

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

4/2013

August

Seiten 97-128

Inhalt

Abhandlungen

Becker

*Zur Erbauseinandersetzung bei vermieteten
oder verpachteten Grundstücken*

..... 98

Lutz

Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine GmbH

..... 106

Rechtsprechung 114

Buchbesprechungen 120

Aktuelles aus dem Steuerrecht

(Mensch) 123

Die Partnergesellschaft

Blaich & Partner, Rechtsanwälte und Notar, Stuttgart

sucht zum weiteren Ausbau des Teams von
Herrn Rechtsanwalt und Notar Richard Neuschwander

Notarassessor/in.

Ein baldiger Eintritt wäre angenehm.

Wenn Sie an eigenverantwortlicher Arbeit, auch eigener
Beurkundungstätigkeit im Rahmen von Urlaubsvertretungen
und einer langfristigen Zusammenarbeit interessiert sind –
denkbar auch flexible Teilzeitleösungen – erbitten wir Ihre
Bewerbungsunterlagen direkt zu Händen des Kollegen
Neuschwander, c/o Blaich & Partner, Danneckerstraße 58,
70182 Stuttgart.

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen
Notarverein e.V. am

Samstag, den 28. September 2013, 10.00 Uhr

in die Schwabenlandhalle Fellbach (Uhlandsaal)
Tainerstraße 7 · 70734 Fellbach

**Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung
sieht folgendes vor:**

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. „Aktuelles aus Europa“
Vortrag von Dr. Oliver Vossius, Notar und
Präsident Deutscher Notarverein e.V. Berlin**
- 3. Bericht des Vorstandes**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands
und der Geschäftsführung**
- 6. Verschiedenes**

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Mücke, Neubert, Weeger

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- | | |
|--|------------|
| 1. Dr. Peter Becker, Notarassessor, Tauberbischofsheim | 98 |
| Zur Erbauseinandersetzung bei vermieteten bzw. verpachteten Grundstücken | |
| 2. Timo Lutz, Notarvertreter, Leonberg | 106 |
| Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine GmbH | |

Rechtsprechung

- | | |
|--|------------|
| 1. Betreuungsrecht | 114 |
| LG Tübingen, 10.05.2013, 5 T 99/13 | |
| Erweiterung des Aufgabenkreises eines Betreuers nach Neufassung des § 1906 BGB | |
| 2. Grundstücksrecht | 115 |
| OLG Karlsruhe, 23.10.2012, 14 Wx 7/11 | |
| Zu den Voraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum bei einem Überbau | |

Buchbesprechungen

- | | |
|--|-----|
| Fackelmann, Notarkosten nach dem neuen GNotKG (Stauch) | 120 |
| Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis (Fessler) | 121 |
| Moench, Dietmar; Hübner, Heinrich, Erbschaftsteuerrecht (Röhm) | 122 |

- | | |
|---|------------|
| Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) | 123 |
|---|------------|

Zur Erbauseinandersetzung bei vermieteten bzw. verpachteten Grundstücken

von Notarassessor Dr. Peter Becker, Mediator (CVM)*

A) Einleitung

Das Standardmittel¹ zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft ist der Auseinandersetzungsvertrag (§§ 2042 ff. BGB). Gehören zum Nachlass auch Grundstücke bedarf dieser gemäß § 311b Absatz 1 BGB grds.² der Form der notariellen Beurkundung. Sind diese Grundstücke vermietet oder verpachtet, stellen sich im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 566 BGB interessante und in der Kommentar- bzw. Aufsatzliteratur – soweit ersichtlich – bisher nicht ausreichend diskutierte Rechtsfragen.^{3,4,5} Der Beitrag versucht diesen nachzugehen und daraus Schlüsse für die notarielle Vertragsgestaltung im Bereich der Erbauseinandersetzungsverträge zu ziehen.

B) Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen des § 566 BGB

Anders als noch das römische Recht⁶, welchem in abgeschwächter Form z.B. die Rechtsordnungen der Schweiz (Art. 261 Absatz 2 OR⁷ - „Sonderkündigungslösung“) und Österreichs (§ 1120 ABGB⁸ - „Schadensersatzlösung“) gefolgt sind,⁹ stellt das BGB¹⁰ in § 566¹¹ (ggfs. i.V.m. §§ 578; 578a BGB) den – v.a. auf Otto v. Gierke zurückgehenden – Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“¹² auf. Über die §§ 593b, 581 Absatz 2¹³ BGB gilt dieser Rechtssatz auch für (Land-)Pachtverträge („Kauf bricht nicht (Land-)Pacht“).

* Der Autor ist in Tauberbischofsheim tätig.

1 Daneben ist an die sog. „Abschichtung“, die Erbteilsübertragung und – sofern die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen ist – auch an die Erbschaftsausschlagung zu denken. Letztere ermöglicht wie Erbschaftsverträge oder der Erbverzicht (gegen Abfindung) eine „vorweggenommene Auseinandersetzung“ herbeizuführen. Zum Ganzen: Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2042 BGB, Rn. 7 m.w.N.

2 Im Hinblick auf die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft am Grundbesitz folgt dies unmittelbar aus dem Gesetz (§ 311b Absatz 1 BGB), im Hinblick auf die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft am sonstigen Nachlass folgt dies aus einem möglichen Beurkundungszusammenhang.

3 So finden sich zur Anwendbarkeit des § 566 BGB bei der Erbauseinandersetzung z.B. keinerlei Ausführungen bei:

- Herrmann in: BeckOK, Stand: 01.08.2012, Edition: 24; § 566 BGB, Rn. 6-9;
- Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Auflage, 2008, § 566 BGB, Rn. 29 ff.;
- Gramlich, Mietrecht, 11. Auflage, 2010, § 566 BGB, Nr. 3;
- Teichmann in: Jauernig, BGB, 14. Auflage, 2011, Rn. 1 ff.;
- Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 70, 73 ff.;
- Häublein in: MüKo, Bd. 3, § 566 BGB, 6. Auflage, 2012, Rn. 22;
- Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB, Rn. 22 oder
- Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 1 ff.

4 Die nachstehenden Ausführungen sind m.E. übertragbar auf die Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft an vermieteten oder verpachteten Grundstücken des Gesamtgutes gemäß den §§ 1497 ff. BGB.

5 Vergleichbare Probleme, jedoch im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 613a BGB, können sich ergeben, wenn die Erbengemeinschaft an einem einzelkaufmännischen Unternehmen des Erblassers besteht. Dann können sich im Rahmen der Erbauseinandersetzung Fragen bzgl. der Anwendbarkeit des § 613a BGB („Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, ...“) stellen. Auch diese sind in der arbeitsrechtlichen Literatur – soweit ersichtlich – aber nicht bedacht. Vgl. z.B. Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage, 2012, § 613a BGB, Rn. 42 ff. Zu vergleichbaren Fragestellungen im Versicherungsrecht s. die §§ 95, 102 Absatz 2 VVG n.F.

6 Dieses betrachtete den Mieter bzw. Pächter – im Vergleich mit anderen Formen der Gebrauchsüberlassung – nicht als besonders schützenswert. Im Falle der Veräußerung wurde der Mieter bzw. Pächter daher auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den bisherigen Vermieter-/Verpächter-Veräußerer verwiesen. Gegenüber dem Erwerber konnte der Mieter bzw. Pächter hingegen keine Rechte geltend machen, da eine Vertragssukzession gerade nicht vorgesehen war. Man könnte von einer „Schadensersatzlösung“ sprechen. Dazu: Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 310.

7 Die historischen Hintergründe werden auch bei Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB, Rn. 1 ff. und Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 5 ff. beleuchtet.

8 Dieser lautet:
.... Der **neue** [Hervorhebung durch den Autor] Eigentümer kann jedoch:
a) bei Wohn- und Gemeinschaftsräumen das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerter geltend macht;
b) bei einer anderen Sache das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn der Vertrag keine frühere Auflösung ermöglicht.
Kündigt der neue Eigentümer früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter gestattet hätte, so haftet dieser dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden. ...“

9 Dieser lautet (in der Fassung des Kundmachungsdatums):
„Hat der Eigentümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben; so muss der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§ 1095) nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern.“

10 Dort galt bzw. gilt (freilich in abgeschwächter Form) der Grundsatz „Kauf bricht Miete“.

11 § 566 BGB n.F. (§ 571 a.F.) ist dabei erst durch die zweite Kommission in das BGB gelangt. Der erste Entwurf folgte noch dem Grundsatz „Kauf bricht Miete“ durch Gewährung eines Sonderkündigungsrechts. Dazu: Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 311 und Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 6 m.w.N.

12 Der Mieterschutz bei beweglichen Sachen verirklicht sich über § 986 (Absatz 2) BGB. Dazu: Stadler in: Soergel, Bd. 15/1, 13. Auflage, 2006, § 986 BGB, Rn. 5 ff. m.w.N.

13 Das dieser Grundsatz, der auch zur amtlichen Überschrift des § 566 BGB geworden ist, freilich aus mehreren Gründen mißverständlich formuliert ist, soll an dieser Stelle nur in Erinnerung gerufen werden. Dazu: Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 7 ff. m.w.N.

14 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 581 BGB, Rn. 23 m.w.N.

I) Tatbestand

In ihrem Tatbestand setzt die Norm des § 566 BGB stets eine Veräußerung an einen „Dritten“ und die Identität von Vermieter bzw. Verpächter und veräußerndem Eigentümer voraus. Eine Veräußerung an einen Dritten liegt dabei nur vor, wenn der Dritte nicht bereits vor seinem Erwerb Vermieter oder Verpächter war.¹⁴ Daher stellt insbesondere die Veräußerung durch die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft an einen der Miteigentümer keinen (direkten) Anwendungsfall des § 566 BGB dar, wenn und weil der Miteigentümer bereits vorher Vermieter oder Verpächter war.¹⁵ In Anlehnung an die Diktion im Rahmen des § 2366 BGB könnte man insoweit vom Erfordernis eines „Verkehrsgeschäfts“ sprechen.¹⁶ Das Erfordernis der Identität von veräußernden Eigentümer und Vermieter bzw. Verpächter ergibt sich dagegen nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 566 BGB, wird aber als (ungeschriebene) Tatbestandsvoraussetzung u.a. mit den Rechtsfolgen des § 566 Absatz 2 Satz 1 BGB begründet.¹⁷ Daher fällt auch die Veräußerung durch den Nichteigentümer-Vermieter/-Verpächter an einen (böses-/gutgläubigen) Dritten grds. nicht unter § 566 BGB.¹⁸

Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 566 BGB (z.B. bestehendes oder abzuwickelndes Mietverhältnis, Überlassung an den Mieter) spielen für die nachstehenden Ausführungen dagegen nur eine untergeordnete Rolle und sollen daher hier nicht weiter dargestellt werden. Insoweit wird auf die bereits vorhandenen Ausführungen in der Kommentar- bzw. Aufsatzliteratur verwiesen.¹⁹

II) Rechtsfolgen

Aus den Rechtsfolgen des § 566 BGB lässt sich dessen Hauptzielsetzung²⁰, nämlich der Schutz des Mieters bzw. Pächters durch Gewährung von (vertraglichen) Bestandsschutz, ablesen²¹. Dabei ist zwischen den Rechtsfolgen für den Erwerber und den Veräußerer zu unterscheiden.

Der Erwerber²² tritt mit Vollzug des Eigentumswechsels im Grundbuch kraft Gesetzes (§ 566 Absatz 1 BGB) in das bisherige Mietverhältnis ein (sog. „Vertragssukzession“)²³. Er erhält damit die gleiche²⁴ Rechtsstellung, wie sie der Veräußerer hatte; auf die Kenntnis des Erwerbers vom Inhalt des Miet- bzw. Pachtverhältnisses (z.B. hinsichtlich mündlicher Nebenabreden) kommt es grds. nicht an.²⁵ Der Veräußerer bleibt jedoch Gläubiger bzw. Schuldner von Ansprüchen, die während der Dauer seines Eigentums für oder gegen ihn bereits entstanden und fällig geworden sind.²⁶ Für nach dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Forderungen ist dagegen gemäß § 566 Absatz 1 BGB („... die sich während der Dauer seines Eigentums ... ergebenden Rechte und Pflichten ...“) grds. der Erwerber Gläubiger bzw. Schuldner. Der Mieter- bzw. Pächterschutz wird hier durch § 566 Absatz 2 Satz 1 BGB verwirklicht, da der Veräußerer für die Nichterfüllung dieser vertraglichen²⁷ Pflichten durch den Erwerber wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§§ 771, 773 Absatz 1 Nr. 1 BGB) haftet, wenn und solange nicht eine Befreiung von der Haftung gemäß § 566 Absatz 2 Satz 2 BGB durch Mitteilung des Vermieters bzw. Verpächters eingetreten ist oder diese (mit dem Mieter bzw. Pächter) vereinbart wird bzw. wurde.²⁸

C) Anwendbarkeit des § 566 BGB (direkt/analog) auf den Erbauseinandersetzungsvertrag

Bevor nun im Weiteren die Anwendung dieser Grundsätze auf den Erbauseinandersetzungsvertrag und im Exkurswege auf die Erbteilsübertragung und die sog. „Abschichtung“ untersucht wird, sollen nachstehend die Sachverhaltsgestaltungen²⁹ dargestellt werden, die i.d.R. Anlass zu Überlegungen zur Anwendbarkeit des § 566 BGB geben müssen.

14 Aus der Rspr in letzter Zeit: z.B. BGH NJW-RR 2012, S. 237 ff. (238) m.w.N. Aus der Literatur: Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 22; Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 70, 73 ff.; Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 7 m.w.N.
 15 Häublein in: MüKo, Bd. 3, § 566 BGB, Rn. 22, 6. Auflage, 2012; Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 9; Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 566 BGB, Rn. 73 ff., 10. Auflage, 2011 m.w.N.
A.A.: noch BayObLG NJW 1982, S. 451 ff.
 Für die notarielle Praxis kann dies z.B. auch im Rahmen von Trennungs-/Scheidungsfolgenvereinbarungen bedeutsam werden, wenn etwa die Ehegatten Miteigentümer zu je ½ eines vermieteten Grundstückes sind und dieses im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung auf einen der Ehegatten übertragen wird.
 16 Hierzu: z.B. Zimmermann in: Soergel, Bd. 23, 13. Auflage, 2002, § 2366 BGB, Rn. 8 m.w.N. Danach gilt § 2366 BGB nicht für die Erbauseinandersetzung.
 17 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 8 m.w.N.
 18 A.a.O.
 19 U.a. Börstinghaus, NZM 2004, S. 481 ff.; Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 14 ff.; Falkner, MittBayNot 5/2012, S. 421 ff. m.w.N.
 20 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 1; Slomian in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshdb. Mietrecht, 3. Auflage, 2010, § 14, Rn. 17 ff.; Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB, Rn. 3; Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 1 ff.
 21 Man könnte von „Kontinuitäts- oder Perpetuierungsfunktion“ sprechen.

22 Bei mehreren Erwerbern geht das Miet- bzw. Pachtverhältnis einheitlich auf diese über. Eine Aufspaltung des Miet- bzw. Pachtverhältnisses findet nicht statt.
 23 Die Garantiehaftung des § 536a BGB entsteht dabei nicht wieder neu. S. hierzu: Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 17 m.w.N.
 Zu abweichenden Interpretationen des § 566 BGB: Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB, Rn. 4 ff. m.w.N.
 24 Dies ist v.a. im Interesse des Erwerbers, nicht des Mieters bzw. Pächters vorgesehen. Der Erwerber soll neben den Pflichten des bisherigen Vermieters bzw. Verpächters, auch dessen Rechte (u.a. den Mietzins) haben. Andernfalls wäre auch ein gesetzlich angeordneter Schuldübergang ausreichend gewesen. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1929, S. 312 formuliert das wie folgt: „Wer den bösen Tropfen hat, soll auch den guten haben“.
 25 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 17 ff. (19).
 26 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 18.
 27 Die Norm gilt nicht für Ansprüche des Mieters aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) des Erwerbers. S. hierzu: Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 35.
 28 Zur Abdingbarkeit des § 566 BGB: z.B. Börstinghaus, NZM 2004, S. 481 ff. (483); Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 37 a.E.
 29 Die nachstehenden Sachverhaltsgestaltungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie sollten aber die häufigsten Fallgestaltungen abdecken.

Grundfall:

Der Erblasser hatte den Grundbesitz bereits **vor** dem Erbfall vermietet oder verpachtet und an den Mieter bzw. Pächter überlassen. Der Erblasser wird von mehreren Personen beerbt. Diese setzen die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft (auch) hinsichtlich des vermieteten oder verpachteten Grundbesitzes auseinander.³⁰

Abwandlung(en):³¹

Der Erblasser hatte den Grundbesitz nicht bereits vor dem Erbfall vermietet oder verpachtet und überlassen. **Nach** dem Erbfall, jedoch vor Abschluss des Erbauseinandersetzungsvertrages

a) vermieten bzw. verpachten die Miterben **gemeinschaftlich** den Grundbesitz und überlassen ihn an den Mieter bzw. Pächter,

b) vermietet bzw. verpachtet die **Mehrheit** der Miterben – nach ordnungsgemäßer Beschlussfassung – den Grundbesitz und überlässt ihn an den Mieter bzw. Pächter,

c) vermietet bzw. verpachtet **ein** Miterbe ohne Zustimmung der anderen den Grundbesitz und überlässt ihn an den Mieter bzw. Pächter.

Die Erben beabsichtigen in den Fällen a) bis c) die Erbengemeinschaft (auch) an diesem Grundbesitz auseinanderzusetzen.

d) Im Grundfall erwirbt neben einem Miterben bzw. einer Miterbin auch dessen Ehefrau bzw. deren Ehemann oder LebenspartnerIn einen Miteigentumsanteil von 1/2 am fraglichen Grundbesitz.

e) Im Grundfall ist Testamentsvollstreckung in Form der Abwicklungsvollstreckung gemäß § 2204 BGB angeordnet. Der Testamentsvollstrecker nimmt die Erbauseinandersetzung gemäß den gesetzlichen Vorgaben vor.

f) Im Grundfall „wandeln“ die Miterben die am Grundbesitz bestehende Erbengemeinschaft in eine

aa) Bruchteilsgemeinschaft,

bb) (Außen-)GbR „um“.

Weitere Auseinandersetzungsmaßnahmen werden nicht getroffen.

30 Für die Lösung ist hierbei unerheblich, ob der Erblasser Vorgaben für die Auseinandersetzung, etwa durch Teilungsanordnungen oder Vorausvermächtnisse, gegeben hat oder die Auseinandersetzung dem gesetzlichen oder einen vertraglichen Teilungsplan folgt.

31 In den Abwandlungen wird unterstellt, dass die Miterben nicht speziell zur Vermietung bzw. Verpachtung eine GbR gegründet haben. Dazu: Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 535 BGB, Rn. 59.

I) Direkte Anwendbarkeit des § 566 BGB

Im **Grundfall** ist zunächst festzustellen, dass das Miet- bzw. Pachtverhältnis im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) gemäß den §§ 1922, 2032 ff. BGB³² auf die Miterben³³ übergegangen ist. Vermieter bzw. Verpächter und zugleich Eigentümer ist also nicht die Erbengemeinschaft als solche,³⁴ sondern sind die einzelnen Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gemäß den §§ 2032 ff. BGB.³⁵ In der Literatur immer wieder geäußerten Stimmen, die eine Anerkennung der Voll³⁶- bzw. zumindest Teilrechtsfähigkeit³⁷ der Erbengemeinschaft bzw. besonderer Erscheinungsformen³⁸ dieser fordern, ist der BGH auch in seiner Rechtsprechung nach Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR³⁹ bisher stets entgegen getreten.⁴⁰ Dies insbesondere deshalb, weil die Erbengemeinschaft vom Gesetzgeber auf Auseinandersetzung angelegt ist (vgl. § 2042 Absatz 1 BGB) und sie über keine gesetzlichen Organe verfügt, durch die sie im Rechtsverkehr handeln könnte.⁴¹ Diese Gerichtspraxis muss auch der Vertragsgestalter derzeit noch seinen Überlegungen zugrunde legen. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 566 BGB auf die Erbauseinandersetzungvereinbarung hat diese Rechtsprechung zur Folge, dass die Norm des § 566 BGB im Grundfall der Erbauseinandersetzung wegen der (teilweisen) Personenidentität von veräußernden Eigentümer=Verpächter/Vermieter und Erwerber nicht direkt anwendbar ist. Der Erwerber ist in diesem Fall nicht „Dritter“ i.S.d. Norm, da er bereits bis zum (Allein-) Erwerb (auch) Vermieter bzw. Verpächter=Eigentümer war.⁴² Die Erbengemeinschaft muss hier entsprechend der ebenfalls nicht rechtsfähigen Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB), auf deren Rechtsnormen das Recht der Erbengemeinschaft in Teilbereichen (z.B. § 2038 Absatz 2 Satz 1 BGB) auch verweist, betrachtet und behandelt werden.⁴³

Die Lösung der Abwandlung a) entspricht derjenigen des Grundfalls, da jedenfalls bei gemeinschaftlichen Handeln⁴⁴

32 § 566 BGB gilt hier mangels „Veräußerung“ nicht, weder direkt, noch analog. Wegen des Prinzips der Universalsukzession besteht für eine Anwendung auch kein Anlass. Vgl. hierzu die nachstehenden Überlegungen zur Erbteilsübertragung und zur Abschtigung.

33 Dabei wird das Mietverhältnis nicht aufgespalten, sondern geht insgesamt auf die Miterben über.

34 Dies ist bei der (Außen-)GbR anders. Daher fällt die Auseinandersetzungvereinbarung zwischen den Mitgliedern einer (Außen-)GbR in den Anwendungsbereich des § 566 BGB. Hierzu etwa: Weitemeyer, ZMR 2004, S. 153 ff. und aktuell BGH NJW-RR 2012, S. 237 ff. (238).

35 Z.B. Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, Vorb. Zu § 535 BGB, Rn. 260 ff.; Achenbach in: Hannemann/Wiegner, Münchener AnwaltsHdb. Mietrecht, 3. Auflage, 2010, § 11, Rn. 59 ff. m.w.N.

36 Z.B. Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2032 BGB, Rn. 1 m.w.N.; Flume, Personengesellschaft, Bd. I, 1977, S. 59, Fn. 48.

37 Z.B. Grunewald, AcP 197 [1997], S. 305 ff. (306 f.).

38 Z.B. Schmidt, NJW 1985, S. 2785 ff. (2788 f.).

39 BGH NJW 2001, S. 1056 ff. = DNotZ 2001, S. 234 ff. = MittBayNot 2001, S. 192 ff.

40 Z.B. BGH NJW 2002, S. 3389 ff. (3390 f.).

41 Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, Vorb. Zu § 535 BGB, Rn. 260 ff. m.w.N.

42 M.a.W.: Es fehlt an einem „Verkehrsgeschäft“, wie es die Norm des § 566 BGB („... an einen Dritten...“) voraussetzt.

43 S. hierzu bereits oben.

44 Für alle Verwaltungsmaßnahmen einer Erbengemeinschaft ist zwischen Handlungen zu unterscheiden, die nur gemeinschaftlich, auch durch die Mehrheit der Miterben oder von jedem der Miterben getroffen werden können. Diese Unterscheidung liegt auch den Fallbeispielen zugrunde. Vgl. hierzu: Gergen in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2038 BGB, Rn. 9 ff. m.w.N.

aller Miterben – ob gemäß § 2038 Absatz 1 Satz 1 BGB oder § 2040 Absatz 1 BGB⁴⁵ – ein wirksamer Miet- bzw. Pachtvertrag mit den einzelnen Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit (s.o.) entsteht. Setzen die Erben sodann nach Überlassung des Grundbesitzes an den Pächter bzw. Mieter die Erbengemeinschaft auch insoweit auseinander, greift auch hier wegen der vorhergehenden Vermieter- bzw. Verpächter=Eigentümerstellung des erwerbenden Miterben § 566 BGB direkt nicht ein (s.o.).

In der **Abwandlung b)** verkompliziert sich die Rechtsanwendung dadurch, dass die Miterben den Miet- bzw. Pachtvertrag nicht gemeinschaftlich, sondern nur mehrheitlich be- und abgeschlossen haben. Dies erfordert hier eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 2040 Absatz 1 BGB (direkt bzw. analog) zu § 2038 BGB.⁴⁶ § 2040 Absatz 1 BGB liegt dabei der allgemeine Verfügungsbegriff des BGB zugrunde, der jedes Rechtsgeschäft erfasst, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, inhaltlich geändert oder aufgehoben wird.⁴⁷ Das Verpflichtungsgeschäft⁴⁸ Miet- bzw. Pachtvertrag erfüllt diese Voraussetzungen jedoch nicht. Raum für eine analoge Anwendung des § 2040 Absatz 1 BGB auf den Abschluss eines Miet- bzw. Pachtvertrages besteht bei richtigem Verständnis des § 2038 BGB nicht, da dieser als Grundnorm sowohl Verwaltungsmaßnahmen im Innen- wie Außenverhältnis und insbesondere auch Verpflichtungsgeschäfte erfasst.⁴⁹ Es fehlt daher an der für eine Analogie erforderlichen (planwidrigen) Gesetzeslücke (s.u.).

§ 2038 BGB stellt den Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses auf, durchbricht diesen aber selbst zugunsten der Möglichkeit einer Mehrheitsverwaltung in Fällen „ordnungsgemäßer Verwaltung“ (§§ 2038 Absatz 2, 745 Absatz 1 BGB) und eines Notverwaltungsrechts eines jeden Miterben bei zur Erhaltung des Nachlasses „notwendigen Maßregeln“ (§ 2038 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB).⁵⁰ Dieses Notverwaltungsrecht berechtigt den einzelnen Miterben nicht nur im Innenverhältnis gegenüber den anderen Mitgliedern der Erbengemeinschaft, sondern verleiht ihm nach h.L. auch gesetzliche Vertretungsmacht Dritten gegenüber.⁵¹ Die Vermietung bzw. Verpachtung eines Nachlassgegen-

standes zählt grds.⁵² nicht zu den durch ein Notverwaltungsrecht gedeckten Verwaltungsmaßnahmen.⁵³ Dagegen stellt die Vermietung bzw. Verpachtung eines Nachlassgegenstandes regelmäßig⁵⁴ eine durch die Beschaffenheit des jeweils betroffenen Gegenstandes und das Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen gerechtfertigte Maßnahme, mithin einen Fall der ordnungsgemäßen Verwaltung dar.⁵⁵ Der mit Stimmenmehrheit im Innenverhältnis gefasste Beschluss⁵⁶ gibt der Mehrheit der Erben auch im Außenverhältnis das Recht zur Vertretung der übrigen Miterben.⁵⁷ Deshalb ist auch in der **Abwandlung b)** ein wirksamer Miet- bzw. Pachtvertrag mit den einzelnen Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit zustande gekommen. Für die Erbaueinandersetzung gilt § 566 BGB direkt jedoch auch in dieser Konstellation nicht, da der erwerbende Miterbe bereits vor seinem (Allein-)Erwerb Vermieter bzw. Verpächter war (s.o.).

In der **Abwandlung c)** ist das Handeln des Miterben weder von einem gesetzlichen Notverwaltungs-/Notvertretungsrecht gemäß § 2038 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB gedeckt (s.o.), noch von einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht der anderen Miterben. Für das Vorliegen eines Rechtsscheinstatbestandes (z.B. Anscheinsvollmacht) gibt der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Vorbehaltlich einer nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) aller⁵⁸ Miterben gemäß § 184 BGB ist kein wirksamer Miet- bzw. Pachtvertrag mit dem Dritten zustande gekommen.⁵⁹ § 566 BGB ist aber auf einen nichtigen bzw. unwirksamen Miet- bzw. Pachtvertrag nicht anwendbar (s.o.).⁶⁰

In der **Abwandlung d)** ist hinsichtlich der Anwendung des § 566 BGB zu differenzieren. Für die Erbaueinandersetzungvereinbarung verbleibt es bei dem oben Gesagten. Im Hinblick auf den Miteigentumsanteilerwerb des Ehegatten bzw. Lebenspartners – sei es durch unbenannte Zuwendung oder Schenkung durch den Ehegatten-Miterben nach dessen Erwerb zu Alleineigentum (indirekter Erwerb) bzw. den direkten Erwerb des Ehegatten bzw. Lebenspartners von der Erbengemeinschaft (z.B. durch Kaufvertrag oder (gemischte) Schenkung)⁶¹ – kommt § 566 BGB dagegen direkt bzw.

45 Ob der Abschluss eines Mietvertrages eine „Verfügung“ i.S.d. § 2040 Absatz 1 BGB darstellt ist umstritten. Vgl. Heldrich in: MüKo, BGB, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2040 BGB, Rn. 4 ff. (8) m.w.N. Er stellt in jedem Fall eine Verwaltungsmaßnahme gemäß § 2038 Absatz 1 BGB dar. Diese erfasst neben Handlungen im Innenverhältnis, auch Maßnahmen mit Wirkung im Außenverhältnis. S. dazu: Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2040 BGB, Rn. 2 ff.; Gergen in: MüKo, BGB, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2038 BGB, Rn. 16; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 6 f., 40 m.w.N.

46 Hierzu mit Übersicht zum Meinungsstand: Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 7, 40.

47 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2040 BGB, Rn. 2 m.w.N.

48 Warum trotz § 566 BGB die Einordnung der Miete bzw. Pacht als dingliches Recht falsch wäre, schildert Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 1 ff. überzeugend.

49 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 4 f.; § 2040 BGB, Rn. 2 ff.; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 6 f., 40 m.w.N.

50 Verwaltungsvereinbarungen der Miterben, der Ausschluss einzelner Miterben von der Verwaltungsbefugnis und ähnliche Sonderfragen des Rechts der Erbengemeinschaft spielen an dieser Stelle keine Rolle. S. hierzu: Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 7 ff. m.w.N.

51 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 12 ff.; Gergen in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2038 BGB, Rn. 61 ff.; (teilweise abweichender Meinung) Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, Rn. 25, 40 m.w.N.

52 Dies kann freilich im Einzelfall auch einmal anders zu beurteilen sein.

53 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 15.

54 Auch dies kann freilich im Einzelfall einmal anders zu beurteilen sein.

55 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 9; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, Vorb. Zu § 535 BGB, Rn. 260 ff.; Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 535 BGB, Rn. 60; Gergen in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2038 BGB, Rn. 32; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 33, 41 m.w.N. auch zur Rspr.

56 Fehlt ein solcher Beschluss, ist der gleichwohl erfolgende Abschluss des Miet- bzw. Pachtvertrages nach den §§ 177 ff. BGB zu beurteilen. Vgl. Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, Vorb. Zu § 535 BGB, Rn. 260 ff. m.w.N.

57 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 11; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, Vorb. Zu § 535 BGB, Rn. 260 ff.; Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 535 BGB, Rn. 60; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 40 m.w.N.

58 Die Genehmigung nur der Mehrheit der Miterben reicht hier mangels eines im Innenverhältnis gefassten Beschlusses nicht aus. Dazu z.B. Wolf in: Soergel, BGB, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 11 m.w.N.

59 Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2038 BGB, Rn. 12; Gergen in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2038 BGB, Rn. 8; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2038 BGB, Rn. 20. Dort auch zur Eigenhaftung des unberechtigt Handelnden z.B. aus § 179 BGB.

60 Heintzmann in: Soergel, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566 BGB, Rn. 14 m.w.N.

61 Grunderwerbsteuerrechtlich sind diese Vorgänge gleich zu behandeln, vgl. § 3 Nr. 3 (Satz 3) GrEStG.

analog zur Anwendung, da dieser vor seinem Erwerb nicht bereits Vermieter bzw. Verpächter war.

In der **Abwandlung e**) ist für die Rechtsanwendung maßgeblich, dass die Testamentsvollstreckung an der Vermieter- bzw. Verpächter- und Eigentümerstellung der Miterben („Rechtsträgerschaft“) nichts ändert. Als Partei kraft Amtes⁶² ist zwar der Testamentsvollstrecker ab dem Erbfall verwaltungs- und verfügungsbefugt (§§ 2205 ff. BGB) und nicht (auch) die Erben (§ 2211 BGB)⁶³, gleichwohl sind jedoch diese und nicht der Testamentsvollstrecker Inhaber des Nachlasses. Auch bei der durch einen Testamentsvollstrecker gemäß § 2204 BGB bewirkten Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft liegt damit keine Veräußerung an einen „Dritten“ vor.⁶⁴

In der **Abwandlung f**) ist zwischen den einzelnen „Umwandlungsfällen“ zu unterscheiden. Im Falle der „Umwandlung“ der Erbengemeinschaft in eine Bruchteilsgemeinschaft, ob entsprechend oder abweichend von den Erbquoten, gilt § 566 BGB direkt ebenfalls nicht. Die Veränderung der dinglichen Zuordnungsform (Gesamthandseigentum – Bruchteilseigentum), stellt in Ermangelung der Rechtsfähigkeit der Bruchteilsgemeinschaft keine Veräußerung an einen „Dritten“ dar. Vielmehr bleiben die Miterben, nunmehr als Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft, Vermieter bzw. Verpächter des Grundstückes. Anders ist dies im Falle der „Umwandlung“ in eine (Außen-)GbR zu beurteilen. Seit Anerkennung deren (Teil-)Rechtsfähigkeit⁶⁵, ist diese und nicht mehr die einzelnen Miterben-Gesellschafter Erwerber und damit „Dritter“ i.S.d. § 566 BGB.

II) Analoge Anwendbarkeit des § 566 BGB

1) Allgemeine Analogievoraussetzungen

Die juristische Methodenlehre stellt für die analoge Anwendung einer Rechtsnorm zwei Voraussetzungen auf. Erstens muss eine sog. „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzestextes vorliegen.⁶⁶ Eine solche Gesetzeslücke liegt jedoch nicht bereits dann vor, wenn der Gesetzestext nur rein tatsächlich eine Lücke aufweist, sondern vielmehr erst dann, wenn der Gesetzgeber das in Frage stehende Problem nicht

gesehen oder dessen Lösung bewusst der Rechtsprechung (vgl. § 132 Absatz 4 GVG) und Lehre überlassen hat.⁶⁷ Dagegen ist den Fällen eines sog. „beredeten Schweigens“, wenn also der Gesetzgeber einen Fall absichtlich ungeregelt gelassen hat, eine Analogie ausgeschlossen.⁶⁸ Zweitens müssen geregelter und ungeregelter Lebenssachverhalt vergleichbar sein, also eine ähnliche Interessenlage aufweisen.⁶⁹ Nur dann erlaubt der telos der Norm eine Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs über den eigentlichen Wortlaut hinaus.

Diese Grundsätze gelten auch für gesetzliche Sonderregeln, wie hier § 566 BGB. Der Rechtssatz „singularia non sunt extenda“, d.h. Sonderregeln sind eng auszulegen und nicht analogiefähig,⁷⁰ wird von der heute herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des BGH im Umkehrschluss zu den Analogieverboten der Art. 103 II GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK oder Art. 15 IPbürgR, grds. nicht mehr vertreten.⁷¹

2) Rechtsprechungsübersicht zu § 566 BGB

In der Rspr zur analogen Anwendung des § 566 BGB hat der BGH diesen allgemeinen Grundsätzen eine spezielle Prägung gegeben. So verneint der BGH mangels (planwidriger) Regelungslücke eine analoge Anwendung des § 566 BGB etwa auf andere Formen der Gebrauchsüberlassung als Miete oder Pacht, insbesondere die Leihe (§§ 598 ff. BGB)⁷², während er bei den anderen Tatbestandsmerkmalen, z.B. dem Merkmal der „Veräußerung“, eine analoge Anwendung der Norm für möglich hält.⁷³ Dies hat u.a. zur analogen Anwendung des § 566 BGB auf die Aufgabe und Aneignung eines Grundstücks gemäß § 928 BGB⁷⁴ und den gesetzlichen Eigentumsübergang gemäß § 2 BImAG geführt.⁷⁵ Zur Begründung dieser Differenzierung wird v.a. darauf verwiesen, dass es dem Gesetzgeber bei Schaffung der Norm unmöglich gewesen sei alle denkbaren Formen und Arten des Eigentumsübergangs an Grundstücken zu überblicken.⁷⁶ Der Mieter- bzw. Pächterschutz könne aber unabhängig von der Art des Eigentumswechsels eine analoge Anwendung der Norm erforderlich machen.⁷⁷

62 So die heute h.L. (sog. „Amtstheorie“). Einen Überblick zum Meinungsstand gibt: Damrau in: Soergel, Bd. 22, 13. Auflage, 2003, Vor § 2197 BGB, Rn. 1 ff. m.w.N.

63 § 2211 BGB gilt nicht analog für Verpflichtungsgeschäfte des bzw. der Erben. Vgl. Damrau in: Soergel, Bd. 22, 13. Auflage, 2003, § 2211 BGB, Rn. 1; Zimmermann in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2211 BGB, Rn. 4 m.w.N.

64 Nicht anders ist das Ergebnis in Fällen der Verwaltungsvollstreckung gemäß § 2209 BGB, wenn der Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses ein zum Nachlass gehörendes Grundstück vermietet bzw. verpachtet und überlassen hat und nach dem Ende der Verwaltungsvollstreckung die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt wird. Auch hier ist der erwerbende Miterbe nicht „Dritter“ i.S.d. § 566 BGB.

65 BGH NJW 2001, S. 1056 ff. = DNotZ 2001, S. 234 ff. = MittBayNot 2001, S. 192 ff.

66 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 370 ff., 381 ff. (v.a. 373 f.); Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 17 ff., 31 ff. (zusammenfassend S. 198).

67 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 370 ff., 381 ff. (v.a. 373 f.); Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 40 ff.

68 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 370 ff., 381 ff. (z.B. 370 mittig); Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 40 ff. (zusammenfassend S. 198, 200).

69 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 381 ff.

70 Dazu etwa: Säcker in: MüKo, Bd. 1, Einl., Rn. 112 ff. m.w.N. auch zur Rspr des RG und des BGH.

71 Dazu: Säcker in: MüKo, Bd. 1, Einl., Rn. 112 ff. (114), der anführt, dass der BGH nunmehr davon ausgeht, dass Ausnahmenvorschriften nur „regelmäßig“ eng auszulegen und nicht analogiefähig sind. Auch eine extensive Interpretation und eine Analogie sei aber – abhängig vom jeweiligen Normzweck – denkbar.

72 Dies entspricht auch der historischen Auffassung des Gesetzgebers, der den Entleiher aufgrund der Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung als nicht schutzwürdig ansah. Dazu: Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1929, S. 311 a.E.

73 Hierzu gibt Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 35 ff. eine gute Übersicht mit detaillierten Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH in diesem Bereich. Vgl. auch Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 9 ff. m.w.N.

74 Dazu bereits Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1929, S. 311, Nr. 10 c).

75 A.a.O.

76 Vgl. Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 39 ff. m.w.N.

77 A.a.O.

3) Meinungsbild zur analogen Anwendbarkeit des § 566 BGB auf die Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft gemäß §§ 741 ff., 1008 ff. BGB

Mangels Stellungnahmen in der Literatur und Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 566 BGB auf die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (s.o.), kann im Folgenden nur das Meinungsbild zur Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft aufgezeigt werden:

So lehnt etwa Häublein eine Analogie zu § 566 BGB unter Verweis auf den telos der Norm ab.⁷⁸ Eine Anwendung des § 566 BGB in Fällen der Auseinandersetzung führe seiner Meinung nach, entgegen dem Schutzzweck der Norm, zu einer Schlechterstellung des Mieters bzw. Pächters, da er die übrigen Miteigentümer als Schuldner verliere.⁷⁹ Dem widerspricht z.B. Strey.⁸⁰ Dieser verweist darauf, dass der Mieter bzw. Pächter durch § 566 Absatz 2 BGB hinreichend geschützt sei.⁸¹ Ferner sei die Gegenmeinung spätestens bei einer Weiterveräußerung des Grundbesitzes durch den Erwerber zu einer analogen Anwendung des § 566 BGB gezwungen, da die Nichtanwendung des § 566 BGB auf die Auseinandersetzungsvereinbarung zum Auseinanderfallen von Eigentum und Vermieter- bzw. Verpächterstellung führe.⁸² Dieser Auffassung schließt sich insbesondere Börstinghaus⁸³ – jedoch ohne Begründung – an. Vermittelnde Ansichten, etwa nach der jeweiligen Art und Weise der Auseinandersetzung, sind – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

4) Stellungnahme zur analogen Anwendung auf die Erbauseinandersetzungsvereinbarung

Lässt man das Problem der (unbewussten) Regelungslücke zunächst außer Acht und fragt daher nach der Vergleichbarkeit von geregelter und ungeregelter Lebenssachverhalt ist m.E. für die Beantwortung der Frage nach der analogen Anwendbarkeit des § 566 BGB in Fällen der Erbauseinandersetzungsvereinbarung eine Rechtsfolgenbetrachtung entscheidend. Nur aufgrund dieser lässt sich nämlich die Schutzbedürftigkeit des Mieters- bzw. Pächters, die (auch historischer) Ausgangspunkt für die Schaffung des § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) war (s.o.), beurteilen.

Unterstellt man sodann in einem ersten Schritt die Nichtanwendbarkeit des § 566 BGB analog, lässt nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre⁸⁴ die Veräußerung des Grundbesitzes die Rechtsstellung der Vertragsparteien und den Bestand des Miet- bzw. Pachtvertrages grds. un-

berührt.⁸⁵ Der Erwerber ist allein aufgrund des Erwerbsaktes – ohne zusätzliche rechtsgeschäftlich vereinbarte Vertragsübernahme – nicht an den Inhalt des Miet- bzw. Pachtverhältnisses gebunden.⁸⁶ Er könnte grds. gemäß § 985 BGB Herausgabe verlangen. Da er (hier) jedoch bereits vor seinem (Allein-)Erwerb (auch) Vermieter- bzw. Verpächter war, bleibt er dies natürlich auch nach der Veräußerung. Die Kontinuität des Miet- bzw. Pachtverhältnisses, welche § 566 BGB anstrebt, wird in diesen Fällen schon nach den allgemeinen Grundsätzen gewährleistet. Der Mieter- bzw. Pächter steht exakt so, wie er dies auch ohne Veräußerung täte, weder schlechter, noch besser. Genau das entspricht aber dem eingangs dargestellten Schutzzweck des § 566 BGB.

Geht man dagegen in einem zweiten Schritt von der analogen Anwendbarkeit des § 566 BGB auf die Veräußerung an einen Nicht-Dritten (wie z.B. bei den verschiedenen Erscheinungsformen der Erbauseinandersetzung) aus, so treten die oben beschriebenen Rechtsfolgen der Norm ein. Die bisherigen Vermieter- bzw. Verpächter scheiden – vorbehaltlich der (Nach-)Haftung gemäß § 566 Absatz 2 BGB – aus dem Miet- bzw. Pachtverhältnis (ohne Zustimmung des Mieters bzw. Pächters) aus. Der Erwerber wird alleiniger Vermieter- bzw. Verpächter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Für den Mieter- bzw. Pächter bedeutet die wohlgemeinte Anwendung des § 566 BGB damit eine Verschlechterung seiner Rechtsstellung, die durch den telos der Norm gerade nicht gerechtfertigt ist. § 566 BGB dient dem Mieter- bzw. Pächterschutz durch Verwirklichung des Kontinuitätsgedankens („vertraglicher Bestandsschutz“), der bei einer analogen Anwendung auf die Fälle der Veräußerung an Nicht-Dritte gerade ins Gegenteil verkehrt wird. Hier dient die analoge Anwendung der Norm nämlich allein dem Schutz von Veräußerer=Vermieter/Verpächter⁸⁷ und Erwerber⁸⁸. Nicht jede Änderung der Rechtszuständigkeit weist deshalb die von § 566 BGB geschützte besondere Interessenlage auf, sondern nur eine solche an einen „Dritten“. Dies deutet auch der BGH in seiner Rspr zur Anwendbarkeit des § 566 BGB auf die Begründung von Wohnungseigentum an.⁸⁹

Der telos des § 566 BGB rechtfertigt hiernach eine analoge Anwendung der Norm auf Erbauseinandersetzungsvereinbarungen nicht. Für diese gilt bereits nach den allgemeinen Regeln der Grundsatz: „Erbauseinandersetzung bricht nicht Miete/Pacht“. Eine andere und hiervon getrennt zu beantwortende Frage ist es, wie § 566 BGB in den Fällen der Weiterveräußerung durch den bzw. die erwerbenden Miterben an einen Dritten zur Anwendung gebracht werden kann. Hier erfordert der Mieter- bzw. Pächterschutz die Anwendung der Norm. Auf der Tatbestandsseite fehlt es aber an dem Merk-

78 Häublein in: MüKo, Bd. 3, 6. Auflage, 2012, § 566 BGB, Rn. 22.
 79 A.a.O. Ohne (echte) Begründung schließt sich dieser Meinung auch Emerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 566 BGB, Rn. 22 a.E. an.
 80 Strey in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 70, 73 ff. m.w.N.; derselbe, WUM 2008, S. 579 ff.; Gramlich, Mietrecht, 11. Auflage, 2010, § 566 BGB, Nr. 3 (ohne Begründung). In der Rspr teilte das BayObLG NJW 1982, S. 451 ff. (451 a.E.) diese Auffassung, allerdings ohne sich um eine (ausführliche) Begründung zu bemühen.
 81 A.a.O.
 82 A.a.O.
 83 Börstinghaus, NZM 2004, S. 481 ff. (483).
 84 Stichwort: „Relativität der Schuldverhältnisse“.

85 Vgl. hierzu z.B. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 310. Dieser zeigt auch auf, welche alternativen Lösungsmodelle sich in der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB zu diesem Problem entwickelt haben.
 86 Der Mieter wäre damit grds. auf Schadensersatzansprüche gegen den Veräußerer beschränkt, wenn ihm der Erwerber den Besitz entzieht oder beschränkt. Dazu etwa: Teichmann in: Jauernig, BGB, 14. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 1.
 87 Durch Ausscheiden aus dem Vertragsverhältnis ohne Zustimmung des Mieters bzw. Pächters und zeitlich begrenzte Nachhaftung.
 88 Durch (Allein-)Übernahme des Vertragsverhältnisses ohne Zustimmung des Mieters bzw. Pächters.
 89 Vgl. BGH NJW 1994, S. 2542 ff. (2543) = MittBayNot 1994, S. 247 ff. = ZMR 1994, S. 554 ff.

mal der Identität von veräußernden Eigentümer und Vermieter- bzw. Verpächter, da zwar der erwerbende Miterbe z.B. Alleineigentümer, nicht aber Alleinvermieter bzw. -verpächter geworden ist (s.o.). In diesem Fall kommt eine analoge Anwendung der Norm in Betracht.⁹⁰ Der Vertragsgestalter kann diese Folgeprobleme bereits bei der Erbaueinandersetzungvereinbarung bedenken und durch entsprechende Hinweise an die Beteiligten zu vermeiden suchen (s.u.).

III) Exkurs: Erbteilsübertragung und Abschichtung

Nur noch im Exkurswege soll die Anwendbarkeit des § 566 BGB auf die Erbteilsübertragung (§§ 2033 ff.) und die Abschichtung untersucht werden. Dabei muss bei der Erbteilsübertragung (zumindest gedanklich vorab) zwischen der Erbteilsübertragung an einen oder mehrere Miterben und der Erbteilsübertragung an Dritte unterschieden werden. Bei der Abschichtung entfällt diese Unterscheidung naturgemäß.

1) Erbteilsübertragung

Die Erbteilsübertragung durch einen Miterben stellt keine Veräußerung eines im Nachlass befindlichen Grundstückes dar und kann daher nicht unter § 566 BGB direkt gefasst werden. Erneut stellt sich daher die Frage nach dem Bedürfnis für eine analoge Anwendung der Vorschrift nach den oben dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH.⁹¹ Ein solches Bedürfnis kann aber m.E. bei der Erbteilsübertragung nicht bejaht werden. Rechtsfolge der Übertragung eines Erbteils ist nämlich der Eintritt des Erwerbers in die vermögensrechtliche Stellung des Veräußerers am Nachlass im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.⁹² Die formelle Erbenstellung des Veräußerers bleibt dagegen unberührt.⁹³ Gleichwohl macht die als Folge der Erbteilsübertragung eintretende Gesamtrechtsnachfolge eine analoge Anwendung des § 566 BGB überflüssig, da letztere dem Mieter bzw. Pächter keinen zusätzlichen Schutz verschaffen könnte. Für die Nachlassverbindlichkeiten (d.h. Erblasser-, Erbfall- und Nachlasserschulden), also insbesondere die Verpflichtungen aus einem etwaigen bestehenden Miet- bzw. Pachtverhältnis, haftet der Veräußerer ja bereits gemäß § 2382 Absatz 1 BGB (ohne die Beschränkung(en) des § 566 Absatz 2 Satz 2 BGB) als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB neben dem Erwerber fort.⁹⁴ Dieses Ergebnis gilt sowohl im Falle der Veräußerung des Erbteils an einen oder mehrere Miterben, als auch an einen Dritten.

Zweifeln lässt sich an dieser Einschätzung allein deshalb, weil der BGH in seiner Rechtsprechung vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR § 566 BGB analog auch auf Fälle des Gesellschafterwechsels innerhalb der (damals nicht-rechtsfähigen) Gesellschaft bürgerlichen Rechts angewandt hat.⁹⁵ M.E. verbieten jedoch die rechtsstrukturellen Unterschiede zwischen Gesellschaftsanteils- und Erbteilsübertragung eine Anwendung dieser Grundsätze auf Letztere.

2) Abschichtung

Anders als die Erbteilsübertragung ist die sog. „Abschichtung“, also der Austritt eines Erben aus der Erbengemeinschaft (ohne Erbteilsübertragung) im Einverständnis mit den anderen Miterben, im Recht der Erbengemeinschaft, anders als etwa im Recht der fortgesetzten Gütergemeinschaft,⁹⁶ nicht vorgesehen. Die Rechtsfolgen der Abschichtung entnimmt der BGH daher dem Recht der GbR, dort dem § 738 BGB.⁹⁷ Gemäß dem das Personengesellschaftsrecht prägenden Grundsatz der Anwachsung, wächst infolge des Austritts des einen Miterben der gesamte Nachlass den übrigen Miterben entsprechend dem Verhältnis ihrer Erbteile an (§ 738 Absatz 1 Satz 1 BGB analog). Bei einer zweigliedrigen Erbengemeinschaft führt der Austritt eines Erben daher zur Beendigung der Erbengemeinschaft.⁹⁸ Der austretende Erbe haftet aber im Außenverhältnis grds. für alle Nachlassverbindlichkeiten weiter.⁹⁹

Wie die Erbteilsübertragung stellt auch die Abschichtung keine Veräußerung eines zum Nachlass gehörenden Grundstückes dar und kann daher von § 566 BGB unmittelbar nicht erfasst werden. Offen bleibt, ob für eine analoge Anwendung des § 566 BGB Raum ist. Dies muss m.E. jedoch wie bei der Erbteilsübertragung verneint werden, da die vom BGH angenommenen Rechtsfolgen der Abschichtung dem Mieter bzw. Pächter, insbesondere durch die Weiterhaftung des Austretenden, bereits einen mit § 566 (Absatz 2 Satz 1) BGB vergleichbaren Schutz (s.o.) gewähren. Rechtsprechung und Literatur fehlt – soweit ersichtlich – zu diesen Fragen völlig.

IV) Ergebnis/Zusammenfassung

Nach hier vertretener Auffassung zeigt sich für die Anwendbarkeit des § 566 BGB direkt bzw. analog auf die unterschiedlichen Formen der Erbaueinandersetzung folgendes einheitliches Bild:

90 So Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 73 ff. m.w.N.

91 Rechtsprechung und Kommentarliteratur ist – soweit ersichtlich – zu diesem Punkt nicht vorhanden.

92 Gergen in: MüKo, BGB, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2033 BGB, Rn. 26; Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2033 BGB, Rn. 13; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2033 BGB, Rn. 23 ff. m.w.N.

93 Gergen in: MüKo, BGB, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2033 BGB, Rn. 26 f.; Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2033 BGB, Rn. 14; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2033 BGB, Rn. 23 ff. m.w.N.

94 Grds. nichts anderes gilt gemäß § 2385 Absatz 2 BGB bei unentgeltlicher Übertragung des Erbteils. Im Innenverhältnis gilt jeweils § 2378 BGB.

95 BGHZ 138, S. 82 ff. (84 ff.) = BGH NJW 1998, S. 1220 ff. = BGH NZM 1998, S. 260 ff. Dazu: Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Auflage, 2008, § 566 BGB, Rn. 37 f.; Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage, 2011, § 566 BGB, Rn. 39 ff.; Achenbach in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshdb. Mietrecht, 3. Auflage, 2010, § 11, Rn. 159 ff. m.w.N.

96 Vgl. § 1491 BGB.

97 Grundlegend: BGH NJW 1998, S. 1557 ff. = BGH DNotZ 1999, S. 60 ff. mit Anm. Rieger (S. 64 ff.); bestätigt in BGH ZEV 2005, S. 22 f.

98 Ann in: MüKo, BGB, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2042 BGB, Rn. 14; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2042 BGB, Rn. 30 m.w.N..

99 Dazu: Wolf in: Soergel, Bd. 21, 13. Auflage, 2002, § 2042 BGB, Rn. 39; Ann in: MüKo, Bd. 9, 5. Auflage, 2010, § 2042 BGB, Rn. 14 ff.; Werner in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2010, § 2042 BGB, Rn. 30 m.w.N.

Art der Erbaueinandersetzung	Direkte Anwendbarkeit des § 566 BGB	Analoge Anwendbarkeit des § 566 BGB
Erbaueinandersetzungsvertrag (§§ 2042 ff. BGB)	Nein , da grds. keine Veräußerung an einen „Dritten“. ¹⁰⁰	Nein ; arg. Mieter-/Pächterschutz.
Erbteilsübertragung (§§ 2033 ff. BGB)	Nein , da bereits keine „Veräußerung“.	Nein ; arg. Gesamtsrechtsnachfolge.
„Abschichtung“ (keine gesetzl. Grundlage)	Nein , da bereits keine „Veräußerung“.	Nein ; arg. § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB analog.

Welche Auswirkungen die gefundenen Ergebnisse auf die notarielle Vertragsgestaltung im Bereich der Erbaueinandersetzungvereinbarungen haben könnten, zeigen abschließend die folgenden Ausführungen.

D) Folgerungen für die notarielle Vertragsgestaltung mit Formulierungsvorschlag

In der Notarliteratur finden sich zur Übernahme eines Miet- oder Pachtverhältnisses zahlreiche detaillierte Regelungsvorschläge. ¹⁰¹ Für die hier besprochene Problemlage helfen diese Muster aber zunächst nicht weiter, da diese allesamt auf die Anwendbarkeit des § 566 BGB aufbauen. Findet diese Norm aber – wie hier – keine Anwendung, so müssen die Rechtsfolgen der Vertragssukzession auf rechtsgeschäftlichem Wege herbeigeführt werden. Dabei passt der nachstehende Formulierungsvorschlag nicht für die obigen Abwandlungen d) und f) aa) ¹⁰².

„§ ... Behandlung bestehender Mietverhältnisse

(1) Der Vertragsgegenstand ist wie dargestellt vermietet. Der Erwerber übernimmt das Mietverhältnis mit Wirkung zum Übergabetag. ¹⁰³ Ab diesem Zeitpunkt ist der Erwerber verpflichtet, die anderen Miterben von jeglicher Haftung aus dem Mietverhältnis (auch gegenüber Dritten) freizustellen. Die anderen Miterben bevollmächtigen den Erwerber dazu, ab dem angegebenen Zeitpunkt alle im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis notwendig werdenden Erklärungen – auf eigene Kosten und eigenes Risiko - auch in ihren Namen abzugeben bzw. entgegenzunehmen, insbesondere das Mietverhältnis zu kündigen und Modernisierungsmaßnahmen anzukündigen.

(2) Mietzinsrückstände bestehen derzeit **nicht**. Ab dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt steht dem Erwerber der aus dem Mietverhältnis geschuldete Mietzins von derzeit ...,- € ¹⁰⁴ allein zu. Alle Ansprüche – insbesondere solche auf Mietzinszahlung -, die ab dem Übergabetag in der Person der Veräußerer entstehen, werden hiermit an den Erwerber abgetreten; die Abtretung wird angenommen.

(3) Auf Nachfrage erklären die Erschienenen, dass keine Mietsicherheit geleistet wurde. ¹⁰⁵

(4) *Der Notar hat die Beteiligten darüber belehrt, dass diese Regelungen grds. nur Wirkung im Innenverhältnis der Beteiligten entfalten können. Ein Übergang des Mietverhältnis auch im Außenverhältnis zum Mieter setzt dagegen – in Ermangelung der Anwendbarkeit der §§ 566 ff. BGB – eine Vereinbarung mit dem Mieter voraus. Bis zu deren Abschluss bleiben auch die anderen Miterben im Verhältnis zum Mieter noch Vertragsparteien des Mietvertrages mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Die Beteiligten erklären daraufhin, sie werden die erforderlichen Schritte selbst einleiten. Der Notar wird hiermit nicht beauftragt.*

100 M.a.W. mangels „Verkehrsgeschäftes“.

101 Vgl. z.B. Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, 2010, S. 633 ff. m.w.N. und Bastly in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Auflage, 2010, S. 396 ff.

102 Bei Abwandlung c) ist kein Mietvertrag zustande gekommen. Bei Abwandlung f) bb) gilt § 566 BGB direkt.

103 Dieser sollte angepasst werden: z.B. „... mit dem auf die Beurkundung folgenden Monatsersten (Übergabetag).“

104 Garantien sind insoweit bei der Erbaueinandersetzung rglm. nicht interessengerecht.

105 Ist eine Mietsicherheit geleistet worden, ist zu beachten, dass § 566a BGB die Anwendbarkeit des § 566 BGB voraussetzt. Dazu: Heintzmann in: Soergel, BGB, Bd. 8, 13. Auflage, 2007, § 566a BGB, Rn. 1. Daher kann auch insoweit grds. nur eine Regelung im Innenverhältnis getroffen werden.

Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine GmbH

(von Notarvertreter Timo Lutz in Leonberg)

I. Sachverhalt

Der eingetragene Verein Ab e.V. soll im Wege eines Formwechsels gemäß §§ 190 ff. UmwG¹ in eine GmbH unter der Firma Ab GmbH umgewandelt werden. Nachfolgend sollen die Voraussetzungen, Streitfragen und zu beachtenden Besonderheiten dargestellt werden.

II. Allgemeines

Gemäß § 191 Abs. 1 Nr.4 kann ein eingetragener Verein formwechselnder Rechtsträger sein. Rechtsträger neuer Rechtsform kann gemäß § 191 Abs. 2 Nr. 3 eine Kapitalgesellschaft, somit eine GmbH, sein.

Hinweis für die notarielle Praxis

Ein rechtsfähiger Verein kann nur in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft formgewechselt werden.²

Bei der Prüfung der anzuwendenden Vorschriften sind zunächst die allgemeinen Bestimmungen der §§ 190 ff., einschließlich deren Verweisungen auf die Verschmelzungsvorschriften und die Vorschriften des GmbHG, AG etc.³ zu beachten. Vorweg ist gemäß § 272 Abs.2 zu prüfen, ob die Satzung des Vereins oder landesrechtliche Bestimmungen dem Formwechsel entgegenstehen⁴. Unzweifelhaft stehen dem Formwechsel solche Satzungsregelungen entgegen, die eine Umwandlung des Vereins ausdrücklich ausschließen. Aber auch solche Satzungsregelungen, die sich nach ihrem Sinn und Zweck nicht mit einem Rechtsformwechsel vertragen stehen diesem entgegen. Als Lösung steht hier natürlich der Weg offen diese Satzungsregelungen zu ändern, so dass einem Formwechsel nichts im Weg steht. Ausreichend ist dabei, wenn die Satzungsänderung und der Formwechsel im Vereinsregister gleichzeitig eingetragen werden⁵. Denklösch muss die Satzungsänderung eine logische Sekunde vor dem Wirksamwerden des Formwechsels im Vereinsregister eingetragen werden.

Weiter sind nach § 272 Abs.2 landesrechtliche Beschränkungen zu beachten. Solche bestehen derzeit nicht⁶.

Hinweis für die notarielle Praxis

Der beurkundende Notar hat somit im Rahmen des Formwechsels zunächst immer die aktuelle Satzung des Vereins zu überprüfen, ob darin enthaltene Regelungen einem Formwechsel entgegenstehen. Dies können ausdrückliche oder solche nach dem Sinnzusammenhang der Regelung sein. Zu beachten sind auch einzelnen Vereinsmitgliedern eingeräumte Sonderrechte gemäß § 35 BGB. Diese begründen eine ausdrückliche Zustimmungspflicht dieser Mitglieder gemäß § 13 Abs. 3 S.1. Diese Zustimmung bedarf der Form der notariellen Beurkundung.

Formwechsel unter Beteiligung eines gemeinnützigen Vereins

Besondere Vorsicht ist geboten bei einem Formwechsel eines gemeinnützigen Vereins. Zivilrechtlich stellt die Satzungsregelung, dass das Vereinsvermögen einer bestimmten gemeinnützigen Organisation oder dem Staat anfällt, keine Bestimmung dar, die einem Formwechsel entgegensteht.

Jedoch sind hier auch die steuerrechtlichen Auswirkungen zu beachten. Hierbei ist vor allem § 61 Abs.3 AO zu beachten. Sofern die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr.4 AO nicht mehr gegeben sind und damit die Gemeinnützigkeit des Vereins entfällt, so entfällt rückwirkend die Steuerbegünstigung. Sofern wiederum die neue Rechtsform die Voraussetzungen des § 55 Abs.1 Nr.4 AO erfüllt, ist meines Erachtens jedoch ein Fortbestand der Steuervergünstigung gegeben.

Der Formwechsel hat zur Folge, dass der bisherige gemeinnützige Verein sein Rechtskleid ändert. Sofern dieses neue Rechtskleid inhaltlich jedoch den Anforderungen der §§ 55 ff. AO entspricht, ist hiermit kein Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 55 AO gegeben. § 55 Abs. 1 Nr.4 S.2 AO lässt ausdrücklich zu, dass die Voraussetzung des § 55 Abs.1 Nr.4 AO auch dann gegeben ist, wenn das Vermögen einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts für steuerbegünstigte Zwecke übertragen werden soll. Aus dem Sinn und Zweck der Norm kann sich damit nichts anderes ergeben, wenn der Verein aufgrund eines Umwandlungsvorgangs untergeht und das Vereinsvermögen nun bspw. einer gemeinnützigen GmbH zusteht. Dennoch ist in diesem Fall angeraten eine steuerliche Beratung einzuholen.

Formwechsel in eine GmbH

Jedes Vereinsmitglied muss Gesellschafter der GmbH werden. Diese Aussage des § 273 ergibt sich schon aus dem Identitätsgrundsatz des Umwandlungsrechts. Der Mindestbetrag der zu gewährenden Geschäftsanteile muss gemäß § 273 i.V.m. § 5 Abs. 2 S.1 GmbHG 1 EUR betragen. Somit muss das Vereinsvermögen mindestens EUR 25.000

1 Alle §§ ohne Angaben sind solche des UmwG.

2 § 272 Abs. 1.

3 Z.B. die entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 1 S.2 bis 4 und Abs. 2 GmbHG gemäß § 192 Abs. 1 S.2; Verweis auf die Gründungsvorschriften gemäß § 197, somit die §§ 1 ff. GmbHG bzw. §§ 1 ff. AktG.

4 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 272 Rz. 29,30, § 99 Rz.21-30; Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4. Auflage, zu § 272 Rz.5, § 99 Rz. 10 ff..

5 Hennrichs in Lutter Kommentar zum UmwG, 4. Auflage, § 99 Rz. 10.

6 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand März 2006 zu § 99 Rz.2, 30; Hennrichs in Lutter Kommentar zum UmwG, 4. Auflage, zu § 99 Rz.13.

betragen. Die Nennbeträge der Geschäftsanteile sind für jedes Vereinsmitglied grundsätzlich gleich hoch. Eine abweichende Höhe der Beteiligung ist nur unter den Voraussetzungen des § 276 Abs. 2 möglich. § 276 Abs. 2 Nr.1 hat aus heutiger Sicht so gut wie keine Bedeutung mehr, da nach dem BGB eine Beteiligung der Vereinsmitglieder am Vereinsvermögen nicht möglich ist.⁷

Ob ein nichtverhältnismäßiger Formwechsel möglich ist, ist durch die Rechtsprechung nicht geklärt. Die Literatur hält einen solchen Formwechsel für möglich⁸, sofern alle Gesellschafter/Mitglieder diesem zustimmen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wie in § 126 ist nicht enthalten. Für die Zulässigkeit kann angeführt werden, dass das Gesetz gemäß § 202 Abs.1 Nr.2 verlangt, dass die Gesellschafter/Mitglieder des Ausgangsrechtsträgers auch am Zielrechtsträger neuer Rechtsform beteiligt sind. Über die Höhe der Beteiligung ist im Gesetz nichts enthalten. Damit ist es der Vertragsfreiheit der Gesellschafter/Mitglieder unterworfen, wie diese die Beteiligungshöhen regeln.

Andererseits ist in § 126 für die Spaltung eine ausdrückliche Regelung enthalten. Ferner ordnet § 276 Abs.2 abschließend nur für die darin genannten Falllagen eine abweichende Festsetzung der Beteiligungshöhen an. Dennoch ist es den Gesellschafter/Mitgliedern überlassen ihre Beteiligungshöhe an der GmbH zu bestimmen, sofern sämtliche Mitglieder dem zustimmen.

Ein Vergleich zu § 276 Abs.2 lässt augenscheinlich erkennen, warum dies zulässig sein muss. Die Höhe der Beiträge der Vereinsmitglieder steht zu deren freien Disposition. Diese könnten im Rahmen des Formwechsels jederzeit die Beitragshöhe der Mitglieder ändern und somit das gewünschte Beteiligungsverhältnis an der GmbH herstellen. Gleiches gilt für § 276 Abs.2 Nr.4 und Nr.5. Wenn hier schon den Vereinsmitgliedern die Möglichkeit gegeben ist durch Änderung der Satzung eine gewollte Beteiligungshöhe bei der GmbH herbeizuführen, dann muss dies um so mehr möglich sein, wenn diese im Rahmen des Formwechselbeschlusses eine solche bestimmen⁹.

So ist zumindest bei Beteiligung eines rechtsfähigen Vereins ein nichtverhältnismäßiger Formwechsel möglich. Als Folge hiervon ist dies dann auch bei anderen Kapitalgesellschaften der Fall.

III. Formwechselbeschluss

Der Formwechselbeschluss ist in der Mitgliederversammlung des Vereins gemäß §§ 274,275 zu fassen. Für die Vorberei-

tung und Durchführung der Mitgliederversammlung gelten primär die §§ 190 ff. und die einschlägigen Bestimmungen des Vereinsrechts. Des Weiteren sind hier die Verweisungen auf die §§ 229,230 Abs.2 Satz 1 und 2, 231 Satz 1 und 260 Abs.1 zu beachten.

Ladung und Einberufung der Mitgliederversammlung

Für den Vorstand des Vereins sind bei der Vorbereitung und Durchführung der Mitgliederversammlung die nachfolgend näher bezeichneten Formalien zu beachten.

Bestimmungen des Vereinsrechts und der Vereinssatzung

Die Ladung zur Mitgliederversammlung hat nach den §§ 32,37 BGB in Verbindung mit den Bestimmungen der Vereinssatzung¹⁰ zu erfolgen. Damit hat der Vorstand die Mitgliederversammlung einzuberufen¹¹. Die Form der Einberufung wird regelmäßig in einem Vereinsblatt bzw. einer allen Vereinsmitgliedern zugänglichen Medium erfolgen. Hierzu hat gemäß § 58 Nr.4 BGB die Satzung bestimmte Angaben zu enthalten.

Dem Gesetz ist eine bestimmte Einberufungsfrist nicht zu entnehmen. Somit ist auch hier vorrangig die Satzung maßgeblich. Enthält auch diese hierzu keine Bestimmung, so muss die Frist angemessen sein. Die Angemessenheit ist wiederum eine Frage des Einzelfalls. Die Ladung muss so rechtzeitig erfolgen, dass sich die Mitglieder hierauf vorbereiten können¹². Der Formwechsel betrifft die wesentliche Grundlage des Vereins, nämlich dessen rechtliche Existenz als solche. Damit handelt es sich um eine Strukturmaßnahme. In einem solchen Fall bedarf es einer längeren Prüfung durch die Vereinsmitglieder, ob diese dem Formwechselbeschluss zustimmen oder nicht. Meines Erachtens sollte sich die Einberufungsfrist an § 123 Abs.1 AktG orientieren.

Die Einberufung muss Ort und Zeit der Mitgliederversammlung festlegen.

Der Gegenstand der Beschlussfassung ist als Tagesordnungspunkt in der Ladung hinreichend bestimmt zu bezeichnen.

Im Fall des Formwechsels ist somit als Tagesordnungspunkt anzugeben, dass der Verein in eine GmbH im Wege des Formwechsels nach dem UmwG umgewandelt wird und mit Wirksamwerden des Formwechsels der Verein im Vereinsregister gelöscht wird. Weiter sollte angegeben werden, dass die Vereinsmitglieder zugleich Geschäftsanteile an der durch Formwechsel neu gegründeten GmbH erhalten.

7 Siehe hierzu Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 276 Rz. 9 ff.; Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 276 Rz. 16 ff..

8 Siehe hierzu Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 276 Rz. 14.; Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 276 Rz. 38, Prof. Dr. Dieter Mayer, Tagung des Deutschen Anwaltsinstituts, Fachinstitut für Notare am 24. April 2010 in Berlin, Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis, Rz. 323

9 Insbesondere muss dies zulässig sein, da § 33 BGB für eine Satzungsänderung lediglich eine ¾ Mehrheit ausreichen lässt. Daher wäre es widersinnig bei Zustimmung aller Vereinsmitglieder eine abweichende Regelung nicht zuzulassen.

10 § 58 Nr.4 BGB.

11 Es reicht hier die Einberufung durch den Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl aus; siehe hierzu Schwarz/Schöpflin in Bamberger/Roth, Beschscher Onlinekommentar zu § 32 Rn.9 und 10..

12 Schwarz/Schöpflin in Bamberger/Roth, Beschscher Onlinekommentar zu § 32 Rn. 13.

Entsprechend Anwendung der §§ 229,230 Abs. 2 Satz 1 und 2, 231 Satz 1 und 260 Abs.1

§ 230 Abs.2 Satz 1 und 2

Der Umwandlungsbericht ist gemäß § 230 Abs. 2 von der Einberufung der Mitgliederversammlung an, die den Formwechsel beschließen soll, in den Geschäftsräumen des Vereins zur Einsicht der Vereinsmitglieder auszulegen. Sofern die Mitglieder des Vereins bekannt sind, dann ist der Umwandlungsbericht ab dem Tag der Absendung des Einberufungsschreibens zur Mitgliederversammlung an in den Geschäftsräumen auszulegen.¹³ In der Einberufung zur Mitgliederversammlung sollte ein Hinweis hierauf enthalten sein.¹⁴ Der Umwandlungsbericht im Original muss nicht ausgelegt werden. Ausreichend ist vielmehr, wenn Kopien ausgelegt werden¹⁵.

Der Ort der Auslegung hat in den Geschäftsräumen des Vereins zu erfolgen. Hierbei dürfte regelmäßig die Geschäftsanschrift maßgeblich sein. Dies muss nicht identisch sein mit dem Sitz der Gesellschaft. Eine eindeutige gesetzliche Regelung hierzu gibt es nicht. Jedoch ist § 24 BGB dispositiver Natur. Damit kann ein vom Verwaltungssitz abweichender Satzungssitz bestehen. Sofern damit der Verwaltungssitz vom Satzungssitz abweichen kann, kann auch meines Erachtens die inländische Geschäftsanschrift eine andere sein. Im Rahmen des MoMiG wurde dies für die GmbH klargestellt. Der Verein ist die Grundform einer Kapitalgesellschaft, so dass auch aus diesem Grund nichts anderes für den Verein gelten kann.

Weiter ist § 230 Abs. 2 Satz 2 zu beachten. Danach hat jedes nicht vertretungsberechtigte Vereinsmitglied einen echten Anspruch und kann verlangen, dass es unverzüglich und kostenlos eine Abschrift des Umwandlungsberichts erhält. Zu erteilen ist somit der gesamte Umwandlungsbericht einschließlich der Anlagen (Entwurf des Umwandlungsbeschlusses, Gesellschaftsvertrag des neuen Rechtsträgers) sowie das Abfindungsangebot nach § 231 UmwG¹⁶.

§ 231 Satz 1

Der Vereinsvorstand hat weiter den Vereinsmitgliedern spätestens zusammen mit der Einberufung der Mitgliederversammlung, die den Formwechsel beschließen soll, das Abfindungsangebot nach § 207 zu übersenden. Hierbei sollte

in dem Einladungsschreiben die Bestimmung des § 207 wiedergegeben werden. Danach kann ein Vereinsmitglied, das in der Mitgliederversammlung gegen den Formwechselbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner umgewandelten Anteile gegen eine angemessene Barabfindung anbieten.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass gemäß § 282 Abs. 2 die §§ 282 Abs.1 und 207 bis 212 auf den Formwechsel eines eingetragenen Vereins, der nach § 5 Abs. 1 Nr.9 des Körperschaftsteuergesetzes von der Körperschaftsteuer befreit ist, nicht anzuwenden sind. Das Verbot der Barabfindung ergibt sich daraus, dass das Vereinsvermögen bei einem gemeinnützigen Verein im Sinne der Abgabenordnung im Fall der Auflösung des Vereins wiederum gemeinnützigen Zwecken zugeführt werden muss. Würde somit das Vereinsvermögen den Vereinsmitgliedern aufgrund einer Barabfindung zufließen, würde die Voraussetzung des § 55 Abs. 1 Nr.4 AO nicht erfüllt werden. Dieser stellt den Grundsatz der Vermögensbindung des Vereinsvermögens im Fall der Auflösung des Vereins dar. Ein Verstoß hiergegen führt zu einem rückwirkenden Verlust der Steuervergünstigung und damit zu einer nachträglichen Besteuerung¹⁷.

Im Übrigen finden über § 274 Abs. 1 Satz1, § 231 Abs. 1 Satz 1, § 207 auch die §§ 208 bis 212 Anwendung.

§ 260 Abs. 1

Des Weiteren hat gemäß §§ 274 Abs. 1 Satz 1, 260 Abs. 1 der Vorstand allen Vereinsmitgliedern spätestens zusammen mit der Einberufung der Mitgliederversammlung, die den Formwechsel beschließen soll, diesen Formwechsel als Gegenstand der Beschlussfassung in Textform anzukündigen. Aufgrund dieses Erfordernisses muss neben einer Bekanntmachung in den Vereinsblättern den Vereinsmitgliedern auch noch diese Ankündigung in Textform¹⁸ zugehen¹⁹.

Aus praktischen Erwägungen empfiehlt es sich daher, sofern alle Vereinsmitglieder bekannt sind, diesen auch die Ankündigung im Rahmen der Einberufung zugleich mitzuteilen.

Gemäß §§ 274, 260 Abs. 1 ist in der Ankündigung die für die Beschlussfassung erforderliche Mehrheit anzukündigen, sowie auf die Möglichkeit der Erhebung eines Widerspruchs und die sich hieraus ergebenden Rechte hinzuweisen.

Es ist somit auf § 275 Abs.2 und einer sich hieraus ergebenden Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen, § 275 Abs.2 Satz 2 und einer Mehrheit von 9/10 der abgegebenen Stimmen hinzuweisen bzw. zugleich auf § 275 Abs.1 und das Erfordernis der Zustimmung aller Vereinsmitglieder im Fall der Änderung des Zwecks des Rechtsträgers²⁰.

13 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 230 Rz. 37; § 274 verweist auf § 230 Abs. 2 Satz 1. Insoweit ist es sachgerecht hier auch im Fall des Vereins auf § 121 AktG abzustellen. Sicher bedarf es im Fall des Vereins keines Einladungsschreibens durch eingeschriebenen Brief, auch wenn sich dies zum Nachweis empfehlen kann.

14 Happ/Göthel in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 230 Rz. 41.

15 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 230 Rz. 44

16 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 230 Rz. 44 bis 54; Happ/Göthel in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 230 Rz. 44..

17 § 61 Abs. 3 AO.

18 § 126 b BGB.

19 Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 260 Rz. 5 vertritt die Meinung, dass § 260 Abs.1 nicht disponibel ist. Dieses Aussage trifft er in Bezug auf §§ 46 Abs.1, 6 Nr.4 GenG.

20 Siehe hierzu Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Oktober 2009 zu § 274 Rz. 18.

Die von § 274 Abs.1 in Bezug genommenen Vorschriften stehen zur Disposition der Vereinsmitglieder. Diese ergibt sich aus § 192 Abs.2, da alle Vereinsmitglieder auf die Erstellung des Umwandlungsberichts verzichten können. Bei dem Verzicht handelt es sich um eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Vorstand zu erklären ist. Die Verzichtserklärungen bedürfen der Form der notariellen Beurkundung. Ein Verzicht auf das Formerfordernis ist nicht zulässig²¹. Die Verzichtserklärungen müssen zur Zeit der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister vorliegen. Die Verzichtserklärungen können vorab natürlich auch schon vor dem Umwandlungsbeschluss abgegeben werden. Es muss nur ein ausreichender sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zu diesem bestehen, dass feststellbar ist, dass die Verzichtserklärungen sich auf einen konkreten Formwechsel beziehen sollen²². Fraglich erscheint, ob die Verzichtserklärungen auch noch nach Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses abgegeben werden können. Sofern die Beurkundung bereits erfolgt ist, stellt sich die Frage, welche Folgen mit der Nichteinhaltung der durch § 274 Abs.1 in Bezug genommenen Vorschriften verbunden sind. Nach herrschender Meinung führt die Nichtbeachtung wesentlicher Verfahrensvorschriften zur Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses. Wiederum ist nach der herrschenden Meinung²³ der Beschluss dennoch wirksam, wenn er nicht auf dem Verstoß beruht²⁴. Meiner Ansicht nach ist damit auf die Kausalität der Rechtsverletzung abzustellen. Danach ist der Beschluss wirksam, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser auch mit demselben Ergebnis getroffen worden wäre, wenn die missachteten Verfahrensvorschriften eingehalten worden wären. Sofern also in notariell beurkundeter Form nach Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses sämtliche Vereinsmitglieder auf die Einhaltung der durch § 274 Abs. 1 in Bezug genommenen Verfahrensvorschriften verzichten und ausdrücklich die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses bestätigen, ist meines Erachtens nicht von der Nichtigkeitsfolge des Umwandlungsbeschlusses auszugehen.

Jedoch sollte in diesem Fall sicherheitshalber der Beschluss inklusive der Verzichtserklärungen erneut beurkundet werden, wobei für den Beschluss keine erneute Gebühr gemäß GNotKG erhoben werden darf.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass nach Streichung des § 229 die Verweisung des § 274 Abs.1 auf diesen insoweit gegenstandslos ist. Es dürfte sich hierbei um ein Versehen des Gesetzgebers handeln, der im Zuge der Aufhebung des § 229 die Verweisung nicht zugleich aufgehoben hat.

21 Decher in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 192 Rz. 46.
 22 Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Mai 2008 zu § 192 Rz. 16.
 23 Die Gegenansicht vertritt die Auffassung, dass der Beschluss entsprechend §§ 241 ff. AktG lediglich anfechtbar ist; Vossius in Widmann/Mayer zum Umwandlungsrecht, Stand Oktober 2009 zu § 274 Rz.29. Diese Meinung hat einiges für sich, da es fraglich erscheint, warum ein Beschluss eines Vereins, der auf einem Verfahrensmangel beruht nichtig sein soll, wohingegen der einer Aktiengesellschaft lediglich anfechtbar ist.
 24 Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 274 Rz. 13.

Durchführung der Mitgliederversammlung

Grundsätzlich bedarf der Umwandlungsbeschluss gemäß § 275 Abs.2 einer Mehrheit von mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen²⁵. Hierbei sind die nichterschienenen Mitglieder, sowie diejenigen, die sich der Stimme enthalten haben, nicht mitzuzählen²⁶.

Ein höheres Quorum verlangt § 275 Abs. 2 Satz 2. Hier bedarf es einer Mehrheit von mindestens 9/10 der abgegebenen Stimmen, wenn spätestens bis zum Ablauf des dritten Tages von der Mitgliederversammlung wenigstens hundert Mitglieder, bei Vereinen mit weniger als tausend Mitgliedern ein Zehntel der Mitglieder, durch eingeschriebenen Brief Widerspruch gegen den Formwechsel erhoben haben. § 275 Abs. 2 Satz 2 ist gemäß § 1 Abs. 3 zwingend. Daher kann auch die Vereinssatzung hiervon nicht abweichen. Im Übrigen ist jedoch in Bezug auf die Stimmabgabe die Vereinssatzung genau zu überprüfen. Bei der Berechnung der Frist nach § 275 Abs.2 Satz 2 ist der Tag der Mitgliederversammlung nicht mitzuzählen. Eine Begründung des Widerspruchs ist nicht erforderlich. Allein die Tatsache, dass das widersprechende Vereinsmitglied mit dem Formwechsel nicht einverstanden ist, muss aus dem Schreiben hervorgehen.

Weiter ist zu beachten, dass es im Fall des § 275 Abs.1 der Zustimmung aller Vereinsmitglieder, auch der nichterschienenen Vereinsmitglieder, bedarf. Diese Bestimmung hat ihren Hintergrund in § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB. Hierbei ist zunächst zu klären, was unter einer Änderung des Vereinszwecks zu verstehen ist.

Der Vereinszweck ist der den Charakter des Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit³⁰.

Damit eine Zweckänderung vorliegt, muss somit die grundsätzliche Zielrichtung des Vereins geändert werden. Reine Anpassungen des Zwecks an rechtliche und/oder tatsächliche Änderungen sind hiervon nicht erfasst³¹. Es muss gefragt werden, ob die Beitrittserklärung der bisherigen Vereinsmitglieder den sprachlich abgeänderten Vereinszweck noch umfassen. Dies ist letztlich eine Frage des konkreten

25 § 275 Abs.2 Satz 1 wurde im Rahmen der Vereinsrechtsreform geändert (BGBl 2009, BGBl Jahr 2009 Seite 3145); siehe hierzu Reuter in NZG 2009, 1368ff. und Terner DNotZ 2010, 5 ff..
 26 Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 275 Rz. 6; Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Januar 2010 zu § 275 Rz. 4.
 27 § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB ist hingegen dispositiv; insoweit unrichtig Vossius in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, Stand Januar 2010 zu § 275 Rz.5, der annimmt, dass eine abweichende Satzungsbestimmung zu beachten wäre. Aufgrund § 1 Abs.3 UmwG ist dies jedoch nicht der Fall. Allein das Umwandlungsgesetz hat hier eine Ausnahme zu treffen. Diese ist nicht gegeben, so dass es im Fall der Änderung des Vereinszwecks zwingend bei dem Erfordernis der Zustimmung aller Vereinsmitglieder verbleibt. So auch Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 275 Rz.4.
 28 Diese kann z.B. vorsehen, dass Stimmenthaltung als Nein-Stimmen zählen.
 29 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Januar 2010 zu § 275 Rz. 28,29; Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 275 Rz. 6 -8.
 30 Schwarz/Schöpflin in Bamberger/Roth, Beckscher Onlinekommentar zu § 33 Rn.7.
 31 Ausgenommen hiervon ist der Fall, das die Verwirklichung des Vereinszwecks aufgrund einer solchen Änderung unmöglich geworden ist und deshalb ein neuer Vereinszweck erforderlich ist.

Einzelfalls, weshalb in diesen Fällen der sicherste Weg einzuhalten ist. Es sollten bei einer Änderung des Vereinszwecks immer alle Vereinsmitglieder zustimmen.

Inhalt des Umwandlungsbeschlusses

Der Inhalt des Umwandlungsbeschlusses ergibt sich aus §§ 276, 194.

Im Fall des Formwechsels in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist somit gemäß § 194 Abs. 1 Nr.1 diese im Umwandlungsbeschluss anzugeben. Des Weiteren ist gemäß § 194 Abs. 1 Nr.2 die zukünftige Firmierung der GmbH anzugeben³². Gemäß § 194 Abs.1 Nr.3 ist aufzuführen, dass die bisherigen Vereinsmitglieder aufgrund des Formwechsels Gesellschafter der GmbH sind. Aufgrund § 194 Abs.1 Nr.4 ist dann eine Angabe in den Umwandlungsbeschluss aufzunehmen, wie viele Geschäftsanteile und zu welchen Nennbeträgen auf die einzelnen Gesellschafter entfallen.

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein nichtverhältnismäßiger Formwechsel grundsätzlich aufgrund § 276 Abs.2 nur in den dort genannten Fällen in Betracht kommt, wobei wie bereits ausgeführt meiner Meinung nach ein solcher generell zuzulassen ist, sofern sämtliche Vereinsmitglieder dem zustimmen.

Für die Festsetzung der Beteiligungsgröße und deren Angabe im Umwandlungsbeschluss gemäß § 194 Abs. 1 Nr.4 ist § 276 UmwG³³ zu beachten. Weiter hat der Formwechselbeschluss zu enthalten, ob einzelnen Gesellschaftern besonderer Rechte in der GmbH gewährt werden sollen bzw. welche Rechte von Inhabern von Sonderrechten gewährt werden sollen, die kein Stimmrecht vermitteln³⁴.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass im Fall des Formwechsels eines steuerbegünstigten Vereins die Angabe gemäß § 194 Abs. 1 Nr.6 entfallen kann. Weiterhin hat der Formwechselbeschluss gemäß § 194 Abs.1 Nr.7 die Folgen für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen zu enthalten³⁵. Hierbei ist insbesondere bei Vorhandensein von Arbeitnehmern auf § 613 a BGB und § 324 UmwG hinzuweisen.

Ferner ist im Vorfeld des Formwechsels abzuklären, ob bei dem formzuwechselnden Rechtsträger für die Arbeitnehmer eine tarifvertragliche Regelung und/oder eine Betriebsvereinbarung besteht. Es ist hierbei der herrschenden Meinung zu folgen, die verlangt, dass die unmittelbaren Folgen für die Arbeitnehmer in den Formwechselbeschluss und nicht auch die mittelbaren Folgen aufgenommen werden müssen.

32 Es sollte vorweg mit der zuständigen Industrie- und Handelskammer geklärt werden, ob die Firmierung unter Beachtung der §§ 18,30 HGB zulässig ist.

33 Siehe hierzu die Anmerkungen oben.

34 Siehe hierzu die Kommentierung bei Vollrath in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Oktober 2000 zu § 194 Rz. 39-43; Decher in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 194 Rz.15-19.

35 Siehe hierzu die Kommentierung bei Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 5 Rz. 176 ff..

Hinweis für die notarielle Praxis:

Sofern ein gemeinnütziger Verein umgewandelt wird, sollte im Umwandlungsbeschluss bezüglich des Abfindungsangebots folgendes enthalten sein:

„Bei dem formwechselnden Rechtsträger handelt es sich um einen gemeinnützigen steuerbegünstigten Verein im Sinne der §§ 51 ff. AO, der gemäß § 5 Abs.1 Nr.9 KStG von der Körperschaftsteuer befreit ist. Gemäß § 282 Abs.2 UmwG erhalten die Vereinsmitglieder kein Abfindungsangebot gemäß § 207 UmwG.“

§ 276 Abs. 1 verweist auf § 218, so dass auch der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Umwandlungsbeschluss enthalten sein muss. Dieser ist somit als verlesungspflichtige Anlage gemäß § 9 Abs.1 Satz 2 BeurkG dem Umwandlungsbeschluss beizufügen. Eine Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages ist gemäß § 276 Abs.1, 218 Abs. 1 Satz 2 nicht erforderlich³⁶.

Zu beachten ist, dass die Verwendung des Musterprotokolls³⁷ nicht in Betracht kommt, da dieses eine Bargründung voraussetzt. Der Formwechsel ist hingegen der Sachgründung gleichzusetzen. Die Verweisung auf § 243 Abs.3 ist in der Regel beim Verein bedeutungslos, da die Vereinsmitglieder am Vereinsvermögen nicht beteiligt sind³⁸. Die Verweisung auf § 244 Abs.2 stellt nochmals klar, dass es keiner Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedarf. Die Verweisung auf § 263 Abs.3 hat den Hintergrund, dass die Bildung von Teilrechten vermieden werden soll. Somit kann grundsätzlich der Nennbetrag eines jeden Geschäftsanteils 1 EUR betragen. Sofern hierdurch allerdings Teilrechte entstehen, sind die Nennbeträge entsprechend anzupassen³⁹.

Kapitalschutz

Im Rahmen des Formwechsels ist zu beachten, dass das Reinvermögen des Vereins das Stammkapital der GmbH abdeckt. Es darf somit keine Unterpari-Emission vorliegen. Sofern dies nicht sichergestellt ist, sollte der hierzu erforderliche Betrag in das Vereinsvermögen vor Wirksamwerden des Formwechsels eingebracht werden⁴⁰.

Handelsregisteranmeldung

Primär findet § 198 UmwG Anwendung. Daher ist die aufgrund des Formwechsels entstehende GmbH zum Handels-

36 Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 276 Rz. 4-6; Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 276 Rz.3.

37 Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG

38 § 276 Abs. 2 Nr.1 kann sich nur auf rechtsfähige Vereine beziehen, die vor In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstanden sind und für die gemäß Art. 82 EGBGB das alte Landesgesetz weiterhin Anwendung findet.

39 Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 276 Rz.7; Vossius in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht, Stand Juli 2009 zu § 276 Rz. 9 ff..

40 Limmer in Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Auflage Rz.2802.

register anzumelden. Die Anmeldung hat durch alle zukünftigen Geschäftsführer der GmbH zu erfolgen.

Die Anmeldung zum Vereinsregister kann ebenfalls durch die zukünftigen Geschäftsführer der GmbH, aber auch noch durch den bisherigen Vereinsvorstand angemeldet werden⁴¹.

Muster

Urkundenrolle Nr. /200

Leonberg

Geschehen am ***

Vor mir, dem

Notar

erscheinen heute:

- 1.
- a) im eigenen Namen,
- b) für den Verein unter dem Namen
(Anschrift:***),

als deren alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied,

- 2.
- 3.

An der Geschäftsfähigkeit der Erschienenen bestehen keine Zweifel.

Hierauf erklären die Erschienenen mit der Bitte um Beurkundung:

**I.
Vorbemerkung**

- 1. Verein

Im Vereinsregister des Amtsgerichts *** ist unter VR *** der Verein unter dem Namen

***** e. V.**

Sitz: ***

eingetragen.

Mitglieder des Vereins sind: ***

Den Vorstand des Vereins bildet:

- 2. Der Verein hat *keinen* Grundbesitz.
- 3. Der vorgenannte Verein unter dem Namen ***, Sitz: ***, soll formwechselnd in eine GmbH umgewandelt werden.

Bestimmungen der Satzung des Vereins oder des Landesrechts stehen dem Formwechsel nicht entgegen.

II.

Beschluss über eine formwechselnde Umwandlung

Unter Verzicht auf die Einhaltung sämtlicher Frist- und Formvorschriften halten sämtliche Mitglieder des Vereins unter dem Namen

***** e. V.**

Sitz: Stuttgart,

eine

Mitgliederversammlung

ab.

Einstimmig wird beschlossen:

§1

Umwandlungsbeschluss

Der Verein unter dem Namen *** e. V., Sitz: Stuttgart wird durch Formwechsel gemäß den §§ 190 ff. und §§ 272 ff. Umwandlungsgesetz in eine GmbH unter der Firma

***** GmbH**

Sitz: ***

umgewandelt.

Mit wirtschaftlicher Wirkung unter den Gesellschaftern und für steuerliche Zwecke gilt der Formwechsel als zum

erfolgt (Umwandlungsstichtag).

41 Krieger in Lutter Kommentar zum UmwG, 4.Auflage, zu § 278 Rz.4.

§2

Verzicht auf den Umwandlungsbericht und auf eine Vermögensaufstellung und auf Klagen gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses

Die Erschienenen Ziffer ***. als Mitglieder des bisherigen Vereins ***e. V. und als künftige Gesellschafter der GmbH unter der Firma *** GmbH, verzichten hiermit auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts, auf die Erstellung eines Sachgründungsberichts gemäß §§ 277, 264 Abs. 2 UmwG sowie auf jedwede Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses.

§3

Beschluss über die Satzung der * GmbH, Sitz: *** und sonstige Umwandlungserklärungen**

1. Die Mitglieder des Vereins beschließen hiermit die dieser Niederschrift als **Anlage** beigefügte Satzung der künftigen *** GmbH. Auf die Anlage wird verwiesen und zum Gegenstand der heutigen Niederschrift gemacht.
2. Das Stammkapital der *** GmbH beträgt € ***,--.

Auf das Stammkapital übernehmen:

- a) ***,
einen Geschäftsanteil Nr. 1 in Höhe von €***,--,
- b) ***,
einen Geschäftsanteil Nr.2 in Höhe von € ***,--,
- c) ***,
einen Geschäftsanteil Nr. 3 in Höhe von € ***,--.

Die Abweichung vom Grundsatz der Gewährung gleichhoher Beteiligung ergibt sich daraus, dass ***

Alternative § 276 Abs.2 Nr.2

*einen monatlichen Beitrag in Höhe von EUR *** erbracht hat und die übrigen Vereinsmitglieder einen monatlichen Beitrag von EUR *** erbracht haben.*

Alternative § 276 Abs.2 Nr.3

*zwischen dem ***e.V. und ***ein ***vertrag seit dem *** besteht. Dieser wird als **Beilage** zur heutigen Niederschrift genommen.*

Alternative § 276 Abs. 2 Nr.4

*aufgrund der geltenden Satzung des ***e.V. der Erschienenene Ziff. *** im Verhältnis zu den anderen Vereinsmitgliedern ein um *** % höheren Anspruch auf einen erzielten und zu verteilenden Gewinn hat.*

Alternative § 276 Abs.2 Nr.5

aufgrund der geltenden Satzung des ***e.V. der Erschienenene Ziff. *** im Verhältnis zu den anderen Vereinsmitgliedern ein um *** % höheren Anspruch in Bezug auf das zu verteilende Vereinsvermögen im Fall der Auflösung des Vereins hat⁴².

Alternative § 276 Abs.2 Nr.6

Der Erschienenene Ziff. *** bereits seit dem *** Vereinsmitglied ist und daher aufgrund der Dauer seiner Zugehörigkeit und seiner langjährigen Tätigkeit im Verein eine höhere Beteiligung an der GmbH erhalten soll.

Die Einlagenverpflichtungen der Gesellschafter werden durch Sacheinlage geleistet, indem der vormalige Verein unter dem Namen *** e. V, Sitz: ***(vergl. Abschnitt I. Ziffer 1), formwechselnd nach dem Umwandlungsgesetz in die Rechtsform der GmbH umgewandelt wird und das nach Abzug der Schulden verbleibende Vermögen des Vereins mindestens dem Nennbetrag des Stammkapitals von € ***,-- entspricht.

3. Als **Beilage** wird dieser Urkunde -nur zu Beweis-zwecken- eine Kopie der Werthaltigkeitsbestätigung des Steuerberaters *** in ***, beigefügt.
4. Mangels etwaiger Sonderrechte im Sinne von § 194 I Nr. 5 UmwG entfallen Aussagen über deren Fortgeltung, Änderung oder Aufhebung. Sonderrechte im Sinne von § 194 Abs.1 Nr.5 werden somit nicht gewährt. Inhaber von besonderen Rechten im Sinne des § 194 Abs.1 Nr.5 sind bei dem *** e.V., Sitz *** nicht vorhanden.
5. Auf das Angebot und die Annahme jedweden Abfindungsangebots wird von allen Gesellschaftern hiermit ausdrücklich verzichtet. Da der Umwandlungsbeschluss gemäß § 275 Abs.1 UmwG zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller Mitglieder des Vereins *** bedarf, ist ein Abfindungsangebot im Umwandlungsbeschluss entbehrlich.

bei einem gemeinnützigen Verein:

„ Bei dem formwechselnden Rechtsträger handelt es sich um einen gemeinnützigen steuerbegünstigten Verein im Sinne der §§ 51 ff. AO, der gemäß § 5 Abs.1 Nr.9 KStG von der Körperschaftsteuer befreit ist. Gemäß § 282 Abs.2 UmwG erhalten die Vereinsmitglieder kein Abfindungsangebot gemäß § 207 UmwG.“

6. Für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen hat der Formwechsel keine weiteren Folgen als lediglich den Wechsel der Rechtsform der arbeitgebenden Gesellschaft; die Arbeitsverhältnisse bleiben unverändert. Ein Betriebsrat besteht bei dem *** e.V., Sitz *** nicht.

⁴² Diese Alternative spielt bei dem Formwechsel unter Beteiligung eines gemeinnützigen Vereins keine Rolle.

Vertretungen der Arbeitnehmer sind nicht vorhanden. Maßnahmen i.S. von § 194 Abs. 1 Ziffer 7 UmwG sind nicht vorgesehen.

7. Bei dem *** e.V. besteht ein Betriebsrat, welchem der Entwurf des Formwechselbeschlusses gemäß § 194 Abs.2 UmwG zugeleitet worden ist.

§4

Buchwertfortführung

Die *** GmbH, wird in ihrer zu erstellenden Steuerbilanz das Vermögen des Vereins *** e. V. mit den Buchwerten ansetzen⁴³.

§5

Kosten

Die Kosten dieser Urkunde und ihres Vollzugs trägt die *** GmbH bis zu einem Betrag von € ***,--.

§6

Anmeldung

Die Umwandlung soll sofort beim Vereins- und Handelsregister angemeldet werden.

Sodann wurde die Mitgliederversammlung geschlossen.

III.

Belehrungen

Der Beurkundende hat darauf hingewiesen, dass

1. die Umwandlung (Formwechsel) erst mit Eintragung in das Handelsregister des Rechtsträgers neuer Rechtsform wirksam wird. Mit der Eintragung in dieses Register besteht der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform fort. Die Anteilshaber des formwechselnden Rechtsträgers sind an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften beteiligt. Einer Einzelübertragung einzelner Vermögensgegenstände bedarf es nicht,
2. gemäß §§ 277,264 UmwG der Nennbetrag des Stammkapitals der GmbH das nach Abzug der Schulden verbleibende Vermögen des formwechselnden Vereins nicht übersteigen darf, da ansonsten ein Formwechsel nicht möglich ist. Die Werthaltigkeit ist im Rahmen der

⁴³ Hier ist darauf zu achten, dass bei einem gemeinnützigen Verein ein Nachbesteuerung erfolgt, wenn die Voraussetzungen der §§ 51 f. AO bei der GmbH nicht vorliegen.

Gründungsprüfung gemäß § 197 UmwG i.V.m. § 9 c GmbHG nachzuweisen,

3. Gläubiger der Gesellschaft können unter Umständen gemäß §§ 204,22 UmwG Sicherheit für ihre Forderungen verlangen und Schadensersatzansprüche gegen Vertretungsorgane geltend machen,
4. die auf die Gesellschaft lautenden Rechtstitel nach Wirksamkeit des Formwechsels berichtigt werden müssen und dass bei anhängigen gerichtlichen Verfahren dem zuständigen Gericht der Formwechsel mitgeteilt werden muss,
5. auf den heutigen Formwechsel die Gründungsvorschriften des GmbHG gemäß § 197 UmwG Anwendung finden, mit Ausnahme des § 5 Abs.4 GmbHG gemäß §§ 277,264 UmwG.

III.

Vollmacht

Die Beteiligten erteilen den Notariatsangestellten

1. ****
2. ***
3. ***

-alle ***,
-je einzeln-

IV.

Vollmacht

V o l l m a c h t

zur Abgabe und Entgegennahme aller Erklärungen, die nach dem Ermessen der Bevollmächtigten zur Eintragung der Umwandlung in das Vereins-/Handelsregister zweckdienlich sind. Die Bevollmächtigten sind auch berechtigt, den Gesellschaftsvertrag und die Vereins-/Handelsregisteranmeldung zu ändern.

Soweit Vorstandsmitglieder des Vereins/Geschäftsführer der Gesellschaft anwesend sind, wird die Vollmacht auch in dieser Eigenschaft erteilt.

Die Beteiligten erteilen den Bevollmächtigten schon jetzt den Auftrag zur Vornahme aller Handlungen, die von vorstehender Vollmacht umfasst werden. Die Bevollmächtigten können den Auftrag jederzeit allgemein oder im Einzelfall annehmen; eine Verpflichtung zur Annahme besteht nicht.

Von den Beschränkungen des § 181 BGB wird Befreiung erteilt.

Die Vollmacht ist übertragbar.

V.

Abschriften

Von dieser Urkunde sollen erhalten:

elektronisch beglaubigte Abschrift

2 Amtsgericht -Registergericht- ***, ***,

beglaubigte Abschriften

- 1 Gesellschaft
- 1 je Gesellschafter
- 1 Finanzamt -Körperschaften-, ****

Vorstehende Niederschrift nebst Anlage wurde in Gegenwart des Notars den Erschienenen vorgelesen, die Beilagen wurde zur Durchsicht vorgelegt, von diesen genehmigt und eigenhändig wie folgt unterschrieben:

Fazit

Der Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine GmbH stellt ein nicht alltäglich vorkommender Fall der notariellen Praxis dar, jedoch keinen der nicht lösbar ist. Dennoch sind auch in diesem Zusammenhang einige Besonderheiten zu

beachten. Zunächst stellen die §§ 274,275 UmwG Ergänzungen und besonders zu beachtende Verfahrensvorschriften auf. Diese sind neben den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum eingetragenen Verein und neben dessen Satzung zu beachten.

Im Fall des Formwechsels in eine GmbH ergibt sich aus §§ 277,264 UmwG eine Erleichterung, da ein Sachgründungsbericht gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG nicht erforderlich ist.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn ein steuerbegünstigter Verein gemäß §§ 51 ff. AO in eine GmbH umgewandelt werden soll. Hier muss auch die Satzung der GmbH den Vorgaben der §§ 51 ff. AO entsprechen, damit nicht ein nachträglicher Wegfall der Steuerbegünstigung eintritt. Ebenfalls ist in diesem Fall kein Abfindungsangebot gemäß § 282 Abs.2 UmwG erforderlich. Für die Frage der Beteiligungshöhen an der GmbH ist § 276 UmwG zu beachten. Ein nicht-verhältnismäßiger Formwechsel ist meines Erachtens zulässig, auch wenn keine speziell aufgeführte Falllage des § 276 Abs.2 UmwG vorliegt.

Der Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt somit den beurkundenden Notar vor keinerlei gravierende Probleme, sofern er die sich aus den §§ 273 ff. UmwG ergebenden Besonderheiten im Rahmen der Vertragsgestaltung beachtet.

Rechtsprechung

LG Tübingen, 10.05.2013, 5 T 99/13

Maßnahmen im Sinne des § 1906 Absatz 3 BGB sind im Aufgabenkreis des Betreuers ausdrücklich aufzunehmen, damit der Betreuer diesbezüglich handeln kann*

* Leitsatz von der Schriftleitung

In der Beschwerdesache betr. Erweiterung der Aufgabenkreise des Betreuers hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen [...] beschlossen :Auf die Beschwerde des Betreuers wird der Beschluss des Notariats - Betreuungsgerichts Altensteig vom [...] aufgehoben und das Betreuungsgerecht angewiesen, über den Antrag des Betreuers unter Beachtung der Auffassung der Kammer neu zu entscheiden. [...]

Gründe:

Der Betreuer beantragte beim Betreuungsgerecht [...] die Erweiterung seiner Aufgabenkreise dahingehend, dass diese künftig auch die Entscheidung über die Vornahme von ärztlichen Zwangsmaßnahmen i.S. des § 1906 Abs. 3 BGB umfassen. Durch den angefochtenen Beschluss wurde dieser Antrag zurückgewiesen mit der Begründung, die Erweiterung sei im Hinblick auf den bereits bestehenden Aufgabenkreis

Gesundheitssorge nicht erforderlich, weil der Betreuer schon auf Grund der bisher bestimmten Aufgabenkreise über derartige Zwangsmaßnahmen entscheiden könne.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde verfolgt der Betreuer seinen Antrag weiter unter Hinweis auf die besondere Schwere des Eingriffs bei einer Zwangsbehandlung und die Auffassung des (außerordentlichen) Betreuungsgerichts beim Amtsgericht, das eine Erweiterung der Aufgabenkreise verlange.

Die Beschwerde des Betreuers ist zulässig und erweist sich auch als begründet.

Auch wenn es selbstverständlich zutrifft, dass die Aufgabenkreise des Betreuers keinesfalls jede einzelne Aufgabe beschreiben sondern lediglich die Bereiche, für die der Betreuer zuständig ist, so folgt die Kammer doch im vorliegenden Fall der Auffassung des für die Genehmigung der Unterbringung und Zwangsbehandlung zuständigen Amtsgerichts. Dafür sind folgende Überlegungen entscheidend: Durch das Gesetz über ärztliche Zwangsmaßnahmen vom 18.2.2013 wurde erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Überwindung des natürlichen Willens des Betroffenen für eine Heilbehandlung geschaffen. Durch dieses Gesetz wurden sowohl im materiellen Recht (insbes. § 1906 Abs. 3 BGB) als auch im Verfahrensrecht sehr strenge Vor-

aussetzungen für die Erteilung einer sich darauf beziehenden betreuungsgerichtlichen Genehmigung eingeführt, die sich auch deutlich von der Rechtslage unterscheiden, die bis zum Erlass der Beschlüsse des BGH vom 20. Juni 2012 (XII ZB 99 und 130/12) der allgemein vertretenen Praxis der Betreuungsgerichte entsprach. Zwar ist in diesem Gesetz keine Regelung der hier streitigen Frage der Auslegung der Bezeichnung des Aufgabenkreises des Betreuers enthalten, jedoch ist für die funktional vergleichbare Bestellung eines (Vorsorge-) Bevollmächtigten in § 1906 Abs. 5 BGB vorgeschrieben, dass dieser nur dann in diesen Fragen entscheiden kann, wenn die ihm erteilte Vollmacht schriftlich erteilt und ausdrücklich die ärztliche Zwangsmaßnahme umfasst. Aus dieser Regelung kann der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber als Voraussetzung für einen Antrag auf Genehmigung solcher Zwangsmaßnahmen besonders strenge und klare Grundlagen verlangt. Deshalb ist es auch angemessen, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme ebenso wie die Unterbringung bei der Beschreibung der Aufgabenkreise des Betreuers ausdrücklich erwähnt wird. Nur durch diese ausdrückliche Erwähnung bei den Aufgabenkreisen ist sichergestellt, dass für alle Beteiligten klar ist, ob der Betreuer auch die für eine Überwindung des entgegenstehenden Willens des Betroffenen erforderlichen Anträge stellen und Maßnahmen durchführen kann. Deshalb kann der Zurückweisungsbeschluss des Betreuungsgerichts keinen Bestand haben sondern es sind die erforderlichen Nachforschungen durchzuführen und danach über die beantragte Erweiterung der Aufgabenkreise erneut zu entscheiden. [...]

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.10.2012 - 14 Wx 7/11

Zu den Voraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum bei einem Überbau

**BGB §§ 94 Abs. 1, 95 Abs. 1 Satz 2, 912 Abs. 1
WEG §§ 1 Abs. 4, 3, 8**

Gründe:

I.

Die Beteiligten Ziffer 2 bis 8 sind als Gesellschafter bürgerlichen Rechts Eigentümer des im Grundbuch von F Flurstück-Nr. 954 (M-Platz, S-Str.) eingetragenen Grundstücks, das mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebaut ist. Durch notariell beurkundete Teilungserklärung vom 04.03.2010 haben sie das Grundstück unter Verweisung auf die Aufteilungspläne vom 09.12.2009 und die Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 21.12.2009 gemäß § 8 WEG geteilt. Der Notar hat beim Grundbuchamt Antrag auf Teilung des Grundbesitzes gestellt. Das Grundbuchamt hat darauf hingewiesen, dass das aufzuteilende Gebäude ausweislich des Aufteilungsplans und der dort eingezeichneten Grundstücksgrenzen auf die beiden Nachbargrundstücke Flurstück-Nr. 953 und Nr. 955/1 überbaut ist. Der Notar hat erwidert, soweit ausweislich der Pläne für die Dachgeschosse die westlichen Außenwände des Gebäudes außerhalb des Grundstücks lägen, beruhe dies darauf, dass die Dachaufbauten nach

Westen geneigt seien; es handele sich um einen überhängenden Überbau, der wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks sei. Am 16.06.2010 hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO erlassen. Darin heißt es unter Nr. 2, die Grundstücksgrenzen verliefen im Kellergeschoß (Abstellraum Nr. 6), im ersten Dachgeschoß im Bereich der Wohnung Nr. 4 nach Westen und im zweiten Dachgeschoß im Bereich der Wohnung Nr. 3 nach Osten im Bereich des Sondereigentums. Die Gebäudeteile ragten auch nicht nur in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinein, sondern sie seien mit dem Grund und Boden des Nachbargrundstücks (so beim Kellerraum) bzw. mit den Nachbargebäuden verbunden. Für diese Gebäudeteile könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein Nachweis die Zugehörigkeit zum aufzuteilenden Grundstück entbehrlich sei. Da die Voraussetzungen eines entschuldigten Überbaus oder der Gestattung der Überbauung durch die Nachbarigentümer bei Errichtung nicht nachweisbar sein dürften, komme als Nachweis die Bestellung von Grunddienstbarkeiten in Betracht, die auf Duldung des Überbaus gerichtet seien, oder könne eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorgelegt werden, welche die eigentumsmäßige Zuordnung zu dem Grundstücks Flurstück-Nr. 954 feststelle. Falls die Grenzeinzeichnung im Plan unrichtig sei und tatsächlich kein Überbau vorliege, komme die Vorlage eines berichtigten Aufteilungsplans mit geänderter Grenzeinzeichnung in Betracht.

Durch Beschluß vom 24.01.2011 hat das Grundbuchamt die Zwischenverfügung dahin berichtigt und ergänzt, dass das aufzuteilende Grundstück auch auf das Grundstück Flstück-Nr. 955 überbaut sei.

Am 04.10.2010 wurden neue Aufteilungspläne erstellt, in die keine Grundstücksgrenzen eingezeichnet sind. Am 29.10.2010 wurde eine Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilt. Am 30.11.2010 wurde eine 1. Änderung der Teilungserklärung beurkundet. Darin heißt es, die vorhandene Bebauung ergebe sich nicht mehr aus den zunächst vorgelegten Aufteilungsplänen, sondern sie sei zutreffend in den neuen Aufteilungsplänen vom 04.10.2010 dargestellt. Der Planverfasser habe darauf verzichtet, die von ihm angenommenen Grundstücksgrenzen einzuzeichnen bzw. zu vermerken, dass der Grenzverlauf in weiten Bereichen unsicher sei. Die Eigentümer merkten hierzu an, dass angesichts der bereits vor Jahrhunderten erfolgten Überbauung der exakte Grenzverlauf zwischen den einzelnen Gebäuden nicht verlässlich festzustellen sei. Für das Baugenehmigungsverfahren seien die vermuteten Grenzlinien und die Pläne vom 09.12.2009 aufgenommen worden, soweit solche Grenzen aus den Unterlagen des Vermessungsamtes der Stadt Freiburg entnommen werden konnten. Nach ihrer Ansicht streite die Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 29.12.2010 dafür, dass das aufzuteilende Gebäude auf dem überbauten Grundstück gelegen sei. Im übrigen seien sie der Ansicht, dass der seit unvordenklicher Zeit vorhandene Baubestand dafür streite, dass eine etwa vorhandene Überbauung mit den erforderlichen Gestattungen und Genehmigungen erfolgt sei bzw. diese zumindest durch die jahrhundertelange Duldung gegeben seien. Von ihnen könne nicht verlangt werden, weitere Nachweise - etwa durch Eintragung von Dienstbarkeiten - für die Zuordnung überbauter Gebäudeteile zu dem aufzuteilenden Grundstück zu erbringen. Auf Kellergeschoßebene

werde Sondereigentum nur an einem Raum begründet, der vollständig auf dem Flurstück Nr. 954 liege.

Im weiteren Verlauf hat der Notar ausgeführt, der Gründungsakt von Wohnungseigentum sei nur dann unwirksam, wenn das Wohnungseigentum unter Einbeziehung eines überbauten Gebäudeteils gebildet werde, der nicht wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks sei. Dass das die Grundstücksgrenze überschreitende Bauwerk ein wesentlicher Bestandteil des aufgeteilten Grundstücks sei, könne unter anderem dadurch nachgewiesen werden, dass der Überbau in Ausübung einer Grunddienstbarkeit erfolgt sei. Die Bestellung der Grunddienstbarkeit diene aber lediglich der Beweisführung zur Klärung eines unübersichtlichen Sachverhalts. Sie habe nicht den Zweck, eine materiell-rechtliche Änderung der Situation herbeizuführen. Im übrigen sei die Grenzmauer eine Kommunmauer; ihre Vorfläche gehöre zu dem Gebäude auf dem Flurstück-Nr. 954 und sei somit wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks. Demgegenüber hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht nachweise, dass kein Überbau vorliege. Da in die neuen Aufteilungspläne keine Grundstücksgrenzen eingezeichnet worden seien, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die zuvor vorgelegten Pläne unrichtig seien, zumal die dortigen Grenzeinzeichnungen nach dem Vortrag der Beteiligten auf den Unterlagen des Vermessungsamtes beruhten. Im Grundbuchverfahren könne nicht festgestellt werden, ob zumindest eine Duldung vorliege, und auch nicht, wann die Überbauung stattgefunden habe (Wiederaufbau durch Zerstörung im 2. Weltkrieg?). Wenn im Kellergeschoß Sondereigentum nur an einem Raum begründet werden solle, der vollständig auf dem Flurstück-Nr. 954 liege, verlange der Bestimmtheitsgrundsatz, dass ein Aufteilungsplan mit einer Grenzeinzeichnung zum Gegenstand der Aufteilung gemacht werde, damit feststehe, welcher Teil des Kellergeschosses in die Wohnungs- und Teileigentumsbegründung einbezogen werden solle.

Die Antragsteller haben unter Hinweis auf die Ausführungen des Notars Beschwerde eingelegt. Im Folgenden haben sie weiter geltend gemacht, es dürfe nicht unterstellt werden, dass in den Dachgeschossen ein Überbau vorliege. Der in den Plänen vom 09.12.2009 eingezeichnete Grenzverlauf sei nur ein angenommener. Auch wenn der eingezeichnete Grenzverlauf dem tatsächlichen entspreche, sei dem Teilungsantrag stattzugeben, weil der Überbau seine Ursache in der Neigung der Außenmauern habe, was mit einem überstehenden Erker vergleichbar sei.

Das Grundbuchamt hat zur Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, die Mauer (und ein geringer Teil des Sondereigentums) befinde sich in den fraglichen Bereichen nicht auf der Grenze, sondern in vollem Umfang auf den Nachbargrundstücken; sie sei mit dem Nachbargrundstück fest verbunden und rage nicht nur in den Luftraum.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

Der beantragten Eintragung der Aufteilung stehen die von dem Grundbuchamt aufgezeigten Hindernisse entgegen.

Die Begründung von Wohnungseigentum ist nur „in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude“ möglich (§§ 3, 8 WEG). Gemäß § 1 Abs. 4 WEG kann Wohnungseigentum nicht in der Weise begründet werden, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird. Ein übergebauter Gebäudeteil kann in die Begründung von Wohnungseigentum einbezogen werden, wenn es sich bei ihm um einen wesentlichen Bestandteil des zu teilenden Grundstücks handelt. Denn in diesem Falle wird das Sondereigentum nicht mit dem Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden (Demharter, Rpfleger 1983, 133, 134; OLG Hamm, Rpfleger 1984, 98). Beim „überhängenden Überbau“ ist die Begründung von Wohnungseigentum ohne weiteres möglich, weil der überhängende Bauteil - etwa ein Erker oder Balkon - demjenigen gehört, von dessen Gebäude der Überhang ausgeht, da er nur mit dessen Grund und Boden fest verbunden ist (§ 94 Abs. 1 BGB); dass sich der betreffende Bauteil nicht über dem aufzuteilenden Grundstück befindet, ist hier unerheblich (Ludwig, DNotZ 1983, 411, 412 f). Ist das Gebäude mit mehreren Grundstücken fest verbunden, ist der auf das Nachbargrundstück übergebauter Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks, wenn der Überbau aufgrund einer Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück errichtet wurde (§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB). Dasselbe gilt analog § 95 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn es sich um ein einheitliches, über die Grenze ragendes Gebäude handelt und die Voraussetzungen des § 912 Abs. 1 BGB erfüllt sind, oder wenn der Überbau mit Zustimmung des Nachbarn vorgenommen wurde (BGHZ 42, 161; BGHZ 62, 141; Wicke, DNotZ 2006, 252, 263 m.w.Nachw.). Bei einem nicht entschuldigten Überbau wird das Eigentum am Gebäude dagegen auf der Grundstücksgrenze real geteilt und steht der überbaute Gebäudeteil im Eigentum des Nachbarn (BGHZ 27, 204; BGH WM 1981, 908; BGH). Ein im Eigentum des Nachbarn stehender Gebäudeteil kann nicht in die Begründung von Wohnungseigentum einbezogen werden. Auch wenn die Überbauung möglicherweise schon vor dem Jahr 1900 stattgefunden hat, ist die Anwendung der Überbauvorschriften nicht ausgeschlossen (Art. 181 EGBGB; RGZ 169, 172; BGHZ 97, 292).

Entgegen der Ansicht der Antragsteller steht auch eine alte Bebauung der verlässlichen Ermittlung der Grundstücksgrenzen nicht entgegen. Grundstück im Rechtssinne ist katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch als solcher geführt wird. Nach den vorgelegten Plänen mußte das Grundbuchamt von einem Überbau ausgehen.

Hat das Grundbuchamt Grund zu der Annahme, dass das Gebäude über die Grenze gebaut ist, darf es die beantragte Aufteilung nur vornehmen, wenn ihm in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird, dass entweder kein Überbau vorliegt oder der übergebauter Teil wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks ist (OLG Hamm, Rpfleger 1984, 98; OLG Karlsruhe, DNotZ 1986, 753; Demharter, Rpfleger 1983, 133, 136 f; Wicke a.a.O.). Dieser Nachweis kann etwa durch eine die Bestandteileigenschaft des überbauten Gebäudeteils feststellende rechtskräftige Entscheidung geführt werden. Alternativ ist angenommen worden, dass die nachträgliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit ausreicht, die auf die Duldung des Überbaus gerichtet ist (OLG Hamm

a.a.O.; OLG Karlsruhe a.a.O.; kritisch hierzu Ludwig DNotZ 1986, 755, weil die Verbindung mit dem Grund und Boden in diesem Fall nicht wie von § 95 Abs. 1 S. 2 BGB vorausgesetzt in Ausübung eines Rechts ein einem fremden Grundstück vorgenommen ist; für eine analoge Anwendung ist § 95 Abs. 1 S. 2 BGB auf den Fall einer nachträglichen Grunddienstbarkeitsbestellung dagegen Wicke a.a.O. S. 260 ff.). Das Grundbuchamt hat die nachträgliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit in der Zwischenverfügung als ein geeignetes Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses angesehen. Hierdurch sind die Antragsteller jedenfalls nicht beschwert.

Die Wertfestsetzung beruht auf § 30 Abs. 2 S.2 KostO.

Mitgeteilt von Dr. Hans Eberhard Sandweg,
Notar a. D. in Müllheim/Baden

Anmerkung zum vorstehenden Beschluss des OLG Karlsruhe 14 Wx 7/11

I.

Das OLG hat in seiner Entscheidung den zu Grunde liegenden baulichen Zustand nicht dargestellt, statt dessen lediglich auf die Bestandspläne verwiesen und die Darlegungen des Grundbuchamts sowie der Antragsteller in einigen wesentlichen Punkten referiert. Zur Verdeutlichung der Sachlage ist daher zunächst eine Schilderung der baulichen Situation erforderlich.

Das gemäß § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufzuteilende Grundstück befindet sich im Innenstadtbereich, eingebettet in eine mit einander verschränkte Reihenbebauung. Die Umfassungswände des auf dem Grundstück befindlichen Wohn- und Geschäftshauses, das lange vor 1900 errichtet worden ist, haben im Unter- und Erdgeschoss eine Stärke von zirka einem Meter. In den Teilungsplänen ist die Grundstücksgrenze für das Unter- und Erdgeschoss innerhalb der Umfassungswände so eingezeichnet, dass sich etwa $\frac{1}{4}$ der Umfassungswand nicht auf dem zu teilenden Grundstück befindet. Die Wandstärke nimmt in den oberen Geschossen ab und wegen einer nicht lotrechten Bebauung ragen im Westen des Gebäudes die Umfassungswand und ein Raum des Obergeschosses mit wenigen Zentimetern in das Nachbargrundstück hinein.

Dieser Zustand ist erkennbar darauf zurück zu führen, dass die Vermessungs- und die Bautechnik zur Zeit der Errichtung des zu teilenden Gebäudes und der Nachbargebäude noch nicht so entwickelt waren, dass eine Genauigkeit von wenigen Zentimetern bei gemeinsamen Grenzmauern eingehalten werden konnte. So sind Überbauten bei eng miteinander verschränkten Grundstücken in den mittelalterlichen Stadtkernen nicht untypisch (*Baur*, Sachenrecht, 11. Aufl., § 25 III 2; *Weitnauer*, ZfBR 1982, 97). Hierauf beruhen häufig bestehende Abweichungen der Grenzmauer von dem katastermäßig vorgegebenen Grenzverlauf.

Der Meinung des Grundbuchamtes und des OLG, dass bei dieser Sachlage ein Vollzug der Aufteilung in Wohnungs-

Teileigentum nur dann möglich sei, wenn entweder eine die Bestandteileigenschaft feststellende rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliege oder zuvor zu Lasten der Nachbargrundstücke Grunddienstbarkeiten bestellt worden seien, kann nicht gefolgt werden.

II.

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist § 1 Abs. 4 WEG. Nach dieser Vorschrift ist es nicht gestattet, Wohnungseigentum in der Weise zu begründen, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird. Die Wahrung der Einheit des Eigentums am Grundstück und am Gebäude ist der Zweck dieser Norm (*vgl. Pick in Bärmann/Pick/Merle § 1 Rn 2*); das in Raumeigentum aufzuteilende Gebäude muss wesentlicher Bestandteil (nur) eines Grundstücks sein.

Hierzu steht nicht im Widerspruch, wenn anerkannt wird, dass ein Überbau grundsätzlich die Bildung von Raumeigentum nicht ausschließt. In der Literatur und Rechtsprechung besteht diesbezüglich Einigkeit. Der Überbau auf ein Nachbargrundstück hindert die Begründung von Wohnungseigentum nämlich dann nicht, wenn der Überbau wesentlicher Bestandteil des zu teilenden Grundstücks ist, also das gesamte zu teilende Gebäude zu diesem Grundstück gehört, so dass das Sondereigentum nur mit dem Miteigentum an diesem (einigen) Grundstück verbunden wird. § 1 Abs. 4 WEG steht dem nicht entgegen. Das die Grundstücksgrenze überschreitende Bauwerk muss wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein, das aufgeteilt wird (*Bauer / v. Oefele*, GBO, AT V Rdnr. 30; *Röll*, ZfBR 1983, 201; *Weitnauer*, ZfBR 1982, 99; *Schöner / Stöber*, Grundbuchrecht Rdnr. 2817 mit weiteren Nachweisen).

Beim Grundbuchvollzug einer Teilungserklärung hat dem gemäß das Grundbuchamt folgende Fragen zu klären:

1. Kommt ein Überbau in Betracht?
2. Falls die Frage 1 positiv zu beantworten ist, stellt sich die weitere Frage, ob Zweifel daran bestehen, dass der Überbau wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks ist.
3. Auf welche Weise sind eventuell begründete Zweifel an der Bestandteileigenschaft gegenüber dem Grundbuchamt auszuräumen?

Das OLG setzt sich mit den für die Entscheidung wesentlichen Fragen nicht mit der gebotenen Gründlichkeit auseinander.

III.

Zunächst ist es im vorliegenden Fall nicht klar, ob überhaupt ein Überbau im Sinne der §§ 912 ff BGB gegeben ist.

Bei den Umfassungsmauern des aufzuteilenden Gebäudes handelt es sich erkennbar um Mauern, die vor mehreren Jahrhunderten errichtet wurden und auch den angrenzenden Nachbargebäuden dienen. In Baden (und anderen Teilen Deutschlands) war es früher vielfach üblich, dass zwei Nach-

bareigentümer unbebauter Grundstücke vereinbaren, der eine solle beim Hausbau die Grenzmauer so setzen, dass sie zur Hälfte (oder weiter) auf dem Nachbargrundstück steht, und der andere solle die Mauer dann auch als Giebelmauer für sein Haus verwenden dürfen, sog. Kommunmauer (*Wolf-Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. § 58 S. 207, Fußn. 3). Aus den vorgelegten Plänen war ersichtlich, dass ein derartiger Sachverhalt hier gegeben ist, was die Antragsteller auch gegenüber dem Grundbuchamt und dem OLG vorgetragen haben.

Der die Bestandspläne fertigende Architekt hätte anstelle der Einzeichnung der Mauer in ihrem gesamten auf das Nachbargrundstück ragenden Umfang ohne weiteres auch die Mauer so einzeichnen können, dass nur der Teil erkennbar gewesen wäre, der sich auf dem zu teilenden Grundstück befindet. Der Umstand, dass die Kommunmauer vom Architekt in ihrem gesamten Umfang eingezeichnet wurde, dürfte keine eigenen rechtlichen Konsequenzen herbeiführen.

Noch im zwanzigsten Jahrhundert, nämlich in einer Entscheidung vom 15.04.1915, stellte das OLG München (Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 31, S. 321f) fest, dass bei einer Kommunmauer der Überbau wesentlicher Bestandteil des Erstbaugrundstücks wird. Nach dem Anbau von der anderen Seite wird sodann die Mauerhälfte wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks. „Dazu zwingt der tatsächliche Zustand“. Kraft Gesetzes geht das Eigentum des „die Mauerhälfte darstellenden Steingefüges“ auf den Nachbarn über (OLG München a.a.O.). Im Ergebnis spielt es also keine Rolle, welcher Eigentümer zuerst gebaut hat.

Diese nach BGB bestehende Rechtslage entspricht derjenigen des alten badischen Landrechts, das zugleich eine Beweisregel hierzu aufstellt, indem es in 653 Bad. LRS heißt: „*Jede Scheid-Wand zweyer Gebäude bis zu First, jede Scheid-Mauer zwischen Höfen, Gärten oder geschlossenen Äckern, wird für gemeinschaftlich angesehen, in sofern weder ein schriftlicher Beweis noch ein sinnliches Merkmal des Gegentheils vorhanden ist.*“

Vor dem Inkrafttreten des BGB, also vor dem 01.01.1900, stand bereits gemäß Bad. LRS 653 der überbaute Gebäudeteil mit der halben Giebelmauer im Eigentum des überbauenden Grundstückseigentümers. Ein Gegenbeweis ist im vorliegenden Fall nicht vorhanden.

Diese am 01.01.1900 bestehenden superficiarischen Rechte sind mit ihrem alten Inhalt erhalten geblieben (*Wolf-Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. § 104 XI, S. 429), und zwar einschließlich der dazu gehörigen Beweislastnormen (*Glahs*, Die Sachverhaltsermittlung und Beweislastverteilung im Grundbuchverfahren, Bochum 1994, S. 211f).

Das Deutsche Reich und der badische Landesgesetzgeber haben es nach Inkrafttreten des BGB nicht für erforderlich gehalten für die alten superficiarischen Rechte spezielle Übergangsregelungen zu treffen, während für die Pfalz der bayerische Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt hat, dass solches Eigentum vom Inkrafttreten des BGB an als Erbbaurecht gelte (Art. 19 Abs. 1 bayer. Ges. über Liegenschaftsrecht). Für Baden gilt demnach, dass für Eigentum, das von dem Eigentum an Grund und Boden abweicht, gemäß Art. 184 EG BGB der

alte Rechtszustand maßgeblich geblieben ist (*Dorner/Seng*, Badisches Landesprivatrecht, Halle a. S. 1906, S. 540 f).

Damit ist dargelegt, dass das nach badischem Landrecht begründete Eigentum an der Grenzmauer mit ihrer Vorfläche zum Gebäude auf dem aufzuteilenden Grundstück gehört und damit wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks ist. Einen Überbau im Sinne der §§ 912 ff BGB hätte das OLG also verneinen müssen.

IV.

Selbst wenn man einen Überbau annimmt und hierbei die aus dem alten badischen Landrecht sich ergebende Beweisregel (653 Bad. LRS) unbeachtet lässt, und selbst wenn man außerdem die obigen Ausführungen zur Kommunmauer nicht beachtet, können vernünftige Zweifel an der Bestandteileigenschaft, und damit an der Identität zwischen dem zu teilenden Gebäude und dem zu teilenden Grundstück nicht bestehen.

Die das Gebäude umfassende Mauer befindet sich auf dem zu teilenden Grundstück. Lediglich ein schmaler zusätzlicher Mauerstreifen im Unter- und Erdgeschoss, der außer der Nutzung als Umfassungsmauer keine andere oder weitere Möglichkeit einer Nutzung zulässt, ragt in das Nachbargrundstück hinein. Dieser überbaute Teil bildet kein eigenständiges Bauwerk, das etwa geeignet wäre einen Raum zu bilden oder eine sonst wie geartete Nutzungsmöglichkeit zu eröffnen.

Dieser Mauerstreifen ist somit, wenn man eine Funktion bezüglich des Nachbargebäudes vernachlässigt (z.B. im Fall eines Abrisses des Nachbargebäudes), Bestandteil des zu teilenden Gebäudes. Bezieht man die Bebauung des Nachbargrundstücks in die Betrachtung ein, so ist dieser Mauerstreifen bei senkrechter Teilung Bestandteil der Umfassungswand des Nachbargebäudes (BGHZ 27, 204; BGH, WM 1981, 908). In beiden Alternativen scheidet ein Überbau aus.

Im Obergeschoss besteht um wenige Zentimeter (wegen der im Sachverhalt geschilderten nicht lotgerechten Bauweise) ein „überhängender Bauteil“, von dem wohl auch das OLG unter Hinweis auf *Ludwig* (DNotZ 1983, 411, 412 f.) zu Recht annimmt, dass dies „hier unbeachtlich“ sei (II. 3. Absatz der Entscheidung). Wie bei einem Erker oder Balkon sind die wenigen Zentimeter dieses in das Nachbargrundstück hineinragenden Raumes nur vom zu teilenden Grundstück aus zugänglich und nutzbar. Dieser Raumteil ist für sich „wesentlicher Bestandteil“ der zugehörigen Wohnung, die ihrerseits wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Gebäudes ist, das wiederum den wesentlichen Bestandteil des betreffenden Grundstücks darstellt.

Dieser Sachverhalt ist offensichtlich; weder eine zu Zweifeln Anlass gebende bauliche Gestaltung noch unübersichtliche Grundstücksgrenzverläufe können diese Feststellungen beeinträchtigen. Die Frage der Gebäudeeinheit, die sich in erster Linie nach der körperlichen bautechnischen Beschaffenheit und ferner nach der Verkehrsanschauung und natürlicher Betrachtung richtet (BGH, DNotZ 1982, 43; *Ludwig*, DNotZ 1983, 411), lässt nämlich hier keinen vernünftigen

Zweifel daran offen, dass aufgrund der objektiven Umstände (vgl. *Bauer / v. Oefele*, GBO, AT V Rdnr. 31) sämtliche in der Teilungserklärung zu Wohnungs- oder Teileigentum bzw. zu Gemeinschaftseigentum erklärten Flächen und Gebäudeteile zu dem auf dem zu teilenden Flurstück befindlichen Gebäude gehören. Dieser Rechtszustand war vor 1900 nach dem alten badischen Landrecht (551, 553 Bad. LRS) nicht anders als nach neuem Recht (BGH, DNotZ 1976, 224).

Im Hinblick auf die gebotene objektive Betrachtung (BGH, DNotZ 1976, 224) ist eine Erforschung der Absichten und der wirtschaftlichen Interessen des Erbauers zur Feststellung dieses Sachverhalts nicht erforderlich (und wegen des Zeitablaufs auch nicht mehr möglich). Im Übrigen könnte bei dem geringfügigen Überbau aufgrund der Lebenserfahrung angenommen werden, dass dem Eigentümer des zu teilenden Grundstücks kein Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt und daher der Überbau gemäß § 912 BGB entschuldigt ist (*Bauer / v. Oefele*, GBO, AT V Rdnr. 30).

Der Vollzug der Teilung in Raumeigentum wäre daher ohne weiteres veranlasst gewesen.

V.

Trotz dieser jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Sachlage meinen das Grundbuchamt und das OLG weitere Nachweise fordern zu müssen. Unterstellt man zu Gunsten der kritisierten Entscheidung, alle möglichen Zweifel seien nicht völlig ausgeräumt, so stellt sich die Frage, ob im Grundbuchverfahren der Antragsteller jeden behaupteten, jedoch in der vorliegenden Entscheidung nicht einmal dargelegten Zweifel auszuräumen hat.

Ludwig (BWNNotZ 1984, 133 ff; DNotZ 1986, 758) lässt den Grundbuchvollzug der Aufteilung auch bereits dann zu, wenn für das Grundbuchamt nicht auszuschließen ist, dass der Überbau wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Stammgrundstücks geworden ist.

Auch *Schöner / Stöber* (Grundbuchrecht Rdnr. 209a) sind der Ansicht, dass das Grundbuchamt die Beweislast dafür trage, dass durch den Vollzug der Bewilligung das Grundbuch unrichtig würde. Bloße Zweifel, ob durch die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig wird, können daher die Eintragung nicht hindern.

Es hätte nahe gelegen, wenn sich das OLG mit diesen zutreffenden Meinungen auseinander gesetzt hätte. Hierbei hätte das Gericht die Gelegenheit nutzen können, der Frage nach dem Verlautbarungscharakter des Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchs nachzugehen. Insbesondere hätte es eine Aussage zu der von *Ludwig* (BWNNotZ 1984, 133 ff) aufgeworfenen Frage geben können und müssen, ob sich die Grundbuchverlautbarungen auf die Innenbeziehungen der Raumeigentümergeinschaft beschränken oder ob der Begründung von Raumeigentum auch eine externe Rechtsqualität (wenn ja, welche?) beizumessen ist.

VI.

Das Grundbuchverfahren verfolgt das Ziel, das Grundbuch mit der wahren Rechtslage in Einklang zu halten. Die Rechtsfolge einer Unwirksamkeit des Gründungsaktes von Wohnungseigentum tritt nur dann ein, wenn Wohnungseigentum unter Einbeziehung eines überbauten Gebäudeteils, der nicht wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks, sondern des überbauten Grundstücks ist, gebildet wird (*Demharter, Rpfleger* 1983, 133, 136). Das Grundbuchverfahren verfolgt darüber hinaus aber auch das Ziel, den Grundstücksverkehr durch das Erfordernis der Eintragung nicht unzumutbar zu erschweren (*Glöhs*, Die Sachverhaltsermittlung und Beweislastverteilung im Grundbuchverfahren, Bochum 1994, S. 215).

Das Gebot, eine unzumutbare Erschwerung des Eintragungsverfahrens zu vermeiden, wird verletzt, wenn das Grundbuchamt reflexartig bei einem geringfügigen Überbau eines bestehenden Gebäudes zum Nachweis der Bestandteileigenschaft die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten des Nachbargrundstücks fordert. Auch die zusätzliche vom OLG genannte Alternative, zur Beseitigung des Eintragungshindernisses eine „rechtskräftige gerichtliche Entscheidung“ vorzulegen, kann nicht als einfaches Mittel für den Vollzug einer Teilungserklärung in Betracht gezogen werden (vgl. zu weiteren Bedenken gegen die Forderung nach einer gerichtlichen Entscheidung *Ludwig*, DNotZ 1986, 757).

Die Forderung des Grundbuchamts nach Bestellung von Grunddienstbarkeiten zum Nachweis einer Bestandteileigenschaft ist bei bestehenden Gebäuden grundsätzlich abzulehnen, selbst wenn man mit *Wicke* (DNotZ 2006, 263 f) und dem OLG von der Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB in derartigen Fällen ausgehen mag; denn der gleiche Effekt ist mit dem wesentlich einfacheren Mittel einer schlichten Nachbarerklärung über die Bestandteileigenschaft ohne Grundbucheintragung erreichbar.

Bei den Grundbuchämtern und in Teilen der Literatur und Rechtsprechung hat sich in der Folge nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart (Rpfleger 1982, 375) die Meinung gebildet, die Bestellung von Grunddienstbarkeiten sei ein probates und fast das einzige Mittel, in Fällen des Grenzüberbaus die Bestandteileigenschaft nachzuweisen. Bei der Ausgangsentscheidung des OLG Stuttgart handelte es sich um eine Tiefgarage, die sich zu einem wesentlichen Teil auf dem Nachbargrundstück befand, so dass für das Grundbuchamt nicht hinreichend klar war, zu welchem Gebäude bzw. Grundstück dieser Teil der Tiefgarage gehören sollte. Bei dieser Situation war die Bestellung einer Grunddienstbarkeit ein nahe liegendes und einfaches Mittel zum Nachweis der Einheitlichkeit des zu teilenden Grundstücks (so auch OLG Hamm, Rpfleger 1984, 98; LG Stade, Rpfleger 1987, 63; OLG Karlsruhe, DNotZ 1986, 753 m. Anm. Ludwig). In diesem Fall fehlte es an objektiven Umständen, aus denen sich eindeutig die Hauptteilsbestimmung des Gebäudes feststellen ließ (*Bauer / v. Oefele*, GBO, AT V Rdnr. 31), so dass es sich im Interesse grundbuchmäßiger Klarheit anbot, diesbezügliche Zweifel durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit „als nächstliegendes Mittel“ (OLG Hamm, Rpfleger 1984, 98) auszuräumen. Verfehlt ist es jedoch, auch

bei geringfügigen Überbauungen, insbesondere bei bestehenden Gebäuden, diese Handhabung generell zu fordern.

Es ist nämlich festzuhalten, dass die Bestellung einer Grunddienstbarkeit lediglich der Beweisführung zur Klärung eines unübersichtlichen Sachverhalts dient. Sie hat nicht den Zweck, eine materiell rechtliche Änderung der Situation herbei zu führen. Der Eintragung einer Dienstbarkeit kommt somit keine selbständige Bedeutung zu (vgl. *Ludwig*, DNotZ 1983, 411; ders. zu allgemeinen Bedenken gegen die Bestellung von Grunddienstbarkeiten in Überbaufällen DNotZ 1986, 755 ff), insbesondere hat sie keine eigentumsändernde Wirkung. Dies ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass der Bestand des einmal gebildeten Raumeigentums nicht vom Weiterbestand der Grunddienstbarkeit abhängig ist. Die spätere Löschung der Dienstbarkeit beeinträchtigt das gebildete Raumeigentum nicht in seinem Bestand.

Wenn sich das OLG auf *Wicke* (DNotZ 2006, 252, 260 ff) für seine Meinung beruft, dass in analoger Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB eine nachträgliche Grunddienstbarkeitsbestellung indiziert sei (letzter Absatz des Beschlusses), so bedarf dieses Zitat einer inhaltlichen Analyse: In seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.12.2005 (V ZR 35/05), das es ermöglicht, eine Versorgungsleitung in einem Straßengrundstück später zum Scheinbestandteil zu bestimmen und auf einen neuen Versorgungsträger zu übertragen, untersucht *Wicke* die Implikationen dieser Entscheidung für die Neubegründung der Sonderrechtsfähigkeit anderer wesentlicher Bestandteile eines Grundstücks. Im Mittelpunkt stehen private Versorgungsleitungen und deren

Umwidmung in rechtlich selbständige bewegliche Sachen sowie deren Eigentumsübergang vom Grundstückseigentümer auf einen anderen Rechtsträger. (Untersucht wird z.B. auch die Frage der Enthftung der nunmehrigen Scheinbestandteile durch Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers bei einer nachrangigen Dienstbarkeitsbestellung. DNotZ 2006, 262 f.) Die für vorliegenden Fall in Frage stehenden Gebäudeteile, nämlich ein Streifen der Umfassungswände und wenige Zentimeter Raum im Obergeschoss des Gebäudes, sind ersichtlich nicht geeignet, durch Bestellung einer Dienstbarkeit auf der Grundlage von § 95 Abs. 1 S. 2 BGB in rechtlich eigenständige bewegliche Scheinbestandteile umqualifiziert zu werden. Gerade im Hinblick auf die Ausführungen von *Wicke* hätte sich dem OLG der Schluss aufdrängen müssen, dass die vom Grundbuchamt geforderte Dienstbarkeitsbestellung verfehlt ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall allenfalls eine Erklärung der Nachbarn (bei strenger Auslegung in der Form des § 29 GBO) zu fordern gewesen wäre, aus der sich ergibt, dass aus der Sicht der Nachbarn keine Einwendungen gegen den „Überbau“ bestehen (vgl. *Bauer / v. Oefele*, GBO, AT V Rdnr. 30, Lit. b und c). Die Eintragung von Grunddienstbarkeiten zu Lasten der Nachbargrundstücke wegen der Bildung von Raumeigentum, wodurch als innerer Vorgang (vgl. *Ludwig*, BWNotZ 1984, 133 ff) die Nachbargrundstücke nicht tangiert werden, ist jedenfalls unverhältnismäßig und abzulehnen.

Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D. in Müllheim/Baden

Buchbesprechungen

Fackelmann, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, Einführung/Berechnungsbeispiele/Synopse, 547 Seiten, NOMOS Verlag, 48 €

Nachdem jetzt das Ende der Kostenordnung besiegelt ist, muss sich jeder Praktiker im Notariat sofort auf das neue Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG) umstellen und sollte dieses bereits zum 1. Aug. 2013 beherrschen. Dies ist angesichts der extrem kurzen Vorlaufzeit des neuen Gesetzes für viele Praktiker mit Sicherheit nicht zu schaffen. Auch bei bestem Willen, Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen und der geforderten konzentrierten Beschäftigung mit den Änderungen bleiben zahlreiche Fragen und Lücken, insbesondere auch bei den Regelungen, die in der Praxis nicht tagtäglich anzuwenden sind.

Deshalb ist jeder Praktiker auf verlässliche Hilfsmittel dringend angewiesen. Ein solches ist hier anzuzeigen: In der insgesamt eher knappen Einführung zum neuen Recht ist gut verständlich die Vorgeschichte und Systematik der großen Reform des Kostenrechts der Notare beschrieben, aus der aufschlussreiche Erkenntnisse gewonnen werden können. So werden gut verständlich die Strukturen des GNotKG erläutert, wobei z.B. die systematischen Neuerungen der

Zeitgebühren und der erstmals in § 126 für sehr spezielle Aufgaben zugelassenen Gebührenvereinbarung ebenso dargestellt werden wie die Grundsätze für die Bestimmung des Geschäftswerts, die keineswegs lediglich fortgeschrieben sondern grundlegend neu aufgebaut wurden. Auch wird besonders auf die neuen Rahmengebühren und die Kriterien für die Festlegung der konkreten Höhe im Einzelfall eingegangen. Selbstverständlich wird besonderer Wert auf die sehr zahlreichen sachlichen Änderungen gelegt; das Buch ist kein Lehrbuch für das Kostenrecht der Notare sondern wendet sich an Praktiker, die mit der KostO vertraut sind und sich von dieser jetzt kurzfristig auf das neue Recht umstellen müssen. Aber auch die weiteren Vorschriften z.B. über die Kostenhaftung, formellen Erfordernisse der Einforderung der Kosten (ab 1.1.2014 mit Rechtsmittelbelehrung) und der möglichen Rechtsmittel werden ausreichend und gut lesbar dargestellt.

Den weitaus größten Teil des Buches nimmt § 3 „Erläuterungen und Fallbeispiele zu einzelnen notariellen Tätigkeiten“ in Anspruch, in dem nach Sachgebieten geordnet die entstehenden Kosten für die in der notariellen Praxis vorkommenden Geschäfte dargestellt werden und für jeden Beispielfall mit Erläuterungen (oft auch für Varianten des

Falles) versehen sind. Darin sind besonders auch die neuen Gebührentatbestände wie Beurkundung einer Rechtswahl und die neuen Vorschriften über die Gebühren bei der Beurkundung mehrerer Erklärungen in einer Urkunde, insbes. auch die Gegenstands-gleichheit und -unterschiedenheit, im Zusammenhang mit verschiedenen Beispielen erläutert. Diese Zusammenstellung ist erstaunlich vielseitig und deckt damit nahezu die gesamte Praxis ab; evtl. verbleibende Lücken können auf Grund dieser Darstellung recht gut als Analogie oder auch Umkehrschluss geschlossen werden.

Wirklich unverzichtbar für den Einstieg in das Arbeiten mit dem GNotKG ist die im 3. großen Teil des Buches abgedruckte umfassende Synopse aus KostO und GNotKG, die sich dadurch auszeichnet, dass sie nach den, den Praktikern vertrauten Vorschriften der KostO angeordnet ist. Eine derartige Synopse erleichtert den Einstieg in das neue Recht ungemein und wird mit Sicherheit mittelfristig bis zur völligen Vertrautheit mit den neuen Regelungen ein unentbehrliches „Findbuch“ darstellen. Dabei ist hervorzuheben, dass jedem bisherigen Absatz der KostO die entsprechende Regelung im GNotKG zugeordnet ist wobei selbstverständlich auch vermerkt ist, was künftig wegfällt und welche neuen Regelungen ohne entsprechendes Pendant in der KostO ist. Durch die Lektüre in diese Synopse wird auch sehr deutlich, an wie vielen Punkten der Gesetzgeber in das bisherige Regelungssystem eingegriffen hat, wobei zum Aufzeigen der Unterschiede und der Auswirkungen die genannten Fallbeispiele wesentlich plastischer sind.

Die Anschaffung dieses Buches ist - auch wenn es naturgemäß nur vorübergehend im Gebrauch sein wird und nicht den gesamten Zuständigkeitsbereich der Amtsnotare in Baden-Württemberg abdeckt - dringend zu empfehlen. Die wenigen, im letzten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommenen Änderungen des neuen Rechts erscheinen so minimal, dass sie sehr leicht gesondert vermerkt werden können. Im Hinblick auf den angekündigten Termin für das Inkrafttreten des GNotKG muss die ganz geringe Unschärfe wegen dieser letzten, politischen Abstimmungen in Kauf genommen werden, damit das Buch überhaupt noch vor Inkrafttreten ausgeliefert werden kann. Auch gelegentliche Unklarheiten (wie z.B. bei dem Hinweis zu § 62 Abs. 3 KostO in der Synopse) können den im Ganzen sehr guten Eindruck nicht ernsthaft einschränken.

Dr. Immanuel Stauch, Tübingen

Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Gestaltung- Besteuerung- Muster, 6. Auflage (Februar 2012), Carl- Heymanns Verlag, ISBN 9 783452 277015, Preis: 128,00 Euro, 1498 Seiten, gebunden mit CD - Rom

Das Werk ist „vom Praktiker für den Praktiker“ geschrieben (so Krauß in seinem Vorwort). Dementsprechend zeigt Dr. Krauß in diesem Werk Rechtslagen und -Probleme, auch in steuerrechtlicher und kostenrechtlicher Hinsicht, sehr verständlich auf und findet zugleich praktische Lösungen, welche er in zahlreichen Textbausteinen, Gesamtvertragsmustern, Vollzugsmustern und sogar Informationsblättern

für die Mandanten formuliert. Die Formulierungen werden zur erleichterten Übernahme auch auf einer einfach zu handhabenden CD großzügig bereit gestellt.

Das Werk ist gut strukturiert vom Allgemeinen zum Besonderen und deckt dabei sämtliche im Notariat relevanten Gestaltungswünsche der Rechtssuchenden im Bereich der Immobilienkaufverträge in hervorragender Weise ab. Sowohl die Abwicklung eines Standardkaufvertrags, eines Bauträgervertrags als auch Besonderheiten wie z.B. der Kauf vom Insolvenzverwalter, der Erwerb einer versteigerungsbehafteten Immobilie, Ratenzahlungsvereinbarungen, Mietkauf bis hin zum Kaufvertrag auf deutsch/ englisch werden umfassend dargestellt und musterformuliert.

Das Buch bietet ebenfalls praxisnahe Ausführungen zu den „allgemeinen Besonderheiten“ wie z.B. Beteiligung von gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretern oder Fälle mit Auslandsberührung (auch mit Ausführungen zum deutsch- französischen Wahlgüterstand, Rnr. 1668).

Präzise sind auch die „Querschnittsdarstellungen“ zum Insolvenz-, Kosten- und Steuerrecht sowie zu Immobilienportfoliotransaktionen, geschlossenen Immobilienfonds und dem Sonderrecht der neuen Bundesländer.

Es wurden nicht nur die seit Stand der Voraufgabe (Dezember 2009) bis zum 22.02.2012 ergangenen Rechtssprechungen und Gesetzesänderungen, z.B. zur GbR, unter akkurater Untersuchung der Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis eingearbeitet, vielmehr greift das Fachbuch auch zahlreiche zur vorgehenden Auflage neue Themen auf. So nennt das Vorwort z.B. die Über- und Unterbauproblematik, Erläuterungen zum Notwegerecht oder die rechtssichere GbR sowie – Erbanteilsabtretung, einschließlich Abschichtung.

Detaillierte Inhaltsverzeichnisse befinden sich jeweils am Anfang der größeren Buchabschnitte. Meines Erachtens würde der Leser einzelne Themen noch schneller finden, wenn ein umfassendes Verzeichnis gleich am Anfang des Buches platziert wäre und das Stichwortverzeichnis am Ende des Buches noch ausgeweitet würde.

Zum Inhalt:

Nach Krauß kann die Rechtssprechung zur Grundbucheintragungsfähigkeit der GbR (BGH, Beschl. vom 04.12.2008) uneingeschränkt auf den nicht eingetragenen Verein übertragen werden. Dieser sei demnach im Grundbuch zu buchen als „nichtrechtsfähiger Verein, bestehend aus den Mitgliedern A, B, C“ (Rnr. 322). Dies ist konsequent, nachdem auch der nichtrechtsfähige Verein eine GbR ist.

Das dingliche Vorkaufsrecht (gleichgültig ob subjektiv dinglich oder subjektiv persönlich) besteht gemäß der gesetzlichen Vermutung des § 1097 1. HS BGB nur für den ersten Vorkaufsfall. Krauß schreibt in Rnr. 1766 richtigerweise, dass ein solches Vorkaufsrecht materiell rechtlich erloschen sei, wenn eine Sonderrechtsnachfolge vorausgegangen ist, welche kein Vorkaufsfall darstellt (z.B. Schenkung, Tausch, Erbteilsübertragung, Zwangsversteigerung etc.). Ob dann jedoch das Vorkaufsrecht allein aufgrund des Nachweises der Unrichtigkeit durch Verweis auf die in den Grundakten

verworfenen Verträge im Grundbuch gelöscht werden kann (wie vom OLG München, 18.12.2009 – 24 Wx 81/ 09, NotBZ 2010, 232 im Anschluss an OLG Zweibrücken MittBayNot 2000, 109 entschieden und im Buch unter Rnr. 1766 zitiert) kann zumindest in Frage gestellt werden. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass zeitlich vorher bereits ein den Vorkaufsfall auslösender Vertrag zustande kam, der dem Grundbuchamt gar nicht bekannt gemacht wurde. Dann wäre das Grundbuch nämlich keinesfalls unrichtig, der Vorkaufsberechtigte hätte vielmehr Vormerkungsschutz, §§ 883, 888, 1089 II BGB. Eine Löschung des Rechts ohne Bewilligung des Vorkaufsberechtigten gem. § 19 GBO wäre dann nicht möglich und erscheint deshalb im Allgemeinen riskant.

Unter Verweis auf die überwiegend anders lautende Rechtsprechung (jüngst etwa OLG Frankfurt, 13.12.2011 – 20 W 312/ 2011) und dem Hinweis darauf, dass der Grundbuchvollzug einen etwaigen Verstoß nicht heilen würde, rät Krauß jedoch dazu, dennoch die Zustimmung des neuen Verwalters einzuholen (Rnr. 1690).

Das Fachbuch hat mir – auch als Bezieher der Voraufgabe – schon sehr oft weitergeholfen. Dem Autor gilt hierfür ein herzliches Dankeschön. Ich kann jedem, der mit Immobilienkaufverträgen zu tun hat, unbedingt empfehlen, sich diese sehr lohnenswerte Anschaffung zu leisten.

Anna Fessler,
Geschäftsführerin der Notarkammer Baden-Württemberg

Moench, Dietmar; Hübner, Heinrich, Erbschaftsteuerrecht, 3. Auflage, 2012, Verlag C.H. Beck, München, ISBN 978-3-406-61891-8, XIX und 333 Seiten, 34,90 Euro.

Das ursprünglich aus der Konzeption eines mehrtägigen Seminars zur Erbschaftsteuer entstandene Lehrbuch des Verlages C. H. Beck liegt nunmehr drei Jahre nach der zweiten Auflage aus dem Jahr 2009 wieder in aktueller Form vor.

Sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf den Autorenkreis haben sich zahlreiche Neuerungen ergeben. Der Gründungsautor Dr. Gerd Albrecht ist ausgeschieden; statt dessen haben die Neuauflage nunmehr Dr. Dietmar Moench, Ministerialrat a.D. im Finanzministerium des Saarlandes, und Dr. Heinrich Hübner, Rechtsanwalt und Steuerberater in Stuttgart, bearbeitet.

Inhaltlich gliedert sich das Werk in fünf Teilbereiche, nämlich die Darstellung der Grundlagen der Erbschafts- und Schenkungsbesteuerung (Teil A), Problemfelder des Erb-

schaftsteuerrechts und des Schenkungsteuerrechts (Teil B und C), sowie die Erbschaftsteuerliche Bewertung und Steuerverschonung (Teil D) und die Unternehmensnachfolge (Teil E), also dem zentralen Regelungsgegenstand des ErbStRG 2009 (vgl. insofern Hübner, Erbschaftssteuerreform 2009, Gesetze, Materialien, Erläuterungen und hierzu Röhm/Schaal, BWNotZ 2009, 88).

Gerade mit diesem letztgenannten Bereich, der einen Umfang von mehr als einem Drittel der Gesamtdarstellung erreicht, hat das Buch gegenüber der Voraufgabe die größten Veränderungen erfahren: Hübner stellt hier instruktiv die Grundlagen der Unternehmensnachfolge dar, geht eingehend auf unterschiedliche Erwerbgegenstände und Erwerbstatbestände der Unternehmensnachfolge ein und befasst sich umfassend und anschaulich mit den sich in Ausbildung und Praxis stellenden Fragen der Bewertung des Unternehmensvermögens und dessen Besteuerung und Steuerverschonung. Dabei verbirgt er seine im Grundsatz kritische Haltung gegenüber dem gesetzgeberischen Besteuerungskonzept der Unternehmensnachfolge de lege lata nicht, sondern zeigt dezidiert Schwachpunkte des geltenden Rechts auf (vgl. z.B. Rz. 750 ff.), gibt Auslegungshilfen und entwickelt eigene Reformansätze. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang etwa Hübners an den Gesetzgebungsmaterialien orientierte Auslegung des durch das BeitrRLUmsG (BGBl. I 2011, 2592) neu gefassten § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG als eine Ergänzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, die sich bereits mit den Ländererlassen vom 14. März 2012 (BStBl. I 2012, 331) auseinandersetzt, deren Schwachpunkte aufzeigt und überwindet (vgl. Rz. 908 ff, 918). Nicht nur an dieser Stelle, sondern durchweg befindet sich die Darstellung dieses Teiles E des Buches auf aktuellem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Dies gilt im Übrigen auch für die übrigen Teile des Werkes, die allesamt ebenfalls überarbeitet und soweit erforderlich aktualisiert worden sind. Zahlreiche Beispiele erleichtern das Verständnis der Materie.

Insgesamt bietet die Publikationen einen strukturierten Überblick über das Erbschaftsteuerrecht und kann so einerseits Lesern empfohlen werden, die sich – in Ausbildung oder Praxis – erstmals den entsprechenden Regelungen gegenüber gestellt sehen. Andererseits erweist es sich an vielen Stellen derartig argumentationsfreudig und lösungsorientiert, dass es mit Sicherheit auch dem mit Erbschaftsteuerrechtlichen Fragen befassten Praktikern als wertvolle und nützliche Arbeitshilfe dienen kann. Dass sich das Buch darüberhinaus rundweg flüssig liest und vielfach aufzeigt, wie spannend das Rechtsgebiet sein kann, mag jedenfalls auch den Autoren als große Leistung zugebracht werden.

Richter am Oberlandesgericht Dr. Peter M. Röhm,
Oberlandesgericht Stuttgart

Aktuelles aus dem Steuerrecht

von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Waiblingen*

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Organisatorische Eingliederung bei umsatzsteuerlicher Organschaft

Kennzeichen der umsatzsteuerlichen Organschaft ist ein bestehendes Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen der beherrschenden Gesellschaft als Organträger und der beherrschten Gesellschaft als Organgesellschaft. Für die steuerrechtliche Anerkennung bedarf es einer finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung der beherrschten juristischen Person in den Organträger. Unbestritten ist es für das Vorhandensein einer umsatzsteuerlichen Organschaft nicht ausreichend, wenn nicht alle Eingliederungspunkte gegeben sind.¹ Fraglich war, in welchem Maß die unterschiedlichen Arten der Eingliederung ausgeprägt sein müssen. Hierzu hatte der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 07.07.2011 Stellung bezogen.² Nun mehr wurde der Umsatzsteueranwendungserlass entsprechend den Vorgaben aus der Rechtsprechung zur organisatorischen Eingliederung angepasst.³

Eine organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger entscheidet sich in den nachfolgenden Kategorien:

- personelle Verflechtung in der Geschäftsführung,
- personelle Verflechtung leitender Mitarbeiter oder
- Eingliederung ohne personelle Verflechtung.

Im Grundsatz setzt die organisatorische Verflechtung voraus, dass der Organträger seinen Willen in der Organgesellschaft durchsetzen kann und diese Möglichkeit auch tatsächlich wahrgenommen wird. Im Falle der personellen Verflechtung innerhalb der Geschäftsführung ist es ausreichend, wenn die vom Organträger gestellten Geschäftsführer die Stimmenmehrheit bei Gesamtvertretungsberechtigung stellen. Im Regelfall wird sich die Geschäftsführung ausschließlich aus gestellten Geschäftsführern zusammensetzen. In diesem Zusammenhang ist es nun mehr auch ausreichend, wenn ein leitender Mitarbeiter des Organträgers Geschäftsführer bei der Organgesellschaft ist. Es ist nicht erforderlich, dass dieser gleichzeitig Geschäftsführer beim Organträger ist.

Eine organisatorische Eingliederung ohne personelle Verflechtung wird regelmäßig anerkannt, sofern ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG abgeschlossen wurde oder eine Eingliederung i.S.d. §§ 319, 320 AktG vorliegt.

* Notarvertreter bei den Notariaten Kernen i.R. und Remshalden

1 BFH Ur. v. 29.10.2008 - XI R 74/07 DStRE 2009, 29
 2 BFH Ur. v. 07.07.2011 - V R 53/10 DStR 2011, 2044
 3 BMF- Schreiben v. 07.03.2013, Dokumentennummer 2013/0213861, Geschäftszeichen IV D 2 - S 7105/11/10001, DStR 2013, 593

Für eine organisatorische Eingliederung weiterhin unzureichend sind:

- ein Weisungsrecht resultierend aus der finanziellen Eingliederung,
- ausschließliche regelmäßige Berichterstattung an den Organträger,
- isolierte Verpflichtung zur Einholung einer Zustimmung des Organträgers bei außergewöhnlichen Geschäften und
- das Recht zur Abberufung der Geschäftsführung bei der Organgesellschaft ohne weitere personelle Verflechtung.

Der geänderte Umsatzsteueranwendungserlass bestimmt eine Übergangsfrist für die Anwendung der neuen Regelungen zur organisatorischen Eingliederung, sofern bisher von einer Organschaft ausgegangen wurde. Ab dem 01.01.2014 werden die Umsätze nach den Grundsätzen im Umsatzsteueranwendungserlass behandelt.

Bei Wegfall der Voraussetzungen für eine umsatzsteuerliche Organschaft wird die bisherige Organgesellschaft selbst Unternehmer im Umsatzsteuerrecht. Für die Bestimmung des Voranmeldezeitraumes, ist es nach einem BMF Schreiben nicht zu beanstanden, wenn die Umsätze des Organkreises aus dem abgelaufenen Kalenderjahr die Grundlage bilden.⁴ Alternierend kann auf Antrag auch eine fiktive Besteuerung der Organgesellschaft zur Bestimmung des Voranmeldezeitraumes bestimmt werden.

2. Umsatzsteuer bei Grundstückskaufverträgen

Ein Unternehmer kann für Eingangsumsätze im Zusammenhang mit Grundbesitz Vorsteuer geltend machen. Verkauft der Unternehmer diesen Grundbesitz an einen anderen Unternehmer weiter, ist dieser Vorgang entweder als sog. Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG nicht steuerbar oder nach § 4 Nr. 9a UStG umsatzsteuerfrei. Im Falle der nicht Steuerbarkeit führt der Erwerber das Vorsteuerkorrekturpotential, welche durch den möglichen nicht steuerpflichtigen Einsatz des Grundbesitzes immanent ist fort. Im Falle einer nicht steuerpflichtigen Nutzung entsteht eine Vorsteuerkorrektur zuungunsten des Eigentümers. Eine solche nicht steuerpflichtige Nutzung liegt vor, falls das Finanzamt den Verkauf des Grundbesitzes nicht als Geschäftsveräußerung im Ganzen, sondern als steuerfreien Übergang wertet. Für diesen Fall können die Vertragsparteien eine Option zur Umsatzsteuerpflicht gemäß § 9 Abs. 1 UStG vereinbaren.

4 BMF- Schreiben v. 09.04.2013, Dokumentennummer 2013/0323753, Geschäftszeichen IV D 3 - S 7346/12/10001, DStR 2013, 812

Diese Optierung verhindert die steuerschädliche Vorsteuerkorrektur beim Veräußerer.

Die Oberfinanzdirektion Frankfurt a.M. hat nun in einer Verfügung erklärt, dass es für eine wirksame Umsatzsteueroption in diesen Fällen nicht ausreichend ist, wenn die Option unter der Bedingung erklärt wird, dass keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt.⁵ Viel mehr ist es notwendig die Umsatzsteueroption unbedingt zu erklären. Kommt das Finanzamt zu dem Ergebnis, dass eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt, verbleibt es bei der Nichtsteuerbarkeit. Umsatzsteuerklauseln, die eine Berichtigung der Vorsteuer bewirken sollen, müssen nach Ansicht der OFD unbedingt erklärt werden.

Eine wirkliche Änderung zur bisherigen Rechtslage ergibt sich für den Fall der formellen Bestandskraft des Umsatzsteuerbescheids. Bis zur formellen Bestandskraft war die wirksame Option zur Umsatzsteuer jederzeit möglich. Tritt Bestandskraft ein, verhindert ausschließlich eine unbedingt erklärte Option die negative Vorsteuerkorrektur.

Für die notarielle Praxis empfiehlt es sich daher in Fällen der Umsatzsteueroption bei Grundstücksverträgen zwischen Unternehmern deutlich herauszustellen, dass eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt und des Weiteren klar zu formulieren, dass unabhängig davon eine Option zur Umsatzsteuer gemäß § 9 Abs. 1 UStG vorgenommen wird. Eine Belehrungspflicht hierrüber kann indes nach der hier vertretenden Ansicht für den Notar nicht angenommen werden.

3. Schuldzinsen für finanzierte Immobilienanschaffung als Werbungskosten

Die Schuldzinsen für fremdfinanzierte Anschaffungskosten für eine Immobilie die der Einkunftserzielung zum Beispiel durch Vermietung dient können als Werbungskosten oder ggf. Betriebsausgaben steuermindernd geltend gemacht werden.⁶ Umstritten ist, ob dies auch gilt, sofern die Immobilie zwischenzeitlich veräußert und das Darlehen zur Anschaffung noch nicht vollständig getilgt ist.

Abweichend von der bisherigen Verwaltungsauffassung hatte der BFH entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Abzug als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch nach der Veräußerung der Immobilie möglich ist.⁷ Das Bundesministerium der Finanzen hat betreffend dem zuvor genannten Urteil und bezogen auf den Sachverhalt einen Anwendungserlass herausgegeben.⁸

Ein nachträglicher Werbungskostenabzug setzt nach Ansicht der Verwaltung voraus, dass die Veräußerung der Immobilie innerhalb der Spekulationsfrist gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG

erfolgt und damit der Besteuerung unterliegt. Weitere Voraussetzung ist, dass der Veräußerungserlös zur Tilgung des noch bestehenden Anschaffungskredits nicht ausreichend ist. Insoweit wird eine Verpflichtung zur vorrangigen Schuldentilgung angenommen. Sofern die Absicht zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bereits vor der Veräußerung der Immobilie aufgegeben wurde, scheidet der Ansatz der Schuldzinsen als nachträgliche Werbungskosten ebenfalls aus.

4. Vorläufige Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags

Die Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages für die Erhebungszeiträume ab 2008 erfolgt hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Hinzurechnungen nach § 8 Abs. 1 Buchst. a, d oder e vorläufig.⁹ Durch neuerlichen gleich lautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder wird der bisherige Erlass¹⁰ aufgehoben.¹¹ Die Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages erfolgt indes weiterhin vorläufig hinsichtlich der oben genannten Hinzurechnungen. Des Weiteren hinsichtlich der Nichtabziehbarkeit der Gewerbesteuer als Betriebsausgabe. Bereits erklärte Einsprüche gegen die Festsetzung bleiben bis zu einer abschließenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ruhend gestellt.¹²

II. Gesetzliche Neuregelungen

Erbschaftsteuerbegünstigung durch eine sog. Cash-GmbH¹³

Durch die Überführung von Geldvermögen in eine GmbH, bei gleichzeitiger Wahl der Anlageform Festgeld und späterer Überführung der GmbH Anteile an den gewollten Beschenkten, besteht die Möglichkeit unbegrenzte Geldmittel zunächst schenkungssteuerneutral zu übertragen. Festgeld wurde bisher nicht als steuerschädliches Verwaltungsvermögen gewertet.

Die zuvor genannte Möglichkeit der Umgehung der Schenkungs- und Erbschaftsteuer wird durch die Einführung des Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetzes¹⁴ verhindert. Nach der gesetzlichen Neuregelung sind Finanzmittel innerhalb der Gesellschaft als schädliches Verwaltungsvermögen zu betrachten, sofern die Summe der Finanzmittel 20% des Wertes der Gesellschaft übersteigt. Verbindlichkeiten sind zur Bestimmung des Wertes der Gesellschaft abzuziehen.

5 OFD Frankfurt a.M. Verf. v. 11.03.2013, Geschäftszeichen S-7198 A - 25 - St 111, DB 2013, 967, BB 2013, 1127
6 Mensch ZNotP 2010, 96 mit weiteren Ausführungen
7 BFH Ur. v. 20.06.2012 - IX R 67/10 NJW 2012, 3470, DStR 2012, 1801
8 BMF-Schreiben v. 28.03.2013, Dokumentennummer 2013/0146961, Geschäftszeichen IV C 1 - S 2211/11/10001 :001, DStR 2013, 705

9 Mensch BWNNotZ 2013, 59
10 Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 30.11.2012, Dokumentennummer 2012/0984312, DStR 2012, 2540
11 Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 25.04.2013, DStR 2013, 920
12 BMF-Schreiben v. 16.05.2011 Geschäftszeichen IV A 3 - S 0338/07/10010, DStR 2011, 975
13 Im Nachgang zu „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ Mensch BWNNotZ 2012, 175, ders. BWNNotZ 2013, 59
14 Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz (AmtshilfeRLUmsG) v. 26.06.2013 BGBl. I 2013, 1809

Eine reine Festgeldkonto GmbH ist damit für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuerumgehung nicht mehr geeignet.

Die Gesetzesänderung gilt rückwirkend für alle Sachverhalte nach dem 07.06.2013. Dies markiert den Beschluss im Bundesrat. Für die zuvor bereits übertragenen sog. Cash-GmbHs ändert sich durch die Einführung des Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz nichts. Zu beachten bleibt, dass Ausschüttungen an die Gesellschafter innerhalb der Siebenjahresfrist zur Nachversteuerung führen können, sofern damit Überentnahmen verbunden sind. Überentnahmen sind regelmäßig dann gegeben, wenn geleistete Einlagen und zuzurechnende Gewinne überschritten werden.

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhof

Grunderwerbsteuer

1. Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch den Veräußerer

In den Fällen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bemisst sich gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Grunderwerbsteuer nach der Gegenleistung i.S.v. § 9 Abs. 1 GrEStG. In dem nachstehenden Sachverhalt war zum Einen fraglich, ob die Grunderwerbsteuerbemessungsgrundlage verringert wird, wenn der Veräußerer die Erwerbsnebenkosten trägt und zum Anderen ungeklärt, ob eine bestandskräftige Steuerfestsetzung nach § 16 Abs. 3 GrEStG in diesem Fall geändert werden kann.

Der Kläger hatte dem Verkäufer den Kauf einer Eigentumswohnung angeboten. Der Verkäufer nahm das Angebot fristgerecht an. Gegenstand des notariellen Vertrages war unter Anderem eine Bestimmung, wonach sich der Verkäufer verpflichtete dem Erwerber die Erwerbsnebenkosten zu erstatten, sofern dieser die Finanzierung des Erwerbs bei einem inländischen Kreditinstitut sichergestellt hat. Die Sicherstellung der Finanzierung war daneben auch Voraussetzung zur wirksamen Annahme des Angebots. Die Anschaffungsnebenkosten, darunter die Notargebühren, die Grunderwerbsteuer und die Kosten der Grundschuldbestellung erstattet der Veräußerer dem Erwerber vertragsgemäß. Der Erwerber beantragte daraufhin beim Finanzamt die bestandskräftige Grunderwerbsteuerfestsetzung gemäß § 16 Abs. 3 GrEStG dergestalt zu verringern, dass die Erwerbsnebenkosten von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden.

Das Finanzamt und in der weiteren Folge auch das Finanzgericht lehnten eine Neufestsetzung der Grunderwerbsteuer mit der Begründung ab, dass durch die Verpflichtung zur Übernahme der Erwerbsnebenkosten ein eigenständiger vom Grundstückskaufvertrag und der Gegenleistung zu trennender Anspruch begründet worden ist.¹⁵ Der Bundesfinanzhof gab der hiergegen gerichteten Revision statt.¹⁶

Ein Anspruch auf Anpassung der Grunderwerbsteuerfestsetzung nach § 16 Abs. 3 GrEStG scheidet indes aus. Nach § 16 Abs. 3 GrEStG kann die Steuerfestsetzung geändert werden, sofern die Gegenleistung nachträglich, zum Beispiel auf Grund einer Minderung im Sinne von § 437 BGB herabgesetzt wird. Eines gesetzlichen Grundes für die Herabsetzung bedarf es nicht. Die Herabsetzung ist innerhalb von 2 Jahren berücksichtigungsfähig.

In diesem Fall erkannte der BFH keinen Fall der nachträglichen Herabsetzung der Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage bestimmt sich aus der im Vertrag vereinbarten Gegenleistung. Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass der Kläger seine Gegenleistung in voller Höhe für einerseits den Erwerb des Grundeigentums und andererseits für den Erhalt des Erstattungsanspruchs bezogen auf die Erwerbsnebenkosten aufgewendet hat. Der Erwerb des Erstattungsanspruchs hinsichtlich der Erwerbsnebenkosten stellt keinen Grunderwerbsteuerlichen Vorgang dar und ist von der Bemessungsgrundlage des Grunderwerbsteuerlichen Erwerbs des Grundbesitzes abzuziehen. Der Erstattungsanspruch ist ein auf Geld gerichteter Anspruch und damit bestimmbar. Eine genaue Bestimmung des Erstattungsanspruchs war zum Zeitpunkt der Angebotsannahme noch nicht möglich.

Der Rechtsboden für die Erstattung ist hier nach Ansicht des BFH nicht nachträglich, sondern bereits in der Angebotsurkunde gelegt worden. Durch die Verknüpfung der wirksamen Annahme mit der Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung und der im Angebot enthaltenden Bestimmung zur Erstattung der Anschaffungsnebenkosten war die Erstattungsverpflichtung bereits im Zeitpunkt der Annahme wirksam begründet. Der Bundesfinanzhof hält es, anders als noch das Finanzgericht, nicht für nötig, dass die Vertragsparteien in der notariellen Erwerbsurkunde festhalten, dass durch die Übernahme der Erwerbsnebenkosten die Anschaffungskosten für den Erwerber insgesamt gemindert sind. Dies ergibt sich durch die Abänderung der dispositiven Vorschrift in § 448 Abs. 2 BGB.

Wegen der klaren gesetzlichen Regelung in § 9 Abs. 3 GrEStG wirkt sich die Übernahme der Grunderwerbsteuer durch den Veräußerer nicht mindernd auf die Bemessungsgrundlage und damit die Festsetzung der Grunderwerbsteuer aus.

2. Mittelbare Änderung im Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft

Gehört zum Vermögen einer inländischen Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung dieses Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft.

In dem durch den Bundesfinanzhof entschiedenen Sachverhalt war im Ergebnis fraglich, ob eine mittelbare Änderung im Gesellschafterbestand bei einer mehrstöckigen Beteiligung von Kapitalgesellschaften nur auf der jeweiligen Ebene der einzelnen Kapitalgesellschaft zu betrachten ist.

¹⁵ Sächsisches Finanzgericht Ur. v. 25.05.2011 - 4 K 205/07 DStRE 2012, 1275

¹⁶ BFH Ur. v. 17.04.2013 - II R 1/12 DStR 2013, 1130

Bei einer grundstücksbesitzenden GmbH & Co. KG hielt die Komplementär GmbH 6% der Beteiligung am Vermögen der KG. Einziger Kommanditist war eine AG. Diese AG übertrug ihren Anteil von 94% an der GmbH & Co. KG an eine andere GmbH. Gesellschafter des Komplementärs war eine weitere GmbH. Diese wiederum war eine 100% Tochter einer weiteren AG (AG 2). Die AG 2 übertrug die Hälfte Ihrer Beteiligung an der Mutter GmbH bezogen auf die Komplementär GmbH an einen Dritten, der seinerseits an der AG 2 beteiligt war. Die verbleibenden 50% an der Mutter GmbH wurden von der AG 2 auf eine andere Tochter GmbH übertragen.

Das Finanzamt und das Finanzgericht erkannten in dieser Konstruktion einen grunderwerbsteuerlichen Vorgang i.S.v. § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG.¹⁷ Sie stützten ihre Ansicht auf die Verwirklichung einer mittelbaren Änderung im Gesellschafterbestand durch die Übertragung der verbleibenden 50% Beteiligung von der AG 2 an die Tochter GmbH der AG 2. Der Bundesfinanzhof dagegen folgte den Argumenten der Klägerin und verneinte eine mittelbare bzw. unmittelbare Änderung im Gesellschafterbestand der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft von mindestens 95% innerhalb von 5 Jahren.¹⁸

Für die Beurteilung des Sachverhalts eindeutig wurde ein Wechsel von 94% im Gesellschafterbestand durch die Übertragung des Kommanditanteils angenommen. Weiterhin unstrittig ist, dass alle relevanten Übertragungen innerhalb von 5 Jahren stattgefunden haben.

Der Bundesfinanzhof hat sich vor der Entscheidung eine Stellungnahme des Bundesministeriums der Finanzen eingeholt in dieser Stellungnahme wird die Verwaltungsmeinung zur Beurteilung des vorangestellten Sachverhalts dargestellt. Demnach kann grundsätzlich auch eine mittelbare Änderung im Gesellschafterbestand Grunderwerbsteuer i.S.v. § 1 Abs. 2a GrEStG auslösen. Gesellschafter einer grundbesitzenden Personengesellschaft können neben natürlichen Personen auch juristische Personen und weitere Personengesellschaften sein.

Sind weitere Personengesellschaften Gesellschafter entsteht eine mehrstöckige Personengesellschaft. Für die Beurteilung der Änderung in der Beteiligungsstruktur werden die Personengesellschaften als transparent betrachtet. Im Ergebnis werden nur Veränderungen der Gesellschafter in der letzten Ebene betrachtet. Sind hingegen Kapitalgesellschaften Gesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft, so beurteilt die Verwaltung jede Beteiligungsebene getrennt.¹⁹ Die Transparenz der Kapitalgesellschaft reicht damit nur bis zur jeweils nächsten Kapitalgesellschaft.

Der Ansicht der Verwaltung folgend stellt die Übertragung der verbleibenden 50% Beteiligung an der AG 2 die Vollen- dung eines vollständigen Gesellschafterwechsels bei derjenigen GmbH dar in deren Eigentum sich die Anteile an der Komplementär GmbH befinden. Daraus folgend haben insgesamt mehr als 95% der Anteile an der grundbesitzenden Personengesellschaft einen neuen Eigentümer.

Kurz zusammengefasst betrachtet der BFH die getätigten Übertragungen wirtschaftlich. Dabei lässt er die Übertragung an den Dritten außer Acht, da diese zum Einen nicht von Finanzamt begründend für den Grunderwerbsteuerbescheid herangeführt wurde und Andererseits nur der vollständige Eigentümerwechsel auf der Ebene der Kapitalgesellschaft einen mittelbaren Wechsel im Bestand der Eigentümer der grundbesitzenden Personengesellschaft bedeuten kann.

Bei der wirtschaftlichen Betrachtung kommt der BFH zu dem Ergebnis, dass durch die Übertragung der restlichen Anteile an der GmbH an eine weitere Tochter GmbH der AG 2 keine Änderung in der Gesellschafterstruktur erfolgte. Wirtschaftlich kontrolliert die AG 2 noch immer 50% der Anteile an der GmbH, die ihrerseits 100% der Anteile an der Komplementär GmbH hält, die wiederum 6% Beteiligung an der GmbH & Co. KG hat. Der BFH vertritt die Ansicht, dass die mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes, anders als die unmittelbare Änderung stets nur nach wirtschaftlichen Erwägungen zu betrachten ist. Wirtschaftliche Erwägungen führen hierbei zu der Annahme, dass eine Verschiebung der Beteiligung von einer 100%igen Tochtergesellschaft zu einer anderen 100%igen Tochtergesellschaft gerade keine mittelbare Änderung im Gesellschafterbestand begründen kann.

Des Weiteren lässt sich nach Meinung des BFH keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung bei mehrstöckigen Personen- und Kapitalgesellschaften finden, wie sie der Erlass der Finanzverwaltung vorsieht. Grunderwerbsteuerrechtlich sind Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften jeweils selbständige Rechtsträger. Für eine rechtliche Unterscheidung lassen sich dem Grunderwerbsteuergesetz keine Ansätze entnehmen.

Unabhängig von der Frage, ob und wann eine Stellungnahme der Finanzverwaltung erfolgt, ist diese Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs mit seiner restriktiven Auslegung des § 1 Abs. 2a GrEStG zu begrüßen. Sie bietet dem rechtlichen Gestalter innerhalb eines Konzernverbundes oder anderer mehrstöckiger Konstruktionen mehr Möglichkeiten Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, unabhängig von deren eigener Beteiligung an grundbesitzenden Personengesellschaften zu übertragen. Im Ergebnis wird damit eine Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften im Hinblick auf § 1 Abs. 2a GrEStG erreicht. Dies ist strukturell möglicherweise nicht geboten, da es im Hinblick auf eine Kapitalgesellschaft grundlegend anders zu erreichen und zu beurteilen ist, wie und ob sich der Gesellschafterbestand ändert. Es ist dem BFH hier zuzugestehen, dass der Bestimmtheitsgrundsatz vom Normgeber verlangt, die Rechtsvorschriften so genau zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. In diesem Fall lässt sich für die Ansicht der Finanzverwaltung im Gesetz kein Anhaltspunkt finden.

17 FG Düsseldorf Ur. v. 03.02.2010 - 7 K 1410/09 EFG 2010, 1240

18 BFH Ur. v. 24.04.2013 - II R 17/10 DStR 2013, 1280

19 Gleichlautender Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder v. 25.02.2010, BStBl. I 2010, 245

Erbschaft- und Schenkungsteuer

Erbschaftsteuerliche Gleichbehandlung von Geschwistern mit Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern

Der Bundesfinanzhof²⁰ hatte die Fragen zu klären, ob es von Verfassungen wegen geboten ist Geschwister mit eingetragenen Lebenspartner oder Ehegatten gleich zu behandeln, wenn die konkreten Lebensumstände vergleichbar sind und ob es gerechtfertigt ist, dass die Personen in Steuerklasse II mit denen in Steuerklasse III zum fraglichen Zeitpunkt 2009 in den Steuersätzen gleichgestellt waren. In dem entschiedenen Sachverhalt lebten fünf Geschwister in, von der Vorinstanz anerkannter²¹, lebenslanger Haushalts- und Versorgungsgemeinschaft. Keines der Geschwister war verheiratet oder verpartnert. Kinder hatte ebenfalls kein Geschwisterkind. Vielmehr lebten die Geschwister, den Sachverhaltsangaben folgend, ihr erwachsenes Leben lang in Haushaltsgemeinschaft. Folgerichtig haben die Geschwister einen gemeinsamen Erbvertrag geschlossen, indem sie alle anderen Geschwister zu gemeinschaftlichen Erben erklärten.

Der Bundesfinanzhof hat im Ergebnis eine Gleichbehandlung anhand der tatsächlichen Lebenssituation verneint. Dem Gesetzgeber steht im Steuerrecht eine Typisierungsbefugnis zu. Typisierung bedeutet, bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Den Rahmen dieser Typisierung hat der Gesetzgeber im Falle der Geschwister nicht überschritten. Es ist nach Ansicht des BFH zu berücksichtigen, dass es sich bei dem im Sachverhalt bestehenden engen räumlichen Zusammenleben der Geschwister um eine tatsächliche Ausgestaltung der Lebensführung handelt, die keiner rechtlichen Verfestigung unterliegt. Folgerichtig unterliegt diese tatsächliche Lebensführung fast ausnahmslos keiner familienrechtlichen, erbrechtlichen oder steuerlichen Regelung oder Vergünstigung im Vergleich mit anderen Lebensführungen zwischen entfernt verwandten oder auch nicht verwandten Personen.

Der BFH hat mit diesem Urteil die Vorinstanz gestützt. Diese hatte noch verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Gleichbehandlung von Personen der Steuerklasse II mit Personen der Steuerklasse III im Veranlagungsjahr 2009 geäußert. Diese Bedenken werden vom Bundesfinanzhof nicht geteilt. So ist es gemäß dem BFH nicht verfassungswidrig,

dass die Steuerklasseneinteilung in § 15 Absatz 1 ErbStG an die bürgerlich-rechtlichen Vorgegebenheiten von Ehe, (eingetragener) Lebenspartnerschaft, Verwandtschaft und Schwägerschaft und nicht an tatsächliche Umstände wie etwa das Bestehen einer Lebensgemeinschaft anknüpft.

Für die Beratungspraxis bedeutet dies, dass bei ähnlichen oder vergleichbaren tatsächlichen Lebensmodellen darauf hinzuweisen ist, dass jeder Erbgang zur Besteuerung des auch ursprünglich ererbten Vermögens führt und damit eine gesetzgeberisch gewollte Kumulation eintritt. Eine Änderung der Rechtsprechung des BFH ist nur zu erwarten, falls solche tatsächlichen auf Einstand und gegenseitiger Fürsorge gerichtete Lebensmodelle vermehrt auftreten und daher durch den Gesetzgeber nicht mehr als hinzunehmende Härtefälle im Rahmen der Typisierung deklariert werden können.

IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Abfindungszahlungen im Rahmen von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen, die keinen Zinsanteil für überlassenes Kapital enthalten unterliegen nicht der Einkommensteuer.²²
2. Ein einkommensteuerlicher Verlustvortrag kann vom Erben nur bei wirtschaftlicher Belastung geltend gemacht werden. Diese ist nicht gegeben, wenn die ursächlichen Schulden lediglich das Erbe mindern.²³
3. Die wechselseitige Vermietung von Wohnungen durch nahestehende Personen (Poolvermietung) vor dem dominierenden Hintergrund des Werbungskostenabzugs stellt im Einzelfall eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung nach § 42 AO dar.²⁴
4. Überschreiten der sog. Drei-Objekt-Grenze hin zum gewerblichen Grundstückshandel auch bei Notverkauf möglich.²⁵
5. Grunderwerbsteuerrechtlich liegt beim Erwerb eines Gesamterbbaurechts ein einheitlicher Erwerbsgegenstand vor.²⁶
6. Nach Begründung eines gewerblichen Grundstückshandels kann die Überführung mehrerer Wohnungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine steuerliche Entnahme von Betriebsvermögen darstellen.²⁷

20 BFH Ur. v. 24.04.2013 - II R 65/11 DStR 2013, 1128; Anm. Mensch NWB-EV 2013, 234

21 FG Köln Ur. v. 16.01.2011 - 9 K 3197/10 DStRE 2012, 1010

22 BFH Beschl. v. 26.03.2013 - VIII B 157/12 BFH/NV 2013, 934 (NV)

23 BFH Beschl. v. 22.05.2013 - IX B 185/12 BeckRS 2013, 95334

24 BFH Ur. v. 22.01.2013 - IX R 18/12 BeckRS 2013, 95183

25 BFH Ur. v. 27.09.2012 - III R 19/11 DStRE 2013, 710

26 BFH Ur. v. 24.04.2013 - II R 53/10 BeckRS 2013, 95431

27 BFH Beschl. v. 29.05.2013 - X B 254/12 BeckRS 2013, 95509

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

