Zeitverzug zu beenden oder auch um Zugeständnisse in anderen Bereichen der Vereinbarung auszugleichen, so soll diese Vereinbarung in der Regel nicht abänderbar sein wegen eines Umstandes, der bereits bei Vergleichsschluss vorlag, weil eben nicht der Ver-

gleich durch späteres „Nachrechnen“ in Frage gestellt werden soll. Wird nichts zu den vertraglichen Berechnungsgrundlagen ausgesagt, so liegt für den BGH diese Auslegung nahe. Der Vertragsgestalter, der sich nicht auf eine Auslegung verlassen möchte, kann zusätzlich festlegen, dass eine Abänderung wegen schon bei Vertragsschluss vorliegender Umstände ausgeschlossen ist.

Schließlich könnte eine Unterhaltsvereinbarung so getroffen werden, dass sie quasi *unabänderlich* ist, also auch bei einer *künftigen Änderung* nach Vertragsschluss nicht abänderbar ist. Dies wird eher selten gewünscht sein, kann aber vorkommen, so z. B. bei einer Vereinbarung, die eine befristete Unterhaltszahlung vorsieht. Hier soll es häufig nicht möglich sein, den Unterhalt während des Fristlaufes zu ändern. Die Parteien möchten sich von ständigen Nachweispflichten entlasten. Eine solche Intention liegt aber auch bei den unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen vor,⁵ die zum Ziel haben, dem Unterhaltsberechtigten einen Mindestunterhalt auf längere Dauer zu sichern, als das Gesetz dies vorsieht.

Fraglich sind die Grenzen solcher „unabänderlicher“ Vereinbarungen. Zum einen wurde bereits dargelegt,⁶ dass eine Vereinbarung sich möglicherweise nicht durchsetzt, wenn sie sich zulasten Dritter – insbesondere neu hinzugekommener unterhaltsberechtigter Kinder – auswirken würde. Zum anderen wird in Frage gestellt, ob eine Abänderung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage überhaupt vertraglich ausgeschlossen werden kann.⁷ Aus dem vorliegenden Urteil ergibt sich jedenfalls, dass der BGH eine solche Vereinbarung für möglich hält. Er fordert lediglich, dass sie bei dieser Tragweite als Teil der Gesamtvereinbarung getroffen und ggf. vom Anspruchsteller nachgewiesen wird. Selbst wenn § 313 BGB nicht als völlig dispositiv angesehen werden sollte, so lässt sich doch mit der Regelung, dass auch bei späterer Änderung der Einkommensverhältnisse oder dem Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter eine Abänderung nicht erfolgen soll, eine vertragliche Risikoübernahme gestalten, die letztlich verhindert, dass die materiellen Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eintreten,⁸ und auf die § 239 Abs. 2 FamFG vorrangig verweist.⁹ Dass auch diese Formulierung wieder der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegt,¹⁰ sollte genügen, um die Grenzen privatautonomer Risikoverteilung zu schützen.¹¹ Schon das RG urteilte, dass eine Risikozuweisung dort ihre Grenze findet, wo die Inanspruchnahme des Schuldners zu seiner Existenzgefährdung führen würde.¹² Dem entspricht das Vorgehen des BGH im Rahmen der Ausübungskontrolle, die er über den Rahmen der Störung der Geschäftsgrundlage hinaus anwendet.

⁵ Hierzu *Münch*, notar 2009, 286 ff.; *Herrler*, FRP 2009, 506 ff.

⁶ *Münch*, notar 2009, 286 ff.

⁷ *Heinemann*, FPR 2009, 356 unter Bezugnahme auf *MünchKommBGB/Roth*, 5. Aufl., § 313 Rdnr. 112.

⁸ Ausdrücklich befürwortend, dass die Parteien die Wesentlichkeitsgrenzen selbst bestimmen, *Finger*, FuR 2009, 656, 661.

⁹ *Finger*, FuR 2009, 656, 661.

¹⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Inhaltskontrolle ausdrücklich auch zugunsten des Unterhaltspflichtigen durchzuführen, vgl. BGH, NJW 2009, 842.

¹¹ Vgl. auch *MünchKommBGB/Roth*, § 313 Rdnr. 112: Parteien können die Reizschwelle heraufsetzen.

¹² RGZ 163, 91, 96: „Dass der Gläubiger seine Rechte niemals gegen Treu und Glauben geltend machen kann, ist ein allgemeiner Grundsatz (§ 242 BGB), dem gegenüber auch die auf der Grundlage der Vertragsfreiheit wirksam getroffenen Abreden weichen müssen, soweit anderenfalls ein für die Volksgemeinschaft untragbares Ergebnis eintreten würde.“

³ BGH, NJW 1993, 228 f.; BGH, NJW 1992, 1621; *Borth*, FamRZ 2008, 107.

⁴ *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 313 Rdnr. 17 ff.

Eine Abrede über die Nichtabänderbarkeit ist somit sinnvoll und wird vom BGH offensichtlich auch für zulässig erachtet.¹³ Sie ist auf jeden Fall immer dann notwendig, wenn die Vereinbarung auch gegenüber künftigen Änderungen unabänderbar sein soll. Ihre Grenze findet sie, wo sie zur Existenzvernichtung der Unterhaltspflichtigen führt.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

13 Bei einer unterhaltsverstärkenden Vereinbarung kann der Existenzgefährdung darüber hinaus durch eine „Notklausel“ begegnet werden, die eine Abänderbarkeit dann zulässt, wenn dem Unterhaltsverpflichteten weniger verbleibt als dem Berechtigten; hierzu *Münch*, notar 2009, 286 ff.

4. ZPO § 1066; BGB §§ 2220, § 2227 (*Schiedsfähigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers*)

Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers, die nicht auf einer zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben und sonstigen Beteiligten vereinbarten Schiedsklausel beruhen, sondern gemäß § 1066 ZPO auf einer letztwilligen Verfügung, können nicht dem Schiedsgericht zugewiesen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.7.2009, 11 Wx 94/07

Der Beteiligte zu 3, ein Rechtsanwalt, wurde vom Nachlassgericht gemäß dem privatschriftlichen Testament der Erblasserin vom 20.10.2003 zum Testamentsvollstrecker eingesetzt. Dieses Testament hatte er für die Erblasserin entworfen. Unter Ziffer 6 des Testaments hatte die Erblasserin ihn zum Testamentsvollstrecker berufen. Unter Ziffer 5 fand sich folgende Regelung (sic):

„Konfliktsklausel

1. Ich ordne an, dass sich alle Erben und Vermächtnisnehmer sowie der Testamentsvollstrecker für Streitigkeiten, die durch dieses Testament hervorrufen sind und ihren Grund in dem Erbfall haben, unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte einem Schiedsgericht zu unterwerfen haben.

2. Das Schiedsgericht sowie die anzuwendende Verfahrensordnung ist von der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE), H.-straße, A., mit Wirkung zu bestimmen. ...“

Der Beteiligte zu 3 ist Gründungsmitglied und Vorstandsmitglied der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit e. V.

Der Beteiligte zu 1, Sohn und Miterbe, hat beim Nachlassgericht die Entlassung des Testamentsvollstreckers beantragt.

Zur Begründung führt er aus, dass mit der Testamentsvollstreckung eigene Interessen des Testamentsvollstreckers vertreten, auch einseitig die Interessen seines miterbenden Bruders wahrgenommen würden, dass das Nachlassverzeichnis verzögert und fehlerhaft erstellt worden sei, seine Ersuchen um Auskunft nicht beachtet bzw. unzutreffend behandelt worden sei und die Spannungen zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker die ordnungsgemäße Amtsführung gefährdeten.

Aus den Gründen:

II.

Das gemäß §§ 81 Abs. 2, 27, 29 FGG zulässige Rechtsmittel hat in der Sache vorläufig Erfolg.

Die Entscheidung des LG hält der allein möglichen Nachprüfung auf Rechtsfehler nicht stand.

1. Grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Schiedsklausel bestehen nicht. Insoweit kann auf die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26.11.2007 – 10 Sch 6/07,

Bezug genommen werden, das jedoch über die Kompetenzen des Schiedsgerichts im Einzelnen nicht entschieden hat, sondern lediglich über die Frage, ob ein Streit über die Auseinandersetzung des Nachlasses in den Kompetenzbereich des Schiedsgerichts fällt.

2. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des LG, dass Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers, die nicht auf einer zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben und sonstigen Beteiligten vereinbarten Schiedsklausel beruhen, sondern auf einer letztwilligen Verfügung gemäß § 1066 ZPO, dem Schiedsgericht zugewiesen werden können.

Die Frage ist in der Literatur nach wie vor streitig, eine einheitliche herrschende Lehre ist nicht feststellbar, es gibt soweit ersichtlich keine obergerichtliche Rechtsprechung.

Die Befürworter der Schiedsfähigkeit des Entlassungsverfahrens nach § 2227 BGB (vgl. *Schlosser* in Stein/Jonas, ZPO, 2. Aufl., § 1066 Rdnr. 3; *Geimer* in FS Schlosser, 2005, S. 197, 207; *Schulze*, MDR 2000, 314, 317 f.; *ders.*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, 2003, S. 93 ff.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., S. 290 ff.; *Habscheid*, ZJP 66, 197; *Schiffer*, BB-Beilage 1995 Nr. 5, S. 2–6) machen mit unterschiedlichen Schwerpunkten geltend, dass auch für privatrechtliche Parteistreitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit begründet werden kann (vgl. *Geimer* in FS Schlosser, S. 197, 207; *Schlosser* in Stein/Jonas, ZPO, § 1066 Rdnr. 3), dass sich nach der Reform des Schiedsrechtes aus dem Schiedsrecht selbst wie aus den Gesetzesmaterialien ergebe, dass das Gesetz die Schiedsgerichtsbarkeit nunmehr als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit ebenbürtige Rechtsschutzmöglichkeit sehe. Da dem Ziel der Entlassung des Testamentsvollstreckers ein klägerisches wirtschaftliches Interesse zugrunde liege, bestehe Vermögensrechtlichkeit i. S. d. § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO, bei der Zuweisung an das Nachlassgericht handele es sich um eine bloße Organisationsvorschrift (vgl. *Schulze*, MDR 2000, 314, 317 f.; *ders.*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, S. 93 ff.).

Die Gegner der Schiedsfähigkeit des Entlassungsverfahrens (*MünchKommZPO/Münch*, 3. Aufl., § 1066 Rdnr. 4 ff.; *MünchKommBGB/Leipold*, 4. Aufl., § 1937 Rdnr. 35; *Staudinger/Otte*, BGB, 2008, Vorbem. zu §§ 1937 ff. Rdnr. 11; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 32 II 4 c; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Bearb., S. 425; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2227 Rdnr. 29; *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 67. Aufl., § 1066 Rdnr. 2; *Musielak/Voit*, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 1066 Rdnr. 4; *Haas*, ZEV 2007, 49, 53; *Wegmann*, ZEV 2003, 20 f.; *Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, S. 142 ff.; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rdnr. 108) halten diese Argumentationen für unzutreffend: Auch wenn man aus dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Fälle des sog. echten Streitverfahrens aussondere und für diese das schiedsrichterliche Verfahren im Allgemeinen zulasse, so ändere das nichts, weil das Verfahren nach § 2227 BGB einen schwer abzugrenzenden Kreis der Beteiligten habe und daher insoweit nicht als echtes Streitverfahren angesehen werden könne (vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2227 Rdnr. 29); eine Entscheidung, die für und gegen alle Nachlassbeteiligten wirken solle, könne in einem Parteiverfahren nicht ergehen (vgl. *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 1937 ff. Rdnr. 11); der Erblasser könne dem Schiedsgericht die Entscheidung über alle, aber auch nur über solche Fragen zuweisen, über die er Kraft seiner Testierfähigkeit verfügen könne (*Otte*, a. a. O.); was der Erblasser nicht dürfe –

Einschränkungen oder Ausschluss des Verfahrens nach § 2227 BGB – soll der Schiedsrichter nicht können (vgl. MünchKommZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 4 ff.). Die Zuweisung zur Schiedsgerichtsbarkeit erscheine bedenklich, denn die starke Position des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben, deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht aus Art. 14 GG in Rede stehe und die sich einer Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht unterworfen hätten, erfordere eine entsprechende gerichtliche Kontrolle, die vom Erblasser nicht einseitig auf ein Schiedsgericht verlagert werden dürfe (vgl. Musielak/Voit, ZPO, § 1066 Rdnr. 4).

Das RG hat die Frage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bei Streit über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers erörtert (vgl. RGZ 133, 128 ff.). Nach Darstellung einerseits der starken Stellung des Testamentsvollstreckers, andererseits der Verfügungsbeschränkungen in § 2220 BGB führt das RG aus, dass § 2220 BGB der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen sei, nicht zuzulassen, dass ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers überliefert:

„Die den weitgehenden Befugnissen des letzteren entsprechenden Verpflichtungen werden vom Gesetz als so bedeutungsvoll angesehen und mit so großer Bestimmtheit aufgestellt, dass es auch dem Erblasser verboten sein soll, zum Nachteil des Erben daran etwas zu ändern. Ist aber dies die Absicht des Gesetzes, so liegt darin auch der Wille, dem Erblasser jede Beschränkung des Erben in der Geltendmachung derjenigen Rechte gegen den Testamentsvollstrecker zu verwehren, die sich aus der Verletzung der gedachten Verpflichtungen ergeben. Darf er den Testamentsvollstrecker nicht von ihrer Einhaltung befreien, dann darf der Erblasser sinngemäß auch den Erben in keiner Weise hindern, die aus etwaiger Verletzung gehender Verpflichtungen für ihn entspringenden Rechte auszuüben. Wollte man hier anders urteilen, dann würde die Vorschrift des § 2220 BGB sich als stumpfe Waffe erweisen und den Zweck einer festen Bindung des Testamentsvollstreckers an die in den §§ 2215, 2216, 2218, 2219 BGB ihm auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllen können. Zu den Mitteln, durch die der Erbe Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers geltend machen kann, gehört aber in erster Reihe die in § 2227 BGB ihm verliehene Befugnis, die Entlassung des Testamentsvollstreckers beim Nachlassgericht zu beantragen. Die Anordnung eines Erblassers, sein Erbe dürfe wegen Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers nicht dessen Entlassung beantragen, wäre mithin entsprechend dem Gedanken, der dem § 2220 BGB zugrundeliegt, als unverbindlich zu betrachten.“

Auch nach heutigem Verständnis ist § 2220 BGB eine zentrale Norm für das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Erben. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Beschränkung des Erben durch die ausgedehnten Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers nicht so weit gehen darf, dass der Erbe praktisch der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgeliefert ist. Korrelat des in § 2220 BGB enthaltenen Befreiungsverbot ist, dass es dem Erblasser über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch verboten ist, den Erben an der Ausübung der Rechte zu hindern, die ihm zustehen, wenn der Testamentsvollstrecker seine Verpflichtungen nach §§ 2215, 2216, 2218, 2219 BGB verletzt. Der Erblasser kann daher das Recht des Erben, bei Unfähigkeit oder Nachlässigkeit des Testamentsvollstreckers seine Entlassung zu beantragen, weder ausschließen noch beschränken (vgl. Staudinger/Reimann, § 2220 Rdnr. 1 m. w. N.).

Das hier sichtbare Spannungsfeld zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Stellung des Erben, dem das Gesetz durch unabdingbare Pflichten des Testamentsvollstreckers und die Möglichkeit des Entlassungsverfahrens eine eigene geschützte Rechtsposition einräumt, ist zu beachten, wenn der Anwendungsbereich des § 1066 ZPO bestimmt wird.

Das Gesetz erweitert mit § 1066 ZPO prozessual die im materiellen Recht gewährte Testierfreiheit durch die Möglichkeit, Streitigkeiten über den Nachlass einem Schiedsgericht durch einseitige Verfügung zu übertragen, zeigt aber durch die Formulierung „in gesetzlich statthafter Weise“ auch auf die Grenzen des materiellen Rechts, § 1066 ZPO setzt durch seinen Verweis in das materielle Recht die dort verankerte Möglichkeit einer solchen Einsetzung überhaupt voraus (vgl. Schulze, MDR 2000, 314; ders., Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO, S. 87; MünchKommZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 7). Diese Einschränkung ist geboten, da § 1066 ZPO durch die einseitige Verfügung des Schiedsverfahrens für die Beteiligten ein ebenso aufgezwungenes Gericht schafft, wie das des Staates, das aber nicht alle Garantien gewährt, die die staatlichen Gerichte bieten. So spielt die Zuordnung zum Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Rolle hinsichtlich der Frage der Erschwerungen der Durchsetzung der Erbenrechte. Bereits durch den Amtsermittlungsgrundsatz und die Möglichkeit, bei der Ermittlung auch Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, die nur im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Nachlassgericht gewährt sind, ist der antragstellende Erbe besser gestellt als durch das Schiedsverfahren.

Daraus und aus der Erkenntnis, dass § 1066 ZPO ein prozessuales Seitenstück der Testierfreiheit darstellt, lässt sich auch auf die Grenzen dieses Rechtes schließen: Es kann nicht weiter reichen als die Testierfreiheit und muss dem gesetzlich angelegten Schutz des Erben genügen, darf ihn nicht aushöhlen. Eine übermäßige Beeinträchtigung der Testierfreiheit erfolgt dadurch nicht, da dieser Erbenschutz auch als ein postmortaler Schutz des Erblassers vor eigener Fehleinschätzung hinsichtlich der Person und der Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers dient und damit helfen kann, dem wahren Willen des Erblassers zur Durchsetzung zu verhelfen.

Es ist danach unzutreffend, dass den Schiedsgerichten nach § 1066 ZPO dasjenige als Aufgabe übertragen werden kann, was sonst dem Prozessgericht obläge (vgl. so aber Schiffer, BB-Beilage 1995 Nr. 5, S. 5). Grenze ist immer die Reichweite der Testierfreiheit: Da der Erblasser nach dem materiellen Recht die Abberufung nicht ausschließen und nicht erschweren darf, darf das auch nicht durch die prozessuale Gestaltung möglich sein (vgl. ebenso Harder, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, S. 145). Ob es sich dabei bei dem Verfahren auf Entlassung des Testamentsvollstreckers um ein privatrechtliches Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt oder nicht, ist als rein formale Argumentation nicht erhellend zur Lösung dieses Konflikts.

Verzichtet der Erbe auf diese Rechtstellung und kommt es ihm beispielsweise auf die typischen Vorteile des Schiedsverfahrens wie Flexibilität und Schnelligkeit an, bleibt es ihm unbenommen, von einem Entlassungsantrag abzusehen und sich mit dem Testamentsvollstrecker auf ein Schiedsverfahren zu verständigen.

Eine Auslegung der hier vorliegenden Schiedsklausel dahingehend, dass die Erblasserin damit auch das Verfahren auf Entlassung des Testamentsvollstreckers einem Schiedsgericht unterworfen habe, kommt danach nicht in Betracht.

3. Die Entscheidung des LG war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung über

die Rechtmäßigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers zurückzugeben.

Anmerkung:

1. Der Beschluss des OLG Karlsruhe vom 28.7.2009 betrifft die Frage, ob die Entlassung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB vom Erblasser einem Schiedsgericht übertragen werden kann. Das OLG Karlsruhe verneint die Frage. Der Beschluss ist interessant, wurde doch bislang die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26.11.2007, 10 Sch 6/07 (u. v.) von den Befürwortern der letztwilligen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers als Beleg für ihre Meinung herangezogen.¹ In dem Beschluss vom 28.7.2009 stellt das OLG Karlsruhe klar, dass die Entscheidung vom 26.11.2007 lediglich die Frage betraf, ob ein Streit über die Auseinandersetzung des Nachlasses in den Kompetenzbereich des Schiedsgerichts fällt.

2. Es geht zunächst um die prinzipielle Frage, ob und inwieweit Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Schiedsverfahren ersetzt werden können. Ursprünglich war man der Ansicht, die Schiedsgerichtsbarkeit sei im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen.² Der BGH stellte sich jedoch in seiner Entscheidung vom 17.6.1952³ auf den Standpunkt, die schiedsgerichtlichen Vorschriften des X. Buchs der ZPO könnten für Pachtrechtsstreitigkeiten, für welche die Landwirtschaftsgerichte nach dem FGG zuständig waren, analog angewendet werden. Die herrschende Meinung nimmt in der Folge dieser BGH-Entscheidung an, dass zumindest die echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit schiedsfähig sind. Die Unterscheidung zwischen den echten Streitsachen und den sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geht zurück auf *Habscheid*.⁴ Echte Streitsachen sind hiernach solche, bei denen das Gericht als an sich einzig berufene Substanz über objektive Rechte mit endgültiger Wirkung entscheidet.

3. Daraus resultierte dann die Diskussion zu § 2227 BGB. Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Beteiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt. Der Testamentsvollstrecker hat nach deutschem Recht eine ungewöhnlich starke Stellung, er unterliegt nicht der Aufsicht des Nachlassgerichtes; dieses kann nicht einmal seine Vergütung festsetzen oder überprüfen. Bei Streitigkeiten ist das Prozessgericht zuständig. Eine der wenigen Möglichkeiten des Nachlassgerichtes, die Amtsführung des Testamentsvollstreckers zu beeinflussen, stellt § 2227 BGB dar. Der Antrag an das Nachlassgericht, den Testamentsvollstrecker zu entlassen, ist zugleich eines der wenigen Instrumente der Nachlassbeteiligten, sich gegen die Allmacht des Testamentsvollstreckers zu wehren. Nach Auffassung des RG ist § 2227 BGB im Kontext mit § 2220 BGB zu sehen:⁵ Der Gesetzgeber habe nicht zulassen wollen, dass „ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers“ ausliefert. In § 2200 BGB ist gesagt, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht von grundlegenden Verpflichtungen – Erstellung des Nachlassverzeichnisses, ordnungsgemäße Verwaltung, Rechnungslegung, Haftung – befreien kann. Eine Entlassung nach § 2227 BGB kommt ins-

besondere dann in Betracht, wenn der Testamentsvollstrecker gegen die in § 2220 BGB genannten grundsätzlichen Verpflichtungen aus §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB verstößt.

Nach der herrschenden Meinung kann die Entscheidung nach § 2227 BGB nicht einem Schiedsgericht übertragen werden, auch nicht die Vorfrage, ob ein wichtiger Grund vorliegt.⁶ Die Mindermeinung steht auf dem gegenteiligen Standpunkt.

Die herrschende Meinung, welche die Schiedsfähigkeit insoweit ablehnt, begründet dies überwiegend mit dem Schutzbedürfnis der Nachlassbeteiligten gegenüber der Allmacht des Testamentsvollstreckers, insbesondere unter Bezugnahme auf § 2220 BGB. Dies tut auch das OLG Karlsruhe in der obigen Entscheidung. Es ist nicht zu verkennen, dass sich die Argumentation der herrschenden Meinung nicht systemgerecht in die Unterscheidung zwischen echten Streitsachen und sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einfügt. Die Argumentation ist materiellrechtlich begründet. Sie geht offenbar davon aus, dass der Schutz der Erben, den § 2227 BGB gewährleisten soll, bei den ordentlichen Gerichten besser aufgehoben ist als bei Schiedsgerichten. Demgegenüber gibt es eine beachtliche Meinung für die Zulassung von letztwilligen Schiedsklauseln in diesem Bereich. Prominenter Vertreter dieser Meinung ist *Muscheler*.⁷

4. Der Kautelarjurist muss die Problematik kennen, er hat sie aber nicht zu entscheiden. Für ihn ist lediglich wichtig, welche Gestaltung der Notar sinnvollerweise empfehlen kann. Nach heute herrschender Auffassung sind letztwillige Schiedsklauseln durchaus möglich, nicht aber in Bezug auf § 2227 BGB. Überantwortet der Erblasser gleichwohl die Enthebung des Testamentsvollstreckers einem Schiedsgericht, widerspricht dies gegenwärtig dem kautelarjuristischen Grundsatz des sicheren Weges.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

⁶ RGZ 133, 128, 132 f.; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2227 Rdnr. 1; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2227 Rdnr. 29 m. w. N.

⁷ ZEV 2009, 317.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

5. HGB § 25 Abs. 1 (*Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma*)

Zur Frage der Fortführung eines Handelsunternehmens unter der bisherigen Firma.

BGH, Urteil vom 16.9.2009, VIII ZR 321/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, die unter der Bezeichnung „R. Automobile GmbH“ firmiert, nach den Grundsätzen der Haftung für eine Firmenfortführung gemäß § 25 HGB Ansprüche auf Zahlung geltend. Die – der Höhe nach unstrittigen – Forderungen resultieren aus einer Vereinbarung der Klägerin mit der „Automobile R. e. K.“, durch die diese sich unter anderem zur Abnahme einer bestimmten Menge von Schmierstoffen von der Klägerin verpflichtet hatte.

Anfang des Jahres 2005 wurde das Vermögen der „Automobile R. e. K.“ im Wege der Umwandlung durch Ausgliederung von der „Autohaus R. GmbH“ übernommen. Deren Geschäftsgegenstand war der Handel mit neuen und gebrauchten Fahrzeugen sowie der Betrieb einer Autowerkstatt. Mit Gesellschafterbeschluss vom 25.10.2005, im Handelsregister eingetragen am 10.11.2005, wurde diese GmbH in „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ umfirmiert. Den Geschäftsbe-

¹ Vgl. *Muscheler*, ZEV 2009, 317.

² RGZ 113, 128.

³ BGHZ 6, 248 = NJW 1952, 1057.

⁴ ZZP 66 (1958), 188.

⁵ RGZ 133, 128.

trieb stellte die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ Ende 2005 ein. Im folgenden Jahr wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ eröffnet.

Zur Reduzierung ihrer Verbindlichkeiten schloss die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“, deren geschäftsführender Gesellschafter J. R. war, Ende 2005 Verträge einerseits mit der Beklagten, die mit Gesellschaftsvertrag vom 22.12.2005 gegründet worden war und deren Geschäftsführer gleichfalls J. R. ist, und andererseits mit der (von den Mitarbeitern) ebenfalls neu gegründeten „R. Service GmbH“.

Alle vorgenannten Unternehmen führten bzw. führen ihren Geschäftsbetrieb unter derselben Anschrift, nutzten bzw. nutzen dieselben Telefon- und Faxnummern und traten bzw. treten unter dem Internetportal „www. autohaus-(...) de“ mit den Marken Alfa Romeo, Suzuki und Rover auf. Geschäftsgegenstand der Beklagten ist der Handel mit Kraftfahrzeugen der genannten Marken, während die unter derselben Anschrift arbeitende „R. Service GmbH“ die Werkstattleistungen erbringt.

Die „Autohaus R. GmbH“ hatte von der Klägerin Schmierstoffe bezogen, die am 21.7.2005 mit 7.437,11 € in Rechnung gestellt worden waren und Gegenstand eines am 16.3.2006 rechtskräftig gewordenen Versäumnisurteils gegen die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ sind. In diesem Rechtsstreit sind außerdem Kosten i. H. v. 1.279,60 € festgesetzt worden. Diese beiden Beträge macht die Klägerin nunmehr gegen die Beklagte geltend. Daneben begehrt sie von der Beklagten Zahlung i. H. v. 22.808,55 € aus der mit der „Automobile R. e. K.“ geschlossenen Vereinbarung.

Das LG hat der Klage auf Zahlung von 31.525,26 € nebst Zinsen in vollem Umfang stattgegeben.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. (...)

II.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht die Haftung der Beklagten für die gegen die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ begründeten Forderungen der Klägerin bejaht. Die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB liegen vor. Die Beklagte hat das Handelsgeschäft der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ in seinem wesentlichen Kern unter Lebenden erworben und es unter deren hier maßgeblichen alten Firmenbezeichnung fortgeführt.

Die Haftung aus § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB greift nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH, WM 2008, 2273, Tz. 12 = DNotZ 2009, 226; NJW 2006, 1002, Tz. 7 m. w. N. = DNotZ 2006, 629). Das ist hier der Fall.

1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Beklagte das Unternehmen der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ unter deren Firma fortführt. Mit dem Berufungsgericht ist allerdings davon auszugehen, dass die Verwendung der Initialen „J.“ keinen hinreichend engen Bezug zu dem hinsichtlich der Individualisierung des Unternehmens prägenden Eigennamen des Geschäftsführers „R.“ zwischen der Firma der Beklagten und deren Vorgängerin darstellen. Die gemäß § 25 Abs. 1 HGB erforderliche Firmenfortführung wird jedoch nicht dadurch unterbrochen, dass im November 2005 eine Umfirmierung der „Autohaus R. GmbH“ in die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ erfolgte.

Denn die Firmenfortführung ist deshalb eine Voraussetzung für die Haftung gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Ver-

bindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (BGH, WM 2008, 2273, Tz. 19 = DNotZ 2009, 226; NJW 2006, 1002, Tz. 7 m. w. N. = DNotZ 2006, 629). Nach außen in Erscheinung getreten ist die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ unter ihrer neuen Firma aber nur in der kurzen Zeitdauer von der Umfirmierung im Oktober/November 2005 bis zur Einstellung ihres Geschäftsbetriebs Ende 2005. Da die Beklagte nahezu zeitgleich (durch Gesellschaftsvertrag vom 22.12.2005) gegründet wurde, ist dies eine zu kurze Zeitspanne, als dass aus der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise dieser Name („J. Auto- und Servicehaus GmbH“) mit der Kontinuität des Unternehmens, das zuvor mehrere Jahre unter der Firma „Autohaus R. GmbH“ bzw. „Automobile R. e. K.“ aufgetreten ist, verbunden wird.

Entgegen der Auffassung der Revision ist durch die Eintragung der neuen Firmenbezeichnung „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ in das Handelsregister auch nicht das Vertrauen der maßgeblichen Verkehrskreise in die Fortführung der früheren Firma beseitigt worden. Für die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB kommt es nicht darauf an, welche Erklärung gegenüber dem Registergericht abgegeben wird, sondern vielmehr darauf, unter welcher Bezeichnung ein Unternehmen tatsächlich am Markt auftritt (BGH, NJW 1987, 1633 = DNotZ 1987, 374).

2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht auch an, dass die Beklagte das Unternehmen des zuletzt unter „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ firmierenden Autohauses i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB erworben und fortgeführt hat. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, genügt es für die Anwendung des § 25 Abs. 1 HGB, dass ein Teilerwerb des früheren Handelsgeschäfts stattfindet, wenn dieser den Kern des Unternehmens ausmacht.

a) Von einer Unternehmensfortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH, NJW 2006, 1002, Tz. 9 m. w. N. = DNotZ 2006, 629). Die Haftungsfolge aus § 25 Abs. 1 HGB greift daher auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen sind, solange nur der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern desselben übernommen wird, so dass sich der nach außen für die beteiligten Verkehrskreise in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (BGH, NJW 1992, 911, unter III 1 = DNotZ 1992, 581). Dies ist bei der Beklagten, auch wenn sie nur den Teilbereich des Handels mit Kraftfahrzeugen und nicht den Werkstattbetrieb fortgeführt hat, der Fall.

Nach den dazu vom Berufungsgericht getroffenen von der Revision insoweit nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen hat die Beklagte durch den Handel mit Fahrzeugen derselben Automarken, wie sie auch von der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ vertrieben wurden, in denselben Ausstellungs- und Büroräumen unter Beibehaltung derselben Telefon- und Faxnummern und unter Wahrung der personellen Kontinuität durch den Namensgeber der Firma, den Geschäftsführer J. R., sowie unter Aufrechterhaltung der bestehenden Geschäftsbeziehungen zu Lieferanten und Abnehmern und nicht zuletzt durch Verwendung eines vergleichbaren, wenn nicht gar identischen Internetauftritts wie die Vorgängerfirma, einen wesentlichen Teil des früheren Auto-

hauses R., der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“, fortgeführt.

b) Ohne Erfolg beanstandet die Revision insoweit die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht seine Annahme begründet, die Beklagte und nicht die „R. Service GmbH“ habe das frühere Handelsgeschäft in seinem wesentlichen Kern erworben und fortgeführt. Das Berufungsgericht hat den Teilbereich des Handels mit Kraftfahrzeugen als den wesentlichen Teil des Unternehmens des früheren Autohauses R. gewertet und die Übernahme des Werkstattbetriebs und der früheren Mitarbeiter durch die „R. Service GmbH“ für nicht von ausschlaggebender Bedeutung gehalten. Dies begegnet aus revisionsrechtlicher Sicht keinen Bedenken.

Selbst wenn man entsprechend der dahingehenden Rüge der Revision für das Revisionsverfahren unterstellte, die Erlöse aus dem Werkstattbetrieb der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ seien höher gewesen als diejenigen aus dem Autohandel, ergäbe sich keine abweichende Beurteilung. Der den Schwerpunkt eines Unternehmens bildende wesentliche Kern ist der Tätigkeitsbereich, mit dem das Unternehmen nach außen in Erscheinung tritt (vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 2006, 408 f.). Die Vorgängerin der Beklagten betrieb ein Autohaus für bestimmte Automarken, also aus der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise im Wesentlichen den Geschäftsgegenstand des Handels mit Kraftfahrzeugen. Demgegenüber tritt der Geschäftsbereich eines Werkstattbetriebs in dem äußeren Erscheinungsbild eines Autohauses dahinter gewöhnlich zurück und ist nicht der vordergründige Gegenstand eines Autohauses, selbst wenn durch den Werkstattbetrieb höhere Umsätze und Erlöse als durch den Autohandel erzielt werden sollten.

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2010, 222 (in diesem Heft) –

I. Strittiger Normzweck

Die Anwendung des § 25 HGB bereitet der Rechtspraxis immer wieder erhebliche Schwierigkeiten. Dies beruht u. a. auch darauf, dass der Normzweck dieser Vorschrift, genauer gesagt der Rechtsgrund der darin normierten Haftung, immer noch erheblich umstritten ist.¹ Während etwa *Canaris* § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB für eine „systemfremde Vorschrift ohne auch nur annähernd einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt“ ansieht,² setzen sich andere, wie *Karsten Schmidt*,³ sehr frei über den Wortlaut des Gesetzes hinweg und sehen das Gesetz lediglich als Grundlage eines im Gesetzeswortlaut nicht klar zum Ausdruck gekommenen Konzeptes an, welches die Haftungskontinuität im Falle der Unternehmensnachfolge sicherstellen wolle. Mit der Firma sei eigentlich das Unternehmen gemeint. Würde dieses im Wesentlichen fortgeführt, trete auch die Haftungskontinuität ein. Die Firmenfortführung sei lediglich ein wesentliches, jedoch nicht zwingend notwendiges Indiz für die Kontinuität des Unternehmens. Wieder andere und wohl die herrschende Meinung sehen darin den Leitgedanken zum

Ausdruck gebracht, dass sich aus der Kontinuität des Unternehmens nach außen, die sich in der Fortführung des Handelsgeschäfts und der Firma manifestiert, die im Interesse des Verkehrsschutzes vom Gesetzgeber daran geknüpfte Haftungskontinuität ergibt.⁴ Den Gläubigern müsse der Zugriff auf Substanz und Ertrag des Unternehmens erhalten bleiben.⁵

Die neuere Rechtsprechung des BGH geht zwar noch davon aus, dass die Fortführung der Firma beim Wechsel des Inhabers eine der beiden Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB ist.⁶ Der BGH schließt sich jedoch anscheinend immer mehr dem Konzept von *Karsten Schmidt* an, weil er als Haftungsbasis i. S. d. § 25 HGB die Kontinuität des Unternehmens ansieht. Diese Kontinuität müsse lediglich durch die Firmenfortführung nach außen in Erscheinung treten.⁷

In seiner Rechtsprechung der vergangenen Jahre hinsichtlich der Kriterien zur Firmenfortführung hat sich der BGH jedoch mehr und mehr vom gesetzlichen Wortlaut des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB und damit von dessen Grundlagen gelöst, worauf schon *Kanzleiter*⁸ hingewiesen hat. Diese Tendenz zeigt sich auch im Urteil des VIII. Senates vom 16.9.2009. Als Obersatz hätte der BGH auch formulieren können: Die Kontinuität der Firmenfortführung wird auch durch eine kurzzeitig zwischen-tretende, andersartige Firmierung nicht unterbrochen, wenn zumindest eine Ähnlichkeit weiter besteht.

II. Die Entscheidung vom 16.9.2009

Worum ging es? Der Autohändler J. R. hatte unter der Firmierung „Automobile R. e. K.“ ein Autohaus mit Werkstatt betrieben und dafür bei der Klägerin Ware bezogen. Dieses Einzelunternehmen wurde Anfang 2005 durch Ausgliederung in eine GmbH mit der Firma „Autohaus R. GmbH“ umgewandelt. Auch diese bezog Ware von der Klägerin. Im November 2005 wurde die Firma der GmbH in „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ geändert. Bereits schon Ende 2005 errichtete J. R. als geschäftsführender Gesellschafter zur Sanierung der GmbH die neue „R. Automobile GmbH“. Diese übernahm mit verschiedenen Verträgen von der „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ den Autohandel, die daraufhin ihre Geschäftstätigkeit einstellte. 2006 wurde sodann über die „J. Auto- und Servicehaus GmbH“ das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Werkstattbereich wurde von einer durch die ehemaligen Mitarbeiter errichteten GmbH unter der Firma „R. Service GmbH“ fortgeführt.

In dem Urteil bleibt der BGH zwar dabei, dass als tatbestandliche Voraussetzungen für den Eintritt der Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB neben der Unternehmensfortführung auch die Firmenfortführung erforderlich ist. Jedoch scheint er sich von einer Kontinuität der Firmenfortführung zu verabschieden. Zumindest unterbricht seiner Ansicht nach eine nur kurzzeitige anderweitige Firmierung von hier ca. zwei Monaten nicht die nach § 25 Abs. 1 HGB erforderliche Firmenfortführung.

III. Voraussetzungen der Firmenfortführung

Schon seit Längerem hat die Rechtsprechung darauf verzichtet, dass eine im Wesentlichen unveränderte Firmenfortfüh-

¹ Hierzu im Einzelnen *K. Schmidt*, 5. Aufl., Handelsrecht, S. 211 ff.; *Zimmer* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2008, § 25 Rdnr. 2 ff. m. w. N.; *MünchKommHGB/Lieb*, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 8 ff. u. a.

² *Canaris*, Handelsrecht, § 7 Rdnr. 14, weil dadurch zufällige Besserstellungen der Altgläubiger von nicht mehr realisierbaren Forderungen gegen ein sanierungsbedürftiges Unternehmen und Haftungsfallen für den Erwerber entstehen.

³ *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 211 f. Dagegen spricht aber § 25 Abs. 2 HGB, weil dann die Haftungskontinuität nicht vom Willen der Parteien abhängig gemacht werden kann.

⁴ *Zimmer* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 25 Rdnr. 2 m. w. N. in Fn. 3; *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 25 Rdnr. 1.

⁵ *MünchKommHGB/Lieb*, § 25 Rdnr. 9.

⁶ BGH, MittBayNot 2004, 373; DNotZ 2006, 629 m. Anm. *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 590; MittBayNot 2010, 216 (in diesem Heft)

⁷ St. Rspr. zuletzt BGH, GWR 2009, 463 u. NJW-RR 2009, 820.

⁸ DNotZ 2006, 590.

zung vorliegen muss, mit Änderungen allenfalls im Rahmen des § 22 HGB.⁹ Eine Fortführung sei schon dann gegeben, wenn der Verkehr die vom Erwerber geführte Firma trotz der vorgenommenen Änderungen noch mit der Firma des bisherigen Inhabers dergestalt identifiziere, dass er in der fortgeführten Firma die Firma des bisherigen Inhabers (wieder)erkennt.¹⁰ Als ausreichend für die Erfüllung der tatbestandlichen Firmenfortführung wird es daher angesehen, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird,¹¹ so dass sich die prägenden Teile beider Firmen gleichen bzw. die vom neuen Inhaber aus der Firma des bisherigen Geschäftsinhabers übernommenen Firmenbestandteile aus der maßgebenden Sicht der beteiligten Verkehrskreise eine derart prägende Kraft besitzen, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht.¹²

Der prägende Teil der Firma wird in erster Linie in der Fortführung eines Eigennamens gesehen,¹³ wobei es auf das Beifügen oder Weglassen des Vornamens nicht ankommt. Die Haftung aus § 25 Abs. 1. HGB wird daher nicht beseitigt, wenn die neben dem Familiennamen verwendete Branchenbezeichnung ausgetauscht wird.¹⁴ Der prägende Teil der Firma kann darüber hinaus in einer Buchstaben-Zahlenkombination liegen, wenn z. B. eine Diskothek darunter eingeführt und bekannt war,¹⁵ oder in einer prägenden Phantasiebezeichnung. Prägend kann aber auch ein die Beschreibung des Betätigungsfeldes des Unternehmens kennzeichnender Firmenbestandteil sein.¹⁶

Es solle nicht einmal für die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 BGH darauf ankommen, welche Erklärung der Unternehmer gegenüber dem Registergericht hinsichtlich der Firma abgegeben hat, sondern welche Bezeichnung er für sein Auftreten am Markt gewählt und firmenmäßig geführt hat.¹⁷ Die Firmenfortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB sei bereits dann gegeben, wenn eine Bezeichnung so geführt wird, dass der Verkehr daraus entnehmen muss, es handle sich um die offizielle Firmierung. Daraus wird nunmehr geschlossen, dass es nicht auf die im Handelsregister eingetragene neue Firmierung ankomme, sondern lediglich auf das werbende Auftreten des Nachfolgeunternehmens, wenn dies nur zumindest unter einer Bezeichnung erfolgt, die in ihrem prägenden Teil mit der früher eingetragenen Firma identisch ist oder ihr gleicht.¹⁸ Dabei muss die Bezeichnung aber wie eine Firma geführt werden.¹⁹

9 Der Anwendungsbereich des § 25 HGB geht nach allgemeiner Meinung weit über den Bereich des § 22 HGB hinaus, da beide Normen unterschiedliche Zwecke verfolgen: *Staub/Burgard*, HGB, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 72; *Zimmer* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 25 Rdnr. 52.

10 BGH, NJW 1992, 912 = DNotZ 1992, 581.

11 BGH, DNotZ 2006, 629; MittBayNot 2004, 373; DNotZ 2009, 226.

12 BGH, MittBayNot 2004, 373.

13 BGH, NJW 1982, 577.

14 BGH, MittBayNot 2004, 373. Wird aber der Eigenname nicht übernommen, genügt für die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB die Fortführung des Firmenzusatzes i. d. R. nicht, vgl. OLG Köln, NJW-RR 1994, 725.

15 BGH, DNotZ 2006, 629 m. Anm. *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 590.

16 BGH, MittBayNot 2004, 373.

17 BGH, DNotZ 1987, 374.

18 OLG Hamm, NJW-RR 1999, 396.

19 Zur Abgrenzung zu einer Etablissementbezeichnung, wovon auszugehen ist, wenn die Bezeichnung eines bestimmten Geschäftslokals als Geschäftsbezeichnung, nicht aber als Firma denkbar ist, siehe OLG Brandenburg v. 4.4.2007, 7 U 170/06.

Im vom BGH entschiedenen Fall fiel durch die Umfirmierung zwar der zur Individualisierung des Unternehmens prägende Eigenname „R“ weg. Nach Ansicht des BGH habe sich die neue Firmierung in der kurzen Zeitspanne von zwei bis drei Monaten aber noch nicht in den maßgeblichen Verkehrskreisen verfestigt, so dass er daraus schloss, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die neue „R. Automobile GmbH“ als Fortführung der „Autohaus R. GmbH“ ansehen würden.

Ob sich diese Sichtweise mit dem unbedarften Blick in das Gesetz noch decken lässt, wonach eine Fortführung der *bisherigen* Firma mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgezusatzes erforderlich ist, mag berechtigterweise bezweifelt werden.²⁰ Sie ist jedoch Rechtsrealität, auf die sich die Beratungspraxis des Notars einstellen muss, will sie eigene Haftungsrisiken vermeiden.²¹

Unerheblich ist, auf welche Art die Übernahme der Firma zustande kommt, ob diese also mit Einwilligung des Inhabers übertragen wird oder ob der neue Verwender sie ohne diese annimmt,²² etwa durch Verwenden des prägenden Teils in der Firma einer neu errichteten Gesellschaft. Einer rechtsgeschäftlichen Übertragung bedarf sie nicht.²³ Gerade in den Fällen einer Sanierung besteht jedoch meist ein Interesse daran, dass der Verkehr in der neuen Firma auch die Firma des bisherigen Inhabers (wieder)erkennt.

IV. Voraussetzungen der Unternehmensfortführung

Solche Sanierungsfälle verwirklichen i. d. R. auch das zweite Tatbestandsmerkmal des § 25 Abs. 1 HGB, das der *Unternehmensfortführung*. Diese ist nach der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen und gegeben, wenn ein Unternehmen in seinem Schwerpunkt, bei dem es sich um den wesentlichen Kernbereich des Unternehmen handelt, weitgehend unverändert tatsächlich weitergeführt wird.²⁴ Übernommen werden müssen die Teile, die den nach außen in Erscheinung tretenden Tätigkeitsbereich bestimmen,²⁵ wobei nach der neuesten BGH-Rechtsprechung²⁶ bei der Beurteilung des wesentlichen Kernbereichs dem jeweiligen (Ertrags-)Wert der Unternehmensteile maßgebliche Bedeutung zukommt.²⁷ Dazu gehören die Übernahme – jedenfalls im Kern – der Innenorganisation und der Räumlichkeiten ebenso

20 So auch *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 590.

21 Zur Notarhaftung BGH, MittBayNot 2005, 168, wenn der Notar nicht auf die Haftungsrisiken hinweist und Möglichkeiten der Vermeidung aufzeigt. Zur Anwaltschaftung bei unzureichendem Hinweis OLG Schleswig, NJW-RR 2004, 417 sowie OLG Schleswig, NZG 2005, 89, wonach sich die Belehrungspflicht bei der Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags auch auf im Zusammenhang mit § 25 HGB bestehende Gefahren erstreckt.

22 BGH, NJW 1992, 911.

23 So die ständige Rechtsprechung, siehe nachfolgend.

24 Zuletzt BGH, MittBayNot 2010, 222 (in diesem Heft); MittBayNot 2010, 216 (in diesem Heft); DNotZ 2006, 629.

25 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 965.

26 BGH, MittBayNot 2010, 222 (in diesem Heft). Hierzu auch die Anmerkung von *Müller/Kluge*, NZG 2010, 256, die in dieser Entscheidung eine neue Tendenz der Rechtsprechung des BGH sehen wollen, neben der Unternehmenskontinuität nun auch die Vermögensübernahme als Grundlage für die Haftung heranziehen zu wollen. M. E. wird mit dem Abstellen auf den Ertragswert des fortgeführten Unternehmensteiles lediglich die im Verkehr übliche Sichtweise übernommen und soll die Feststellung erleichtert werden, in welchem Unternehmensteil das bisherige Unternehmen in seinem wesentlichen Kern fortgeführt wird.

27 Anders noch RGZ 169, 133, 137.

wie der Kunden- und Lieferantenbeziehungen und/oder Teile des Personals.

Der Umstand, dass dieselbe Adresse oder dieselbe Telefon- und Telefaxnummer verwandt wird, ist – für sich betrachtet – ebenso wenig wie die Weiterverwendung der Büroräume ein ausreichendes Indiz für die Fortführung des Unternehmens.²⁸ Dem BGH ist jedoch die Beibehaltung der Fax- und Telefonnummer einschließlich eines vergleichbaren Internetauftrittes neben der gleichen Handelstätigkeit nunmehr auch ein wesentliches Indiz für die Unternehmensfortführung. Werden einzelne Betätigungsfelder oder Vermögensbestandteile nicht übernommen, bleibt § 25 HGB anwendbar, solange nach der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise der Geschäftsgegenstand im Wesentlichen fortgeführt wird.²⁹ Daher spielte es im entschiedenen Fall keine Rolle, dass die neue GmbH nur den Teilbereich Autohandel, nicht aber den Werkstatbereich fortgeführt hat.

Entscheidend ist nach gefestigter Rechtsprechung die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung. Es kommt nach ihr nicht darauf an, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt,³⁰ obwohl der klare Gesetzeswortlaut von einem „unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäft“ spricht. Das bisherige Geschäft muss auch nicht sofort beim Handelsregister abgemeldet werden, sondern kann noch gewisse Zeit daneben bestehen.³¹ Die Haftung des § 25 HGB tritt auch dann ein, wenn das bisherige Unternehmen keinen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert, selbst wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde.³² Damit begünstigt die Regelung des § 25 HGB die Altgläubiger, die ihre wertlosen Forderungen jetzt auch gegen den leistungsfähigen „Sanierer“ durchsetzen können. Lediglich beim Erwerb eines Unternehmens aus der Hand des Insolvenzverwalters ist die Anwendbarkeit von § 25 Abs. 1 HGB aus rein insolvenzrechtlichen Gründen ausgeschlossen,³³ weil sonst die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gefährdet würde.³⁴

V. Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB

1. Voraussetzungen

a) Zeitnahe Handelsregistereintragung

Soll gerade in den Fällen einer Sanierung, bei der zwangsläufig neben der Unternehmensfortführung ein Interesse an einer firmenmäßigen Wiedererkennbarkeit besteht, die Haftung des neuen Inhabers³⁵ für die Verbindlichkeiten des bisherigen Unternehmens ausgeschlossen werden, muss der Haftungsausschluss im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht werden oder den einzelnen Gläubigern vom Erwerber oder

Veräußerer mitgeteilt werden (§ 25 Abs. 2 HGB). Um dem Haftungsausschluss Außenwirkung zu verschaffen, muss die Bekanntmachung unverzüglich nach dem tatsächlichen Wechsel des Unternehmensträgers vorgenommen werden; auf den Zeitpunkt der Eintragung der Firmenübernahme kommt es dabei nicht an. Die Anmeldung muss daher möglichst gleichzeitig mit der Fortführung des Geschäfts, jedenfalls unverzüglich danach geschehen, die Eintragung und Bekanntmachung muss sodann in angemessenem (kurzen) Zeitabstand nachfolgen.³⁶ Das Risiko einer verzögerten Eintragung und Bekanntmachung trifft den neuen Unternehmensträger, unabhängig davon ob ihn oder einen Dritten, wie dem Registergericht, daran ein Verschulden trifft.³⁷ Ist offensichtlich, dass wegen der langen Zeit zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung und Bekanntmachung ein nach außen wirkender Haftungsausschluss nicht mehr herbeigeführt werden kann, muss die Eintragung versagt werden.³⁸ Beruht die verspätete Eintragung auf einem Verschulden des Registergerichts, kommt eine Staatshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG in Betracht.³⁹

Die Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB setzt jedoch nicht voraus, dass die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB eindeutig und ohne jeden Zweifel gegeben sind. Besteht die ernsthaftige Möglichkeit einer Haftung, hat das Registergericht den Haftungsausschluss einzutragen.⁴⁰ Dabei hat es i. d. R. nur zu prüfen, ob eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB überhaupt in Betracht kommt und dabei die Angaben zugrundelegen, die sich aus der formgerechten (§ 12 HGB) Anmeldung entnehmen lassen.⁴¹ Die Rechtzeitigkeit des Antrags hat es ebenso wenig zu prüfen wie das Vorliegen einer Haftungsausschlussvereinbarung, muss aber einen offensichtlich verspäteten Antrag ablehnen.⁴²

b) Vorliegen der Vereinbarung nach § 25 Abs. 2 HGB

Die Eintragung wäre nach der Rechtsprechung des BGH im entschiedenen Fall wohl aber letztlich an der fehlenden Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber gescheitert. Zwar wird der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 1 HGB weit über seinen gesetzlichen Wortlaut hinaus ausgedehnt und dessen Haftungsfolgen selbst auch dann angenommen, wenn kein rechtsgeschäftlicher Erwerb des Unternehmens stattfindet und damit keine Vereinbarung zwischen bisherigem Inhaber und neuem Inhaber erfolgt. Im Gegensatz dazu wird aber die Regelung in § 25 Abs. 2 HGB streng wörtlich genommen.

Zur Eintragbarkeit des Haftungsausschlusses verlangt die herrschende Meinung gemäß § 25 Abs. 2 HGB das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber über den Haftungsausschluss. Liege keine solche Vereinbarung vor, könne der Haftungsausschluss nicht im Handelsregister eingetragen werden und bleibe es bei der Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB.⁴³ Damit würde in den Fällen, die vom eigent-

²⁸ OLG Hamm, NJW-RR 1995, 734; OLG Celle, MDR 1994, 263.

²⁹ So schon im Anschluss an RGZ 169, 133 der BGH in NJW 1992, 911.

³⁰ BGH, DNotZ 2009, 226. Siehe auch den Doppelverpachtungsfall BGH, NJW 1984, 1186, bei dem zwischen Altpächter und Neupächter keinerlei vertragliche Regelungen bestanden haben, dennoch der BGH wegen der Firmenfortführung § 25 Abs. 1 HGB für voll anwendbar erklärt hat.

³¹ Siehe zur sukzessiven Übernahme BGH, DNotZ 2009, 226; anders noch OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1349.

³² BGH, NJW 2006, 1001; NJW 1992, 911, was vor allem von *Canaris* kritisiert wird.

³³ BGH, NJW 1988, 1912; BAG, NJW 2007, 942.

³⁴ *Zimmer* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 25 Rdnr. 41 m. w. N.

³⁵ ... der auch der alte sein kann (strittig), siehe *Zimmer* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 25 Rdnr. 39.

³⁶ BGH, NJW 1992, 911.

³⁷ OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1119.

³⁸ OLG München, MittBayNot 2008, 401; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120.

³⁹ *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 8 II 3 a), S. 253.

⁴⁰ OLG München, MittBayNot 2008, 401; OLG Thüringen, NotBZ 2007, 298; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1349.

⁴¹ OLG München, MittBayNot 2008, 401; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 396.

⁴² OLG Hamm, NJW-RR 1999, 396; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120.

⁴³ *Ammon/Ries* in Röhrich/v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 39. Nach *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 233 ff. ist § 25 Abs. 2 HGB rechtspolitisch verfehlt und gehöre gestrichen, weil sein Regelungsinhalt nicht in das von *K. Schmidt* vertretene Erklärungsmodell des § 25 HGB passt.

lichen Wortlaut des Gesetzes gar nicht erfasst sind, der Haftungsausschluss verweigert. Sie müssten eben dann auf andere Weise, z. B. durch eine deutlich unterscheidende neue Firmierung, die Haftungsvoraussetzungen vermeiden. Damit gerät § 25 HGB aus den Fugen.⁴⁴ Dies steht auch im Widerspruch zur Begründung für die weit ausfassende Auslegung des § 25 Abs. 1 HGB, denn dessen Folgen könnten schließlich durch die Eintragung des Haftungsausschlusses vermieden werden.⁴⁵ Für den Sonderfall mittelbarer Unternehmensübernahme will die wohl herrschende Lehre auch eine einseitige Erklärung gegenüber dem Registergericht zulassen.⁴⁶ Dies muss für alle Fälle gelten, bei denen keine vertraglichen Beziehungen bezüglich der Übernahme der Geschäftstätigkeit bestehen.⁴⁷ Selbst aber bei vertraglichen Beziehungen kann es schwierig bis unmöglich sein, eine den Haftungsübergang ausschließende Vereinbarung zu bekommen, zumal die Vertragsparteien dessen Notwendigkeit nicht einsichtig ist, wenn nur einzelne Vermögensbereiche, nicht aber das ganze Unternehmen erworben wird. Hier wird wiederum die eingangs geschilderte Unsicherheit über den Normzweck erkennbar und dessen Verhältnis zu dem allgemeinen Grundsatz, dass kein Erwerber eines Vermögensgegenstandes für die Verbindlichkeiten des Veräußerers haftet und ein Schuldbeitritt einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf.⁴⁸

c) Noch ausreichende Eintragsfrist

Die von der älteren Rechtsprechung vorgegebene Eintragsfrist von sechs bis zehn Wochen wird heute gemeinhin als zu kurz angesehen. Die aktuelle Rechtsprechung lässt die im Beschwerdeweg erzwungene Eintragung eines Haftungsausschlusses auch noch nach fünf Monaten seit Übergang des Unternehmensträgers genügen, wenn unverzügliche Anmeldung erfolgt war;⁴⁹ ein Zeitraum von drei Monaten zwischen unverzüglicher Anmeldung und deren Eintragung wird noch als zulässig,⁵⁰ von sieben bzw. acht Monaten dagegen als zu lange angesehen.⁵¹ Auf die Notwendigkeit, die Anmeldung des Haftungsausschlusses sofort einzureichen und für eine alsbaldige Eintragung und Bekanntmachung zu sorgen, muss der Notar deshalb hinweisen. Jede, wenn auch schuldlose Verzögerung verhindert den Haftungsausschluss.⁵² Ist die Bekanntmachung nicht unverzüglich zu erreichen, so sollte der Notar sicherheitshalber zur unmittelbaren Mitteilung in nachweisbarer Form an die (Haupt-)Gläubiger (§ 25 Abs. 2 Hs. 2 HGB) raten.

d) Formalia der Registeranmeldung

Die Eintragung hat beim die Firma fortführenden Rechtsträger zu erfolgen, selbst wenn der übertragende Rechtsträger (unter neuer Firma) fortbesteht.

⁴⁴ Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 54.

⁴⁵ Für auch andere siehe Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 72.

⁴⁶ Wilhelm, NJW 1986, 1797; MünchKommHGB/Lieb, § 25 Rdnr. 114 Fn. 207 u. Rdnr. 48 m. w. N. in Fn. 104; Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 54 m. w. N. in Fn. 117 sowie Rdnr. 125 f. Als ein solcher Sonderfall wird z. B. der Doppelpächterfall des BGH, NJW 1984, 1186 angesehen, bei dem zwischen Altpächter und Neupächter keinerlei vertragliche Regelungen bestanden haben, der BGH dennoch wegen der Firmenfortführung § 25 Abs. 1 HGB für voll anwendbar erklärt hat.

⁴⁷ K. Schmidt, Handelsrecht, § 8 II 3 a), S. 253.

⁴⁸ Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 125. Anders die Vertreter der Lehre von der gesetzlichen Erfüllungsübernahme sowie K. Schmidt.

⁴⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120.

⁵⁰ OLG München, MittBayNot 2008, 401.

⁵¹ OLG München, DNotZ 2007, 706 = MittBayNot 2007, 333; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1119.

⁵² RGZ 131, 12; OLG Hamburg, DNotZ 1955, 211.

Bei der Handelsregisteranmeldung ist zu beachten, dass nach noch häufig vertretener Auffassung (frühere herrschende Meinung) die Eintragung des Haftungsausschlusses auch durch den veräußernden Rechtsträger angemeldet werden müsse. Wird ein Einzel- oder Personenunternehmen von einer Kapitalgesellschaft fortgeführt, sei auch bei der Neueintragung der Kapitalgesellschaft der Haftungsausschluss einzutragen und dies vom veräußernden Rechtsträger wie auch vom Vertretungsorgan der Kapitalgesellschaft zum Handelsregister anzumelden.

Dies wird von der neueren Literatur und nun auch vom OLG München⁵³ berechtigt abgelehnt.⁵⁴ Wenn schon nach § 25 Abs. 2 HGB auch die einseitige Mitteilung des Erwerbers oder Veräußerers an die Gläubiger ausreicht, muss auch die einseitige Anmeldung des Haftungsausschlusses zum Handelsregister ausreichen.⁵⁵ Dem Registergericht kommt keine Prüfungskompetenz darüber zu, ob eine die Haftung ausschließende Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber überhaupt vorliegt, weswegen auch keine Unterlagen über den Haftungsausschluss einzureichen sind.⁵⁶ Die Eintragung erfolgt gemäß § 43 HRV und ist auch in Abteilung B des Registers zulässig.⁵⁷

2. Formulierungsvorschlag

Für den Fall, dass eine neu errichtete GmbH die bisherige Unternehmenstätigkeit in den gleichen Geschäftsräumen (ggf. als Pächter) mit Teilen des bisherigen Personals sowie gleichem Fax und Telefon fortführt ohne eine Unternehmensfortführung zu vereinbaren, wird folgender Formulierungsvorschlag zur Diskussion gestellt:

Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:

Die neu errichtete GmbH haftet nicht für die im Betrieb der Firma Autohaus Schmid GmbH mit Sitz in München (HRB 135, Registergericht München) begründeten Verbindlichkeiten (§ 25 Abs. 2 HGB).

Grund:

Die neu errichtete GmbH führt in den gemieteten ehemaligen Geschäftsräumen der Firma Autohaus Schmid GmbH ihre Geschäftstätigkeit aus, die weitgehend identisch ist mit der Geschäftstätigkeit jener Gesellschaft. Telefon- und Faxanschluss sowie Teile des Personals werden übernommen. Die neu errichtete GmbH hat jedoch nicht das gesamte Unternehmen der Firma Autohaus Schmid GmbH erworben (sondern wird nur einzelne Vermögenspositionen nach Bedarf erwerben...). Eine Übernahme der Forderungen und Verbindlichkeiten ist nicht vereinbart worden. Aufgrund dieser Umstände ist unter Berücksichtigung der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht mit Sicherheit auszuschließen, dass eine Firmenfortführung i. S. d. § 25 HGB vorliegt. Daher ist ein klarstellender Handelsregistereintrag erforderlich.

Ergänzend angemerkt sei noch, dass die Haftung auch teilweise ausgeschlossen werden kann, z. B. durch ein zu den Registerakten eingereichtes Verzeichnis der betroffenen Verbindlichkeiten oder durch Beschränkung auf einen bestimm-

⁵³ OLG München, MittBayNot 2008, 401.

⁵⁴ Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 130; Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 558.

⁵⁵ OLG München, MittBayNot 2008, 401; Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 130 m. w. N.

⁵⁶ Staub/Burgard, HGB, § 25 Rdnr. 130.

⁵⁷ OLG Düsseldorf, RNotZ 2003, 459.

ten Prozentsatz.⁵⁸ Das kann jedoch nicht durch die allgemeine Begrenzung auf eine bestimmte Höchstsumme geschehen, da jeder Gläubiger aus der Bekanntmachung oder Mitteilung entnehmen können muss, wieweit ihm gegenüber die Haftung ausgeschlossen ist.⁵⁹

Die Vermutung des Übergangs der im Betriebe begründeten Forderungen auf den Erwerber (§ 25 Abs. 1 Satz 2 HGB) braucht nicht zugleich mit dem Haftungsausschluss durch Handelsregistereintragung abbedungen zu werden, sondern kann bestehen bleiben. Die Eintragung des Haftungsausschlusses kann somit für sich allein erfolgen.

VI. Zusammenfassung

Die besprochenen Entscheidungen liegen auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Der Grundsatz, die Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB an die Kontinuität des Unternehmens nach außen zu knüpfen und dabei auf die Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise abzustellen, wird fortgeführt. Dies zeigt sich auch darin, dass *Goette*, der Vorsitzende des II. BGH-Senates, als Bearbeiter des Abdrucks der Entscheidung des VIII. Senats vom 6.9.2009 in DStR 2009, 2440 folgende eigene Leitsätze voranstellt:

„1. Die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers ist eine der Voraussetzungen für die Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, die der Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist.

2. Eine Firmenfortführung ist nach der maßgebenden Sicht des betroffenen Verkehrs anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Inhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dabei genügt es, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird, die Verwendung anderer Initialen steht der Anwendung der Vorschrift nicht entgegen.

3. Die für den Eintritt der Haftung weiter erforderliche Unternehmensfortführung ist nach der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise gegeben, wenn ein Unternehmen in seinem wesentlichen Kern fortgeführt wird, also der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden.“

Der BGH bewegt sich damit immer mehr von der gesetzlichen Grundlage weg, die ihm letztlich nur noch als Leitbild dient, deren Wortlaut er jedoch schon lange als zu eng ansieht. Dies mag berechtigt kritisiert werden. Dies wird jedoch in der Zukunft auch dazu führen, dass die Klärung der Frage hinsichtlich der Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister zum Standard jeglicher Sanierung und andere Fälle der Fortführung eines Unternehmens im weitesten Sinne durch einen anderen Rechtsträger gehören wird. Nur dadurch kann sich der vorsichtige Notar vor eigenen Haftungsrisiken schützen. Diskussionen mit dem Registergericht über die Notwendigkeit einer entsprechenden Registereintragung und dessen Voraussetzungen, insbeson-

dere hinsichtlich der gerichtlich nicht geklärten Frage über die Notwendigkeit einer Vereinbarung zwischen den beiden Rechtsträgern, werden jedoch aufgrund der sich nicht mehr aus dem Gesetz ergebenden tatsächlichen Rechtslage nicht ausbleiben.

Notar *Martin Wachter*, Günzburg

6. HGB § 25 Abs. 1 (*Fortführung des wesentlichen Kernbereichs eines Unternehmens*)

- a) **Eine Unternehmensfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB liegt auch dann vor, wenn nur ein Teilbereich des Unternehmens fortgeführt wird, sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um den – den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden – wesentlichen Kernbereich handelt.**
- b) **Für die Frage, ob der wesentliche Kernbereich eines Unternehmens fortgeführt wurde, kommt dem Wert der Unternehmensteile maßgebliche Bedeutung zu.**

BGH, Beschluss vom 7.12.2009, II ZR 229/08; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen u. a. abgedruckt in NJW-RR 2010, 246, DStR 2010, 177, NZG 2010, 112 und ZIP 2010, 83. Siehe hierzu ferner die Anmerkung von *M. Wachter*, Mitt-BayNot 2010, 218 (in diesem Heft).

7. GmbHG § 16 Abs. 1, § 40 (*Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer und Notar*)

Wird die Gesellschafterliste sowohl von den Geschäftsführern als auch vom Notar unterzeichnet, so steht fest, dass jedenfalls auch die zuständige Person unterzeichnet hat. Da dem Zweck der Unterzeichnung hierdurch Genüge geleistet wird, ist das Registergericht nicht berechtigt, die Aufnahme der Gesellschafterliste zu verweigern. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 16.2.2010, I-15 W 322/09; eingeklagt von Notar a. D. *Sebastian Herrler*, Würzburg

Aus den Gründen:

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig und begründet.

Die ursprüngliche Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Registergerichts war nach §§ 59, 61 FamFG statthaft und rechtzeitig eingelegt. Sie ist als Beschwerde der Gesellschaft anzusehen und nicht als Beschwerde des Notars, weil dieser zwar in amtlicher Eigenschaft, jedoch für die Gesellschaft die Gesellschafterliste eingereicht hat. Durch die Ablehnung ist auch nur sie im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus § 16 Abs. 1 GmbHG beschwert. Nachdem sich das ursprüngliche Beschwerdeziel durch die Einstellung der Gesellschaftsliste erledigt hat, ist der Fortsetzungsfeststellungsantrag im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr zulässig (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG). Denn das Registergericht hält trotz der Einstellung der Gesellschafterliste an seiner Rechtsauffassung fest, nach der eine nur mittelbare Mitwirkung des

⁵⁸ *Staub/Burgard*, HGB, § 25 Rdnr. 124; *Zimmer* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 25 Rdnr. 82.

⁵⁹ RGZ 152, 75. *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 590.

Notars nicht zur Anwendung des § 40 Abs. 2 GmbHG führt, und auch eine vorsorgliche Unterzeichnung der Gesellschaftsliste durch Notar und Geschäftsführer nicht zulässig sei.

Hinsichtlich der Frage, wann der Notar die Gesellschafterliste einzureichen hat, verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 1.12.2009 (DNotZ 2010, 214). An der dort geäußerten Auffassung hält der Senat fest.

Die Beanstandung der eingereichten, von den Geschäftsführern und dem Notar unterzeichneten Gesellschaftsliste hat die Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt. Denn unabhängig davon, welcher Auffassung zur Auslegung des § 40 Abs. 2 GmbHG man anhängt, war die eingereichte Liste jedenfalls von einer der verpflichteten Personen unterschrieben. Der Senat teilt zwar die durch die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 43 ff.) vorgegebene Auffassung des OLG München (MittBayNot 2010, 64 = DNotZ 2009, 637), dass die Zuständigkeit des Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG die Zuständigkeit des Geschäftsführers verdrängt, also jeweils nur einer von beiden zuständig sein kann. Hiermit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Zuständigkeitsfrage dahinstehen kann, wenn beide die Liste unterzeichnen, ob also die zusätzliche Unterschrift des (tatsächlich) Unzuständigen der Wirksamkeit der unterschriebenen Erklärung des Zuständigen entgegensteht.

Letzteres ist zu verneinen. Wird die Liste von allen Personen unterzeichnet, deren Befugnis bzw. Verpflichtung hierzu in Betracht kommt, so steht fest, dass jedenfalls auch die zuständige Person unterzeichnet hat. Hiermit ist dem Zweck der Unterzeichnung Genüge getan. Dieser besteht darin, dass entweder der Geschäftsführer unter der Haftungsandrohung des § 40 Abs. 3 GmbHG oder der Notar im Rahmen seiner Amtspflichten die persönliche Gewähr für die Richtigkeit der eingereichten Liste übernimmt. Unterzeichnen nun beide die Liste, so übernehmen formal beide diese Gewähr und setzen sich der Gefahr einer entsprechenden Haftung aus. Mehr ist im Registerverfahren nicht zu prüfen.

Internationales Privatrecht

8. EGBGB Art. 4 (*Wandelbarkeit des Güterrechtsstatus eines Spätaussiedlers*)
1. **Art. 4 EGBGB nimmt die Rückverweisung an, die sich aus der kollisionsrechtlichen Bestimmung des am 1.3.1996 in Kraft getretenen Art. 161 Abs. 1 des russ. FGB (Wohnsitzanknüpfung des Güterrechtsstatus) ergibt.**
 2. **Dies gilt auch insoweit, als die geänderte ausländische Kollisionsnorm zu einer nachträglichen Wandelbarkeit des Güterrechtsstatus nach Wegfall der nach deutschem Kollisionsrecht maßgebenden Anknüpfungstatsachen führt.**
 3. **Der Senat hält an der gegenläufigen Versteinerungstheorie insoweit nicht mehr fest, als diese die Berücksichtigung nachträglicher Änderungen der ausländischen Kollisionsnormen ausschließt.**
 4. **Auf die Erbfolge eines Spätaussiedlers, der nach seiner Eheschließung und Übersiedlung aus Russland die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat und nach dem Inkrafttreten des russ. FGB mit Wohnsitz in Deutschland verstorben ist, findet § 1371 BGB Anwendung.**

OLG Hamm, Beschluss vom 8.10.2009, I-15 Wx 292/08; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe des Erblassers, der Beteiligte zu 2 deren gemeinsamer Sohn.

Die Beteiligte zu 1 und der Erblasser waren zur Zeit ihrer Eheschließung am 25.8.1979 Staatsbürger der damaligen Sowjetunion. Sie kamen im März 1994 als Spätaussiedler in die Bundesrepublik Deutschland und erwarben hier durch Einbürgerung am 8.1.1996 die deutsche Staatsangehörigkeit.

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu $\frac{1}{2}$ ausweist. Hierbei hat sie angegeben, mit dem Erblasser im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt zu haben. Nach mehreren Nachfragen hat das AG den Erbscheinantrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass sich die dem Antrag zugrundeliegenden Erbquoten nicht feststellen ließen, weil der maßgebende Güterstand nicht habe aufgeklärt werden können.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt.

Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 ergibt sich daraus, dass ihre Erstbeschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, da die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 27 Abs. 1 FGG.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde ausgegangen. In der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung jedoch nicht stand.

Das LG ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Erbfolge gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach deutschem Recht richtet, da der Erblasser zum Zeitpunkt seines Ablebens deutscher Staatsangehöriger war. Richtig ist weiter, dass sich mit Rücksicht auf § 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Erbquote von je $\frac{1}{2}$ nur ergibt, wenn das gesetzliche Ehegattenerbrecht durch einen erbrechtlich relevanten, pauschalen ehегüterrechtlichen Ausgleich in Höhe von einem Viertel ergänzt wird.

Der Senat folgt dem LG auch noch insoweit, als dieses angenommen hat, dass sich diese Frage auch hinsichtlich ihrer erbrechtlichen Konsequenzen kollisionsrechtlich nach dem Ehegüterstatut (Art. 15 Abs. 1, 14 i. V. m. 220 EGBGB) beurteilt. Denn auch dann, wenn man entgegen der wohl herrschenden Ansicht § 1371 BGB als erbrechtliche Norm ansieht (zum Meinungsstand vgl. *Staudinger/Mankowski*, BGB, 2004, Art. 15 EGBGB Rdnr. 342 ff.), so setzt die Vorschrift doch voraus, dass die Eheleute im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten (BGHZ 40, 32 = NJW 1963, 1975; OLG Hamm, NJW 1977, 1591; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 344).

Das maßgebende Ehegüterrechtsstatut lässt sich hier nicht aus einer unmittelbaren Anwendung des § 1 VertriebenengüterstandsG ableiten. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen fallen die Beteiligte zu 1 und der Erblasser als Spätaussiedler unter § 4 BVFG. Das VertriebenengüterstandsG wurde nicht auf die Änderung des BVFG, die dieses durch die Einführung des Begriffs der Spätaussiedler erfahren hat, abgestimmt. Sein § 1 Abs. 1 Satz 1 verweist nämlich weiterhin auf „Vertriebene oder Sowjetzonenflüchtlinge (§§ 1, 3 und 4 des Bundesvertriebenengesetzes)“. Sowohl nach dem Wortlaut als auch systematisch erstreckt sich diese Verweisung nicht auf den Personenkreis der Spätaussiedler (*Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 438 m. w. N. pro und contra).

Die Frage einer analogen Anwendbarkeit des Vertriebenen-güterstandsG kann für die Entscheidung des Senats offen bleiben. Denn die rechtliche Überprüfung der Entscheidung des LG führt zu dem Ergebnis, dass bereits aufgrund der allgemeinen internationalprivatrechtlichen Regeln deutsches Recht auf die güterrechtlichen Folgen der Beendigung der Ehe anzuwenden ist:

Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt der Entscheidung des LG, dass nämlich die maßgebenden deutschen Kollisionsnormen (Art. 220 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) auf das sowjetische Recht verweisen, da der Erblasser und die Beteiligte zu 1 im Zeitpunkt der Eheschließung sowjetische Staatsangehörige waren. Das LG hat jedoch nicht berücksichtigt, dass die Verweisung des deutschen Kollisionsrechts gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB grundsätzlich als Gesamtverweisung zu verstehen ist, die neben den Sachvorschriften des fremden Rechts auch dessen internationales Privatrecht erfasst. Es ist daher stets zu prüfen, ob das in Bezug genommene Recht die Verweisung annimmt oder aber in seinen Kollisionsregeln eine Rückverweisung enthält, die das deutsche Recht seinerseits annimmt. Hinsichtlich der ehgüterrechtlichen Verweisung in Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB ist weitgehend anerkannt, dass eine Rückverweisung dem Sinn dieser Verweisung nicht widerspricht, Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB mithin grundsätzlich Anwendung findet (*Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 39; *Staudinger/Hausmann*, BGB, 2003, Art. 4 EGBGB Rdnr. 186 f.; *MünchKommBGB/Siehr*, 4. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 125; *Palandt/Thorn*, BGB, 68. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 2).

Zu prüfen war und ist daher zunächst, ob das sowjetische Recht eine Rückverweisung auf das deutsche Recht beinhaltet. Dabei ist nach Auffassung des Senats auf die Rechtslage im Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen. Dem steht der sog. Grundsatz der Unwandelbarkeit nicht entgegen. Allerdings ist das Güterrechtsstatut nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB dadurch, dass es an die Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung anknüpft, in dem Sinne unwandelbar, dass spätere tatsächliche Änderungen, wie z. B. ein Wechsel der Staatsangehörigkeit, für die kollisionsrechtliche Anknüpfung selbst grundsätzlich irrelevant sind. Eine andere Frage ist, ob und ggf. inwieweit man Rechtsänderungen innerhalb der durch das deutsche Kollisionsrecht berufenen fremden Rechtsordnung auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte anwendet.

Der Senat vertritt insoweit die Auffassung, dass jedenfalls Änderungen des durch die Gesamtverweisung erfassten fremden Kollisionsrechts einschließlich der hierzu gehörigen intertemporalen Regelungen zu berücksichtigen sind. Es entspricht heute der wohl ganz herrschenden Ansicht, dass sich die Verweisung auf das jeweils geltende Recht bezieht, wobei sich im Falle einer Rechtsänderung die konkret anzuwendende Norm aus den intertemporalen Regeln des fremden Rechts ergibt (KG, FamRZ 2005, 1676; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1383; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 47; *Bamberger/Roth/Lorenz*, BGB, 2008, Einl. IPR Rdnr. 41; *MünchKommBGB/Sonnenberger*, 4. Aufl., Einl. IPR Rdnr. 650; *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 3; a. A. aus der neueren Literatur etwa *PWW/Rausch*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 4). Im Gegensatz hierzu wurde in der älteren Rechtsprechung – auch durch den Senat – die sog. Versteinerungstheorie vertreten, wonach die Verweisung solche Rechtsänderungen des fremden Rechts nicht mehr erfasst, die nach einem Wegfall der nach deutschem Kollisionsrecht maßgebenden Anknüpfungstatsachen eintreten (BGH, NJW 1963, 1975, 1976; OLG

Hamm, NJW 1977, 1591, 1593; BayObLG, NJW 1959, 1734; FamRZ 1961, 319; OLG Stuttgart, NJW 1958, 1972, 1973; OLG Bamberg, DNotZ 1965, 169).

Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung insoweit nicht mehr fest, als eine Rechtsänderung hinsichtlich des internationalen Privatrechts der durch die deutschen Kollisionsregeln in Bezug genommenen fremden Rechtsordnung in Frage steht. Jedenfalls insoweit erscheint dem Senat das von der älteren Rechtsprechung in den Vordergrund gestellte Argument des Vertrauensschutzes nicht mehr hinreichend tragfähig. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB verweist als Gesamtverweisung vorbehaltlos auch auf die Kollisionsregeln der fremden Rechtsordnung, wobei das deutsche Recht eine Rückverweisung akzeptiert (vgl. oben). Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine sog. bewegliche Rückverweisung handelt, die sich daraus ergibt, dass das fremde Kollisionsrecht eine wandelbare Anknüpfung beinhaltet, indem sie z. B. auf den jeweiligen Aufenthalt oder die jeweilige Staatsangehörigkeit abstellt, und dies für den im Einzelfall maßgebenden Zeitpunkt zur Anwendung deutschen Rechts führt (OLG Hamm, IPRspr. 1974 Nr. 62 S. 174 f.; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 39; *Staudinger/Hausmann*, Art. 4 EGBGB Rdnr. 186 f.; *MünchKommBGB/Siehr*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 125; *Bamberger/Roth/Mörsdorf-Schulte*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 91). Akzeptiert das deutsche Recht jedoch in diesen Fällen eine Wandelbarkeit des Güterstatuts infolge Veränderung der maßgebenden Anknüpfungstatsachen, so ist es wenig überzeugend, unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes die Wandelbarkeit infolge einer Änderung des in Bezug genommenen fremden Kollisionsrechts auszuschließen. Diejenigen Betroffenen, die in der Lage sind, die güterrechtlichen Folgen einer tatsächlichen Veränderung ihrer Lebensverhältnisse nach Maßgabe des internationalen Privatrechts nachzuvollziehen, werden in aller Regel auch in der Lage sein, Veränderungen in ihrem vormaligen Heimatrecht nachzuvollziehen. Hinzu kommt, dass dem Aspekt des Vertrauensschutzes auch ohne eine generelle Versteinerung im Zeitpunkt des Wegfalls der Anknüpfungstatsachen Rechnung getragen werden kann. Zunächst können die „wohlerworbenen Rechte“ der Betroffenen grundsätzlich durch eine sachgerechte Bestimmung des Rechtsanwendungszeitpunkts, die eine Einwirkung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte vermeidet, geschützt werden. Soweit die intertemporalen Vorschriften des in Bezug genommenen Rechts hingegen eine Rückwirkung vorsehen, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, und der durch die Bestimmung des Rechtsanwendungszeitpunkts nicht begegnet werden kann, so kann unmittelbar auf Art. 6 EGBGB zurückgegriffen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die o. a. Rechtsprechung ausnahmslos Fälle betrifft, in denen sich die Frage des anwendbaren Rechts vor dem Hintergrund der massenhaften Flucht oder Vertreibung in der Folge des Zweiten Weltkrieges und des sich entwickelnden Ost-West-Konflikts stellte. In dieser Situation stellte sich aus der damaligen Sicht die Frage, wie den berechtigten Erwartungen der Betroffenen Rechnung getragen und ein als unerträglich empfundenes Auseinanderklaffen zwischen der sozialen Wirklichkeit der Betroffenen und dem anwendbaren Recht verhindert werden konnte. Damit ging es letztlich um die Abwehr eines als den Betroffenen nachteilig empfundenen (sachlichen) Rechts und damit um eine verallgemeinernde Anwendung der Grundsätze des ordre public (so zu Recht *MünchKommBGB/Sonnenberger*, Einl. IPR Rdnr. 663; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 61). Da die o. a. bzw. eine vergleichbare Problemlage bei den heute bestehenden Verhältnissen allenfalls in einem Bruchteil der in Betracht kom-

menden Fälle zutrifft, erscheint es auch unter diesem Aspekt als sachgerechter und methodenehrlicher, die Problemlösung im Einzelfall zu suchen.

Soweit der Senat damit die Versteinerungstheorie hinsichtlich des in Bezug genommenen IPR aufgibt, liegen die Voraussetzungen für eine Vorlage an den BGH gemäß § 28 Abs. 2 FGG nicht vor. Die o. a. Entscheidung des BGH sowie die auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidungen des OLG Bamberg sowie des BayObLG betreffen allein die Anwendbarkeit eines geänderten materiellen Ehegüterrechts, nicht hingegen die Anwendung eines geänderten internationalen Privatrechts. Zwar spricht sich das BayObLG in seinem Beschluss vom 28.3.1961 auch für eine Anwendung der Versteinerungstheorie auf das IPR aus (FamRZ 1961, 319, 320 sub 3 a. E.). Hierauf beruht die Entscheidung jedoch nicht, da das BayObLG auch eine Relevanz der Änderung des (dort tschechischen) IPR für den konkreten Fall verneint hat. Die Entscheidung des OLG Stuttgart will zwar auch die Berücksichtigung einer Änderung des fremden IPR nach Begründung des Güterstandes ausschließen. Unabhängig davon, ob diese Entscheidung auf dieser Auffassung beruht, begründet sie bereits deshalb keine Vorlagepflicht nach § 28 Abs. 2 FGG, weil sie nicht auf weitere Beschwerde ergangen ist. Hinzu kommt, dass von einer Divergenz in der nämlichen Rechtsfrage nicht mehr ausgegangen werden kann, wenn das maßgebende Gesetz geändert worden ist, und der Gesetzesänderung ein geändertes Regelungskonzept zugrundeliegt (BGH, NJW 1993, 3069 f.). Hiervon ist bei der Änderung des Art. 15 EGGVG durch das IPR-Reformgesetz auszugehen. Zwar hat der Gesetzgeber an der grundsätzlichen Unwandelbarkeit des Ehegüterstatuts festgehalten, sich im Gesetzgebungsverfahren jedoch ausdrücklich dazu bekannt, dass eine (bewegliche) Rückverweisung beachtlich sein soll und etwaige aus dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgende Nachteile allein nach den Grundsätzen des *ordre public* zu beurteilen sind (BT-Drucks. 10/504, S. 31).

Bei der demnach zu beachtenden Entwicklung des vormaligen Heimatrechts der Eheleute im Bereich des internationalen Privatrechts ist danach zunächst zu berücksichtigen, dass die Gesetzgebungshoheit mit dem Zerfall der Sowjetunion auf die Folgestaaten, hier die Russische Föderation übergegangen ist, wobei die völkerrechtlichen Einzelheiten hierbei nicht von entscheidender Bedeutung sind (vgl. hierzu etwa *Bamberger/Roth/Lorenz*, Einl. IPR Rdnr. 44). In der Russischen Föderation ist am 1.3.1996 das neue Familiengesetzbuch (FGB) vom 29.12.1995 in Kraft getreten. Dieses Gesetz enthält in seinen Art. 156 ff. FGB eine eigenständige Kodifikation des IPR für die Bereiche des Ehe- und Familienrechts (vgl. hierzu und zum Folgenden KG, FamRZ 2005, 1676; *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- u. Kindschaftsrecht, „Russische Föderation“, S. 32 ff.; *Staudinger/Hausmann*, Anhang zu Art. 4 EGBGB Rdnr. 464 ff.; *AnwK-BGB/Sultanova*, 2005, Band 4, Länderbericht Russland). Auf eine vor dem Inkrafttreten geschlossene Ehe findet das Gesetz gemäß der intertemporalen Vorschrift des Art. 169 Nr. 1 Satz 2 FGB insoweit Anwendung, als die aus ihr folgenden Rechte und Pflichten erst nach dem Inkrafttreten entstanden sind. Da der Anspruch auf güterrechtliche Auseinandersetzung der ehelichen Gemeinschaft bei deren Auflösung durch den Tod eines Ehegatten erst mit dessen Ableben entsteht, sind die Vorschriften des FGB danach auf die hier zu beurteilende Auseinandersetzung anwendbar. Entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen kommt es für die Beachtlichkeit dieser intertemporalen Vorschrift nicht darauf an, dass die Ehegatten im vorliegenden Fall ihre russische Staatsangehörigkeit rund zwei Monate vor dem Inkrafttreten des FGB verloren hatten.

Nach der kollisionsrechtlichen Bestimmung des Art. 161 Abs. 1 FGB bestimmt sich das Güterstatut primär nach dem (letzten) gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten. Da hierin eine grundsätzlich wandelbare Anknüpfung liegt, verweist die Vorschrift für den vorliegenden Fall auf das deutsche Recht, da die Ehegatten zum Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft durch den Tod des Erblassers ihren gemeinsamen Wohnsitz in Deutschland hatten. Da trotz entsprechender Ermittlungen der Vorinstanzen für eine Rechtswahl der Ehegatten nichts ersichtlich ist, ist nach alledem davon auszugehen, dass sich die güterrechtlichen Folgen der Ehe zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 seit der Begründung ihres Wohnsitzes in Deutschland nach den deutschen Vorschriften über den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) richten.

Die Vorinstanzen haben somit übersehen, dass infolge der Rückverweisung durch das zunächst anwendbare russische Recht letztlich deutsches Recht und damit auch der pauschalisierte Zugewinnausgleich im Todesfall nach §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommt. Da die Zurückweisung des Erbscheinsantrages mithin nicht auf die Unanwendbarkeit der deutschen Vorschriften gestützt werden kann, war die Sache unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen an das AG zurückzuverweisen, damit das Verfahren dort fortgesetzt und abgeschlossen werden kann.

Anmerkung:

1. Kollisionsrechtliche Situation

Das Urteil betrifft die gesetzliche Erbfolge nach einem Spätaussiedler. Aufgrund seiner deutschen Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt des Todes ist deutsches Recht Erbstatut, Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Für die Anknüpfung des auf die güterrechtlichen Wirkungen seiner Ehe anwendbaren Rechts ist allerdings für die Zeit vor dem 9.4.1983 gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 1 EGBGB und für die Zeit danach gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 EGBGB auf die Staatsangehörigkeit der Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung abzustellen. Damals waren beide noch Staatsangehörige der UdSSR. Das Eherecht der Sowjetunion war nicht einheitlich geregelt, sondern fiel in die Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Sowjetrepubliken. Daher ist zur Bestimmung des einschlägigen Rechts noch eine Unteranknüpfung vorzunehmen. Mangels eines „gesamtsowjetischen“ interlokalen Kollisionsrechts i. S. v. Art. 4 Abs. 3 Satz 1 EGBGB würde uns im vorliegenden Fall ein gewöhnlicher Aufenthalt der Eheleute bei Eheschließung in Russland als die „engste Verbindung“ (Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EGBGB) zum Recht der Russischen Sowjetrepublik (RSFSR) führen. Für die Zeit nach dem Zerfall der Sowjetunion wäre wegen des Fortbestands dieser Teilrepublik als souveräner Staat das Recht der Russischen Föderation anzuwenden.¹

Der spätere Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Eheleute durch Einbürgerung nach Aufnahme in Deutschland wirkt sich auf das Güterstatut zunächst nicht aus, da die

¹ Ausführlich zur Präzisierung der Verweisung auf das Güterrecht zerfallener Staaten *Großrichter/Bauer*, *RabelsZ* 65 (2002), 201. Dieser Fragenbereich des Übergangs vom sowjetischen auf das russische Recht ist vom OLG Hamm nicht thematisiert worden. Dem Tatbestand lassen sich daher auch nicht die erforderlichen Angaben entnehmen. Eine Identität zwischen der ursprünglichen UdSSR und der späteren Russischen Föderation besteht jedenfalls nicht. Im Ergebnis ergibt sich wahrscheinlich dennoch die Geltung des russischen Rechts.

Regeln des EGBGB für die Anknüpfung des Güterstatuts „unwandelbar“ auf die Staatsangehörigkeit bei Eheschließung abstellen. Ein der Heirat nachfolgender Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit bleibt also zunächst folgenlos. Die Verweisung auf das russische Recht aber erfasst gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB auch das russische IPR. Insbesondere ist eine Rückverweisung des russischen auf das deutsche Recht zu befolgen, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.

Dabei ist wohl unumstritten, dass es trotz der unwandelbaren Anknüpfung nach deutschem IPR zu einem Wandel des Güterstandes kommen kann, wenn sich aus dem ausländischen IPR wegen einer wandelbaren Anknüpfung ein Wechsel der Verweisung ergibt.² So wäre es auch hier: Gemäß Art. 161 des am 1.3.1996 in Kraft getretenen Familiengesetzbuchs der Russischen Föderation (FamGB) vom 29.12.1995 unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, in dem die Eheleute (jeweils aktuell) beide ihren Wohnsitz haben bzw. zuletzt gehabt haben.³ Da – wie das OLG feststellte – das FamGB auch auf die güterrechtlichen Wirkungen von vor seinem Inkrafttreten geschlossenen Ehen anwendbar ist, würde zum hier maßgeblichen Zeitpunkt – nämlich dem Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls durch den Tod des Ehemannes – eine Rückverweisung auf das deutsche Wohnsitzrecht der Eheleute erfolgen.⁴

2. Hausgemachte Probleme

Viele der deutschstämmigen Vertriebenen, die nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten, der ehemaligen DDR und anderen Teilen Osteuropas nach Deutschland übersiedelten, besaßen vor Aufnahme im Bundesgebiet keine deutsche Staatsangehörigkeit im statusrechtlichen Sinne. Die Anknüpfung des Güterstatuts gemäß Art. 15 EGBGB a. F. an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zum Zeitpunkt der Eheschließung führte daher dazu, dass diese Eheleute den ausländischen Güterstand quasi im Rucksack mit nach Deutschland genommen hatten – auch wenn sie später in Deutschland als Deutsche anerkannt wurden, die deutsche Staatsangehörigkeit erwarben, hier vollständig integriert wurden und – nicht zuletzt aufgrund der hermetischen Abschottung durch den Eisernen Vorhang – jeden Kontakt zum alten Heimatstaat und seiner rechtlichen Entwicklung verloren hatten. Die Literatur plädierte daher dafür, bei den volksdeutschen Flüchtlingen die „Unwandelbarkeit des Güterstatuts“ zu überwinden und mit Übersiedlung einen außerordentlichen güterrechtlichen Statutenwechsel in das (west-)deutsche Recht anzunehmen.⁵ Dieser Ansicht hatte sich das OLG Hamm in seiner Vorlageentscheidung vom 18.1.1963 angeschlossen.⁶ Der BGH mochte diesem Vorstoß aber nicht folgen.⁷ Für eine von Art. 15 EGBGB abweichende Sonderbehandlung der Flüchtlinge verlangte er eine gesetzliche Grundlage. Legten die Eheleute Wert auf eine Anpassung des

Güterstands an das deutsche Recht, so könnten sie sich gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB a. F. diesem Recht durch Ehevertrag unterstellen. Dem Interesse an Integration stellte der BGH also das Kontinuitätsinteresse voran.⁸

Aufgrund der grundsätzlich „dynamischen“ Verweisung auf das ehemalige Heimatrecht wäre der Güterstand der Vertriebenen allen Wandlungen unterworfen gewesen, die das (nunmehr ausländische) Güterrecht vollzieht. Auf diese Weise wären die Vertriebenen – wegen der Abschottung dieser Staaten gegen den Westen von ihnen weitgehend unbemerkt – sämtlich in die dort eingeführten Güterstände der Gütergemeinschaft bzw. Errungenschaftsgemeinschaft hinübergewechselt.⁹ Im Sinne des Kontinuitätsinteresses wurde hier von der Rechtsprechung die Theorie von der sog. Versteinerung des Güterstands entwickelt: Maßgeblich für das Güterrecht sei das Heimatrecht des Ehemannes in der Form, in der es zur Zeit des Wechsels der Staatsangehörigkeit bestand, während etwaige Änderungen nach diesem Zeitpunkt unberücksichtigt bleiben. Somit verbleibt es bei der Anwendung des materiellen Güterrechts in dem historischen Zustand, den es im Augenblick des Staatsangehörigkeitswechsels besaß.¹⁰

Eine Vonselbständigung des Kontinuitätsgedankens ergibt sich bei der Behandlung von Änderungen im ausländischen Kollisionsrecht: So wurde bei Übersiedlern aus Rumänien einer Rückverweisung des rumänischen internationalen Güterrechts auf das deutsche Recht, die sich aus der Aufgabe des Unwandelbarkeitsgrundsatzes im rumänischen IPR und dem Übergang zur Anknüpfung des Güterstatuts an die jeweils aktuelle Staatsangehörigkeit ergab, vom OLG Hamm in einer späteren Entscheidung von 1976 die Anerkennung unter Hinweis auf die Versteinerungstheorie versagt, weil diese Änderung des rumänischen IPR erst nach der Übersiedlung eingetreten war.¹¹ Dabei hätte die Rückverweisung dem OLG die Möglichkeit gegeben, zumindest in dem konkreten Fall zu dem vom OLG noch 1963 angestrebten Statutenwechsel ins deutsche Güterrecht zu gelangen. Erst die Versagung des Statutenwechsels durch den BGH in dem Vorlageverfahren von 1963 hatte doch die Versteinerung erforderlich gemacht. Das OLG schlug jedoch die Flucht in die entgegengesetzte Richtung ein. Es übertrug die Versteinerungstheorie von der materiellrechtlichen Ebene auf die kollisionsrechtliche Ebene: Nach dem Staatsangehörigkeitswechsel eingetretene Änderungen des internationalen Privatrechts des ehemaligen Heimatstaates müssten danach in gleicher Weise außer Betracht bleiben wie Änderungen des materiellen Güterrechts – selbst wenn sie zur Anwendung deutschen Güterrechts führen würden.¹² Folge ist, dass volksdeutsche Aussiedler aus Rumänien, die mit Rumänien nichts mehr zu tun haben, für immer im rumänischen gesetzlichen Güterstand verbleiben, während mit ihnen zeitgleich ausgewanderte „echte“ Rumänen nach Einbürgerung in Deutschland und Übergang des rumänischen IPR zur wandelbaren Anknüpfung des Güterstatuts sofort in

2 Henrich, IPRax 2001, 113; Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 144; AnwK-BGB/Sieghörtner, 2005, Art. 15 EGBGB Rdnr. 2.

3 Vgl. auch Ostrowska, IPRax 2006, 521.

4 So KG, FamRZ 2005, 1676 zur güterrechtlichen Auseinandersetzung zwischen russischen Eheleuten, die nach Berlin gezogen waren.

5 Übersicht bei Tröster, Rpfleger 1962, 253, 255.

6 Vorlagebeschluss zum BGH, Rpfleger 1963, 159 mit zust. Anm. Riedel = FamRZ 1963, 253 – auch dort eine Erbscheinsangelegenheit. In der Sache ging es um Flüchtlinge aus der ehemaligen DDR, so dass kein internationaler, sondern ein interlokaler Normenkonflikt gegeben war. Art. 15 EGBGB galt allerdings entsprechend.

7 BGHZ 40, 32 = NJW 1963, 1975 = FamRZ 1963, 512.

8 Kritisch z. B. Staudinger/Gamillscheg, BGB, 10./11. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 96 ff.; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 20 VI 1 d, S. 851; Neuhaus, RabelsZ 17 (1952), 674, 676; Reinartz, NJW 1977, 1593; Reithmann, DNotZ 1958, 512, 523; Wengler, NJW 1959, 1734.

9 Zur güterrechtlichen Entwicklung in den einschlägigen Staaten schon Schmied, RabelsZ 17 (1952), 227, 237.

10 BGHZ 40, 32, 35. Systematische Anmerkungen zur Versteinerung von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rdnr. 191 f.

11 OLG Hamm, NJW 1977, 1591.

12 NJW 1977, 1592 unter Berufung auf OLG Stuttgart, NJW 1958, 1972 und BayObLGZ 1961, 123 = MittBayNot 1961/62, 259.

den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts wechseln würden.

3. Aufgabe der kollisionsrechtlichen Versteinerung

In dem vorliegenden Urteil löst das OLG den soeben aufgezeigten Wertungswiderspruch dadurch, dass es die Versteinerung auf kollisionsrechtlicher Ebene zumindest für die Fälle der Spätaussiedler zurücknimmt. Dabei wird aus den Entscheidungsgründen allerdings nicht ganz deutlich, dass sich der Ausschluss der nachträglichen Rückverweisung nach der älteren Rechtsprechung auf die Vertriebenen- und Aussiedler-Fälle beschränkte und in allen anderen internationalen Fällen von der Rechtsprechung schon seit jeher (mangels Geltung der Versteinerungstheorie) ein „nachträglicher Renvoi“ akzeptiert wurde. Das OLG nimmt die Rückverweisung auf der Basis des Art. 161 FamGB der Russischen Föderation an, so dass die Ehegatten seit dessen Inkrafttreten 1.3.1996 im gesetzlichen Güterstand deutschen Rechts lebten und die Erhöhung der Ehegattenerbquote nach § 1371 Abs. 1 BGB erfolgt.¹³

Diese Aufgabe der kollisionsrechtlichen Versteinerung war richtig: Je länger die Übersiedlung zurückliegt, desto stärker überwiegt das Integrations- das Kontinuitätsinteresse, so dass es irgendwann keine Rolle mehr spielt, auf welchem Wege und zu welchem Zeitpunkt man den Güterstandswechsel eintreten lässt. Zudem ist in der aktuellen weltpolitischen Situation nach Überwindung der Teilung Europas die güterrechtliche Sonderbehandlung der Aussiedler nicht mehr vermittelbar. In der Praxis dürften die Eheleute ohnehin eher von der Fortgeltung des ausländischen als von der Überleitung in den deutschen Güterstand überrascht sein.

Zur Lösung des Falles wäre dieser Wandel freilich nicht erforderlich gewesen: Zwar gab es in der Russischen Föderation bzw. des RSFSR vor Erlass des Familiengesetzbuchs am 29.12.1995 keine güterrechtlichen Kollisionsnormen. *Ostrowska* leitet aus der zwingenden Anwendung sowjetischen Familienrechts bei allen Scheidungen durch sowjetische Gerichte auch bei Beteiligung ausländischer Ehegatten ab, dass trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Kollisionsnorm rein territorialistisch zwischen Inlands- und Auslandsscheidungen unterschieden wurde. Auslandsscheidungen wurden anerkannt, auch wenn dort „bourgeois“ Recht angewandt worden war. Sie leitet daraus schon für die Zeit vor Erlass des Familiengesetzbuchs 1995 eine hypothetische Rückverweisung auf deutsches Güterrecht für die Fälle ab, in denen deutsche Gerichte über die Scheidung entscheiden bzw. in denen die Eheleute beide ihren Wohnsitz in Deutschland hatten.¹⁴ Insoweit hätte das OLG Hamm in Art. 161 russ. FamGB auch eine Vorschrift sehen können, die eine bis dahin schon bestehende Rechtsauffassung bestätigt hatte, so dass gar keine nachträgliche Rechtsänderung vorlag. Vielmehr hätte sich die Rückverweisung aufgrund des ungeschriebenen (hypothetischen) Kollisionsrechts der UdSSR schon bei Übersiedlung der Eheleute nach Deutschland ergeben. Die Rückverweisung durch das IPR des RSFSR wäre also selbst bei Festhalten an der kollisionsrechtlichen Versteinerung zu beachten gewesen.

4. Ungelöste vorrangige Rechtsfragen

Der BGH hatte schon in seiner Leitentscheidung im 40. Bande den Gesetzgeber deutlich zu einer gesetzlichen Rege-

lung des Güterrechts der Flüchtlinge und Vertriebenen aufgerufen.¹⁵ Diese Regelung erfolgte durch das Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen (Vertriebenengüterstandsgesetz) vom 4.8.1969.¹⁶ § 1 Abs. 1 Vertriebenengüterstandsgesetz bestimmt für Ehegatten, die Vertriebene oder Sowjetflüchtlinge i. S. v. §§ 1, 3 und 4 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG) sind, beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben und in einem ausländischen gesetzlichen Güterstand leben, dass sie vom Inkrafttreten des Gesetzes an¹⁷ in den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach dem deutschen BGB wechseln (Statutenwechsel). Für Vertriebene, die erst nach Inkrafttreten des Gesetzes nach Deutschland übersiedeln, tritt dieser Statutenwechsel gemäß § 3 Vertriebenengüterstandsgesetz mit Beginn des vierten Monats nach Übersiedlung ein.

Die Eheleute im Fall des OLG sind, da sie erst nach dem 1.1.1993 in Deutschland aufgenommen wurden, keine Vertriebenen oder Sowjetzonenflüchtlinge im Sinne des BVFG, sondern „Spätaussiedler“. Im Zuge der Änderung des BVFG durch das Kriegsfolgenbereinigungsgesetz vom 21.12.1992¹⁸ wurde der Begriff des Spätaussiedlers neu geschaffen. Die Definition wurde in § 4 BVFG platziert, denn diese Paragraphennummer war gerade frei geworden, weil die dort ursprünglich untergebrachte Definition der den „Sowjetflüchtlingen gleichgestellten Personen“ durch Gesetz vom 28.6.1990¹⁹ aufgehoben worden war. Spätaussiedler sind nach dem Gesetz keine Vertriebenen und werden ihnen auch nicht gleichgestellt. Die Verweisung in § 1 Vertriebenengüterstandsgesetz erfasst daher nach allgemeiner Ansicht trotz fortbestehender Verweisung auf § 4 BVFG die Spätaussiedler nicht – da es sich eben weder um Vertriebene noch um Sowjetflüchtlinge handelt.²⁰

Insoweit wäre also bei der Einführung des „Spätaussiedlers“ in das BVFG die entsprechende Anpassung des Vertriebenengüterstandsgesetzes erforderlich gewesen. Diese ist aber offensichtlich „vergessen“ worden. Später hat man diesen „Fehler“ im Bundesministerium der Justiz entdeckt und einen Gesetzesentwurf vorbereitet, der die Spätaussiedler ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Vertriebenengüterstandsgesetzes einbezieht.²¹ Leider ist dieser Entwurf in der Folgezeit – aus unbekanntem Gründen – in der berühmten Schublade liegen geblieben, wo er wohl noch heute schlummert.

Die Literatur hat an dieser Stelle eine unsystematische und unbeabsichtigte Lücke ausgemacht, die durch eine Analogie

¹⁵ „Aus welchen Gründen das Güterrecht der Flüchtlinge und Vertriebenen bisher keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat, ist nicht bekannt ...“, BGHZ 40, 40.

¹⁶ BGBl 1969 I, S. 1067 – Text z. B. bei *Palandt/Thorn*, BGB, 69. Aufl. 2009, Anhang II zu Art. 15 EGBGB. Zum Inkrafttreten z. B. *Herz*, DNotZ 1970, 134.

¹⁷ Gemäß § 7 des Gesetzes: 1.10.1969.

¹⁸ BGBl 1992 I, S. 2094.

¹⁹ BGBl 1990 I, S. 1247: „Aussiedleraufnahmegesetz“.

²⁰ Ausführlich *Wandel*, BWNotZ 1994, 85, 87; *Staudinger/Mankowski*, BGB, 2004, Art. 15 EGBGB Rdnr. 438. Für eine unmittelbare Einbeziehung der Spätaussiedler in das Vertriebenengüterstandsgesetz aber z. B. *Henrich*, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2000, S. 105; *Soergel/Schurig*, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 74.

²¹ *Finger*, FuR 2002, 344 Anm. 25.

¹³ Ebenso das KG in seinem Urteil FamRZ 2005, 1676.

¹⁴ *Ostrowska*, IPRax 2006, 518, 520.

zu schließen sei.²² Rechtsprechung zu diesem Bereich liegt aber noch nicht vor. Dennoch ist mit einer großen Welle von Verfahren zu rechnen. Die Spätaussiedlerpaare, die in der ersten Hälfte des 90er-Jahre nach Öffnung der GUS-Staaten nach Deutschland kamen, dürften langsam zur Erblässergeneration heranwachsen. Wegen § 1371 Abs. 1 BGB ist dann stets die Güterstandsfrage zu klären. Insoweit bot das vorliegende Verfahren dem OLG Hamm eine hervorragende Gelegenheit, diese für viele in Deutschland lebende Spätaussiedler praktisch bedeutsame Frage endlich einmal zu klären.

Leider ist das OLG Hamm dieser Klarstellung aus dem Wege gegangen und hat die Lösung in der Rückverweisung gesucht. Man könnte an Gründe der „Prozessökonomie“ denken. Schaut man sich aber an, welchen argumentativen Aufwand das OLG benötigte, um durch Revision seiner Rechtsprechung aus dem Jahre 1976 zur kollisionsrechtlichen Versteinerung den Weg für die Rückverweisung frei zu räumen, dürfte die Prozessökonomie den Umweg über das russische IPR nicht wirklich rechtfertigen. Stattdessen fragt sich, ob die Flucht in die Rückverweisung hier überhaupt zulässig war. M. E. darf das OLG das ausländische Recht erst prüfen, nachdem es festgestellt hat, dass nach deutschem IPR ausländisches Recht anwendbar ist,²³ denn von einem deutschen Gericht kann nur in Bezug auf das deutsche Recht erwartet werden, dass es dieses zuverlässig kennt, richtig anwendet und ggf. auch verbindlich auslegt. Zudem gehört es zu den vornehmsten Aufgaben der deutschen Obergerichte, gerade in schwierigen und umstrittenen Fragen der Gesetzesauslegung klare Position zu beziehen. Nur so kann Rechtssicherheit geschaffen werden und ggf. dem Gesetzgeber signalisiert werden, dass er Probleme durch Neuregelung zu lösen habe. Stattdessen werden die deutschen Spätaussiedler nun darauf verwiesen, zur Klärung ihres Güterstands das ausländische Kollisionsrecht zu prüfen.

5. Offene Fragen

Die Ermittlung der Rückverweisung ist mit allen Unsicherheiten verknüpft, die mit der Feststellung des in solch „exotischen“ Staaten geltenden IPR regelmäßig verbunden sind. Außer der Russischen Föderation ist für Aserbaidschan, Kasachstan, Kirgisien, Litauen, Moldawien und Tadschikistan²⁴ eine (wandelbare) Anknüpfung an den aktuellen gemeinsamen Wohnsitz der Eheleute anzunehmen, so dass es hier wohl zu einer Rückverweisung kommt. In Georgien, Polen, Rumänien, der Tschechischen und der Slowakischen Republik, der Ukraine und Ungarn knüpft man das Güterstatut (regelmäßig wandelbar) an die Staatsangehörigkeit beider Eheleute an. Hier kommt eine Rückverweisung auf das deutsche Güterrecht also nur dann in Betracht, wenn die Spätaussiedler in

²² So z. B. *Erman/Hohloch*, BGB, 12. Aufl. 2008, Art. 15 EGBGB Rdnr. 51; *Looschelders*, IPR – Art. 3–46 EGBGB, 2004, Art. 15 EGBGB Rdnr. 43; *Ludwig* in *jurisPK-BGB*, 4. Aufl. 2009, Art. 15 EGBGB Rdnr. 153; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 440; *Mörsdorf-Schulte* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 15 EGBGB Rdnr. 76; *ScheuGenpflug*, MittRhNotK 1999, 377; *Schotten/Schmellenkamp*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 143 a, S. 143; *AnwK-BGB/Sieghörtner*, Art. 15 EGBGB Anh. II Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Einl. IPR Rdnr. 647; *Siß*, Rpfleger 2003, 59; *Wandel*, BWNZ 1994, 87. A. A. *Palandt/Heldrich*, Anh. II zu Art. 15 EGBGB Rdnr. 2 – seit der 60. Aufl. 2000 und ihm folgend seit der 68. Aufl. 2008 *Thorn*; *MünchKommBGB/Siehr*, 5. Aufl. 2010, Anh. zu Art. 16 EGBGB Rdnr. 10.

²³ Vgl. die Argumentation bei *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 2594 zur Anwendung von § 293 ZPO.

²⁴ Gesetzeszitate bei *Ostrowska*, IPRax 2006, 521.

Deutschland die deutsche Staatsangehörigkeit unter Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit erworben haben. Einige Staaten kennen keine komplette IPR-Kodifikation. Das betrifft z. B. Armenien, Belarus (Weißrussland), Lettland, Turkmenistan und Usbekistan. Hier bleibt die Rückverweisung unsicher.

Soweit mangels Rückverweisung (und mangels Anwendbarkeit des Vertriebenengüterstandsgesetzes) ausländisches Güterrecht anwendbar ist, stellt sich die Frage ob die Aufgabe der Versteinerungstheorie auf kollisionsrechtlicher Ebene nicht zumindest für die Spätaussiedler eine dynamische Verweisung auch auf das ausländische materielle Recht – also die vollständige Aufgabe der Versteinerung auch auf materiellrechtlicher Ebene – bedeutet. Das OLG äußert hierfür offene Sympathie, kann hierüber wegen der BGH-Entscheidung zur Versteinerung²⁵ jedoch nicht abschließend entscheiden. Die Ermittlung des Güterstands von Spätaussiedlern wird hierdurch weiter erschwert.

Die Entscheidung lässt zu viele Spätaussiedler im Regen stehen. Es bleibt zu wünschen, dass die obergerichtliche Entscheidung zur Anwendung des Vertriebenengüterstandsgesetzes auf Spätaussiedler möglichst bald nachgeholt wird. Bis dahin ist der Notar berufen, in diesen Fällen Klarheit zu schaffen. Er kann den Eheleuten vorschlagen, eine ehevertragliche Wahl deutschen Güterrechts gemäß Art. 15 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB zu treffen oder zumindest § 1371 Abs. 1 BGB durch eine testamentarische Erbeinsetzung auszuschalten.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Siß*, Würzburg

25 BGHZ 40, 21.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

9. AnFG § 1; InsO § 129 (*Objektive Gläubigerbenachteiligung bei Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstücks*)

Die Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstücks durch den Schuldner ist objektiv gläubigerbenachteiligend, wenn die bei der Übertragung noch bestehenden Belastungen im Nachhinein vertragsgemäß von ihm beseitigt werden.

BGH, Urteil vom 19.5.2009, IX ZR 129/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Gläubigeranfechtung auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück in Anspruch. Sie verfügt gegen den Ehemann der Beklagten, der vormals Gesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin war (im Folgenden: Schuldner), über vier rechtskräftige Titel über insgesamt 39.001,81 € zuzüglich Zinsen. Versuche der Klägerin, gegen den Schuldner zu vollstrecken, blieben erfolglos. Er gab am 7.6.2004 die eidesstattliche Versicherung ab.

Der Schuldner war Eigentümer eines von ihm und der Beklagten bewohnten Hausgrundstücks. Auf dem Grundbesitz war seit 17.11.1998 eine Buchgrundschuld i. H. v. 1.300.000 DM nebst 18 % Zinsen zugunsten einer Stadtparkasse eingetragen. Mit Beschluss vom 5.11.2002 ordnete das AG Köln auf Antrag der Stadtparkasse wegen des dinglichen Anspruchs aus dem Recht im Betrag von 664.679,45 € (= 1.300.000 DM) nebst 18 % Zinsen und Vollstreckungskosten die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung des Grundstücks an. Aufgrund Bewilligung der Stadtparkasse wurde mit Beschluss vom 17.11.2003 die Anordnung der Zwangsverwaltung aufgehoben, das Verfahren der Zwangsversteigerung mit Beschluss vom 11.11.2003 einstweilen eingestellt.

Mit notarieller Urkunde vom 18.12.2003 veräußerte der Schuldner das Grundstück an die Beklagte zu einem Kaufpreis von 400.000 €. Die Beklagte übernahm zum Zweck der eigenen Finanzierung die Buchgrundschuld nebst Zinsen und Nebenleistungen dinglich i. H. v. 350.000 €, d. h. ohne die zugrundeliegenden Verpflichtungen des Schuldners. Diese sollten aus dem Kaufpreis abgelöst bzw. anderweitig gesichert werden. In Höhe des restlichen Betrages von 314.679,44 € sollte das Grundpfandrecht gelöscht werden.

Der Eigentumsübergang wurde am 14.1.2004 im Grundbuch eingetragen. Mit Beschluss vom 13.4.2004 wurde das Zwangsversteigerungsverfahren aufgehoben. Die den Betrag von 350.000 € übersteigende Grundschuld wurde am 23.11.2004 gelöscht. Am 28.12.2004 wurde eine Eigentümergrundschuld i. H. v. 160.000 € eingetragen.

Die Klägerin stützte die Anfechtung der Übertragung des Grundbesitzes ausdrücklich auf § 3 Abs. 2 AnfG, im Berufungsverfahren auch auf § 3 Abs. 1 und § 4 AnfG. Sie macht geltend, das übertragene Grundstück habe einen Wert von 800.000 € besessen, mindestens aber von 750.000 €. Sowohl eine Versteigerung wie ein freihändiger Verkauf an Dritte hätte einen Erlös von deutlich über 700.000 € erbracht. Die beim Verkauf eingetragene Grundschuld habe nicht in voller Höhe valuiert.

Die Beklagte behauptete, der Zeitwert des Grundstücks habe zum Zeitpunkt des Zwangsversteigerungsverfahrens vor der Veräußerung bei 495.000 € gelegen. Die Grundschulden der Sparkasse hätten mit 664.679,45 € (1.300.000 DM) valuiert.

Aus den Gründen:

II.

(...) Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob die Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände des § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2 oder § 4 AnfG erfüllt sind. Es hat eine Anfechtbarkeit wegen fehlender objektiver Gläubigerbenachteiligung insgesamt verneint. Dies ist mit der vom Berufungsgericht abgegebenen Begründung nicht haltbar.

Das Berufungsgericht hat für die Frage der objektiven Gläubigerbenachteiligung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages am 18.12.2003 abgestellt. Zwar hat es, obwohl es mehrfach auf den „relevanten Zeitpunkt“ Bezug genommen hat, diesen nicht ausdrücklich benannt. Aus seinen Ausführungen ergibt sich jedoch, dass es den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages für entscheidend gehalten hat. Denn es hat darauf abgestellt, dass die Grundschuld nach dem durch Beweisaufnahme bestätigten Vortrag der Beklagten zu diesem Zeitpunkt mit 744.210,56 € valuierte und die Klägerin nicht beweisen konnte, dass bereits vor Abschluss des Kaufvertrages die der Grundschuld zugrundeliegenden Darlehen (zumindest) teilweise abgelöst wurden. Die Annahme, der Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses sei maßgebend, ergibt sich auch aus der Art der Vernehmung der Zeugin K. und deren Berechnungen, auf die bei deren Vernehmung Bezug genommen wurde.

Die zutreffenden Zeitpunkte, auf die bei der objektiven Gläubigerbenachteiligung abzustellen gewesen wäre, waren jedoch hinsichtlich § 3 Abs. 2 AnfG der 14.1.2004 und hinsichtlich § 3 Abs. 1 und § 4 AnfG der 17.5.2006.

1. Für eine Anfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG ist eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung erforderlich (BGH, ZIP 2007, 588, 589 Rdnr. 19; *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 1 Rdnr. 46, § 3 Rdnr. 60). Dies erfordert, dass ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Schuldnervermögen beeinträchtigt wurden. Dass eine solche Beeinträchtigung allein durch Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages eingetreten wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dies macht die Klägerin auch nicht geltend. Das Berufungsgericht hat vielmehr, wie die Klägerin, auf die Übertragung des Grundbesitzes und damit die Übereignung

abgestellt, die gemäß §§ 873, 925 BGB Einigung (Auflassung) und Eintragung im Grundbuch voraussetzt. Die Auflassung ist bereits im Kaufvertrag vom 18.12.2003 erfolgt, die Eintragung im Grundbuch aber erst am 14.1.2004. Von diesem Zeitpunkt an hatte die Klägerin keine Möglichkeit mehr, sich durch Vollstreckung in das Grundstück wegen ihrer Forderung zu befriedigen.

a) Wie das Berufungsgericht im Grundsatz richtig gesehen hat, hat die Übertragung eines belasteten Grundstücks nur dann eine objektive Gläubigerbenachteiligung zur Folge, wenn der in der Zwangsversteigerung erzielbare Erlös des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens überstiegen hätte (BGH, ZIP 2006, 387 f. Rdnr. 6 f.; ZIP 2007, 1326, 1327 Rdnr. 15 = MittBayNot 2008, 145; JurBüro 2008, 269 Rdnr. 13).

Eine Gläubigerbenachteiligung kommt also nicht in Betracht, wenn das Grundstück wertausschöpfend belastet ist und eine Zwangsversteigerung nicht zu einer auch nur teilweisen Befriedigung des Gläubigers geführt hätte. Ob eine wertausschöpfende Belastung vorliegt, hängt vom Wert des Grundstücks sowie der tatsächlichen Höhe derjenigen Forderung ab, die durch die eingetragenen Grundbuchrechte gesichert werden (BGH, ZIP 2006, 387 f. Rdnr. 6 f.; ZIP 2007, 1326, 1327 Rdnr. 15 = MittBayNot 2008, 145; JurBüro 2008, 269 Rdnr. 14).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage der objektiven Gläubigerbenachteiligung ist bei § 3 Abs. 2 AnfG der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts; bei mehraktigen Rechtsgeschäften ist, wie vorliegend gegeben, der Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts ausgelöst wird, § 8 Abs. 1 AnfG. Bei Grundstücksübertragungen ist dies der Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch (BGHZ 99, 274, 286 = DNotZ 1987, 488; BGHZ 121, 179, 188; BGHZ 128, 184, 192 f. = DNotZ 1995, 532; BGH, ZIP 1999, 146; JurBüro 2008, 269 Rdnr. 14).

Ein früherer Zeitpunkt kann gemäß § 8 Abs. 2 AnfG dann erheblich sein, wenn zwar die Eintragung noch nicht erfolgt ist, aber die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat. Darlegungs- und beweispflichtig hierfür ist die Beklagte (BGH, ZIP 2001, 933, 935). Diese hat nicht dargelegt, wann sie selbst einen Eintragungsantrag gestellt hat. Gemäß § 9 Nr. 3 des Kaufvertrages sollte gegenüber dem Grundbuchamt auch nur die Notarin antragsberechtigt sein. Diese war jedoch außerdem von den Parteien bevollmächtigt worden, den Antrag auch wieder zurückzuziehen. § 8 Abs. 2 AnfG erfordert aber, dass der andere Teil eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, die ihm ohne sein Mitwirken nicht mehr entzogen werden kann (vgl. BGH, ZIP 2001, 933, 935; MünchKommInsO/*Kirchhof*, 2. Aufl., § 140 Rdnr. 41; HK-InsO/*Kreft*, 5. Aufl., § 140 Rdnr. 10; *Huber*, AnfG, § 8 Rdnr. 12). Eine solche gesicherte Rechtsposition hatte die Beklagte durch den Antrag der Notarin nicht erlangt.

Für den somit maßgebenden 14.1.2004 hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen. Der Tag, auf den es abstellt (18.12.2003), liegt allerdings in unmittelbarer zeitlicher Nähe, nicht einmal einen Monat früher. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich der Wert des Grundstücks in dieser Zeit nicht relevant verändert hat. Das Berufungsgericht ist von dem von ihm festgestellten Verkehrswert ausgegangen und hat den hier maßgeblichen, zu erwartenden Erlös in der Zwangsversteigerung abzüglich der Kosten der Zwangsversteigerung (BGH, ZIP 2006, 387 f. Rdnr. 7) für etwas niedri-

ger gehalten. Ein Fehler zum Nachteil des Klägers liegt darin allein noch nicht.

Anders ist dies mit den vorrangigen Belastungen. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Grundschuld im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags noch mit 744.210,56 € valutierte und dass die mit dem Kaufpreis nicht abgelöste, also 400.000 € übersteigende Darlehensvaluta von der Gläubigerin aus der dinglichen Absicherung freigegeben und anders abgesichert werden sollte. Dann hätten entsprechende Feststellungen für den 14.1.2004 getroffen werden müssen. Insoweit traf zunächst die Beklagte die sekundäre Darlegungslast, in welcher Höhe an diesem Tag die Belastungen valutierte (vgl. BGH, ZIP 2006, 387 f. Rdnr. 11 f.). Diese hat jedoch lediglich zum Stichtag 18.12.2003 vorgetragen. Das Berufungsgericht hätte darauf hinweisen müssen, dass es für die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung auf den Zeitpunkt 14.1.2004 ankam.

b) Die genannte Rechtsprechung, auf die das Berufungsgericht abgestellt hat, gilt im Übrigen nur, wenn das Grundstück mit den bestehenden Belastungen übertragen wird. Werden dagegen im Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung – vor oder nach Eintragung der Auflassung – die Belastungen vertragsgemäß vom Schuldner beseitigt, hat der Anfechtungsgegner diese Belastungen des Grundstücks aufgrund des Vertrags nicht zu tragen. Es kommt aber darauf an, ob die Übertragung des Grundstücks in der Form, in der es an den Anfechtungsgegner übereignet wird, zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung führt. Denn in dieser Form wird es auch dem Gläubigerzugriff entzogen; die Beseitigung der Belastungen durch den Schuldner mindert dessen verwertbares Vermögen in anderer Weise.

Selbst wenn am 14.1.2004 die Grundschuld noch mit 744.210,56 € valutierte, muss deshalb berücksichtigt werden, dass gemäß § 5 Ziffer 1 des Kaufvertrages die Beklagte die Grundschuld nur i. H. v. 350.000 € nebst Zinsen und lediglich zum Zwecke der Sicherung der eigenen Kaufpreisschuld von 400.000 € dinglich übernehmen sollte. Entsprechend ist verfahren und die weitergehende Grundschuld am 23.11.2004 auf Grundlage der Bewilligung der Sparkasse gelöscht worden. Vertragsgemäß hat die Beklagte die weitergehende Belastung im Ergebnis nicht übernommen, sondern lediglich einen Kaufpreis von 400.000 € bezahlt und diesen teilweise auf dem Grundstück abgesichert.

Eine objektive Gläubigerbenachteiligung liegt unter diesen Umständen nur dann nicht vor, wenn die Beklagte an den Schuldner aufgrund des Kaufvertrags unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erbrachte, also die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger nicht beeinträchtigt wurden.

Unterstellt, die Beklagte hat in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit ihrer Eintragung im Grundbuch den Kaufpreis erbracht, ist also entscheidend, ob dieser dem Wert des Grundstücks gleichwertig war. Da das Berufungsgericht übereinstimmend mit der Behauptung der Beklagten von einem Grundstückswert von 495.000 €, möglicherweise (zuzüglich 66.000 €) von einem solchen von 561.000 € ausgeht, lag eine derartige objektiv gleichwertige Gegenleistung jedenfalls nicht vor. Eine objektive Gläubigerbenachteiligung liegt dann sehr nahe.

2. Für eine Anfechtung nach § 3 Abs. 1 und § 4 AnfG genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung (vgl. für § 3 Abs. 1 AnfG BGHZ 165, 343, 351; *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 50, § 3 Rdnr. 60; für § 4 AnfG BGH, ZIP 2007, 588, 589 Rdnr. 19; *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 50, § 4 Rdnr. 10). In diesen Fällen reicht es grundsätzlich aus, wenn die Benachteiligung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsachenin-

stanz des Anfechtungsprozesses gegeben ist (BGH, ZIP 2007, 588, 589 m. w. N.; *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 50). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die hierfür maßgeblichen Tatsachen bereits in erster Instanz vorgetragen waren oder zwar erst in der Berufung vorgetragen, aber zuzulassen waren oder wenn es sich um Vorgänge handelt, die sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugetragen haben (vgl. BGH, ZIP 2007, 1326, 1327 Rdnr. 17 = MittBayNot 2008, 145).

Danach wäre für diese Anfechtungstatbestände bezüglich der objektiven mittelbaren Gläubigerbenachteiligung maßgebend gewesen, welcher Versteigerungserlös für das Grundstück am 17.5.2006 zu erwarten gewesen wäre, und welche Belastungen in diesem Zeitpunkt bestanden (vgl. BGH, ZIP 2007, 1326, 1327 Rdnr. 18 = MittBayNot 2008, 145; ZIP 2007, 588, 590 Rdnr. 26). Liegt in diesem Zeitpunkt eine objektive Gläubigerbenachteiligung vor, kann sich der Anfechtungsgegner auf eine frühere wertausschöpfende Belastung nur berufen, wenn er sie mit eigenen Mitteln beseitigt hat oder wenn eine inzwischen eingetretene Werterhöhung auf eigenen werterhöhenden Maßnahmen beruht (BGH, ZIP 1996, 1907, 1908; *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 41). Die Eigentümergrundschuld, die die Beklagte nach ihrem Eigentumserwerb am 28.12.2004 selbst hat eintragen lassen, ist für die Gläubigerbenachteiligung ohne Bedeutung (vgl. *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 41).

Es steht fest, dass am 17.5.2006 die einen Betrag von 350.000 € übersteigende Grundschuld gelöscht war und mit der noch eingetragenen, von der Beklagten zur dinglichen Haftung übernommenen Grundschuld lediglich das von ihr selbst zur Kaufpreisfinanzierung aufgenommene Darlehen gesichert wurde. War bis zu diesem Zeitpunkt der Wert des Grundstücks nicht unter den Betrag der Valutierung des Darlehens über 400.000 € gefallen, lag deshalb auch zu diesem Zeitpunkt eine (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung vor.

III.

Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif. Der für die Anfechtung maßgebliche Sachverhalt ist bisher nicht festgestellt. Die Sache ist daher gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird nunmehr die weiteren Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung und ggf. zum Stichtag der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung die (mittelbare) objektive Gläubigerbenachteiligung erneut zu prüfen haben.

Für das weitere Verfahren weist der Senat im Hinblick auf die Ausführungen in der Revisionsbegründung auf Folgendes hin:

Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung trifft den Anfechtungskläger. Da die objektive Gläubigerbenachteiligung Voraussetzung jedes Anfechtungsanspruchs ist, gehört sie zu den klagebegründenden Umständen. Den Beklagten trifft aber die Verpflichtung, Einzelheiten zum Stand der Valutierung der Belastung im maßgeblichen Zeitpunkt vorzutragen. Kommt er dieser sekundären Darlegungslast nicht nach, gilt der Vortrag der Klagepartei als zugestanden (BGH, ZIP 2006, 387 f. Rdnr. 9 ff. m. w. N.). Soweit *Huber* (AnfG, § 1 Rdnr. 41) in diesem Zusammenhang unter Berufung auf das genannte Urteil eine sekundäre Beweislast des Anfechtungsgegners annimmt, gibt dies keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung. *Huber* setzt hier die Pflicht zum substantiierten Bestreiten (sekundäre Darlegungslast) mit einer nicht näher begründeten sekundären Beweislast gleich. Eine solche – von der Klägerin geforderte – Beweislastumkehr zum Nachteil der Beklagten wäre jedoch mit der Systematik des § 1 AnfG, aber auch mit

derjenigen des § 129 InsO (vgl. hierzu nur MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 129 Rdnr. 228) nicht vereinbar.

Anmerkung:

Das Urteil wiederholt die Grundsätze zur Feststellung der objektiven Gläubigerbenachteiligung bei Übertragung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks, die jeder Tatrichter beherrschen muss (I.). Aber auch für die notarielle Praxis gibt es Spannendes anzumerken: Noch nicht entschieden war bisher nämlich, was hierzu für die bei Übertragung noch vorhandenen, im Nachhinein aber vom Schuldner vereinbarungsgemäß beseitigten Belastungen gilt; das will künftig bei der Vertragsgestaltung bedacht sein (II.). Und besondere Beachtung verdienen die eher unauffälligen Erörterungen des Senats zum für die Vornahme der Rechtshandlung bei Grundstücksgeschäften maßgeblichen Zeitpunkt (III.). Der Schluss der Entscheidungsgründe betrifft zwar wiederum ausschließlich Parteien und Tatgerichte eines Anfechtungsprozesses, enthält aber eine Pointe, die unabhängig davon vermutlich manchen Leser zum Schmunzeln bringen wird (IV.). Die Entscheidung ist zwar zur Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens (nach dem AnfG) ergangen, gilt aber für die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) entsprechend.

I. Grundsätze zur objektiven Gläubigerbenachteiligung

Bei Übertragung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks liegt der anfechtungsrechtliche Dreh- und Angelpunkt in der Frage der Wertausschöpfung. Ist sie zu bejahen, scheidet eine Gläubigerbenachteiligung aus, die objektive Voraussetzung eines jeden Anfechtungstatbestandes ist; denn nach § 1 Abs. 1 AnfG sind (nur) Rechtshandlungen eines Schuldners anfechtbar, „die seine Gläubiger benachteiligen“. Daran fehlt es aber bei einer wertausschöpfenden Belastung, weil in einem solchen Fall bei der Zwangsversteigerung durch die dinglich berechtigten Gläubiger vom Erlös vorrangige Belastungen und Verfahrenskosten abzuziehen sind, so dass für den „gewöhnlichen“ (nach § 2 AnfG anfechtungsberechtigten) Gläubiger ohnehin nichts mehr übrig bliebe. Maßgeblich sind freilich nicht die nominalen Belastungen, also nicht die eingetragenen Grundschuldbeträge, sondern die reale Valutierung; es kommt folglich auf die tatsächliche Höhe der durch die Grundschulden gesicherten Forderungen an (wozu den beklagten Anfechtungsgegner eine sekundäre Darlegungslast trifft, siehe unten IV.) und sodann darauf, ob diese den Wert des Grundstücks übersteigen.

Aber auf welche Zeitpunkte ist abzustellen? Man muss unterscheiden:

– Die Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG (entgeltlicher Vertrag mit nahestehender Person) erfordert unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, also Beeinträchtigung der Befriedigungsmöglichkeiten ohne Hinzutreten weiterer Umstände (unmittelbar) durch Vornahme der Rechtshandlung; Letztere ist nicht – wie das OLG meinte – der Abschluss des notariellen Kaufvertrags, sondern nach der Grundregel des § 8 Abs. 1 AnfG die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch (das war der 14.1.2004), sofern nicht der frühere Zeitpunkt des § 8 Abs. 2 maßgeblich ist, was der Senat hier verneint hat (III.). Folglich lautet für den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung die Frage: In welcher Höhe valutierten die Grundpfandrechte und welcher Versteigerungserlös wäre zu erwarten gewesen?

– Bei der Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG und bei Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 4 AnfG (dieser

Tatbestand kam hier nicht in Betracht) genügt demgegenüber mittelbare Gläubigerbenachteiligung, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (das war offenbar die Berufungsverhandlung am 17.5.2006) gegeben sein muss. Auch für diesen späteren Zeitpunkt lautet die Frage zwar an sich: Welche Belastungen bestehen jetzt und welcher Versteigerungserlös wäre jetzt zu erwarten? Logisch weitergedacht folgt daraus aber: Liegt jetzt (wegen des höheren Werts des Grundstücks) objektive Gläubigerbenachteiligung vor, kann sich der Anfechtungsgegner auf eine frühere (bei Veräußerung) wertausschöpfende Belastung nur berufen, wenn er sie mit eigenen Mitteln behoben hat. Hat er den anfechtbar erworbenen Gegenstand selbst weiter belastet, bleibt das für die Beurteilung der Wertausschöpfung außer Betracht, weil er diese Belastungen ohnehin zu beseitigen hat.

II. Wertausschöpfung bei Grundstücksübertragung und (teilweise) Beseitigung im Nachhinein durch den Schuldner

Im konkreten Fall kam nun als besondere Schwierigkeit hinzu, dass die Beklagte beim Erwerb (Eigentumsumschreibung am 14.1.2004) die mit ca. 744.000 € valutierte Grundschuld nur scheinbar in vollem Umfang übernommen hatte, weil die den Kaufpreis (400.000 €) übersteigende Sicherheit dann am 23.11.2004 aufgrund Bewilligung der Grundpfandgläubigerin gelöscht wurde. Nach dem Kaufvertrag hatte aber die Beklagte die Grundschuld tatsächlich nur i. H. v. 350.000 € und zudem nur zur Sicherung der eigenen Kaufpreisschuld zu übernehmen und war der Schuldner (Verkäufer) verpflichtet, die noch bestehen bleibenden Belastungen im Nachhinein zu beseitigen. Und genauso wurde verfahren. Was gilt nun?

Für die Problemlösung muss man unterscheiden:

– Bei der Variante (unmittelbare Gläubigerbenachteiligung) entscheidet der Senat, wie aus dem Leitsatz ersichtlich, was keiner weiteren Kommentierung bedarf.

– Im anderen Fall (mittelbare Gläubigerbenachteiligung) ergibt sich die Antwort direkt aus den oben dargestellten Grundsätzen. Denn dann hat die Beklagte die Belastung gerade nicht mit eigenen Mitteln beseitigt, kann sich also auch nicht auf die frühere wertausschöpfende Belastung berufen.

Für die kautelarjuristische Praxis folgt daraus, dass der Erwerber (späterer Anfechtungsgegner) mit der hier gewählten Vertragsgestaltung der Anfechtungsfalle nicht entinnen kann unter Berufung auf eine (angeblich) wertausschöpfende Belastung im maßgeblichen Zeitpunkt (Eigentumserwerb). Ob darüber der Notar zu belehren hat, ist ein weites Feld, das den Rahmen einer Urteilsanmerkung sprengt.

III. Der für die Vornahme der Rechtshandlung maßgebliche Zeitpunkt bei Grundstücksgeschäften

Nach der Grundregel des § 8 Abs. 1 AnfG kommt es bei einer aus mehreren Akten bestehenden Rechtshandlung auf den sie vollendenden Akt an, also bei einer Grundstücksübertragung auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Als Ausnahme dazu fingiert Abs. 2 der Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen einen früheren Eintritt der rechtlichen Wirkung, aber nur, wenn der andere Teil eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat. Letzteres verneint der Senat im konkreten Fall ziemlich lapidar mit der Begründung, die Beklagte habe selbst keinen Eintragungsantrag gestellt und die Notarin sei nach dem Kaufvertrag zwar (auch) an-

tragsberechtigt, zugleich aber von den Parteien auch bevollmächtigt gewesen, den Antrag wieder zurückzuziehen.

Das entspricht ständiger Rechtsprechung und herrschender (in der Entscheidung auch nachgewiesener) Meinung im Schrifttum. Eine geschützte Rechtsposition hat der andere Teil danach nur, wenn die Fortsetzung des Eintragungsverfahrens nach Antragseingang alleine von ihm abhängt. Das ist richtig und aus Gründen der Rechtsklarheit auch unabdingbar. Nur so lässt sich die daraus folgende Beschränkung der Anfechtbarkeit rechtfertigen; umgekehrt liegt darin kein unbilliges Erfordernis, weil es der potentielle Anfechtungsgegner unschwer selbst in der Hand hat, seine Privilegierung herbeizuführen. Es kommt also nicht darauf an, ob der Schuldner (Verkäufer) den Eintragungsantrag des anderen Teils selbst hätte zurücknehmen oder das von der Notarin hätte verlangen können.¹

Aber wie relevant ist die Zeitspanne zwischen Eintragungsantrag des anderen Teils und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wirklich? Das lässt sich nicht allgemein beantworten, hängt vielmehr von mehreren Faktoren im Einzelfall ab, insbesondere von der Schnelligkeit des Grundbuchvollzugs, wozu der jeweilige Notar vor Ort freilich Erfahrungswerte haben wird, außerdem von der Wertentwicklung am Immobilienmarkt, die oft nicht einfach zu durchschauen ist, und schließlich von möglichen Änderungen der gesicherten Verbindlichkeiten, was dem Notar indessen grundsätzlich unbekannt sein wird.

Aber selbst wenn die beschriebene Zeitspanne für die Frage der wertausschöpfenden Belastung zu vernachlässigen wäre, darf man das Problem, welcher Zeitpunkt für die Vornahme der Rechtshandlung maßgeblich ist, nicht darauf reduzieren, sondern muss erkennen, dass es anfechtungsrechtlich an zwei weiteren, strategisch sehr wichtigen Stellen virulent werden kann. Das ist zum einen die Anfechtungsfrist, innerhalb der die Rechtshandlung vorgenommen sein muss; ist die Anfechtungsfrist nicht gewahrt, kommt eine Anfechtbarkeit schon deshalb nicht in Betracht. Und zum anderen sind das die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen bei § 3 Abs. 1 AnfG; denn Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des anderen Teils davon sind für den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung festzustellen. Fehlt also beispielsweise die Kenntnis des anderen Teils beim Eintragungsantrag, erlangt er sie aber vor Eintragung, so schadet das, wenn ihm der Eintragungsantrag keine gesicherte Rechtsposition verschaffen konnte, eben weil es auf ihn nicht ankommt – ein nicht nur für die Vertragspartei, sondern auch für den Notar ziemlich ernüchterndes Ergebnis, weil dann die Ursache in dessen Vertragsgestaltung liegt. Das gilt übrigens nicht nur bei einer von den Parteien eingeräumten Rücknahmebefugnis, sondern auch im Fall des § 15 GBO wegen § 24 Abs. 3 BNotO.

Und was folgt daraus für die notarielle Praxis? Soll oder muss der Notar die Vertragsparteien auf diese zweifellos komplizierten rechtlichen Zusammenhänge (zu den unterschiedlichen Zeitpunkten des Wirksamwerdens, § 8 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AnfG) hinweisen? Das ist das zweite weite Feld, auf dem sich eine Antwort hier nicht geben lässt.

IV. Zur sekundären Darlegungslast des Anfechtungsgegners

Mit der „Segelanweisung“ zur Darlegungs- und Beweislast für den zweiten Durchgang beim Tatrichter legt der Senat

trefflich den Finger in eine Wunde der Kommentierung des *Verfassers* (AnfG, § 1 Rdnr. 41). Denn dort ist – fälschlich – von der „sekundären Beweislast“ des Anfechtungsgegners zum Umfang der Valutierung die Rede. Zunächst hieß es in den Fahren „sekundäre Beweisführungslast“, was später in „Darlegungslast“ geändert, aber leider nicht korrekt umgesetzt und bei den Korrekturarbeiten übersehen wurde. Zur wissenschaftlichen Ehrenrettung sei aber bemerkt, dass der *Verfasser* die Auswirkungen der (auch so bezeichneten) „sekundären Darlegungslast“ für den Gläubigeranfechtungsprozess bei unentgeltlicher Übertragung eines (angeblich) wertausschöpfend belasteten Grundstücks in ZfIR 2008, 313, 315 f. ausführlich behandelt hat, ohne freilich damals den Fehler in der früheren eigenen Kommentierung zu bemerken.

Dem hohen IX. Zivilsenat sei deshalb Dank für die Rüge. Denn nun lässt sich das bislang verborgen gebliebene Missgeschick in der nächsten Auflage bereinigen und verhindern, dass Mephisto mit seiner Sentenz „Es erben sich Gesetz und Rechte wie eine ewige Krankheit fort“ (Faust I, Studierzimmer) Recht behält.

Prof. Dr. Michael Huber, Präsident des LG Passau

Kostenrecht

10. KostO §§ 18, 30 (*Keine Anwendung des Schuldenabzugsverbots bei Übertragung von Kommanditanteilen*)

Bei der Bestimmung des Geschäftswerts einer Übertragung von Kommanditanteilen findet das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO keine Anwendung.

BGH, Beschluss vom 20.10.2009, VIII ZB 13/08; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Kostenschuldner und Beteiligten zu 2 bis 7 waren Inhaber der Kommanditanteile einer GmbH & Co. KG und der Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH. Sie übertrugen diese Anteile vor dem beurkundenden Kostengläubiger zu einem Kaufpreis von insgesamt 6 € an die Beteiligte zu 8. Zudem nahmen die Kostenschuldner in die Urkunde eine Fälligkeitsbestimmung für Forderungen der Beteiligten zu 2 bis 7 gegenüber der GmbH & Co. KG auf. Für die GmbH & Co. KG wurde drei Wochen später Insolvenzantrag gestellt. Der Kostengläubiger und Beteiligte zu 1 hat in seiner Kostenberechnung folgende Geschäftswerte angesetzt:

- für die Übertragung der Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH: 6 €;
- für die Übertragung der Kommanditanteile der GmbH & Co. KG: 3.216.321,74 € (entsprechend dem Aktivvermögen der Gesellschaft nach der damals vorliegenden letzten Bilanz);
- für die Fälligkeitsbestimmung: 80.018,27 € (20 % der zugrundeliegenden Forderung von etwas über 400.000 €).

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

Das vorliegende Gericht einerseits und andere Oberlandesgerichte bzw. das frühere BayObLG sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob bei der Übertragung von Kommanditanteilen für die Bestimmung des Geschäftswertes allein auf den Anteil am Aktivvermögen der Kommanditgesellschaft abzustellen ist

¹ So aber *Wazlawik*, NZI 2009, 515.

und Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft nach § 18 Abs. 3 KostO außer Betracht zu bleiben haben oder ob der Wert der Anteile an einer Personengesellschaft unter Berücksichtigung des Reinvermögens der Gesellschaft zu ermitteln ist.

III.

Die weiteren Beschwerden sind zulässig (§ 156 Abs. 2 und 4 KostO); sie führen zur Aufhebung der landgerichtlichen Beschlüsse und zur Zurückverweisung an das LG.

1. Das vorliegende Gericht nimmt zu Recht an, dass bei der Festsetzung des Geschäftswerts für die Übertragung der Kommanditanteile einer Kommanditgesellschaft allein § 30 Abs. 1 KostO maßgeblich ist. Der Wert des Kommanditanteils ist danach nach freiem Ermessen zu bestimmen, ohne dass das Schuldenabzugsverbot gemäß § 18 Abs. 3 KostO eingreift.

a) Nach einer in Rechtsprechung und Literatur weit verbreiteten Auffassung ist allerdings bei der Ermittlung des Geschäftswerts der notariellen Beurkundung einer Übertragung von Kommanditanteilen nur das Aktivvermögen zugrunde zu legen, weil in einem solchen Fall das Abzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO eingreife, wonach Verbindlichkeiten, die auf dem Gegenstand lasten, bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen werden (OLG München, DNotZ 1941, 502; BayObLG, Rpfleger 1955, 198; st. Rspr., zuletzt ZEV 2004, 510, 512 = MittBayNot 2005, 74; OLG Braunschweig, Rpfleger 1964, 67; OLG Celle, DNotZ 1969, 631 f.; OLG Zweibrücken, OLGR 2002, 83; Schwarz in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 17. Aufl., § 18 Rdnr. 27 f.; Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., Kommanditgesellschaft 2.3, Gesellschaftsanteile 2.; Rohs in Rohs/Wedewer, KostO, Stand April 2009, § 18 Rdnr. 9; Hartmann, Kosten-gesetze, 39. Aufl., § 18 KostO Rdnr. 7; Tiedtke, ZNotP 2004, 453, 454; ders. in FS Spiegelberger, 2009, S. 1517, 1530 f.). Zur Begründung wird angeführt, das Vermögen einer Personenhandels-gesellschaft sei Gesamthandsvermögen der Gesellschafter. Auf diesem Gesamthandsvermögen lasteten die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Da jeder Gesellschafter unmittelbaren Anteil am Gesamthandsvermögen habe, lasteten die Gesellschaftsverbindlichkeiten unmittelbar auf seinem Anteil (so etwa BayObLG, ZEV 2004, 510, 512 = Mitt-BayNot 2005, 74 m. w. N.).

b) Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen, weil sie nicht in zutreffender Weise den Gegenstand bestimmt, der für den Geschäftswert zugrunde zu legen ist.

aa) Dem vorlegenden Gericht ist darin beizupflichten, dass das Abzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO bei dem Verkauf eines Anteils an einer Kommanditgesellschaft keine Anwendung findet (Vollrath, Rpfleger 2004, 17; Weber, BB 2007, 2085; Lappe, NJW 2003, 559, 563). Dem Wortlaut des § 18 KostO lässt sich nicht entnehmen, dass Verbindlichkeiten der Gesellschaft bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen werden dürfen. Dafür sind auch sonst keine Gründe ersichtlich.

Für die Wertberechnung ist nach § 18 Abs. 2 KostO der Hauptgegenstand des Geschäfts maßgebend. Gegenstand der Veräußerung eines Anteils an einer Personengesellschaft ist nicht das Gesamthandsvermögen oder eine hieran bestehende Beteiligung, sondern die Mitgliedschaft als solche (BGH, NJW 1997, 860, unter II 2 = DNotZ 1998, 741; vgl. auch BGHZ 44, 229, 231 = DNotZ 1966, 504; BGHZ 71, 296, 299 = DNotZ 1978, 556; BGHZ 81, 82, 84 = DNotZ 1982, 490; BGHZ 98, 48, 50; ferner MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 719 Rdnr. 33; Bamberger/Roth/Timm/Schöne,

BGB, 2. Aufl., § 719 Rdnr. 8; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1322 f. m. w. N.). Übertragen wird weder ein Anteil am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen dazugehörigen Gegenständen. Die Änderung in der gesamthänderischen Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen tritt vielmehr ohne weiteres als gesetzliche Folge der Anteilsübertragung ein (vgl. BGHZ 86, 367, 369 f.; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 719 Rdnr. 33; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 719 Rdnr. 11). Da das der Anteilsübertragung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft nicht auf die Übertragung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens gerichtet ist (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, § 719 Rdnr. 33), kommt es nicht darauf an, ob der Gesellschafter einen unmittelbaren Anteil am Gesamthandsvermögen hat. Nichts anderes folgt aus § 18 Abs. 3 Hs. 1 KostO, wonach Verbindlichkeiten, die auf dem Gegenstand der Beurkundung lasten, dem Abzugsverbot unterliegen. Verbindlichkeiten, die am Gesamthandsvermögen bestehen, lasten nicht auf dem Kommanditanteil, sondern werden lediglich bei der Bewertung der Beteiligung berücksichtigt (Vollrath, Rpfleger 2004, 17, 19).

Für die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bei Kommanditanteilverkäufen spricht insbesondere § 18 Abs. 3 Hs. 2 KostO, der ein Abzugsverbot dann anordnet, wenn Nachlässe oder sonstige Vermögensmassen Geschäftsgegenstand sind. Während § 719 Abs. 1 BGB bestimmt, dass die Beteiligung des Gesellschafters am Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft nicht selbständig übertragbar ist, sieht § 2033 Abs. 1 BGB im Gegensatz dazu ausdrücklich vor, dass die gesamthänderische Mitberechtigung am Nachlass im Rahmen einer Erbengemeinschaft Gegenstand eines Verkehrsgeschäfts sein kann. Umgekehrt verhält es sich mit der Rechtsstellung, aus der sich die Berechtigung am gesamthänderisch gebundenen Vermögen ableitet: Während die Miterbenstellung als solche nicht übertragbar ist (Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 2033 Rdnr. 6), ist es die Stellung des Gesellschafters einer Personengesellschaft ohne weiteres. Daraus folgt, dass der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft ein eigenständiger Vermögenswert beizumessen ist, der nicht mit der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen identisch ist.

bb) Die Bewertung des Geschäftswerts des Kommanditanteils ohne Anwendung des Abzugsverbots führt auch zu sachgerechten Ergebnissen. Damit wird vermieden, dass der kostenrechtliche Wert von dem tatsächlichen Wert abweicht, von dem die Beteiligten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise regelmäßig ausgehen (vgl. Rohs in Rohs/Wedewer, KostO, § 18 Rdnr. 9; Vollrath, Rpfleger 2004, 17; Lappe, NJW 2003, 559, 563; Weber, BB 2007, 2085, 2086).

Soweit dem in der Literatur entgegengehalten wird, eine Berücksichtigung der Verbindlichkeiten würde bei der Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft dazu führen, dass zwischen der Einzelübertragung und der Anteilsübertragung eine nicht hinnehmbare Disparität entstände (Tiedtke in FS Spiegelberger, S. 1517, 1531), vermag dies keine andere Bewertung zu rechtfertigen. Eine solche Disparität ist in gleicher Weise gegeben, wenn Anteile einer vermögensverwaltenden GmbH übertragen werden und nicht das Vermögen im Wege der Einzelübertragung veräußert wird. Das erscheint letztlich auch gerechtfertigt, denn der Anteilserwerb ist nicht auf den unmittelbaren Erwerb der Vermögensgegenstände der Gesellschaft gerichtet; es fehlt somit an einer Identität der jeweiligen Geschäftsgegenstände, die eine gleiche Bewertung rechtfertigen könnte.

2. Das Beschwerdegericht hat auch zutreffend angenommen, dass ein Schadensersatzanspruch der Kostenschuldner gemäß § 19 Abs. 1 BNotO gegen den Kostengläubiger aufgrund einer Amtspflichtverletzung, mit dem sie im vorliegenden Verfahren gegenüber den berechneten Kosten hätten aufrechnen können, nicht in Betracht kommt.

Der Notar ist grundsätzlich nicht verpflichtet, über die Entstehung gesetzlich festgelegter Kosten zu belehren (OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 257; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 16 Rdnr. 49; *Waldner* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 16 Rdnr. 32; jeweils m. w. N.). Besondere Umstände, die ausnahmsweise eine solche Amtspflicht begründen könnten, liegen nicht vor.

Ebenso scheidet die Verletzung einer Belehrungspflicht über eine gleichwertige kostengünstigere Gestaltung aus (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2009, 131, 132; OLG Köln, FGPrax 2003, 141, 142; BayObLG, JurBüro 2001, 151; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 16 Rdnr. 51, 53; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 17 Rdnr. 269 f.). Eine solche Gestaltungsmöglichkeit stand nicht zur Verfügung. Soweit die Kostenschuldner geltend machen, die Abtretung der Kommanditanteile hätte in einfacher Schriftform erfolgen können, handelte es sich dabei nicht um einen gleichwertigen Weg, auf den der Notar hätte hinweisen müssen, weil vorliegend eine rechtswirksame Vereinbarung in einfacher Schriftform nicht möglich war. Nach dem Willen der Beteiligten sollten die Gesellschaftsanteile der Komplementär-GmbH nicht ohne die Kommanditanteile veräußert werden. Würde in einem solchen Fall nur die Übertragung der Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH beurkundet, dann hätte dies die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge (vgl. BGH, NJW 1986, 2642, unter 3 = DNotZ 1986, 687; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 90; *Sudhoff/Reichert*, GmbH & Co. KG, 6. Aufl., § 28 Rdnr. 35, 41). Deshalb unterlag auch die Übertragung der Kommanditanteile dem notariellen Formerfordernis des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG.

Eine Hinweispflicht bestand auch dann nicht, wenn eine Heilung des nichtigen Rechtsgeschäfts nach formwirksamer Beurkundung der Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile in Betracht gekommen wäre (vgl. dazu *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 15 Rdnr. 90; *Sudhoff/Reichert*, GmbH & Co. KG, § 28 Rdnr. 35, 41). Zu Recht verweist das Beschwerdegericht darauf, dass es Aufgabe des Notars ist, wirksame Beurkundungen vorzunehmen. Steht fest, dass das zu beurkundende Rechtsgeschäft unwirksam ist, dann hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen (vgl. § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG), weil es mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, nichtigen Rechtsgeschäften wissentlich den äußeren Schein der Wirksamkeit zu verleihen. Danach ist es auch Aufgabe des Notars, die Errichtung rechtlich unwirksamer Urkunden möglichst zu verhindern (BGH, WM 1992, 1662, unter A I 1). Dies gilt selbst dann, wenn die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung des Rechtsgeschäfts besteht, denn der Notar darf es gar nicht erst zur Gefährdung des von ihm beurkundeten Geschäfts kommen lassen (BGH, WM 1992, 1662, unter A I 3). Der Notar verletzt daher seine Amtspflicht nicht, wenn er es unterlässt, auf eine Gestaltung hinzuweisen, die zur Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts führen würde.

3. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, da diese noch nicht entscheidungsreif ist. Das LG wird aufzuklären haben, welchen tatsächlichen Wert die Kommanditanteile (ohne Abzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO) hatten.

Anmerkung:

1. Rückblick auf die bislang herrschende Meinung zur Bewertung von Anteilen an Personenhandelsgesellschaften

Rechtsprechung¹ und Literatur² haben bisher nahezu einhellig die Auffassung vertreten, dass für die Bewertung von Beteiligungen an Personengesellschaften die der Beteiligung entsprechende Quote am Aktivvermögen der Gesellschaft maßgeblich sei. Das Schuldenabzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO sei zu berücksichtigen. Für die Bewertung der Beteiligung eines Kommanditisten sollten ungeachtet dessen beschränkter oder gar ausgeschlossener Außenhaftung (§§ 171 Abs. 1, 173 HGB) die gleichen Grundsätze gelten. Die wenigen Stimmen in der Literatur, welche eine gegenteilige Auffassung vertraten,³ ließen sich von überwiegend pragmatischen Erwägungen leiten: Das Schuldenabzugsverbot sei in der Praxis gerade bei Kommanditbeteiligungen schwer vermittelbar, und die Unterschiede zur Veräußerung von Geschäftsanteilen an einer GmbH seien aus haftungsrechtlicher Sicht so marginal, dass sich eine divergierende Bewertung kaum vertreten ließe. Allein *Vollrath*⁴ nahm die rechtsdogmatisch fundierte Argumentation vorweg, die der BGH seinem aktuellen Beschluss vom 20.10.2010 zugrunde legt.

2. Neue Bewertungsformel für Kommanditbeteiligungen

Mit diesem Beschluss vertritt der BGH die Auffassung, dass bei der Festsetzung des Geschäftswerts für die Übertragung von Kommanditanteilen allein § 30 Abs. 1 KostO maßgeblich sei. Der Wert sei demzufolge nach freiem Ermessen zu bestimmen, ohne dass das Schuldenabzugsverbot gemäß § 18 Abs. 3 KostO eingreife. Ausgangspunkt auf dem Weg zu dieser kostenrechtlichen Schlussfolgerung ist eine streng zivilrechtsdogmatische Auseinandersetzung des BGH mit dem Wesen des Gegenstands der Veräußerung eines Kommanditanteils:

Hierbei handle es sich nicht etwa um eine quotale Beteiligung am Gesamthandsvermögen, sondern vielmehr um die Mitgliedschaft als solche. Dies entspricht der im Zivilrecht herrschenden Meinung,⁵ so dass der Auffassung des BGH insoweit zu folgen ist.

In kostenrechtlicher Hinsicht zieht der BGH hieraus die Schlussfolgerung, dass der Mitgliedschaft eines Kommanditisten ein eigenständiger Vermögenswert beizumessen sei, der nicht mit dem Wert der quotalen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen – von dem gemäß § 18 Abs. 3 KostO freilich keine Verbindlichkeiten abgezogen werden dürften – identisch sei. Vielmehr bestimme sich der Wert der Mitgliedschaft nach den wirtschaftlichen Vorstellungen, von denen die Vertragsteile im Rahmen der Findung der Gegenleistung tatsächlich ausgehen (vgl. nachfolgend Ziffer 3). Da die Beteiligten die auf der Gesellschaft lastenden Verbindlichkeiten in aller Regel bei der Bestimmung der für den Erwerb der Mit-

¹ Z. B. OLG Karlsruhe, MittBayNot 2009, 253; BayObLG, zuletzt MittBayNot 2005, 74; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 61.

² *Korintenberg/Schwarz*, 18. Aufl. 2010, § 18 Rdnr. 27 ff.; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2006, 461; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 2348 ff.

³ *Lappe*, NJW 2003, 559, 563; *Weber*, BB 2007, 2085.

⁴ *Rpfleger* 2004, 17.

⁵ Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 105 Rdnr. 72 m. w. N.; BGHZ 86, 367, 369 ff. m. w. N.

gliedschaft zu erbringenden Gegenleistung vorab wertmindernd berücksichtigen werden, ist § 18 Abs. 3 KostO ebenso wie bei der Bewertung eines GmbH-Geschäftsanteils nicht mehr einschlägig: Auf der den Geschäftsgegenstand bildenden Mitgliedschaft lasten nämlich – anders als ggf. am Gesamthandsvermögen – grundsätzlich keine Verbindlichkeiten.

Etwas anderes dürfte sich allerdings auch nach dem BGH-Beschluss ergeben, falls die Mitgliedschaft als solche und nicht lediglich das Gesamthandsvermögen, mit Verbindlichkeiten, etwa einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht, belastet ist. In diesem Fall sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 3 KostO weiterhin als erfüllt anzusehen, so dass der amtliche Leitsatz des BGH-Beschlusses, wonach bei der Bestimmung des Geschäftswerts einer Übertragung von Kommanditanteilen das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO keine Anwendung finde, in dieser verallgemeinerten Form zumindest missverständlich formuliert ist.

Die Praxis wird die neue Sichtweise des BGH zur Bewertung von Kommanditanteilen indes begrüßen. Wie ein Geschäftsanteil wird auch der Wert eines Kommanditanteils künftig nach seinem wirtschaftlichen Wert berechnet, also nach dem Wert, den die Beteiligten im Rahmen der Veräußerung der Beteiligung dieser beimessen.

3. Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO?

Bei der entgeltlichen Veräußerung eines Kommanditanteils liegt ein Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO vor. Dem Wert der Mitberechtigung sind die für seinen Erwerb erbrachten Gegenleistungen gegenüberzustellen. Unterscheiden sich die Werte von Leistung und Gegenleistung, ist der jeweils höhere als Geschäftswert anzunehmen. Ebenso wie bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer GmbH wird der Notar bei der Bestimmung des Geschäftswertes regelmäßig vom Umfang der Gegenleistungen ausgehen können, wenn es sich nicht um eine Veräußerung an nahe Verwandte handelt. Es ist anzunehmen, dass sich Fremde nichts schenken und die Gegenleistung den Wert der Beteiligung widerspiegelt. Verpflichtet sich der Erwerber, einen Kommanditisten von Bürgschaften oder Schuldverpflichtungen freizustellen, zählt diese Freistellungspflicht zu den Gegenleistungen.⁶

Wird ein Kommanditanteil teil- oder unentgeltlich übertragen, muss der Notar in die Wertermittlung eintreten. Hierbei wird sich in aller Regel eine Bewertung anhand einer zeitnahen Bilanz anbieten. Vom Aktivvermögen sind die Verbindlichkeiten – hierzu zählen auch Rückstellungen⁷ – abzuziehen. Bilanzierter Grundbesitz ist mit dem Verkehrswert nach § 19 Abs. 2 KostO zu berücksichtigen oder, wenn die Voraussetzungen vorliegen, nach § 19 Abs. 4 KostO zu bewerten. Verlustvorträge auf der Aktivseite sind abzuziehen.⁸

4. Entsprechende Anwendung des BGH-Beschlusses auf Komplementär-, OHG- und GbR-Beteiligungen?

Die Entscheidung des BGH betrifft die Bewertung einer Kommanditbeteiligung. Demzufolge beschränkt sich die Begründung – mit Ausnahme der Ausführungen im zweiten

Absatz von Abschnitt III. 1. b. aa) – durchweg auf die entscheidungsgegenständliche Übertragung eines Kommanditanteils. Im zweiten Absatz von Abschnitt III. 1. b. aa) spricht der BGH allgemein von der Veräußerung eines „Anteils an einer Personengesellschaft“, wodurch Zweifel an der Reichweite der Entscheidung aufkommen können.

Richtigerweise ist eine Übertragung der Kernaussage des BGH – kein Abzugsverbot von Verbindlichkeiten i. S. v. § 18 Abs. 3 KostO – über die Kommanditbeteiligung hinaus auf weitere Beteiligungen an Personengesellschaften abzulehnen. Forderungen gegen eine Personengesellschaft lasten unmittelbar am Gesamthandsvermögen der Gesellschaft, nicht hingegen an der Mitgliedschaft. Da der Rechtsnachfolger des Kommanditisten den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht haftet, wenn die Einlage geleistet worden ist (§§ 171 Abs. 1 Hs. 2, 173 HGB), ist er im Außenverhältnis weder unmittelbar noch mittelbar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten verantwortlich.

Anders stellt sich die Rechtslage hingegen für die Rechtsnachfolger von Komplementären, Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft und Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dar. Diese haften im Gegensatz zum Kommanditisten gemäß §§ 128 Satz 1, 130 HGB (für die GbR analog, für den Komplementär i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB), persönlich, unbeschränkt und unmittelbar als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Anders gewandt setzen sich die Gesellschaftsverbindlichkeiten über die „Haftungsschnittstelle“ des § 128 HGB zumindest mittelbar an der Mitgliedschaft eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters fort, was auch ihre kostenrechtliche Behandlung als Verbindlichkeiten i. S. d. § 18 Abs. 3 KostO rechtfertigt. Der untrennbare Zusammenhang der Haftung für Verbindlichkeiten als Mitverpflichtung des persönlich haftenden Gesellschafters hat mithin anders als bei der Kommanditbeteiligung die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 KostO zur Folge. Die Mithaft des persönlich haftenden Gesellschafters, die mit Verbindlichkeiten i. S. v. § 18 Abs. 3 KostO gleichzusetzen ist, ist Wesensmerkmal der Mitgliedschaft selbst und schließt den Abzug der Verbindlichkeiten aus. Für die Bewertung des Anteils eines Komplementärs, eines Gesellschafters einer OHG oder GbR bleibt somit alles beim „Alten“.

5. Schlussbemerkungen

Das vom BGH gewonnene Ergebnis zur Bewertung von Kommanditanteilen entspricht dem Vorschlag der Expertenkommission zur Reform der KostO. Der BGH nimmt insoweit die Reformvorschläge vorweg, wobei er in einem *obiter dictum* die Auffassung vertritt, dass die dadurch entstehende kostenrechtliche Disparität zwischen Einzelübertragung und Übertragung eines Kommanditanteils bei rein vermögensverwaltenden Gesellschaften durchaus hinnehmbar sei.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München, und
Notarassessor *Johannes Hecht*, München

⁶ Vgl. *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 951 für den vergleichbaren Fall der Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer GmbH.

⁷ Vgl. Streifzug durch die KostO, Rdnr. 957 mit Hinweis auf die geteilte Auffassung des OLG Karlsruhe, ZNotP 2009, 39.

⁸ Zu weiteren Bewertungsfragen anhand einer Bilanz siehe Streifzug durch die KostO, Rdnr. 977 ff.

Öffentliches Recht

11. BGB § 307; BauGB § 11 Abs. 2; GG Art. 11 (*Bindungsdauer beim „Einheimischenmodell“*)

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Verkäufers, wonach der Käufer verpflichtet ist, das auf dem gekauften Grundstück errichtete Wohnhaus mindestens 20 Jahre ab Bezugsfertigkeit selbst zu bewohnen, verstößt gegen § 11 Abs. 2 BauGB und § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und ist daher nichtig. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.8.2009, 22 U 213/07

Die beklagte Stadt stellte in den 1990er-Jahren nach der Erschließung eines neuen Wohngebietes Bauinteressenten Grundstücke zu günstigen Konditionen im sog. „Einheimischenmodell“ zur Verfügung. Ein solches Grundstück haben die Kläger im Jahr 1995 mit notariellem Kaufvertrag, dessen Bedingungen allen Verkäufen im Baugebiet zugrundeliegen, bei einem Bodenrichtwert von 530 DM/m² zum Preis von 266 DM/m² von der Beklagten erworben und das darauf errichtete Wohngebäude am 25.7.1996 bezogen.

Als die Kläger im Jahre 2006 beabsichtigten, den Wohnort zu wechseln, hat die Beklagte einen Verzicht auf die vereinbarte Zuzahlung abgelehnt. Die Grundstückspreise sind heute nicht höher als im Jahre 1995. Im Februar 2009 sind die Kläger ausgezogen und haben das Haus vermietet.

Die Kläger begehren Feststellung, dass die im Vertrag enthaltenen Klauseln über eine zwanzigjährige Selbstnutzungsverpflichtung (§ 7 Nr. 9) in Verbindung mit der widrigenfalls nach Wahl der Klägerin entstehenden Rückübertragungs- oder Zuzahlungsverpflichtung von 400 DM/m² (§ 7 Nr. 15) nichtig seien.

Das LG hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Zu Recht hat das LG die Nichtigkeit der beanstandeten Klauseln festgestellt, weil sie die Kläger unangemessen benachteiligen (§ 6 Abs. 3 Satz 3 Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch in der Fassung vom 28.4.1993 – heute § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB in der ab 1.1.1998 gültigen Fassung – und § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. i. V. m. Art. 229 § 5 Satz 2 AGBGB). Auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, die der Senat teilt, wird Bezug genommen.

1. Maßstab für die Inhaltskontrolle des Vertrages der Parteien aus dem Jahre 1996, also nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, sind entgegen der Auffassung der Beklagten beide genannten Vorschriften (offen gelassen: BGH, MittBayNot 2007, 306 = DNotZ 2007, 513; OLG Celle, RNotZ 2008, 541 = NotBZ 2008, 396 = MittBayNot 2009, 69 [nur LS.]). Der Vertrag ist ein privatrechtlicher städtebaulicher i. S. d. heutigen § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB [*Anmerkung der Schriftleitung*: richtig wohl § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB], weil er mit der Durchsetzung des Einheimischenmodells der Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele dient, und der entsprechende Text ist Allgemeine Geschäftsbedingung, weil er von der Beklagten in einer Vielzahl von Fällen verwendet worden ist (§ 305 Abs. 1 BGB). Nach beiden Vorschriften ist eine umfassende Abwägung der typischen Interessen der Beteiligten erforderlich, wobei die Prüfung aufgrund des Gebots der angemessenen Vertragsgestaltung sogar weitergehend ist als nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil sie die Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses eröffnet (BGH, DNotZ 2003, 341, vorgehend OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 5.3.2002 – 22 U 229/99 – siehe dort

auch zur grundsätzlich gleichen inhaltlichen Bedeutung von „angemessen“ und „unangemessen“ in beiden Vorschriften).

2. Im Streitfall geht es – anders als in den bisher zum „Einheimischenmodell“ entschiedenen Fällen – nicht um die Wirksamkeit einer Mehrerlösabführungsklausel nach Weiterveräußerung. Es geht auch nicht um ein Verbot der Fremdvermietung. Die Kläger wehren sich gegen die Wirksamkeit einer Klausel, nach deren Wortlaut sie aus ihrem Haus nicht ausziehen und es leer stehen lassen dürfen.

Zu Recht stellt das LG zur Feststellung einer Benachteiligung der Kläger darauf ab, dass der Vertrag in § 7 Nr. 9 Abs. 1 a) für sie als Käufer eine Verpflichtung enthält, das Wohnhaus „mindestens 20 Jahre ab Bezugsfertigkeit selbst zu bewohnen“ und dies auch für ihre eventuellen Rechtsnachfolger (gleich auf welchem Rechtsgrund eine solche Rechtsnachfolge beruhen mag) gelten soll, ohne dass hierfür eine mögliche Zustimmung der Stadt noch eine sonstige Härtefallregelung vorgesehen ist. Die in § 7 Nr. 9 Abs. 1 b) vorgesehene Zustimmungsmöglichkeit der Stadt zu einer Weiterveräußerung betrifft nicht eine Abstandnahme von der Selbstnutzung. Ein „Vor-die-Klammer-Ziehen“ des Zustimmungserfordernisses erschließt sich entgegen der Darstellung der Berufung aus dem eindeutigen Textaufbau nicht, ohne dass es eines Rückgriffs auf die „kundenfeindlichste Auslegung“ nach der Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB) bedarf. Dass sich die mögliche Zustimmung allein auf die Weiterveräußerung bezieht, folgt auch aus § 7 Nr. 9 Abs. 2, der von „den dann anstehenden Beurkundungen“ spricht, und aus § 7 Nr. 9 Abs. 5 c), der – wiederum im Fettdruck und unterstrichen – die schriftliche Zustimmung auf den Veräußerungsfall bezieht.

Dass sich möglicherweise aus einem zehn Jahre später verfassten Schreiben der Beklagten ein anderes „Vertragsverständnis“ ergibt, ändert hieran nichts. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der Vertragsschluss (*Palandt/Grüneberg*, BGB, 68. Aufl., § 307 BGB Rdnr. 3). Im Übrigen hat die Beklagte im Schreiben vom 24.10.2006 zum Ausdruck gebracht, dass sie weiterhin von einer Verpflichtung zur „mindestens 20-jährigen Bewohnung“ ausgeht.

3. Mit Recht sieht das LG in der Verpflichtung, das eigene Wohnhaus mindestens 20 Jahre selbst bewohnen zu müssen, eine unangemessene Vertragsbestimmung. (...) Die von der Beklagten vorformulierten Regelungen schießen in ihrer Gesamtheit über die Sicherung der billigen Zwecke eines Einheimischenmodells, die Bodenspekulation zu verhindern und einheimische Familien zu fördern, deutlich hinaus.

3.1. Für den Senat ergibt sich die Unangemessenheit einer Vertragsbestimmung, sein Haus 20 Jahre selbst bewohnen zu müssen, im Lichte der Wertung der Grundrechte der Menschenwürde (Art. 1 GG), der Freiheit des Einzelnen (Art. 2 GG) und der freien Wohnsitzbestimmung (Art. 11 GG). Dieses Grundrecht garantiert die Freizügigkeit im Bundesgebiet, d. h. das Recht, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz nehmen zu dürfen (BVerfGE 2, 266, 273; 43, 203, 211), also insbesondere auch die „interkommunale Freizügigkeit“, das Recht des Umzugs von einer Gemeinde in eine andere (*K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 12 I 2). Einer Primärverpflichtung, einen solchen Umzug zu unterlassen, muss die Zivilrechtsordnung die Anerkennung verweigern. Wäre diese Regelung gültig, müsste – im Falle eines entsprechenden Antrags – der Auszug der Kläger aus ihrem Haus im Wege der Unterlassungsklage – im Eilfall durch einstweilige Verfügung – unterbunden werden können.

3.2. Auch der Senat hält die hier vorgesehene Dauer einer solchen Verpflichtung für 20 Jahre für unangemessen lang. Bin-

nen 20 Jahren ist ein – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht geborenes – Kind erwachsen und niemand kann sicher sein, dass berufliche und private Beziehungen einen solchen Zeitraum überdauern.

Hinzu kommt, dass gerade die heutige Zeit zunehmende Mobilität in der beruflichen Entwicklung verlangt. In der Rechtsprechung sind – im Rahmen der Beurteilung von Mehrerlösabführungsklauseln – Bindungsfristen von zehn Jahren für zulässig gehalten worden und der BGH hat eine Bindung für die regelmäßige Geltungsdauer eines Bebauungsplans von etwa 15 Jahren nicht beanstandet (BGH, DNotZ 2003, 341). Eine Selbstnutzungsverpflichtung über 20 Jahre ist nicht akzeptabel.

3.3. Richtig vermisst das LG im Vertrag auch eine Härteklausele. Eine solche ist durch das Vorhandensein des § 242 BGB keineswegs entbehrlich. Die gegenteilige Argumentation verkennt, dass die ausdrücklich getroffenen vertraglichen Regelungen als solche dem Angemessenheitsgebot entsprechen müssen. Des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte es nicht bedurft, wenn allein durch § 242 BGB der Kautelarjurisprudenz hinreichende Grenzen hätten aufgezeigt werden können.

3.4. Schließlich folgt die Unangemessenheit der 20-jährigen Selbstnutzungsverpflichtung in diesem Fall zusätzlich aus der als Sanktion vereinbarten – grundbuchlich abgesicherten – Zuzahlungsverpflichtung von 400 DM/m². Soweit damit – wie im Streitfall – sowohl der seinerzeitige als auch der aktuelle Grundstückswert überschritten wird, stellt sich der überschießende Teil nicht mehr als – zulässige – Abschöpfung der gewährten Förderung oder des erzielten Gewinns dar und ist deshalb eine – nach § 309 Nr. 6 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig vereinbarte – Strafzahlung für die Vertragsverletzung. Als eine solche Vertragsverletzung ist ausdrücklich auch das Nicht-mehr-selbst-Nutzen aufgeführt, obwohl in einem solchen Fall die Beklagten keinen Mehrerlös erzielen. Auch war die Situation, dass die Grundstückspreise nicht mehr steigen, nicht so ungewöhnlich, dass er nicht hätte berücksichtigt werden müssen.

4. Die beanstandeten Klauseln sind – jedenfalls soweit sie eine unterlassene Selbstbewohnung sanktionieren – unwirksam, ohne dass die sonstige Wirksamkeit des Vertrages berührt wird (§ 306 Abs. 1 BGB). Eine Anpassung kommt nach dem in der Rechtsprechung des BGH seit Langem anerkannten Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht in Betracht. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, für eine den Gegner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende und deshalb unwirksame Klausel eine Fassung zu finden, die einerseits dem Verwender möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist (BGHZ 84, 109, 115, 117; 143, 103).

Anmerkung:

Einheimischenmodelle erfreuen sich gerade in Bayern steter Beliebtheit. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass sie immer wieder Probleme in der Praxis aufwerfen und nun sogar europarechtlich unter Beschuss stehen.¹ Einheimischenmodelle sind für alle Beteiligten mit Vor- und Nachteilen verbunden; so hat der Einheimische für die Kaufpreissubvention, die er erhält, natürlicherweise eine Vielzahl von Bindungen zu

übernehmen, die letztlich dazu dienen sollen, die von der Gemeinde gewünschten Zwecksetzungen zu erreichen und sicherzustellen. Diese Bindungen werden meist zunächst von den neuen Eigentümern des Baugrundstücks akzeptiert, je länger aber der Vertrag andauert, desto stärker rücken seine Nachteile ins Bewusstsein des Eigentümers mit der Folge, dass sich Streitigkeiten und auch gerichtliche Entscheidungen einstellen.

Die hier betrachtete Entscheidung des OLG Frankfurt hatte sich mit einer insoweit äußerst typischen Problemstellung auseinanderzusetzen, nämlich ob wegen des Verstoßes gegen die vereinbarten Bindungen – nach immerhin 10-jähriger Laufzeit des Vertrags – von der subventionierenden Gemeinde eine vergleichsweise hohe Aufzahlungsverpflichtung vom Eigentümer verlangt werden konnte. Das OLG Frankfurt hat dies verneint, ein Urteil, das im Ergebnis diskutabel, in der Begründung aber eher das Gegenteil davon ist.

1. Inhaltskontrolle des Vertrags nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB oder nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Ein relativ altes Streitthema ist die Frage, ob Kaufverträge im Rahmen eines Einheimischenmodells zwischen der Gemeinde als Verkäufer und den Bauwilligen als Käufer bei der Frage der Angemessenheit (nur) an § 11 Abs. 2 BauGB zu messen sind oder (auch) an den Regelungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Unterscheidung ist nicht völlig trivial, da bei Anwendung des Rechts der AGB die einzelnen Vertragsbedingungen an den Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB scheitern könnten, während bei der Anwendung des § 11 Abs. 2 BauGB eine Gesamtabwägung aller Vertragsbestimmungen eröffnet ist, aber auch notwendig wird. Der BGH konnte diese Frage bisher offenlassen.² In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird sie – wie dies jetzt auch das OLG Frankfurt tut – meist zugunsten der Anwendung des AGB-Rechts beantwortet,³ während in der Literatur teilweise § 11 Abs. 2 BauGB als *lex specialis* angesehen wird.⁴

Vorzugswürdig ist die im Schrifttum vertretene Auffassung. An dieser Stelle kann nicht vertieft in die Gesamtproblematik eingegangen werden, weil dies den Rahmen einer Urteilsanmerkung sprengen würde. Auf einen Umstand ist aber besonders hinzuweisen. Das Recht der AGB will den Kunden schützen und den Verwender einschränken. Es soll verhindern, dass über das „Kleingedruckte“ Vereinbarungen zu Vertragsbestandteilen werden, die bei ausdrücklichem Hinweis vom Kunden nicht oder nur modifiziert akzeptiert worden wären. Die Anwendung gleicher Vertragsbedingungen hat bei Verträgen, bei denen die Gemeinde Grundstücke im Einheimischenmodell verkauft, aber eine gänzlich andere Funktion. Die Gemeinde ist aufgrund der öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung gehalten, ja geradezu gezwungen, vertragliche Bindungen aufzustellen, die die Zwecksetzungen des jeweiligen Einheimischenmodells sicherstellen. Diese Bindungen müssen vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes jeweils identisch formuliert werden. Diese Gleichbehandlung dient insoweit eindeutig dem Schutz des Käufers und will verhindern, dass einzelne Vertragspartner – aus welchen Gründen auch immer – gegenüber den anderen bevorzugt oder benach-

² Zuletzt BGH, MittBayNot 2007, 306.

³ Vgl. etwa OLG Hamm, MittBayNot 1996, 199; OLG München, MittBayNot 1994, 464; offengelassen jüngst von OLG Celle, KommJur 2009, 112.

⁴ Vgl. z. B. Grziwotz, NJW 1997, 237; NotBZ 1999, 148; Wagner, BayVBl 1997, 539.

¹ Gegenwärtig läuft ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, das sich auch auf vier bayerische Gemeinden bezieht. Zur europarechtlichen Problematik auch Grziwotz in FS Krautzberger, 2008, S. 187 ff.

teiltigt werden. Hier das Recht der AGB anwenden zu wollen, verkehrt die entsprechenden normativen Ziele ersichtlich und grundlos in ihr Gegenteil. Über die Anwendung des § 11 Abs. 2 BauGB ist im Übrigen ein umfassender und der Situation entsprechender Schutz des Käufers vor unangemessenen Vertragsgestaltungen sichergestellt.

2. Bindungsfrist

Zunächst scheint sich das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung daran zu stören, dass nach dem Wortlaut des zugrundeliegenden Vertrags eine Verpflichtung des Grundstückskäufers vorlag, das zu errichtende Gebäude selbst zu nutzen. Daraus leitet das Gericht ein Verbot ab, aus dem Gebäude ausziehen zu dürfen, es also nicht leer stehen zu lassen, was ggf. sogar über eine Unterlassungsklage unterbunden werden könnte. Das Gericht hätte sich an dieser Stelle nicht so sehr mit dem – letztlich ungenauen – Wortlaut des Vertrags, sondern intensiver mit der Zwecksetzung von Einheimischenmodellen auseinandersetzen dürfen und müssen. Diese Zwecksetzung, die auch für die Auslegung möglicherweise nicht völlig eindeutiger Vertragspassagen herangezogen werden muss, besteht darin, dass die ortsansässige Bevölkerung – und nur diese – in den Genuss einer Subvention kommen soll, die es ermöglicht, mit Hilfe erschwinglichen Baulands Wohneigentum zu schaffen und am Ort wohnen zu bleiben. Es geht also nicht darum, die Vertragspartner zu zwingen, nicht ausziehen zu dürfen, sondern sicherzustellen, dass lediglich Einheimische von der verbilligten Abgabe von Baugrundstücken profitieren. Wie dies anders als durch die gewählte Vorgehensweise der beklagten Gemeinde hätte geschehen sollen, bleibt das Geheimnis des Gerichts. Ein eigenständiger Ansatz für die vom Gericht erkannte Unangemessenheit des Vertrags kann in den entsprechenden Formulierungen jedenfalls nicht gesehen werden.

Das OLG Frankfurt stellt in diesem Zusammenhang apodiktisch fest, dass eine Bindungsfrist von 20 Jahren unangemessen lang sei.⁵ Als Rechtfertigung werden vom Gericht ein rechtlicher Ansatz und ein eher faktischer Ansatz gewählt. Beide Ansätze können wenig überzeugen.

In rechtlicher Hinsicht zieht sich das Gericht überraschenderweise auf das verfassungsrechtliche Fundament unseres Staatswesens zurück, nämlich die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Freizügigkeit (Art. 11 GG). Schon aus prinzipiellen Erwägungen heraus sollte jedes Gericht äußerst vorsichtig sein, einen – vergleichsweise – banalen Einzelfall mit der obersten Norm des objektiven Verfassungsrechts lösen zu wollen. „Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, hat seine Würde“, lehrt uns *Immanuel Kant* und schon von daher sollten vertragsrechtliche Beurteilungen, die sich mit Leistung und Gegenleistung auseinandersetzen, ohne Rückgriff auf philosophische Kategorien auskommen. Dass uns die Menschenwürdegarantie im Übrigen sagt, dass eine 20-jährige Bindung unangemessen ist, aber eine vielleicht 15-jährige nicht, müsste durchaus argumentativ noch etwas stärker belegt werden, als es das OLG Frankfurt tut. Was die Freiheit des Einzelnen i. S. d. Art. 2 Abs. 1 GG betrifft, ist sie nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung gewährleistet, was uns – Gott sei Dank –

wieder auf die Ebene der einfachen Gesetze zurückführt, die auch das OLG Frankfurt als Plafond für seine Entscheidung hätte benutzen sollen. Und Art. 11 GG schützt lediglich die Möglichkeit, sich frei für einen Wohnsitz zu entscheiden, beinhaltet aber nicht die Garantie, eine – verwirkte – Subvention behalten zu dürfen.⁶

Auch der tatsächlich geprägte Ansatz in der Argumentation des OLG Frankfurt bleibt vergleichsweise dünn. Richtig ist dabei, dass innerhalb eines 20-jährigen Zeitraums ein Kind erwachsen wird, wie das Gericht feststellt. Dies allein ist jedoch wenig ergiebig für die Frage, ob ein solcher Zeitraum als angemessen für eine konkrete vertragliche Bindung angesehen werden kann. Hier springt das OLG Frankfurt ersichtlich zu kurz. Es hätte – wie dies andere Judikate getan haben⁷ – die gesamten vertraglichen Gesamtumstände betrachten und sich daraus ein Bild machen müssen. Wie bereits angedeutet: Im Ergebnis mag in diesem konkreten Fall die 20-jährige Bindung tatsächlich zu unangemessenen Verhältnissen geführt haben, der Weg, der das OLG Frankfurt zu diesem Schluss führt, ist sicherlich der falsche.

Das Recht kennt im Übrigen ausdrücklich einige Bindungsfristen, die über die angegriffene Zeitspanne von 20 Jahren hinausgehen. Wenn man schon das – prinzipiell – lebenslange Instrument der Ehe nicht bemühen will, bleiben immerhin etwa noch das Wiederkaufsrecht nach § 462 BGB (30 Jahre), die Einsetzung eines Nacherben (ebenfalls 30 Jahre) oder die maximale Verjährungsfrist des § 197 (wieder 30 Jahre). Wenn das OLG schon nach absoluten Grenzen der Angemessenheit einer Bindungsfrist sucht, wären dies mögliche Anhaltspunkte gewesen, nicht aber der Umstand, wann ein Kind das Volljährigkeitsalter erreicht.

3. Fehlen einer Härteklausele

Das OLG Frankfurt „vermisst“ auch das Fehlen einer Härteklausele in dem zugrundeliegenden Vertrag. Aus § 242 BGB vermag es eine entsprechende Einzelfallkontrolle nicht herzuleiten. Dies überrascht schon deswegen, weil es sich die Rechtsprechung mit dem Einsatz dieser Billigkeitsgeneralklausele nicht selten relativ leicht macht und ganze Rechtsinstitute erfunden hat, deren dogmatische Abwicklung über § 242 BGB erfolgt. Die nachträgliche Anpassung von Verträgen an Umstände, die von den Vertragsparteien nicht vorausgesehen worden sind, gehört zum Alltagsgeschäft des Richterrechts und ist bei Einheimischenmodellen vom BGH zumindest „angedacht“ worden.⁸ Selbst wenn man die entsprechenden Verträge dem Recht der AGB zuordnen würde, könnte über § 307 Abs. 1 BGB ein ähnliches Ergebnis erreicht werden. Die – aus den Ausführungen des OLG abzuleitende – Behauptung, § 242 BGB bzw. eine Einzelfallkontrolle über eine Generalklausele sei im Recht der AGB ausgeschlossen, weil insoweit eine abschließende Kodifikation des Gesetzgebers anzunehmen sei, würde die Fähigkeiten desselben doch etwas überspannen.

4. Nachzahlungspflicht

Das OLG Frankfurt qualifiziert die Verpflichtung des Grundstückskäufers, bei vertragswidriger Nutzung der Gemeinde einen Geldbetrag zahlen zu müssen, als eine nach § 309 Nr. 6

⁵ In der Rechtsprechung wurde eine 20-jährige Bindung bisher teilweise als unangemessen (OLG Hamm, MittBayNot 1996, 199), teilweise aber auch als angemessen angesehen (OLG München, MittBayNot 1998, 204).

⁶ In diesem Sinne auch *Grziwotz*, KommJur 2009, 376.

⁷ Vgl. auch die in Fn. 5 genannten Entscheidungen.

⁸ *Grziwotz*, KommJur 2009, 376 unter Bezug auf BGH, MittBayNot 2007, 306.

BGB in AGB unzulässig vereinbarte Strafzahlung. Dies erkennt die Zwecksetzung dieser Nachzahlungsverpflichtung.

Dabei ist nochmals auf das Ziel eines Einheimischenmodells zu rekurrieren. Beim – wie im zugrundeliegenden Fall angewendeten – Zwischenerwerbsmodell verkauft die Gemeinde an den einheimischen Bauwerber ein Baugrundstück unter dem Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielbar gewesen wäre. Der Differenzbetrag zwischen dem Verkehrswert und dem Kaufpreis stellt sich als Subvention des Käufers dar. Um das Ziel der Subvention zu sichern, muss ein Mechanismus eingeführt werden, der sicherstellt, dass die Subvention nicht beim Käufer bleibt, wenn die mit der Subvention verfolgten Zwecke nicht respektiert werden. In aller Regel vereinbart die Gemeinde mit dem Käufer dazu, dass der angesprochene Differenzbetrag zu entrichten ist, wobei es der BGH zu Recht zugelassen hat, dass es für den Zeitpunkt des Verkehrswerts auf den der Rückzahlung ankommt, so dass eventuelle Bodenwertveränderungen berücksichtigt werden dürfen.⁹ In dieser Form ist offensichtlich, dass der Käufer des Grundstücks nicht „bestraft“ werden soll, sondern lediglich die gewährte Subvention an die Gemeinde, also die Allgemeinheit, zurückzuerstatten hat.

Letztlich ist aber auch der vom OLG Frankfurt entschiedene Fall nicht anders zu beurteilen. Richtig ist zwar, dass ein Zahlungsbetrag vereinbart worden ist, der – jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – über dem Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und Verkehrswert lag. Allerdings handelt es sich auch dann letztlich um eine fiktive Festlegung des eigentlichen Kaufpreises des Grundstücks und eben nicht um eine Vertragsstrafe. Dass der Betrag so hoch gewählt wurde, mag daran gelegen haben, dass die Parteien von einem Steigen der Grundstücksverkehrswerte ausgingen oder dass auch eine etwaige Verzinsung für die Stundung des Differenzbetrags eingerechnet worden ist. All diese Überlegungen ändern aber nichts an der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverpflichtung als Rückgewähr der Subvention, für die die Vertragsstrafenregelung des § 309 BGB gerade nicht zur Anwendung kommen darf.¹⁰ Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Aufzahlungsverpflichtung ersichtlich dazu dienen sollte, neben der Subventionsrückgewähr zu zusätzlichen Einnahmen bei der Gemeinde zu führen.¹¹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die obergerichtliche Rechtsprechung leider zu oft die öffentlichrechtlichen Besonderheiten der städtebaulichen Verträge nicht hinreichend in den Blick nimmt. Dafür ist auch die Entscheidung des OLG Frankfurt wieder exemplarisch. Der Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH ist es zu danken, dass in der zivilrechtlichen Rechtsprechung auch immer wieder dogmatisch klare Positionen formuliert werden.

Dr. Franz Dirnberger,
Direktor beim Bayerischen Gemeindetag, München

⁹ BGH, DNotZ 2003, 341.

¹⁰ In diesem Sinne auch Grziwotz, KommJur 2009, 376.

¹¹ OLG Celle, KommJur 2009, 112.

Steuerrecht

12. ErbStG §§ 7 Abs. 1, 20 Abs. 1 (*Schenkungsteuer bei Vermögensübertragungen auf rechtsfähige Stiftung*)

Übernimmt eine (mittelbar) zum Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung gehörende GmbH im Zuge einer Kapitalerhöhung bei einer anderen Gesellschaft den neuen Geschäftsanteil zu einer Einlage weit unter Wert, liegen darin keine freigebigen Zuwendungen an die Begünstigten der Stiftung.

BFH, Urteil vom 9.7.2009, II R 47/07

Die Klägerin, eine österreichische Staatsangehörige, hat im Inland weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt. Sie ist neben weiteren Familienangehörigen Begünstigte einer rechtsfähigen liechtensteinischen Stiftung. Diese Stiftung ist alleinige Gesellschafterin einer luxemburgischen Holding, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin einer in Deutschland ansässigen GmbH (GmbH 1) ist.

An einer weiteren, ebenfalls in Deutschland ansässigen GmbH (GmbH 2) waren je zur Hälfte zwei in Liechtenstein ansässige Unternehmen beteiligt, nämlich die A und die C. Die Gesellschafterversammlung der GmbH 2 beschloss am 5.2.1998, das Stammkapital um 22.500.000 DM zu erhöhen. Die unter Ausschluss der bisherigen Gesellschafter zur Übernahme der neuen Stammeinlage zugelassene GmbH 1 erbrachte diese Stammeinlage und ein Aufgeld von 7.500.000 DM in bar.

Da diese Leistungen der GmbH 1 um 15.675.000 DM niedriger waren als der vom beklagten FA ermittelte gemeine Wert des nach der Kapitalerhöhung auf diese GmbH entfallenden Geschäftsanteils, nahm das FA an, es liege eine freigebige Zuwendung vor. Für den Fall, dass hierdurch Schenkungsteuerpflicht eingetreten sei, einigten sich die nunmehrige Prozessbevollmächtigte der Klägerin und das FA dahingehend, dass als Schenker A und C und als Beschenkte die Begünstigten der Stiftung, d. h. u. a. die Klägerin, in Betracht kämen. Es müsse lediglich noch geklärt werden, ob Inlandsvermögen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG i. V. m. § 121 BewG geschenkt worden sei.

Das FA erließ daraufhin gegen die Klägerin einen Schenkungsteuerbescheid für ihren Erwerb aus der von ihm angenommenen Schenkung der A vom 5.2.1998 und berücksichtigte dabei als Wert der Bereicherung der Klägerin entsprechend der früher bestehenden hälftigen Beteiligung der A an der GmbH 2 und der gegenüber der Stiftung bestehenden anteiligen Begünstigung der Klägerin von 25 % ein Achtel des Unterschiedsbetrags von 15.675.000 DM zwischen dem gemeinen Wert des nach der Kapitalerhöhung auf die GmbH 1 entfallenden Geschäftsanteils und dem von der GmbH 1 gezahlten Entgelt, also 1.959.375 DM. In der Einspruchsentscheidung setzte das FA die Steuer unter Gewährung des Bewertungsabschlags gemäß § 13 a Abs. 2 ErbStG nach einem Steuersatz von 35 % (Steuerklasse III) auf 210.018 € herab. Gegenstand der Zuwendung sei ein Viertel des der A an sich zustehenden anteiligen Bezugsrechts für den im Rahmen der Kapitalerhöhung entstehenden neuen Geschäftsanteil. Dabei handle es sich um Inlandsvermögen i. S. d. § 121 Nr. 4 BewG.

In einem vor dem FG durchgeführten Erörterungstermin kamen die Beteiligten zu einer „tatsächlichen Verständigung“, nach der im Rahmen der Kapitalerhöhung der GmbH 2 gemäß Beschluss vom 5.2.1998 aufgrund der Beteiligungsstruktur der unmittelbar und mittelbar beteiligten Gesellschaften als Schenker nur A sowie C und als Beschenkte nur die Begünstigten der Stiftung, d. h. u. a. die Klägerin, in Betracht kommen.

Das FG gab der Klage durch das in EFG 2008, 313 veröffentlichte Urteil mit der Begründung statt, es liege kein steuerpflichtiger Erwerb der Klägerin von A vor.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass der angefochtene Schenkungsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung rechtswidrig ist und daher keinen Bestand haben konnte.

1. Es liegt keine freigebige Zuwendung der A an die Klägerin vor.

a) Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB). Erforderlich hierfür ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Schenkers und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Beschenkten (BFHE 143, 291 = BStBl II 1985, S. 382; BFHE 218, 414 = BStBl II 2008, S. 258). Wer Zuwendender ist, bestimmt sich nach der Ausgestaltung der geschlossenen Verträge unter Einbeziehung ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie den mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Zielen der Parteien (BFHE 208, 447 = BStBl II 2005, S. 412 = MittBayNot 2006, 363; BFHE 218, 414 = BStBl II 2008, S. 258).

Bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt ist, kommt es auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist; denn die Schenkungsteuer ist Verkehrsteuer (BFHE 215, 529 = BStBl II 2007, S. 319; BFHE 218, 414 = BStBl II 2008, S. 258).

Wird unter Lebenden Vermögen unentgeltlich auf eine rechtsfähige Stiftung übertragen, kann es sich um eine unter § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG fallende Erstaussstattung der Stiftung oder um eine freigebige Zuwendung unter Lebenden an die Stiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) handeln (BFH/NV 2008, 2026). In beiden Fällen ist die Stiftung als Erwerblerin Steuer-schuldnerin (§ 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Eine freigebige Zuwendung an die Begünstigten der Stiftung liegt in solchen Fällen nicht vor. Dies ergibt sich auch aus § 7 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 ErbStG, wonach als Schenkung unter Lebenden gilt, was bei Aufhebung einer Stiftung erworben wird, aus der Besteuerung der Familienstiftungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG und den in § 15 Abs. 2 ErbStG enthaltenen Vorschriften für die Besteuerung von Vorgängen im Zusammenhang mit Stiftungen. Diese Vorschriften setzen voraus, dass bei Vermögensübertragungen auf eine rechtsfähige Stiftung diese selbst die Erwerb-lerin i. S. d. § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ist und damit keine freigebige Zuwendung an die Begünstigten der Stiftung vorliegt.

Diese Rechtsfolge muss auch in den Fällen gelten, in denen sich der Wert des Stiftungsvermögens durch unentgeltliche Vorgänge bei Gesellschaften (mittelbar) erhöht, an denen die Stiftung unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Übernimmt eine (mittelbar) zum Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung gehörende GmbH im Zuge einer Kapitalerhöhung bei einer anderen Gesellschaft den neuen Geschäftsanteil zu einer Einlage weit unter Wert, liegen darin keine freigebigen Zuwendungen an die Begünstigten der Stiftung.

b) Die Voraussetzungen einer freigebigen Zuwendung der A an die Klägerin sind somit nicht erfüllt. Die Klägerin hat aufgrund der getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen weder ein anteiliges Bezugsrecht noch einen Anteil an dem neuen Geschäftsanteil an der GmbH 2 erhalten. Es hat sich vielmehr allenfalls der Wert ihrer Begünstigung durch die Stiftung erhöht. Dieser lediglich wirtschaftliche Vorteil war nicht Gegenstand einer Vermögensverschiebung von A auf die Klägerin, wurde vom FA nicht der Besteuerung unterworfen und stellt zudem kein der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG unterliegendes Inlandsvermögen i. S. d. § 121 BewG dar.

2. Der angefochtene Schenkungsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung kann auch nicht auf die im finanzgerichtlichen Verfahren getroffene „tatsächliche Ver-

ständigung“ oder die bereits vor Erlass des Bescheids erzielte Einigung zwischen der nunmehrigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin und dem FA gestützt werden. (...)

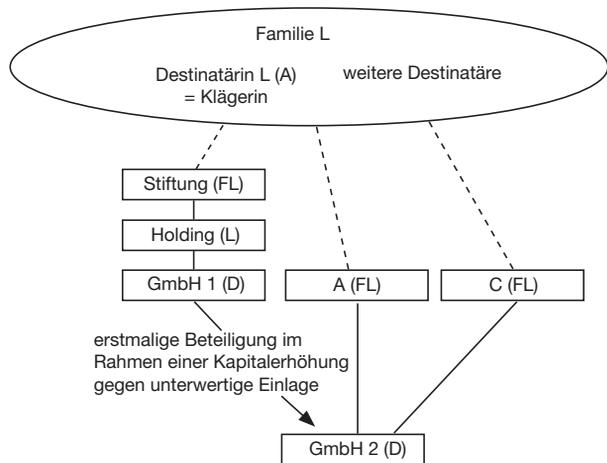
3. Es kann danach auf sich beruhen, ob das FA ausgehend von seinem Standpunkt, es liege eine freigebige Zuwendung der A an die Klägerin vor, zu Recht zwar den Bewertungsabschlag nach § 13 a Abs. 2 ErbStG, nicht aber die Tarifbegrenzung nach § 19 a ErbStG angewandt hat. Ein Grund für diese Differenzierung wurde vom FA nicht angeführt und ist auch nicht ersichtlich.

Anmerkung:

Die Problematik des vom BFH zutreffend entschiedenen Sachverhalts tritt in der Entscheidung nur partiell zu Tage: Sie spielt sozusagen im Hintergrund. Sie verdient gleichwohl Aufmerksamkeit, weil die dazu ergangene Rechtsprechung des BFH erhebliche Besteuerungslücken eröffnet.

Kapitalgesellschaften und Anteile an Kapitalgesellschaften können auf unterschiedliche Weise instrumentalisiert werden, um Vermögenstransfers zwischen den Gesellschaftern herbeizuführen.¹ Die Rechtsprechung des BFH differenziert danach, ob (dazu 2.) der Vermögenstransfer im Rahmen einer Gründung oder einer förmlichen Kapitalerhöhung stattfindet und der begünstigte Gesellschafter in diesem Kontext einen Anteil erwirbt,² oder ob (dazu 3.) der Transfer dadurch erfolgt, dass lediglich der Anteil eines Gesellschafter infolge einer Leistung in das Gesellschaftsvermögen werthaltiger³ bzw. umgekehrt der Anteil eines Gesellschafter infolge einer Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen wertloser wird.⁴

1. Der Sachverhalt im Überblick



¹ Vgl. etwa R 18 ErbStR und die in H 18 ErbStH beispielhaft aufgeführten Sachverhaltskonstellationen.

² Gründung: BFH, MittBayNot 2006, 272; Kapitalerhöhung: BFH, MittBayNot 2001, 497.

³ Der vom FG Nürnberg, DStRE 2008, 1271 (Rev. II R 28/08) entschiedene Fall gehört wohl zur zweiten Fallgruppe: Zwar wurde der Vermögenstransfer durch eine förmliche Kapitalerhöhung ausgelöst. Der begünstigte Gesellschafter hatte an dieser Kapitalerhöhung jedoch nicht teilgenommen. Er erwarb deshalb keinen Anteil im Rahmen der Kapitalerhöhung, sein Anteil wurde lediglich wertvoller. Dasselbe dürfte für das Urteil des BFH, BStBl II 1996, S. 616 gelten (Bargründung einer GmbH mit anschließender Verpachtung des Anlagevermögens und Verkauf des übrigen Betriebsvermögens an die GmbH; verdeckte Sachgründung), vgl. hierzu BFH, MittBayNot 2006, 272 unter II. 1. b) der Entscheidungsgründe.

⁴ Beispielsfall: BFH, BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244.

Nach dem Tatbestand der erstinstanzlichen Entscheidung⁵ ist es jedenfalls nicht fernliegend, dass die Kapitalerhöhung bei der GmbH 2, in deren Rahmen die GmbH 1 gegen eine unterwertige Einlage erstmals an der GmbH 2 beteiligt wurde, mit der Zielsetzung verbunden war, letztlich das Vermögen der Stiftung zu mehren, die mittelbar die Anteile an der begünstigten GmbH 1 hielt. Unterstellt man diese Zielsetzung, ist für die schenkungsteuerlichen Folgen der Kapitalerhöhung gegen unterwertige Einlage wie folgt zu differenzieren:

2. Verbilligte Anteilsgewährung

Erhält im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft oder einer Kapitalerhöhung ein Gesellschafter Anteile gegen eine den wirklichen Wert der Anteile nicht deckende – unterwertige – Einlage, so ergibt sich ein Vermögenstransfer von den anderen Gesellschaftern zu dem dadurch bereicherten Gesellschafter durch eine verbilligte Anteilsgewährung. Erwerbsgegenstand ist die erlangte Beteiligung. Die geleistete Einlage ist als Erwerbsaufwand bereicherungsminierend zu berücksichtigen, die Grundsätze der gemischten Schenkung finden keine Anwendung.⁶ Allerdings unterliegt der Erwerbsaufwand der Kürzung nach § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG n. F., wenn für die Schenkung der Verschonungsabschlag in Anspruch genommen wird.

Dieser Beurteilung durch die Rechtsprechung des BFH folgt die Steuerverwaltung.

Der Erwerb ist im Grundsatz begünstigungsfähig, wobei zweifelhaft ist, wie insbesondere in Gründungsfällen die Mindestbeteiligung des Schenkers (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG) zu beurteilen ist. Folgt man der gedanklichen Grundlage der Rechtsprechung, wonach der Anteilserwerb von den anderen Gesellschaftern und nicht von der Gesellschaft erfolgt,⁷ muss man sich wohl einen Durchgangserwerb der zuwendenden Gesellschafter vorstellen und auf deren Beteiligungsquote vor der gedachten Anteilsschenkung abstellen.

Zwischenergebnis: GmbH 1 kommt als Bedachte einer freigebigen Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Betracht.

3. Zuwendung einer Werterhöhung

Ist der bereicherte Gesellschafter keine natürliche Person, sondern wiederum eine Kapitalgesellschaft (GmbH 1), würde die Steuerverwaltung die Frage stellen, ob anstelle der durch die Kapitalerhöhung unmittelbar begünstigten Kapitalgesellschaft mittelbar die hinter dieser Gesellschaft stehenden Personen bereichert werden sollten (R 18 Abs. 3 ErbStR). Insofern kommt eine mittelbare Bereicherung der luxemburgischen Holding in Betracht, aber auch der Stiftung. An dieser Stelle weicht die Beurteilung der Steuerverwaltung von der der Rechtsprechung ab:

a) Will man derartige Vermögensverschiebungen auf übergeordneten Ebenen einer mehrstufigen Struktur schenkungsteuerlich erfassen⁸ – weil der Sachverhalt so zu deuten ist, dass der

Vermögenstransfer auf der obersten Ebene erfolgen sollte – so setzt dies voraus, dass man (1) die Verschaffung einer Werterhöhung in bereits vom Beschenkten gehaltenen Anteilen für einen tauglichen Zuwendungsgegenstand i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG hält⁹ und (2) das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten des Zuwendenden“ in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht als strenges Unmittelbarkeitserfordernis, sondern als lediglich wirtschaftlichen Zusammenhang versteht.¹⁰ Das jedenfalls war – zumindest bis zur Veröffentlichung der Entscheidung des BFH vom 7.11.2007 im Bundessteuerblatt¹¹ – die Auffassung der Steuerverwaltung, wie sie sich aus R 18 ErbStR ergibt.

An dieser Stelle wird deutlich, weshalb das Vorhaben des FA, eine Bereicherung in der Person der Destinatärin der Stiftung zu erfassen, auch dann keinen Erfolg haben konnte, wenn man der Verwaltungsauffassung folgt: Der Destinatär einer Stiftung ist an der Stiftung nicht beteiligt, er hält keinen Anteil an ihr, dessen Werterhöhung bei ihm als Bereicherung erfasst werden könnte. Bedachter i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG konnte also allenfalls die Stiftung sein.

b) Der BFH ist dezidiert anderer Meinung, jedenfalls was die Auslegung des Merkmals „auf Kosten des Zuwendenden“ in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG angeht. Da die Kapitalgesellschaft selbst Träger ihres Gesellschaftsvermögens ist (Trennungsprinzip), folgert der BFH, dass die Auswirkungen auf den Wert der Gesellschaftsanteile nicht „auf Kosten des Zuwendenden“ erfolgen.

Mehrungen und Minderungen des Gesellschaftsvermögens, die *causa societatis* erfolgen, erfolgen im Verhältnis Gesellschaft – Gesellschafter nicht unentgeltlich.¹² Haben derartige Vermögensänderungen auf der Ebene der Gesellschaft Folgen für die Werthaltigkeit von Anteilen anderer Gesellschafter, sind diese ebenfalls nicht steuerbar: Es handle sich lediglich um einen Reflex.¹³ Die Wertveränderungen in den Anteilen erfolgen mangels Unmittelbarkeit nicht „auf Kosten“ des Gesellschafters, der eine Mehrung des Gesellschaftsvermögens bewirkt (z. B. durch eine verdeckte Einlage), wie auch die Vermögensmehrung des Gesellschafters, dem eine Minderung des Gesellschaftsvermögens zugute kommt (z. B. durch eine verdeckte Gewinnausschüttung), nicht auf Kosten der anderen Gesellschafter erfolgt. Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals „auf Kosten des Zuwendenden“ zieht sich seit der Entscheidung BStBl II 1996, S. 616 wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung des BFH und wurde zuletzt in der Entscheidung vom 7.11.2007 nachdrücklich betont.¹⁴

Nach dieser Auffassung des BFH scheidet sowohl eine steuerbare Bereicherung der Holding als auch der Stiftung aus. Erst recht kommt eine steuerbare Bereicherung der Klägerin nicht in Betracht.

c) Der BFH hat der Verwaltungsauffassung, wie sie in R 18 ErbStR zum Ausdruck kommt, mit seiner Entscheidung vom 7.11.2007 eine nachdrückliche Absage erteilt. Die Steuerverwaltung hat die Entscheidung des BFH im Bundessteuer-

⁵ FG Münster, ZEV 2008, 234: „Es ist aber davon auszugehen, dass diese Gesellschaften [gemeint sind die Unternehmen A und C (Angaben zur Rechtsform fehlen)] im Einflussbereich der Familie L stehen.“ Die Angehörigen der Familie L sind die Destinatäre der Stiftung.

⁶ BFH, BStBl II 2001, S. 454 = MittBayNot 2001, 497.

⁷ So BFH, BStBl II 2005, S. 845 = MittBayNot 2006, 272.

⁸ Dasselbe gilt für Vermögensverschiebungen auf der untersten Stufe in den Fällen, in denen Vermögenstransfers zwischen Gesellschaft und Gesellschafter außerhalb einer Gründung oder förmlichen Kapitalerhöhung stattfinden.

⁹ Zum Meinungsstand vgl. FG Nürnberg, DStRE 2008, 1271 und Hübner, DStR 2007, 1747, 1750. Vgl. auch Hübner, DStR 2008, 1357, 1360 m. w. N.

¹⁰ Hübner, DStR 2008, 1357, 1360 ff.

¹¹ BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244.

¹² Das dürfte nach zwischenzeitlichen Irritationen durch BFH, BStBl II 2007, S. 472 und einer inzidenter erfolgten Richtigstellung durch BFH, DStR 2008, 146 m. Anm. Hübner = ZEV 2008, 153 m. Anm. Crezelius gesichert sein.

¹³ BFH, BStBl II 1996, S. 160.

¹⁴ BStBl II 2008, S. 258 = MittBayNot 2008, 244. Kritisch zu dieser These Hübner, DStR 2008, 1357, 1360 ff.

blatt veröffentlicht, ohne die Anwendung der Entscheidung in Teil I des Bundessteuerblatts durch eine Verwaltungsanweisung einzuschränken. In dieser uneingeschränkten Veröffentlichung liegt gewöhnlich eine Weisung an die Steuerverwaltung, die Entscheidung des BFH vom 7.11.2007 allgemein, also über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden.¹⁵

4. Einkommensteuer

Die Kapitalerhöhung gegen unterwertige Einlage der GmbH 1 in die GmbH 2 wirkt sich dahin aus, dass Werte aus den Anteilen der Altgesellschafter abgespalten werden und auf die Anteile des neu hinzugetretenen Gesellschafter übergehen (sog. Wertabspaltungstheorie¹⁶). Ob dieser Abspaltungsvorgang auch auf der Ebene der Gesellschafter Konsequenzen hat, ist unklar. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Anschaffungskosten von den Altgesellschaftern auf die GmbH 1 übergehen.¹⁷

5. Gestaltungsfragen

Die dargelegte schenkungsteuerliche Rechtsprechung des BFH eröffnet enorme Spielräume für nicht steuerbare Vermögensübertragungen, die das Gewicht der Probleme und Risiken der Erbschaftsteuerreform 2009 relativieren. Letztlich stellt sich die Frage, ob angesichts dieser Besteuerungslücken eine verfassungsgemäße Steuererhebung überhaupt noch möglich ist – die Schenkungsteuer degeneriert zu einer Dummsteuer.

Beispiel 1:

Vater und Sohn gründen eine GmbH mit einem Stammkapital von 100.000 €, wobei der Vater nur einen Geschäftsanteil im Nominalwert von 1 € hält, die anderen Geschäftsanteile hält der Sohn. Längere Zeit nach der Gründung der Gesellschaft legt der Vater 10 Mio. € in die GmbH ein, die den Betrag in die Kapitalrücklage bucht (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB).

Von der Kapitalrücklage entfallen nahezu 100 % auf den Anteil des Sohnes. Dieser Werttransfer kann schenkungsteuerlich nicht erfasst werden, wenn man der ständigen Rechtsprechung des BFH folgt. Danach erfolgt die Bereicherung des Sohnes nicht „auf Kosten des Zuwendenden“, also des Vaters. Soweit ihm diese Bereicherung von der Gesellschaft vermittelt wird, handelt es sich um einen nicht steuerbaren Reflex der Einlage des Vaters.

Wendet die Steuerverwaltung trotz der Veröffentlichung der BFH-Entscheidung vom 7.11.2007 im Bundessteuerblatt

(vgl. dazu 3. c) und entgegen der ständigen Rechtsprechung des BFH R 18 ErbStR weiter an,¹⁸ müsste ein mit der Rechtsprechung des BFH vereinbares Ergebnis allerdings gerichtlich erstritten werden.

Ertragsteuerlich würde man eine mittelbar verdeckte Einlage annehmen, also eine Einlage des Vaters für Rechnung des Sohnes, so dass sich die Anschaffungskosten des Sohnes im Umfang der anteilig auf ihn entfallenden Einlage erhöhen. Im Verhältnis zwischen Vater und Sohn liegt dem eine Barzuwendung zugrunde.

Diese Auffassung ist nicht auf die Schenkungsteuer übertragbar, weil der Sohn über den eingelegten Betrag aufgrund der gewählten Gestaltung zu keinem Zeitpunkt verfügen kann. Verfügen kann er lediglich über das ihm zugewandte Ausschüttungspotential, das sich in einer Werterhöhung des Anteils niederschlägt. Diese kann nach der Rechtsprechung aber aus den dargelegten Gründen nicht besteuert werden.

Beispiel 2:

Sachverhalt wie Beispiel 1. Jedoch führt die GmbH eine Kapitalerhöhung durch: Im Rahmen der Kapitalerhöhung werden neue Anteile mit einem Nominalwert i. H. v. 99.000 € hervorgebracht, so dass im Ergebnis Vater und Sohn je zur Hälfte an der GmbH beteiligt sind. Der Vater leistet den Unterschiedsbetrag zwischen dem Nominalwert der Anteile und der Bareinlage i. H. v. 10 Mio. € als Agio, das von der Gesellschaft in die Kapitalrücklage gebucht wird. Als bald veräußert der Vater seine Anteile für 5,1 Mio. € an seinen Sohn.

Schenkungssteuerlich ergibt sich kein Unterschied zu Beispiel 1. Ertragsteuerlich stellt sich die Frage, ob die gesamte Einlage des Vaters abweichend von Beispiel 1 den Anschaffungskosten für seine neu erworbenen Anteile zuzuordnen ist,¹⁹ so dass sich beim Vater bei der Veräußerung ein Veräußerungsverlust ergibt:

Veräußerungserlös:	5.100.000 €
./ Anschaffungskosten:	– 10.000.000 €
Veräußerungsverlust:	– 4.900.000 €

Auch wer die Richtigkeit der schenkungssteuerlichen Beurteilung durch den BFH anzweifelt, muss sich den Gestaltungsdruck bewusst machen, den die Rechtsprechung des 2. Senats des BFH erzeugt: Man wird als Berater kaum Gestaltungen empfehlen können, die eine Steuerbelastung auslösen können, wenn es so einfach ist, die Schenkungsteuer zu vermeiden. Selbstverständlich reicht auch eine UG (haftungsbeschränkt), um den gewünschten Hebel zu erzeugen.

Rechtsanwalt und Steuerberater
Dr. Heinrich Hübner, Stuttgart

¹⁵ *Tolksdorf*, DStR 2010, 423 berichtet demgegenüber, dass die Steuerverwaltung an R 18 ErbStR festhalten wolle. Das entspricht nicht dem Erklärungsinhalt der einschränkungslosen Veröffentlichung im Bundessteuerblatt, denn die weitere Anwendung von R 18 ErbStR würde auf eine Nichtanwendung der zentralen These der Entscheidung v. 7.11.2008 und weiterer Entscheidungen des BFH zur Auslegung des Merkmals „auf Kosten des Zuwendenden“ hinauslaufen, die insgesamt die Qualität einer ständigen Rechtsprechung haben. Deshalb wäre zumindest eine Verlautbarung erforderlich, die die in der einschränkungslosen Veröffentlichung im Bundessteuerblatt zu sehende allgemeine Anwendungsanordnung ausdrücklich einschränkt.

¹⁶ BFH, BStBl II 1992, S. 761; BStBl II 2008, S. 533.

¹⁷ Einen Übergang von Anschaffungskosten könnte man darauf stützen, dass die Altgesellschafter der GmbH 1 (teilweise) unentgeltlich ihr Bezugsrecht zugewandt haben (§ 17 Abs. 2 Satz 5 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 EStG), dem die Anschaffungskosten für die Anteile teilweise zugeordnet werden müssen. Zu der Fallkonstellation der quoteninkongruenten (verdeckten) Einlage vgl. *Hübner*, DStR 2007, 1747 ff. und nachfolgend unter 5. Beispiel 1.

¹⁸ So *Tolksdorf*, DStR 2010, 423.

¹⁹ Das legt zunächst BFH, DStR 2009, 2661 nahe. Vgl. aber unter 2. b. bb. der Urteilsgründe: Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Fremdvergleich eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ausschließt, könnte man insoweit eine mittelbar verdeckte Einlage für Rechnung des Sohnes annehmen. Konsequenz: Die Anschaffungskosten des Sohnes würden sich entsprechend erhöhen.

13. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; BewG § 138 Abs. 1, 3 (*Gemischte teils unmittelbare, teils mittelbare Schenkung eines Grundstücks im künftigen Zustand fertiger Bebauung*)

Soll ein Grundstück in einem Zustand, den es bei Beurkundung des Übertragungsgeschäfts noch nicht hat, Zuwendungsgegenstand sein, ist die Zuwendung erst ausgeführt, wenn das Grundstück diesen Zustand aufweist. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Schenker den zum Erwerb des Grundstücks in dem gewollten Zustand erforderlichen Geldbetrag bereits zur Verfügung gestellt hat, gilt dies auch dann, wenn es sich bei der Zuwendung um eine vollen Umfangs oder nur teilweise mittelbare Grundstücksschenkung handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 27.8.2008, II R 19/07

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 30.11.1995 zur „Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Übertragung in vorweggenommener Erbfolge“ übertrug X zunächst auf seine drei Kinder A, B und C jeweils einen Miteigentumsanteil von $\frac{33}{100}$ u. a. an einem Flurstück in der Gemarkung D. Einen Restanteil von $\frac{1}{100}$ behielt er. Außerdem behielt er sich einen lebenslänglichen Nießbrauch vor, auf dessen Ausübung er schuldrechtlich unter bestimmten von den Kindern einzuhaltenden Voraussetzungen verzichtete. Die Kinder verpflichteten sich, ab dem Tod des X der Mutter eine lebenslängliche wertsichere Rente von 10.000 DM monatlich zu zahlen.

Das Grundstück befand sich bei Vertragsschluss im Zustand der Bebauung mit fünf Mietshäusern, die bereits zu 71,26 % – gemessen an den Herstellungskosten – errichtet und am 1.7.1996 fertig gestellt waren. Gegenstand der Übertragung sollte „das Grundstück in vollständig bebautem Zustand“ sein. Zu diesem Zweck übertrug X auf die Kinder „zu gleichen Anteilen“ einen Geldbetrag von 5.445.000 DM „mit der ausdrücklichen Bestimmung und Auflage“, diesen „nur für die ordnungsgemäße Fertigstellung“ der Gebäude zu verwenden. Der Geldbetrag war bereits auf ein Konto der Kinder überwiesen. Die Vertragspartner erklärten sodann die Auflassung und bewilligten und beantragten die Umschreibung. X übernahm die anfallende Schenkungsteuer.

In einem zweiten Abschnitt der notariellen Urkunde gründeten X und die Kinder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), in die sie ihre Miteigentumsanteile u. a. an dem Flurstück einbrachten. Außerdem legten die Kinder die 5.445.000 DM und X einen weiteren Betrag von 55.000 DM ein. Auch bezüglich dieser Einbringung erklärten die Partner die Auflassung und bewilligten und beantragten die Umschreibung, und zwar soweit möglich „ohne Voreintragung“ der Kinder. Im Gesellschaftsvertrag der GbR hieß es, die von den Gesellschaftern eingebrachten Geldmittel seien zur ausschließlichen Verwendung für die Bebauung des Flurstücks bestimmt. Die GbR übernehme die Fertigstellung der Wohnanlage und trete in sämtliche Verträge ein, die X im Zuge des Baufortschritts bereits mit Handwerkern und anderen am Bau Beteiligten abgeschlossen habe. X werde hinsichtlich aller Verpflichtungen aus solchen Verträgen gegenüber Dritten freigestellt. Bei der Beschlussfassung der Gesellschafter hatten X 85 % und die Kinder jeweils 5 % der Stimmen. Zur Fertigstellung der Gebäude musste die GbR im April 1996 noch einen Bankkredit i. H. v. 1,5 Mio. DM aufnehmen.

Das beklagte FA beurteilte die Übertragung der Miteigentumsanteile an dem Flurstück sowie des Geldes auf die Kinder als eine einzige gemischte und teils mittelbare Schenkung des fertig bebauten Grundstücks, die erst 1996 ausgeführt worden sei. Gemäß dieser Rechtsauffassung und unter Ansatz des auf den Zeitpunkt der Fertigstellung festgestellten Grundbesitzwerts der Miteigentumsanteile von jeweils 3.228.060 DM (100 % = 9.782.000 DM) erließ es am 31.8.1999 gegenüber X einen ersten Schenkungsteuerbescheid bezüglich der Schenkung an C. Der Einspruch, mit dem X geltend gemacht hatte, das Grundstück sei in dem Zustand geschenkt worden, in dem es sich bei Vertragsschluss befunden habe, so dass es mit 140 % des Einheitswerts anzusetzen sei und eine mittelbare Grundstücksschenkung nur bezüglich der damals noch ausstehenden Bauleistungen in Betracht komme, blieb erfolglos. Der Einheitswert des Grundstücks im Zustand der Bebauung wurde später vom Lagefinanzamt gemäß § 91 Abs. 2 BewG i. d. F. vor 1997 mit 966.000 DM ermittelt, woraus sich ein Steuerwert von 1.352.400 DM ergab.

Während des anschließenden Klageverfahrens, das noch von X eingeleitet worden war und nach dessen Tod im November 2003 von

der Ehefrau (nunmehrige Klägerin) als Alleinerbin fortgesetzt wurde, erging am 22.7.2004 unter Berücksichtigung der ab dem Tod des X zu erfüllenden Rentenverpflichtung ein Änderungsbescheid, mit dem die Steuer bei einem steuerpflichtigen Erwerb einschließlich Vorerwerben von 2.847.400 DM auf 540.367 DM (276.285,26 €) festgesetzt wurde. Nach Ablösung des Stundungsbetrages von 141.336,93 € gemäß § 25 ErbStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes (JStG) 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I 1996, S. 2049) ergab sich daraus ein zu zahlender Betrag von 198.267,23 €.

Die Klage, mit der die Klägerin das Begehren des X weiter verfolgte und überdies verlangte, die Abzinsung der Rentenverpflichtung auf den Tag des Vertragsschlusses zu unterlassen, hatte überwiegend Erfolg. Auch das FG nahm zwei aufeinander folgende Schenkungen an, nämlich eine im Jahr 1995 ausgeführte Schenkung des Grundstücks im Zustand bei Vertragsschluss und eine 1996 ausgeführte mittelbare Grundstücksschenkung durch Finanzierung der Fertigstellung des Gebäudes.

Mit der Revision rügt das FA fehlerhafte Anwendung der Grundsätze zur mittelbaren Grundstücksschenkung.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Mit dem notariell beurkundeten Vertrag vom 30.11.1995 ist eine gemischte teils unmittelbare, teils mittelbare Schenkung eines fertig bebauten Grundstücks bewirkt worden, die erst 1996 ausgeführt worden und deren Gegenstand bereits nach den §§ 138 ff. BewG i. d. F. des JStG 1997 zu bewerten ist. Da die Vorentscheidung auf einer anderen Rechtsauffassung beruht, war sie aufzuheben und der Schenkungsteuerbescheid vom 22.7.2004 mit der Maßgabe zu ändern, dass der Steuerwert einer einzigen freigebigen Zuwendung bezüglich des Flurstücks ... statt mit 2.818.113 DM mit 2.777.744 DM anzusetzen ist.

A.

1. Der „Grundfall“ einer mittelbaren Grundstücksschenkung besteht darin, dass der Zuwendende dem Bedachten das Geld zur Verfügung stellt, mit dem dieser ein bebautes oder unbebautes Grundstück als den eigentlichen Zuwendungsgegenstand von einem Dritten erwirbt (BFHE 69, 420 = BStBl III 1959, S. 417). Eine mittelbare Grundstücksschenkung kann jedoch auch darin bestehen, dass der Bedachte mit dem ihm zur Verfügung gestellten Geld auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück ein Gebäude errichten oder fertig stellen soll (BFHE 154, 383 = BStBl II 1988, S. 1025). Ob Gegenstand der freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG das zum Kauf des Grundstücks oder zur Errichtung bzw. Fertigstellung des Gebäudes hingegebene Geld oder das Grundstück bzw. das Gebäude selbst ist, bestimmt sich danach, was nach der Schenkungsabrede oder dem Willen des Zuwendenden geschenkt werden sollte, sofern dieser Wille tatsächlich vollzogen worden ist (so BFHE 143, 291 = BStBl II 1985, S. 382; BFHE 154, 383 = BStBl II 1988, S. 1025).

2. Zuwendungsgegenstand einer einzigen teils unmittelbaren, teils mittelbaren Schenkung eines bebauten Grundstücks kann darüber hinaus auch ein Grundstück des Zuwendenden sein, wenn dieser nicht nur unentgeltlich sein noch nicht (fertig-)bebautes Grundstück überträgt, sondern zusätzlich aufgrund eines einheitlichen Vertrages auch das Geld für ein darauf noch zu errichtendes bzw. fertig zu stellendes Gebäude zur Verfügung stellt (so BFHE 200, 406 = BStBl II 2003, S. 273). Nicht erforderlich ist dabei, dass das zur Errichtung oder Fertigstellung des Gebäudes hingegebene Geld den Herstellungs- bzw. Fertigstellungsaufwand vollständig deckt (vgl. BFHE 122, 332 = BStBl II 1977, S. 663; BFHE 126, 318 = BStBl II 1979, S. 201). Füllt der Bedachte eine etwaige

Deckungslücke mit eigenen Mitteln oder mit Hilfe eines von ihm aufgenommenen Kredits, bedarf es allerdings einer verhältnismäßigen Kürzung des Steuerwerts des (fertig-)bebauten Grundstücks entsprechend der Berechnungsweise bei einer gemischten Schenkung (vgl. BFHE 126, 318 = BStBl II 1979, S. 201).

3. Gemäß diesen Grundsätzen hat X seinen Kindern im Wege einer teils unmittelbaren, teils mittelbaren Grundstücksschenkung Miteigentumsanteile an dem Flurstück ... mit fertig gestellten Gebäuden zugewendet. Der Vertrag vom 30.11.1995 bestimmt ausdrücklich, Gegenstand der Zuwendung solle das Grundstück in vollständig bebautem Zustand sein. Da sich die Gebäude aber bei Vertragsschluss noch im Rohbauzustand befanden, übertrug X im unmittelbar nachfolgenden Satz auf die Kinder auch das für die Fertigstellung der Gebäude vorgesehene Geld mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung „und Auflage“, es nur für die ordnungsgemäße Fertigstellung der Gebäude entsprechend den genehmigten Bauplänen zu verwenden. Damit ist zweierlei in einer Weise klargestellt, die auch unter Einbeziehung der nachfolgenden Gesellschaftsgründung und der dabei eingegangenen Einlageverpflichtungen keinen Raum für eine andere Auslegung lässt: Das hingebene Geld des X sollte nicht selbst Zuwendungsgegenstand sein. Die Kinder durften über das Geld nicht frei verfügen, sondern mussten es zur Fertigstellung der Gebäude einsetzen. Dies wurde durch die Einlage in die von X beherrschte GbR zusätzlich rechtlich abgesichert. Zum anderen diente die Hingabe des Geldes dazu, den Kindern bis auf den zurückbehaltenen 1%igen Miteigentumsanteil des X das fertig bebaute Grundstück zuzuwenden. Daran änderte die Einbringung in die GbR, zu der sich die Kinder noch vor Fertigstellung der Gebäude verpflichten mussten, nichts. Sie hatten ungeachtet der Tatsache, dass eine Zwischeneintragung im Grundbuch vermieden werden sollte, nicht nur ihre Miteigentumsanteile an dem Grundstück einzubringen, sondern auch das Geld. Vermögensmäßig setzte sich ihre Inhaberschaft in der Gesellschaftsbeteiligung ungeschmälert fort, da X nicht nur den ihm verbliebenen Miteigentumsanteil ebenfalls einbrachte, sondern zusätzlich einen Geldbetrag von 55.000 DM. Dies waren 1 % der nunmehr zur Verfügung stehenden Gesamtsumme von (5.445.000 DM + 55.000 DM =) 5.500.000 DM. An diesem Willen des X und der Kinder, das Grundstück in fertig bebautem Zustand zuzuwenden bzw. zu erhalten – ein Wille, für dessen Verwirklichung X mit der Auflassung des Grundstücks und der Erteilung der Eintragungsbewilligung sowie der Hingabe des Geldes das von seiner Seite Erforderliche weitgehend bereits getan hatte – änderte sich dadurch, dass die Gebäudeerrichtung zum Gesellschaftszweck der GbR wurde, ebenfalls nichts.

B.

1. Die Schenkung der Miteigentumsanteile an dem Flurstück ... in fertig bebautem Zustand ist erst 1996 ausgeführt worden. Der Zuwendungsgegenstand unterliegt daher bereits gemäß § 138 Abs. 1 und 3 BewG der Bewertung mit dem Grundbesitzwert. Die Frage, ob noch die Vorschriften über die Feststellung der Einheitswerte nach den Wertverhältnissen zum 1.1.1964 oder bereits diejenigen der §§ 138 ff. BewG anzuwenden sind, beantwortet sich gemäß § 12 Abs. 3 i. V. m. § 37 Abs. 1 ErbStG nach dem Zeitpunkt der Steuerentstehung. Dies ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG der Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Ist die Steuer erst nach dem 31.12.1995 entstanden, weil die Zuwendung erst nach diesem Stichtag ausgeführt worden ist, sind bereits die §§ 138 ff. BewG anzuwenden.

2. Soll ein Grundstück in einem Zustand, den es bei Beurkundung des Übertragungsgeschäfts noch nicht hat, Zuwen-

dungsgegenstand sein, ist die Zuwendung erst ausgeführt, wenn das Grundstück diesen Zustand aufweist. Zur Auflassung und Erteilung einer Eintragungsbewilligung, von der jederzeit Gebrauch gemacht werden kann, muss als weiteres Erfordernis hinzukommen, dass der gewollte Zustand geschaffen worden ist. Maßgebend für die Ausführung der Schenkung ist in derartigen Fällen der Zeitpunkt, in dem die letzte dieser Voraussetzungen erfüllt worden ist (so BFH/NV 2005, 213). Der gewollte Zustand behält seine Bedeutung für die Ausführung der Zuwendung auch dann, wenn es vor seinem Eintritt bereits zu einer Umschreibung des Grundstücks auf den Bedachten gekommen ist.

3. Handelt es sich bei der Zuwendung eines Grundstücks mit noch zu errichtendem bzw. fertig zu stellendem Gebäude um eine vollen Umfangs oder nur teilweise mittelbare Grundstücksschenkung, gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Schenker den zum Erwerb des Grundstücks in dem gewollten Zustand erforderlichen Geldbetrag bereits zur Verfügung gestellt hat, dasselbe. Auch eine solche Zuwendung ist erst ausgeführt, wenn sowohl die Auflassung erklärt und die Eintragungsbewilligung erteilt als auch das Gebäude fertig gestellt ist (BFHE 213, 399 = BStBl II 2006, S. 786 = MittBayNot 2007, 78; vgl. BFHE 200, 406 = BStBl II 2003, S. 273). Im Streitfall war als letztes dieser Erfordernisse die Fertigstellung der Gebäude erst im Juli 1996 erfüllt. Somit ist die Bewertung bereits nach den §§ 138 ff. BewG vorzunehmen.

C.

1. Der Grundbesitzwert des Flurstücks ... mit fertig gestellten Gebäuden ist auf 9.782.000 DM festgestellt worden. Davon entfallen 97.820 DM auf den bei X verbliebenen Miteigentumsanteil und jeweils 3.228.060 DM (zusammen 9.684.180 DM) auf das Eigentum der Kinder. Die Zuwendungen an die Kinder stellen allerdings nicht nur teils mittelbare Grundstücksschenkungen dar, sondern wegen der ursprünglich aufschiebend bedingten Rentenverpflichtung gegenüber der Klägerin auch gemischte Schenkungen. Da bei Ergehen des Änderungsbescheides vom 22.7.2004 die Bedingung mit dem Tod des X bereits eingetreten war, war die Rentenverpflichtung bereits zu berücksichtigen (vgl. BFHE 213, 102 = BStBl II 2006, S. 475 = MittBayNot 2006, 541), und zwar mit ihrem gemäß § 12 Abs. 3 BewG auf den Ausführungszeitpunkt der Zuwendung, den 1.7.1996, abgezinsten Wert von insgesamt 925.354 DM (vgl. zur Abzinsung: BFH/NV 2006, 1845). Das vorbehaltene Nießbrauchsrecht des X ist zwar noch vor Ergehen des angefochtenen Änderungsbescheides erloschen; der Zinsvorteil, der mit der Ablösung der nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG gestundeten Steuer verbunden ist, bleibt der Klägerin jedoch erhalten. Die Darlehensverbindlichkeit aus dem zur Fertigstellung der Gebäude noch erforderlichen Kredit von 99 % von 1,5 Mio. DM (= 1.485.000 DM) ist dagegen zusätzlich wie eine Gegenleistung zu behandeln. (...)

Anmerkung:

Das vorliegende Urteil des BFH betrifft einen wichtigen Aspekt hinsichtlich der sog. „mittelbaren Grundstücksschenkung“, den es bei der steuerlichen Beratung und Gestaltung im Einzelfall zu beachten gilt.

I. Die Rechtsfigur der mittelbaren Grundstücksschenkung

Der Grundfall einer mittelbaren Grundstücksschenkung besteht nach der Definition des BFH darin, dass der Zuwendende dem Bedachten das Geld zur Verfügung stellt, mit dem dieser ein bebautes oder unbebautes Grundstück als den ei-

gentlichen Zuwendungsgegenstand von einem Dritten erwirbt.¹ Eine mittelbare Grundstücksschenkung kann auch darin bestehen, dass der Bedachte mit dem ihm zur Verfügung gestellten Geld auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück ein Gebäude errichten oder fertig stellen soll.²

Nach der Rechtsprechung des BFH und den Richtlinien der Finanzverwaltung müssen schlagwortartig folgende Voraussetzungen gegeben sein, damit eine mittelbare Grundstücksschenkung vorliegt und steuerlich anerkannt wird:

- Grundstücksbezogener Zweck: beabsichtigter Erwerb eines bestimmten Grundstücks („mittelbare Grundstücksschenkung“) und/oder Bebauung eines Grundstücks („mittelbare Gebäudeschenkung“);
- Zuwendungsgegenstand: bei Unterschreitung von 10 % der Anschaffungs-/Herstellungskosten geht die Finanzverwaltung nur von einem bloßen „Geldzuschuss“ aus;³
- Zusage des Schenkers sowie Abrede über die Zweckbindung des Beschenkten vor Abschluss des Kauf-/Bauvertrages;⁴
- Hingabe der zugewendeten Geldmittel spätestens mit Kaufpreis-/Werklohnzahlung; nicht nachträglich möglich, auch nicht durch nachträglichen Verzicht auf ein gewährtes Darlehen.⁵

Liegen diese Voraussetzungen vor, gilt als Gegenstand der Schenkung nicht der zugewendete Geldbetrag mit seinem Nominalbetrag, sondern der mit den finanziellen Mitteln erworbene bzw. errichtete Grundbesitz mit seinem Steuerwert als Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer. Auf diese Weise lassen sich Bewertungsdifferenzen zwischen dem Verkehrswert (steuerlich: gemeiner Wert) und dem Steuerwert einer Immobilie bei einer Schenkung ausnutzen, auch wenn unmittelbar keine Immobilie, sondern Geldmittel geschenkt werden.

II. Die Entscheidung des BFH

Im entschiedenen Fall wendete der Schenker seinen Kindern mit notariellem Vertrag ein Grundstück zu, auf dem sich zur Zeit des Vertragsschlusses ein Rohbau befand. Der Vertrag bestimmte ausdrücklich, dass Gegenstand der Zuwendung das Grundstück in vollständig bebautem Zustand sein solle. Demzufolge wendete der Schenker seinen Kindern im selben Vertrag auch das für die Fertigstellung der Gebäude vorgesehene Geld mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung zu, es nur für die ordnungsgemäße Fertigstellung der Gebäude zu verwenden.⁶ Der Übertragungsvertrag wurde im November 1995 geschlossen, die Fertigstellung der Gebäude erfolgte im Jahr 1996.

Beschränkt man sich auf das Wesentliche, behandelt das Urteil im Kern die Fragen, ob bei einer solchen Gestaltung zwei getrennte Schenkungen vorliegen, nämlich einmal in Form

der unmittelbaren Zuwendung des unbebauten Grundstücks und einmal in Form der mittelbaren Gebäudeschenkung durch Finanzierung der Fertigstellung der Gebäude, oder ob eine einzige teils unmittelbare, teils mittelbare Schenkung anzunehmen ist, und wenn dies zutrifft, wann diese Schenkung vollzogen ist. Der Unterschied zwischen beiden Rechtsauffassungen liegt vor allem in der Frage nach dem Zeitpunkt der Ausführung der jeweiligen Schenkung(en) und damit nach dem Zeitpunkt der Besteuerung und den zu diesem Zeitpunkt geltenden steuerlichen Rahmenbedingungen (vgl. § 12 Abs. 3 i. V. m. §§ 37 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG).

Nach der ersten Rechtsauffassung wäre die Schenkung des unbebauten Grundstücks im Jahr 1995 ausgeführt und auf der Grundlage der damals noch geltenden Bewertung mit dem Einheitswert zu beurteilen gewesen.⁷ Die nachfolgende mittelbare Schenkung der Baukosten wäre nach der im Jahr 1996 eingeführten Bedarfsbewertung zu beurteilen gewesen. Nach der zweiten Rechtsauffassung ist der gesamte Vorgang als einheitliche Schenkung zu sehen, wobei sich daran die weitere Frage anschließt, wann diese einheitliche Schenkung ausgeführt ist. Wurde sie erst im Jahr 1996 ausgeführt, ist sie insgesamt nach den ab 1996 geltenden Bewertungsmethoden (Bedarfsbewertung für Grundbesitz) abzuwickeln.

Während Kläger und Finanzgericht die erste Ansicht vertraten, gab der BFH dem beklagten FA Recht und vertritt die Auffassung, dass insgesamt eine Schenkung vorlag, und dass die Schenkung erst mit Fertigstellung der Gebäude ausgeführt war.

Bei dem hier besprochenen Urteil stützt sich der BFH auf vorangegangene Judikate, welche er nunmehr konkretisiert bzw. konsequent zusammenführt:

Bereits im Jahr 2002 entschied der BFH, dass die Zuwendung bei einer mittelbaren Grundstücksschenkung eine einheitliche Zuwendung darstellen kann und diese erst mit der Fertigstellung des Gebäudes ausgeführt ist, wenn mit dem hingegebenen Geld die Errichtung eines Gebäudes auf einem dem Beschenkten schon gehörenden oder einem gleichzeitig zu diesem Zweck aufgrund eines einheitlichen Vertrages geschenkten Grundstück finanziert werden soll.⁸ Mit einem Beschluss aus dem Jahr 2003 bestätigte der BFH diese Rechtsauffassung, indem er feststellte, dass es nicht zur Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts der Schenkung führe, wenn der Schenker dem Beschenkten im Rahmen einer mittelbaren Grundstücksschenkung vorzeitig Geld zum Erwerb eines Grundstücks zur Verfügung stelle. Diese sei vielmehr erst ausgeführt, wenn das Geld vom Beschenkten für die mittelbare Grundstücksschenkung verwandt, d. h. zur Abdeckung des Anschaffungsaufwandes oder Herstellungsaufwandes eingesetzt wurde.⁹

Mit einem weiteren Urteil entschied der BFH zu einem Fall der unmittelbaren Schenkung, dass eine Schenkung oder freigebige Zuwendung dann ausgeführt sei, wenn der Bedachte das erhalten habe, was ihm nach der Schenkungsabrede, im Fall der freigebigen Zuwendung nach dem Willen des Zuwendenden verschafft werden soll; danach richte sich auch der Gegenstand der Schenkung, sofern der Wille des Zuwendenden tatsächlich vollzogen würde.¹⁰ Mit einem Urteil aus dem Jahr 2006 übertrug der BFH schließlich diese Grundsätze auf die Fälle der mittelbaren Grundstücksschenkung und entschied, dass in den Fällen, in denen Gegenstand einer mittelbaren Grundstücksschenkung ein Grundstück mit einem noch

¹ BFH, BStBl III 1959, S. 417.

² BFH, BStBl II 1998, S. 1025.

³ ErbStR 16 Abs. 3 Satz 1; hierzu kritisch *Geck/Messner*, ZEV 2006, 234 u. ZEV 2004, 89.

⁴ BFH, DStRE 2005, 24; BFH/NV 2008, 1163; R 16 Abs. 1 Satz 4 ErbStR.

⁵ BFH, BStBl 2005 II, S. 188.

⁶ Weiter sah der Vertrag noch vor, dass das Grundstück in eine gemeinsam gegründete GbR einzubringen war. Dieser zusätzliche Aspekt ändert aber nach dem BFH nichts an der grundsätzlichen Beurteilung des Falles und wird daher hier aus Vereinfachungsgründen nicht weiter beachtet.

⁷ Dies wäre natürlich für den Steuerpflichtigen vorteilhaft gewesen.

⁸ BFH, BStBl II 2003, S. 273.

⁹ BFH, BFH/NV 2003, 1425.

¹⁰ BFH/NV 2005, 213.

zu errichtenden Gebäude sei und der Schenker den zum Erwerb erforderlichen Geldbetrag bereits zur Verfügung gestellt habe, die Schenkung erst ausgeführt sei, wenn sowohl die Auflassung erklärt und die Eintragungsbewilligung erteilt als auch das Gebäude fertiggestellt wäre.¹¹

Der BFH stellt in der hier besprochenen Entscheidung insbesondere auf die im notariellen Vertrag getroffene Schenkungsabrede ab und kommt im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis, dass im entschiedenen Fall eine einzige teils unmittelbare Schenkung (hinsichtlich des bei Vertragsschluss noch unbebauten Grundstücks), teils mittelbare Schenkung (hinsichtlich der für die Bebauung zur Verfügung gestellten Geldmittel) vorliegt. Da die Fertigstellung der Gebäude erst nach der Erklärung der Auflassung und der Erteilung der Auflassungsbewilligung erfolgte, gilt die Schenkung nach der nunmehr gefestigten BFH-Rechtsprechung insgesamt erst im Jahr 1996 als ausgeführt. Entscheidend ist somit, welche der genannten Voraussetzungen als letzte eintritt.

III. Einordnung des Urteils

Das besprochene Urteil des BFH ist vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechungsentwicklung in den letzten Jahren konsequent und in sich schlüssig. Insofern ist die Entscheidung überzeugend. Allerdings sind die Auswirkungen bei der Steuergestaltung zu berücksichtigen, die sich aus der Verlegung des Besteuerungszeitpunktes auf die Fertigstellung der Bebauung ergeben können.¹² Im Streitfall ergaben sich negative Konsequenzen daraus, dass der Besteuerungszeitpunkt in geänderte steuerliche Rahmenbedingungen fiel (Übergang vom System der Besteuerung nach Einheitswerten zur Besteuerung nach Bedarfswerten). Auch im Rahmen der Änderung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes zum 1.1.2009 galt es im Einzelfall diese Rechtsprechung zu berücksichtigen, um keine bösen Überraschungen zu erleben.

Für die Zukunft sind die Erkenntnisse aus der vorliegenden BFH-Entscheidung dann im Auge zu behalten, wenn es entscheidend auf den Zeitpunkt des Anfalls der Schenkungsteuer ankommt. Dies ist etwa bei der Bestimmung der Zehn-Jahresfrist nach § 14 ErbStG der Fall, bei der es um die erneute Ausnützung von Steuerfreibeträgen geht. Abgesehen davon zeigt die Entscheidung, dass die Formulierung der Schenkungsabrede in der notariellen Schenkungsurkunde eine entscheidende Rolle dabei spielt, ob mehrere Schenkungen mit unterschiedlichen Besteuerungszeitpunkten oder eine einzige Schenkung anzunehmen ist. Bei entsprechender Abfassung der Schenkungsabrede wäre im Streitfall auch die Konstruktion zweier getrennter Schenkungen möglich gewesen.

IV. Ausblick: Bedeutung der mittelbaren Grundstücksschenkung unter dem neuem Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Die durch eine mittelbare Grundstücksschenkung nutzbaren Wertunterschiede zwischen den Verkehrswerten von Immobilien und der steuerlichen Bemessungsgrundlage für die Zwecke der Schenkungsteuer waren vor allem wegen der bis zum 31.12.1995 geltenden Einheitswerte besonders augenfällig. Die Wertunterschiede sind durch die Erbschaftsteuerreform im Jahressteuergesetz 1997 mit dem Ansatz der im Wege der Bedarfswertung zu ermittelnden Grundbesitzwerte

zwar vermindert, aber nicht völlig beseitigt worden.¹³ Immerhin erreichten die erbschaft- und schenkungsteuerlich maßgebenden Bedarfswerte nach vorliegenden Schätzungen im Durchschnitt nur 50 % des Verkehrswertniveaus und konnten im Einzelfall auch weit unter dieser Marke liegen.¹⁴

Erst mit der Änderung der Grundstücksbewertung durch das Erbschaftsteuerreformgesetz 2009 zum 1.1.2009 werden der Forderung des BVerfG im Beschluss vom 7.11.2006¹⁵ entsprechend Grundstückswerte in Höhe des gemeinen Werts oder zumindest Annäherungswerte an den gemeinen Wert angestrebt und trotz vorgesehener Typisierungen weitgehend auch erreicht.¹⁶ Die steuerliche Gestaltungsmöglichkeit der mittelbaren Grundstücksschenkung hat damit an Bedeutung verloren.

Nunmehr steht die Begünstigung von zu Wohnzwecken vermieteten Grundstücken und Grundstücksteilen im Vordergrund. Denn § 13 c ErbStG gewährt bei diesen Objekten generell einen 10%igen Wertabschlag von dem Grundbesitzwert, der nach dem Bewertungsgesetz (BewG) anzusetzen ist. Die mittelbare Grundstücksschenkung ist nach dem Wortlaut des § 13 c ErbStG begünstigt; eine Einschränkung ähnlich derjenigen nach § 13 b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bei der Begünstigung von Betriebsvermögen, dass etwa das Grundstück bereits im Vermögen des Übertragenden vorhanden sein muss, fehlt in § 13 c Abs. 1 ErbStG.¹⁷ Wird demnach die Zuwendung einer vermieteten Immobilie angedacht, kann die Empfehlung, statt Bargeld Grundvermögen zu schenken, nach wie vor Bedeutung haben.¹⁸

In sonstigen Fällen sollte vor der Durchführung einer mittelbaren Grundstücksschenkung geprüft werden, ob durch die neu eingeführten Bewertungsvorschriften des BewG¹⁹ tatsächlich ein steuerlicher Vorteil erzielt werden kann. Wird ein zu erwerbendes Grundstück nach den Vorschriften des BewG unterhalb seines Verkehrswertes (des Kaufpreises) bewertet, ist eine mittelbare Grundstücksschenkung in Betracht zu ziehen. Eine Bewertungsdifferenz kann allerdings nur dann bestehen, wenn die Bewertung des Grundbesitzes nicht nach dem Vergleichswertverfahren gemäß den §§ 182, 183 BewG, sondern entweder nach dem Ertragswertverfahren oder nach dem Sachwertverfahren erfolgt.²⁰

Eine Rolle spielt die mittelbare Grundstücksschenkung nach wie vor bei Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Familienheim. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG sind bestimmte Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen Ehegatten oder ein Lebenspartner dem anderen Lebenspartner zu Lebzeiten macht und die im Zusammenhang mit dem Familienheim stehen, von der Schenkungsteuer befreit. Der Erbschaftsteuererlass zum neuen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht vom

¹³ Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand: März 2009, § 7 Rdnr. 85.

¹⁴ Moench, ErbStG, Stand: November 2009, § 7 Rdnr. 28, § 12 Rdnr. 7 a.

¹⁵ BStBl II 2007, S. 192.

¹⁶ Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 7 Rdnr. 85.

¹⁷ Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 c Rdnr. 2.

¹⁸ Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 84; Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 87.

¹⁹ Vgl. zu den neuen Bewertungsvorschriften für Grundbesitz und deren Anwendungsbereich im Einzelnen Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85 ff. Teil B.

²⁰ Bei Anwendung des Vergleichswertverfahrens sind die tatsächlich realisierten Kaufpreise für Vergleichsgrundstücke als Bewertungsmaßstab heranzuziehen; beim Ertragswertverfahren fließt der mit dem Grundstück erzielbare Jahresertrag in die Bewertung ein; beim Sachwertverfahren wird im Wesentlichen auf die gewöhnlichen Herstellungskosten der Immobilie abgestellt.

¹¹ BFH, BStBl II 2006, S. 786.

¹² Vgl. auch Geck/Messner, ZEV-Report Steuerrecht, ZEV 2009, 73.

25.6.2009 führt ausdrücklich die Anschaffung oder Herstellung des Familienheims durch einen Ehegatten oder einen Lebenspartner aus Mitteln, die allein oder überwiegend vom anderen, zuwendenden Ehegatten oder Lebenspartner stammen (mittelbare Grundstückszuwendung) als steuerfrei auf.²¹ Diese Verwaltungsanweisung war bereits zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG a. F. in § 43 Abs. 2 ErbStR 2003 zu finden. Somit muss nicht ein Grundstück oder ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück übertragen werden, um von der Steuerfreiheit zu profitieren. Begünstigt sind auch Geldschenkungen, mit denen der Partner das Haus anschaffen oder herstellen kann. Dies erspart im Einzelfall Transaktionskosten, da der bedachte Partner unmittelbar erwerben/herstellen kann, ohne dass ein Zwischenerwerb durch den zuwendenden Partner erforderlich wäre. Nach herrschender Meinung ist es dabei ausreichend, dass die Eigennutzung der Immobilie im Zeitpunkt der Zuwendung der Geldmittel beabsichtigt ist und anschließend ohne Zwischenvermietung kurzfristig realisiert wird.²² Allerdings ist darauf zu achten, dass die oben dargestellten Anwendungsvoraussetzungen der mittelbaren Grundstücksschenkung eingehalten werden.

Notar Dr. *Thomas Grund*, Dipl. Kfm., Marktheidenfeld

²¹ Vgl. gleichlautende Erlasse zur Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes vom 25.6.2009, BStBl I 2009, S. 713 ff., Abschnitt 3, Abs. 4 Nr. 3.

²² *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 13 Rdnr. 60, 62; *Weinmann*, ZEV 1995, 321.

14. KStG (2002) § 7 Abs. 4 Satz 3, § 8 a Abs. 4 (*Umstellung des Wirtschaftsjahres*)

Zum Ermessen des FA bei der Erteilung des Einvernehmens mit der Umstellung des Wirtschaftsjahrs auf vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Beschluss vom 31.8.2009, I B 215/08

Streitpunkt ist, ob das beklagte FA verpflichtet ist, sein Einvernehmen zu erteilen, das Wirtschaftsjahr der Klägerin auf einen vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum umzustellen.

Die Klägerin ist eine GmbH, deren Wirtschaftsjahr dem Kalenderjahr entsprach. Im November 2004 erwarb sie im Rahmen eines Management-Buy-out sämtliche Geschäftsanteile an der H-GmbH. Mit satzungsänderndem Beschluss vom 24.1.2005, der zwei Tage später in das Handelsregister eingetragen worden ist, stellte die Klägerin ihr Geschäftsjahr auf den Zeitraum 1. Februar bis 31. Januar um.

Gleichfalls im Januar 2005 beantragte die Klägerin beim FA, gemäß § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG 2002 sein Einvernehmen mit der Umstellung des Wirtschaftsjahrs auf den Zeitraum 1. Februar bis 31. Januar zu erteilen. Zur Begründung trug sie vor, sie habe ursprünglich geplant, noch vor dem 31.12.2004 die Anteile an zwei weiteren zum H-Konzern gehörenden GmbHs zu erwerben. Diese Erwerbe hätten u. a. durch Gesellschafterdarlehen finanziert werden sollen, deren Finanzierungskosten im Rahmen des § 8 a Abs. 4 KStG 2002 in der bis zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007 (BGBl I 2007, S. 1912) geltenden Fassung (KStG 2002 a. F.) ab dem 1.1.2005 steuerlich abzugsfähig gewesen wären. Der steuerliche Abzug der Finanzierungskosten sei wesentlicher Faktor bei der Gesamtfinanzierung des Management-Buy-out gewesen. Versehentlich seien die geplanten Beteiligungserwerbe jedoch nicht vor dem 31.12.2004, sondern erst im Januar 2005 vollzogen worden. Da im Hinblick auf die für die Abzugsfähigkeit nach § 8 a Abs. 4 KStG 2002 a. F. maßgebliche Holdingeigenschaft der Klägerin auf die Handelsbilanz zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs abzustellen sei, sei die Umstellung auf ein am 31. Januar endendes Wirtschaftsjahr erforderlich, um die frühestmögliche steuerliche Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten erreichen zu können.

Das FA hat sein Einvernehmen mit der Umstellung des Wirtschaftsjahrs verweigert.

Aus den Gründen:

II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig. Die Klägerin hat den geltend gemachten Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO) nicht den Anforderungen des § 116 Abs. 3 Satz 3 FGO entsprechend dargetan.

1. Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache kann nur erfolgen, wenn die zur Prüfung gestellten Rechtsfragen in dem angestrebten Revisionsverfahren klärungsfähig sind. Die Klärungsfähigkeit ist in der Beschwerdebegründung zu erläutern (BFH/NV 2008, 1290; BFH/NV 2005, 1116, jeweils m. w. N.).

2. Dem werden die Ausführungen in der Beschwerdebegründung nicht gerecht.

a) Nach den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils hat das FA sein Einvernehmen mit der Umstellung des Wirtschaftsjahrs ermessensfehlerfrei verweigert, weil die Umstellung nicht aus beachtlichen betriebswirtschaftlichen, sondern allein aus steuerlichen Gründen erfolgt sei. Die Klägerin habe die Umstellung nach eigenem Bekunden vorgenommen, um die Voraussetzungen für den steuerlichen Abzug der Finanzierungskosten der Gesellschafterdarlehen nach Maßgabe des § 8 a Abs. 4 KStG 2002 a. F. bereits für die Zeit ab Februar 2005 herbeizuführen, anstatt – wie bei Beibehaltung des kalendergleichen Wirtschaftsjahrs der Fall – erst die ab Januar 2006 anfallenden Finanzierungsaufwendungen im Rahmen des § 8 a Abs. 4 KStG 2002 a. F. als Betriebsausgaben steuerlich absetzen zu können.

b) In ihrer Beschwerdebegründung zieht die Klägerin nunmehr die Rechtsauffassung des FG in Zweifel, ohne die steuerliche Wirksamkeit der Umstellung des Wirtschaftsjahrs gemäß § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG 2002 seien die Finanzierungsaufwendungen für die Gesellschafterdarlehen erst ab Januar 2006 steuerlich absetzbar. Ihrer Auffassung nach habe bereits die mit Gesellschafterbeschluss vom 24.1.2005 vorgenommene Umstellung des handelsrechtlichen Geschäftsjahrs auf die Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Januar dazu geführt, dass die Finanzierungsaufwendungen nach Maßgabe des § 8 a Abs. 4 KStG 2002 a. F. ab dem 1.2.2005 steuerlich absetzbar seien. In diesem Zusammenhang wirft sie als von grundsätzlicher Bedeutung die – von ihr bejahte – Rechtsfrage auf, ob für die Holdingeigenschaft gemäß § 8 a Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 KStG 2002 a. F. maßgeblich auf die Verhältnisse in der Handelsbilanz zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs abzustellen sei, als die sie im Streitfall die auf den 31.1.2005 aufgestellte Handelsbilanz ansieht.

c) Diese Rechtsfrage wäre jedoch in dem angestrebten Revisionsverfahren nur dann klärungsfähig, wenn ihre Bejahung dazu führen könnte, dass im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung über das Einvernehmen mit der beantragten Änderung des Wirtschaftsjahrs gemäß § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG 2002 ein anderes Ergebnis als die Verweigerung des Einvernehmens in Betracht käme. Dazu bringt die Klägerin indes nichts Substantielles vor. Insbesondere fehlen Ausführungen dazu, inwiefern eine Zustimmung zu einer Umstellung des vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahrs denkbar wäre, obwohl die dafür von der Klägerin einzig vorgebrachte Begründung auf einer – wie sich ja dann erwiesen hätte – unzutreffenden Beurteilung der Rechtslage beruht. Denn die von der Klägerin gegebene Begründung für die begehrte Um-

stellung basierte gerade auf der jetzt verworfenen Rechtsauffassung, sie sei erforderlich, um die frühestmögliche steuerliche Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen herbeiführen zu können.

Einen anderen Grund, der die Umstellung rechtfertigen könnte, führt die Klägerin in ihrer Beschwerdebegründung nicht an. Der bloße Hinweis darauf, sie gehe vom Vorliegen eines rechtfertigenden wirtschaftlichen Grundes aus, ist gänzlich unsubstantiiert. Mit der Auffassung des FG, die Umstellung des handelsrechtlichen Geschäftsjahrs sei allein kein hinreichender Grund für eine Zustimmung zur Änderung des Wirtschaftsjahrs, befasst sich die Klägerin nicht.

Anmerkung:

Der Beschluss des BFH, aus prozessualen Gründen als Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde ergangen, setzt die bisherige Linie der Rechtsprechung zur steuerlichen Anerkennung der Umstellung eines Geschäftsjahrs bei Kapitalgesellschaften fort. Die klagende GmbH, deren Wirtschaftsjahr ursprünglich dem Kalenderjahr entsprach, hatte im Januar 2005 ihr Wirtschaftsjahr auf den Zeitraum 1. Februar bis 31. Januar umgestellt. Eine derartige Umstellung bedarf gemäß § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG zu ihrer steuerlichen Wirksamkeit der Zustimmung des zuständigen FA. Zur Begründung ihres Antrags trug die Beschwerdeführerin bei der Finanzverwaltung offenbar vor, die Umstellung erfolge, um Finanzierungskosten durch Gesellschafterdarlehen früher steuerlich geltend machen zu können, also letztlich aus steuerlichen Gründen. Der BFH bestätigt mit seinem Beschluss die bisherige eigene Linie und auch die Auffassung des FG, derzufolge die Finanzverwaltung ihr Einvernehmen ermesensfehlerfrei versagt hatte.

Der Beschluss gibt Anlass, im Folgenden die zivil- und steuerrechtlichen Voraussetzungen einer Änderung des Geschäftsjahrs bei einer GmbH kurz darzustellen.¹

I. Zivilrechtliche Voraussetzungen der Änderung des Geschäftsjahrs

Die Dauer des Geschäftsjahrs ist bei den meisten GmbHs (materieller) Satzungsbestandteil, auch wenn sie nicht zu den zwingenden Satzungsbestandteilen gehört (vgl. § 3 GmbHG). In dem bislang seltenen Fall, dass die Satzung keine Regelungen zum Geschäftsjahr enthält, ist Geschäftsjahr das Kalenderjahr.² Dieser Fall wird allerdings in Zukunft häufiger relevant werden, da das Musterprotokoll zum GmbHG keine Regelungen über das Geschäftsjahr enthält und insoweit bei nach Musterprotokoll gegründeten GmbHs das Geschäftsjahr automatisch das Kalenderjahr ist.

Ein abweichendes Geschäftsjahr lässt sich nur durch Satzungsänderung festlegen.³ Dies gilt selbst dann, wenn die Satzung keine Regelungen zum Geschäftsjahr enthält.⁴ Die allgemeinen Voraussetzungen einer Satzungsänderung müssen also auch für die Änderung des Geschäftsjahrs erfüllt sein.⁵

Erforderlich ist demnach ein notariell zu beurkundender Gesellschafterbeschluss, der in der Regel einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf,⁶ vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG. Die Satzungsänderung wird zudem erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister wirksam, § 54 Abs. 3 GmbHG.⁷ Die Beurkundung des Gesellschaftsbeschlusses kann als Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG oder als Tatsachenbeurkundung nach §§ 36 ff. BeurkG erfolgen.⁸

II. Zeitliche Komponente

Aus dem Gesagten folgt, dass der Notar zwingend mit der Änderung des Geschäftsjahrs im Rahmen der Beurkundung der Satzungsänderung sowie der folgenden Handelsregisteranmeldung befasst werden muss. Gelegentlich spielt dabei die zeitliche Komponente eine entscheidende Rolle, insbesondere wenn die Beteiligten erst kurz vor dem gewünschten Beginn des neuen Geschäftsjahrs beim Notar erscheinen oder sogar eine rückwirkende Änderung des Geschäftsjahrs wünschen. Diese Konstellation spielte auch im vorliegenden BFH-Fall eine gewisse Rolle, da die Handelsregistereintragung der Satzungsänderung erst nach dem Beginn des neu gebildeten Geschäftsjahrs (1. Februar) erfolgte.

Grundsätzlich ist hierzu festzuhalten, dass nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur eine rückwirkende Änderung des Geschäftsjahrs – jedenfalls im Außenverhältnis – nicht zulässig ist.⁹ Vielmehr darf das Rumpfgeschäftsjahr, das durch die Änderung des Geschäftsjahrs entsteht, nach dieser Auffassung zum Zeitpunkt der Eintragung der Satzungsänderung noch nicht abgelaufen sein, wobei eine Wirksamkeit der Satzungsänderung vor Beginn des Rumpfgeschäftsjahrs allerdings nicht verlangt wird. Begründet wird die Forderung nach einer Eintragung vor Ablauf des Rumpfgeschäftsjahrs damit, dass die Satzungsänderung nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam werde¹⁰ und Gläubiger der Gesellschaft schutzwürdig seien.¹¹ Umstritten ist allerdings, ob es genügt, wenn die Satzungsänderung vor Beginn des neuen Geschäftsjahrs vom Notar zum Handelsregister angemeldet worden ist¹² (wie im vorliegenden Fall), oder ob die Eintragung zum Zeitpunkt des Beginns des neuen Wirtschaftsjahrs bereits erfolgt sein muss.¹³ Der BFH nimmt im vorliegenden Fall zu der Frage nicht Stellung, da er lediglich über die versagte Zustimmung des FA und damit über das Problem der steuerlichen Wirksamkeit der Änderung zu befinden hatte.

Wird der Aspekt des Verkehrs- und Gläubigerschutzes als

⁶ *Wilke* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 123.

⁷ *Wachter*, GmbHR 2000, 227, 228.

⁸ *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., D I Rdnr. 105.

⁹ *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 54 Rdnr. 34; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 53 Rdnr. 60; *Altmeyen/Roth*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 53 Rdnr. 15; LG Mühlhausen, GmbHR 1997, 313, 314.

¹⁰ BFH, GmbHR 1997, 670, 671; *Wachter*, GmbHR 2000, 227, 228; OLG Hamm, DNotZ 2007, 317 zu § 71 Abs. 1 BGB.

¹¹ OLG Frankfurt, GmbHR 1999, 484; LG Essen, GmbHR 2002, 1032; FG Nürnberg, GmbHR 1999, 139, 140.

¹² Noch weitergehend LG Frankfurt, GmbHR 1979, 208.

¹³ OLG Frankfurt, GmbHR 1999, 484; LG Essen, GmbHR 2002, 1032; BFH, GmbHR 1997, 670, 671; FG Nürnberg, GmbHR 1999, 139, 140; *Wilke* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 133; *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 54 Rdnr. 34; *Wachter*, GmbHR 2000, 227, 228.

¹ Vgl. dazu bereits *Wachter*, GmbHR 2000, 227.

² *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 53 Rdnr. 23 m. w. N.; *Priester/Veil* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 53 Rdnr. 139; *Wachter*, GmbHR 2000, 227, 228.

³ *Zimmermann* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 53 Rdnr. 23; *Priester/Veil* in Scholz, GmbHG, § 53 Rdnr. 139; *Wolff*, DB 1999, 2149.

⁴ *Priester/Veil* in Scholz, GmbHG, § 53 Rdnr. 139.

⁵ *Wolff*, DB 1999, 2149.

Hauptgrund für die Nichtzulässigkeit einer rückwirkenden Änderung des Geschäftsjahres angesehen, so ist es konsequent, die Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister vor Beginn des neuen Geschäftsjahres zu fordern. Denn die Publizität, die das Handelsregister vermitteln soll, wird erst mit der Eintragung der Satzungsänderung erreicht, nicht schon mit der Vorlage. Andererseits hat die Gesellschaft keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister; Verzögerungen bei der Eintragung sind von ihr nicht zu vertreten. Daher soll nach der Gegenauffassung auf den Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung abzustellen sein.¹⁴ Diese Auffassung ist allerdings soweit ersichtlich eine Mindermeinung¹⁵ und steht insbesondere mit der obergerichtlichen Rechtsprechung und dem Wortlaut von § 54 Abs. 3 GmbHG¹⁶ nicht im Einklang.

III. Zusammenfassung und Formulierungsvorschlag

Ein vorsichtiger Notar sollte aus den aufgezeigten Gründen darauf hinwirken, dass die Eintragung im Handelsregister vor Beginn des neuen Geschäftsjahres bereits vollzogen ist, und die Beteiligten entsprechend belehren. Ferner empfiehlt es sich, in zeitlich kritischen Fällen lediglich eine abstrakte Formulierung ohne Bezugnahme auf konkrete Daten für das Rumpfgeschäftsjahr zu verwenden, um die Eintragung nicht zu gefährden.¹⁷

Beispiel:

Das Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

Dies birgt allerdings die Gefahr, dass die Beteiligten den eigentlich erstrebten Erfolg trotz Eintragung nicht erreichen, wenn das Registergericht die Eintragung erst nach dem Stichtag (im Beispiel etwa im Januar) vornimmt und so ein von den Beteiligten in der Form nicht gewolltes Rumpfgeschäftsjahr entsteht.¹⁸ Hiergegen hilft nur die rechtzeitige Umsetzung der Umstellung.

IV. Steuerrechtliche Voraussetzungen der Anerkennung einer Änderung des Wirtschaftsjahres

In steuerlicher Hinsicht ist bei Kapitalgesellschaften, die ihr Wirtschaftsjahr umstellen wollen, § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG zu beachten. Danach ist eine Umstellung des Wirtschaftsjahres auf einen vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum nur wirksam, wenn sie im Einvernehmen mit dem FA vorgenommen wird. Die Norm ist wortgleich mit § 4 a Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG, der die Umstellung des Wirtschaftsjahres von Gewerbetreibenden betrifft, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist, also insbesondere von eingetragenen Kaufleuten. Die Normen werden von Finanzverwaltung, Rechtsprechung und Literatur identisch ausgelegt und angewandt.¹⁹

1. „Umstellung“ des Wirtschaftsjahres

Bereits aus dem Wortlaut folgen wichtige Einschränkungen des Anwendungsbereiches: Beide Normen setzen zunächst

eine „Umstellung“ des Wirtschaftsjahres voraus. Folglich kommen sie nicht zur Anwendung im Fall der erstmaligen Festlegung des Wirtschaftsjahres,²⁰ also vor allem bei der Neugründung einer Kapitalgesellschaft. Im Rahmen der Errichtung des Gesellschaftsvertrages ist demnach die Festlegung eines vom Kalenderjahr abweichenden Geschäftsjahres – unbeschadet der allgemeinen Missbrauchsvorschrift des § 42 AO²¹ – uneingeschränkt zulässig und bedarf zu ihrer steuerlichen Wirksamkeit auch nicht des Einvernehmens der Finanzverwaltung.²²

2. Umstellung auf vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr

Die zweite Einschränkung auf Tatbestandsseite kommt dadurch zum Ausdruck, dass § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG die Umstellung des Wirtschaftsjahres auf einen vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum verlangt. Hieraus folgt im Gegenschluss, dass die Umstellung des Wirtschaftsjahres auf das Kalenderjahr ebenfalls unbeschränkt zulässig und ein Einvernehmen des FA nicht erforderlich ist.²³ Das Zustimmungserfordernis setzt ferner Identität von Unternehmen und Unternehmer voraus, so dass bei Fehlen dieser Identität die Zustimmung nicht erforderlich ist.²⁴ Der Betriebspächter etwa kann daher ein anderes Wirtschaftsjahr wählen als der Unternehmensinhaber und jetzige Betriebsverpächter.

3. Voraussetzungen des „Einvernehmens“ der Finanzverwaltung

Liegen die vorgenannten Ausnahmen nicht vor, also bei Umstellung eines bisher dem Kalenderjahr entsprechenden Wirtschaftsjahres auf ein abweichendes Wirtschaftsjahr oder bei der Umstellung eines bisher bereits vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahres auf ein anderes, ebenfalls vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr, so ist der Anwendungsbereich von § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG eröffnet. Die Umstellung ist steuerlich nur wirksam, wenn sie „im Einvernehmen“ mit dem FA erfolgt. „Einvernehmen“ im Sinne der Norm bedeutet Zustimmung,²⁵ die entweder als Einwilligung vor der Umstellung oder als Genehmigung danach erteilt werden kann.²⁶ Der Zweck des Einvernehmenserfordernisses besteht darin, missbräuchliche Änderungen des – handelsrechtlich grundsätzlich frei wählbaren und veränderbaren – Wirtschaftsjahres zu verhindern.²⁷ Die Entscheidung über die Erteilung ist eine Ermessensentscheidung i. S. v. § 5 AO. Die Ausübung des Ermessens ist finanzgerichtlich daher nur eingeschränkt, nämlich auf Ermessensfehler, überprüfbar, § 102 FGO.²⁸ Im Rah-

²⁰ Fink in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 a EStG Rdnr. 55.

²¹ BFH, DStRE 2004, 1017, 1018 sowie bereits die Vorinstanz FG Kiel, EFG 2003, 163; kritisch Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, 8. Aufl., § 4 a Rdnr. 7.

²² Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 7 KStG Rdnr. 40; Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 8.

²³ Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 7 KStG Rdnr. 41.

²⁴ Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 7.

²⁵ BFH, BStBl II 1970, S. 85.

²⁶ Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 7 KStG Rdnr. 42.

²⁷ BFH, BStBl II 1981, S. 50, 51 unter Verweis auf BT-Drucks. II/481, S. 72; BFH, BStBl II 2007, S. 775, 776.

²⁸ BFH, BStBl II 1983, S. 672, 673; Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 7.

¹⁴ LG Frankfurt, GmbHR 1978, 112, 113.

¹⁵ So ausdrücklich BFH, GmbHR 1997, 670, 671.

¹⁶ Hierauf weist Wachter, GmbHR 2000, 227, 228 zu Recht hin.

¹⁷ Vgl. auch Herrmann, BB 1999, 2270, 2271.

¹⁸ Herrmann, BB 1999, 2270, 2271.

¹⁹ Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 7 KStG Rdnr. 42.

men der Ermessensentscheidung hat das FA vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Ziels der Missbrauchskontrolle die Belange des Steuerpflichtigen gegen die Belange der Allgemeinheit abzuwägen.²⁹ Hierzu haben sich folgende Leitlinien herausgebildet: Das Einvernehmen ist in der Regel zu erteilen, wenn der Steuerpflichtige ernsthafte betriebliche oder wirtschaftliche Gründe für die Umstellung anführen kann.³⁰ Betriebsnotwendig muss die Umstellung aber nicht sein.³¹ Anerkannt worden sind etwa das Beseitigen von Schwierigkeiten bei der Inventur zum 31.12.,³² die Rationalisierung von Betriebsabläufen,³³ die konzernweite Vereinheitlichung des Abschlussstichtages³⁴ oder die Vereinheitlichung des Abschlussstichtages von Pächter und Verpächter.³⁵ Hingegen ist das Einvernehmen in der Regel zu versagen, wenn der Steuerpflichtige lediglich steuerliche Vorteile zu erreichen oder Nachteile zu vermeiden sucht³⁶ und gerade keine beachtlichen betriebswirtschaftlichen Gründe anführen kann.³⁷

29 BFH, BStBl II 1983, S. 672, 674; BFH, BStBl II 1970, S. 85, 86.

30 Schmidt/Heinicke, EStG, 28. Aufl., § 4 a Rdnr. 15; Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 9.

31 BFH, BStBl II 1970, S. 85, 86; BFH, BStBl II 1974, S. 238, 240; Schmidt/Heinicke, EStG, § 4 a Rdnr. 15.

32 BFH, BStBl III 1967, S. 111; Fink in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 a EStG Rdnr. 64.

33 BFH, BStBl II 1983, S. 672, 674.

34 Fink in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 4 a EStG Rdnr. 64.

35 BFH, BStBl II 1970, S. 85, 86.

36 Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 9.

37 BFH, BStBl II 1981, S. 50, 51.

Typisches, jedoch nicht abschließendes³⁸ Beispiel ist der Versuch, durch die Umstellung eine Steuerpause zu erlangen.³⁹

Die Erteilung oder Versagung der Zustimmung ist ein selbständiger und selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt⁴⁰ in Form eines Grundlagenbescheides i. S. v. § 171 Abs. 10 AO und kann nach §§ 130, 131 AO aufgehoben werden.⁴¹ Sie kann verfahrenstechnisch innerhalb oder außerhalb des Veranlagungsverfahrens eingeholt werden.⁴²

Wird das Einvernehmen verweigert, ist der zu versteuernde Gewinn weiterhin nach dem vor der Umstellung des Wirtschaftsjahres maßgeblichen Wirtschaftsjahr zu ermitteln.⁴³ Der Steuerpflichtige hat dann zwei Jahresabschlüsse zu erstellen, da die Umstellung des Geschäftsjahres zivilrechtlich wirksam bleibt. Schon aus diesem Grund ist es dringend zu empfehlen, das Einvernehmen des FA vor der zivilrechtlichen Umstellung des Geschäftsjahres einzuholen. Hierzu sollte der Notar die Beteiligten im Zweifel veranlassen.

Notarassessor Dr. Christoph Suttman, LL. M. (Columbia),
Schwabmünchen

38 BFH, BStBl II 1981, S. 50, 51.

39 BFH, BStBl II 1974, S. 238, 240; BStBl II 2007, S. 775, 776.

40 BFH, BStBl II 1983, S. 672, 673.

41 Lambrecht in Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar, § 4 a Rdnr. 8 f.

42 BFH, BStBl II 1983, S. 672, 673.

43 BFH, BStBl II 1970, S. 85, 86.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. (Stand 1.1.2010): Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 7. Aufl. 2008

Mit der nachfolgenden Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wesentlichen Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

1. Auflassung – Identitätsfeststellung – Rdnr. 123

Wird in einem Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche wegen zweifelsfreier Bezeichnung der Fläche die Auflassung mitbeurkundet, genügt für den Grundbuchamtlichen Vollzug der Auflassung eine Identitätsfeststellung nach Vorlage des Messungsergebnisses. Diese Identitätsfeststellung löst als Ergänzung der Auflassung nach §§ 42, 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO lediglich eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert aus (10–20 % des Wertes des Grundstückskaufvertrages).

2. Abrufgebühren aus dem elektronischen Grundbuch – Rdnr. 155

Die Gebühr für jeden Abruf von Grundbuchdaten, auch für Folgeabrufe, beträgt gemäß Anlage zur JVKostO (Gebührenverzeichnis Nr. 701) 8 €. Die Änderung ist aufgrund ERVGBG vom 11.8.2009 (BGBl I, S. 2713) erfolgt und ist mit der Abschaffung der einmaligen Einrichtungsgebühr (500 €) und der monatlichen Grundgebühr (50 €) verbunden. Werden einzelne zu den Grundakten genommene Dokumente abgerufen, fällt hierfür eine gesonderte Gebühr von 1,50 € für jedes abgerufene Dokument an (Gebührenverzeichnis Nr. 702). Die Abrufgebühren aus dem elektronischen Grundbuch unterliegen ebenso der Umsatzsteuer wie die Abrufgebühren für den Online-Abruf aus dem Handelsregister (vgl. Rdnr. 156, 157).

3. Grundbuchberichtigung bei GbR – Rdnr. 222–224

Der BGH hat mit Beschluss vom 4.12.2008 (DNotZ 2009, 115 = MittBayNot 2009, 225 = ZEV 209, 91) entschieden, dass die GbR nur unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden kann, die nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist und der GbR Rechtsfähigkeit zuerkannt. Mit Änderung der GBO durch das am 18.8.2009 in Kraft getretene ERVGBG (BGBl I, S. 2713) ist klargestellt, dass bei Eintragung eines Rechts für die GbR auch deren Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen sind. Gleichwohl liegt auch bei einem Antrag auf Grundbuchberichtigung nur ein Berichtigungsantrag vor, der mit einer Namensberichtigung vergleichbar ist, wenn die Änderung auf dem Ausscheiden oder dem Eintritt eines Gesellschafters beruht. Ausgangswert ist nicht mehr nur der Anteil des ausscheidenden oder eintretenden Gesellschafters, sondern ein nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzender Teilwert (ca. 10–30 % des Grundstückswertes).

4. Eheverträge mit Zugewinnausgleichsregelungen – Rdnr. 294 ff.

Das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Güterrechts (Art. 13 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs und des Vormundschaftsrechts, BGBl I,

S. 1996) enthält im Gegensatz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs keine Systemänderungen. Wesentliche Änderungen sind jedoch bei der Berechnung des Zugewinns zu beachten. Kostenrechtliche Hinweise zu neuen Vertragsgestaltungen werden durch Berechnungsbeispiele (Rdnr. 328–331) gegeben.

5. Ausschluss des Versorgungsausgleichs – Rdnr. 334 ff.

Nach der Neufassung des § 1414 Abs. 2 BGB durch Art. 3 des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vom 3.4.2009 (BGBl I, S. 713, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 15.7.2009, BGBl I, S. 1939) tritt nach Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht mehr kraft Gesetzes Gütertrennung ein. Wird der Versorgungsausgleich insgesamt ausgeschlossen, ist nur der Ausschluss zu bewerten, wie schon vor der Gesetzesänderung. Mit der Reform des Versorgungsausgleichs hat der Gesetzgeber den Eheleuten mehr Gestaltungsspielräume eingeräumt, sie können im weiteren Umfang als bisher Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich treffen. Die kostenrechtlichen Folgen sind mit mehreren Beispielen dargestellt (vgl. Rdnr. 343–350).

6. Kindesunterhalt nach den §§ 1612 a – 1612 c BGB – Rdnr. 369

§ 24 Abs. 4 KostO a. F. regelte den Geschäftswert nach dem einjährigen Betrag des Unterhalts für Unterhaltsansprüche nach den §§ 1612 a – 1612 c BGB. Solche Vereinbarungen zwischen dem minderjährigen Kind und dem unterhaltspflichtigen Elternteil waren schon bisher nach § 55 a KostO gebührenfrei. Folgerichtig war die Aufhebung dieser Vorschrift durch Art. 47 FGG-RG (BGBl I, 2008, S. 2586, 2711).

7. Ehe- und Erbvertrag, Errichtung getrennter Urkunden – Rdnr. 396

§ 46 Abs. 3 KostO regelt das Kostenprivileg, wenn ein Ehevertrag gleichzeitig mit einem Erbvertrag verbunden wird. Streitig ist, ob § 46 Abs. 3 KostO auch dann gilt, wenn Ehe- und Erbvertrag in getrennten Urkunden errichtet werden. Das OLG München (ZNotP 2010, 79) bejaht die Anwendung des § 46 Abs. 3 KostO trotz getrennter Beurkundung, die Notarkasse lehnt die Anwendung weiterhin ab.

8. Elektronischer Rechtsverkehr – XML-Daten – Rdnr. 417 ff.

Für die Eingabe von Anmeldetatsachen in die Software „X-Notar“ fällt nach herrschender Meinung in der Literatur eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Die Rechtsprechung sieht demgegenüber in der Erstellung der XML-Strukturdaten eine gebührenfreie Nebentätigkeit zur Registeranmeldung und lehnt eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO ab (nunmehr auch OLG Düsseldorf, RNotZ 2009, 672 m. abl. Anm. *Elsing*; OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2010, 8 W 282/09).

Derzeit stehen sich die beiden Auffassungen gegenüber. Der Gesetzgeber wird im Rahmen der KostO-Reform gefordert sein, hier Klarheit zu schaffen. Bis zur Vorlage einer Entscheidung des BGH zu diesem Sachverhalt wird man beide Auffassungen vertreten können.

9. Entwurfsauftrag – Rdnr. 434

Häufigster Gegenstand von Verfahren nach § 156 KostO ist die Frage, ob eine vom Notar abgerechnete Entwurfsgebühr gerechtfertigt ist oder nicht. Häufig scheidet eine Entwurfsgebühr schon am Nachweis eines Entwurfsauftrags. Dieser braucht nicht ausdrücklich erteilt zu sein, muss aber vom Notar zur Überzeugung des Gerichts dargelegt werden können. Auch wenn der Auftrag zunächst nur von einem von mehreren Beteiligten erteilt wird, andere Beteiligte aber aktiv in die inhaltliche Gestaltung des Entwurfs eingreifen und den Notar unmittelbar mit Änderungen beauftragen, werden auch diese zum Auftraggeber und damit zum Kostenschuldner der Entwurfsgebühr.

10. Serienentwurf – Rdnr. 453

Fertigt der Notar im Auftrag für eine größere Anzahl von Käufern einen im Prinzip gleichlautenden Grundstückskaufvertrag, der Grundlage für den Abschluss mehrerer gleichartiger Einzelverträge sein soll, liegt eine Entwurfertigung i. S. d. § 145 Abs. 1 KostO vor. Der Geschäftswert bestimmt sich in diesem Falle nach herrschender Meinung, die inzwischen vom BGH (DNotZ 2009, 234 = MittBayNot 2009, 63 = ZNotP 2008, 502 = NotBZ 2008, 458) bestätigt worden ist, nach dem Gesamtwert der beabsichtigten Einzelgeschäfte.

11. Zurücknahme eines Beurkundungsantrags – Rdnr. 603

Wird ein Beurkundungsantrag ohne vorherige Verhandlung und ohne Hinausgabe von Entwürfen, die den Tatbestand des § 145 KostO erfüllen, zurückgenommen, fällt eine $\frac{1}{4}$ Gebühr nach § 130 Abs. 2 KostO an. Die bisherige Höchstgebühr von 20 € wurde durch das am 1.9.2009 in Kraft getretene FGG-RG vom 17.12.2008 (BGBl I, S. 2711, 2713) auf 250 € angehoben (vgl. hierzu auch *Tiedtke/Diehn*, ZNotP 2009, 385, 388).

12. Kostenanspruch – Hemmung der Verjährung, Verwirkung – Rdnr. 713–715

Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 KostO, § 203 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Geschäftswert noch zu ermitteln ist. Voraussetzung ist, dass die Beteiligten Wertangaben oder Unterlagen schulden. Die Verjährung wird auch gehemmt, wenn der Kostenschuldner beim LG den Antrag auf Überprüfung der Kostenberechnung stellt (vor Inkrafttreten des FGG-RG zum 1.9.2009 war dies noch streitig). Der Kostenanspruch des Notars unterliegt auch nicht der Verwirkung, selbst dann nicht, wenn der Notar bezüglich der Einforderung seines Kostenanspruchs untätig bleibt.

13. Gesellschaftsrecht – Handelsrecht – Registerrecht – Rdnr. 741 ff.

In diesem Bereich waren Änderungen insbesondere aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl 2008 I, S. 2026), veranlasst.

Berücksichtigt sind insbesondere:

- alle Registeranmeldungen zur Gründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) unter Berücksichtigung der Sondervorschrift des § 41 d KostO (z. B. Rdnr. 745, 754, 788);
- die isolierte Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift (Rdnr. 844 ff.), die zusätzliche Anmeldung einer

anderen Postanschrift oder eines Empfangsbevollmächtigten (Rdnr. 848);

- Auswirkungen auf die Anmeldung einer englischen *Limited* durch Einfügung eines Mindestwertes für Registeranmeldungen nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO von 25.000 € (Rdnr. 872);
- Beschlussbeurkundungen bei UG (haftungsbeschränkt) oder im vereinfachten Verfahren gegründeter GmbH (Rdnr. 908 ff.);
- kostenrechtliche Behandlung der Errichtung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt), die gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG mittels Musterprotokoll im vereinfachten Verfahren gegründet wird, unter Berücksichtigung des neu in § 39 Abs. 5 KostO eingefügten Mindestwertes von 25.000 € für Gesellschaftsverträge. Soweit eine Gründung im vereinfachten Verfahren erfolgt (mittels Musterprotokoll), ist der Mindestwert von 25.000 € gemäß § 41 d KostO nicht anwendbar;
- Besonderheiten für die kostenrechtliche Behandlung von Änderungen des Gesellschaftsvertrags einer im vereinfachten Verfahren gegründeten UG (haftungsbeschränkt) oder GmbH vor und nach Eintragung in das Handelsregister (Rdnr. 1024 ff.);
- kostenrechtliche Behandlung der Geschäftsführerbestellung und -abberufung (Rdnr. 1038 ff.).

14. Geschäftsanteilsabtretung, Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG – Rdnr. 947 ff., 959 ff.

Durch das MoMiG ist der Umfang der Mitwirkung des Notars bei Veränderungen im Gesellschafterbestand oder im Umfang der Beteiligungsverhältnisse in Bezug auf die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste erheblich ausgeweitet worden. Bei Mitwirkung des Notars hat dieser nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine von ihm unterzeichnete Gesellschafterliste mit einer Wirksamkeitsbescheinigung einzureichen. Zum Stand der Diskussion, ob die bescheinigte Gesellschafterliste kostenpflichtig nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO ist oder ob eine gebührenfreie Nebentätigkeit i. S. v. § 35 KostO vorliegt, wie das OLG Stuttgart (ZNotP 2009, 448 m. abl. Anm. *Sikora/Tiedtke*, ZNotP 2009, 432; MittBayNot 2009, 488 m. abl. Anm. *Sikora*; RNotZ 2009, 615 m. abl. Anm. *Diehn*) meint, wird in den Rdnr. 961 ff. Stellung genommen. Auch zur Frage, wer Kostenschuldner der bescheinigten Liste ist, finden sich Ausführungen unter Rdnr. 965. Dieses Kapitel wird durch Beispielsberechnungen abgerundet.

15. Anmeldungen zum Vereinsregister – Rdnr. 878

Anmeldungen zum Vereinsregister werden nach § 29 KostO bewertet. Fraglich war bislang, ob die zu § 41 a KostO entwickelten Grundsätze zur Mehrheit von Anmeldungen entsprechend anwendbar sind. Dies hat das OLG Hamm (Jur-Büro 2009, 435) bejaht und damit die Auffassung der Notarkasse bestätigt.

16. Bewertung von Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften – Rdnr. 975 ff.

In der Neuauflage vertritt die Notarkasse noch pauschal die Auffassung, dass sich der Wert einer Beteiligung an einer Personengesellschaft nach der Quote am Aktivvermögen der Gesellschaft bestimmt, Schulden sind gemäß § 18 Abs. 3 KostO nicht abzuziehen. Zur Bewertung von Kommanditbeteiligungen hat der BGH mit Beschluss vom 20.10.2009 (MittBayNot 2010, 232 – in diesem Heft m. Anm. *Tiedtke*)

Hecht) eine andere Auffassung vertreten. Danach sei Gegenstand der Veräußerung eines Kommanditanteils nicht das Gesamthandsvermögen oder eine hieran bestehende Beteiligung, sondern die Mitgliedschaft als solche. Übertragen werde weder ein Anteil am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen. Deshalb sei der Wert einer Kommanditbeteiligung nach freiem Ermessen gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen, ohne dass das Schuldenabzugsverbot gemäß § 18 Abs. 3 KostO eingreift. Zur Umsetzung der Entscheidung des BGH wird auf die in Kürze zu erwartenden Veröffentlichungen samt Anmerkungen hingewiesen.

Fraglich ist weiterhin, ob von der BGH-Rechtsprechung auch andere Beteiligungen an Personengesellschaften betroffen sind, oder ob es für persönlich haftende Gesellschafter bei der bisherigen Rechtslage verbleibt. Für Kommanditisten gilt, dass Forderungen gegen die Kommanditgesellschaft am Gesamthandsvermögen der Gesellschaft lasten und nicht auf der Mitgliedschaft. Dem ist deshalb zu folgen, weil der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft nicht für deren Verbindlichkeiten haftet, wenn er seine Einlage geleistet hat (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB).

Anders ist die Rechtslage für Komplementäre, Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie haften gemäß § 128 Satz 1 HGB (für die GbR analog, für den Komplementär i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB), persönlich, unbeschränkt und unmittelbar als primäre Schuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese Haftung des einzelnen Gesellschafters lastet nach § 128 HGB unmittelbar an der Mitgliedschaft und ist deshalb kostenrechtlich als Verbindlichkeit i. S. d. § 18 Abs. 3 KostO anzusehen. Der untrennbare Zusammenhang der Haftung für Verbindlichkeiten als Mitverpflichtung des persönlich haftenden Gesellschafters schließt, anders als bei der Kommanditbeteiligung, die Nichtanwendbarkeit des § 18 Abs. 3 KostO aus.

Die Entscheidung des BGH vom 20.10.2009 wurde erst nach dem Druck des Streifzugs durch den BGH veröffentlicht und konnte in der Neuauflage daher nicht mehr berücksichtigt werden.

17. Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Rdnr. 1156

Durch das zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 (BGBl I, S. 542) wurden grenzüberschreitende Verschmelzungen zugelassen. Die Notarkasse hat in der Voraufgabe unter Rdnr. 1099 erste kostenrechtliche Hinweise gegeben und in der Neuauflage aktualisiert. Es liegt stets eine übertragende Verschmelzung vor, so dass es sich in rechtsdogmatischer Hinsicht um einen Verschmelzungsvertrag und nicht um einen einseitigen Rechtsakt handelt (er entspricht weitgehend den Vorgaben des § 5 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag, der zugleich den Verschmelzungsplan beinhaltet, ist ein Vertrag, der eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO auslöst.

18. Dienstbarkeiten für Windkraftanlagen, Photovoltaikanlagen – Rdnr. 1236 ff.

Die Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zur Sicherung von Anlagen zur alternativen Energiegewinnung nimmt in der Praxis deutlich zu. Der Geschäftswert für Nutzungsdienstbarkeiten ist regelmäßig nach § 24 KostO zu bestimmen. Probleme bereitet jedoch in vielen Fällen der Anknüpfungspunkt an die Wertbestimmung. In den Rdnr. 1236 und 1237 werden Hinweise zur Wertbestimmung anhand verschiedener Fallgestaltungen gegeben.

19. Berechnung des Grundstückswertes – Rdnr. 1304 ff.

Für Grundstücke ist nach § 19 Abs. 2 KostO der Verkehrswert im Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit zu bestimmen, es sei denn, es liegt eine Ausnahme nach § 19 Abs. 4 KostO vor (vierfacher Einheitswert für land- oder forstwirtschaftliche Betriebe). Der Notar ist verpflichtet, alle in § 19 Abs. 2 KostO normierten Bewertungsverfahren heranzuziehen. Die Beteiligten sind zur Mitwirkung und zur wahrheitsgemäßen Angabe verpflichtet (§ 138 ZPO). Die Verpflichtung, den Wert nach § 19 Abs. 2 KostO zu bestimmen, lässt zunächst keinen Rückgriff auf Werte, die auf der Grundlage der geänderten Bewertungsvorschriften des Bewertungsgesetzes (§§ 9, 177 BewG) beruhen, zu. Diese Werte können jedoch dann herangezogen werden, wenn der Notar mangels Anhaltspunkten und wegen Weigerung der Beteiligten auf eine Wertschätzung angewiesen ist.

20. Gebäudewert nach Brandversicherungssumme – Rdnr. 1314

Bei Drucklegung der 8. Auflage des Kostenstreifzugs galt noch die Baukostenrichtzahl von 14,8 mit Stand vom 1.10.2008. Diese Richtzahl wurde zwar ab 1.10.2009 auf 15,0 erhöht, eine Anpassung der bisherigen Richtzahlen (vgl. Anhang II zum Streifzug 8. Auflage) ist jedoch wegen Geringfügigkeit unterblieben. Nach Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz erfolgt eine Anpassung der zuletzt erstellten Tabelle nur dann, wenn gegenüber der letzten Baukostenrichtzahl eine Änderung um mindestens 0,5 Punkte eingetreten ist (vgl. Fn. 1 zu Anhang II des Streifzugs). Es gilt damit unverändert die von der Notarkasse in MittBayNot 2009, 80 veröffentlichte Tabelle, die mit Anhang II des Kostenstreifzugs identisch ist.

21. Fälligkeitsmitteilung und Hinterlegung des Kaufpreises – Rdnr. 1350

Die Notarkasse vertrat schon bisher die Auffassung, dass die vom Notar auftragsgemäß erteilte Fälligkeitsmitteilung im Falle der Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto mit der Hebegebühr abgegolten ist. Diese Auffassung hat der BGH (MittBayNot 2009, 399 = ZNotP 2009, 287 = JurBüro 2009, 492) bestätigt.

22. Umsatzsteueroption im Grundstückskaufvertrag – Rdnr. 1452

Die Notarkasse vertrat schon in der Voraufgabe den Standpunkt, dass eine Umsatzsteueroption im Grundstückskaufvertrag als Vertragsbedingung nicht zusätzlich zu bewerten ist. Dies wurde durch das OLG Hamm, das OLG Düsseldorf sowie das PfälzOLG Zweibrücken bestätigt. Enthält ein Grundstückskaufvertrag auch eine Vereinbarung über mitverkauftes Inventar oder Betriebsvorrichtungen, gelten die Vorschriften des § 4 Nr. 9 und § 19 b Abs. 1 Nr. 3 UStG nicht. Die darauf entfallende Umsatzsteuer ist bei der Bestimmung des Geschäftswertes werterhöhend zu berücksichtigen.

23. Zitiergebot einer notariellen Kostenberechnung – Rdnr. 1532

Zum Zitiergebot für notarielle Kostenberechnungen gemäß § 154 Abs. 2 KostO sind seit der Voraufgabe mehrere Entscheidungen ergangen. Zu erwähnen sind insbesondere:

BGH, DNotZ 2009, 315 = MittBayNot 2009, 321 = RNotZ 2009, 107 = ZNotP 2009, 166, wonach der Notar die Wertvor-

schriften auf der Kostenberechnung anzugeben hat. Im Verfahren nach § 156 KostO ist das LG verpflichtet, den Notar auf Formmängel hinzuweisen.

BGH, DNotZ 2008, 796 = MittBayNot 2008, 409 = ZNotP 2008, 293 = RNotZ 2008, 502, wonach die Angabe des § 32 KostO in der Kostenberechnung zwingend ist, wenn wertabhängige Gebühren berechnet werden.

24. Verfahren nach § 156 KostO – Rdnr. 1549 ff.

Mit Wirkung zum 1.9.2009 wurde die Kostenordnung durch Art. 47 FGG-RG (BGBl I 2008, S. 2586) geändert. An die Stelle des Beschwerdeverfahrens gegen notarielle Kostenrechnungen ist das Rechtsmittelverfahren getreten. Durch die Neufassung des § 156 KostO wurden die Rechtsschutzmöglichkeiten des Kostenschuldners erweitert. Mit § 156 Abs. 4 KostO wurde eine dritte Instanz eingeführt, das OLG als zweite Instanz ist nunmehr eine weitere Tatsacheninstanz.

25. Umsatzsteuerfragen bei Notarkostenberechnungen – Rdnr. 1669 ff.

Gemäß § 151 a KostO erhält der Notar Ersatz der auf seine Kosten entfallenden Umsatzsteuer, sofern diese nach dem UStG nicht unerhoben bleiben. In diesem Zusammenhang stellt sich nach Änderung des UStG mit Wirkung zum 1.1.2010 insbesondere bei Amtstätigkeiten mit Auslandsbezug die Frage, ob der Notar in seiner Kostenberechnung eine Umsatzsteuer ausweisen kann und ob ihn bei Erbringung grenzüberschreitender Leistungen besondere Meldepflichten treffen. Die Prüfungsabteilung kann naturgemäß in Steuerfragen nur allgemeine Hinweise geben (vgl. Rdnr. 1671, 1672). In Einzelfällen muss der Notar seine Kostenberechnung selbst im Hinblick auf eine auszuweisende Umsatzsteuer prüfen. Hierzu wird die Bundesnotarkammer in einem Rundschreiben Stellung nehmen (siehe z. B. auch *Ihle*, notar 2010, 75).

26. Treuhandaufgaben an den Notar – Rdnr. 1729

In vielen Fällen werden dem Notar im Rahmen der Einholung von Lastenfreistellungserklärungen zum Vollzug von Grundstückskaufverträgen Treuhandaufgaben durch Gläubiger erteilt. Notar und Gläubiger müssen dabei über die wesentlichen Vertragselemente eine Einigung erzielen, insbesondere über Art und Inhalt der Auflage. Die Abwicklung des Treuhandauftrages betrifft nach Auffassung der Notarkasse nicht unmittelbar den Vollzug des Grundstückskaufvertrages, sondern dient der Abwicklung des Rechtsverhältnisses des Verkäufers zu seinem am Kaufvertrag nicht beteiligten Gläubiger. Die Notarkasse vertritt daher mit der herrschenden Meinung in der Literatur die Auffassung, dass die Übernahme von Treuhandaufgaben nach § 147 Abs. 2 KostO gebührenpflichtig ist und sieht sich durch die BGH-Entscheidung vom 13.7.2006 (DNotZ 2006, 954 = MittBayNot 2007, 71 = ZNotP 2006, 397) bestätigt. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte lehnt eine Gebühr für die Abwicklung der Treuhandaufgaben ab und vertritt den Standpunkt, dass diese Tätigkeit mit der Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO abgegolten sei.

Der BGH hat bislang nicht zu dieser Kostenfrage entschieden. Bei der KostO-Reform soll hierfür ein konkreter Tatbestand in die Kostenordnung aufgenommen werden, weil der Gesetzgeber hierin eine haftungsrechtliche Aufgabe des Notars sieht, die gegenüber der Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto deutliche Kostenvorteile bietet. Derzeit laufen zur Klärung dieser Streitfrage nach geltendem Recht weitere Verfahren nach § 156 KostO.

27. Vorkaufsrechtsanfragen nach dem Naturschutzrecht – Rdnr. 1733

Auch in der Neuauflage sind Hinweise zur Bewertung von Vorkaufsrechtsanfragen nach dem BayNatSchG enthalten. Da solche Vorkaufsrechte nicht grundbuchsperrend sind, liegt keine Vollzugstätigkeit nach § 146 KostO vor, sondern eine betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO. Anzunehmen ist ein Teilwert von etwa 5 bis 10 % des Veräußerungsgeschäftes.

Zum 1.3.2010 ist das BNatSchG in Kraft getreten (BGBl I 2009, S. 2542). Damit wurde erstmals in allen Bereichen unmittelbar geltendes bundeseinheitliches Naturschutzrecht geschaffen. Für die notarielle Praxis von Bedeutung ist die Einführung eines Vorkaufsrechts an Grundstücken, die beispielsweise in Naturschutzgebieten liegen und auf denen sich u. a. Naturdenkmäler oder oberirdische Gewässer befinden (§ 66 BNatSchG). Der Notar wird somit in Fällen, in denen ein Vorkaufsrecht bestehen kann, mit einer sog. Doppelerklärung über das Nichtbestehen bzw. die Nichtausübung von bundes- und landesrechtlichem Naturschutzvorkaufsrecht anfragen. Zuständig ist für beide Anfragen dieselbe Behörde, wodurch nach Auffassung der Notarkasse von einem einheitlichen Geschäft auszugehen ist, für das nur eine Nebentätigkeitsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angesetzt werden kann. Dieser Sachverhalt konnte naturgemäß noch keine Berücksichtigung in der Neuauflage finden, da bei Drucklegung das Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht feststand.

28. Betreuungs- oder familienrechtliche Genehmigungen – Rdnr. 2031

Mit Inkrafttreten des FamFG zum 1.9.2009 haben sich zwar im Umfang der genehmigungspflichtigen Geschäfte keine Änderungen ergeben (§§ 1643, 1819 ff., 1908 i Abs. 1 Satz 1 und 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB), die Tätigkeiten des Notars bezüglich des Genehmigungsverfahrens beim Familien- oder Betreuungsgericht haben aber deutlich zugenommen. Die Notarkasse vertritt in der Neuauflage die Auffassung, dass alle Tätigkeiten, die mit der Antragstellung zur Erteilung der Genehmigung, der Bestellung eines Verfahrensbeistandes oder Ergänzungspflegers zusammenhängen, in den unmittelbaren Vollzugsbereich fallen und damit durch die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO abgegolten werden. Alle weiteren Tätigkeiten zur Herbeiführung der Rechtswirksamkeit (durch ein Rechtskraftzeugnis gemäß § 46 FamFG) aufgrund einer dem Notar erteilten erweiterten Doppelvollmacht lösen neben der Vollzugsgebühr eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus. Auch wenn hierzu mehrere Schritte notwendig sind (Rechtsmittelverzichte für die gesetzlichen Vertreter, den Verfahrensbeistand, eventuell den Ergänzungspfleger usw.; Erteilung und Entgegennahme von Erklärungen für die Beteiligten zur Wirksamkeit der Genehmigung usw.), hält es die Notarkasse für geboten, nur eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben. Auch wenn sich rechtsdogmatisch die Erhebung mehrerer Betreuungsgebühren vertreten ließe, spricht doch vieles für eine Einheit aller Tätigkeiten, die der Rechtswirksamkeit der Genehmigung dienen. Nachdem der Umfang der Tätigkeiten gestiegen ist, könnte es sachgerecht sein, den Teilwert entsprechend anzuhäben (20 – 30 % des Ausgangswertes).

29. Schiffsregister – Rdnr. 1768 ff.

Neu aufgenommen wurden kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung für Kaufverträge über Schiffe einschließlich der Anmeldung zum Schiffsregister bzw. Binnenschiffsregister.

Das Kapitel wird durch kostenrechtliche Hinweise zur Schiffshypothek abgerundet.

30. Bewertung von Unternehmerleistungen nach § 24 Abs. 3 KostO – Rdnr. 1848

Werden wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen im Rahmen eines Überlassungsvertrages vereinbart, ist § 24 Abs. 3 KostO (höchstens fünffacher Jahreswert) zu berücksichtigen, wenn das Recht nahen Angehörigen eingeräumt wird. § 24 Abs. 3 KostO ist aber nicht anwendbar, wenn auf der einen Seite eine OHG oder KG, auf der anderen Seite einer ihrer Gesellschafter beteiligt ist, selbst dann nicht, wenn alle Mitglieder der OHG/KG in dem in § 24 Abs. 3 KostO bezeichneten Verhältnis stehen. Gleiches gilt nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der damit verbundenen weitgehenden Gleichstellung mit den Handelsgesellschaften auch für die GbR (so auch OLG München, MittBayNot 2009, 163). Die Notarkasse hat ihre noch in der Voraufgabe vertretene gegen- teilige Auffassung im Hinblick auf die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für die GbR aufgegeben.

31. Verlosung, Auslosung – Rdnr. 1894

Neu aufgenommen wurden kostenrechtliche Ausführungen zur Verlosung oder zu Auslosungen. Ausführungen finden sich in den Rdnr. 1894 bis 1899.

32. Vorsorgevollmachten – Rdnr. 1974

Die Beurkundung von Vorsorgevollmachten ist Praxisalltag. Auch die Neuauflage des Kostenstreifzugs enthält kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung von Vorsorgevollmachten. Die neuere Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass auf den nach § 41 Abs. 2 KostO anzunehmenden Wert nach dem Aktivvermögen ohne Schuldenabzug dann Abschläge vorgenommen werden können, wenn der Bevollmächtigte die Voll-

macht im Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit nicht ausüben kann. Dies wird durch den Rückbehalt der Ausfertigung für den Bevollmächtigten erreicht. Für diesen Fall sieht die Rechtsprechung Abschläge bis zu 50 % vor. Demgegenüber ist das OLG Zweibrücken (MittBayNot 2009, 401 m. Anm. der Prüfungsabteilung) der Auffassung, dass auch bei Rückbehalt der Ausfertigung der volle Wert des Aktivvermögens ohne Schuldenabzug anzunehmen sei. Auch diese Meinung wird man in der Praxis mit guten Gründen vertreten können.

Einhellig wird jedoch in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass interne Anweisungen keinen Einfluss auf den Geschäftswert haben.

33. Verwalterbestellung – Unterschriftsbeglaubigung – Rdnr. 2141

Bei der Beglaubigung der Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen auf der Niederschrift, betreffend die Bestellung des Verwalters durch die Eigentümerversammlung, ist der Geschäftswert nach § 30 Abs. 2 KostO im Regelfall mit 3.000 € zu bestimmen. Insbesondere bei Gebäuden mit einer größeren Anzahl von Einheiten ist ein Abweichen vom Regelwert angemessen. Nach einer BGH-Entscheidung (DNotZ 2009, 315 = MittBayNot 2009, 321 = RNotZ 2009, 107) ist ein Wert von 300 € bis 500 € pro Einheit anzunehmen.

34. Druckfehler – Rdnr. 845, 883

Rdnr. 845: Bei dem Berechnungsbeispiel beträgt die ⁵/₁₀-Gebühr aus 25.000 € statt 13 € richtig 42 €.

Rdnr. 883: Der Geschäftswert beträgt richtig 25.000 € statt 325.000 €.

Wir bitten die Druckfehler zu entschuldigen.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Ulrich Lebert, Kelheim,
verstorben am 7.4.2010

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2010:

Notar Sebastian Herrler, Weiden i. d. Opf.
(Geschäftsführer des DNotf)

Mit Wirkung vom 1.8.2010:

Notar Dr. Wolfgang Walter, Landsberg a. Lech

Mit Wirkung vom 1.10.2010:

Notar Dr. Hans-Rainer Gebhard, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2010:

Augsburg dem Notarassessor
Alexander Sturz
(bisher in Augsburg
Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/
Dr. Bernhard)

Eichstätt dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notarin Dr. Ingmar Wolf
Dr. Ursula Philipp) (bisher in München
Notarstellen Dr. Kössinger/
Dr. Bräu)

Weiden i. d. Opf. dem Notarassessor
Sebastian Herrler
(bisher in Bamberg
Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Weiden i. d. Opf. dem Notarassessor
Dr. Damian Najdecki
(bisher in München
Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Mit Wirkung vom 15.4.2010:

Bad Berneck dem Notar
Dr. Dr. Stephan Forst

Mit Wirkung vom 1.5.2010:

Immenstadt dem Notarassessor
Dr. Tobias Pfundstein
(bisher in München
Notarstellen Kirchner/Thiede)

Mit Wirkung vom 1.6.2010:

Abensberg dem Notarassessor
Matthias Bierhenke
(bisher in Pappenheim
Notarstelle Metzger)

Kempen dem Notar
(in Sozietät mit Notar Wolfgang Hoffmann
Dr. Lorenz Bülow) (bisher in Vilshofen)

Landsberg a. Lech dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Alexander Krafka
Dr. Wolfgang Walter) (bisher in Passau)

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

Aschaffenburg dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Marcus Bergerhoff
Dr. Stephan Seidl) (bisher in Rothenburg
o. d. Tauber)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Konrad Lautner
Dr. Tilman Götte) (bisher in Straubing)

Ochsenfurt der Notarassessorin
(in Sozietät mit Notar Veronika Grömer
Thomas Zöpfl) (bisher in Würzburg
Notarstellen Prof. Dr. Limmer/
Dr. Friedrich)

Mit Wirkung vom 1.8.2010:

Haßfurt der Notarassessorin
Dr. Manuela Müller
(bisher in Regensburg
Notarstellen Dr. Thalhammer/
Schünemann)

Mit Wirkung vom 1.10.2010:

Dachau dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Felix Odersky
Dr. Johann Mayr) (bisher Erlangen)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2010:

Dr. Bernadette Bord, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/
Dr. Hofstetter)

Mit Wirkung vom 1.4.2010:

Inga Franzen, Pirmasens (Notarstelle Küper)
Arne Henn, Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister)
Dr. Florian Meininghaus, Landsberg a. Lech (Notar-
stellen Dr. Rapp/Regensburger)

5. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2010:

Nadine Baumeister, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Eigner/
Zöpfl)

Andrea Bürger, München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Claudia Franke, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle
Koch)

Anja Härterich, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Katharina Hirl, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Daniela Hock, Wörth a. Rhein (Notarstelle Schneider)

Angelika Kammerer, München (Notarstellen Uhlig/
Schmitt)

Miriam Lanzhammer, Ingolstadt (Notarstellen Ampen-
berger/Fembacher)

Kathrin Lichtenwald, Kelheim (Notarstelle Dr. Benz)

Marcel Maue, Ludwigshafen (Notarstelle Draxel-Fischer)

Christina Michalke, München (Notarstellen Dr. Wenner/
Dr. Riemenschneider)

Birgit Nagel, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/Pöll-
mann-Budnick)

Jochen Ott, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)
 Florian Raab, Roding (Notarstelle Mayer)
 Tamara Rogall, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl)
 Manuel Rothhammer, Straubing (Notarstellen Lautner/Satzl)
 Carina Schäfer, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl)
 Simone Stegmayr, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)
 Martina Wolfgruber, Traunstein (Notarstelle Haselbeck)
 Tina Zuber, Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Franziska Armbruster, Kelheim (Notarstelle Dr. Benz), ist auf eigenen Wunsch zum 14.3.2010 ausgeschieden.

Notarassessor Dr. Ulrich Gößl, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhöfer), ab 6.4.2010 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessorin Katrin Leßniak, München (Notarkasse A.d.ö.R.), ab 29.3.2010 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessorin Dr. Susanne Schneider, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 7.4.2010 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Notarassessor Dr. Christoph Suttman, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 1.5.2010 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Martin Soutier, Mindelheim (Notarstelle Franzmann), ab 24.3.2010 in München (Notarkasse A.d.ö.R.)

Die Notarstelle Neunburg vorm Wald wurde mit Wirkung vom 1.4.2010 aufgehoben. Notar Philipp Hruschka, Oberviechtach, führt die Geschäftsstelle in Neunburg vorm Wald fort. Er verwahrt die Urkunden von Notarin Dr. Andrea Jursnik.

Infolge der Aufhebung der Notarstelle Neunburg vorm Wald wurde die Gemeinde Bodenwöhr der Notarstelle Nittenau zugeordnet. Ferner wurden die Amtsbereiche der Notarstellen in Nittenau, Regensburg und Roding mit Wirkung vom 1.4.2010 wie folgt neu geordnet: Die Gemeinde Bernhardswald wurde insgesamt dem Amtsbereich der Notarstelle Nittenau zugeordnet. Der Gemeindeteil Dieberg der Gemeinde Walderbach wurde dem Amtsbereich der Notarstelle Roding zugeordnet.

Die Notarstelle Rehau wurde mit Wirkung vom 1.4.2010 aufgehoben. Notar Jens Haßelbeck, Hof, führt die Geschäftsstelle in Rehau mit gleicher Telefon- und Faxnummer fort. Er verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Jörn Heinemann.

Die Notarstelle Augsburg (bis 28.2.2010 Notar Georg Engelhardt) wird mit Wirkung vom 1.5.2010 aufgehoben. Notar Christoph Moes verwahrt die Urkunden von Notar Georg Engelhardt.

Inspektorin i. N. Manja Bauer, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma), ab 1.4.2010 in Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Amtmann i. N. Rupert Böhm, Simbach (Notarstelle Dr. Mayer), ab 1.4.2010 in Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Fraunhammer)

Amtmann i. N. Johann Hamperl, Neunburg v. Wald (Notarstelle Dr. Jursnik), ab 1.4.2010 in Oberviechtach (Notarstelle Hruschka)

Amtmann i. N. Markus Hilbig, Rehau (Notarstelle Dr. Heinemann), ab 1.4.2010 in Hof (Notarstelle Haßelbeck)

Oberinspektorin i. N. Gabriele Götz, Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt), ab 1.6.2010 in Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Senftleben)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Notariatsrat i. N. Alfred Tragl, Ingolstadt (Notarstellen Ampenberger/Fembacher), ab 1.10.2010 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Mayer, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 1.1.2011 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Coburg, Notarstellen Dr. Heisel/Dr. Heisel,
 E-Mail: info@notare-heisel-coburg.de

Lauingen, Notarstelle Schmitt,
 E-Mail: mail@notar-schmitt-lauingen.de

Ludwigshafen a. Rh., Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl,
 E-Mail: info@notare-wilke-pohl.de

München, Notarstellen Huwendiek/Dr. Knapp,
 Rindermarkt 16, 80331 München
 E-Mail: info@notare-huwendiek-knapp.de

München, Notarstellen Dr. Wenner/Dr. Riemenschneider,
 E-Mail: notare@perusa5.de
 Homepage: www.notare-perusa5.de

Neunburg vorm Wald, Geschäftsstelle Notar Hruschka
 Buchbindergasse 28, 92431 Neunburg vorm Wald
 Telefon: 09672 9223-0
 Telefax: 09672 922325
 E-Mail: neunburg@notar-hruschka.de

Rosenheim, Notarstellen Dr. Düwel/Aigner,
 Telefon: 08031 3529000
 E-Mail: notar@aigner-duewel.de

SONSTIGES

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

am Mittwoch, 19.5.2010, 16.30 s. t.

Aktuelle Probleme zum Grundstücksrecht

Referate: **Einheimischenmodelle ohne Einheimische
– Gestaltungsprobleme bei Baulandaus-
weisungen und Bauplatzveräußerungen**
Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*,
Regen

**Die GbR im Grundstücksrecht nach dem
ERVGBG**

Notar *Konrad Lautner*, Straubing

Die Wiederaufladung der Vormerkung
Prof. Dr. *Johannes Hager*, München

Ort:

Ludwig-Maximilians-Universität, Geschwister-Scholl-Platz 1,
80539 München, Hörsaal wird rechtzeitig unter www.notar-rechtsinstitut.de bekannt gegeben.

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München, Tel.: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kosten-
frei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmel-
dung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang
teilnehmen. Sie können sich gerne auch per E-Mail anmelden.

Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf
Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von
50 € (nur Barzahlung) persönlich ausgehändigt.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. 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

Drittes Dresdner Forum für Notarrecht am Freitag, 11.6.2010

E-Justiz: Notare als Mittler und Motoren im elektronischen Rechtsverkehr

- 9.15 Uhr Registrierung der Teilnehmer
- 9.30 Uhr Begrüßung durch Prof. Dr. *Wolfgang Lüke*, LL. M. (Chicago), TU Dresden, und Notar Dr. *Joachim Püls*, Dresden, Präsident der Notarkammer Sachsen
- 9.45 Uhr **Verbraucherschutz durch Notare im Wandel der Zeit: – Anforderungen an die verbraucherschützende Qualität notarieller Tätigkeit im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs**
Prof. Dr. *Wolfgang Lüke*, LL. M. (Chicago) anschließend Diskussion
- 11.00 Uhr Vormittagskaffeepause
- 11.15 Uhr **Elektronischer Rechtsverkehr und bürgernahe Justiz**
Dr. *Wilfried Bernhardt*, Staatssekretär im Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Europa anschließend Diskussion
- 12.30 Uhr Mittagspause (Imbiss in der Teilnehmergebühr inbegriffen)
- 13.30 Uhr **Die Einführung des ELRV in Grundbuchsachen im Freistaat Sachsen**
Dr. *Ulrike Riedel*, Sächsisches Staatsministerium der Justiz und für Europa
Elektronischer Rechtsverkehr in Grundbuchsachen aus der Sicht des Notars
Notar Dr. *Dominik Gassen*, Bonn anschließend Diskussion
- 15.00 Uhr Nachmittagskaffeepause
- 15.15 Uhr **E-Justiz: Perspektiven in Deutschland und Europa**
Notar Dr. *Joachim Püls* anschließend Diskussion

Tagungsort:

Konferenz-Zentrum der Sächsischen Aufbaubank, Pirnaische Straße 9, 01069 Dresden

Tagungsleitung:

Prof. Dr. *Wolfgang Lüke*, LL. M. (Chicago), Technische Universität, Dresden

Dr. *Joachim Püls*, Präsident der Notarkammer Sachsen, Dresden

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle mit dem elektronischen Rechtsverkehr befassten Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach der Veranstaltung eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

Teilnahmegebühr (inkl. Verköstigung und Tagungsband):

– 90 €

– 70 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

Ihre Anmeldung richten Sie bitte per E-Mail an info@notarkammer-sachsen.de, per Telefax an 0351 80727-50 oder schriftlich an die Notarkammer Sachsen, Königstraße 23, 01097 Dresden. Nach Eingang der Anmeldebestätigung und Rechnung bittet der Veranstalter um Überweisung der Teilnahmegebühr auf Konto Nr. 5905630, BLZ 850 200 86, bei der HypoVereinsbank AG Dresden.

Hotelreservierungen nehmen Sie bitte eigenverantwortlich vor. Es wurde ein Zimmerkontingent im INTERCITY Hotel Dresden, Wiener Platz 8, 01069 Dresden, Tel.: 0351 26355-0, Fax: 0351 26355-200 unter dem Stichwort „Forum Notarrecht“ reserviert (Einzelzimmer: 88 €, Doppelzimmer 116 € inkl. Frühstücksbüfett), das bis zum 28.5.2010 zur Verfügung steht. Das Hotel liegt gegenüber dem Hauptbahnhof. Das Konferenz-Zentrum der Sächsischen Aufbaubank ist in ca. 10 Minuten zu Fuß zu erreichen.

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|--|---|
| <p>1. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht
(Heckschen, Heidinger)
21.5.2010 in Berlin
22.5.2010 in Bochum
4.6.2010 in Kassel</p> <p>2. 3. Jahresarbeitsstagung Erbrecht
(Mannek, J. Mayer, Muscheler, K. Schmidt, Tersteegen,
Viskorf, Wendt)
28.–29.5.2010 in Heusenstamm</p> <p>3. Die Gestaltung von Eheverträgen
(Reetz)
29.5.2010 in Heusenstamm</p> <p>4. Handelsregisteranmeldungen nebst Kostenrecht
(Waldner)
22.6.2010 in Heusenstamm
3.7.2010 in Bochum</p> | <p>5. Intensivkurs Grundstücksrecht
(Krauß, Wälzholz)
15.–17.7.2010 in Lübeck</p> |
|--|---|

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

- | | |
|--|---|
| <p>1. Albrecht/Albrecht: Die Patientenverfügung. Giesecking, 2010. 121 S., 29 €</p> <p>2. Bärmann/Seuß: Praxis des Wohnungseigentums. 5. Aufl., Beck, 2010. 1 184 S., 119 €</p> <p>3. Blaeschke: Praxishandbuch Notarprüfung. 2. Aufl., ZAP, 2010. 500 S., 58 €</p> <p>4. Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 924 S., 129 €</p> <p>5. Haritz/Menner: Umwandlungssteuergesetz. 3. Aufl., Beck, 2010. 1 187 S., 114 €</p> <p>6. Jansen/Jansen: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 8. Aufl., NWB, 2009. 216 S., 44 €</p> | <p>7. Johannsen/Henrich: Familienrecht. 5. Aufl., Beck, 2010. 1 945 S., 139 €</p> <p>8. Kössinger: Das Testament Alleinstehender. 4. Aufl., Beck, 2010. 136 S., 23,90 € + CD-ROM</p> <p>9. Krafka/Willer/Kühn: Registerrecht. 8. Aufl., Beck, 2010. 898 S., 82 €</p> <p>10. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 5. Aufl., ZAP, 2010. 1 585 S., 83,30 € + CD-ROM</p> <p>11. Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht. 3. Aufl., Beck, 2010. 1 947 S., 138 €</p> <p>12. Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten: WEG. 9. Aufl., C. F. Müller, 2010. 929 S., 94,95 €</p> |
|--|---|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F