

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
 Ottostraße 10  
 80333 München

**Herausgeberbeirat:**

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

Dr. Johann Frank,  
 Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
 Notar 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. Martin T. Schwab,  
 Notarassessor

ISSN 0941-4193



BMF-Schreiben zur  
 ertragsteuerlichen  
 Behandlung der Erben-  
 gemeinschaft und ihrer  
 Auseinandersetzung

**Aufsätze**

*Franck*: REIT-Aktiengesellschaften – Voraussetzungen  
 und Rechtsfolgen 173

*Reich*: Ertragsteuerliche Probleme des Erbfalls 182

*Basty*: Das Bauträgerrecht – Bestandsaufnahme  
 und Ausblick 189

*Weidlich*: Zuwendungsverzicht und Erbenberufung  
 nach § 2069 BGB 194

**Rechtsprechung**

Schadensersatzansprüche des Erwerbers einer Eigentums-  
 wohnung bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum  
 (BGH, Urteil vom 27.7.2006, VII ZR 276/05) 204  
 mit Anmerkung *Grziwotz* 208

Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von  
 Finanzierungsgrundschulden  
 (LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.8.2006,  
 13 T 4282/06) 218  
 mit Anmerkung *Fahl* 220

Pflichtteils Klausel: Bedingungseintritt bei Verlangen  
 nach Eintritt der Schlusserbschaft  
 (BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03) 223  
 mit Anmerkung *Selbherr* 224

Anfechtbarkeit von steuerlich motivierten Zahlungen  
 als unentgeltliche Zuwendung  
 (BGH, Urteil vom 20.7.2006, IX ZR 226/03) 237  
 mit Anmerkung *Kesseler* 238

Prüfpflicht des Notars bei Auszahlung von Anderkonto  
 (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.7.2006,  
 4 U 111/05) 240  
 mit Anmerkung *Sandkühler* 242

Übertragung von Grundstücken zwischen Tochter-  
 gesellschaften  
 (BFH, Urteil vom 18.3.2005, II R 21/03) 248

Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft  
 erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennen  
 (FG Düsseldorf, Urteil vom 14.6.2006, 4 K 7107/02 Erb) 250  
 mit Anmerkung *Wachter* 250

## Inhalt

### Aufsätze

- Franck*: REIT-Aktiengesellschaften – Voraussetzungen und Rechtsfolgen **173**  
*Reich*: Ertragsteuerliche Probleme des Erbfalls **182**  
*Basty*: Das Bauträgerrecht – Bestandsaufnahme und Ausblick **189**  
*Weidlich*: Zuwendungsverzicht und Erbenberufung nach § 2069 BGB **194**

### Buchbesprechungen

- Leesmeister: Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren (*Reinold*) **198**  
Andrae: Internationales Familienrecht (*Schiffner*) **198**  
Süß/Ring: Eherecht in Europa (*Frank*) **199**  
Krenzler: Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung (*Wedemann*) **200**  
Jagersberger: Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf (*Hutterer*) **200**  
Kirnberger/Kusterer: AG-Praxis von A–Z (*Zimmermann*) **201**  
Bangert: Gegenstand und Inhalt vollstreckbarer Urkunden (*Volmer*) **202**  
Graf Kanitz: Bilanzkunde für Juristen (*Spiegelberger*) **203**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Schadensersatzansprüche des Erwerbers einer Eigentumswohnung bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum (BGH, Urteil vom 27.7.2006, VII ZR 276/05) **204**  
mit Anmerkung *Grziwotz* **208**
2. Wandlungsausschluss beim Erwerb sanierten Wohnungseigentums unzulässig (BGH, Urteil vom 28.9.2006, VII ZR 303/04) **210**
3. Ergänzende Vertragsauslegung bei Erbbauzinsanpassung (BGH, Urteil vom 6.10.2006, V ZR 20/06) **211**
4. Wertsicherungsklausel und künftiger Erbbauzins (BGH, Urteil vom 17.11.2006, V ZR 71/06) **213**
5. Bestimmung der Unternehmereigenschaft beim Verbrauchsgüterkauf (KG, Beschluss vom 11.9.2006, 12 U 186/05) **214**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

6. Unwirksame Rangrücktrittserklärung kann wirksame Rangbestimmung darstellen (OLG München, Beschluss vom 14.3.2006, 32 Wx 31/06) **214**
7. Löschungserleichterung bei bedingtem Rückübertragungsanspruch (LG Bayreuth, Beschluss vom 9.1.2007, 42 T 6/07) **215**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

8. Nichtigkeit eines den unterhaltspflichtigen Ehegatten überfordernden Ehevertrages  
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.9.2006, 20 UF 164/05) **216**
9. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Finanzierungsgrundschulden  
(LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.8.2006, 13 T 4282/06) **218**  
mit Anmerkung *Fahl* **220**

### Erbrecht

10. Pflichtteils Klausel: Bedingungseintritt bei Verlangen nach Eintritt der Schlusserbschaft  
(BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03) **223**  
mit Anmerkung *Selbherr* **224**
11. Kumulationsverbot der Auslegungsregeln der §§ 2270 Abs. 2, 2069 BGB  
(OLG München, Beschluss vom 21.12.2006, 31 Wx 071/06) **226**
12. Beginn der Ausschlagungsfrist bei angeordneter Ausgleichspflicht  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 3.8.2006, 4 U 114/05) **229**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Stille Gesellschaft mit AG als Teilgewinnabführungsvertrag (*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 123/05) **231**
14. Bestimmtheitsgrundsatz für Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag  
(BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05) **231**
15. Unzulässiger Rechtsformzusatz „gGmbH“  
(OLG München, Beschluss vom 13.12.2006, 31 Wx 084/06) **236**
16. Keine Anfechtbarkeit bei nur marginalem Bekanntmachungsfehler (*nur Leitsatz*)  
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 21.3.2006, 10 U 17/05) **236**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Anfechtbarkeit von steuerlich motivierten Zahlungen als unentgeltliche Zuwendung  
(BGH, Urteil vom 20.7.2006, IX ZR 226/03) **237**  
mit Anmerkung *Kessler* **238**

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. Prüfpflicht des Notars bei Auszahlung von Anderkonto  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.7.2006, 4 U 111/05) **240**  
mit Anmerkung *Sandkühler* **242**
19. Kein Rechtsmittel gegen Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigung  
(OLG Köln, Beschluss vom 11.9.2006, 2 Wx 13/06) **244**

### Kostenrecht

20. Gebühren für Legitimationsprüfung  
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 4.5.2006, 20 W 82/04) **244**
21. Gebühren bei Grundbucheintragung (Mit-)Erbe  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2006, I-10 W 40/06) **245**

## Inhalt (Fortsetzung)

- 22. „Internet-Grundbucheinsicht“ (*nur Leitsatz*)  
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.2006, 15 W 42/06) **246**
- 23. Geschäftswert Ergebnisabführungsvertrag  
(OLG Celle, Beschluss vom 16.11.2006, 2 W 235/06) **246**
- 24. Gebühren für Raterteilung (*nur Leitsatz*)  
(LG Hannover, Beschluss vom 13.3.2006, 16 T 29/04) **247**

### Öffentliches Recht

- 25. GbR als Beitragspflichtige im Erschließungsbeitragsrecht (*nur Leitsatz*)  
(VGH Mannheim, Beschluss vom 20.9.2006, 2 S 1755/06) **247**

### Steuerrecht

- 26. Übertragung von Grundstücken zwischen Tochtergesellschaften  
(BFH, Urteil vom 18.3.2005, II R 21/03) **248**
- 27. Einheitlicher Erwerbsgegenstand bei Grundstückskauf und Sanierungsvertrag (*nur Leitsatz*)  
(BFH, Beschluss vom 27.6.2006, II B 160/05) **249**
- 28. Grunderwerbsteuer bei Anwachsung von Gesamthand auf Alleingesellschafter  
(BFH, Urteil vom 13.9.2006, II R 37/05) **249**
- 29. Erbschaftsteuerliche Rückwirkung einer nach Tod des Erblassers wirksamen Adoption (*nur Leitsatz*)  
(FG München, Urteil vom 3.5.2006, 4 K 1808/04) **250**
- 30. Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennen  
(FG Düsseldorf, Urteil vom 14.6.2006, 4 K 7107/02 Erb) **250**  
mit Anmerkung *Wachter* **250**
- 31. Grunderwerbsteuerpflichtige Übernahme einer Maklerprovision  
(FG des Landes Brandenburg, Urteil vom 19.5.2005, 3 K 1105/02) **252**

### Hinweise für die Praxis

- 1. Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung (Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 11.1.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06) **254**
- 2. Erbschaftsteuer: Vorläufige Festsetzung (§ 165 Abs. 1 AO) der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) (gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.3.2007) **268**
- 3. Erbschaftsteuer: Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft (Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 25.9.2006, 34 – S – 3851 – 033 –29477/06) **269**

### Standesnachrichten 270

### Sonstiges III

# 3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2007 | 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,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,  
Dr. Martin T. Schwab  
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

### REIT-Aktiengesellschaften – Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Von Notarassessor Dr. *Sebastian Franck*, LL.M. (Cape Town), München

Real Estate Investment Trusts (REITs, im Folgenden: REIT-Aktiengesellschaft) sind börsennotierte Immobilienaktiengesellschaften, die von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit sind, sofern die Erträge zu 90 % an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Auf der Ebene der Aktionäre kommt nicht das Halbeinkünfteverfahren zur Geltung; vielmehr werden die Erträge voll mit einer Kapitalertragsteuer in Höhe von 25 % besteuert. Darüber hinaus müssen REIT-Aktiengesellschaften mindestens 75 % ihrer Einkünfte aus Immobilien erzielen und mindestens 75 % ihres Vermögens in Immobilien anlegen.

REIT-Aktiengesellschaften als Anlageinstrument blicken international bereits auf eine lange Tradition zurück.<sup>1</sup> In den USA wurden REIT-Aktiengesellschaften Anfang der 60er-Jahre eingeführt, vergleichbare Instrumente wurden u. a. schon in Australien, Japan, Belgien, den Niederlanden, Luxemburg, Frankreich und Italien implementiert. Deutschland ist das letzte Land aus der Gruppe der G-7-Industrienationen, die ein solches Anlageprodukt einführen. Im September 2004 hat eine von der European Public Real Estate Association veröffentlichte Studie zu weltweiten REIT-Strukturen<sup>2</sup> auch in Deutschland die Diskussion über die Einführung einer steuerbegünstigten Immobilienaktiengesellschaft entfacht und ein Gesetzgebungsverfahren in Deutschland in Gang gesetzt.<sup>3</sup> Den am 2.11.2006 vorgelegten Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen hat der Deutsche Bundestag am 23.3.2007 angenommen.<sup>4</sup> Gemäß Art. 7 des Artikelgesetzes tritt das Gesetz mit Rückwirkung zum 1.1.2007 in Kraft. Der nachfolgende Beitrag verschafft einen Überblick über das REITG und beleuchtet insbesondere die Voraussetzungen zur Erlangung des steuerprivilegierten REIT-Status näher. Dabei werden die steuerlichen und bilanziellen Erwägungen nur insoweit dargestellt, als dies zum Verständnis der gesellschaftsrechtlichen Zusammenhänge erforderlich ist.

#### I. Einführung

Auf dem deutschen Immobilienmarkt gibt es derzeit drei Möglichkeiten zu indirekten Investitionen in Immobilien, namentlich über offene und geschlossene Immobilienfonds sowie über Immobilienaktiengesellschaften.

Ein offener Immobilienfonds wird definiert als ein nicht rechtsfähiges (Immobilien-)Sondervermögen, das von einer

Kapitalanlagegesellschaft lediglich verwaltet wird.<sup>5</sup> Als nicht rechtsfähiges Sondervermögen unterliegt der offene Immobilienfonds selbst weder der Körperschaft- noch der Gewerbesteuer (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG). Die Gesellschafter müssen ihre Gewinne als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Geschlossene Immobilienfonds sind regelmäßig als Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder als Kommanditgesellschaften ausgestaltet. Die Gesellschafter erzielen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung,

<sup>1</sup> Vgl. Länderübersicht auf der Internetseite des Bundesfinanzministeriums, abrufbar unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de), Pressemitteilung Nr. 132/2006 vom 2.11.2006.

<sup>2</sup> EPRA Global REIT Survey, A comparison of the major REIT regimes in the world, abrufbar unter [http://81.17.33.253/media/EPRA\\_Global\\_REIT\\_Survey.pdf](http://81.17.33.253/media/EPRA_Global_REIT_Survey.pdf).

<sup>3</sup> Am 25.9.2006 hat das Bundesfinanzministerium einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen veröffentlicht. Den Regierungsentwurf hat das Bundeskabinett am 2.11.2006 beschlos-

sen, BR-Drucks. 779/06. Art. 1 des Gesetzes enthält den Kern der Neuregelung, das Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz – REITG), die übrigen Artikel dienen der Änderung des EStG und weiterer Gesetze.

<sup>4</sup> BR-Drucks. 191/07; der Bundesrat hat am 30.3.2007 zugestimmt; die Veröffentlichung des Artikelgesetzes soll demnächst im Bundesgesetzblatt erfolgen.

<sup>5</sup> *Holoch/Bischoff/Breuer/Hahn* in Schäfer/Conzen, Praxishandbuch der Immobilien-Projektentwicklung, 2002, S. 562.

§ 21 Abs. 1 EStG. Die Immobilienaktiengesellschaft ist grundsätzlich wie jede andere AG auch körperschafts- und gewerbsteuerpflichtig, § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG und § 2 Abs. 1 und 2 GewStG. Die Ausschüttungen aus Immobilien-AGs begründen bei den Gesellschaftern Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, die jedoch zur Hälfte steuerfrei sind, § 3 Nr. 40 EStG.

Das vorhandene Instrumentarium an indirekten Anlagemöglichkeiten in Immobilien wird von vielen Seiten als ungenügend und zu unattraktiv kritisiert.<sup>6</sup> Bei offenen Immobilienfonds besteht eine Rückkaufverpflichtung des Fonds hinsichtlich der Anteile (vgl. § 37 Abs. 1 InvG), was zu einem die Existenz der Gesellschaft gefährdenden Liquiditätsabfluss führen kann.<sup>7</sup> Die Anteile an geschlossenen Immobilienfonds sind dagegen schwer handelbar. Immobilienaktiengesellschaften haben zumindest bislang ein Schattendasein in Deutschland geführt.<sup>8</sup>

REIT-Aktiengesellschaften (im Folgenden auch REIT-AG) nehmen eine Zwitterstellung zwischen einem Immobilienfonds und einer Immobilienaktiengesellschaft ein. Gesellschaftsrechtlich sind die Vorschriften des AktG uneingeschränkt anwendbar, insbesondere ist die REIT-AG, anders als ein offener Immobilienfonds, eine rechtsfähige juristische Person. Steuerlich fällt aber, insoweit vergleichbar mit den Immobilienfonds, auf der Ebene der Gesellschaft keine Körperschaft- bzw. Gewerbesteuer an; als Ausgleich dafür werden die Dividenden bei den Aktionären ohne Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens als Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerlich voll erfasst. Mit der Einführung der REIT-AG erhofft sich die Bundesregierung, eine (vermeintliche) Lücke bei der indirekten Immobilienanlage zu schließen und ausländische Kapitalgeber anzuziehen, um so den Wirtschaftsstandort Deutschland nachhaltig zu stärken.<sup>9</sup>

## II. Voraussetzungen zur Erlangung des REIT-Status

Um in den Genuss der steuerlichen Privilegien einer REIT-AG zu kommen, muss eine bestehende Gesellschaft in der Rechtsform einer AG ihre Satzung in einigen Punkten anpassen (Unternehmensgegenstand, Sitz, Firma, Grundkapital, Ausschüttungsverpflichtung), eine Börsennotierung erlangen sowie für die erforderliche Vermögens- und Aktionärsstruktur sorgen.

### 1. Unternehmensgegenstand

Gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG sind Aktionäre grundsätzlich frei in der Wahl ihres Unternehmensgegenstandes. Wollen sie jedoch den steuerprivilegierten REIT-Status erlangen, muss der Unternehmensgegenstand besondere Anforderungen erfüllen. Gemäß § 1 Abs. 1 a) REITG muss sich der Unternehmensgegenstand darauf beschränken, „*Eigentum oder dingliche Nutzungsrechte an inländischem unbeweglichen Vermögen mit Ausnahme von Bestandsmietwohnimmobilien*

(...) zu erwerben, zu halten, im Rahmen der Vermietung, der Verpachtung und des Leasings einschließlich notwendiger immobiliennaher Hilfstätigkeiten zu verwalten und zu veräußern“. Unter dingliche Nutzungsrechte fallen Dienstbarkeiten (subjektiv-persönliche und subjektiv-dingliche) und Erbbaurechte. Andere dingliche Immobilienrechte, also Vorkaufsrechte, Reallasten und insbesondere Grundpfandrechte können nicht als *Nutzungsrechte* definiert werden. Die in den USA üblichen, sogenannten Mortgage-REITs, die Immobiliarkredite kaufen und verwalten, sind also nicht zulässig.<sup>10</sup> Unbewegliches Vermögen wird in § 3 Abs. 8 REITG als Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte (etwa Erbbaurechte, vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO) definiert. Nach langen Diskussionen wurden inländische Mietwohnimmobilien aus dem zulässigen Immobilienvermögen herausgenommen.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber befürchtete negative Auswirkungen auf den Mietwohnungsmarkt und Probleme bei einer nachhaltigen Stadtentwicklung.<sup>12</sup> Mietwohnimmobilien sind überwiegend (d. h. zu mehr als 50 %) Wohnzwecken dienende Immobilien. Für die Definition des Wortes „Wohnzwecke“ wird auf allgemein mieterrechtliche Kriterien zurückgegriffen, d. h. jeder Raum, der zum Schlafen, Essen, Kochen und dauernder privater Nutzung bestimmt ist.<sup>13</sup> Im Übrigen sind nur die sogenannten Bestandsimmobilien ausgenommen. Wohnimmobilien, die nach dem 1.1.2007 erbaut werden, bilden daher einen tauglichen Unternehmensgegenstand.

Neben dem „Halten“, d. h. insbesondere Miete, Pacht, Leasing, ist auch der Erwerb und die Veräußerung von unbeweglichen Vermögen erlaubt. § 14 Abs. 1 REITG verbietet jedoch den Handel mit unbeweglichem Vermögen. Kerngeschäft der REIT-AG soll die passive Immobilienbewirtschaftung sein.<sup>14</sup> Ein Handel liegt nach § 14 REITG dann vor, wenn die REIT-AG innerhalb der letzten fünf Geschäftsjahre Erlöse aus der Veräußerung von unbeweglichen Vermögen erzielt hat, die mehr als die Hälfte des Verkehrswerts des durchschnittlichen Immobilienbestandes innerhalb desselben Zeitraums ausmachen.<sup>15</sup>

Zulässig ist nicht zuletzt das Verwalten des Immobilienvermögens. Der Gesetzgeber ist hier allerdings genauestens darauf bedacht, den Unternehmensgegenstand eng zu halten. Erlaubt sind lediglich *immobiliennahe Hilfstätigkeiten*. Immobiliennah sind solche Hilfstätigkeiten, die der Unterstützung der Haupttätigkeit, i. e. dem eigenen Anlagebestand, dienen, wie beispielsweise Hausverwaltung, Vermittlungstätigkeit, Projektsteuerung oder -entwicklung.<sup>16</sup> In Abgrenzung dazu

<sup>10</sup> Dasselbe gilt für die sogenannten Hybrid-REITs, die sowohl in Immobilien (wie die Equity-REITs) als auch in Immobiliarkredite investieren.

<sup>11</sup> Vgl. etwa die Kritik der Bundestagsabgeordneten *Runde, Pro-nold, Hauer*, REITs: Steuerpolitischer Sündenfall und wohnungspolitischer Irrweg, 12.10.2006, abrufbar unter [www.ortwin-runde.de/pdf/88.pdf](http://www.ortwin-runde.de/pdf/88.pdf); Mieterforum Ruhr, Offener Brief an Bundesfinanzminister Peer Steinbrück, „Wollen Sie unsere Wohnungen wirklich an die REITs verfüttern, Herr Steinbrück?“, 19.9.2006, abrufbar unter [http://mieterforum-ruhr.de/de/service/download/index.php/art\\_00001085](http://mieterforum-ruhr.de/de/service/download/index.php/art_00001085); a. A. etwa M. M. Warburg & Co. „REITs in Deutschland, Update“, September 2006, S. 6, abrufbar unter <http://reits-in-deutschland.de>; *Paukstadt*, BBV 2006, 374, 376.

<sup>12</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 25 f.

<sup>13</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 30 zu § 3 Abs. 9 REITG; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 66. Aufl., vor § 535 Rdnr. 89.

<sup>14</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 36 f. zu § 14 REITG.

<sup>15</sup> *Kofner*, Entwurf des REIT-Gesetzes vom 25.9.2006: Einschätzungen und Änderungsvorschläge, abrufbar unter [http://www.mieterbund-bochum.de/fileadmin/user\\_upload/pdf/reits-kofner.pdf](http://www.mieterbund-bochum.de/fileadmin/user_upload/pdf/reits-kofner.pdf), schreibt dieser Vorschrift eine kaum beschränkende Wirkung zu.

<sup>16</sup> § 3 Abs. 4 und 6 REITG.

<sup>6</sup> Vgl. Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 17; *Kiethel*, ZfIR 2005, 745, 746 f.

<sup>7</sup> Erinnert sei an die Probleme bei den DEKA-Fonds, dazu *Stock/Teske*, DB 2005, 187, 190.

<sup>8</sup> Die Marktkapitalisierung deutscher Immobilien-AGs liegt bei 0,5 %, während REITs durchschnittlich einen Anteil am Gesamtaktienmarkt von zwischen 2–3 %, in Australien sogar mehr als 10 % haben, vgl. *Schacht/Gänsler*, DStR 2006, 1518.

<sup>9</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 17.

definiert der Gesetzgeber Nebentätigkeiten als solche Tätigkeiten, die einem fremden Anlagebestand dienen. Erlaubt ist lediglich das aktive Management des eigenen Immobilienbestandes.<sup>17</sup> Ziel des Gesetzgebers ist es, ein potentiell Steuerchlupfloch zu vermeiden. Die Zulässigkeit von entgeltlichen Nebentätigkeiten aller Art würde immobiliennahe Unternehmen gerade dazu einladen, ihren Unternehmensgegenstand dahingehend zu formulieren, dass sie in den Genuss der steuerlichen Privilegien einer REIT-AG gelangen. Will der REIT entgeltlich immobiliennahe Nebentätigkeiten für Dritte ausführen, so ist es ihm unbenommen, diese (freilich nicht steuerbegünstigten Tätigkeiten) in eine voll steuerpflichtige Tochtergesellschaft (sog. Dienstleistungsgesellschaft) auszugliedern, vgl. § 11 Abs. 2 REITG. Der Erwerb, das Halten, Verwalten und Veräußern von Anteilen an diesen Tochtergesellschaften stellt im Übrigen auch einen zulässigen Unternehmensgegenstand einer REIT-AG dar.<sup>18</sup>

## 2. Sitz, Firma, Grundkapital

REIT-Aktiengesellschaften müssen ihren Sitz *und* ihre Geschäftsleitung im Inland haben.<sup>19</sup> Diese Vorschrift stößt im Hinblick auf die EU-Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf Bedenken. Das Verbot, den Verwaltungssitz (die Geschäftsleitung) ins Ausland zu verlegen stellt eine Wegzugsbeschränkung dar, stehen doch einer Gesellschaft mit Geschäftsleitung im Ausland die steuerlichen Privilegien der REIT-AG nicht zu.<sup>20</sup> In den vom EuGH zu entscheidenden Fällen wurde zwar zumindest bislang eine klare Unterscheidung zwischen Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen vorgenommen.<sup>21</sup> Während Zuzugshindernisse durchweg als gemeinschaftswidrig qualifiziert wurden, galt dies für Wegzugshindernisse nicht. Der Staat, der die Gesellschaft zur Entstehung gebracht hat, soll auch über ihren Wegzug entscheiden können (sog. Geschöpflehre). Die Konturen dieser klaren Trennung verschwimmen in letzter Zeit jedoch zusehends. Infolge der Entscheidung in der Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*<sup>22</sup> mehren sich die Stimmen, die die Ansicht vertreten, dass auch Wegzugsbeschränkungen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.<sup>23</sup> Diese Stimmen haben durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SEVIC erheblich Auftrieb bekommen.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es als möglich, dass eine Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässig sein muss.<sup>25</sup>

§ 6 REITG ergänzt § 4 AktG. Danach muss die Firma, für die im Übrigen die (Un-)Freiheiten des § 18 HGB gelten, die Bezeichnung „REIT-Aktiengesellschaft“ oder „REIT-AG“ ent-

halten. Flankiert wird diese Vorschrift durch einen dem Aktiengesetz unbekanntem Bezeichnungsschutz.<sup>26</sup> Danach dürfen die Bezeichnungen „REIT-Aktiengesellschaft“, „Real Estate Investment Trust“ oder „REIT“, auch im Zusammenhang mit anderen Worten, nur von REIT-AGs im Sinne des REITG geführt werden. Andere Gesellschaften müssen in einer Übergangsfrist bis zum 31.12.2007 ihren Firmennamen entsprechend ändern.<sup>27</sup>

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals einer REIT-AG beträgt in Abweichung von § 7 AktG 15 Millionen Euro.<sup>28</sup> Die Bundesregierung rechtfertigt dieses hohe Grundkapital damit, dass das gesetzgeberische Leitbild einer REIT-AG ein kapitalmarktorientiertes, zwingend börsennotiertes Unternehmen ist, was eine Ausstattung mit einem hohen Anfangskapital bedinge.<sup>29</sup> Kleinere Immobiliengesellschaften, die ein ausreichend großes Immobilienportfolio nicht aufbringen können, verweist der Gesetzgeber auf die Möglichkeit des Zusammenschlusses. Das Grundkapital ist einheitlich in stimmberechtigten Aktien gleicher Gattung zu verbriefen.<sup>30</sup> Gleiche Gattung bedeutet, dass Anlegern keine besonderen Rechte, etwa bei der Gewinnverteilung, gewährt werden können (vgl. § 11 AktG). Hintergrund dieser Regelung ist, dass das REITG strenge Anforderungen an die Vermögens- und Aktionärsstruktur stellt, die durch Vorzugsrechte leicht unterminiert werden könnten. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift wird die „gleiche Gattung“ freilich nicht dadurch tangiert, dass bei unterjährigen Kapitalerhöhungen die Gewinnberechtigung der neuen Aktien prozentual anteilig gekürzt wird.

Eine interessante Abweichung vom AktG stellt § 5 Abs. 1 Satz 2 REITG auf. Danach dürfen Aktien einer REIT-AG nur zum vollen Ausgabebetrag ausgegeben werden, d. h. mit einem etwaigen Agio. § 9 Abs. 1 AktG hingegen setzt lediglich die Untergrenze, d. h. den Nennbetrag, respektive den anteiligen Stückwert der Aktie, fest, unter dem auf keinen Fall ausgegeben werden darf. Im Übrigen dürfen bei einer normalen Aktiengesellschaft Aktien auch vor der vollen Leistung des Ausgabebetrag ausgegeben werden, sofern sie nur auf den Namen des Aktionärs lauten (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 AktG). Dies erlaubt der Gesetzgeber einer REIT-AG nicht und bezweckt auch hier, eine ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft zu fördern.

## 3. Vermögensstruktur

Das REITG will nur Aktiengesellschaften steuerlich privilegieren, deren Kerngeschäft die Immobilienwirtschaft ist. Aus diesem Grund gibt es Untergrenzen für den Anteil des Immobilienvermögens am Gesamtvermögen sowie den Anteil der Erträge der REIT-AG an Immobilien an den gesamten Einkünften – nämlich jeweils 75 %.<sup>31</sup> Bemessungsgrundlage für

<sup>17</sup> § 3 Abs. 5 REITG. *Schultz/Harrer*, DB 2005, 574, 576; *Pluskat/Rogall*, RIW 2006, 253, 256.

<sup>18</sup> § 1 Abs. 1 Ziffer 3 REITG.

<sup>19</sup> § 9 REITG.

<sup>20</sup> Die Verlegung des Sitzungssitzes unterfällt nach richtiger Ansicht nicht dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, vgl. BayObLG, DB 2004, 699, 700 = DNotZ 2004, 725.

<sup>21</sup> EuGH, NJW 1989, 2186 (Daily mail); EuGH, ZIP 1999, 438 = DNotZ 1999, 593 (Centros); EuGH, DB 2002, 2425 = DNotZ 2003, 139 (Überseering); EuGH, ZIP 2003, 1885 = DNotZ 2004, 55 (Inspire Art).

<sup>22</sup> EuGH, ZIP 2004, 662.

<sup>23</sup> Siehe nur *Roth*, IPPrax 2003, 117, 121 f.

<sup>24</sup> EuGH, DB 2005, 2804 = DNotZ 2006, 210.

<sup>25</sup> Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts (MoMiG) hat im Übrigen dieser Entwicklung bereits Rechnung getragen, indem § 4 a Abs. 2 GmbHG ersatzlos gestrichen wird, vgl. Art. 1 Ziffer 2. b) MoMiG.

<sup>26</sup> § 7 REITG; vgl. aber § 11 PartGG.

<sup>27</sup> § 22 REITG.

<sup>28</sup> § 4 REITG.

<sup>29</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 30 zu § 4 REITG; auch nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 InvG müssen Kapitalgesellschaften, die Immobilienvermögen verwalten, ein erhöhtes Anfangskapital haben (2,5 Millionen Euro).

<sup>30</sup> § 5 REITG. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung waren ursprünglich nur Stückaktien als einzig zulässige Aktienform vorgesehen. Diese Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren jedoch mit dem Hinweis gestrichen, dass Nennbetragsaktien im europäischen Ausland weit verbreitet und anerkannt seien; vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Bundestags, BT-Drucks. 16/4779 zu § 5; zu den Argumenten für Stückaktien vgl. MünchKommAktG/Heider, 2. Aufl. 2000, § 8 Rdnr. 31 ff.

<sup>31</sup> § 12 Abs. 2 und 3 REITG.

die Bewertung des Vermögens ist der Verkehrswert der jeweiligen Vermögensgegenstände (sogenannter fair value nach den International Financial Reporting Standards, IFRS).<sup>32</sup> 75 % der Bruttoerträge der REIT-AG müssen aus Vermietung, Leasing, Verpachtung und Veräußerung von unbeweglichen Vermögen stammen. Anders gewendet bedeutet dies, dass bis zu 25 % des auf der Ebene der Gesellschaft steuerfrei gestellten Teils der Einkünfte überhaupt nicht aus der Immobilienbewirtschaftung kommen müssen, nicht einmal eine irgendwie geartete Immobilienrelevanz aufweisen müssen. Dies ist eine im internationalen Vergleich sehr hohe Kennziffer.<sup>33</sup>

Der Unternehmensgegenstand der REIT-AG ist auf immobiliennahe Hilfstätigkeiten, mithin Tätigkeiten, die dem eigenen Anlagebestand dienen, beschränkt. Will die REIT-AG Tätigkeiten ausüben, die einem fremden Anlagebestand dienen (sogenannte immobiliennahen Nebentätigkeiten), muss er diese über eine REIT-Dienstleistungsgesellschaft (Kapitalgesellschaften) erbringen.<sup>34</sup> Die Dienstleistungsgesellschaft muss im 100 % Eigentum der REIT-AG stehen.<sup>35</sup> Die Tochtergesellschaft ist voll steuerpflichtig, die Privilegien der REIT-AG gelten ausdrücklich nicht.<sup>36</sup> Der REIT-AG soll dadurch ermöglicht werden, ihre Immobilienexpertise auch als Dienstleister auf dem Markt anzubieten. Der Gesetzgeber stellt aber gleichwohl klar, dass Tätigkeitsschwerpunkt einer REIT-AG das aktive Management des eigenen Immobilienportfolios sein muss. Das Dienstleistungsgeschäft soll das Kerngeschäft lediglich ergänzen, nicht aber überlagern. Aus diesem Grund wurde festgesetzt, dass das Vermögen und die Bruttoerträge der REIT-Dienstleistungsgesellschaften maximal 20 % des gesamten Vermögens bzw. der gesamten Bruttoerträge der REIT-AG ausmachen dürfen.<sup>37</sup>

#### 4. Aktionärsstruktur

Das REITG stellt zwei Anforderungen an die Struktur der Aktionäre einer REIT-AG: Zum einen müssen sich 15 % (bzw. 25 % im Zeitpunkt der Börsenzulassung) der Aktien im sogenannten Streubesitz befinden, zum anderen darf kein Anleger direkt 10 % oder mehr der Aktien halten oder über Aktien verfügen, die ihm 10 % oder mehr der Stimmrechte vermitteln.<sup>38</sup> Die Regelung zum Streubesitz lehnt sich an § 9 Abs. 1 BörsZulV an, der als Voraussetzung für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung eine Initialstreuung von ebenfalls 25 % voraussetzt. Die Streubesitzregelung des REITG ist jedoch strenger. Die REIT-AG muss auch nach der Börsenzulassung ständig eine Streubesitzquote von 15 %

gewährleisten.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber will mit dieser Vorschrift auch Kleinanlegern dauerhaft den Zugang zum REIT-Aktienmarkt ermöglichen. Die Kleinanleger, mithin der Streubesitz, werden definiert als diejenigen Aktionäre, denen jeweils weniger als 3 % der Stimmrechte an dem REIT zustehen.<sup>40</sup> Für die Berechnung der Stimmrechte gelten §§ 22 und 23 WpHG entsprechend. Danach werden einem Aktionär generell diejenigen Stimmrechte zugerechnet, die er nach seinem Ermessen ausüben kann, § 22 Abs. 1 Nr. 6 WpHG. Dies ist insbesondere bei Tochterunternehmen der Fall, bei Aktien die zwar einem Dritten gehören, aber für Rechnung des Aktionärs gehalten werden oder wenn dem Aktionär ein Nießbrauch an fremden Aktien zusteht.

Auch die Höchstbeteiligungsquote von 10 % dient mittelbar dem Schutz der Kleinanleger. Zur Berechnung dieser Höchstbeteiligungsquote werden Aktien hinzugerechnet, die für Rechnung eines Dritten gehalten werden.<sup>41</sup> Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass zur Bestimmung des Quorums nicht wie bei der Ermittlung der Streubesitzquote auf die §§ 22 und 23 WpHG rekurriert wird, sondern eine weitaus engere Definition gewählt wurde. Das Halten von Aktien für Rechnung eines Dritten ist lediglich ein Unterfall des WpHG (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 WpHG). Insbesondere nicht erfasst ist der Fall, dass ein Tochterunternehmen des Aktionärs ebenfalls Aktien hält, vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG. Mittels zwischen-geschalteter Gesellschaften kann ein Anteilseigner also auch eine Beteiligungsquote oberhalb von 10 % erlangen.<sup>42</sup>

Primär wird mit dieser Vorschrift jedoch die zuverlässige Besteuerung ausländischer Aktionäre bezweckt. Hintergrund sind die europäische Mutter-Tochter-Richtlinie und die verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen. Nach Maßgabe der Mutter-Tochter-Richtlinie muss eine Kapitalgesellschaft mit Sitz innerhalb der EU auf ausgeschüttete Dividenden keine Kapitalertragsteuer zahlen, wenn sie an der ausschüttenden Gesellschaft mit derzeit 15 % oder mehr beteiligt ist.<sup>43</sup> Die Doppelbesteuerungsabkommen bewirken, dass ausgeschüttete Dividenden grundsätzlich im Wohnsitzstaat des Anlegers versteuert werden und die Bundesrepublik nur eine begrenzte Steuer erheben darf.<sup>44</sup> Nach Maßgabe einiger Doppelbesteue-

<sup>32</sup> § 12 REITG; Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 35 f. zu § 12 REITG; die IFRS als internationale Bilanzierungsregeln sollen eine internationale Vergleichs- und damit Konkurrenzfähigkeit der REITs herstellen; siehe dazu *Pluskat/Rogall*, WM 2006, 889, 893; *Schultz/Harrer*, DB 2005, 574, 577; *Kiethe*, ZfIR 2005, 745, 749; M. M. Warburg & Co. (Fn. 11), S. 5 f.; *Simon*, NJW-Spezial 2006, 459, 460.

<sup>33</sup> Vgl. *Kofner* (Fn. 15), S. 7, unter Verweis auf die Rechtslage in Frankreich, wo die Steuerbefreiung auf prägende immobilienbezogene Aktivitäten beschränkt ist.

<sup>34</sup> § 1 Abs. 2 und § 3 Abs. 2 REITG; vgl. oben Ziffer II. 2.

<sup>35</sup> § 3 Abs. 2 REITG; Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 28 ff. zu § 3 REITG.

<sup>36</sup> Bei einer Steuerbefreiung der Tochtergesellschaften befürchtet die Bundesregierung eine nicht verlässliche Besteuerung ausländischer Aktionäre, Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 28 ff. zu § 3 REITG.

<sup>37</sup> § 12 Abs. 2 b) und Abs. 3 b) REITG; Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 35 f. zu § 12.

<sup>38</sup> § 11 Abs. 1 und 4 REITG; kritisch zum Nachweis der Streubesitzkriterien, *Ziemons*, BB 2007, 449, 450.

<sup>39</sup> Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren scharf kritisiert, vgl. etwa *Bron*, Stellungnahme für den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages, S. 3.

<sup>40</sup> § 11 Abs. 1 Satz 3 REITG; Die Definition orientiert sich an § 21 WpHG zur Meldepflicht nach dem Inkrafttreten des Transparenzrichtlinien-Umsetzungsgesetzes.

<sup>41</sup> § 11 Abs. 4 Satz 2 REITG.

<sup>42</sup> S. a. *Kofner* (Fn. 15), S. 8 Fn. 1.

<sup>43</sup> Richtlinie 90/435/EWG vom 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, geändert durch Beitrittsakte 1995, Nr. L 1, 144 und zur Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie, Richtlinie 2003/123/EG; ab 2010 sinkt die Beteiligungsgrenze auf 10 %; richtigerweise ist die Mutter-Tochter-Richtlinie ohnehin nicht anwendbar, da sie eine unbeschränkte Steuerpflicht der Tochtergesellschaft, hier des REITs, voraussetzt, die wegen der Befreiung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer gerade nicht gegeben ist, vgl. *Busching/Trompeter*, UStR 2005, 510, 511; *Klühs/Schmidtbleicher*, ZIP 2006, 1805, 1806; *Teske/Stock/Küppers*, DB 2005, 906, 909; *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl., S. 162.

<sup>44</sup> Vgl. zu dieser Problematik *Schacht/Gänsler*, DStR 2006, 1518, 1522; *Teske/Stock/Küppers*, DB 2005, 906, 909; *Geurts*, BB 2005, 913, 915; *Luther, Ernst & Young*, Die Einführung des Real Estate Investment Trust (G-REIT), Aktuelle Entwicklungen, S. 23, abrufbar unter [www.reits-in-deutschland.de/fileadmin/templates/pdf/060310\\_G-REIT\\_deutsch.pdf](http://www.reits-in-deutschland.de/fileadmin/templates/pdf/060310_G-REIT_deutsch.pdf).

rungsabkommen darf dieses Steuererhebungsrecht 10 % nicht überschreiten (sog. Schachtelprivileg).<sup>45</sup> Nicht zuletzt ist die Höchstbeteiligungsquote eine sinnvolle Ergänzung zu den im Aktiengesetz (§§ 120 Abs. 1 Satz 2, 122, 130 Abs. 1 Satz 2, 137, 138 Satz 3, 142 Abs. 2, 147, 258 Abs. 2 Satz 3, 260 Abs. 1 AktG) nur vereinzelt statuierten Vorschriften zum Minderheitenschutz.<sup>46</sup> Eine andere Frage ist freilich, ob die Höchstbeteiligungsquote europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der Kapitalverkehrsfreiheit, standhält.<sup>47</sup> Die Höchstbeteiligungsquote lässt sich durchaus unter den Tatbestand des Art. 56 EGV subsumieren, kann doch ein (ausländischer) Aktionär nicht unbegrenzt, sondern eben nur bis zu einer Kappungsgrenze von 10 % in eine deutsche REIT-AG investieren. Ob die vorgenannten steuerlichen Erwägungen dann einen erforderlichen und insbesondere verhältnismäßigen Rechtfertigungsgrund darstellen, ist zweifelhaft.<sup>48</sup>

## 5. Ausschüttung an die Aktionäre

Als Ausgleich für die Steuerbefreiung auf der Ebene des REITs muss gewährleistet sein, dass die Gewinne und Einkünfte des REITs unmittelbar bei den Aktionären steuerlich erfasst werden. In dem ursprünglich propagierten sogenannten Trustvermögensmodell sollte dies dadurch erreicht werden, dass das REIT-Vermögen mittels einer gesetzlich fingierten Treuhand unmittelbar den Anteilseignern zugerechnet worden wäre. Diese hätten dann selbst steuerbare Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt.<sup>49</sup> In dem nun beschlossenen gesetzgeberischen Modell ist die REIT-AG verpflichtet, mindestens 90 % des handelsrechtlichen Jahresüberschusses an die Aktionäre auszuschütten.<sup>50</sup> Diese Dividenden sind bei den Anlegern vom Halbeinkünfteverfahren ausgenommen und werden deshalb steuerlich voll als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst. Als Bemessungsgrundlage dient der nach dem HGB ermittelte Gewinn. Dies bedeutet insbesondere, dass stille Reserven aufgrund von Wertsteigerungen der Immobilien bei der Ermittlung des ausschüttungsfähigen Gewinns ausgeschlossen sind. Andernfalls wäre die REIT-AG gezwungen, nicht realisierte, lediglich in den Wertsteigerungen steckende Gewinne auszuschütten, was zu erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten hätte führen können.<sup>51</sup> Der ausschüttungspflichtige Gewinn vermindert sich darüber hinaus dadurch, dass Veräußerungsgewinne durch den Verkauf von Immobilien nur zur Hälfte in die Bemessungsgrund-

lage für die Mindestausschüttung aufgenommen werden; der Rest kann sofort auf Neuanschaffungen übertragen oder für später geplante Neuanschaffungen für bis zu zwei Jahre in eine Rücklage eingestellt werden.<sup>52</sup> Auf der anderen Seite erhöht sich der ausschüttungsfähige Gewinn dadurch, dass sich die REIT-AG auch die Umsatzerlöse ihrer REIT-Dienstleistungsgesellschaften zurechnen lassen muss, die selbst keinen REIT-Status genießen.<sup>53</sup>

Aber auch unabhängig von vorstehenden bilanziellen Erwägungen kann es zu finanziellen Engpässen bei der REIT-AG kommen. Der REIT-AG stehen lediglich 10 % ihrer Gewinne zur Verfügung, um etwa notwendige Investitionen zu tätigen. Das Grundkapital wird wohl nur in den seltensten Fällen genügen, um die Kosten für Erweiterungsinvestitionen zu decken. Die REIT-AG wird daher auf Kapitalerhöhungen nach Maßgabe des Aktiengesetzes oder auf Fremdfinanzierung ausweichen müssen. Um eine übergroße Fremdfinanzierung der REIT-AG zu verhindern, hat der Gesetzgeber allerdings bestimmt, dass die Eigenkapitalquote im Verhältnis zum Immobilienvermögen 45 % nicht unterschreiten darf.<sup>54</sup> Anders gewendet bedeutet dies freilich, dass der Spielraum für Fremdfinanzierung erheblich eingeschränkt ist. Der Gesetzgeber hat auf diese Weise, etwas versteckt, eine neue Kapitalerhaltungsvorschrift statuiert, die die aktienrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften ergänzt (vgl. etwa § 57 Abs. 1 und 2, §§ 71 bis 71 e AktG). Erreicht eine REIT-AG aufgrund von Ausschüttungen oder Neuinvestitionen die Untergrenze ihrer vorgeschriebenen Eigenkapitalquote, so muss sie eine Kapitalerhöhungsmaßnahme vornehmen, will sie nicht ihre steuerlichen Privilegien verlieren.<sup>55</sup> Aber auch ohne diese Vorschrift wird einer REIT-AG die Fremdfinanzierung erheblich erschwert. Aufgrund der Mindestausschüttung stehen der REIT-AG maximal 10 % ihrer Erträge zur Schuldentilgung zur Verfügung. Die REIT-AG läuft dadurch aber Gefahr, den Anforderungen vieler Kreditgeber nicht gerecht zu werden. Zumindest aber kann dies negative Auswirkungen auf die Kreditbedingungen haben.<sup>56</sup>

## 6. Börsenzulassung

Gemäß § 10 Abs. 1 REITG muss die REIT-AG zwingend an einer Börse notiert sein. Börsennotiert ist eine Gesellschaft, wenn ihre Aktien an einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird und für das Publikum zumindest mittelbar zugänglich ist.<sup>57</sup> Dies gilt sicherlich für eine Notierung an einer deutschen Börse. Aber auch eine vergleichbare Notierung in Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraumes wird genügen. Nicht ausreichend ist andererseits der sogenannte Freiverkehr nach § 57 BörsG.

Der Gesetzgeber verfolgt mit der obligatorischen Börsennotierung mehrere Ziele. In erster Linie soll die Entwicklung des deutschen Immobilienkapitalmarktes gefördert werden.<sup>58</sup> Der Anteil der in Deutschland börsennotierten Immobilien-

<sup>45</sup> Vgl. dazu *Teske/Stock/Küppers*, DB 2005, 906, 909; *Klihs/Schmidbleicher*, ZIP 2006, 1805, 1806.

<sup>46</sup> Weitere Regelungen zum Minderheitenschutz finden sich im WpHG und im WpÜG.

<sup>47</sup> Kritisch *Hohn*, ZGR 2006, 805, 830; *Grundmann/Möslein*, ZGR 2004, 317, 330 f.; *Simon*, NJW-Spezial 2006, 459; *Schacht/Gänsler*, DSStR 2006, 1518, 1522; zur generellen Kritik an der Höchstbeteiligungsquote vgl. *Kiethe*, ZfIR 2005, 745, 748; *Pluskat/Rogall*, RIW 2005, 253, 255.

<sup>48</sup> Vgl. EuGH, EuZW 2002, 437 Rdnr. 52.

<sup>49</sup> Dazu siehe *Luther, Ernst & Young* (Fn. 44) S. 4; *Pluskat/Rogall*, WM 2006, 889, 891; daneben wurde das sog. Einheitsmodell diskutiert, wonach die Dividendenausschüttungen in Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung umqualifiziert worden wären; nach dem Nießbrauchsmodell hätte der REIT einen Eigentümergebrauch an den Immobilien bestellt und der Aktionär automatisch ein Nießbrauchsausübungsrecht erhalten, mit der Folge der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; dazu und auch zum KGaA-Modell siehe *Luther, Ernst & Young*, (Fn. 44), S. 5 ff.

<sup>50</sup> § 13 Abs. 1 REITG.

<sup>51</sup> Nach § 253 Abs. 1 HGB stellen die Anschaffungskosten die Obergrenze der Bewertung dar.

<sup>52</sup> § 13 Abs. 3 REITG.

<sup>53</sup> § 12 Abs. 1, Abs. 3 b) REITG.

<sup>54</sup> § 15 REITG; bei Vorliegen der vorgeschriebenen 75 % Immobilienvermögen am Gesamtvermögen ergibt sich somit eine Eigenkapitalquote von 33,75 %.

<sup>55</sup> § 18 Abs. 4 REITG.

<sup>56</sup> So auch *Pluskat/Rogall*, RIW 2005, 253, 256 f.; *dies.*, WM 2006, 889, 893.

<sup>57</sup> Vgl. § 2 Abs. 5 WpHG, § 3 Abs. 2 AktG.

<sup>58</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 32 f. zu § 10 REITG.

aktiengesellschaften am Gesamtaktienmarkt ist im internationalen Vergleich sehr gering.<sup>59</sup> Mit der Einführung des international anerkannten Anlageprodukts REIT-AG hofft der Gesetzgeber, diese Lücke schließen zu können, die umso schwerer wiegt, als dass Deutschland das größte Immobilienvermögen in Europa aufweist.<sup>60</sup> Darüber hinaus führt die Börsennotierung zu einem erhöhten Anlegerschutz. Börsennotierte Aktiengesellschaften, mithin auch REIT-Aktiengesellschaften, sind den strengeren kapitalmarktorientierten Sondervorschriften des Aktiengesetzes unterworfen: So muss etwa der Aufsichtsrat zwei Sitzungen pro Halbjahr statt nur einer bei nicht börsennotierten Gesellschaften abhalten; bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern sind auch Angaben über etwaige Mitgliedschaften in anderen Aufsichtsratsgremien zu machen; jeder Beschluss einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist notariell zu beurkunden; nur börsennotierte Gesellschaften müssen jährlich eine Erklärung zum Corporate Governance Kodex abgeben.<sup>61</sup>

Als börsennotiertes Unternehmen ist die REIT-AG im Übrigen der Kontrolle des Kapitalmarktes unterworfen. Damit gelten auch für die REIT-AG das BörsG, das WpHG, das WpÜG und das Wertpapierprospektgesetz (WpPG). Insbesondere die damit verbundenen Berichts- und Mitteilungspflichten können eine höhere Anlegertransparenz und einen effektiveren Anlegerschutz bewirken als dies bei nicht börsennotierten REIT-Aktiengesellschaften möglich wäre. Eine darüber hinausgehende spezielle Produkt- und Marktaufsicht wie etwa für Banken und Versicherungen gibt es allerdings nicht. Namentlich unterliegen REIT-Aktiengesellschaften nicht der Produktregulierung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

Die Beteiligung an nicht börsennotierten REIT-Aktiengesellschaften stünde im Übrigen regelmäßig nur institutionellen Anlegern offen, da erfahrungsgemäß die Beteiligungsgrenzen zu hoch sind bzw. die Aktien nur eingeschränkt verkauft werden.<sup>62</sup> Dies würde zu den vom Gesetzgeber nicht gewollten „Private REITs“ führen, also Gesellschaften, die sich in erster Linie an institutionelle Großanleger (z. B. Versicherungen) wenden. Die REIT-AG soll aber nach den gesetzgeberischen Vorstellungen zumindest mittelfristig gerade auch für Kleinanleger eine Anlageoption werden (sog. „Public REIT“). Schließlich führt die obligatorische Börsennotierung zu einem nicht unerwünschten Nebeneffekt. Die Kosten der Notierung im amtlichen Handel sowie der Berichts- und Offenbarungspflichten stellen eine so hohe Schwelle dar, dass wohl kein Unternehmen die mit dem REIT-Status verbundenen steuerlichen Privilegien zu erlangen sucht, das nicht die erforderliche, ausreichend große Vermögensstruktur oder Erfahrung aufweist.<sup>63</sup>

## 7. Anmeldung zum Handelsregister, Vor-REIT

Soweit und sobald die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind, muss der Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl die Firma der REIT-AG zur Eintragung im Handelsregister an-

melden.<sup>64</sup> Die Vorschriften des AktG gelten entsprechend. § 12 HGB ist uneingeschränkt anwendbar, d. h. die Anmeldung hat in elektronisch beglaubigter Form zu erfolgen. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist die Anmeldung der REIT-Firma lediglich der letzte Akt im Entstehungsprozess einer REIT-AG. Die Anmeldung der Firmenänderung ist folglich nur möglich, wenn alle vorgenannten Voraussetzungen bereits erfüllt sind. Die Gesellschaft muss also insbesondere die erforderliche Vermögens- und Aktionärsstruktur aufweisen sowie eine Börsennotierung erlangt haben. Dies wird vielen Gesellschaften freilich oftmals erst dann möglich sein, wenn sie sich die steuerlichen Privilegien einer REIT-AG zu nutze machen konnten.

Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Figur des sogenannten Vor-REIT etabliert.<sup>65</sup> Der Vor-REIT ist ein Novum in der internationalen REIT-Landschaft.<sup>66</sup> Vor-REITs sind keine Vorgesellschaften im gesellschaftsrechtlichen Sinne. Ein Vor-REIT entsteht mit seiner Registrierung beim Bundeszentralamt für Steuern in Bonn. Diesem müssen lediglich der nach den Vorgaben des REITG angepasste Unternehmensgegenstand sowie die erforderliche Vermögens- und Ertragsstruktur nachgewiesen werden. Dafür hat der Vor-REIT Zeit bis zum Ablauf des der Anmeldung folgenden Geschäftsjahres. Die REIT-Vermögensstruktur muss dabei durch von Wirtschaftsprüfern testierte Unterlagen belegt werden. Die erforderliche Aktionärsstruktur wird im Zuge der Börsennotierung geprüft,<sup>67</sup> so dass das Registergericht bei der eigentlichen Anmeldung der REIT-AG letztendlich nur noch die rein satzungsmäßigen Voraussetzungen zu überprüfen hat (i. e. Firma, Sitz, Grundkapital, Ausschüttungsverpflichtung). Entgegen dem etwas missverständlichen Wortlaut des § 8 REITG können neben der Firmenänderung auch gleichzeitig die weiteren, zur Erlangung des REIT-Status erforderlichen Satzungsänderungen angemeldet werden. Mit Eintragung im Handelsregister hat die Gesellschaft ihren REIT-Status erlangt. Die steuerlichen Privilegien treten mit Rückwirkung auf den Beginn des Wirtschaftsjahres ein.<sup>68</sup>

## III. Gründung der REIT-Aktiengesellschaft

Die Entstehung einer REIT-AG ist auf unterschiedliche Arten möglich. Neben der Neugründung einer AG, die anschließend die Voraussetzungen des REITG erfüllt ist auch die Umwandlung einer bestehenden Gesellschaft möglich. Bei der Neugründung (sowohl bei der Bar- als auch der Sachgründung) einer REIT-AG kommen die üblichen Vorschriften des Aktiengesetzes zur Anwendung. Bei der Satzungsgestaltung ist insbesondere darauf zu achten, dass neben dem notwendigen Unternehmensgegenstand auch die vorgesehenen Ausschüttungsregelungen statuiert sein müssen.

In steuerlicher Hinsicht birgt die Bargründung keine Besonderheiten. Die AG erwirbt nach Gründung das notwendige Immobilienvermögen. Dieser Vorgang wird regelmäßig nur Grunderwerbsteuer auslösen. Ganz anders freilich ist dies bei einer Sachgründung, d. h. wenn eine Gesellschaft oder natürliche Person sich verpflichtet, ihre Einlageverpflichtung durch die Übereignung von Immobilien zu erfüllen, § 27 AktG.

<sup>59</sup> Vgl. oben Fn. 8.

<sup>60</sup> Beck/Droste/Zoller, ZKW 2004, 192; Kiethe, ZfIR 2005, 745, 746.

<sup>61</sup> Vgl. §§ 110 Abs. 3, 125 Abs. 1 Satz 3, 130 Abs. 1, 161 AktG; vgl. ergänzend §§ 134 Abs. 1 Satz 2, 171 Abs. 2, 328 Abs. 3 AktG.

<sup>62</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 32 f. zu § 10, unter Verweis auf die Erfahrungen in den USA, wo nicht börsennotierte REITs zulässig sind.

<sup>63</sup> Kiethe, ZfIR 2005, 745, 748.

<sup>64</sup> § 8 REITG.

<sup>65</sup> § 2 REITG.

<sup>66</sup> O. A., Going Public 2006, 40, 42 (Interview mit Droste und Beck).

<sup>67</sup> Sofern Namensaktien ausgegeben werden, kann ergänzend auf das Aktienregister gemäß § 67 AktG rekuriert werden.

<sup>68</sup> § 17 Abs. 1 REITG.

Durch die Übertragung werden die in den Immobilien liegenden stillen Reserven aufgedeckt. Die Einbringung der Immobilien unterliegt daher grundsätzlich sowohl der Einkommen-/Körperschaftsteuer als auch der Gewerbesteuer.<sup>69</sup> Dies führte in der Vergangenheit dazu, dass viele Unternehmen vor einer Veräußerung ihrer Immobilien zurückschreckten.<sup>70</sup> Um daher einen Anreiz für Unternehmen zu schaffen, ihre stillen Reserven zu heben sowie um die REIT-AG schnell Marktwirklichkeit werden zu lassen, hat sich der Gesetzgeber zur Einführung einer sogenannten „Exit Tax“ nach französischem Vorbild entschlossen. Danach wird bei einer Veräußerung von Immobilien an eine REIT-AG die Differenz zwischen Veräußerungspreis und Buchwert nur zur Hälfte von der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer erfasst.<sup>71</sup> Im Gegenzug sind damit zusammenhängende Aufwendungen ebenfalls nur zur Hälfte abziehbar. Diese Regelung gilt jedoch nur, wenn der Einbringungsvertrag, mithin das notarielle Rechtsgeschäft, bis spätestens 31.12.2009 rechtswirksam abgeschlossen wurde. Auf den Zeitpunkt des Grundbuchamtlichen Vollzugs kommt es nicht an. Voraussetzung ist allerdings eine fünfjährige Vorbesitzzeit (in Umwandlungsfällen eine zweijährige Zugehörigkeit zum Anlagevermögen) sowie eine vierjährige Haltefrist der Immobilie. Weitere steuerliche Begünstigungen wurden nicht festgesetzt. So wurde weder, wie dies etwa in Frankreich der Fall ist, eine Stundung der festgesetzten Steuer statuiert noch Regelungen hinsichtlich der Grunderwerbsteuer getroffen. Danach unterliegt also die Einbringung von Immobilien in eine REIT-Aktiengesellschaft, anders als dies zum Teil in der Literatur erhofft wurde,<sup>72</sup> voll der Grunderwerbsteuer. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Grunderwerbsteuerpflicht die Anreize, die durch die Exit Tax geschaffen werden, konterkarieren oder sogar zunichte machen.<sup>73</sup>

Für die Gründung einer REIT-AG nach Maßgabe des UmwG gelten die allgemeinen Vorschriften. In Betracht kommt insbesondere ein Formwechsel in eine AG sowie eine Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) von Immobilienvermögen auf eine AG, die anschließend REIT-Status erlangt. Die soeben beschriebene Exit Tax gemäß § 3 Nr. 70 a) EStG n. F. gilt zwar nur für Veräußerungen. Bei Umwandlungsvorgängen greifen aber ohnehin die umwandlungssteuerlichen Privilegien der §§ 25, 20 UmwStG.

Die steuerlichen Privilegien der Exit Tax genießen aber auch bereits die Vor-REITs. Damit will der Gesetzgeber einerseits Unternehmen bereits im Vorfeld einen Anreiz geben, ihre stillen Reserven zu heben, und andererseits REIT-willigen Aktiengesellschaften den Börsengang sowie das Erreichen der erforderlichen Vermögens- und Ertragsstruktur erleichtern.<sup>74</sup> Die Steuerprivilegierung entfällt jedoch, wenn der Vor-REIT

nicht innerhalb von vier Jahren nach Erwerb der jeweiligen Immobilie im Handelsregister als REIT eingetragen wird.<sup>75</sup> Im Übrigen unterliegt der Vor-REIT wie jede andere Aktiengesellschaft auch der Körperschaft- und Gewerbesteuer; die Befreiung greift erst mit Erlangung des REIT-Status.

#### IV. Rechtsfolgen der Erlangung des REIT-Status

Die Erlangung des REIT-Status hat gesellschaftsrechtliche, in erster Linie jedoch steuerliche Konsequenzen.

##### 1. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen

Die gesellschaftsrechtliche Verfassung einer REIT-AG entspricht derjenigen einer normalen Aktiengesellschaft nach deutschem Recht. Danach greifen die allgemein für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften, soweit nicht das REITG zwingend etwas anderes vorschreibt.<sup>76</sup> Geleitet wird die REIT-AG von dem eigenverantwortlich handelnden Vorstand. Der Aufgabenkanon des Vorstands ist dahingehend erweitert, dass er darauf zu achten hat, dass die Bedingungen, die zur Erlangung des REIT-Status führten, bewahrt bleiben. Dies gilt namentlich für die notwendigen Mindestausschüttungen an die Anteilseigner sowie die Einhaltung der Vermögens- und Aktionärsstruktur. Beträgt also beispielsweise das Immobilienvermögen einer REIT-AG weniger als 75 % des Gesamtvermögens, so muss der Vorstand den Wert des Immobilienportfolios durch neue Anlagen, Joint Ventures oder werterhöhende Zusatzleistungen aufstocken. Gleiches gilt, wenn die Streubesitzquote auf unter 15 % sinkt. Hier muss der Vorstand darauf hinwirken, dass durch Rückwerb eigener Aktien oder Kapitalerhöhungsmaßnahmen Einfluss auf die Aktionärsstruktur ausgeübt wird. Das Kontrollorgan bleibt der Aufsichtsrat. Dessen Kontrollpotential ist jedoch aufgrund der zum Teil sehr detaillierten Vorgaben des REITG erheblich reduziert.<sup>77</sup> Die Aktionäre nehmen ihre Rechte weiterhin in der Hauptversammlung wahr. Im Übrigen sind die gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen weniger durch den REIT-Status als vielmehr durch die Börsennotierung der Gesellschaft bedingt. Die Börsennotierung führt unter anderem zur Anwendbarkeit des WpHG und des BörsG sowie Spezialvorschriften im AktG.<sup>78</sup>

##### 2. Steuerliche Konsequenzen

Charakteristisches Merkmal einer REIT-Struktur ist der Verzicht auf die Besteuerung der Gewinne der REIT-AG auf der Ebene der Gesellschaft. Rechtstechnisch stehen dafür verschiedene Wege offen. Bei den voll steuerpflichtigen US-amerikanischen REITs beispielsweise werden die Ausschüttungen an die Aktionäre als Betriebsausgaben qualifiziert.<sup>79</sup> Eine 100 % Steuerbefreiung tritt also nur dann ein, wenn auch wirklich 100 % der Einkünfte ausgeschüttet werden. In Frankreich sind nur die Einkünfte aus immobilienbezogenen Tätigkeiten steuerfrei, im Übrigen unterliegen die Einkünfte der allgemeinen Körperschaftsteuer.<sup>80</sup> Die Bundesregierung hat sich dazu entschlossen, die REIT-AG insgesamt von der Körperschaft- und der Gewerbesteuer zu befreien.<sup>81</sup> Bei einer

<sup>69</sup> Anders, wenn ein Fall des § 20 UmwStG vorliegt, d. h. ein (Teil-)Betrieb oder Mitunternehmeranteil eingebracht wird.

<sup>70</sup> Financial Times Deutschland vom 1.3.2005, Sonderbeilage Immobilien; Teske/Stock, DB 2005, 906, 907; Geurts, BB 2005, 913, 916.

<sup>71</sup> § 3 Nr. 70 a) EStG n. F. Wenig diskutiert ist bislang die Frage, inwieweit die Exit Tax mit dem europarechtlichen Beihilferecht vereinbar ist.

<sup>72</sup> Teske/Stock, DB 2005, 906, 907.

<sup>73</sup> Kritisch auch Schacht/Gänsler, DStR 2006, 1518, 1523; Pluskat/Rogall, WM 2006, 889, 896; Simon, NJW-Spezial 2006, 459, 460. Im Gesetzgebungsverfahren hatte der Bundesrat sogar angeregt, den Grunderwerbsteuerfreien Formwechsel in eine AG im Falle einer REIT-AG Grunderwerbsteuerpflichtig zu stellen, Bundesrat, 829. Sitzung, 15.12.2006; vgl. BR-Drucks. 779/06, S. 17.

<sup>74</sup> Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 27 f. zu § 2 REITG.

<sup>75</sup> § 3 Nr. 70 Satz 3 b) und e) EStG n. F.

<sup>76</sup> § 1 Abs. 3 REITG.

<sup>77</sup> Pluskat/Rogall, WM 2006, 889, 892.

<sup>78</sup> S. o. unter II. 6.

<sup>79</sup> Sec. 856, 857 US-Internal Revenue Code.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Teske/Stock, DB 2005, 906, 908; Kofner, (Fn. 15), S. 7.

<sup>81</sup> § 16 Abs. 1 REITG.

Mindestausschüttung von 90 % an die Anleger bedeutet dies, dass bis zu 10 % der Einkünfte steuerfrei gestellt sind.<sup>82</sup>

Als Ausgleich für die Steuerfreiheit auf der Ebene der REIT-AG unterliegen die ausgeschütteten Dividenden auf der Ebene der Gesellschafter der vollen Besteuerung. Die Ausschüttungen gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, die als solche mit dem persönlichen Einkommensteuersatz des Anlegers zu versteuern sind; das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG sowie die Steuerbefreiung nach § 8 b KStG sind nicht anwendbar.<sup>83</sup> Die REIT-AG wird dabei von dem auszuschüttenden Gewinn eine Kapitalertragsteuer in Höhe von 25 % als Vorauszahlung auf die Einkommensteuer einbehalten, die später auf die veranlagte Einkommensteuer angerechnet und gegebenenfalls erstattet wird, vgl. §§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 43 a Abs. 1 Nr. 1, 36 Abs. 2 EStG i. V. m. Art. 20 REITG.<sup>84</sup> Für die Veräußerung von Anteilen an einer REIT-AG gelten die allgemeinen Regeln über die Versteuerung von Aktien. Privatanleger können daher gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nach zwölfmonatiger Haltedauer ihre REIT-Aktien steuerfrei veräußern; für Körperschaften gilt die grundsätzliche Steuerfreiheit nach § 8 b Abs. 2 KStG.<sup>85</sup>

## V. Verlust der REIT-Voraussetzungen

Das REITG hat, teilweise gestützt auf das WpHG, ein weitreichendes System von Sanktionen aufgebaut, das jeweils an den Verlust der verschiedenen Voraussetzungen zur Erlangung des REIT-Status anknüpft. Verliert die REIT-AG danach ihre Steuerprivilegien, kann sie frühestens nach vierjähriger Wartefrist erneut eine Steuerbefreiung erreichen.<sup>86</sup>

### 1. Verletzung des Unternehmensgegenstandes

Eine Verletzung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes wird in zwei Fällen sanktioniert: zum einen, wenn die REIT-AG die Grenze vom aktiven Immobilienmanagement zum Immobilienhandel überschreitet. Veräußert also die REIT-AG innerhalb von fünf Jahren mehr als die Hälfte ihres Bestandes, so entfällt die Befreiung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer erstmals in dem Wirtschaftsjahr, in dem die Grenze überschritten wird;<sup>87</sup> zum anderen, wenn die REIT-

AG entgeltliche Nebentätigkeiten für Dritte erbringt.<sup>88</sup> In diesem Fall darf die Finanzbehörde Zahlungen gegen die REIT-AG festsetzen; bei einem Verstoß in drei aufeinander folgenden Jahren entfällt die Steuerbefreiung auf der Ebene der Gesellschaft.<sup>89</sup> Ein Schutz der Aktionäre ist im Gesetz nicht vorgesehen. Diese sind lediglich auf allgemeine Organhaftungsansprüche gegenüber dem Vorstand beschränkt.

### 2. Sitz, Firma

Die REIT-AG muss ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung im Inland haben. Als Aktiengesellschaft deutschen Rechts gilt die Sitztheorie. Danach ist der Beschluss, den satzungsmäßigen Sitz ins Ausland zu verlegen, ein Auflösungsbeschluss i. S. d. § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG.<sup>90</sup> Die Rechtsfolgen einer tatsächlichen Sitzverlegung ins Ausland sind im REITG nicht bestimmt. Man wird jedoch davon ausgehen müssen, dass die steuerlichen Privilegien mit Beginn des Wirtschaftsjahres, in dem der Sitz der Geschäftsleitung tatsächlich verlegt wurde, wegfallen.<sup>91</sup> Hinsichtlich des Firmennamens greifen die handelsrechtlichen Mechanismen (vgl. etwa § 37 HGB, § 140 FGG, § 37 a HGB, § 80 AktG sowie ergänzend § 5 Abs. 1, 2 Nr. 3 UWG).

### 3. Verletzung der Vermögensstruktur

Besteht das Vermögen einer REIT-AG zu weniger als 75 % aus Immobilien oder stammen weniger als 75 % der Erträge aus dem Immobilienvermögen, so ist richtiger Adressat einer Sanktion die Gesellschaft. Die Finanzbehörde kann in diesem Fall eine Zahlung gegen die REIT-AG festsetzen; verstößt die Gesellschaft in drei aufeinander folgenden Wirtschaftsjahren gegen die Vorgaben hinsichtlich der Vermögensstruktur, so entfällt im vierten Jahr die Steuerbefreiung auf der Ebene der REIT-AG gänzlich.<sup>92</sup> Ein Schutz der Aktionäre vor dem Wertverlust ihrer Aktien ist auch hier nicht vorgesehen.

### 4. Verletzung der Aktionärsstruktur

Bei einer etwaigen Verletzung der erforderlichen Mindeststreuung von 15 % bzw. der Höchstbeteiligung von 10 % stellen sich zwei unterschiedliche Fragen: zum einen die effiziente Überwachung der jeweiligen Grenzen, zum anderen die Sanktionierung bei Verletzung der Grenzen.

Um eine effiziente Überwachung der Einhaltung der Mindest- bzw. Höchstbeteiligungsquoten zu gewährleisten, war in einem früheren Gesetzesentwurf vorgesehen, dass die REIT-AG nur vinkulierte Namensaktien ausgeben dürfe. Namensaktien sind nach § 67 Abs. 1 AktG in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen. Mittels der Eintragung im Aktienregister und der Zustimmungspflicht zur Aktienübertragung erhoffte man sich, dass die REIT-AG ihre Anteilseignerstruktur detailliert hätte nachvollziehen können. Dabei wurde jedoch verkannt, dass einem Aktienregister eine nur bedingte Aussagekraft hinsichtlich der Aktionärsstruktur zukommt.<sup>93</sup> Namentlich werden im Aktienregister die sogenannten Vollrechtstreuhand, also diejenigen, auf die der Treugeber das

<sup>82</sup> Die Bundesregierung begründet dies mit der daraus resultierenden Nichtanwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Fusions-Richtlinie, Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 38 zu § 16 REITG; zur Kritik daran vgl. *Kofner*, (Fn. 15) S. 6.

<sup>83</sup> § 19 Abs. 1 und 5 REITG.

<sup>84</sup> Zu den problematischen Fragen der Besteuerung bei ausländischem Immobilienbesitz, bei Erträgen von Tochtergesellschaften, die den REIT-Status nicht erfüllen, sowie bei ausländischen Anteilseignern vgl. *Geurts*, BB 2005, 913, 915; *Schacht/Gänsler*, DStR 2006, 1518, 1521 ff.; *Pluskat/Rogall*, RIW 2005, 889, 894 f.; *Luther, Ernst & Young* (Fn. 44), S. 21 ff.; *KPMG*, Einführung des Real Estate Investment Trust (REIT) in Deutschland, S. 8 f., abrufbar [www.kpmg.de/library/pdf/Einfuehrung\\_des\\_Real\\_Estate\\_Investment\\_Trust\\_REIT\\_in\\_Deutschland\\_de.pdf](http://www.kpmg.de/library/pdf/Einfuehrung_des_Real_Estate_Investment_Trust_REIT_in_Deutschland_de.pdf); vgl. auch Art. 3 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (Änderung des Außensteuergesetzes); vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 1 b), § 3 Abs. 3 REITG.

<sup>85</sup> § 19 Abs. 2 REITG; werden die Anteile im Betriebsvermögen gehalten, gelten §§ 4 und 5 EStG.

<sup>86</sup> § 17 Abs. 4 REITG.

<sup>87</sup> § 18 Abs. 2 REITG; hier würde sich die Frage stellen, was geschieht, wenn in der Liquidation der Gesellschaft das Immobilienportfolio veräußert wird. Sollen gerade und auch dann die steuerlichen Privilegien entfallen?

<sup>88</sup> § 16 Abs. 4 REITG.

<sup>89</sup> § 18 Abs. 5 REITG.

<sup>90</sup> Nach a. A. ist der Beschluss gem. § 241 Nr. 3 AktG nichtig, vgl. dazu *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., 2006, § 5 Rdnr. 12.

<sup>91</sup> Zu der Problematik der Wegzugsbeschränkung vgl. oben II. 2.

<sup>92</sup> § 16 Abs. 3, 4; § 18 Abs. 5 REITG.

<sup>93</sup> Ausführlich dazu *Klühs/Schmidtbleicher*, ZIP 2006, 1805, 1809 ff.

Eigentum an der Aktie übertragen hat, eingetragen.<sup>94</sup> Der „wahre“ Aktionär, mithin der Treugeber, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen bleibt fraglich, ob die Übertragung von Namensaktien mittels Indossament (vgl. § 68 Abs. 1 AktG) für eine REIT-AG wirklich praxistauglich gewesen wäre.<sup>95</sup> Der Gesetzgeber hat sich daher dafür entschieden, das ohnehin bestehende System der Meldepflichten nach § 21 WpHG auszubauen. Danach muss jeder, der 5 %, 10 %, 25 %, 50 % oder 75 % der Stimmrechte einer börsennotierten AG erreicht, dies unverzüglich sowohl der Gesellschaft als auch der BaFin mitteilen.<sup>96</sup> Diese Meldepflicht wird durch § 11 Abs. 5 REITG hinsichtlich der Schwellen 80 % und 85 % erweitert, um die Gesellschaft rechtzeitig von einer möglichen Unterschreitung der Mindeststreuquote in Kenntnis zu setzen. Darüber hinaus muss die REIT-AG jährlich zum 31. Dezember der BaFin gegenüber die Streubesitzquote seiner Aktionäre mitteilen und gegebenenfalls nachweisen.<sup>97</sup>

Auf der Ebene der Sanktionierung wird unterschieden. Überschreitet ein Anleger die 10 %-Grenze (wobei hier auch Aktien hinzugerechnet werden, die durch einen Treuhänder gehalten werden, vgl. § 11 Abs. 4 Satz 2 REITG), so kann er aus den Aktien nur Rechte geltend machen, die ihm bei einer Beteiligung von weniger als 10 % zustehen würden. Liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen die Meldepflichten nach dem WpHG vor, so dürfen nach § 28 WpHG für die Zeit des Verstoßes die Rechte aus den Aktien nicht ausgeübt werden; dies gilt namentlich für das Stimm- und Dividendenrecht. Wird in drei aufeinander folgenden Jahren gegen die Höchstbeteiligungsgrenze verstoßen, so verliert die REIT-AG selbst ihre Steuerprivilegien.<sup>98</sup> Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft in drei aufeinander folgenden Jahren die Mindeststreubesitzquote nicht einhält. Auf diese Weise soll auch der Gesellschaft ein Anreiz gegeben werden, auf ihre Aktionärsstruktur regulierend einzuwirken. Dabei wird allerdings übersehen, dass die Möglichkeiten einer AG, ihre Aktionärsstruktur zu beeinflussen, nur begrenzt sind. Eine Diskussion über erleichterte Aktienrückkaufmöglichkeiten nach § 71 AktG bzw. erleichterte Kapitalerhöhungsmaßnahmen für REIT-Aktiengesellschaften schiene sinnvoll.<sup>99</sup> Flankiert werden vorbeschriebene Sanktionsmaßnahmen durch eine obligatorisch in die Satzung aufzunehmende Entschädigungsregelung für Minderheitsaktionäre (Beteiligung von weniger als 3 %).<sup>100</sup> Hintergrund dieser Regelung ist, dass ein Minderheitsaktionär keinen Einfluss darauf hat, ob die Höchstbeteiligungsquote bzw. die Mindeststreubesitzquote eingehalten wird (dies wird regelmäßig allerdings auch für einen Aktionär gelten, der mit mehr als 3 % beteiligt ist). Anforderungen an den Inhalt dieser Entschädigungsregelung statuiert das REITG jedoch nicht, insbesondere was die Höhe des Anspruchs, den Anspruchsgegner

(individueller Aktionär, Vorstand?), sowie eine etwa verbotene Einlagenrückgewähr betrifft.

## 5. Verletzung der Ausschüttungsverpflichtung

Schüttet die Gesellschaft weniger als 90 % ihres Jahresüberschusses an die Aktionäre aus, werden Zahlungen gegen die REIT-AG festgesetzt; werden die Mindestausschüttungen in drei aufeinander folgenden Jahren nicht eingehalten, verliert der REIT zum Ende des dritten Jahres seine Steuerbefreiung.<sup>101</sup>

## 6. Verlust der Börsenzulassung

Gemäß § 18 Abs. 1 REITG endet die Steuerbefreiung des REITs mit dem Verlust der Börsenzulassung zum Ende des Wirtschaftsjahres (Delisting). Der Schutz der Aktionäre ist freilich auch hier unzureichend. Zwar ist die Gesellschaft nach der Macroton-Entscheidung des BGH<sup>102</sup> verpflichtet, vor Stellung eines Antrags auf Delisting den Aktionären ein Abfindungsangebot zu machen. Dies hilft den betroffenen Aktionären aber wenig, wenn die Börsenzulassung von Amts wegen widerrufen wird.

## VI. Ausblick

Mit der Einführung des REITG wird es zu erheblicher Bewegung auf dem deutschen Immobilienmarkt kommen. Viele Unternehmen werden die bis zum 31.12.2009 befristete Möglichkeit nutzen, stille Reserven ihrer Immobilien zum halben Steuersatz zu realisieren (Exit Tax). Damit wird sich der Eigenbesitzanteil von Unternehmen an Immobilien, der sich in Deutschland auf ca. 73 % beläuft und damit im Vergleich etwa zu den USA (25 %) oder England (54 %) sehr hoch ist,<sup>103</sup> wesentlich reduzieren. In vielen Fällen werden Unternehmen Sale-and-Lease-Back-Konstruktionen wählen, d. h. den an die REIT-AG veräußerten Grundbesitz sofort wieder anmieten.<sup>104</sup> Die mit der Veräußerung ihrer Immobilien frei werdenden Mittel können die Unternehmen in ihr Kerngeschäft investieren. Erwünschter Nebeneffekt könnte nicht zuletzt eine Belebung des deutschen Immobilienmarktes sein.

Im internationalen Vergleich hinkt Deutschland hinsichtlich die Marktkapitalisierung seiner Immobilienunternehmen weit hinterher. Die in Deutschland gängigen Immobilienvehikel (offene, geschlossene Immobilienfonds, Immobilienaktiengesellschaft) werden international nicht akzeptiert. Dies gilt namentlich für den offenen Immobilienfonds, der zwar steuerlich einer REIT-AG ähnlich ist, jedoch eine sehr hohe, internationalen Anlegern kaum vermittelbare Regelungsichte aufweist.<sup>105</sup> Die Bundesregierung kann sich daher zu Recht Hoffnung machen, dass die REIT-AG diese Lücke schließt. Mit der Einführung von REIT-AG wird das Angebot für Anleger um ein fungibles und auf dem internationalen Kapitalmarkt konkurrenzfähiges Immobilienanlageprodukt erweitert. Für Notare ergeben sich bei der gesellschaftsrechtlichen und der vermögensrechtlichen Strukturierung neue Aufgaben.

<sup>94</sup> Vgl. etwa MünchKommAktG/Bayer, Bd. 2, 2. Aufl., 2003, § 67 Rdnr. 39 ff. m. w. N.

<sup>95</sup> Kritisch Teske/Stock, DB 2005, 906, 910.

<sup>96</sup> Im Rahmen der Umsetzung der Transparenzrichtlinie wird die Meldepflicht um die Schwellen 3 %, 15 %, 20 % und 30 % ergänzt.

<sup>97</sup> § 11 Abs. 2 REITG.

<sup>98</sup> § 18 Abs. 3 REITG.

<sup>99</sup> Die Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren dahingehend abgemildert, dass der Verlust der Steuerbefreiung nicht unmittelbar erfolgt, wenn die REIT-AG aus den Meldungen nach dem WpHG einen Verstoß gegen die Quoten nicht sofort erkennen konnte, § 18 Abs. 3 Satz 3 ff. REITG. Die Gesellschaft hat dann bis zum Ablauf des darauf folgenden Wirtschaftsjahres Zeit, wieder einen gesetzeskonformen Zustand herzustellen.

<sup>100</sup> § 11 Abs. 3 REITG.

<sup>101</sup> § 18 Abs. 5 i. V. m. § 16 Abs. 5 REITG.

<sup>102</sup> BGH, BB 2003, 806 = MittBayNot 2003, 305.

<sup>103</sup> Zahlen aus Begr. RegE., BR-Drucks. 779/06, S. 1.

<sup>104</sup> § 3 Nr. 70 Satz 4 EStG n. F. verbietet jedoch eine Beherrschung der REIT-AG durch den Veräußerer.

<sup>105</sup> Vgl. etwa die Bankenaufsicht durch die BaFin und die Depotbank oder die Verpflichtung zur Risikostreuung nach Maßgabe des InvG.

## Ertragsteuerliche Probleme des Erbfalls

Von Steuerberater/Assessor (iur.) Prof. *Thomas Reich*, Würzburg/Wiesentheid

Durch den Erbfall können Wirtschaftsgüter ihre Betriebsvermögenseigenschaft verlieren oder auch erst Betriebsvermögen werden. Insbesondere bei Sonderbetriebsvermögen oder in Betriebsaufspaltungskonstellationen kann es zu erheblichen steuerlichen Nachteilen kommen. Besonders ungünstig ist es, wenn Beteiligungen i. S. d. § 17 EStG (Beteiligung von mindestens 1 % an einer Kapitalgesellschaft) ihre steuerliche Qualifikation als Betriebs- oder Privatvermögen ändern. Der Beitrag stellt die auftretenden ertragsteuerlichen<sup>1</sup> Risiken und die sich hieraus ergebenden Handlungsalternativen dar.

### A. Ertragsteuerliche Auswirkungen des Erbfalls

Erbfall und Erbaueinandersetzung sind, wie bereits vom BFH im Jahr 1990 entschieden,<sup>2</sup> getrennte Vorgänge. Mit dem Erbfall erwerben die Erben das Vermögen des Verstorbenen als Gesamtrechtsnachfolger unmittelbar. Dieser Vorgang unterliegt der Erbschaftsteuer, kann aber auch ertragsteuerliche Auswirkungen haben. Während die ertragsteuerlichen Auswirkungen der Erbaueinandersetzung von den zwischen den Miterben getroffenen Vereinbarungen abhängig sind, ergeben sich die ertragsteuerlichen Folgen des Erbfalls automatisch und sind allein von den getroffenen Nachfolgeregelungen abhängig. Die durch den Erbfall eintretenden ertragsteuerlichen Nachteile kommen häufig (in Form eines Steuerbescheides) überraschend. Erstmals hatte das BMF schon im Jahre 1993 ein Schreiben zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung veröffentlicht. Wegen der seitdem eingetretenen Rechtsänderungen wurde das Schreiben am 14.3.2006 in überarbeiteter Form veröffentlicht.<sup>3</sup> Während im Erlass vor allem auf die ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung eingegangen wird, werden die ertragsteuerlichen Folgen des Erbfalls selbst meist nur angedeutet. Es könnte daher der Eindruck entstehen, dass der Erbfall selbst keine ertragsteuerlichen Folgen hätte. Vor dem Hintergrund des Erlasses sollen daher die sich unmittelbar aus dem Erbfall ergebenden Ertragsteuerfolgen dargestellt werden.

Obwohl die meisten an einem Erbfall Beteiligten vor allem eine mögliche Erbschaftsteuerbelastung fürchten, liegen weit höhere Gefahren im Ertragsteuerrecht. Während die Erbschaftsteuerbelastung abhängig von der Zahl der Miterben ist und in der ungünstigsten Steuerklasse III erst bei einem Erwerb von mehr als 25 Mio. € bis zu 50 % betragen kann, droht eine Ertragsteuerbelastung von bis zu 50 % (Einkommensteuer, Gewerbesteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag) bereits dann, wenn es anlässlich des Erbfalls zu einer Entnahme und dadurch zur Aufdeckung von stillen Reserven von nur 50.000 € kommt; dies kann insbesondere bei Grundstücken leicht geschehen.

#### I. Entnahme anlässlich des Erbfalls

##### 1. Problemstellung

Ist im Nachlass ein Einzelunternehmen (z. B. Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, selbständigen Arbeit oder Gewerbebe-

trieb) vorhanden, geht dieses auf die Erbengemeinschaft über und kann von dieser ohne zeitliche Begrenzung in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgeführt werden.<sup>4</sup> Jeder Miterbe erzielt dann Gewinneinkünfte. Je nach Art des Betriebes handelt es sich um Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, gewerblicher Tätigkeit oder selbständiger Arbeit,<sup>5</sup> da der einzelne Miterbe aufgrund seiner Miterbenstellung Mitunternehmerinitiative und -risiko trägt. Im Rahmen der Gewinneinkünfte wird die Erbengemeinschaft daher wie eine Mitunternehmerschaft behandelt. Bei Überschusseinkünften (z. B. Vermietung und Verpachtung oder Kapitalvermögen) wird die Erbengemeinschaft demgegenüber bis zur Auseinandersetzung wie eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO) behandelt.<sup>6</sup> Hat eine Erbengemeinschaft sowohl Überschuss- als auch Gewinneinkünfte kommt es anders als bei einer Personengesellschaft nicht zu einer gewerblichen Infektion (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG); die Überschusseinkünfte werden also nicht in Gewinneinkünfte umqualifiziert und das der Überschusserzielung dienende Vermögen bleibt Privatvermögen.<sup>7</sup> Eine Erbengemeinschaft wird somit anders als eine Personengesellschaft behandelt.

Befindet sich im Nachlass nur ein Einzelunternehmen, ist die Entnahme einzelner Wirtschaftsgüter durch den Erbfall ausgeschlossen, da alle Erben entsprechend ihrer Erbquote in die Rechtsstellung des Erblassers einrücken und das gesamte Vermögen des Erblassers in gleicher Weise auf die Miterben in Erbengemeinschaft übergeht. Eine Entnahme kann aber drohen, wenn der Erblasser als Mitunternehmer<sup>8</sup> an einer Personengesellschaft (GbR, OHG, KG oder PartG), die Gewinneinkünfte erzielt, beteiligt war und gesetzlich bzw. im Gesellschaftsvertrag eine andere Regelung als eine Nachfolge aller Erben in den Gesellschaftsanteil vorgesehen war. Gehört zum Nachlass eine Beteiligung an einer Personengesellschaft bestimmt zunächst das Gesellschaftsrecht, ob und inwieweit die Mitgliedschaft an einer Gesellschaft vererblich ist; die vom

<sup>4</sup> BGH, NJW 1985, 136. Die BGH-Entscheidung wurde zwar nachfolgend vor dem BVerfG angegriffen, aber nur insoweit aufgehoben, als es um die Frage der Haftung Minderjähriger ging, NJW 1986, 1859 = DNotZ 1986, 629.

<sup>5</sup> Einkünfte aus selbständiger Arbeit kann eine Erbengemeinschaft allerdings nur dann erzielen, wenn sämtliche Erben die fachlichen Voraussetzungen erfüllen; regelmäßig dürfte es zu einer Qualifizierung der Einkünfte in gewerbliche kommen, BMF, a. a. O., Tz. 5.

<sup>6</sup> BMF, a. a. O., Tz. 1.

<sup>7</sup> BMF, a. a. O., Tz. 4.

<sup>8</sup> Mitunternehmer ist jeder Gesellschafter einer Personengesellschaft, der aufgrund seiner Stellung Mitunternehmerisiko trägt und Mitunternehmerinitiative entfalten kann, BFH, GrS 3/92, BStBl 1993 II, 616. Mitunternehmer ist jeder Gesellschafter, dessen Rechte mindestens denen eines Kommanditisten nach der gesetzlichen Ausgestaltung im HGB entspricht.

<sup>1</sup> Im Folgenden wird stets vom „Ertragsteuerrecht“ gesprochen, da sich nicht nur einkommensteuerliche, sondern auch gewerbesteuerliche Nachteile ergeben können.

<sup>2</sup> BFH, GrS 2/89, BStBl 1990 II, 837 = MittBayNot 1990, 368.

<sup>3</sup> BMF, IV B 2 – S 2242 – 7/06, BStBl 2006 I, 253 = MittBayNot 2007, 254 (in diesem Heft).

Gesellschaftsrecht geschaffenen Möglichkeiten können und müssen dann im Rahmen des Erbrechts umgesetzt werden. Während das Erbrecht keine Möglichkeit kennt, einzelne Nachlassgegenstände mit dinglicher Wirkung unmittelbar zuzuwenden (Singularsukzession), ergeben sich aus dem Gesellschaftsrecht Besonderheiten. Der Anteil an einer werbend tätigen Personengesellschaft kann nämlich nicht Gesamthandsvermögen einer Erbengemeinschaft werden.<sup>9</sup> Nur wenn die einzelnen Miterben mit dem Erbfall unmittelbar Gesellschafter werden, entspricht dies nach Ansicht des BGH der persönlichkeitsbezogenen Arbeits- und Haftungsgemeinschaft, in der die Rechte und Pflichten in der Regel sachgerecht nur von voll verantwortlichen und selbst handlungsfähigen Personen wahrgenommen werden können.

Gesellschaftsrechtlich kann der Tod eines Gesellschafters in unterschiedlichster Weise geregelt sein (Auflösungsklausel, Fortsetzungsklausel, einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel, qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel, rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel, Eintrittsklausel).<sup>10</sup> Je nach gewählter Regelung können sich unterschiedliche ertragsteuerliche Auswirkungen ergeben.

#### a) Entnahme von Sonderbetriebsvermögen bei Fortsetzungsklausel

Scheidet der Erblasser mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus, wie dies z. B. bei der Fortsetzungsklausel oder Anwachsung bei einer zweigliedrigen Gesellschaft der Fall ist, erzielt der Erblasser noch in seiner Person einen nach §§ 16, 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn, soweit der Abfindungsanspruch den Buchwert seines Kapitalkontos im Todeszeitpunkt übersteigt.<sup>11</sup>

Der Erlass (Tz. 69) erweckt den Eindruck, dass ein Veräußerungsgewinn nur hinsichtlich des Abfindungsanspruchs entstehen kann. Es fehlt nämlich ein Hinweis, dass es gleichzeitig zur vollständigen Entnahme von Sonderbetriebsvermögen kommen kann, wenn die eingesetzten Erben nicht mit den Gesellschaftern identisch sind.

Sonderbetriebsvermögen sind Wirtschaftsgüter, die zivilrechtlich im Eigentum eines Mitunternehmers stehen oder ihm wirtschaftlich zuzurechnen sind und dem Betrieb einer Mitunternehmerschaft oder der Beteiligung des Mitunternehmers dienen.<sup>12</sup>

*Beispiel: Rechtsanwalt R nutzt mit seinem Sozius Büroräume, die in Rs Alleineigentum stehen. Im Übrigen hat jeder Sozius einen Pkw zu Alleineigentum erworben; die Fahrzeuge werden aber zu mehr als 50 % für betriebliche Zwecke genutzt. Sowohl das Grundstück als auch die Fahrzeuge stellen notwendiges Sonderbetriebsvermögen des jeweiligen Eigentümer-Sozius dar. Das gemeinschaftliche Vermögen der Sozietät (z. B. Büroeinrichtung, Mandantenstamm) wächst nach dem Sozietätsvertrag dem verbleibenden Sozius zu Alleineigentum an. Im Todeszeitpunkt hat das Kapitalkonto des verstorbenen Sozius einen Buchwert von 50.000 €. Der verbleibende Sozius muss eine Abfindung in Höhe des gemeinen Wertes von 150.000 € zahlen.*

<sup>9</sup> BGH, NJW 1983, 2376.

<sup>10</sup> Vgl. im Einzelnen *Bonefeld/Daragan/Wachter*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2006, S. 927 ff.

<sup>11</sup> BMF, a. a. O., Tz. 69; *Schmidt/Wacker*, EStG, 2006, § 16 Rdnr. 661.

<sup>12</sup> Zur Definition *Schmidt/Wacker*, EStG, 2006, § 15 Rdnr. 506 m. w. N.

Nach dem Wortlaut des Erlasses scheint nur in Höhe der Differenz zwischen dem Abfindungsanspruch und dem Buchwert des Kapitalkontos von 100.000 € ein Veräußerungsgewinn zu entstehen. Es ist aber zu beachten, dass auch das gesamte Sonderbetriebsvermögen im Todesfall seine Betriebsvermögenseigenschaft verliert. Im Erbfall werden daher zusätzlich die in den Büroräumen und die im Fahrzeug liegenden stillen Reserven noch vom Erblasser aufgedeckt und sind von ihm<sup>13</sup> zusätzlich zu versteuern.

Ist in einem Personengesellschaftsvertrag vorgesehen, dass die Erben (mit oder ohne Abfindung) aus der Gesellschaft ausscheiden, verliert vorhandenes Sonderbetriebsvermögen noch in der Hand des ausscheidenden Erblassers seine Betriebsvermögenseigenschaft. Im Falle einer Fortsetzungsklausel kommt es somit insgesamt zu einer Betriebsaufgabe bzw. Aufgabe des Mitunternehmeranteils. Die stillen Reserven im Personengesellschaftsanteil und im Sonderbetriebsvermögen werden vom Erblasser (noch auf dem Totenbett) aufgedeckt.<sup>14</sup> Dass im Todeszeitpunkt ein möglicherweise hoher Entnahmegewinn entsteht, dürfte nur selten dem Wunsch der Beteiligten entsprechen. Denkbar wäre dies wohl nur, wenn der Erblasser einen hohen Verlustvortrag nach § 10 d EStG hat, der auf diese Weise noch genutzt werden könnte. Ob ein Verlustvortrag vererbt werden kann, liegt gegenwärtig dem Großen Senat des BFH<sup>15</sup> zur Entscheidung vor, da die Beantwortung der Frage zwischen den einzelnen Senaten des BFH<sup>16</sup> umstritten ist. Falls der Große Senat den Übergang des Verlustvortrages auf die Erben ablehnt, erscheint es sinnvoll, im (Sonder-)Betriebsvermögen ruhende stille Reserven aufzudecken, soweit der hierbei entstehende Gewinn durch einen beim Erblasser vorhandenen Verlustvortrag neutralisiert werden kann. Die Erben haben dann nämlich den Vorteil, dass sie zukünftig höhere Abschreibungen in Anspruch nehmen können, falls sie das Vermögen selbst zur Gewinnerzielung nutzen oder beim zeitnahen Verkauf keine weitere Ertragsteuerbelastung entsteht. Geht der Verlustvortrag nicht auf die Erben über, wäre dieser andernfalls endgültig verloren.

Verfügt der Erblasser über einen Verlustvortrag nach § 10 d EStG, der zulässigerweise mit den aufgedeckten stillen Reserven verrechnet werden kann, ergibt sich keine Ertragsteuerbelastung. Andernfalls trifft die Erbengemeinschaft bzw. jeden Erben entsprechend seiner Erbquote als Rechtsnachfolger des Erblassers die durch Aufdeckung der stillen Reserven ausgelöste Ertragsteuerschuld. Die Aufdeckung der stillen Reserven noch in der Hand des Erblassers kann aber auch dann sinnvoll sein, wenn ein Verkauf des Sonderbetriebsvermögens oder eine Betriebsaufgabe durch die Erben geplant ist, soweit der Aufgabegewinn beim Erblasser nur mit dem „halben Steuersatz“ nach § 34 Abs. 3 EStG besteuert wird.

Kommt es anlässlich des Erbfalls zu einer Entnahme, ist weiterhin zu beachten, dass die Erben kein Betriebs-, sondern Privatvermögen erwerben. Die gegenwärtig noch bestehenden Betriebsvermögensbegünstigungen nach §§ 13 a, 19 a ErbStG kommen daher nicht mehr zur Anwendung.

<sup>13</sup> Die Einkommensteuer wird zwar noch vom Erblasser ausgelöst, wird aber selbstverständlich erst nach seinem Tod gegenüber der Erbengemeinschaft festgesetzt und ist daher wirtschaftlich von allen Miterben entsprechend ihrer Erbquote zu tragen.

<sup>14</sup> BMF, a. a. O., Tz. 74.

<sup>15</sup> BFH, GrS 2/04.

<sup>16</sup> Gegen einen Übergang der Verlustvorträge auf Erben der XI. Senat, XI R 54/99, BStBl 2004 II, 400; für einen Übergang des Verlustvortrages der I. Senat, I ER-S-1/03, BStBl 2004 II, 414.

## b) Entnahme von Sonderbetriebsvermögen bei qualifizierter Nachfolgeklausel/nicht ausgeübtem Eintrittsrecht

Ist der Erblasser Mitunternehmer einer Personengesellschaft und werden alle Erben aufgrund einer einfachen Nachfolgeklausel oder zumindest aufgrund eines ausgeübten Eintrittsrechts selbst Mitunternehmer, ergeben sich keine ertragsteuerlichen Auswirkungen. Sonderbetriebsvermögen bleibt dann vollumfänglich Betriebsvermögen. Ist demgegenüber im Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Nachfolgeklausel vorgesehen oder besteht zwar für alle Erben ein Eintrittsrecht, das aber nur von einigen Erben genutzt wird, kann es zu einer Entnahme von Sonderbetriebsvermögen kommen.

Bei der qualifizierten Nachfolgeklausel in einer Personengesellschaft werden nach dem Tod des Erblasser-Gesellschafters nur diejenigen Miterben Gesellschafter, die bestimmte Kriterien erfüllen. Da nur bei Gesellschaftsanteilen, nicht aber bei Sonderbetriebsvermögen, das im Alleineigentum eines Gesellschafters steht, eine Sondererfolge eintritt, kommt es durch den Erbfall zu einer anteiligen Entnahme des Sonderbetriebsvermögens, soweit das Sonderbetriebsvermögen auf nicht qualifizierte Miterben übergeht (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO).<sup>17</sup> Der dadurch bei nicht qualifizierten Nachfolgern entstehende Entnahmegewinn ist noch vom Erblasser realisiert. Die durch die Entnahme entstehende Ertragsteuer ist von der Erbengemeinschaft zu zahlen und daher von allen Miterben entsprechend ihrer Erbquoten zu tragen.

*Beispiel: Erblasser E ist Kommanditist einer gewerblich tätigen KG. Im Gesellschaftsvertrag ist vorgesehen, dass die Gesellschaft nur mit Abkömmlingen fortgesetzt wird. E hat seiner Gesellschaft ein wertvolles Grundstück zur Nutzung überlassen, dessen Buchwert 50.000 € beträgt. Als E verstirbt hat das Grundstück einen Wert von 550.000 €. Erben werden seine Frau F und sein Sohn S zu gleichen Teilen.*

Zivilrechtlich werden F und S Erben zu gleichen Teilen. Aufgrund der qualifizierten Nachfolgeregelung geht der KG-Anteil aber allein auf S über. Nur S wird im Erbfall Gesellschafter, so dass auch nur dieser als Mitunternehmer angesehen werden kann. Soweit das Sonderbetriebsvermögen auf die gesellschaftsvertraglich nicht nachfolgeberechtigte Erbin F übergeht, wird das Vermögen entnommen und ist insoweit künftig Privatvermögen. Im vorstehenden Beispiel wird die Hälfte des Grundstückes noch vom Erblasser aus dem Betriebsvermögen entnommen;<sup>18</sup> die Hälfte der stillen Reserven (250.000 €) ist noch von ihm als Entnahmegewinn zu versteuern. Die hieraus resultierende Einkommensteuerschuld ist eine Steuerschuld des Erblassers und als Nachlassverbindlichkeit von der Erbengemeinschaft bzw. von den einzelnen Miterben entsprechend der Erbquote, also zur Hälfte von F und zur Hälfte von S, zu tragen.

Dieses Ergebnis dürfte vom qualifizierten Miterben häufig als ungerecht empfunden werden. Kommt es nämlich später zu einer Entnahme des vom qualifizierten Miterben (ohne Aufdeckung der stillen Reserven) anteilig erworbenen Grundstücksteils ist der hierbei entstehende Entnahmegewinn vom qualifizierten Miterben persönlich und allein zu versteuern. Während im Beispielsfall somit die auf die nicht-qualifizierte Miterbin F entfallenden stillen Reserven im Erbfall noch vom Erblasser aufgedeckt und die hierauf entfallenden Ertrag-

steuern von allen Erben als Nachlassverbindlichkeit gemeinsam getragen werden, muss S die auf „seinen“ Grundstücksteil entfallenden stillen Reserven bei Entnahme des Grundstücksteils oder Veräußerung allein versteuern. Die latenten Steuern werden nämlich bei der Erbauseinandersetzung grundsätzlich nicht berücksichtigt. Die auf seinen Anteil entfallenden stillen Reserven muss S auch dann selbst versteuern, wenn im Rahmen der Erbauseinandersetzung das Grundstück von F allein übernommen wird. Der qualifizierte Miterbe wird seine Mitwirkung an einer einvernehmlichen Auseinandersetzung daher oft davon abhängig machen, dass ihm der Steuernachteil ausgeglichen wird, obwohl hierauf zivilrechtlich kein Anspruch besteht.

Das Problem der latenten Steuerbelastung stellt sich im Übrigen bei jeder Form der Erbauseinandersetzung. Erwirbt ein Miterbe im Rahmen der Erbauseinandersetzung Betriebsvermögen mit hohen stillen Reserven und ein anderer wertgleiches Privatvermögen, ist die Auseinandersetzung eines derartigen Mischnachlasses nach dem Erlass steuerneutral möglich.<sup>19</sup> Hierbei ist aber zu beachten, dass bei der Feststellung der Wertgleichheit nur in seltenen Fällen die im Betriebsvermögen ruhenden stillen Reserven und die mit diesen zusammenhängenden latenten Ertragsteuern berücksichtigt werden, so dass derjenige, der Betriebsvermögen übernimmt, sich im Ergebnis häufig schlechter stellt.

Das gleiche Ergebnis wie bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel kann sogar von einem Miterben erzwungen werden, wenn statt einer qualifizierten Nachfolgeklausel ein Eintrittsrecht vorgesehen ist. Macht nämlich ein Miterbe von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch, ergeben sich die gleichen Rechtsfolgen, wie bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel, bei der der nichteintretende Gesellschafter nicht nachfolgeberechtigt ist. Dadurch, dass ein Gesellschafter nicht eintritt, kann er somit erreichen, dass die auf seinen quotalen Anteil am Sonderbetriebsvermögen entfallenden stillen Reserven als noch vom Erblasser aufgedeckt gelten und die hierauf entfallenden Ertragsteuern als Nachlassverbindlichkeiten von der Erbengemeinschaft zu tragen ist, also wirtschaftlich von jedem Miterben entsprechend seiner Erbquote. Durch den Nichteintritt erhält er zwar – abhängig von der gesellschaftsvertraglichen und den letztwillig getroffenen Regelungen – möglicherweise keine oder nur eine geringe Abfindung für den Gesellschaftsanteil, hat der Gesellschaftsanteil aber nur einen geringen Wert und ruhen im Sonderbetriebsvermögen hohe stillen Reserven kann dies für ihn durchaus sinnvoll sein.

*Beispiel: Erblasser E ist Kommanditist einer gewerblich tätigen KG. Im Gesellschaftsvertrag ist vorgesehen, dass der Erblasser mit seinem Tod ausscheidet, aber seine gleichberechtigten Erben, Ehefrau F und Sohn S, ein Eintrittsrecht haben. E hat seiner Gesellschaft ein wertvolles Grundstück zur Nutzung überlassen, dessen Buchwert 50.000 € und dessen gemeiner Wert im Zeitpunkt des Erbfalls 500.000 € beträgt. Als E verstirbt, macht nur S von seinem Eintrittsrecht Gebrauch mit der Folge, dass die auf Fs anteilig erworbenen Grundstücksteil (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO) entfallenden stillen Reserven noch als vom Erblasser aufgedeckt gelten und die hierauf entfallenden Steuern von der Erbengemeinschaft zu tragen sind.*

Um einzelnen Miterben nicht die Möglichkeit zu geben, auch zu Lasten anderer Miterben stille Reserven in Sonderbetriebsvermögen durch Nichtausübung des Eintrittsrechts aufzudecken, sollten beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen

<sup>17</sup> BMF, a. a. O., Tz. 72 f.

<sup>18</sup> BMF, a. a. O., Tz. 73, 74.

<sup>19</sup> BMF, a. a. O., Tz. 32.

möglichst keine Eintrittsrechte, sondern nur einfache oder qualifizierte Nachfolgeklauseln vorgesehen werden. Im Übrigen ist jedem Miterben davon abzuraten, voreilig von seinem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen, um das vorstehend geschilderte nachteilige Ergebnis zu vermeiden, wenn andere von ihrem Recht keinen Gebrauch machen wollen.

### c) Beendigung einer Betriebsaufspaltung

Kommt es durch den Erbfall zu einer Entnahme von wesentlichen Betriebsgrundlagen, stellt dies sogar eine Totalbetriebsaufgabe dar. Sämtliche stille Reserven werden noch in der Hand des Erblassers aufgedeckt; die eingetretene Ertragsteuerbelastung ist von der Erbengemeinschaft zu tragen. Zu einer Betriebsaufgabe kommt es insbesondere bei Beendigung einer Betriebsaufspaltung.

Eine Betriebsaufspaltung ist gegeben, wenn einer Kapitalgesellschaft (Betriebsunternehmen) von einem Gesellschafter oder einer Personengesellschaft (Besitzunternehmen) eine wesentliche Betriebsgrundlage überlassen wird (sachliche Verflechtung) und beide Unternehmen von derselben Person oder Personengruppe beherrscht werden (persönliche Verflechtung).<sup>20</sup> Das gesamte dem Betriebsunternehmen zur Nutzung überlassene Vermögen (z. B. Grundstück) und die Anteile am Betriebsunternehmen (GmbH) sind dann (notwendig) Betriebsvermögen des Besitzunternehmens.

Bei einer Betriebsaufspaltung richtet sich die Nachfolge in das Besitzunternehmen und die Nachfolge in das Betriebsunternehmen nach den für die jeweilige Rechtsform geltenden Regeln. Handelt es sich bei dem Besitzunternehmen nicht um ein Einzelunternehmen, sondern z. B. um eine Personengesellschaft mit qualifizierter Nachfolgeregelung und sind nicht alle Erben qualifiziert, kann die persönliche Verflechtung und damit die Betriebsaufspaltung insgesamt entfallen. Denn die Kapitalgesellschaftsanteile unterliegen anders als die Personengesellschaftsanteile keiner Sondererbfolge, sondern fallen in die Erbengemeinschaft.

## 2. Vermeidung der Entnahme/Betriebsaufgabe

### a) Nach dem Erbfall

Eine durch den Erbfall erfolgte Entnahme kann durch die nachfolgende Erbauseinandersetzung nicht mehr beseitigt werden, selbst wenn die Auseinandersetzung zeitnah erfolgt und die entnommenen Wirtschaftsgüter wieder in vollem Umfang Sonderbetriebsvermögen beim sondererbfolgeberechtigten Miterben werden. In der Regel wird zwar für die Dauer von sechs Monaten eine rückwirkende Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft anerkannt,<sup>21</sup> die Rückwirkung erfasst allerdings nur die Zurechnung der Einkünfte. Eine Entnahme oder Betriebsaufgabe, die bereits mit Eintritt des Erbfalls noch in der Person des Erblassers eingetreten ist, kann daher durch die Erbauseinandersetzung nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Die Entnahme kann aber etwa dadurch vermieden werden, dass die nichtqualifizierten Erben ihre Erbschaft ausschlagen. Problematisch ist allerdings, dass der nichtqualifizierte Miterbe häufig nur dann zur Ausschlagung bereit sein wird, wenn er eine Abfindung erhält. Hierbei ist zu beachten, dass eine Ausschlagung gegen Abfindung als entgeltliche Veräußerung

des Erbteils angesehen wird.<sup>22</sup> Der Wert der als Abfindung hingegebenen Wirtschaftsgüter ist dann entsprechend der Verkehrswerte auf die einzelnen Nachlassgegenstände aufzuteilen. Soweit die Abfindung bei Betriebsvermögen den Buchwert überschreitet, erzielt der Ausschlagende einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn. Auf diese Weise könnte zwar der Entnahmegewinn in der Person des Erblassers vermieden werden, aber ein Veräußerungsgewinn bei dem ausschlagenden Erben entstehen. Eine Ausschlagung sollte selbstverständlich auch nur dann in Betracht gezogen werden, wenn sich die Erben sicher sind, dass keine unbekannteren Erben (unbekannte Kinder) vorhanden sind.

Eine ertragsteuerneutrale Ausschlagung zur Vermeidung einer Entnahme ist vor allem dann sinnvoll, wenn eine Abfindungszahlung vermieden werden kann. Die Gewährung einer Abfindung wäre etwa dann unnötig, wenn es sich beim Ausschlagenden um den überlebenden Ehegatten handelt, der mit dem Verstorbenen im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt hat und in Höhe seines Erbteils einen Zugewinnausgleichanspruch hat. Nach § 1371 Abs. 3 BGB kann der überlebende Ehegatte, der auch Erbe geworden ist, nämlich die Erbschaft ausschlagen und die Durchführung des Zugewinnausgleichs sowie Auszahlung seines Pflichtteils verlangen. Ergibt sich der Zahlungsanspruch aus dem ehelichen Güterrecht, stellt die Zahlung an den überlebenden Ehegatten keine Gegenleistung für die Ausschlagung dar. Regelmäßig wird der überlebende Ehegatte aber keine Geldzahlung wünschen, sondern aus emotionalen Gründen die Übertragung von Nachlassgegenständen fordern. Werden zum Ausgleich des auf Zugewinnausgleich und Pflichtteil gerichteten Geldanspruchs Nachlassgegenstände übertragen, ist zu prüfen, ob der Erbe mit der Übertragung der Nachlassgegenstände einen steuerpflichtigen Veräußerungstatbestand verwirklicht. Wird beispielsweise zur Abfindung eines Geldanspruchs ein in den letzten zehn Jahren vom Erblasser entgeltlich angeschafftes Vermietungsobjekt übertragen, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft durch den Erben vor (§ 23 EStG). Eine Ausschlagung sollte daher nicht nur aus zivilrechtlichen Gründen genau geprüft werden, da sich an die Ausschlagung zahlreiche weitere ertragsteuerliche Fragen anknüpfen können. Sinnvoller ist es auf jeden Fall, bereits im Vorfeld des Erbfalls, also bei der Nachfolgeplanung, an sich möglicherweise stellende Entnahmeprobleme zu denken und diese steueroptimal zu gestalten.

### b) Zu Lebzeiten

Es könnte etwa überlegt werden, dem qualifizierten Miterben, der im Gesellschaftsvertrag für die Sondererbfolge vorgesehen ist, das Sonderbetriebsvermögen als Vorausvermächtnis auszusetzen oder eine entsprechende Teilungsanordnung vorzusehen. Hierbei ist jedoch Folgendes zu beachten: Ein Vorausvermächtnis ist regelmäßig nicht geeignet, eine Entnahme zu vermeiden, da die Erbengemeinschaft bis zur Erfüllung des Vermächtnisses immer Zwischenerwerber wird<sup>23</sup>. Erst recht kann eine Teilungsanordnung, die nur schuldrechtliche Bedeutung zukommt, die im Erbfall eintretende Entnahme nicht verhindern.<sup>24</sup> Da das Erbrecht keine dinglich wirkenden Singularzuwendungen kennt, muss zu Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des Erbrechts gegriffen werden.

<sup>20</sup> Schmidt/Wacker, § 15 EStG Rdnr. 800 ff.

<sup>21</sup> BMF, a. a. O., Tz. 8.

<sup>22</sup> BFH, IX R 59/94, BStBl 1998 II, 431 = MittBayNot 1997, 194; BFH, IX R 5/02, BStBl. 2004 II, 987 = RNotZ 2004, 343; Tiedtke/Wälzholz, BB 2001, 234; BMF, a. a. O., Tz. 37.

<sup>23</sup> BMF, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 64 f.

<sup>24</sup> BMF, a. a. O. (Fn. 5), Tz. 67 ff.

### aa) Vereinbarung einer einfachen Nachfolgeklausel oder Einbringung in das Gesamthandsvermögen

Droht wegen einer Sondererbfolge eine Entnahme oder sogar eine Betriebsaufgabe wäre zu überlegen, ob mit Zustimmung der anderen Gesellschafter anstelle der qualifizierten lediglich eine einfache Nachfolgeklausel vereinbart werden kann, um einen Gleichlauf der Anteile an der Personengesellschaft mit dem Sonderbetriebsvermögen zu erreichen. Durch eine Teilungsanordnung ließe sich nach dem Erbfall das vom Erblasser gewünschte Ergebnis erreichen. Die Mitgesellschafter könnten dadurch geschützt werden, dass ein Einziehungsrecht vereinbart wird, falls der Gesellschaftsanteil nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Eintritt des Erbfalls im Rahmen der Erbauseinandersetzung auf bestimmte (qualifizierte) Erben übertragen wird. Sind die Mitgesellschafter zur Vereinbarung einer einfachen Nachfolgeklausel ggf. mit Einziehungsrecht nicht bereit, könnte darüber nachgedacht werden, das Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft einzubringen. Hierbei ist aber zu beachten, dass das bisherige Sonderbetriebsvermögen dadurch in die Haftungsmasse der Personengesellschaft fällt. Dies dürfte zumindest dann unerwünscht sein, wenn die Haftung des Erblassers beschränkt ist, weil er nur Kommanditist ist. Im Übrigen sind nach der Einbringung alle Mitgesellschafter am Gesamthandsvermögen beteiligt.

### bb) Einbringung in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG

Soll das Sonderbetriebsvermögen aus Haftungsgründen oder weil in dem Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel ohne Eintrittsrecht der Erben vorgesehen ist, nicht in das Gesamthandsvermögen eingebracht werden, wäre zu überlegen, das Sonderbetriebsvermögen in eine gewerblich geprägte Gesellschaft (GmbH & Co. KG – § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) einzubringen. Dann behielte das Sonderbetriebsvermögen unabhängig von der Nutzung durch eine andere Personengesellschaft seine Betriebsvermögenseigenschaft.<sup>25</sup> Bei dieser Regelung schreckt allerdings häufig der zusätzliche Verwaltungsaufwand, die Kosten für die Handelsbilanzen für KG und GmbH, die Pflicht, die Bilanzen beim Handelsregister einzureichen, und die Notwendigkeit der zusätzlichen Steuererklärungen für die beiden Gesellschaften ab.

### cc) Erbeinsetzung der qualifizierten Nachfolger und Vermächtnisaussetzungen

Überlegenswert wäre es auch, allein von der qualifizierten Nachfolgeklausel erfasste Personen als Erben einzusetzen und den Nicht-Qualifizierten nur Vermächtnisse auszusetzen.<sup>26</sup> Hier sind allerdings zum einen die psychologischen Hürden zu beachten, z. B. den nicht-qualifizierten Ehepartner aus steuerlichen Gründen zu enterben, zum anderen besteht für einen Vermächtnisnehmer die Möglichkeit, das Vermächtnis auszuschlagen und den auf Geld gerichteten Pflichtteil zu verlangen (§ 2307 Abs. 1 BGB). Im Übrigen sind auch drohende bewertungsrechtliche Nachteile für Vermächtnisnehmer zu beachten. Bisher wird etwa das Sachvermächtnis beim Erwerb von der Finanzverwaltung mit dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes bewertet, der BFH hat allerdings angedeutet, dass diese Bewertung einer Überprüfung bedarf und eine Bewertung mit dem „gemeinen Wert“ (dies ist umgangssprachlich der „Verkehrswert“) möglicherweise zutref-

fender wäre<sup>27</sup>. Die gegenwärtig z. B. für Grundstücke noch bestehenden Bewertungsvorteile (§§ 138 ff. BewG) drohen daher für den Vermächtnisnehmer verloren zu gehen. Unabhängig davon ist die jüngste Entscheidung des BVerfG zu beachten, nach der eine regelmäßig stark vom Verkehrswert abweichende Bewertung bestimmter Vermögensarten grundgesetzwidrig ist<sup>28</sup>. Nach Ansicht des BVerfG wäre es aber wohl nicht zu beanstanden, wenn bei Bewertung aller Vermögensgegenstände mit dem Verkehrswert, nachfolgend bei der Steuererhebung differenziert wird. Auch dies wäre aber wohl nur dann möglich, wenn tatsächlich das privilegierte Vermögen unmittelbar zugewandt und nicht nur ein schuldrechtlicher Vermächtnisanspruch gewährt wird.

### dd) Treuhandlösung zu Lebzeiten

Um einen Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft, aber auch zusätzlichen Verwaltungsaufwand zu vermeiden, wäre zu überlegen, das Sonderbetriebsvermögen bereits zu Lebzeiten treuhänderisch auf einen qualifizierten Erben zu übertragen. Dies könnte mit der Maßgabe erfolgen, dass das Treuhandverhältnis beim Tod des Treugebers endet, wenn der Treuhänder alleiniger Nachfolger im Gesellschaftsanteil wird (Schenkung auf den Todesfall<sup>29</sup>) oder das Treuhandverhältnis für alle Sondererfolgsberechtigten fortgesetzt wird, wenn der Treuhänder nicht alleiniger sondererfolgsberechtigter Erbe wird. Da das treuhänderisch gehaltene Vermögen dem Erblasser ertragsteuerlich weiterhin zugerechnet wird (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), bleibt es zu Lebzeiten des Erblassers bei ihm Sonderbetriebsvermögen. Ist der Treuhänder allein als Nachfolger qualifiziert, erlischt das Treuhandverhältnis und der Treuhänder bleibt nicht nur zivilrechtlicher Eigentümer, sondern wird auch ertragsteuerlich Berechtigter. Handelt es sich beim Treugut um GmbH-Anteile oder Grundstücke, ist die Übertragung und der Treuhandvertrag zwar zu beurkunden, nach dem Tod ist aber keine weitere Übertragung mehr notwendig. Handelt es sich bei dem Treugut allerdings um Grundstücke, ist zu beachten, dass die Begründung des Treuhandverhältnisses Grunderwerbsteuer auslösen kann, wenn eine andere Person als ein Abkömmling oder Ehegatte als Treuhänder eingesetzt wird und daher kein Befreiungstatbestand nach § 3 Nr. 4, 6 GrEStG zur Anwendung kommt. Bleibt der unentgeltliche Übergang eines Grundstücks durch Erbfall oder durch Vermächtnis auch Grunderwerbsteuerfrei (§ 3 Nr. 2 GrEStG), gilt dies aber nicht für die treuhänderische Übertragung.

Bei der Gestaltung des Treuhandverhältnisses ist allerdings zu beachten, dass sich erbschaftsteuerliche Nachteile ergeben können, wenn das Treugut nicht an den Treuhänder fällt, sondern der Treuhandanspruch an mehrere qualifizierte Erben auf den Todesfall geschenkt wird. Die Finanzverwaltung vertritt nämlich die Ansicht, dass für Treuhandvermögen sämt-

<sup>27</sup> BFH, II R 9/02, BStBl 2004 II, 1039 = RNotZ 2005, 128 = MittBayNot 2005, 342 (Leitsatz).

<sup>28</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235.

<sup>29</sup> Nach Wacker soll die Schenkung des Sonderbetriebsvermögens auf den Todesfall „wahrscheinlich untauglich“ sein, da die Rechtslage wie beim Vermächtnis sein soll, Schmidt/Wacker, § 15 EStG Rdnr. 675. Beurteilt wird aber m. E. nur das reine Schenkungsversprechen, bei dem das Grundstück nach dem Tod übertragen wird. Gekoppelt mit einem Treuhandverhältnis bedarf es aber keiner Übertragung mehr. Das Treuhandverhältnis wird im Übrigen keinesfalls für die Erbengemeinschaft fortgesetzt, so dass es keinen Durchgangserwerb gibt.

<sup>25</sup> Vgl. Schmidt/Wacker, § 16 EStG Rdnr. 675.

<sup>26</sup> Reimann, ZEV 2002, 487, 492.

liche Bewertungsvorteile verloren gehen.<sup>30</sup> Entgegen der früheren Handhabung, als die Ansprüche aus dem Treuhandverhältnis noch mit dem steuerlichen Wert des Treugutes bewertet wurden,<sup>31</sup> soll der Anspruch auf Herausgabe des Treugutes für Zwecke der Erbschafts- und Schenkungsteuer mit dem gemeinen Wert bewertet werden. Dies führt zu einer deutlich höheren Bewertung und damit auch Besteuerung. Grundsätzlich werden für den Anspruch auf Herausgabe des Treugutes auch keine Vergünstigungen für Betriebsvermögen (§§ 13 a, 19 a ErbStG) gewährt.<sup>32</sup> Wird das Treuhandverhältnis allerdings so ausgestaltet, dass dies im Todesfall erlischt, erwirbt der Treuhänder das Treugut in der gleichen juristischen Sekunde wie den Gesellschaftsanteil, so dass die Bewertung wohl mit dem Steuerwert des Treugutes erfolgen müsste und die zukünftig zu erwartenden Besteuerungsvorteile unmittelbar zur Anwendung kommen. Falls mehrere Erben als Nachfolger qualifiziert sind, sollte zur Vermeidung der steuerlichen Nachteile überlegt werden, das Treugut auf sämtliche qualifizierte Erben in Gesellschaft bürgerlichen Rechts treuhänderisch zu übertragen. In diesem Fall kann nämlich das Treuhandverhältnis im Todesfall erlöschen. Dann haben die Miterben keinen möglicherweise nicht begünstigten schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Treugutes, sondern das Treugut unmittelbar zu Volleigentum erworben.

#### ee) Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt zu Lebzeiten

Die Übertragung des Sonderbetriebsvermögens an die qualifizierten Erben unter Vorbehalt des Nießbrauchs ist demgegenüber keine geeignete Lösung, da eine Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt grundsätzlich bereits im Zeitpunkt der Schenkung zur Entnahme des Sonderbetriebsvermögens führt. Der Nießbraucher, der die Substanz nicht verwerten darf, verliert nämlich sein wirtschaftliches Eigentum.<sup>33</sup> Beim neuen Eigentümer stellt das nießbrauchbelastete Vermögen Privatvermögen dar, so dass die Betriebsvermögensvorteile für die Schenkung nicht gewährt werden, es sei denn, er wäre als Mitunternehmer an dem Betrieb beteiligt, der das Grundstück nutzt. Eine Entnahme soll zwar nach Ansicht des BFH nicht vorliegen,<sup>34</sup> wenn ein Betriebsgrundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen wird und weitere Vereinbarungen getroffen werden, die den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verhindern; nämlich ein Widerrufsrecht vereinbart wird, wonach der Schenker die Rückübertragung verlangen kann, wenn der Erwerber den Grundbesitz ohne Zustimmung veräußert oder belastet, über das Vermögen des Erwerbers das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz angeordnet wird, der Erwerber ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt oder sich des groben Undanks schuldig macht, eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und eine unwiderrufliche Vollmacht zur Rückübertragung eingeräumt wird. Dann soll eine Entnahme frühestens bei Beendigung des Nießbrauchs vorliegen,<sup>35</sup> nämlich dann, wenn der Eigentümer des nießbrauch-

belasteten Vermögens nicht auch Erbe des Betriebes wird.<sup>36</sup> Ertragsteuerlich sicherer dürfte dann aber die Schenkung mit völlig freiem Widerrufsrecht oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sein. Bei der vorweggenommenen Erbfolge muss der Erblasser allerdings sein Vermögen schon zu Lebzeiten aus der Hand geben, was dieser häufig nicht wünscht.

Die Gestaltung der Schenkung mit freiem Widerrufsrecht, führt zwar ertragsteuerlich zum Ziel, ist aber aus erbschaftsteuerlichen Gründen abzulehnen. Es wird nämlich bereits zu Lebzeiten eine Schenkung ausgeführt, die allerdings nicht als Betriebsvermögen begünstigt ist, da der Erwerber nicht Mitunternehmer und das übertragene Vermögen daher bei ihm kein ertragsteuerliches Betriebsvermögen wird.<sup>37</sup> Die gegenwärtig noch bestehenden Begünstigungen nach §§ 13 a, 19 a ErbStG kommen daher nicht zur Anwendung. Auch im Rahmen der geplanten Neuregelung wäre eine derartige Übertragung wohl nicht begünstigt. Unabhängig von der nachteiligen erbschaft- und schenkungsteuerlichen Situation müsste der Erblasser sein Rückforderungsrecht ausüben, falls weitere qualifizierte Nachfolger dazukommen, die auch am Grundstück beteiligt werden sollen. Vorzugswürdig erscheint daher die Treuhandgestaltung mit Schenkung auf den Todesfall zu sein, um eine Entnahme von Sonderbetriebsvermögen oder sogar eine Betriebsaufgabe zu vermeiden und zusätzlich eine flexible Lösung zu haben, falls der Gesellschaftsanteil später ganz oder teilweise anderen zugewandt werden soll.

#### II. Einlage anlässlich des Erbfalls

Ebenso wie es beim Erbfall zu einer Aufdeckung von stillen Reserven kommen kann, kann es auch zu einer Einlage von Privatvermögen der einzelnen Miterben in das Betriebsvermögen der Erbengemeinschaft kommen. Dies führt zwar selbst noch zu keiner Ertragsteuerbelastung, entstehen bei der Einlage aber stille Reserven, kann dies die Erbauseinandersetzung zusätzlich erschweren, wenn dadurch eine Entnahme und Aufdeckung der (neu geschaffenen) stillen Reserven eintritt.

Ein zum Nachlass gehörendes gewerbliches, freiberufliches oder land- und forstwirtschaftliches Unternehmen geht mit dem Erbfall auf die Erbengemeinschaft über, § 1922 BGB. Die einzelnen Miterben tragen aufgrund ihrer Stellung als Miterben Mitunternehmerisiko und Mitunternehmerinitiative<sup>38</sup> und beziehen kraft eigener Verwirklichung des Einkünftebestandes Gewinneinkünfte. Erzielt ein Miterbe Gewinneinkünfte, wird Vermögen, das der Erzielung dieser Einkünfte durch die Erbengemeinschaft dient, zu Sonderbetriebsvermögen. Hatte ein Miterbe dem Erblasser zu dessen Lebzeiten beispielsweise ein Grundstück zur Nutzung durch dessen Betrieb überlassen, wird dies mit dem Erbfall Sonderbetriebsvermögen.

*Beispiel: Erblasser E hatte von seiner Frau ein Grundstück angemietet und für seinen Betrieb genutzt. E wird unter anderem von seiner Frau F beerbt. F wird als Miterbin Mitunternehmerin, so dass das Grundstück Sonderbetriebsvermögen wird.*

<sup>30</sup> Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Erlass vom 14.6.2005, 34 – S 3811 – 035 – 25199/05, DStR 2005, 1231 = MittBayNot 2005, 525; gleichlautend Finanzministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 28.6.2005, 3 S 3806/51, DB 2005, 1493.

<sup>31</sup> Vgl. Jülicher, DStR 2001, 2177.

<sup>32</sup> Finanzverwaltung a. a. O. (Fn. 30).

<sup>33</sup> BFH, IV R 43/80, BStBl 1983 II, 631.

<sup>34</sup> BFH, IV R 43/80, BStBl 1983 II, 631; Niedersächsisches FG, EFG 1989, 293.

<sup>35</sup> BFH, IV R 39/98, BStBl. 1999 II, 263 ff.

<sup>36</sup> Dem Versorgungsbedürfnis des Erblassers kann dann durch Vereinbarung von Versorgungsleistungen Rechnung getragen werden (vgl. BMF-Schreiben 16.9.2004, IV C 3 – S 2255 – 354/04, BStBl 2004 I, 922 ff. [„Rentenerlass“]). Werden diese als dauernde Last ausgestaltet, lässt sich wirtschaftlich ein dem Nießbrauch sehr ähnliches Ergebnis erreichen.

<sup>37</sup> Vgl. Meincke, ErbStG, § 13 a Rdnr. 18, Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 134, Abschnitt 51 Abs. 1 ErbStH.

<sup>38</sup> BMF, a. a. O., Tz. 3.

Im Erbfall kann auch eine Betriebsaufspaltung entstehen. Eine Betriebsaufspaltung droht insbesondere beim sogenannten „Wiesbadener Modell“,<sup>39</sup> bei dem ein Ehegatte die Anteile an der Besitzgesellschaft und der andere Ehegatte die Anteile an der Betriebsgesellschaft hält, wenn diese ein „Berliner Testament“ vereinbart haben.

*Beispiel: Erblasser E hat vor Jahrzehnten eine Steuerberatungs-GmbH gegründet. Die historischen Anschaffungskosten betragen umgerechnet 26.000 €; die GmbH hat mittlerweile einen Wert von 1.026.000 €. Die GmbH wird in einem Bürogebäude betrieben, das im Alleineigentum der Ehefrau F steht. E hat seine Frau als Alleinerbin eingesetzt; sein Sohn S, der die Steuerberaterprüfung bestanden hat, soll die Anteile an der GmbH als Vermächtnis erhalten. Tritt der Erbfall ein, entsteht eine Betriebsaufspaltung.*

Wird Privatvermögen zu Betriebsvermögen erfolgt die Bewertung grundsätzlich mit dem Teilwert (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG).<sup>40</sup> Kommt es im Rahmen der Erbauseinandersetzung kurz darauf wieder zu einer Entnahme, sind regelmäßig keine Wertsteigerungen eingetreten, so dass auch keine stillen Reserven aufzudecken sind. Ein Nachteil besteht allerdings darin, dass z. B. für Grundstücke eine neue „Spekulationsfrist“ i. S. d. § 23 EStG (privates Veräußerungsgeschäft) zu laufen beginnt, da die Entnahme aus einem Betriebsvermögen als Anschaffungsvorgang behandelt wird (§ 23 Abs. 1 Satz 2 EStG). Dieser Nachteil ist jedoch mit dem häufig übersehenen Vorteil verbunden, dass das Gebäude nach der Entnahme vom Entnahmewert abgeschrieben werden kann.<sup>41</sup> War das Gebäude bereits weitgehend abgeschrieben, entsteht somit neues AfA-Volumen („Step-up“). Eine Ausnahme vom Teilwertansatz besteht allerdings, wenn es sich bei dem Vermögen, das Betriebsvermögen wird, um eine Beteiligung i. S. d. § 17 EStG oder um ein in den letzten drei Jahren vor dem Erbfall angeschafftes oder hergestelltes Wirtschaftsgut handelt. Derartiges Vermögen wird mit seinen fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten in das Betriebsvermögen eingelegt,<sup>42</sup> wenn der Teilwert nicht niedriger ist. Kommt es bei Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu einer Entnahme des neu entstandenen Betriebsvermögens kann dies zur Aufdeckung erheblicher stiller Reserven führen.

Im vorstehenden Beispiel waren die Anteile an der GmbH in der Hand des Erblassers und das Bürogebäude in der Hand der Ehefrau jeweils Privatvermögen. Mit dem Erbfall entstand allerdings in der Hand der Ehefrau eine Betriebsaufspaltung, da das Grundstück eine wesentliche Betriebsgrundlage ist (sachliche Verflechtung) und die Ehefrau das Grundstück und die GmbH beherrscht (persönliche Verflechtung). Das Grundstück mit Gebäude, das bereits länger als drei Jahre im Eigentum der Erbin steht, wird mit dem aktuellen Teilwert Betriebsvermögen; stille Reserven sind bei zeitnaher Beendigung der Betriebsaufspaltung nicht entstanden. Mit der Entnahme beginnt eine neue 10-Jahres-Frist nach § 23 EStG zu laufen. Im Übrigen kann F nach der Entnahme AfA, abhängig

vom Entnahmewert, in Anspruch nehmen;<sup>43</sup> es beginnt eine neue AfA-Reihe. Erhebliche Nachteile ergeben sich allerdings bei den GmbH-Anteilen. Diese werden mit den historischen Anschaffungskosten von 26.000 € Betriebsvermögen. Erfüllt F das Vermächtnis, wird die Betriebsaufspaltung beendet. In den GmbH-Anteilen ruhen stille Reserven von 1 Mio. €, die F bei Beendigung der Betriebsaufspaltung durch Entnahme der GmbH-Anteile aufdecken muss. Der nach dem Halbeinkünfteverfahren zu versteuernde Gewinn beträgt 500.000 €. Die Ertragsteuerbelastung der F aus der Erfüllung des Vermächtnisses und der damit einhergehenden Beendigung der Betriebsaufspaltung beträgt somit etwa 250.000 €. Das Ergebnis dürfte für die Erbin mehr als überraschend sein. Ein derartiger Liquiditätsbedarf zwingt F möglicherweise zum Verkauf ihres Bürogrundstückes.

Für den Vermächtnisnehmer S stellt das Ergebnis einen „Glücksfall“ dar. Mit der Beendigung der Betriebsaufspaltung deckt F die in den GmbH-Anteilen ruhenden stillen Reserven auf und überträgt S wieder eine Beteiligung i. S. d. § 17 EStG, da es sich (wieder) um Privatvermögen handelt. S führt den Entnahmewert von 1.026.000 € als Anschaffungskosten fort (§ 17 Abs. 2 Satz 3 EStG). Verkauft S die Beteiligung zeitnah, entsteht bei ihm kein steuerpflichtiger Gewinn, da die „stillen Reserven“ bereits von F abgedeckt wurden.

Um das Entstehen der Betriebsaufspaltung zu vermeiden, käme zwar die Ausschlagung durch F in Betracht. Zum einen besteht aber gerade bei männlichen Erblassern häufig die Gefahr, dass unbekannte Erben auftauchen, die dann entsprechend ihrer Erbquote am Nachlass beteiligt sind, zum anderen wird die testamentarisch eingesetzte Erbin regelmäßig nur gegen Abfindung ausschlagen wollen. Vorliegend wird S aber möglicherweise keine Veranlassung sehen, eine Abfindung zu leisten, da das aus der Erb- und Vermächtniseinsetzung sich ergebende steuerliche Ergebnis für ihn überaus vorteilhaft ist und sich seine ertragsteuerliche Rechtsposition durch die Ausschlagung deutlich verschlechtert.

## B. Ergebnis

Der Erlass zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft behandelt zahlreiche in der Praxis immer wieder vorkommende Konstellationen. Viele sich bei der Nachfolgeplanung stellende ertragsteuerliche Probleme, wie etwa die Einlage oder die Entnahme aus dem Betriebsvermögen durch den Erbfall selbst, werden aber nur mittelbar angesprochen; diese können aber zu einer erheblichen Ertragsteuerbelastung führen. Die ertragsteuerlichen Auswirkungen des Erbfalls werden daher häufig unterschätzt. Nur eine rechtzeitige Nachfolgeplanung eröffnet die Möglichkeit für die Beurteilung, ob und inwieweit diese Folgen vermieden werden können.

<sup>43</sup> Diese Rechtsfolgen dürften im Übrigen auch eintreten, wenn bei einer nicht gewerblich tätigen oder nicht gewerblich geprägten GmbH & Co. KG der geschäftsführende Kommanditist verstirbt und nach seinem Tod erst ein neuer Kommanditist mit der Geschäftsführung beauftragt wird. Mit dem Tod des geschäftsführenden Kommanditisten tritt nämlich die gewerbliche Prägung ein, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG; mit der Neubestellung eines Kommanditisten zum Geschäftsführer wird die gewerbliche Prägung wieder aufgehoben. Die Frage, ob der Erwerb des Kommanditanteils des verstorbenen Kommanditisten als Betriebsvermögen nach §§ 13 a, 19 a ErbStG begünstigt ist, wenn die gewerbliche Prägung für die Dauer von fünf Jahren beibehalten wird, bedarf angesichts der anstehenden Gesetzesänderungen keiner Prüfung.

<sup>39</sup> Zum Begriff vgl. Schmidt/Wacker, § 15 EStG Rdnr. 847.

<sup>40</sup> Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde, § 10 S. 2 BewG.

<sup>41</sup> R 7.3 Abs. 6 Satz 4 EStR 2005.

<sup>42</sup> Soweit es sich um abnutzbares Vermögen handelt, sind die Abschreibungen für Abnutzung abzuziehen, § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EStG.

# Das Bauträgerrecht – Bestandsaufnahme und Ausblick\*

Von Notar Dr. *Gregor Basty*, München

Das Bauträgerrecht stellt hohe Anforderungen an die Vertragsgestaltung. Die Rechtsprechung der letzten Jahre hat die Rahmenbedingungen neu definiert. In zentralen Fragen bestehen nach wie vor Unsicherheiten. Der Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsentwicklung.

## I. Einführung

Typischer Gegenstand des Bauträgergeschäfts ist die „schlüsselfertige Wohnung“. Meistens geht es um Neubauvorhaben im Geschosswohnungsbau, zuweilen mit sehr wenigen Einheiten, manchmal aber auch mit 100 oder mehr Wohnungen in mehreren Gebäuden auf demselben Grundstück, sog. Mehrhausanlagen. Nicht selten sind Reihen- und Doppelhäuser oder auch Sanierungsvorhaben, bei denen bestehende Gebäude modernisiert werden; die Palette reicht vom Neubau hinter historischer Fassade über mehr oder weniger umfassende Modernisierungsvorhaben bis hin zu Renovierungen mit der Aufstockung bestehender Gebäude. Neben dem Wohnungsbau betreffen Bauträgervorhaben auch Gewerbeobjekte wie Büros und Praxen, manchmal auch Supermärkte, Einkaufszentren u. ä.

Das Statistische Bundesamt weist Bauträgermaßnahmen nicht gesondert aus. Nach einer Umfrage des Bauherrenschutzbunds erwerben gut  $\frac{1}{3}$  aller privaten Bauherren ihre Objekte von Bauträgern. Den Statistiken ist zu entnehmen, dass in der Bundesrepublik in den letzten Jahren jährlich zwischen 200 000 bis 300 000 Wohnungen fertig gestellt bzw. genehmigt werden (vor gut zehn Jahren waren es etwa 500 000 jährlich). Danach erscheint die Annahme realistisch, dass jährlich mindestens etwa 70 000 bis 100 000 Wohneinheiten von Bauträgern errichtet und verkauft werden. Bei einem Baukostenvolumen im Neubaubereich von in den letzten Jahren 50–60 Milliarden Euro jährlich lässt sich ein Jahresumsatz der Bauträgerbranche von ca. 10–20 Milliarden Euro hochrechnen.

Bewältigt wird dieses Geschäft durch den sog. Bauträgervertrag, also einen Vertrag, mit dem eine noch zu errichtende Eigentumswohnung oder ein noch zu errichtendes Haus veräußert wird.<sup>1</sup> Nach der Definition des § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen handelt es sich um einen Werkvertrag, der die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks auf einem Grundstück zum Gegenstand hat, und zugleich die Verpflichtung enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen.

Bauträger streben einen Verkauf ihrer Objekte „von der grünen Wiese weg“ und regelmäßig möglichst hohe Zahlungen der Erwerber während der Bauzeit an; tatsächlich erfolgt der erste Verkauf oft schon in einem Stadium, zu dem noch nicht einmal eine Baugenehmigung vorliegt, der letzte Vertrag wird dann nicht selten gegen Ende der Herstellungszeit geschlossen, zuweilen erst nach vollständiger Fertigstellung, wenn der Bauträger zunächst auf einzelnen Wohnungen sitzen geblieben ist.

Der frühe Verkauf ist für den Bauträger in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung: Oft ist er nötig, um das Vorhaben überhaupt durchführen zu können; meistens benötigt der Bauträger Fremdmittel; finanzierende Kreditinstitute machen die Auszahlung der für die Baudurchführung erforderlichen Kreditmittel in aller Regel davon abhängig, dass ein Mindestverkaufsstand (ca. 30–50 % des Bauvolumens) erreicht ist. Früh eingenommene Zahlungen mindern zudem den Vorfinanzierungsaufwand des Bauträgers. Gibt der Bauträger die daraus resultierende Ersparnis weiter, ist der Preisvorteil nach den einschlägigen Musterrechnungen größer als die finanzielle Belastung des Erwerbers durch die entsprechenden Zahlungen.<sup>2</sup> Die Objekte sind in der Folge billiger als bei einer Zahlung erst zum Ende der Bauzeit.

## II. Rechtlicher Rahmen

### 1. MaBV

a) Gerade das Interesse, möglichst früh hohe Zahlungen von Erwerbern einsammeln zu können, hat früher zu erheblichen Missständen geführt. Noch vor gut 30 Jahren waren Erwerber bei solchen Vorhaben geradezu rechtlos gestellt. Häufig standen ihnen keine vertraglichen Ansprüche zu. § 313 BGB (jetzt § 311 b BGB) wurde erst 1973 geändert. Bis dahin war eine einseitige Bindung des Erwerbers nicht unüblich („Bewerbervertrag“); eine Beurkundung war hierfür nicht erforderlich. Er musste aber gleichwohl zahlen und riskierte, keine Gegenleistung für seine Zahlungen zu erhalten. Es war auch üblich, dass die das Bauvorhaben finanzierende Bank keinerlei Verpflichtungen gegenüber den Erwerbern einging.

Den größten Missständen trat der Gesetzgeber mit den Mitteln des Gewerberechts entgegen. 1974 wurde die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) erlassen. Sie geht in vielen Teilen auf Überlegungen und Anregungen aus dem Kreis der Notare zurück. Schon vor deren Erlass hat insbesondere die Landesnotarkammer Bayern versucht, auf eine ausgewogene Gestaltung hinzuwirken. Wegweisend war das erstmals 1971 erschienene Bauträgermerkblatt, mit dem – heute kaum noch vorstellbar – über die Beurkundung unmittelbar Einfluss auf die Vertragsgestaltung genommen wurde. Seitdem sind vielfältige Bemühungen aus dem Kreis der Notare belegbar, eine Fortschreibung des Bauträgerrechts zu erreichen. Sie finden sich nicht zuletzt in den verschiedenen Änderungen der MaBV seit 1974 umgesetzt.

b) Mit der MaBV werden dem Bauträger Pflichten auferlegt, deren Einhaltung jährlich geprüft wird. Bei Verstößen drohen Bußgelder und in besonders schweren Fällen der Verlust der gewerberechtlichen Erlaubnis (§ 34 c GewO) für die Ausübung dieses Geschäfts. Mit Blick auf den Schutz der

\* Der Beitrag enthält die um Fußnoten ergänzte Fassung des Vertrags bei der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e.V. am 21. Oktober 2006 in München.

1 Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 1.

2 Kessler, ZfIR 2006, 701, 704.

Erwerber ist das Gebot der objektbezogenen Verwendung eingenommener Gelder in § 4 MaBV hervorzuheben.

Die MaBV nimmt insbesondere auch Einfluss auf die Gestaltung und Abwicklung der Bauträgerverträge, indem dem Bauträger die Entgegennahme von Vermögenswerten der Erwerber verboten wird, solange nicht die in der MaBV genannten Voraussetzungen gegeben sind. Sofern keine Bürgschaft nach deren § 7 MaBV gestellt wird, sind Zahlungen des Erwerbers nur nach Baufortschritt mit den in § 3 Abs. 2 MaBV geregelten Höchstsätzen zulässig, wobei die in § 3 Abs. 1 MaBV genannten Mindestvoraussetzungen gegeben sein müssen (Stichworte sind hier: Rechtswirksamkeit des Vertrags, Sicherung des Erwerbsanspruchs durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung, Sicherung der Lastenfreistellung, Vorliegen der baurechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung des Vorhabens). Dieses gewerberechtliche Konzept findet sich zivilrechtlich bestätigt durch die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.1.2001.

c) Die Bewertung der MaBV in der Rechtsprechung hat sich grundlegend gewandelt. Das heutige Verständnis wird bestimmt durch zwei Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1998 und 2000.

Das Urteil aus dem Jahre 1998 betrifft die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag.<sup>3</sup> Sie verstößt nach Auffassung des BGH gegen die MaBV (nach einer späteren Entscheidung auch gegen AGB-Recht<sup>4</sup>). § 3 MaBV stelle eine Verbraucherschutzbestimmung dar, mit der erreicht werden solle, dass „Leistungen der Erwerber ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht“. Bezweckt sei ein weitgehender Schutz vor Vermögensschädigungen. Dieser Schutzzweck gebiete, § 3 MaBV tatbestandlich weit auszulegen. (Diese Folgerung ist beileibe nicht selbstverständlich. Angesichts der gewerberechtlichen Androhung von Bußgeldern und dem Verlust der gewerberechtlichen Erlaubnis für die Ausübung des Geschäfts wäre eine einschränkende Auslegung mindestens ebenso überzeugend.)

Aufbauend auf der Entscheidung von 1998 hat der BGH mit Urteil vom 22.12.2000<sup>5</sup> entschieden, dass eine gegen § 3 MaBV verstoßende Regelung insgesamt unwirksam ist (demgegenüber hat 1984 derselbe BGH-Senat viel zurückhaltender entschieden, dass ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 MaBV nur ein „aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht abgeleitetes privatrechtliches Zurückbehaltungsrecht“ zur Folge hat<sup>6</sup>). Anlass für die Entscheidung aus dem Jahr 2000 gab eine Klausel, nach der die erste Zahlung „nach Vertragsschluss“ fällig sein sollte; die Regelung verstieß damit sowohl gegen § 3 Abs. 2 MaBV, weil es nicht auf den Baubeginn ankommen sollte (worauf sich der BGH in der Begründung ausschließlich bezieht), als auch gegen § 3 Abs. 1 MaBV, weil weder eine Vormerkung noch die sonstigen in § 3 Abs. 1 MaBV genannten Tatbestände Fälligkeitsvoraussetzung waren.

Folge der Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung ist, dass das Gesetz gilt. Nach diesem Urteil wird die Vergütung ins-

gesamt fällig gemäß § 641 BGB mit der Abnahme des fertig gestellten Werks (heute wäre auch an den zwischenzeitig erlassenen § 632 a BGB zu denken, der im Werkvertragsrecht unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Abschlagszahlungen eröffnet; ob man diese Voraussetzungen beim Vertragskonzept des Bauträgervertrags als erfüllt ansehen kann, ist streitig). In diesem Punkt jedenfalls überzeugt die Entscheidung nicht.<sup>7</sup> Man stelle sich nur vor, dass der Erwerber im Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme immer noch keinen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Eigentumsverschaffung hat. Wenn als Auffangregelung für die unwirksame Klausel allein auf § 641 BGB abgestellt wird, wird nur das werkvertragliche Element des Bauträgervertrags berücksichtigt, nicht aber die Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Eigentums.<sup>8</sup> Insofern greift die Entscheidung vom 22.12.2000 zu kurz. Die Konsequenzen sind noch unklar.

Zurückzugreifen ist wohl auf das allgemeine Prinzip, nach dem Leistungen Zug um Zug zu erbringen sind (das allerdings bei einem Grundstückserwerb schon wegen der Grunderwerbsteuerproblematik nicht wirklich praktikabel ist).<sup>9</sup> Ohne Einschaltung des Notars, die im allgemeinen Kaufrecht allerdings nicht angelegt ist, ist das kaum zu leisten. Möglicherweise bedarf es in Fällen unwirksamer Fälligkeitsregelungen in Bauträgerverträgen für die Fälligkeit neben der Fertigstellung und Abnahme des Baus zum einen der Lastenfreistellung sowie zum anderen aller Erklärungen und Handlungen, die seitens des Bauträgers zur Eigentumsverschaffung erforderlich sind.<sup>10</sup>

## 2. BGB

a) In heutiger – nicht unumstrittener – Bewertung stellt sich der Bauträgervertrag als einheitlicher Vertrag dar, der vor allem kaufrechtlich zu bewerten ist hinsichtlich des Grundstückserwerbs und werkvertragsrechtlich hinsichtlich des der Herstellung des Bauwerks betreffenden Teils. Aus dem Werkvertragsrecht ist z. B. abzuleiten, dass es einer Abnahme nach § 640 BGB bedarf, um Rechte und Pflichten zu ordnen, und ein Bauträgervertrag entsprechende Verfahren vorsehen sollte.

Ungeklärt – insbesondere im Lichte des neuen Schuldrechts – ist, ob eine Abnahme auch dann noch erforderlich ist, wenn das Vertragsobjekt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vollständig fertig gestellt ist; im Interesse einer sicheren Vertragsabwicklung sollte darauf besser nicht verzichtet werden; der Aufwand einer in diesem Fall möglicherweise als Förmerei empfundenen Abnahme erscheint bescheiden angesichts des Risikos, dass andernfalls möglicherweise die Wirkungen der Abnahme nicht eintreten, also z. B. Verjährungsfristen für Mängelansprüche nicht anlaufen und sich die Beweislast für Mängel nicht umkehrt.

Das Nebeneinander von kauf- und werkvertraglichen Elementen führt immer wieder zu Zweifelsfragen. Als Beispiel sei die Frage erwähnt, welche Verjährungsfrist für den Vergütungsanspruch des Bauträgers gilt. Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass der gesamte Vergütungsanspruch des Bauträgers einheitlich verjährt, wobei teilweise auf die

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 22.10.1998, VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 390 = MittBayNot 1998, 458.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 27.9.2001, VII ZR 388/00, DNotZ 2002, 878; hierzu auch *Blank*, ZfIR 2001, 978.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250 = MittBayNot 2001, 62.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 8.11.1984, VII ZR 42/84, DNotZ 1985, 301 = MittBayNot 1985, 17.

<sup>7</sup> *Thode*, ZNotP 2006, 208, 212; *ders.*, ZfIR 2005, 548, 550.

<sup>8</sup> *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar*, § 632 a Rdnr. 43; *Thode*, ZfIR 2005, 548, 550.

<sup>9</sup> *Blank*, MittBayNot 2005, 165, 167; *Thode*, ZNotP 2006, 208, 210.

<sup>10</sup> *Riemenschneider* in *Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3, Rdnr. 148; *Thode*, ZfIR 2005, 548, 550; *ders.*, ZNotP 2006, 208, 210.

dreijährige Regelverjährung (§ 195 BGB)<sup>11</sup>, teilweise auf die 10-Jahres-Frist des § 196 BGB<sup>12</sup> abgestellt wird. Letztere Auffassung überzeugt.<sup>13</sup> Die Besonderheiten des Grundstückskaufs, die Anlass für die Sonderverjährungsvorschrift des § 196 BGB waren,<sup>14</sup> sind für die gesamte dem Bauträger geschuldete Vergütung maßgebend; auch der auf Baukosten entfallende Teil der Vergütung kann im Hinblick auf § 3 Abs. 1 MaBV nur fällig werden, wenn das Grundstücksgeschäft betreffende Genehmigungen vorliegen oder die Auflassungsvormerkung am Grundstück im Grundbuch eingetragen ist.

b) Ganz wesentlich für den Bauträgervertrag ist das AGB-Recht. Ihm ist z. B. zu entnehmen, dass bei Neubauten eine Beschränkung der Ansprüche des Erwerbers wegen Mängeln des Bauwerks praktisch ausgeschlossen ist. Besondere Bedeutung hat das – in erster Linie dem AGB-Recht zu entnehmende – Vorleistungsverbot.

Schon seit längerem liegt hierzu die Entscheidung des BGH zur Auflassung vor. Mit Urteil vom 7.6.2001<sup>15</sup> hat der BGH entschieden, die Klausel „Der amtierende Notar wird angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums erst dann zu stellen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis ... voll gezahlt ist“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrags benachteiligt den Klauselgegner hinsichtlich der Pflicht zur Vorleistung unangemessen und sei daher wegen eines Verstoßes gegen das AGBG (jetzt §§ 305 ff. BGB) unwirksam.

Nach einer neueren Entscheidung des BGH vom 27.7.2006<sup>16</sup>, ist die Klausel in einer Bürgschaft, nach der der Erwerber vor Inanspruchnahme der Rechte aus der Bürgschaft auf etwaige Ansprüche gegen den Grundpfandrechtsgläubiger aus einem Freigabeverprechen gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV verzichtet haben muss, unwirksam; der BGH erkennt hierin eine unangemessene Vorleistungspflicht, weil der Erwerber damit Gefahr laufe, die durch eine Freistellungsverpflichtung bewirkte Sicherung verloren zu haben, ohne seinen Anspruch auf Rückzahlung durchsetzen zu können.

Das Vorleistungsverbot gilt nicht zuletzt für Gestaltungen nach §§ 3 und 7 MaBV. Problematisch ist z. B. eine Fälligkeitsregelung, die entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV die erste vom Erwerber bei Baubeginn zu leistende Rate mit 30 % ansetzt, wenn der tatsächliche Grundstückswert einschließlich Aufwand für Baugenehmigung und Erschließung deutlich niedriger ist.

<sup>11</sup> Blank, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 6; ders., ZfIR 2006, 672, 673; Vogel in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 4, Rdnr. 117; Wagner, ZfIR 2002, 257, 260.

<sup>12</sup> Brambring, DNotZ 2001, 904, 905; Hertel, DNotZ 2002, 6, 10 u. 22; Palandt/Heinrichs, § 196 BGB Rdnr. 4 (anders aber möglicherweise in § 195 BGB Rdnr. 19); Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 393 f.; ders., NZBau 2002, 648, 650; auch Amann in Amann/Hertel/Brambring, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 298 (jedenfalls für den Fall, dass kein gesonderter Kaufpreisteil für das Grundstück im Vertrag ausgewiesen ist). – Offen Kniffka, ibronline-Kommentar, § 631 Rdnr. 419.

<sup>13</sup> Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 216.

<sup>14</sup> Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, 2002, Rdnr. 61.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 7.6.2001, VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85 = DNotZ 2002, 41 mit Anm. Basty = NotBZ 2001, 462 mit Anm. Hertel = RNotZ 2002, 50 mit Anm. Litzemberger; dazu EWIR 2001, 1076 (Vogel); hierzu näher auch Fabis, ZfIR 2002, 177; Keim, MittBayNot 2003, 21.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 27.7.2006, VII ZR 276/05, IBR 2006, 561 = MittBayNot 2007, 204 mit Anm. Grziwotz (in diesem Heft).

Gegen diese Gestaltung spricht in erster Linie das AGB-Recht; danach sind nur Abschlagszahlungen zulässig, also Zahlungen, deren Höhe sich am Volumen bereits erbrachter Teilleistungen bemisst.<sup>17</sup> Abschlagszahlungen müssen mit dem Baufortschritt in Einklang stehen.<sup>18</sup> Von den grundsätzlich zulässigen Abschlagszahlungen abzugrenzen sind Vorauszahlungen, die wirtschaftlich (noch) nicht durch entsprechende Leistungen des Werkunternehmers abgedeckt sind. Deren Vereinbarung ist insbesondere deshalb unzulässig,<sup>19</sup> weil sie das Risiko der Insolvenz und die Last der Vorfinanzierung umkehren.<sup>20</sup> Formularmäßig bzw. in einem Verbrauchervertrag vereinbarte Vorauszahlungen verstoßen gegen §§ 309 Nr. 2 a, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (bisher §§ 11 Nr. 2 a, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).<sup>21</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Hamm<sup>22</sup> sind „Abschlagszahlungen“ über den tatsächlichen Baufortschritt hinaus von mehr als 5 % der Auftragssumme bedenklich.

Dass bei Bauträgerverträgen nur „Abschlagszahlungen“ (im Sinne von Zahlungen nach Baufortschritt) zulässig sind, ergibt sich darüber hinaus auch unmittelbar aus der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.5.2001<sup>23</sup>. Dort ist geregelt, dass „der Besteller zu Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden“. Teilweise wird dies auch aus der MaBV abgeleitet,<sup>24</sup> wenn man ihr – wie möglicherweise in der Entscheidung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen angelegt – ein spezifisches Äquivalenzprinzip entnimmt.

Problematisch sind auch Gestaltungen, die Vorauszahlungen allein gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV regeln. In seinem Beschluss vom 2.5.2002<sup>25</sup> hat sich insbesondere der VII. Zivilsenat mit dieser Frage auseinandergesetzt, nachdem die Vorinstanz, das OLG Karlsruhe, die Vorauszahlungsabrede für unwirksam angesehen hat<sup>26</sup>. Unter weiter Auslegung des Sicherungsumfanges solcher Bürgschaften ging er dort von der Zulässigkeit dieser Gestaltungen unter dem Gesichtspunkt des nationalen Rechts aus, da die gestellte Bürgschaft die mit der Vorausleistung verbundenen „Nachteile entscheidend“ mindere. Offen blieb die Vereinbarkeit mit europäischem Recht. Nach der hierzu ergangenen Entscheidung des EuGH<sup>27</sup> war diese Frage vom BGH selbst zu entscheiden.

<sup>17</sup> Thode, ZfBR 1999, 116, 124.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 10.7.1986, III ZR 19/85, DNotZ 1987, 94 = MittBayNot 1986, 248.

<sup>19</sup> Basty, DNotZ 1994, 15; Quadbeck, MDR 2000, 1111, 1113; Sorge/Vollrath, DNotZ 2001, 261, 263 und 270; Grziwotz, NotBZ 2001, 1, 2; Suppliet, NotBZ 2001, 103, 105; OLG Hamm, Urteil vom 3.11.1994, MittRhNotK 1995, 142; Brych/Pause, Rdnr. 140; Kutter in Beck'sches Notarhandbuch, A. II Rdnr. 77 b, 78, 81; Landesnotarkammer Bayern, Bauträgermerkblatt, A. II.3; Blank, Bauträgervertrag, Rdnr. 137.

<sup>20</sup> Staudinger/Peters, Bearb. März 2000, § 641 BGB Rdnr. 10.

<sup>21</sup> Staudinger/Peters, § 641 BGB Rdnr. 13; zu Bauverträgen BGH, Urteil vom 10.7.1986, III ZR 19/85, DNotZ 1987, 94 = MittBayNot 1986, 248; zum Reisevertrag BGH, Urteil vom 9.7.1992, VII ZR 7/92, BGHZ 119, 152, 174 ff.

<sup>22</sup> OLG Hamm, Urteil vom 8.11.1988, 26 U 113/88, MittBayNot 1989, 140; Urteil vom 3.11.1994, 21 W 16/92, MittRhNotK 1995, 142.

<sup>23</sup> BGBl I, S. 981.

<sup>24</sup> Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 84 m. w. N.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 2.5.2002, VII ZR 178/01, DNotZ 2002, 652, 655 = MittBayNot 2002, 286.

<sup>26</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.4.2001, 4 U 83/00, MittBayNot 2001, 478.

<sup>27</sup> EuGH 1.4.2004, Rs. C-237/02, DNotZ 2004, 767 mit Anm. Basty.

Eine entsprechende Entscheidung des VII. Zivilsenats wird es jedoch nicht geben. Die Revision wurde zurückgenommen. Die o. g. Entscheidung des OLG Karlsruhe ist rechtskräftig. Anlass hierfür gab ein Schreiben des Vorsitzenden des VII. Zivilsenats vom 22.12.2004, mit dem die Parteien darauf hingewiesen wurden, „dass der Senat nach einer Vorberatung der Sache unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich zu den aufgeworfenen Rechtsfragen veröffentlichten Stellungnahmen und ergangenen Entscheidungen des BGH erwägt, die streitige Klausel – in Abweichung von der im Senatsbeschluss vom 2.5.2002 mitgeteilten vorläufigen Auffassung – für unwirksam nach §§ 24 a, 9 AGBG zu erachten“<sup>28</sup>. Die Praxis wird danach wohl nicht mehr davon ausgehen dürfen, dass Vorauszahlungsvereinbarungen allein gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV grundsätzlich zulässig sind.<sup>29</sup> Auch im Rahmen von Bürgschaftsgestaltungen müssen die zu leistenden Zahlungen dem Wert der bereits erbrachten Leistungen entsprechen.

### III. Probleme des Bauträgerrechts

Das Ineinandergreifen von Zivil- und Gewerberecht und von Kauf- und Werkvertragsrecht, aber auch die Neuerungen durch die Schuldrechtsmodernisierung machen den Bauträgervertrag kompliziert. Nicht erleichtert wird die Situation dadurch, dass zu vielen für die Vertragsgestaltung wichtigen Fragen rechtliche Unsicherheiten bestehen, weil sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung hierzu bislang nicht geäußert hat. Eine weitere Erschwerung stellt dar, dass für Fragen des Bauträgervertrags verschiedene Senate des BGH zuständig sind und diese sich in Einzelfragen erkennbar nicht auf einer Linie befinden. Notare sind an einer sicheren Vertragsgestaltung interessiert. Dies gilt – Stichwort: Haftung – durchaus auch im eigenen Interesse. Unter Haftungsgesichtspunkten besteht die besondere Gefahr von Serienfehlern. Ein Gestaltungsfehler wird sich in allen Verträgen zu der betreffenden Anlage finden.

Das Bauträgerrecht befindet sich in der besonderen Situation, dass es sich wie kein anderes einer Fundamentalkritik ausgesetzt sieht, nach der – wäre sie richtig – jeder heute nach Maßgabe der MaBV und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen gestaltete Vertrag unwirksam wäre. Geltend gemacht werden – vor allem auf Grundlage europarechtlicher Erwägungen – eine Verletzung des § 632 a BGB<sup>30</sup> sowie Unzulänglichkeiten der sog. Vormerkungslösung<sup>31</sup>. Zu entscheiden wären diese Fragen nach der oben erwähnten Entscheidung des EuGH vom 1.4.2004, auch wenn Europarecht in Rede steht, nicht vom EuGH, sondern von deutschen Gerichten.

a) Zur Erinnerung: Mit § 632 a BGB sollte gerade mit Blick auf Bauverträge die Position der Unternehmer gestärkt werden. Dem Unternehmer wurde damit ein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagszahlungen gegeben; dieser Anspruch war vorher, sofern nicht die VOB/B oder die MaBV zur Anwendung kam, nur gewohnheitsrechtlich oder mit Rückgriff auf die Grundsätze von Treu und Glauben zu begründen.

<sup>28</sup> Basty, DNotZ 2005, 94.

<sup>29</sup> Basty, DNotZ 2005, 94; Blank, BTR 2005, 54; Grziwotz, ZfIR 2005, 267; Kanzleiter, DNotZ 2005, 191; Thode, ZNotP 2006, 208, 214; Vogel, IBR 2005, 156; anders noch Fischer, ZNotP 2003, 122; Volmer, ZfIR 2005, 408.

<sup>30</sup> Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 31 ff. m. w. N.

<sup>31</sup> Thode, ZNotP 2004, 210; zustimmend wohl Grziwotz, ZfIR 2005, 267; ablehnend Kanzleiter, in FS Wenzel, 2005, S. 309 ff.

Die Kritiker verkehren diese Regelung für den Bereich des Bauträgervertrags in ihr Gegenteil; dort sollen die bislang anerkannten Zahlungen nach Baufortschritt gerade wegen dieser Regelung nicht mehr möglich sein. Der Gesetzgeber ist dem mit der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen entgegengetreten. Seitdem ist die Kritik in diesem Punkt zwar leiser geworden, aber nicht verstummt.

Der zweite Ansatzpunkt der Fundamentalkritiker sind angebliche Unzulänglichkeiten der Vormerkungslösung.<sup>32</sup> Zu Recht wird festgestellt, dass die Rechtspositionen von Bauträger und Erwerber im Falle von Pflichtverletzungen des anderen Vertragsteils unterschiedlich sind. Tritt einer von ihnen vom Vertrag zurück, sei es der Erwerber, weil er erhebliche Baumängel festgestellt hat oder wegen erheblicher Verzögerungen, sei es der Bauträger wegen Zahlungsverzugs, erlischt der Eigentumsverschaffungsanspruch; die für den Erwerber eingetragene Vormerkung wird gegenstandslos. Die Position des Bauträgers ist dabei einigermaßen komfortabel; für ihm zustehende Ansprüche hat er die vom Erwerber bereits geleisteten Zahlungen als Faustpfand. Im Vergleich dazu ist die Position des Erwerbers prekär; er hat einen jedenfalls in der Insolvenz des Bauträgers ungesicherten Anspruch auf Rückzahlung der bisher geleisteten Zahlungen. Wegen dieser Asymmetrie der Rechte wird die Vormerkungslösung im Lichte von AGB-Recht und Klauselrichtlinie vereinzelt für unzureichend erachtet.

Schließlich wird geltend gemacht, dass der Erwerber Vorleistungen zu erbringen habe, da er im Zeitpunkt der von ihm zu leistenden Zahlungen noch nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Nach dem gängigen Vertragskonzept bleibt der Bauträger Eigentümer bis zur Zahlung der geschuldeten Vertragssumme. Nebenbei sei bemerkt, dass die Vertragspraxis in den gängigen Konzepten Vorleistungspflichten durchaus gerecht verteilt. Zuerst leistet nämlich der Verkäufer/Bauträger vor, dem ohne jegliche Zahlung eine Vormerkung abverlangt wird (jeder Notar wird Fälle berichten können, in denen sich diese Vorleistung rächt). Dann leistet der Käufer. Nach Zahlung erhält er das Eigentum. Ein echtes Zug-um-Zug-Modell ist schon beim normalen Grundstückskauf nicht zu realisieren.

b) Ich glaube nicht, dass man sich diese Fundamentalkritik für die Vertragsgestaltung und -abwicklung zu Eigen machen muss. Schon angesichts der wirtschaftlichen Folgen kann ich mir nicht vorstellen, dass Gerichte den Fundamentalkritikern folgen werden. Man kann vielleicht davon ausgehen, dass bei Unwirksamkeit des Vertragskonzepts  $\frac{1}{3}$  aller laufenden Fälle nachhaltig notleidend würden (für den Rest unterstelle ich, dass sie angesichts der Solvenz des Bauträgers oder wegen des dann gegebenen Bautenstands zu retten sind); betroffen wäre bei Bauzeiten von häufig ca. 18 Monaten ab Baubeginn etwa das 1,5fache des Jahresumsatzes der Bauträgerbranche. Dies würde bei den eingangs dargelegten Zahlen bedeuten, dass mindestens 40 000 Bauträgerverträge und mindestens 5 Mrd. € Gefahr liefen, vernichtet zu werden. Wirtschaftlich ist auch zu sehen, dass für viele Menschen der Traum vom eigenen Heim wohl nur über das Vertragskonzept des Bauträgervertrags realisiert werden kann.

In der juristischen Argumentation ist zu betonen, dass mit der MaBV und Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen eindeutige Vorgaben des Gesetzgebers vorliegen, die bei der Bewertung des Vertragskonzepts zu berücksichtigen sind. Nach dem – vielleicht zu schlichten – Verständnis des Praktikers gilt das Wort des Gesetzes, auch wenn

<sup>32</sup> Thode, ZNotP 2006, 208; hierzu auch Kessler, ZfIR 2006, 701.

es sich nur um Gewerberecht oder Rechtssetzung auf Verordnungsebene handelt. Unmittelbar aus Art. 244 EGBGB ergibt sich, dass bei Bauwerkverträgen auch Zahlungen zu einem Zeitpunkt, zu dem der Besteller noch nicht Eigentümer des Werks ist, zulässig sind. Die Vormerkungslösung ist eine für den Grundstückskauf im Allgemeinen und den Bauträgervertrag im Besonderen anerkannte Gestaltung. Gerade mit Blick auf den Bauträgervertrag hat der BGH anerkannt, dass die Vormerkung den Erwerber so stellt, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde.<sup>33</sup> Über diese Vorgaben des Gesetzgebers und der bisherigen Rechtsentwicklung kann sich die Rechtsprechung nicht hinwegsetzen.

Wäre es anders, wäre vom Gesetzgeber zu erwarten, dass er eingreift. Hierzu gibt es Vorbilder. 1976 und 1980 waren Entscheidungen des BGH zum Bauträgerrecht, nämlich zur fehlenden Konkursfestigkeit der Auflassungsvormerkung und zur Nichtigkeit der Verträge wegen der bis dahin verbreiteten Praxis zur Bezugnahme auf andere Urkunden, namentlich Baubeschreibungen, Anlass, umgehend die Konkursordnung bzw. das Beurkundungsgesetz zu ändern und der Praxis Rechtssicherheit zu verschaffen. Ähnliches ist – eher präventiv – durch die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen geschehen.

#### IV. Zukunft

Dieses Vertrauen in das geltende Recht sollte nicht davon abhalten, über Änderungen und Verbesserungen des Bauträgerrechts nachzudenken. Die Diskussion ist im Gange. Der Ausschuss der Bundesnotarkammer für Schuld- und Liegenschaftsrecht hat 2005 eine Regelung des Bauträgervertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Diskussion gestellt,<sup>34</sup> mit der im Wesentlichen eine Umsetzung der MaBV in das Zivilrecht versucht wird.<sup>35</sup> Reformüberlegungen zum Bauträgerrecht waren auch Gegenstand des 1. Baugerichtstags 2006 in Hamm.<sup>36</sup> Die Vormerkungslösung wurde dort als unzureichend angesehen, allerdings nicht unter dem Blickwinkel der oben erwähnten Fundamentalkritik, sondern unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, in erster Linie mit Blick auf die Probleme und Risiken im Geschosswohnungsbau.

Thematisiert sind damit zusätzliche Sicherungen der Erwerber, z. B. durch Rückzahlungs-, Fertigstellungs- und Gewährleistungsbürgschaften. Dabei bedarf ein erweiterter Erwerberschutz nicht notwendig gesetzlicher Maßnahmen, er lässt sich durch Vertragsgestaltung erreichen. Ohne gesetzgeberische Maßnahmen begegnet die Umsetzung von Alternativmodellen allerdings erheblichen Schwierigkeiten; stets sind Zugeständnisse auf Seiten des Bauträgers, des Erwerbers und nicht zuletzt der finanzierenden Banken erforderlich. Das schönste Modell funktioniert nicht, wenn es nicht bezahlt wird.

Am einfachsten erscheint, Vorauszahlungen nur gegen eine „Geld-Zurück-Garantie“ zuzulassen – also praktisch gegen zwingende Bürgschaftsstellung entsprechend § 7 MaBV –,

sei es für alle Bauträgervorhaben, sei es nur für solche im Geschosswohnungsbau, evtl. begrenzt bis zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit des Vertragsobjekts samt weitgehender Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums. Tatsächlich ist festzustellen, dass viele Erwerber diese komfortable Situation aufgrund von Freigabeversprechen derzeit bereits haben. Insofern ist an zwei Entscheidungen des BGH zu erinnern. Die erste von 2004 betrifft Freigabeversprechen nach einem von Bundesnotarkammer und Kreditwirtschaft gemeinsam erarbeiteten Muster.<sup>37</sup> Nach diesem Muster kann die Bank beim Steckenbleiben des Baus wählen, ob sie das verkaufte Objekt aus der Grundschuld freigibt oder ob sie dem Erwerber die bislang gezahlten Beträge zurückzahlt (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV). Entscheidend ist, dass dies nach dem betreffenden Muster im Wege einer Wahlschuld erfolgt. Damit kommt laut BGH § 265 BGB zur Anwendung. Danach führt die Unmöglichkeit einer im Rahmen einer Wahlschuld geschuldeten Leistung dazu, dass sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt. Tritt der Erwerber wegen des stecken gebliebenen Baus vom Vertrag zurück oder wird der Vertrag deshalb von Bauträger und Erwerber aufgehoben, wird die eigentliche Freistellungsverpflichtung gegenstandslos und damit im Sinne des § 265 BGB unmöglich, ohne dass der Erwerber dies zu vertreten hat. In der Folge reduziert sich das Wahlschuldverhältnis allein auf die vorbehaltenen Rückzahlung. Im Ergebnis kann der Erwerber danach durch die Ausübung seines Gestaltungsrechts die Rückzahlung (gegen Rückgabe der Bauruine) erzwingen.

Die zweite Entscheidung erging in einem Fall, in dem der Bauträgervertrag wegen unzureichender Beurkundung der Baubeschreibung gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig war. Hierzu hat der BGH am 10.2.2005<sup>38</sup> entschieden, dass dem Erwerber gegen den Globalgläubiger ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zustehen kann.<sup>39</sup> Insofern ist entscheidend, dass die Zahlung des Erwerbers einen doppelten Zweck verfolgt. Zum einen wird die dem Bauträger geschuldete Zahlung geleistet, zum andern erfolgt dieselbe Zahlung mit dem Zweck, die Rechte aus dem Freigabeversprechen zu erlangen. Angesichts der Bedeutung des Freigabeversprechens ist der Globalgläubiger – unabhängig von einer Abtretung des Kaufpreises – nicht nur als „Zahlstelle“ für an den Bauträger zu zahlende Geldbeträge anzusehen. Im Hinblick auf die Entscheidung zum „Wahlrecht“ hat die Kreditwirtschaft ihre Formulare ganz überwiegend so umgestellt, dass sich daraus keine entsprechenden Ansprüche der Erwerber mehr ableiten lassen. Auf die Entscheidung zum Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat die Kreditwirtschaft nach meiner Beobachtung nicht reagiert. Geht man davon aus, dass diese Entscheidung auch auf Fälle zu übertragen ist, in denen ein Erwerber wegen des Steckenbleibens des Baus vom Vertrag zurücktritt (wofür m. E. alles spricht) und dass die Kreditwirtschaft die aus ihrer Sicht bestehende Bereicherungsproblematik künftig nicht doch noch in anderer Weise vermeidet, ist die Geld-Zurück-Garantie bei fremdfinanzierten Bauträgervorhaben – also im Regelfall – bereits Realität (wenn auch durch die Hintertür). Kurios erscheint, dass der Erwerber in Fällen, die wir bislang positiv bewertet

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 21.11.1985, VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275, 281 f. = MittBayNot 1986, 14.

<sup>34</sup> Abgedruckt mit Begründung z. B. in BTR 2006, 45.

<sup>35</sup> Zur Diskussion vgl. *Thode/Wagner*, BTR 2006, 2 und hierzu Stellungnahme des Ausschusses der Bundesnotarkammer für Schuld- und Liegenschaftsrecht, BTR 2006, 58; *Volmer*, ZfIR 2006, 191; *Weise*, NJW-Spezial 2005, 453.

<sup>36</sup> Die Beschlüsse sind abgedruckt, z. B. in ZNotP 2006, 254, hierzu auch *Blank*, IBR 2006, 315; zu den Thesen der Referenten vgl. BauR 2006, 1182.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 30.9.2004, VII ZR 458/02, ZfIR 2004, 983 mit Anm. *Grziwotz*; hierzu auch *Basty*, IBR 2005, 90.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 10.2.2005, VII ZR 184/04, BGHZ 162, 157 = DNotZ 2005, 467; anders noch die Vorinstanz OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 4.2.2004, 23 U 73/03, NJW-RR 2004, 594 = DNotI-Report 2004, 120.

<sup>39</sup> Zustimmung *Schwenker*, IBR 2005, 208; kritisch *D. Schmidt*, ZfIR 2005, 306, 307 ff.

haben – der kapitalstarke Bauträger, der nicht auf eine Fremdfinanzierung über das Vertragsobjekt angewiesen ist – einen geringeren Schutz haben soll als bei finanzschwächeren Bauträgern. Insofern stehen bei der Geld-Zurück-Garantie eher eine Erweiterung der Erwerberrechte auch auf diese Fälle und größere Transparenz und Rechtssicherheit in Rede.

Alle zusätzlichen Sicherungen verursachen Kosten, die letztlich vom Erwerber zu tragen wären, ggf. über den Preis. Nach Auskunft von Kreditinstituten reden wir insofern bei Bürgschaften über ca. 2 % p. a. aus der verbürgten Summe; bei einem für ein Jahr verbürgten Betrag von 300.000 € geht es also um 6.000 € Bürgschaftskosten. In einem Fall aus meiner Praxis war es den Erwerbern ein dringendes Anliegen, eine Bürgschaft zur Sicherung gegen das Fertigstellungsrisiko oder zur Sicherung von Ansprüchen und Rechten wegen Mängeln zu erhalten. Die Hausbank des Bauträgers war dazu auch bereit; als diese Erwerber dann allerdings hörten, welche Zusatzkosten dafür anfallen (und von ihnen zu tragen wären) verzichteten sie auf diese Sicherung. Solche Erfahrungen wecken Zweifel, ob solche zusätzlichen Sicherungen angesichts der Kostenbelastung von Erwerbern tatsächlich erwünscht sind.

Ähnliche Kostenbelastungen dürfte das Vertragsmodell nach sich ziehen, bei dem der Erwerber die erste Zahlung erst bei Bezugsfertigkeit oder nach vollständiger Fertigstellung leistet. Dieses Modell wird tatsächlich vereinzelt praktiziert, häufig als Marketingmaßnahme des Bauträgers. Der Zusatzaufwand erhöht den Kaufpreis. Das erschwert den Verkauf. Derjenige, der Preise vergleicht, wird zunächst nur sehen, dass das mit diesem Konzept angebotene Objekt ca. 6 % teurer ist als ein ähnliches Objekt der Konkurrenz. Dass die effektive Belastung des Erwerbers deutlich niedriger ist, weil er in der Bauphase keine Eigen- und Fremdmittel einsetzen muss, wird zunächst mutmaßlich nicht realisiert werden. Ob sich solche Konzepte am Markt bewähren können, wenn es nicht alle praktizieren, ist deshalb zweifelhaft. Zweifelhaft ist aber auch, ob es als zwingende Gestaltung vorgeschrieben

werden sollte; bislang jedenfalls bestand Einvernehmen, dass ein berechtigtes Interesse an Zahlungen nach Baufortschritt anzuerkennen ist und die Voraussetzungen hierfür zu fördern sind (vgl. § 632 a BGB).

Ein deutlich engeres Korsett für Bauträger würde der Vielfalt von Bauträgervorhaben, wie eingangs geschildert, und der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Vertragsmodells nicht gerecht. Es kann kaum das Ziel sein, über eine Erhöhung der Anforderungen und Kosten das Ausscheiden von Bauträgerunternehmen zu befördern.<sup>40</sup> Letztlich muss der Erwerber für seinen Vertrag selbst verantwortlich bleiben. Das Gesetz geht insofern den richtigen Weg, dass die – insbesondere zeitlichen – Voraussetzungen für die eigenverantwortliche Prüfung gestärkt werden (z. B. in § 17 Abs. 2 a BeurkG oder § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV).

Bei Bauträgerverträgen muss der Erwerber seinen Vertragspartner sorgfältig wählen, vor Vertragsschluss prüfen, ob das Vorhaben und der Vertrag, insbesondere auch die Baubeschreibung, das halten, was ihm versprochen wird und was er sich verspricht, nach Vertragsschluss prüfen, ob das Versprochene auch geleistet wird, und sich auch um eine sorgfältige Abnahme bemühen. Die Eigenverantwortlichkeit gilt auch für die Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen bei Mängeln oder Bauverzögerungen. Soweit der Erwerber das nicht selbst leisten kann, muss er sich um sachverständige Beratung bemühen.

Insofern ist und bleibt der Notar gefordert. In der täglichen Praxis und auch in der Diskussion über die Zukunft des Bauträgerrechts bleibt es die Aufgabe der Notare – ich zitiere das zuletzt 2006 aktualisierte Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer Bayern –, „typische Risiken aufzuzeigen und Möglichkeiten darzustellen, solche Risiken durch ausgewogene Vertragsgestaltung zu vermindern“.

<sup>40</sup> Näher *Basty*, DNotZ 2002, Sonderheft zum 26. Deutschen Notartag, S. 118 ff.

## Zuwendungsverzicht und Erbenberufung nach § 2069 BGB

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 21.12.2006, 31 Wx 071/06\* –

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

Das Urteil des OLG München zeigt einen der wenigen Fälle auf, in denen ein Zuwendungsverzicht erfolgreich als Regelungsinstrumentarium zur Beseitigung von in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Bindungswirkungen eingesetzt werden kann. Es liegt auf der Linie der Entscheidung des BGH vom 16.1.2002<sup>1</sup> und des BayObLG vom 9.1.2004.<sup>2</sup>

### 1. Wirkung eines Zuwendungsverzichts

#### a) Wegfall des Verzichtenden

Der in § 2352 BGB geregelte Zuwendungsverzicht ist nach h. M. ein erbrechtlicher Vertrag und zwar ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft, das unmittelbar (dinglich)

auf die Erbfolge einwirkt.<sup>3</sup> Der Verzicht wirkt nicht obligatorisch, z. B. als Verpflichtung die Erbschaft auszuschlagen, sondern führt dazu, dass das Erbrecht nicht zur Entstehung gelangt. Die h. M. leitet dieses Ergebnis aus einer analogen Anwendung der für den Erbverzicht geltenden Vorschrift des

\* MittBayNot 2007, 226 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> ZEV 2002, 150 = DNotZ 2002, 661.

<sup>2</sup> ZEV 2004, 244.

<sup>3</sup> *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2352 Rdnr. 4; vgl. auch BGHZ 24, 372, 375; 37, 319, 327; KG, OLGZ 1974, 263, 264; a. A. *Kornel*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 16 ff., der im Zuwendungsverzicht eine vertragsmäßige negative Geltungsanordnung sieht.

§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB ab.<sup>4</sup> Aufgrund des Zuwendungsverzichts wird daher der Anfall der Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) an den Verzichtenden verhindert, wie wenn dieser den Erbfall nicht erlebt hätte. Die Verfügung von Todes wegen wird durch den Zuwendungsverzicht nicht aufgehoben, so dass die Geltung ihrer weiteren Bestimmungen hiervon unberührt bleibt.

### b) Keine Geltung des § 2349 BGB

Keine analoge Anwendung findet nach der h. M. die Vorschrift des § 2349 BGB, wonach der Verzicht eines Abkömmlings oder eines Seitenverwandten des Erblassers auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt werden kann.<sup>5</sup> Der Zuwendungsverzicht beseitigt daher nicht eine in der Erbregelung angeordnete Ersatzerbfolge oder das Nachrücken der Abkömmlinge beim Eingreifen der Auslegungsregel des § 2069 BGB. Dies gilt selbst dann, wenn der Verzichtende den Erbfall erlebt.<sup>6</sup> Die Nichtanwendung des § 2349 BGB wird von der h. M. hauptsächlich damit begründet, dass die in § 2352 BGB fehlende Verweisung auf die Vorschrift des § 2349 BGB nicht auf einer planwidrigen Regelungslücke beruht sowie damit, dass unserem Recht die Erstreckung vertraglicher Wirkungen zu Lasten Dritter fremd ist.

### c) Wegfall der Abkömmlinge aufgrund ergänzender Testamentsauslegung

Die Nichterstattung des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge wird teilweise wieder durch eine ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung korrigiert. Sofern die Verfügung von Todes wegen keine ausdrückliche Ersatzerberufung enthält, sondern diese sich erst aus der Auslegungsregel des § 2069 BGB ergibt, verneint die h. M. und die Rechtsprechung im Wege der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens eine sich nach dieser Vorschrift ergebende Ersatzerbfolge, wenn der Zuwendungsverzicht gegen Zahlung einer vollständigen Abfindung erfolgt.<sup>7</sup> Zum Nachrücken der Abkömmlinge nach § 2069 BGB kommt es dagegen, wenn keine vollwertige Abfindung geleistet wird.<sup>8</sup> Sofern die Verfügung von Todes wegen Ersatzerbberechtigte ausdrücklich vorsieht, verbleibt es ebenfalls unabhängig vom Vorliegen oder von der Höhe einer Abfindung beim Eintritt der Ersatzerbfolge, es sei denn aus der Verfügung von Todes wegen ergibt sich eindeutig, dass die Ersatzerberufung in diesem Falle ausgeschlossen sein soll.

<sup>4</sup> OLG München, OLGE 30, 217, 220; KG, JFG 15, 89; KG, OLGE 36, 236, 237; MünchKommBGB/Strobel, 4. Aufl. 2004, § 2352 Rdnr. 12; Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2352 Rdnr. 1.

<sup>5</sup> Vgl. etwa OLG Stuttgart, NJW 1958, 347, 348; BayObLG, MittBayNot 1989, 161; BayObLG, ZEV 1997, 377, 381; Baumgärtel, DNotZ 1959, 63, 66.

<sup>6</sup> BayObLG, FamRZ 2001, 319, 320; Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2003, § 2352 Rdnr. 16.

<sup>7</sup> BGH, NJW 1974, 43, 44; OLG Hamm, OLGZ 1982, 273, 278 f.; KG, JFG 20, 160, 163; OLG Köln, FamRZ 1990, 99, 101; OLG München, DNotZ 2006, 68, 69.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 367, 369 f.; OLG Hamm, OLGZ 1982, 272, 279; OLG Frankfurt a. M., ZEV 1997, 454, 456 f.; weitergehend OLG Köln, FamRZ 1990, 99, 101; BayObLG, ZEV 1997, 377, 381; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 7 III 2 b; J. Mayer, ZEV 1996, 127, 131, wonach beim vollentgeltlichen Verzicht auch eine ausdrückliche, der gesetzlichen Regelung entsprechende Ersatzerberufung entfallen kann; Kanzleiter, ZEV 1997, 261, 263 f., der regelmäßig den Wegfall der Ersatzerberufenen aufgrund der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens annimmt.

Sollen aufgrund des Zuwendungsverzichts andere Personen begünstigt werden, kann dies nur dann Erfolg haben, wenn mit sämtlichen Ersatzerben weitere Zuwendungsverzichte abgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang stellt sich häufig das Problem der Beteiligung Minderjähriger sowie die nicht ausschließbare Möglichkeit, dass weitere, noch nicht bekannte, Ersatzerben geboren werden, für die ein nach § 1913 BGB zu bestellender Pfleger den Zuwendungsverzicht erklären müsste.<sup>9</sup> Spätestens an dieser Stelle scheitert in der Praxis die Durchführbarkeit eines Zuwendungsverzichts.

Auch im vorliegenden Beschluss scheint das OLG München davon auszugehen, dass der Zuwendungsverzicht des Sohnes P des Erblassers aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Nachrücken seiner Abkömmlinge (hier des Beteiligten zu 3 als Enkelsohn des Erblassers) geführt hat. Ob eine vollständige Abfindung aufgrund der vom Erblasser an seine beiden Kinder vorgenommenen Übertragungen vorlag, wird vom OLG München nicht näher erörtert. Da es sich bei den verzichtenden Kindern um die nach dem gemeinschaftlichen Testament vorgesehenen beiden Alleinerben handelte, wäre für eine vollständige Abfindung die Übertragung des Gesamtvermögens des Erblassers notwendig gewesen, was wohl nicht gegeben war. Letztendlich war diese Frage nicht entscheidungserheblich, da die neu errichteten Testamente zur Beseitigung des Erbrechts des Enkelsohnes geführt haben.

## 2. Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments bei nach § 2069 BGB berufenen Abkömmlingen

### a) Keine Kumulation von § 2069 und § 2270 Abs. 2 BGB

Die Beseitigungsmöglichkeit bezüglich nach § 2069 BGB ersatzberufener Abkömmlinge hängt vom Umfang der Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments ab. Fehlt diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung, ist eine ergänzende Auslegung der Verfügung von Todes wegen notwendig. Im Bereich der Bindungswirkung hat die Rechtsprechung im Vergleich zu früheren Entscheidungen eine Kehrtwende vollzogen. Sofern die bei Wegfall eines Schlusserben eintretende Ersatzerberufung lediglich auf der Vermutung des § 2069 BGB beruht, kann nach dem BGH nicht ohne konkrete Anhaltspunkte für einen hierauf gerichteten Willen der testierenden Ehegatten von einer Wechselbezüglichkeit nach § 2270 Abs. 2 BGB ausgegangen werden.<sup>10</sup> Allein die Kumulation der Auslegungsregel des § 2069 BGB mit der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB reicht zur Feststellung eines solchen Willens nicht aus. Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB erkläre sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung daraus, dass die Verfügung des einen Ehegatten Gegenleistung für die Verfügung des anderen sei. Dieser innere Rechtfertigungsgrund setze die durch individuelle Auslegung festzustellende Einsetzung bestimmter Personen als Erben im gemeinschaftlichen Testament voraus, die sich allein aus der Gesetzesregel des § 2069 BGB nicht herleiten lasse.<sup>11</sup> Das Urteil des BGH hat im Schrifttum teilweise Kritik erfah-

<sup>9</sup> Vgl. hierzu J. Mayer, ZEV 1996, 127, 131; die Möglichkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers ablehnend Schotten, ZEV 1997, 1, 5.

<sup>10</sup> BGH, ZEV 2002, 150 (in Abkehr von NJW 1983, 277 = DNotZ 2002, 661); dem BGH folgend BayObLG, ZEV 2004, 244, 245 (in Abkehr von ZEV 1994, 362).

<sup>11</sup> BGH, ZEV 2002, 150 = DNotZ 2002, 661; BayObLG, ZEV 2004, 244, 245.

ren,<sup>12</sup> insbesondere hinsichtlich der weiteren Begründung, dass das Auseinanderfallen der in § 2270 Abs. 2 BGB und § 2069 BGB relevanten Zeitpunkte einer Kombination beider Vorschriften entgegenstehe, da es für das in § 2270 Abs. 2 BGB geforderte Verwandtschafts- oder Näheverhältnis auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung, für § 2069 BGB dagegen auf den Zeitpunkt des Schlusserbfalls ankomme.<sup>13</sup> Der Beschluss des OLG München bestätigt die Rechtsprechung des BGH ohne die Diskussion neu aufzuwerfen und kommt zu dem Ergebnis, dass wegen des Fehlens von konkreten Anhaltspunkten das ursprünglich errichtete gemeinschaftliche Testament keine Bindungswirkung mehr hatte.

Der durch den Beschluss des OLG München bestätigten Linie der Rechtsprechung ist zuzustimmen, da sie einer aus praktischen und rechtspolitischen Gründen zweifelhaften Ausweitung erbrechtlicher Bindungswirkungen entgegenwirkt. Entsprechend dem Grundsatz, dass denjenigen die Feststellungslast trifft, der aus der Verfügung von Todes wegen Rechtswirkungen für sich herleiten möchte, ist im Zweifel daher die Ersatzerbfolge nach § 2069 BGB nicht als wechselbezüglich anzusehen. Die in der Praxis häufig anzutreffende Unkenntnis und das Unverständnis über die sich aus § 2270 Abs. 2 BGB vermuteten Bindungswirkungen sprechen ebenfalls für eine enge Auslegung dieser Vorschrift.<sup>14</sup>

#### b) Fälle verbleibender Bindungswirkung

Zu beachten ist allerdings, dass eine Bindungswirkung in Bezug auf eine Ersatzerbenberufung ohne ausdrückliche Nennung der Ersatzerben nach wie vor unter zwei Gesichtspunkten denkbar ist.<sup>15</sup> Zum einen, wenn die Ersatzerbberechtigung sich bereits im Wege der individuellen Auslegung feststellen lässt, auch wenn diese Auslegung mit dem Ergebnis des § 2069 BGB identisch ist.<sup>16</sup> Hierbei müssen allerdings die sich aufgrund der Andeutungstheorie ergebenden Grenzen beachtet werden.<sup>17</sup> Da sich ein Rückgriff auf die Auslegungsregel des § 2069 BGB dann erübrigt, ist § 2270 Abs. 2 BGB einschlägig.

Zum anderen kommt es bei Anwendbarkeit der Regel des § 2069 BGB zu einer Bindung, wenn sich die Wechselbezüglichkeit aufgrund der individuellen Auslegung ergibt. Für die von der Rechtsprechung geforderte Notwendigkeit konkreter Anhaltspunkte sollten allerdings keine zu niedrigen Anforderungen gestellt werden. Allein gute familiäre Bindungen zwischen testierenden Großeltern einerseits und ihren Kindern und Enkelkindern andererseits dürften hierfür nicht ausreichend sein.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Vgl. AnwK-BGB/Müßig, 2. Aufl. 2007, § 2270 Rdnr. 37 ff.; Otte, ZEV 2002, 151; Keim, ZEV 2002, 437; Schmucker, DNotZ 2002, 665.

<sup>13</sup> BGH, ZEV 2002, 150, 151 = DNotZ 2002, 661.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Keim, ZEV 2002, 437; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 1998, § 2271 Rdnr. 22; Schmucker, DNotZ 2002, 665, 668.

<sup>15</sup> Vgl. J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2270 Rdnr. 36.

<sup>16</sup> Zum Vorrang der individuellen Auslegung vgl. MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 17 f.; AnwK-BGB/Beck, § 2069 Rdnr. 2; sehr weitgehend OLG München, DNotZ 2006, 936, 937, wo bereits die Erbinsetzung eines Neffen als ausreichende Andeutung für die Ersatzerbfolge seiner Abkömmlinge angesehen werden kann.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu allgemein MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 14; AnwK-BGB/Fleindl, § 2084 Rdnr. 15.

<sup>18</sup> So jedoch OLG Hamm, FGPrax 2003, 270, 271 f. = ZEV 2004, 68; zu Recht ablehnend Keim, ZEV 2004, 244, 245; J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, § 2270 Rdnr. 36.

### 3. Folgerungen für die Gestaltungspraxis

Für die gestaltende Rechtspraxis eröffnet sich aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung häufig die Möglichkeit, bei Fehlen einer ausdrücklichen Ersatzerbenberufung die Auswirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments unabhängig von der Höhe einer zu zahlenden Abfindung zu beseitigen.

#### a) Zweigleisiges Verfahren

Notwendig ist allerdings eine zweigleisige Vorgehensweise. In einem ersten Schritt sind die ausdrückliche Erbinsetzung und die diesbezüglich bestehende Bindungswirkung durch den Zuwendungsverzicht zu beseitigen. In einem zweiten Schritt ist dann die durch den Zuwendungsverzicht ausgelöste Ersatzerbenberufung gemäß § 2069 BGB aufzuheben. Obwohl es sich empfiehlt, aus Sicherheitsgründen die erforderlichen Maßnahmen in der vorgenannten Reihenfolge vorzunehmen, ist dies rechtlich nicht zwingend geboten. Die Ersatzerbenberufung nach § 2069 BGB ist von Anfang an nicht bindend. Die Bindungswirkung entfällt nicht etwa erst aufgrund des Zuwendungsverzichts. Die ursprüngliche Erbinsetzung, die durch den Zuwendungsverzicht beseitigt wird, hindert die Wirksamkeit der neu errichteten Verfügung von Todes wegen ebenfalls nicht, da die für gemeinschaftliche Testamente analog geltende Vorschrift des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB voraussetzt,<sup>19</sup> dass die wechselbezügliche Verfügung bis zum Erbfall fortbesteht. Wird sie durch einen Zuwendungsverzicht vorher gegenstandslos, kann sie der Wirksamkeit einer vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit errichteten Verfügung von Todes wegen nicht entgegenstehen.<sup>20</sup>

Zu beachten ist aber, dass nur die Durchführung beider Schritte zum Erfolg führt. An der Vornahme des zweiten Schritts fehlte es z. B. im Fall des OLG München aus dem Jahr 2005.<sup>21</sup> Durch das Versäumnis, eine neue Verfügung von Todes wegen zu errichten, führte hier der Abschluss des Zuwendungsverzichts zur Auslösung der sich nach § 2069 BGB ergebenden Ersatzerbenberufung.

#### b) Risiken und deren Minimierung

Der vorbeschriebene Lösungsweg bleibt allerdings risikobehaftet. Für den Testamentsgestalter ist es außerhalb eines förmlichen gerichtlichen Verfahrens äußerst schwierig, mit letzter Sicherheit aufzuklären, ob sich eine Ersatzerbenregelung bereits aufgrund der Auslegung ohne Rückgriff auf die Regel des § 2069 BGB ergibt oder ob konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die eine sich aus § 2069 BGB ergebende Ersatzerbfolge bindend machen. Auch lässt es sich nur schwer vorhersehen, wie hoch das jeweilige Gericht die Messlatte für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte legt.<sup>22</sup>

Bei einer Fehleinschätzung der Sachlage kommt es durch den Zuwendungsverzicht zum Eintritt der Ersatzerbfolge, ohne dass diese durch die neue Verfügung von Todes wegen beseitigt wird. Da sich die Frage der Auslösung einer bindenden Ersatzerbenberufung erst nach dem Ableben des Erblassers verbindlich klären lässt, kann dieses missliche Ergebnis auch

<sup>19</sup> Palandt/Edenhofer, § 2271 Rdnr. 12; Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2346 Rdnr. 17.

<sup>20</sup> J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, § 2271 Rdnr. 39; Staudinger/Kanzleiter, § 2271 Rdnr. 38; Palandt/Edenhofer, § 2271 Rdnr. 13; AnwK-BGB/Kornexl, § 2289 Rdnr. 22.

<sup>21</sup> DNotZ 2006, 68, 69.

<sup>22</sup> Keim, ZEV 2002, 437, 438.

nicht mehr korrigiert werden.<sup>23</sup> Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, den Zuwendungsverzicht auflösend bedingt davon abhängig zu machen, dass ein Ersatzerbe nach dem Tod des Erblassers erfolgreich Ansprüche gegen den Nachlass stellt.<sup>24</sup> Eine derartige Bedingung erscheint insofern problematisch, als das Nachlassgericht von Amts wegen die Wirkung des Zuwendungsverzichts zu beachten hat unabhängig davon, ob potentielle Ersatzerben Ansprüche geltend machen oder nicht. Hiergegen spricht auch, dass noch nicht abschließend geklärt ist, inwieweit Bedingungen, die nach dem

Erbfall eintreten, zulässig sind.<sup>25</sup> Besser erscheint es daher, die Wirksamkeit des Zuwendungsverzichts davon abhängig zu machen, dass er nicht zur Auslösung einer bindenden Ersatzerbenberufung führt. Als weitere begleitende Schutzmaßnahme kann dabei vorgesehen werden, dass der Verzichtende sich hilfsweise verpflichtet, seinen Erbteil unter Beachtung der Grenzen des § 311 b Abs. 5 BGB an denjenigen, dem der Zuwendungsverzicht zugute kommen soll, zu übertragen. Sofern diese Regelungen fehlschlagen, sollte darüber hinaus die Rückerstattung einer an den Verzichtenden zu zahlenden Abfindung vorgesehen werden.<sup>26</sup>

**23** Vor Ableben des Erblassers kommt nach h. M. eine Aufhebung des Zuwendungsverzichts in Betracht, was jedoch ebenfalls umstritten ist; bejahend MünchKommBGB/Strobel, § 2352 Rdnr. 17; Staudinger/Schotten, § 2352 BGB Rdnr. 54; Palandt/Edenhofer, § 2352 Rdnr. 5; ablehnend Kornxl, Rdnr. 562; Mittenzwei, ZEV 2004, 488, 490 f.

**24** So der Formulierungsvorschlag bei Reimann/Bengel/J. Mayer, Formularteil B Rdnr. 84.

**25** Vgl. Staudinger/Schotten, § 2346 Rdnr. 54; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2346 Rdnr. 14 m. w. N.

**26** Vgl. insoweit J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst. Teil A. Rdnr. 242 sowie den Formulierungsvorschlag, Formularteil B Rdnr. 84; zu weiteren Gestaltungsalternativen vgl. auch Weidlich in Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts (erscheint demnächst), Kapitel 15 Rdnr. 120 ff.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Leesmeister: Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren. 3. Aufl., Giesecking, 2006. 378 S., 39 €**

Das Studienbuch behandelt das materielle Liegenschaftsrecht, welches im Grundbuchverfahren im Rahmen verfahrensrechtlicher Normen zu prüfen ist. Es ist in 17 Kapitel unterteilt: Eigentum, Wohnungseigentum, Grunddienstbarkeit, Wohnungsrecht, Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Reallast, Erbbaurecht, Hypothek, Zwangssicherungshypothek, Grundschuld, Eigentums- und Löschungsvormerkung, gesetzlicher Lösungsanspruch, Rangänderung, Rangvorbehalt und Verfügungsbeschränkungen. Das Buch gibt Aufschluss über Bedeutung, Erwerb, Inhalt und Erlöschen eintragungsfähiger Grundstücksrechte und Sicherheiten und zeigt insbesondere die grundsätzlich notwendige rechtliche Trennung von materiellem Liegenschaftsrecht und formellem Grundbuchverfahrensrecht auf; zugleich macht es aber auch die Verknüpfung und Berührung beider Rechtsgebiete deutlich. Am Ende eines jeden Kapitels werden zur Lernkontrolle Fragen und Auf-

gaben gestellt und deren Antworten und Lösungen mit den entsprechenden Seitenzahlen angegeben. Außerdem erfolgt eine kurze Zusammenfassung der im jeweiligen Kapitel behandelten Themen in sehr anschaulicher Weise: Wichtiges ist links in Fettschrift abgedruckt und wird daneben kurz und prägnant erklärt. Im ersten Kapitel (Eigentum) finden sich zudem zwei Lernkontrollen und zwei Zusammenfassungen. Ausführungen des Autors erleichtern das Verständnis; Wichtiges wird durch grau unterlegte Merksätze deutlich hervorgehoben. Gelegentlich dienen einfache und verständliche Grafiken der Erläuterung und Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung sind auf das Wesentliche beschränkt.

Das Buch dient als guter Einstieg, um sich ein grundsätzliches Verständnis für das Grundbuch und die eintragungsfähigen Grundstücksrechte zu verschaffen. Als Nachschlagewerk zur Erörterung und Lösung strittiger Rechtsprobleme ist es nicht gedacht. Und dass auf dem Buchrücken von einer „Zwangsvorversicherungshypothek“ die Rede ist, sollte einen nur zum Schmunzeln, auf keinen Fall jedoch zum Nachdenken bringen.

Oberinspektor i. N. *Helmut Reinold jr.*, Mühldorf a. Inn

**Andrae: Internationales Familienrecht. 2. Aufl., Nomos, 2006. 540 S., 69 €**

Europäisierung, Globalisierung und eine zunehmende Mobilität der Bevölkerung haben zur Folge, dass Sachverhalte mit internationalem Bezug sich nicht nur im Alltag, sondern auch in der Rechtspraxis auf dem Vormarsch befinden. Dies gilt auch für das Familienrecht, in dem grenzüberschreitende Konstellationen mittlerweile relativ häufig anzutreffen sind. Schätzungen zufolge weisen rund 350 000 der jährlich 2,2 Millionen in der EU geschlossenen Ehen grenzüberschreitenden Charakter auf. Aber auch die Anzahl von etwa 170 000 Scheidungen mit internationalem Bezug im Gebiet der EU zeigt die große Bedeutung grenzüberschreitender Verbindungen und Trennungen. Für Notare ergibt sich daraus die Notwendigkeit, sich in zunehmendem Maße mit den Besonderheiten des Internationalen Familienrechts zu beschäftigen. Sich hier allein auf § 17 Abs. 3 BeurkG zu berufen, wonach der Notar zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen nicht verpflichtet ist, wäre weder der Sache angemessen noch zutreffend – denn zumindest das deutsche Internationale Privatrecht muss der Notar ebenso sicher beherrschen, wie alle anderen Gebiete des deutschen Rechts, zu denen seine Tätigkeit Berührungen aufweist. Eine Möglichkeit, sich die entsprechenden Kenntnisse anzueignen bzw. diese aufzufrischen, stellt die vorliegende 2. Auflage des Lehrbuchs der Potsdamer Professorin *Andrae* dar.

Im Vergleich zur Voraufgabe von 1998 wurde das Werk inhaltlich in vielen Punkten überarbeitet, insbesondere angepasst an die vielfältigen internationalen Rechtsentwicklungen, etwa das Inkrafttreten der europäischen EuGVVO (Nr. 44/2001) im Jahre 2002 oder der EheVO (Nr. 2201/2003, auch Brüssel IIa-VO genannt) im Jahre 2005. Aktuelle Entwicklungen, wie etwa der derzeit diskutierte Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der EheVO, wurden bis zum Zeitpunkt der Drucklegung berücksichtigt.

In insgesamt zehn Abschnitten gibt das Werk einen vollständigen Überblick über nahezu das gesamte Internationale Familien- und Familienverfahrensrecht. Der erste Abschnitt befasst sich mit den Voraussetzungen der Eheschließung, den dabei auftretenden Problemen und der Prüfung der Wirksamkeit geschlossener Ehen. Insbesondere der letzte Punkt ist für die notarielle Praxis dann von Bedeutung, wenn die Frage nach dem wirksamen Bestehen einer Ehe als Vorfrage für die Beurteilung eines weiteren Sachverhalts zu beurteilen ist, etwa zur Bestimmung des jeweiligen Güterstandes oder im Zusammenhang mit einer Scheidung. Besonders hervorzuheben ist der Abschnitt zu allgemeinen Ehwirkungen und zum Güterrecht. Dabei stellt sich nicht nur die Frage, in welchem Erwerbsverhältnis zwei Ehegatten beispielweise ein Grundstück erwerben können, sondern auch, ob etwa für Rechtsgeschäfte eines Ehegatten die Zustimmung des anderen notwendig ist. Leider werden diese Aspekte aus notarieller Sicht teils nur in recht knapper Form behandelt, wohingegen dem deutschen Rechtsanwender weniger vertraute Institute wie das der Morgengabe und ihre Rückforderung im Scheidungsfall im Zusammenhang mit anderweitigen vermögensrechtlichen Ansprüchen zwischen Ehegatten und deren Qualifikation zu ausführlich beleuchtet werden. Insgesamt wird an diesem Kapitel deutlich, dass es sich um ein Lehrbuch handelt, das als solches Verständnis für Zusammenhänge und Hintergründe schaffen möchte, und nicht um ein Nachschlagewerk, in dem sich einzelne Fragen rasch und unkompliziert beantwortet finden. Für die Frage, ob das Erwerbsverhältnis des gemischt-nationalen Käuferhepaares richtig angegeben ist, wird der Notar daher regelmäßig nicht das vorliegende Werk zur Hand nehmen können. Hierfür ist eine spezielle schematische Darstellung der verschiedenen Rechtsordnungen, etwa die mittlerweile recht verbreitete Zusammenstellung „Eherecht in Europa“ von *Stiß/Ring*, unentbehrlich. Das „Internationale Familienrecht“ gibt dagegen dem interessierten Leser einen fundierten Kurs im internationalen Privatrecht und Familienrecht, an-

lässlich dessen der Leser en passant auch viel über die Inhalte ausländischer Rechtsordnungen erfährt – allerdings nicht nach Ländern oder Rechtskreisen strukturiert, sondern eher zufällig bei der Lektüre der vielen Fallbeispiele.

Von den folgenden Abschnitten sind für die notarielle Praxis insbesondere von Bedeutung die Kapitel zur Scheidung und zur Adoption, jeweils differenziert nach Inlands- und Auslands Sachverhalten, sowie der Abschnitt über eingetragene Lebenspartnerschaften, in dem auch kurz auf andere Formen der Partnerschaften – etwa registrierte heterosexuelle Lebensgemeinschaften – eingegangen wird. Für die richterliche und anwaltliche Praxis unerlässlich, für den Notar dagegen häufig nur informationshalber von Interesse, sind die Abschnitte über die Internationale Zuständigkeit in Ehesachen, die Abstammung von Kindern, die elterliche Verantwortung, den Unterhalt und dessen Vollstreckung sowie über das Verlöbnis und die nichteheliche Lebensgemeinschaft.

Insgesamt bietet das Werk eine gelungene, gut lesbare Darstellung des Internationalen Familien- und Verfahrensrechts, die nicht an der Oberfläche Halt macht, sondern auch viele Details und Feinheiten dieser vielschichtigen Materie näher beleuchtet. Für den einen oder anderen Kollegen, der sich bislang im IPR-Bereich in vornehmer Zurückhaltung geübt hat, könnte es eine gute Gelegenheit darstellen, sich diesem zunehmend an Bedeutung erlangenden Thema intensiver zu widmen. Dabei kann es den Fundus des Notars an Fachliteratur zum internationalen Familienrecht aus den genannten Gründen jedoch nur ergänzen, nicht diesen darstellen. Für die rasche Orientierung über die verschiedensten Rechtsordnungen bleibt nach wie vor ein entsprechendes Nachschlagewerk erforderlich.

Notarassessor Dr. *Thomas Schiffner*, München

### **Ring/Süß: Eherecht in Europa. zerb, 2006. 1 413 S., 118 €**

„Das vorliegende Handbuch enthält einen auf die anwaltliche und notarielle Tätigkeit bezogenen Überblick über das Eherecht der wichtigsten europäischen Staaten“, so das Vorwort der Herausgeber. Das ist ihnen in hervorragender wie altbewährter Weise gelungen. Denn: Die stetig wachsende Zahl internationaler Eheschließungen in einem zusammenwachsenden Europa verlangt auch von dem Gestaltungsjuristen, der sich nicht tagtäglich der Auseinandersetzung internationalprivatrechtlicher Problemstellungen verschrieben hat, sich der Fragen anzunehmen, die beispielsweise aus der ausländischen Staatsangehörigkeit von Beteiligten, Wohnsitz im Ausland, ausländischem Besitz usw. herrühren. Das vorliegende Buch beantwortet auf dem Sektor des Familienrechts diese Fragen für europäische Rechtsordnungen in kompakter Weise umfassend.

Das Werk gliedert sich in einen allgemeinen Teil, der auf 279 Seiten in drei Unterteilen die Quellen des europäischen und internationalen Familienrechts (Teil I), das deutsche internationale Familienrecht (Teil II) und den Ehevertrag mit Auslandsbezug (Teil III) aufarbeitet, und in die Länderberichte. Diese folgen auf weiteren ca. 1 150 Seiten für 26 europäische Staaten, übersichtlich alphabetisch aufgeführt. Das Buch ist auf dem Bearbeitungsstand vom Sommer 2006.

Formal sind den einzelnen Teilen und Länderberichten sehr übersichtlich und strukturiert ausführliche Inhaltsverzeichnisse und aktuelle Literaturhinweise vorangestellt. Die Fußnoten können daher – praxistauglich – auf das Wesentliche beschränkt werden. Für den Praktiker ebenfalls sehr wertvoll sind die in den Länderberichten teilweise auch vorhandenen ausländischen, d. h. in der Regel landessprachlichen Literaturhinweise, desgleichen Verweise auf Fundstellen im Internet, Praxistipps und Musterformulierungen. Das ausführliche Stichwortverzeichnis (fast 140 Seiten) am Buchende ist ebenfalls unterteilt nach Stichworten des allgemeinen Teils sowie der – jeweiligen! – Länderberichte, was die konkrete Suche erheblich erleichtert.

Auch inhaltlich bestechen die Ausführungen. Der allgemeine Teil wurde von den beiden Herausgebern selbst bearbeitet, hiervon Teil I und Teil III von Prof. Dr. *Ring*, Teil II von Dr. *Süß*. Wie bereits aus dem Parallelwerk „Eherecht in Europa“ bekannt und bewährt, gibt der allgemeine Teil eine

kompakte, aber abschließende Darstellung des derzeitigen Bestands des europäischen internationalen Familienrechts wie auch der deutschen IPR-Vorschriften und Regelungen zum internationalen Familienrecht wieder. *Ring* stellt zunächst die Vielzahl der insgesamt doch sehr unübersichtlichen internationalen Regelungen zum internationalen Familienrecht dar, seien es die Verordnungen der europäischen Union, seien es die große Anzahl zwei- und mehrseitiger internationaler Ab- bzw. Übereinkommen, desgleichen die Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention in familienrechtlichen Angelegenheiten. Wie immer allumfassend und in bewährter Weise skizziert *Süß* sodann das deutsche internationale Familienrecht, also die Fragen der Art. 13 ff. EGBGB unter Beachtung allgemeiner, auf das Familienrecht bezogener Fragestellungen (wie Anknüpfungspunkte im internationalen Familienrecht, ordre public usw.). Praxistipps und eine Menge von Beispielsfällen runden das Bild ab. Für die notarielle Praxis von ganz erheblicher Bedeutung ist bei der ständig wachsenden Zahl internationaler Eheschließungen der letzte, dritte Teil des allgemeinen Teils, den *Ring* dem „Ehevertrag mit Auslandsbezug“ widmet. Einer der Schwerpunkte liegt dabei auf den Besonderheiten des kombinierten Ehe- und Erbvertrags; beispielhaft wird die Wirksamkeit des Vertrages deutscher Ehegatten mit Wohnsitz in Frankreich untersucht. Ferner wird der Praktiker auf die Problempunkte des internationalen Ehevertrages, wie die generelle Zulässigkeit von Eheverträgen, die (un-)zulässigen Inhalte des Vertrages sowie die besonderen Probleme, die im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit beim Abschluss eines internationalen Ehevertrages entstehen können, sensibilisiert.

Das Hauptaugenmerk und das eigentliche Verdienst des Werkes liegt jedoch in den 27 Länderberichten für 26 Staaten (für Großbritannien: England und Wales sowie Schottland) Europas inklusive der Türkei. Der Schwerpunkt der Länderberichte liegt auf den Ehwirkungen (insbesondere Güterrecht, Unterhalt, Ehe name) und den Scheidungsfolgen (Vermögensteilung, Unterhalt, Altersversorgung, Elterliche Sorge), einschließlich der Möglichkeiten zur Vertragsgestaltung; berücksichtigt sind indes alle Aspekte des Familienrechts, so auch die Fragen der Eheschließung und Scheidung selbst; enthalten sind ferner Hinweise auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft und die gleichgeschlechtliche Partnerschaft, auf Abstammung und Adoption. Besonders hervorzuheben sind die Ausführungen zu familienrechtlichen Randgebieten, wie Al-

tersversorgung, Krankenversicherung, Bleiberecht für Ausländer und steuerliche Auswirkungen der Ehe und Scheidung, welche gerade für ausländische Rechtsordnungen in deutscher Darstellung – wenn überhaupt – nur sehr schwer und vereinzelt greifbar sind. Die Darstellungen umfassen nicht nur das materielle Recht einschließlich der nationalen einschlägigen Verfahrensfragen, sondern auch das jeweilige Kollisionsrecht samt internationalem Verfahrensrecht. Die Autoren sind, so die Herausgeber, allesamt Spezialisten auf dem Familienrecht in dem jeweiligen Gerichtsstaat. Jüngste Gesetzesänderungen sind, soweit ersichtlich, ebenso berücksichtigt wie neueste gerichtliche Entscheidungen.

Zusammenfassend ist hervorzuheben: Den Herausgebern und Autoren des „Eherecht in Europa“ ist eine hervorragende Darstellung des internationalen Familienrechts sowie des Familienrechts der europäischen Rechtsordnungen gelungen, die die rechtlichen Facetten des Spektrums umfänglich beleuchtet. Für den Praktiker ist das vorliegende Werk eine ausgezeichnete Arbeitshilfe, deren Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden kann.

Notarin Dr. *Susanne Frank*, München

#### **Krenzler: Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung. 4. Aufl., Beck, 2006. 209 S., 23 € + CD-ROM**

Der Kreis bewährter Bücher über Eheverträge, in denen die neue Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen eingearbeitet ist, beginnt sich zu schließen: Neu hinzugekommen ist nun auch das Buch von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht *Michael Krenzler*, das in der Reihe der Beck'schen Musterverträge (Band 15) erschienen ist und sich auf Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung konzentriert.

Die Darstellung folgt dem typischen Schema der Reihe der Beck'schen Musterverträge, die es sich laut Umschlagtext zum Ziel gesetzt hat, „alle in der Praxis wichtigen Fragen, jedoch ohne juristische Vertiefung“ zu behandeln. Einer kurzen Einführung, in der insbesondere ein Überblick über die Voraussetzungen für Trennung und Scheidung gegeben wird, folgen Muster von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen mit Erläuterungen, weiterführende Hinweise zu Literatur und Rechtsprechung und schließlich ein Sachregister. Außerdem enthält das Buch eine CD mit den Texten der Vertragsmuster. Der Teil „Vertragsmuster mit Erläuterungen“ gliedert sich in sieben Abschnitte, die folgende Themen behandeln: Elterliche Sorge und Umgang mit dem Kind/den Kindern (S. 9–31), Kindesunterhalt (S. 32–67), Ehegattenunterhalt (S. 68–116), Ehwohnung und Hausrat (S. 117–138), Vermögensauseinander-

setzung (S. 139–160), Versorgungsausgleich (S. 161–183), Kosten (S. 184–189).

Die Darstellung ist für denjenigen geeignet, der sich in die verschiedenen Themen einarbeiten möchte. Die Tiefe, mit der die Themen behandelt werden, variiert sehr stark. So fallen beispielsweise die Erörterungen des Kindesunterhalts und des nachehelichen Unterhalts, die durch einige Beispielsberechnungen veranschaulicht werden, recht umfangreich aus. Die Themen „Ehwohnung“ und „Vermögensauseinandersetzung“ werden hingegen nur punktuell dargestellt. So wird in den Mustern der Übertragung eines Miteigentumsanteils an Grundbesitz nur ein einziger, dürftiger Unterabsatz eines Paragraphen gewidmet. Die zugehörigen Erläuterungen sind ebenfalls wenig ergiebig. Zumindest aus notarieller Sicht bleiben viele in der Praxis wichtige Fragen offen. Die neue Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen wird in dem Abschnitt zum Ehegattenunterhalt knapp dargestellt (S. 105 f.). Bei der Erörterung des Versorgungsausgleichs erfolgt ein Hinweis auf diese Rechtsprechung.

Die Lektüre dieses Buches vermittelt Anregungen zur Gestaltung von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen und kann als Einstiegshilfe dienen. Daneben bleibt die Heranziehung weiterführender Publikationen für den notariellen Vertragsgestalter jedoch unverzichtbar.

Notarassessorin Dr. *Frauke Wedemann*, Berlin

#### **Jagersberger: Die Haftung des Verkäufers beim Unternehmens- und Anteilskauf. Nomos, 2006. 537 S., 98 €**

Fragen zur Gewährleistungshaftung beim Anteils- und Unternehmenskauf stellen sich dem Notar in der Praxis regelmäßig beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen und Unternehmenskäufen, bei denen Grundbesitz veräußert wird und die damit insgesamt beurkundungsbedürftig sind. Diese Verträge enthalten meistens umfangreiche Gewährleistungskataloge, die oftmals zwischen Verkäufer und Käufer im Rahmen einer vorausgehenden „due diligence“ verhandelt wurden. Die umfangreiche Dissertation von *Jagersberger*, die im Jahr 2005 abgeschlossen wurde, liefert hierzu den erforderlichen Hintergrund im Hinblick auf das durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 neu geschaffene Gewährleistungsrecht.

Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf und Anteilserwerb wurde seit Jahrzehnten in Rechtsprechung und

Literatur kontrovers diskutiert. Trotz der wirtschaftlichen Bedeutung, die Unternehmenskäufe infolge ihres oft hohen Transaktionsvolumens haben, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsreform diesen Bereich nicht explizit geregelt. Die Bestimmungen des allgemeinen Kaufrechts, die primär auf den Sachkauf und den Verbrauchsgüterkauf zugeschnitten sind, finden gemäß § 453 Abs. 1 BGB auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang die allgemeinen Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB auch beim Unternehmens- und Anteilskauf gelten. Dabei ist entscheidend, auf welche Weise das Unternehmen übertragen wird. Die Übertragung eines Unternehmens kann auf zweierlei Art erfolgen: im Wege der Einzelrechtsnachfolge (asset deal) oder des Erwerbs von Anteilen an einer Gesellschaft (share deal). *Jagersberger* stellt dabei die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der gesetzlichen Mängelhaftung für beide Arten des Unternehmenskaufs im Detail vor.

Ausgangspunkt ist dabei der Inhalt und die Reichweite des durch die Schuldrechtsreform eingeführten Begriffs der „vereinbarten Beschaffenheit“ in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Mit guten Argumenten erläutert *Jagersberger*, inwieweit Vereinbarungen über die Beschaffenheit bei Unternehmenskäufen möglich sind. Von besonderem Interesse sind dabei ihre Ausführungen zu fehlerhaften Umsatz- und Ertragsangaben, die sie nicht als Beschaffenheitsvereinbarung, sondern als selbständige Garantieverprechen qualifiziert, und zur Wirkung von „best-knowledge“-Klauseln, die ebenfalls nach ihrer Auffassung keine Beschaffenheitsvereinbarung darstellen, sondern lediglich eine Haftungsbeschränkung „nach Kenntnis“ oder „bestem Wissen“ darstellen.

Ausführlich setzt sich *Jagersberger* mit der Frage auseinander, inwieweit es den Parteien beim „share deal“ möglich ist, eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des dem verkauften Anteilsrecht zugrundeliegenden Unternehmens zu treffen. Mit überzeugenden Argumenten führt sie aus, dass der Verkäufer eines Anteils grundsätzlich für Mängel des Unternehmens an sich nicht einzustehen hat, sofern nicht mindestens 75 % der Anteile an einem Unternehmen veräußert werden, und damit auch keine Beschaffenheitsvereinbarung möglich ist. Sie kommt insgesamt zum Ergebnis, dass viele Bereiche einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht zugänglich sind, so

dass auch weiterhin in der Praxis die Vereinbarung von selbständigen Garantieverträgen erforderlich ist.

Wenn es an einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit fehlt und auch keine selbständige Garantie vorliegt, gelten die Auffangtatbestände des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. In diesem Zusammenhang behandelt die Autorin eine Reihe von Sachmängeln, die beim Unternehmenskauf typischerweise auftreten. Es folgen ausführliche Darstellungen zur Rechtsmängelhaftung, sowie zur Frage, wie sich eine „due diligence“ im Rahmen des § 442 BGB auswirkt und ob in diesem Fall eine Haftung wegen Kenntnis des Käufers vom Mangel ausgeschlossen ist. Ausführungen zum verbleibenden Anwendungsbereich von culpa in contrahendo, gerade auch im Hinblick auf die Erteilung von Auskünften im Vorfeld der Vertragsverhandlungen, z. B. im Rahmen der „due diligence“ und zur Frage der Verjährung von Ansprüchen beim Unternehmenskauf runden die Dissertation ab.

Für den interessierten Leser bietet die vorliegende Dissertation eine umfangreiche Zusammenstellung der Grundzüge des alten und neuen Gewährleistungsrechts. Der Praktiker erhält wertvolle Hintergrundinformationen zu Fragen, die im Rahmen der Gewährleistung bei Unternehmenskaufverträgen auftreten.

Notarassessor *Helmut Hutterer*, München

### **Kirnberger/Kusterer: AG-Praxis von A–Z, O. Schmidt, 2006. 869 S., 79,80 €**

Mit der Ausgabe des neu auf dem Büchermarkt befindlichen Werks „AG-Praxis von A–Z“ wurde von den Autoren Dr. *Christian Kirnberger* und Dr. *Stefan Kusterer* – beide Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwalt bzw. Steuerberater in München – die Zielsetzung verfolgt, allen mit einer Aktiengesellschaft befassten Personen ein Praxisbuch an die Hand zu geben, das Orientierung und Hilfestellung in der komplexen Materie des Aktienrechts für alle gängigen Problemstellungen rund um die AG gibt. Im Gegensatz zu den klassischen Handbüchern hebt sich dieses fast 900 Seiten umfassende Werk von der bereits vorhandenen Literatur dadurch ab, dass es seinen Schwerpunkt auf wesentliche Informationen der einzelnen besprochenen Themenkreise beschränkt, ohne dabei relevante Problemfelder – auch für die notarielle Praxis – auszulassen. Prägnante und verständliche Kurzdarstellungen unter Zuhilfenahme von Anschauungsbeispielen ermöglichen einen direkten Einstieg in konkrete Probleme des Aktienrechts und erleichtern mit den vorgestellten Lösungsansätzen und Verfahrensabläufen das weitere Vorgehen, wenngleich auf vertiefende und ins Detail gehende Problemdarstellungen verzichtet wurde. Das Praxishandbuch eignet sich als Nachschlagewerk nicht nur für den Rechtsberater, sondern gerade auch – wie von den Autoren beabsichtigt – für einen Adressatenkreis ohne juristische Vorkenntnisse. Vorstände, Aufsichtsräte und Aktionäre sollen gleichermaßen Antworten auf Fragen des Aktienrechts bekommen, wie der Jurist und Rechtsberater einer AG. Das Praxisbuch ist gegliedert in ca. 350 Stichwörter, welche in alphabetischer Reihenfolge angeordnet sind. Von A wie Abberufung bis Z wie Zwischenschein wird das Aktienrecht aufbereitet. Einen chronologischen Ablauf über das „Leben“ einer AG bietet ein solches Handbuch freilich nicht.

Die Autoren gehen zunächst allgemein auf einen einzelnen Themenpunkt ein und erörtern im Anschluss die Besonder-

heiten. Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel der „Kapitalerhöhung“ dienen: Zunächst werden allgemein die Formen der Kapitalerhöhung dargestellt (Kapitalerhöhung gegen Einlagen, Bedingte Kapitalerhöhung, Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln), sodann wird der weitere Ablauf des Verfahrens besprochen (von der Einberufung der Hauptversammlung über die eigentliche Beschlussfassung bis zu deren Anmeldung und Eintragung im Handelsregister samt Ausführungen zur Zeichnung der Aktien und – soweit einschlägig – Bezugsrechten). Formvorschriften werden ebenso erläutert wie materiell-rechtliche Voraussetzungen/Bestimmungen. Am Ende eines jeden Themengebiets finden sich weitergehende Verweise auf aktuelle Fundstellen in Zeitschriften und Nachschlagewerken.

Besonders übersichtlich sind die zu einzelnen Themengebieten erstellten Tabellen, die es dem Leser auf einen Blick ermöglichen, sich eine Übersicht über Wesentliches zu verschaffen. Hier seien beispielhaft erwähnt die tabellarischen Darstellungen zu den Mehrheitserfordernissen (Einfache Stimmenmehrheit,  $\frac{3}{4}$ -Stimmenmehrheit usw.) bei satzungsändernden Maßnahmen, bei Kapitalmaßnahmen (Kapitalerhöhung unter Ausschluss des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre, Bedingte Kapitalerhöhung, Genehmigtes Kapital usw.), bei Unternehmensverträgen, bei Umwandlungsvorgängen, bei Auflösung einer Gesellschaft sowie der Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft und bei Eingliederungen. Außerdem erfolgt eine tabellarische Zusammenstellung zu den Voraussetzungen für den Bezugsrechtsausschluss bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung und bei genehmigtem Kapital, zu den Unterschieden zwischen Eingliederung und Beherrschungsvertrag, zum Zulässigkeitskatalog über den Erwerb eigener Aktien, zur Abgrenzung der Kapitalerhöhungsarten und zu den Formen der Kapitalherabsetzung.

Nicht unerwähnt bleiben sollten die Abhandlungen über einen beabsichtigten Börsengang einer AG. Börsengang, Börsen-

fähigkeit, Börsenzulassung werden ebenso behandelt wie eine Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile, die mit einem Börsengang verbunden sind. Darüber hinaus werden Begriffe des Aktien- und Börsenrechts, wie z. B. Bockbuilding-Verfahren, Cash-Flow, Control-Concept, Corporate Governance, Delisting und Stock Options erläutert.

Auch steuerliche Themen finden Beachtung durch die Autoren. Neben den Ausführungen zur Körperschaft-, Gewerbe-, Kapitalertrag-, Umsatz-, Einkommen- und Grunderwerbsteuer finden sich Abhandlungen zum Halbeinkünfteverfahren, der Unternehmensbewertung sowie zu steuerlich relevanten Tatbeständen im Rahmen von Gewinnausschüttungen, Betriebsveräußerungen sowie der Veräußerung von Beteiligungen.

Bedauerlich ist, dass die im Oktober 2006 veröffentlichte Erstauflage des Handbuchs die Änderungen des Gesetzes über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie des Unternehmensregisters (EHUG) nicht berücksich-

tigen konnte. Des Weiteren hat sich betreffend das notarielle Kostenrecht der Fehlerbeutel eingeschlichen. Ohne Not gehen die Autoren auf die Notarkosten bei Umwandlungsvorgängen ein und verweisen, abgesehen von den eher unpräzisen und nur bedingt zutreffenden Ausführungen, auf die §§ 26 und 27 der Kostenordnung für Notare, die bereits seit dem 1.12.2004 durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (HRegGebNeuOG) vom 3.7.2004 aufgehoben und durch die §§ 41 a bis 41 c KostO ersetzt worden sind.

Als Fazit bleibt jedoch festzuhalten, dass das Praxishandbuch durch die sehr übersichtliche Gestaltung und die Beschränkung auf klar und präzise dargestellte Grundlagen einen schnellen Zugriff auf gängige Fragen des Aktienrechts eröffnet und damit zum Kauf in dem hier beschriebenen Umfang empfohlen werden kann.

AR Thomas Zimmermann, München

### **Bangert: Gegenstand und Inhalt vollstreckbarer Urkunden. Kovac, 2006. 314 S., 98 €**

Im Mittelpunkt der Arbeit von *Bangert* stehen neuere und neuste Entwicklungen der notariellen vollstreckbaren Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, nämlich zum einen die Einschränkung durch die Entscheidung des BGH zur Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag, zum anderen die Erweiterung des Anwendungsbereiches der vollstreckbaren Urkunde durch die Novelle aus dem Jahre 1998. Nach einem kurzen grundlegenden Überblick (S. 2–14) widmet sich die Autorin im zweiten Kapitel der BGH-Entscheidung vom 22.10.1998, MittBayNot 1998, 458 zur Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag. Sie weist in einem ersten Teil (S. 20–90) zunächst die Auffassung des BGH zurück, die Unterwerfungserklärung (mit Nachweisverzicht) könne aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam bzw. nicht zur Vollstreckung geeignet sein. Sie sieht die Entscheidung im Widerspruch zu einem anderen Urteil desselben Senats vom 14.5.1992, mit welchem der BGH entschieden hat, dass eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO auch bei materiell-rechtlicher Unwirksamkeit statthaft sei. Alsdann erörtert *Bangert* (S. 91–187) die Frage, ob die Verjährungsregelung des § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB, wie vom BGH entschieden, bei materiell-rechtlich unwirksamen Titeln unanwendbar ist oder nicht. Nach gründlicher Analyse der Gesetzessystematik, und weiter aufgrund eines Vergleichs mit der Rechtsfolge fehlerhafter Urteile, lehnt sie die Ansicht des BGH ab. Allenfalls bei Verstößen gegen den *ordre public*, der aber in der Entscheidung vom 22.10.1998 gewiss nicht berührt war, sei eine Verlängerung der Verjährung ausgeschlossen.

Im dritten Kapitel (S. 190–261) wendet sie sich dann dem Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. und den damit verbundenen Auslegungsproblemen zu. Willenserklärungen hält sie für nicht unterwerfungsfähig; die Überlegungen von *Wolfsteiner* (DNotZ 1999, 306), der sich im Hinblick auf die unklare Gesetzesbegründung für eine korrigierende Auslegung ausgesprochen hatte, hält sie für unzutreffend. Mehr noch sei eine Vollstreckung der Abgabe von Willenserklärungen nach § 888 ZPO gar nicht wünschenswert. Hinsichtlich des Räumungsschutzes bei Wohnraummietverhältnissen kommt sie bei Mischmietverhältnissen zu dem Ergebnis, dass hier nicht

nach dem Schwerpunkt des Vertrages zu entscheiden sei. Vielmehr bestünde bei allen Verträgen im Umfang der Wohnnutzung eine Beschränkung der Unterwerfungsfähigkeit. Die Vergleichszugänglichkeit legt *Bangert* als prozessuale Dispositionsmöglichkeit aus. Ausgeschlossen sei deswegen die Unterwerfung nur dort, wo eine prozessuale Verfügungsberechtigung der Beteiligten nicht bestehe oder der *ordre public* betroffen sei. Die materiell-rechtliche Unverzichtbarkeit insbesondere des Verwandtenunterhalts führe aber noch nicht zum Ausschluss der Unterwerfungsmöglichkeit. Die Einhaltung der Anwendungsgrenzen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sei in jedem Vollstreckungsstadium beachtlich und – trotz der damit einhergehenden Auslegungsfragen – vom jeweiligen Vollstreckungsorgan zu überprüfen.

Zuletzt (S. 263–309) geht *Bangert* auf Einzelfragen neuer Titulierungsmöglichkeiten ein, z. B. auf Herausgabeansprüche oder auf Duldungs- und Unterlassungsansprüche. So schlägt *Bangert* vor, bei Mobiliar-Sicherungsübereignungen zusätzlich eine Herausgabeunterwerfung für den Sicherungsfall zu titulieren, um dem Gläubiger einen effektiveren Zugriff zu ermöglichen. Zu Unterlassungsansprüchen erörtert *Bangert* die Frage, ob die von § 890 Abs. 2 ZPO verlangte Androhung in ergänzender Gesetzesauslegung auch vom Notar vorgenommen werden könne. Mit *Bangert* wird man diese Möglichkeit aufgrund der ausdrücklichen Vorgabe des § 890 Abs. 2 ZPO ablehnen müssen, zumal mit der Androhung den Notar zugleich die Aufgabe treffen müsste, das Ordnungsgeld festzusetzen. Als praktischer Nachteil ist damit solchen Unterwerfungen die Kraft genommen, insbesondere weil Verstöße zwischen Unterwerfung und Androhung nicht geahndet werden können. Stattdessen wird man als Notar besser mit vollstreckbaren Vertragsstrafeversprechen arbeiten, zumal ja das ggf. durchgesetzte Ordnungsgeld auch nicht dem Gläubiger, sondern dem Justizfiskus zuflösse.

Insgesamt handelt es sich gerade im 3. und 4. Kapitel um eine lesenswerte Arbeit, auch wenn ich einzelnen Begründungen nicht zustimme. Die Argumentation von *Bangert* beispielsweise zur Vollstreckungsunterwerfung wegen der Abgabe einer Willenserklärung trifft nicht zu. Durch die Novelle wollte der Gesetzgeber gewiss nicht in die Titulierungsmöglichkeiten bei Prozessvergleichen eingreifen und diese be-

schränken. In diesen aber ist die künftige Abgabe einer Willenserklärung möglich und (nur, aber immerhin) nach § 888 ZPO vollstreckbar. Solche Vergleiche mögen unpraktikabel sein, waren und sind aber nicht aus Rechtsgründen unzulässig. Warum bei notariellen Urkunden anderes gelten soll, kann logisch nicht begründet werden. Hinsichtlich der Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag handelt es sich natürlich um ein theoretisches Rückzugsgefecht. Die prakti-

sche Bedeutung der Arbeit liegt deswegen in der Erörterung der neuen Tatbestandsmerkmale des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sowie in ihren Überlegungen zu neuen, in der Notarpraxis bisher nicht so verbreiteten Unterwerfungsmöglichkeiten. Damit schreitet *Bangert* ein gutes Stück auf dem Weg voran, die neuen Gestaltungsmöglichkeiten voll auszuschöpfen.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

### **Graf Kanitz: Bilanzkunde für Juristen. Beck, 2006. 318 S., 40 €**

Der aus den Digesten des Justinian abgeleitete Lehrsatz „*Judex non calculat*“ stammt aus dem 6. Jahrhundert nach Christus, damit aus der Zeit vor der doppelten Buchführung, die die italienische Kaufmannschaft in der Renaissancezeit entwickelt hat, und gilt nicht mehr für die heutige Zeit. Der mit dem Handels- und Gesellschaftsrecht befasste Jurist der Gegenwart muss bei der rechtlichen Ausgestaltung von Verträgen und bei der Abwicklung von Unternehmensübertragungen mit Asset Deal-Gestaltungen, Earn-Out-Klauseln, Due Diligence-Verfahren, Factoring, Leasing, Sale-and-Lease-Back-Geschäften, Eigenkapitalgarantien und Steuerklauseln vertraut sein, um zutreffende Antworten auf die Fragen seiner Mandanten geben zu können. Bilanzielle Kenntnisse sind auch für die Insolvenzverwaltung und -beratung erforderlich wie überhaupt der Kontakt mit den steuerberatenden und wirtschaftsprüfenden Berufen nur gelingt, wenn interdisziplinäre Grundkenntnisse bestehen. Die handelsrechtliche Ausbildung des Juristen umfasst leider regelmäßig nur die ersten Abschnitte des HGB und klammert die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften des HGB aus.

In einem Glossar der Rechnungslegung definiert *Graf Kanitz* die Grundbegriffe wie Jahresabschluss, Bilanz, Abschreibungen, Buchwert, Eigenkapital, Rechnungsabgrenzung, Gewinn- und Verlustrechnung, um zu der Bilanzaufstellung und -feststellung, der Offenlegung und dem Prüfungsbericht mit dem Bestätigungsvermerk überzuleiten. Eingehend behandelt *Graf Kanitz* die Grundprinzipien der Bewertung, die formale Gestaltung der Bilanz und die Bilanzierungshilfen. In dem Abschnitt „Eigenkapital“ erörtert *Graf Kanitz* den nur für die Kapitalgesellschaften geltenden Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung und legt damit den Unterschied zu den Personenhandelsgesellschaften dar. Da für die Konzernrechnungslegung bereits seit 2005 nicht mehr die HGB-Vorschriften, sondern die Grundsätze der IAS-IFRS gelten, erläutert *Graf Kanitz* auch die Unterschiede zwischen der deutschen und der internationalen Bilanzierungspraxis. Nach der Presseinformation des Beck-Verlages richtet sich das Werk an Rechtsanwälte, Unternehmensjuristen, Richter und Staatsanwälte. Notare sind in dem Adressatenkreis nicht aufgeführt. Tatsächlich ist das Werk aber für die notarielle Vertragsgestaltung von hohem Informationswert, da z. B. beim GmbH & Co. KG-Vertrag das 4-Konten-Modell ausführlich erläutert wird. Dabei werden immer auch die Parallelen zum Steuerrecht erläutert, z. B. warum Finanzplandarlehen für den völligen Verlustausgleich gemäß § 15 a EStG zur Verfügung stehen. Wünschenswert wäre es allerdings für die Zweitaufgabe das Wechselspiel zwischen der Gewinnermittlung gemäß § 4 Abs. 1 und § 4 Abs. 3 EStG und der Bilanzierung – z. B. bei Beendigung einer freiberuflichen Sozietät – darzustellen.

Da in der Vertragspraxis bei Personen- und Handelsgesellschaften das gesetzliche Regelstatut der §§ 120 ff. HGB häu-

fig abbedungen und GmbH-Grundprinzipien übernommen werden – die GmbH & Co. KG liegt ohnehin im Schnittpunkt zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft – sind die daraus resultierenden Gestaltungskonsequenzen von großer Bedeutung. Während die regelstatut-orientierte Personen- und Handelsgesellschaft das Erfordernis eines gesonderten Gewinnverwendungsbeschlusses nicht kennt, ist die Feststellung des Jahresergebnisses für die Kapitalgesellschaft von essentieller Bedeutung für die Gewinnzurechnung.

In weiteren Abschnitten werden die Funktion des Bilanzanhangs und die Bedeutung des Lageberichts erläutert. Nach der Konzernrechnungslegung wird die erweiterte Publizität börsennotierter Unternehmen erörtert. Ferner stellt das Werk die Rechnungslegungsfragen in Unternehmenskrisen dar mit den für die Praxis wichtigen Ausführungen zur Unterbilanz, dem Eigenkapitalersatz und den Sanierungsgrundsätzen. Abschließend werden die bilanziellen Fragen bei Umwandlungsfällen erörtert.

Nachdenklich stimmt der Abschnitt über die Bewertung von Unternehmen, insbesondere zur Verwendbarkeit des Stuttgarter Verfahrens. Zutreffend weist *Graf Kanitz* darauf hin, dass dieses von der Finanzverwaltung für vermögenssteuerliche Zwecke entwickelte Verfahren wegen der vergleichsweise einfachen Handhabbarkeit auch für Nichtkaufleute Eingang in gesellschaftsvertragliche Bewertungsvorschriften gefunden hat, insbesondere für Abfindungsvereinbarungen. Kritisch wird vermerkt, dass eine Bewertung nach diesen Verfahren den – vorsichtig angesetzten – Substanzwert gegenüber vergangenheitsbezogenen Ertragsgesichtspunkten deutlich übergewichtet und bei ertragsstarken Unternehmen tendenziell zu Werten führt, die in der Höhe hinter den Ergebnissen einer Bewertung nach dem Ertragswertverfahren zurückbleiben. Als „fairer Einigungspreis“ könne ein Wert nach dem Stuttgarter Verfahren daher in aller Regel nicht angesehen werden. Diese Kritik übersieht, dass bei mittelständischen Strukturen, also personalistischen Gestaltungen, die Abfindung des kündigenden Gesellschafters nach dem Parteiwillen bewusst unter dem Ertragswert bleiben soll, weil andernfalls bei einem erheblichen Kapitalabfluss die Existenz des mittelständischen Unternehmens gefährdet wäre.

*Graf Kanitz* ist es gelungen, mit dem Werk „Bilanzkunde für Juristen“ eine Lücke in der juristischen Literatur zu schließen. Die Ausführungen sind auch für den betriebswirtschaftlich nicht geschulten Praktiker immer verständlich. Dem Autor ist es aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater gelungen, ein interdisziplinäres Werk von hohem Rang zu schaffen. Für die zweite Auflage sind noch Ausführungen zu vermögensverwaltenden Personenhandelsgesellschaften, die seit der Handelsrechtsreform im Jahr 1998 von großer Bedeutung sind, zu wünschen. In der Bibliothek des Notars darf dieses Werk nicht fehlen.

Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 631, 634, 635 a. F.; WEG § 21; AGBG §§ 3, 9 Abs. 1; MaBV § 7 Abs. 2, § 2 Abs. 2 (*Schadensersatzansprüche des Erwerbers einer Eigentumswohnung bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum*)

1. **Ein Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, vom Veräußerer Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zu fordern, lässt jedenfalls bis zur Zahlung des Vorschusses grundsätzlich die Befugnis des einzelnen Erwerbers unberührt, vom Veräußerer die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zu dem Zweck zu verlangen, die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder die Wandelung zu schaffen.**
2. **Ein Vergleich aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft, mit dem Mängel des Wohnungseigentums abgegolten werden, lässt die bereits entstandenen Ansprüche der Erwerber unberührt, vom Veräußerer großen Schadensersatz oder Wandelung zu verlangen.**
3. **Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Veräußerers von Wohnungseigentum, nach der die Wandelung ausgeschlossen ist und der große Schadensersatz nur im Falle grober Fahrlässigkeit und des Vorsatzes geltend gemacht werden kann, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.**
4. **Eine Klausel in einer Bürgschaft gemäß § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreistrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Erwerber und Veräußerer nachgewiesen werden, ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil.**
5. **Eine Klausel in einer Bürgschaft nach § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass der Erwerber vorher auf seinen Anspruch gegenüber der Bank aus der Pfandfreigabeverpflichtung verzichtet, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.**

BGH, Urteil vom 27.7.2006, VII ZR 276/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger nehmen die Beklagte aus einer Bürgschaft in Anspruch, die diese im Auftrag eines Wohnbauunternehmens im Zusammenhang mit der Errichtung und Veräußerung von Eigentumswohnungen übernommen hat.

Der Kläger zu 1 erwarb 1993 zwei Eigentumswohnungen und zwei Tiefgaragenstellplätze in einer von der D. GmbH zu errichtenden Wohnanlage zu einem Gesamtpreis von 831.915 DM (= 425.351,38 €), die Klägerin zu 2 drei Eigentumswohnungen, zwei Tiefgaragenstellplätze und einen „Vierfach-Parker“ in derselben Wohnanlage zum Gesamtpreis von 943.668 DM (= 482.489,78 €). Hinsichtlich der

Gewährleistung ist jeweils in Abschnitt 15 der Erwerbverträge geregelt:

„Für Mängel am Bauwerk ... hat der Käufer in erster Linie einen Anspruch auf Nachbesserung (Mängelbeseitigung, § 633 BGB), in zweiter Linie einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung, § 634 BGB). Das Recht, die Rückgängigmachung des Vertrags (Wandlung, § 634 BGB) zu verlangen, wird ausgeschlossen. Das Recht, Schadensersatz zu verlangen, wird auf den Fall beschränkt, dass der Verkäufer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.“

Den Verträgen ist jeweils eine Erklärung der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: die Beklagte) beigefügt, die Eigentumswohnungen aus der Pfandhaftung für die zu ihren Gunsten bestellten Grundschulden in Höhe von insgesamt 45 Mio. DM unter im Einzelnen dort bestimmten Voraussetzungen zu entlassen.

Die Kläger zahlten auf den Erwerbspreis 410.464,09 € bzw. 465.602,64 € an die D. GmbH, bevor der entsprechende Baufortschritt erreicht war. Die Beklagte übernahm entsprechend der vertraglichen Vereinbarung „gemäß § 7 i. V. § 2 Abs. 2 der MaBV“ bis zum Betrag in Höhe von 1.713.437,60 DM (= 876.066,73 €) für die Ansprüche der Kläger „auf Rückgewähr des Kaufpreises die selbstschuldnerische Bürgschaft“ unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, Aufrechnung und Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB. In der Bürgschaftserklärung heißt es u. a.:

„5. Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft ist, dass uns die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreistrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Käufer und Verkäufer nachgewiesen werden und dass der Käufer vorher auf seinen Anspruch gegenüber unserer Bank aus der erweiterten Pfandfreigabe-Verpflichtung vom 14.7.1993 verzichtet hat.

(...)

7. Die Bürgschaft erlischt ... wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 der MaBV erfüllt sind und das Vertragsangebot vollständig fertiggestellt ist ...“

1995 errichtete die D. GmbH die Wohnanlage, die aus vier Häusern mit insgesamt 128 Wohnungen besteht. Das Gemeinschaftseigentum ist mit verschiedenen Mängeln behaftet.

Am 18.11.1999 beschloss die Eigentümergeinschaft, ihren Verwaltungsbeirat zu ermächtigen, eine Klage gegen die D. GmbH wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum vorzubereiten und einzuleiten. Die Mitglieder des Verwaltungsbeirats, dem zu jenem Zeitpunkt der Kläger zu 1 angehörte, erhoben im Sommer 2000 gegen die D. GmbH Klage auf Zahlung von rund 2,86 Mio. DM, mit der überwiegend ein Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht wurde.

Mit außergerichtlichen Schreiben vom 8.11.2000 forderten die Kläger die D. GmbH zur Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum bis zum 22.11.2000 auf und drohten an, bei fruchtlosem Ablauf der Frist großen Schadensersatz geltend zu machen und die Verträge rückabwickeln zu wollen. Der Kläger zu 1 kündigte an, von dem Klageverfahren des Verwaltungsbeirates Abstand zu nehmen. Am 24.11.2000 nahmen die Kläger die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch. Die Beklagte lehnte die Inanspruchnahme unter Hinweis darauf ab, dass zunächst die Berechtigung der Kläger zur Rückabwicklung des Vertrages mit der D. GmbH geklärt werden müsse. Am 29.12.2000 wurde über das Vermögen der D. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

Am 5.4.2002 beschloss die Versammlung der Wohnungseigentümer, ihre damalige Verwalterin, die I. GmbH, zu beauftragen und zu bevollmächtigen, mit dem Insolvenzverwalter der D. GmbH einen Vergleich auszuhandeln und abzuschließen, der eine Schadensersatzzahlung von mindestens 512.000 € für die Behebung der Mängel am Gemeinschaftseigentum beinhalten sollte. Daraufhin schlossen die Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch die I. GmbH,

und der Insolvenzverwalter der D. GmbH am 28.5.2002 einen außergerichtlichen Vergleich, in dem sich der Insolvenzverwalter verpflichtete, 512.000 € an die Wohnungseigentümergeinschaft zu zahlen und diese die Klage nach Zahlung zurücknehmen sollte. Außerdem ist in dem Vergleich bestimmt:

„2. Freistellung von Ansprüchen

Mit Annahme der Zahlung des unter 1.1 genannten Betrages verpflichtet sich die Wohneigentümergeinschaft ... keine Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum dieser Wohnanlage (insbesondere Gewährleistung und/oder Schadensersatz) sowie sonstige Ansprüche aus diesem Rechtsgrund gegenüber der D. GmbH geltend zu machen.“

Der Insolvenzverwalter der D. GmbH zahlte den vereinbarten Betrag an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Die Klage wurde zurückgenommen.

Die Kläger haben die Beklagte aus der Bürgschaft auf Zahlung von 876.066,73 € (= 1.713.437,60 DM) Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, des Wohnungseigentums, gegen Löschung der Auflassungsvormerkungen und Grundpfandrechte und gegen den Verzicht auf die Ansprüche aus den Pfandfreigabeverpflichtungserklärungen in Anspruch genommen. Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchten die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der große Schadensersatzanspruch könne gegen die Beklagte als Bürgin nicht mehr geltend gemacht werden. Durch die finanzielle Abgeltung der Mängel müsse das Bauvorhaben als vollständig fertig gestellt angesehen werden. Die Bürgschaft sei damit erloschen. Der Erwerber solle durch die gemäß § 7 MaBV vom Bauträger zu stellende Sicherheit nur einen Ausgleich für seine Verpflichtung erhalten, die Vergütung sofort zu entrichten und nicht erst bei Abnahme oder nach § 3 Abs. 2 MaBV in Raten entsprechend dem Baufortschritt. Das Bauvorhaben sei zwar nicht abgenommen; der Abnahme sei jedoch der Fall gleichzustellen, dass die Mängel durch den Bauträger in Höhe der Mängelbeseitigungskosten abgegolten worden seien.

Die Klage sei auch deshalb unbegründet, weil das Verlangen der Kläger nach großem Schadensersatz im Widerspruch zum Verhalten der Wohnungseigentümergeinschaft gestanden habe. Durch den Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, vom Bauträger Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, hätten die Kläger den Anspruch auf großen Schadensersatz verloren. Einem solchen Beschluss komme Außenwirkung zu, da der Eigentümer bewusst in eine Risikogemeinschaft eingetreten sei, er sich auch im Übrigen einem Mehrheitsbeschluss beugen müsse und der Bauträger Rechtssicherheit erwarten dürfe. Es sei widersprüchlich, wenn der Bauträger sowohl Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung leisten als auch aufgrund der Nachfristsetzung der Kläger die Mängel am Gemeinschaftseigentum beseitigen müsse. Der Bauträger werde bei einer Rückabwicklung über Gebühr in Anspruch genommen, weil er das Risiko des Wertverlustes der Immobilie, die Nebenkosten für die Rücküberweisung und den Aufwand für die erneute Akquisition von Erwerbern tragen müsse; im Extremfall müsse der Bauträger das gesamte Objekt zurücknehmen.

Darüber hinaus müsse berücksichtigt werden, dass die Erfüllung des Vergleichs dieselbe Wirkung gehabt habe, wie die Nachbesserung durch die D. GmbH. Dass im Falle der erfolgreichen Nachbesserung kein Anspruch der Kläger auf Rückgängigmachung des Vertrages bestünde, unterliege keinem Zweifel.

#### II.

Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Kläger haben jeweils gegen die D. GmbH Anspruch auf sogenannten großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB (dazu A.), für den die Beklagte als Bürgin einzustehen hat (dazu B.).

#### A.

1. Die Kläger hatten aus ihren mit der D. GmbH geschlossenen Verträgen jeweils einen Anspruch auf mangelfreie Herstellung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Bauteile der Wohnanlage (vgl. BGHZ 141, 63, 66; BGH, BauR 2004, 1148, 1149 = DNotZ 2004, 786). Das Gemeinschaftseigentum weist erhebliche Mängel auf.

2. Die Kläger waren nicht deshalb gehindert, von der D. GmbH die Mängelbeseitigung zu verlangen, weil der Verwaltungsbeirat für die Wohnungseigentümergeinschaft bereits eine Klage auf Zahlung eines Vorschusses erhoben hatte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, durch den Beschluss der Wohnungseigentümer seien die Kläger in ihrer Befugnis beschränkt worden, diesen Anspruch geltend zu machen und durchzusetzen, trifft nicht zu.

a) Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, ist der Erwerber von Wohnungseigentum berechtigt, seine individuellen Ansprüche aus dem Vertrag mit dem Veräußerer selbständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt sind (vgl. BGHZ 74, 258, 264; BGHZ 141, 63, 66; BGH, BauR 2004, 1148, 1149 f. = DNotZ 2004, 786).

b) Es entspricht danach ständiger Rechtsprechung, dass ein Erwerber seinen Erfüllungsanspruch selbständig und ohne Beteiligung der Wohnungseigentümergeinschaft durchsetzen kann (z. B. BGHZ 110, 258). Seine Befugnis wird grundsätzlich nicht davon berührt, dass sich der Nachbesserungsanspruch auf das gemeinschaftliche Eigentum bezieht, dessen Instandsetzung nach § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG zu der den Wohnungseigentümern obliegenden Verwaltung gehört (BGH, BauR 1980, 69). Interessen der Wohnungseigentümer werden grundsätzlich auch dann nicht beeinträchtigt, wenn ein Erwerber zu dem Zweck, die Voraussetzungen des großen Schadensersatzanspruchs zu schaffen, eine Frist zur Vertragserfüllung mit Ablehnungsandrohung setzt und diesen Anspruch durchsetzt (vgl. BGH, DNotZ 2006, 678). Das gilt jedenfalls auch dann, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft bereits beschlossen hat, Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, der Vorschuss jedoch noch nicht bezahlt ist.

aa) Der Senat muss nicht allgemein entscheiden, inwieweit die Wohnungseigentümergeinschaft die Verfolgung von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen an sich ziehen kann, so dass die Erwerber an die Entscheidung gebunden wären (vgl. dazu *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdnr. 496 ff.; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 907, 937 f.; *Koebler* in FS Soergel, S. 125). Denn der Beschluss vom 18.11.1999 lässt nicht erkennen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Verfolgung aller Ansprüche an sich gezogen hat. Der Verwaltungsbeirat hat in Vollzug des Beschlusses eine Klage erhoben, mit der über-

wiegend Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten verlangt wurde. Mit einem insoweit ermächtigenden Beschluss wird regelmäßig nicht zum Ausdruck gebracht, dass ein einzelner Wohnungseigentümer bis zur Zahlung des Vorschusses gehindert sein soll, Mängelbeseitigung zu verlangen (anders wohl *Kleine-Möller/Merl*, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., Rdnr. 1045). Das gilt insbesondere dann, wenn dieses Verlangen erkennbar den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Wandelung oder den großen Schadensersatz zu schaffen (*Wenzel*, ZWE 2006, 114; *Staudinger/Bub*, WEG, 2005, § 21 Rdnr. 274). Durch das Vorschussverlangen ist das Interesse der Gemeinschaft an einer Mängelbeseitigung nicht erloschen. Derjenige Erwerber, der selbständig die Mängelbeseitigung gegen den Veräußerer verfolgt, handelt grundsätzlich auch nach einem Entschluss der Gemeinschaft, Vorschuss zu verlangen, noch in ihrem wohlverstandenen Interesse (vgl. auch BGHZ 74, 258, 264). Denn mit einer eventuell bewirkten Mängelbeseitigung werden die Selbstvornahme und die damit verbundenen Komplikationen hinfällig. Die Klage könnte für erledigt erklärt werden.

bb) Etwas anderes ergibt sich hier nicht daraus, dass der Kläger zu 1 als Vorsitzender des Verwaltungsbeirates während der Versammlung betont hat, er betrachte die Verfolgung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums weiterhin als ausschließliche Angelegenheit des Verwaltungsbeirates bzw. Baumängelausschusses. Damit hat er nicht zum Ausdruck gebracht, dass einzelne Erwerber keine Mängelbeseitigung mehr fordern dürften. Deren Forderung, Mängel zu beseitigen, ist Voraussetzung für die weitere Verfolgung von Mängelansprüchen, die der Verwaltungsbeirat als seine Angelegenheit ansah. Es kann daher dahinstehen, ob – wogegen erhebliche Bedenken bestünden – die Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt befugt gewesen wäre, die Verfolgung der Mängelansprüche in einer Weise an sich zu ziehen, die es den Erwerbern unmöglich gemacht hätte, die Voraussetzungen für die Rückabwicklung ihrer Verträge zu schaffen.

cc) Allerdings kann die Wohnungseigentümergeinschaft ein Interesse daran haben, die Mängelbeseitigung durch den im Verzug befindlichen Veräußerer nicht mehr zuzulassen, etwa weil sie schon Dritunternehmer beauftragt hat oder sich der Veräußerer als unzuverlässig erwiesen hat. In diesem Fall wäre dem Veräußerer die Mängelbeseitigung unmöglich. Inwieweit in diesem Fall etwas anderes gilt (vgl. dazu BGHZ 68, 372, 377; *Wenzel*, ZWE 2006, 109, 113; *Staudinger/Bub*, WEG, § 21 Rdnr. 265 f.), kann dahinstehen. Es ist nicht festgestellt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Mängelbeseitigung durch die D. GmbH nach dem Beschluss vom 18.11.1999 nicht mehr zugelassen hätte. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 18.11.1999 dahin auszulegen wäre, eine Mängelbeseitigung durch die D. GmbH sei künftig nicht mehr zuzulassen.

c) Auch schützenswerte Interessen des Veräußerers sind regelmäßig nicht beeinträchtigt, wenn einzelne Wohnungseigentümer Mängelbeseitigung fordern, während andere ihn (klageweise) auf Vorschuss in Anspruch nehmen, jedoch noch bereit sind, die Mängelbeseitigung hinzunehmen. Denn der Veräußerer kann der Forderung auf Zahlung eines Vorschusses mit einer Mängelbeseitigung jederzeit den Boden entziehen.

Bessert der Veräußerer nicht nach, muss er den Vorschuss an die Wohnungseigentümergeinschaft zahlen. Dieser werden damit die zur Mängelbeseitigung notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt. Der Veräußerer muss es darüber hinaus hinnehmen, dass diejenigen Erwerber, die eine Frist mit Ableh-

nungsandrohung gesetzt haben, den großen Schadensersatzanspruch geltend machen und damit auch berechtigt sind, den Vertrag mit der Rückgabe der Wohnung abzuwickeln (vgl. BGH, DNotZ 2006, 678). Insbesondere kann der Veräußerer nicht geltend machen, eine Rücknahme der Wohnung würde ihn deshalb unangemessen benachteiligen, weil er hinsichtlich der ausscheidenden Eigentümer das Risiko der Verringerung des Marktwertes, die Nebenkosten für die Rückabwicklung und den Aufwand für die Akquisition neuer Erwerber tragen müsste. Denn diese Nachteile sind allein daraus abzuleiten, dass er den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

3. Ohne Bedeutung ist es, dass der nunmehr Schadensersatz verlangende Kläger zu 1 als Mitglied des Beirats der Wohnungseigentümergeinschaft die Klage auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung geführt hat.

Es steht einem Erwerber frei, zunächst Vorschuss zu verlangen und später die Voraussetzungen für den Anspruch auf großen Schadensersatz zu schaffen (vgl. BGHZ 105, 103, 106 f.; BGH, DNotZ 2006, 678). Hat er Klage auf Vorschuss erhoben, wird ihr durch den fruchtlosen Fristablauf allerdings die Grundlage entzogen, denn ein Anspruch auf Mängelbeseitigung besteht dann nicht mehr, so dass auch kein Vorschuss mehr verlangt werden kann (BGH, DNotZ 2006, 678). Das hindert den Erwerber jedoch nicht, einerseits den eigenen Schadensersatzanspruch und andererseits in seiner Eigenschaft als ermächtigtes Mitglied des Verwaltungsbeirates die verbleibenden Ansprüche auf Zahlung von Vorschuss anderer Wohnungseigentümer zu verfolgen. Die Ankündigung des Klägers zu 1 im Schreiben vom 8.11.2000, er werde von dem Prozess Abstand nehmen, ändert daran nichts. Es handelt sich um eine Absichtserklärung, die keine rechtlichen Wirkungen im Hinblick auf seinen Anspruch auf Schadensersatz entfaltet.

4. Die Befugnis der Kläger, großen Schadensersatz zu verlangen, ist nicht durch den Vergleich entfallen, den die Eigentümergemeinschaft mit dem Insolvenzverwalter der D. GmbH geschlossen hat. Durch den Vergleich blieben die bereits entstandenen Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz unberührt.

a) Mit Ablauf der gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einer Ablehnungsandrohung verbundenen Frist zur Mängelbeseitigung wandelt sich das Schuldverhältnis um (vgl. BGHZ 142, 278, 281). An die Stelle des Erfüllungsanspruchs des Erwerbers treten die sekundären Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 634, 635 BGB. Dies kann der Veräußerer nur dadurch vermeiden, dass er den gerügten Mangel innerhalb der ihm gesetzten Frist vollständig beseitigt (vgl. BGH, NJW 2001, 66; NJW-RR 1998, 1268; NJW 1996, 2647). Eine Beseitigung der Mängel nach Fristablauf kann dem Erwerber den Anspruch auf großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB gegen seinen Willen nicht mehr entziehen. Der Schadensersatzanspruch entfällt daher auch nicht, weil nunmehr eine Mängelbeseitigung nicht mehr in Betracht kommt, sondern die Mängel durch Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft abgegolten sind.

b) Den Ansprüchen der Kläger auf großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB steht Nr. 2 des Vergleichs nicht entgegen. Es kann dahinstehen, inwieweit die Wohnungseigentümergeinschaft befugt war, über diesen Vergleich durch Mehrheitsbeschluss zu beschließen. Denn die Regelung in Nr. 2 schließt Ansprüche von Erwerbern auf Rückabwicklung der Erwerberverträge im Wege des großen Schadensersatzes oder der Wandelung nicht aus.

Die im Vergleich eingegangene Verpflichtung, keine Ansprüche mehr wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum

der Wohnanlage (insbesondere Gewährleistung und/oder Schadensersatz) geltend zu machen, kann nur dahin verstanden werden, dass davon die bereits begründeten Rechte einzelner Erwerber zur Abwicklung des Vertrages unberührt bleiben. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft war erkennbar nicht befugt, auf bereits begründete Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz oder Wandelung zu verzichten. Die Befugnis der Gemeinschaft, durch Beschluss über die Ausübung einzelner Rechte zu entscheiden, lässt sich vorbehaltlich einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung einzelner Erwerber nur aus § 21 WEG herleiten. Diese Regelung bezieht sich auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Davon sind die Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz oder Wandelung nicht erfasst. Diese Ansprüche begründen Abwicklungsverhältnisse, die die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums grundsätzlich nicht berühren (BGHZ 74, 258, 263 = BGH, NJW 1980, 400 m. Anm. *Weitnauer*; *Wenzel*, ZWE 2006, 109, 111, 115; *Staudinger/Bub*, WEG, § 21 Rdnr. 274).

c) Anhaltspunkte dafür, dass ausnahmsweise die Ansprüche der Kläger mit erledigt werden sollten und diese den Verwalter oder die Wohnungseigentümergeinschaft dazu ermächtigt hätten, sind nicht ersichtlich. Das hat schon das LG festgestellt, ohne dass dazu Beanstandungen vorgebracht worden sind.

d) Auch ist entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung nicht erkennbar, dass die Kläger den Willen gehabt hätten, mit dem Vergleich ihre Rechte auf Vertragserfüllung wieder aufleben zu lassen und diese abschließend mitzuregeln. Allein der Umstand, dass die Kläger nach ihrer Forderung, den Vertrag rückabzuwickeln, längere Zeit darauf nicht zurückgekommen sind und ihren Anspruch erst nach Abschluss des Vergleichs im Wege der Klage durchsetzen, rechtfertigt diese Auffassung nicht. Die Kläger waren ohnehin nicht berechtigt, den Vertrag einseitig wieder in Vollzug zu setzen, nachdem er durch Fristablauf in ein Abwicklungsverhältnis übergegangen war.

e) Die Kläger sind unter dem Gesichtspunkt eines widersprüchlichen Verhaltens auch dann nicht gehindert, den großen Schadensersatz geltend zu machen, wenn sie für den Vergleich gestimmt haben. Der Vergleich regelt nicht ihre Ansprüche auf großen Schadensersatz. Es ist kein widersprüchliches Verhalten gegenüber dem Veräußerer darin zu erkennen, dass ein Wohnungseigentümer für einen Vorschuss stimmt, der den nach seinem Ausscheiden verbleibenden Wohnungseigentümern zugute kommt, während er selbst gewillt ist, den Vertrag abzuwickeln.

4. Der danach begründete Schadensersatzanspruch der Kläger ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die von der D. GmbH zu vertretenden Mängel nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet wären. Die in Abschnitt 15 des Vertrages enthaltene Beschränkung der Haftung ist unwirksam. Diese steht im Zusammenhang mit dem dort ebenfalls geregelten Ausschluss der Wandelung. Diese Regelung benachteiligt die Erwerber insgesamt unangemessen, § 9 AGBG.

a) Das Berufungsgericht hat durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil festgestellt, dass die Erwerberverträge für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und den Erwerbern von der D. GmbH gestellt worden sind. Die Beklagte hat hiergegen nichts erinnert. Die Regelung in Abschnitt 15 der Erwerberverträge unterliegt damit zu Lasten der D. GmbH der Inhaltskontrolle. Dieser hält sie nicht stand.

b) Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Klausel

mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Die in Abschnitt 15 vorgesehene Beschränkung der Möglichkeit des Erwerbers, im Falle von Mängeln den Vertrag über die Wandelung oder den großen Schadensersatzanspruch rückabzuwickeln, weicht von den gesetzlichen Regelungen der §§ 634, 467, § 635, §§ 326, 327, 346 ff. BGB ab. Diesen liegt zugrunde, dass ein Besteller grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, dem Unternehmer zur Vertragserfüllung eine angemessene, mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Frist zu setzen, um nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag rückabzuwickeln. Diese Möglichkeit wird durch den in Abschnitt 15 des Vertrages geregelten Ausschluss der Wandelung und durch die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs weitgehend eingeschränkt, ohne dass schützenswerte Interessen des Veräußerers dies erfordern.

Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass die Erwägungen, die für die Einschränkung des Rechts zur Wandelung bei Bauleistungen angestellt werden können, nicht gelten, wenn Wohnungseigentum vom Bauträger erworben wird. Denn in den Fällen der Rückabwicklung dieser Verträge werden keine wirtschaftlichen Werte gefährdet und es wird auch nicht in fremdes Eigentum eingegriffen. Vielmehr wird das Wohnungseigentum erhalten; der Veräußerer tritt lediglich an die Stelle des Erwerbers (BGH, BauR 2002, 310 = NJW 2002, 511 = ZNotP 2002, 68).

Es besteht auch kein aner kennenswerter Grund, die Rückabwicklungsmöglichkeit nur für den Fall vorzusehen, dass ein Mangel vom Veräußerer grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet ist. Diese weitgehende Abweichung von der gesetzlichen Regelung, nach der die Wandelung sogar ohne Verschulden des Veräußerers möglich ist, führt zu einer ganz erheblichen Benachteiligung des Erwerbers. In vielen Fällen werden Bauleistungen mangelhaft erbracht, ohne dass dem Veräußerer grobes Verschulden oder Vorsatz zur Last fällt. Solche Mängel können jedoch erhebliche Beeinträchtigungen des Erwerbers zur Folge haben. Der Erwerber wäre nach der in Abschnitt 15 gewählten Vertragsgestaltung gezwungen, eine Wohnung auch dann zu behalten, wenn sie Mängel hätte, die zu ganz erheblichen Beeinträchtigungen führen.

5. Der Anspruch der Kläger gegen die D. GmbH ist nicht verjährt. Jedenfalls die Abnahme der Tiefgarage, die erhebliche Mängel aufweist, ist verweigert worden. Wie das LG zutreffend entschieden hat, liegt eine konkludente Abnahme der Tiefgarage bis zur Verweigerung der Abnahme nicht vor. Soweit die Beklagte in der Berufung aus der weiteren Nutzung der mangelhaften Garage eine konkludente Abnahme hergeleitet hat, kann ihr nicht gefolgt werden. Wird die Abnahme wegen Mängeln verweigert, kommt eine konkludente Abnahme durch Weiterbenutzung des Werkes regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BGH, MittBayNot 2004, 356). Die vertragliche Regelung, nach der eine Abnahme fingiert wird, ist gemäß § 10 Nr. 5 b AGBG unwirksam. Auch das hat das LG zutreffend entschieden.

## B.

Die Ansprüche der Kläger sind durch die Bürgschaft der Beklagten gesichert.

1. Die Beklagte hat eine Bürgschaft nach § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 MaBV übernommen. Diese sichert auch solche Ansprüche auf Rückgewähr der Vorauszahlung, die aus einer auf Mängel gestützten Wandelung oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung resultieren (BGH, DNotZ 2002, 652; DNotZ 2002, 819; DNotZ 2003, 117). Dazu ge-

hört der Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung, der sich aus der Wahl des großen Schadensersatzanspruches gemäß § 635 BGB ergibt (BGH, NJW 2006, 3062).

2. Eine Haftungsbefreiung der Beklagten kann nicht damit begründet werden, das Objekt gelte im Sinne von Nr. 7. a) der Bürgschaft als fertig gestellt, weil die vorhandenen Mängel durch Zahlung des Insolvenzverwalters abgegolten worden seien; die Bürgschaft sei deshalb erloschen. Der Anspruch der Kläger auf Rückgewähr der Vorauszahlungen ist vor der Abfindung entstanden und gegenüber der Beklagten geltend gemacht worden. Er bleibt auch dann gesichert, wenn das Bauwerk infolge der Abfindung als fertig gestellt gilt.

3. Entgegen der Regelung in Nr. 5 der Bürgschaft bedarf es keines Nachweises des Bestehens der Ansprüche der Kläger gegen die D. GmbH durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Vergleich oder eine übereinstimmende Erklärung der D. GmbH und der Kläger. Diese Regelung ist gemäß § 3 AGBG nicht Bestandteil des Vertrages geworden.

a) Die Bürgschaftserklärung enthält Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten. Dies hat das Berufungsgericht durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil festgestellt. Die Beklagte hat hiergegen nichts erinnert.

b) Die Klausel ist überraschend, § 3 AGBG. Die Bürgschaft ist im Auftrag der D. GmbH gegeben worden. Diese hatte sich verpflichtet, eine Bürgschaft nach § 7 MaBV zu stellen. Die Beklagte hat in der Bürgschaftsurkunde darauf hingewiesen, dass der Veräußerer deshalb eine Bürgschaft nach § 7 i. V. mit § 2 Abs. 2 MaBV leisten muss, weil er beabsichtigt, im Gegensatz zu den Regelungen des § 3 MaBV vorzeitig Vermögenswerte des Käufers entgegenzunehmen. Die Erwerber, die wegen der ansonsten ungesicherten Vorauszahlungen abgesichert werden sollten, durften von der mit den Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung vertrauten Beklagten erwarten, dass diese eine Bürgschaft übergibt, die den Anforderungen der Verordnung entspricht. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 2 Abs. 2 MaBV muss die Bürgschaft den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten. Diesen Verzicht hat die Beklagte zwar zunächst unter Nr. 3 der Bürgschaftsurkunde erklärt, dann jedoch unter Nr. 5 erheblich eingeschränkt, indem als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung für den Fall verlangt wird, dass Veräußerer und Erwerber sich nicht einig sind.

Diese Vertragsgestaltung schränkt die in § 2 Abs. 2 MaBV vorgesehene Sicherung erheblich ein. Denn der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) erfasst nicht nur den Verzicht auf die Zwangsvollstreckung (so aber wohl *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdnr. 492, der die Klausel für hinreichend hält). Vielmehr ist die Einrede der Vorausklage eine Ausprägung des die Bürgschaft prägenden Grundsatzes der Subsidiarität, indem sie es dem Bürgen erlaubt, den Gläubiger auf die vorrangige Inanspruchnahme des Hauptschuldners zu verweisen (vgl. MünchKommBGB/*Habersack*, 4. Aufl., § 771 Rdnr. 1). Demgemäß hat ein Verzicht auf die Einrede der Vorauszahlung, wie er insbesondere durch die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zum Ausdruck gebracht werden kann, § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB, zur Folge, dass die Subsidiarität der Bürgenhaftung entfällt. Der Gläubiger kann sich unmittelbar an den Bürgen halten, ohne gegen den Schuldner vorgegangen zu sein (MünchKommBGB/*Habersack*, 4. Aufl., § 773 Rdnr. 5; *PWW/Brödermann*, § 773 Rdnr. 2 f.).

Die Beschränkung in Nr. 5 der Bürgschaft ist auch im Hinblick darauf, dass die Bürgschaft als selbstschuldnerisch be-

zeichnet worden ist, nicht nur widersprüchlich, sondern so überraschend, dass ein Erwerber mit ihr vernünftigerweise nicht rechnen musste.

4. Der Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft steht nicht entgegen, dass die Kläger nicht zuvor auf die Pfandfreigabe aus der Erklärung der Beklagten vom 14.7.1993 gemäß Nr. 7 der Bürgschaftserklärung verzichtet haben. Diese Klausel ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

Die Klausel erzeugt eine Vorleistungspflicht des Erwerbers hinsichtlich der Pfandfreigabeerklärung. Er muss auf die Pfandfreigabeerklärung verzichten, ohne sicher sein zu können, dass sein Begehren auf Rückabwicklung des Vertrages Erfolg hat. Das benachteiligt den Erwerber unangemessen. Er läuft Gefahr, seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht durchsetzen zu können und dann die durch die Pfandfreigabeerklärung bewirkte Sicherung verloren zu haben.

### Anmerkung:

Das Urteil des VII. Senats des BGH behandelt drei umstrittene Themenbereiche des Bauträgerrechts, nämlich das Verhältnis zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und dem einzelnen Erwerber hinsichtlich der Sachmängelansprüche, den Ausschluss der Wandelung bzw. nunmehr des Rücktrittsrechts vom Bauträgervertrag und Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen die Inanspruchnahme einer MaBV-Bürgschaft abhängig gemacht wird. Es hat in der Literatur bereits eine heftige und konträr geführte Diskussion ausgelöst.<sup>1</sup>

#### 1. Kompetenz für Mängelansprüche

Die Frage, welche Mängelansprüche die Eigentümergeinschaft und welche der einzelne Eigentümer geltend machen kann, ist umstritten. Auch die Rechtsprechung des V. und des VII. Senats scheint nicht einheitlich zu sein. Betreffen Mängel ausschließlich das Sondereigentum, entscheidet der einzelne Erwerber selbständig über die Art und Weise seines Vorgehens. Dies gilt auch dann, wenn der entsprechende Mangel am Sondereigentum anderer Erwerber in gleicher Weise vorliegt. In diese Rechte kann auch durch einen Beschluss der Eigentümergeinschaft nicht eingegriffen werden. Bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum ergeben sich zum Schutz des Bauträgers vor einer doppelten Inanspruchnahme und wegen der Gemeinschaftsbezogenheit des Mangels jedoch Einschränkungen. Der Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Herstellungsanspruch kann allerdings vom einzelnen Erwerber ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Dies ist in der Konstellation des „Nachzüglererwerbers“ von Bedeutung, wenn der Bauträger mehrere Jahre nach der eigentlichen Herstellung des Wohnungs- und Teileigentums eine bestimmte Einheit noch als neu verkaufen möchte und deshalb mit der Restfertigstellung des Sondereigentums abwartet. In diesem Fall ist fraglich, ob das Sondereigentum als neu und das Gemeinschaftseigentum als gebraucht verkauft werden kann. Die gleiche Problematik ergibt sich bei der Herstellung einer Wohnungseigentumsanlage in mehreren Bauabschnitten hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums.<sup>2</sup> Die Geltendma-

<sup>1</sup> BGHR 2006, 1406 m. Anm. *Schwenker* = IBR 2006, 560 m. Anm. *Thode* = IBR 2006, 561 m. Anm. *Thode* u. 621 m. Anm. *Vogel* = Info M 2006, 247 m. Anm. *Rüscher* = ZfIR 2006, 752 m. Anm. *Krause*.

<sup>2</sup> *Grzizwotz*, Immobilienkauf vom Bauträger, 2007, S. 105 f.

chung der Sekundärrechte setzt eine Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft voraus. Dies gilt insbesondere für die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz.<sup>3</sup> Die Zahlung kann insoweit nur an die Gemeinschaft erfolgen. Demgegenüber sollen der Rücktritt und der auf Rückabwicklung gerichtete Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung dem einzelnen Erwerber zustehen.<sup>4</sup> Dieser kann auch ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer eine Nachfrist zur Beseitigung des Mangels setzen und die Erstattung von hierfür aufgewendeten Kosten verlangen.<sup>5</sup> Einer Mitwirkung oder einer Beschlussfassung der Wohnungseigentümer bedarf es hierzu nicht. Der Bauträger ist bei der Beschlussfassung von der Abstimmung ausgeschlossen (§ 25 Abs. 5 WEG). Dies soll nunmehr auch gelten, wenn die Gemeinschaft einen Kostenvorschuss gefordert hat, dieser aber vom Bauträger noch nicht bezahlt wurde. Ob dies auch gilt, wenn der betreffende Erwerber der Beschlussfassung zugestimmt hat und die Zahlung an die Gemeinschaft erfolgt ist, bleibt offen. Gleiches betrifft die Frage, ob die Eigentümergemeinschaft mit Bindungswirkung auch gegenüber dem einzelnen Erwerber hinsichtlich des Gemeinschafts Eigentums eine abschließende Entscheidung treffen könnte.<sup>6</sup> Nach § 10 Abs. 6 WEG-E soll künftig die (teilrechtsfähige) Wohnungseigentümergemeinschaft selbst Inhaber der entsprechenden Rechte sein und diese auch wahrnehmen können.

## 2. Kein Wandelungsausschluss

Die Unzulässigkeit des Ausschlusses der Wandelung bzw. einer sonstigen Rückgängigmachung scheint nunmehr ständige Rechtsprechung des Bauträgersenats zu sein.<sup>7</sup> Abweichende Meinungen<sup>8</sup> sind damit überholt. Das Argument der herrschenden Meinung, § 11 Nr. 10 b, bb AGBG, nunmehr § 309 Nr. 8 b, bb BGB, der einen vollständigen Ausschluss des Wandlungs- und Rücktrittsrechts bei Bauleistungen ermögliche, sei nicht anwendbar, da keine wirtschaftlichen Werte gefährdet würden,<sup>9</sup> ist freilich nicht zwingend. Unter Bauleistungen werden überwiegend bauhandwerkliche Maßnahmen verstanden, durch die Bauwerte unmittelbar geschaffen, erhalten oder geändert werden.<sup>10</sup> Es handelt sich um Bauarbeiten jeder Art, nicht nur solche, die unter die VOB/B fallen. Die VOB/B als Spezialregelung für Bauverträge kennt die Wandelung bzw. Rückabwicklung nicht (vgl. § 13 Nr. 6 VOB/B). Dort ist es allgemeine Ansicht, dass dem Auftraggeber mit dem weiterreichenden Anspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B besser gedient ist. Selbst wenn es dem Bauunternehmer gelingen sollte, sich hinsichtlich seines Verschuldens zu entlasten, verbliebe dem Auftraggeber die Möglichkeit, we-

gen einer völlig unbrauchbaren Bauleistung auf Null zu mindern.<sup>11</sup> Auch ein Beseitigungsanspruch hinsichtlich des wertlosen Werkes gemäß § 1004 BGB stehe dem Erwerber zu. Beim Einzelbauvorhaben ist die Interessenlage hinsichtlich der Zerstörung wirtschaftlicher Werte beim Bauträgervertrag nicht anders als beim „normalen Bauvertrag“. Bei Eigentumswohnungen ist es schwierig zu begründen, welcher Unterschied zwischen einem Kauf vom Bauträger und einem VOB-Generalübernehmervertrag mit einer Bauherrngemeinschaft besteht. Die Probleme der herrschenden Meinung zeigen sich auch daran, dass sie hinsichtlich der Unanwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 11 Nr. 10 b, bb AGBG bzw. § 309 Nr. 8 b, bb BGB teilweise damit argumentieren muss, dass der Bauträgervertrag keine Bauleistung zum Gegenstand hat.<sup>12</sup> Dies steht im eklatanten Widerspruch dazu, dass der Bauträgervertrag nach der Schuldrechtsreform weiterhin sogar beim bereits fertig gestellten Objekt als Werkvertrag angesehen wird.<sup>13</sup> Lediglich beim Kauf einer Eigentumswohnung „von der Stange“ passt deshalb das Argument der herrschenden Meinung. Bei dem vom Bauträger individuell konzipierten Einzelvorhaben ist der Unterschied zu sonstigen Bauleistungen schwer zu begründen.<sup>14</sup> Die Argumentation richtet sich im Kern gegen die Ausnahmebestimmung des § 11 Nr. 10 b, bb AGBG, nunmehr § 309 Nr. 8 b, bb BGB, die auf der Wertung der VOB/B beruht; insoweit handelt es sich jedoch um eine rechtspolitische Entscheidung, die der Gesetzgeber treffen muss. Im Zusammenhang mit der Diskussion über die Inhalte des Bauträgervertrages ergibt sich ein weiterer interessanter Aspekt: Alternativmodelle, bei denen der Erwerber frühzeitig Eigentümer wird, so dass der Bauträger ab diesem Zeitpunkt „Bauleistungen“ erbringt, könnten nämlich unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung dem Erwerber „Steine statt Brot“ geben, eröffnen sie doch dem „Nicht-mehr-Bauträger“ die Möglichkeit des Ausschlusses der Wandelung bzw. der Rückabwicklung. Ob dies für den Erwerber stets transparent ist, dürfte mehr als fraglich sein.

## 3. Einschränkungen der MaBV-Bürgschaft

Der Streit um die Reichweite der MaBV-Bürgschaft war ein Grund für die kurzfristige „Kehrtwendung“ des Bauträgersenats im Zeitraum zwischen EuGH-Vorlage<sup>15</sup> und Hinweisbrief<sup>16</sup>. Ähnlich wie bei dem Freigabeverprechen<sup>17</sup> war stets umstritten, welche einschränkenden Voraussetzungen eine MaBV-Bürgschaft enthalten darf. Ein Zurückbleiben hinter den im Bauträgervertrag definierten Anforderungen führt nicht zur Fälligkeit der Abschlagszahlung.<sup>18</sup> Erhält der Erwerber eine „unzureichende“ Bürgschaft, so können ihm gegen

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 23.6.2005, VII ZR 200/04, DNotZ 2006, 174 m. Anm. *Basty* = NJW 2005, 3420; dazu auch *Hügel*, NotBZ 2004, 377 u. *Köhler*, MDR 2005, 1148.

<sup>4</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 4.12.2003, VIII U 55/03, BauRB 2005, 561.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 21.7.2005, VII ZR 304/03, NZM 2005, 792 = NJW-RR 2005, 1472; Urteil vom 23.2.2006, VII ZR 84/05, DNotZ 2006, 678.

<sup>6</sup> *Thode*, IBR 2006, 560; *Wenzel*, ZWE 2006, 109, 113.

<sup>7</sup> So bereits BGH, Urteil vom 8.11.2001, VII ZR 373/99, DNotZ 2002, 215 und nunmehr Urteil vom 28.9.2006, VII ZR 303/04, MittBayNot 2007, 210 (in diesem Heft).

<sup>8</sup> *Reithmann/Meichssner/v. Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rdnr. 77.

<sup>9</sup> So auch *Vogel*, IBR 2006, 621.

<sup>10</sup> MünchKommBGB/*Basedoff*, § 309 Nr. 8 Rdnr. 45 a. E.

<sup>11</sup> Siehe nur *Weyer*, NZBau 2003, 521, 525; *Kapellmann/Messerschmidt/Weyer*, VOB/A und B, 2. Aufl. 2007, § 13 VOB/B Rdnr. 335.

<sup>12</sup> So ausdrücklich *Schwenker*, ZfIR 2007, 53, 55.

<sup>13</sup> So insbesondere *Thode*, NZBau 2002, 297, 298 f.; a. A. z. B. *Hertel*, DNotZ 2002, 6, 18 f.

<sup>14</sup> *Locher*, Das private Baurecht, 7. Aufl. 2005, Rdnr. 651; *Korbion/Locher*, AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, 3. Aufl. 1997, N Rdnr. 36; a. A. die stereotype Begründung von *Christensen* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, Anh. § 310 Rdnr. 185.

<sup>15</sup> BGH, Beschluss vom 2.5.2002, VII ZR 178/01, MittBayNot 2002, 286 = DNotZ 2002, 652.

<sup>16</sup> ZfIR 2005, 300.

<sup>17</sup> *Basty*, DNotZ 1992, 131.

<sup>18</sup> *Riemenschneider*, ZfIR 2002, 940, 959; ihm folgend *Hansen* in *Hansen/Nietzschke/Brock*, Bauträgerrecht, 2007, 2. Teil Rdnr. 194.

die Bauträgerbank Schadensersatzansprüche zustehen.<sup>19</sup> Hinsichtlich der Frage, ob es sich im Rahmen der Bürgschaft um eine ungewöhnliche Klausel handelt, kommt es wesentlich auf die Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrages an.<sup>20</sup> Der BGH misst deshalb die Wirksamkeit zusätzlicher Abreden zwischen der Bauträgerbank und dem Erwerber, die von der Bank einseitig gestellt werden, am Maßstab des Zwecks der MaBV-Bürgschaft.<sup>21</sup> Entgegen der bisher herrschenden Meinung<sup>22</sup> geht er davon aus, dass die Bauträgerbürgschaft stets einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten muss. Im Hinblick darauf, dass auch für viele Juristen der Unterschied zwischen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft und einer Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage bzw. einem Verzicht auf eine vorausgehende Zwangsvollstreckung<sup>23</sup> nicht erkennbar ist, dürfte die entsprechende Bestimmung in der Tat überraschend sein. Die Abhängigkeit der Leistungspflicht des Bürgen vom Verzicht auf seine Ansprüche aus der Freistellungsverpflichtung ist nach Ansicht des BGH ebenfalls unwirksam. Der Verzicht auf die Rechte aus der Freistellungsverpflichtung ist jedenfalls dann Vorausleistung des Erwerbers, wenn es sich um eine Vorauszahlungsbürgschaft handelt,<sup>24</sup> wobei der Streit über die Zulässigkeit der Vorauszahlungsbürgschaft offen bleibt. Aber auch in den anderen Fällen der Stellung einer MaBV-Bürgschaft wird der Erwerber unangemessen benachteiligt, weil für ihn das Risiko besteht, dass er seinen Anspruch auf Rückgewähr nicht durchsetzen kann und die Sicherung durch das Freigabeverprechen verliert. Die Ausführungen des BGH zu den Nebenabreden der MaBV-Bürgschaft entsprechen dem Sicherungssystem der MaBV. Insofern ist der BGH jedoch teilweise inkonsequent: Während er die MaBV als gewerberechtliches Instrumentarium ansieht, entnimmt er ihr nunmehr im Hinblick auf die AGB-Kontrolle „Vorgaben (...) für die zivilrechtliche Gestaltung der Bürgschaft“.<sup>25</sup>

#### 4. Regelungsbedarf beim Bauträgervertrag?

Die Entscheidung zeigt, dass die positionsbezogene Diskussion über den Bauträgervertrag dringend einer Versachlichung bedarf. Der Bauträgervertrag, der nur teilweise ein Werkvertrag ist, und die MaBV, die bei den Abschlagszahlungen ausschließlich Gewererecht, bei der Bürgschaft aber zivilrechtlicher Gerechtigkeitsmaßstab ist, sowie eine Rechtsprechung, die innerhalb weniger Monate von „Ja“ auf „Nein“ wechselt, belegen, dass die Bauträgervertragsdiskussion derzeit an den wirtschaftlichen Erfordernissen des Immobilienmarktes „vorbeidankt“. Die bisherige „Mediationslösung“ der Diskussion, jeder beharrt auf seinem Standpunkt, kann aber die Position des anderen verstehen, führt zu keinen praktikablen Ergebnissen. Ein Nachdenken über eine sinnvolle gesetzgeberische Regelung des Bauträgervertrags scheint geboten.

Notar Professor Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

<sup>19</sup> § 311 Abs. 2 BGB, vgl. *Fischer*, WM 2003, 1, 5; *Riemenschneider*, DNotZ 2004, 50, 52.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107, 113 = NJW 1993, 779.

<sup>21</sup> Ähnlich bereits *Reiß*, MittBayNot 2002, 9; *Thode*, IBR 2006, 561; teilw. abw. *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rdnr. 640.

<sup>22</sup> Siehe nur *Krause*, ZfIR 2006, 757 m. w. N.

<sup>23</sup> Ausführlich *Krause*, ZfIR 2006, 757.

<sup>24</sup> Ebenso *Grziwotz/Krause*, MaBV, 2006, § 7 Rdnr. 27.

<sup>25</sup> So ausdrücklich *Thode*, IBR 2006, 561.

2. AGBG § 11 Nr. 10 b; BGB §§ 634, 635 a. F. (*Wandlungsausschluss beim Erwerb sanierten Wohnungseigentums unzulässig*)

**Der formularmäßige Ausschluss der Befugnis, einen Erwerbvertrag über umfassend saniertes Wohnungseigentum zu wandeln oder sonst rückgängig zu machen, ist gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG unwirksam (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8.11.2001, VII ZR 373/99, DNotZ 2002, 215 und Urteil vom 27.7.2006, VII ZR 276/05, MittBayNot 2007, 204).**

BGH, Urteil vom 28.9.2006, VII ZR 303/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger fordert von der Beklagten Rückabwicklung eines Erwerbvertrags über eine Eigentumswohnung, Schadensersatz sowie Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftigen Schaden.

Mitte Dezember 1996 erwarb der Kläger von der Beklagten eine von mehreren Eigentumswohnungen in einem bereits weitgehend sanierten Altbau zum Preis von 289.000 DM. Die durchzuführenden Sanierungsmaßnahmen waren in einer dem notariellen Vertrag beigelegten Baubeschreibung aufgeführt. Die Beklagte hatte den ihr gehörenden Altbau in fünf Wohneinheiten geteilt und sich in der Baubeschreibung u. a. verpflichtet, Rohbau-, Dachdecker-, Zimmerer- und Außenputzarbeiten vorzunehmen, sämtliche Fenster sowie die Sanitär- und Elektroleitungen zu erneuern und die Heizungsanlage auszuwechseln. Die Gewährleistung ist in Abschnitt V 4 sowie in Abschnitt VIII des Vertrages geregelt. In Abschnitt VIII Abs. 4 heißt es u. a.:

„Nach Abnahme ist der Verkäufer verpflichtet, ... festgestellte Mängel zu beseitigen und/oder noch nicht durchgeführte Arbeiten vorzunehmen. Erst nach Fehlschlagen oder Ausbleiben der Nachbesserung kann der Käufer Minderung des Kaufpreises verlangen. Wandelung oder sonstige Rückgängigmachung des Kaufvertrages wegen noch ausstehender oder mangelhafter Durchführung der genannten Restarbeiten ist ausgeschlossen.“

Anfang Januar 1997 nahm der Kläger die Wohnung ab und zahlte den Erwerbspreis. Im März 1997 wurde er im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Mitte 2000 forderte er die Beklagte unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auf, näher bezeichnete Mängel am Gemeinschafts- und Sondereigentum zu beseitigen; die Beklagte lehnte dies ab. Der Kläger hat Zahlung in Höhe von 299.543,92 DM Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums sowie gegen Abtretung seiner Ansprüche auf Rückzahlung geleisteter Grunderwerbsteuer begehrt; ferner hat er Schadensersatz sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen künftig anfallender Kosten der Rückabwicklung geltend gemacht. Das sachverständig beratene LG hat durch Teilurteil entschieden, die Beklagte sei dem Grunde nach verpflichtet, an den Kläger den Kaufpreis für die Wohnung abzüglich einer der Höhe nach noch zu bestimmenden Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums zu zahlen; den weitergehenden Zahlungs- und Feststellungsantrag hat es einem Schlussurteil vorbehalten. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Aufhebung des Berufungsurteils und die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

*Aus den Gründen:*

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, Anspruchsgrundlage für die Rückabwicklung des notariellen Vertrages sei § 635 BGB. Dieser Anspruch sei jedoch nicht begründet. Der Senat „hege an den Befunden des LG zu den Mängeln beträchtliche Zwei-

fel“, ohne dies abschließend beurteilen zu müssen. Dem Anspruch des Klägers stehe Abschnitt VIII Abs. 4 des Notarvertrages entgegen. Danach sei die Wandelung oder sonstige Rückgängigmachung des Kaufvertrages ausgeschlossen, so dass der Kläger eine Rückgängigmachung des Vertrages nicht verlangen könne.

Die Regelung in Abschnitt VIII Abs. 4 des Vertrages sei als Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG wirksam. Danach sei es zulässig, die Gewährleistung bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und Leistungen auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu beschränken, sofern dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten werde, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung sei, nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen. Da der Kläger ausschließlich Mängel der Bauleistung der Beklagten geltend mache, verstoße die Beschränkung seiner Gewährleistungsansprüche auf Nachbesserung und bei deren Fehlschlagen auf Herabsetzung der Vergütung nicht gegen das AGBG.

## II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allem stand.

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann dem Kläger dem Grunde nach ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages zustehen. Dieser Anspruch ist nicht durch die Regelung in Abschnitt VIII Abs. 4 des notariellen Vertrages ausgeschlossen, da diese einer Inhaltskontrolle nach § 11 Nr. 10 b AGBG nicht standhält.

1. Im Ansatz zutreffend beurteilt das Berufungsgericht die Gewährleistungsansprüche des Klägers nach Werkvertragsrecht. Das LG ist nach Auslegung des notariellen Vertrags und der Würdigung der dem Vertrag beigefügten Baubeschreibung zu der Überzeugung gelangt, dass die Beklagte nicht allein die Übergabe und Übereignung von Wohnungseigentum, sondern auch die mangelfreie Erstellung der in der Baubeschreibung bezeichneten Leistungen schuldete, die der umfassenden Sanierung des Altbaus dienten. Dieses Verständnis zieht das Berufungsgericht zu Recht nicht in Zweifel. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH, DNotZ 2005, 464) ist beim Erwerb von sanierten Altbauten Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Erwerb des Grundstücks mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden ist. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben.

2. Zugunsten des Klägers ist in der Revision von Mängeln am Gemeinschaftseigentum auszugehen. Das Berufungsgericht hegt an den Befunden des LG zu den Mängeln lediglich beträchtliche Zweifel; es trifft jedoch insoweit keine vom Urteil des LG abweichenden Feststellungen.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, dass der Erwerbvertrag für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der Beklagten gestellt worden war. Die Beklagte hat hiergegen nichts erinnert. Die Regelung in Abschnitt VIII Abs. 4 unterliegt damit zu Lasten der Beklagten der Inhaltskontrolle. Dieser hält sie nicht stand.

Der in der genannten Klausel vorgesehene Ausschluss, den Vertrag zu wandeln oder sonst rückgängig zu machen, verstößt gegen § 11 Nr. 10 b AGBG. Diese Klausel will nicht nur Ansprüche auf Wandelung nach § 634 BGB, sondern auch den Anspruch auf großen Schadensersatz nach § 635 BGB ausschließen. Die Klausel ist insgesamt schon deswegen unwirksam, weil sie die Wandelung versagt.

Die von der Beklagten geschuldeten baulichen Leistungen sind keine „Bauleistungen“ i. S. des § 11 Nr. 10 b AGBG. Der Senat hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Erwägungen, die der Einschränkung des Rechts zur Wandelung bei Bauleistungen zugrunde liegen, nicht gelten, wenn Wohnungseigentum vom Bauträger erworben wird. Denn in den Fällen der Rückabwicklung solcher Verträge werden keine wirtschaftlichen Werte gefährdet, und es wird auch nicht in fremdes Eigentum eingegriffen. Vielmehr wird das Wohnungseigentum zurückgegeben, so dass der Veräußerer an die Stelle des Erwerbers tritt [BGH, DNotZ 2002, 215; MittBayNot 2007, 204 (in diesem Heft)].

Diese Grundsätze gelten auch in diesem Fall, in dem davon auszugehen ist, dass die Beklagte nicht als Bauträgerin tätig geworden ist. Sie hat sich nicht nur verpflichtet, Bauleistungen zu erbringen, sondern auch das Wohnungseigentum auf den Kläger zu übertragen. Liegen die Voraussetzungen für die Rückgängigmachung des Vertrages vor, erhält die Beklagte ohne Zerstörung wirtschaftlicher Werte dasjenige zurück, was sie geleistet hat. Wenn die Beklagte Mängel nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht beseitigt hat, hat sie als Veräußerin zu Recht das erneute Verwendungsrisiko zu tragen.

Da die Klausel bereits wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 10 b AGBG unwirksam ist, bedarf es keiner Prüfung, ob sie einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhielte [vgl. dazu BGH, MittBayNot 2007, 204 (in diesem Heft)]

3. BGB § 157; ErbbauVO § 9 a Abs. 1 (*Ergänzende Vertragsauslegung bei Erbbauzinsanpassung*)

**ist in einem vor dem Inkrafttreten des § 9 a ErbbauVO (23.1.1974) geschlossenen Erbbauvertrages die Höhe des Erbbauzinses in der Weise an den Grundstückswert gekoppelt, dass in bestimmten Zeitabständen die Änderung des Erbbauzinses verlangt werden kann, wenn sich der Grundstückswert um einen bestimmten Prozentsatz geändert hat, kann die ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass eine Erhöhung des Erbbauzinses auch dann möglich ist, wenn seit der letzten Erhöhung der Grundstückswert nicht oder nicht in dem vereinbarten Maß gestiegen ist, die vorhergehende Erhöhung jedoch wegen der Kappungsgrenze in § 9 a Abs. 1 ErbbauVO nicht die nach der Vereinbarung mögliche Höhe erreicht hat.**

BGH, Urteil vom 6.10.2006, V ZR 20/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.6.1967 bestellte die Klägerin den Beklagten ein bis Ende des Jahres 2066 befristetes Erbbaurecht. Das belastete Grundstück ist mit einem Wohnhaus bebaut. In § 5 des Vertrages heißt es u. a.:

„Der Erbbauzins beträgt jährlich 6 % des jeweiligen Grundstückswertes, der für heute mit 12 DM je qm angesetzt wird. Das sind jetzt jährlich 484,56 DM. Die Zahlung erfolgt monatlich im Voraus ab 1.8.1967 mit je 40,38 DM. Soweit sich der Grundstückswert ändert, kann jede Seite Änderung des Erbbauzinses fordern und zwar ab dem nächsten Monatsersten von dem Tage an, an dem diese Änderung begehrt wird.

...

Änderungen unter 5 % können nicht verlangt werden, im Übrigen sind sie auch nur in Zeitabständen von 5 Jahren ab 1.8.1972 jeweils möglich.“

Die Beklagten akzeptierten letztmalig eine von der Klägerin – unter Zugrundelegung eines Anstiegs der wirtschaftlichen Verhältnisse von

281,91 % seit dem Vertragsschluss – verlangte Erhöhung des Erbbauzinses auf monatlich 61,96 € ab dem 1.4.1998. Damals betrug der Wert des Grundstücks der Klägerin im unerschlossenen Zustand 80 DM pro qm; er hat sich seitdem nicht verändert.

Nunmehr verlangt die Klägerin die Erhöhung des Erbbauzinses auf 88,79 € monatlich seit dem 1.5.2004. In diesem Zeitpunkt war der für die Berechnung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse maßgebende Index gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses um 330,20 % gestiegen. Ihre auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 295,13 € für die Monate Mai 2004 bis März 2005 gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolgreich gewesen.

Aus den Gründen:

### I.

Das Berufungsgericht hält die Erbbauzinserhöhungsklausel für nach § 3 WährG genehmigungspflichtig, weil die Erhöhung an die Steigerung des Grundstückswerts gekoppelt sei. Da eine Genehmigung fehle, sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine genehmigungsfreie Klausel zu bestimmen, welche die beiderseitigen Bedürfnisse und Interessen der Parteien wahre. Dieses Ziel könne durch die Vereinbarung eines genehmigungsfreien Leistungsvorbehalts erreicht werden. Eine solche Klausel gelte als von Anfang an vereinbart.

(...)

### II.

1. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, die vereinbarte Erbbauzinserhöhungsklausel bedürfe der Genehmigung nach § 3 WährG. Denn die Vorschrift wurde durch Art. 9 § 1 des Euro-Einführungsgesetzes vom 9.6.1998 (BGBl I 1998, 1242) aufgehoben; seit dem 1.1.1999 gelten für die Genehmigung von Preisklauseln die Vorschriften in § 2 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes. Zudem sind seit dem 1.1.1999 Zinserhöhungsklauseln jeder Art in Erbaurechtsbestellungsverträgen mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren nach § 1 Nr. 4 der Preisklauselverordnung vom 23.9.1998 (BGBl I 1998, 3043) genehmigungsfrei; das gilt auch, wenn – wie hier – die Klausel in einem früher geschlossenen Vertrag vereinbart wurde (*Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166, 3169). War bis zum Inkrafttreten der Preisklauselverordnung am 1.1.1999 eine bis dahin erforderliche Genehmigung nach § 3 WährG nicht versagt worden, wurde eine bis dahin schwebend unwirksame Klausel ab diesem Zeitpunkt endgültig wirksam. Somit liegt hier eine wirksame Erhöhungsklausel vor, ohne dass geklärt werden muss, ob die Klausel überhaupt genehmigungsbedürftig war.

2. Zu Recht meint das Berufungsgericht, die von den Parteien getroffene Vereinbarung über die Erhöhung des Erbbauzinses müsse im Hinblick auf die nach Vertragsschluss in Kraft getretene Regelung zur Begrenzung der Erbbauzinserhöhung in § 9 a ErbbauVO ergänzend ausgelegt werden. Die Auslegung selbst ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

a) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass die Vereinbarung der Parteien eine Regelungslücke – eine planwidrige Unvollständigkeit – aufweist (siehe nur BGH, WM 2002, 1229, 1230 m. w. N. = DNotZ 2003, 37). Sie liegt u. a. dann vor, wenn sich die bei Vertragsschluss bestehenden rechtlichen Verhältnisse nachträglich geändert haben (vgl. BGH, NJW-RR 1999, 923, 924). Das ist hier mit dem Inkrafttreten von § 9 a ErbbauVO am 23.1.1974 geschehen.

b) Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (siehe nur BGH, NJW-RR 2005, 687, 690 m. w. N.). Von die-

sem Grundsatz geht das Berufungsgericht aus. Seine darauf beruhende Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden; denn diese verstößt nicht gegen anerkannte Auslegungs- und Ergänzungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze und lässt auch nicht wesentliche Umstände unbeachtet (vgl. BGH, DNotZ 2003, 37). Entgegen der Rüge der Revision fehlt es nicht an den für das Auslegungsergebnis notwendigen Tatsachenfeststellungen. Das Berufungsgericht hat den Wert des Grundstücks der Klägerin am 1.4.1998 (letzte Erhöhung des Erbbauzinses) und am 1.5.2004 (Beginn der jetzt verlangten Erhöhung), die Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zu diesen beiden Zeitpunkten seit dem Vertragsschluss und weiter festgestellt, dass die letzte Erbbauzinserhöhung die Kappungsgrenze nach § 9 a Abs. 1 ErbbauVO und deshalb nicht die vertraglich vorgesehene Höhe erreicht hat.

c) Die nach allem rechtsfehlerfreie ergänzende Vertragsauslegung ergibt, dass eine Erhöhung des Erbbauzinses auch dann möglich ist, wenn seit der letzten Erhöhung zwar der Wert des Erbbaugrundstücks nicht oder weniger als 5 % gestiegen ist, aber die letzte Erhöhung nach § 9 a Abs. 1 ErbbauVO auf die seit dem Vertragsschluss eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse begrenzt und deshalb die nach der vertraglichen Vereinbarung an sich mögliche Erhöhung des Erbbauzinses auf 6 % des Grundstückswerts nicht zulässig war, sofern der tatsächliche Grundstückswert bei Beginn der jetzt verlangten Erhöhung den anhand des letztmalig erhöhten Erbbauzinses zu errechnenden fiktiven Grundstückswert um wenigstens 5 % übersteigt. Das bestätigen die folgenden Überlegungen.

aa) Der Erbbauzins soll hier jährlich 6 % des jeweiligen Grundstückswerts betragen. Bereits aus der Verwendung des Worts „jeweiligen“ ergibt sich, dass die Parteien während der gesamten Vertragslaufzeit die Höhe des Erbbauzinses an den Verkehrswert des Erbbaugrundstücks koppeln wollten. Zur Klarstellung dieses Willens wurde weiter vereinbart, dass jede Seite die Änderung des Erbbauzinses verlangen kann, soweit sich der Grundstückswert um wenigstens 5 % verändert. Steigt oder fällt der Grundstückswert um wenigstens diesen Prozentsatz, soll auch der Erbbauzins steigen oder fallen. Dieses Ziel wird ohne die Regelung in § 9 a Abs. 1 ErbbauVO ohne weiteres erreicht, solange sich der Grundstückswert innerhalb des vereinbarten Zeitraums von fünf Jahren seit der letzten Erhöhung um wenigstens 5 % verändert. In dem hier gegebenen Fall des Anstiegs des Grundstückswerts kommt die Klägerin alle fünf Jahre in den Genuss einer der Wertsteigerung entsprechenden Erhöhung des Erbbauzinses.

bb) Dieser Vorteil wird ihr durch die Regelung in § 9 a Abs. 1 ErbbauVO genommen, wenn – wie hier – der Anstieg der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinter dem des Grundstückswerts zurückbleibt. Das muss sie hinnehmen. Sie kann jedoch nach dem Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarung über die Höhe des Erbbauzinses bei einem ausbleibenden Anstieg des Grundstückswerts nicht an dem Betrag festgehalten werden, den die Beklagten seit der letzten Erhöhung schulden. Vielmehr ist zu berechnen, welchem Grundstückswert der derzeitige Erbbauzins entspricht; so dann ist zu prüfen, ob der Grundstückswert bei Beginn der jetzt geltend gemachten Erhöhung den fiktiven Wert im Zeitpunkt der letzten Erbbauzinserhöhung um wenigstens 5 % übersteigt. Ist das der Fall, kann die Klägerin die vertraglich vereinbarte Erhöhung des Erbbauzinses verlangen.

cc) So liegt es hier. Der Erbbauzins beträgt derzeit jährlich 743,52 € (61,96 € pro Monat). Das entspricht bei einer Zinshöhe von 6 % einem Grundstückswert von 12.392 €. Tatsäch-

lich hatte das Grundstück der Klägerin bei Beginn der jetzt verlangten Erhöhung einen Verkehrswert von 27.527,95 €. Dieser übersteigt den fiktiven Verkehrswert somit um weit mehr als 5 %.

3. Ebenfalls zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass nach § 9 a Abs. 1 ErbbauVO auch jetzt die Erhöhung des Erbbauzinses nicht über die seit dem Vertragsschluss eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgehen darf; ebenso ist seine – auf den unbestrittenen Vortrag der Klägerin gestützte – Berechnung dieser Änderung anhand der Entwicklung der Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse nicht zu beanstanden. Beides steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. nur BGHZ 77, 188, 190; NJW 2003, 354).

4. Da der vertraglich vereinbarte Zeitabstand von fünf Jahren seit der letzten Erhöhung verstrichen ist, schulden die Beklagten somit seit dem 1.5.2004 einen Erbbauzins von 88,82 € pro Monat statt der bisher gezahlten 61,96 €; sie müssen für den mit der Klage geltend gemachten Zeitraum bis zum 31.3.2005 einen Betrag von 295,46 € zahlen. Die Vorinstanzen haben der Klägerin – antragsgemäß – 295,13 € zugesprochen. Deshalb ist die Revision der Beklagten erfolglos.

#### 4. ZPO § 258 (Wertsicherungsklausel und künftiger Erbbauzins)

##### **Die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel steht der Verurteilung zur Zahlung von künftigen Erbbauzins nicht entgegen.**

BGH, Urteil vom 17.11.2006, V ZR 71/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. Das Grundstück ist mit einem Erbbaurecht belastet, das nach § 30 WEG geteilt ist. Der Beklagten steht das Teilerbbaurecht an zwei als Ladenlokale genutzten Einheiten zu. Der für die Einheiten halbjährlich geschuldete Erbbauzins von 571,66 € bzw. 487,21 € wird von der Beklagten bezahlt. Zur Höhe des Erbbauzinses heißt es in der hierzu getroffenen Vereinbarung weiter:

„Sollte der Erbbauzins nicht mehr zeitgemäß sein, so kann jede Partei eine Angleichung an die dann gegebenen Wirtschafts- und Währungsverhältnisse verlangen.

Der Abänderungsanspruch ist frühestens 3 Jahre nach Vertragsschluss ohne weiteren Nachweis und ausschließlich dann gegeben, wenn sich der vom Statistischen Bundesamt für einen 4-Personen-Haushalt von Angestellten und Arbeitern mittleren Einkommens ermittelte Lebenshaltungskostenindex gegenüber dem Monatsindex zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses um 10 Punkte oder mehr ändert (1985 = 100). Der dann geschuldete Erbbauzins erhöht bzw. ermäßigt sich umsoviel vom Hundert, wie der Lebenshaltungskostenindex zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Abänderungsanspruchs des Monatsindex zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses übersteigt bzw. unterschreitet.

Der beiderseitige Abänderungsanspruch ist auch in jedem weiteren Falle der Änderung des Lebenshaltungskostenindex um 10 Punkte oder mehr gegenüber dem jeweils geltenden Stand wiederum gegeben, frühestens jedoch nach drei Jahren.

Der neue Erbbauzins gilt von dem auf die Geltendmachung folgenden 1. Januar an.“

Gestützt hierauf verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 28.12.2001 von der Beklagten, den Erbbauzins für ihre Teileinheiten ab dem 1.1.2002 zu erhöhen und die Regelung zu dessen Anpassung zu ändern, weil das Statistische Bundesamt seit Beginn des Jahres 2002 anstelle des vereinbarten Indexes nur noch den Verbraucherpreisindex ermittelt.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht hält die Klage für unzulässig, soweit die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zu künftigen Zahlungen beantragt. Es meint, der Anspruch auf künftigen Erbbauzins sei zwar auf eine wiederkehrende Leistung im Sinne von § 258 ZPO gerichtet. Einer Titulierung stehe jedoch entgegen, dass die Höhe der künftigen Zahlungsverpflichtungen der Beklagten im Hinblick auf die vereinbarte Wertsicherungsklausel nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden könne.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

#### II.

Die Beklagte schuldet der Klägerin die für die Zukunft verlangten Erhöhungsbeträge. Die Abänderbarkeit des Erbbauzinses aufgrund der vereinbarten Wertsicherungsklausel steht der beantragten Verurteilung der Beklagten nicht entgegen.

1. Ziel der Leistungsklage ist die Schaffung eines Titels zur Durchsetzung eines geltend gemachten Anspruchs. Eine Klage kann daher grundsätzlich nur erfolgreich sein, wenn die von dem Kläger zur Entscheidung gestellte Forderung fällig ist (*Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 21. Aufl., § 257 Rdnr. 1). Fehlt es hieran, ist die Klage als zurzeit unbegründet abzuweisen (*Musielak/Foerste*, ZPO, 4. Aufl., § 257 Rdnr. 1; *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl., § 257 Rdnr. 1). Dieser Grundsatz wird in den von § 257 bis § 259 ZPO bestimmten Fällen zugunsten des Klägers durchbrochen. Nach § 258 ZPO sind wiederkehrende Leistungen schon vor Eintritt der Fälligkeit des jeweiligen Teilanspruches der Titulierung zugänglich. Dadurch wird es dem Gläubiger erspart, über jede Rate auf der Grundlage sich stets wiederholenden Vortrags immer wieder einen Titel erwirken zu müssen (*Musielak/Foerste*, § 258 Rdnr. 1; *Stein/Jonas/Schumann*, § 258 Rdnr. 1).

Voraussetzung der Titulierung nach § 258 ZPO ist ein Anspruch auf eine „wiederkehrende Leistung“. Wiederkehrend im Sinne der Vorschrift sind Ansprüche, die sich als einheitliche Folgen aus einem Rechtsverhältnis ergeben, so dass die einzelne Leistung in ihrer Entstehung nur noch vom Zeitablauf abhängig ist (BGH, WM 1986, 1397, 1399 = NJW 1986, 3142). So verhält es sich u. a. mit nach Zeitabschnitten fällig werdenden Rentenansprüchen, vgl. §§ 759, 843 Abs. 2, 844 Abs. 2, 912 ff. BGB, Unterhaltsansprüchen, vgl. §§ 1361 Abs. 4, 1612 BGB, und auch dem Anspruch auf den Erbbauzins gemäß § 9 ErbbauVO (*Musielak/Foerste*, § 258 Rdnr. 2).

Die Titulierung der künftig fällig werdenden Beträge aus einer Verpflichtung zu einer wiederkehrenden Leistung kann jedoch nur auf der Grundlage des im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung festgestellten Sachverhaltes erfolgen. Das steht der Verurteilung für einen Zeitraum entgegen, für den die Grundlage der Leistungspflicht nach Grund und Höhe nicht mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann (BGHZ 76, 259, 273; BGH, NJW 1983, 2197; RGZ 145, 196, 198; MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl., § 258 Rdnr. 10). Die Unzulässigkeit der Verurteilung dient dem Schutz des Schuldners. Er darf nicht zu einer Leistung verurteilt werden, von der nicht angenommen werden kann, dass sie tatsächlich geschuldet sein wird.

So verhält es sich nicht bei Rentenleistungen, deren Höhe von einem Lebenshaltungskosten- oder Verbraucherpreisindex abhängig ist. Die Bindung der Leistungspflicht an einen solchen Index führt nicht dazu, dass die Höhe der Leistungsverpflichtung einem ständigen Wechsel unterworfen wäre. Tatsächlich hat sie das Gegenteil zum Ziel, nämlich das wirtschaftliche

Äquivalent der Zahlungsverpflichtung konstant zu halten. Der Lebenshaltungskosten- und der Verbraucherpreisindex ändern sich nicht abrupt oder unabsehbar, sondern stetig, und zwar nach aller Erfahrung nach oben. Dass der Index auf einen Betrag sinken könnte, der eine Angleichung des Erbbauzinses nach unten rechtfertigt, ist unwahrscheinlich. Seit der Feststellung des jeweiligen Index durch das Statistische Bundesamt sind weder der Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Haushalts von Arbeitern und Angestellten mittleren Einkommens noch der Verbraucherpreisindex jemals nennenswert gesunken. Es besteht daher kein Anlass, den Schuldner einer hiernach zu bestimmenden Leistungspflicht vor der Titulierung einer aus diesem Grunde überhöhten Leistungsverpflichtung zu schützen. Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten, die hinter der von der Klägerin beantragten Verurteilung zurückbliebe, bedeutet vielmehr eine allenfalls theoretische Möglichkeit und steht auch schon deshalb der beantragten Entscheidung nicht entgegen (vgl. *Zöller/Greger*, § 258 Rdnr. 1 b).

5. BGB §§ 13, 14, 474, 475 (*Bestimmung der Unternehmer-eigenschaft beim Verbrauchsgüterkauf*)

**Es obliegt grundsätzlich dem Käufer darzulegen, ob der Verkäufer Unternehmer ist oder nicht. Allein die Bezeichnung der Tätigkeit als „Fachberater auf dem Gebiet des Vertriebs von Fertighäusern“ macht einen Verkäufer nicht zum Unternehmer im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB, wenn nicht ausreichend dargelegt wurde, dass der Verkäufer bei Abschluss des Rechtsgeschäfts tatsächlich in Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat. Maßgeblich ist allein die tatsächliche Verknüpfung der unternehmerischen Tätigkeit mit dem Geschäft.**

KG, Beschluss vom 11.9.2006, 12 U 186/05

*Aus den Gründen:*

1. Dem aus abgetretenem Recht des Käufers D. klagenden Kläger stehen die mit der Berufung weiter verfolgten Ansprüche gegen die Beklagte schon deshalb nicht zu, weil die Vertragsparteien des streitgegenständlichen Kaufvertrags über ein gebrauchtes Kraftfahrzeug vom 31.3.2003 die Gewährleistungshaftung der Beklagten in vollem Umfang abgeschlossen haben.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Gewährleistungsausschluss wirksam. § 475 Abs. 1 BGB ist vorliegend nicht anzuwenden, da der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger (vgl. *OLG Celle, OLGR 2004, 525 = NJW-RR 2004, 1645*) die in § 474 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nicht dargelegt hat. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der Käufer Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist. Die Beklagte ist aber trotz ihrer Tätigkeit als „Fachberaterin auf dem Gebiet des Vertriebs von Fertighäusern“ nicht Unternehmer im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB, da der Kläger nicht ausreichend dargelegt hat, dass die Beklagte bei Abschluss des Rechtsgeschäfts tatsächlich in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat (vgl. zu den näheren Voraussetzungen *OLG Celle, OLGR 2004, 525 = NJW-RR 2004, 1645*).

a) Entgegen der vom Landgericht vertretenen Rechtsansicht obliegt die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die

Unternehmensbezogenheit des Rechtsgeschäftes nicht unter dem Gesichtspunkt des § 344 Abs. 1 HGB der Beklagten. Die §§ 13, 14 BGB bezwecken den Ausgleich vermuteter wirtschaftlicher Ungleichheit und sind damit im Unterschied zu den handelsrechtlichen Regelungen gerade nicht auf Publizität und Vertrauensschutz gerichtet (*OLG Celle, OLGR 2004, 525 = NJW-RR 2004, 1645*; vgl. *Ehrman/Saenger/Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 14 Rdnr. 17 m. w. N.).

b) Entgegen der Ansicht des Klägers kommt es auf die steuerliche Zuordnung des Fahrzeuges nicht an (*OLG Celle, OLGR 2004, 525 = NJW-RR 2004, 1645*). Die Geltendmachung von steuerlichen Vorteilen als Selbständige sagt nichts über die tatsächliche Nutzung des PKW aus.

c) Unerheblich ist auch, ob die Beklagte im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages geäußert hat, sie sei „Geschäftsfrau“, maßgeblich ist allein die tatsächliche Verknüpfung der unternehmerischen Tätigkeit mit dem Geschäft. Durch die Formulierung „in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit“ in § 14 BGB hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, dass auch ein Gewerbetreibender nicht bei jedem Geschäft als Unternehmer handelt, sondern dass es einer engeren Verknüpfung zum Unternehmenszweck bedarf (*LG Frankfurt a. M. NJW-RR 2004, 1208*). Hierzu hat der Kläger ausreichendes nicht vorgebracht. (...)

6. GBO § 45 Abs. 3; BGB § 880 (*Unwirksame Rangrücktrittserklärung kann wirksame Rangbestimmung darstellen*)

**Eine mangels Voreintragung des zurücktretenden Berechtigten materiell unwirksame Rangrücktrittsvereinbarung nach § 880 BGB kann eine wirksame Rangbestimmung im Sinne des § 45 Abs. 3 GBO enthalten.**

OLG München, Beschluss vom 14.3.2006, 32 Wx 31/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Im Rahmen der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, welcher sie auch angehörte, übertrug die Beteiligte zu 1 im Jahre 1992 ihren Gesamthandsanteil am verfahrensgegenständlichen Grundbesitz auf ihren Sohn und erhielt im Gegenzug ein Leibgeding, bestehend aus einem Wohnungsrecht für eine Wohnung im Haus und einem Recht auf Wart und Pflege. Am Tag, an welchem der notarielle Erbauseinandersetzungsvertrag unterzeichnet wurde, bestellte der Sohn für die Beteiligte zu 2 eine Grundschuld über 350.000 DM an dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz. Ebenfalls am selben Tag unterzeichnete die Beteiligte zu 1 eine notariell beglaubigte Erklärung, der zufolge sie mit ihrem Leibgeding unwiderruflich und vorbehaltlos im Range hinter die Grundschuld für die Beteiligte zu 2 zurücktrete. Sie beantragte und bewilligt die Eintragung des Rücktritts im Grundbuch.

Die drei bezeichneten notariellen Urkunden wurden gleichzeitig vom Urkundsnotar als Boten dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt. Sie wurden in der Weise vollzogen, dass der Sohn der Beteiligten zu 1 als Eigentümer und ihr Leibgeding im Rang nach der bewilligten Grundschuld eingetragen wurde.

Der Sohn verstarb im Jahre 2004; sein Nachlass war überschuldet. Die Beteiligte zu 1 beantragte 2005 beim Amtsgericht – Grundbuchamt – die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass sie mit ihrem Leibgeding im Range der bewilligten Grundschuld vorgehe. Diesen Antrag wies das Amtsgericht zurück. Gegen die Zurückweisung erhob die Beteiligte zu 1 Beschwerde zum Landgericht mit dem Antrag, einen Amtswiderspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf die Rangverhältnisse einzutragen. Das Landgericht gab der Beschwerde statt, hob den Beschluss des Amts-

gerichts auf und wies das Grundbuchamt an, den Amtswiderspruch gegen den Vorrang der Grundschuld einzutragen. Gegen diesen Beschluss richtete sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2, die durch ihre anwaltschaftlichen Prozessbevollmächtigten eingelegt wurde und in der Sache Erfolg hatte.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der Form des § 80 Abs. 1 GBO eingelegt. Sie hat in der Sache Erfolg.

#### 1. Das LG hat ausgeführt:

Grundlage für die Vereinbarung der Rangfolge zwischen der Grundschuld und dem Leibgeding könne nicht § 880 Abs. 1 BGB sein, da ein Rangverhältnis nach dieser Vorschrift nur nachträglich vereinbart werden könne. Zum Zeitpunkt der Erklärung des Rangrücktritts sei die Beteiligte jedoch noch nicht als Berechtigte im Grundbuch eingetragen gewesen. Eine Rangbestimmung nach § 879 Abs. 3 BGB erfordere jedoch eine diesbezügliche dingliche Einigung zwischen dem Erwerber des Rechts und dem Eigentümer des Grundstücks; daran fehle es hier. Gleiches gelte für § 877 BGB.

#### 2. Die Ausführungen des LG halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand:

Von der Beteiligten zu 2 wird zu Recht geltend gemacht, dass für das Verfahren des Grundbuchamts bei Eintragung von Belastungen eines Grundstücks gemäß § 19 GBO nicht das materielle, sondern das formelle Konsensprinzip von Bedeutung sei. Das Grundbuchamt hatte gerade nicht zu prüfen, ob eine wirksame materiell-rechtliche Einigung zwischen den Beteiligten vorlag, sondern lediglich, ob eine formgültige Bewilligung gegeben war. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dabei nach § 20 GBO lediglich für den Fall der Auflassung eines Grundstücks.

Die Grundbuchordnung sieht für eine anfängliche Rangbestimmung in § 45 Abs. 3 eine Möglichkeit vor, während die nachträgliche Rangänderung des § 880 BGB im Grundbuch nur mit Antrag und Bewilligung gemäß §§ 13, 19, 29 GBO vollzogen werden kann.

Die Voraussetzungen des § 45 Abs. 3 GBO sind erfüllt. Am selben Tag wurden dem Grundbuchamt zum Vollzug ohne besondere Kennzeichnung einer Reihenfolge die Bestellung des Leibgedings, die Bestellung der Grundschuld und die Rangrücktrittserklärung der Beteiligten zu 1 vorgelegt. Zwar wurde bei der Grundschuldbestellung dieser die „nächst offene Rangstelle“ zugewiesen, doch enthält dies keine Rangbestimmung (BayObLG, Rpfleger 1976, 302, 303). Dagegen enthielt die Rangrücktrittserklärung der Beteiligten zu 1 eine ausdrückliche Rangbestimmung, wenn auch ein Rangrücktritt zu diesem Zeitpunkt materiell-rechtlich deswegen noch nicht möglich war, weil die Beteiligte zu 1 noch nicht als Berechtigte im Grundbuch eingetragen war. Sie konkretisierte aber in ihrer Erklärung den Antrag auf Eintragung des Leibgedings, der zum gleichen Zeitpunkt vorgelegt wurde. Eine Rangbestimmung kann sowohl in der Bewilligung als auch im Antrag enthalten sein. Ist sie im Antrag enthalten, bedarf sie der Form des § 29 GBO (BayObLG, Rpfleger 1982, 334); dies war hier der Fall.

Der Antrag der Beteiligten zu 1 in der Rangrücktrittserklärung kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass damit eine Rangbestimmung im Sinne des § 45 Abs. 3 GBO getroffen werden sollte. Als verfahrensrechtliche Erklärung ist der Eintragungsantrag einer Auslegung zugänglich (OLG Hamm,

Rpfleger 1992, 474). § 133 BGB gilt entsprechend (BayObLGZ 1984, 122, 124). Demnach muss die Erklärung so ausgelegt werden, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205, 209). Unter Berücksichtigung dieser Umstände musste die Erklärung der Beteiligten zu 1 dahingehend verstanden werden, dass sie jedenfalls mit ihrem Recht im Grundbuch in der Rangstelle nach dem Recht der Beteiligten zu 2 eingetragen sein wollte. Dies lässt sich nur als Antrag im Sinne des § 45 Abs. 3 GBO auslegen.

Es fehlt demnach schon an einer Verfahrenswidrigkeit des Grundbuchamts. Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht glaubhaft ist (vgl. BayObLGZ 1986, 515). Hätte es nämlich im Antrag der Beteiligten zu 1 keine ausdrückliche Rangbestimmung gegeben, wäre das Grundbuch schon deswegen nicht unrichtig geworden, weil die Beteiligte zu 1 ebenfalls in eine Rangänderung eingewilligt und diese beantragt hat. Dass die Beteiligte zu 1 zum Zeitpunkt der Erklärung noch nicht Inhaberin der Buchposition war, ist unschädlich, weil sie zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits als sogenannte „wahre Berechtigte“ zwar noch keine Buchposition hatte, aber materiell-rechtlich befugt war (vgl. hierzu BayObLGZ 1986, 493/495).

#### 7. GBO § 22 (Löschungserleichterung bei bedingtem Rückübertragungsanspruch)

**Eine Vormerkung zur Absicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs kann im Weg der Grundbuchberichtigung durch Vorlage einer Sterbeurkunde zur Löschung gebracht werden, wenn der Rückübertragungsanspruch auf die Lebensdauer des Berechtigten beschränkt ist. Eine Löschungsbewilligung der Erben der Berechtigten ist nicht erforderlich. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Bayreuth, Beschluss vom 9.1.2007, 42 T 6/07; eingesandt von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. Das Grundeigentum war ihr von ihrem Vater A aufgrund notariellen Übergabevertrages übertragen worden. In dem Vertrag hat sich der Vater der Beschwerdeführerin auf seine Lebenszeit einen unentgeltlichen Nießbrauch vorbehalten (Ziffer III. des Vertrages). Unter Ziffer IV.2. sieht der Vertrag eine Rückgabeverpflichtung des Grundstücks auf Verlangen des Übergebers für den Fall der Veräußerung des Grundbesitzes sowie Belastung mit Grundpfandrechten oder Reallasten ohne seine Zustimmung vor. Weiter ist geregelt, dass der Rückübertragungsanspruch auf die Lebensdauer des Übergebers besteht. Zur Sicherung dieses bedingten Rückübertragungsanspruchs bewilligte die Beschwerdeführerin ihrem Vater die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch. Die bewilligte Auflassungsvormerkung wurde 1994 unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 23.12.1993 im Grundbuch eingetragen.

Der Vater der Beschwerdeführerin verstarb am 5.11.2006. Zu notarieller Urkunde bewilligte und beantragte die Beschwerdeführerin die im Grundbuch eingetragenen Rechte ihres verstorbenen Vaters (Nießbrauch und Auflassungsvormerkung) zu löschen.

Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt – ohne nähere Begründung – zur Löschung der bedingten Rückauflassungsvormerkung die Bewilligung der Erben des Berechtigten A.

Das Grundbuchamt hat der eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem LG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Für die Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung bedarf es zwar grundsätzlich einer Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO). Da eine entsprechende Löschungsbewilligung nicht vorliegt, ist der Antrag der Beschwerdeführerin als Grundbuchberichtigungsantrag im Sinne von § 22 GBO zu verstehen. Für eine Grundbuchberichtigung bedarf es der Bewilligung nach § 19 GBO nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird. Auch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung unterliegt der Berichtigung nach § 22 GBO, sofern in einer jeden Zweifel abschließenden Weise der Nachweis geführt wird, dass die wirkliche Rechtslage mit dem Inhalt des Grundbuchs deshalb nicht übereinstimmt, weil der durch die Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch auf dingliche Rechtsänderung nicht mehr besteht und auch nicht mehr entstehen kann, so dass die – ursprünglich zu Recht eingetragene – Auflassungsvormerkung das Grundbuch unrichtig macht (OLG Zweibrücken, Rpfleger 2005, 597 m. w. N. = MittBayNot 2006, 234; vgl. auch BayObLG, Rpfleger 2002, 563 m. w. N.).

Diese Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO liegen hier vor, weil mit dem durch Vorlage der Sterbeurkunde zweifelsfrei nachgewiesenen Tod des Vaters der Beschwerdeführerin der vorgemerkte Auflassungsanspruch endgültig weggefallen ist. Dies ergibt sich zur sicheren Überzeugung der Kammer aufgrund einer Auslegung des im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen notariellen Vertrages vom 23.12.1993.

Der Vater der Beschwerdeführerin hatte danach zwar einen bedingten Rückübertragungsanspruch gegen die Beschwerdeführerin. Dieser Anspruch ist jedoch mit seinem Tod endgültig erloschen. Im Vertrag ist ausdrücklich aufgenommen, dass der „Anspruch auf Lebensdauer des Übergebers besteht“.

Zu bedenken wäre lediglich, ob ein noch vor dem Tod des Übergebers entstandener Rückübertragungsanspruch nunmehr noch von seinen Erben geltend gemacht werden könnte. Hiergegen spricht aber der eindeutige Wortlaut der Urkunde. Die Formulierung, dass der *Anspruch* auf Lebensdauer besteht, spricht dafür, dass der Rückübertragungsanspruch mit dem Tod des Übergebers erlischt, gleich ob er zuvor geltend gemacht wurde oder die Voraussetzungen für eine Geltendmachung vorlagen. Auch aus dem Gesamthalt der Urkunde ergibt sich kein Anhalt, dass der Rückübertragungsanspruch über den Tod des Übergebers hinaus bestehen und geltend gemacht werden sollte. Vielmehr sprechen Ziffer III. (Nießbrauch) und Ziffer IV. des Vertrages dafür, dass die Parteien lediglich sicherstellen wollten, dass der Übergeber zu Lebzeiten ein ungestörtes Besitzrecht an dem Grundstück hat. Ein Interesse des Übergebers an einer Rückübertragung nach seinem Tod lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen.

8. BGB §§ 138, 1581, 1585c (*Nichtigkeit eines den unterhaltspflichtigen Ehegatten überfordernden Ehevertrages*)

1. **Zur Sittenwidrigkeit einer ehevertraglichen Regelung, mit der sich der voraussichtlich unterhaltspflichtige Ehegatte für den Fall der Ehescheidung zur Zahlung einer Leibrente verpflichtet.**

2. **Für die Beurteilung der Frage, ob eine solche Vereinbarung zu einer einseitigen und nicht gerechtfertigten Lastenverteilung führt, sind die das gesetzliche Leitbild des Ehegattenunterhalts maßgeblich prägenden Grundsätze der Halbteilung und der Rücksichtnahme auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners maßgebend.**
3. **Für eine tatsächliche Störung der Verhandlungsparität bei Abschluss des Ehevertrages spricht eine tatsächliche Vermutung, wenn die Parteien eine evident einseitig belastende ehevertragliche Regelung getroffen haben, ohne dass hierfür ein nachvollziehbarer Grund erkennbar ist.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.9.2006, 20 UF 164/05

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer durch Ehevertrag vom Kläger zu Gunsten der Beklagten übernommenen Leibrentenverpflichtung.

Der im Jahr 1962 geborene Kläger und die im Jahr 1953 geborene Beklagte schlossen 1997 die Ehe. Am 24.11.1999 schlossen sie einen notariell beurkundeten Ehevertrag, welcher in Ziffer 7 einen Unterhaltsverzicht für den Fall der Ehescheidung sowie die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung einer Leibrente an die Beklagte enthält. Die Regelung lautet:

„Im Hinblick auf den Altersunterschied zwischen den Eheleuten regeln die Eheleute einen etwaigen nachehelichen Unterhaltsanspruch der Ehefrau durch eine Leibrente. Für den Fall der Ehescheidung verzichten die Eheleute gegenseitig völlig auf jeden gesetzlichen Unterhalt und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an.

Als Abfindung für ihren Verzicht erhält die Ehefrau die folgende Leibrente. Für diese Leibrente wird die entsprechende oder ergänzende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt ausdrücklich ausgeschlossen. Die Leibrente ist monatlich am 15. eines jeden Monats zu entrichten und beläuft sich auf monatlich 1.300 DM. Diese Leibrente erlischt mit dem Tode der Ehefrau. Diese erlischt weiter mit Beginn des ersten Monats, an dem die Ehefrau Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht. Ferner ruht der Anspruch auf Leibrente, sobald und solange die Ehefrau Einkünfte aus einer Vollerwerbstätigkeit bezieht.

Verändert sich der Preisindex aller privaten Haushalte für ganz Deutschland, festgestellt vom statistischen Bundesamt, Basis 1991 = 100, gegenüber den im Monat dieses Vertragsabschluss gültigen Index, so erhöht oder ermäßigt sich der Rentenbetrag entsprechend. Eine Anpassung findet jedoch nur statt, wenn sich eine Veränderung dieses Index von mehr als 10 % eingestellt hat, wobei jeweils von der letzten Anpassung zugrundeliegenden Indexzahl auszugehen ist. Die Rente erhöht oder ermäßigt sich ab dem der Anpassung folgenden Monatsfünfzehnten. Rückwirkende Anpassung kann nicht verlangt werden. Weitergehende Anpassungen finden nicht statt. Insbesondere wird die Änderungsklage nach § 323 ZPO ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Ehemann unterwirft sich wegen der Verpflichtung zur Zahlung obiger wertgesicherter Rente der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Die Ehefrau verpflichtet sich jedoch ihrerseits, im Falle einer Ehescheidung sich nach Kräften um eine Vollerwerbstätigkeit als Bürokauffrau oder um eine vergleichbare Tätigkeit zu bemühen.“

Die Ehe wurde 2002 rechtskräftig geschieden. Der Kläger hat Klage erhoben auf Feststellung, dass die notarielle Vereinbarung bezüglich der Leibrenten- oder Unterhaltsansprüche gegen den Kläger nichtig ist. Er hat die Klage weiter gerichtet auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde. Gegen die Klageabweisung durch das AG richtet sich die Berufung des Klägers.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Die Klage ist zulässig. (...)

2. Die Feststellungsklage ist begründet, da der Beklagten keine Ansprüche aus der Vereinbarung in Ziffer 7 des notariell beurkundeten Ehevertrages vom 24.11.1999 zustehen. Diese Vereinbarung ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

a) Trotz der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit darf eine ehevertragliche Regelung den Schutzzweck der gesetzlichen Scheidungsfolgenregelungen nicht beliebig unterlaufen, indem eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung geschaffen wird, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (BGH, FamRZ 2004, 601, 605 = MittBayNot 2004, 270; BVerfG, FamRZ 2001, 343 = MittBayNot 2001, 207; BVerfG, FamRZ 2001, 985 = MittBayNot 2001, 485). Dies gilt nicht nur zugunsten des potenziell unterhaltsberechtigten, sondern auch zugunsten des unterhaltsverpflichteten Ehegatten (OLG Celle, NJW-RR 2004, 1585). Die gerichtliche Überprüfung einer Vereinbarung auf eine evident einseitige Lastenverteilung wird nicht dadurch obsolet, dass die entsprechende Vereinbarung nach entsprechender Belehrung notariell beurkundet wurde (BGH, FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270).

Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen erfolgt zunächst durch eine Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 BGB unter Berücksichtigung der schon im Zeitpunkt des Zustandekommens offenkundigen Vertragswirkungen; soweit ein Vertrag im Rahmen der Wirksamkeitskontrollebestand hat, ist weiter im Rahmen einer Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB zu prüfen, ob nach den aktuellen Verhältnissen die Berufung auf eine konkrete ehevertragliche Regelung rechtsmissbräuchlich ist (BGH, FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270).

b) Vorliegend führt schon die Wirksamkeitskontrolle zum Ausspruch der Nichtigkeit der Vereinbarung. Schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens war offenkundig, dass die Vereinbarung zu einer einseitigen und nicht gerechtfertigten Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt.

Maßgebend für diese Beurteilung ist der das gesetzliche Leitbild des Ehegattenunterhalts maßgeblich prägende Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe der Ehegatten an den die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einnahmen und geldwerten Vorteilen (Halbteilung) und der Rücksichtnahme auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2004, 1585, 1586). Von diesem Leitbild weicht die vorliegende Vereinbarung, nach welcher an die Stelle eines naheheulichen Ehegattenunterhalts eine Leibrentenvereinbarung tritt, in evident einseitiger Weise ab.

Die an die Stelle einer möglichen Unterhaltsverpflichtung des Klägers tretende Leibrente ist nach der Vereinbarung unabhängig von einer bestehenden unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit. Eine dem § 1581 BGB vergleichbare Beschränkung ist Leibrentenansprüchen nach § 759 BGB fremd. Angesichts des eindeutigen Wortlauts, insbesondere angesichts des ausdrücklichen Ausschlusses „weitergehender Anpassungen“ und insbesondere der Änderungsklage nach § 323 ZPO lässt sich eine entsprechende Begrenzung auch nicht im Wege der Auslegung in die notarielle Vereinbarung einfügen. Die Unabhängigkeit der Zahlungspflicht von der Leistungsfähigkeit des Klägers ist auch deshalb als gravierend anzusehen, weil den Parteien bei Abschluss der Vereinbarung die Möglichkeit

weiterer Unterhaltsverpflichtungen des Klägers gegenüber minderjährigen Kindern in der Türkei vor Augen gestanden haben muss. Nachdem die Beklagte selbst vorträgt, sie habe während der Ehezeit die Beantragung von Auslandskindergeld für die Kinder des Klägers veranlasst, muss ihr zumindest die Möglichkeit entsprechender Unterhaltsverpflichtungen bewusst gewesen sein. Selbst wenn der Kläger zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich keine nennenswerten Unterhaltsleistungen an seine Kinder erbracht hat, führte die Vereinbarung einer von der Leistungsfähigkeit unabhängigen Leibrente auch zu einer Abkehr vom unterhaltsrechtlichen Gleichrang der Ehefrau und der unterhaltsberechtigten Kinder (§ 1584 BGB).

Demgegenüber soll die Leibrente zugunsten der Beklagten unabhängig von einer tatsächlich bestehenden unterhaltsrechtlichen Bedürftigkeit geschuldet sein, solange sie keiner Vollerwerbstätigkeit nachgeht. Nach der ausdrücklichen ehevertraglichen Regelung kommt eigenes Erwerbseinkommen, welches die Beklagte im Rahmen einer Teilzeiterwerbstätigkeit erzielt, nicht zur Anrechnung. Die Vertragsregelung, dass die volle Leibrentenverpflichtung trotz einer Teilzeiterwerbstätigkeit fortbesteht, konnte nahe liegender Weise zu der Situation führen, dass nach Zahlung der Leibrente die Beklagte deutlich mehr als die Hälfte der beiderseitigen prägenden Einnahmen, der Kläger dagegen nicht einmal den notwendigen Eigenbedarf erhält.

Dieses Ergebnis der vertraglichen Regelung ist allenfalls für die Situation einer zwar nicht ausgeübten, aber der Beklagten möglichen und zumutbaren Vollerwerbstätigkeit durch Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB korrigierbar. Erzielt die Klägerin – wie von ihr für die derzeitige Situation vortragen – ohne Verstoß gegen die in der Vereinbarung normierte Erwerbsobliegenheit lediglich Einkünfte aus Teilerwerbstätigkeit, ist nach der eindeutigen vertraglichen Regelung die Leibrente in voller Höhe geschuldet.

Schon bei Vertragsschluss ergab sich hieraus die nahe liegende Gefahr einer deutlichen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Halbteilung und der Begrenzung des Unterhaltsanspruchs durch die Leistungsfähigkeit. Nach dem vorliegenden Steuerbescheid für das Jahr 1999 betrug das Jahresbruttoeinkommen des Klägers 33.600 DM. Abzüglich Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen lässt sich hieraus ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von etwa 2.220 DM, nach Abzug pauschalierter berufsbedingter Aufwendungen von etwa 2.110 DM, ermitteln. Nach Scheidung konnte sich diese Berechnung durch den Steuerklassenwechsel noch verschlechtern. Von dem errechneten Betrag wären nach Abzug der vereinbarten Leibrente von 1.300 DM dem Kläger nur 810 DM für seinen eigenen Bedarf verblieben, dies sind weniger als  $\frac{2}{3}$  des notwendigen Selbstbehaltes nach der damals gültigen Düsseldorfer Tabelle. Die Beklagte hätte über 1.300 DM zuzüglich etwaiger Einkünfte aus Teilerwerbstätigkeit oder etwaiger Leistungen des Arbeitsamtes verfügt.

Diese Gefahr hat sich auch nach den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien realisiert. Unstreitig verfügt der Kläger über ein Nettoeinkommen von etwa 1.600 € monatlich, nach Abzug von 5 % berufsbedingten Aufwendungen und einer Leibrente von etwa 650 € verblieben ihm nur noch 870 € und damit nicht einmal der notwendige Selbstbehalt. Die Beklagte verfügt derzeit über ein Nettoeinkommen von 1.220 €, ohne Berücksichtigung des zukünftig wegfallenden Fahrtkostenzuschusses 1.040 €. Nach Abzug der – um den voraussichtlichen Steuervorteil verminderten – Fahrtkosten von monatlich ca. 160 € verbleiben ihr langfristig ca. 880 €. Zuzüglich etwa 650 € Leibrente würde der Beklagten ein

Betrag von etwa 1.530 € monatlich zur Verfügung stehen. Die Zahlung der Leibrente würde somit zu einer Umkehrung der wirtschaftlichen Verhältnisse führen. Etwaige Unterhaltsverpflichtungen des Klägers gegenüber seinen Kindern sind hierbei noch nicht berücksichtigt.

Bei Nichtigkeit der ehevertraglichen Regelung kommt zugunsten der Beklagten dagegen lediglich ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gem. § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht, der nur zur hälftigen Teilhabe an den die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden – bereinigten – Einkünften führt.

Es wird nicht verkannt, dass die vertragliche Regelung sich auch zugunsten des Klägers hätte auswirken können, nämlich durch die Begrenzung der Zahlungspflicht auf höchstens 1.300 DM und deren Wegfall bei Vollerwerbstätigkeit der Beklagten. Dass diese abstrakt mögliche Wirkung zugunsten des Klägers tatsächlich in der Zukunft relevant werden könnte, war aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ebenso wie heute unwahrscheinlich. Mit einer drastischen Einkommensverbesserung, die nach den gesetzlichen Vorschriften zu einer höheren Unterhaltungspflicht als 1.300 DM geführt hätte, war nicht zu rechnen. Bei einem Vollerwerbseinkommen der Beklagten als Bürokauffrau konnte sie ohnehin mit einem Einkommen vergleichbar der Höhe des klägerischen Einkommens rechnen, so dass auch nach den gesetzlichen Vorschriften dann nicht mehr mit einem nennenswerten Unterhaltsanspruch zu rechnen war.

c) Auch die für die Bejahung der Sittenwidrigkeit über die einseitige Benachteiligung hinaus zu fordernden zusätzlichen Umstände (vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 65. Aufl., § 1408 Rdnr. 10) sind vorliegend gegeben. Insoweit ist insbesondere abzustellen auf die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die Beweggründe der Ehegatten bei der vertraglichen Gestaltung (subjektives Element; vgl. BGH, FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270). Da das Sittenwidrigkeitssurteil auf § 138 Abs. 1 und nicht auf § 138 Abs. 2 BGB beruht, ist allerdings eine Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche und deren Ausnutzung nicht erforderlich. Es genügt eine Störung der Vertragsparität durch Vorliegen einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition (vgl. BVerfG, FamRZ 2001, 985 = MittBayNot 2001, 485).

Allerdings sind im vorliegenden Fall konkrete Umstände, die eine erheblich ungleiche Verhandlungsposition zeigen würden, nicht festgestellt und mangels entsprechender Beweisankträge auch nicht festzustellen. Dass der Ehevertrag, wie vom Kläger vorgetragen, auf Drängen der Beklagten zu Stande kam, würde nicht genügen. Ebenso wenig würde genügen, dass der Vertragsentwurf, wie vom Kläger vorgetragen, einseitig von der Beklagten mit dem Notar vorbereitet wurde. Auch eine mangelnde Vertrautheit des Klägers mit der deutschen Sprache würde nicht genügen, denn bei der notariellen Beurkundung war ein Dolmetscher zugegen und übersetzte den Vertragstext in das Türkische.

Nach Überzeugung des Senats lässt sich aber aus dem Umstand, dass die Parteien seinerzeit eine evident einseitig belastende ehevertragliche Regelung getroffen haben, ohne dass hierfür – auch nach persönlicher Anhörung der Parteien durch den Einzelrichter – ein nachvollziehbarer Grund erkennbar ist, eine tatsächliche Vermutung herleiten für eine damals bestehende Störung der subjektiven Verhandlungsparität. Das evident einseitige Ergebnis der Vertragsverhandlungen rechtfertigt die tatsächliche Vermutung, dass der Kläger bei Vertragsschluss subjektiv nicht in der Lage war, seine berechtigten Interessen sachgerecht und angemessen zu vertreten, und dass dieser Umstand für die Beklagte zumindest erkennbar

war (ebenso *Schwab*, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 15; *ders.*, FamRZ 2001, 349). Es lässt sich zwar nicht feststellen, worauf die Beeinträchtigung der subjektiven Verhandlungsposition des Klägers beruhte – denkbar sind aufgrund der Einlassungen der Parteien etwa mangelnde Erfahrung mit den hiesigen rechtlichen Verhältnissen, Furcht vor einer Trennung mit nachteiligen Konsequenzen auch für den Aufenthaltsstatus oder anderes. Der Senat ist aber davon überzeugt, dass die ehevertragliche Regelung nur zu Stande kommen konnte, weil der Kläger in den Vertragsverhandlungen seine berechtigten Interessen nicht hinreichend zur Durchsetzung bringen konnte.

d) Die von der Beklagten geschilderten – streitigen – ehelichen Probleme und wohl auch Verfehlungen des Klägers, die den Hintergrund der ehevertraglichen Regelungen in Ziff. 1 bis 4 des notariellen Ehevertrages bilden dürften, vermögen die einseitige Lastenverteilung in Ziff. 7 des Ehevertrages nicht zu rechtfertigen. Auch wenn die Beklagte berechtigten Anlass zur Klage über das Verhalten des Klägers in der Ehe hatte, erscheint die Verknüpfung der künftig fortbestehenden Ehe mit einer den Kläger finanziell erheblich benachteiligenden Scheidungsfolgenregelung nicht billigungswert.

e) Somit ist die gesamte ehevertragliche Regelung unter Ziff. 7 des notariell beurkundeten Ehevertrages vom 24.11.1999 – einschließlich des dort erklärten Verzichts auf gesetzliche Unterhaltsansprüche – nichtig. Der Beklagten steht nicht die dort vereinbarte Leibrente, möglicherweise aber stattdessen unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf nahehelichen Ehegattenunterhalt, zu.

3) Nachdem die ehevertragliche Unterhaltsvereinbarung nichtig ist, hat der Kläger auch Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels analog § 371 BGB (BGH, NJW 1994, 1161, 1162).

9. BGB §§ 1908 i, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Finanzierungsgrundschulden*)

**Erwirbt ein Käufer von einem unter Betreuung stehenden Verkäufer ein Grundstück, steht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung einer Finanzierungsgrundschuld nicht entgegen, dass der Grundschuldbetrag den Kaufpreis übersteigt, falls der Sicherungszweck der Grundschuld zunächst auf zur Kaufpreiszahlung geleistete Beträge beschränkt ist. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.8.2006, 13 T 4282/06; eingesandt von Notar Dr. *Christian Mikisch*, Neumarkt i. d. Opf.

Mit Beschluss vom 3.3.2006 hat das AG für die Betroffene durch einstweilige Anordnung eine vorläufige Betreuung errichtet mit den Aufgabenkreisen „Gesundheitssorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Ämtern und Behörden, Versicherungen sowie Renten- und Sozialleistungsträgern, den Ehemann der Betroffenen zum vorläufigen Betreuer bestellt und festgelegt, dass die vorläufige Bestellung am 2.9.2006 enden solle. Die Entscheidung wurde für sofort wirksam erklärt. Die Betroffene und der vorläufige Betreuer sind jeweils zur Hälfte Miteigentümer an einem unbelasteten Grundstück. Mit notarieller Urkunde vom 31.3.2006 wurde zwischen der Betroffenen und dem vorläufigen Betreuer einerseits und K (im Folgenden: Käufer) andererseits ein Kaufvertrag über den oben bezeichneten Grundbesitz geschlossen. Der Kaufpreis sollte 48.000 € betragen. Ziffer VI des Kaufvertrages lautet wie folgt:

„1. Der Verkäufer erteilt dem Käufer Vollmacht, den Vertragsgrundbesitz mit einer Buchgrundschuld zu 80.000 € nebst 18 % Zinsen für die Sparkasse S zu belasten und den Grundbesitz des-

wegen der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zu unterwerfen. Der Käufer verpflichtet sich, den Verkäufer von sämtlichen damit zusammenhängenden Kosten freizustellen. Die Vollmacht kann nur vor den Notaren X und Y in Z oder deren Vertretern ausgeübt werden. Im Innenverhältnis ist der Käufer verpflichtet, dabei durch eine Zweckbestimmungserklärung sicherzustellen, dass die Grundschuld bis zur Kaufpreiszahlung bzw. Eigentumsumschreibung nur vertragsgemäß bezahlte Kaufpreisbeträge sichert.

2. Der Käufer übernimmt diese Grundpfandrechte ab Eigentumsumschreibung. Der Verkäufer überträgt alle Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche an den Käufer mit Wirkung ab Bezahlung des Kaufpreises, in jedem Fall ab Eigentumsumschreibung.“

Mit weiterer notarieller Urkunde bestellte der Käufer, handelnd im eigenen Namen und aufgrund der in der Vorurkunde des amtierenden Notars erteilten Finanzierungsvollmacht für den vorläufigen Betreuer und die Betroffene, für die Sparkasse S an dem oben bezeichneten Grundbesitz eine Grundschuld ohne Brief i. H. v. 80.000 €, wobei die Grundschuld ab dem Tag der Beurkundung mit 18 % für das Jahr zu verzinsen sein soll.

Mit Schreiben vom 2.5.2006 teilte der den Kaufvertrag und die Grundschuldbestellung beurkundende Notar dem AG – Vormundschaftsgericht – mit, dass er für diejenigen Mehrkosten, die der Betreuten aufgrund ihrer Stellung als Zweitschuldnerin der Gerichts- und Notarkosten eventuell entstehen können, weil die Grundschuld im Betrag über dem Kaufpreis liege, die Haftung übernehme.

Mit Beschluss vom 2.5.2006 hat das AG durch die Rechtspflegerin die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen für die von dem vorläufigen Betreuer für die Betroffene abgeschlossenen Rechtsgeschäfte – Kaufvertrag und Grundschuldbestellung vom 31.3.2006 – versagt mit der Begründung, dass Kaufvertrag und Grundschuldbestellung nicht im Interesse der Betroffenen seien. Gegen diesen Beschluss legte der vorläufige Betreuer Beschwerde ein. Zur Begründung führte er aus, die in den zu genehmigenden Verträgen enthaltenen Formulierungen würden der in solchen Fällen üblichen Vertragspraxis entsprechen. Die Gestaltung der Verträge sei für den Verkäufer, somit auch für die Betroffene, sicher. Außerdem habe der Notar für diejenigen Mehrkosten, die der Betreuten aufgrund ihrer Stellung als Zweitschuldnerin der Gerichts- und Notarkosten eventuell entstehen können, weil die Grundschuld im Betrag über dem Kaufpreis liege, die Haftung übernommen. Das AG half der Beschwerde nicht ab und legte die Akte dem LG Nürnberg-Fürth zur Entscheidung vor.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

2. Die Beschwerde ist auch begründet, so dass der Beschluss des AG vom 2.5.2006 aufzuheben war und die erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen des Kaufvertrags und der Grundschuldbestellung zu erteilen waren.

a) Gemäß §§ 1908 i. V. m. 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB sind sowohl die Veräußerung des Grundstücks als auch die Belastung des Grundstücks mit einem Grundpfandrecht genehmigungspflichtig (*Palandt/Diederichsen*, BGB, 65. Aufl., § 1821 Rdnr. 15). Maßgebend hierfür ist das Interesse des Betroffenen im Zeitpunkt der Entscheidung unter Abwägung der Vorteile und Risiken. Der Kaufvertrag und die Grundschuldbestellung sind nach Abwägung aller Vorteile und Risiken im Interesse der Betroffenen.

(1) Der Kaufpreis entspricht dem derzeit üblichen Marktpreis.

(2) Die Veräußerung des dem vorläufigen Betreuer und der Betroffenen gehörenden Anwesens ist erforderlich, da beide beabsichtigen, ins Altenheim zu ziehen.

(3) Unstreitig hängt die Genehmigungsfähigkeit des Kaufvertrags und der Grundschuldbestellung nicht davon ab, ob

die Grundschuld dem Betrag nach den Kaufpreis übersteigt oder nicht. Eine Beschränkung auf die Höhe des Kaufpreises ist deswegen meist nicht sachgerecht, weil über den Kaufpreis hinaus oft auch die Finanzierung der Erwerbskosten und eine Sicherung für die Sanierungskosten beabsichtigt ist. Würde der Käufer zu einer Bestellung mehrerer Grundschulden gezwungen – eine in Höhe des Kaufpreises, die andere nach Eigentumsumschreibung – würden hierfür dem Käufer erhebliche Mehrkosten entstehen, die dieser möglicherweise an den Verkäufer in Form der Reduzierung des Kaufpreises weitergeben würde, was nicht im Interesse der Betroffenen wäre.

Entscheidend ist daher, ob die Betroffene als einer der Verkäufer durch entsprechende Klauseln vor den Risiken der Finanzierungsvollmacht geschützt wird. Dies geschieht in erster Linie über die dem Grundpfandrecht zugrundeliegende Zweckerklärung (Sicherungsvereinbarung). Mit ihr ist insbesondere auch das Risiko auszuschließen, dass der Verkäufer im Fall der Rückabwicklung des Vertrags neben dem erhaltenen Kaufpreis auch aufgelaufene Zinsen, ein Disagio, eine Nichtabnahme- oder Vorfälligkeitsentschädigung zu leisten hätte, um wieder die Lastenfreistellung seines Grundbesitzes zu erreichen. Kern der Verkäufersicherung muss deshalb die – von den Kreditinstituten regelmäßig auch akzeptierte – Bestimmung sein, dass der Grundpfandrechtsgläubiger das Grundpfandrecht nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten darf, als er tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet hat, zeitlich begrenzt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bzw. längstens bis zur Eigentumsumschreibung.

Eine solche Sicherungsvereinbarung findet sich in Ziffer VII der Grundschuldbestellungsurkunde, so dass hierdurch auch gewährleistet ist, dass die dem Schutz des Verkäufers dienenden Besonderheiten der Sicherungsabrede der Sparkasse S verlässlich zur Kenntnis gebracht werden. Die Bank kann nicht die in der Urkunde enthaltene dingliche Einigung annehmen, ohne das ebenfalls enthaltene Angebot auf Abschluss des Sicherungsvertrags anzunehmen. Kraft dieser Sicherungsvereinbarung darf die Bank die Grundschuld nur verwerten (insbesondere die Versteigerung nur betreiben) wegen der Beträge (ohne Zinsen, Disagio), die sie tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet hat, sei es an den Verkäufer, dessen Gläubiger oder auf ein Notaranderkonto. Scheitert der Kauf, z. B. weil die anderen Kaufpreisteile nicht bezahlt werden, so darf sie die Grundschuld nicht behalten, wenn ihr diese Beträge (ohne Zinsen, Disagio o. ä.) zurückerstattet werden; sie muss also Zug um Zug gegen Rückzahlung des auf die Kaufpreisschuld geleisteten Betrags die Löschung bewilligen. Weitergehende Sicherungsverträge gefährden den Verkäufer nicht mehr, sobald er den gesamten Kaufpreis erhalten hat.

(4) Das – betragsmäßig nicht hohe – Risiko für die Betroffene, das in der (erhöhten) Kostenhaftung für die Notar- und Grundbuchkosten der Grundschuld als gesetzlicher Zweitschuldnerin (im Innenverhältnis trägt diese Kosten gemäß Ziffer VII der Grundschuldbestellungsurkunde der Käufer) liegt, wird dadurch ausgeschlossen, dass der Notar mit Schreiben vom 2.5.2006 die Haftung übernommen hat.

(5) Soweit der Verfahrenspfleger in seiner Stellungnahme zur Beschwerde eine Abtretung der Darlehensansprüche fordert, um die Sicherheit der Betroffenen zu gewährleisten, ist auszuführen, dass eine solche Abtretung häufig daran scheitert, dass der Darlehensvertrag oder die AGB der Banken sie gem. § 399 BGB ausschließen. Außerdem schützt die Abtretung den Verkäufer nicht gegen eine Inanspruchnahme des Grundstücks für die Darlehenszinsen und das Disagio des

Käufers, wenn zwar die Bank die Fremdmittel an den Verkäufer auszahlt, der Käufer aber den aus Eigenmitteln aufzubringenden Restkaufpreis nicht zahlt. Als Abwehr gegen eine Pfändung des Darlehensauszahlungsanspruchs durch Gläubiger des Käufers genügt die eingeschränkte Sicherungsabrede. Die Abtretung kann die eingeschränkte Sicherungsabrede nicht ersetzen.

Die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen waren daher zu erteilen.

### Anmerkung:

Dem Beschluss des LG Nürnberg-Fürth ist zuzustimmen. Er ist im Ergebnis richtig. Zu bemängeln ist lediglich, dass das Gericht in den Entscheidungsgründen nicht eindeutig zwischen der Genehmigung des Kaufvertrages mit Belastungsvollmacht und der Genehmigung der Grundschuldbestellung differenziert und alles miteinander vermenget. Eine Verdeutlichung der hier auftretenden Rechtsfragen ist daher nötig.

## 1. Genehmigungspflicht der Kaufvertrags- und der Grundschuldbestellungsurkunde

### a) Kaufvertragsurkunde

Bei Grundstückskaufverträgen, bei denen der Verkäufer unter Betreuung steht, ist gemäß § 1908 i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BGB die Eingehung der Verpflichtung über die Verfügung des Grundstücks genehmigungspflichtig. Dass die Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks unter die erste Variante des § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB fällt, ist selbstverständlich. Fraglich ist indessen, ob auch die Erteilung der Finanzierungsvollmacht genehmigungspflichtig ist. Man könnte denken, dass dies davon abhängt, für was die Vollmacht erteilt wird. Sollte die Vollmacht für etwas erteilt werden, für das von vornherein überhaupt kein Genehmigungstatbestand der §§ 1821, 1822 BGB greift, dann muss nämlich auch die Vollmachtserteilung genehmigungsfrei sein. Hier handelt es sich um eine Belastungsvollmacht, d. h. dem Käufer als Bevollmächtigten wird die Rechtsmacht eingeräumt, ein Grundpfandrecht auf dem Grundstück des Verkäufers zu bestellen. Die Bestellung eines Grundpfandrechts ist gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB genehmigungspflichtig.<sup>1</sup>

Problematisch ist allerdings, ob man von der Genehmigungsbedürftigkeit der Grundschuldbestellung auch auf die Genehmigungsbedürftigkeit der hierzu erteilten Belastungsvollmacht schließen darf. Dies scheint das LG Nürnberg-Fürth vorliegend stillschweigend getan zu haben, prüft es doch bei der Genehmigungsfähigkeit der Grundschuldbestellung zugleich auch die der Belastungsvollmacht.

Tatsächlich ist nicht ausgemacht, ob auch die Erteilung einer Belastungsvollmacht genehmigungsbedürftig ist. Einige möchten hier zwischen einer unwiderruflich und einer widerruflich erteilten Vollmacht unterscheiden: Bei der ersten soll eine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht erforderlich sein, bei der letzteren nicht.<sup>2</sup> Doch kann es für die Entschei-

dung über die Genehmigungsbedürftigkeit nicht darauf ankommen, ob sich der Vollmachtgeber bereits jeglicher Rechte begeben hat. Wer so argumentiert, übersieht gänzlich, dass §§ 1821, 1822 BGB nicht analogiefähige Ordnungsvorschriften sind, Vorschriften also, die nicht einer wertenden Einzelfallbetrachtung zugänglich sind. Im Interesse des Rechtsverkehrs soll möglichst eindeutig zwischen den genehmigungsbedürftigen und genehmigungsfreien Rechtsgeschäften unterschieden werden können. Sie sind also rein formal auszulegen.<sup>3</sup> Eine Belastungsvollmacht ist daher nur dann genehmigungsbedürftig, wenn sie eine Verfügung über ein Grundstück darstellt. Eine Verfügung ist nach allgemeiner Ansicht ein dingliches Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt, indem er es etwa auf einen Dritten überträgt, aufhebt, belastet oder sonst wie in seinem Inhalt ändert.<sup>4</sup> Es wird also nicht schon durch die Erteilung der Vollmacht unmittelbar auf das Grundstück eingewirkt und zwar auch dann nicht, wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt wurde, sondern erst, wenn der Bevollmächtigte sie entsprechend verwendet. Erst zu diesem Zeitpunkt werden die Interessen des Betreuten durch Verfügung über sein Grundstück unmittelbar tangiert und erst dadurch die Genehmigungspflichtigkeit der Verfügung ausgelöst.<sup>5</sup> Die Erteilung einer Belastungsvollmacht ist daher eigentlich nicht genehmigungsbedürftig.

### b) Grundschuldbestellungsurkunde

Da nun aber der Kaufvertrag gerade auch daraufhin überprüft wurde, könnte man meinen, dass dann zumindest die Grundschuldbestellung genehmigungsfrei sein muss. Leider hat sich das LG Nürnberg-Fürth auch mit dieser Frage nicht explizit auseinandergesetzt. Hierzu wird vertreten, dass die Genehmigung dann nicht erforderlich ist, wenn der Kaufvertrag mit Belastungsvollmacht, in der bereits die wesentlichen Einzelheiten der Grundstücksbelastung (Höhe, Fälligkeit, Zinsen) angegeben sind, genehmigt worden ist.<sup>6</sup> Vorliegend war die Belastungsvollmacht schon recht konkret, einzig Angaben zur Fälligkeit fehlten. Diese sind aber nach dem LG Schwerin unwesentlich.<sup>7</sup> Demnach hätte man zumindest die Grundschuldbestellung für genehmigungsfrei halten können. Indes ist diese Ansicht abzulehnen. Denn allein schon nach dem Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, der wie oben schon festgestellt rein formal auszulegen ist, ist die Bestellung einer Grundschuld genehmigungspflichtig. Darüber hinaus ist unklar, ab wann denn tatsächlich die Belastungsvollmacht hinreichend konkret ist, d. h. welche Einzelheiten so wesentlich sind, dass sie schon in der Belastungsvollmacht enthalten sein müssen. Hier gehen – wie gerade aufgezeigt – die Meinungen auseinander. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz des Betreuten ist daher auch weiterhin die Grundschuldbestellung als genehmigungsbedürftig anzusehen.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Siehe hierzu schon RGZ 154, 41, 46. Ein Ausschluss gemäß § 1821 Abs. 2 BGB greift hier nicht, da es sich bei der Bestellung einer Grundschuld nicht um eine Verfügung über ein (Grundpfand-) Recht am Grundstück handelt, sondern um eine Verfügung, nämlich um eine Belastung, des Grundstücks selbst.

<sup>2</sup> Siehe nur BayObLG, FamRZ 1977, 141, 143; OLG Celle, DNotZ 1974, 731, 733; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 313; Winkler, DNotZ 1974, 736, 741; Maurer, Rpfleger 1982, 26; MünchKommBGB/Wagenitz, 4. Aufl., § 1821 Rdnr. 12 m. w. N.

<sup>3</sup> BGHZ 38, 26, 28; 52, 316, 319; KG, Rpfleger 1993, 284, 285; LG Berlin, Rpfleger 1994, 355; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 313; Palandt/Diederichsen, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1821 Rdnr. 6; MünchKommBGB/Wagenitz, § 1821 Rdnr. 5, der allerdings von dem Begriff „rein formale Auslegung“ Abstand nehmen möchte; Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Aufl., vor §§ 1821, 1822 BGB Rdnr. 9.

<sup>4</sup> RGZ 90, 395, 399 f.; BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226.

<sup>5</sup> So auch LG Berlin, Rpfleger 1994, 355; Winkler, DNotZ 1974, 736, 741.

<sup>6</sup> So wohl LG Saarbrücken, Rpfleger 1952, 25, 26.

<sup>7</sup> LG Schwerin, MittBayNot 1997, 297.

<sup>8</sup> So auch KG, Rpfleger 1993, 284, 285; LG Berlin, Rpfleger 1994, 355; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 313; SchönerStöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3688.

Vollkommen zu Recht hat demnach das LG Nürnberg-Fürth auch diesen Vertrag auf seine Genehmigungsfähigkeit hin überprüft.

## 2. Genehmigungsfähigkeit der Kaufvertrags- und der Grundschuldbestellungsurkunde

### a) Entscheidungsspielraum

Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit einen Ermessensspielraum (§ 1908 i. V. m. § 1829 Abs. 1 BGB); maßgebend ist das Interesse des Betreuten<sup>9</sup> zum Zeitpunkt der Entscheidung. Es sind hierbei alle Vorteile, Risiken, Erträge, Aufwendungen sowie steuerlichen Folgen gegeneinander abzuwägen; es genügt, wenn der Vertrag im Ganzen gesehen für den Betreuten vorteilhaft, zweckmäßig und nützlich ist.<sup>10</sup>

### b) Veräußerung des Grundstücks

Nur kurz hielt sich das LG Nürnberg-Fürth im vorliegenden Fall mit der Prüfung auf, ob die Veräußerung des Grundstücks dem Wohl der Betreuten entsprach. Zu Recht: Denn der Kaufpreis entsprach dem üblichen Marktwert und das Interesse der Betreuten daran, ihren Miteigentumsanteil an dem Grundstück zu verkaufen und ins Altersheim zu ziehen, entsprach auch ihrem Wohl.

### c) Belastungsvollmacht und Grundschuldbestellung

#### aa) Grundschuldbestellung durch den Käufer

Schwerer tat sich das LG Nürnberg-Fürth hingegen bei der Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der Belastungsvollmacht und der Grundschuldbestellung. Leider bringt es hier nicht sehr deutlich zum Ausdruck, dass die Bestellung der Grundschuld auch im Interesse der (unter Betreuung stehenden) Verkäuferin geschieht: Denn der Käufer hat regelmäßig weder die Mittel, den gesamten Kaufpreis sofort zu bezahlen, noch entsprechende Sicherheiten, die er bei einer Darlehensaufnahme der finanzierenden Bank zur Verfügung stellen kann. Man könnte zwar dieses Dilemma, in dem der Käufer steckt, auf die früher übliche Weise lösen, nämlich mit der Hinterlegung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto und Auszahlung des Geldes an den Verkäufer nach Eigentumsumschreibung und Eintragung der Grundschuld.<sup>11</sup> Allerdings hat diese Methode, auch wenn sie dann ohne die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht auskäme, einige Nachteile: Zum einen müsste der Notar ein Notaranderkonto einrichten. Anders als früher, als bloße Zweckmäßigkeitsabwägungen entscheidend waren, muss heute ein berechtigtes Sicherungsinteresse der beteiligten Personen hieran bestehen (vgl. § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG). Selbst wenn man dies mit der Person des Betreuten dartun könnte, spricht das nicht unbedingt für eine derartige Vertragsgestaltung. Denn ihr großer Nachteil ist neben der für die Finanzierungsbank bestehenden Gefahr, dass sich der Rang der bestellten Grundschuld durch die zwischenzeitliche Pfändung oder Verpfändung des Überweisungsanspruches des Käufers oder seiner Anwartschaft verschlechtern kann,<sup>12</sup> dass es ziemlich lange dauert, bis dem

Verkäufer der Kaufpreis gutgeschrieben wird.<sup>13</sup> Dies kann aber nicht dem Wohl des Betreuten entsprechen. Aus diesem Grund ist die Aderkontenabwicklung auch bei Verträgen mit Betreuten abzulehnen und auf die heute übliche, im Übrigen beiden Vertragsteilen größtmögliche Sicherheit bietende, Vertragsgestaltungsmethode zurückzugreifen, bei der sich der Verkäufer verpflichtet, bei der Finanzierung des Kaufpreises mitzuwirken. Auch diese Lösung birgt freilich gewisse Risiken in sich: Zum einen kann es passieren, dass der Verkäufer mit dem Grundstück für die Darlehensrückzahlung, die Darlehenszinsen, das Disagio des Käufers und die Kosten der Grundschuldbestellung haftet, obwohl er den Kaufpreis nicht erhalten hat. Für den Käufer besteht die Gefahr, dass Rückgewähransprüche durch Gläubiger des Verkäufers gepfändet werden, die so auf nicht valutierte Teile der Grundschuld zugreifen können und ihrerseits den Käufer mit der Vollstreckung bedrohen, obwohl er den Kaufpreis bezahlt hat. Ferner kann die Grundschuld für weitere Finanzierungswünsche des Käufers unbrauchbar sein.

Da für das Vormundschaftsgericht die Risiken, die der Käufer bei dieser Vertragsgestaltung trägt, nicht von Interesse sind, behält auch der Beschluss ausschließlich die Gefahren für die Betreute im Blick. Diese können allerdings durch eine entsprechende Vertragsgestaltung sowohl in der Kaufvertragsurkunde (wegen § 311 b BGB) als auch in der Grundschuldbestellungsurkunde minimiert werden. Eine Absicherung der Betreuten kann indes nicht schon – wie es der Verfahrenspfleger offenbar angeregt hatte – dadurch erreicht werden, dass ihr die Ansprüche auf Auszahlung der Darlehensvaluta abgetreten werden.<sup>14</sup> Zu Recht hat das LG Nürnberg-Fürth darauf hingewiesen, dass grundsätzlich der Darlehensvertrag oder die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Abtretungsbeschränkungen gemäß § 399 BGB enthalten. Eine Abtretung wäre daher nur dann möglich, wenn die Finanzierungsbank ihr schriftlich zustimmt. Dasselbe gilt für eine Auszahlungsanweisung, da diese nur wirkt, wenn sie angenommen wurde.<sup>15</sup> Aber selbst wenn eine Abtretungs- oder Auszahlungsvereinbarung zustande kommt, ist die Betreute nicht davor gefeit, dass die Bank die Grundschuld nicht zur Absicherung des Kaufpreises, sondern zur Absicherung anderer Forderungen, die sie gegen den Käufer hat, verwendet. Bei Scheitern des Kaufvertrages könnte sie dann die Löschung der Grundschuld verweigern, obwohl der Verkäufer/Betreute keinerlei Zahlungen erhalten hat. Ferner sichert diese Art der Vertragsgestaltung auch nicht davor – wie auch das LG Nürnberg-Fürth richtig erkannt hat –, dass der Verkäufer für das Disagio und zwischenzeitlich angefallene Zinsen in Anspruch genommen werden kann, wenn die Bank zwar die Fremdmittel an den Verkäufer auszahlt, der Kaufvertrag aber daran scheitert, dass der Käufer den aus Eigenmitteln aufzubringenden Restkaufpreis nicht zahlt.<sup>16</sup> Abtretungs- oder Auszahlungsvereinbarung sind daher nicht geeignet, das Risiko für die Betreute zu minimieren, allenfalls können derartige Regelungen den Vertrag ergänzen. Erforderlich sind sie allerdings nicht, denn die gewünschte Sicherung des Verkäufers für den Fall, dass etwas schief geht – nämlich Rückzahlung nur des tatsächlich erhaltenen Geldes ohne Disagio und Zin-

<sup>9</sup> Siehe hierzu BayObLG, FamRZ 1998, 455, 456.

<sup>10</sup> OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876, 877 = MittRhNotK 1999, 284; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181, 182; OLG Hamm, FamRZ 2001, 53.

<sup>11</sup> Ausführlich hierzu Ertl, MittBayNot 1989, 53.

<sup>12</sup> BGH, DNotZ 1968, 483, 488; BayObLG, DNotZ 1972, 536, 537.

<sup>13</sup> Hierzu insgesamt Amann in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 118.

<sup>14</sup> So auch Tröder, DNotZ 1984, 350, 365 f.; Baumann, DNotZ 1985, 110, 114.

<sup>15</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 3158.

<sup>16</sup> Ausführlich hierzu Schöner/Stöber, Rdnr. 3158.

sen Zug um Zug gegen Löschung der Grundschuld –, kann durch eine entsprechende (eingeschränkte) Sicherungsvereinbarung in der Grundschuldbestellungsurkunde herbeigeführt werden.

Vorbereitet wird diese Sicherungsvereinbarung bereits in der Kaufvertragsurkunde, wie auch hier geschehen,<sup>17</sup> indem dort die genauen Grenzen der Belastungsvollmacht (Art und Höhe der Grundschuld, Zinsen, Gläubiger, Ausübungsbindung an den beurkundenden Notar, Vorgaben für die Zweckbestimmungserklärung, Kostenfreistellung usw.) festgelegt werden.<sup>18</sup> Der Sicherungsvertrag selbst kommt dann durch die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Angebotes des Verkäufers in der Grundschuldbestellungsurkunde durch die Bank zustande.<sup>19</sup> Denn die Finanzierungsbank kann die in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene dingliche Einigung nur gemeinsam mit dem Angebot auf Abschluss des Sicherungsvertrages annehmen. Schön stellt das LG Nürnberg-Fürth dar, dass auch hier eine entsprechende Sicherungsvereinbarung in der Grundschuldbestellungsurkunde enthalten ist und dass hierdurch die Betreute umfassend abgesichert wird. Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen. Grundsätzlich sind daher bei dieser Vertragsgestaltung, die im Übrigen auch sonst für alle Vertragsteile für sicher gehalten wird, sowohl die Belastungsvollmacht als auch die Grundschuldbestellung genehmigungsfähig.<sup>20</sup>

#### bb) Grundschuldbetrag übersteigt Kaufpreis

Hier allerdings wartet der zugrundeliegende Sachverhalt mit einer Besonderheit auf, die diesen Fall erst interessant macht: Der Grundschuldbetrag überstieg den Kaufpreis. Es drängt sich daher die Frage auf, ob auch eine solche Grundschuldbestellung dem Wohl der Betreuten entspricht und damit genehmigungsfähig ist.

Richtig hat das LG Nürnberg-Fürth festgestellt, dass es für die Genehmigungsfähigkeit beider Urkunden hierauf nicht ankommen kann. Indes ist dies nicht ganz so unproblematisch, wie der Beschluss Glauben machen will. Denn tatsächlich hat der BGH bislang nur entschieden, dass eine Grundschuld, die beim Erwerb eines Grundstückes durch einen Minderjährigen bestellt wird, auch für andere Zwecke als zur bloßen Kaufpreisfinanzierung bestellt werden kann und dass dies genehmigungsfrei ist, sofern sie den Kaufpreis nicht übersteigt.<sup>21</sup> Auf den vorliegenden Fall passt diese (viel zitierte) Entscheidung jedoch nicht ganz. Zum einen, weil es dort um den Erwerb eines Grundstückes durch ein Mündel ging,<sup>22</sup> und nicht um den Verkauf, und zum anderen, weil der Grundschuldbetrag den Kaufpreis gerade übersteigt. Zu dem hier entschiedenen (weitergehenden) Fall gibt es – soweit ersichtlich – noch keine Entscheidung. Gerade deshalb ist dem vorliegenden Beschluss umso mehr Aufmerksamkeit zu widmen, geht er doch in die richtige Richtung:

Die Genehmigungsfähigkeit einer Regelung hängt zwar ausschließlich vom Wohl und Interesse des Betreuten ab, jedoch kann das Gericht auch eine Regelung genehmigen, die zwar nicht dem primären Wohl des Betreuten dient, die ihm allerdings auch nicht schadet und insofern doch wieder zugute kommen kann, als möglicherweise ohne sie der Vertrag nicht oder nicht so geschlossen worden wäre. Im vorliegenden Fall liegt es auf der Hand, dass der höhere Grundschuldbetrag ausschließlich dem Käufer zugute kommt, erspart er ihm doch die Kosten für eine weitere Bestellung einer Grundschuld, nachdem er Eigentümer des Grundstücks geworden ist. Doch besteht das einzige weitere – tatsächlich betragsmäßig nicht sehr hohe – Risiko der Betreuten darin, als gesetzliche Zweitschuldnerin (nach dem Käufer, der gemäß dem Kaufvertrag verpflichtet ist, sie von sämtlichen Kosten freizustellen) für die durch die gegenüber einer auf den Kaufpreis beschränkten Grundschuld höheren Grundbuchkosten zu haften (vgl. §§ 2 Nr. 1, 5 KostO).<sup>23</sup> Alle anderen Risiken werden – wie oben aufgezeigt – durch die Sicherungsvereinbarung abgedeckt. Da der beurkundende Notar für diese (erhöhten) Kosten allerdings die Haftung übernommen hat, stand der Genehmigung beider Urkunden nichts mehr im Wege. Tatsächlich hätten beide Urkunden aber auch dann genehmigt werden können, wenn der Notar die Haftung nicht übernommen hätte. Denn dieser dem Käufer erkennbar wichtige Grund hätte sich auch – wie das LG Nürnberg-Fürth richtig anmerkt – auf die Kaufpreisverhandlungen niederschlagen können. Wiegt man daher die Interessen der Betreuten ab, so sind beide Verträge auch bei einem erhöhten Kostenrisiko als insgesamt zweckmäßig bzw. nützlich anzusehen und damit genehmigungsfähig. Somit kam es letztlich für die Genehmigungsfähigkeit der Verträge nicht auf den erhöhten Grundschuldbetrag an.

### 3. Fazit

Für die Genehmigungsfähigkeit eines Kaufvertrages mit Belastungsvollmacht und der Bestellung einer Grundschuld, die im Betrag den Kaufpreis übersteigt, kann nichts anderes gelten als für die Genehmigungsfähigkeit der Verträge, bei denen der Grundschuldbetrag genau dem Kaufpreis entspricht. Dies stellt das LG-Nürnberg-Fürth mit überzeugenden Argumenten dar. Schade ist, dass sich das Gericht nicht dazu durchringen konnte, festzuhalten, dass Verträge mit Betreuten zumindest dann grundsätzlich genehmigungsfähig sein müssen, wenn diese Vertragsgestaltung auch für alle anderen nicht unter Betreuung stehenden Vertragsteile sicher ist. Nichtsdestotrotz leistet der vorliegende Beschluss einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit bei Verträgen mit Betreuten. Es ist zu wünschen, dass sich auch andere (höherinstanzliche) Gerichte dieser Rechtsauffassung anschließen.

Notarassessorin Dr. Katja Fahl, Bad Doberan

<sup>17</sup> Hier entspricht sie im Übrigen der Formulierung *Amanns* im Beck'schen Notarhandbuch, A I Rdnr. 120 (ähnlich auch bei *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch 2005, Teil 2 Rdnr. 470 f. sowie bei *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3159) und hat dadurch sicherlich die Entscheidungsfindung des LG Nürnberg-Fürth mit beeinflusst.

<sup>18</sup> Siehe hierzu auch BGH, NJW 1989, 521, 522 = DNotZ 1989, 757.

<sup>19</sup> LG Karlsruhe, DNotZ 1995, 892, 894 f. mit zust. Anm. *Reithmann*, DNotZ 1995, 896; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3158.

<sup>20</sup> Vgl. auch LG Berlin, Rpfleger 1994, 355; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2005, 313.

<sup>21</sup> BGH, DNotZ 1998, 490, 491; genehmigungsfrei deshalb, weil § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur das vorhandene Vermögen schützt, nicht jedoch das erst zu erwerbende; zustimmend *Damrau/Zimmermann*, a. a. O., Rdnr. 8.

<sup>22</sup> Die Bestellung einer Grundschuld ist dabei lediglich Erwerbmodalität, vgl. hierzu nur RGZ 108, 356, 363 ff.; BayObLG, DNotZ 1993, 399, 402.

<sup>23</sup> Höhere Notarkosten fallen entgegen nicht an, wie es in der Entscheidung anklingt, vgl. dazu BGH, MittBayNot 2006, 524, 525 sowie BGH, MittBayNot 2006, 528.

10. BGB §§ 2269 Abs. 1, 2075, 2084 (*Pflichtteils Klausel: Bedingungseintritt bei Verlangen nach Eintritt der Schlusserbbschaft*)

**Bei einem Berliner Testament mit Verwirkungsklausel (Pflichtteils Klausel) kann der Eintritt der auflösenden Bedingung grundsätzlich auch nach dem Tod des längstlebenden Ehegatten, nach Annahme der Schlusserbbschaft und nach Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstverstorbenen herbeigeführt werden.**

BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung in Anspruch.

Am 29.6.1987 errichteten die Eltern des Klägers ein Berliner Testament. Sie setzten darin ihre beiden Abkömmlinge, den Kläger und seinen Bruder, zu gleichen Teilen als Schlusserven ein. Gleichzeitig ordneten sie an, dass der Bruder des Klägers das Elternhaus bekommen solle; der Kläger habe bereits Geld für seinen Hausbau erhalten. In einem Zusatztestament vom 20.6.1992 stellten die Eltern dann zum einen klar, dass der Bruder das Haus als Vorausvermächtnis erhalte; außerdem verfügten die Eltern folgende Pflichtteils Klausel:

„Verlangt nach dem Tod des Erstversterbenden von uns eines unserer Kinder – oder im Fall des Vorversterbens eines unserer Söhne eines von dessen Kindern – den Pflichtteil, so erhält es auch nach dem Tode des Letztversterbenden von uns nur den Pflichtteil.“

Der Vater verstarb am 11.3.1995, ohne dass die Abkömmlinge Pflichtteilsansprüche geltend machten, die Mutter verstarb am 14.4.1997. Auf Antrag des Klägers wurde ein Erbschein erteilt, der beide Söhne als Miterben nach der Mutter zu je 1/2 ausweist. Da sich der Kläger wegen des Vorausvermächtnisses jedoch wirtschaftlich benachteiligt sah, wandte er sich an den Beklagten. Dieser riet ihm zur Anfechtung der Erbschaftsannahme, umso die wirtschaftlich günstigere Geltendmachung des Pflichtteils nach der Mutter zu ermöglichen. Mangels Anfechtungsgrundes blieb die Anfechtung jedoch ebenso erfolglos wie eine im Jahre 2000 gegen den Bruder erhobene Klage auf Zahlung des Pflichtteils nach dem Vater und der Mutter. Der Kläger wirft dem Beklagten vor, ihn nicht auf die Möglichkeit hingewiesen zu haben, den – inzwischen verjährten – Pflichtteilsanspruch nach seinem Vater zu fordern. Nach Ansicht des Klägers hätte er dann wegen der Pflichtteils Klausel die Schlusserbbschaft nach der Mutter verloren und neben dem Pflichtteil nach dem Vater auch den nach der Mutter geltend machen können.

Seinen hierdurch entstandenen Schaden beziffert der Kläger auf insgesamt 155.136,79 €. Seine Klage wurde in den Vorinstanzen abgewiesen. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht meint, eine Haftung des Beklagten scheitert jedenfalls daran, dass der behauptete Beratungsfehler folgenlos geblieben sei. Mit der Annahme der Erbschaft nach der Mutter durch die Beantragung des Erbscheins sei der Kläger endgültig Schlusserbe geworden. Er habe den Pflichtteil nach dem Vater nicht mehr beanspruchen und seine Erbstellung durch nachträgliches Verlangen dieses Pflichtteils aus Rechtsgründen nicht mehr beseitigen können.

#### II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings, dass sich die Ehegatten in ihrem Testament von 1987 gegenseitig als Vollerben und ihre Kinder als Schlusserven nach dem Letztverstorbenen eingesetzt

haben. Dies bedeutet eine Enterbung der Abkömmlinge nach dem Erstverstorbenen (BayObLG, OLGE 44, 105, 106), verbunden mit deren – infolge der Pflichtteils Klausel auflösend bedingter – Einsetzung als Schlusserven (§ 2075 BGB; BayObLGZ 2004, 5, 8 = MittBayNot 2005, 50; BayObLG, NJW-RR 1988, 968 und NJW-RR 1994, 1495 = DNotZ 1995, 710). Rechtliche Bedenken gegen die hier vereinbarte Pflichtteils Klausel sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

2. Rechtsfehlerhaft ist aber – auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen – die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger sei nach Annahme der Erbschaft aus Rechtsgründen daran gehindert gewesen, durch Verlangen des Pflichtteils nach dem Vater noch die Wirkungen der Pflichtteils Klausel auszulösen, dadurch seine Schlusserbbschaft zu beseitigen und schließlich auch den Pflichtteil nach der Mutter zu erlangen.

a) Der Eintritt der auflösenden Bedingung kann noch nach dem Tod des überlebenden Ehegatten herbeigeführt werden (OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 52, 54; OLG Zweibrücken, ZEV 1999, 108 = MittBayNot 1999, 294, 109; *Liibbert*, NJW 1988, 2706, 2713; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 24 IV 5; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 11. Aufl., § 2269 Rdnr. 15; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 2269 Rdnr. 13). Diese Auffassung liegt auch dem Senatsurteil vom 8.12.2004 (IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 = MittBayNot 2005, 314) zugrunde. Dort hatte der Sozialhilfeträger die Pflichtteilsansprüche nach beiden Eltern erst nach dem Tod des Letztverstorbenen auf sich übergeleitet und geltend gemacht.

b) Die Annahme der Erbschaft stand dem Eintritt der auflösenden Bedingung ebenfalls nicht entgegen.

aa) Soweit es um die Annahme als solche geht, folgt dies bereits aus § 2075 BGB, der eine auflösende Bedingung für letztwillige Zuwendungen ausdrücklich vorsieht (vgl. BGHZ 96, 198, 202 und 204 zur Wiederverheirathungsklausel = DNotZ 1986, 295). Mit Bedingungseintritt entfällt die Erbstellung (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.1984, IVa ZR 122/83, FamRZ 1985, 278 unter II.4.), und zwar unabhängig davon, ob die Annahme der Erbschaft nach § 1954 BGB anfechtbar war. Beides hat nichts miteinander zu tun.

bb) Der Kläger konnte den Pflichtteilsanspruch nach dem Vater weiter geltend machen.

Das Berufungsgericht misst der Annahme der Erbschaft offenbar eine darüber hinausgehende rechtliche Wirkung zu. Es meint, mit Annahme der Erbschaft nach dem Ableben der Mutter habe der Kläger den im Testament zum Ausdruck gebrachten Willen seiner Eltern endgültig akzeptiert und sei deshalb daran gehindert gewesen, den Pflichtteil nach dem Vater noch beanspruchen zu können. Damit lässt sich die Klagabweisung nicht rechtfertigen.

Die hier in der Beantragung eines entsprechenden Erbscheins liegende Annahme der Erbschaft nach der Mutter (vgl. BayObLG, ZEV 1997, 257; FamRZ 1999, 1172, 1173 = MittBayNot 1999, 571) hatte auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Vater keinen Einfluss. Es handelt sich um zwei getrennte Erbfälle, die getrennte erbrechtliche Konsequenzen haben – hier Pflichtteilsanspruch, dort Miterbschaft (vgl. BGHZ 88, 102, 105 f. = NJW 1983, 1875). Was der im Testament zum Ausdruck gebrachte Wille der Eltern ist, führt das Berufungsgericht nicht aus. Die Ermittlung des Erblasserwillens hätte einer Testamentsauslegung bedurft, die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang unterlassen hat. Das Urteil enthält zwar Erwägungen zur Auslegung der Verwirkungsklausel, die aber ausdrücklich als nicht entscheidungserheblich bezeichnet werden. Besondere Umstände, die ausnahmsweise auf einen konkludenten Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch

nach dem Vater durch die Erbschaftsannahme hindeuten könnten (vgl. dazu BGH, NJW 2002, 1044 unter 4. m. w. N.), sind nicht vorgetragen, nicht ersichtlich und vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Kläger hat – anders als die Revisionserwiderung meint – im Erbscheinsantrag auch nicht eidesstattlich versichert, den Pflichtteil nach dem Vater nicht geltend zu machen. Er hat vielmehr erklärt, weder er noch sein Bruder hätten nach dem Tod des Vaters den Pflichtteil geltend gemacht.

Die inzwischen eingetretene Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Vater steht für sich genommen dem Eintritt der auflösenden Bedingung nicht entgegen (*Erman/M. Schmidt*, § 2269 Rdnr. 15; *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 384). Sie berechtigt nur zur Leistungsverweigerung, berührt aber nicht den Bestand des Anspruchs (§ 214 Abs. 1 BGB, § 222 Abs. 1 BGB a. F.).

### III.

Der Senat kann über den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht abschließend entscheiden.

1. Hierzu sind weitere Feststellungen zum Willen der Erblasser erforderlich, insbesondere dazu, was sie mit der Pflichtteils Klausel bezweckt haben. Das Berufungsgericht wird dem Vortrag der Parteien und den Beweisangeboten nachzugehen und die unterlassene Testamentsauslegung nachzuholen haben. Als Regressgericht im Anwaltshaftungsprozess hat sich das Berufungsgericht dabei – unter Beachtung der Streitverkündung im Pflichtteilsprozess – eine eigenständige Überzeugung zu bilden (vgl. BGH, VersR 1996, 190 unter I. 1. a; FamRZ 2005, 1079 unter II 2. b je m. w. N.).

Im Einzelnen wird darauf hingewiesen, dass eine Verwirkungsklausel unter Berücksichtigung ihres Sinns im Gesamtzusammenhang des Testaments einschränkend ausgelegt werden kann (vgl. BGH, ZEV 2005, 117 unter III. = MittBayNot 2005, 314). Das kann etwa dann in Betracht kommen, wenn die am Wortlaut haftende Auslegung zu einem von den Erblassern gerade nicht gewollten Ergebnis führen würde. Ob dies der Fall war, wie das LG angenommen hat, und welche Umstände für das Erlöschen oder die Fortgeltung der Verwirkungsklausel nach dem Tod der Mutter sprechen, wird das Berufungsgericht abschließend zu würdigen haben.

Falls die Verwirkungsklausel nicht eingreift und der Kläger Schlusserbe geblieben ist, wird zu prüfen sein, ob der daneben bestehende Anspruch auf den Pflichtteil nach dem Vater nach dem Willen der Erblasser auf den Schlusserbteil anzurechnen ist (vgl. *Soergel/M. Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2269 Rdnr. 38; *Bamberger/Roth/Litzenberger*, BGB, § 2269 Rdnr. 42; *Erman/M. Schmidt*, § 2269 Rdnr. 16; *AnwKomm-BGB/Gierl*, § 2269 Rdnr. 110 m. w. N.).

2. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung stünde die behauptete Beschränkung des Mandats auf die Erbfolge nach der Mutter der Haftung des Beklagten nicht entgegen, wie das LG zutreffend angenommen hat. Auch innerhalb eines eingeschränkten Mandats muss der Anwalt den Mandanten vor Gefahren warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahr nicht bewusst ist. Eine solche Verpflichtung kommt vor allem in Betracht, wenn Ansprüche gegen Dritte – wie hier der Pflichtteilsanspruch nach dem Vater – zu verjähren drohen (BGH, NJW 2002, 1117 unter II. 1. a). Der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung seines

Auftraggebers verpflichtet, sofern dieser nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rats nur in einer bestimmten Richtung bedarf (zuletzt BGH, NJW 2006, 501 unter II. 1. b). Hier ging es dem Kläger für den Beklagten erkennbar um die wirtschaftliche Verbesserung seiner erbrechtlichen Stellung. Auch wenn der Kläger als juristischer Laie nur den Erbfall nach seiner Mutter ansprach, entthob dies den Beklagten nicht von seiner Pflicht, auch den Erbfall nach dem Vater in seine rechtlichen und wirtschaftlichen Erwägungen einzubeziehen.

Für einen gewissenhaften und erfahrenen Anwalt (vgl. BGH, NJW 2002, 1117 unter II. 1. b) lag es auf der Hand, dass er bei der Suche nach dem wirtschaftlich erfolgreichsten Weg auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Vater und die Möglichkeiten der Verwirkungsklausel hinweist und den Mandanten über die damit verbundenen Chancen und Risiken berät. Dass der Kläger die Voraussetzungen der Pflichtteils Klausel durch ein ausdrückliches Einfordern des Pflichtteils nach dem Vater erfüllt hätte, ist nach der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (BGH, BGH-Report 2005, 787 unter II. 1) anzunehmen ebenso wie der in subjektiver Hinsicht erforderliche, aber auch ausreichende bewusste Verstoß gegen die Klausel (vgl. BGH, Urteil vom 1.7.1965, III ZR 50/64 – juris Rdnr. 17 ff.; BayObLGZ 2004, 5, 9 f. = MittBayNot 2005, 50; BayObLG, NJW-RR 1996, 262 = DNotZ 1996, 312). Die vom Beklagten angeratene Anfechtung der Erbschaftsannahme stellt auch für sich genommen eine Pflichtverletzung dar, wenn die Anfechtung jedenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos gewesen war. In einem solchen Fall muss der Anwalt auf den damit verbundenen Grad der Gefahr eines Prozessverlustes hinweisen (vgl. BGH, VersR 1997, 974 unter A II 1 und vom 18.12.1997, IX ZR 180/96, VersR 1998, 1158 unter B. II.). Hierzu sowie zu den geltend gemachten Schadenspositionen wird das Berufungsgericht gegebenenfalls noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

### Anmerkung:

Das sich mit der Haftung des den Kläger beratenden Anwalts auseinandersetzen Urteil des BGH ist ein (weiterer)<sup>1</sup> Beleg dafür, wie beliebt besonders in handschriftlichen gemeinschaftlichen Testamenten Pflichtteils Klauseln nach wie vor sind, wie schwierig es ist, die Tatbestandsvoraussetzungen vor allem einer Pflichtteils Klausel in der Form der automatischen Ausschluss Klausel so zu formulieren, dass eine Auslegung nicht erforderlich wird und welche überraschenden Rechtsfolgen eine solche automatische Ausschluss Klausel zeitigen kann.

#### 1. Ausgangslage

Der zugrundeliegende Sachverhalt ist nicht ungewöhnlich: Eltern setzten sich in einem handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Vollerben und ihre beiden Kinder zu Schlusserben zu gleichen Teilen ein. Zwei Jahre nach dem Vater verstirbt die Mutter. Beim ersten Erbfall haben die Kinder stillgehalten. Nach Erteilung des Erbscheins nach der Mutter zeigt sich der den Erbscheinsantrag stellende Sohn jedoch unzufrieden mit der Nachlassverteilung nach dem Zweitversterbenden. Dem aufgesuchten und nunmehr verklagten Rechtsanwalt wirft dieser Sohn falsche Beratung vor. Die Klausel im konkreten Fall bestimmt, dass ein Kind, das beim ersten Erbfall seinen Pflichtteilsanspruch „verlangt“,

<sup>1</sup> Vgl. hierzu jüngst *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19.

von der Schlusserbfolge ausgeschlossen wird; es handelt sich um eine typische automatische Ausschlussklausel (der BGH spricht von „Verwirkungsklausel“).<sup>2</sup>

## 2. Konstruktive Probleme

Solche automatischen Klauseln bergen manche Tücken,<sup>3</sup> von denen eine das Urteil besonders verdeutlicht: Da die Schluss-erbenstellung der Kinder davon abhängt, ob sie das „Verlangen des Pflichtteils“ unterlassen, ist diese Erbenstellung eine auflösend bedingte (§ 2075 BGB). Der unter einer auflösenden Bedingung Bedachte hat die Stellung eines Vorerben.<sup>4</sup> Die Erbfolge steht erst mit dem endgültigen Bedingungs-ausfall fest. Wann aber tritt ein solcher Bedingungs-ausfall fest. Wann aber tritt ein solcher Bedingungs-ausfall bei einer automatischen Ausschlussklausel ein? Das Urteil des BGH gibt ausdrücklich nur Antworten auf die Frage, wann ein solcher Bedingungs-ausfall *nicht*, jedenfalls nicht ohne weiteres eintritt.

Kein Bedingungs-ausfall tritt mit dem Tod des überlebenden Ehegatten ein. Das war bislang praktisch unumstritten und ist nunmehr gesicherte Erkenntnis.<sup>5</sup>

Auch die Annahme der Erbschaft nach dem Zweitversterbenden lässt als solche nicht die auflösende Bedingung endgültig entfallen und damit die Rechtsstellung der Kinder zu Vollerben erstarken. Der BGH betrachtet die Erbfälle nach beiden Eltern streng getrennt und misst – anders als offenbar das Berufungsgericht – der hier in der Beantragung des Erbscheins nach der Mutter liegenden Annahme keinerlei Erklärungsinhalt betreffend den Pflichtteilsanspruch nach dem Erstversterbenden bei (außer dem, dass ein solcher Anspruch bislang nicht geltend gemacht wurde). Insbesondere liege, so der BGH, in der konkreten Annahme als solcher kein konkludenter Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Vater. Bis hierhin sind die Ausführungen des BGH nicht überraschend und im Ergebnis auch überzeugend.

Überraschend ist indes die eher apodiktische Aussage, auch die inzwischen eingetretene Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Vater stehe „für sich genommen dem Eintritt der auflösenden Bedingung nicht entgegen“. Zwar lässt die Verjährung den Pflichtteilsanspruch in seinem Bestand in der Tat unberührt, § 214 Abs. 1 BGB. Das verbaut m. E. aber nicht per se einer Argumentation den Weg, die darauf abstellt, dass nach Eintritt der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs eine Geltendmachung desselben mit Erfolg rechtlich nicht durchgesetzt werden kann, und dass damit die auflösende Bedingung endgültig ausfällt.<sup>6</sup> Natürlich kann auch ein verjährter Pflichtteilsanspruch geltend gemacht oder – fallbezogen – „verlangt“ werden; der Anspruch ist jedoch, zumindest wenn die Einrede der Verjährung erhoben wird, auch als geltend gemachter wertlos.<sup>7</sup>

Die Ausführungen des BGH scheinen indes darauf hin zu deuten, dass die auflösende Bedingung nur ausfällt, wenn der Pflichtteilsanspruch in seinem „Bestand“ entfällt. Das ist aber nur durch Erlass möglich, § 397 BGB.<sup>8</sup> Zu Ende gedacht würde dies zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass erst beim Tod eines jeden Schlusserben feststeht, ob er Vollerbe geworden ist, es sei denn, er schließt einen Erlassvertrag über den entstandenen, aber nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch ab – sei es mit dem längerlebenden Ehegatten oder (wohl) mit den anderen Miterben.<sup>9</sup> Ohne ausdrücklichen Erlass bleiben die Schlusserben indes Vorerben,<sup>10</sup> und zwar auch nach dem Tode des längerlebenden Ehegatten, weil das Damoklesschwert einer Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden und damit der mögliche Eintritt der auflösenden Bedingung stets bleibt. Die (eventuelle) Anwendbarkeit der zeitlichen Grenzen aus § 2109 BGB<sup>11</sup> ist da nur ein schwacher Trost.

Die Sichtweise des BGH führt zudem, wie der Fall anschaulich zeigt, im Ergebnis zu einem „verlängerten Ausschlagungsrecht“ der Abkömmlinge nach dem Zweitversterbenden der Ehegatten. Es spricht m. E. daher einiges dafür, bei Eintritt der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden doch vom Ausfall der durch die automatische Ausschlussklausel gesetzten auflösenden Bedingung auszugehen, und zwar ohne weiteres.<sup>12</sup>

## 3. Lösungsansatz des BGH

Der BGH indes sucht die Lösung nicht in einem allgemeinen Grundsatz, sondern in der Auslegung der konkreten „Verwirkungsklausel“. Diese könne „im Gesamtzusammenhang des Testaments einschränkend ausgelegt werden“, und zwar insbesondere, wenn eine strenge Wortauslegung zu einem von den Erblassern gerade nicht gewollten Ergebnis führe.

Zu welchem Ergebnis könnte aber eine solche Auslegung hier führen? Die Motivation vor allem rechtlich (noch) nicht Berater für die Aufnahme von Pflichtteils-klauseln ist in der Praxis erfahrungsgemäß mehrstufig: In erster Linie geht es darum, dem längerlebenden Ehegatten den Nachlass ungeschmälert zu erhalten. Sobald die Bevorzugung erkannt wird, die in einer vorzeitigen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs für den Fordernden liegen kann, ist deren Vermeidung meist gleichrangiges Motiv. Aspekte der „Belohnung“ für die „loyalen Kinder“, die ergänzend anzuordnende Zuteilungsregeln veranlassen,<sup>14</sup> werden zumeist nicht wirklich verstanden. Die demnach vorherrschenden Motive der Eheleute sprechen jedenfalls im Regelfall dafür, dass das Erlöschen der Verwirkungsklausel allein mit dem Tode des Längerlebenden nicht gewollt ist. Denn wenn der Pflichtteilsanspruch nach

<sup>2</sup> Zur Systematisierung von Pflichtteils-klauseln vorzüglich die Darstellung bei J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Syst. Teil A Rdnr. 423 ff.

<sup>3</sup> Einzelheiten bei J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 423.

<sup>4</sup> Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2075 Rdnr. 5, 11.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise des BGH, z. B. Palandt/Edenhofer, § 2269 Rdnr. 13.

<sup>6</sup> So im Ergebnis wohl J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 423, wenngleich ohne ausdrückliche Begründung.

<sup>7</sup> Muscheler, ZEV 2001, 377, 380, der m. E. in diesem Zusammenhang vom BGH ohnehin zu Unrecht als Nachweis für dessen Begründung herangezogen wird. Sowohl er als auch Erman/M. Schmidt, BGB, 11. Aufl. 2004, § 2269 Rdnr. 15 argumentieren erbschaftsteuerlich motiviert.

<sup>8</sup> Palandt/Edenhofer, § 2317 Rdnr. 2.

<sup>9</sup> Beim Alleinschlusserben ist der Pflichtteilsanspruch nach dem erstversterbenden Elternteil durch Konfusion erloschen; diese vor allem im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht diskutierte Frage ist aber nicht unumstritten, vgl. Wälzholz in J. Mayer/Stüß (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 17 Rdnr. 26 m. w. N.; Muscheler, ZEV 2001, 377, 381 f.

<sup>10</sup> Die somit aufschiebend bedingte Nacherbschaft ist im Erbschein auszuweisen, Palandt/Edenhofer, § 2075 Rdnr. 5.

<sup>11</sup> MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl. 2004, § 2074 Rdnr. 46.

<sup>12</sup> Im Ergebnis wohl ähnlich wenngleich mit unscharfer Begründung Fischer in seiner Anmerkung zu dem Urteil in ZEV 2006, 503.

<sup>13</sup> In Anlehnung an die Grundsätze von BGH vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, MittBayNot 2005, 314.

<sup>14</sup> Hierzu eingehend und instruktiv J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 429 ff.

dem Erstversterbenden noch nicht verjährt ist, steht durchaus noch eine Bevorzugung des pflichtteilfordernden Kindes im Raum. Eines wollen die verfügenden Ehegatten dagegen üblicherweise wohl nicht: auf Dauer die willkürliche Änderung des eigenen Nachlassverteilungsplans durch Geltendmachung eines verjähren (und damit wirtschaftlich wertlosen) Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden eröffnen. Sofern nicht konkrete Anhaltspunkte entgegenstehen, spricht daher viel für den Willen der verfügenden Eheleute, dass die mit der automatischen Ausschlussklausel gesetzte auflösende Bedingung mit Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden endgültig ausfällt.

Im hier entschiedenen Fall bleiben indes Fragen offen: Inwieweit war die Frage nach der Geltendmachung von *verjähren* Pflichtteilsansprüchen nach dem Vater überhaupt entscheidungserheblich? Mit welchem Ziel hat der beklagte Anwalt dem Kläger zur Anfechtung der Erbschaftsannahme nach der Mutter geraten? War vor dem Hintergrund des BGH-Beschlusses zur Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums über Verlust des Pflichtteilsanspruchs,<sup>15</sup> der wenige Tage vor dem hier besprochenem Urteil ergangen ist, möglicherweise doch ein zu berücksichtigender Anfechtungsgrund gegeben?

#### 4. Folgerungen für den Testamentsgestalter

Das Urteil macht deutlich, dass Pflichtteilklauseln in Form der automatischen Ausschlussklauseln nicht so zielgenau formuliert werden können, dass eine Auslegung ausgeschlossen ist.<sup>16</sup> Im konkreten Fall wären zwar Zweifel hinsichtlich der Verjährungsfrage vermieden worden, hätten die Eheleute darauf abgestellt, dass die Söhne den Pflichtteil „verlangen und erhalten“. Diese Formulierung eröffnet indes wiederum ihr eigene Zweifels- und Auslegungsfragen,<sup>17</sup> so dass sich der Gestalter letztlich nur von einem Spannungsfeld der Testamentsauslegung in das nächste begibt. Einfacher, klarer, flexibler und damit vorzugswürdiger bleibt für den Regelfall die Verfügung eines allgemeinen oder spezifizierten Änderungsvorbehalts.<sup>18</sup>

Notar a. D. Dr. *Benedikt Selbherr*, Hof

<sup>15</sup> BGH vom 5.7.2006, IV ZB 39/05, ZEV 2006, 498 m. Anm. *Leipold* („WISO-Entscheidung“).

<sup>16</sup> Zutreffend *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19, 20.

<sup>17</sup> *J. Mayer* in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 425.

<sup>18</sup> Überzeugend bereits *J. Mayer*, ZEV 1995, 136, 138. In diesem Sinne auch *Fenner* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, VI. 8, Anm. 6.

11. BGB §§ 2069, 2270, 2271, 2348, 2352 (*Kumulationsverbot der Auslegungsregeln der §§ 2270 Abs. 2, 2069 BGB*)

#### Das Verbot einer Kumulation der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB mit der des § 2069 BGB ist auch im Anwendungsbereich des § 2352 BGB zu berücksichtigen.

OLG München, Beschluss vom 21.12.2006, 31 Wx 071/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Der Erblasser ist am 25.1.2005 im Alter von 83 Jahren verstorben. Seine erste Ehefrau war vorverstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seine zweite Ehefrau. Die Beteiligte zu 2 ist Tochter des Erblassers; der Beteiligte zu 3 ist Sohn des vorverstorbenen Sohnes des Erblassers.

Mit seiner ersten Ehefrau errichtete der Erblasser das gemeinschaftliche Testament vom 12.11.1964. Die beiden Testierenden verfügten dahingehend, dass sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Erben des Letztversterbenden sollten die gemeinsamen Kinder P und B (Beteiligte zu 2) unter sich zu gleichen Teilen sein. Das Ehegattentestament enthielt sodann Pflichtteilsstrafklauseln und Anordnungen für bedingte Vermächnisse im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Anordnungen zu einer Ersatzerbschaft wurden nicht getroffen. Die erste Ehefrau des Erblassers verstarb am 13.3.1978. Am 3.8.1983 schloss der Erblasser mit der Beteiligten zu 2 und seinem vorverstorbenen Sohn P einen notariellen Vertrag über eine Erbanteilsübertragung, Übertragung einer Kommanditbeteiligung und einen Zuwendungsverzicht. In Ziff. VI dieser Vereinbarung verzichteten die Beteiligte zu 2 und ihr Bruder mit Rücksicht auf die erfolgten Vermögensübertragungen auf alle Zuwendungen aus dem gemeinschaftlichen Testament ihrer Eltern vom 12.11.1964. Auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht nach dem Erblasser verzichteten die beiden Kinder nicht. Zweck dieser Vereinbarung war auch, durch diesen Verzicht die Testierfreiheit des Erblassers wiederherzustellen.

Der Erblasser errichtete am 2.12.1992 ein handschriftlich geschriebenes und unterschriebenes Testament. Sein Inhalt lautet auszugsweise wie folgt:

„*Testament*

*Für den Fall meines Todes treffe ich folgende letztwillige Verfügung:*

*1. Meine Erben sollen – unter Berücksichtigung der eventuellen Nacherbfolge gem. Ziff. 2 sein:*

*Meine Ehefrau I. B. (Beteiligte zu 1) zu zwei Dritteln und meine Tochter B. B. (Beteiligte zu 2) zu einem Drittel. Eventl. weitere Erbberechtigte haben lediglich Anspruch auf den gesetzlichen Pflichtteil, wenn überhaupt ein Anspruch besteht.*

*Als Ersatzerben bestimme ich: Für den Fall des Wegfalls meiner Ehefrau als Erbin: Meine Tochter B. B. bzw. – sofern meine Tochter B. B. ebenfalls als Erbin wegfallen sollte, deren Abkömmlinge.*

*Für den Fall des Wegfalls meiner Tochter als Erbin deren etwaige zum Zeitpunkt meines Todes vorhandenen Abkömmlinge. Sofern solche nicht vorhanden sind, soll meine Ehefrau I. Ersatzerbin sein.*

*2. Als Nacherben setze ich ein:*

*a) Nacherbin nach dem Tod meiner Ehefrau I. soll meine Tochter B. sein.*

*b) Nacherben meiner Tochter B. sollen nach deren Tod deren eventl. vorhandenen Abkömmlinge werden. ...“*

Der Erblasser testierte ferner, dass die Vorerbinnen jeweils von sämtlichen Beschränkungen und Verpflichtungen befreit sein sollten. Das Testament enthielt des Weiteren Vorausvermächnisse. Unter Ziff. 5 regelte er die Rechtsnachfolge bezüglich der von ihm gehaltenen Komplementärbeteiligung an einer Kommanditgesellschaft. Die gesamte Ziff. 5, die nahezu zwei Textseiten ausmacht, wurde von dem Erblasser zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt mit vier diagonalen Strichen durchgestrichen und mit der unterschriebenen Bemerkung versehen „entfällt – wurde 2001 verkauft“ bzw. „entfällt“.

Der Erblasser errichtete ferner am 26.9.2000 eine Ergänzung zum Testament mit dem Inhalt, dass, solange seine Frau I lebt, seine Tochter B lediglich Anspruch auf den gesetzlichen Pflichtteil des Erbes habe. Hiervon seien 300.000 DM abzuziehen, die B bereits beim Übergang eines Unternehmens zuviel erhalten habe bzw. erhalten möchte.

Die Beteiligte zu 1 beantragte einen Erbschein mit dem Inhalt, dass sie den Erblasser allein beerbt habe. Die Beteiligte zu 2 beantragte unter Anfechtung des Testaments vom 26.9.2000 einen Erbschein dahingehend, dass der Erblasser von der Beteiligten zu 1 zu  $\frac{2}{3}$  und von der Beteiligten zu 2 zu  $\frac{1}{3}$  beerbt worden sei.

Das Nachlassgericht erließ einen Vorbescheid, es werde einen Erbschein erteilen, dass der Erblasser von der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin beerbt worden und Nacherbin die Beteiligte zu 2 sei. Gegen diesen Vorbescheid richtete sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2. Gegen die Zurückweisung durch das Beschwerdegericht richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2. Das Nachlassgericht erteilte den angekündigten Erbschein.

Aus den Gründen:

(...)

2. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die vorliegenden letztwilligen Verfügungen würden eine testamentarische Miterbenstellung der Beteiligten zu 2 nicht begründen. Sie seien im Bezug auf die Erbeneinsetzung auslegungsbedürftig. Eine verlässliche Feststellung, welche Absichten und Motive der Erblasser bei der Testamentsergänzung vom 26.9.2000 gehabt habe, sei nicht mehr möglich. Welche Willensrichtung der Erblasser bei den im Jahr 2001 oder später durchgeführten Änderungen im Testament vom 2.12.1992 gehabt habe, sei nicht mehr feststellbar. Die Beweisaufnahme habe hierzu keine Aufklärung erbracht. Maßgeblich sei deshalb der mutmaßliche Wille des Erblassers bei der Testamentserrichtung und bei der Testamentsänderung. Es komme in Betracht, dass der Erblasser mit seinen Änderungen, welche er im Jahr 2001 oder später vorgenommen habe, nur klarstellende Veränderungen in Bezug auf den Komplex „Kommanditgesellschaft“ vornehmen, im Übrigen aber nichts ändern wollte. In Betracht komme aber auch, dass er ohne inhaltliche Änderung der Urkunde vom 26.9.2000 die geänderte Urkunde als ausschließliche und allein geltende letztwillige Verfügung angesehen habe. Das Beschwerdegericht vertrete die Auffassung, dass die Streichungen nur einer faktischen Veränderung Rechnung tragen, im Übrigen an den rechtsgültig getroffenen Verfügungen nichts ändern wollten.

Die Auslegung der nicht widerrufenen Testamentsergänzung vom 26.9.2000 ergebe auch unter Berücksichtigung der Auslegungsregel des § 2304 BGB, dass die Beteiligte zu 2 nicht mehr Miterbin sein sollte. Inzident enthalte der Nachtrag die nicht ausdrücklich ausgesprochene Einsetzung der Beteiligten zu 1 zur alleinigen Vorerbin. Aus der Beweisaufnahme ergäben sich keine Anhaltspunkte, dass die zeitlich zur Testamentsergänzung nachfolgenden Streichungen in dem ursprünglichen Testament vom 2.12.1992 zu dessen gesamtem Wiederaufleben geführt habe. Insbesondere sei festzuhalten, dass sich die Streichungen im Testament vom 2.12.1992 nur auf einen sachlich klar abgrenzbaren Komplex beziehen, der durch die tatsächliche Entwicklung überholt war. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass das vorübergehend gestörte Vater-Tochter-Verhältnis wieder geklärt werden konnte. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Beteiligten zu 2 als Beschwerdeführerin, da sie die materielle Feststellungslast für das Bestehen einer ihr Erbrecht begründenden letztwilligen Verfügung trage.

Zuletzt sei die Ergänzung vom 26.9.2000 auch nicht durch Anfechtung unwirksam geworden. Die Beweisaufnahme habe keinen Irrtum des Erblassers ergeben. Eine zuverlässige Feststellung der Vorstellungen und Motive des Erblassers sei nicht möglich gewesen. Die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts gehe zu Lasten der Beteiligten zu 2.

3. Die Entscheidung des LG hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 BGB, § 546 ZPO).

Das Beschwerdegericht ist letztlich zutreffend davon ausgegangen, dass die Richtigkeit des angegriffenen Vorbescheids und somit die Richtigkeit des zwischenzeitlich erteilten Erbscheins allein nach dem Inhalt der vom Erblasser hinterlassenen letztwilligen Verfügungen vom 2.12.1992 und vom 26.9.2000 zu beurteilen ist.

a) Das LG hat jedoch nicht hinreichend geprüft, ob das Ehegattentestament zwischen dem Erblasser und seiner ersten Ehefrau vom 12.11.1964 noch Wirkungen auf die Erbrechtslage zu begründen vermag.

aa) Die Beteiligte zu 2 und der Vater des Beteiligten zu 3 haben in dem notariellen Vertrag vom 3.8.1983 wirksam auf ihr Schlusserbrecht verzichtet (§ 2352 Satz 1 und 3, § 2348 BGB). Es stellt sich sodann die Frage, ob mit dem Erbverzicht der beiden in dem Ehegattentestament begünstigten Kinder die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 12.11.1964 noch Wirkungen hervorbringen können. Dies wird bislang nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur dann bejaht, wenn anstelle des Verzichtenden Abkömmlinge als Ersatzerben nachrücken und sei es nur aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB (OLG Hamm, Rpfleger 1982, 148, 149; *Erman/Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2352 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Strobel*, 4. Aufl., § 2352 Rdnr. 14; *Palandt/Edenhofer*, § 2352 Rdnr. 5; *Prütting/Deppenkemper*, § 2352 Rdnr. 5; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2349 Rdnr. 2; a. A. *Staudinger/Schotten*, BGB, Bearb. 2004, § 2352 Rdnr. 32). Eine Berücksichtigung der Auslegungsregel des § 2069 BGB sei nur dann ausgeschlossen, wenn es nicht dem mutmaßlichen Willen der Eheleute entsprochen hätte, dass bei einem Erbverzicht die Abkömmlinge Ersatzerben würden (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1982, 148, 150).

bb) Das gemeinschaftliche Testament vom 12.11.1964 äußert sich mit keinem Wort zu einer Vermögensnachfolge bei Wegfall der bedachten Kinder. Somit käme der Beteiligte zu 3 als Abkömmling seines verzichtenden Vaters als Ersatzerbe in Betracht. Dies ergibt sich aus der Auslegungsregel des § 2069 BGB, wonach bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings im Zweifel dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Diese sich aus § 2069 BGB ergebende Ersatzerbfolge des Beteiligten zu 3 ist im vorliegenden Fall aber nicht wechselbezüglich.

Die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB ist auf Ersatzerben nämlich nur dann anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Ehegatten feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht (BGHZ 149, 363; BayObLG, FGPrax 2001, 248). Bei den Fallgruppen der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB kann nach der zugrundeliegenden Lebenserfahrung angenommen werden, dass die Verfügung des einen die Gegenleistung für die Verfügung des anderen ist. Dies rechtfertigt es, den Verfügungen der Ehegatten im Wege der Auslegungsregel eine Wechselbezüglichkeit auch dann beizulegen, wenn sich ein entsprechender Wille durch individuelle Auslegung nicht feststellen lässt. Bei einer allein aus § 2069 BGB hergeleiteten Ersatzerbenstellung trifft dieser innere Rechtfertigungsgrund des § 2270 Abs. 2 BGB nicht zu. § 2069 BGB sagt nämlich für sich genommen über die Bindungswirkung in einem gemeinschaftlichen Testament nichts aus und hindert somit den überlebenden Ehegatten nicht an einer Änderung der nach dieser Vorschrift berufenen Ersatzerbfolge (BayObLG, FamRZ 2004, 1671, 1672). Eine Kumulation der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB mit der des § 2069 BGB würde dazu führen, dass ein nicht feststellbarer Wille zur Bindung in Bezug auf eine durch individuelle Auslegung nicht feststellbare Verfügung angenommen wird (BayObLG, FamRZ 2004, 1671, 1672). Eine solche Gesetzesanwendung lässt sich nicht mehr durch einen allgemeinen Erfahrungssatz rechtfertigen (BGHZ 149, 363, 370).

Somit war hier für den Erblasser Raum, die aufgrund des Ehegattentestaments vom 12.11.1964 allein durch § 2069 BGB begründete Ersatzerbfolge des Beteiligten zu 3 abzuändern. Selbst wenn man annimmt, dass sich der Verzicht seines Vaters nicht auf den Beteiligten zu 3 erstreckt, so folgt daraus

bei der hier gegebenen Fallkonstellation nur, dass eine Ersatzberufung des Beteiligten zu 3 nicht von vornherein ausscheidet, nicht aber, dass sie unabänderbar wäre. Insoweit ist die neuere Rechtsprechung zur Kumulation der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB mit der des § 2069 BGB auch im Anwendungsbereich des § 2352 BGB zu berücksichtigen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich nichts Gegenteiliges.

Nachdem der Erblasser ohne Verstoß gegen § 2271 Abs. 2 BGB anderweitig testiert hat, vermag das gemeinschaftliche Testament vom 12.11.1964 keine Auswirkungen mehr auf die Erbfolge zu zeitigen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung, wie vom Beteiligten zu 3 beantragt, kommt daher nicht in Betracht.

b) Zu Recht hat das LG die Testamente vom 2.12.1992 und 26.9.2000 als auslegungsbedürftig angesehen, denn sie regeln die Erbfolge nach dem Tod des Erblassers nicht eindeutig.

aa) Die Testamentsauslegung selbst ist Sache der Gerichte der Tatsacheninstanz. Die Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze und Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357, 363; BayObLG, FamRZ 2002, 269, 270; MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 47 ff.). Dabei müssen die Schlussfolgerungen des Tatrichters nicht zwingend sein. Es genügt, wenn sie nur möglich sind (BGH, FamRZ 1972, 561, 562; BayObLGZ 1979, 215, 222).

bb) Nach diesen Kriterien ist die Auslegung der Testamente des Erblassers durch das LG nicht zu beanstanden.

Die Auffassung des LG begegnet keinen Bedenken, wonach die im Jahr 2001 oder später vorgenommenen Änderungen in dem Testament vom 2.12.1992 nur klarstellende Änderungen, bezogen auf einen abgegrenzten Themenkreis, sind und nicht zur gänzlichen Wiederherstellung seines gesamten Inhalts führten. Letzteres könnte nur dann angenommen werden, wenn die Durchstreichungen der Ziff. 5 des Testaments vom 2.12.1992, die überschrieben sind mit „entfällt – wurde 2001 verkauft“ und mit „entfällt“ und jeweils vom Erblasser eigenhändig unterschrieben wurden, für sich genommen oder zusammen mit dem Ausgangstext ein Widerrufstestament darstellen würde, das die vorangehende letztwillige Verfügung vom 26.9.2000 aufhebt bzw. ändert (§ 2258 Abs. 1 BGB).

Nach § 2255 Satz 1 BGB kann ein Testament auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Die gesetzliche Vermutung dieser Vorschrift geht sonach dahin, dass sich Veränderungen des Erblassers an einer Testamentsurkunde nur auf diese beziehen, nicht auf weitere letztwillige Verfügungen in anderen Urkunden (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2255 Rdnr. 4). Die Veränderungen auf der Testamentsurkunde vom 2.12.1992 könnten nur dann als Aufhebung der weiteren letztwilligen Verfügung vom 26.9.2000 verstanden werden, wenn die Beweisaufnahme ergeben hätte, es sei der ausdrückliche Wille des Erblassers gewesen, durch die Streichungen im ursprünglichen Testament dieses vollinhaltlich – gekürzt durch die nicht mehr aktuellen Bestandteile – wiederherzustellen. Solches hat weder die Ein-

vernahme der Beteiligten noch die Aussage des Zeugen V vor dem LG ergeben. Es ist insbesondere völlig offen, wann der Erblasser die Streichungen im Testament vom 2.12.1992 und mit welcher Willensrichtung vorgenommen hat. Urkundlich eindeutig ist nur, dass der Erblasser die Regelungen zu Ziff. 5 der letztwilligen Verfügung ändern wollte, da sie wegen der Veräußerung des darin genannten Vermögensgegenstandes nicht mehr aktuell waren. Weiteres ergibt sich aus den dürren Anmerkungen zu den Streichungen nicht.

Der weiteren Beschwerde ist zuzugeben, dass es der Streichungen im Testament vom 2.12.1992 nach der Veräußerung des davon berührten Vermögensgegenstandes nicht bedurft hätte. Es bleibt aber gleichwohl reine Spekulation, weshalb der Erblasser diese Veränderungen vorgenommen hat. Eine Willensrichtung dahingehend, dass er mit den Streichungen eine inhaltliche Wiederherstellung der Regelungen im Übrigen herbeiführen wollte, lässt sich auch unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen V nicht feststellen, wonach der Erblasser sein Testament ohne großen Schreibaufwand möglichst einfach gestalten wollte.

cc) Etwas anderes lässt sich zugunsten der Beteiligten zu 2 auch nicht aus dem Umstand folgern, dass die Beteiligte zu 1 den Zeugen V als ihren und des Erblassers Rechtsberater teilweise nicht von der anwaltlichen Schweigepflicht entbunden hat. Eine Beweisvereitelung liegt schon deshalb nicht vor, weil der Zeuge V in erheblichem Umfang zur Sache ausgesagt hat. Somit könnte allenfalls von einer Beweisbeeinträchtigung die Rede sein. Nach herrschender höchstgerichtlicher Rechtsprechung fällt einer Partei bei Nichtbefreiung eines Zeugen von seiner Schweigepflicht keine Beweisvereitelung zur Last, wenn ihr Verhalten nicht vorwerfbar und missbilligenswert ist (BGH, NJW 1996, 1534). Für ein solches Verhalten seitens der Beteiligten zu 1 sind Anhaltspunkte weder vorgebracht noch ersichtlich. Keinesfalls führt die teilweise Nichterteilung der Aussagegenehmigung für den Zeugen V dazu, eine für die Beteiligte zu 2 günstige Aussage zu unterstellen (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 383 Rdnr. 8). Der Aussage des Zeugen V kommt für die Bestimmung der Erbrechtslage im Übrigen nur eingeschränkte Bedeutung zu, weil die das Erbrecht begründenden Urkunden zur Würdigung vollständig vorliegen.

c) Nachdem die Änderungen im Testament vom 2.12.1992 keinen Widerruf der Testamentsergänzung vom 26.9.2000 ergeben haben, ist auch diese Urkunde für die Bestimmung der Vermögensnachfolge heranzuziehen. Wie die Vorinstanzen zu Recht annehmen, hat die Ergänzung keine Änderung in Bezug auf die Regelung der Nacherbschaft im Testament vom 2.12.1992 vorgenommen, sondern nur die Erbenstellung der Beteiligten zu 2 berührt. Denn durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament nur insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht (§ 2258 Abs. 1 BGB). Deshalb hat das Nachlassgericht der Beteiligten zu 1 zu Recht einen Erbschein mit angeordneter Nacherbfolge und Ersatznacherbfolge erteilt (§ 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Testamentsergänzung vom 26.9.2000 führt dazu, dass die Beteiligte zu 1 alleinige Vorerbin geworden ist. Insoweit ist die Auslegung des LG nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde stellt die Testamentsergänzung vom 26.9.2000 eine Enterbung dar. Abweichend vom Testament vom 2.12.1992 soll die Beteiligte zu 2 nicht mit der Vorerbin, der Beteiligten zu 1, als Miterbin berufen sein, sondern bis zu deren Tod nur vermögensrechtlich einen betragsmäßig geminderten Pflichtteil erhalten. Nach der Auslegungsregel des § 2304 BGB ist die Zuwendung des Pflicht-

teils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen. Eine im Verhältnis zum ursprünglichen Testament zugewendete verringerte Erbquote könnte nur angenommen werden, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten unmittelbar Rechte am Nachlass und Mitsprache bei dessen Verwaltung und Verteilung einräumen wollte (*Palandt/Edenhofer*, § 2304 Rdnr. 2). Die Beweisaufnahme, insbesondere die Aussage des Zeugen V, hat solches nicht erbracht.

Die weitere Beschwerde geht rechtlich fehl in der Annahme, dass die verfügte Kürzung des gesetzlichen Pflichtteils keine Enterbung darstelle, weil eine solche Kürzung des rechtlichen Mindestanspruchs nicht mehr möglich sei. Hier hat die Beteiligte zu 2 derzeit jedoch kein Pflichtteilsrecht, da sie als unbedingt eingesetzte Nacherbin nicht, wie dies § 2303 Abs. 1 BGB fordert, durch Testament von der Erbfolge ausgeschlossen ist (vgl. *Prütting/Deppenkemper*, § 2303 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2303 Rdnr. 12), sondern nur einer Beschränkung unterliegt. Nach § 2306 Abs. 2 BGB ist die Einsetzung eines Pflichtteilsberechtigten als Nacherben eine Beschränkung. Nachdem die überlassene Nacherbenquote hier größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, hat die Beteiligte zu 2 die Wahl zwischen der Annahme der Nacherbschaft und der Ausschlagung mit der Folge des Erhalts des Pflichtteils (*Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2306 Rdnr. 25; *Palandt/Edenhofer*, § 2306 Rdnr. 11).

Die vom Erblasser in der Testamentsergänzung vom 26.9.2000 der Beteiligten zu 2 gemachte Zuwendung kann nach alledem nur als Vermächtnis aufgefasst werden, welches die Beteiligte zu 2 unabhängig von ihrer Stellung als Nacherbin unmittelbar nach dem Tod des Erblassers erhalten soll. Nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB kann in der Zuwendung eines in Höhe betragsmäßig geminderten Pflichtteils keine Einräumung der Stellung als Miterbin neben der Beteiligten zu 1 gesehen werden.

d) Schließlich hat das LG zutreffend eine wirksame Anfechtung der Testamentsergänzung vom 26.9.2000 verneint. Zu Recht hat es die Voraussetzungen für einen Irrtum des Erblassers bei der Abfassung dieses Testaments als nicht nachgewiesen erachtet. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Erblasser über den Inhalt der Testamentsergänzung vom 26.9.2000 geirrt hat oder Erklärungen dieses Inhalts nicht abgeben wollte (§ 2078 Abs. 1 BGB). In Betracht kommt daher allenfalls ein Motivirrtum (§ 2078 Abs. 2 BGB). Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur solche Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH, NJW-RR 1987, 1412, 1413). Dabei kann die Anfechtung nur auf Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gehabt hat, nicht auf solche, die er bei Kenntnis von damals unbestimmten Umständen gehabt haben würde (BayObLG, FamRZ 1984, 1270, 1271). Ferner ist zu beachten, dass sich die Anfechtung nicht auf ein Testament als solches bezieht, sondern jeweils nur auf die einzelne in ihm enthaltene letztwillige Verfügung (*Palandt/Edenhofer*, § 2078 Rdnr. 2). Der Irrtum muss gerade für diese Verfügung ursächlich, d. h. bestimmend oder zumindest derart mitbestimmend sein, dass der Erblasser sie ohne die irriige Vorstellung nicht getroffen hätte (BayObLG, FamRZ 1997, 1436, 1437). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen (Beweggrund und Kausalität) trägt der Anfechtende (BayObLG, FamRZ 1997, 772, 773). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Diesen ist die Beteiligte zu 2 nicht gerecht geworden.

Zutreffend hebt das LG hervor, dass die Beweisaufnahme keine eindeutigen Erkenntnisse über die Motive des Erb-

lassers bei der Errichtung der Testamentsergänzung erbracht hat. Die Beteiligte zu 2 konnte die Angaben der Beteiligten zu 1 nicht entkräften, dass die letztwillige Verfügung vom 26.9.2000 maßgeblich darauf zurückzuführen sei, sie vor Schwierigkeiten mit der Anfechtenden im Erbfall zu bewahren. Die von der Beteiligten zu 2 erklärte Anfechtung kann somit keinen Erfolg haben.

e) Der Wegfall der Beteiligten zu 2 als Miterbin nach dem Erblasser führt dazu, dass der im Testament vom 2.12.1992 zu ihren Gunsten verfügte Erbteil der Beteiligten zu 1 anwächst (§ 2094 Abs. 1 BGB).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weidlich*, MittBayNot 2007, 194 (in diesem Heft).

12. BGB § 2050 Abs. 3, §§ 2306, 2316 (*Beginn der Ausschlagungsfrist bei angeordneter Ausgleichspflicht*)

**Ist ein Miterbe vom Erblasser auch mit einer Ausgleichspflicht i. S. v. §§ 2316, 2050 Abs. 3 BGB belastet worden, so errechnet sich das Wertverhältnis zwischen seinem Erb- und seinem Pflichtteil nach der sog. Werttheorie mit der Folge, dass die Ausschlagungsfrist nach § 2306 Abs. 1 BGB erst beginnt, wenn der Miterbe weiß, ob der Wert seines Erbteils den ihm unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausgleichspflicht zukommenden Pflichtteil übersteigt oder nicht.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 3.8.2006, 4 U 114/05

Die Beklagten sind die Kinder des am 20.1.2003 verstorbenen Erblassers aus erster Ehe. Die Klägerin war seine (zweite) Ehefrau.

Durch notariellen Erbvertrag vom 4.3.1983 hatten der Erblasser und die Klägerin die Beklagten als Erben je zur Hälfte eingesetzt und der Klägerin u. a. einen Nießbrauch an einem Teil des Wohnhauses – der ehelichen Wohnung – eingeräumt; die Beklagte zu 1) erhielt das Recht, das Haus gegen Auszahlung der Beklagten zu 2) zu veräußern. Die Mieteinnahmen sollten den Beklagten zustehen, die davon die Erhaltungs- und Unterhaltungskosten des Hauses tragen sollten.

Durch notariellen Erbvertrag vom 25.6.1991 änderten der Erblasser und die Klägerin den Vertrag dahin, dass die Klägerin ein lebenslangliches, unentgeltliches „sicherheitsfreies Nießbrauchsrecht“ sowie die Nutzungen erhalten und die Pflicht zur Unterhaltung des Hauses tragen sollte. Am 27.12.2002 räumte der Erblasser darüber hinaus der Klägerin eine notarielle Vollmacht zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten ein, welche auch über seinen Tod hinaus nicht erlöschen sollte.

Die Beklagte zu 2) schlug durch notarielle Erklärung vom 18.7.2003 die Erbschaft aus und focht hilfsweise deren Annahme an. Die Klägerin begehrt die Bewilligung der Eintragung eines Nießbrauchsrechts an dem Grundstück. Sie hat ferner im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zur Sicherung des vorgenannten Nießbrauchsrechts begehrt.

#### Aus den Gründen:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2) aus dem zwischen ihr und dem Erblasser am 25.6.1991 geschlossenen notariellen Erbvertrag keinen Anspruch auf Einräumung eines Nießbrauchsrechts, weil die Beklagte zu 2) die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen hat (§§ 1944 Abs. 1, 2306 Abs. 2 2. Hs. BGB).

Nach § 1944 Abs. 1 BGB beträgt die Frist für die Ausschlagung einer Erbschaft grundsätzlich sechs Wochen. Sie beginnt in dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund seiner Berufung Kenntnis erlangt. Im Falle der – wie hier – gewillkürten Erbfolge beginnt die Frist nach § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB mit der Verkündung der Verfügung, welche hier mit der Kenntnis der Beklagten zu 2) von der Eröffnung der Erbvertrags gleichzusetzen ist (vgl. BGH, NJW 1991, 169). Das war nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils spätestens am 21.2.2003 der Fall.

Abweichend von seiner noch im einstweiligen Verfügungsverfahren vertretenen Auffassung geht der Senat nach dem Vortrag der Beklagten zu 2) im vorliegenden Hauptsacheverfahren davon aus, dass diese die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen hat.

Nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB beginnt die Ausschlagungsfrist, wenn die Voraussetzungen des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen, also erst, wenn ein Pflichtteilsberechtigter von einer Beschränkung oder Beschwerung i. S. v. § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB Kenntnis erlangt.

Die Vorschrift ist vorliegend anwendbar.

Die Beklagte zu 2) ist als Tochter des Erblassers Pflichtteilsberechtigte i. S. v. § 2303 Abs. 1 BGB. Durch das im Erbvertrag vom 25.6.1991 zwischen der Klägerin und dem Erblasser vereinbarte Vermächtnis ist die Erbschaft der Beklagten zu 2) beschwert i. S. v. § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nach der genannten Vorschrift hat ein Erbe, dessen Erbeinsetzung durch ein Vermächtnis beschwert wird, das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, wenn der ihm hinterlassene Erbteil größer als sein Pflichtteil ist, jedoch durch das Vermächtnis unter den Wert des Pflichtteils gedrückt wird. Entspricht der Erbteil dem Pflichtteil oder ist der Erbteil sogar geringer als der Pflichtteil, gilt die Beschränkung nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB als nicht erfolgt.

Die Frage, ob der dem Erbe hinterlassene Erbteil kleiner (bzw. gleichgroß) oder größer als der Pflichtteil ist, entscheidet sich nach der Quote des Erb- bzw. Pflichtteils am Gesamtnachlass (sog. Quotentheorie). Zu vergleichen ist die halbe gesetzliche Erbquote mit dem quotenmäßigen Anteil des hinterlassenen Erbteils am Gesamtnachlass, wobei die Belastungen unberücksichtigt bleiben (BGH NJW 1983, 2378; MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl., § 2306 Rdnr. 3; Palandt/Edenhofer, BGB, 65. Aufl., § 2306 Rdnr. 4). Hingegen kommt es nicht auf den (wirtschaftlichen) Wert von Zuwendung und Pflichtteil an (MünchKommBGB/Lange, § 2306 Rdnr. 3; Palandt/Edenhofer, § 2306 Rdnr. 4).

Das der Beklagten zu 2) [und der Beklagten zu 1)] hinterlassene Erbteil übersteigt deren Pflichtteil quotenmäßig deutlich. Da der Erblasser und die Klägerin – wie sich aus dem notariellen Erbvertrag vom 25.6.1991 ergibt – im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebten, betrug der gesetzliche Erbteil der Beklagten als Kinder des Erblassers gemäß §§ 1931 Abs. 1, Abs. 2, 1371, 1924 BGB jeweils  $\frac{1}{4}$ , das der Klägerin  $\frac{1}{2}$ . Die Pflichtteilsquote der Beklagten hätte nach § 2303 Abs. 1 BGB  $\frac{1}{8}$ , also deutlich weniger als die im notariellen Erbvertrag vom 25.6.1991 eingeräumte Allein-erbenstellung zu je  $\frac{1}{2}$  betragen.

Das Landgericht hat angenommen, die Beklagte zu 2) habe um diese Umstände seit Übersendung des Erbvertrags im Februar 2003 gewusst, so dass in diesem Zeitpunkt die Ausschlagungsfrist begonnen habe zu laufen. Die Frist beginne grundsätzlich mit der Kenntnis des Inhalts der beeinträchtigenden Verfügung.

Dem kann nicht gefolgt werden, weil bei der Berechnung des der Beklagten zu 2) zustehenden Pflichtteils auch noch eine ihr vom Erblasser auferlegte Ausgleichspflicht i. S. der §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen war, so dass vorliegend die sog. Werttheorie Anwendung findet.

Der Erblasser hatte der Beklagten zu 2) durch notariellen Übergabevertrag vom 29.5.1981 ein weiteres Grundstück zu Eigentum übertragen; den Wert des Grundstücks hatten die damaligen Vertragsparteien auf 40.000 DM geschätzt. Die Übertragung erfolgte laut Vertrag „in vorweggenommener Erbfolgeregelung“; die Beklagte zu 2) sollte als Ausgleich für den Empfang die Hälfte des Grundstückswertes (20.000 DM) an ihre Schwester, die Beklagte zu 1), bezahlen.

Diese Verpflichtung beinhaltete eine echte Ausgleichspflicht i. S. v. §§ 2316, 2050 Abs. 3 BGB, weil der Erblasser sie in den Übergabevertrag ausdrücklich im Rahmen einer „vorweggenommenen Erbfolgeregelung“ angeordnet hatte (vgl. BGH NJW-RR 1989, 259; Palandt/Edenhofer, § 2050 Rdnr. 11).

Eine solche Ausgleichspflicht ist bei der Berechnung des Pflichtteils nach § 2316 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen, indem sie mit ihrem Wert, den sie zur Leistungszeit hatte, dem Nachlass hinzuzurechnen ist, § 2055 Abs. 1 Satz 2, 2055 Abs. 2 BGB (vgl. MünchKommBGB/Lange, § 2316 Rdnr. 9 ff.; Staudinger/Haas (1998), § 2316 Rdnr. 18 ff.).

Eine solche Ausgleichspflicht bewirkt, dass sich die Berechnung der Verhältnisse von Pflichtteil und gesetzlichem Erbteil nicht nach deren Quote, sondern nach der sog. Werttheorie bemisst; d. h. es findet ein Vergleich zwischen den beiden Werten statt. Es entscheidet das Verhältnis des rechnerischen Betrages des Pflichtteils zu dem – ohne Abzug der Beschränkungen und Beschwerungen des § 2306 BGB zu berechnenden – Betrag (Rohwert) des hinterlassenen Erbteils, ob eine Beschränkung oder Beschwerung (Vermächtnis) gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB als nicht angeordnet gilt oder der Erbe die Erbschaft ausschlagen muss, wenn er sie nicht annehmen will (vgl. BayObLGZ 1968, 112; MünchKommBGB/Lange, § 2306 Rdnr. 21 m. w. N.; Palandt/Edenhofer, § 2306 Rdnr. 10). Wegen der Schwierigkeit dieser Berechnung beginnt in solchen Fällen die Ausschlagungsfrist erst dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte weiß, ob der Wert seines Erbteils den ihm unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausgleichspflicht zukommenden Pflichtteil übersteigt oder nicht (RGZ 113, 45; BayObLG 1959, 77; Staudinger/Haas, § 2306 Rdnr. 64; MünchKommBGB/Lange, § 2306 Rdnr. 21 m. w. N.; Palandt/Edenhofer, § 2306 Rdnr. 10).

Diese Werte waren im Zeitpunkt der Ausschlagung der Erbschaft nicht bekannt. Der Wert des Grundstücks (als wesentlicher Teil des Nachlasses) und der Wert des vermachten Nießbrauchs wurden erst durch das vom Landgericht zu Beweiszwecken eingeholte Wertgutachten des Katasteramts Kaiserslautern im Oktober 2004 bekannt.

Hatte die Ausschlagungsfrist somit noch nicht zu laufen begonnen, war die Ausschlagungserklärung der Beklagten zu 2) vom 18.7.2003 rechtzeitig erfolgt.

Einer wirksamen Ausschlagung steht auch nicht entgegen, dass das Amtsgericht Rockenhausen beiden Beklagten am 29.7.2005 einen Erbschein als Miterben zu je  $\frac{1}{2}$  erteilt und durch Beschluss vom 22.9.2005 den Antrag der Beklagten zu 2) wegen der erfolgten Ausschlagung der Erbschaft den Erbschein einzuziehen, zurückgewiesen hat. Die Entscheidungen über die Erteilung des Erbscheins sind nicht konstitutiv; der Senat ist deshalb nicht gehindert, von den Feststellungen des Nachlassgerichts abzuweichen (allg. M., vgl. BGHZ 47, 58, 66; MünchKommBGB/Lange, § 2353 Rdnr. 3 m. w. N.).

Ähnliches gilt für den Umstand, dass die Beklagte zu 2) mittlerweile als Miteigentümerin zu 1/2 im Grundbuch eingetragen ist. Die Eintragung ist unstreitig gemäß § 35 GBO auf Betreiben der Klägerin erfolgt, die dem Grundbuchamt den – ebenfalls auf ihren Antrag – erteilten Erbschein vorlegte, welcher die Beklagten als Miterben zu 1/2 auswies. Die Klägerin benötigte die Voreintragung der Beklagten zur Eintragung der ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren zuerkannten Vormerkung. Die Eintragung der Beklagten bewirkt lediglich eine widerlegbare Rechtsvermutung zu ihren Gunsten (MünchKommBGB/Wacke, § 1891 Rdnr. 1, 15). Im Falle ihrer Unrichtigkeit kann eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO erfolgen oder Klage auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB erhoben werden.

Im Übrigen konnte die Beklagte zu 2) dadurch nicht nachträglich die Erbschaft wieder annehmen, wenn sie diese zuvor wirksam ausgeschlagen hatte. Denn nach § 1953 Abs. 1 BGB gilt der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Durch die Ausschlagung war das Rechtsverhältnis der Beklagte zu 2) zum Erblasser erloschen (vgl. Palandt/Edenhofer, § 1953 Rdnr. 2) und die Erbfolge so zu beurteilen, als wäre die Beklagte zu 2) im Zeitpunkt des Erbfalls verstorben gewesen (vgl. MünchKommBGB/Leipold, § 1953 Rdnr. 1).

Das Rechtsmittel der Beklagte zu 2) ist deshalb begründet. (...)

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. RBERG Art. 1 § 1; BGB § 139; KWG §§ 1, 32; AktG §§ 292, 293, 294 (*Stille Gesellschaft mit AG als Teilgewinnabführungsvertrag*)

- a) **Die Tätigkeit als Treuhandgesellschafter ist keine Rechtsbesorgung i. S. des Art. 1 § 1 RBERG.**
- b) **Ein Gesellschaftsvertrag ist nicht schon deshalb ein Bankgeschäft i. S. des § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG, weil in den Vertragsbedingungen vorgesehen ist, dass bei einem Liquiditätseingangs das Auseinandersetzungsguthaben ratenweise ausgezahlt werden darf.**
- c) **Ein mit einer AG geschlossener stiller Gesellschaftsvertrag ist ein Teilgewinnabführungsvertrag i. S. des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG und wird deshalb grundsätzlich erst mit der Genehmigung der Hauptversammlung und der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Will sich der andere Vertragsteil mangels Vorliegens dieser Voraussetzungen von dem Vertrag lösen, muss er deutlich machen, dass der Widerruf oder die Kündigung gerade auf diesen Grund gestützt wird. Ein Widerruf nach dem Haustürwiderrufgesetz kann nicht nachträglich in eine Lösung wegen Fehlens der Voraussetzungen der §§ 293 f. AktG umgedeutet werden.**

BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 123/05; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in ZIP 2006, 1201.

14. HGB §§ 119, 120, 238 ff. (*Bestimmtheitsgrundsatz für Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag*)

- a) **Eine die Abweichung vom personengesellschaftsrechtlichen Einstimmigkeitsprinzip legitimierende Mehrheitsklausel muss dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Dieser verlangt nicht eine Auflistung der betroffenen Beschlussgegenstände, Grund und Tragweite der Legitimation für Mehrheitsentscheidungen können sich vielmehr auch durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergeben. Ob der konkrete Mehrheitsbeschluss wirksam getroffen worden ist, ist auf einer zweiten Stufe zu prüfen.**
- b) **Die Feststellung des Jahresabschlusses einer Personengesellschaft ist eine den Gesellschaftern obliegende Angelegenheit der laufenden Verwaltung und wird regelmäßig von einer allgemeinen Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag gedeckt (Aufgabe von BGHZ 132, 263, 268).**
- c) **Mit einer Klage gegen die Feststellung des Jahresabschlusses einer GmbH & Co. KG kann nicht eine in deren Tochtergesellschaften beschlossene Gewinnesaurierung zur Überprüfung gestellt oder geltend gemacht werden, dass tatsächlich angefallene, in die GuV eingestellte Aufwandspositionen sachlich unge-rechtfertigt seien.**

BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin und die Beklagten zu 1 bis 3 sind die alleinigen Kommanditisten, die Beklagte zu 4 ist Komplementärin der O GmbH & Co. KG. Von ihrem Kommanditkapital (und von dem Stammkapital der Beklagten zu 4) halten die Klägerin 25 % und die – im Anteilsbesitz der Familie O stehenden – Beklagten zu 1 bis 3 zusammen 75 %.

Gegenstand des Rechtsstreits in der Revisionsinstanz sind zwei Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der O GmbH & Co. KG, welche die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Verwendung des Bilanzgewinns betreffen. Beide Beschlüsse wurden mit einer Stimmenmehrheit von 75 % des Kommanditkapitals gegen die Stimmen der Klägerin gefasst. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Nichtigkeit dieser Beschlüsse, weil sie als „Grundlagengeschäfte“ der Einstimmigkeit gemäß § 119 Abs. 1 HGB, zumindest aber einer Mehrheit von 76 % gemäß einem Gesellschafterbeschluss vom 5.9.1962 bedurft hätten. Es fehle aber auch schon an einer einfachen Mehrheit, weil der Klägerin nach dem genannten Gesellschafterbeschluss ein Dreifachstimmrecht zustehe. Im Übrigen liege der Gewinnfeststellung im Jahresabschluss eine unzulässig hohe Rücklagenbildung zugrunde. Schließlich sei der Jahresabschluss auch wegen unberechtigter Aufwandspositionen materiell unrichtig. Hilfsweise widerklagend begehren die Beklagten die Zustimmung der Klägerin zur Feststellung des Jahresabschlusses.

Das LG hat der Klage (unter Abweisung der Widerklage) entsprochen; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die – von dem Berufungsgericht zugelassene – Revision der Klägerin.

#### Gründe:

Die Revision bleibt erfolglos. Die mit der Klage angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse sind weder aus formellen noch aus materiellen Gründen nichtig.

1. Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht (ZIP 2006, 895 = AG 2006, 45) davon aus, dass die angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse nicht dem Einstimmigkeitserfordernis gemäß §§ 161 Abs. 2, 119 Abs. 1 HGB unterlagen.

a) Nach dem Senatsurteil vom 29.3.1996 (BGHZ 132, 263, 266) ist zwar die Feststellung des Jahresabschlusses einer Personengesellschaft im Gegensatz zu dessen Aufstellung

keine bloße Geschäftsführungsmaßnahme, welche in die alleinige Kompetenz der geschäftsführenden Gesellschafter bzw. – in einer KG – der Komplementäre (§ 164 HGB) fielen, sondern ein „Grundlagengeschäft“, das vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung im Gesellschaftsvertrag der Zustimmung aller Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten bedürfe. Das hat der Senat damit begründet, dass die Maßnahme die Verbindlicherklärung der Bilanz im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern sowie gegenüber Dritten zum Gegenstand habe und es bei der Bilanzfeststellung auch darum gehe, die Grundlage für die Berechnung der Gewinnansprüche der Gesellschafter festzulegen (vgl. §§ 120 f. HGB). Die Einstufung als derartiges „Grundlagengeschäft“ besagt indessen nichts darüber, ob der entsprechende Beschluss nur einstimmig gefasst werden kann. Denn aus § 119 Abs. 2 HGB ergibt sich, dass das für Gesellschafterbeschlüsse in einer OHG oder KG geltende Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB nicht nur für einfache Geschäftsführungsangelegenheiten, sondern auch darüber hinaus grundsätzlich dispositiv ist. Es steht den Gesellschaftern im Rahmen der Privatautonomie – in noch zu erörternden Grenzen – frei, sich im Gesellschaftsvertrag dahin zu einigen, dass das starre, praktischen Erfordernissen oftmals nicht gerecht werdende Einstimmigkeitsprinzip durch das Mehrheitsprinzip ersetzt wird, um die Flexibilität und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft in Streitfällen sicherzustellen.

aa) Entsprechende Regelungen finden sich in Gesellschaftsverträgen häufig und sind auch in dem vorliegenden Gesellschaftsvertrag (im Folgenden: GV) der O GmbH & Co. KG vorgesehen:

Gemäß § 6 Abs. 5 GV werden „Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen gefasst, soweit nicht einzelne Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages oder sonstige Vereinbarungen der Gesellschafter etwas anderes vorschreiben“. Für Beschlüsse über die Feststellung des Jahresabschlusses ist anderes nicht vorgeschrieben. Einer – ohne Zustimmung der Klägerin nicht erreichbaren – qualifizierten Mehrheit von 76 % bedürfen gemäß § 6 Abs. 6 GV nur „Änderungen des Gesellschaftsvertrages, insbesondere Veränderungen der Einlageverpflichtungen, die Auszahlung von Beträgen zu Lasten der Darlehenskonten und die Abberufung der Komplementärin“. Auch in dem Katalog „außergewöhnlicher Geschäfte“, die gemäß § 6 Abs. 7 GV der Zustimmung einer Mehrheit von 63 % bedürfen, findet sich die Bilanzfeststellung nicht. Sie fällt daher nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unter die einfache Mehrheitsklausel des § 6 Nr. 5 GV.

bb) Entgegen der Ansicht der Revision unterliegen die von der Klägerin angegriffenen Beschlüsse nicht nach dem sog. „Bestimmtheitsgrundsatz“ deshalb dem Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB, weil ihr Gegenstand nicht eigens und ausdrücklich in die Mehrheitsklausel des § 6 Abs. 5 GV einbezogen ist. Der auf die Rechtsprechung des RG (RGZ 91, 166; 151, 321; 163, 385) zurückgehende und von dem Senat in einer frühen Entscheidung (BGHZ 8, 35, 41 f.) aufgegriffene Bestimmtheitsgrundsatz beschränkt den Anwendungsbereich allgemeiner Mehrheitsklauseln auf „gewöhnliche“ Beschlussgegenstände. Im Gegensatz dazu stehen Vertragsänderungen und ähnliche die Grundlagen der Gesellschaft berührende oder in Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifende Maßnahmen, welche bei der im Gesellschaftsvertrag außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbarten Unterwerfung unter den Mehrheitswillen typischerweise nicht in ihrer vollen Tragweite erfasst werden und angesichts der Unvorhersehbarkeit späterer Entwicklungen auch regelmäßig

nicht erfasst werden können (vgl. BGHZ 85, 350, 356; BGH, DNotZ 1995, 214). Vor allem für Mehrheitsentscheidungen über nachträgliche Beitragserhöhungen (dazu RG a.a.O.) ist, wie allgemein anerkannt, schon wegen des besonderen Charakters einer solchen, nur mit – zumindest antizipiert im Gesellschaftsvertrag erteilter – Zustimmung eines jeden Gesellschafters zulässigen Lastenvermehrung (vgl. § 707 BGB) nach wie vor eine eindeutige entsprechende Legitimationsgrundlage im Gesellschaftsvertrag erforderlich, die auch Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung der Gesellschafter erkennen lassen muss (vgl. BGH, ZIP 2006, 562; DNotZ 2006, 631). Verfehlt ist indessen das Verständnis, eine Mehrheitsklausel müsse stets die betroffenen Beschlussgegenstände minutiös auflisten. Das würde den Bestimmtheitsgrundsatz, der eine Verankerung der Mehrheitsmacht im Gesellschaftsvertrag nur als Eingangsvoraussetzung für die Gültigkeit einer Mehrheitsentscheidung verlangt, zu einer Förmelien denaturieren (vgl. auch MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 709 Rdnr. 87, 88 m. w. N.). Es genügt vielmehr, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag – sei es auch durch dessen Auslegung – eindeutig ergibt, dass der in Frage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll (vgl. BGHZ 8, 35, 42; 85, 350, 356; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 16 II 2, S. 454). Mit dieser Maßgabe ist an dem Bestimmtheitsgrundsatz, dessen Erforderlichkeit als Instrument des Minderheitenschutzes neben der sog. „Kernbereichslehre“ der Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Teil offen gelassen hat (BGHZ 71, 53, 57 f.; 85, 350, 356; 132, 263, 268; BGH, DNotZ 1995, 214), festzuhalten.

Ohnehin reicht die Eindeutigkeit einer vertraglichen Regelung – und selbst eine ausdrückliche Spezifizierung im Gesellschaftsvertrag – nicht in allen Fällen aus, um eine Mehrheitsentscheidung zu legitimieren. Diese unterliegt vielmehr auf einer zweiten Stufe einer inhaltlichen Wirksamkeitsprüfung (vgl. Goette in FS Sigle, S. 145, 156 ff.; derselbe in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 119 Rdnr. 59; zustimmend Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 119 Rdnr. 39), wie sie auch von der sog. „Kernbereichslehre“ mit z.T. unterschiedlichen Akzenten gefordert wird (vgl. dazu Staub/Ulmer, HGB, 4. Aufl., § 119 Rdnr. 40 ff.; MünchKommBGB/Ulmer, § 709 Rdnr. 91 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 II 2, III 3, S. 252 ff.). Zu prüfen ist hier, ob trotz Zulassung der betreffenden Mehrheitsentscheidung im Gesellschaftsvertrag ein unzulässiger Eingriff in schlechthin unverzichtbare (vgl. dazu BGHZ 20, 363, 368; Goette in Ebenroth/Boujong/Joost, § 119 Rdnr. 53) oder in „relativ unentziehbare“, d. h. in nur mit (ggf. antizipierter) Zustimmung des einzelnen Gesellschafters oder aus wichtigem Grund entziehbare Mitgliedschaftsrechte vorliegt. Im zweiten Fall kommt es darauf an, ob die Gesellschaftermehrheit die inhaltlichen Grenzen der ihr erteilten Ermächtigung eingehalten und sie sich nicht etwa treupflichtwidrig über beachtenswerte Belange der Minderheit hinweggesetzt hat. Dies bedeutet nicht, dass einer – durch den Gesellschaftsvertrag eindeutig legitimierten – Mehrheit im Rechtsstreit der Nachweis einer sachlichen Rechtfertigung des Beschlusses obliegt (so wohl MünchKommBGB/Ulmer, § 709 Rdnr. 100); vielmehr hat umgekehrt die Minderheit den Nachweis einer treupflichtwidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen (vgl. Goette in Ebenroth/Boujong/Joost, § 119 Rdnr. 59).

b) Im vorliegenden Fall ist weder der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt noch ein materiell unzulässiger Eingriff in Gesellschafterrechte der Klägerin dargetan.

aa) Als periodisch wiederkehrende Maßnahme, die nicht mit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einhergeht, ist die

Feststellung des Jahresabschlusses ein gesetzlich vorgeschriebenes, nicht „ungewöhnliches“ Geschäft (§ 6 Abs. 7 GV) der Gesellschafterversammlung. Dem trägt der vorliegende Gesellschaftsvertrag in § 8 Abs. 3 Rechnung. Danach ist der jeweilige Jahresabschluss der Gesellschafterversammlung vorzulegen, die über dessen Feststellung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages zu beschließen hat. Da § 6 Abs. 6, 7 GV Einstimmigkeit nicht einmal für Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder für außergewöhnliche Geschäfte verlangt, ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag zweifelsfrei, dass die Bilanzfeststellung von der allgemeinen Mehrheitsklausel gemäß § 6 Abs. 5 GV erfasst wird. Das folgt im Übrigen, worauf die Revisionserwiderung der Beklagten zu 4 mit Recht hinweist, auch daraus, dass die Mehrheitserfordernisse in dem KG-Vertrag mit denjenigen in der Satzung der Komplementär-GmbH wegen des Gleichlaufs der Regelungen nach den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen übereinstimmen müssen und dort ein Mehrheitsentscheid über die Bilanzfeststellung (und die Gewinnverwendung) dem gesetzlichen Normalstatut entspricht (vgl. §§ 29 Abs. 1, 46 Nr. 1, 47 Abs. 1 GmbHG).

bb) Der Senat hat zwar in der von der Klägerin vielfach angeführten Entscheidung vom 29.3.1996 (BGHZ 132, 263, 268) angenommen, eine Mehrheitsklausel decke die Bilanzfeststellung als ein das Gewinnrecht der Gesellschafter tangierendes „Grundlagengeschäft“ nur bei ausdrücklicher Einbeziehung dieses Beschlussgegenstandes und müsse auch Art und Umfang des zulässigen Eingriffs erkennen lassen. Daran hält der Senat nicht fest. Um ein „Grundlagengeschäft“, worauf der Senat maßgeblich abgestellt hat, handelt es sich hierbei nur insofern, als mit dieser Begriffsbildung negativ abgrenzend zum Ausdruck gebracht wird, es falle nicht in die Zuständigkeit der Geschäftsführungsorgane; es berührt jedoch nicht – wie vor allem eine Vertragsänderung – die Grundlagen der Gesellschaft (vgl. *Priester*, DStR 2007, 28; *ders.* in FS Hadding S. 607, 611; *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 606), sondern betrifft eine den Gesellschaftern obliegende Angelegenheit der laufenden Verwaltung (vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II 2, S. 454). Der Jahresabschluss und dessen Feststellung enthalten auch nicht per se einen „Eingriff“ in einen (bestehenden) Gewinnanspruch, sondern sind im Grundsatz interesseneutrale Voraussetzungen für dessen Berechnung (§ 120 Abs. 1 HGB).

Es ist schließlich auch nicht ersichtlich, wie die Feststellung bzw. Verbindlicherklärung des Jahresabschlusses als solche nach Art und Ausmaß vorab im Gesellschaftsvertrag sollte quantifiziert werden können. Bilanzielle Ansatz- und Bewertungswahlrechte (dazu BGHZ 132, 263, 274) sind bei der Bilanzaufstellung zu berücksichtigen und können zwar die Höhe des Gewinns beeinflussen, sich aber je nach Sachlage zu dessen Gunsten wie zu dessen Lasten auswirken. Eine Festlegung im Gesellschaftsvertrag nach Umfang und Ausmaß wäre weder praktikabel noch – im Interesse flexibler Handhabung – sachgerecht (vgl. auch *Binz/Mayer*, DB 2006, 1599, 1604). Von der Wirksamkeit einer (einfachen) Mehrheitsklausel für die Bilanzfeststellung ist der Senat auch im Urteil vom 28.1.1991 (BGH, NJW 1991, 1890) ausgegangen. Allenfalls kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob die konkrete Beschlussfassung treuwidrig in das zum Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der Minderheit gehörende Gewinnrecht eingreift (BGHZ 132, 263, 273 f.), was hier jedoch, wie noch auszuführen ist, nicht der Fall war (dazu unten 3.).

cc) Ob dagegen eine mit der Feststellung des Jahresabschlusses einhergehende Mehrheitsentscheidung über eine in ihm

vorweggenommene Ergebnisverwendung (vgl. § 268 Abs. 1 Satz 1 HGB), wie insbesondere die Bildung offener Rücklagen (vgl. dazu MünchKommHGB/*Priester*, 2. Aufl., § 120 Rdnr. 81; *ders.*, DStR 2007, 28, 31; *Staub/Ulmer*, § 120 Rdnr. 31 f.), als „bilanzrechtliches Grundlagengeschäft“ zu qualifizieren ist (so BGHZ 132, 263, 274 f.), das wegen seiner „Kernbereichsrelevanz“ einer besonderen Mehrheitsermächtigung im Gesellschaftsvertrag mit Begrenzung nach Ausmaß und Umfang bedarf (so *Staub/Ulmer*, § 120 Rdnr. 40, 42; a. A. *Priester*, DStR 2007, 28, 31 unter Hinweis auf §§ 29 Abs. 1, 46 Nr. 1, 47 Abs. 1 GmbHG sowie auf die Wertsteigerung des Gesellschaftsanteils durch Gewinnthesaurierung), kann hier dahinstehen, weil § 9 GV eine entsprechende Regelung enthält. Nach dieser Bestimmung ist „im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ein zu verteilender Gewinn erst vorhanden, wenn ... ein Betrag in Höhe von 20 % des Jahresüberschusses einer freien Rücklage zugeführt worden ist“. Damit ist über eine bestimmte Rücklagenquote sogar schon vorab im Gesellschaftsvertrag einstimmig entschieden. Gemäß § 9 Abs. 4 GV können höhere Rücklagen mit einer (satzungsändernden) Mehrheit von 76 %, geringere mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Insofern handelt es sich um eine Entscheidung über eine in der Bilanz vorweggenommene Gewinnverwendung (vgl. *Priester*, DStR 2007, 28, 31; MünchKommHGB/*Priester*, § 120 Rdnr. 81). Da die Entscheidung über höhere oder geringere Rücklagen als 20 % in Zusammenhang mit der Bilanzfeststellung getroffen werden muss, wäre es – wie das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision zutreffend ausführt – widersinnig, wenn über die Bilanzfeststellung ohnehin einstimmig entschieden werden müsste. Dass in der Bilanz der O GmbH & Co. KG mehr als 20 % ihres Jahresüberschusses einer freien Rücklage zugeführt worden sind und aus diesem Grund eine Stimmenmehrheit von 76 % erforderlich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich (dazu unten 3.).

c) Angesichts des, wie dargelegt, eindeutigen Auslegungsergebnisses, dass die Bilanzfeststellung unter die Mehrheitsklausel gemäß § 6 Abs. 5 GV fällt, kommt es auf die weiteren von dem Berufungsgericht angeführten Gründe zur Stützung seiner – revisionsrechtlich ohnehin nur beschränkt überprüfbaren (vgl. *Boujong* in *Enbroth/Boujong/Joost*, § 105 Rdnr. 64; *Staub/Ulmer*, § 105 Rdnr. 205) – Auslegung des Gesellschaftsvertrages nicht an.

aa) Entgegen der Ansicht der Revision folgt ein gegenteiliges Auslegungsergebnis nicht aus § 8 Abs. 1, 4 GV. Danach soll die Handelsbilanz grundsätzlich, soweit handelsrechtlich zulässig, der Steuerbilanz entsprechen, und ist eine festgestellte Handelsbilanz rückwirkend anzupassen, wenn die auf ihr beruhende Steuerbilanz im Zuge der Veranlagung oder aufgrund einer Betriebsprüfung geändert wird. Abweichend hiervon, können die Gesellschafter mit der in § 6 Abs. 6 GV bestimmten Mehrheit von 76 % beschließen, dass die steuerrechtlich bedingten Änderungen erst in dem nachfolgenden Jahresabschluss zu berücksichtigen sind. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn für die Bilanzfeststellung ohnehin das Einstimmigkeitsprinzip oder ein Mehrheitserfordernis von 76 % gelten würde. Zwar handelt es sich nur um eine zeitliche Verschiebung der in § 8 Abs. 4 GV bestimmten Anpassung an die Steuerbilanz. Sie führt aber zu einer zeitlichen Verschiebung der Fälligkeit und damit der Verfügbarkeit sowie der Verzinsung des in den Fällen steuerrechtlich bedingter Bilanzänderungen regelmäßig höheren Gewinnanteils. Dies sowie die Abweichung von dem gesellschaftsvertraglich bestimmten Anpassungsgrundsatz durch besonderen Beschluss erklären die Anwendung des für Änderungen des Gesellschaftsvertrages vorgeschriebenen Mehrheitserfordernisses von

76 % – im Unterschied zu der mit einfacher Mehrheit zu beschließenden Bilanzfeststellung. Jedenfalls ergäbe das hier besonders angeordnete Mehrheitserfordernis von 76 % keinen Sinn, wenn für Bilanzentscheidungen der Gesellschafter ohnehin das Einstimmigkeitsprinzip (oder ein Mehrheitserfordernis von 76 %) gelten würde, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt.

bb) Dass aus der von dem Berufungsgericht herangezogenen Entstehungsgeschichte des Gesellschaftsvertrages (als Auslegungskriterium vgl. *Boujong* in Ebenroth/Boujong/Joost, § 105 Rdnr. 60) ein gegenteiliges Auslegungsergebnis folge, macht die Revision nicht geltend, sondern meint selbst, die damalige Sichtweise könne ohnehin nicht als entscheidend für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages in seiner aktuellen Fassung herangezogen werden.

cc) Im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich ist schließlich die Ansicht des Berufungsgerichts, die Zulässigkeit der vorliegenden Abweichung von dem Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 Abs. 1 HGB) rechtfertige sich auch daraus, dass die O GmbH & Co. KG eine von dem gesetzlichen Leitbild der §§ 105 ff., 161 ff. HGB abweichende, körperschaftliche Struktur aufweise, weil an ihr keine persönlich mitarbeitenden natürlichen Personen, sondern nur juristische Personen beteiligt seien.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision, dass die angegriffenen Beschlüsse nicht einmal mit einfacher Mehrheit gefasst worden seien, weil der Klägerin aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses vom 5.9.1962 ein dreifaches Stimmrecht zustehe.

a) Dieser Gesellschafterbeschluss stand in Zusammenhang mit dem Verkauf von 25 % der Kommanditanteile des Unternehmensgründers W an die Rechtsvorgänger der Klägerin im Jahr 1962. Er verpflichtete sich damals, die ihm verbleibende Gesellschaftsbeteiligung bis zum 28.2.1966 nach und nach auf 50 % zurückzuführen, was in der Folgezeit auch geschah. Am 5.9.1962 wurde ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen, der in § 6 Abs. 5 für Gesellschafterbeschlüsse im Grundsatz ein einfaches Mehrheitserfordernis vorsah. Am selben Tag beschloss die Gesellschafterversammlung „in Abänderung des heute beschlossenen Gesellschaftsvertrages“, dass bis zur Zurückführung der Kommanditanteile des W auf 50 %, längstens jedoch bis zum 28.2.1966 Beschlüsse gemäß § 8 Abs. 3 GV, darunter Bilanzfeststellungsbeschlüsse, einer Mehrheit von 76 % bedürfen. Für den Fall einer Versäumung der Verkaufsfrist sollte den Rechtsvorgängern der Klägerin bis zur Zurückführung der Beteiligung des W auf 50 % ein dreifaches Stimmrecht zustehen.

b) Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, diese Regelung sei inzwischen längst überholt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Gesellschafterbeschluss vom 5.9.1962 hatte lediglich eine „Abänderung des heute beschlossenen Gesellschaftsvertrages“ zum Gegenstand. Bereits der nachfolgende Gesellschaftsvertrag vom 20.6.1974, der „unter Einarbeitung der von der Gesellschafterversammlung bis zum 20.6.1974 beschlossenen Abänderungen und Ergänzungen“ abgeschlossen wurde, enthält keinerlei Hinweis auf das Mehrfachstimmrecht. Dieses wurde nach der fristgerechten Rückführung der O Anteile durch Veräußerung an die Beklagten zu 2 und 3 von den Rechtsvorgängern der Klägerin auch nie in Anspruch genommen.

aa) Unstreitig haben zwar inzwischen Mitglieder der Familie O zumindest die Mehrheit der Anteile an den Beklagten zu 2 und 3 erworben, was die Klägerin erst aufgrund der Berufungsbegründung der Beklagten erfahren haben will. Sie hat in der Vorinstanz unter Berufung auf den an den Vereinba-

rungen im Jahre 1962 beteiligten Rechtsanwalt G als Zeugen behauptet, das damals vereinbarte Mehrfachstimmrecht sei bewusst außerhalb der jeweiligen Fassung des Gesellschaftsvertrages in einer Sondervereinbarung geregelt worden; es habe zwecks Wahrung der Stimmenparität zwischen der Klägerin und der Familie O dauerhaft gelten und immer dann eingreifen sollen, wenn die Familie O einschließlich ihr nahe stehender Personen eine Beteiligung von mehr als 50 % an der O GmbH & Co. KG halten sollte. Zu keinem Zeitpunkt hätten die Gesellschafter den Willen gehabt oder zum Ausdruck gebracht, das Mehrfachstimmrecht aufheben zu wollen.

bb) Zu Recht hält das Berufungsgericht diesen Vortrag bzw. die behauptete Vereinbarung zwischen den Rechtsvorgängern der Klägerin und W aus dem Jahr 1962 für rechtsunerheblich, weil später (1974 und 1978) jeweils neue Gesellschaftsverträge – ohne Erwähnung des Mehrfachstimmrechts – abgeschlossen wurden, an denen keine der ursprünglichen Vertragsparteien, sondern andere (juristische) Personen wie insbesondere die Beklagten zu 2 und 3 (als Erwerber von 25 % der O Anteile) beteiligt waren. Dadurch wurde das Gesellschaftsverhältnis jeweils auf eine neue vertragliche Grundlage gestellt, die kein Mehrfachstimmrecht vorsah. Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf an, dass die neuen Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht den Willen zum Ausdruck gebracht haben, das Mehrfachstimmrecht aufheben zu wollen. Rechts-erheblich wäre vielmehr nur eine ausdrückliche Vereinbarung der neuen Vertragsparteien des Inhalts, dass das Mehrfachstimmrecht entgegen dem anders lautenden Inhalt der neuen Verträge aufrechterhalten bleiben solle. Das aber behauptet die Klägerin selbst so nicht. Die mit anderen Vertragspartnern jeweils neu abgeschlossenen Gesellschaftsverträge gelten daher so, wie sie abgeschlossen worden sind.

3. Zu Unrecht meint die Revision, die Feststellung des Jahresabschlusses sei nichtig, weil dieser auf unzulässig überhöhten Thesaurierungen in Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der O GmbH & Co. KG beruhe und bei einer Einbeziehung des konzernweiten Jahresüberschusses weit mehr als 20 % thesauriert worden seien, was gemäß § 9 Abs. 4 GV einer Zustimmung mit qualifizierter Mehrheit von 76 % der Stimmen bedürft hätte.

a) Die Klägerin verkennt schon im Ansatz die Funktion des Jahresabschlusses und seiner Feststellung. Der Jahresabschluss (§§ 242 f. HGB) ist nur ein Rechenwerk, in das u. a. die Forderungen und Verbindlichkeiten des Rechnungslegungspflichtigen eingehen (vgl. BGH, ZIP 2002, 802). Gewinnausschüttungsansprüche der O GmbH & Co. KG gegen ihre Tochtergesellschaften können in die Bilanz der O GmbH & Co. KG nur Eingang finden, wenn sie aktivierbar bestehen. Das setzt nach dem – gemäß § 8 Abs. 1 GV maßgeblichen – Steuerrecht grundsätzlich voraus, dass ein entsprechender Gewinnausschüttungsbeschluss bei der Tochtergesellschaft gefasst worden ist (vgl. BFH, DStR 2000, 1682; dazu List, WM 2001, 941). Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn am Bilanzstichtag der Obergesellschaft bereits eine Thesaurierung bei der Untergesellschaft beschlossen worden ist. Insofern gilt auch nach handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundsätzen (vgl. dazu BGHZ 137, 378, 381 f.) nichts anderes. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts endet das Geschäftsjahr der Untergesellschaften jeweils zwei Monate vor demjenigen der O GmbH & Co. KG, so dass an deren Bilanzstichtag in der Regel bereits festgestellte Jahresabschlüsse und Gewinnverwendungsbeschlüsse der Tochter- und Beteiligungsgesellschaften vorliegen. Soweit es im Einzelfall daran fehlt, kann

nach steuerrechtlichen Grundsätzen ein Gewinnanspruch der Obergesellschaft ohnehin nicht oder allenfalls dann aktiviert werden, wenn eine bestimmte Ausschüttungsabsicht feststeht (vgl. BFH, DStR 2000, 1682; vgl. auch BGHZ 137, 378, 382). Dazu ist im Einzelnen nichts vorgetragen. In keinem Fall ist im Rahmen der Bilanzfeststellung der O GmbH & Co. KG über die Gewinnverwendung der abhängigen Gesellschaften zu entscheiden. Gesellschafterbeschlüsse einer abhängigen Gesellschaft werden vielmehr im Grundsatz von der Geschäftsführung ihrer Gesellschafterin als deren Vertreter, im Fall einer KG durch die Komplementärin, gefasst, wie es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall auch über viele Jahre hinweg gehandhabt wurde. Ob in einem Personengesellschaftskonzern die willkürliche Bildung von Reserven bei Untergesellschaften entsprechend §§ 116 Abs. 2, 164 Satz 1 Hs. 2 HGB auch der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Obergesellschaft bedarf (so MünchKommHGB/Milbert, Bd. 3 Anh. KonzernR Rdnr. 97 m. w. N.), kann hier dahinstehen.

Da nämlich, wie bereits dargelegt, ein Gewinnanspruch der Obergesellschaft, hier also der O GmbH & Co. KG, in deren Bilanz ohne entsprechenden Gewinnausschüttungsbeschluss der Untergesellschaften nicht aktiviert werden kann, ist die vorliegende (mehrheitlich festgestellte) Bilanz insoweit richtig. Sie wäre – im Gegenteil – unrichtig, wenn sie einen Gewinn auswies, der bei den Untergesellschaften thesauriert wird. Es bestand daher bei der Bilanzfeststellung für die Gesellschaftermehrheit kein Entscheidungsspielraum, den sie treupflichtwidrig ausgeübt haben könnte. Selbst wenn man davon ausginge, dass die von der Komplementärin der O GmbH & Co. KG gefassten Gewinnverwendungsbeschlüsse der Untergesellschaften mangels Zustimmung der Gesellschafter unwirksam sind, würde es immer noch an den erforderlichen Ausschüttungsbeschlüssen als Voraussetzung für eine Aktivierung in der Bilanz der O GmbH & Co. KG fehlen. Gegen die mehrheitliche Feststellung des sonach richtigen Jahresabschlusses kann die Klägerin nichts einwenden. Ihre Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Bilanzfeststellung ist kein geeigneter Weg, ihre Ausschüttungsinteressen hinsichtlich des bei den Tochtergesellschaften thesaurierten Gewinns durchzusetzen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt (vgl. auch BGH, ZIP 2002, 802).

b) Auf § 9 Abs. 4 GV kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Diese Bestimmung verlangt nach ihrer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung durch das Berufungsgericht eine qualifizierte Mehrheit von 76 % der Stimmen nur für eine Rücklagenbildung von mehr als 20 % des Jahresüberschusses der O GmbH & Co. KG in deren Bilanz. Der von der Klägerin erstrebte Ansatz eines „konzernweiten“ Jahresüberschusses unter Einschluss des bei den Tochtergesellschaften thesaurierten Gewinns ist im Jahresabschluss der O GmbH & Co. KG nicht darstellbar. Es handelt sich eben nicht um den Gewinn aus verschiedenen „Betriebsabteilungen“ ein und derselben Gesellschaft, womit die Klägerin die jetzige Konzernsituation der O GmbH & Co. KG zu Unrecht vergleicht. Bilanzrechtlich ist die aktuelle Situation maßgeblich. Unerheblich ist, dass nach dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag aus dem Jahr 1962 die Feststellung des Jahresabschlusses (und damit auch eine in ihm vorweggenommene Gewinnverwendung) abhängiger Unternehmen in den Katalog außergewöhnlicher Geschäfte aufgenommen war, welche einer Zustimmung der Gesellschafter der O GmbH & Co. KG mit einer Mehrheit von 63 % der Stimmen bedurften. Diese Regelung findet sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in den Gesellschaftsverträgen seit 1978 nicht mehr. Im Übrigen wäre auch danach

zwischen Bilanzfeststellungs- und Gewinnverwendungsbeschlüssen auf der Ebene der Unter- und der Obergesellschaft zu unterscheiden mit der Folge, dass letztere einen Gewinnausschüttungsanspruch in ihrer Bilanz nur ausweisen könnte, wenn eine entsprechende Gewinnausschüttung für die Untergesellschaft beschlossen worden ist. Selbst wenn die Regelung im Grundsatz – mit welchem Mehrheitserfordernis auch immer – fortgelten würde, wie die Klägerin meint, würde daraus nicht die Unrichtigkeit der mit der Klage angegriffenen Beschlüsse aus dem Jahr 2003 folgen, weil es hinsichtlich der bei den Untergesellschaften thesaurierten Beträge an einem Ausschüttungsbeschluss fehlt und eine Ausschüttung in bestimmter Höhe schon angesichts der Uneinigkeit der Prozessparteien in dieser Frage nicht „so gut wie sicher“ ist, so dass ausnahmsweise bereits jetzt ein Gewinnanspruch in der Bilanz der O GmbH & Co. KG aktiviert werden könnte (vgl. BFH, DStR 2000, 1682).

c) Die Klägerin ist deshalb nicht schutzlos, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt; sie kann ihre und die Befugnisse ihrer Mitgesellschafter hinsichtlich der Gewinnverwendung bei den Untergesellschaften durch Feststellungsklage klären lassen (vgl. dazu BGHZ 132, 263), die sie im Übrigen bereits erhoben hat. Sie kann möglicherweise auch gegen die Beklagte zu 4 (Komplementärin) wegen der angeblich ihre Interessen treupflichtwidrig missachtenden Gewinnverwendungsentscheidungen vorgehen, welche die Beklagte zu 4 für die Untergesellschaften getroffen oder zugelassen hat. Darüber ist hier nicht zu entscheiden.

4. Entgegen der Ansicht der Revision ist der Jahresabschluss auch nicht wegen des dortigen Ansatzes einiger von der Klägerin gerügter Aufwandspositionen fehlerhaft.

a) Dass die genannten Aufwendungen angefallen sind, bestreitet die Klägerin nicht. Sie meint vielmehr, die Aufwendungen seien sachlich ungerechtfertigt; die O GmbH & Co. KG habe damit u. a. der Familie O obliegende Zahlungsverpflichtungen übernommen. Auch insoweit verkennt die Revision die Funktion des Jahresabschlusses, hier der GuV. Sind die Aufwendungen angefallen, so sind sie in die GuV einzustellen. Etwaige Erstattungsansprüche gegen Mitglieder der Familie O oder sonstige Dritte wegen angeblich unberechtigter Zuwendungen, die – auch in diesem Verhältnis – ersichtlich streitig sind, können erst nach ihrer Titulierung in der Bilanz der O GmbH & Co. KG aktiviert werden (vgl. BFH, DB 1989, 1949 = BB 1989, 1729; vgl. auch BGH, ZIP 2002, 802).

b) Was die angeblich unberechtigten Aufwendungen für das Sekretariat des Unternehmensgründers W angeht, so hält das Berufungsgericht den diesbezüglichen Vortrag der Klägerin im Übrigen zu Recht für präkludiert (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Der Vortrag war entgegen der Ansicht der Revision nicht als „unstreitig“ zu berücksichtigen (dazu BGHZ 161, 138); vielmehr haben sich die Beklagten hierauf wegen Verspätung gar nicht eingelassen, wie die Revisionserwiderung zu Recht ausführt.

5. Im Ergebnis zu Recht versagt das Berufungsgericht der Klägerin schließlich den Einwand, dass der festgestellte Jahresabschluss wegen des dortigen Ansatzes steuerlich nicht anerkannter Rückstellungen für „Verwaltungskosten betriebliche Altersversorgung“ in Höhe von ca. 3 Mio. DM sowie für den Pensionssicherungsverein in Höhe von ca. 10 Mio. DM in Hinblick auf die Maßgeblichkeit der Steuerbilanz unrichtig sei. Zwar mag es sein, dass der von dem Berufungsgericht herangezogene Gesichtspunkt der Bilanzkontinuität (vgl. dazu *Baumbach/Hopt/Merkt*, § 252 Rdnr. 19) einer Auflösung der bereits in den Jahresabschlüssen seit 29.2.2000 enthaltenen Rückstellungen nicht entgegensteht. Gemäß § 249 Abs. 3

Satz 2 HGB ist die Auflösung jedenfalls nicht ohne weiteres möglich (vgl. auch BGHZ 139, 167, 175). Die Klägerin hat dem Bilanzansatz in den vorangegangenen Jahresabschlüssen, wenn auch widerwillig, zugestimmt. Eine Anpassung an die Steuerbilanz ist gemäß § 9 GV nicht zwingend, sondern nur vorgeschrieben, soweit Gesellschaftervereinbarungen nicht dagegenstehen. Dass die Rückstellungen handelsrechtlich unzulässig und betriebswirtschaftlich bzw. unternehmerisch verfehlt seien, macht die Revision nicht geltend, was bei dem Gegenstand der Rückstellungen auch fern liegt. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Rückstellungsbetrag nicht isoliert, sondern muss hinsichtlich seiner „Wesentlichkeit“ als allgemeinem Kriterium für eine etwaige Nichtigkeit der Bilanz (vgl. zum Aktienrecht Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 256 Rdnr. 25) im Verhältnis zu der Bilanzsumme der O GmbH & Co. KG in Milliardenhöhe gesehen werden. Eine treupflichtwidrige Zustimmung zu dieser Rückstellung durch mehrheitliche Feststellung des Jahresabschlusses kann den Beklagten bei einer Gesamtbetrachtung der genannten Umstände jedenfalls nicht vorgeworfen werden. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist auch die tatrichterliche Würdigung, dass die Klägerin sich ihrerseits selbstwidersprüchlich und treupflichtwidrig verhalte, soweit sie wegen des angeblichen Bilanzmangels die Zustimmung zu dem Jahresabschluss verweigere.

6. Soweit das Berufungsgericht die Feststellungsklage gegen den Gewinnverwendungsbeschluss abgewiesen hat, erhebt die Revision keine gesonderten Einwände. Wie das Berufungsgericht ausführt, hat die Klägerin die Nichtigkeit dieses Beschlusses nur als Folge der behaupteten Nichtigkeit der Bilanzfeststellung geltend gemacht. Beide Beschlüsse unterlagen den gleichen Mehrheitserfordernissen. Einer Mehrheit von 76 % der Stimmen gemäß § 9 GV bedurfte es nicht, weil freie Rücklagen in Höhe von mehr als 20 % des Jahresüberschusses in der Bilanz der O GmbH & Co. KG nicht gebildet wurden, wie an anderer Stelle (unter 3.) im Einzelnen dargelegt. Ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung wurde der in der Bilanz ausgewiesene Gewinn entsprechend den Vorgaben der Satzung verteilt, ohne dass darüber eine eigentliche Entscheidung getroffen werden musste.

#### 15. GmbHG § 4 (Unzulässiger Rechtsformzusatz „gGmbH“)

**Die Abkürzung „gGmbH“ stellt keine zulässige Angabe der Gesellschaftsform dar und kann nicht im Handelsregister eingetragen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 13.12.2006, 31 Wx 084/06; eingesandt von Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München, und mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Die beteiligte Gesellschaft, die S.-GmbH, hat die Änderung ihrer Firma in „S.-gGmbH“ zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet; die Abkürzung soll für „gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ stehen. Das Registergericht hat beanstandet, dass „gGmbH“ kein zulässiger Rechtsformzusatz sei. Die Beschwerde der beteiligten Gesellschaft gegen diese Verfügung des Registergerichts hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde. Sie erwies sich als zulässig, jedoch nicht als begründet.

*Aus den Gründen:*

Das LG hat zu Recht angenommen, dass „gGmbH“ kein zulässiger Rechtsformzusatz im Sinne des § 4 GmbHG ist.

Nach § 4 GmbHG muss die Firma der Gesellschaft die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten. Die Anforderungen an den Rechtsformzusatz sind streng zu handhaben, denn das mit der nunmehr geltenden Wahlfreiheit bei der Gestaltung des Firmenkerns verbundene Defizit an Informationskraft erfordert eine entsprechend gestärkte Aussage- und Informationskraft der Firma über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 4 Rdnr. 25; *Michalski*, GmbHG, § 4 Rdnr. 38; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl., § 4 Rdnr. 46).

Die Abkürzung „gGmbH“ entspricht diesen zwingenden gesetzlichen Vorgaben nicht. § 4 GmbHG lässt als Abkürzung nur eine solche für die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ zu. Die Aufnahme weiterer Kürzel für zusätzliche Angaben, hier zum Gesellschaftszweck, kommt deshalb nicht in Betracht (so auch *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 229 a. E.). Es kann dahinstehen, ob in der ausgeschriebenen Form die Bezeichnung „gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ als Bestandteil der Firma zulässig wäre. Daraus ließe sich jedenfalls nicht ableiten, dass entgegen der gesetzlichen Regelung eine entsprechende Erweiterung der Abkürzung für den Rechtsformzusatz zuzulassen ist. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, birgt die Hinzufügung weiterer Bestandteile zu der allgemein verständlichen Abkürzung „GmbH“ die Gefahr, dass die Gesellschaft im Rechtsverkehr als Sonderform der GmbH angesehen wird und Unklarheit darüber entsteht, ob und in welchem Umfang sie den für die GmbH geltenden Regelungen, insbesondere über die Haftung, unterliegt. Die von der Rechtsbeschwerde hervorgehobene Verbreitung der Abkürzung „gGmbH“ in Fachliteratur und Medien ändert nichts daran, dass diese als Kennzeichnung der Rechtsform nach § 4 GmbHG nicht zulässig ist. Das gilt auch für den Umstand, dass in anderen Fällen dieser Zusatz im Handelsregister eingetragen wurde.

16. AktG §§ 124 Abs. 3 Satz 3, 133, 241 Nr. 5, 243; KonTraG § 1 Nr. 14 (*Keine Anfechtbarkeit bei nur marginalem Bekanntmachungsfehler*)

**Ein Bekanntmachungsfehler kann dann die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht ermöglichen, wenn er so marginal ist, dass ihm die erforderliche Relevanz fehlt. Eine derartige Relevanz ist nicht gegeben, wenn die von der AG in der Einladung gewählten Angaben den Aktionären bezüglich dieser Frage eine ausreichende Grundlage für die Entscheidung geben, ob sie an der Hauptversammlung teilnehmen wollen oder nicht, und wenn die Angaben der AG in der Einladung die Aktionäre hinreichend in die Lage versetzen, sich mit den Gegenständen der Tagesordnung zu befassen und aufgrund dieser Vorbereitung ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben. Die ungerechtfertigte Verweigerung einer Auskunft führt zur Anfechtbarkeit des Beschlusses nach § 243 Abs. 1 AktG.**

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 21.3.2006, 10 U 17/05

**Hinweis der Schriftleitung:**

Die Entscheidung ist abgedruckt in ZIP 2007, 232.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. InsO § 134; BGB § 117; ErbStG § 16 (*Anfechtbarkeit von steuerlich motivierten Zahlungen als unentgeltliche Zuwendung*)

**Vereinbart der Schuldner mit seinem Vertragspartner, dass eine Belohnung für ein bestimmtes Verhalten zur Hälfte an dessen Ehegatten gezahlt wird, um insoweit den Schenkungsteuerfreibetrag auszunutzen, und wird anschließend entsprechend verfahren, so ist die Zahlung an den Ehegatten auch dann als unentgeltliche, ohne Gegenleistung erbrachte Zuwendung anfechtbar, wenn der beabsichtigte steuerliche Erfolg aus Rechtsgründen nicht eingetreten ist.**

BGH, Urteil vom 20.7.2006, IX ZR 226/03

Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des K (fortan: Schuldner). Der frühere Beklagte zu 2, der Ehemann der Beklagten zu 1 (fortan: Beklagte), war alleiniger Vorstand der AG (fortan: AG). Der Schuldner und sein Geschäftspartner S hatten im Jahr 1996 insgesamt 94 % der Stammaktien der AG erworben. Ende 1997 planten sie den Verkauf von mindestens 85 % der von ihnen gehaltenen Aktien. Um den früheren Beklagten zu 2 zu bewegen, bis zum Verkauf im Unternehmen zu verbleiben, versprachen sie ihm einen Betrag von 4 Mio. DM, der nach dem Verkauf der Aktien schenkweise gezahlt werden sollte. Um schenkungsteuerliche Freibeträge auszuschöpfen, sollten 3 Mio. DM an den früheren Beklagten zu 2 und 1 Mio. DM an die Beklagte gezahlt werden. Am 23.4.1998 wurde ein entsprechender Vertrag notariell beurkundet.

Nach dem Verkauf der Aktien im Oktober 1998, am 4.11.1998, wurde der notarielle Vertrag dahingehend geändert, dass sich der Schuldner und S je allein verpflichteten, an den früheren Beklagten zu 2 und an die Beklagte je 1 Mio. DM in zwei Raten zu zahlen. Der Schuldner zahlte die vereinbarten Raten am 11.11.1998 und am 21.4.1999 an den früheren Beklagten zu 2 und an die Beklagte. Am 1.5.2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Mit seiner am 29.4.2002 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Beklagten auf Rückzahlung von je 511.291,88 Euro (= 1 Mio. DM) nebst Zinsen in Anspruch genommen. Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung von 255.645,94 € gegen der am 21.4.1999 gezahlten 500.000 DM gegen die Beklagte weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

### I.

Das Berufungsgericht hat die Zahlung der 500.000 DM an die Beklagte nicht für eine „unentgeltliche“ Leistung des Schuldners im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO gehalten. Zwar habe die Beklagte selbst keine Gegenleistung erbracht. Bei Zahlungsvorgängen, an denen mehrere Personen beteiligt seien, sei jedoch eine wertende Betrachtung geboten. Leistungsempfänger im Rechtssinne sei nicht zwingend derjenige, der das Geld erhalten habe. Im vorliegenden Fall sei die Zahlung als „abgekürzter Zahlungsvorgang“ zu werten, mit dem einerseits eine Leistung des Schuldners an den früheren Beklagten zu 2 und andererseits dessen Leistung an die Beklagte abgewickelt worden sei. Die steuerrechtlichen Vorstellungen der Beteiligten hätten außer Betracht zu bleiben, weil sie sachlich unzutreffend gewesen seien; tatsächlich habe keine Schenkung vorgelegen.

### II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH zu §§ 32 KO, 134 InsO ist eine Zuwendung dann als unentgeltlich anzusehen, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenüber steht, dem Leistenden also keine dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert entsprechende Gegenleistung zufließen soll (BGHZ 113, 98, 101; 141, 96, 99 f.; 162, 276, 279; BGH, WM 2006, 1156, 1157 = NJW-RR 2006, 1136). Diese Begriffsbestimmung erweist sich jedoch dann als zu eng, wenn eine dritte Person in den Zuwendungs- oder den Gegenleistungsvorgang eingeschaltet worden ist. In solchen Fällen kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Schuldner selbst einen Ausgleich für die von ihm erbrachte Leistung erhalten hat. Zu fragen ist vielmehr, ob der Empfänger seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen hatte. Dies entspricht der in § 134 Abs. 1 InsO ebenso wie in § 32 Nr. 1 KO zum Ausdruck kommenden Wertung, dass der Empfänger der Leistung dann einen geringeren Schutz verdient, wenn er keine ausgleichende Gegenleistung zu erbringen hat (BGHZ 41, 298, 302; 141, 96, 99 f.; 162, 276, 279 f.; BGH, WM 2006, 1156).

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die Beklagte unmittelbare Empfängerin der am 21.4.1999 vom Schuldner an sie gezahlten 500.000 DM.

a) Der Schuldner hat am 21.4.1999 einen Betrag von 500.000 DM auf ein Konto des früheren Beklagten zu 2 überwiesen. Grundlage der Überweisung war das notariell beurkundete „Schenkungsversprechen“ vom 4.11.1998, in dem der Schuldner versprochen hatte, der Beklagten einen Betrag von 1.000.000 DM zu schenken, und die Beklagte das Schenkungsversprechen angenommen hatte. Der Vertragsurkunde nach sollte der Schuldner den genannten Betrag unmittelbar an die Beklagte zahlen. So ist auch verfahren worden. Das Konto, auf welches das Geld in zwei Raten von 500.000 DM gelangt ist, gehörte zwar dem früheren Beklagten zu 2. Dabei handelte es sich jedoch nur um die Zahlstelle. Eine nachträgliche Änderung des Vertrages dahingehend, dass nun doch der Gesamtbetrag von 2.000.000 DM an den früheren Beklagten zu 2 gezahlt werden sollte, hat die Beklagte nicht behauptet.

b) Der Schenkungsvertrag vom 4.11.1998 ist dem eigenen Vorbringen der Beklagten nach auch nicht nur zum Schein (§ 117 BGB) geschlossen worden.

aa) Ob ein Rechtsgeschäft wirklich gewollt oder nur zum Schein geschlossen wird, hängt nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung davon ab, ob die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen, oder ob sie ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachten (BGHZ 21, 378, 382; 36, 84, 87 f.; 144, 331, 332; vgl. auch *Staudinger/Singer*, BGB, Bearb. 2004, § 117 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Kramer*, 4. Aufl., § 117 Rdnr. 12; *Erman/Palm*, BGB, 11. Aufl., § 117 Rdnr. 12). Wollen die Parteien übereinstimmend nur den äußeren Anschein eines Rechtsgeschäfts erzeugen, dessen Rechtswirkungen aber nicht eintreten sollen, sind die von ihnen abgegebenen Erklärungen wirkungslos. Setzt der von den Parteien angestrebte Zweck dagegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, spricht dies umgekehrt gegen eine bloße Simulation. Ein bei seinem Abschluss tatsächlich gewollter Vertrag wird nicht allein deshalb zum Scheingeschäft, weil der mit ihm bezweckte Erfolg in der gewählten Rechts-

form nicht erreicht werden kann (RG JW 1930, 2655; BGHZ 36, 84, 87 f.; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 117 Rdnr. 4). Wählen die Parteien eine bestimmte Rechtsgestaltung lediglich aus steuerlichen Gründen, fehlt es in der Regel nicht am erforderlichen Rechtsbindungswillen, weil die steuerliche Anerkennung ein gültiges, ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft voraussetzt. Erweist sich die gewählte Vertragsgestaltung nachträglich als zivilrechtlich nachteilig, begründet das nicht den Einwand des Scheingeschäfts. Eine bestimmte vertragliche Regelung kann nicht gleichzeitig steuerlich gewollt, zivilrechtlich aber nicht gewollt sein (BGHZ 67, 334, 338; 76, 86, 89 f.; BGH, WM 1990, 856, 858 = DNotZ 1991, 492; ZIP 1993, 1158, 1159 = NJW 1993, 2609). Anderes gilt nur dann, wenn die Parteien eine Steuerhinterziehung begehen wollten; denn zur Täuschung der zuständigen Finanzbehörden reicht der äußere Anschein eines Rechtsgeschäfts aus (vgl. BGHZ 67, 334, 338; BGH, NJW 1993, 2609; BGHR 2003, 453, 454).

bb) Grundlage aller Zahlungen des Schuldners war, dass der frühere Beklagte zu 2 seine Tätigkeit als Vorstand der AG bis zum Verkauf der Anteilsmehrheit fortsetzte. Der frühere Beklagte zu 2 wollte jedoch, dass der Schuldner zwei Raten von je 500.000 DM unmittelbar an die Beklagte zahlte, damit auch deren Schenkungsfreibetrag ausgeschöpft wurde. Der Schuldner und die Beklagte waren damit einverstanden. Nach Vorstellung aller Beteiligten sollten damit die Steuerlasten vermindert werden, die den früheren Beklagten zu 2 als alleinigen Empfänger von 2.000.000 DM gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG getroffen hätten. Beide Eheleute sollten den persönlichen Freibetrag nach § 16 ErbStG geltend machen können, nicht nur der frühere Beklagte zu 2. Dazu sollten die jeweiligen Beträge tatsächlich unmittelbar vom „Schenker“ an die Beklagte gezahlt werden, nicht nur zum Schein. Eine beabsichtigte Steuerhinterziehung hat die Beklagte nicht nur nicht behauptet, sondern mit Nachdruck in Abrede gestellt. Der notariell beurkundete Schenkungsvertrag war damit von allen Beteiligten – auch vom Schuldner und von der Beklagten – inhaltlich uneingeschränkt gewollt. Dass das Ziel, Steuern zu sparen, nicht erreicht werden konnte, weil der gesamte Vorgang der Einkommensteuer unterfiel, ändert daran ebenso wenig etwas wie die anfechtungsrechtlich schwache Stellung der Beklagten in der Insolvenz des Schuldners.

c) Aus den gleichen Gründen lässt sich die Abwicklung des Vertrages nicht – wie das Berufungsgericht angenommen hat – in einen „abgekürzten Zahlungsvorgang“ umdeuten, mit dem eine Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem früheren Beklagten zu 2 erfüllt worden und zugleich eine Zuwendung des früheren Beklagten zu 2 an die Beklagte erfolgt ist. Nach dem notariellen Vertrag vom 4.11.1998 hatte der Schuldner insoweit allein an die Beklagte zu zahlen, nicht an den früheren Beklagten zu 2.

3. Die übrigen Voraussetzungen des § 134 Abs. 1 InsO sind ebenfalls erfüllt. Die Beklagte hat keinerlei Gegenleistung an den Schuldner erbracht. Die Zahlung erfolgte innerhalb der Frist von vier Jahren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.5.2000. Sie hat zu einer Benachteiligung der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger geführt. Wäre sie nicht erfolgt, stünde der Betrag von 500.000 DM der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger zur Verfügung. Ob die zwischen dem Schuldner und seinem Geschäftspartner S einerseits, dem früheren Beklagten zu 2 und der Beklagten andererseits getroffene „Gesamtvereinbarung“ über den Verbleib des Beklagten zu 2 in der AG gegen Zahlung von insgesamt 4.000.000 DM für den Schuldner günstig war, weil so ein Wertverlust der zu verkaufenden Aktien vermieden wurde, ist in diesem Zusammenhang nicht

von Bedeutung. Mehrere Rechtshandlungen des Schuldners sind auch dann anfechtungsrechtlich selbständig zu betrachten, wenn sie gleichzeitig vorgenommen worden sind oder sich wirtschaftlich ergänzen (BGH, ZIP 2002, 489, 490 = NJW 2002, 1574; ZIP 2003, 2370, 2371 = NJW-RR 2004, 846; ZIP 2005, 1521, 1523). Der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung ist deshalb isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung der Passiva des Schuldners zu beurteilen. Dabei sind lediglich solche Folgen zu berücksichtigen, die an die anzufechtende Rechtshandlung selbst anknüpfen. Eine Vorteilsausgleichung findet grundsätzlich nicht statt (BGH, ZIP 2005, 1521, 1523). Der Zuwendung der jetzt noch streitigen 500.000 DM an die Beklagte stand keine den Verlust ausgleichende Gegenleistung gegenüber.

### III.

Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Gemäß § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO hat der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen umfangreich zum Verbleib der ihr zugewandten 500.000 DM – insbesondere zum Erwerb von Aktien und zu in der Folgezeit eingetretenen Verlusten – vorgetragen und Beweis angetreten. Mit diesem Vorbringen wird das Berufungsgericht sich nach der Zurückverweisung (§ 563 Abs. 1 ZPO) auseinandersetzen haben. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob und von welchem Zeitpunkt an die Beklagte wusste oder den Umständen nach wissen musste, dass die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligte (§ 143 Abs. 2 Satz 2 InsO).

## Anmerkung:

### 1. Einleitung

Das vorstehend abgedruckte Urteil des IX. Zivilsenats lässt den Leser vor allem wegen seines Leitsatzes erschrecken. Dieser erweckt den Anschein, Zahlungen im abgekürzten Leistungsweg seien besonderen Insolvenzrisiken ausgesetzt und könnten nicht mehr insolvenzfest vereinbart werden. Nicht wenigen wird der Gedanke an die vielen Übertragungsverträge, bei denen der Übernehmer Ausgleichsleistungen an Geschwister oder dritte Personen versprochen und geleistet hat, gekommen sein. Muss nun befürchtet werden, dass im Insolvenz- oder sonstigen Gläubigeranfechtungsfall eine solche Ausgleichsleistung, die in der Regel im Rahmen eines echten oder unechten Vertrags zugunsten Dritter geflossen ist, von den Empfängern zurückgeleistet werden muss, obwohl der Übergeber eine Leistung in das Vermögen des Übernehmers erbracht hat? Wäre dies die Aussage des Urteils, müssten viele Vertragsgestaltungen neu überdacht werden.

Mit dem Verständnis des Urteils tut man sich deshalb besonders schwer, weil der Sachverhalt auf den ersten, zweiten und auch den dritten Blick auf eine klassische abgekürzte Zahlung hindeutet. Der Ehemann verpflichtet sich zu einer Leistung (länger als eigentlich gewollt, im Unternehmen zu verbleiben). Im Gegenzug verspricht ein Gesellschafter des Unternehmens der Ehefrau die Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Die Tatsache, dass zugunsten der Ehefrau ein Schenkungsversprechen beurkundet wurde, hat auch das Finanzamt nicht davon abhalten können, die Zahlung als das zu bewerten, was sie allem wirtschaftlichen Anschein nach ist, nämlich eine echte Gegenleistung für die erbrachten Dienste des Ehemanns. Die Beteiligten wollten hier eine „Schenkung“, um

die im Rahmen von Verwandtschaftsbeziehungen bestehenden Freibeträge des Schenkungsteuerrechts auszunutzen und den an den Ehemann gezahlten „Arbeitslohn“ nicht der Besteuerung nach dem Einkommensteuergesetz, sondern nach dem wesentlich günstigeren Schenkungsteuergesetz (es handelte sich offensichtlich um Verwandte) zu unterwerfen.

## 2. Die Zahlung als echte Schenkung

Die Besonderheit des Urteils liegt nun darin, dass der IX. Senat die Zahlung an die Ehefrau trotz der offensichtlichen Sachlage und der insoweit zutreffenden Bewertung durch die Finanzbehörde dennoch als echte Schenkung einstuft. Hätte, und das stellt die beruhigende Schlussfolgerung aus der Analyse der Urteilsgründe dar, der BGH die Schenkung als Scheingeschäft eingeordnet, so hätte auch die an die Ehefrau geleistete Zahlung nicht im Wege der Schenkungsanfechtung zurückgefordert werden können.

Ausführlich beschäftigt sich der BGH nämlich mit den Voraussetzungen dieser Schenkung. Die zunächst missverständlichen Ausführungen unter II.1., die darauf hindeuten scheinen, dass bei einer Leistung an einen Dritten, für die dieser keine Gegenleistung erbracht hat, immer eine Schenkungsanfechtung in Frage kommt, werden durch die nachfolgenden urteilstragenden Überlegungen relativiert. Der BGH formuliert wörtlich: „In solchen (Dreipersonenverhältnissen) Fällen kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Schuldner selbst einen Ausgleich für die von ihm erbrachte Leistung erhalten hat. Zu fragen ist vielmehr, ob der Empfänger seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen hatte.“ Würde der BGH damit meinen, dass eine Schenkungsanfechtung immer dann schon in Frage kommt, wenn nur der Leistungsempfänger keine Gegenleistung an den Insolvenzschuldner erbracht hat, hätte dies sicher katastrophale Folgen. Was der BGH tatsächlich im Auge hat, ist, den Begriff des Leistungsempfängers richtig zu definieren. Er sieht in Dreipersonenverhältnissen, bei denen es wirtschaftlich um die Abkürzung von Zahlungswegen geht, offenbar keine Schenkung im Sinne des Urteils. Wäre dem nicht so, hätte sich der Senat die Ausführungen zur Frage des Schenkungstatbestandes gegenüber der Ehefrau schlicht sparen können. Zu diesen Ausführungen kommt es nur, weil der BGH feststellen wollte, dass es sich bei der an die Ehefrau geleisteten Zahlung nicht etwa um eine im abgekürzten Zahlungswege handelte, sondern um eine an die Ehefrau direkt gerichtete Zuwendung des Insolvenzschuldners.

Die Schlüsselargumente des BGH dazu sind die folgenden: Da die Beteiligten zum Erreichen des von ihnen geplanten steuerlichen Ziels unbedingt eine Schenkung durchführen mussten, wollten sie diese auch. Die Schenkung sei damit unbedingt gewollt gewesen. Auf das objektive Element, dass es sich nicht um eine Schenkung handelte, weil die erbrachte Zahlung Gegenleistung für die weiteren Arbeitsleistungen des Ehemanns war, komme es nicht an. Der BGH stellt hier für die Bewertung des Sachverhalts auf eine rein subjektive Betrachtung ab, die die objektiven Tatsachen außen vor lässt. Richtig daran ist, dass, wenn die Beteiligten tatsächlich eine echte Schenkung wollten, es sich auch um eine solche handelt. Denn den Zweck einer Leistung vorzugeben, ist Sache der am Leistungsverhältnis Beteiligten. Wenn aber tatsächlich eine Schenkung an die Ehefrau gewollt und durchgeführt war, dann spielt die etwa vom Ehemann erbrachte Leistung für die Frage der Verwirklichung eines Anfechtungstatbestandes keine Rolle. Schenkung ist Schenkung, gleichgültig ob in deren Zusammenhang auch eine andere Leistung vorgenommen wird.

Dass der BGH sich mit der Frage, inwieweit eine Abgrenzung zwischen dem Eingehen des Schenkungsversprechens und der tatsächlichen Schenkung erforderlich ist, nicht auseinandersetzt, ist im Hinblick auf die Feststellungen des Senats zum Vorliegen der Schenkung konsequent. Steht fest, dass die an die Ehefrau geleistete Zahlung und das ihr zugrundeliegende Versprechen als echte Schenkung intendiert war, erübrigt sich die Diskussion und die anfechtungsrechtliche Differenzierung zwischen Versprechen und Leistung.

Die rechtliche Auseinandersetzung mit dem Urteil kann an sich hier enden. Dass eine echte Schenkung angefochten werden kann, ist wenig spektakulär und braucht den Notar für künftige Gestaltungsüberlegungen auch nicht zu stören. In praktisch allen in der notariellen Praxis vorkommenden Drittzuwendungskonstellationen liegt gerade keine echte Schenkung an den Dritten vor. Ausgleichszahlungen aus Übergabeverträgen erfolgen nicht als Geschenk, sondern nur um der Verpflichtung gegenüber dem Übergeber nachzukommen.

## 3. Die problematische Würdigung des Sachverhalts

Einige Worte sollen allerdings dennoch zur Würdigung des Sachverhalts durch den BGH fallen. Dass der BGH eine Schenkung angenommen hat, wo aus objektiver Sicht keine ist, zwingt das Gericht (was allerdings als Revisionsinstanz an sich nicht seine Aufgabe ist) dazu, die Erklärungen der Beteiligten daraufhin zu würdigen, was diese denn tatsächlich gewollt haben. Kern des Urteils ist es denn auch, diese, dem Rechtsgefühl widerstrebende Wertung sachlich zu begründen. Dazu wendet der BGH unter II. 2. b aa und bb knapp über zwei Seiten des Urteils auf.

Im Wesentlichen beschäftigt sich der Senat damit, was die „Beschenkte“ zum Inhalt des Geschäfts ausgesagt hat. Deren Behauptungen, wie das Rechtsgeschäft gemeint war, spielen jedoch für die Schenkungsanfechtung keine Rolle. Entscheidend war, was der spätere Insolvenzschuldner bei der Zuwendung im Sinn hatte. Auf ihn wird aber im Urteil gar nicht eingegangen. Wollte dieser nicht schenken, sondern tatsächlich eine im Verhältnis zum Ehemann bestehende Verbindlichkeit erfüllen, fiel auch die Schenkungsanfechtung aus. Ebenso wenig zielführend sind die Ausführungen dazu, dass die Beteiligten zur Erreichung des von ihnen gewollten steuerlichen Zwecks, wenn denn keine Steuerhinterziehung geplant gewesen sein sollte, nur eine echte Schenkung hätten durchführen wollen können. Dass nur eine echte Schenkung zur Anwendung des Schenkungsteuergesetzes führt, steht außer Frage. Einzig entscheidend ist aber auch hier, was der Schuldner mit der Zuwendung an die Ehefrau bezwecken wollte. Wie der BGH davon ausgehen kann, dass erkennbar die Zuwendung der Mittel Abgeltung der Leistungen des Ehemannes sind, gleichzeitig aber die Beteiligten etwas anderes wirklich gewollt haben sollen, ist schwer nachvollziehbar. Entsprechend schwer tut sich auch der Senat mit der Begründung, was sich an folgender Formulierung zeigt: „Grundlage aller Zahlungen des Schuldners war, dass der frühere Beklagte zu 2 seine Tätigkeit als Vorstand der AG bis zum Verkauf der Anteilsmehrheit fortsetzte.“ Wenn dies denn aber Ausgangspunkt der Zahlung war, wie konnte der Insolvenzschuldner dann schenken wollen? Die Beteiligten selbst in solch umfassendem Maße für die Würdigung des Sachverhalts heranzuziehen, hat überdies schon deshalb einen etwas faden Beigeschmack, weil diese kaum etwas anderes als eine echte Schenkung behaupten konnten. Um den Vorwurf der strafrechtlich relevanten Steuerhinterziehung zu vermeiden, mussten diese an der Schenkungsbehauptung festhalten.

Der Insolvenzverwalter befand sich mit dem ihm vorliegenden Sachverhalt im Anfechtungshimmel. Wichen die Beklagten von ihrer Behauptung ab, es sei eine Schenkung intendiert gewesen, drohte die strafrechtliche Verfolgung wegen Steuerhinterziehung und das angesichts der beträchtlichen Steuern mit ganz erheblichen Konsequenzen. Taten sie das einzig ihnen Mögliche und hielten an der Behauptung fest, konnte der Insolvenzverwalter sich auf das Vorliegen eines anfechtungsrelevanten Tatbestandes berufen. Das Anfechtungsrecht wird so zu einem Ersatzstrafrecht.

#### 4. Fazit

Für die notarielle Praxis ergeben sich durch das Urteil keine Veränderungen und es löst daher keinen Handlungsbedarf aus. Die angesichts des Leitsatzes zunächst angebrachte Sorge, das Urteil könne dramatische Konsequenzen für Drittzuwendungsfälle haben, bestätigt sich bei näherem Studium der Urteilsgründe tatsächlich nicht. Es ist eine reine Einzelfallentscheidung, die ihre Brisanz nur darin hat, dass der IX. Senat entgegen aller objektiven Umstände eine Schenkung im Verhältnis zwischen Insolvenzschuldner und Zahlungsempfänger angenommen und so eine Leistungsbeziehung zum Ehemann verneint hat. Die insbesondere für Übertragungsverträge typische Situation der abgekürzten Zahlungen trifft das Urteil nicht. Vielleicht ließe sich der Leitsatz des Urteils etwas klarer fassen, um die erzeugten Missverständnisse zu vermeiden. Lauten müsste dieser: „Vereinbart der Schuldner (...) steuerliche Erfolg aus Rechtsgründen nicht eingetreten ist. *Dies gilt allerdings nur, wenn Insolvenzschuldner und tatsächlicher Zahlungsempfänger bei der Leistung nicht eine Erfüllung des Belohnungsversprechens, sondern entgegen der objektiven Tatsachen eine echte Schenkung wollten.*“

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1 (*Prüfpflicht des Notars bei Auszahlung von Anderkonto*)

1. **Die dem Notar erteilte Anweisung, eine Auszahlung vom Notaranderkonto erst nach Erteilung einer Verwalterzustimmung vorzunehmen, begründet eine dritt-schützende Amtspflicht im Sinne des § 19 BNotO.**
2. **Der Notar ist bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte verpflichtet, vor einer Auszahlung vom Notaranderkonto zu prüfen, ob ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des anweisenden Zahlungsempfängers eröffnet ist. (Leitsatz des Einsenders)**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.7.2006, 4 U 111/05; eingesandt von Notarassessor Dr. Markus Stuppi, Bruchmühlbach-Miesau

Der Kläger begehrt als Insolvenzverwalter von dem beklagten Notar Schadensersatz gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, weil der Beklagte am 5.2.2004 im Zusammenhang mit der Abwicklung des notariellen Kaufvertrages vom 18.12.2003 über einen Miteigentums- und Sondereigentumsanteil des Gemeinschuldners an einer Wohneinheit pflichtwidrig verfrüht einen Teil des Kaufpreises ausbezahlt habe.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die am 5.2.2004 vom Notaranderkonto vorge-

nommenen Auszahlungen zwar verfrüht erfolgt seien, da die Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft erst am 17.11.2004 erfolgt sei und somit eine Amtspflichtverletzung des Beklagten im Sinne des § 19 BNotO vorliegen würde. Es fehle aber der erforderliche Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden. Die nach § 12 Abs. 1 WEG erforderliche Zustimmung der Mit- und Sondereigentümer bezwecke allein den Schutz der Interessen der Wohnungseigentümer. Ziff. III. 4. c des notariellen Kaufvertrages vom 18.12.2003 sei daher dahingehend auszulegen, dass dem Beklagten lediglich zum Schutz der Käufer die Pflicht auferlegt worden sei, über den Kaufpreis erst nach Verwalterzustimmung zu verfügen. Durch die vertragliche Regelung hätten hingegen weder der Verkäufer noch der Kläger als Insolvenzverwalter geschützt werden sollen. Es könne daher auch dahinstehen, ob sich der Beklagte auf § 82 InsO berufen könne.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers führt im Wesentlichen zum Erfolg. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 40.637,49 € Schadensersatz (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung seiner möglichen Ansprüche gegen die Streitverkündeten.

Der Beklagte hat seine Verwahrungspflichten als Mittelverwendungstreuhänder im Rahmen der Amtstreuhandpflichtwidrig dadurch verletzt, dass er am 5.2.2004 Auszahlungen von dem auf dem Notaranderkonto eingegangenen Kaufpreis an Dritte vorgenommen hat, obwohl zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung des WEG-Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentumsanteils nicht vorgelegen hat. Im Übrigen hat der Beklagte seine Treuhandpflichten dadurch verletzt, dass er vor Auszahlung der Gelder an Dritte nicht überprüft hat, ob gegen den anweisenden Verkäufer ein Insolvenzverfahren eröffnet ist.

1. Entgegen der Rechtsauffassung des Erstgerichts ist der erforderliche Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und dem Schaden des Klägers zu bejahen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Beklagte entgegen der Regelung in Ziff. III. 4. c des notariellen Kaufvertrages vom 18.12.2003 am 5.2.2004 Teile des Kaufpreises an Dritte ausgezahlt hat, obwohl die erforderliche Zustimmung des Hausverwalters der Wohnungseigentümergeinschaft zum Verkauf erst am 17.11.2004 vorlag.

Treugeber bzw. materiell Berechtigte bei einer Amtstreuhand sind jedenfalls diejenigen Personen, in deren Interessen die Verwahrung erfolgt und durch die sie geschützt werden sollen. Bei vertraglicher Vereinbarung handelt es sich in der Regel um eine Doppel- oder Mehrfachtreuhand. Vereinbaren z. B. die Parteien eines Grundstückskaufvertrages, dass der Käufer den Kaufpreis auf ein Anderkonto des Urkundsnotars zu zahlen und dieser ihn nach Eintritt bestimmter Bedingungen an den Verkäufer auszukehren hat, so sind Verkäufer und Käufer Treugeber; die Verwahrung erfolgt im Interesse beider Vertragsparteien zum beiderseitigen Schutz vor ungesicherten Vorleistungen (vgl. *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., § 23 Rdnr. 16). Daraus folgt, dass Ziff. III. des Kaufvertrages nicht nur dem Schutze der Käufer, sondern auch des Verkäufers diene.

Im Übrigen können nach der Rechtsprechung des BGH nach der sogenannten Funktions- und Zwecktheorie über den Kreis der unmittelbar und mittelbar Beteiligten hinaus auch Amtspflichten des Notars gegenüber Dritten verletzt werden, die in keiner Weise mit dem Notar in Verbindung getreten sind (vgl. *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 36 ff.

m. w. N.). Dabei ist jedoch erforderlich, dass nicht nur die Belange eines Dritten durch die Amtshandlung beeinträchtigt werden, sondern dass eine Beeinträchtigung dessen vorliegt, dessen Interesse nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts gerade durch die statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigungen geschützt werden soll. Dies ist vorliegend bezüglich der Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft als Dritte zu bejahen. Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft übt die Zustimmungsrechte der Wohnungseigentümer als Treuhänder für die Eigentümergemeinschaft aus und nimmt deren Interessen wahr. Ziffer III des Kaufvertrages dient also auch dem Schutz der Wohnungseigentümergeinschaft, deren Mitglied auch der Verkäufer als noch eingetragener Eigentümer ist, wobei vor allem aus wirtschaftlichen Gründen zur Sicherstellung der rückständigen Beitragsleistungen ein Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf künftige Erwerber von Wohnungseigentum statuiert wird (vgl. *Pick* in *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 1 und § 27 Rdnr. 213 ff.).

Vorliegend macht der Kläger nach der herrschenden Amtstheorie als besonderes Rechtspflegeorgan zudem auch die Interessen der Gläubiger des Gemeinschuldners geltend und ist nicht nur als Vertreter der Interessen des Verkäufers anzusehen. Soweit das Erstgericht auf eine Entscheidung des OLG Schleswig vom 13.10.2000 (OLGR Schleswig 2000, 187) verweist, ist der dortige Sachverhalt mit dem hiesigen nicht vergleichbar. Im dortigen Fall hatte der Notar einen Kaufpreisanteil verfrüht direkt an den Entschließer ausbezahlt, der anschließend den Kaufpreisanteil nicht zweckentsprechend verwandt hatte bzw. insolvent wurde.

Hätte der Beklagte vorliegend pflichtgemäß erst die Zustimmung des WEG-Verwalters vor der Auszahlung der Gelder eingeholt (und nicht erst neun Monate danach), wäre ihm durch das Anschreiben des Klägers vom 13.4.2004 bekannt geworden, dass über das Vermögen des anweisenden Verkäufers ein Insolvenzverfahren eröffnet ist.

2. Vorliegend hat der Beklagte zudem vor Auszahlung der Gelder trotz Vorliegens von Indizien hierfür pflichtwidrig nicht geprüft, ob ein Insolvenzverfahren gegen den anweisenden Verkäufer eröffnet ist.

Zur Sachverhaltsaufklärungspflicht des Notars gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gehört es auch, die Vertretungsmacht und die Verfügungsbefugnis der Parteien zu klären. Die Rechtsinhaberschaft der Beteiligten muss der Notar prüfen, wenn sich insoweit konkret Verdachtsmomente aufdrängen oder die Prüfung – wie für den Grundbuchverkehr (§ 21 BeurkG) – besonders vorgeschrieben ist. Zwar war zum Zeitpunkt der Beurkundung und zum Zeitpunkt der Auszahlung kein Sperrvermerk bezüglich der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragen, sondern erfolgte dies erst am 21.4.2004. Jedoch war unter der allgemein bekannten Internetadresse „www.insolvenz bekanntmachungen.de“, die nunmehr die früher übliche Bekanntmachung im amtlichen Verkündungsblatt ersetzt, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Verkäufer bereits seit dem 15.12.2003, also vor Beurkundung des notariellen Kaufvertrags am 18.12.2003 und vor den erfolgten Überweisungen des Kaufpreises an Dritte am 5.2.2004, eingestellt. Auf dieser Internetseite kann unter Angabe des Namens der betreffenden Person von jedermann mit einem „einfachen Klick“ festgestellt werden, ob über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren in Rheinland-Pfalz eröffnet ist.

Der BGH hat in einer Entscheidung vom 15.12.2005 (ZIP 2006, 138) im Hinblick auf ein Freiwerden einer Bank von

ihren Verpflichtungen aus dem Giroverhältnis bei Überweisungen von Geldern vom Konto eines Gemeinschuldners auf die Wertung des § 82 InsO verwiesen. Aus dieser Vorschrift folge, dass bei Überweisungen nach Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Bank als Überweisende die Pflicht treffe nachzuweisen, dass sie zum Zeitpunkt der Leistung die Verfügungsbeschränkung des Kunden nicht gekannt hat. Nach Auffassung des Senats ergibt sich aus dieser Entscheidung auch der Grundsatz, dass Banken als Überweisende die Pflicht trifft, in ihrem Geschäftsbereich die Entwicklung des Wirtschaftslebens unter Einbeziehung von Insolvenzen zu beobachten und Organisationsstrukturen zu schaffen, die sicherstellen, dass entsprechende Informationen aufgenommen und an alle Entscheidungsträger weitergeleitet werden.

Diese rechtliche Wertung findet auch bei einer Verletzung der Pflichten des Notars bei einer Amtstreuhandtschaft Anwendung, d. h. der Notar muss vor Auszahlung der Gelder prüfen, ob nicht ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anweisenden eröffnet ist. Dabei ist vorliegend zwischen der reinen Beurkundungstätigkeit eines Notars einerseits und der hier vorliegenden Verletzung von zusätzlich vereinbarten Treuhandpflichten andererseits durch Ziff. III. des notariellen Kaufvertrages zu unterscheiden.

Vorliegend waren zudem Indizien für eine mögliche Insolvenz des anweisenden Verkäufers vorhanden, da die Auszahlung des Kaufpreises ausschließlich an Dritte erfolgte. Der Beklagte kann auch nicht auf die Haftungsprivilegierung des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO verweisen, da diese nicht für die notarielle Verwahrung nach § 23 BNotO gilt (vgl. *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 64).

3. Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten berechnet sich der Höhe nach wie folgt, wobei der Kläger im Berufungsverfahren in der Hauptsache nur noch eine Zahlung von 40.637,49 € als Schadensersatz erstrebt.

Kaufpreis	74.500 €
·/. Lastenfreistellung	30.810,01 €
·/. Notarkosten	1.815,46 €
·/. Blitzgirokosten	7,50 €
Summe:	41.867,03 €

Nach dem unstreitigen Sachvortrag hat der Beklagte am 5.2.2004 eine Auszahlung in Höhe von 5.000 € an X, von 26.500 € an die Y und von 9.163,74 € an den Z vorgenommen.

Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Kaufvertrag vom 18.12.2003 vom Kläger am 20.1.2005 genehmigt wurde. Denn bereits mit Schreiben vom 2.9.2004 hat der Kläger die Weisungen des Insolvenzschuldners widerrufen und den Beklagten aufgefordert, die eingehenden Kaufpreiszahlungen auf sein Anderkonto vorzunehmen, wenn die Zustimmung des Hausverwalters der Wohnungseigentümergeinschaft vorliegt.

4. Der Beklagte hat jedoch gem. § 255 BGB einen Anspruch auf Abtretung aller Ansprüche, die dem Kläger gegebenenfalls gegen die Streitverkündeten zustehen. Insofern hat der Beklagte bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 7.4.2005 sein bestehendes Zurückbehaltungsrecht ausgeübt.

Da der Kläger daraufhin die entsprechenden Ansprüche nicht abgetreten hat, werden auch keine Zinsen aus dem Schadensersatzbetrag geschuldet, da der Beklagte wegen des bestehenden Zurückbehaltungsrechts noch nicht zu einer Zahlung verpflichtet war.

**Anmerkung:**

Kein Leser dieser Zeitschrift wird bestreiten wollen, dass die deutschen Notarinnen und Notare mutige Vorreiter bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs sind. Die Informationsmöglichkeiten, die sich aus amtlichen elektronischen Bekanntmachungen erschließen lassen, können aber auch zur Last werden, wie das zu besprechende Urteil des Pfälzischen OLG vom 27.7.2006 zeigt.

**1. Sachverhalt**

Der von einer Schadensersatzklage betroffene Notar hatte am 18.12.2003 einen Kaufvertrag über Wohnungseigentum beurkundet. Die Wirksamkeit des Vertrages sollte von der Zustimmung des Verwalters der Eigentümergemeinschaft abhängen. Der Notar übernahm die Verwahrung des Kaufpreises auf einem Notaranderkonto. Auszahlungen von dem Konto sollte er erst nach Erteilung der Verwalterzustimmung vornehmen. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war über das Vermögen des Verkäufers bereits das Insolvenzverfahren eröffnet. Die entsprechende Bekanntmachung war seit dem 15.12.2003 in der amtlichen Internetauskunft unter der Adresse [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de) eingetragen und abrufbar. Im Grundbuch wurde die Insolvenzeröffnung erst im April 2004 verlautbart. Inzwischen hatte der Notar auf Weisung des insolventen Verkäufers Auszahlungen aus dem Notaranderkonto an Dritte vorgenommen. Im September 2004 stimmte der Verwalter der Veräußerung des Wohnungseigentums schließlich zu.

Der Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Verkäufers verlangte von dem Notar die Bereitstellung des ausgezahlten Betrages im Wege des Schadensersatzes nach § 19 BNotO. Zur Begründung wies er darauf hin, dass der Notar Auszahlungen von dem Notaranderkonto vorgenommen hatte, obwohl die Zustimmung des Verwalters der Eigentümergemeinschaft zur Veräußerung noch nicht vorlag. Weiter trug der Insolvenzverwalter vor, der Notar hätte wegen des eröffneten Insolvenzverfahrens nicht mit befreiender Wirkung an den Verkäufer bzw. an von ihm benannte Dritte zahlen können. Offenbar – dies wird aus den Entscheidungsgründen aber nicht hinreichend deutlich – ging der Kläger davon aus, dass der Notar von dem eröffneten Insolvenzverfahren Kenntnis hatte. Der Notar hat dies offenbar bestritten und sich wohl auf die Vermutung des § 82 Satz 1 InsO berufen. Vertiefend hat er dazu vorgetragen, dass er sich auf den Grundbuchstand verlassen habe; im Grundbuch sei kein Vermerk über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragen gewesen.

Das Pfälzische OLG hat den Notar im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt. Unter anderem hat es ausgeführt, der Beklagte habe seine Amtspflichten dadurch verletzt, dass er Auszahlungen vom Notaranderkonto vorgenommen habe, obwohl die Verwalterzustimmung noch nicht vorgelegen habe, ferner dadurch, dass er vor der Auszahlung nicht überprüft habe, ob gegen den Verkäufer ein Insolvenzverfahren eröffnet sei. Es hätten Indizien dafür vorgelegen, dass dies der Fall war. Der Notar sei deshalb verpflichtet gewesen, eine Überprüfung unter der Internetadresse [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de) vorzunehmen. Insoweit sieht der Senat eine Pflicht des Notars zur Sachverhaltsaufklärung gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Danach sei der Notar verpflichtet, die Vertretungsmacht und die Verfügungsbefugnis der Parteien zu klären. Der Notar müsse „die Rechtsinhaberschaft der Beteiligten prüfen, wenn sich insoweit konkrete Verdachtsmomente aufdrängen oder die Prüfung – wie für den Grundbuchverkehr (§ 21 BeurkG) – besonders vorgeschrieben ist“. Auf das Fehlen eines Sperrver-

merks im Grundbuch dürfe der Notar sich nicht verlassen, sondern er müsse aktiv die Internetadresse für Insolvenzbekanntmachungen „anklicken“.

Ergänzend bezieht sich der Senat auf eine Entscheidung des BGH vom 15.12.2005<sup>1</sup>, die zum Bankrecht ergangen ist. Bei Überweisungen nach Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens müsse die Bank als Überweisende in Anwendung der Wertung des § 82 InsO nachweisen, dass sie zum Zeitpunkt ihrer Leistung die Verfügungsbeschränkung des Bankkunden nicht gekannt habe. Banken treffe – so zitiert das Pfälzische OLG den BGH – die Pflicht, in ihrem Geschäftsbereich die Entwicklung des Wirtschaftslebens unter Einbeziehung von Insolvenzen zu beobachten und Organisationsstrukturen zu schaffen, die sicherstellen, dass entsprechende Informationen aufgenommen und an alle Entscheidungsträger weitergeleitet werden. Diesen rechtlichen Wertungen müssten sich auch Notare – so das Pfälzische OLG – unterwerfen.

Die Entscheidung leidet schon an der verkürzten und offenbar unvollständigen Darstellung des Sachverhalts. Sie begegnet aber auch aus Rechtsgründen in mehrfacher Hinsicht Bedenken.

**2. Fehlende Verwalterzustimmung**

Im Gegensatz zur Vorinstanz nimmt der Senat an, dass die dem Notar erteilte Anweisung, Auszahlungen vom Notaranderkonto erst nach Erteilung der Verwalterzustimmung vorzunehmen, auch dem Schutz des Verkäufers als Noch-Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft gedient habe. In dieser Allgemeinheit dürfte das jedoch nicht zutreffen. Das Erfordernis der Verwalterzustimmung soll nämlich in der Regel nicht den Veräußerer, sondern die übrigen Miteigentümer davor schützen, dass ein ihnen nicht genehmer Erwerber an Stelle des Veräußerers in die Gemeinschaft eintritt. Die vorzeitige Auskehrung des Kaufpreises durch den Notar hat daher nicht eine den Verkäufer schützende Amtspflicht verletzt. Dies wird deutlich, wenn man unterstellt, der Verkäufer sei nicht insolvent gewesen. Die Auszahlung an ihn bzw. an von ihm benannte Dritte hätte ihm dann nicht geschadet, sondern genützt. Die eigentliche Schadensursache liegt deshalb darin, dass der Notar trotz bestehender Insolvenz des Verkäufers an von diesem benannte Dritte ausgezahlt hat.

**3. Verwahrungsanweisungen in der Insolvenz**

Der darauf gestützte Vorwurf des Klägers setzt die Prämisse voraus, dass die erteilten Verwahrungsanweisungen mit der Insolvenzeröffnung unwirksam geworden seien. Das ist aber nach überwiegender Auffassung nicht der Fall. Vielmehr bestehen aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit des Notars die Verwahrungsanweisungen fort; sie erlöschen nicht etwa gemäß §§ 115, 116 InsO.<sup>2</sup> Der Notar hat das Verwahrungsgeschäft daher grundsätzlich ungeachtet der Insolvenz weiterzuführen. Nur wenn der Insolvenzverwalter berechtigterweise das Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO ausübt – woran ihn insbesondere die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten des Käufers hindern könnte (§ 106 Abs. 1 InsO) – ist der Insolvenzverwalter entsprechend § 54 c Abs. 3 Satz 1 BeurkG in

<sup>1</sup> ZIP 2006, 138.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 23 BNotO Rdnr. 44; *Renner* in Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl., § 54 b BeurkG Rdnr. 66; *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 179, 187.

der Lage, die vom Schuldner erteilten Verwahrungsanweisungen zu Fall zu bringen.<sup>3</sup> Pflicht des Notars ist es dann, das Verwahrungsverfahren anzuhalten und die Verwahrungsbeteiligten hiervon zu unterrichten. Zur sofortigen Auskehrung des Kaufpreises ist er nach wohl h. M. nur aufgrund einvernehmlicher Anweisung seitens der Vertragsparteien bzw. des Insolvenzverwalters befugt.<sup>4</sup> Ob der beklagte Notar danach von der Auszahlung an die vom Verkäufer benannten Dritten hätte Abstand nehmen dürfen und müssen, kann mangels entsprechender Sachverhaltsangaben im Urteil des Pfälzischen OLG nicht beurteilt werden.

Das Gericht stützt die Verurteilung des Notars stattdessen darauf, dass er nicht geprüft habe, ob ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verkäufers anhängig war. Es zieht in diesem Zusammenhang die Wertungen des § 82 InsO bei der Bestimmung der Amtspflichten des Notars heran. Dem mag im Ergebnis zu folgen sein, auch wenn angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters der Verwahrung erörterungswürdig gewesen wäre, ob die Vorschrift direkt oder nur dem Rechtsgedanken nach anwendbar ist (dazu weiter unten).

#### 4. Notarielle Nachforschungspflicht?

Vom Ausgangspunkt des Pfälzischen OLG aus stellt sich zunächst die Frage, ob die besonderen oder allgemeinen Amtspflichten den beklagten Notar hätten anhalten müssen, eine mögliche Insolvenz einer Vertragspartei zu prüfen, hierüber gegebenenfalls die andere Vertragspartei zu unterrichten und Konsequenzen bei der Vertragsabwicklung zu ziehen.

Verfehlt ist in diesem Zusammenhang der Rekurs auf die zitierte Entscheidung des BGH.<sup>5</sup> Diese betrifft nämlich keineswegs die Frage, ob Kreditinstitute verpflichtet sind, sich darüber zu informieren, ob ihre Kunden irgendwelchen Verfügungsbeschränkungen unterliegen. Vielmehr geht es um den internen Informationsfluss innerhalb der Institute; er muss – so der BGH – so organisiert sein, dass Erkenntnisse einzelner Mitarbeiter der Bank über Verfügungsbeschränkungen von Kunden für die zuständigen Entscheidungsträger nutzbar werden. Mit einer etwaigen Erkundigungspflicht nach außen hat das nichts zu tun.

Notare indes sind verpflichtet, zunächst in den gesetzlich angeordneten Fällen die Vertretungs- oder Verfügungsmacht der Beteiligten zu überprüfen; ein Hinweis auf die §§ 12 und 21 BeurkG dürfte an dieser Stelle genügen. Da aber im konkreten Fall kein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen war, konnten sich insoweit keine Folgen für die Abwicklung des Verwahrungsgeschäfts ergeben.

#### 5. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG

Mithin ist die Frage zu prüfen, ob Notare einer allgemeinen Pflicht zur Prüfung etwaiger Verfügungsbeschränkungen in der Insolvenz unterliegen. Aufhänger für eine solche Pflicht könnte auf den ersten Blick § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG sein. Danach ist der Notar unter anderem verpflichtet, den Sachverhalt vollständig zu klären und dafür Sorge zu tragen, dass er keine unwirksamen Rechtsgeschäfte beurkundet. Ist der Rechtsinhaber in seiner Verfügungsbefugnis gemäß § 81 InsO oder aufgrund anderer Vorschriften beschränkt, muss der

Notar dies beachten und die Beteiligten entsprechend belehren.<sup>6</sup> Dies gilt mithin auch dann, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Vertragsbeteiligten eröffnet wurde oder insolvenzrechtliche Sicherungsmaßnahmen angeordnet wurden.<sup>7</sup> Dem Pfälzischen OLG ist somit grundsätzlich zuzustimmen, wenn es davon ausgeht, dass Notare im Falle einer bestehenden Verfügungsbeschränkung darüber belehren müssen.

Indes ist § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine Vorschrift für das Beurkundungsverfahren. Die darin angeordnete Aufklärung und Rechtsbelehrung soll nur gewährleisten, dass dem wahren Willen der Beteiligten rechtswirksam Geltung verschafft wird. Die Pflicht zur Rechtsbelehrung geht deshalb grundsätzlich nur so weit, wie eine Belehrung für das Zustandekommen einer Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das *beabsichtigte* Rechtsgeschäft richtigen Form rechtswirksam wiedergibt.<sup>8</sup> Bei Abwicklung eines Verwahrungsgeschäfts spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle mehr, weil das Rechtsgeschäft bereits zustande gekommen und die Beurkundung abgeschlossen ist. Im Rahmen der Verwahrung kommt daher wohl nur eine nicht aus § 17 BeurkG, sondern aus § 14 BNotO herzuleitende sog. erweiterte Belehrungspflicht in Betracht.<sup>9</sup>

#### 6. Erweiterte Belehrungspflicht?

Ob der Notar sie zu beachten hat, könnte mit Blick auf § 82 Satz 1 InsO zweifelhaft sein. Denn danach wird von seiner Verbindlichkeit befreit, wer nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Erfüllung an den Schuldner geleistet hat, obwohl die Verbindlichkeit zur Insolvenzmasse zu erfüllen war, sofern er zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht kannte. Die Vorschrift dürfte zumindest dem Rechtsgedanken nach auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung zwischen dem Notar und den Verwahrungsbeteiligten anwendbar sein. Der Notar wird danach von seiner Auszahlungsverpflichtung frei, wenn er in Unkenntnis der Insolvenzeröffnung an den Verkäufer bzw. an von diesem benannte Dritte leistet. Fahrlässige, auch grob fahrlässige, Unkenntnis, schadet ihm nicht.<sup>10</sup>

Allerdings darf sich ein Notar nicht mit diesem Gedanken beruhigen, denn er ist nicht nur seinem Eigeninteresse, sondern auch den Interessen der Beteiligten verpflichtet. Im Ansatz zu Recht, wenn auch mit unzutreffender Begründung, bejaht daher das Pfälzische OLG eine Amtspflicht der mit einer Verwahrung betrauten Notare, die Verwahrungsbeteiligten auf eine bestehende Insolvenz und deren Konsequenzen hinzuweisen.

Voraussetzung dafür ist aber, dass der Notar die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kennt oder zumindest kennen muss. Dieser Gedanke ist nicht neu. So braucht ein Notar nach der Rechtsprechung des BGH bei Verfügungen eines Ehegatten grundsätzlich nicht von sich aus zu klären, ob ein von einem Ehepartner veräußerter Gegenstand (nahezu) das gesamte Vermögen des Veräußerers darstellt, sofern nicht besondere

<sup>3</sup> Eylmann/Vaasen/Hertel, § 23 BNotO Rdnr. 43; Reul/Heckschen/Wienberg, S. 188 f.

<sup>4</sup> Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54 c BeurkG Rdnr. 23 m. w. N.; a. A. wohl Renner in Huhn/von Schuckmann, § 54 c BeurkG Rdnr. 67, 70.

<sup>5</sup> ZIP 2006, 138.

<sup>6</sup> Ganter in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Teil 3 Rdnr. 871.

<sup>7</sup> Ganter in Zugehör/Ganter/Hertel, Teil 3 Rdnr. 871; Armbrüster in Huhn/von Schuckmann, § 17 BeurkG Rdnr. 69; Schillig, MittBayNot 2002, 347, 352.

<sup>8</sup> Arndt/Lerch/G. Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 123.

<sup>9</sup> Vgl. Eylmann/Vaasen/Frenz, § 17 BeurkG Rdnr. 3.

<sup>10</sup> OLG Rostock, ZIP 2006, 1684.

Anhaltspunkte für einen solchen Sachverhalt vorliegen.<sup>11</sup> Eine generelle Nachforschungspflicht besteht nicht; der Amtsermittlungsprinzip des § 12 FGG gilt nicht für Notare.

Das Gericht geht in dem entschiedenen Fall nicht davon aus, dass der beklagte Notar positive Kenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte. Es müssen deshalb zumindest konkrete Anhaltspunkte für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgelegen haben, die dann die Pflicht des Notars zur Überprüfung hätten auslösen können. Insoweit findet sich folgender Passus in dem Urteil:

„Vorliegend waren zudem Indizien für eine mögliche Insolvenz des anweisenden Verkäufers vorhanden, da die Auszahlung des Kaufpreises ausschließlich an Dritte erfolgte ...“

Die von dem Gericht vorgenommene Schlussfolgerung von der Auszahlung an Dritte nach Weisung des (vermeintlich) Berechtigten auf konkrete Verdachtsmomente für die eingetretene Insolvenz geht indes fehl. Das Gericht verkennt, dass derlei Anweisungen der Auszahlungsberechtigten an den verwahrenden Notar üblich sind und keineswegs – wie wohl vom Gericht unterstellt – regelmäßig der unlauteren Verschiebung von Vermögensteilen zum Nachteil von Gläubigern dienen.

Lagen mithin konkrete Anhaltspunkte für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens offenbar nicht vor, war der Notar zu weiteren Nachforschungen auch nicht verpflichtet. Dies gilt zunächst für den Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages, darüber hinaus aber auch für den Zeitraum der Abwicklung des Verwahrungsgeschäfts.

Notare sind also nicht gehalten, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sozusagen vorsorglich zu überprüfen, denn sie sind nicht die wirtschaftlichen Berater der Vertragsbeteiligten. Mithin ist auch eine regelmäßige Auswertung der Insolvenzbekanntmachungen durch sie nicht erforderlich. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Insolvenzbekanntmachungen elektronisch oder in Zeitungen erfolgen. Es wäre nur schwerlich nachzuvollziehen, dass Notare in Bundesländern, in denen Insolvenzbekanntmachungen noch nicht elektronisch erfolgen, zu entsprechenden Prüfungen nicht verpflichtet wären, Notare in Ländern mit fortgeschrittenem elektronischen Rechtsverkehr aber doch. Die technisch vorhandenen Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs begründen nicht automatisch neue Amtspflichten der Notarinnen und Notare.

## 7. Zusammenfassung

Das Pfälzische OLG hat den Notar möglicherweise zu Unrecht verurteilt, denn dem Sachverhalt lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass dem Notar konkrete Anzeichen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorlagen oder er positive Kenntnis davon hatte.

Eine Amtspflicht zur regelmäßigen Kontrolle (elektronisch) bekannt gemachter Insolvenzeröffnungsbeschlüsse besteht grundsätzlich nicht. Verfügungsbeschränkungen nach eröffnete Insolvenz gemäß § 81 InsO haben Notare allerdings zu beachten. Ergeben sich konkrete Anhaltspunkte dafür, werden sie freudig auf die technischen Möglichkeiten unter [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de) zurückgreifen. In anderen Fällen leitet allenfalls die Neugier auf diese Seiten.

Rechtsanwalt *Christoph Sandkühler*, Geschäftsführer der Westfälischen Notarkammer

<sup>11</sup> BGHZ 64, 246, 248 f. = DNotZ 1975, 628.

19. BeurkG §§ 53, 54; BNotO § 15 (*Kein Rechtsmittel gegen Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigung*)

**Gegen die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde durch den Notar bzw. deren Ankündigung sieht weder das BeurkG noch die BNotO ein Rechtsmittel vor. Der in § 54 BeurkG eröffnete Beschwerderechtszug gibt lediglich dem Gläubiger die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung durchzusetzen. Der Schuldner kann Einwendungen im Wege der allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe geltend machen.**

OLG Köln, Beschluss vom 11.9.2006, 2 Wx 13/06

*Aus den Gründen:*

(...)

2. b) Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass der von der Erstbeschwerde und der weiteren Beschwerde mehrfach herangezogene Beschluss des LG Schwerin, NotBZ 1997, 138 durch Beschluss des OLG Rostock, OLGR 2001, 485 aufgehoben und der Notar in dem dortigen Fall angewiesen worden ist, der Gläubigerin eine weitere vollstreckbare Ausfertigung seiner Urkunde zu erteilen. Zur Begründung hat das OLG Rostock unter anderem ausgeführt, dass der Notar schon aufgrund des gemäß § 797 Abs. 3 ZPO ergangenen Beschlusses des AG zur Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung seiner Urkunde verpflichtet ist. Der Beschluss enthalte eine entsprechende Anweisung, die der Notar zu befolgen habe, sofern keine übrige Ausfertigungsvoraussetzung fehle.

## Kostenrecht

20. KostO § 50 Abs. 1 Nr. 1 (*Gebühren für Legitimationsprüfung*)

1. **Die von einem Notar bei der Legitimationsprüfung zu entfaltende Tätigkeit geht über das hinaus, was ihm im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit zur Feststellung der Identität der Beteiligten obliegt.**
2. **Der Grundschuldbesteller ist nicht Kostenschuldner für die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO, weil ihn die Verpflichtung nach dem GwG nicht betrifft und für die Grundschuldbestellung die Identitätsfeststellung nicht erforderlich ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 4.5.2006, 20 W 82/2004

Der Beteiligte zu 3 hat aufgrund seiner Urkunde, in der die Beteiligten zu 2 als Grundstückseigentümerin bzw. Darlehensnehmer für die Beteiligte zu 1 als Gläubigerin eine Grundschuld über 83.000 € bestellt haben, mit Kostenrechnung vom 8.11.2002 u. a. eine <sup>10/10</sup>-Gebühr aus dem Wert der Grundschuld gemäß §§ 32, 141, 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO in Höhe von 192 € für eine Identitätserklärung berechnet. Unter dem 8.1.2004 hat er diese Gebühr nur mehr aus einem Geschäftswert von 3.000 € mit 26 € zzgl. 16 % MwSt. in Höhe von 30,16 € berechnet.

In der Urkunde über die Grundschuldbestellung hatte der Beteiligte zu 3 zusätzlich zu Name, Geburtsdatum und Anschrift der ihm von Person bekannten Beteiligten zu 2 die jeweiligen Daten des Ausweispapiers und die ausstellende Behörde aufgenommen. In dem von der Beteiligten zu 1 stammenden Formular der Bestellungsurkunde war ein Hinweis für den beurkundenden Notar enthalten, in jedem Fall, auch wenn ihm der/die Darlehensnehmer persönlich bekannt ist/sind, wegen der nach § 154 AO i. V. m. dem Geldwäschegesetz (GwG) bestehenden Identifizierungspflicht neben Name, Geburtsdatum und

Anschrift des/der Darlehensnehmer(s) die Daten der/des Ausweispapier(e) (Art des Ausweises, Nummer und ausstellende Behörde) aufzunehmen. Die Gerichts- und Notarkosten sowie alle anderen Kosten dieser Verhandlung und ihrer Ausführung hatten die Beteiligten zu 2 laut Urkundstext übernommen.

*Aus den Gründen:*

(...)

Die weitere Beschwerde ist aber erfolglos, da das LG im Ergebnis zu Recht die Kostenrechnung vom 8.1.2004 hinsichtlich der für die Identitätsfeststellung angesetzten <sup>10/10</sup>-Gebühr gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO zzgl. Mehrwertsteuer aufgehoben hat. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass bei der hier vorliegenden Fallgestaltung eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO durch die vom Notar vorgenommene Legitimationsprüfung entstanden ist.

Die Legitimationsprüfung, die die Kreditinstitute nach § 154 Abs. 2 AO vorzunehmen haben, betrifft auch Kreditkonten, wie sie von Hypothekenbanken im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung geführt werden. Soweit damit Notare im Rahmen einer Grundschuldbestellung beauftragt werden, handelt es sich um eine Tatsachenbescheinigung, die nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO zu den Aufgaben der Notare gehört und eine öffentliche Urkunde mit der besonderen Beweiskraft der §§ 415, 418 sowie 437 ZPO darstellt (*Limmer* in *Eylmann/Vaasen*, *BeurkG*, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 15; *Tiedtke*, *ZNotP* 2005, 258). Die Legitimationsprüfungspflicht nach § 8 Abs. 1 GwG umfasst die Identifizierung des Kontoberechtigten nach Namen, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und der Anschrift und die Feststellung von Art, Nummer und ausstellender Behörde des amtlichen Ausweises, wobei auch zu prüfen ist, ob die äußeren Merkmale der zu identifizierenden Person mit dem Foto im Legitimationsdokument und die gefertigte Unterschrift mit der im Ausweis übereinstimmen. Damit geht die von einem Notar bei der Legitimationsprüfung zu entfaltende Tätigkeit über das hinaus, was ihm im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit zur Feststellung der Identität der Beteiligten obliegt, insbesondere, wenn diese ihm von Person bekannt sind wie vorliegend. Nach § 10 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 *BeurkG* soll in der Niederschrift die Person der Beteiligten so genau bezeichnet werden, dass Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind, und es soll sich aus der Niederschrift ergeben, ob der Notar die Beteiligten kennt oder wie er sich Gewissheit über ihre Person verschafft hat. Die Gewissheit über die Person des Erschienenen wird sich der Notar regelmäßig ohne Rücksicht darauf verschaffen, welche Nummer das Ausweispapier hat und welche Behörde es ausgestellt hat. Diese Umstände brauchen deshalb für die Feststellung der Beteiligten nach § 10 *BeurkG* nicht in der Urkunde angegeben zu werden (OLG Frankfurt am Main, *DNotZ* 1989, 640, 641). In der Literatur wird deshalb die Entstehung einer gesonderten Gebühr gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO neben der Beurkundungsgebühr angenommen (*Tiedtke*, *ZNotP* 2005, 258, 259; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, 16. Aufl., § 50 Rdnr. 21 a und § 30 Rdnr. 44; Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl., Rdnr. 730). Die Frage der Gebührenentstehung kann für die hier zu treffende Entscheidung aber dahingestellt bleiben. Die in dem „Hinweis an den beurkundenden Notar“ in dem von der Beteiligten zu 1 stammenden Grundschuldbestellungsformular ist als Ansuchen der Beteiligten zu 1 um eine entsprechende Tätigkeit zu werten. Diese Tätigkeit des Kostengläubigers geht, wie ausgeführt, über das hinaus, was dem Notar nach § 10 *BeurkG* zur Feststellung der an der Grundschuldbestellung Beteiligten obliegt, und ist deshalb nicht von den Beteiligten zu 2 veranlasst worden. Vielmehr hat die Beteiligte zu 1 eine sie als

Kreditinstitut nach dem GwG treffende gesetzliche Verpflichtung zur Identifizierung ihrer Darlehensnehmer auf den Notar abgewälzt, der den formularmäßigen Hinweis als Veranlassung im Sinn der §§ 2 Nr. 1, 141 KostO auffassen durfte (*Assemacher/Mathias*, *KostO*, 15. Aufl., Stichwort „Kostenschuldner“, Anm. 1.2.1). Dem steht auch nicht entgegen, dass für die Beteiligte zu 1 nicht feststand, welcher Notar durch die Verwendung des Grundschuldbestellungsformulars aufgrund ihres darin enthaltenen Hinweises tätig werden würde, denn ausgelöst wird die notarielle Tätigkeit – vergleichbar der Tätigkeit der Gerichte – durch ein öffentlich-rechtliches Ansuchen, das keiner privatrechtlichen Willenserklärung bedarf (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 2 Rdnr. 2, 98, 99). Jedenfalls sind nicht die Beteiligten zu 2 die Kostenschuldner im Sinn von §§ 2 Nr. 1, 141 KostO, weil sie die Verpflichtung nach dem GwG nicht betrifft und für die Beurkundung der Grundschuldbestellung die Feststellungen zu den Daten ihrer Ausweispapiere und der ausstellenden Behörde nicht erforderlich waren. Die in der Bestellsurkunde enthaltene Kostenübernahmeerklärung wirkt nicht im Sinn von § 3 Nr. 2 KostO, da sich diese grundsätzlich nicht an den Notar, sondern im Zweifel an den sonstigen Vertragsbeteiligten, also hier die Grundschuldgläubigerin richtet (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 3 Rdnr. 52). Demnach ist die teilweise Aufhebung der Kostenrechnung, wie sie das LG ausgesprochen hat, im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil die Beteiligten zu 2 nicht die Kostenschuldner für die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO sind.

21. KostO § 60 Abs. 4 (*Gebühren bei Grundbucheintragung (Mit-)Erbe*)

**Die Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO greift nicht ein, wenn der einzutragende (Mit-)Erbe nicht unmittelbar aufgrund der Erbfolge gemäß § 1922 Abs. 1 BGB, sondern erst über einen Auseinandersetzungsvertrag mit den Miterben Eigentümer wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2006, I-10 W 40/06

*Aus den Gründen:*

I.

(...)

Das LG hatte die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage zu beurteilen, ob die Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO eingreift, wenn ein Miterbe als Grundstückseigentümer aufgrund vorheriger Erbauseinandersetzung der nicht im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft ins Grundbuch eingetragen wird. Mit eingehender und ausführlicher Begründung hat es sich der Auffassung angeschlossen, wonach die Gebührenfreiheit nicht eingreift, wenn der einzutragende (Mit-)Erbe nicht unmittelbar aufgrund der Erbfolge gemäß § 1922 Abs. 1 BGB, sondern erst über einen Auseinandersetzungsvertrag mit den Miterben Eigentümer wird. Diese Auffassung vertritt der Senat in ständiger Rechtsprechung (vgl. *OLGR* 1997, 232; *JurBüro* 1994, 170; *JurBüro* 1983, 1076); er hält daran auch nach nochmaliger Überprüfung fest. Zur Begründung wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die in jeder Hinsicht zutreffende Begründung des LG unter Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Frankfurt, *FamRZ* 2004, 286 verwiesen.

Ohne Erfolg weist der Kostenschuldner demgegenüber auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles hin. Hier ist die Eintragung des Miterben nicht aufgrund eines „klassischen“

Erbauseinandersetzungsvertrages erfolgt, sondern aufgrund eines notariellen Übertragungsvertrages zur Erfüllung einer vom Erblasser testamentarisch getroffenen Teilungsanordnung. Mithin sei letztlich nur der Wille des Erblassers vollzogen worden. Die Eintragung des Miterben im Grundbuch habe nur dazu gedient, das Grundbuch der durch die Teilungsanordnung der Erblasserin geschaffenen Änderung der materiell-rechtlichen Rechtslage entsprechend umzuschreiben und damit eine Korrektur des unrichtig gewordenen Grundbuches zu bewirken.

Diese Ansicht berücksichtigt nicht ausreichend, dass auch bei einer Erbauseinandersetzung aufgrund Teilungsanordnung kein unmittelbarer Erwerb vom eingetragenen Eigentümer als Erblasser stattfindet, was nach Auffassung des Senats aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 60 Abs. 4 KostO ist (vgl. Senat a. a. O.). Die Teilungsanordnung hat keine dingliche Wirkung, bedingt insbesondere keine Sondererfolge an einzelnen Nachlassgegenständen. Sie wirkt vielmehr nur schuldrechtlich zwischen den Miterben und gibt ihnen einen Anspruch auf entsprechende Auseinandersetzung. Dabei hat jeder Miterbe Anspruch auf Einhaltung des angeordneten Teilungsmodus. Gemeinsam können sie aber mit Einverständnis aller eine davon abweichende Teilung vornehmen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 2048 Rdnr. 4). Entsprechend kann es im Hinblick auf die Gebühren für die Eintragung des Miterben im Grundbuch keinen Unterschied machen, ob die Erbauseinandersetzung dem Willen des Erblassers entspricht oder nicht. Dass der Erwerb durch einen Miterben gemäß dem in der Teilungsanordnung geäußerten Willen des Erblassers erfolgt, genügt nicht, um die für die Anwendbarkeit des § 60 Abs. 4 KostO zu fordernde Unmittelbarkeit des Eigentumserwerbs vom Erblasser herzustellen. Entscheidend ist vielmehr, dass auch im Falle einer Teilungsanordnung ein Erwerb von der Erbengemeinschaft stattfindet, an die kraft Gesetzes mit dem Erbfall der Nachlass als Ganzes übergegangen ist, und nicht unmittelbar vom Erblasser. Dem eingetragenen Miterben entstehen durch die Nichtanwendbarkeit von § 60 Abs. 4 KostO auch nicht mehr Gebühren als im Falle der Voreintragung der Erbengemeinschaft.

## II.

Die weitere Beschwerde der Kostengläubigerin ist gemäß § 14 Abs. 5 Satz 1 KostO aufgrund der Zulassung durch das LG zulässig, jedoch nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung des LG als Beschwerdegericht beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts.

Das LG hatte die Frage zu beurteilen, ob sich der Geschäftswert für die Eigentumseintragung eines Miterben, der aufgrund einer Erbauseinandersetzung Grundeigentum erworben hat, auch dann nach § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO bemisst, wenn die Erbengemeinschaft auf eine gebührenfreie Voreintragung gemäß § 60 Abs. 4 KostO, § 40 GBO verzichtet hat und die Eintragung binnen der Zweijahresfrist des § 60 Abs. 4 KostO beantragt wird. Diese Frage hat es mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, bejaht. Entscheidend ist, dass dem einzutragenden Miterben gebührenrechtlich keine Nachteile daraus entstehen dürfen, dass die Erbengemeinschaft zulässigerweise auf ihre gebührenfreie (Vor-)Eintragung als Eigentümerin verzichtet hat.

### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch OLG München, MittBayNot 2007, 75.

22. GBO § 133 Abs. 8 Satz 1 („*Internet-Grundbucheinsicht*“)

**Gegen die nach Genehmigung einer Teilnahme am automatisierten Grundbuch-Abrufverfahren festgesetzten (Einrichtungs-, Grund- und Abruf-)Gebühren lässt sich nicht einwenden, die der Gebührenerhebung zugrundeliegende Verordnung (GABvFV) sei unwirksam, weil diese nicht nur den tatsächlichen Aufwand für die Einrichtung und Nutzung, sondern die Finanzierung der gesamten Entwicklung, der Einrichtung und des Betriebs des elektronischen Grundbuchs in Ansatz bringe.**

OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.2006, 15 W 42/06

### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abrufbar in der Rechtsprechungsdatenbank NRW-Entscheidungen unter [www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php](http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php).

23. KostO §§ 39, 40, 41 a Abs. 4 Nr. 1, 41 c Abs. 1 (*Geschäftswert Ergebnisabführungsvertrag*)

**Der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung gemäß §§ 39, 40 KostO bestimmt sich grundsätzlich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, dem zugestimmt wird, so dass auf die subsidiäre Generalklausel des § 30 KostO bei der Wertbestimmung nicht zurückgegriffen werden kann. Für den Geschäftswert eines Ergebnisabführungsvertrages lässt sich jedoch kein bestimmter Geldwert ermitteln, da die Vereinbarung in die Zukunft gerichtet ist. Deshalb kann für die Kostenberechnung des Notars der Geschäftswert nach dem Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft zu bestimmen sein.**

OLG Celle, Beschluss vom 16.11.2006, 2 W 235/06

## I.

Der Notar hatte unter dem 17.11.2004 die Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses zu einem Ergebnisabführungsvertrag mit einer <sup>20/10</sup>-Gebühr nach § 47 KostO in Höhe von 168 € unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 25.000 € gemäß §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. abgerechnet. Es ergab sich einschließlich sonstiger Gebühren und Auslagen sowie der Umsatzsteuer ein Gesamtrechnungsbetrag von 252,88 €.

Diese Kostenrechnung wurde bei einer Notarprüfung beanstandet, worauf der Notar in Umsetzung der Beanstandung seine Kostenrechnung unter dem 4.5.2005 änderte. Entsprechend § 24 Abs. 1 b KostO multiplizierte der Notar nunmehr zur Ermittlung des Geschäftswertes das durchschnittliche Jahresergebnis der beherrschten Gesellschaft mit 12,5 und errechnete auf diesem Weg einen Geschäftswert von 1.691.666,67 €, so dass die Höchstgebühr gemäß § 47 Satz 2 KostO von 5.000 € abzurechnen war.

Hiergegen wandte sich die Kostenschuldnerin mit der Beschwerde und dem Einwand, die der ursprünglichen Rechnung vom 17.11.2004 zugrundeliegende Berechnung sei zutreffend und entspreche auch der Abrechnung in anderen Gerichtsbezirken.

Das LG wies mit dem angefochtenen Beschluss der Stellungnahme des Präsidenten des LG H vom 27.6.2006 folgend die Beschwerde der Kostenschuldnerin zurück. Zur Begründung hat das LG ausgeführt, es handele sich bei dem beurkundeten Zustimmungsbeschluss zu dem in die Zukunft gerichteten Ergebnisabführungsvertrag um einen Beschluss mit einem bestimmten, weil bestimmbar, Geldwert, so dass §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. bzw. §§ 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO n. F. keine Anwendung fänden. Der Wert eines Ergebnisabführungsvertrages sei bestimmbar, weil als

Grundlage für die Wertbestimmung der Durchschnittsgewinn bzw. Durchschnittsverlust des Unternehmens in der Vergangenheit herangezogen werden könne. Dieser Durchschnittswert sei – wie hier auch vom Notar in der angegriffenen Abrechnung praktiziert – mit 12,5 zu multiplizieren. Nähere Feststellungen zur Grundlage der Berechnung hat das LG nicht getroffen, weil die Berechnung als solche nicht angegriffen worden sei.

Hiergegen wendet sich die Kostenschuldnerin mit der weiteren Beschwerde. Unter Hinweis auf die obergerichtliche Rechtsprechung vertritt sie die Auffassung, dass sich ein bestimmter Geldwert für den beurkundeten Beschluss gerade nicht ermitteln lasse. Denn ein Beherrschungsvertrag sei ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag wie die Satzung, der ebenfalls kein Geldwert zukomme. Im Übrigen werde die vergangenheitsbezogene Wertberechnung den wirtschaftlichen Gegebenheiten auch nicht gerecht.

*Aus den Gründen:*

(...)

Der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung gemäß §§ 39, 40 KostO bestimmt sich grundsätzlich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, dem zugestimmt wird, so dass auf die subsidiäre Generalklausel des § 30 KostO bei der Wertbestimmung nicht zurückgegriffen werden kann (vgl. OLG Hamm, DNotZ 1994, 126). Dies gilt nach – soweit ersichtlich einheitlicher – obergerichtlicher Rechtsprechung auch für den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu einem Ergebnisabführungsvertrag (OLG Hamm, DNotZ 1994, 126; BayObLG, DNotZ 1991, 401 m. w. N.).

Streitig ist allerdings, wie der Geschäftswert eines Ergebnisabführungsvertrages zu bestimmen ist. Insbesondere in der Literatur (jüngst etwa *Bund*, NotBZ 2004, 303) wird die Auffassung vertreten, der Wert sei gemäß §§ 30 Abs. 1, 24 KostO zu schätzen, weil – wie dies auch die Kammer ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat – mit „bestimmtem“ Geldwert im Sinn von § 27 KostO a. F. bzw. § 41 c Abs. 1 KostO n. F. „bestimmbarer“ Geldwert gemeint sei, so dass die Verweisung auf § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. bzw. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO n. F. nicht greife (so für die sogenannten – hier nicht gegebenen – Altfälle, also in die Vergangenheit gerichtete Ergebnisabführungsverträge auch BayObLG, DNotZ 1991, 401).

Der Senat teilt diese Auffassung nicht. Mangels näherer Feststellungen des LG zum Inhalt des Ergebnisabführungsvertrages vermag der Senat zwar nicht zu entscheiden, ob vorliegend nicht möglicherweise die Beherrschungskomponente das Wesen des Vertrages ausmacht und bereits deshalb die Annahme eines „bestimmten“ Geldwertes verfehlt sein könnte (siehe dazu OLG Hamm, DNotZ 1994, 126). Aber auch bei nach den Feststellungen der Kammer zugrunde zu legenden Beschränkung des Vertragsinhalts auf die Ergebnisabführungskomponente lässt sich ein bestimmter Geldwert im Sinne von § 27 Abs. 1 KostO a. F. bzw. § 41 c Abs. 1 KostO n. F. nicht ermitteln.

Es ist nämlich zu beachten, dass die Ergebnisabführungsvereinbarung in die Zukunft gerichtet ist und deshalb unter Berücksichtigung der wechselnden wirtschaftlichen Verhältnisse eine sichere Grundlage für eine Entwicklungsprognose fehlt. Die Regelung des § 24 KostO, auf die die Gegenmeinung zur Berechnung des Geschäftswertes letztlich abstellt, ist auf gänzlich andere Sachverhalte, nämlich wiederkehrende oder dauernde Nutzungen und Leistungen ausgerichtet und erscheint nicht geeignet, im Beurkundungszeitpunkt verlässliche Wertermittlungen zu ermöglichen, weil sie wesentliche Faktoren wie etwa die konjunkturelle Entwicklung oder Änderungen in der geschäftlichen Ausrichtung

nicht berücksichtigen kann. Im Gegenteil muss die Gegenmeinung ausschließlich auf die Geschäftsergebnisse der Vergangenheit abstellen, um den Wert der ausschließlich in die Zukunft gerichteten Abführungsvereinbarung zu bestimmen, was zwangsläufig zu zufälligen, unter Umständen gar willkürlichen Ergebnissen führen muss (ebenso OLG Stuttgart, Justiz 1997, 216; OLG Hamm, DNotZ 1994, 126). Die von der Gegenmeinung und vom LG vertretene Auffassung wird deshalb dem Prinzip einer eindeutigen und an objektiven Kriterien anknüpfenden Kostenerhebung nicht gerecht. Ein bestimmter Geldwert kann dem Ergebnisabführungsvertrag regelmäßig nicht beigemessen werden.

Deshalb war für die Kostenberechnung des Notars der Geschäftswert gemäß §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. bzw. §§ 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO n. F. nach dem Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft zu bestimmen und wie in der ursprünglichen Kostenrechnung des Notars vom 17.11.2004 zu berechnen.

24. KostO §§ 130 Abs. 2, 147 Abs. 2, 147 Abs. 3 (nicht rechtskräftig) (*Gebühren für Raterteilung*)

**Einem Notar steht eine <sup>5</sup>/10-Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO zu, wenn es sich bei einer von ihm vorgenommenen Beratung um eine selbständige Raterteilung aufgrund eines gesonderten Beratungsauftrags handelt. Diese Gebühr erhält der Notar allerdings nur dann, soweit für eine im Auftrag ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr nicht bestimmt ist. Denn die <sup>5</sup>/10-Gebühr des § 147 KostO stellt eine Aufganggebühr für Tätigkeiten des Notars dar, für die keine gesonderte Gebührevorschrift vorhanden ist. Dies trifft auf die Raterteilung zur Frage einer Gütertrennung grundsätzlich zu.**

LG Hannover, Beschluss vom 13.3.2006, 16 T 29/04

**Hinweis der Schriftleitung:**

Der Beschluss ist mit Gründen abgedruckt in JurBüro 2006, 544.

## Öffentliches Recht

25. BauGB § 134; BGB § 705 (*GbR als Beitragspflichtige im Erschließungsbeitragsrecht*)

**Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist im Erschließungsbeitragsrecht selbst Beitragspflichtige, weil sie als sogenannte Außengesellschaft im Rechtsverkehr grundsätzlich Trägerin von Rechten und Pflichten und damit auch Eigentümerin eines Grundstücks ist (im Anschluss an BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192 und Senat, VBIBW 2004, 103 = NVwZ 2003, 1403).**

VGH Mannheim, Beschluss vom 20.9.2006, 2 S 1755/06

**Hinweis der Schriftleitung:**

Der Beschluss ist mit Gründen in NJW 2007, 105 abgedruckt.

## Steuerrecht

26. GrEStG § 1 Abs. 3, § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 3 (*Übertragung von Grundstücken zwischen Tochtergesellschaften*)

**Auf Grundstückserwerbe einer Gesamthand von einer Kapitalgesellschaft sind §§ 5 und 6 GrEStG nicht anzuwenden, sofern nicht die Kapitalgesellschaft ihrerseits am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist, der sie ein Grundstück überträgt. Auch die Vergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG scheidet aus, wenn der Übergang der Grundstücke zwischen einer GmbH und einer GbR kein solcher von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand ist.**

BFH, Urteil vom 18.3.2005, II R 21/03

Die A-KG hatte sämtliche Anteile an der X-GmbH (GmbH) erworben, zu deren Vermögen zwei Grundstücke gehörten. Für diesen Erwerb hatte das zuständige Finanzamt (FA) gegen die A-KG nach § 1 Abs. 3 GrEStG Grunderwerbsteuer festgesetzt.

Mit notariellem Grundstückskaufvertrag verkaufte die GmbH ihre Grundstücke an eine GbR, deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist, zu einem Kaufpreis von 9.000.000 DM. An der GbR waren bei Abschluss des Grundstückskaufvertrags die A-KG mit 70 v. H. und die B-GmbH & Co. KG mit 30 v. H. beteiligt. Das FA setzte für diesen Erwerb gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer in Höhe von 180.000 DM fest.

Einspruch und Klage, mit denen sich die Klägerin gegen die Veragung der Vergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG wendete, blieben ohne Erfolg. Das FG führte in seinem in EFG 2003, 1495 veröffentlichten Urteil aus, die allein in Betracht kommende Vergünstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG sei mangels Grundstücksübergangs von einer Gesamthand nicht anwendbar. Eine Zurechnung der Grundstücke zur A-KG aufgrund der in ihrer Hand vereinigten sämtlichen Anteile an der GmbH scheidet im Anwendungsbereich des § 6 GrEStG aus.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung von § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 3 sowie § 1 Abs. 6 GrEStG. Die Grundstücke der GmbH seien grunderwerbsteuerrechtlich der A-KG als Alleingesellschafterin zuzurechnen gewesen, so dass bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Grundstücksübergang von einem Gesamthänder auf eine Gesamthand vorliege. Die Grundstücksübertragung habe im Umfang ihrer Beteiligung an der GbR lediglich zu einer Verstärkung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht der A-KG geführt.

*Aus den Gründen:*

(...)

### II.

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

1. Im Ergebnis zutreffend hat das FG erkannt, dass der Übergang der Grundstücke auf die GbR weder nach § 5 Abs. 2 GrEStG noch nach § 6 Abs. 3 GrEStG begünstigt ist.

a) Den Steuervergünstigungen der §§ 5 und 6 GrEStG liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass es an einem steuerungswürdigen Grundstücksumsatz dann und insoweit fehlt, wenn bzw. als sich eine bereits vor der Grundstücksübertragung an dem Grundstück bestehende dingliche Berechtigung als Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentümer nach Übertragung auf eine (andere) Gesamthandsgemeinschaft nunmehr in Form einer gesamthänderischen Mitberechtigung an der erwerbenden Gesamthandsgemeinschaft mit unveränderter (anteiliger) vermögensmäßiger Beteiligung fortsetzt. Dies gilt ebenso dann, wenn umgekehrt eine zuvor bestehende gesamthänderische Mitberechtigung an dem Grundstück nach dessen Übertragung in Form von Allein- bzw. Miteigentum unter Beibehaltung der bisherigen anteiligen vermögensmäßigen Beteiligung weitergeführt wird (BFH, BStBl II 2003, 358 =

ZEV 2003, 252). Auf Grundstückserwerbe einer Gesamthand von einer Kapitalgesellschaft sind §§ 5 und 6 GrEStG nicht anzuwenden, sofern nicht die Kapitalgesellschaft ihrerseits am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist, der sie ein Grundstück überträgt (BFH, BStBl III 1966, 554; BStBl II 1972, 590; BStBl II 1974, 41; BFH/NV 2004, 1548; *Viskorf* in Boruttau, GrEStG, 15. Aufl., § 5 Rdnr. 7).

Im Streitfall sind die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 GrEStG schon deshalb nicht erfüllt, weil die GmbH als Grundstücksveräußerin nicht ihrerseits am Vermögen der GbR beteiligt war. Auch die Vergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG scheidet aus, weil der Übergang der Grundstücke zwischen der GmbH und der GbR kein solcher von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand ist.

b) §§ 5 oder 6 GrEStG sind vorliegend auch nicht etwa deshalb anzuwenden, weil die A-KG vor der fraglichen Grundstücksveräußerung alle Anteile an der GmbH erworben und dieser Rechtsvorgang der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 GrEStG unterlegen hatte. Aus § 1 Abs. 3 GrEStG kann nicht die Folgerung gezogen werden, die Grundstücke der GmbH seien bei grunderwerbsteuerrechtlicher Betrachtung von der A-KG auf die GbR übertragen worden.

Gegenstand der Steuer nach § 1 Abs. 3 GrEStG ist die durch den Anteilserwerb begründete Zuordnung aller Anteile in einer Hand. Mit dem Anteilserwerb wird grunderwerbsteuerrechtlich derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, so behandelt, als gehörten ihm die Grundstücke, die dieser Gesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind (BFH, BStBl II 1994, 121 = MittBayNot 1994, 175; BStBl II 2003, 320 = MittBayNot 2003, 322). Die Rechtsstellung der A-KG als alleinige Gesellschafterin der GmbH ändert jedoch nichts daran, dass die GmbH auch nach der Anteilsvereinigung ein zivilrechtlich und grunderwerbsteuerrechtlich selbständiger Rechtsträger blieb und der A-KG keine gesamthänderische Mitberechtigung an den Grundstücken der GmbH zustand. Die Nichtanwendbarkeit der §§ 5 und 6 GrEStG im Streitfall beruht daher nicht, wie die Klägerin meint, auf dem Gedanken der Missbrauchsbekämpfung. Sie entspricht vielmehr der auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 GrEStG zu respektierenden zivilrechtlichen Selbständigkeit von juristischen Personen und Personengesellschaften. Dem Grunderwerbsteuergesetz ist nämlich nicht zu entnehmen, dass im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG eine gleichzeitige Zuordnung von Grundstücken auf mehrere Rechtsträger ausgeschlossen sein soll. Daher unterliegen Eigentumsübertragungen an Grundstücken i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zwischen Untergesellschaften der Grunderwerbsteuer, und zwar selbst dann, wenn sich beide Gesellschaften in der Hand eines Alleingeschafters sei es einer natürlichen Person, einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft befinden und diese jeweiligen Alleingeschaftler identisch sind (BFH, BStBl II 2004, 658 = GmbHR 2004, 1103; BStBl II 2003, 320 = MittBayNot 2003, 322). Dies gilt dann erst recht bei einem Sachverhalt, wie er dem Streitfall zugrunde liegt, bei dem der Alleingeschaftler der übertragenden Untergesellschaft an der erwerbenden Untergesellschaft nur zu 70 v. H. beteiligt ist.

Verfassungsrechtlich ist die Beschränkung der Steuerbefreiungen aus §§ 5 und 6 GrEStG auf Gesamthandsgemeinschaften nicht zu beanstanden (BFH, BStBl III 1966, 554; BStBl II 1974, 41; BVerfG, Beschluss vom 16.5.1969, 1 BvR 600/66, HFR 1969, 398).

2. Die Vergünstigung des § 1 Abs. 6 GrEStG ist im Streitfall nicht anzuwenden. Die Vorschrift setzt voraus, dass an den aufeinander folgenden Rechtsvorgängen auf der Erwerber-

seite dieselbe Person beteiligt ist (BFH, BStBl II 2004, 658, m. w. N. = GmbHR 2004, 1103). Daran fehlt es, weil die GbR an dem dem Grundstückserwerb vorangegangenen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG nicht beteiligt war.

27. GrEStG § 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 (*Einheitlicher Erwerbsgegenstand bei Grundstückskauf und Sanierungsvertrag*)

**Ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Bauvertrag erst nach dem Kaufvertrag geschlossen wird und der Erwerber tatsächlich und rechtlich in der Lage gewesen wäre, ein anderes, mit dem Grundstücksveräußerer nicht verbundenes Unternehmen mit der Bebauung zu beauftragen oder sich für eine andere, wesentlich vom Angebot abweichende Bebauung zu entscheiden, und ggf. auch entsprechende Angebote eingeholt hatte.**

BFH, Beschluss vom 27.6.2006, II B 160/05

#### Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen in BFH/NV 2006, 1882 veröffentlicht. Siehe hierzu auch den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2006, 475.

28. GrEStG § 3 Nr. 2; § 6 Abs. 2 (*Grunderwerbsteuer bei Anwachsung von Gesamthand auf Alleingesellschafter*)

1. **Erwirbt ein Gesellschafter einer Personengesellschaft deren Gesamthandsvermögen durch Schenkung der Anteile der anderen Gesellschafter zu Alleineigentum, ist ein dabei erfolgender Übergang von Grundstücken aus dem Gesellschaftsvermögen in das Alleineigentum des Gesellschafters nach Maßgabe des § 3 Nr. 2 und des § 6 Abs. 2 GrEStG grunderwerbsteuerfrei.**
2. **Liegt in einem solchen Fall eine gemischte Schenkung an den Erwerber vor, sind als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer die um den Anteil des Erwerbers am Gesellschaftsvermögen verminderten Grundbesitzwerte anzusetzen, soweit sie nach schenkungssteuerrechtlichen Grundsätzen dem entgeltlichen Teil des Erwerbs entsprechen.**

BFH, Urteil vom 13.9.2006, II R 37/05

Der Kläger und sein Bruder (B) waren je zur Hälfte an einer vermögensverwaltenden GbR beteiligt, zu deren Gesellschaftsvermögen in den Bezirken verschiedener Finanzämter belegene Grundstücke gehörten. Mit notariellem Vertrag vom 18.4.2001 vereinbarten die Gesellschafter, dass die GbR mit Wirkung zum 1.5.2001 aufgelöst werde und B dabei seine Beteiligung an der GbR mit allen damit verbundenen Aktiven und Passiven auf den Kläger übertrage und an ihn abtrete. Der Kläger verpflichtete sich zu bestimmten Zahlungen an B und an Dritte.

Das für die Schenkungsteuer zuständige Finanzamt kam zu dem Ergebnis, dass dieser Vorgang als eine gemischte Schenkung von B an den Kläger bzw. als eine Schenkung unter einer Leistungsaufgabe zu beurteilen sei, und setzte als Verkehrswert der Leistung des B einen Betrag von 3.702.702 DM und als Verkehrswert der Gegenleistungen des Klägers einen Betrag von 2.980.857 DM an.

Das beklagte Finanzamt (FA) stellte die Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer für den Erwerb der früher im Gesamthandsvermögen der GbR befindlichen Grundstücke durch den Kläger gesondert fest. Er begründete die Grunderwerbsteuerbarkeit mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG und verneinte die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 2 GrEStG. Als Bemessungsgrundlagen der Steuer stellte das FA

jeweils die Hälfte der von den Lagefinanzämtern nach § 138 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und Abs. 5 BewG i.V.m. § 180 Abs. 1 Nr. 1 und § 18 Abs. 1 Nr. 1 AO 1977 festgestellten Grundstückswerte (Summe: 4.155.000 DM) fest, insgesamt also 2.077.500 DM. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG stellte mit dem in EFG 2005, 1639 veröffentlichten Urteil die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer dem Klageantrag entsprechend auf den Teil des Verkehrswerts der vom Kläger zu erbringenden Gegenleistungen, der nach seiner Ansicht auf den Grundstückserwerb entfällt, nämlich 66,37 v.H. von 2.980.857 DM = 1.978.347 DM fest und verteilte diesen Betrag nach dem Verhältnis der Verkehrswerte auf die vom Kläger erworbenen Grundstücke. Zur Begründung führte es aus, die in § 3 Nr. 2 GrEStG vorgesehene Steuerbefreiung für Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG müsse über den Wortlaut hinaus auch in Fällen der vorliegenden Art angewandt werden. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer seien danach die schenkungssteuerrechtlich zu berücksichtigenden Gegenleistungen und Auflagen, soweit sie auf das erworbene Grundvermögen entfielen.

Das FA vertritt mit der Revision die Auffassung, § 3 Nr. 2 GrEStG sei dem Wortlaut nach nicht anwendbar, da es sich schenkungssteuerrechtlich um eine Abtretung von Gesellschaftsrechten und nicht um eine Grundstücksschenkung handle. Die Anwendung der Vorschrift sei auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen. Die Entscheidungsgründe ergeben zwar eine Verletzung des bestehenden Rechts; die Entscheidung selbst stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 126 Abs. 4 FGO). Die Ansicht des FG, die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sei auch in Fällen der vorliegenden Art anwendbar, ist zutreffend. Seine Steuerberechnung entspricht jedoch nicht der Vorschrift des § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG. Im Ergebnis wirkt sich der Rechtsfehler nicht zu Ungunsten des FA aus.

1. Wird im Rahmen der Auflösung einer Personengesellschaft einer der Gesellschafter durch Anwachsung entsprechend § 738 BGB Inhaber des gesamten Gesellschaftsvermögens einschließlich des Grundbesitzes, ist der dadurch bewirkte Übergang des Grundbesitzes aus dem Gesamthandsvermögen in das Alleineigentum des Gesellschafters nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar (z.B. BFH, BStBl II 1995, 903; BStBl II 1997, 663). Dieser Erwerb ist jedoch gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG (vorbehaltlich § 6 Abs. 4 GrEStG) grunderwerbsteuerfrei, soweit der Übernehmende am Vermögen der Gesamthand beteiligt war. Soweit der Anwachsung des Gesellschaftsvermögens eine freigebige Zuwendung des Anteils eines anderen Gesellschafters zugrunde liegt, tritt ferner nach Maßgabe des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG Grunderwerbsteuerfreiheit ein. Nach dieser Vorschrift sind u.a. Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG von der Besteuerung ausgenommen.

Der Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steht nicht entgegen, dass grunderwerbsteuerrechtlich ein Übergang der Grundstücke aus dem Gesamthandsvermögen der Gesellschaft in das Alleineigentum des Erwerbers vorliegt, während der Schenkungsteuer die freigebige Zuwendung des Gesellschaftsanteils an den Erwerber unterliegt. Dabei handelt es sich um rechtstechnische Anknüpfungspunkte, denen im Hinblick auf den Zweck des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG, die doppelte Belastung eines Lebensvorgangs mit Grunderwerbsteuer einerseits und Erbschaftsteuer oder Schenkungsteuer andererseits zu vermeiden, keine Bedeutung zukommt (vgl. BFH, BStBl III 1963, 579; HFR 1965, 227). Der in § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG verwendete Begriff „Grundstücksschenkungen unter Lebenden“ ist daher nicht so zu verstehen, dass die Vorschrift

nur isolierte freigebige Zuwendungen von Grundstücken erfasst. Sie gilt vielmehr aufgrund ihres soeben erwähnten Zwecks, eine Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Erbschaftsteuer bzw. Schenkungsteuer zu vermeiden, auch dann, wenn Gegenstand einer freigebigen Zuwendung ein Anteil an einer Personengesellschaft ist.

2. Hat der Gesellschafter, der das gesamte Gesellschaftsvermögen zu Alleineigentum übernimmt, dafür im Rahmen einer gemischten Schenkung Gegenleistungen zu erbringen, ist § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nur auf den unentgeltlichen Teil des Erwerbs anwendbar. Der entgeltliche Teil des Erwerbs unterliegt der Grunderwerbsteuer, soweit nicht andere Befreiungsvorschriften eingreifen.

Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bilden dabei allerdings entgegen der Auffassung des FG nicht die vom Erwerber zu erbringenden Gegenleistungen, soweit sie auf den Grundbesitz entfallen, sondern die festgestellten Grundbesitzwerte (§§ 138 ff. BewG), soweit sie weder dem bisherigen Anteil des Erwerbers am Vermögen der Gesamthand noch dem unentgeltlichen Teil des Erwerbs entsprechen. Die Maßgeblichkeit der festgestellten Grundbesitzwerte ergibt sich aus § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG in der im Streitfall anwendbaren Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl I, 402; vgl. § 23 Abs. 6 Satz 1 GrEStG).

Nach dieser Vorschrift wird die Steuer u. a. „bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ nach den Werten i. S. des § 138 Abs. 2 oder 3 BewG bemessen. Derartige Erwerbsvorgänge sind solche Grundstücksübergänge zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, durch die die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht berührt oder verändert wird (BFH, BStBl II 2003, 483 = MittBayNot 2004, 146). Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn im Rahmen der Auflösung einer Personengesellschaft einer der Gesellschafter durch Anwachsung entsprechend § 738 BGB oder Gesamtrechtsnachfolge Inhaber des gesamten Gesellschaftsvermögens einschließlich des Grundbesitzes wird. § 8 Abs. 2 GrEStG ist eine Sonderregelung zu § 8 Abs. 1 GrEStG, wonach sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung bemisst. Dies schließt es aus, in den genannten Fällen die Grunderwerbsteuer nach dem Wert der Gegenleistungen oder Auflagen, die bei der Schenkungsteuer abziehbar sind (§ 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG), zu bemessen.

3. Im Streitfall sind danach als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer nicht die vom Kläger zu erbringenden Gegenleistungen heranzuziehen, soweit sie dem erworbenen Grundbesitz zuzuordnen sind, sondern die Hälfte der für die Grundstücke festgestellten Bedarfswerte, soweit sie dem entgeltlichen Teil des Erwerbs entsprechen. (...)

29. ErbStG § 3 Abs. 1; BGB §§ 1753 Abs. 2, 1753 Abs. 3; BGB a. F. 1934 a (*Erbschaftsteuerliche Rückwirkung einer nach Tod des Erblassers wirksamen Adoption*)

**1. Die Rückwirkung einer nach dem Tode des Erblassers erfolgten Adoption durch Ausspruch der Annahme durch das Vormundschaftsgericht hat wegen der zivilrechtlichen Betrachtungsweise des ErbStG unmittelbare Auswirkungen auf die Erbschaftsteuer.**

**2. Ein Vertrag über die Abgeltung des Erbersatzanspruchs ändert steuerrechtlich nichts an der eingetretenen Erbfolge.**

FG München, Urteil vom 3.5.2006, 4 K 1808/04

**Hinweis der Schriftleitung:**

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in EFG 2006, 1337.

30. BGB §§ 1371 Abs. 2, 1378 Abs. 3 Satz 1; ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 5 (*Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennen*)

**Vereinbaren die Eheleute bei der Eheschließung Gütertrennung und heben diese später durch die Vereinbarung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft rückwirkend wieder auf, ist diese zivilrechtlich zulässige rückwirkende Vereinbarung auch erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennen, wenn sie dem Ehegatten im Todesfall des anderen keine überhöhte Ausgleichsforderung verschafft. Die Zugewinnausgleichsforderung unterliegt in diesem Fall nicht der Erbschaftsteuer.**

FG Düsseldorf, Urteil vom 14.6.2006, 4 K 7107/02 Erb

**Anmerkung:**

**1. Rückwirkung im Erbschaftsteuerrecht**

Das FG Düsseldorf<sup>1</sup> hat die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft auch erbschaftsteuerlich anerkannt und der notariellen Vertragspraxis damit neue Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Die Revision gegen die Entscheidung<sup>2</sup> wurde zwischenzeitlich zurückgenommen, so dass die Entscheidung rechtskräftig geworden ist. Nachdem auch die Finanzverwaltung ihre gegenteilige Auffassung<sup>3</sup> aufgegeben hat, besteht für die Beratungspraxis in dieser Frage nunmehr Rechtssicherheit.<sup>4</sup> Der Entscheidung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung uneingeschränkt zuzustimmen.

**2. Güterstandswechsel**

In der Vergangenheit wurde (vor allem von Unternehmern und Freiberuflern) nicht ganz selten der Güterstand der Gütertrennung vereinbart, um die Vermögenssubstanz im Falle einer Scheidung vor etwaigen Ausgleichsansprüchen zu schützen. Der Güterstand der Gütertrennung erweist sich heute im Allgemeinen jedoch sowohl aus erbrechtlichen (siehe §§ 1931 Abs. 4, 2303 Abs. 1 BGB) als auch aus erbschaftsteuerlichen Gründen (siehe § 5 ErbStG) als nachteilig. Bereits seit einigen Jahren wird daher im Regelfall lediglich eine Modifikation des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft empfohlen, die den Zugewinnausgleich zwar im Falle der Scheidung der Ehe ausschließt, diesen aber für den Fall des Todes eines Ehegatten unberührt lässt. Der

<sup>1</sup> EFG 2006, 1447 m. Anm. Fumi = RNotZ 2007, 55 m. Anm. Thouet.

<sup>2</sup> BFH, II R 51/06.

<sup>3</sup> R 12 Abs. 2 Satz 3 ErbStR.

<sup>4</sup> Siehe nur Bayerisches Landesamt für Steuern, Erlass vom 5.10.2006, S 3804-4 St 35N, DStR 2007, 26 = MittBayNot 2007, 269 (in diesem Heft); gleichlautend Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlass vom 7.12.2006, 3 - S 3804/7, DB 2006, 2784.

Güterstand der Gütertrennung kommt dagegen nur noch in seltenen Ausnahmefällen (z. B. bei Auslandsachverhalten) in Betracht.

Zivilrechtlich ist der Wechsel des Güterstands jederzeit problemlos möglich. Durch Abschluss eines neuen Ehevertrages kann der bestehende Güterstand der Gütertrennung auch rückwirkend aufgehoben und stattdessen beispielsweise der Güterstand der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft vereinbart werden. Der BFH hat diese – zivilrechtlich unstrittig zulässige – Rückwirkung ursprünglich auch für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer anerkannt.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber ist dem jedoch nicht gefolgt, da er befürchtet hat, dass durch die rückwirkende Aufhebung des Güterstands der Gütertrennung in vielen Fällen der in der Vergangenheit erzielte Zugewinn erbschaftsteuerfrei auf den anderen Ehegatten übertragen werden könnte. In bewusster Abweichung vom Zivilrecht wurde daher der rückwirkenden Aufhebung des Güterstands für Zwecke der Erbschaftsteuer die Anerkennung versagt.<sup>6</sup> Im Rahmen der erbrechtlichen Lösung gilt für Zwecke der Erbschaftsteuer daher der Tag des Vertragsabschlusses als Beginn des neuen Güterstands (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB).

Das gesetzliche Rückwirkungsverbot (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG) gilt unstrittig für die *erbrechtliche* Lösung, bei der der Erbteil des überlebenden Ehegatten pauschal um ein Viertel erhöht wird (§ 1371 Abs. 1 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 ErbStG). Durch die Entscheidung des FG Düsseldorf hat sich insoweit keine Änderung ergeben.

Umstritten war bislang allerdings, ob das Rückwirkungsverbot auch für die *güterrechtliche* Lösung gilt, bei der der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird (§ 1371 Abs. 2 BGB i. V. m. § 5 Abs. 2 ErbStG). Im Schrifttum ist zu Recht überwiegend davon ausgegangen worden, dass das Rückwirkungsverbot nur für die erbrechtliche Lösung und nicht auch für die güterrechtliche Lösung gilt.<sup>7</sup> Denn der Gesetzgeber hat das Rückwirkungsverbot ausdrücklich nur für den Fall der erbrechtlichen Lösung (in § 5 Abs. 1 ErbStG) vorgesehen. Eine entsprechende Regelung für die güterrechtliche Lösung hat der Gesetzgeber in Kenntnis der beiden Möglichkeiten gerade nicht vorgesehen (siehe § 5 Abs. 2 ErbStG, wo auch keine entsprechende Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG vorgesehen ist). Die Finanzverwaltung ist bislang gleichwohl davon ausgegangen, dass eine rückwirkende Aufhebung des Güterstands der Gütertrennung auch im Rahmen der güterrechtlichen Lösung nicht anzuerkennen sei. In der Vereinbarung eines vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegenden Beginns des Güterstands wurde die Begründung einer „erhöhte(n) güterrechtliche(n) Ausgleichsforderung“ gesehen, die der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer unterliegt.

Dem FG Düsseldorf kommt das Verdienst zu, dieser vagen Auffassung der Finanzverwaltung ein Ende bereitet und gleichzeitig die zivilrechtliche Prägung des Erbschaftsteuerrechts gestärkt zu haben. „Die bürgerlich-rechtliche Gestaltungs-

freiheit der Ehegatten (§ 1408 Abs. 1 BGB) ist grundsätzlich (auch) erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennen.“ Das FG Düsseldorf betont in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass die Ehegatten auf diese Weise auch auf die Höhe der Besteuerung Einfluss nehmen können (im konkreten Fall ging es immerhin um die Frage der Besteuerung einer Zugewinnsausgleichsforderung von über 5 Mio. Euro). Wörtlich führt es dabei aus: „Soweit (...) die Ehegatten im Rahmen der zivilrechtlichen Vorschriften den Umfang der Nichtsteuerbarkeit bestimmen können, ist dies in der Anknüpfung an das insoweit dispositive Zivilrecht angelegt und daher erbschaftsteuerlich hinzunehmen.“

### 3. Folgerungen für die Praxis

Für die Beratungspraxis folgt daraus, dass die rückwirkende Aufhebung des Güterstands der Gütertrennung nicht nur zivilrechtlich zulässig, sondern auch erbschaftsteuerlich sinnvoll ist. Denn im Zeitpunkt der Änderung des Güterstands wird man kaum vorhersehen können, ob es im konkreten Einzelfall zu einer erbrechtlichen oder einer güterrechtlichen Lösung kommt. Selbst dann, wenn sich die Ehegatten gegenseitig als Erben oder Vermächtnisnehmer einsetzen, kann es nach Eintritt des Erbfalls aus erbschaftsteuerlichen Gründen zu einer (taktischen) Erbschaftsausschlagung kommen.<sup>8</sup> Bei Ehegatten, die im Güterstand der Gütertrennung verheiratet sind, sollte daher stets geprüft werden, ob nicht eine rückwirkende Aufhebung des Güterstands der Gütertrennung (und die Vereinbarung des Güterstands der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft) in Betracht kommt.

Bereits in der Vergangenheit wurde vielfach vom Güterstand der Gütertrennung in den Güterstand der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft gewechselt. Bei Abschluss dieser Eheverträge wurde allerdings oftmals keine Rückwirkung vereinbart, da diese erbschaftsteuerrechtlich ohnehin nicht anerkannt wird.<sup>9</sup> Nachdem nunmehr die Rückwirkung für die güterrechtliche Lösung auch erbschaftsteuerlich anerkannt ist, sollte gegebenenfalls geprüft werden, ob nicht im Rahmen eines Nachtrags zu den bereits bestehenden Eheverträgen die rückwirkende Aufhebung des Güterstands vereinbart werden kann.

In dem Fall, der der Entscheidung des FG Düsseldorf zugrunde lag, wurde der Güterstand durch den Tod des Ehemanns beendet. Die Ausgleichsforderung wäre aber wohl auch dann steuerfrei gewesen, wenn der Güterstand zu Lebzeiten der Ehegatten beendet worden wäre. Zu Lebzeiten kann der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft nicht nur durch Scheidung, sondern auch durch (erneute) Vereinbarung des Güterstands der Gütertrennung vereinbart werden. Nach der tatsächlichen Beendigung des Güterstands und dem (steuerfreien) Ausgleich des Zugewinns könnte dann erneut in den Güterstand der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft gewechselt werden.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> BFH, Urteil vom 28.6.1989, II R 82/86, BStBl II 1989, 897 = NJW 1989, 2911; BFH, Urteil vom 12.5.1993, II R 37/89, BStBl II 1993, 739 = NJW 1994, 343.

<sup>6</sup> Die Neuregelung in § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG gilt für alle Erwerbsvorgänge seit dem 1.1.1994; zur Problematik der Rückwirkung in diesem Zusammenhang siehe BFH, Urteil vom 18.1.2006, II R 64/04, DStRE 2006, 541 = ZEV 2006, 224 = BFH/NV 2006, 948.

<sup>7</sup> Siehe statt vieler Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 25 m. w. N.

<sup>8</sup> Auf diese Möglichkeit der Umgehung des Rückwirkungsverbots nach § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG hat sogar der BFH, Urteil vom 18.1.2006, II R 64/04, DStRE 2006, 541 = ZEV 2006, 224 = BFH/NV 2006, 948, hingewiesen.

<sup>9</sup> Siehe § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG für die erbrechtliche Lösung und bislang R 12 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ErbStR für die güterrechtliche Lösung.

<sup>10</sup> Ausführlich zur Güterstandsschaukel *Ebeling*, ZEV 2006, 19; *Geck*, ZEV 2006, 62; *Gluth*, ErbStB 2006, 319; *Jülicher*, ZEV 2006, 338; *Kensbock/Menhorn*, DStR 2006, 1073; *von Oertzen/Cornelius*, ErbStB 2005, 349; *Schlünder/Geißler*, NJW 2007, 482; *Schlünder/Geißler*, FamRZ 2006, 1655; *Wälzholz*, FamRB 2006, 27; *Zugmaier/Wälzholz*, NWB, Fach 10, 1521 (2005).

Die Entscheidung des FG Düsseldorf macht aber auch deutlich, welche Grenzen bei der Gestaltung zu berücksichtigen sind. Die Gestaltungsfreiheit endet demnach dort, wo einem Ehegatten eine Ausgleichsforderung verschafft wird, die den „Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung“ überschreitet.<sup>11</sup> Als Beispiel für eine solche überhöhte Ausgleichsforderung nennt das FG Düsseldorf den Fall, dass die Ehegatten für die Ermittlung des Anfangsvermögens einen Zeitpunkt vor der Eheschließung wählen.<sup>12</sup> Problematisch dürfte auch die steuerliche Anerkennung der Vereinbarung eines negativen Anfangsvermögens sein, und zwar selbst dann, wenn dies zivilrechtlich sinnvoll ist (siehe § 1374 Abs. 1 Hs. 2 BGB).

#### 4. Ausblick

Aus Sicht der Beratungspraxis ist die Entscheidung des FG Düsseldorf uneingeschränkt zu begrüßen. Rechtspolitisch stellt sich allerdings die Frage, ob der Gesetzgeber im Rahmen der anstehenden Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts den Erwerb unter Ehegatten nicht generell steuerfrei stellen sollte.<sup>13</sup> Die neu eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten des Güterstandswechsels werden jedenfalls dazu führen, dass das auf den Erwerb unter Ehegatten entfallende Steueraufkommen weiter zurückgeht.

Notar *Thomas Wachter*, München

<sup>11</sup> Unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, BStBl II 2005, 843 = MittBayNot 2006, 271 = ZEV 2005, 490 mit Anm. *Münch* = ZErB 2005, 419 mit Anm. *Everts* und mit Anm. *Feick*.

<sup>12</sup> Siehe dazu auch R 12 Abs. 2 Satz 3 ErbStR und BFH, Urteil vom 28.6.1989, II R 82/86, BStBl II 1989, 897 = NJW 1989, 2911.

<sup>13</sup> Für eine solche Freistellung haben sich bereits früher zu Recht *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1306 und *Moench*, DStR 1996, 725, 728 ausgesprochen, zuletzt auch *Crezelius* in FS Hermann Otto Solms, 2005, S. 213.

31. GrEStG § 9 Abs. 1 Nr. 1; BewG § 12 Abs. 1 (*Grund-erwerbsteuerpflichtige Übernahme einer Maklerprovision*)

**Wenn der Grundstückskäufer eine Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung einer Maklerprovision übernommen hat, stellt dies eine sonstige übernommene Leistung des Käufers im Rahmen der Gegenleistung dar, die grunderwerbsteuerrechtlich beachtlich ist. Dies ist der Fall, wenn Käufer und Verkäufer bzgl. der Provision gesamtschuldnerisch haften und sich der Käufer im Innenverhältnis zur alleinigen Zahlung verpflichtet hat.**

FG des Landes Brandenburg, Urteil vom 19.5.2005, 3 K 1105/02

Durch notariellen Kaufvertrag erwarb der Kläger ein Objekt in L. zu einem Kaufpreis von 370.000 DM. In § 16 des Vertrages heißt es, dass dieser durch den Makler vermittelt worden ist. Ferner ist dort bestimmt:

„Die Vermittlungsgebühr beträgt insgesamt 29.614,80 DM einschließlich 16 Prozent Mehrwertsteuer und ist fällig und verdient bei Rechtswirksamkeit dieses Vertrages. Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer, diese Vermittlungsgebühr allein als Schuldner an den Makler zu zahlen.“

Des Weiteren verpflichtete sich der Kläger in § 16 des betreffenden Vertrages:

„als Schuldner zur Zahlung von 29.614,80 DM an die vorgenannte Maklerfirma, der ein direkter Anspruch gegen den Käufer gemäß § 328 BGB eingeräumt wird“.

Das Finanzamt setzt Grunderwerbsteuer in Höhe von 13.986 DM gegen den Kläger fest. Dagegen erhob der Kläger Einspruch und wandte sich gegen die Einbeziehung der Maklergebühr in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Grunderwerbsteuer. Nachdem das Finanzamt den Maklervertrag angefordert hatte, reichte der Kläger eine Reservierungsvereinbarung zwischen ihm und dem Makler ein. Auf Nachfrage des Finanzamtes teilte der Makler mit, dass lediglich ein mündlicher Vertrag zwischen ihm und der Verkäuferin bestanden habe. Gegen die Zurückweisung des Einspruchs seitens des Finanzamts richtet sich die fristgerecht erhobene Klage.

Auf Nachfrage des Gerichts hat der Makler erklärt, es habe keine Absprachen mit dem Verkäufer zu dem betreffenden Kaufvertrag gegeben, so dass diesem gegenüber auch keine Rechnung gestellt worden sei. Dagegen sei dem Kläger gegenüber als Erwerber eine Rechnung erteilt worden. Über eine Provision habe er – der Makler – mit der Verkäuferseite nicht gesprochen. Eine Provisionsleistung durch den Verkäufer sei nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden. Ferner stelle es eine Mutmaßung dar, ob er – der Makler – sich in dem Fall, dass der Kläger die an ihn gerichtete Rechnung ganz oder zum Teil nicht bezahlt hätte, an die Verkäuferin gewandt hätte, um von dieser die in dem Kaufvertrag genannte Provision von 29.614,80 DM ganz oder teilweise zu erhalten. In diesem Zusammenhang hat der Makler angefügt, dass er sicherlich in letzter Konsequenz auch diese Überlegung angestellt hätte.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig und verletzt nicht die Rechte des Klägers (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

Im Streitfall ist die Maklerprovision in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gilt als Gegenleistung bei einem Grundstückskauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Dazu gehören auch vom Käufer übernommene Verpflichtungen des Verkäufers. Anders ist es dann, wenn kein Anhalt dafür besteht, dass der Steuerpflichtige mit der Maklerprovision eine Verpflichtung des Grundstücksveräußerers übernommen hat. Es kommt nicht darauf an, ob die Verpflichtung zur Zahlung der Maklergebühr zivilrechtlich wirksam bestanden hat, solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis des Rechtsgeschäfts (Maklervertrag zwischen Makler und Käufer) eintreten und bestehen lassen. Auch das Zusammenwirken zwischen Grundstücksveräußerer und Makler macht die Maklerprovision allein nicht zur Gegenleistung (vergleiche BFH/NV 1991, 769). Die Tilgung einer eigenen Schuld des Käufers ist deshalb keine Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne. Soweit allerdings der Käufer einen nach Maßgabe des Maklervertrages ganz oder teilweise vom Verkäufer selbst geschuldeten Maklerlohn übernimmt, liegt in dieser Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit eine sonstige Leistung (siehe zum Beispiel: *Pahlke/Franz*, GrEStG, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 107 „Maklerkosten“).

Unter Berücksichtigung dessen ist hier maßgeblich, dass der Kläger zusätzlich eine Schuld der Grundstücksveräußerin hinsichtlich der Maklerprovision übernommen hat. § 16 des Kaufvertrages legt nämlich dem Kläger die Verpflichtung gegenüber der Veräußerin auf, die Vermittlungsgebühr „allein als Schuldner an den Makler zu zahlen“. Im unmittelbaren Anschluss daran verpflichtet sich der Kläger „als Schuldner“ zur Zahlung der Vermittlungsgebühr an den Makler, dem „ein direkter Anspruch gegen den Käufer gemäß § 328 BGB eingeräumt wird“. Danach ist nicht ersichtlich, dass der Kläger alleiniger Schuldner der Maklerprovision gewesen ist. Zwar geht aus dem Vertragspassus hervor, dass die Maklergebühr in Höhe von 29.614,80 DM (= 6,9 Prozent des Kaufpreises) nur einmal entstehen sollte und in vollem Umfang vom Kläger zu

entrichtet ist. Es ist aber durchaus möglich, dass einem Makler, der im Interesse des Veräußerers wie des Erwerbers handelt, gegen beide Seiten eine Provisionsforderung zusteht (vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 60. Aufl., § 654 Rdnr. 4; *Jahn*, NJW 1969, 1837). Anhaltspunkte für eine treuwidrige Doppeltätigkeit, die zur Verwirkung des Anspruches auf den Maklerlohn führte (siehe § 654 BGB) bestehen nicht, da eine vertragswidrige Interessenkollision nicht ersichtlich ist (vgl. dazu auch *Palandt/Sprau*, § 654 Rdnr. 4).

Maßgeblich ist hier, dass nach der erwähnten Auskunft des Maklers ein Provisionsanspruch gegen die Verkäuferin nicht ausgeschlossen war. Vielmehr wäre der Makler danach „in letzter Konsequenz“ auch gegen die Verkäuferin vorgegangen. Dies wäre nach § 652 Abs. 1 BGB möglich gewesen. Unerheblich ist, dass der Makler mit der Verkäuferin nicht über eine Provision gesprochen hat. Ausschlaggebend ist, dass eine Provision aufgrund mündlichen Maklervertrages mit der Veräußerin nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Bestehen aber vertragliche Beziehungen zwischen der Verkäuferin und dem Makler wie hier, wozu auch der stillschweigende Abschluss eines Maklervertrages genügt (siehe auch *Wellmann*, NJW 1969, 1838), und ist der Maklerlohn nicht abbedungen, dann steht dem Makler auch ein Provisionsanspruch gegen den Veräußerer zu (§ 653 Abs. 1 BGB). Umstände für ein kostenloses Tätigwerden des Maklers zugunsten der Verkäuferin sind nach dessen Auskunft nicht gegeben. Der Makler wollte zwar in erster Linie nur den Kläger in Anspruch nehmen, hätte aber – wie bereits erwähnt – „in letzter Konsequenz“ auch überlegt, die Veräußerin in Anspruch zu nehmen. Entscheidend ist nach alledem, dass die rechtliche Möglichkeit bestand, die Verkäuferin als Schuldnerin der Maklerprovision in Anspruch zu nehmen. Daran ändert auch die sog. Klarstellung des Maklers vom 12.4.2005

nichts, da die Auffassung, es habe kein rechtlicher Anspruch gegen die Verkäuferin bestanden, unzutreffend ist (siehe oben).

Unter diesen Umständen liegt jedenfalls ein vorsorgliches Freistellungsinteresse der Verkäuferin gegenüber dem Kläger vor, das dieser durch die Regelung in dem Kaufvertrag erfüllt hat. Dieses Interesse hat auch einen realen rechtlichen Hintergrund (siehe oben). Dass die Verkäuferin nur nachrangig, d. h., falls der Kläger nicht die Provision zahlt, haften sollte, steht der Befreiung von ihrer rechtlich existenten Verpflichtung gegenüber dem Makler nicht entgegen.

Mangels anderer Anhaltspunkte ist die Freistellung der Verkäuferin von der Maklergebühr mit dem Nennwert anzusetzen. Maßgeblich ist, dass der Kläger und die Verkäuferin zwar im Außenverhältnis als Gesamtschuldner zur Zahlung der betreffenden Maklerprovision verpflichtet waren, dass aber im Innenverhältnis der Kläger keinen Ausgleichsanspruch gegen die Verkäuferin hat (siehe § 16 des streitigen Kaufvertrages). Eine niedrigere Bewertung der Freistellungsverpflichtung scheidet danach aus. § 12 Abs. 1 BewG führt zu keinem anderen Ergebnis. Allerdings muss danach mit einer Schuld, die mit dem Nennwert anzusetzen ist, eine entsprechende wirtschaftliche Belastung verbunden sein (siehe zum Beispiel *Kreutziger/Lindberg/Schaffner*, BewG, 2002, § 12 Rdnr. 11). Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn der Schuldner damit rechnen kann, dass er nicht in Anspruch genommen wird. Damit hat die Verkäuferin als Mitschuldnerin hinsichtlich des Maklerlohns offensichtlich nicht gerechnet (vgl. § 16 des Kaufvertrages). Dass sie damit aber hätte rechnen müssen, ist nicht erkennbar. Dies wäre zum Beispiel anzunehmen, wenn der Kläger sogleich bei Vertragsschluss die Maklergebühr geleistet hätte. Daran fehlt es hier wie auch an anderen Umständen, die die Vorsorge der Verkäuferin als in jeder Hinsicht gegenstandslos erscheinen ließen.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung

BMF-Schreiben vom 11.1.2006 – IV B 2 – S 2242 – 2/04

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung auf der Grundlage des BFH-Beschlusses vom 5.6.1990 (BStBl II S. 837) Folgendes:

#### Inhaltsübersicht

	Tz.		Tz.
<b>A. Allgemeines</b>	1		
<b>B. Zurechnung der laufenden Einkünfte zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung</b>	2–9		
1 Allgemeines	2		
2 Zurechnung laufender Gewinneinkünfte	3–5		
3 Zurechnung laufender Überschusseinkünfte	6		
4 Beendigung der Erbengemeinschaft und rückwirkende Zurechnung der laufenden Einkünfte	7–9		
<b>C. Erbauseinandersetzung durch Aufteilung des Nachlasses</b>	10–36		
I. Erbauseinandersetzung über Betriebsvermögen	10–21		
1. Teilung ohne Abfindungszahlungen	10–13		
a) Allgemeines	10		
b) Gewinnrealisierung nach den Grundsätzen über die Betriebsaufgabe	11		
c) Buchwertfortführung bei Übertragung in ein anderes Betriebsvermögen der Miterben	12		
d) Ansatz bei Überführung von Wirtschaftsgütern in das Privatvermögen	13		
2. Teilung mit Spitzen- oder Wertausgleich	14–21		
a) Allgemeines	14–17		
b) Übernahme von Verbindlichkeiten über die Erbquote hinaus	18		
c) Buchwertfortführung im Zusammenhang mit Abfindungszahlungen	19–21		
II. Erbauseinandersetzung über Privatvermögen	22–31		
1. Teilung ohne Abfindungszahlungen	22–25		
a) Allgemeines	22		
b) Behandlung von Nachlassverbindlichkeiten	23–25		
2. Teilung mit Abfindungszahlungen	26–31		
a) Allgemeines	26–27		
b) Aufteilung von Abfindungszahlungen	28–29		
c) Behandlung liquider Mittel des Nachlasses	30		
		d) AfA-Bemessungsgrundlage und AfA-Satz nach Erbauseinandersetzung	31
		III. Erbauseinandersetzung über einen Mischnachlass	32–37
		1. Teilung ohne Abfindungszahlungen	32–35
		a) Allgemeines	32
		b) Schaffung von Privatvermögen im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Auseinandersetzung	33
		c) Behandlung von Nachlassverbindlichkeiten bei Mischnachlässen, insbesondere Schuldzinsenabzug	34–35
		2. Teilung mit Abfindungszahlungen	36
		<b>D. Entgeltliche und unentgeltliche Übertragung eines Erbteils</b>	37–47
		1. Allgemeines	37
		2. Zum Nachlass gehört nur Betriebsvermögen	38–39
		a) Schenkung eines Erbteils	38
		b) Verkauf eines Erbteils	39
		3. Zum Nachlass gehört nur Privatvermögen	40–43
		a) Schenkung eines Erbteils	40
		b) Verkauf eines Erbteils	41–43
		4. Mischnachlass	44–47
		a) Schenkung eines Erbteils	45
		b) Verkauf eines Erbteils	46–47
		<b>E. Ausscheiden eines Miterben</b>	48–52
		1. Allgemeines	48
		2. Ausscheiden ohne Abfindung	49
		3. Ausscheiden gegen Barabfindung	50
		4. Ausscheiden gegen Sachwertabfindung	51–52
		a) Grundsatz	51
		b) Buchwertfortführung	52

	Tz.		Tz.
<b>F. Erbauseinandersetzung durch Veräußerung des Nachlasses</b>	53–55	3. Steuerliche Auswirkungen von Teilungsanordnungen	67–68
1. Allgemeines	53	<b>I. Sonderfragen</b>	69–82
2. Betriebsvermögen	54	I. Erbfolge bei der Beteiligung an einer Personengesellschaft	69–74
3. Privatvermögen	55	1. Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter oder Auflösungsklausel	69
<b>G. Teilerbauseinandersetzung</b>	56–59	2. Eintrittsklausel	70
1. Behandlung wie Gesamterbauseinandersetzung	56–57	3. Einfache Nachfolgeklausel	71
2. Behandlung von umgekehrten Abfindungen	58–59	4. Qualifizierte Nachfolgeklausel	72–74
<b>H. Vermächtnisse, Vorausvermächtnisse, Teilungsanordnung</b>	60–68	II. Sonderfragen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft	75–82
1. Steuerliche Auswirkungen von Vermächtnissen	60–63	1. Erbfolge im Bereich der Land- und Forstwirtschaft	75–81
2. Besonderheiten bei Vorausvermächtnissen	64–66	2. Behandlung von Abfindungen, die das Kapitalkonto unterschreiten	82
		<b>J. Übergangsregelung</b>	83

## A. Allgemeines

- Mit dem Tod des Erblassers geht der gesamte Nachlass unentgeltlich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Alleinerben oder die Erbengemeinschaft über. Der Nachlass ist Gesamthandsvermögen der Erben (§ 1922 BGB). Die Erbengemeinschaft wird bis zu ihrer Auseinandersetzung (§ 2042 BGB) steuerlich bei den Überschusseinkünften wie eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO) und bei den Gewinneinkünften als Mitunternehmerschaft behandelt. Die steuerlichen Grundsätze zur Erbauseinandersetzung sind auch auf Abfindungszahlungen infolge eines gerichtlichen Vergleichs an angebliche Miterben anzuwenden (BFH-Urteil vom 14.3.1996 – BStBl II S. 310). Ein Erbprätendent mit möglichem Pflichtteilsanspruch, der zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten Wirtschaftsgüter aus dem Nachlass erhält, ist steuerlich wie ein Erbe zu behandeln (BFH-Urteil vom 13.2.1997 – BStBl II S. 535).

## B. Zurechnung der laufenden Einkünfte zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung

### 1. Allgemeines

- Sowohl für den Bereich des Betriebsvermögens als auch für den Bereich des Privatvermögens bilden Erbfall und Erbauseinandersetzung keine rechtliche Einheit. Hinterlässt ein Erblasser mehrere Erben, geht sein Vermögen mit dem Tod im Ganzen auf die Erben über und wird bei ihnen zu gemeinschaftlichem Vermögen. Die Miterben verwalten den Nachlass gemeinsam und können über Nachlassgegenstände nur gemeinschaftlich verfügen. Die Erbengemeinschaft kann unbegrenzt bestehen bleiben. Das Ergebnis ihrer Betätigung wird Bestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens. Hieraus ergeben sich Folgerungen für das Entstehen und die Zurechnung von steuerlichen Einkünften bei den Miterben.

### 2. Zurechnung laufender Gewinneinkünfte

- Gehört ein gewerbliches, freiberufliches oder land- und forstwirtschaftliches Unternehmen zum Nachlass, geht es mit dem Erbfall auf die Erbengemeinschaft über (§ 1922 BGB). Sämtliche Miterben werden – abgesehen von bestimmten Sonderfällen (siehe Tz. 69 ff.) – Mitunternehmer i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Aufgrund ihrer Stellung als Miterben tragen sie ein Mitunternehmerisiko und können Mitunternehmerinitiative entfalten. Diese Beurteilung hängt nicht von der Länge des Zeitraums ab, in dem die Erbengemeinschaft das Unternehmen weiterführt. Auch wenn die Erben ein Unternehmen frühzeitig nach dem Erbfall abwickeln und einstellen oder es auf eine andere Person übertragen, haben sie zunächst die Eigenschaft von Mitunternehmern erlangt und behalten diese bis zur Betriebsbeendigung oder Auseinandersetzung über den Betrieb. Als solche beziehen die Erben ihre Einkünfte kraft eigener Verwirklichung des Einkünftetatsbestandes. Die laufenden Einkünfte sind den einzelnen Miterben als Mitunternehmer nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel zuzurechnen, der sich bei den Miterben grundsätzlich nach ihren Erbteilen bestimmt (§ 2038 Abs. 2, § 743 Abs. 1 BGB). Zur rückwirkenden Zurechnung laufender Einkünfte vgl. Tz. 7 ff., zur Zurechnung der Einkünfte an einen Vermächtnisnehmer als wirtschaftlichem Eigentümer eines Gewerbebetriebes vgl. Tz. 61.
- Gehört zu einem Nachlass neben einem Gewerbebetrieb ein der selbständigen Arbeit dienendes Betriebsvermögen, ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb oder Privatvermögen, findet § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (sog. Abfärberegulation) keine Anwendung.
- Ist der Erblasser selbständig tätig i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG gewesen, erzielt die Erbengemeinschaft Einkünfte aus selbständiger Arbeit i.S.v. § 18 EStG allerdings nur dann, wenn keine berufsfremden Erben an der Erbengemeinschaft beteiligt sind. Berufsfremd ist, wer nicht die

erforderliche freiberufliche Qualifikation besitzt. Ist zumindest ein Miterbe berufsfremd, erzielt die Erbengemeinschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Ist mit dem Übergang eines freiberuflichen Betriebsvermögens aufgrund fehlender Qualifikation des Erben, Miterben oder Vermächtnisnehmers eine Umqualifizierung des bisher freiberuflichen Vermögens in gewerbliches Betriebsvermögen und eine entsprechende Umqualifizierung der aus dem Betrieb erzielten Einkünfte verbunden, kommt es nicht zu einer Betriebsaufgabe (vgl. BFH-Urteil vom 12.3.1992, BStBl 1993 II S. 36).

### 3. Zurechnung laufender Überschusseinkünfte

- 6 Hat der Erblasser Einkünfte aus Kapitalvermögen oder aus vermietetem oder verpachtetem Vermögen gehabt, wird dieses Vermögen nach dem Erbfall durch die Erbengemeinschaft zur Nutzung oder zum Gebrauch überlassen. Die Miterben bestimmen über die Verwendung des Vermögens, ihnen fließt der Vermögensertrag zu. Sie verwirklichen damit gemeinsam den Tatbestand der Einkunftserzielung nach §§ 20 oder 21 EStG. Die erzielten Einkünfte werden ihnen grundsätzlich nach ihren Erbanteilen zugerechnet (§ 2038 Abs. 2, § 743 Abs. 1 BGB).

### 4. Beendigung der Erbengemeinschaft und rückwirkende Zurechnung der laufenden Einkünfte

- 7 Die Einkunftserzielung durch die Erbengemeinschaft und damit die Zurechnung der laufenden Einkünfte an die Miterben findet ihr Ende, soweit sich die Miterben hinsichtlich des gemeinsamen Vermögens auseinandersetzen.
- 8 In den Fällen der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften – auch in den Fällen der Auseinandersetzung einer Mitunternehmerschaft – ist eine steuerlich unschädliche Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls in engen Grenzen anzuerkennen, da die Erbengemeinschaft eine gesetzliche Zufallsgemeinschaft ist, die auf Teilung angelegt ist. Bei der Auseinandersetzungsvereinbarung wird in der Regel eine rückwirkende Zurechnung laufender Einkünfte für sechs Monate anerkannt. Die Frist beginnt mit dem Erbfall. In diesen Fällen können die laufenden Einkünfte daher ohne Zwischenzurechnung ab dem Erbfall ungeschmälert dem die Einkunftsquelle übernehmenden Miterben zugerechnet werden. Dies gilt auch bei Teilauseinandersetzungen. Liegt eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) des Erblassers vor und verhalten sich die Miterben tatsächlich bereits vor der Auseinandersetzung entsprechend dieser Anordnung, indem dem das Unternehmen fortführenden Miterben die Einkünfte zugeordnet werden, ist eine rückwirkende Zurechnung laufender Einkünfte auch über einen längeren Zeitraum, der sich an den Umständen des Einzelfalles zu orientieren hat, vorzunehmen. Soweit laufende Einkünfte rückwirkend zugerechnet werden, ist die Auseinandersetzung steuerlich so zu behandeln, als ob sich die Erbengemeinschaft unmittelbar nach dem Erbfall auseinandergesetzt hätte (Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft). Solange die Teilungsanordnung von den Erben vor der Auseinandersetzung beachtet wird, sind die Veranlagungen vorläufig nach § 165 Abs. 1 Satz 1 AO durchzuführen.
- 9 Allerdings reicht es nicht aus, wenn die Miterben innerhalb der Frist lediglich den Entschluss fassen, sich aus-

einanderzusetzen. Vielmehr muss innerhalb der Frist eine klare und rechtlich bindende Vereinbarung über die Auseinandersetzung und ihre Modalitäten vorliegen. Diese Auseinandersetzungsvereinbarung muss den Übergang von Nutzungen und Lasten für die von dieser Auseinandersetzung betroffenen Wirtschaftsgüter auf den Zeitpunkt des Erbfalls festlegen; sie muss auch tatsächlich durchgeführt werden. Soweit noch eine Wertfindung erforderlich ist, kann diese jedoch auch außerhalb der Frist erfolgen.

## C. Erbauseinandersetzung durch Aufteilung des Nachlasses

### I. Erbauseinandersetzung über Betriebsvermögen

#### 1. Teilung ohne Abfindungszahlungen

##### a) Allgemeines

- 10 Gehört zum Nachlass nur Betriebsvermögen und wird der Nachlass ohne Zahlung von Abfindungen real geteilt, ist die Aufteilung kein entgeltlicher Vorgang, da es sich weder um einen Tausch von (Miteigentums-)Anteilen an den einzelnen Wirtschaftsgütern des Nachlasses noch um einen Tausch eines Gesamthandsanteils gegen Alleineigentum an den zugewiesenen Wirtschaftsgütern, sondern um die Erfüllung des durch die Auseinandersetzungsvereinbarung konkretisierten gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruchs handelt. Durch die Aufteilung können also weder Anschaffungskosten noch Veräußerungserlöse entstehen.

##### b) Gewinnrealisierung nach den Grundsätzen über die Betriebsaufgabe

- 11 Die Aufteilung eines Betriebsvermögens der Erbengemeinschaft ohne Betriebsfortführung ist zugleich eine Betriebsaufgabe, durch die regelmäßig ein begünstigter Aufgabegewinn (§ 16 Abs. 3 Satz 1, § 34 EStG) entsteht; es sei denn, es liegt ein Fall der Realteilung i. S. v. § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG (vgl. Tz. 12) oder der Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 5 EStG vor.

#### Beispiel 1

A und B sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Betriebsvermögen, das lediglich aus zwei Grundstücken besteht, die beide einen Buchwert von je 200.000 € und einen Verkehrswert von je 2 Mio. € haben. A und B setzen sich unter Aufgabe des Betriebs in der Weise auseinander, dass A das Grundstück 1 und B das Grundstück 2 erhält. Die Grundstücke gehören bei A und B jeweils zum Privatvermögen.

Durch die Betriebsaufgabe entsteht ein Aufgabegewinn von 3,6 Mio. € in der Erbengemeinschaft, den A und B je zur Hälfte zu versteuern haben. A und B müssen für die künftige Gebäude-AfA jeweils von den Entnahmewerten ausgehen (vgl. R 7.3 Abs. 6 Satz 4 und R 7.4 Abs. 11 EStR)

##### c) Buchwertfortführung bei Übertragung in ein anderes Betriebsvermögen der Miterben

- 12 Die Miterben haben jedoch nach Maßgabe des § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG die Buchwerte fortzuführen, wenn die bei der Aufteilung erworbenen Wirtschafts-

güter in ein anderes Betriebsvermögen übertragen werden. Die Grundsätze des BMF-Schreibens zur Realteilung vom 28.2.2006 (BStBl I S. 228) sind sinngemäß anzuwenden.

### Beispiel 2

S und T sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein aus zwei Teilbetrieben bestehender Betrieb im Wert von je 1 Mio. €. S erhält Teilbetrieb 1, T erhält Teilbetrieb 2.

Es liegt ein Fall der Realteilung vor. S und T haben nach § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG die Buchwerte fortzuführen.

Gleiches gilt, wenn der Nachlass aus zwei Betrieben besteht. Da die Mitunternehmerschaft (Erbengemeinschaft) nur ein Betriebsvermögen hat, sind die geerbten Betriebe wie Teilbetriebe der Erbengemeinschaft zu behandeln.

### d) Ansatz bei Überführung von Wirtschaftsgütern in das Privatvermögen

- 13 Werden Wirtschaftsgüter, die zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören, von den Miterben insgesamt ins Privatvermögen überführt, liegt zwingend eine Betriebsaufgabe vor. Im Übrigen wird auf Abschnitt I des BMF-Schreibens zur Realteilung vom 28.2.2006 (BStBl I S. 228) verwiesen. Ein etwaiger Entnahmegewinn ist allen Miterben zuzurechnen; es sei denn, dass der Gewinn nach den von den Miterben schriftlich getroffenen Vereinbarungen über die Erbauseinandersetzung dem entnehmenden Miterben zuzurechnen ist.

## 2. Teilung mit Spitzen- oder Wertausgleich

### a) Allgemeines

- 14 Wird im Rahmen einer Erbauseinandersetzung ein Nachlass real geteilt und erhält ein Miterbe wertmäßig mehr, als ihm nach seiner Erbquote zusteht, und zahlt er für dieses „Mehr“ an seine Miterben einen Spitzen- oder Wertausgleich (Abfindung), liegt insoweit ein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft vor. In Höhe der Abfindungszahlung liegen Anschaffungskosten vor. Derjenige, der die Abfindung erhält, erzielt einen Veräußerungserlös. Werden die bei der Aufteilung erworbenen Wirtschaftsgüter in ein anderes Betriebsvermögen der Miterben übertragen, ist der sich aus dem Veräußerungsgeschäft ergebende Veräußerungsgewinn nicht nach §§ 16 und 34 EStG begünstigt, sondern als laufender Gewinn zu besteuern. Der Gewinn rechnet grundsätzlich nicht zum Gewerbeertrag nach § 7 Satz 1 GewStG. Ab Erhebungszeitraum 2002 ist der Gewinn aus der Aufdeckung der stillen Reserven aber nach § 7 Satz 2 GewStG als Gewerbeertrag zu erfassen, soweit er nicht auf eine natürliche Person als unmittelbar beteiligtem Mitunternehmer entfällt. Werden die bei der Aufteilung erworbenen Wirtschaftsgüter insgesamt ins Privatvermögen übertragen, führt dieser Vorgang zu einer nach §§ 16 und 34 EStG steuerbegünstigten Betriebsaufgabe. Aufgabege-  
winn ist der Gewinn, der sich aus dem Entnahmegewinn (Übertragung der Wirtschaftsgüter ins Privatvermögen) und dem Gewinn aus der Abfindungszahlung ergibt.

### Beispiel 3

A und B sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Betriebsvermögen, das lediglich aus zwei Grundstücken besteht. Grundstück 1 hat einen Buchwert von

300.000 € und einen Verkehrswert von 3 Mio. €. Grundstück 2 hat einen Buchwert von 200.000 € und einen Verkehrswert von 2 Mio. €. A erhält das Grundstück 1, B das Grundstück 2 und eine Abfindung von A in Höhe von 500.000 €. A führt den Betrieb mit Grundstück 1 fort. Grundstück 2 wird Privatvermögen des B.

Die Abfindung stellt bei A Anschaffungskosten und bei B Veräußerungserlös dar. A erwirbt  $\frac{5}{6}$  seines Betriebsvermögens unentgeltlich und führt insoweit den Buchwert (= 250.000 €) fort. Der Buchwert ist zusätzlich um die Abfindungszahlung i. H. v. 500.000 € zu erhöhen. Nach Erbauseinandersetzung beträgt der Buchwert 750.000 €.

Für B liegt eine Betriebsaufgabe vor. Durch die Aufgabe seines Mitunternehmeranteils erzielt er einen Aufgabegewinn i. H. v. 2,25 Mio. €, der sich aus dem Gewinn aus der Entnahme des Grundstücks 2 (2 Mio. abzgl. 200.000 € Buchwert) und dem Gewinn aus der Abfindungszahlung (500.000 € abzgl. 50.000 € Buchwert) zusammensetzen. Der Gewinn ist nach §§ 16, 34 EStG begünstigt zu besteuern.

- 15 Die vorstehenden Grundsätze gelten auch, soweit sich die Erbengemeinschaft gemäß § 2042 Abs. 2, § 753 Abs. 1 BGB durch Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft auseinandersetzt und die Erben dabei Nachlassgegenstände erwerben (BFH-Urteil vom 29.4.1992 – BStBl II S. 727).
- 16 Bei der Teilung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung bezieht sich das Entgelt nicht auf das, was ein Miterbe aufgrund seiner Erbquote erhält, sondern nur auf das „Mehr“, das er aufgrund eines neben der Teilung bestehenden besonderen entgeltlichen Rechtsgeschäfts bekommt. Es handelt sich hier also nicht um die bloße Aufteilung eines einheitlichen Rechtsvorgangs, sondern um die Beurteilung von zwei rechtlich selbständigen Vorgängen, von denen der eine unentgeltlich und der andere entgeltlich ist. Für die Zahlung einer Abfindung bedarf es daher regelmäßig einer gesonderten Vereinbarung zwischen den Beteiligten, da sich eine derartige Abwicklung nicht aus dem erbrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch ergibt; die Zahlung einer Abfindung kann sich allerdings auch aufgrund einer Teilungsanordnung des Erblassers oder aufgrund einer vom Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung ergeben. Die Vereinbarung ist bei der Berechnung des Anteils des Miterben am Aufgabegewinn in den Fällen der Betriebsaufgabe zu berücksichtigen.
- 17 Die Abfindungszahlung ist bei der Übertragung von Betrieben oder Teilbetrieben dem Teil des Kapitalkontos gegenüberzustellen, der dem Verhältnis von Abfindungszahlung zum Wert des übernommenen Betriebsvermögens entspricht.

### Beispiel 4

S und T sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass (3,6 Mio. €) gehört ein aus zwei Teilbetrieben bestehender Gewerbebetrieb. Teilbetriebsvermögen 1 hat einen Wert von 2 Mio. € und einen Buchwert von 200.000 €. Teilbetriebsvermögen 2 hat einen Wert von 1,6 Mio. € und einen Buchwert von 160.000 €. Im Wege der Erbauseinandersetzung erhält S das Teilbetriebsvermögen 1 und T das Teilbetriebsvermögen 2. Außerdem zahlt S an T eine Abfindung von 200.000 €.

S stehen wertmäßig am Nachlass 1,8 Mio. € (50 % von 3,6 Mio. €) zu. Da er aber 2 Mio. € erhält, also 200.000 € mehr, zahlt er diesen Betrag für  $\frac{1}{10}$  (10 % von 2 Mio. € = 200.000 €) des Teilbetriebsvermögens 1, das er mehr erhält. S erwirbt also  $\frac{9}{10}$  des Teilbetriebsvermögens 1 unentgeltlich und  $\frac{1}{10}$  entgeltlich. Auf diese  $\frac{1}{10}$  entfällt ein Buchwert von 20.000 €, so dass S die Aktivwerte um 180.000 € (200.000 € Abfindung abzgl. anteiligem Buchwert von 20.000 €) aufstocken muss und T einen als laufenden Gewinn zu versteuernden Veräußerungsgewinn von 180.000 € (200.000 € Abfindung ./. 20.000 € anteiliger Buchwert) zu versteuern hat. Im Übrigen (für  $\frac{9}{10}$  des Nachlasses) liegt eine steuerneutrale Realteilung vor (vgl. BMF-Schreiben zur Realteilung vom 28. Februar 2006, BStBl I S. 228).

Gleiches gilt, wenn der Nachlass aus zwei Betrieben besteht. Da die Mitunternehmerschaft (Erbengemeinschaft) nur ein Betriebsvermögen hat, sind die geerbten Betriebe wie Teilbetriebe der Erbengemeinschaft zu behandeln.

#### Beispiel 5

S und T sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Betriebsvermögen, das aus dem Grundstück 1 (Teilwert 2 Mio. €, Buchwert 200.000 €) und dem Grundstück 2 (Teilwert 1,6 Mio. €, Buchwert 160.000 €) besteht. S erhält das Grundstück 1 und zahlt an T 200.000 € Abfindung. T erhält Grundstück 2 und die Abfindung. Beide bringen die Grundstücke in ein ihnen gehörendes Betriebsvermögen ein.

S stehen an dem Nachlass wertmäßig 1,8 Mio. € zu. Da er aber das Grundstück 1 im Wert von 2 Mio. € erhält, also 200.000 € mehr, zahlt er diesen Betrag für  $\frac{1}{10}$  (200.000 € / 2 Mio. € =  $\frac{1}{10}$ ) des Grundstücks 1, das er erhält. S erwirbt also  $\frac{9}{10}$  des Grundstücks 1 unentgeltlich und  $\frac{1}{10}$  entgeltlich. Auf diese  $\frac{1}{10}$  entfällt ein Buchwert von 20.000 €, so dass S den Grundstücksbuchwert in seiner Bilanz um 180.000 € aufstocken muss und T einen Gewinn von 180.000 € (200.000 € Abfindung ./. 20.000 € anteiliger Buchwert) als laufenden Gewinn zu versteuern hat. Im Übrigen (für  $\frac{9}{10}$  des Nachlasses) liegt eine steuerneutrale Realteilung vor.

#### b) Übernahme von Verbindlichkeiten über die Erbquote hinaus

- 18 Eine Übernahme von Schulden über die Erbquote hinaus führt nicht zu Anschaffungskosten. Deshalb entsteht auch kein Veräußerungserlös, soweit ein Miterbe Verbindlichkeiten über die Erbquote hinaus übernimmt. Zur Übernahme von Verbindlichkeiten vgl. im Übrigen Tz. 23 ff.

#### Beispiel 6

Wie Beispiel 3 mit der Abwandlung, dass S den T von Betriebsschulden i. H. v. 200.000 €, die zum Teilbetriebsvermögen 2 gehören, freistellt, also zum gesamthänderisch gebundenen Nachlass gehörende Verbindlichkeiten i. H. v. 200.000 € übernimmt.

S erhält wertmäßig nur 1,8 Mio. € und braucht an T keine Abfindung zu zahlen. Es liegt keine entgeltliche Teilung vor.

#### c) Buchwertfortführung im Zusammenhang mit Abfindungszahlungen

- 19 Werden Abfindungszahlungen geleistet, haben die Miterben, abgesehen von der notwendigen teilweisen Gewinnrealisierung nach Maßgabe der Abfindung, nach § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG die Buchwerte fortzuführen, soweit die zugeteilten Wirtschaftsgüter Betriebsvermögen bleiben. Der vom Miterben, der die Abfindungszahlung erhält, zu versteuernde Gewinn ist nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigt. Der Gewinn rechnet grundsätzlich nicht zum Gewerbeertrag nach § 7 Satz 1 GewStG. Ab Erhebungszeitraum 2002 ist der Gewinn aus der Aufdeckung der stillen Reserven aber nach § 7 Satz 2 GewStG als Gewerbeertrag zu erfassen, soweit er nicht auf eine natürliche Person als unmittelbar beteiligtem Mitunternehmer entfällt. Ist eine Buchwertfortführung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG nicht möglich, kommt ggf. unter den dortigen Voraussetzungen eine Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 5 EStG in Betracht.
- 20 Soweit Wirtschaftsgüter gegen Abfindungszahlungen übernommen werden und Betriebsvermögen bleiben, gilt für die AfA Folgendes: Bei der Übernahme eines Grundstücks ergeben sich hinsichtlich des Gebäudes zwei AfA-Reihen. Hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Gebäudeteils muss der übernehmende Miterbe die Buchwerte der Erbengemeinschaft fortführen. Bezüglich des entgeltlich erworbenen Gebäudeteils hat er Anschaffungskosten in Höhe der Abfindungszahlung, die Bemessungsgrundlage für die weitere AfA hinsichtlich des entgeltlich erworbenen Teils des Gebäudes sind. Entsprechendes gilt im Grundsatz, wenn kein Gebäude, sondern ein bewegliches Wirtschaftsgut übernommen wird; da jedoch die Nutzungsdauer des entgeltlich erworbenen Teils des Wirtschaftsguts hier regelmäßig mit der Restnutzungsdauer des unentgeltlich erworbenen Teils des Wirtschaftsguts übereinstimmt, kann in diesen Fällen auf eine Aufspaltung in zwei AfA-Reihen verzichtet werden.
- 21 Soweit Wirtschaftsgüter gegen Abfindungszahlungen übernommen werden, gilt für die Anwendung des § 6 b Abs. 3 EStG Folgendes:

Für den entgeltlich erworbenen Teil des Wirtschaftsguts kann auf die durch die Abfindungszahlungen entstandenen Anschaffungskosten eine Rücklage nach § 6 b EStG übertragen werden. Hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils des Wirtschaftsgutes ist im Falle einer späteren Veräußerung die Besitzzeit der Erbengemeinschaft und des Erblassers für die Besitzzeit i. S. d. § 6 b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG zu berücksichtigen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

## II. Erbauseinandersetzung über Privatvermögen

### 1. Teilung ohne Abfindungszahlungen

#### a) Allgemeines

- 22 Auch bei der Erbauseinandersetzung über Privatvermögen führt eine Teilung ohne Abfindungszahlungen nicht zur Entstehung von Anschaffungskosten oder Veräußerungserlösen. Eine Erbauseinandersetzung kann auch in der Weise durchgeführt werden, dass einem Miterben ein Nutzungsrecht an einem zum Nachlass gehörenden Wirtschaftsgut eingeräumt wird, das einem anderen Miterben zugeteilt wird (z. B. Wohnrecht an einem Ge-

bäude). Dieses Nutzungsrecht ist nicht gegen Entgelt bestellt. Die Ablösung des Nutzungsrechts durch den Miterben führt zu nachträglichen Anschaffungskosten (BFH-Urteil vom 28.11.1991 – BStBl 1992 II S. 381). Ein unentgeltlicher Vorgang liegt auch vor, wenn Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum umgewandelt wird und ein Miterbe Anteile an der Bruchteilsgemeinschaft von einem anderen Miterben im Tauschwege gegen eigene Anteile erwirbt.

#### b) Behandlung von Nachlassverbindlichkeiten

- 23 Eine Schuldübernahme führt auch insoweit nicht zu Anschaffungskosten, als sie die Erbquote übersteigt. Dies bedeutet gleichzeitig, dass Nachlassverbindlichkeiten einen wertmäßigen Ausgleich unter den Miterben bei einer Teilung und damit einen unentgeltlichen Rechtsvorgang ermöglichen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die übernommenen Verbindlichkeiten in einem Finanzierungszusammenhang mit zugeteilten Nachlassgegenständen stehen.

#### Beispiel 7

A und B sind Erben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Grundstück (Wert 2 Mio. €), das mit einer noch voll valuierten Hypothek von 1 Mio. € belastet ist. Zum Nachlass gehören außerdem Wertpapiere (Wert 3 Mio. €). Die Erben setzen sich dahin auseinander, dass A das Grundstück und B die Wertpapiere erhält. B übernimmt außerdem die Verbindlichkeit in voller Höhe.

Es liegt eine Teilung ohne Abfindungszahlung, also ein unentgeltlicher Rechtsvorgang vor. A erhält einen Wert von 2 Mio. € (Grundstück). B erhält ebenfalls einen Wert von 2 Mio. € (Wertpapiere im Wert von 3 Mio. € abzüglich einer übernommenen Verpflichtung von 1 Mio. €).

- 24 Die Übernahme von Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft durch einzelne Miterben über die Erbquote hinaus führt auch dann nicht zu Anschaffungskosten, wenn durch die Art der Verteilung von Verbindlichkeiten zusätzlich Abfindungsbedarf geschaffen wird. Dies gilt unabhängig davon, ob durch die Art der Verteilung von Verbindlichkeiten ein bisher bestehender Finanzierungszusammenhang zwischen Wirtschaftsgut und Schuld erhalten bleibt oder nicht. Regelmäßig wird der Übernahme von Verbindlichkeiten eine interne Freistellungsverpflichtung zugrunde liegen.

#### Beispiel 8

A und B sind Erben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören zwei Grundstücke im Wert von je 1 Mio. €, die mit Hypotheken von je 500.000 € belastet sind. A erhält Grundstück 1 und übernimmt auch die das Grundstück 2 betreffende Hypothek. B erhält das Grundstück 2 und zahlt an A 500.000 €.

Es liegt eine Teilung ohne Abfindungszahlung vor. B hat mit der Zahlung von 500.000 € an A die Freistellung von der das Grundstück 2 belastenden Schuld intern beglichen.

#### Beispiel 9

A und B sind Erben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Grundstück (Wert 2 Mio. €), das mit einer noch voll valuierten Hypothek von 1 Mio. € belastet ist.

Die zugrunde liegende Verpflichtung betrifft ein Darlehen, das zur Anschaffung des Grundstücks verwendet worden ist. Zum Nachlass gehört außerdem eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (Wert 3 Mio. €). Die Erben setzen sich dahin auseinander, dass A das Grundstück und das dazugehörige Darlehen und B die Beteiligung übernimmt. B leistet zusätzlich an A eine Zahlung von 1 Mio. €.

B bezahlt mit der Leistung von 1 Mio. € an A eine interne Schuldfreistellung wegen der Übernahme des hypothekarisch gesicherten Darlehens durch A i. H. v. 1 Mio. €. Im Ergebnis hat somit A infolge der Freistellungsverpflichtung des B ein unbelastetes Grundstück im Wert von 2 Mio. € erhalten und B hat die Beteiligung zugeteilt bekommen, ist allerdings durch die Zahlung für die Freistellung belastet, so dass er im Ergebnis ebenfalls einen Wert von 2 Mio. € erhalten hat. Dass die Übernahme der Darlehensschuld durch A nach außen hin den Finanzierungszusammenhang zwischen Wirtschaftsgut und Schuld aufrechterhält, ist dabei ohne Bedeutung.

- 25 Die vom BFH in seinem Beschluss vom 5.6.1990 (BStBl II S. 837) zur Wertangleichung zugelassene Möglichkeit der Übernahme von Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft über die Erbquote hinaus bezieht sich nur auf Nachlassverbindlichkeiten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Verbindlichkeit bereits im Zeitpunkt des Erbfalls bestanden hat oder ob sie erst im Zuge der Verwaltung des Nachlasses entstanden ist. Geht die Erbengemeinschaft dagegen im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Erbaueinandersetzung Verbindlichkeiten ein, um insoweit eine gewinnneutrale Realteilung zu ermöglichen, handelt es sich nicht mehr um Nachlassverbindlichkeiten (§ 42 AO).

## 2. Teilung mit Abfindungszahlungen

### a) Allgemeines

- 26 Wird im Rahmen einer Erbaueinandersetzung ein Nachlass real geteilt und erhält ein Miterbe wertmäßig mehr, als ihm nach seiner Erbquote zusteht, und zahlt er für dieses „Mehr“ an seine Miterben eine Abfindung, liegt insoweit – wie bei der Erbaueinandersetzung über Betriebsvermögen – ein Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang vor. In Höhe der Abfindungszahlung entstehen Anschaffungskosten. Das gilt auch, soweit sich die Erbengemeinschaft durch Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft auseinandersetzt. Wird ein Wirtschaftsgut gegen Abfindungszahlung erworben, berechnen sich der entgeltlich und der unentgeltlich erworbene Teil des Wirtschaftsguts nach dem Verkehrswert (vgl. BFH-Urteil vom 29.10.1991 – BStBl 1992 II S. 512). In der Regel kann davon ausgegangen werden, dass der Verkehrswert dem Wert entspricht, den die Miterben der Erbaueinandersetzung zugrunde legen (Anrechnungswert).

#### Beispiel 10

A und B sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Der Nachlass besteht aus einem Gebäude auf einem Erbbaugrundstück (Verkehrswert 1 Mio. €) und Bargeld (500.000 €). A erhält das Gebäude und zahlt an B eine Abfindung i. H. v. 250.000 €. B erhält das Bargeld und die Abfindungszahlung.

A hat Anschaffungskosten in Höhe von 250.000 €. Es ist unerheblich, aus welchem Vermögensbereich der die Abfindung Zahlende die Mittel für die Abfindungszahlung entnimmt. A zahlt die Abfindung nicht für das ganze Gebäude, auch nicht für den gesamten Anteil des B an dem Gebäude ( $\frac{1}{2}$ ), sondern nur für das wertmäßige „Mehr“, das er bei der Erbteilung erhalten hat. Das Gebäude ist 1 Mio. € wert. 750.000 € stehen dem A nach seiner Erbquote zu, so dass A mithin  $\frac{1}{4}$  des Gebäudes für 250.000 € entgeltlich und  $\frac{3}{4}$  des Gebäudes unentgeltlich erworben hat.

- 27 Der Veräußerungsgewinn ist nur steuerpflichtig, wenn die Voraussetzungen der §§ 17, 23 EStG oder des § 21 UmwStG vorliegen.

#### Beispiel 11

Erblasser E, zu dessen Privatvermögen eine 50%ige Beteiligung an einer GmbH gehörte, wird von A und B beerbt. Im Zuge der Erbauseinandersetzung erhält A die gesamte Beteiligung gegen Ausgleichszahlung an B für dessen hälftigen Anteil.

A erlangt – auf der Grundlage getrennter Rechtsgeschäfte – die Beteiligung zum einen i. H. v.  $\frac{1}{2}$  (25 v. H.) in Erfüllung seines erbrechtlichen Auseinandersetzungsanspruchs entsprechend § 11 d EStDV und zum anderen bezüglich des Mehrempfangs entgeltlich von B. B erzielt in Höhe der Ausgleichszahlung einen Veräußerungserlös, der im Rahmen des § 17 EStG anzusetzen ist.

A führt die Anschaffungskosten des Erblassers zur Hälfte, nämlich für die auf ihn entfallende 25%ige Beteiligung fort; im Übrigen ist die Zahlung des A als Anschaffungskosten für die von B erhaltene 25%ige Beteiligung anzusehen.

#### b) Aufteilung von Abfindungsleistungen

- 28 Erhält ein Miterbe alle oder mehrere Wirtschaftsgüter des Nachlasses gegen Leistung einer Abfindung an die übrigen Miterben, ist die Abfindung nach dem Verhältnis der Verkehrswerte der Wirtschaftsgüter aufzuteilen. Tz. 42 ist entsprechend anzuwenden.

#### Beispiel 12

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören Grundstück 1 (Verkehrswert 800.000 €) und Grundstück 2 (Verkehrswert 400.000 €). A übernimmt beide Grundstücke und zahlt an B 600.000 €.

Die Abfindungszahlungen sind Anschaffungskosten, die mit 400.000 € für den Erwerb des hälftigen Anteils am Grundstück 1 und mit 200.000 € für den Erwerb des hälftigen Anteils am Grundstück 2 aufgewendet worden sind.

- 29 Erhalten bei einer Erbauseinandersetzung mit Abfindungszahlungen mehrere Miterben Wirtschaftsgüter des Nachlasses, sind die Anschaffungskosten ebenfalls im Verhältnis der Verkehrswerte auf die erlangten Nachlassgegenstände zu verteilen. Tz. 42 ist entsprechend anzuwenden.

#### Beispiel 13

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören Grundstück 1 (Verkehrswert 800.000 €) Grundstück 2

(Verkehrswert 600.000 €) und Grundstück 3 (Verkehrswert 400.000 €). A erhält Grundstück 1, B die Grundstücke 2 und 3. B zahlt an A eine Abfindung von 100.000 €. Die Abfindung von 100.000 € stellt für B Anschaffungskosten dar. B muss diese Abfindung im Verhältnis der Verkehrswerte (6 : 4) auf Grundstück 2 und 3 verteilen. Somit erwirbt er jedes Grundstück zu  $\frac{1}{10}$  entgeltlich und zu  $\frac{9}{10}$  unentgeltlich.

#### c) Behandlung liquider Mittel des Nachlasses

- 30 Keine Anschaffungskosten liegen vor, soweit eine Abfindungszahlung dem Wert übernommener liquider Mittel des Nachlasses (z. B. Bargeld, Bankguthaben, Schecks) entspricht, weil es sich wirtschaftlich um einen Leistungsaustausch „Geld gegen Geld“ handelt, der einer Rückzahlung der Abfindungszahlung gleichsteht.

#### Beispiel 14

Ein Nachlass besteht aus einem Grundstück (Verkehrswert 2 Mio. €) und aus Bankguthaben (Verkehrswert 2 Mio. €). Miterben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . A erhält das Grundstück und das Bankguthaben und zahlt an B eine Abfindung von 2 Mio. €.

Es ist steuerlich davon auszugehen, dass der Nachlass im Wege der Naturalteilung verteilt wurde, bei der A das Grundstück und B das Bankguthaben erhalten hat. A hat deshalb keine Anschaffungskosten (vgl. auch Beispiel 8).

#### d) AfA-Bemessungsgrundlage und AfA-Satz nach Erbauseinandersetzung

- 31 Nach der Erbauseinandersetzung ist hinsichtlich der weiteren Abschreibung zwischen dem unentgeltlich erworbenen Teil des Wirtschaftsguts und dem entgeltlich erworbenen Teil zu unterscheiden.

Auf den unentgeltlich erworbenen Teil ist § 11 d Abs. 1 EStDV anzuwenden. Der Miterbe führt die von der Erbengemeinschaft vorgenommene Abschreibung anteilig fort.

Soweit der Miterbe das Wirtschaftsgut entgeltlich erworben hat, sind der weiteren AfA seine Anschaffungskosten zugrunde zu legen. Für den entgeltlich erworbenen Teil des Wirtschaftsguts bemessen sich die AfA

- bei beweglichen Wirtschaftsgütern und bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern, die keine Gebäude sind, nach der tatsächlichen künftigen Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts im Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung.
- bei Gebäuden nach den hierfür geltenden Vorschriften (i. d. R. § 7 Abs. 4 EStG).

Danach kann sich bei Gebäuden für den unentgeltlich und den entgeltlich erworbenen Teil eine unterschiedliche Abschreibungsdauer ergeben.

#### Beispiel 15

Miterben sind S und T zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören ein bebautes Grundstück (Verkehrswerte: Gebäude 1,5 Mio. € und Grund und Boden 500.000 €) und Bargeld (1 Mio. €). Die ursprünglichen Anschaffungskosten des Gebäudes i. H. v. 2 Mio. € sind bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft am 1.1.2004 bereits mit jährlich 2 v. H. bis auf 800.000 € abgeschrieben. S erhält das

Grundstück und zahlt an T eine Abfindung i. H. v. 500.000 €. T erhält das Bargeld und die Abfindungszahlung.

S hat das Grundstück zu  $\frac{1}{4}$  entgeltlich erworben. Nach dem Verhältnis der Verkehrswerte entfallen auf das Gebäude 375.000 € und auf den Grund und Boden 125.000 € der Abfindungszahlung. Die AfA, die S nach der Erbauseinandersetzung vornehmen kann, bemessen sich wie folgt: Hinsichtlich  $\frac{3}{4}$  des Gebäudes hat S nach § 11 d EStDV die AfA-Reihe der Erbengemeinschaft fortzuführen und mithin jährlich 2 v. H. von 1.500.000 € ( $\frac{3}{4}$  von 2 Mio. € Anschaffungskosten des Erblassers) = 30.000 € abzuschreiben. Hinsichtlich  $\frac{1}{4}$  des Gebäudes liegt ein entgeltlicher Erwerb vor. S hat insofern – soweit keine kürzere Nutzungsdauer als 50 Jahre in Betracht kommt (§ 7 Abs. 4 Satz 2 EStG) – 2 v. H. von 375.000 € (= 7.500 €) jährlich abzusetzen.

### III. Erbauseinandersetzung über einen Mischnachlass

#### 1. Teilung ohne Abfindungszahlungen

##### a) Allgemeines

- 32 Auch beim Mischnachlass führt eine Teilung ohne Abfindungszahlungen nicht zur Entstehung von Anschaffungskosten oder Veräußerungserlösen. Demzufolge können auch hier keine Veräußerungsgewinne entstehen.

##### Beispiel 16

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört ein Betriebsvermögen (Wert 3 Mio. €) und privater Grundbesitz (Wert 3 Mio. €). A und B setzen sich in der Weise auseinander, dass A den Betrieb und B den privaten Grundbesitz erhält.

Es liegen keine Anschaffungs- oder Veräußerungsgeschäfte vor mit der Folge, dass weder für A noch für B Anschaffungskosten entstehen. Der Mitunternehmeranteil des B geht ohne Gewinnrealisierung auf A nach § 6 Abs. 3 EStG zum Buchwert über. Dies gilt auch dann, wenn die Erbauseinandersetzung erst viele Jahre nach dem Erbfall stattfindet und der Umfang des Betriebsvermögens sich zwischenzeitlich verändert hat. A muss die Buchwerte fortführen. B tritt gemäß § 11 d Abs. 1 EStDV in die Abschreibungsreihe der Erbengemeinschaft ein.

In der Teilung eines Mischnachlasses ohne Abfindungszahlungen liegt – ebenso wie in der Realteilung eines nur aus Betriebsvermögen bestehenden Nachlasses – nicht nur keine entgeltliche Anschaffung oder Veräußerung, sondern auch keine zur Gewinnrealisierung führende Aufgabe eines Mitunternehmeranteils gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG, sofern nicht alle wesentlichen Betriebsgrundlagen in das Privatvermögen überführt werden (vgl. Tzn. 11 und 13).

##### b) Schaffung von Privatvermögen im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Auseinandersetzung

- 33 Die Teilung eines Mischnachlasses ohne Abfindungszahlung führt nicht zur Entstehung von Anschaffungskosten einerseits sowie eines Veräußerungs- oder Aufga-

begewinns andererseits, es sei denn alle wesentlichen Betriebsgrundlagen werden ins Privatvermögen überführt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob bereits im Zeitpunkt des Erbfalls ein Mischnachlass bestanden hat oder ob sich im Zuge der Verwaltung des Nachlasses privates Nachlassvermögen gebildet hat. Wird dagegen durch Entnahmen liquider Mittel im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Auseinandersetzung Privatvermögen geschaffen, um insoweit eine gewinnneutrale Teilung zu ermöglichen, ist diese Gestaltung nach § 42 AO steuerlich nicht anzuerkennen.

#### c) Behandlung von Nachlassverbindlichkeiten bei Mischnachlässen, insbesondere Schuldzinsenabzug

- 34 Auch bei einem Mischnachlass kann die Abstimmung mit dem Auseinandersetzungsguthaben des Miterben dadurch erreicht werden, dass der Miterbe Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft übernimmt. Wie sich derartige Schulden in der Folge bei den Miterben auswirken, hängt davon ab, mit welchem Vermögen sie in Zusammenhang stehen und wie dieses Vermögen beim Erben verwendet wird. So kann Privatvermögen der Erbengemeinschaft beim Miterben Betriebsvermögen und die damit zusammenhängende Verbindlichkeit Betriebs-schuld werden.

Die Übernahme von Schulden über die Erbquote hinaus kann trotz fehlender Anschaffungskosten (vgl. Tz. 18 Satz 1) zu Betriebsvermögen führen, das den Schuldzinsenabzug ermöglicht.

##### Beispiel 17

A und B sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören ein Betrieb (Wert 3 Mio. €) sowie ein privates Grundstück (Wert 2 Mio. €), das mit einer Hypothek von 1 Mio. € belastet ist. A übernimmt den Betrieb und die Verbindlichkeit, B erhält das Grundstück.

Es ist von einer gewinnneutralen Teilung eines Mischnachlasses auszugehen, da auch beim Mischnachlass eine Wertangleichung zur Vermeidung von Ausgleichszahlungen durch überproportionale Übernahme von Nachlassverbindlichkeiten erreicht werden kann. Die von A zusätzlich zum Betrieb übernommene private Nachlassschuld bleibt keine Privatschuld, sondern wandelt sich nach der Übernahme durch A in eine Betriebsschuld um mit der Folge, dass A künftig die auf diese Schuld entfallenden Schuldzinsen als Betriebsausgaben abziehen kann.

- 35 Die Begleichung von Erbfallsschulden (z. B. Pflichtteils- und Erbersatzansprüche) führt nicht zu Anschaffungskosten. Die Aufwendungen für die Finanzierung von Pflichtteils- und Erbersatzansprüchen dürfen nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden (BFH-Urteile vom 2.3.1993 – BStBl 1994 II S. 619, vom 25.11.1993 – BStBl 1994 II S. 623 und vom 27.7.1993 – BStBl 1994 II S. 625). Dies gilt auch für die Aufwendungen zur Finanzierung von Vermächtnissen.

Werden Pflichtteilsansprüche durch die Übertragung von im Nachlass befindlichen Wirtschaftsgütern, Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen abgegolten, liegt grundsätzlich eine entgeltliche Übertragung vor. Dies bedeutet, dass der Erbe das einzelne Wirtschaftsgut, den Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunterneh-

meranteil veräußert und der Pflichtteilsberechtigte Anschaffungskosten für das erhaltene Vermögen in Höhe seines Pflichtteilsanspruchs hat (BFH-Urteil vom 16.12.2004 – BStBl 2005 II S. 554).

## 2. Teilung mit Abfindungszahlungen

- 36 Auch beim Mischnachlass liegt Entgeltlichkeit nur vor, soweit Abfindungszahlungen geleistet werden. Hat daher im Rahmen einer Teilung ein Miterbe an andere Miterben Abfindungszahlungen zu leisten, führt dies insoweit zu Anschaffungskosten einerseits und zu einem – ggf. einkommensteuerepflichtigen – Veräußerungserlös andererseits.

### Beispiel 18

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören ein Betrieb (Wert 1 Mio. €, Buchwert 200.000 €) und ein Privatgrundstück (Wert 500.000 €). A erhält den Betrieb, B das Grundstück und eine Abfindung von A i. H. v. 250.000 €.

Die Abfindung stellt bei A Anschaffungskosten, bei B Veräußerungserlös für die Übertragung eines Mitunternehmeranteils dar. Da A und B jeweils im Wert von 750.000 € am Gesamtnachlass beteiligt sind (=  $\frac{1}{2}$  von 1,5 Mio. €), erwirbt A  $\frac{3}{4}$  des Betriebs unentgeltlich und führt insoweit die Buchwerte (= 150.000 €) fort. B erzielt durch die Übertragung eines Mitunternehmeranteils von  $\frac{1}{4}$  einen – als nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigten – Veräußerungsgewinn von 200.000 € (= 250.000 € ./. 50.000 €). A stockt die Buchwerte um 200.000 € auf, da B  $\frac{1}{4}$  des Betriebs entgeltlich an A übertragen hat. Das restliche  $\frac{1}{4}$ , das dem B als Mitunternehmer zuzurechnen war, ist unentgeltlich auf A übergegangen.

## D. Entgeltliche und unentgeltliche Übertragung eines Erbteils

### 1. Allgemeines

- 37 Ein Miterbe kann seinen Anteil am Nachlass (seinen Erbteil) an einen anderen Miterben oder an einen Dritten verschenken oder verkaufen (§ 2033 Abs. 1 BGB). Wird ein Erbteil verschenkt, entstehen weder Anschaffungskosten noch Veräußerungserlöse. Wird ein Erbteil verkauft, hat der Käufer dagegen Anschaffungskosten und der Verkäufer einen Veräußerungserlös. Die Ausschlagung der Erbschaft gegen eine Abfindung steht der entgeltlichen Veräußerung des Erbteils gleich (vgl. BFH-Urteil vom 20.4.2004 – BStBl II S. 987).

### 2. Zum Nachlass gehört nur Betriebsvermögen

#### a) Schenkung eines Erbteils

- 38 Wird ein Erbteil verschenkt und gehört zum Nachlass nur Betriebsvermögen, hat der Beschenkte die Buchwerte des Schenkers fortzuführen (§ 6 Abs. 3 EStG).

#### b) Verkauf eines Erbteils

- 39 Die entgeltliche Übertragung des Erbanteils bedeutet die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils i. S. v. § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, und zwar auch dann, wenn der Erwerber Miterbe ist. Anschaffungskosten und Veräußerungsgewinn errechnen sich wie bei der Übertragung eines Mitunternehmeranteils.

### Beispiel 19

Der Nachlass besteht allein aus einem Einzelunternehmen. Das Kapitalkonto betrug 600.000 €. Erben sind A, B und C zu je  $\frac{1}{3}$ , so dass auf jeden Miterben ein Kapitalkonto von 200.000 € entfällt. C verkauft seinen Erbteil und damit gleichzeitig seinen Mitunternehmeranteil an D für 320.000 €.

In diesem Fall liegt ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft vor. Für C entsteht nach § 16 Abs. 2 EStG ein Veräußerungsgewinn i. H. v. 120.000 € (320.000 € Veräußerungserlös ./. 200.000 € Buchwert), der nach §§ 16, 34 EStG begünstigt ist. D hat Anschaffungskosten von 320.000 €, mit denen er seinen Anteil in der Bilanz der Erbengemeinschaft ausweisen muss. Das geschieht i. H. v. 200.000 € in der Hauptbilanz (Fortführung des Kapitalkontos des C) und i. H. v. 120.000 € in einer für D aufzustellenden positiven Ergänzungsbilanz.

### 3. Zum Nachlass gehört nur Privatvermögen

#### a) Schenkung eines Erbteils

- 40 Wird ein Erbteil verschenkt und gehört zum Nachlass nur Privatvermögen, findet § 11 d Abs. 1 EStDV Anwendung. Durch den unentgeltlichen Erwerb des Erbteils ist der Beschenkte in die Rechtsstellung des Schenkers eingetreten, die dieser innerhalb der Erbengemeinschaft gehabt hat. Die anteilige AfA, die dem Beschenkten an den zum Nachlass gehörenden abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Privatvermögens zusteht, bemisst sich demzufolge (weil der Schenker ebenfalls unentgeltlich erworben hat) nach der AfA-Bemessungsgrundlage der Erbengemeinschaft (§ 11 d Abs. 1 Satz 1 EStDV). Der Beschenkte kann – anteilmäßig – nur noch das nicht bereits verbrauchte AfA-Volumen abschreiben.

#### b) Verkauf eines Erbteils

- 41 Verkauft ein Miterbe seinen Erbteil und gehört zum Nachlass nur Privatvermögen, ist § 11 d Abs. 1 EStDV nicht anwendbar. Der Erwerber muss seine AfA ausgehend von seinen Anschaffungskosten nach § 7 EStG bemessen.

### Beispiel 20

E wird von seinen Söhnen A, B und C zu je  $\frac{1}{3}$  erbt. Zum Nachlass gehört nur ein privates Mietwohnhaus, das E für 2,5 Mio. € (Anteil Gebäude 2 Mio. €) erworben und jährlich mit 2 v. H. abgeschrieben hatte. C veräußert seinen Erbteil zum 1.1.2004 für 700.000 € an D. Hiervon entfallen 560.000 € auf das Gebäude und 140.000 € auf den Grund und Boden. Im Zeitpunkt der Veräußerung hatte das Gebäude einen Restwert von 1,2 Mio. €.

Die AfA für das immer noch zum Nachlass gehörende Gebäude kann nicht mehr einheitlich vorgenommen werden. A und B haben als Miterben ihre Anteile am Nachlass und damit an dem Grundstück, aus dem der Nachlass besteht, unentgeltlich erworben. Sie müssen demzufolge nach § 11 d Abs. 1 EStDV die AfA der Erbengemeinschaft – anteilig – fortführen. A und B können also jährlich je 13.334 € (je  $\frac{1}{3}$  von 40.000 €) absetzen. Für D hingegen ist, da er entgeltlich erworben hat, seine anteilige AfA nach seinen Anschaffungskosten zu bemessen. Er muss seinen Gebäudeanteil mit 2 v. H. von 560.000 € =

11.200 € abschreiben. Zu einem anderen Ergebnis kann D nur dann kommen, wenn er nachweist, dass die Nutzungsdauer kürzer ist.

- 42 Wird ein Erbteil entgeltlich erworben und gehören mehrere Wirtschaftsgüter zum Nachlass, ist für die Aufteilung der Anschaffungskosten des Erbteils einer nach außen hin erkennbaren Zuordnung der Anschaffungskosten durch die Erben zu folgen, soweit die Aufteilung nicht zu einer unangemessenen wertmäßigen Berücksichtigung der einzelnen Wirtschaftsgüter gehört (vgl. BFH-Urteil vom 27.7.2004 – BStBl 2006 II S. 9).
- 43 Verkauft ein Miterbe seinen Erbteil, ist ein Veräußerungsgewinn nur steuerpflichtig, wenn die Voraussetzungen des § 17 EStG, des § 23 EStG oder des § 21 UmwStG vorliegen.

**4. Mischnachlass**

- 44 Wird der Anteil an einem Mischnachlass veräußert, gelten die unter Tz. 32 ff. genannten Grundsätze.

**a) Schenkung eines Erbteils**

- 45 Eine Bewertung der Nachlassgegenstände ist hier nicht erforderlich. Im privaten Bereich des Nachlasses hat der Erwerber die AfA der Erbengemeinschaft nach § 11 d Abs. 1 EStDV und im betrieblichen Bereich die Buchwerte der Erbengemeinschaft (§ 6 Abs. 3 EStG) fortzuführen.

**b) Verkauf eines Erbteils**

- 46 Wird bei einem Mischnachlass ein Erbteil verkauft, muss der für den Erbteil erzielte Veräußerungserlös aufgeteilt werden. Dabei ist der Veräußerungserlös im Verhältnis des Verkehrswertes des Mitunternehmeranteils und der anteiligen Verkehrswerte der Wirtschaftsgüter des Privatvermögens zu verteilen. Tz. 42 gilt entsprechend. Der Kaufpreis ist beim Erbschaftskäufer entsprechend aufzuteilen.
- 47 § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (sog. Abfärberegulung) ist auch dann nicht auf die Erbengemeinschaft anzuwenden, wenn ein Miterbe seinen Erbteil veräußert und ein fremder Dritter in die Erbengemeinschaft eintritt.

**E. Ausscheiden eines Miterben**

**1. Allgemeines**

- 48 Scheidet ein Miterbe freiwillig aus der Erbengemeinschaft aus, wächst zivilrechtlich sein Anteil am Gemeinschaftsvermögen den verbliebenen Miterben zu. Die Anwachsung eines Erbteils für den Fall, dass mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, dass sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, und dass einer der Erben vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, ist in § 2094 BGB geregelt. Die Anwachsung ist ein Unterfall der Veräußerung des Erbteils. Ertragsteuerlich ist das Anwachsen als entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung des Anteils des ausscheidenden Miterben auf die verbleibenden Miterben anzusehen.

**2. Ausscheiden ohne Abfindung**

- 49 Scheidet ein Miterbe ohne Abfindung aus der Erbengemeinschaft aus, finden die Grundsätze über die Schenkung eines Erbteils Anwendung.

**3. Ausscheiden gegen Barabfindung**

- 50 Scheidet ein Miterbe gegen Barabfindung aus der Erbengemeinschaft aus, finden die Grundsätze über den Verkauf eines Erbteils Anwendung.

**4. Ausscheiden gegen Sachwertabfindung**

**a) Grundsatz**

- 51 Beim Ausscheiden gegen Sachwertabfindung können sich zusätzlich zu dem vom ausscheidenden Miterben zu versteuernden Veräußerungsgewinn auch für die verbleibenden Miterben Veräußerungsgewinne ergeben.

**Beispiel 21**

A, B und C sind Miterben zu je 1/3. Der Nachlass besteht nur aus einem Betriebsvermögen. Der Wert des Betriebsvermögens beträgt 3 Mio. €, der Buchwert 300.000 €. Die Bilanz des Unternehmens sieht wie folgt aus:

Aktiva		Passiva	
Wirtschaftsgut 1	100.000 € (TW: 1 Mio. €)	KapKto A	100.000 €
Wirtschaftsgut 2	200.000 € (TW: 2 Mio. €)	KapKto B	100.000 €
		KapKto C	100.000 €
	300.000 €		300.000 €

C scheidet gegen eine Abfindung von 1 Mio € aus dem Unternehmen aus. Nach dem Ausscheiden des C hat die Bilanz folgendes Bild:

Aktiva		Passiva	
Wirtschaftsgut 1	100.000 €	KapKto A	100.000 €
	+ 300.000 € = 400.000 €	KapKto B	100.000 €
Wirtschaftsgut 2	200.000 €	Anspruch C	1.000.000 €
	+ 600.000 € = 800.000 €		
	1.200.000 €		1.200.000 €

Für C ist ein tarifbegünstigter Veräußerungsgewinn von 900.000 € (1.000.000 € ./ 100.000 €) entstanden. A und B müssen die Buchwerte der Wirtschaftsgüter 1 und 2 entsprechend aufstocken. Da die Wirtschaftsgüter zu 1/3 entgeltlich erworben wurden, erhöht sich die AfA-Bemessungsgrundlage um 900.000 € (Anschaffungskosten 1 Mio. € ./ Buchwert 100.000 €). Wenn C das Wirtschaftsgut 1 (Buchwert nunmehr 400.000 €) zur Tilgung seiner Ausgleichsforderung von 1 Mio. € erhält, müssen A und B dieses Wirtschaftsgut aus dem Betrieb nehmen. Da das Wirtschaftsgut 1 Mio. € wert ist, entsteht dadurch ein Veräußerungsgewinn i. H. v. 600.000 €, den A und B je zur Hälfte als laufenden Gewinn versteuern müssen. Ein Veräußerungsgewinn – und kein Entnahmegewinn – entsteht deshalb, weil die Hingabe des Sachwerts zum Wegfall der Schuld führt. Darin ist keine Entnahme, sondern eine Veräußerung, verbunden mit einer Gewinnrealisierung hinsichtlich des den Buchwert des Wirtschaftsguts übersteigenden Schuldenteils (Ausgleichsanspruch des C), zu sehen.

**b) Buchwertfortführung**

- 52 Gelangt die Sachwertabfindung beim ausscheidenden Miterben in ein Betriebsvermögen, hat der Miterbe die Buchwerte der Erbengemeinschaft fortzuführen.

Im Beispiel 21 entsteht kein Veräußerungsgewinn, wenn C das ihm zur Abfindung übereignete Wirtschaftsgut 1 in ein ihm gehörendes Betriebsvermögen nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert überführt. Für diesen Fall wird das Wirtschaftsgut 1 dem C zum Buchwert gegen Minderung seiner Beteiligungsrechte am Betrieb der Erbengemeinschaft übertragen. Da der Buchwert des Wirtschaftsguts 100.000 € beträgt, sinkt dadurch das Kapitalkonto des C unter gleichzeitigem Ausscheiden des C aus dem Betrieb auf Null. C muss das Wirtschaftsgut in seinen eigenen Betrieb mit 100.000 € erfolgsneutral (gegen entsprechende Erhöhung seines Kapitalkontos) einlegen. Für C entsteht weder ein Entnahme- noch ein Veräußerungsgewinn. Auch für A und B ergeben sich keine Gewinnauswirkungen.

## F. Erbauseinandersetzung durch Veräußerung des Nachlasses

### 1. Allgemeines

- 53 Die Erbauseinandersetzung kann gem. §§ 2046 ff. BGB auch in der Weise erfolgen, dass alle Wirtschaftsgüter des Nachlasses veräußert werden. Anschließend werden alle Nachlassverbindlichkeiten abgezogen. Der Rest der Veräußerungserlöse wird den Erbquoten entsprechend anteilmäßig unter den Miterben verteilt.

### 2. Betriebsvermögen

- 54 Gehört zum Nachlass ein Betriebsvermögen, kann der gesamte Betrieb von der Erbengemeinschaft veräußert werden. Dann liegt ein Fall des § 16 Abs. 1 EStG vor. Der von der Erbengemeinschaft erzielte Veräußerungsgewinn ist von den Miterben begünstigt zu versteuern (§§ 16, 34 EStG).

Wird der Betrieb von den Miterben nicht fortgeführt und werden die einzelnen Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens veräußert, kann eine begünstigte Betriebsaufgabe vorliegen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 EStG).

### 3. Privatvermögen

- 55 Soweit zum Nachlass Privatvermögen gehört, ist die Veräußerung einkommensteuerrechtlich nur dann zu erfassen, wenn die §§ 17, 23 EStG oder § 21 UmwStG zur Anwendung kommen.

## G. Teilerbauseinandersetzung

### 1. Behandlung wie Gesamtauseinandersetzung

- 56 Bei der gegenständlichen Teilerbauseinandersetzung stellen die geleisteten Abfindungen Anschaffungskosten bzw. Veräußerungsentgelt dar und zwar unabhängig davon, dass die Miterben am Restnachlass beteiligt bleiben.

#### Beispiel 22

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören ein Betrieb (Wert 1 Mio. €, Buchwert 200.000 €) und ein Privatgrundstück (Wert 500.000 €). Bei einer Teilerbauseinandersetzung erhält A den Betrieb, B bekommt eine Abfindung von A i. H. v. 500.000 €. Das Grundstück verbleibt in der Erbengemeinschaft.

B erzielt einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn von 400.000 €. A stockt die Buchwerte des

Betriebs um 400.000 € auf. Der Wert und die spätere Verteilung des Restnachlasses bleiben zunächst außer Betracht.

- 57 Soweit im Rahmen einer Teilerbauseinandersetzung ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens einem Miterben zu Lasten seiner Beteiligung am Restnachlass zugewiesen wird, das er in sein Privatvermögen übernimmt, entsteht ein Entnahmegewinn. Der Entnahmegewinn ist Teil des Gesamtgewinns der Mitunternehmerschaft. Dieser ist den Mitunternehmern (Miterben) nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel zuzurechnen, der sich bei den Miterben nach ihrem Anteil am Nachlass bestimmt (§ 2038 Abs. 2, § 743 Abs. 1 BGB), es sei denn, dass der Gewinn nach den von den Miterben schriftlich getroffenen Vereinbarungen über die Teilerbauseinandersetzung dem entnehmenden Miterben zuzurechnen ist.

Wird im Rahmen einer Teilerbauseinandersetzung ein Wirtschaftsgut aus dem Betriebsvermögen der Erbengemeinschaft (Mitunternehmerschaft) in ein anderes Betriebsvermögen eines der Miterben überführt, ist nach § 6 Abs. 5 EStG der Buchwert fortzuführen.

### 2. Behandlung von umgekehrten Abfindungen

- 58 Abfindungen in umgekehrter Richtung vermindern grundsätzlich die bei einer Teilerbauseinandersetzung angenommenen Anschaffungskosten und Veräußerungserlöse, wenn die Miterben eine weitere Auseinandersetzung im Auge hatten, bei der es zu umgekehrten Abfindungen kommt (BFH-Beschluss vom 5.7.1990 – BStBl II S. 837). Davon ist auszugehen, wenn seit der vorausgegangenen Teilerbauseinandersetzung nicht mehr als fünf Jahre vergangen sind. Eine spätere (weitere) Teilerbauseinandersetzung oder Endauseinandersetzung ist nicht mehr mit vorangegangenen Teilerbauseinandersetzungen als Einheit zu betrachten, sondern wie eine selbständige Auseinandersetzung zu behandeln.

Ist bei einer vorangegangenen Teilerbauseinandersetzung eine Abfindung für den Erwerb mehrerer Wirtschaftsgüter geleistet worden, ist die umgekehrte Abfindung auf diese Wirtschaftsgüter nach dem Verhältnis ihrer Verkehrswerte im Zeitpunkt der vorangegangenen Teilerbauseinandersetzung aufzuteilen. Tz. 42 ist entsprechend anzuwenden.

#### Beispiel 23

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehören ein Betrieb (Wert 1 Mio. €, Buchwert 200.000 €) und ein Privatgrundstück. Bei einer Teilerbauseinandersetzung erhält A den Betrieb und muss an B eine Abfindung i. H. v. 500.000 € zahlen. Im Rahmen der vier (sechs) Jahre später erfolgenden Endauseinandersetzung erhält B das Grundstück, dessen Wert auf 500.000 € festgestellt wurde, und zahlt deshalb an A eine Abfindung i. H. v. 250.000 €.

Die von B bei der Endauseinandersetzung an A zu zahlende umgekehrte Abfindung i. H. v. 250.000 € bewirkt, dass der Veräußerungsgewinn des B von ursprünglich 400.000 € nunmehr nur noch 200.000 € beträgt und nicht mehr nach §§ 16, 34 EStG begünstigt ist. Die bisherige Aufstockung der Buchwerte bei A um 400.000 € muss auf einen Aufstockungsbetrag von 200.000 € gemindert werden.

Dagegen würde sich die ursprüngliche Behandlung der Teilauseinandersetzung nicht mehr ändern, wenn die Endauseinandersetzung sechs Jahre später erfolgt.

Aus der Veräußerung des Mitunternehmeranteils hat B einen nach den §§ 16 und 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn i. H. v. 400.000 € zu versteuern; A hat die Buchwerte entsprechend aufzustoßen. Der sich aus der sechs Jahre späteren Teilerbauseinandersetzung über das Grundstück ergebende Veräußerungsgewinn ist nur steuerpflichtig, wenn die Voraussetzungen des § 23 EStG vorliegen.

- 59 Werden im Rahmen einer Teilauseinandersetzung entstandene Veräußerungsgewinne durch umgekehrte Abfindungen gemindert, ist dies ein Ereignis, das Rückwirkung für die Vergangenheit hat (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO), weshalb die Minderung des Veräußerungsgewinns rückwirkend erfolgen muss.

Auch die bei dem die ursprüngliche Abfindung leistenden Miterben durch die umgekehrte Abfindung eintretende Verminderung der Anschaffungskosten hat rückwirkend zu erfolgen (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Umgekehrte Abfindungen sind insoweit nicht erst ab dem Jahr ihrer Zahlung zu berücksichtigen.

## H. Vermächtnisse, Vorausvermächtnisse, Teilungsanordnung

### 1. Steuerliche Auswirkungen von Vermächtnissen

- 60 Im Falle der Erbeinsetzung liegt in vollem Umfang ein unentgeltlicher Erwerb unmittelbar vom Erblasser vor. Der Erbe ist an die Buch- und Steuerwerte gem. § 6 Abs. 3 EStG und § 11 d Abs. 1 EStDV gebunden, auch wenn ihm die Erfüllung von Vermächtnissen auferlegt wird. Die Erfüllung eines Vermächtnisses durch den beschwerten Erben stellt kein Entgelt für den Erwerb des Erbteils dar und führt daher bei ihm nicht zu Anschaffungskosten (BFH-Urteil vom 17.10.1991 – BStBl 1992 II S. 392). Dies gilt auch, wenn ein Sachvermögen hinsichtlich eines Wirtschaftsguts des Betriebsvermögens ausgesetzt wird und dieses Sachvermögen vom Erben und Betriebsübernehmer erfüllt wird. Geht daher ein Betrieb durch Erbeinsetzung mit der Verpflichtung über, dass der Erbe oder die Erbengemeinschaft ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens an einen Dritten herausgeben muss, führt dies zur Entnahme dieses Wirtschaftsguts. Dies gilt auch dann, wenn das Wirtschaftsgut beim Vermächtnisnehmer Betriebsvermögen wird (vgl. aber Tz. 65). Der Entnahmegewinn ist dem Alleinerben oder allen Miterben zuzurechnen.

Der Alleinerbe oder die Miterben können bei der Entnahme von Grund und Boden aus einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb ggf. den Freibetrag nach § 14 a Abs. 4 EStG in Anspruch nehmen, wenn die Entnahme vor dem 1.1.2006 erfolgt.

#### Beispiel 24

A wurde vom Erblasser als Alleinerbe eingesetzt. Zum Nachlass gehört ein Gewerbebetrieb. In Erfüllung eines Vermächtnisses überträgt A auf B ein Betriebsgrundstück (Teilwert 1 Mio. €, Buchwert 400.000 €).

A führt nach § 6 Abs. 3 EStG die Buchwerte des Erblassers fort. Er erzielt bei der Übertragung des Grundstücks auf B einen nicht begünstigten Entnahmegewinn i. H. v. 600.000 € (= 1 Mio. € / . 400.000 €). Das gilt auch, wenn das Grundstück beim Vermächtnisnehmer ins Betriebsvermögen übernommen wird.

- 61 Betrifft das Sachvermögen dagegen einen ganzen Betrieb, erzielt die Erbengemeinschaft (oder der Alleinerbe) keinen Veräußerungs- oder Aufgabegewinn. Der Vermächtnisnehmer führt nach § 6 Abs. 3 EStG die Buchwerte der Erbengemeinschaft fort. Ist ein Betrieb (Einzelunternehmen) aufgrund eines Sachvermögens an einen der Miterben oder einen Dritten (Vermächtnisnehmer) herauszugeben, sind die nach dem Erbfall bis zur Erfüllung des Vermächtnisses erzielten betrieblichen Einkünfte grundsätzlich den Miterben als Mitunternehmern zuzurechnen. Abweichend von diesem Grundsatz sind die zwischen Erbfall und Erfüllung des Vermächtnisses angefallenen Einkünfte dem Vermächtnisnehmer zuzurechnen, wenn dieser schon vor der Erfüllung des Vermächtnisses als Inhaber des Betriebs (Unternehmer) anzusehen ist (BFH-Urteil vom 24. September 1991 – BStBl 1992 II S. 330).
- 62 Besteht das Vermächtnis darin, dass dem Bedachten ein privates Wirtschaftsgut zu übertragen ist, ist er nach § 11 d Abs. 1 EStDV an die bisher für den Alleinerben oder die Erbengemeinschaft maßgebenden Steuerwerte gebunden.
- 63 Wie die Erfüllung eines Vermächtnisses führt auch die Begleichung von Erbfallschulden (Pflichtteils- und Erbersatzansprüche) nicht zu Anschaffungskosten. Aufwendungen für die Finanzierung von Pflichtteils- und Erbersatzansprüchen dürfen nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Ein Vermächtnis führt ausnahmsweise dann zu einem Veräußerungserlös des beschwerten Erben oder der beschwerten Miterben und zu Anschaffungskosten des Vermächtnisnehmers, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstandes eine Gegenleistung zu erbringen hat.

### 2. Besonderheiten bei Vorausvermächtnissen

- 64 Wird ein Miterbe durch ein Vermächtnis bedacht (Vorausvermächtnis), hat er – ebenso wie ein nicht zu den Miterben gehörender Vermächtnisnehmer – lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber der Erbengemeinschaft. Die ihm durch das Vorausvermächtnis zugewandten Vermögensgegenstände des Erblassers erwirbt er daher nicht unmittelbar vom Erblasser, sondern von der Erbengemeinschaft.
- 65 Betrifft das Vorausvermächtnis einen Betrieb, erzielt die Erbengemeinschaft keinen Veräußerungs- oder Aufgabegewinn. Der Vermächtnisnehmer führt nach § 6 Abs. 3 EStG die Buchwerte der Erbengemeinschaft fort. Demgegenüber liegt eine Entnahme durch die Erbengemeinschaft (nicht durch den Erblasser) vor, wenn ein Einzelwirtschaftsgut des Betriebsvermögens in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses auf einen der Miterben in dessen Privatvermögen übertragen wird.

#### Beispiel 25

Erben sind A und B zu je 1/2. Der Nachlass umfasst neben anderen Nachlassgegenständen einen Betrieb. A erhält im Wege des Vorausvermächtnisses ein

Grundstück dieses Betriebs (Teilwert 500.000 €, Buchwert 200.000 €), das er privat nutzt.

Die Erfüllung des Vorausvermächtnisses durch Übertragung des Betriebsgrundstücks auf A führt zu einem laufenden Entnahmegewinn bei der Erbengemeinschaft i. H. v. 300.000 €, der den beiden Miterben A und B im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Gewinneinkünfte je hälftig zuzurechnen ist.

Wird in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses ein Einzelwirtschaftsgut aus dem Betriebsvermögen der Erbengemeinschaft in ein anderes Betriebsvermögen eines der Miterben überführt, besteht nach § 6 Abs. 5 EStG die Pflicht zur – gewinnneutralen – Buchwertfortführung.

### Beispiel 26

Erben sind A und B zu je  $\frac{1}{2}$ . Zum Nachlass gehört u. a. ein Betrieb. A erhält im Wege des Vorausvermächtnisses ein Grundstück dieses Betriebs (Teilwert 500.000 €, Buchwert 200.000 €), das er in einem eigenen Betrieb nutzt.

Ein Entnahmegewinn entsteht nicht, da A als Mitunternehmer zur Fortführung des Buchwertes verpflichtet ist.

- 66 Besteht das Vorausvermächtnis darin, dass dem Bedachten ein privates Wirtschaftsgut zu übertragen ist, ist er nach § 11 d Abs. 1 EStDV an die bisher für die Erbengemeinschaft maßgebenden Steuerwerte gebunden.

### 3. Steuerliche Auswirkungen von Teilungsanordnungen

- 67 Durch eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) wird lediglich die Art und Weise der Erbauseinandersetzung durch den Erblasser festgelegt. Deshalb gehen auch bei der Teilungsanordnung zunächst alle Nachlassgegenstände auf die Erbengemeinschaft und nicht einzelne Nachlassgegenstände unmittelbar auf denjenigen Miterben über, der sie aufgrund der Teilungsanordnung erhalten soll. Verhalten sich die Miterben jedoch bereits vor der Auseinandersetzung entsprechend der Teilungsanordnung, ist dies auch steuerrechtlich anzuerkennen, solange die tatsächliche Auseinandersetzung innerhalb einer sich an den Umständen des Einzelfalls orientierten Frist vorgenommen wird. Dies gilt auch bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Setzen sich die Erben einverständlich über die Teilungsanordnung hinweg, ist für die steuerliche Beurteilung die tatsächliche Auseinandersetzung maßgeblich. Solange die Teilungsanordnung von den Erben vor der Auseinandersetzung beachtet wird, sind die Veranlagungen vorläufig nach § 165 Abs. 1 Satz 1 AO durchzuführen.
- 68 Zur Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ist von Bedeutung, dass sich die Teilungsanordnung in der Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände innerhalb des Rahmens des Erbteils erschöpft, während das Vorausvermächtnis in der Zuweisung bestimmter Nachlassgegenstände außerhalb des Erbteils, d. h. über den Erbteil hinaus, besteht. Mit dem Vorausvermächtnis will der Erblasser einem der Erben einen zusätzlichen Vermögensvorteil zuwenden. Bei der Teilungsanordnung fehlt ein derartiger Begünstigungswille, sie beschränkt sich auf die Verteilung der Nachlassgegenstände bei der Erbauseinandersetzung. Bei der

Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis kommt es nicht auf die formale Bezeichnung, sondern auf das tatsächlich Gewollte an.

## I. Sonderfragen

### I. Erbfolge bei der Beteiligung an einer Personengesellschaft

#### 1. Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter oder Auflösungsklausel

- 69 Bei Tod eines Gesellschafters scheidet der verstorbene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und die überlebenden Gesellschafter setzen die Gesellschaft fort (§ 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB). In diesem Fall geht zivilrechtlich der Gesellschaftsanteil nicht auf die Erben über. Diese erlangen lediglich einen privaten Abfindungsanspruch gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern. Steuerlich realisiert der Erblasser durch Aufgabe seines Mitunternehmeranteils unter Anwachsung bei den verbleibenden Gesellschaftern einen begünstigten Veräußerungsgewinn (§§ 16, 34 EStG) in Höhe des Unterschieds zwischen dem Abfindungsanspruch und dem Buchwert seines Kapitalkontos im Todeszeitpunkt (BFH-Urteil vom 15.4.1993 – BStBl 1994 II S. 227).

Ist im Gesellschaftsvertrag eine sog. Auflösungsklausel, nach der sich die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters auflöst, enthalten, liegt insgesamt eine nach §§ 16, 34 EStG begünstigte Betriebsaufgabe vor, soweit weder nach Realteilungsgrundsätzen (vgl. BMF-Schreiben vom 28.2.2006 – BStBl I S. ) noch nach § 6 Abs. 5 EStG eine Buchwertfortführung möglich ist. Satz 1 gilt nicht, sofern die Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen.

#### 2. Eintrittsklausel

- 70 Ist im Gesellschaftsvertrag eine Eintrittsklausel des Inhalts vereinbart worden, dass ein oder mehrere Erben mit dem Tod eines Gesellschafters das Recht haben, in die Gesellschaft einzutreten, wird die Gesellschaft zunächst mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters wächst mithin den übrigen Gesellschaftern an und die eintrittsberechtigten Erben erben lediglich das Eintrittsrecht. Hieraus folgt grundsätzlich, dass bei Zahlung einer Abfindung im Fall des Nichteintritts – wie bei der Fortsetzungsklausel – der Erblasser einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn (§§ 16, 34 EStG) erzielt. Wird allerdings das Eintrittsrecht innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall ausgeübt, gelten, wenn alle Erben von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch machen, die Ausführungen über die einfache Nachfolgeklausel (Tz. 71), wenn nur einer oder einige Erben von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch machen, die Ausführungen über die qualifizierte Nachfolgeklausel (Tz. 72) entsprechend.

#### 3. Einfache Nachfolgeklausel

- 71 Im Fall der sog. einfachen Nachfolgeklausel wird die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters mit allen Erben dieses Gesellschafters fortgesetzt. Mitunternehmeranteile, die vom Erblasser gesondert auf die Miterben übergegangen sind, können im Fall der sog. ein-

fachen Nachfolgeklausel in die Erbauseinandersetzung einbezogen und abweichend aufgeteilt werden. Ausgleichszahlungen an die weichenden Miterben führen auch in diesem Fall zu Anschaffungskosten (BFH-Urteile vom 13.12.1990 – BStBl 1992 II S. 510 und vom 29.10.1991 – BStBl 1992 II S. 512).

Diese Betrachtungsweise hat zur Folge, dass durch die Einbeziehung von Mitunternehmeranteilen in die Erbauseinandersetzung im Fall der sog. einfachen Nachfolgeklausel eine gewinnneutrale Realteilung eines Nachlasses erreicht wird.

#### Beispiel 27 (bei Mischnachlass)

Gesellschafter einer OHG sind A, B und C. A stirbt. Erben sind D und E je zur Hälfte. Zum Nachlass gehören der OHG-Anteil (Wert 2 Mio. €) sowie ein Privatgrundstück (Wert 2 Mio. €). D und E treten aufgrund der im Gesellschaftsvertrag verbrieften einfachen Nachfolgeklausel in die OHG ein. Das Grundstück wird zunächst in Erbengemeinschaft verwaltet. Nach einiger Zeit setzen sich D und E dergestalt auseinander, dass E dem D seinen Gesellschaftsanteil überlässt und dafür aus der Erbengemeinschaft das Privatgrundstück erhält. Ausgleichszahlungen erfolgen nicht.

Es ist von einer gewinnneutralen Teilung eines Mischnachlasses auszugehen, bei der D den Gesellschaftsanteil und E das Grundstück erhalten hat. Anschaffungskosten und Veräußerungsgewinne entstehen mangels Ausgleichszahlungen nicht.

Aus dieser Betrachtungsweise ergibt sich weiter, dass auch beim Vorhandensein von Sonderbetriebsvermögen eine gewinnneutrale Realteilung eines Nachlasses möglich ist.

#### Beispiel 28 (bei Mischnachlass)

Gesellschafter einer OHG sind A, B und C. A stirbt. Erben sind D und E je zur Hälfte. Zum Nachlass gehören der OHG-Anteil (Wert 1,2 Mio. €), ein der OHG überlassenes Grundstück (Wert 800.000 €) und ein Privatgrundstück (Wert 2 Mio. €). D und E treten aufgrund der im Gesellschaftsvertrag verbrieften einfachen Nachfolgeklausel in die OHG ein. Das Privatgrundstück wird zunächst von der Erbengemeinschaft verwaltet. Nach einiger Zeit setzen sich D und E dergestalt auseinander, dass E dem D seinen Gesellschaftsanteil und seinen Anteil an dem der OHG überlassenen Grundstück überträgt und dafür aus der Erbengemeinschaft das Privatgrundstück erhält. Ausgleichszahlungen erfolgen nicht. Es liegt eine gewinnneutrale Teilung eines Mischnachlasses vor, bei der D den Gesellschaftsanteil an der OHG und das der OHG überlassene Grundstück und E das Privatgrundstück erhält. Anschaffungskosten und Veräußerungs- oder Entnahmegewinne entstehen mangels Ausgleichszahlungen nicht.

#### 4. Qualifizierte Nachfolgeklausel

- 72 In den Fällen der sog. qualifizierten Nachfolgeklausel folgen nicht alle Miterben, sondern nur einer oder einzelne von mehreren Miterben dem Erblasser in seiner Gesellschafterstellung nach. Nach dem BFH-Urteil vom 29.10.1991 (BStBl 1992 II S. 512) hat dies zur Folge, dass nur die qualifizierten Miterben, nicht dagegen die nicht qualifizierten Miterben als Mitunternehmer anzu-

sehen sind (kein Durchgangserwerb). Werden von den qualifizierten Erben an die nicht qualifizierten Miterben Abfindungen geleistet, entstehen deshalb weder Veräußerungsgewinne noch Anschaffungskosten. Zur Behandlung der Schuldzinsen, die durch die Finanzierung der Wertausgleichsverbindlichkeiten veranlasst sind, wird auf das BMF-Schreiben vom 11.8.1994 (BStBl I S. 603) verwiesen.

- 73 Daraus ergibt sich weiter, dass es mit dem Erbfall zu einer anteiligen Entnahme etwaigen Sonderbetriebsvermögens kommt, soweit das Sonderbetriebsvermögen auf nicht qualifizierte Miterben entfällt (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Denn das Sonderbetriebsvermögen geht – im Gegensatz zum Gesellschaftsanteil – zivilrechtlich auf die Erbengemeinschaft als Ganzes über. Dies gilt auch, wenn bei einer zeitnahen Auseinandersetzung das Sonderbetriebsvermögen auf den qualifizierten Miterben übergeht.
- 74 Der Entnahmegewinn ist dem Erblasser zuzurechnen, da der nicht qualifizierte Miterbe nicht Mitunternehmer geworden ist.

## II. Sonderfragen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft

### 1. Erbfolge im Bereich der Land- und Forstwirtschaft

- 75 Die Erbfolge im Bereich der Land- und Forstwirtschaft ist zivilrechtlich nach Landesrecht unterschiedlich geregelt. Im Übrigen gibt es bundesrechtliche Besonderheiten.

Während in den Ländern Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein für bestimmte Höfe die sog. Höfeordnung (HöfeO) Anwendung findet, sind in anderen Ländern (z. B. in Hessen und in Teilen von Baden-Württemberg bis 31.12.2000) für bestimmte Höfe sog. Landesanerbenbesetze maßgebend. Es gibt aber auch Länder, die weder eine HöfeO noch ein Landesanerbenrecht kennen (Bayern, Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen). Soweit keine Sonderregelung eingreift, können das Landgutrecht nach § 2049 BGB sowie das Zuweisungsverfahren nach §§ 13 bis 17 Grundstücksverkehrsgesetz bedeutsam sein.

- 76 Abfindungen an weichende Erben sind stets Entgelte, wenn nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften der Hof nicht unmittelbar vom Altbauer im Wege der Sondererbfolge auf den Hoferben als Alleinerben übergeht („Höferecht“), sondern zunächst auf die Erbengemeinschaft („Anerbenrecht“). Im letzteren Falle erwirbt der Hoferbe den Hof von der Erbengemeinschaft (Durchgangserwerb).
- 77 Was die als partielles Bundesrecht geltende HöfeO angeht, bestimmt § 4 HöfeO, dass der Hof als Teil der Erbschaft kraft Gesetzes nur einem der Erben zufällt und an seine Stelle im Verhältnis der Miterben zueinander der Hofeswert tritt. Diese Norm ist zivilrechtlich so zu verstehen, dass im Rahmen eines gespaltenen Nachlasses der Hof unmittelbar und sofort dem Hoferben als Alleinerben zufällt, während daneben zugleich für das hofesfreie Vermögen eine Erbengemeinschaft besteht. In den Fällen der HöfeO ist eine Miterbengemeinschaft hinsichtlich des Hofes ausgeschlossen, die weichenden Miterben erhalten vielmehr insoweit schuldrechtliche

Abfindungsansprüche im Sinne gesetzlich angeordneter Vermächtnisse. Die weichenden Erben erhalten daher die Abfindung nach § 12 HöfeO nicht als Entgelt für die Aufgabe einer Erbquote am Hof. Die Abfindung einschließlich einer Nachabfindung nach § 13 HöfeO ist daher kein Entgelt. Aufwendungen für die Finanzierung der Abfindung sind nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig.

Diese Betrachtungsweise gilt auch für die übrigen Landes-Höfegesetze. Nach § 9 Abs. 1 des Bremischen HöfeG fällt der Hof als Teil der Erbschaft nur einem Erben zu. § 14 des Rheinland-Pfälzischen Landesgesetzes über die HöfeO regelt die Erbfolge in gleicher Weise wie § 4 der HöfeO.

- 78 Nehmen in den Fällen der Tz. 77 Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens nicht an der Sonderrechtsnachfolge teil (hofesfreies Vermögen), sind sie auch steuerlich der Erbengemeinschaft zuzurechnen. Soweit diese Wirtschaftsgüter nicht anteilig dem Hoferben zuzurechnen sind, liegt eine Entnahme durch den Erblasser vor. Im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln über die Behandlung der Erbauseinandersetzung.
- 79 Nehmen umgekehrt Wirtschaftsgüter des Privatvermögens an der Sonderrechtsnachfolge teil (z. B. Wohnung des Betriebsinhabers), findet insoweit ein unentgeltlicher Erwerb vom Erblasser statt und die Abfindung führt nicht zu Anschaffungskosten.
- 80 Anders als bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, die unter den Anwendungsbereich der HöfeO oder unter vergleichbare Landes-Höferechte fallen („Höferecht“), ist die Erbfolge bei Betrieben zu beurteilen, in denen der Hof zunächst auf die Erbengemeinschaft übergeht. Dies ist insbesondere nach dem Badischen Hofgütergesetz und der Hessischen Landgüterordnung der Fall („Anerbenrecht“). Die Abfindung der „weichenden Erben“ nach Badischem und Hessischem Landesrecht sowie deren Ergänzungsabfindungen (wenn die Berechtigung zur erbrechtlichen Schlechterstellung der Nicht-Hoferben entfällt) sind Entgelte. Denn der Hofübernehmer hat mehr an land- und forstwirtschaftlichem Betriebsvermögen bekommen, als ihm nach seiner Erbquote zustand. Insoweit vollzieht sich die Erbauseinandersetzung nach den allgemeinen Regeln.
- 81 Nach den allgemeinen Regeln vollzieht sich die Erbauseinandersetzung über einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb auch in den Bundesländern, die weder eine

HöfeO noch ein Landesanerbenrecht kennen (Bayern, Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen).

## 2. Behandlung von Abfindungen, die das Kapitalkonto unterschreiten

- 82 Gehört zum Nachlass ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb, wird dieser gemäß § 2049 BGB im Rahmen der Erbauseinandersetzung in den meisten Fällen nur mit dem Ertragswert berücksichtigt. Wegen der geringen Ertragsfähigkeit liegen die Ertragswerte solcher Betriebe deutlich unter dem Verkehrswert und regelmäßig auch unter dem Buchwert. Das bedeutet, dass die weichenden Erben nach erbrechtlichen Regelungen eine geringere Abfindung erhalten, als ihrem Kapitalkonto (gemessen an der Erbquote) entspricht. Abfindungen, die das Kapitalkonto unterschreiten, sind ertragsteuerlich in der Weise zu behandeln, dass in solchen Fällen der Betriebsübernehmer gemäß § 6 Abs. 3 EStG die Buchwerte fortführt. Dies bedeutet, dass keine Abstockung der Buchwerte erforderlich ist und die weichenden Erben keinen Veräußerungsverlust erleiden.

## J. Übergangsregelung

- 83 Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Es tritt an die Stelle der BMF-Schreiben vom 11.1.1993 (BStBl I S. 62) und vom 5.12.2002 (BStBl I S. 1392).

Soweit die Erbauseinandersetzung vor dem 1.1.2001 durchgeführt worden ist, gelten weiterhin die in den BMF-Schreiben vom 11.1.1993 und 11.8.1994 genannten Grundsätze (einschließlich Übergangsregelungen) unter Berücksichtigung der Gesetzesänderungen in § 6 Abs. 5 Satz 3 und § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG i. d. F. des StEntlG 1999/2000/2002 für Vorgänge in der Zeit vom 1.1.1999 bis 31.12.2000.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Reich*, MittBayNot 2007, 182 (in diesem Heft).

## 2. Erbschaftsteuer: Vorläufige Festsetzung (§ 165 Abs. 1 AO) der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer)

Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.3.2007

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 (= MittBayNot 2007, 161 Ls. m. Anm. *Wälzholz* = DStR 2007, 235) entschieden, dass die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Es hat den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens

bis zum 31.12.2008 eine Neuregelung zu treffen. Bis zu dieser Neuregelung bleibt das bisherige Recht weiter anwendbar.

Im Hinblick auf diese Verpflichtung zur gesetzlichen Neuregelung sind sämtliche Festsetzungen der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer) gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO in vollem Umfang für vorläufig zu erklären. Ferner sind Festsetzungen der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer), bei denen die §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29.12.2003 (BGBl I, S. 3076; 2004 I, S. 69) geänderten Fassung angewandt werden, insoweit gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO vorläufig durchzuführen.

In die Steuerbescheide ist folgender Erläuterungstext aufzunehmen:

Festsetzungen ohne Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 geänderten Fassung:

„Die Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) ist gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO im Hinblick auf die durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 – angeordnete Verpflichtung zur gesetzlichen Neuregelung in vollem Umfang vorläufig. Sollte aufgrund der gesetzlichen Neuregelung dieser Steuerbescheid aufzuheben oder zu ändern sein, wird die Aufhebung oder Änderung von Amts wegen vorgenommen; ein Einspruch ist insoweit nicht erforderlich.“

Festsetzungen mit Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 geänderten Fassung:

„Die Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) ist gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO im Hinblick auf die durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 – angeordnete Verpflichtung zur gesetzlichen Neuregelung in vollem Umfang vorläufig. Sie ist ferner gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO

vorläufig hinsichtlich der Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29.12.2003 (BGBl I, S. 3076; 2004 I, S. 69) geänderten Fassung.

Die Vorläufigkeitserklärung hinsichtlich der Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG erfasst nur die Frage, ob diese Vorschriften mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Sie erfolgt aus verfahrenstechnischen Gründen und ist nicht dahin zu verstehen, dass diese Vorschriften als verfassungswidrig angesehen werden. Sollte eine Entscheidung des BVerfG eine Aufhebung oder Änderung dieses Steuerbescheids erfordern, wird die Aufhebung oder Änderung von Amts wegen vorgenommen. Gleiches gilt, falls aufgrund der durch Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006 veranlassten gesetzlichen Neuregelung dieser Steuerbescheid aufzuheben oder zu ändern sein wird. Ein Einspruch ist daher insoweit nicht erforderlich.“

Im Übrigen gelten die in den BMF-Schreiben vom 27.6.2005 (BStBl I, 794 = DStR 2005, 1138) und vom 10.11.2006 (BStBl I, 692) getroffenen Regelungen entsprechend.

Die gleich lautenden Erlasse vom 22.11.2005 (BStBl I, 1006 = MittBayNot 2006, 277) werden aufgehoben.

### 3. Erbschaftsteuer: Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft

Schreiben des Bayerischen Staatsministerium der Finanzen vom 25.9.2006, 34 – S – 3851–033–29477/06

In dem dem Urteil des FG Düsseldorf vom 14.6.2006 zugrundeliegenden Fall hatten die Ehegatten rückwirkend zum Beginn der Ehe die Änderung des Güterstandes von der Gütertrennung zur Zugewinnsgemeinschaft vereinbart. Die Ehefrau machte nach dem Tod des Erblassers gegenüber dessen Erben den güterrechtlichen Zugewinnausgleich geltend. Das Finanzamt sah in der nach § 1378 Abs. 3 BGB von Gesetzes wegen entstehenden Ausgleichsforderung insoweit eine Schenkung auf den Todesfall i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG, als diese auf den Zeitraum zwischen Beginn der Ehe und dem Zeitpunkt der Vereinbarung über die Änderung des Güterstandes entfällt.

Das FG hat entschieden, dass keine Schenkung auf den Todesfall vorliege, da die zivilrechtlich zulässige rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft auch erbschaftsteuerlich anzuerkennen sei. Entgegen R 12 Abs. 2 Satz 3 ErbStR handele es sich beim güterrechtlichen Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB, sofern dem überlebenden Ehegatten die Ausgleichsforderung durch die rückwirkende Vereinbarung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft auf den Zeitpunkt des Beginns der Ehe verschafft

wurde, nicht um eine steuerpflichtige erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung.

In der Urteilsbegründung verweist das FG insbesondere auf BFH, Urteil vom 12.7.2005, BStBl II, 843 (= MittBayNot 2006, 271). Der BFH hat mit dieser Entscheidung die Berücksichtigung der bürgerlichrechtlichen Gestaltungsfreiheit beim ehelichen Güterrecht im Erbschaftsteuerrecht anerkannt. Nach Ansicht des BFH ist die Grenze der Gestaltungsfreiheit erst dann überschritten, wenn einem Ehepartner außerhalb der zivilrechtlichen Vorschriften eine überhöhte Ausgleichsforderung verschafft wird, die über den Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung hinausgeht. Das FG sah in der rückwirkenden Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft zum Beginn der Ehe keine Überschreitung dieser Grenze.

Das Finanzamt hat gegen das Urteil keine Revision eingelegt. Das Urteil des FG ist vor dem Hintergrund des BFH Urteils vom 12.7.2005 zutreffend.

Ich bitte, die Grundsätze der Entscheidung des FG Düsseldorf abweichend von R 12 Abs. 2 Satz 3 ErbStR in gleich gelagerten Fällen anzuwenden. Die Erbschaftsteuerrichtlinien werden insoweit bei nächster Gelegenheit überarbeitet.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu das Urteil des FG Düsseldorf (nur Leitsatz) mit Anm. *Wachter*, MittBayNot 2007, 250 (in diesem Heft).

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Hans-Dieter Kutter, Schweinfurt, wurde am 30.3.2007 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

#### 2. Verstorbene:

Notar a. D. Johann Kolb, München, verstorben am 25.3.2007

Notar a. D. Heinrich Döbereiner, Weilheim, verstorben am 4.4.2007

#### 3. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.5.2007:

Notar Dr. Benedikt Selbherr, Hof

#### 4. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Notar Wilhelm Kammer, Augsburg

Notar Michael Oehm, Frankenthal/Pfalz

Notar Wolfgang Schineis, Schweinfurt

Mit Wirkung vom 1.12.2007:

Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München

#### 5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.2007:

Kaiserslautern	dem Notar Werner Landau (bisher in Landstuhl)
----------------	---

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Dillingen	der Notarassessorin Sonja Egner (bisher in Neu-Ulm Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/ Dr. Winkler)
-----------	---

Kaiserslautern (in Sozietät mit Notar Jacob)	dem Notarassessor Karl Felix Dietrich (bisher in Germersheim Notarstelle Dr. Wolf)
--	---

Mit Wirkung vom 1.5.2007:

Wolfratshausen (in Sozietät mit Notar Huber)	dem Notar Thomas Grauel (bisher in Wegscheid)
--	---

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Albrecht)	dem Notarassessor Oliver Portenhauser (bisher in Neu-Ulm Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/ Dr. Winkler)
---	---

München (in Sozietät mit Notarin Siller-Bauer)	dem Notar Dr. Benedikt Pfisterer (bisher in Kempten)
--	--

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Graf von Stosch)	dem Notar Dr. Joachim Schervier (bisher in Landshut)
---	--

#### 6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Dr. Torsten Arne Jäger, Pirmasens (Notarstelle Küper)

#### 7. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Michael Dillinger, Schrobenhausen (Notarstelle Knab)

Steffi Dräger, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Wolfgang Fischer, München (Notarstellen Dr. Reuss/  
Dr. Vollrath)

Maria Frisch, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

Gerhard Fuchs, Waldsassen (Notarstelle Taubeneder)

Kathrin Gilch, Erding (Notarstelle Olk)

Sabrina Götz, München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thalinger)

Heidi Hief, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/Staudt)

Jens Holle, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)

Thomas von Jutrzenka Trzebiatowski, Ludwigshafen am Rh. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Eva Kraus, Hersbruck (Notarstellen Dr. Vollhardt/Dr. Lenz)

Nicole Maier, München (Notarstelle Dietrich)

Sabrina Meisenzahl, Klingenberg am Main (Notarstelle Baumeister)

Carolin Oppel, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Veronika Preissing, Starnberg (Notarstelle Dr. Brandmüller)

Irene Raithmeier, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/  
Dr. Fronhöfer)

Christine Saal, Starnberg (Notarstellen Wasserthal/Dr. Ohler)

Ines Schmelzer, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Carina Schmitt, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Melanie Schwarz, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/  
Dr. Sommerhäuser)

Annabell Spiess, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. von Bary/  
Dr. Buchta)

Jessica Stübe, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Munzig/  
Dr. Feierlein)

Silke Tremml, Regen (Notarstellen Prof. Dr. Dr. Grziwotz/  
Vogt-Grziwotz)

**8. Versetzungen und sonstige Veränderungen:**

Mit Wirkung vom 1.3.2007 haben sich Notar Wolfgang Schineis und Notar Dr. Bernd Weiß in Schweinfurt zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden

Notarassessorin Marion Ampenberger, München (Notarkasse A.d.ö.R.), ab 1.4.2007 Bestellung zur weiteren Geschäftsführerin der Notarkasse in München

Notarassessorin Eva Christine Gebel, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 1.1.2007 in Frankenthal (Notarkammer Pfalz)

Notarassessor Linus Freunscht, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann), ab 1.3.2007 in Kaiserslautern (Notarstelle Landau)

Notarassessorin Simone Lang, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu), ab 12.3.2007 in Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Notarassessor Thomas Zöpfl, Augsburg (Notarstelle Hille), ab 26.3.2007 in Schweinfurt (Notarstellen Schineis/Dr. Weiß)

Notarassessor Dr. Christian Auktor, München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf von Stosch), ab 1.4.2007 in München (Notarstellen Reeh/Dr. Frank)

Notarassessor Dr. Martin Leiß, Ingolstadt (Notarstellen Blomeier/Lichtenwimmer), ab 1.4.2007 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

Notarassessor Rüdiger Mattes, Kaiserslautern (Notarstelle Pres), ab 1.4.2007 in Kaiserslautern (Notarstellen Jacob/Dietrich)

Notarassessor Peter Kreiling, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr), ab 16.4.2007 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl)

Notarassessor Christian von Köckritz, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller), ab 16.4.2007 in Würzburg (Dt. Notarinstitut)

Notarassessor Daniel Halmer, Rosenheim (Notarstelle Lederer), scheidet auf eigenen Wunsch zum 1.5.2007 aus

Oberinspektorin i. N. Sandra Dünzl, München (Notarstellen Barth/Brunner), ab 1.5.2007 in Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Lindner)

Amtmann i. N. Rainer Queste, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller), ab 1.5.2007 in München (Notarstellen Barth/Brunner)

Oberinspektorin i. N. Pia Kaiser, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1. 1.2008 in Erding (Notarstelle Olk)

**9. Ausgeschiedene Angestellte:**

Inspektorin i. N. Maria Ziegltrum, Freising (Notarstelle Kleine), eigene Kündigung zum 31.3.2007

Oberamtsrat i. N. Otto Müller, München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede), ab 1.6.2007 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Günther Rödel, Rosenheim (Notarstelle Hölzl), ab 1.6.2007 im Ruhestand

Notariatsoberrat i. N. Josef Klinger, München (Notarkasse Prüfungsabteilung), ab 1.7.2007 im Ruhestand

**Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Fürstenfeldbruck, Notarstellen Dr. von Bary/Dr. Buchta,  
E-Mail: mail@notarebvb.de

Mühldorf a. Inn, Notarstellen Weishäupl/Dr. Nachreiner,  
Stadtplatz 84, 84453 Mühldorf a. Inn,  
Telefon 08631 18533-10, Telefax 08631 1853330

Nürnberg, Notarstelle Schallock,  
E-Mail: mail@notar-schallock.de

Ingolstadt, Notarstellen Blomeier/Lichtenwimmer,  
E-Mail: notare@blomeier-lichtenwimmer.de  
Homepage: www.blomeier-lichtenwimmer.de

---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer  
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12 € 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.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |  |   |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Intensivkurs Überlassungsvertrag (Geck, Mayer)<br/>4.–5.5.2007 in Bochum</li> <li>2. WEG aktuell (Hügel, Rapp)<br/>12.5.2007 in Bad Homburg</li> <li>3. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (Heuermann, Spiegelberger, Wälzholz)<br/>17.–19.5.2007 in Fischbachau</li> <li>4. Deutsch-niederländischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis (Wegerhoff, Eule, ten Wolde)<br/>18.5.2007 in Amsterdam</li> <li>5. Aktuelle Entwicklungen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht (Wachter)<br/>19.5.2007 in Bochum, 2.6.2007 in Bad Homburg</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>6. Praktikertagung: Bauträgervertragsrecht (Basty)<br/>2.6.2007 in Kiel</li> <li>7. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Waldner)<br/>15.6.2007 in Bochum, 16.6.2007 in Kiel</li> <li>8. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (Mayer)<br/>6.7.2007 in Berlin, 7.7.2007 in Düsseldorf</li> </ol> |
|--|---|

**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

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ahrens: Dingliche Nutzungsrechte. 2. Aufl., E. Schmidt, 2007. 416 S., 49,80 €</li> <li>2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO. 65. Aufl., Beck, 2007. 3 030 S., 130 €</li> <li>3. Carlé/Korn/Stahl/Strahl: Umwandlungen. Stollfuß, 2007. 296 S., 49 €</li> <li>4. Christ/Müller-Helle: Veröffentlichungspflichten nach dem neuen EHUG. Haufe, 2007. 215 S., 39,80 €</li> <li>5. Freckmann/Frings/Grziwotz: Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis. Finanz-Colloquium Heidelberg, 2006. 257 S., 71 €</li> <li>6. Grund: Sachdividenden im Aktienrecht. Lang, 2006. 290 S., 51,50 €</li> <li>7. Grziwotz: Immobilienkauf vom Bauträger. dtv, 2007. 181 S., 13 €</li> <li>8. Hartmann: Kostengesetze. 37., neu bearb. Aufl., Beck, 2007. 1 993 S., 109 €</li> <li>9. Heringer: Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen. Nomos, 2007. 199 S., 44 €</li> <li>10. Heussen: Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement. 3. Aufl., O. Schmidt, 2007. 1 400 S., 139 €</li> <li>11. Hillermeier: Kommunales Vertragsrecht. 66. Lieferung, Link, 2006. 1 867 S., 167 € + CD-ROM</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>12. Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.): Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. Gieseking, 2007. 120 S., 29 €</li> <li>13. Hopt: Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht. 3. Aufl., Beck, 2007, 1 516 S., 140 €</li> <li>14. Köhler: Das neue WEG. O. Schmidt, 2007. 320 S., 39,80 €</li> <li>15. Koller/Roth/Morck: Handelsgesetzbuch. 6. Aufl., Beck, 2007. 1 210 S., 52 €</li> <li>16. Meyke: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers. 5. Aufl., RWS, 2007. 369 S., 46 €</li> <li>17. Münch: Die Unternehmerehe. ZAP, 2007. 379 S., 38 €</li> <li>18. Nahme: Die Notarkammer Celle und die Geschichte des Notariats in ihrem Bezirk. Hinstorff Verlag, 2007. 48 S., 5,50 €</li> <li>19. von Oertzen: Asset Protection im deutschen Recht. Zerb, 2007. 90 S., 9,80 €</li> <li>20. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB. 2., überarb. Aufl., Luchterhand, 2007. 3 325 S., 98 €</li> <li>21. Tanck (Hrsg.): Formularbuch Erbrecht. Zerb, 2007. 1 131 S., 98 €</li> <li>22. Wehrheim: Die Partnerschaftsgesellschaft. 4., neu bearb. Auflage, E. Schmidt, 2007. 189 S., 38,60 €</li> <li>23. Zimmermann: Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung – Patientenverfügung. E. Schmidt, 2007. 303 S., 39,80 €</li> </ol> |
|---|---|





Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F