

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

Notar Achim Falk,
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,
Karlsruhe

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

7/2004

November
Seiten 129 - 152

Inhalt

Abhandlungen

Gehweiler
Erbchaftsteuer verfassungsmäßig 129

Weidenmann
Neuere Rechtsprechung des BGH
zur Haftung und Vollstreckung bei der
Gesellschaft bürgerlichen Rechts 130

Gehweiler
Steuerrechtsecke 142

Rechtsprechung 143

Buchbesprechungen 150

Erbschaftsteuer – verfassungsmäßig (!?)

(von Wolfgang Gehweiler Mittelsteinbach¹⁾)

Mit Beschluß vom 24.10.2001 warf der Bundesfinanzhof (BFH) die Frage auf, ob das seit 01.01.1996 geltende und auf die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes vom 23.05.1995 basierenden Erbschaftsteuergesetz verfassungsmäßig ist.

Diesem Beschluß lag folgender Sachverhalt zugrunde:

1994:

erwarb der Erblasser eine Eigentumswohnung.

1996:

erfolgte die vollständige Fertigstellung dieser Eigentumswohnung.

Juni 1997:

Die Auflassung bzgl. dieser Eigentumswohnung vom Verkäufer auf den Käufer wurde erklärt.

Juli 1997:

verstarb der Käufer der Eigentumswohnung.

August 1997:

die Eigentumsumschreibung auf die Erben des Käufers erfolgte.

Durch Bescheid stellte das Finanzamt fest, daß auf die Erben nicht die Immobilie (mit dem Grundbesitzwert) übergegangen sei, sondern der Eigentumsverschaffungsanspruch – und setzte somit den Kaufpreis der Eigentumswohnung mit dem Nominalwert an.

Im Mai 1998:

Einspruch der Erben des Käufers wurde seitens des Finanzamtes verworfen.

Im Mai 1999:

Finanzgericht setzte die Erbschaftsteuer antragsgemäß herab, weil Gegenstand des Erwerbs letztendlich die Immobilie sei – und damit ist der Grundbesitzwert und nicht der Kaufpreis der Eigentumswohnung steuerlich relevant.

Juli 1999:

Das Finanzamt ging in die Revision.

Der BFH drückte in seinem Beschluß vom 24.10.2001 aus², daß ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG vorliegen und insoweit die §§ 19, 10, 12 ErbStG sowie die in Bezug genommenen Vorschriften des Bewertungsgesetzes, außerdem die §§ 13 a und 19 a ErbStG verfassungswidrig sein könnten, weil § 19 ErbStG die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge vorsieht, den ungekürzten Abzug der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden zuläßt, die in der Unterbewertung liegende Privilegierung des Immobilienvermögens keinen Nachversteuervorbehalt vorsieht und Betriebsvermögen im Sinne der §§ 13 a und 19 a ErbStG begünstigt seien gegenüber dem Privatvermögen.

Insgesamt neun Punkte listete der BFH in seiner Begründung auf:

1. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG wegen Unterbewertung eines bestimmten Vermögens könnte vorliegen, denn bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Rechtsnormen im vorliegenden Fall stellt sich dem Senat die Frage, ob die Vorschriften der §§ 19, 10, 12, 13 a ff. Bewertungsgesetz, §§ 13 a, 19 a ErbStG insofern verfassungswidrig sind, als § 19 die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge vorsieht, obwohl Betriebsvermögen, bebauter und unbebauter Grundbesitz, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und nichtbörsennotierte Anteile an Kapitalgesellschaften infolge unvollständiger Erfassung einer unter den Verkehrswerten liegenden Bewertung und besonderen Vergünstigungen nur mit einem Teil ihrer Verkehrswerte eingehen und das übrige Vermögen mit den Verkehrswerten gem. § 9 Bewertungsgesetz anzusetzen sei.

2. Nichtverfassungskonform könnte auch die Unterbewertung nicht börsennotierter Anteile an Kapitalgesellschaften sein, da diese mit dem gemeinen Wert anzusetzen sind, jedoch durch die Übernahme der Steuerbilanzwerte zu einem Absinken des Bewertungsniveaus um etwa 1/3 führt³. Mönch geht deshalb von einer durchschnittlichen Erfassungsquote von nur rund 65 % des Verkehrswertes aus bei Ansatz der Steuerbilanzwerte.

3. Kritisch beleuchtet wird auch die Unterbewertung des bebauten Grundbesitzes, da dieser nach § 12 Abs. 3 ErbStG mit dem Grundbesitzwert anzusetzen ist. Hier führt der BFH aus, daß nach einer Kaufpreisuntersuchung der Finanzverwaltung aus dem Jahre 1998, die auf der Grundlage des Ertragswertverfahrens nach § 146 Abs. 2 ff. Bewertungsgesetz ermittelten Werte für bebaute Grundstücke im Durchschnitt nur etwa die Hälfte des Verkehrswertniveaus erreichen⁴. Hauptgrund dieser Unterbewertung sieht der BFH hauptsächlich in der Anwendung einer einheitlichen Vervielfältigung von 12,5 auf alle Bewertungsfälle, der den tatsächlichen unterschiedlichen Verhältnissen wie Nutzung, Ausbauzustand und Lage nicht gerecht wird. Der BFH greift hier die Äußerung von Seer auf, der festgestellt hat: „mit einer sach- und realitätsgerechten Typisierung der Grundstückswerte hat dies schlicht weg nichts mehr zu tun. Es handelt sich vielmehr um einen gleichheitswidrigen Akt legislativer Willkür“⁵.

4. Mißfallen erregt beim BFH auch die Unterbewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens, denn nach den Erhebungen erreicht der Grundbesitzwert rund 10 % der Verkehrswerte. Grundsätzlich hat der Gesetzgeber einen Freibetrag von DM 500.000,-, einen Bewertungsabschlag von 40 % sowie die Tarifbegrenzung ab 01.01.1996 eingeführt. Diese Vergünstigungen bewirken in ihrer Kumulation,

¹ Württ. Notariatsassessor; tätig in der Kanzlei Menold Bezler, Stuttgart.

² Deutsches Steuerrecht 2001 Seite 2112 ff.

³ vgl. Mönch, Kommentar zur Erbschaft- und Schenkungsteuer 31. Aktualisierung Dezember 2000.

⁴ vgl. hierzu Wolf, Deutsches Steuerrecht 1997 Seite 349 ff.

⁵ Im gleichen Sinne Bareis – Der Betrieb 1996 Seite 1153 ff.

daß der Erwerb von land- und forstwirtschaftlichen Vermögen im allgemeinen keine Steuer mehr auslöst und der Anteil am Steueraufkommen aus dem Erwerb land- und forstwirtschaftlichen Vermögens von zuvor 0,4 % nach der Neuregelung fast gleich Null ist.

5. Weiteres Mißfallen erregt die Unterbewertung des Betriebsvermögens, da die weitgehende Übernahme der Steuerbilanzwerte bei der Bewertung des Betriebsvermögens auch für erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche Zwecke angeordnet ist. Dies führt zu einer Reduzierung von 1/3 des Verkehrswertes bei Betriebsvermögen. Ab dem 01.01.1996 beträgt das Wertniveau für Betriebsvermögen wegen der erhöhten Grundbesitzwerte für Betriebsgrundstücke durchschnittlich ca. 58 % des Wertes, der zum Betriebsvermögen gehörenden Sachwerte. Betriebsvermögensfreibetrag von DM 500.000,- sowie der Bewertungsabschlag von 40 % erweitert die Privilegierung des Betriebsvermögens.

6. Verfassungswidrig könnte auch die Kumulationswirkung aus Unterbewertung, Freibetrag und Bewertungsabschlag sein:

Der BFH führt aus, daß die Vergünstigungen (Unterbewertung, Freibetrag und Bewertungsabschlag) in ihrer Kumulation dazu führen, daß der Erwerb von Betriebsvermögen bis zu einem Wert von DM 2,6 Mio. bis DM 3 Mio., (ca. Euro 1,5 Mio.), nunmehr völlig steuerfrei sein kann. In den verbleibenden Fällen der Steuerpflicht wird von der Steuer nur noch ein geringer Bruchteil des Verkehrswertes des übergegangenen Betriebsvermögens erfaßt. Einer Schätzung des Bundesfinanzministeriums zufolge werden aus der Besteuerung des Erwerbs von Betriebsvermögens voraussichtlich nur noch 5 % des Aufkommens an Erbschaftsteuer fließen. Diese weitgehende Begünstigung von Betriebsvermögen wird in der Literatur als verfassungsrechtlich bedenklich (sog. Über-Privilegierung) bezeichnet, vgl. statt

vieler die im Beschluß aufgeführten Quellen Tipke/Lang – Steuerrecht – 16. Auflage § 13 Randziffer 151 ff.

7. Verfassungswidrig könnte dann auch der ungekürzte Abzug der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden sein, nämlich dahingehend, daß die Aktivposten im Rahmen des § 10 ErbStG wie vorgenannt privilegiert werden, die Verbindlichkeiten aber mit dem Nominalbetrag abziehbar sind.

8. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit haben die Richter des BFH auch in der Vergünstigung nach § 13 a und § 19 a ErbStG, welche an die Rechtsform anknüpft, denn durch einfache Rechtsformwahl kann sich (jeder) Steuerpflichtige den Vergünstigungsbereich verschaffen. § 13 a, § 19 a ErbStG hängen ausschließlich davon ab, ob es sich um Betriebsvermögen handelt. Insbesondere gelten die Vergünstigungen auch für die sog. gewerblich geprägte Personengesellschaften.

9. Die früheren Nachteile, die bei der Einbringung von Grundbesitz oder anderen Privatvermögen in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft bzw. in eine vermögensverwaltende GmbH im Bereich der Ertrag- und Besitzsteuer in Kauf genommen mußten, sind hier durch den Wegfall der Gewerkekapitalsteuer, durch die pauschalierte Anrechnung der Gewerbesteuer auf tarifliche Einkommensteuer ab 2001 und durch die erweiterte Steuerverstrickung auch im Privatvermögen gehaltenen Grundstücke zwischenzeitlich entfallen.

In Summe gesehen kam der Senat des BFH deshalb zur Auffassung, die Erbschaftsteuerregelungen, wie vorgenannt, vom Bundesverfassungsgericht überprüfen zu lassen.⁶

⁶ vgl. hierzu auch die Anmerkungen von Hübner – Deutsches Steuerrecht 2001 Seite 2193 ff. –

Neuere Rechtsprechung des BGH zur Haftung und Vollstreckung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

(von Holger Weidenmann, Bezirksnotar in Filderstadt)

Übersicht

A. Einleitung

B. Haftung der GbR

- I. Abgrenzung von Außen und Innengesellschaft
- II. Schuldner der Verbindlichkeiten ist primär die GbR
- III. Akzessorische Haftung der Gesellschafter entsprechend § 128 HGB; organschaftliche Vertretung der GbR
 1. Entsprechende Anwendung von § 128 HGB, Abschied von der Doppelverpflichtungslehre
 2. körperschaftliche Strukturen der GbR; entsprechende Anwendung von § 31 BGB
 3. Zurückweisungsrecht des Vertragspartners mangels Nachweis der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers
 4. Keine GbR-mbH
 5. Vertrauensschutz von Gesellschaftern geschlossener Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften
 6. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters
 7. Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altschulden der GbR

C. Vollstreckung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

- I. Immobilizarzwangsvollstreckung gegen die GbR
 1. Zum Vergleich: Vollstreckung gegen Handelsgesellschaften
 2. neue BGH-Rechtsprechung zur Vollstreckung gegen BGB-Gesellschaft
 3. Zustellung an die GbR
- II. GbR als Gläubiger der Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek
 1. Eintragung aller Gesellschafter als Gläubiger
 2. Eintragung des geschäftsführenden Gesellschafters bei Prozeßstandschaft
- III. Forderungspfändung
 1. Pfändung einer Forderung oder eines Rechts, das der GbR zusteht
 2. GbR als Drittschuldner
- IV. Pfändung des GbR-Anteils
 1. Grundsätzliches
 2. Pfändung des GbR-Anteils

V. Insolvenz

1. Insolvenz der GbR
2. Insolvenz des Gesellschafters

A. Einleitung

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren grundsätzlichen Entscheidungen seit 1999 die Haftungsverhältnisse in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden „GbR“) völlig neu beurteilt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist mit dem Urteil vom 07.04.2003¹ zur Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altschulden zu einem vorläufigen Abschluß gekommen. Die Haftungsverhältnisse der GbR als Außengesellschaft sind heute weitgehend denen in der offenen Handelsgesellschaft gleichgestellt. Die Gesellschafter der GbR haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft akzessorisch und gesamtschuldnerisch entsprechend § 128 HGB.

Daneben ist durch die Anerkennung der Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR auch im Vollstreckungsrecht eine völlig neue Rechtslage eingetreten.

Diese Rechtssprechungsänderungen haben nicht lediglich Wirkung für die Zukunft, sondern beschreiben aufgrund besserer Erkenntnis, was schon immer richtig war². Mit anderen Worten: Die GbR war schon immer rechtsfähig, es hat bisher nur noch niemand gewußt.

Im Zusammenhang mit der Neuausrichtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind folgende Gesetzesänderungen zu sehen:

- § 14 Abs. 2 BGB: Definition der rechtsfähigen Personengesellschaft, als Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen;
- § 736 Abs. 2 BGB: Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters wie bei Handelsgesellschaften;
- § 105 Abs. 2 HGB: Öffnung der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft (oHG, KG) auch für Kleingewerbetreibende und vermögensverwaltende Gesellschaften;
- § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB³: Eintragung der GbR als Kommanditistin einer KG unter Nennung aller Gesellschafter der GbR und Berichtigung bei Gesellschafterwechsel („verkapptes GbR-Register“)⁴
- §§ 191, 226 Umwandlungsgesetz: Fähigkeit der GbR, neuer Rechtsträger bei Umwandlungen zu sein;
- § 11 Abs. 2 Nr. 1 Insolvenzordnung: Insolvenzfähigkeit der GbR.

Diese gesetzgeberischen Maßnahmen gingen der Rechtsprechung des BGH teilweise voraus, sind aber teilweise auch eine Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des BGH (so die Änderung von § 736 Abs. 2 BGB und § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB). Es ist eine deutliche Wechselwirkung zwischen der rechtsprechenden und der gesetzgebenden Gewalt zu beobachten.

¹ BGH II ZR 56/02, DNotZ 2003, S. 765

² Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, Randnr. 145.6

³ als Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des BGH vom 16.07.2001, II ZB 23/00

⁴ Heil DNotZ 2002, 60, der die Gesetzesänderung kritisch als „eiligste Nachbessern (...) ohne überzeugende Gesamtlösung“ bezeichnet.

B. Haftung der GbR

Für die GbR stellt sich das Haftungsmodell nunmehr wie folgt dar.

1. Abgrenzung von Außen und Innengesellschaft

Zu unterscheiden ist zunächst die Außengesellschaft von der Innengesellschaft. Außengesellschaft ist jede Gesellschaft, die nach außen am Rechtsleben teilnimmt, etwa durch Bildung von Gesellschaftsvermögen. Innengesellschaften sind solche, die nicht nach außen in Erscheinung treten (bspw: die Ehegatteninnengesellschaft, bei der nur ein Ehegatte Eigentümer eines Grundstückes ist, der andere Ehegatte aber nach der Planung der Eheleute an den Wertveränderungen des Grundstückes teilnehmen soll, ohne daß dies nach außen erkennbar ist⁵. Innengesellschaften sind dem römisch rechtlichen Modell⁶ folgend als reine Schuldverhältnisse strukturiert. Im folgenden werden nur die Rechtsverhältnisse der Außengesellschaft diskutiert. Nur diese waren Gegenstand der Rechtsprechung.

II. Schuldner der Verbindlichkeiten ist primär die GbR

Wurde im Namen der Gesellschaft eine Verbindlichkeit begründet so war bisher umstritten, ob die Gesellschaft selbst oder nur die Gesellschafter verpflichtet sind.

Bsp.: (nach BGH, Urteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00) (=DNotZ 2001, 234 oder NJW 2001, 1056)

Die GbR war eine Wechselverbindlichkeit eingegangen. Der Wechselgläubiger hatte die GbR verklagt. Für die Zulässigkeit der Klage war formell erforderlich, daß die GbR parteifähig ist. Dies setzt die materiellrechtliche Rechtsfähigkeit voraus (§ 50 Abs. 1 ZPO). Für die Begründetheit der Klage war wiederum erheblich, ob die Gesellschaft selbst oder aber nur die Gesellschafter Schuldner der Wechselverbindlichkeit sind.

Für den BGH ist die GbR sowohl rechts- als auch parteifähig. Schuldner der Verbindlichkeiten der GbR ist die Gesellschaft selbst. Dies gilt sowohl für vertragliche, als auch für gesetzliche Verbindlichkeiten. Der BGH gibt damit nach eigenen Worten „der von Gierke im 19. Jahrhundert begründeten und von Flume in die moderne Diskussion eingeführten Auffassung den Vorzug, daß die Gesellschaft selbst Träger der Rechte und Pflichten ist“. Der Streit um die Rechtsnatur der Gesamthand ist somit für die Außen-GbR zugunsten einer eigenen Rechtspersönlichkeit entschieden. Dies gilt nicht nur – wie zuvor schon in der Literatur gefordert – für die unternehmenstragende GbR⁷, sondern für jede Art der Außengesellschaft.

III. Akzessorische Haftung der Gesellschafter entsprechend § 128 HGB; organschaftliche Vertretung der GbR**1. Entsprechende Anwendung von § 128 HGB, Abschied von der Doppelverpflichtungslehre****a) gesamtschuldnerische Haftung**

Werden im genannten Beispiel der Wechselverbindlichkeit anstelle der Gesellschaft die Gesellschafter in Anspruch genommen, so haften diese persönlich und gesamtschuldnerisch neben der GbR, und zwar in entsprechender Anwendung des § 128 HGB.

⁵ zur Anerkennung einer solchen Ehegatteninnengesellschaft trotz Gütertrennung und deren Auseinandersetzung vgl. BGH Urteil vom 30.06.1999, DNotZ 2000, S. 514

⁶ zum Wesen der römischen *societas* siehe Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 8. Auflage, S. 329

⁷ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, S. 1769

Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist nichts neues. Neu ist vielmehr die Begründung: Die traditionelle Gesamthandslehre sah das Gesamthandsvermögen als unselbständiges Sondervermögen an und ging davon aus, daß nur die Gesellschafter selbst Vertragspartner werden. Es entstünde eine einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung, nämlich zum einen mit Wirkung gegen die Gesellschafter und zum anderen mit Wirkung gegen das gesamthänderisch gebundene Vermögen der Gesellschaft (Doppelverpflichtungslehre⁸). Auch der BGH hat noch im Jahre 1992 die entsprechende Anwendung von § 128 HGB auf die GbR abgelehnt⁹, seine frühere Rechtsprechung in der Entscheidung vom 29.01.2001 jedoch ausdrücklich aufgegeben:

„Soweit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftet, entspricht das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters derjenigen bei der OHG.“ (amtlicher Leitsatz).

Diese akzessorische Haftung gilt nicht nur bei der Erfüllungshaftung (hier aus dem Wechselvertrag), sondern auch bei Vertragsverletzungen, Verbindlichkeiten aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Delikt¹⁰ sowie bei anderen gesetzlichen Verpflichtungen, wie Steuerverbindlichkeiten.¹¹

b) akzessorische Haftung

Die Gesellschafter haften zwar untereinander gesamtschuldnerisch, im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft liegt jedoch kein Gesamtschuldverhältnis vor¹². Die akzessorische Haftung des Gesellschafters im Verhältnis zur Gesellschaft ähnelt vielmehr der eines Bürgen. Der Gesellschafter kann deswegen gegen die Forderung alle Einwendungen geltend machen, die auch der Gesellschaft zustehen und ist nicht nur auf die in §§ 422 bis 424 BGB genannten Einwendungen (Erfüllung samt Surrogaten, Erlaß, Gläubigerverzug) beschränkt¹³. Der Gesellschafter haftet stets auf Erfüllung wie die Gesellschaft selbst. Sonderprobleme kann dies aufwerfen, wenn die Gesellschaft verpflichtet ist, eine Willenserklärung abzugeben (etwa Erklärung der Auflassung) und sie diese Verpflichtung nicht erfüllt. Die Klage des Gläubigers gegen die haftenden Gesellschafter ist dann nicht auf Abgabe der Willenserklärung zu richten, sondern auf Geldersatz¹⁴.

2. körperschaftliche Strukturen der GbR; entsprechende Anwendung von § 31 BGB auf die GbR

a) Anwendbarkeit von § 31 BGB

Umstritten war bisher auch die entsprechende Anwendung von § 31 BGB auf die GbR. Die Regelung besagt, daß der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den ein Vorstandsmitglied durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung verursacht. Die Vorschrift gilt für alle juristischen Personen,¹⁵

wird aber auch auf die oHG und die KG angewandt.¹⁶ Die entsprechende Anwendung auf die GbR wurde vom BGH zwischenzeitlich bejaht:

Urteil vom 24.02.2003, ZR II 385/99 (=NJW 2003, 1445-1447):

Der geschäftsführende Gesellschafter einer grundstücksverwaltenden GbR hatte durch sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) von einer Bank die Auszahlung einer Bürgschaftssumme an die GbR veranlaßt. Da der geschäftsführende Gesellschafter insolvent geworden war wurden die übrigen Gesellschafter der GbR auf Rückzahlung des zu unrecht gezahlten Bürgschaftsbetrages in Anspruch genommen.

Der BGH stellt klar: Die GbR haftet für ein deliktisches Verhalten ihrer geschäftsführenden Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 31 BGB, also wie der Verein für das Handeln seines Vorstandes. Die Gesellschafter wiederum haften akzessorisch für die Verbindlichkeiten der GbR. Das Urteil spricht hierbei interessanterweise ausdrücklich von den geschäftsführenden Gesellschaftern als „Organmitglieder“ und betont, daß die frühere Auffassung des Gerichts¹⁷, wonach die GbR für eine entsprechende Anwendung des § 31 BGB nicht „ausreichend körperschaftlich“ organisiert sei, nunmehr aufgegeben ist. Das Urteil stärkt zugleich die im Schrifttum¹⁸ vertretene These von der organschaftlichen Vertretung der GbR:

Wenn der Verband fähig ist, selbst Rechte zu erwerben, muß er auch selbst handeln können. Hierzu braucht er einen organschaftlichen Vertreter. Die Vertretung der Gesellschaft beruht nicht – wie nach früherer Ansicht – auf einer Vollmacht der jeweiligen Mitgesellschafter. Vielmehr muß es sich bei der Vertretung der GbR – wie auch bei den Personenhandelsgesellschaften – um organschaftliche Vertretung handeln¹⁹. Vertretungsberechtigte Organe sind die geschäftsführenden Gesellschafter. Wenngleich noch nicht jeder Zweifel beseitigt ist, ist wohl kaum damit zu rechnen, daß zumindest der II. Senat des BGH der These von der organschaftlichen Vertretung für die GbR nicht folgt²⁰.

b) Vertretung der GbR nach außen

Es ist somit von folgendem Vertretungsmodell der GbR auszugehen:²¹

● **gemeinschaftliche Vertretung durch alle Gesellschafter**
Mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag sind alle Gesellschafter gemeinschaftlich befugt, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen (§ 709 BGB) und die Gesellschaft nach außen Dritten gegenüber zu vertreten (arg. § 714 BGB).

● **Möglichkeit der Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis**

Der Gesellschaftsvertrag kann abweichend von der gesetzlichen Regelung Einzelvertretungsbefugnis erteilen.

⁸ zur früheren Doppelverpflichtungslehre s. statt anderer Hueck, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. S. 60 ff.

⁹ BGHZ 117, S. 168 = NJW 1992, S. 1615

¹⁰ BGH Urteil vom 24.02.2003, II ZR 385/99, =NJW 2003, 1445-1447

¹¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 1791

¹² BGH, Urteil vom 18.05.1998, II ZR 380/96 DNotI-Report 17/1998

¹³ Zum Unterschied zwischen akzessorischer und gesamtschuldnerischer Haftung s. Medicus, Schuldrecht II, 11. Aufl. 2003, Randnr. 800

¹⁴ so Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 1423 für die akzessorische Haftung des oHG-Gesellschafters

¹⁵ MüKo/Reuter, § 31 BGB, Randnr. 11

¹⁶ BGH NJW 52, 538

¹⁷ BGHZ 45, 311 aus dem Jahre 1966

¹⁸ Palandt/Sprau, BGB 62. Aufl., § 714 Randnr. 1; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. § 10 II, S. 254;

¹⁹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 257

²⁰ unentschieden insoweit: Medicus, Schuldrecht II, 11. Aufl. 2003, Randnr. 490, der die bisherige Doppelverpflichtungslehre noch als gleichwertig neben der vom BGH geschilderten Akzessorietätshaftung darstellt und von „Teilrechtsfähigkeit“ der GbR spricht.

²¹ ebenso: Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, Teil I Randnr. 145.3 mit Hinweis auf Ulmer in MüKo, 3. Aufl., § 714 BGB

● **Ausschluß von Gesellschaftern von Geschäftsführung und Vertretung**

Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, daß nur einzelne Gesellschafter geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sind, so sind die anderen Gesellschafter von der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft Dritten gegenüber ausgeschlossen. Mitgliederwechsel der Gesellschafter haben auf die Vertretungsbefugnis keinen Einfluß, es sei denn, die in dem Beitritt des neuen Gesellschafters liegende Änderung des Gesellschaftsvertrags würde zugleich auch eine Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung beinhalten. Hier empfiehlt sich bei Gestaltung von Beitritten neuer Gesellschafter eine entsprechende Klarstellung. Wird die Regelung des Gesellschaftsvertrages über Geschäftsführung und Vertretung anlässlich des Beitritts eines neuen Gesellschafters nicht geändert, so braucht der neu eingetretene Gesellschafter keine „Vollmacht“ an den geschäftsführenden Gesellschafter erteilen oder dessen Vertretungsbefugnis ausdrücklich bestätigen. Die Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters als Organ des Verbandes wirkt unmittelbar gegen die Gesellschaft und wegen der akzessorischen Haftung der Gesellschafter mittelbar auch gegen die jeweiligen Mitglieder des Verbandes. Aus dem Gesichtspunkt des sichersten Weges wird der Notar bis zu einer endgültigen Klärung der Rechtsnatur der Vertretung durch den BGH jedoch darauf hinwirken, daß der beitretende Gesellschafter eine vom Gesetz abweichende Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters ausdrücklich bestätigt.

● **Selbstorganschaft**

Nach dem Prinzip der Selbstorganschaft können vertretungsberechtigte Organe nur Mitgesellschafter sein. Die Gesellschaft kann für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zwar Vollmacht auch an Nichtgesellschafter erteilen, was aber die Vertretungsmacht der Gesellschafter für die GbR nicht ausschließt oder verdrängt.

Die Erteilung von Prokura ist hingegen mangels Kaufmanneigenschaft der GbR nicht möglich. Wie der BGH in den hier genannten Entscheidungen jedoch immer wieder betont, vollzieht sich bei der gewerblich tätigen GbR der Übergang zur oHG fließend außerhalb des Handelsregisters, sobald das Unternehmen nach Art oder Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§§ 105 Abs. 2, 1 Abs. 2 HGB). Die Gesellschaft ist dann zur Handelsregisteranmeldung verpflichtet (§§ 106, 29 HGB). Die Eintragung im Handelsregister ist für das Entstehen der oHG nicht konstitutiv. Mit dem Übergang zur oHG ist auch Prokuraerteilung möglich.

3. Zurückweisungsrecht des Vertragspartners mangels Nachweis der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers

Für erhebliche Verunsicherung über die Rechtsnatur der Vertretung der GbR sorgte noch die Entscheidung des Landwirtschaftssenates des BGH vom 09.11.2001, LwZR 4/01²²:

Die GbR war Pächterin eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Der geschäftsführende Gesellschafter hatte das Pachtverhältnis gekündigt. Der Eigentümer hatte die Kündigung mit der Begründung zurückgewiesen, der Geschäftsführer habe seine Vertretungsmacht nicht durch Vollmacht nachgewiesen (§ 174 BGB).

Der Senat hat entschieden, daß die Kündigung unwirksam war und die Zurückweisung der Erklärung mangels Vollmachtsnachweis zurecht erfolgt sei. Begründet wird die Entscheidung damit, daß eine Zurückweisung bei gesetzlicher Vertretung ausscheidet, bei einer auf Vollmacht gestützten Vertretung hingegen möglich ist. Hierbei wird jedoch entscheidend darauf abgestellt, daß die organschaftliche gesetzliche Vertretung von juristischen Personen und Handelsgesellschaften in ein öffentliches Register (Handels-, Vereinsregister) eingetragen wird. Dem Geschäftsgegner muß hier kein Zurückweisungsrecht eingeräumt werden, weil das öffentliche Register für jedermann einsehbar ist. Mangels Registrierung der GbR hat der Geschäftsgegner hier jedoch keine Möglichkeit, von der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers verlässlich Kenntnis zu nehmen, wenn der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht nicht nachweist. Der Senat spricht deswegen von einer „Situation (...)“, die der von § 174 BGB entspricht.“ Die Entscheidung liefert also bei genauer Betrachtung keinen Hinweis darauf, daß dieser Senat des BGH die organschaftliche Vertretung bei der GbR generell ablehnt.²³ Trotzdem zeigt die Entscheidung, daß die Folgen der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR selbst von den verschiedenen Senaten des BGH noch nicht einheitlich beurteilt werden.

4. Keine GbR-mbH

a) keine Haftungsbeschränkung durch Aufnahme im Gesellschaftsvertrag

Durch die akzessorische Gesellschafterhaftung entsprechend § 128 HGB und die organschaftliche Vertretung der GbR erklärt sich auch die Absage des BGH an die GbR mit beschränkter Haftung:

Urteil vom 27.09.1999 – II ZR 371/98 (=DNotZ 2000, S. 135 ff.):

Die GbR hatte eine Betonbrechanlage gemietet. Da die Gesellschaft nicht leistungsfähig war, nimmt die Klägerin die Gesellschafter persönlich auf Zahlung des Mietzinses in Anspruch. Die Gesellschafter wenden ein, daß im Gesellschaftsvertrag zwar Einzelvertretungsbefugnis für einen Gesellschafter erteilt war, diese jedoch darauf beschränkt war, ausschließlich das Gesellschaftsvermögen zu verpflichten.

Der BGH verneint die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch einseitige Erklärung des Handelnden oder bloße Aufnahme des Zusatzes „mit beschränkter Haftung“ im Namen der Gesellschaft bzw. im Gesellschaftsvertrag.

Die Entscheidung hängt eng mit der Rechtsnatur der Vertretung der GbR zusammen:

Gründet sich die Vertretung der Gesellschaft auf einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht der Mitgesellschafter im Sinne von §§ 164 ff. BGB, wären Beschränkungen dieser Vollmacht vom Rechtsverkehr hinzunehmen: Den Umfang einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht kann der Vollmachtgeber schließlich selbst bestimmen.

Anders bei organschaftlicher Vertretung: Beschränkungen der Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Organs mit Außenwirkung werden von Gesetzes wegen bei den Personenhandelsgesellschaften und den Kapitalgesell-

²² BGH LwZR 4/01, =DNotZ 2002, S. 533

²³ So offenbar auch Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, Teil I Randnr. 145.3

schaften nicht geduldet (§ 126 Abs. 2 HGB, § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 27 Abs. 2 Satz 1 GenG).

Eine Beschränkung der Vertretungsmacht organschaftlicher Vertreter wird allenfalls für den Vereinsvorstand zugelassen (§ 26 Abs. 2 BGB). Eine Beschränkung der Vertretungsmacht des GbR-Geschäftsführers hätte also über eine entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 2 BGB zwar begründet werden können, war vom BGH aber nicht gewollt: der BGH wollte keine neue Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung ohne garantiertes Haftkapital zulassen. Dem ist zuzustimmen, nachdem zwischenzeitlich geeignete Rechtsformalternativen auch für die vermögensverwaltende oder die Kleinunternehmer-GbR zur Verfügung stehen (s. unten lit. e).

b) Rechtentwicklungen außerhalb Deutschlands

Die Rechtentwicklung in Europa konnte der BGH indes nicht aufhalten: Daß ausländische Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung ohne Mindeststammkapital wegen der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union zwischenzeitlich auch in Deutschland Fuß fassen können zeigen die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in Sachen „Centros“²⁴, „Überseering“²⁵ und „Inspire-Art“²⁶. Die Rechtsprechung des BGH²⁷, der bei Sitzverlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft ohne Mindeststammkapital nach Deutschland eine Personengesellschaft mit unbeschränkter Haftung entstehen lassen will dürfte nach dem Urteil in Sachen „Inspire-Art“ vor dem EuGH wohl keinen Bestand haben, wenn nicht ein offensichtlicher Mißbrauchsfall vorliegt.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Diskussion um die Rechtsnatur der Personengesellschaften im Ausland bereits viel weiter als in Deutschland ist:

in den Ländern der romanischen Rechtskreise werden die offene Handelsgesellschaft und die KG teilweise als juristische Personen bezeichnet (vgl. für Frankreich Art. 5 des Gesetzes sur les sociétés commerciales). Nach Art. 116 des spanischen *codigo commercial* ist die Handelsgesellschaft (*sociedad commercial*) juristische Person. Noch weiter geht Art. 1669 des spanischen *codigo civil*, der sogar die *sociedad civil* als juristische Person bezeichnet, es sei denn daß der Gesellschaftsvertrag vor Dritten geheim gehalten worden ist.

Damit lassen sich auf einfache Art und Weise die mit dem Gesamthandseigentum verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten vermeiden. Das aus dem gemeinen Recht stammende²⁸ und dem römischen Recht noch unbekanntes Gesamthandseigentum²⁹ begegnet uns in den romanischen Rechtsordnungen vor allem bei der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft.

²⁴ EUGH, DNotZ 1999, 593 „Centros“: Die Zweigniederlassung einer in England gegründeten *private limited by shares* (Ltd.) kann auch in Dänemark eingetragen werden.

²⁵ EUGH, DNotZ 2003, 139 „Überseering“: eine in den Niederlanden gegründete Kapitalgesellschaft *besloten vennootschap* (B.V.) ist bei Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland rechtsfähig. Bei Ermittlung des anwendbaren Rechts gilt die Gründungstheorie, nicht die Sitztheorie.

²⁶ EuGH, DNotZ 2004, S. 55 „Inspire Art“: Gesetzliche Vorschriften in den Niederlanden, die einer englischen Ltd. bei Sitzverlegung in die Niederlande ein Mindeststammkapital aufzwingen sind unwirksam.

²⁷ BGH, Urteil vom 01.07.2002, II ZR 380/00, (=DNotZ 2003, 145)

²⁸ am deutlichsten ausgeprägt im *common law* etwa in den Vereinigten Staaten im Form der *joint tenancy* (Peter Hay, *Law of the United States*, Beck Verlag, 2002, S. 169)

²⁹ Honsell, *Römisches Recht*, 5. Aufl. S. 57

Schwieriger ist die Rechtsstellung der Personengesellschaften in Italien: einerseits behandelt Art. 13 i.V. mit Art. 2247 ff. des italienischen *codice civile*, sowohl die Kapitalgesellschaften als auch die Personengesellschaften (*società semplice*, *società in nome collettivo* und *società in accomandita semplice*) unter dem Titel „von den juristischen Personen“. Andererseits sollen die Personengesellschaften vermögensmäßig eine Zwischenstellung zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Kapitalgesellschaft einnehmen³⁰. Das Gesellschaftsvermögen ist von dem der Gesellschafter getrennt und steht den Gläubigern zur Verfügung (Art. 2267 c.c.). Der einzelne Gesellschafter kann keine Teilung des Gesellschaftsvermögens verlangen (Art. 38 c.c.). Es handelt sich um eine Gesamthandsgemeinschaft germanischen Typs.³¹ Die Gesellschafter haften zwar solidarisch und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden, können jedoch den Gläubiger zunächst auf das Gesellschaftsvermögen verweisen (Art. 2268 c.c. bzw. Art. 2304 c.c.). Haftungsbeschränkungen sind bei der Handelsgesellschaft (*società in nome collettivo*) unwirksam (Art. 2291 Abs. 2 c.c.), bei der einfachen Gesellschaft (*società semplice*) nur wirksam, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurden. Die Haftungsbeschränkung ist unwirksam, wenn sie dem Dritten nicht mit geeigneten Mitteln bekannt gemacht wurde (Art. 2267 Abs. 2 c.c.). Für die *società in nome collettivo* besteht die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (Art. 2200 c.c.); auch die *società semplice* kann in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 7 Abs. 2 Nr. 9 des Gesetzes vom 7. Dezember 1995 Nr. 581).

In Österreich hat der Gesetzgeber im Jahre 1990 neben den Personenhandelsgesellschaften die Erwerbsgesellschaft als unternehmenstragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts geschaffen. Diese sind in das Handelsregister einzutragen. In der Rechtsform der Kommandit-Erwerbsgesellschaft ist auch eine Haftungsbeschränkung erreichbar.

c) Möglichkeit der ausdrücklichen Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung

Der BGH stellt in der Entscheidung vom 27.09.1999 – II ZR 371/98 (=DNotZ 2000, S. 135 ff.) jedoch klar, daß durch ausdrückliche vertragliche Individualvereinbarung sehr wohl eine Haftungsbeschränkung erreicht werden kann.

Langenfeld³² empfiehlt deswegen, bei Vereinbarung von Einzelvertretungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung des Geschäftsführers zu statuieren, bei rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Diese Beschränkung wirkt jedoch nicht von selbst nach außen. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung läßt die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter dem Vertragspartner gegenüber unberührt, begründet jedoch Schadensersatzansprüche der Gesellschafter gegen den Geschäftsführer und stellt einen wichtigen Grund zur Abberufung des Geschäftsführers dar (§ 712 Abs. 1 BGB).

Für die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Gesellschaft samt notarieller Belehrung schlage ich folgende Formulierung vor (Typ: Familiengesellschaft zwischen Vater und Kindern; zum Geschäftsführer wird der den Grundbesitz einbringende Vater bestellt):

³⁰ Edizione Simone, *Manuali Giuridici*, Nr. 5, *Istituzioni di Diritto Privato*, S. 88

³¹ Edizione Simone, *Manuali Giuridici*, Nr. 5, *Istituzioni di Diritto Privato*, S. 425

³² Langenfeld/Gail, *Handbuch der Familienunternehmen*, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, I. Teil Randnr. 145.8

§ 9**Geschäftsführung, Vertretung**

(1) Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so sind grundsätzlich jeweils zwei Geschäftsführer gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

(2) Die Gesellschafterversammlung kann einem oder mehreren Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis erteilen und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen. Die Gesellschafter sind verpflichtet, dem Geschäftsführer in diesem Fall auf Verlangen einen entsprechenden Nachweis der Vertretungsmacht in der Form des § 29 Grundbuchordnung zu erteilen.

(3) Zum ersten Geschäftsführer wird bestellt: Der Gründungsgesellschafter V. Dieser ist stets einzelvertretungsbefugt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Er kann ohne seine Zustimmung nur aus wichtigem Grund abberufen werden.

(4) Für die Geschäftsführer gilt im Innenverhältnis zu den Gesellschaftern folgende Beschränkung ihrer Befugnisse:

Jeder Geschäftsführer ist verpflichtet, bei Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft mit Dritten die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter auszuschließen und die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Ein Verstoß gegen diese Beschränkungen im Innenverhältnis stellt stets einen wichtigen Grund zur Abberufung des Geschäftsführers dar. Weitere Rechte der Gesellschafter bleiben unberührt.

§ 18**Hinweise des Notars**

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß

- a) die Gesellschafter persönlich und gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften,
- b) die in § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags vorgesehene Haftungsbeschränkung beim Handeln der Geschäftsführer ausdrücklich vertraglich mit den Vertragspartnern vereinbart werden muß und nicht von selbst greift und
- c) für gesetzliche Verbindlichkeiten eine Haftungsbeschränkung nicht möglich ist.

d) unbeschränkbare Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten der GbR

Die Möglichkeit der ausdrücklichen vertraglichen Haftungsbeschränkung versagt jedoch zwangsläufig bei gesetzlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft:

Bsp.: (nach Urteil des Bundesfinanzhofes, NJW 1990, S. 2086):

Eine gewerblich tätige GbR war Umsatzsteuer schuldig geblieben. Das Finanzamt nahm die Gesellschafter persönlich in Anspruch. Der BFH bejaht die persönliche Haftung, begründet sie aber noch unrichtig mit § 427 BGB, der jedoch eine vertragliche Vereinbarung voraussetzt. Mit der analogen Anwendung von § 128 HGB läßt sich die Haftung unschwer begründen. Die Möglichkeit einer Haftungs-

beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen entfällt jedoch, weil es für das Entstehen der Steuerschuld keines Vertrages der Gesellschafter mit dem Finanzamt bedarf.

e) Haftungsbeschränkung durch Rechtsformwahl

Nachdem das Handelsregisterreformgesetz vom 22.06.1998 auch vermögensverwaltenden Gesellschaften und Kleinunternehmern den Weg in das Handelsregister geöffnet hat (vgl. § 105 Abs. 2 HGB)³³ besteht für diese Gesellschaften nunmehr die Möglichkeit, problemlos in die Gesellschaftsform der Kommanditgesellschaft zu wechseln, worauf Karsten Schmidt³⁴ völlig zu Recht hinweist. Eine vollständige Haftungsbeschränkung läßt sich hier durch die GmbH & Co. KG erreichen. Die vor 1999 für viele Gesellschaften bürgerlichen Rechts bestehende Notwendigkeit der Haftungsbeschränkung mangels einer Rechtsformalternative ist somit entfallen.

f) Rechtsformzwang für die gewerblich geprägte Personengesellschaft

Nachdem eine Haftungsbeschränkung bei der GbR nicht mehr zugelassen wird, steht für die gewerblich geprägten Personengesellschaften nunmehr nur noch die Rechtsform der GmbH & Co. KG zur Verfügung³⁵. Gewerblich geprägte Personengesellschaften sind nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz Gesellschaften,

- die kein Gewerbeunternehmen betreiben (negative Abgrenzung zur gewerblichen Personengesellschaft)
- bei denen ausschließlich Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind
- und bei denen nur diese Kapitalgesellschaften, oder Personen die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind.

Die Wahl der gewerblich geprägten Personengesellschaft ist meist steuerlich motiviert:

Gewerblich geprägte Personengesellschaften haben Betriebsvermögen. Die Vererbung von Anteilen an einer gewerblich geprägten Personengesellschaft ist erbschaftsteuerlich begünstigt (§§ 13 a, 19 a ErbschaftsteuerG). Die Vergünstigung erstreckt sich auch auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Betriebsgrundstücke.³⁶

Ertragsteuerlich sind die Gewinnanteile des Gesellschafters (vorausgesetzt er ist „Mitunternehmer“ im steuerlichen Sinne) Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EinkommensteuerG). Mitunternehmer ist, wer zivilrechtlich Gesellschafter ist, Mitunternehmerinitiative entwickeln kann und ein Mitunternehmerisiko bei entsprechender Gewinnchance trägt. Maßstab für die Mitunternehmerinitiative ist das Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrecht des Kommanditisten im Sinne des Handelsrechts. Keine Mitunternehmerschaft liegt vor, wenn das Stimm- sowie das Widerspruchsrecht durch den Gesellschaftsvertrag faktisch ausgeschlossen ist³⁷.

Bei der unentgeltlichen Übertragung des Betriebs oder eines Mitunternehmeranteils führt der Erwerber die Buchwerte des Veräußerers fort (§ 6 Abs. 3 Einkom-

³³ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1359 spricht von nicht-gewerblichen offenen Handelsgesellschaften

³⁴ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1796

³⁵ Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, I. Teil Randnr. 145.7

³⁶ Meincke, Erbschaftssteuergesetz, 13. Aufl. § 13 a Randnr. 18 a

³⁷ Stobbe, Steuern kompakt, 3. Aufl. Januar 2004, S. 118

mensteuerG)³⁸. Freilich besteht bei Veräußerung von Betriebsvermögen die Gefahr der Aufdeckung stiller Reserven.

Soll das Vermögen der GmbH & Co. KG Privatvermögen bleiben, so muß die gewerbliche Prägung im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EinkommensteuerG dadurch aufgebrochen werden, daß neben der Komplementär-GmbH eine natürliche Person geschäftsführungsbefugt wird³⁹. Diese weitere natürliche Person muß nicht persönlich haftender Gesellschafter sein, sondern kann auch ein Kommanditist sein. § 164 HGB ist insoweit abdingbar. Da Geschäftsführung nur das Innenverhältnis des Dürfens der Geschäftsführungsmaßnahme gegenüber den Mitgesellschaftern betrifft ist es unschädlich, daß der geschäftsführende Kommanditist die Gesellschaft nicht organschaftlich nach außen vertreten kann.

5. Vertrauensschutz von Gesellschaftern geschlossener Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften

Die akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft wäre für Gesellschafter von geschlossenen Immobilienfonds oder von Bauherrengemeinschaften, die quasi die Funktion von Kapitalsammelstellen haben, ein unerträgliches Risiko.

Bsp.: (nach BGH Urteil vom 21.01.2002 – II ZR 2/00 (=DNotZ 2002, S. 805)

In einer GbR waren 150 Gesellschafter zusammengeschlossen, die für ca. 2,4 Mio DM ein Anwesen sanieren wollten um es anschließend zu vermieten. Nach dem Gesellschaftsvertrag sollten die Gesellschafter den Gläubigern gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Die Gesellschaft hatte bei einer Bausparkasse ein Darlehen von 247.000,- DM aufgenommen. Die Bausparkasse nimmt die Gesellschafter persönlich und gesamtschuldnerisch in Anspruch.

Der BGH bestätigt seine Auffassung, daß die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften und prüft zunächst, ob eine individual vertragliche Haftungsbeschränkung erfolgt ist. Dies war nicht der Fall. Der BGH gewährt Gesellschaftern in Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften trotzdem aus Gründen des Vertrauensschutzes (§ 242 BGB) eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Diese Haftungsbeschränkung kann auch durch formularmäßige Abbedingung der persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung erfolgen. Rechtstechnisch wird dies – wie Langenfeld anschaulich darstellt⁴⁰ – durch eine umgekehrte Ausübungskontrolle⁴¹ erreicht: Der Gläubiger kann sich nicht auf die Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung berufen, mit der Folge, daß die Haftungsbeschränkung greift.

Zum selben Ergebnis wie der BGH kommt auch Karsten Schmidt⁴², der eine pro rata Haftung der Bauherren dadurch konstruiert, daß bei richtiger Vertragsauslegung nicht die Gesellschaft, sondern lediglich die Gesellschafter verpflichtet worden seien, und diese die gesamtschuldnerische

Haftung ausgeschlossen und Teilschuldnerschaft vereinbart hätten. Dieser Vertrauensschutz gilt auch für künftige Bauherrengemeinschaften, nicht jedoch für künftige Immobilienfonds. Für neu zu gründende Immobilienfonds dürfte nach der Entscheidung somit die GbR als Rechtsform wohl nicht mehr in Frage kommen, was von den Grundbuchämtern sehr begrüßt wird: In der Praxis sind Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR mit mehr als 5000 im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern anzutreffen.

Daß die vom BGH gewählte Konstruktion der Ausübungskontrolle für die Gesellschafter sehr unzuverlässig ist zeigt gerade die zitierte Entscheidung, in welcher der BGH die Haftungsbeschränkung wegen der Besonderheiten des konkreten Falles zwar allen anderen Gläubigern gegenüber, nicht jedoch der Bausparkasse gegenüber zugesteht.

6. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

Der aus der GbR ausgeschiedene Gesellschafter haftet gem. § 736 Abs. 2 BGB⁴³ in Verbindung mit § 160 HGB im Ergebnis 5 Jahre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft⁴⁴. Es handelt sich um eine von Amts wegen zu beachtende Ausschußfrist, die konstruktiv zu einer Enthaltung des ausgeschiedenen Gesellschafters führt und nicht lediglich zu einer Verjährungseinrede. Die Neufassung von § 736 Abs. 2 BGB deutet die Annäherung des Haftungsmodells der GbR an die Handelsgesellschaften bereits an.

Motiviert durch das Nachhaftungsgesetz aus dem Jahre 1994 hat der BGH auch seine Rechtsprechung zur Nachhaftung bei Dauerschuldverhältnissen korrigiert:

BGH, Urteil vom 27.09.1999, II ZR 356/98

Die GbR hatte einen Steuerberatungsvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, der mit dreimonatiger Kündigungsfrist kündbar war. Der Steuerberater nahm den ausgeschiedenen Gesellschafter A auch für solche Honoraransprüche in Anspruch, die nach dessen Ausscheiden fällig wurden. A wendet ein, er hafte nicht, da die Verbindlichkeiten „bei seinem Ausscheiden noch nicht begründet waren“ (§ 160 Abs.1 Satz 1 HGB).

Der BGH stellt klar, daß A dennoch haftet: „Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits im Vertrag selbst angelegt, mit der Folge, daß diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluß als entstanden anzusehen sind, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später fällig werden.“

Der BGH hat hiermit die unter früherem Recht entwickelte „Kündigungstheorie“ aufgegeben, mit der die Rechtsprechung die nach altem Recht zeitlich unbeschränkte Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters korrigierte: der Gläubiger könne das Dauerschuldverhältnis kündigen, sobald er vom Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt. Unterläßt er die Kündigung, weil es ihm auf die Leistungsfähigkeit des Ausgeschiedenen nicht ankommt, so kann er den Ausgeschiedenen auch nicht mehr in Anspruch nehmen. Für diese Korrektur sieht der BGH jetzt kein Bedürfnis mehr.

³⁸ Einzelheiten zum Steuerrecht s.: Gail in Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, Teil II Randnr. 598

³⁹ Wälzholz, MittBayNot 2003, S. 39

⁴⁰ Langenfeld, DAI-Skript zur Festveranstaltung am 30.11.2002, S. 116 = Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen, 29. Ergänzungslieferung, September 2003, Teil I, Randnr. 145.6

⁴¹ Zur Ausübungskontrolle bei Eheverträgen Hahne, DNotZ 2004, S. 93

⁴² Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1789

⁴³ § 736 Abs. 2 BGB neu eingefügt durch Art. 4 Nr. 2 des Gesetzes vom 18.03.1994 (BGBl. 560)

⁴⁴ Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl. § 736 Randnr. 11

Die durch die geänderte Rechtsprechung für den ausgeschiedenen Gesellschafter verbundene Härte bezeichnet der BGH als vom Gesetzgeber gewollt und zumutbar.

7. Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altschulden der GbR

Die entsprechende Anwendung von §§ 128, 130 HGB auf die GbR hatte auch Folgen für die Haftung des neu in eine GbR eingetretenen Gesellschafters für die Altverbindlichkeiten:

Der Abschied von der Doppelverpflichtungslehre bringt mit sich, daß ein neu in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter nicht nur dann für die Altschulden der Gesellschaft haftet, wenn er ausdrücklich durch Vertrag in die Haftung einbezogen wurde. Vielmehr haftet der neu Eintretende stets akzessorisch entsprechend § 130 HGB auch für die Altschulden.

Bsp.: nach BGH, Urteil vom 07.04.2003 BGH II ZR 56/02, (=DNotZ 2003, S. 765)

Die Mandantin einer Rechtsanwaltssozietät (in der Rechtsform der GbR) hatte einen Honorarvorschuß von DM 172.500 ohne Rechtsgrund geleistet. Für die Rückzahlung nimmt sie einen später neu in die Sozietät eingetretenen Rechtsanwalt in Anspruch.

Der BGH stellt klar, daß ein neu in eine GbR eingetretener Gesellschafter grundsätzlich auch für die bereits vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist das Gegenstück zum fehlenden garantierten Haftkapital bei der GbR. Da der neu Eintretende auch am Vermögen und am Kundenstamm profitiert sei die persönliche Haftung angemessen.

Das von der Doppelverpflichtungslehre aufgestellte Erfordernis der vertraglichen Einbeziehung des Neugesellschafters in die Altverbindlichkeiten könnte sonst dazu führen, daß bei Dauerschuldverhältnissen (wie etwa Darlehen oder Miete) durch den allmählichen Wechsel von Gesellschaftern alle ausgeschiedenen Gesellschafter enthaftet sind (wogegen sich der Gläubiger nicht wehren kann) und von den neu eingetretenen Gesellschaftern keiner wirksam in die Haftung einbezogen worden ist.

Im konkreten Fall hat der BGH dem in Anspruch genommenen Gesellschafter jedoch ebenfalls einen Vertrauensschutz gewährt und ihn vor der Inanspruchnahme für die Altverbindlichkeiten geschützt. Der BGH hat in der genannten Entscheidung ausdrücklich offengelassen, ob die Haftung des Neueintretenden auch für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen gilt. Hier dürfte m.E. gerade mit Blick auf das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz entscheidend darauf abzustellen sein, ob für die Bearbeitung eines Auftrages nur einzelne Gesellschafter befaßt waren (§ 8 Abs. 2 PartnerschaftsgesellschaftG). Solange diese Frage vom BGH jedoch noch nicht ausdrücklich geklärt ist, ist die Partnerschaftsgesellschaft für Freiberufler aus Haftungsaspekten die besser geeignete Rechtsform.

Die Haftung des Neueintretenden für die Altverbindlichkeiten setzt jedoch stets eine bereits existierende Gesellschaft voraus, wie unser folgendes Bsp. zeigt:

BGH, Urteil vom 22.01.2004, IX ZR 65/01 (=DNotI-Report 7/2004):

Rechtsanwalt B hatte sich mit Rechtsanwalt A zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden. Beide waren zuvor als Einzelanwälte tätig. A hatte anschließend einem Mandanten

gegenüber eine Pflichtverletzung begangen, wobei sein Mandat noch aus der Zeit als Einzelanwalt stammte.

Der BGH hat entschieden, daß B nicht für diese Verbindlichkeit des A haftet, da im Zeitpunkt der Mandatserteilung an A noch keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet war. Auch eine entsprechende Anwendung von § 28 HGB (Haftung bei Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes) wurde für den Rechtsanwalt als Freiberufler verneint.

C. Vollstreckung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR hat zum einen Auswirkungen auf die Einzelzwangsvollstreckung. Ferner sollten bei der Gesamtvollstreckung die Neuerungen durch die Insolvenzfähigkeit der GbR betrachtet werden. Besonders beachtet werden an dieser Stelle diejenigen Vollstreckungsmaßnahmen, die zu einer Grundbucheintragung führen.

I. Immobilizarzwangsvollstreckung gegen die GbR

Die Immobilizarzwangsvollstreckung erfolgt gem. § 866 ZPO durch Eintragung einer Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek, durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Es handelt sich um Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Bevor die Rechtslage bei der GbR betrachtet wird sollte man sich die Situation bei den Personenhandelsgesellschaften vergegenwärtigen.

1. Zum Vergleich: Vollstreckung gegen Handelsgesellschaften

Zur Zwangsvollstreckung gegen eine Personenhandelsgesellschaft (oHG, KG) ist ein Vollstreckungstitel gegen die Gesellschaft erforderlich. Titel gegen alle persönlich haftenden Gesellschafter reichen nicht aus (§§ 124 Abs. 2, 161 HGB). Betreibt der Gläubiger aufgrund eines gegen die Gesellschafter gerichteten Titels die Eintragung einer Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek am Grundstück der Handelsgesellschaft, so ist die Vollstreckung unzulässig⁴⁵.

Umgekehrt reicht ein Titel gegen die Gesellschaft nicht zur Vollstreckung gegen die Gesellschafter. Zwar haften neben der Gesellschaft die Gesellschafter den Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner persönlich und unbeschränkt (§ 128 Satz 1 HGB). Die Haftung der Gesellschafter ist jedoch nicht identisch mit der Gesellschaftsschuld. Materiellrechtliche Haftung und Vorliegen eines Titels als prozessrechtliche Vollstreckungsvoraussetzung sind zu trennen, da es letztlich dem Gläubiger überlassen ist, welchen der Haftschuldner er in Anspruch nehmen möchte.

Es gilt folgender Merksatz:

Wer die Gesellschaftsschuld einklagt kann nur gegen die Gesellschaft vollstrecken, wer die Gesellschaftersschuld einklagt kann nur gegen die Gesellschafter vollstrecken. Der Gläubiger verklagt deswegen zweckmäßigerweise Gesellschaft und Gesellschafter.⁴⁶

⁴⁵ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 1400

⁴⁶ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 1401

2. neue BGH-Rechtsprechung zur Vollstreckung gegen BGB-Gesellschaft

a) Titel gegen die GbR reicht zur Vollstreckung in Gesellschaftsvermögen aus

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB) wäre nach dem Wortlaut des § 736 ZPO zwar ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich. Jedoch hat der BGH die BGB-Gesellschaft, soweit sie als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt, als rechtsfähig und somit auch parteifähig anerkannt⁴⁷. Ein Titel gegen die Gesellschaft reicht deswegen aus. Der BGH setzt sich über die Vorschrift des § 736 ZPO mit folgender Begründung hinweg: Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil gegen alle Gesellschafter im Sinne von § 736 ZPO.

b) Feststellung der Identität zwischen der im Titel und der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft

Trotz Rechtsfähigkeit der GbR ist durch das Urteil des BayObLG⁴⁸ für die Praxis entschieden, daß zur Bezeichnung der Gesellschaft alle Gesellschafter namentlich in das Grundbuch einzutragen sind. Das BayObLG scheint jedoch davon auszugehen, daß das Grundstück nicht der Gesellschaft selbst, sondern nach wie vor den Gesellschaftern – in gesellschaftlicher Verbundenheit als Gesellschafter bürgerlichen Rechts – gehört. Diese Rechtsprechung wird vom BayObLG in der Weise fortgesetzt⁴⁹, daß eine „an die GbR bestehend aus A,B,C,D“ erklärte Auflassung unwirksam sei. Es sei an A,B,C,D als Gesellschafter der GbR aufzulassen. Mit der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit ist das kaum zu vereinbaren: Wenn die GbR rechtsfähig ist, so kann sie auch Eigentümer des Grundstücks sein⁵⁰. Das Grundstücksrecht ist keine irgendwie geartete Sonderrechtsmaterie sondern Teil des Bürgerlichen Rechts. Die Fähigkeit, Eigentümer eines Grundstücks zu sein ist eine Frage der Rechtsfähigkeit. Diese wurde vom BGH für die GbR bejaht. Die Entscheidungen des BayObLG sowie die vielfachen Stimmen im Schrifttum⁵¹ zeigen jedoch, daß die Diskussion um die Rechtsfähigkeit der GbR noch längst nicht verstummt ist.

Eine andere Frage wiederum ist, unter welcher Bezeichnung die GbR in das Grundbuch einzutragen ist. Nur dies kann mit dem Begriff der „Grundbuchfähigkeit“ gemeint sein. Dies ist eine Frage des Grundbuchverfahrensrechts. Dem BayObLG ist völlig zuzustimmen, daß mangels Registrierung der GbR in einem öffentlichen Register zur Bezeichnung der GbR alle Gesellschafter im Grundbuch namentlich einzutragen sind. Das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan steht dann – ebenso wie das Zwangsversteigerungsgericht – vor dem Problem, die Identität der im Titel bezeichneten Gesellschaft mit der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft zu überprüfen. Dies kann in der Praxis schwierig sein, wie unser folgendes Bsp. zeigt:

Im Grundbuch von X-Stadt sind als Eigentümer eines Grundstücks 450 Personen eingetragen mit dem Zusatz: „In Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung Seniorenheim Am Parksee Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit dem Sitz in X-Stadt“. Gläubiger G beantragt,

aufgrund eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils eine Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek in das Grundbuch einzutragen. Zur Bezeichnung der Gesellschaft ist im Titel nur der Name der Gesellschaft angegeben. Die Gesellschafter sind im Urteil hingegen nicht namentlich genannt.

Problem: Dem Grundbuchamt – wie auch den anderen Vollstreckungsorganen – ist es nicht sicher möglich festzustellen, ob die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft dieselbe ist, die im Urteil genannt ist. Anders als im Bereich der Handelsfirma (§ 30 HGB) wäre auch denkbar, daß es in X-Stadt mehrere gleichnamige Gesellschaften gibt (etwa eine grundbesitzverwaltende Besitzgesellschaft und eine das Unternehmen betreibende Betriebsgesellschaft). Zudem könnte der Name der Gesellschaft geändert worden sein, ohne das dies nach außen zum Ausdruck gekommen ist. Zivilrechtlich könnten die dadurch auftretenden Probleme zwar mit Rechtsscheingrundsätzen gelöst werden. Für das Grundbuchverfahren können solche Vorgehensweisen wegen des Grundsatzes der Beweismittelbeschränkung (§ 29 GBO) jedoch nicht heran gezogen werden.

Ähnliche Probleme bei der Identitätsprüfung konnten bisher bereits bei der Vollstreckung gegen den Einzelkaufmann auftreten, wenn der Gerichtsvollzieher nicht sicher feststellen kann, ob die Person, gegen die vollstreckt werden soll auch tatsächlich Inhaber der im Titel genannten Firma ist (vgl. § 17 Abs. 2 HGB). Es ist nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers umfangreiche Ermittlungen darüber anzustellen. Vielmehr wird der Gerichtsvollzieher den Gläubiger auffordern, die Person des Inhabers durch Handelsregisterauszug nachzuweisen⁵². Die Möglichkeit des Registernachweises entfällt bei der GbR jedoch⁵³.

c) Lösungsvorschläge für die Praxis der Vollstreckungsorgane:

Im Vollstreckungsverfahren dürfen m.E. keine höheren Anforderungen an die Parteibezeichnung gestellt werden als im Urteil. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist in der Klageschrift die Partei zwar zu bezeichnen. Zwingend erforderlich ist dabei nur, daß die Partei überhaupt bezeichnet wird, nicht jedoch wie die Partei bezeichnet wird⁵⁴. Parteinämllichkeit durch Angabe des Namens der GbR, und vielleicht noch des vertretungsberechtigten Gesellschafters werden hierbei für ausreichend erachtet. Die Neigung der Gerichte, im Titel die Person der Gesellschafter zu ergänzen dürfte umso geringer sein, je größer deren Zahl ist. Zumindest hat der Gläubiger auf Titelergänzung keinen Anspruch. Eine Rubrumsberichtigung hat der BGH bisher nur für den umgekehrten Fall angenommen, daß ein Titel gegen die namentlich genannten Gesellschafter – als notwendige Streitgenossen – vorlag und statt dessen die GbR selbst als Partei genannt werden sollte⁵⁵. Die Praxis muß Wege finden, wie ein Titel gegen die GbR auch zur Immobiliarzangsvollstreckung verwendet werden kann. Es wäre dem Vollstreckungsgläubiger kaum vermittelbar, wenn einerseits die namentliche Nennung der Gesellschafter im Titel von den Gerichten mit der Begründung abgelehnt wird, die GbR sei rechts- und parteifähig und andererseits die Vollstreckungsgerichte bei der Immobiliarzangsvollstreckung die Verwendbarkeit des Titels in Frage stellen.

⁴⁷ BGH II ZR 331/00 (=DNotZ 2001, 234 oder NJW 2001, 1056)

⁴⁸ BayObLG DNotZ 2003, 52

⁴⁹ BayObLG, Urteil vom 04.09.2003, 2 Z BR 162/03 (=DNotI-Report 22/2003, S. 183)

⁵⁰ so auch Wolfsteiner MittBayNot 2003, 295

⁵¹ vgl. statt anderer nur Heil, DNotZ 2002, 68 m.w.N.

⁵² Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. Randnr. 32

⁵³ konsequent Münch DNotZ 2001, S. 535, der mit überzeugenden Argumenten die Schaffung eines GbR-Registers fordert.

⁵⁴ Baumbach/Hartmann, ZPO, 61. Auflage, § 253 Randnr. 20

⁵⁵ BGH, Urteil vom 15.01.2003, XII ZR 300/99 (=NJW 2003, 1043)

Der BGH geht in der genannten Entscheidung auf die Probleme ein, die sich dem Vollstreckungsorgan stellen könnten, ist jedoch der Meinung, daß der Gläubiger regelmäßig neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter verklagen wird (akzessorische Haftung der Gesellschafter entsprechend § 128 HGB⁵⁶, Ende der Doppelverpflichtungslehre) und sich das Problem dann nicht stelle. Da beim Immobilienfonds als Publikumsgesellschaft die Gesellschafter jedoch nicht gesamtschuldnerisch für den gesamten Betrag der Forderung sondern nur anteilig (pro rata) haften⁵⁷ wird der Gläubiger in unserem Beispiel davor zurückschrecken neben der Gesellschaft 450 Einzelgesellschafter zu verklagen.

M.E. ist die Eintragung der Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek aus einem Titel der die GbR nur unter ihrem Namen als Partei nennt jedenfalls immer dann vorzunehmen, wenn bspw.

- sich der Namenszusatz der Gesellschaft aus dem Grundbuch oder der Eintragungsbewilligung ergibt und dieser Name mit dem im Urteil genannten Namen übereinstimmt oder
- der geschäftsführende Gesellschafter im Titel bezeichnet ist und sich diese Bezeichnung mit dem bei den Grundakten befindlichen Gesellschaftsvertrag deckt oder
- die Gesellschaft im Titel dadurch bezeichnet wurde, daß das Grundstück in welches vollstreckt werden soll, als Gesellschaftsvermögen genannt wird.

3. Zustellung an die GbR

Die Zwangsvollstreckung darf gem. § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO erst beginnen, wenn das Urteil dem Schuldner bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Soll gegen die BGB-Gesellschaft vollstreckt werden, so ist (als Konsequenz der Zuerkennung der Parteifähigkeit) an die Gesellschaft selbst zuzustellen, d.h. an den geschäftsführenden Gesellschafter. Sind mehrere geschäftsführende Gesellschafter vorhanden, so genügt Zustellung an einen von ihnen.

Sind keine geschäftsführenden Gesellschaftsführer bestimmt, so wird die Gesellschaft durch alle Gesellschafter gemeinsam nach außen vertreten (Gesamtvertretung). Zustellung an einen Gesellschafter ist dann ausreichend. Ist dem Gläubiger die Person des geschäftsführenden Gesellschafters unbekannt empfiehlt sich Zustellung an alle Gesellschafter.

II. GbR als Gläubiger der Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek

1. Eintragung aller Gesellschafter als Gläubiger

a) Eintragung

Ähnliche Probleme wie bei der Immobilienzwangsvollstreckung **gegen** die GbR begegnen uns auch bei der Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek **zugunsten** der GbR. Liegt ein Titel zugunsten der GbR vor, so werden auch hier die Gesellschafter in den seltensten Fällen namentlich genannt sein. Die Bezeichnung der GbR als Partei durch Nennung des Namens der Gesellschaft reicht aus.

Als Gläubiger der Sicherungs- (Zwangs-) Hypothek im Grundbuch sind hingegen nach § 47 GBO alle Gesellschafter namentlich unter Beifügung des Zusatzes „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ einzutragen⁵⁸. Auch wenn es sich dabei um mehr um 1000 Personen handelt rechtfertigt dies die Ablehnung des Antrags nicht⁵⁹. Die Eintragung kann mangels eines eigenen Registers für BGB-Gesellschaften nicht unter dem Namen der Gesellschaft erfolgen⁶⁰.

Sind die Gesellschafter im Titel nicht namentlich genannt, so wird das Grundbuchamt deswegen deren nachträgliche Benennung verlangen müssen. Für diese Angabe muß m.E. die Schriftform ausreichend sein⁶¹.

Bei der Nachholung der Angabe der Gesellschafter handelt es sich um ein grundbuchrechtliches Hindernis (Verstoß gegen § 47 GBO), dessen Beseitigung dem Antragsteller mit einer fristwahrenden Zwischenverfügung im Sinne von § 18 GBO aufzugeben ist. Keinesfalls liegt ein Vollstreckungshindernis vor, das (nach fruchtloser vorheriger nicht rangwahrender Aufklärungsverfügung gem. § 137 ZPO) zur Zurückweisung des Antrags führen würde.

b) Löschung des Rechts

aa) Löschung aufgrund Bewilligung

Die Löschung des Rechts erfolgt aufgrund Bewilligung der namentlich im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, die als verfahrensrechtlich Betroffene im Sinne von § 19 GBO anzusehen sind (Bewilligungsgrundsatz), wenn auch das Recht selbst der GbR zustehen mag.

bb) aufgrund Unrichtigkeitsnachweis

Möglich ist aber auch die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) durch eine vom geschäftsführenden Gesellschafter erteilte löschungsfähige Quittung.⁶² Die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers muß dann freilich durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Dieser Nachweis gilt auch gegen die nach Errichtung des Gesellschaftsvertrags in die Gesellschaft eingetretenen Gesellschafter.

2. Eintragung des geschäftsführenden Gesellschafters bei Prozeßstandschaft

Ist aus dem zugunsten der GbR ergangenen Urteil der geschäftsführende Gesellschafter als Prozeßstandschafter ersichtlich, so muß die Eintragung des Geschäftsführers im Grundbuch genügen.⁶³ Eintragung aller Gesellschafter ist dann entbehrlich, was gerade bei großen Gesellschaften von erheblicher Bedeutung ist.

Dies beruht auf folgenden Überlegungen: der geschäftsführende Gesellschafter macht den Anspruch der GbR als gesetzlicher Vertreter geltend. Er ist also nicht – wie der

⁵⁶ s.a. BGH DNotZ 2003, 764 zur entsprechenden Anwendung von § 120 HGB (Haftung für Altschulden) bei Neueintritt in eine GbR

⁵⁷ BGH DNotZ 2002, 805

⁵⁸ vgl. Schöner/Stöber Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 241 a mit weiteren Nachweisen

⁵⁹ LG Stuttgart, RPflegler 1999, 272

⁶⁰ BayObLG DNotZ 2003, 52

⁶¹ So OLG Köln, RPf 1986, S. 91 für die nachträgliche Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses. Anders Schöner/Stöber Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 2181, die für die nachträgliche Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses die Form des § 29 GBO fordern

⁶² BayObLG DNotZ 1995, 627 = RPf 1995, 410 für den Fall der löschungsfähigen Quittung durch den Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft

⁶³ so Schöner/Stöber Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 2182 m.w.N. für die Eintragung des Verwalters der Wohnungseigentümergeinschaft als Prozeßstandschafter

Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter oder der Insolvenzverwalter – Partei kraft Amtes. Partei des Prozesses ist die GbR. Diese kann jedoch einem Dritten die Befugnis erteilen, den Anspruch im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Prozessrechtlich spricht man von der gewillkürten Prozeßstandschaft. Zur Anerkennung des bei der gewillkürten Prozeßstandschaft erforderlichen rechtlichen Interesses ist materiellrechtlich entweder eine Inkassoession (Einzugsermächtigung im Sinne von § 185 BGB) erforderlich oder aber die Konstruktion eines Treuhandverhältnisses zwischen der GbR als Treugeber und dem geschäftsführenden Gesellschafter als Treuhänder.⁶⁴ Bei Vereinbarung des Treuhandverhältnisses hinsichtlich des von der GbR geltend zu machenden Anspruches zwischen der GbR einerseits und dem geschäftsführenden Gesellschafter andererseits wird die GbR wiederum vom geschäftsführenden Gesellschafter vertreten. Hat die GbR nur einen Geschäftsführer, so ist die Vereinbarung nur wirksam, wenn dem Geschäftsführer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt worden ist. Erfolgt die Befreiung von § 181 BGB durch die Gesellschafter nachträglich, so ist die Vereinbarung solange schwebend unwirksam. Die Voraussetzungen der Prozeßstandschaft können im Erkenntnisverfahren mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden, insbesondere in Schriftform.

Diese Treuhandkonstruktion wird für den ebenfalls grundbuchunfähigen „nichtrechtsfähigen Verein“ praktiziert, bei dem die Probleme völlig ähnlich liegen: Auch der nichtrechtsfähige Verein ist trotz seines irreführenden Namens rechtsfähig und Träger des Vereinsvermögens⁶⁵, ohne selbst unter seinem Namen im Grundbuch eingetragen werden zu können⁶⁶.

Zur Löschung des Rechts ist die Bewilligung des im Grundbuch eingetragenen geschäftsführenden Gesellschafters ausreichend, der keine Vertretungsmacht für die Mitgesellschafter nachweisen muß.

Für Gesellschaften, die keinen Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 GBO aufweisen ist die Treuhandlösung eine interessante Alternative für eine problemlose Grundbucheintragung und deren kostengünstige Löschung. Der praktische Nutzen der Überlegungen muß sich bei den im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Sicherungs-(Zwangs-) Hypotheken jedoch erst noch erweisen. Hat doch der Gläubiger hier in erster Linie die rasche Sicherung und Durchsetzung seines Anspruches im Sinne, ohne dabei an die Probleme des Grundbuchamtes bei Eintragung und Löschung seines Rechts zu denken.

III. Forderungspfändung

1. Pfändung einer Forderung oder eines Rechts, das der GbR zusteht

Soll eine Geldforderung gepfändet werden, die der GbR zusteht, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an die GbR als Vollstreckungsschuldner zu zahlen, § 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO (Arrestatorium). Zugleich hat das Gericht an die GbR das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere ihrer Einziehung zu enthalten, § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO (Inhibitorium). Beides wird zusammengefaßt im Pfändungsbeschuß, der daneben

noch den Ausspruch enthält, daß die näher zu bezeichnende Forderung gepfändet ist.⁶⁷

Zur Verwertung der gepfändeten Forderung durch den Vollstreckungsgläubiger bedarf es der Überweisung, wahlweise zur Einziehung oder an Zahlungs Statt (§ 835 Abs. 1 ZPO). Pfändungs- und Überweisungsbeschuß werden in der Praxis der Vollstreckungsgerichte meist zusammengefaßt.

Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erfolgt an die GbR selbst, vertreten durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so genügt Zustellung an einen von ihnen. Zur Wirksamkeit der Pfändung bedarf es daneben noch der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 ZPO).

Steht der GbR eine Hypothekenforderung zu, so ist außer dem an die GbR zuzustellenden Pfändungsbeschuß noch die Briefwegnahme bzw. beim Buchrecht die Grundbucheintragung erforderlich (§ 830 Abs 1 ZPO). Die Drittschuldnerzustellung entfällt hier. Die Vorschriften über die Pfändung einer Hypothekenforderung finden gem. § 857 Abs. 6 ZPO auf die Pfändung von Grundschulden und Reallasten entsprechende Anwendung.

2. GbR als Drittschuldner

Ist die GbR Drittschuldner einer Forderung so genügt zur Wirksamkeit der Pfändung Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den geschäftsführenden Gesellschafter der GbR als Vertreter des Drittschuldners:

Bsp.: BGH, Urteil vom 18.05.1998, II ZR 380/96

Die GbR schuldete einer GmbH Werklohn. Ein Gläubiger der GmbH pfändete die Forderung. Fraglich war u.a., ob Drittschuldnerzustellung an alle Gesellschafter der GbR oder nur an den geschäftsführenden Gesellschafter erfolgen müsse (§ 829 Abs. 3 ZPO).

Der BGH stellt klar, daß bei Gesamthandsgemeinschaften (etwa der Erbengemeinschaft) als Drittschuldner die Zustellung an alle Gesamthänder erfolgen muß. Ist Drittschuldner jedoch eine GbR so genügt Zustellung an den geschäftsführenden Gesellschafter.

IV. Pfändung des GbR-Anteils

1. Grundsätzliches

Zulässigkeit und Wirkungen der Pfändung von Gesamthandsanteilen sind für die einzelnen Rechtsformen der Gesamthandsgemeinschaft (Gesamtgut der Gütergemeinschaft, Miterbenanteil) und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht einheitlich geregelt.

Je nach dem Grad des Vertrauensschutzes der übrigen Teilnehmer der Gesamthandsgemeinschaft ist die Pfändung des Gesamthandanteils

- uneingeschränkt zulässig und führt zu einer Verfügungsbeschränkung des schuldnerischen Mitberechtigten in Bezug auf das Gesamthandsvermögen (so bei der Erbengemeinschaft)
- zwar zulässig, aber ohne Wirkung auf die Verfügungsbefugnis (so bei der BGB-Gesellschaft) oder
- unzulässig (bei der Gütergemeinschaft).

⁶⁴ Baumbach, Hartmann, ZPO 61. Aufl. Grdz vor § 50 Randnr. 39 bzw. 45

⁶⁵ Baumbach, Hartmann, ZPO 61. Aufl. § 50 Randnr. 24

⁶⁶ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 739

⁶⁷ Brow/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., Randnr. 605

Die Eintragbarkeit der Pfändung des Gesamthandsanteils im Grundbuch wird nur dort zugelassen, wo die Pfändung zu einer Beschränkung der Verwaltungsbefugnis des Schuldners in Bezug auf das gesamthänderisch gebundene Vermögen führt (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB): nämlich bei der Erbengemeinschaft.

2. Pfändung des GbR-Anteils

a) Zulässigkeit und Durchführung der Pfändung

Ist im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist der Anteil des Gesellschafters an der BGB-Gesellschaft nicht übertragbar (§ 719 Abs. 1 BGB). Die Vorschrift wird heute dahin verstanden, daß die Übertragung mit Genehmigung der Gesellschafter trotzdem möglich ist⁶⁸. Die Pfändung des GbR-Anteils ist jedoch nach § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO stets möglich, selbst dann wenn der Gesellschaftsvertrag den Anteil nicht übertragbar stellt.

Wie auch die Pfändung anderer Gesamthandsanteile stellt die Pfändung des GbR-Anteils eine Rechtspfändung dar, die nach den Vorschriften des § 857 ZPO (Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte) erfolgt. Der Gesellschaftsanteil ist kein drittschuldnerloses Recht. Zur Pfändung ist demnach der Pfändungsbeschluß und die Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner erforderlich (§ 829 Abs. 3 ZPO). Drittschuldner ist nach wohl herrschender Meinung die Gesellschaft⁶⁹, nicht die übrigen Mitgesellschafter. Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den geschäftsführenden Gesellschafter muß somit genügen, § 170 Abs. 1 ZPO. Sind mehrere Gesellschafter Geschäftsführer, so genügt Zustellung an einen von ihnen, da für die Entgegennahme von Erklärungen (Passivvertretung) immer Einzelvertretungsbefugnis besteht.

b) Wirkungen der Pfändung

Bei der GbR geht der Gesetzgeber von einem besonderen Vertrauensverhältnis unter den Mitgesellschaftern aus. Ihnen sollen gegen ihren Willen keine fremden Mitberechtigten an der Gesellschaft aufgezwängt werden. Deswegen hat die Pfändung des GbR-Anteils schwächere Wirkungen als die Pfändung des frei übertragbaren Erbteils: Der Pfandgläubiger kann die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern sein Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 725 Abs. 1 BGB). Der Pfandgläubiger kann jedoch nicht die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruches auf einen Gewinnanteil, geltend machen (§ 725 Abs. 2 BGB). Er ist deswegen nicht zur Verwaltung des Gesellschaftsvermögens anstelle des schuldnerischen Gesellschafters befugt. Die Gesellschafter sind trotz Pfändung nicht gehindert, über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden einzelnen Gegenstände weiter zu verfügen⁷⁰.

c) Unzulässigkeit der Grundbucheintragung des Pfändungspfandrechts

Die GbR wird trotz Rechtsfähigkeit nach wie vor im Grundbuch unter Angabe aller Gesellschafter mit einem die Gesellschaft andeutenden Gemeinschaftsverhältnis einge-

tragen⁷¹. Es stellt sich somit die Frage der Eintragbarkeit des Pfändungsvermerkes.

Weil die Pfändung des GbR-Anteils jedoch keine Verfügungsbeschränkung der Gesellschafter über Gesellschaftsgegenstände bewirkt, ist die Pfändung des GbR-Anteils im Grundbuch nicht eintragbar⁷².

d) Zulässigkeit der Eintragung der rechtsgeschäftlichen Verpfändung

Da die rechtsgeschäftliche Verpfändung des GbR-Anteils nur mit Genehmigung der Mitgesellschafter oder Zulassung der Übertragung im Gesellschaftsvertrag möglich ist (§ 1274 Abs. 2 BGB) hat die Verpfändung umfassendere Wirkungen als die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung. Die von der Erbteilspfändung bekannte Auslöschungstheorie⁷³ wird deswegen auch auf das rechtsgeschäftliche Pfandrecht am GbR-Anteil angewandt. Die Eintragung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts am GbR-Anteil im Grundbuch ist darum zulässig⁷⁴.

e) Der Gesellschaftsvertrag kann gegen das Risiko der Anteilspfändung Vorsorge treffen. Üblicherweise geschieht das durch eine gesellschaftsrechtliche Fortsetzungsklausel: der von der Pfändung betroffene Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft wird mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt (§§ 736 Abs. 1, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Pfandrecht des Gläubigers erstreckt sich dann auf das Abfindungsguthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters. Hierbei ist zu beachten, daß eine Beschränkung der Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters nur für den Fall der Pfändung oder der Insolvenz wegen der damit einhergehenden Drittbeeinträchtigung sittenwidrig und damit nichtig ist⁷⁵. Zulässig ist hingegen ein Ausschluß der Abfindung beim Tod des Gesellschafters.

V. Insolvenz

1. Insolvenz der GbR

Die BGB-Gesellschaft selbst ist wie die anderen Personengesellschaften (oHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft) insolvenzfähig (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Diese durch die InsO geschaffene Neuregelung war eines der Argumente des BGH⁷⁶ für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR.

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR geht die Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzvermerk ist in das Grundbuch einzutragen (§ 32 InsO). Der Wegfall der Verfügungsbefugnis läßt sich bei organschaftlicher Vertretung der GbR dogmatisch völlig problemlos begründen: die Vertretung der GbR erfolgt mit Insolvenzeröffnung wie bei allen anderen Gesellschaften nicht mehr durch ihre Organe (geschäftsführende Gesellschafter) sondern durch den Insolvenzverwalter.

2. Insolvenz des Gesellschafters

a) gesetzliche Regelung

Die Insolvenz des Gesellschafters führt mangels abweichender vertraglicher Regelung zur Auflösung der GbR

⁶⁸ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage S. 1322

⁶⁹ BGHZ 97, 392, so auch Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage S. 1322; Hintzen, Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch, S. 23; Böttcher, Zwangsvollstreckung im Grundbuch, 2. Aufl. Randnr. 374; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. Randnr. 775

⁷⁰ MünchKommUlmer, BGB, § 719 Randnr. 46

⁷¹ BayObLG DNotZ 2003, S. 52

⁷² Böttcher, Zwangsvollstreckung im Grundbuch, 2. Aufl. Randnr. 384

⁷³ BayObLG 59, 50/58

⁷⁴ Demharter GBO 24. Aufl. § 26 Randnr. 24

⁷⁵ BGHZ 65, 22. s. zur Abfindung ausgeschiedener Gesellschafter: Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage. S. 1481 ff.

⁷⁶ BGH II ZR 331/00 (=DNotZ 2001, 234 oder NJW 2001, 1056)

(§ 728 Abs. 2 BGB). Der Anteil des insolventen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gehört zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO)⁷⁷. Die Geschäftsführung und Vertretung der GbR erfolgt dann unter Mitwirkung des Insolvenzverwalters. Daher ist (anders als bei Pfändung des Gesellschaftersanteils) die Eintragung des Insolvenzvermerks als Belastung des Mitgesellschafters im Grundbuch möglich.

b) abweichende vertragliche Vereinbarung

Der Gesellschaftsvertrag kann – wie für den Fall der Pfändung des Gesellschaftersanteils – vorsehen, daß der Gesellschafter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus der Gesellschaft ausscheidet. Die Gesellschaft wird dann mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, denen der

Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters anwächst (§ 736 BGB). Ist in einem solchen Fall der Insolvenzvermerk dennoch im Grundbuch eingetragen worden, haben die Mitgesellschafter gegen den Insolvenzverwalter Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung für den Insolvenzvermerk (§ 894 BGB), da das Grundbuch im Hinblick auf die verlaubliche Verfügungsbeschränkung unrichtig ist. Die Löschung des Vermerks aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) wird jedoch auch bei beurkundetem oder beglaubigtem Gesellschaftsvertrag nicht gelingen, da der Vertrag ja geändert sein könnte.

⁷⁷ Braun InsO, § 35 Randnr. 44

Steuerrechtsecke (XVIII)

(von Wolfgang Gehweiler, Mittelsteinbach¹)

Im folgenden Beitrag werden wieder Wissenswertes aus dem Rechtsgebiet des Steuerrechts dargestellt und wie immer ist auch diesmal die Auswahl subjektiv geprägt. Die Ausführungen schließen an die in dieser Zeitschrift erschienenen „Steuerrechtsecken“ an.

ABGABENORDNUNG

1. Steuergeheimnis kontra Steuerhinterziehung

Durch Beschluß vom 21. März 2002² entschied der Bundesfinanzhof (BFH), daß der Schutz des Bankkunden vor unberechtigten Auskunftersuchen an den Regelungen des § 30 a Abgabenordnung (AO) – Steuergeheimnis – zu messen sei. Ist ein „hinreichender Anlaß“ für Ermittlungsmaßnahmen der Steuerfahndung gegeben, scheidet die Annahme einer Rasterfahndung oder einer Ermittlung ins Blaue aus, wenn gegen eine große Anzahl von Personen (auch aus Gründen der Steuergleichheit und Steuergerechtigkeit), ermittelt wird.

Aber: Weder die Kenntnis der Steuerfahndungsbehörde von der Anzahl und der Kursentwicklung der am deutschen Aktienmarkt in einen bestimmten Zeitraum eingeführten Neuemissionen noch die Kenntnis über das Erklärungsverhalten aller Steuerpflichtigen bzgl. der Einkünfte aus Spekulationsgeschäften lassen Rückschlüsse auf tatsächlich erzielte Spekulationsgewinne von Kunden eines bestimmten Kreditinstitutes zu. Ein hinreichender Anlaß für Ermittlungen der Steuerfahndung zur Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Steuerfälle bei irgendeinem Kreditinstitut liegt daher nicht vor. Allerdings ist ein solcher Anlaß dann zu bejahen, wenn die Steuerfahndung darüber hinaus Kenntnis davon erhalten hat – hier durch eine bankinterne Information! –, daß gerade Kunden dieses Kreditinstitutes in erheblicher Zahl in einer bestimmten Marktsegment innerhalb der Spekulationsfrist Aktiengeschäfte getätigt und Spekulationsgewinne realisiert haben.

2. Steuerhinterziehung

Wer sich als Ehegatte darauf beschränkt, die gemeinsame Einkommensteuererklärung zu unterschreiben, in der der andere Ehegatte unrichtige oder unvollständige An-

gaben über eigene Einkünfte macht, ist weder Mittäter noch Teilnehmer einer Steuerhinterziehung³.

EINKOMMENSTEUER

1. Gewerblicher Grundstückshandel

Im Urteil vom 13.08.2002 entschied der BFH⁴, daß eine BGB-Gesellschaft, die ein unbebautes Grundstück erwirbt und anschließend 3 von insgesamt 4 Eigentumswohnungen, die von ihr auf dem Grundstück errichtet werden sollen, mit Gewinnerzielungsabsicht verkauft, einen gewerblichen Grundstückshandel betreibt, und keine private Vermögensverwaltung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft einen der Baubranche zuzuordnenden Beruf ausüben.

2. Gewerblicher Grundstückshandel

In Fortführung des BFH-Beschlusses vom 10.12.2001⁵ stellt der BFH⁶ fest, daß auch bei Überschreiten der 3-Objekt-Grenze nicht automatisch von gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden kann. Aus dem Sachverhalt ist zu entnehmen, daß die Klägerin im Laufe der vorangegangenen Jahre insgesamt 10 Eigentumswohnungen, 6 Garagen und 2 Carports erwarb bzw. erstellte. Veräußert wurden dann im Laufe des Jahres 3 Eigentumswohnungen samt Garage sowie in einem vierten Vertrag eine Garage. Alle Objekte waren zivilrechtlich als Wohnungs- bzw. Teileigentum selbständig im Grundbuch eingetragen. Das Finanzamt war der Auffassung, daß durch die Veräußerung der letzten Garage die Objektgrenze überschritten sei. Hierauf legte der Steuerpflichtige Klage und auch Revision ein. Der BFH stellte noch einmal ausdrücklich fest, daß die sog. 3-Objekt-Grenze lediglich indiziellen Charakter habe. Die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) hat für die Beurteilung, ob eine gewerbliche Betätigung gegeben ist oder nicht, eine indizielle Bedeutung. Diese äußerlich erkennbaren Merkmale sind als Beweismittel pauschal gerechtfertigt. Der BFH stellte jedoch ausdrücklich auch fest, daß es sich zwar um sehr gewichtige Indizien handle, aber es komme auf diese

¹ Lehrbeauftragter an der Notarakademie Stuttgart im Fachbereich Steuerrecht

² Bundessteuerblatt 2002 Teil II Seite 495 ff.

³ BFH-Urteil vom 16.04.2002 – BStBl. 2002 Teil II Seite 501 ff. –

⁴ BStBl. 2002 Teil II Seite 811 ff. –

⁵ Großer Senat 1/1998 – BStBl. 2002 Teil II Seite 291 ff. –

⁶ Urteil vom 18.09.2002 – BStBl. 2003 Teil II Seite 238 ff. –

Indizien nicht an, wenn sich bereits aus anderen – ganz besonderen – Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende oder aber fehlende Veräußerungsabsicht ergibt. War trotz Überschreitens der 3-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel nicht anzunehmen, wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen. Andererseits können in besonders gelagerten Fällen auch bei einer Veräußerung von weniger als 4 Objekten besonderer Umstände auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen.

3. Gewerblicher Grundstückshandel

Immobilienobjekte sind in der Regel nicht in einen gewerblichen Grundstückshandel einzubeziehen, wenn sie zu eigenen Wohnzwecken erworben werden. Dies entschied der BFH mit Urteil vom 16.10.2002⁷.

4. Die Veräußerung eines 50%igen Kommanditanteils an einer gewerblich geprägten Grundstücksgesellschaft (GmbH & Co. KG), ist steuerrechtlich als Übertragung so vieler Objekte im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel (Indizwirkung der sog. 3-Objekt-Grenze) zu werten, wie sich im Gesamthandseigentum der Personengesellschaft befinden⁸.

Die Steuerpflichtige hat in ihrem Gesellschaftsvermögen diversen Wohnungs- und Teileigentum (3 Büros, 1 Ladengeschäft, 2 Büros, 5 Wohnungen, 1 Praxis sowie diverse Stellplätze). Der Kaufpreis für den Kommanditanteil betrug DM 3.450.000,-. Aus der Masse der Objekte leitet der BFH ab, daß hier über die sog. Mittelbarkeit der gewerbliche Grundstückshandel erfüllt sei und gewerbliche Einkünfte beständen.

5. Gewerblicher Grundstückshandel

Ein gewerblicher Grundstückshandel kann schon bei An- und Verkauf von nur 2 Grundstücken folgen, wenn sie der Erwerber mit unbedingter Veräußerungsabsicht erworben hat⁹. Eine unbedingte Veräußerungsabsicht ist regelmäßig

⁷ BStBl. 2003 Teil II Seite 245 ff.

⁸ Fortentwicklung des BFH-Urteils vom 10.12.1998, BStBl. 1999 Teil II Seite 390 ff.

anzunehmen, wenn der Erwerber die Grundstücke seiner Planung entsprechend jeweils unmittelbar nach Ankauf bebaut und sodann weiterveräußert.

6. Die Einbringung eines Grundstückes in eine Kapitalgesellschaft durch ihren Alleingesellschafter gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und Übernahme von Grundstückslasten und Verbindlichkeiten kann eine Grundstücksveräußerung i. S. der Rechtsgrundsätze zum gewerblichen Grundstückshandel sein¹⁰.

7. Begrenzter Verlustausgleich:

An der Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 3 EStG in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 bestehen ernstliche Zweifel.¹¹

ERBSCHAFTSTEUER

Erbschaftssteuer-Richtlinie 2003

Die allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Anwendung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts (Erbschaftsteuer-Richtlinie 2003) sind abgedruckt in der Sonder-Nr. 1/2003 des BStBl. 2003 Teil I.

GRUNDERWERBSTEUER

Vertragsübernahme

Tritt ein Dritter durch eine Vertragsübernahme als neuer Käufer in einen noch nicht vollzogenen Grundstückskaufvertrag ein, so verwirklicht sich ein Erwerbsvorgang gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG. Dieser schließt bzgl. des Grundstücks einen Rechtsträgerwechsel vom Verkäufer auf den neuen Käufer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus.¹² Somit fällt nur Grunderwerbsteuer für die Vertragsübernahme an.

⁹ Anschluß an den Beschluß des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 BStBl. 2002 Teil II Seite 291 ff.

¹⁰ BFH-Urteil vom 19.09.2002 – BStBl. 2003 Teil II Seite 394 ff.

¹¹ vgl. Beschluß des BFH vom 06.03.2003 – BStBl. 2003 Teil II Seite 516 und BStBl. 2003 Teil II Seite 523 ff.

¹² BFH-Urteil vom 22.01.2003 – BStBl. 2003 Teil II Seite 526 ff. – Dieses Urteil stellt eine Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des BFH dar! –

Rechtsprechung

Das Grundbuchamt, dem die Ausfertigung eines notariell beurkundeten Testaments sowie des Eröffnungsprotokolls vorgelegt wird, ist nicht gehalten, die Akten des Nachlassgerichtes beizuziehen, um zu prüfen, ob Zweifel an der wirksamen Erbeinsetzung der dort genannten Person bestehen.

LG Freiburg, Beschl. v. 31.03.2004 - 4 T 52/04

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten streiten vor dem Landgericht, ob die Erblasserin in dem notariell beurkundeten Testament vom 03.11.1997, in welchem die Beteiligte Ziffer 1 zur Alleinerbin

berufen worden ist, wirksam testiert hat. Die Beteiligten Ziffer 2 und 3 meinen, die Erblasserin sei damals testierfähig gewesen, deshalb seien sie zusammen mit der Beteiligte Ziffer 1 gesetzliche Erben nach der Erblasserin geworden.

Das Grundbuchamt hat nach Vorlage einer Ausfertigung des Testaments sowie des Eröffnungsprotokolls vom 31.07.2001 die Beteiligte Ziffer 1 am 06.02.2002 nach § 35 GBO als Alleineigentümer eingetragen.

Die Beteiligten Ziffer 2 und 3 haben am 16.02.2004 die Eintragung eines Amtswiderspruchs angeregt, weil das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung vorgenommen habe. Das Grundbuchamt war nämlich nach Auffassung der Beteiligten Ziffer 2 und 3 gehalten, die Nachlassakten, die beim Nachlassgericht Stauf geführt werden, beizuziehen. Nach Beizug hätte

das Grundbuchamt nach Auffassung der Beteiligten Ziffer 2 und 3 die Eintragung der Beteiligten Ziffer 1 nicht mehr vornehmen dürfen, weil den Nachlassakten die Abschrift der von den Beteiligten Ziffer 2 und 3 vor dem Landgericht Freiburg erhobenen Klage zu entnehmen gewesen wäre.

Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Grundbuchamt der Anregung der Eintragung eines Amtswiderspruchs nicht Folge geleistet.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Nach § 53 Abs. 1 hat das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, wenn es unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muss die Gesetzesverletzung feststehen, die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (vgl. BayObLG RPfleger 2000, 266).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

2. Es kann schon nicht eine Gesetzesverletzung i. S. v. § 53 GBO festgestellt werden. Die Kammer teilt die Auffassung der Beschwerdeführer nicht, wonach das Grundbuchamt gehalten gewesen wäre, die beim Nachlassgericht geführte Akte beizuziehen. Das Ergebnis dieser hypothetischen Beziehung kann deshalb offen bleiben.

Nach der im Verhältnis zu § 29 GBO speziellen Vorschrift des § 35 Abs. 1 GBO erfolgt der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden; erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunde nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen.

Dieser Vorschrift lässt sich entnehmen, dass das Grundbuchamt zur Durchführung eigener Ermittlungen nicht befugt ist (vgl. BayObLG aaO.). Ermittlungen sind somit mit der Zielrichtung, den Inhalt einer in notarieller Urkunde errichteten letztwilligen Verfügung zu ermitteln, wenn die Urkunde selbst keine ausreichende Klarheit verschafft, nicht zulässig. Das Grundbuchamt ist insoweit nämlich schon im Ausgangspunkt nicht befugt, tatsächliche Ermittlungen über einen etwaigen, in der Testamentsurkunde nur unvollständig zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen durchzuführen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2000, 456).

Ermittlungshandlungen des Grundbuchamtes sind jedoch auch insoweit nicht statthaft, als damit die Grundlage geschaffen werden soll, die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Nachweis der Erbfolge durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, in Frage zu stellen.

Die abweichende Auffassung von Bockelmann (RPfleger 1971, 337; vgl. auch Haegele, RPfleger 1975, 153, 154) verkennt die Funktion des Grundbuchamtes in dem in § 35 GBO speziell geregelten Verfahren des Nachweises der Erbfolge. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO eröffnet dem Grundbuchamt lediglich zwei Handlungsoptionen: Entweder hält es auf Grund der Vorlage des in öffentlicher Urkunde errichteten Testamentes die Erbfolge für nachgewiesen oder aber es verlangt die Vorlage eines Erbscheines. Weitergehende Ermittlungsbefugnisse, gar, wie von Haegele

vorgeschlagen (aaO.), die Beziehung der Nachlassakte eines „auswärtigen“ Nachlassgerichtes, sind in dieser Vorschrift nicht vorgesehen und würden das im Gesetz klar geregelte Verhältnis von Grundbuchamt zu Nachlassgericht in Frage stellen und zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit sowie zur doppelten Belastung der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie auch der Beteiligten führen.

Soweit in der Rechtsprechung die Berücksichtigung offenkundiger Tatsachen für statthaft erachtet wird (vgl. OLG Köln, MDR 1965, 993; offengelassen von BGHZ 84, 196), geht es lediglich um die Frage, ob die entsprechenden Tatsachen infolge der Beziehung der betreffenden Verfahrensakten für das Grundbuchamt offenkundig sind. Es geht hierbei nicht darum, dass sämtliche in beim Grundbuchamt oder anderweitig geführten Akten bekundete Tatsachen offenkundig sind. Deshalb kommt dem Umstand, dass zum Entscheidungszeitpunkt des Grundbuchamtes aus den beim Nachlassgericht geführten Akten ersichtlich gewesen sein soll, dass die Beteiligten Ziffer 2 und 3 das notarielle Testament für unwirksam erachtet haben, keine Bedeutung zu.

Mitgeteilt von Richter am Landgericht Ungewitter, Freiburg

BGB § 2194

Der Erbe kann auch dann gemäß § 2194 BGB die Vollziehung einer Auflage verlangen, wenn er selbst durch die Auflage begünstigt wird.

OLG Karlsruhe, Urt. vom 07.05.2004 – 14 U 103/02

Die verstorbene Mutter der Parteien hatte ihr Grundstück mit einer Grundschuld belastet, die langfristige Darlehensverbindlichkeiten des Beklagten sichert. Sie hat die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt und dem Beklagten ein Vermächtnis ausgesetzt. Im übrigen ist der Beklagte in dem Testament der Mutter verpflichtet worden, das – zum Nachlaß gehörende – Grundstück von der Grundschuld zu befreien. Der Beklagte hat das Vermächtnis angenommen. Die Klägerin verlangt von ihm, die Löschung der Grundschuld herbeizuführen.

Aus den Gründen:

Die Parteien sind Geschwister. Sie streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von der dinglichen Haftung aus einer Grundschuld zu befreien, welche die Mutter der Parteien der Sparkasse O. im Jahr 1983 bestellt hat, um langfristige Darlehensverbindlichkeiten des Beklagten zu sichern. Am 08.05.1988 hat die Mutter mit der Sparkasse vereinbart, daß die Grundschuld ein dem Beklagten gewährtes Darlehen über 350.000,00 DM sichert und die Sparkasse ihre Rechte aus der Grundschuld freigibt, sobald sie wegen des gesicherten Anspruchs befriedigt ist. Durch Testament vom 14.12.1992 hat die Mutter die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt und ihren weiteren vier Kindern – darunter dem Beklagten – jeweils ein Vermächtnis in Höhe von 20.000,00 DM ausgesetzt. Weiter heißt es in dem Testament:

„Mein Hausgrundstück im Grundbuch von B. Nr. 143 ist derzeit noch mit einer Grundschuld über DM 200.000,00 für die Bezirkssparkasse O. und mit einer Grundschuld über DM 97.400,00 zugunsten der L. Bausparkasse AG. belastet. Diese Grundschulden betreffen Darlehensverbindlichkeiten und zwar die über DM 200.000,00 eine solche meines

Sohnes E. K. (des Beklagten) und die über DM 97.400,00 eine solche meines Sohnes R. K.. Ich selbst bin aus diesen Darlehen nicht verpflichtet. Ich habe meinen beiden Söhnen E. und R. lediglich für diese Darlehen die entsprechende Absicherung auf meinem Grundbesitz gewährt. Beide sind verpflichtet spätestens im Falle meines Todes das obige Grundstück von diesen beiden Grundpfandrechtsbelastungen freizumachen”.

Die Mutter ist am 03.10.1993 verstorben.

Der Beklagte hat den aus dem Vermächtnis folgenden Anspruch gegen die Klägerin mit einer am 15.01.1997 erhobenen Klage neben einem restlichen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht. Im Laufe jenes Rechtsstreits hat er ausdrücklich erklärt, daß er das Vermächtnis damit angenommen habe; vorsorglich hat er nochmals die Annahme des Vermächtnisses erklärt. Durch Schreiben vom 30.03.2001 hat die Sparkasse O. es abgelehnt, eine von dem Beklagten angebotene Ersatzsicherheit anstelle der Grundschuld zu akzeptieren; sie werde die derzeit noch mit 195.492,56 DM valutierende Grundschuld freigeben, sobald das Darlehen vollständig zurückbezahlt sei.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, die Löschung der im Grundbuch von Berghaupten eingetragenen Grundschuld in Höhe von 200.000,00 DM beizubringen

II.

Die Berufung des Beklagten ist nicht begründet.

Die Pflicht des Beklagten, die Grundschuld abzulösen, ergibt sich aus dem Testament. Das Landgericht hat die im Testament enthaltene Verfügung zu Recht als Auflage im Sinne der §§ 1940, 2192 ff. BGB ausgelegt. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut: Der Beklagte ist „verpflichtet“ und nicht etwa nur gebeten worden, das Grundstück von der Grundpfandrechtsbelastung zu befreien. Es gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin – entgegen dem Wortlaut – nur einen unverbindlichen Wunsch äußern wollte. Die als Zeugen vernommenen Geschwister der Parteien haben ausgesagt, daß ihre Mutter den Beklagten schon seit Jahren zur Tilgung des gesicherten Darlehens gedrängt habe. Der Notar, zu dessen Niederschrift das Testament errichtet worden ist, hat ausgesagt, die Erblasserin habe gewünscht, daß die eingesetzte Erbin das Haus ohne Belastung durch Grundpfandrechte erhalten solle. Diesem Wunsch entsprechend hat die Erblasserin den Beklagten in dem Testament verpflichtet, das Grundstück spätestens im Fall ihres Todes von der Grundpfandrechtsbelastung zu befreien.

Daß den vier nicht erbenden Kindern zum Ausgleich für die Erbeinsetzung der Klägerin gleich hohe Vermächtnisse ausgesetzt worden sind, spricht auch nicht gegen, sondern für die Auslegung als Auflage. Der Sohn R. K., dessen Verbindlichkeiten ebenfalls durch eine auf dem Grundstück der Erblasserin lastende Grundschuld gesichert waren, wurde in gleicher Weise wie der Beklagte verpflichtet, das Grundstück von der ihn betreffenden Grundschuld zu befreien. Dagegen ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß die Erblasserin auch Verbindlichkeiten der anderen beiden mit einem Vermächtnis bedachten Kinder gesichert hatte.

Der Annahme einer Auflage steht auch nicht entgegen, daß die Mutter vor ihrem Tod noch keinen Anspruch darauf hatte, daß der Beklagte sie von der dinglichen Haftung befreit. Eine Auflage setzt gerade nicht voraus, daß der beschwerte Vermächtnisnehmer schon zu Lebzeiten des

Erblassers zur Vornahme der ihm im Testament auferlegten Handlung verpflichtet war.

Im übrigen ist die Auflage weder auf eine unmögliche Leistung gerichtet noch hängt ihre Vollziehung von der Großzügigkeit der Sparkasse O. ab. Sobald die Sparkasse wegen der gesicherten Darlehensverbindlichkeit befriedigt ist, ist sie nach der Zweckerklärung vom 08.05.1988 zur Freigabe ihrer Rechte aus der Grundschuld verpflichtet. Die Darlehensverbindlichkeit ist auch erfüllbar: Die Sparkasse selbst hat dem Beklagten in dem Schreiben vom 30.03.2001 empfohlen, das Darlehen vollständig zurückzubehalten. Der Beklagte kann die Freigabe also dadurch bewirken, daß er seine Darlehensverbindlichkeit tilgt. Ob er über die erforderlichen Mittel verfügt, ist insoweit ohne Belang; dies stünde seiner Verurteilung nicht entgegen.

Als Erbin gehört die Klägerin zu den Personen, die gemäß § 2194 BGB die Vollziehung der Auflage verlangen können. Ob eine nach § 2194 BGB vollziehungsberechtigte Person die Vollziehung der Auflage auch dann verlangen kann, wenn sie selbst durch die Auflage begünstigt wird, ist allerdings streitig. Nach Ansicht von Johannsen (BGB-RGRK 12. Aufl. § 2194 Rdn. 4) steht den in § 2194 BGB genannten Personen das Klagerecht insoweit nicht zu, als damit der Vollzug einer zu ihren Gunsten gemachten Auflage verlangt werden soll. Dies wird – unter Berufung auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.05.1952 (IV ZR 220/51) – damit begründet, daß der Begünstigte nach § 1940 BGB keinen Anspruch auf die dem Beschwererten auferlegte Leistung habe. Es würde dem Wesen der Auflage widersprechen, wenn er sich diesen Anspruch praktisch auf dem Umweg verschaffen würde, daß er das Klagerecht aus § 2194 BGB ausübe, das einen anderen Zweck habe (ebenso Soergel/Dieckmann, BGB 13. Aufl. § 2194 Rdn. 7; Vorwerk, ZEV 1998, 297 und Wochner, MittRhNotK 1994, 89, 97, die vielfach ebenfalls als Anhänger dieser Ansicht genannt werden, führen dagegen nur aus, daß der Erblasser auch einem in § 2194 BGB nicht genannten Dritten einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung der Auflage einräumen könne, nicht jedoch dem Begünstigten selbst, dem sonst entgegen § 1940 BGB ein Vollziehungsanspruch zustünde). Gegen diese Ansicht wird eingewandt, dass sie dem Fehlen der Anspruchsberechtigung des Begünstigten ein größeres Gewicht beilege als der Verpflichtung des Beschwererten und damit in begriffsjuristischer Weise das Unterscheidungsmerkmal zwischen Auflage und Vermächtnis für wichtiger halte als die vom Erblasser gewollte Vollziehung der Auflage (Staudinger/Otte, BGB 13. Bearbeitung § 2194 Rdn. 9). Das Fehlen eines Anspruchs des Auflagenbegünstigten rechtfertigt noch nicht die Annahme, die Ausübung eines dem Vollziehungsberechtigten selbst zugute kommenden Vollziehungsrechts stelle eine Umgehung dar (Schlichting in MüKo-BGB, 3. Aufl. § 2194 Rdn. 3; zustimmend Jauernig/Stürner, BGB 10. Aufl. § 2194 Rdn. 2; Hk-BGB/Hoeren, 2. Aufl. § 2194 Rdn. 6; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, BGB 2003 § 2194 Rdn. 2). Der Senat schließt sich dieser Gegenmeinung an. Nach § 1940 BGB kann der Erblasser durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Da derjenige, an den die Leistung erfolgen soll, keinen Anspruch auf die Leistung hat, stünde die Erfüllung der Verpflichtung im Belieben des Beschwererten. Dies wird durch die Vorschrift des § 2194 BGB verhindert, die dem Erben, dem Miterben und demjenigen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwererten unmittelbar zustatten kommen würde, ein Klagerecht auf die

Vollziehung einräumt. Das Gesetz enthält nicht die Einschränkung, daß die genannten Personen die Vollziehung der Auflage dann nicht verlangen können, wenn der Beschwerter zu einer Leistung an sie verpflichtet worden ist oder die Vollziehung der Auflage ihnen in sonstiger Weise zugute kommt. Der Erbe, der durch die Vollziehung der Auflage begünstigt wird, macht auch nicht in zweckwidriger Weise von dem Klagerecht Gebrauch, wenn er die Vollziehung der Auflage verlangt. Zweck des Klagerechts ist es, die Verpflichtung zur Leistung durchzusetzen, auf die kein Anspruch besteht. Dieser Zweck wird erreicht, gleichgültig ob die Auflage einen Dritten oder den Vollziehungsberechtigten selbst begünstigt. Die verlangte Vollziehung kommt demjenigen zugute, dem sie nach dem Willen des Erblassers zugute kommen sollte. Die Ausübung des Vollziehungsrechts verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Der Erbe hat das Vollziehungsrecht nicht in unredlicher Weise, durch ein gesetz- oder sittenwidriges Verhalten erworben, sondern der Erblasser hat ihn als Erben eingesetzt oder er ist nach der gesetzlichen Erbfolge berufen.

Die Klägerin kann die Vollziehung der Auflage daher verlangen.

Mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Dr. Ernst-Friedrich Krauß, Freiburg

**EWGRL 335/69 Art. 10 lit. c; Art 12 Abs. 1 lit. e
LJKG BW § 10; § 11
KostVfg BW § 13**

1. Auch bei den nach Aufwendung zu berechnenden Abgaben für unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallende Beurkundungen durch badische Amtsnotare handelt es sich um Gebühren, von denen den Notaren nach § 10 LJKG BW ein Anteil zusteht.

2. Der beim Gebührenansatz zu berücksichtigende Gebührenanteil des beurkundenden Notars ist auf der Grundlage einer europarechtskonform ermittelten Gebühr zu berechnen (Bestätigung OLG Karlsruhe, 14 Wx 32/03).

3. Solange der Gesetzgeber noch keine richtlinienkonforme Gebührenordnung geschaffen hat, ist der Gebührenansatz für unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallende Beurkundungen durch badische Amtsnotare mit einem Vorläufigkeitsvermerk zu versehen.

OLG Karlsruhe, 14. Zivilsenat in Freiburg Beschl. vom 13.04.2004

- 14 Wx 79/03 -

Aus den Gründen:

I.

1. Der Notar beim Notariat E. hat den in der Vertreterversammlung der Volksbank U. e.G. gefassten Verschmelzungsbeschuß beurkundet

2. Gegen die Kostenrechnung hat die Rechtsnachfolgerin der Kostenschuldnerin Erinnerung eingelegt. Unter Hinweis auf den Beschluß des EuGH vom 21.03.2002, C 264/00 –

„Gründerzentrum“ – hat sie zur Begründung ausgeführt, die Kostenrechnung verstoße gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, da die angesetzten Gebühren den Aufwand für die erbrachten Dienstleistungen überstiegen.

3. Das Notariat hat daraufhin den tatsächlichen Zeitaufwand ermittelt und die dem Land aufgrund der Protokollierung des Verschmelzungsbeschlusses entstandenen Kosten unter Zugrundelegung der im Erlaß des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 22.05.2002 – Az. 565/0227 – aufgeführten Pauschsätze je Arbeitsstunde – ohne den von der Staatskasse an den Notar gezahlten Gebührenanteil errechnet.

Die Bezirksrevisorin als Vertreterin der Staatskasse hat im Erinnerungsverfahren die Auffassung vertreten, die Erinnerung könne nur dazu führen, daß der Kostenansatz mit einem Vorläufigkeitsvermerk versehen werde; bei der Ermittlung des dem Land entstandenen Aufwandes sei jedenfalls der – wohl auf der Grundlage der berechtigten Gebühren neu zu berechnende – Gebührenanteil des Notars zu berücksichtigen.

3. Das Amtsgericht hat die in Rede stehende Kostenrechnung des Notars insoweit aufgehoben, als eine 476,00 € zuzüglich 16 % Umsatzsteuer übersteigende Gebühr festgesetzt worden war. Seiner Entscheidung hat es im wesentlichen die dem Land aufgrund des Geschäfts entstandenen Kosten zugrundegelegt. Es hat die Auffassung vertreten, die ausgezahlten – auf Grundlage der KostO ermittelten – Gebührenanteile des Notars nicht als Aufwand des Landes zu berücksichtigen.

Mit ihrer dagegen gerichteten Beschwerde hat sich die Bezirksrevisorin als Vertreterin der Staatskasse zum einen dagegen gewandt, daß das Amtsgericht den – unter Zugrundelegung aufwandsbezogen berechneter Gebühren neu zu ermittelnden – Gebührenanteil des Notars nicht als Aufwand des Landes berücksichtigt habe; zum anderen hat sie sich dagegen gewandt, daß die Festsetzung der Kosten des Landes nicht als vorläufiger Kostenansatz erfolgt ist.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Die infolge Zulassung (§ 143 i.V.m. § 14 Abs. 3 S. 2 KostO) statthafte und auch sonst zulässige (§ 14 Abs. 4 KostO) weitere Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Zu Unrecht haben das Amtsgericht und ihm folgend das Landgericht den Gebührenanteil des Notars beim Kostenansatz in voller Höhe unberücksichtigt gelassen.

a) Die der Kostenrechnung des Notariats zugrundeliegende Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses stellt einen unter Art. 10 lit. c der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“, im folgenden auch „Richtlinie“) fallenden Vorgang dar (zur Anwendbarkeit der Richtlinie auf eingetragene Genossenschaften vgl. OLG Karlsruhe, Beschluß vom 03.12.2002 – 14 Wx 130/01 – [OLGR Karlsruhe 2003, S. 80 ff.] unter B II 1 a aa (1) der Gründe; dazu, daß für den Verschmelzungsbeschuß der Verbotstatbestand des Art. 10 lit. c der Richtlinie gilt, OLG Karlsruhe, a.a.O., unter B II 2 der Gründe). Für derartige notarielle Leistungen dürfen gemäß Art. 10 lit. c i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. e der Richtlinie lediglich Abgaben mit Gebührencharakter erhoben werden.

b) „Abgaben mit Gebührencharakter“ im Sinne der Richtlinie sind solche Abgaben, deren Berechnung auf der

Grundlage der Kosten für die erbrachte Leistung erfolgt (EuGH, Urteil vom 29.10.1999, C-56/89 – „Modelo“ –, Tz. 29 [ZIP 1999, S. 1681 ff.]; Urteil vom 21.06.2001, C-206/99 – „SONAE“ –, Tz. 32 [EuZW 2001, S. 500 ff.]; vgl. auch Fabris, ZIP 1999, S. 1683 f.; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 862 ff.). Bei deren Ermittlung können – wie der EuGH in seinem Urteil vom 21.12.1997, C-188/94 – „Fantask“ –, Tz. 33 (ZIP 1998, S. 206 ff., 210) für die Eintragung von Aktiengesellschaften ausgeführt hat – „sämtliche Kosten (berücksichtigt werden), die mit den Eintragungen zusammenhängen, einschließlich des auf diese Vorgänge entfallenden Teils der allgemeinen Kosten“.

Daß zu diesen Kosten – entgegen der den Entscheidungen der Vorinstanzen zugrundeliegenden Auffassung – auch die Gebührenanteile gehören, welche den Notaren im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet neben den ihnen nach den Landesbesoldungsgesetz zustehenden Bezügen aufgrund von § 10 Abs. 1 i.V.m. § 11 LJKG aus der Staatskasse zu gewähren sind, hat der Senat bereits in seinem zur Veröffentlichung bestimmten Beschluß vom 17.02.2004 – 14 Wx 32/03 – (unter II 2. a der Gründe) dargelegt. Der Senat hat weiter ausgeführt (a a.O., unter II 2. b der Gründe), daß sich die Höhe des bei der Berechnung der Kostenschuld zu berücksichtigenden Gebührenanteils des Notars auf der Grundlage europarechtskonform – also nach Aufwand – ermittelter Gebühren zu berechnen sei. Hiervon abzugehen sieht der Senat keinen Anlaß. Insbesondere vermag der Senat nicht der Auffassung des Landgerichts zu folgen, wonach den Notaren bei der Beurkundung unter die Richtlinie fallender Geschäfte überhaupt keine Gebührenanteile zustehen, weil es sich bei den nach Aufwand zu erhebenden Gebühren in Wahrheit um Auslagen und nicht um Gebühren im Sinne von § 10 Abs. 1 LJKG handele: Auslagen sind die bei einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren dem Staat durch Inanspruchnahme entgeltlicher Leistungen Dritter entstandenen Aufwendungen, wie z. B. Porti, Material-, Miet-, Reise-, Dolmetscher- oder Sachverständigenkosten; sie sind durch das Gesetz fest umgrenzt (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 33. Aufl. 2004, Einl II A Rn 15). Gebühren stellen dagegen Zwangsabgaben dar, die als Gegenleistungen für die besondere Inanspruchnahme von Leistungen einer Behörde oder eines Gerichts erhoben werden. Die für die Beurkundungen durch staatliche Notare zu entrichtenden Abgaben stellen danach zweifelsfrei Gebühren dar. Daß die Gegenleistungen für unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallende staatliche Leistungen sich nicht an deren Wert für den Kostenschuldner, sondern – unter Ausschaltung rechtspolitischer Ziele wie sozialer Gesichtspunkte – allein am Aufwand zu orientieren haben, ändert an ihrem Gebührencharakter nichts und macht sie insbesondere nicht zu Auslagen.

c) Solange der Gesetzgeber keine richtlinienkonforme Gebührenregelung geschaffen hat, ist der berücksichtigungsfähige Aufwand – also auch der im hier zu entscheidenden Fall im Streit stehende Gebührenanteil des Notars – zu schätzen. Die einer Schätzung zugrundezulegenden Tatsachen vermag der Senat in dem als Rechtsbeschwerde ausgestalteten (§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO) Verfahren der weiteren Beschwerde nicht selbst festzustellen. Deshalb wird die Sache an die Kostenbeamtin des Notariats zurückgegeben.

Wie der Senat in seinem Beschluß vom 17.02.2004 – 14 Wx 32/03 – ausgeführt hat, erscheint es als naheliegend, sich hinsichtlich der Höhe des Notaranteils an den Durchschnittswerten für die zurückliegenden Jahre zu orientieren. Als Orientierungswerte wären dabei diejenigen Gebühren-

anteile heranzuziehen, die bei solchen unter § 11 Abs. 6 S. 1 lit. a LJKG fallenden Geschäften angefallen sind, deren Geschäftswert dem tatsächlichen Aufwand des Notariats für das unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallende Geschäft entspricht. Dem Senat erschiene es dabei als sachgerecht, nicht auf die Durchschnittswerte des betreffenden Notars, sondern auf die Durchschnittswerte sämtlicher Notare im OLG-Bezirk abzustellen, um eine Gebührenungleichheit innerhalb des OLG-Bezirks zu vermeiden.

2. Zu Unrecht hat das Landgericht es abgelehnt, den Kostenansatz mit einem Vorläufigkeitsvermerk zu versehen. Wenn es ausführt, die Anbringung eines Vorläufigkeitsvermerks nach § 13 Abs. 4 KostVfg komme nicht in Betracht, da ein Wertermittlungsverfahren nicht eingeleitet, zumindest aber – da die Vertreterin der Staatskasse die Werte auch gar nicht angegriffen habe – durch die Entscheidung des Amtsgerichts abgeschlossen sei, so verkennt es, daß es darum nicht geht. Die Staatskasse erstrebt im vorliegenden Fall einen Vorläufigkeitsvermerk nicht deshalb, weil den Gebühren zugrundezulegende Werte noch nicht feststünden (§ 13 Abs. 4 S. 1 KostVfg) – bei nach Aufwand zu ermittelnden Gebühren spielt der Gegenstandswert auch keine Rolle –, sondern weil der Gesetzgeber noch keine richtlinienkonforme Gebührenordnung geschaffen hat. Daß unter diesen Umständen der Gebührenansatz in entsprechender Anwendung von § 13 Abs. 4 KostVfg lediglich vorläufig zu erfolgen hat, ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt (z.B. BayObLG, WM 1999, S. 1622 ff., 1624; OLG Zweibrücken, WM 1999, S. 1631 ff., 1634; OLG Köln, NJW 1999, S. 1342; vgl. auch Senatsbeschluß vom 24.09.2002, 14 Wx 133/00 [OLGR Karlsruhe 2002, S. 437 ff.]). Der Kostenansatz des Notariats war daher – dem Antrag der Staatskasse entsprechend – mit einem Vorläufigkeitsvermerk zu versehen.

Mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Ernst-Friedrich Krauß, Freiburg

BGB §§ 1908, 1908i, 1804, 1624

Ein Übergabevertrag, durch den das dem Betreuten gehörende landwirtschaftliche Unternehmen gegen Zusage eines Altenteils auf den Sohn übertragen werden soll, ist nicht generell „nicht genehmigungsfähig“. Die Versagung der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers rechtfertigt sich auch nicht allein dadurch, dass potentielle Miterben des Übernehmers Vermögensteile des Betreuten „ohne Gegenleistung“ erhalten sollen.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 30.06.2004 – 8 W 495/03

Aus den Gründen:

I.

1. Der nunmehr 65jährige Betroffene ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Hofes, zu dem 25 land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke mit einer Fläche von über 31 Hektar gehören. Die Beteiligte zu 2 ist seine nunmehr 58jährige Ehefrau, während die Beteiligten zu 3 bis 5 deren gemeinsame, inzwischen jeweils verheiratete Kinder sind. Der nahezu 35jährige Beteiligte zu 3 wohnt seit jeher, nunmehr mit seiner Familie auf dem Hof, während die beiden anderen Kinder mit Familie anderweit in der Nähe wohnen.

Der Betroffene ist aufgrund eines im November 1996 erlittenen Schlaganfalls nicht mehr geschäftsfähig und schwerstpflegebedürftig; eine Verständigung mit ihm ist nicht mehr möglich. Er wird von seiner Ehefrau zu Hause gepflegt, nach Kräften unterstützt durch die weiteren Beteiligten und deren Familienangehörige.

Durch Beschluss vom 3.9.1997 hat das Notariat – Vormundschaftsgericht – eine umfassende Betreuung angeordnet und die Ehefrau (Beteiligte 2) zu seiner Betreuerin bestellt.

2. Am 25.3.2003 ließen die Beteiligten einen Hofübergabevertrag beurkunden, bei dessen Abschluss die Beteiligte Ziffer 2 sowohl im eigenen Namen als auch als vollmachtlose Vertreterin ihres Ehemanns handelte. Durch diesen Vertrag soll der Hof einschließlich des zum Betrieb gehörenden Zubehörs und die große Mehrzahl der Grundstücke auf den auf dem Hof lebenden Sohn (Beteiligter Ziffer 3) übertragen werden; drei Waldgrundstücke mit einer Fläche von ca. 2 Hektar sollen als Ausgleich ihrer Erbansprüche auf dessen Geschwister (Beteiligte Ziffer 4 und 5) übertragen werden. Als Gegenleistung des Übernehmers ist zum einen ein – im Grundbuch an vorderster Rangstelle einzutragendes – Altenteil (Leibgeding) vereinbart, dessen wichtigste Regelungen sich aus den weiteren Entscheidungsgründen ergeben. Durch diese Übergabe sollen zugleich alle Ansprüche des Beteiligten Ziffer 3 für seine bisherigen Leistungen auf dem Hof und zugunsten des Betroffenen (§ 2057a BGB) abgegolten werden.

3. Durch Beschluss vom 24.4.2003 wies das Vormundschaftsgericht den – für zulässig erachteten – Antrag auf Bestellung eines Ergänzungsbetreuers zurück mit der Begründung, der vorgelegte Vertrag sei nicht genehmigungsfähig, weshalb kein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bestehe; Schenkungen seien nach §§ 1908i, 1804 BGB dem Betreuer verboten und deshalb nichtig und ein ausnahmsweise zulässiges Gelegenheitsgeschenk nach § 1908i Abs. 2 BGB könne hier nicht angenommen werden; auch eine von einer Schenkung zu unterscheidende Ausstattung nach § 1624 BGB liege nicht vor, weil es sich hier um eine vorweggenommene Erbfolge handle.

Der im Namen der Betreuerin eingelegte Beschwerde half das Vormundschaftsgericht nicht ab.

4. Das Landgericht hat die Beschwerde der Betreuerin zurückgewiesen.

Dagegen wendet sich die Betreuerin mit der weiteren Beschwerde.

I.

Die nach § 27 Abs. 1 FGG als Rechtsbeschwerde statthafte und auch im übrigen zulässige weitere Beschwerde hat im wesentlichen Erfolg, denn die Entscheidung des Landgerichts – und damit auch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts – hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand. Deshalb waren die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats an das Notariat zurückzuverweisen.

1. Das Beschwerderecht der Beteiligten Ziffer 2 im eigenen Namen ergibt sich jedenfalls aus § 69g Abs. 1 FGG, so dass die Frage einer Beschwerde im Namen des Betreuten (§ 69g Abs. 2 FGG) auf sich beruhen kann. Gegenstand des

Verfahrens ist (noch) nicht die Genehmigung des Vertrages – bei der die Beschwerdebefugnis gesondert zu prüfen ist –, sondern die Ablehnung einer (Ergänzungs-) Betreuerbestellung.

Alle weiteren Voraussetzungen der weiteren – hier unbefristeten – Beschwerde sind erfüllt.

2. Die rechtliche Bewertung des vorgelegten Übergabevertrags durch die Vorinstanzen hält der Überprüfung nicht stand.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend sind zwar die Erwägungen des Landgerichts und des Vormundschaftsgerichts, dass Schenkungen aus dem Vermögen des Betreuten, die über die in § 1908i Abs. 2 S. 1 BGB genannten Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, grundsätzlich nicht genehmigungsfähig sind, weshalb in solchen Fällen kein Bedürfnis für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers besteht, wenn der Betreuer durch § 1908i Abs. 1 iVm § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung des Betreuten gehindert ist (vgl. BayObLGZ 1996,118 = FamRZ 1996,1359 = RPfl 1996,508; BayObLG RPfl 2003,649; OLG Hamm FamRZ 1985,206; Erman / Holzauer, BGB 11. Aufl. 2004, § 1804 Rn 1, § 1908i Rn 37f; Soergel / Zimmermann, BGB 13. Aufl. 2000, § 1804 Rn 2, 1908i Rn 17 f; Staudinger / Engler, 13. Bearb. 1999, § 1804 Rn 20).

Auch der Fall des § 1908i Abs. 2 BGB ist hier zu Recht verneint worden, weil die beabsichtigte Vermögensübertragung den Rahmen eines „Gelegenheitsgeschenks“ weit überschreitet (vgl. BayObLG FamRZ 1998,47 = BtPrax 1998,72) und auch nicht einer „sittlichen Pflicht“ des Betroffenen entspricht.

b) Zu Recht ist das Landgericht nicht der rechtsfehlerhaften Ansicht des Notariats gefolgt, die Genehmigungsfähigkeit des Vertrages entfalle schon deshalb, weil es sich um eine „gemischte Schenkung“ und eine „vorweggenommene Erbfolge“ handle, sondern hat das Gewicht der Prüfung auf die Frage des §§ 1908, 1624 Abs. 1 BGB gelegt. Zutreffend ist zwar, dass der Sicherung des Vermögens des Betreuten zur Gewährleistung seiner angemessenen Versorgung und Pflege im Alter ein hoher Stellenwert zukommt, so dass eine gewissenhafte Prüfung all jener (beabsichtigten) Verfügungen – auch bei Übergabeverträgen – geboten ist, die zu einer weitgehenden Veränderung der Vermögenslage des Betreuten führen (vgl. SenBeschl. v. 6.5.1997, BWNotZ 1997,147, und v. 4.10.2000, BWNotZ 2001,64 mwNw). Dennoch hat die Kammer die Anforderungen an die Angemessenheit der wechselseitigen Berechtigungen und Verpflichtungen überspannt.

c) Derartige Übergabeverträge, die seit langem sowohl in der Landwirtschaft als auch in anderen Wirtschaftsbereichen verbreitet und auch punktuell gesetzlich geregelt sind (vgl. Art. 96 EGBGB; §§ 593a, 2049, 2312 BGB), sind nach § 1624 BGB dann keine Schenkungen iSv §§ 516 ff, 1804 BGB, wenn sie dem Kind von seinen Eltern zur Erlangung einer selbständiger Lebensstellung zugewendet werden. Deshalb hat der Gesetzgeber des Betreuungsrechts die im bisherigen Vormundschaftsrecht (§ 1902 Abs. 1 BGB aF) enthaltene Sonderbestimmung über die Genehmigungsfähigkeit der Zuwendung einer Ausstattung – die zunächst gestrichen werden sollte – gerade im Hinblick auf derartige Übergabeverträge beibehalten (§ 1908 BGB nF; BR-Drs 11/4528, 211,229; vgl. Palandt / Diederichsen, 63. Aufl., § 1908 Rn 1; Staudinger / Bienwald, BGB 13. Bearb. 1999, § 1908 Rn 1). Dass ein solcher Übergabevertrag zugleich eine sog. vorweggenommene Erbfolge enthält (vgl. BGH FamRZ 1990,1083; Lange /

Kuchinke, Erbrecht 5.Aufl. 2001, § 25 XI 1), steht der Qualifizierung als Aussteuer und damit der grundsätzlichen Genehmigungsfähigkeit – entgegen der Annahme des Notariats – nicht zwingend entgegen. Es ist anerkannt, dass die in Übergabeverträgen vom Übernehmer zugesagten „Gegenleistungen“ in Gestalt von Wohnrecht sowie Versorgung und Pflege im Alter dem Vertrag im Ansatz den Charakter der Unentgeltlichkeit nehmen (BGH NJW 1995,1349 = MDR 1995,500 = FamRZ 1995,479; BayObLGZ 1996,20 = DNotZ 1996, 647 = MittBayNot 1996,195; OLG Hamm FamRZ 1987,751; vgl. auch MünchKomm / Schwab, BGB 4. Aufl. 2002, § 1908 Rn 4; Soergel / Zimmermann, aaO Rn 5).

Nur dann, wenn die zugesagte Gegenleistung des Übernehmers deutlich hinter den absehbaren Bedürfnissen des Übergebers (und seiner unterhaltsberechtigten Ehefrau) zurückbleibt, wenn also das Maß der Angemessenheit iSv § 1624 Abs. 1 BGB überschritten wird, kann Schenkungsrecht und damit das Verbot des § 1804 BGB zur Anwendung kommen (BGH und BayObLG aaO; OLG Hamm NJW-RR 1992, 1170; Senat aaO; vgl. auch Böhmer, MittBayNot 1996,405 ff). Bei der Prüfung der Angemessenheit ist Raum, den mutmaßlichen Willen des Betreuten (vgl. § 1908i Abs. 2 BGB; OLG Karlsruhe Die Justiz 2001,29) und seine erkennbaren Interessen zu berücksichtigen.

Es ist indessen rechtlich verfehlt, wegen des Schenkungsverbots der §§ 1908i, 1804 BGB an Übergabeverträge so hohe Anforderungen zu stellen, dass für die Anwendung der §§ 1908, 1624 BGB kein Raum bleibt und im Ergebnis ein Betreuer von ihrem Abschluss generell ausgeschlossen ist. Kommt im Ansatz eine Genehmigung des Übergabevertrags in Betracht, darf die erforderliche Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nicht abgelehnt werden.

d) Die Überprüfung des vorliegenden Vertrags darauf, ob ein Verstoß gegen das Übermaßverbot des § 1624 BGB vorliegt oder Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, rechtfertigt im Ergebnis die Ansicht der Rechtsbeschwerde, dass hier – unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Betreuten – ein voll entgeltlicher Vertrag angenommen werden kann, so dass kein Raum für die Annahme einer Schenkung, auch nicht einer gemischten Schenkung ist. Zu Unrecht hat die Kammer die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 4.10.2000 (BWNNotZ 2001,64) auf den vorliegenden Fall übertragen, obwohl sich die Ausgestaltung der Verträge erheblich unterscheidet und die Vertragsteile hier den Anforderungen der Senatsrechtsprechung Rechnung getragen haben. Den oben genannten Fällen, in denen eine Nichtigkeit der Vermögensübertragung bejaht wurde, liegen andere Sachverhalte zugrunde.

Nachdem beide Vorinstanzen ausdrücklich festgestellt haben, dass die Hofübergabe mit dem Ziel der Weiterführung des Betriebes sowohl dem übereinstimmenden Wunsch der Beteiligten als auch den üblichen Lebensverhältnissen in der Landwirtschaft entspricht und auch ohne Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen anstünde, greifen die Bedenken der Kammer gegen die Ausgewogenheit des Vertrages nicht durch.

Die in § 2 des Vertrages aufgeführten Gegenleistungen des Übernehmers mit Wohnungsrecht, Garagennutzungsrecht, Verköstigung und Pflegeleistungen bis zum Tode des Betreuten und der Betreuerin sind so weitgehend, dass dem Senat – anders als im Falle der Entscheidung vom 4.10.2000 (aaO) – eine gravierende Lücke zum Nachteil des Übergebers nicht ersichtlich ist. Von Bedeutung ist insbesondere, dass der Übernehmer sich für den Fall, dass eine

Versorgung und Pflege seiner Eltern auf dem Hof nicht mehr möglich oder zumutbar ist, verpflichtet hat, die Kosten einer Heimunterbringung ohne Einschränkungen zu übernehmen. Hinzu kommt, dass sich der Übernehmer zur Sicherung der Ansprüche seiner Eltern der sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen unterworfen hat, so dass auch im Falle von Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der Leistungspflicht das wirtschaftliche Risiko eines Rechtsstreits dem Sohn zugewiesen ist. Schließlich ist auch für die Sicherung des Leibgedings im Grundbuch in einer Weise gesorgt, dass eine Gefährdung der berechtigten Interessen der Eltern fern liegt.

Soweit einzelne Waldgrundstücke aus dem Vermögen des Betreuten auf die beiden Geschwister des Übernehmers übergehen sollen, führt dies ebenfalls nicht notwendig zur Annahme einer (gemischten) Schenkung – wie das Vormundschaftsgericht gemeint hat; vielmehr ist auch insoweit der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Übergabevertrag bestimmend, weil erst durch diese Abfindung von Erb- bzw. Pflichtteilsansprüchen die Hofübernahme langfristig gesichert ist. Hinzu kommt, dass dem Übergeber an einem Teil dieser Grundstück ein weitgehendes Nießbrauchsrecht (bis zur völligen Abholzung) zusteht, so dass dem Übergeber und seiner Ehefrau für den Notfall noch eine – vom Übernehmer unabhängige – Einnahmequelle gesichert ist.

Die gegenteilige Bewertung des Übergabevertrags durch die Vorinstanzen hätte zur Folge, dass Betreute im Ergebnis generell von der Möglichkeit ausgeschlossen wäre, den Bestand seines Hofes durch Übertragung auf die nächste Generation unter Abdeckung des Lebensbedarfs im Alter sichern.

e) Somit ist der vorliegende Übergabevertrag unter Berücksichtigung der gesamten aus den Akten ersichtlichen Umstände nicht von vornherein als „nicht genehmigungsfähig“ einzustufen, so dass dem Antrag auf Bestellung eines Ergänzungsbetreuers aus Rechtsgründen stattzugeben ist.

Soweit das Vormundschaftsgericht auf Grund seiner breiten Erfahrung mit derartigen Übergabeverträgen gleichwohl noch ernsthafte Bedenken gegen einzelne Vertragsbestimmungen haben sollte, ist es ihm unbenommen, nach Bestellung des Ergänzungsbetreuers im Rahmen des nachfolgenden Genehmigungsverfahrens auf eine punktuelle Änderung des Vertrags hinzuwirken.

Mitgeteilt vom 08. Zivilsenat des OLG Stuttgart

Buchbesprechungen

Dienstordnung für Notare. Kommentar. 4., neu bearbeitete Auflage, 2003, 1054 Seiten. Begründet von Dieter Huhn und Hans-Joachim von Schuckmann. Bearbeitet von Prof. Hans-Joachim von Schuckmann, Prof. Dr. Christian Armbrüster, Dr. Nicola Preuß und Notar Dr. Thomas Renner. Verlag Walter de Gruyter, Berlin. 138,- €.

Die nunmehr vorliegende 4. Auflage des „Klassikers zum Beurkundungsrecht“ wurde nach der Erweiterung des Autorenteam's wesentlich vergrößert, die Erläuterungen aktualisiert, einzelne Problemlagen vertieft. Völlig neu gefasst wurde die Dienstordnung für Notare, alle Rechtsänderungen sind eingearbeitet und die Fortentwicklung der Rechtsprechung berücksichtigt. Berücksichtigt sind vor allem das Internationale Privat- und das Auslandsrecht, die Beurkundungszuständigkeit der Behörden, insbesondere auch der Jugendämter. Der ausführliche Anhang enthält ein detailliertes Verzeichnis zur Behandlung notarieller Urkunden für den Auslandsgebrauch, z.B. wann eine Apostille und wann eine Überbeglaubigung des Landgerichtspräsidenten bei den einzelnen Staaten notwendig ist. Aus der Fülle der Erläuterungen sollen einige wenige Praxisprobleme herausgegriffen werden: Auch weiterhin ist zwischen Unterschrift und Paraphe zu unterscheiden, auch wenn sich die Unterschrift „abgeschliffen“ hat (§ 13 Rn. 31, 37 BeurkG). Die Baubeschreibung eines noch zu errichtenden Gebäudes ist vorlesungspflichtig und kann nicht dem Begriff „Bestandsverzeichnisse“ i.S. von § 14 BeurkG unterstellt werden (§ 13a Rn. 2, § 14 Rn. 7 BeurkG). Sämtliche Probleme (z.B. Vertrauenspersonen, Bedenkfrist, Beurkundung mit Notarmitarbeitern, Vollzugsgeschäfte usw.) rund um Verbraucherverträge nach § 17 Abs. 2a BeurkG wurden eingehend dargestellt und praxisnahen Lösungen zugeführt. Vorzüglich ist auch die Kommentierung zu den Verwahrungsvorschriften der §§ 54a – e BeurkG. Es wird eine treffliche Orientierung in das mit großen Haftungsrisiken verbundene Verwahrungsgeschäft gegeben. Bei Anweisungen per Telegramm, Fax oder E-mail habe der Notar für ein Höchstmaß an Rechtssicherheit zu sorgen und Erklärungen nur dann anzuerkennen, wenn sie mit höchster Wahrscheinlichkeit vom angegebenen Absender stammen (§ 54a Rn. 81 BeurkG). Deutlich weisen die Verfasser darauf hin, dass die Kaufvertragsabwicklung grundsätzlich ohne Treuhandkonto erfolgen soll, das Standardkaufvertragsmuster des Notars darf die Kaufpreishinterlegung nicht mehr vorsehen (§ 54a Rn. 8 BeurkG).

Der Kommentar ist bei den einen Notar interessierenden Fragen des Einsatzes der Elektronik im Notariat voll auf der Höhe. Die heutigen Kommunikationsmöglichkeiten werfen dabei viele neue Probleme auf. Zu Recht wird ausgeführt, dass Verweisgegenstand i.S. von § 9 Abs. 1 BeurkG nur „Papier“ sein kann; den Verweis auf elektronische Datenträger lässt das Gesetz (noch) nicht zu (§ 9 Rn. 21 BeurkG). In der Praxis spielt heute auch die Verwahrung elektronischer Datenträger eine Rolle, insbesondere die Hinterlegung eines Quellcodes. Auch bei urheberrechtlich schutzfähigen Werken erlangt die neue Technik im Rahmen der notariellen Prioritätsfeststellung eine Bedeutung, wenn das Medium nicht mehr körperlich ist. Elektronische Datenträger werden von den Verfassern in entsprechender Anwendung von § 54 e BeurkG zu den Kosten gerechnet (§ 54 e Rn. 6, 7 BeurkG). Eingehend ist der Einsatz der EDV im Notariat dargestellt. Bei Computerfax und E-mails ist daran zu denken, dass nicht selten dritte Perso-

nen Zugang zu der Technik haben. Es ist die Rede von Kryptographie-Programmen, von E-mails in verschlüsselter Form, von EDV-Programmen, von der Abkehr papiergebundener Bücherführung, von Datensicherung und den verschiedenen Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation (DONot Vorbem. 34 ff., § 6 Rn. 3 ff. DONot). Alles in allem: Das Werk bietet dem Notar und seinen Mitarbeitern alles, was sie brauchen – praxisnah und zuverlässig. Es macht einen vorzüglichen Gesamteindruck.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die notarielle Beurkundung – Zweck und Rechtswirksamkeit. Von Prof. Dr. jur. Hanns Flik, Meißen. Dresden: w.e.b. Universitätsverlag/Buchhandel Eckhard Richter & Co. OHG, 2003. 286 Seiten, 35,- €.

Über zwanzig Jahre lang war der Autor Bezirksnotar im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg, ehe er 1994 zum Professor für Rechtspflege an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung Meißen ernannt wurde und nun mit der vorliegenden Dissertation den akademischen Grad eines Doktors der Rechte der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden erlangt hat. Flik befasst sich in seiner Arbeit mit dem Normzweck der notariellen Beurkundung, geht den Formen notarieller Beurkundung und ihren gesetzlichen Grundlagen nach, untersucht die notarielle Beurkundung als Qualitätssicherungssystem und setzt sich mit der Funktionsprüfung auseinander. Höchst interessant sind dabei die Ergebnisse einer Befragung von Notaren und die Einzelfallstudien zu einem Grundstücksvertrag, der vollstreckbaren Grundschuldbewilligung, des Gesellschaftsvertrags einer kleinen GmbH und dem Testament als den häufigsten Beurkundungsgeschäften. So stellt der Grundstücksvertrag den größten Anteil an den Beurkundungsgeschäften dar, gefolgt von der vollstreckbaren Grundschuldbewilligung, vom Gesellschaftsvertrag und vom Testament, die Individualgeschäfte überwiegen gegenüber den Seriengeschäften, Sukzessivbeurkundungen sind selten, ausnahmslos werden die Folgegeschäfte zu einem Grundstücksvertrag durch bevollmächtigte Notarangestellte erklärt, was wegen § 17 Abs. 2a BeurkG bedenklich stimmt. Erstaunlich auch die rechtstatsächliche Feststellung, dass von Seiten der Beteiligten dem Vorlesen einer Urkunde keine erhebliche Bedeutung beigemessen wird. An die Rechtsprechung des BGH richtet der Verfasser die Erwartung, dass mit derselben Berechtigung, mit der beim „Vertrag mit Mindestinhalten“ Maßstäbe gesetzt wurden, nunmehr auf der Grundlage des § 17 Abs. 2a BeurkG „Mindeststandards an Förmlichkeit“ konkretisiert werden. Als profunder Kenner des Notarrechts und der Notarpraxis zeigt Flik Schwächen und Stärken des Notariats auf. Seine detaillierten Untersuchungsergebnisse können der Rechtsprechung wie auch dem Gesetzgeber helfen, auf neuere Entwicklungen und Trends im Beurkundungsrecht einzugehen. Aufsehen erwecken wird die Feststellung von Flik, der Notar wende in unvertretbarem Umfang atypische Beurkundungsformen an, wobei der Ausschluss der aufgelisteten atypischen Beurkundungstechniken im Wege der Dienstaufsicht durchgesetzt werden könne und keiner legislativer Maßnahmen bedürfe. Das Buch gibt dem Insider einen tiefen Einblick in die Praktiken anderer Kollegen, den Nicht-Notar versetzt der Autor in Staunen wegen der im Beurkundungsverfahren zu beachtenden und anzuwendenden

den Vorschriften und Förmlichkeiten. Flik ist es zu verdanken, hier manches erstmals aufgeheilt zu haben. Jeder Notar sollte das Buch gelesen haben.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Meikel, Grundbuchrecht, Kommentar, 9. Auflage 2004, 4162 Seiten, 798,- €, Luchterhand Verlag

Die 9. Auflage des „Meikel“ ist fertiggestellt. Der Meikel geht wiederum weit über einen Kommentar zum Grundbuchrecht hinaus. Die neue Auflage umfasst drei Bände mit insgesamt 4162 Seiten.

Sechs Jahre sind seit dem Erscheinen der 8. Auflage verstrichen. Auch auf dem Gebiet des Grundbuchrechts waren der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Literatur sehr fleißig. Somit war es an der Zeit, den „Meikel“ auf den aktuellen Stand zu bringen.

Stand der Bearbeitung ist nunmehr Mai 2003.

Bearbeiter der 9. Auflage ist ein ausgewogen besetztes Autorenteam, dem Dipl.-Rpfl. Horst Bestelmeyer, Prof. Walter Böhringer, Notar, Prof. Roland Böttcher, Prof. Dr. Günter Brambring, Notar, Kurt Ebeling, Dr. jur. Dr. phil. Herbert Grziwotz, Notar, Franz Göttlinger, Harro Kraiß, Notar, Theodor Morvilius, Barbara Nowak, Prof. Dr. Roth, Edgar Streck, Richter am BGH angehören.

Der „eigentlichen“ Kommentierung vorangestellt ist eine Einleitung (mit 658 Seiten), die Geschichte und Bedeutung des Grundbuchs, Eintragungsfähigkeit, Grundsätze des Eintragungsverfahrens, Voraussetzung einer Grundbucheintragung, allgemeine Verfahrensvorschriften, Auslegung und Umdeutung, Amtspflichten des Grundbuchamts, Vertretung im Grundbuchrecht und öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschränkungen und Vorkaufsrechte sehr ausführlich und übersichtlich darstellt.

Den einzelnen Abschnitten ist jeweils ein sehr ausführliches Literaturverzeichnis vorangestellt.

Wesentlichste Neuerung ist sicherlich die völlige Neubearbeitung der Kommentierung zu §§ 19 und 20 GBO, den beiden wichtigsten Vorschriften des Grundbuchrechts. Diese wurde vorgenommen vom Redaktor des „Meikels“, Prof. Roland Böttcher.

Für die Praxis sehr hilfreich sind auch die Ausführungen von Brambring zur Verwendung ausländischer Urkunden im Grundbuchverkehr (§ 29 GBO Rdnr. 233 ff.)

Die Kommentierung der einzelnen Vorschriften ist durchweg übersichtlich gestaltet, jedem Paragraphen ist eine Gliederung vorangestellt. Bei wissenschaftlich problematischen Fragen wird der Meinungsstand ausführlich dargestellt. Hervorzuheben ist, dass die Kommentatoren eindeutig Stellung beziehen und diese auch dogmatisch begründen, wenn in der betreffenden Frage in Rechtsprechung oder Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Zur Übersichtlichkeit trägt bei, dass jedem Paragraphen ein eigener Abschnitt über die Besonderheiten der neuen Bundesländer angefügt ist.

Sehr ausführlich kommentiert ist ebenfalls die Grundbuchverfügung, Wohnungsgrundbuchverfügung und die Gebäudgrundbuchverfügung (Band 3). Um den Umfang des „Meikels“ nicht zu sprengen, wurde das Kapitel „Katasterwesen“ herausgenommen.

Der dritte Band enthält am Ende ein Stichwortverzeichnis,

welches das Auffinden der gesuchten Kommentarstelle sicherstellt.

In der Breite und Tiefe der Darstellung des Grundbuchrechts ist der „Meikel“ nach wie vor unübertroffen. Die Kommentierung erstreckt sich auf das gesamte Grundstücksrecht, sodass auch übergreifende Probleme ausführlich behandelt werden. Den „Meikel“ sollte sich jeder mit dem Grundstücks- und Grundbuchrecht befassende Jurist auf jeden Fall anschaffen.

Württ. Notariatsassessor Michael Wilhelm, Stuttgart

Kostenordnung. Kommentar. Von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Loseblattwerk in 2 Ordnern. 2570 Seiten. 87. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/ 51. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage. Stand: April 2004. 236 Seiten. Sonderpreis 72,- €. R.v. Decker, Verlagsgruppe Hühthig Jehle Rehm, Heidelberg.

Die Ergänzungslieferung des seit vielen Jahren anerkannten Kommentars zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit aktualisiert das Kostenrecht, wobei das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz mit seinem In-Kraft-Treten zum 1.7.2004 und die Neuregelung der Gerichtskosten in Handelssachen erst in der nächsten Lieferung berücksichtigt werden. Eingearbeitet wurden z.B. bei den Notarkosten die Geschäftswertbemessung bei OHG- und KG-Anteilen, zum Höchstwert bei Kettenverschmelzungen wird unter Berücksichtigung des OLG Hamm (FGPrax 2003, 183) informiert, die Ausführungen zur Auflassung bei § 38 KostO teilweise neu bearbeitet, zu Notarkostenbeschwerden Stellung genommen und zur kostenrechtlichen Bewertung mehrerer Erklärungen bei § 44 KostO die neuen Streitfragen umfassend kommentiert. Auch die neuesten Kostenentscheidungen wurden eingearbeitet.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Das dingliche Wohnungsrecht im Verhältnis zum Mietrecht. Von Dr. Heike Kroll, Essen. Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e.V. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 2004, 175 Seiten, 38,80 €.

Die vorliegende Dissertation geht praktischen Rechtsfragen zum Verhältnis zwischen dinglichem Wohnungsrecht und dem Mietrecht nach. Es werden juristische Gestaltungsmöglichkeiten untersucht und aufgezeigt. So wird die Möglichkeit eines Mietvertrages neben dem dinglichen Wohnungsrecht bejaht, allerdings nicht zur „Verstärkung“ des Mietvertrags, nicht in jeder neben dem Wohnungsrecht abgeschlossenen schuldrechtlichen Regelung sei ein zusätzlicher Mietvertrag zu sehen und überhaupt wird ein dingliches Recht nur bejaht, wenn der Begründungswillen hierzu hervortritt. Deutlich gemacht wird auch, dass ein zusätzliches Mietverhältnis den Wohnungsberechtigten vor dem Verlust der Wohnung bei Insolvenz des Eigentümers und anschließender Zwangsversteigerung schützt. Untersucht wird auch, ob ein Mietvertrag den Rechtsgrund für ein dingliches Wohnrecht darstellen kann und wie sich dann ein Zahlungsverzug sowie Räumungsurteil auf den Bestand des dinglichen Rechts auswirkt. Den unterschiedlichen Instandhaltungs- und Unterhaltungspflichten wird ebenso nachgegangen wie der Eintragungsfähigkeit von Nebenpflichten (z.B. Schönheitsreparaturen) und Betriebskosten

(Heizung, Wasser, Müllabfuhr usw.). Abgelehnt wird eine Auferlegung der öffentlichen und privaten Lasten auf den Dienstbarkeitsberechtigten mit dinglicher Wirkung, damit die Gestaltungsfreiheit der Parteien verneint. Auch auf neue Rechtslagen geht die Autorin ein. So wird herausgearbeitet, wer die „Personen“ nach § 1093 Abs. 2 BGB sind. Auch das neue Rechtsinstitut der „Eingetragenen Lebenspartnerschaft“ wird zu dem Personenkreis gezählt, bei nicht-eheleichen Lebenspartnern jedoch etwas differenziert. Im Anhang sind Muster für eine Bestellungsverpflichtung mit weiteren schuldrechtlichen Vereinbarungen aufgeführt. Dem Praktiker ist das vorliegende Werk eine wertvolle Hilfe.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Formularbuch Vertragsrecht. Verträge – Musterschriftsätze für Vertragsstörungen. ZAP-Formularbuch. Herausgegeben von Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Bielefeld, Notar Dr. Norbert Brenz, Mönchengladbach und Rechtsanwalt Dr. Eckard Flohr, Düsseldorf. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen. 2003, 1632 Seiten, 102,- € mit CD-ROM

In den letzten Jahren hat das Vertragsrecht durch zahlreiche Gesetzesänderungen tiefgreifende Veränderungen erfahren. Konzipiert ist das Buch so, dass zu jedem Rechtsgebiet zuerst ein „Wissens-Update“ geboten wird, ehe praxiserprobte Mustertexte eine Hilfestellung für den Rechtsalltag geben. Innovativ gegenüber vielen anderen Formularbüchern ist der Teil „Ausübung von Rechten“, der zahlreiche Musterschriftsätze für Vertragsstörungen zu den behandelten Verträgen beinhaltet. Der Nutzer des Werkes findet alles, was er für das Vertragsrecht braucht. Die Kapitel bieten einen umfassenden Querschnitt durch alle Rechtsgebiete, so enthält z.B. das Kaufrecht auch Muster zum Ratenlieferungsvertrag, Teilzahlungskaufvertrag, Immobilienkauf, Rechtskauf, Unternehmenskauf. Beim Schenkungsvertrag wird nicht nur der klassische Grundstücksschenkungsvertrag mit Nutzungs- und Verfügungsvorbehalt angeboten, auch die Schenkung einer atypischen Unterbeteiligung an einem Kommanditanteil fand Aufnahme in das Buch. Breiten Raum nimmt die Darstellung des Unternehmenskaufs im Wege des Asset Deal wie auch des Share Deal ein. Die Abschnitte Familien- und Erbrecht enthalten Eheverträge, Scheidungsfolgenvereinbarungen, einen Partnerschaftsvertrag einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, das Verschaffungsvermächtnis über eine Eigentumswohnung, ein Gattungsvermächtnis und den Erbteilskauf. Viele andere, den Notar allerdings weniger interessierende Vertragsgestaltungen werden angeboten, vom Sponsoring- und Leasingvertrag über den Franchise- und Lizenz- sowie Merchandisingvertrag, vom Arbeitsrecht,

Werkvertragsrecht bis zum EDV-Recht spannt sich der Bogen der Vertragserläuterungen. Das Buch verdient das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis“. Wer Vertragsrecht aus einem Guss erhalten will, kommt an diesem Buch nicht vorbei. Das Werk bietet sich für die beratende und vertragsgestaltende Praxis als sicherer Wegweiser an.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Dienstbarkeiten bei Zerstörung von Bausubstanz. Von Gerhard Hausner. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München. Shaker Verlag, Aachen, 2003. 178 Seiten, 48,80 €.

§ 84 Abs. 2 GBO geht davon aus, dass eine Dienstbarkeit, die nicht mehr ausgeübt zu werden vermag, zu bestehen aufhört. Unbestimmt ist allerdings, welche „tatsächlichen Gründe“ zur dauerhaften Unausübbarkeit eines Rechts führen. Bei der Zerstörung eines Gebäudes ist das weitere Schicksal einer Dienstbarkeit zunächst offen. Der Berechtigte muss den hinderlichen Zustand hinnehmen, er hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustands. Die vorliegende Dissertation geht der Frage nach, wie der Dienstbarkeitsberechtigte bei Zerstörung der Bausubstanz vor einem entschädigungslosen automatischen Erlöschen des dinglichen Rechts bewahrt werden kann. Der Lösungsansatz geht dahin, der Dienstbarkeit so weit wie möglich den status quo vor der Gebäudezerstörung zu erhalten. Diese Abweichung von der h.M. entgeht der Problematik, wie die Parteien ansonsten den Fortbestand der Dienstbarkeit rechtstechnisch vereinbaren und dinglich sichern können. Der Autor spricht sich für die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung aus, z.B. welcher Grad der Zerstörung des Gebäudes notwendig ist, welche Räume davon erfasst sein müssen und welche Umstände für oder gegen einen Wiederaufbau sprechen können, damit die Dienstbarkeit erlischt. Auf Grund der Flutkatastrophe in den neuen Bundesländern vermutet der Verfasser, dass in nächster Zukunft das von ihm abgehandelte Problem zu gerichtlichen Entscheidungen führen wird und wünscht sich vom Gesetzgeber eine Ergänzung der Dienstbarkeitsvorschriften um den Satz „Soweit die Ausübung der Dienstbarkeit den Bestand eines Gebäudes voraussetzt, besteht die Dienstbarkeit trotz Zerstörung des Gebäudes fort.“ Dies ist nicht unbekannt, hat doch der Wiedervereinigungsgesetzgeber beim dinglichen Nutzungsrecht in Art. 233 § 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB bereits schon geregelt, dass der Untergang des Gebäudes nicht zu einem Verlust des dinglichen Nutzungsrechts führt und der bisherige Rechtsinhalt des Nutzungsrechts bestehen bleibt.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- 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: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61-63, 71404 Korb (Tel. 07151-303-0, Fax 07151-35968).