

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Nr. 11

MittRhNotK

November 1993

Stimmrechtsbindung im GmbH-Recht

(von Notarassessor Tilman Herriger, Krefeld)

- A. Einleitung
- I. Begriff
 - II. Zweck
 - III. Form
 - IV. Rechtsnatur
- B. Erscheinungsformen der Stimmrechtsbindung
- I. Vereinbarungen auf Dauer
 1. Konsortialverträge
 2. Schuldrechtliche Nebenabreden zur Ergänzung der Satzung zwischen allen Gesellschaftern
 3. Treuhandverhältnisse und Unterbeteiligungen
 4. Sicherungsrechte an Anteilen
 - II. Einzelfallvereinbarungen
 1. Stimmrechtsbindungen als Nebenpflichten aus Veräußerungen
 2. Wahlvereinbarungen
- C. Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen
- I. Interessenlage
 - II. Grundsätzliche Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen
 - III. Grenzen der Zulässigkeit
 1. Einschränkungen im Hinblick auf die Person des Gläubigers der Stimmbindung
 - a) Stimmrechtsbindung gegenüber Dritten
 - b) Stimmrechtsbindung zugunsten der Gesellschaft und zugunsten von Gesellschaftsorganen
 - c) Stimmrechtsbindung zugunsten einzelner Organmitglieder
 2. Einschränkung durch allgemeine Rechtsgrundsätze
 - a) Gesetzliche Verbote
 - b) Sittenwidrigkeit
 - c) Insbesondere Stimmenkauf
 3. Einschränkungen wegen Umgehung von Vorschriften des GmbH-Gesetzes
 - a) Umgehung von Stimmverboten
 - b) Stimmrechtsbindung bei vinkulierten Anteilen
 4. Einschränkungen durch mitgliedschaftliche Bindungen des Gesellschafters
 5. Verbot der Stimmrechtsbindung durch die Satzung
- D. Wirkung von Stimmbindungsvereinbarungen
- I. Bindungswidrige Stimmabgabe bei wirksamer Stimmbindung
 - II. Bindungsgemäße Stimmabgabe bei unwirksamer Stimmbindung
- E. Durchsetzbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen
- I. Erfüllungsklage
 - II. Vollstreckbarkeit
 - III. Vertragsstrafe, Schadensersatz
 - IV. Einstweiliger Rechtsschutz
- F. Hinweise zur Gestaltung dauerhafter Stimmrechtsbindungsvereinbarungen – insbesondere Konsortialverträge

A. Einleitung

Stimmrechtsbindungsverträge sind ein fester Bestandteil der Rechtswirklichkeit. Insbesondere in Familienunternehmen sind derartige Vereinbarungen häufig, um Einzelinteressen zu bündeln und damit längerfristig eine bestimmte Unternehmenspolitik zu garantieren. Aber auch als Instrument der Konzernierung und Durchsetzung bestimmter Projekte in Großunternehmen sind Stimmrechtsabreden weit verbreitet.

Das Stimmrecht ist das wesentliche Instrument des Gesellschafters, die Willensbildung der Gesellschaft mitzubestimmen. Daher können Stimmbindungen das Schicksal der Gesellschaft und auch aller Gesellschafter in erheblicher Weise beeinflussen. Gleichwohl gibt es zu diesem Problemkreis kaum gesetzliche Regelungen. Im GmbH-Recht fehlen sie völlig. Entsprechend vielschichtig sind die Fragestellungen und die zu ihnen vertretenen Ansichten.

Aufgabe dieses Beitrages wird es sein, in einem theoretischen Teil die im einzelnen umstrittenen Grundlagen und Probleme der Stimmrechtsbindung darzustellen und in einem praktischen Teil dem Kautelarjuristen sodann Anregungen im Hinblick auf die Gestaltung von Stimmbindungsverträgen zu geben.

I. Begriff

Als Stimmrechtsbindungsverträge bezeichnet man Vereinbarungen, mit denen sich Gesellschafter verpflichten, ihr Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen nicht frei, sondern in bestimmter Weise auszuüben¹. Derartige Abreden lassen sich anhand verschiedener Kriterien in Gruppen einteilen, wobei die jeweilige Kombination der Merkmale für die rechtliche Beurteilung durchaus bedeutsam ist. So kann die Stimmbindung – wie etwa bei Konsortial- oder Poolverträgen – Hauptpflicht sein oder auch bloße Nebenpflicht, wie beispielsweise im Rahmen von Treuhandverhältnissen oder bei Vereinbarung von Sicherungsrechten an Anteilen. Zu unterscheiden sind darüber hinaus Verträge, die lediglich das Verhalten des Gesellschafters bei einer einzelnen Abstimmung zu einem bestimmten Gegenstand betreffen, von solchen, in denen für einen längeren Zeitraum eine generelle Bindung der Stimmrechtsausübung bei allen Abstimmungen geschaffen wird. Eine weitere Grobeinteil-

¹ Priester, Drittbinding des Stimmrechts und Satzungsautonomie, FS Werner 1984, 657.

lung läßt sich schließlich danach vornehmen, ob die Vereinbarung zu einer Bindung gegenüber Mitgesellchaftern führt oder ob die Freiheit der Stimmrechtsausübung Dritten gegenüber beschränkt wird. Während die erstgenannten Bindungen in der Praxis recht häufig eingegangen werden, spielen Abreden, durch die die Gesellschafter ihr Stimmverhalten von den Weisungen Dritter abhängig machen – im Gegensatz zu der ihnen in der Literatur beigemessenen Bedeutung – eine untergeordnete Rolle².

II. Zweck

Soweit die Stimmbindung Hauptpflicht der getroffenen Vereinbarung ist, verfolgt sie zumeist den Zweck, die gleichgerichteten Interessen einer Mehrheit von Gesellschaftern zu binden (etwa bei Konsortialverträgen) oder den Einfluß verschiedener Gruppen von Gesellschaftern auf die GmbH zu regeln (so zum Beispiel im Rahmen von Familiengesellschaften)³. Weitere Zielsetzung von Stimmrechtsabreden dieser Art kann es sein, in Fällen, in denen eine offene kapitalmäßige Verflechtung durch Einbringung in eine Holding nicht erwünscht ist, eine Konzernbildung oder zumindest deren Wirkungen herbeizuführen⁴.

Anders verhält es sich in den Fällen, in denen die Stimmrechtsbindung – wie etwa im Rahmen von Treuhandverhältnissen oder bei Sicherungsrechten an Anteilen – lediglich Nebenpflicht ist. Hier ist sie zumeist durch das Verbot von Stimmrechtsabspaltung und Legitimationszession veranlaßt. Das sogenannte Abspaltungsverbot verbietet es, einen Geschäftsanteil zu behalten und gleichzeitig das Stimmrecht aus diesem Geschäftsanteil auf einen anderen zu übertragen⁵. Unzulässig ist auch die sogenannte „Legitimationszession“, d. h. die Ermächtigung eines Dritten, das Stimmrecht im eigenen Namen auszuüben⁶. Um die Folgen dieser Verbote zu umgehen, verpflichtet sich der Gesellschafter schuldrechtlich, den wirtschaftlichen Interessen des Vertragspartners im Wege der Stimmrechtsausübung Rechnung zu tragen.

III. Form

Bei der Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls welche Formerfordernisse einzuhalten sind, um wirksame Stimmbindungsabreden zu erzielen, ist zunächst festzustellen, daß die Stimmrechtsbindung nicht notwendig als Bestandteil der Satzung vereinbart werden muß⁷. Dementsprechend unterliegen Stimmbindungsabreden auch nicht den Beurkundungszwängen der §§ 2 bzw. 53 ff. GmbHG⁸. Dies hat u. a. zur Folge, daß der Notar mit dem Entwurf und der Beurkundung derartiger Vereinbarungen eher selten befaßt ist. Indes ist eine statuarische Regelung der Stimmbindung durchaus möglich⁹, wenn auch im Hinblick auf die Aufnahme in den Satzungstext differenziert werden muß: Da Dritte aus dem Gesellschaftsvertrag der GmbH keine Rechte herleiten können¹⁰, kann die Satzung bei Stimmrechtsvereinbarungen mit Nichtgesellschaftern lediglich als Ort der Verlautbarung einer schuldrechtlichen Vereinbarung angesehen werden. Die Abrede kann also insoweit lediglich formeller Satzungsbestandteil werden und unterliegt als

solcher trotz der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht den für dessen Änderung geltenden Formvorschriften und Mehrheitsfordernissen, sondern weiterhin allgemeinem BGB-Vertragsrecht¹¹. Handelt es sich hingegen um eine Vereinbarung zwischen mehreren oder allen Gesellschaftern, so kann die Stimmrechtsbindung auch zum materiellen Satzungsbestandteil gemacht werden. Für diesen Fall wären die Formvorschriften des GmbHG – insbesondere bei etwaigen Änderungen § 53 Abs. 2 GmbHG – einschlägig. Soweit eine solche Rechtsfolge gewollt ist, empfiehlt sich allerdings eine ausdrückliche Regelung, da eine entsprechende Auslegungsregel auch bei Abreden unter Gesellschaftern nicht besteht¹².

Hauptgrund der Aufnahme der Stimmrechtsbindung in die Satzung ist die damit einhergehende Rechtssicherheit und -klarheit. Diese Gesichtspunkte lassen eine statutarische Regelung – soweit nicht Geheimhaltungsinteressen überwiegen – als wünschenswert und sinnvoll erscheinen¹³. Dem insoweit vorgebrachten Gegenargument, statt der Stimmrechtsausübung zu einer Frage könne die Satzung auch gleich die Frage selbst regeln¹⁴, ist entgegenzuhalten, daß im Moment der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages zukünftig beschlußbedürftige und damit abstimmungsrelevante Fragestellungen selten feststehen dürften. Zudem bestünde die Gefahr, daß der Gesellschaftsvertrag mit kasuistischen Elementen überfrachtet würde.

Außerhalb der Satzung bedarf die Stimmbindungsvereinbarung keiner Form, ist auch konkludent möglich und unterliegt den allgemeinen Regeln des BGB für Rechtsgeschäfte¹⁵. Das gilt selbst dann, wenn die Abgabe der Stimme, zu der die Abrede verpflichtet, formbedürftig ist, die Bindungsabrede also gewissermaßen einen Vorvertrag zur Satzungsänderung darstellt¹⁶. Zweck der Formvorschrift des § 53 Abs. 2 GmbHG ist es vorwiegend, Beweise zu sichern und Rechtsklarheit zu schaffen¹⁷. Diese Funktionen sind durch Einhaltung der Form bei der eigentlichen Satzungsänderung erfüllt, so daß es überflüssig erscheint, neben der Änderung des Gesellschaftsvertrages auch noch das vorherige, hierauf gerichtete Verpflichtungsgeschäft zu beurkunden¹⁸.

IV. Rechtsnatur

Die rechtliche Einordnung von Stimmbindungsabreden unter die gängigen Vertragstypen des BGB fällt angesichts ihrer Vielfältigkeit schwer. Sie richtet sich im wesentlichen danach, wer an der jeweiligen Vereinbarung beteiligt ist und welcher Zweck mit der Bindung erstrebt wird. Sollen dauerhafte Bindungen unter Gesellschaftern geschaffen werden, wird es sich regelmäßig um die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln¹⁹. Den §§ 705 ff. BGB unterliegen im Normalfall auch Einzelfallvereinbarungen unter mehreren Gesellschaftern. Dabei handelt es sich um sogenannte Gelegenheitsgesellschaften oder gesellschaftsähnliche Verträge²⁰.

Stimmrechtsvereinbarungen mit lediglich einem Gesellschafter oder Dritten sind demgegenüber als Auftragsverhältnis zu qualifizieren. Hingegen scheiden sowohl Dienst- oder Werkvertrag

2 Vgl. hierzu: Zutt, Stimmrechtsbindung gegenüber Dritten – Ergebnisse einer Umfrage –, ZHR 1991, 213.

3 Hachenburg/Hüffer, 4. Aufl., Stand 1. 11.1990, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 66; Scholz/K. Schmidt, Bd. 2, 7. Aufl. 1988, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 37; Lübbert, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Großbritannien, 1971, 81.

4 Lübbert, a.a.O., 81.

5 Ganz h.M.: BGH NJW 1987, 780; BGH NJW 1968, 396, 397 = MittRhNotK 1968, 369; BGHZ 43, 261, 267 = DNotZ 1966, 296; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 53; Baumbach/Hueck/Zöllner, 15. Aufl. 1988, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 20.

6 Noch h. M., aber str.: BGHZ 3, 354, 357 = DNotZ 1956, 495; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 21; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 29; a.A. Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 55; Rowedder/Koppensteiner, 2. Aufl. 1989, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 24.

7 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 68.

8 BGH ZIP 1983, 432; OLG Koblenz ZIP 1986, 503, 504; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 38; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 25.

9 Vgl. etwa: Overath, Die Stimmrechtsbindung 1973, 2; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 69.

10 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 70.

11 BGH NJW 1955, 1716 f.; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 69 f.

12 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 70.

13 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 69.

14 Overath, a.a.O., 2.

15 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 68.

16 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 38; Piehler, Die Stimmbindungsabrede bei der GmbH, DSfR 1992, 1654.

17 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 38; Piehler, DSfR 1992, 1654.

18 Piehler, DSfR 1992, 1654.

19 Lübbert, a.a.O., 142.

20 Lübbert, a.a.O., 145.

als auch entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag aus. Diese Vertragstypen würden aufgrund ihres entgeltlichen Charakters einen Verstoß gegen das Verbot des Stimmenkaufs darstellen²¹. Soweit die Stimmrechtsbindung sich – wie etwa bei der Veräußerung vinkulierter Anteile – lediglich als vertragliche Nebenpflicht darstellt, richtet sie sich nach dem Charakter des Hauptgeschäfts. Insoweit bestehen keine Besonderheiten²².

Regelmäßig kommt es auf die Rechtsnatur des Stimmrechtsbindungsvertrages nicht an²³. Auswirkungen auf das Stimmrecht hat sie nicht²⁴. Von Bedeutung ist sie allerdings, wenn es um die Beendigung des Vertrages geht, insbesondere im Hinblick auf das Recht zur jederzeitigen Kündigung einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft gem. § 723 Abs. 1 S. 1 BGB²⁵ bzw. des Auftrags nach § 672 Abs. 1 HS 2 BGB²⁶.

B.

Errscheinungsformen der Stimmrechtsbindung

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, alle erdenklichen Formen und Spielarten von Stimmrechtsvereinbarungen beschreibend aufzuzählen. Die praktisch häufigsten und wichtigsten Grundtypen seien jedoch nachfolgend kurz vorgestellt:

I. Vereinbarungen auf Dauer

1. Konsortialverträge

Als Konsortialverträge, Poolverträge oder Schutzgemeinschaften bezeichnet man Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern über die Bildung eines dauerhaften Zusammenschlusses und die aufeinander abgestimmte Ausübung der gemeinschaftlichen Stimmrechte. Hauptmerkmal dieser Verträge ist die Verpflichtung zur geschlossenen Stimmabgabe bei der GmbH, die in einem besonderen Verfahren der Willensbildung innerhalb der Gruppe vorher festgelegt wird²⁷.

Um ihren Zweck zu erreichen, den Einfluß einer Gruppe von Gesellschaftern zu stärken, müssen Konsortialverträge auf eine gewisse Dauer angelegt sein²⁸. Daher wird für ihre Gestaltung praktisch nur die Gründung einer BGB-Gesellschaft in Frage kommen. Eine Einbringung der jeweiligen Geschäftsanteile in diese Gesellschaft oder die Leistung von Beiträgen ist dabei nicht erforderlich, da es bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Bildung eines Gesellschaftsvermögens nicht zwingend bedarf. Im Regelfall wird daher Gesellschaftsvermögen nicht gebildet, und die Mitglieder des Konsortiums treten in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit nicht in Erscheinung. Es handelt sich dann um eine bloße Innengesellschaft²⁹. Inhalt und Gestaltung dieser Verträge werden unter Punkt F. dieses Beitrages ausführlich dargestellt.

2. Schuldrechtliche Nebenabreden zur Ergänzung der Satzung zwischen allen Gesellschaftern

Ein weiterer Typ von Stimmrechtsvereinbarungen betrifft langfristige Bindungen – in der Regel zwischen allen Gesellschaftern – über Fragen der Gesellschaftsstruktur oder der allgemeinen Geschäftspolitik³⁰. Insoweit handelt es sich regelmäßig um Fragen, die auch im Gesellschaftsvertrag geregelt werden könnten, wovon aber aufgrund des Formzwangs, der damit ver-

bundenen Kosten und insbesondere der Handelsregisterpublizität von Satzungsregelungen nur ungern Gebrauch gemacht wird³¹. Derartige schuldrechtliche Nebenabreden, die nur die an ihnen beteiligten Gesellschafter binden, sind in weitem Umfang zulässig³². Zwingend in der Satzung zu regeln sind lediglich die Inhalte des § 3 Abs. 1 GmbHG sowie Vereinbarungen, die Verpflichtungen zu Lasten der GmbH begründen und solche, die der Einhaltung der Sacheinlagevorschriften der §§ 55 Abs. 4, 19 und 56 GmbHG dienen³³. Abreden zur Stimmrechtsausübung innerhalb satzungsergänzender Verträge sind häufig. Hierher gehören etwa der Fall, daß sich die Gesellschafter einem Geschäftsführer gegenüber formlos verpflichten, diesen nur mit seiner Zustimmung abzuberufen³⁴, die Regelung zukünftiger Kapitalerhöhungen anlässlich der Gründung einer GmbH oder eine privatschriftliche Abmachung, wonach bei Verheiratung eines Gesellschafters dessen Ehegatte mittels Kapitalerhöhung in die Gesellschaft aufzunehmen ist³⁵.

3. Treuhandverhältnisse und Unterbeteiligungen

Große Bedeutung kommt Stimmrechtsvereinbarungen im Rahmen von Treuhandverhältnissen zu. Ursache hierfür ist, daß bei treuhänderischer Übertragung eines Geschäftsanteils der Treuhänder die volle Mitgliedschaft in der Gesellschaft und damit auch das aus der Mitgliedschaft resultierende Stimmrecht erlangt³⁶. Andererseits ist aufgrund der schuldrechtlichen Vereinbarungen wirtschaftlich regelmäßig der Treugeber als Eigentümer anzusehen³⁷. Daher werden regelmäßig Vereinbarungen getroffen, durch die er sich materiell auch die Gesellschaftstellung vorbehält. Hierzu gehört die in fast allen Treuhandverträgen getroffene Absprache, daß der Treuhänder sein Stimmrecht in der Gesellschaft nur nach Weisung des Treugebers ausüben darf³⁸. Dieser Fall der Stimmrechtsbindung erweist sich als rechtlich unproblematisch. Aufgrund der Stellung des Treugebers als wahrer Träger des Gesellschaftsinteresses wird dessen weitgehende Weisungsbefugnis anerkannt³⁹.

Nicht so eindeutig lassen sich die ebenfalls häufigen Stimmrechtsabreden im Rahmen von Unterbeteiligungen beurteilen, sofern sie nicht mit dem Tatbestand der Treuhand zusammenfallen⁴⁰. Im Unterschied zur Treuhand stehen dem Unterbeteiligten lediglich schuldrechtliche Rechte am Geschäftsanteil zu. Zwischen ihm und dem Hauptbeteiligten entsteht eine Innengesellschaft ohne dingliche Außenwirkung. Da der Unterbeteiligte somit der Gesellschaft gegenüber nicht in Erscheinung tritt, kommt es häufig zu Verpflichtungen des Hauptbeteiligten, das Stimmrecht bei der GmbH nach den Vorstellungen des Unterbeteiligten auszuüben. Zu Problemen führen solche Stimmrechtsklauseln insbesondere in Fällen, wo die Geschäftsanteile vinkuliert sind. Soll durch die Einräumung einer Unterbeteiligung wirtschaftlich dasselbe Ziel erreicht werden wie durch eine Anteilsabtretung, die infolge fehlender Übertragungsgenehmigung nicht zustande kommt, wird der Sinn der Vinkulierung unterlaufen. Hier sind Stimmrechtsvereinbarungen unwirksam⁴¹.

4. Sicherungsrechte an Anteilen

Das Verbot von Stimmrechtsabspaltung und Legitimationszession führt für die Inhaber von Sicherungsrechten an Geschäftsanteilen, wie etwa Sicherungseigentümer, Pfandgläubiger und

21 Lübbert, a.a.O., 145.

22 Lübbert, a.a.O., 145.

23 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 72.

24 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 36.

25 Lübbert, a.a.O., 143.

26 Lübbert, a.a.O., 145.

27 Lübbert, a.a.O., 82.

28 Tank, Stimmrechtsabkommen im Lichte des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1977, 32, 38.

29 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nrn. 85, 72.

30 Lübbert, a.a.O., 80; Ulmer, Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht, NJW 1987, 1849 ff.

31 Vgl. Ulmer, NJW 1987, 1849, 1850; Lübbert, a.a.O., 80.

32 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 57 m.w.N.; Ulmer, NJW 1987, 1849, vgl. zu Fällen schuldrechtlicher Nebenabreden mit Stimmrechtsbindung:

BGHZ 48, 163 ff.; BGH NJW 1983, 1910; 1987, 1890.

33 Ulmer, NJW 1987, 1849, 1850.

34 BGH NJW 1987, 1890.

35 Weitere Beispiele aus der Rspr. bei Lübbert, a.a.O., 106.

36 BGH NJW 1988, 1844, 1845 f.; BGH NJW 1952, 178 = DNotZ 1957, 413 (nur Leitsatz); Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 50; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 18; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 26.

37 BGH NJW 1952, 178.

38 Breuer, Treuhandverhältnisse im Gesellschaftsrecht, MittRhNotK 1988, 79, 86; Priester, FS Werner, 657 f.

39 Priester, a.a.O., 657, 672 f. m.w.N.

40 Lübbert, a.a.O., 108; RGZ 124, 371, 379.

41 Lübbert, a.a.O., 78; siehe dazu noch unter C.III.3.b).

Nießbraucher, zu Problemen. Bei der Sicherungsabtretung wird der Sicherungsnehmer Gesellschafter und damit auch Inhaber des Stimmrechts. Indes ist diese Konsequenz regelmäßig nicht gewollt, weil in wirtschaftlicher Hinsicht der Anteil dem Sicherungsgeber verbleiben soll.

Umgekehrt verhält es sich hingegen beim Pfandrecht und auch beim Nießbrauch. Hier erhält der Gläubiger nur ein beschränkt dingliches Recht, mit der Folge, daß der Gesellschafter Vollmitglied und damit Stimmrechtsinhaber bleibt⁴². Das läuft den Interessen von Nießbraucher und Pfandgläubiger zuwider, weil sie möglichen Verschlechterungen des Geschäftsanteils tatenlos zusehen müssen und keinen Einfluß auf das Substrat ihrer Rechte nehmen können. Um diese Probleme zu umgehen, bieten sich Stimmrechtsvereinbarungen an, mit denen die Einflußmöglichkeiten auf die Willensbildung zumindest schuldrechtlich von der Gesellschafterstellung getrennt werden können. Jedenfalls gegenüber Pfandgläubigern und Nießbrauchern ist die Zulässigkeit solcher Abreden – wie nachfolgend noch ausgeführt wird – jedoch nicht unproblematisch, da deren Interessen denen eines Gesellschafters nicht vergleichbar sind. Im Gegensatz zum Sicherungsgeber bei der Sicherungsabtretung, der zumindest materiell als Gesellschafter anzusehen ist, beschränken sich die Interessen von Nießbraucher und Pfandgläubiger darauf, ihre Sicherheiten nicht zu verlieren, womit sich die Frage stellt, ob über eine Stimmbindungsabrede nicht ein Dritter in unzulässiger Weise Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft erlangt⁴³.

Von der Möglichkeit, Vereinbarungen über die Stimmrechtsausübung in der Geschäftsversammlung zu treffen, wird häufig auch Gebrauch gemacht, um Veräußerer oder Erwerber von Geschäftsanteilen zu schützen, wenn entweder die Übertragung noch nicht dinglich wirksam ist und der Erwerber trotzdem bereits auf die Entscheidung der Gesellschaft Einfluß nehmen will, oder wenn umgekehrt die Übertragung zwar dinglich wirksam erfolgt ist, aber eine Rückabwicklung denkbar erscheint und der Veräußerer daher gewisse Entscheidungsbegebnisse bei sich zurückbehalten möchte⁴⁴.

II. Einzelfallvereinbarungen

1. Stimmrechtsbindungen als Nebenpflichten aus Veräußerungen

Der Veräußerer eines vinkulierten Geschäftsanteils kann durch entsprechende Stimmrechtsausübung – je nach der Größe seiner Beteiligung – selbst mehr oder weniger großen Einfluß auf die Erteilung oder Versagung der Übertragungsgenehmigung durch die Gesellschafterversammlung nehmen. Die insgesamt wenigen höchstrichterlichen Entscheidungen zu Stimmrechtsvereinbarungen behandeln relativ häufig Fälle dieser Art, in denen die Stimmhaltung des Veräußerers zum Scheitern der Genehmigung und damit des Übertragungsgeschäfts selbst führte⁴⁵. Inzwischen ist in Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt, daß die von einem Gesellschafter in Kenntnis des Genehmigungserfordernisses eingegangene Verpflichtung zur Abtretung seines Geschäftsanteils die Nebenpflicht enthält, in der Gesellschafterversammlung

selbst für die Genehmigung zu stimmen⁴⁶. Gleichwohl ist zu empfehlen, eine solche Verpflichtung ausdrücklich in den Veräußerungsvertrag aufzunehmen.

2. Wahlvereinbarungen

Als Wahlvereinbarungen bezeichnet man Absprachen, durch die sich Gesellschafter verpflichten, Mitgesellschafter oder Dritte in bestimmte Gesellschaftsämter zu wählen. Dabei handelt es sich um zumeist einfachere Stimmbindungsverträge, denen in der Praxis jedoch recht große Bedeutung zukommt⁴⁷. Ursprünglich standen sowohl die Judikatur als auch Teile des älteren Schrifttums Wahlvereinbarungen besonders kritisch gegenüber⁴⁸. Inzwischen werden bei der Beurteilung von Stimmbindungsvereinbarungen solche Unterschiede nach dem Gegenstand des Beschlusses, für den die Bindung eingegangen wird, nicht mehr gemacht.

C.

Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen

I. Interessenlage

Das Stimmrecht ist das wesentliche Instrument eines Gesellschafters, die Willensbildung der GmbH mitzubestimmen. Die aufgrund eines Stimmbindungsvertrages geschuldete Leistung – die bindungsmäßige Stimmabgabe – hat dementsprechend notwendigerweise und gezielt Auswirkungen auf die Interessen der anderen Gesellschafter und der Gesellschaft unabhängig davon, ob sie an dem Stimmbindungsvertrag beteiligt sind oder nicht⁴⁹. Interessenkollisionen können zum einen dort auftauchen, wo bereits die bindungsgemäße Stimmrechtsausübung selbst für die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter nachteilig ist. Darüber hinaus kann jedoch auch die – zutreffende oder verfehlt – Ansicht, aus der Stimmrechtsabrede verpflichtet zu sein, dazu führen, daß die Stimmrechtsausübung von sachfremden Überlegungen beeinflusst wird oder im Hinblick auf die Gesellschaftsinteressen mit geringerer Sorgfalt erfolgt⁵⁰. Diese Ausgangslage ist bei der nachfolgenden Beurteilung der Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zu berücksichtigen.

II. Grundsätzliche Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen

Stimmbindungsverträge werden heute⁵¹ – vorbehaltlich der nachfolgend aufgezeigten Grenzen – im Grundsatz einhellig für zulässig erachtet⁵². Lange Zeit wurde dies fast ausschließlich mit der Abstimmungsfreiheit der Gesellschafter begründet. Wer im Hinblick auf sein Abstimmungsverhalten frei sei, könne auch selbst entscheiden, sich bei der Stimmrechtsausübung Bindungen zu unterwerfen. Inzwischen erfährt diese Argumentation zunehmend Kritik⁵³. Ausgehend von der Entwicklung des Gesellschaftsrechts – insbesondere der von der Rechtsprechung ausgeweiteten Treubindung der Gesellschafter – habe sich die Gefahr des Auftretens von Interessenkollisionen erhöht, die sich mit dem Grundsatz der Abstimmungsfreiheit nicht mehr lösen ließen⁵⁴. Indes wird das Ergebnis, nämlich die grundsätzliche Zulässigkeit von Stimmbindungen, aufgrund der prak-

42 Für Pfandrecht allg. M. vgl. Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 18; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 26; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 50; für Nießbrauch h. M.: OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 277, m.w.N.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 18; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 26; Rohwedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 17; a.A. Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 51; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 2, die zwischen Nießbrauch am bloßen Gewinnstammrecht und demjenigen an der Mitgliedschaft als ganzes unterscheiden. Im ersten Fall bleibt das Stimmrecht beim Gesellschafter, im zweiten soll es – da die Einräumung dieses mitgliedschaftsspaltenenden Nießbrauches der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfe – dem Nießbraucher zustehen.

43 So: Priester, a.a.O., 657, 673; zur Stimmbindung gegenüber Dritten vgl. ausführlich unten C.III.1.a).

44 Vgl. hierzu ausführlich: Vossius, Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Geschäftsanteilen, BB-Beilage 5-88, 1, 9 f.

45 Vgl. RGZ 1988, 319 und insbesondere die Grundsatzentscheidung des BGH zur Stimmrechtsbindung BGHZ 48, 163 ff.; weitere Nachweise bei Lübbert, a.a.O., 109 f.

46 BGHZ 48, 163, 166; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 42; vgl. aber auch unten C.I.2.c) mit Fn. 102 und C.I.3.b) mit Fn. 117.

47 Vgl. die Nachweise bei Lübbert, a.a.O., 111 f.; aus der neueren Rspr. etwa: OLG Köln ZIP 1988, 1122.

48 Lübbert, a.a.O., 142 m.w.N.

49 Overrath, a.a.O., 3.

50 Vgl. Overrath, a.a.O., 4.

51 Anders noch: Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, 248 ff.

52 BGHZ 48, 163, 166 ff.; BGH ZIP 1983, 432; OLG Koblenz NJW 1986, 1692; OLG Stuttgart NJW 1987, 2449; OLG Köln ZIP 1988, 1122, 1123; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 39; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 26; Lübbert, a.a.O., 95 f.; Overrath, a.a.O., 10 f.; Fischer, Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbHR 1953, 65; Priester, FS Werner, 657.

53 Geßler, Sicherung der Herrschaftsmacht bei Übertragung von Geschäftsanteilen, GmbHR, 1974, 202, 206; Zöllner, Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 1991, 168, 170 ff.

54 Zöllner, ZHR 1991, 168, 171.

tischen Notwendigkeit dieser Vereinbarungen nicht in Frage gestellt⁵⁵.

III. Grenzen der Zulässigkeit

Diese Zulässigkeit gilt jedoch nicht ohne Grenzen. Anknüpfungspunkte für Einschränkungen können sich zum einen in bezug auf die aus der Vereinbarung berechtigten Personen und zum anderen aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und den Rechtsgrundsätzen des GmbH-Rechts ergeben. Schließlich wird diskutiert, ob und inwieweit sich die Gesellschafter der GmbH durch die Satzung selbst ein Verbot von Stimmbindungsvereinbarungen auferlegen können.

1. Einschränkungen im Hinblick auf die Person des Gläubigers der Stimmbindung

Bindet sich ein Gesellschafter bezüglich der Stimmrechtsausübung gegenüber Personen, die selbst nicht ebenfalls Gesellschafter der GmbH sind, ist die Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen umstritten.

a) Stimmrechtsbindung gegenüber Dritten

Teilweise wird in Fällen der Stimmrechtsbindung gegenüber Dritten der oben aufgestellte Grundsatz umgekehrt und als Regelfall ein Verbot der Stimmrechtsbindung angenommen. So werden Stimmrechtsbindungen gegenüber Dritten vereinzelt für schlechthin unzulässig erklärt⁵⁶. Ausnahmen sollen nur in wenigen Fällen gelten, wie etwa im Rahmen von Treuhandverhältnissen, wo in Wahrheit der Dritte Gesellschafter sei⁵⁷.

Andere gehen in Fällen der Stimmbindung gegenüber Nichtgesellschaftern ebenfalls vom Normalfall der Unzulässigkeit der Vereinbarung aus, lassen jedoch weitergehende Ausnahmen zu⁵⁸. Nach dieser Auffassung sind Stimmbindungen gegenüber Dritten lediglich als leistungssichernde Nebenpflicht und nur dann zulässig, wenn der Dritte – wie etwa Treugeber oder Pfandgläubiger – ein eigenes rechtlich anerkanntes Interesse am Geschäftsanteil habe oder sein Stimmrechtseinfluß auf die GmbH – wie derjenige des Erwerbers eines vinkulierten Anteils, der eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedürfe – gegenständiglerart begrenzt sei, daß eine allgemeine Fremdbeeinflussung der Gesellschaft ausscheide⁵⁹. Zur Begründung wird insbesondere angeführt, wirtschaftlich entspreche die Wirkung der Stimmrechtsbindung weitgehend derjenigen der Stimmrechtsabtretung⁶⁰. Ein Nichtgesellschafter, der die von ihm erstrebte Stimmabgabe mit Zwangsmitteln durchsetzen könne, mache den Gesellschafter zu seinem Werkzeug. Die hierdurch geschaffenen Fremdeinflüsse seien unangemessen, weil ihnen weder ein Kapitaleinsatz noch eine Risikobeteiligung des Dritten gegenüberstehe⁶¹.

Teilweise wird noch weiter einschränkend auch in Fällen der Treuhand, des Nießbrauchs und des Pfandrechts verlangt, daß der Zweck des zulässigen Hauptvertrages die Drittbindung des Stimmrechts besonders rechtfertige⁶².

Eine von Priester⁶³ begründete, vermittelnde Auffassung differenziert nach der Art der zu fassenden Beschlüsse. Danach ist die Stimmrechtsbindung gegenüber Nichtgesellschaftern unzulässig, soweit es um satzungs- oder strukturändernde Beschlüsse wie etwa Umwandlungen, Verschmelzungen oder Auflösungsbeschlüsse gehe⁶⁴. In diesem Bereich kollidierten

Bindungen mit dem Prinzip der Satzungsautonomie der Gesellschaft⁶⁵, wonach das Schicksal der Gesellschaft nicht in die Hände Außenstehender gelegt werden dürfe⁶⁶. Soweit es um die vorgenannten Strukturänderungen gehe, sei die Grenze zulässigen Dritteinflusses regelmäßig überschritten. Ausnahmen sollen nach Auffassung Priesters nur gelten, wo der Dritte materiell Gesellschafter ist oder wo eine konkrete Einzelfallbindung vorliegt⁶⁷. Zur ersten Fallgruppe gehören insbesondere die Fälle der Treuhand und der Sicherungsübereignung, nicht hingegen Pfandgläubiger und Nießbraucher, da diese lediglich Inhaber von beschränkten dinglichen Rechten seien⁶⁸. Zur zweiten Gruppe der konkreten Einzelfallbindung werden Fälle gerechnet, in denen sich der Gesellschafter im Hinblick auf eine konkrete, festumrissene Satzungsänderung bindet, etwa verpflichtet, einer Kapitalerhöhung um einen bestimmten Betrag zuzustimmen. Hier werde die Entscheidung vom Gesellschafter selbst getroffen, zwar nicht bei der Abstimmung, aber bereits bei Eingehung der Bindungsverpflichtung⁶⁹.

Nach h. M. ist hingegen auch gegenüber Nichtgesellschaftern eine Stimmrechtsbindung im Grundsatz uneingeschränkt zulässig⁷⁰. Als Haupteinwand gegen jede Einschränkung der Drittbindung wird auch insoweit die bereits oben angeführte Abstimmungsfreiheit des Gesellschafters ins Feld geführt. Auch gegenüber Dritten und auch in Satzungsänderungsfragen müsse es dem Gesellschafter freistehen, sich bei der Stimmrechtsausübung zu binden. Soweit es wirklich zu echten Kollisionen der Drittbindung mit der Bindung in der Gesellschaft komme, sei die Gesellschaft ausreichend geschützt, weil die der mitgliederschaftlichen Bindung zuwiderlaufende Stimmrechtsausübung unwirksam sei⁷¹.

Diese Auffassung ist vorzuzugwürdig. Soweit geltend gemacht wird, daß die Drittbindung des Stimmrechts im Ergebnis einer Stimmrechtsabspaltung entspreche, ist zu berücksichtigen, daß das Abspaltungsverbot vorwiegend den Zweck hat, den „eigenen Willen der GmbH“, nämlich denjenigen der Mehrheit ihrer Mitglieder, vom Willen anderer abgrenzbar zu machen⁷². Dieser Zweck wird durch Stimmrechtsbindung gegenüber Nichtgesellschaftern nicht ohne weiteres vereitelt, zumal die Stimmrechtsabspaltung nicht unbedingt verwerfliche Wirkung hat⁷³.

Zudem stellt selbst in Fragen der Satzungsänderung die Bindung Dritten gegenüber auch keine unzulässige Verlagerung gesellschaftsrechtlicher Zuständigkeit dar. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages wird auch bei Vorliegen einer Stimmbindungsvereinbarung in der Gesellschafterversammlung von den Gesellschaftern beschlossen. Durch den Umstand, daß die der Stimmabgabe vorgeschaltete inhaltliche Entscheidung möglicherweise vorher und unter dem Einfluß der Stimmrechtsbindung gefallen ist, wird diese ausschließliche Zuständigkeit nicht berührt⁷⁴.

b) Stimmrechtsbindung zugunsten der Gesellschaft und zugunsten von Gesellschaftsorganen

Im Aktienrecht sind solche Verträge nichtig, durch die ein Aktionär seine Stimmrechtsausübung von Weisungen oder Vorschlägen der Gesellschaft oder ihrer Verwaltungsorgane abhängig macht (vgl. § 136 Abs. 2 AktG). Ob und inwieweit dieser Grundsatz auf das GmbH-Recht übertragbar ist, ist umstritten.

Die inzwischen wohl überwiegende Literaturansicht befürwortet eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG im GmbH-

55 Zöllner, ZHR 1991, 168, 172.

56 Flume, Die juristische Person 1983, 240 f.

57 Flume, a.a.O., 243 f.

58 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 75.

59 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78 m.w.N.

60 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 75; Priester, a.a.O., 657, 669.

61 Vgl. Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 75.

62 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 42.

63 A.a.O., 657 f.

64 Priester, a.a.O., 657, 672.

65 Priester, a.a.O., 657, 578 f.

66 Priester, a.a.O., 657, 663.

67 Priester, a.a.O., 657, 679.

68 Priester, a.a.O., 657, 673.

69 Priester, a.a.O., 657, 675.

70 BGH ZIP 1983, 432; BGHZ 84, 163; RGZ 157, 52, 57 f.; OLG Köln GmbHR 1989, 76, 78 = ZIP 1988, 1723, 1724.

71 Vgl. Zöllner, ZHR 1991, 168, 182; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28; vgl. hierzu auch unten C.III.4.

72 Ähnlich Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 52; Zöllner, ZHR 1991, 168, 181.

73 Zöllner, ZHR 1991, 168, 181.

74 OLG Köln ZIP 1988, 1723, 1724 = GmbHR 1989, 76, 78; BGHZ 48, 163, 171; Zöllner, ZHR 1991, 168, 182; Overath, a.a.O., 17.

Recht⁷⁵. Zum Teil wird argumentiert, Geschäftsführereinflüsse auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung seien generell systemwidrig. Zudem gebe es im GmbH-Recht einen den Gesellschaftern zwingend zugewiesenen Zuständigkeitsbereich, wie etwa Satzungsänderungen, Einforderung von Nachschüssen sowie die Entscheidung über Auflösung, Verschmelzungen und Umwandlungen⁷⁶. Zumindest in diesen konkreten Bereichen, wo die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern betroffen sei, müsse § 136 Abs. 2 AktG entsprechend anwendbar und dementsprechend eine Stimmbindung unzulässig sein⁷⁷.

Zu weitgehend identischen Ergebnissen kommen diejenigen, die zwar die analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG ablehnen, für die Wirksamkeit der Stimmbindungsabreden gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftsorganen jedoch ebenfalls auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung abstellen⁷⁸. Dort, wo der Beschlußgegenstand die Zuständigkeitsverteilung nicht betreffe – wie etwa bei der Genehmigung der Anteilsübertragung an einen Geschäftsführer – sei die Bindung wirksam. Wo der Geschäftsführer seinerseits nach § 47 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder ausgeschlossen wäre, wenn er Geschäftsführer wäre, sei sie unwirksam⁷⁹. Unterlaufen werde die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern zudem dort, wo der Beschlußgegenstand – wie etwa die Entscheidung über Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer gem. § 46 Nr. 8 GmbHG – Entscheidungen und Maßnahmen der Geschäftsführung betreffe⁸⁰.

Rechtsprechung und Teile der Literatur lehnen mit überzeugender Begründung eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG auf die GmbH ab und bejahen die Wirksamkeit von Abstimmungsvereinbarungen auch dort, wo die Gesellschaft selbst oder ihre Organe Gläubiger der Bindung sind⁸¹. Die Gefahr, daß Kompetenzabgrenzungen zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern unterlaufen werden, besteht schon deshalb nicht, weil die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung nicht so ausgeprägt ist wie diejenige der Organe des Aktienrechts⁸². Zudem ist die Wahrscheinlichkeit, daß die Verwaltung ihre Ansicht gegen die Gesellschafterversammlung durchzusetzen versucht, wegen der im Gegensatz zur AG bei der GmbH bestehenden Weisungsunterworfenheit der Geschäftsführer wesentlich geringer. Schließlich dürfte ein Verbot von Stimmrechtsvereinbarungen mit der Verwaltung häufig nicht praktikabel sein, weil in einer überwiegenden Anzahl von Fällen der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist und im Einzelfall kaum feststellbar wäre, in welcher der beiden Eigenschaften das Abstimmungsversprechen ihm gegenüber abgegeben worden ist⁸³. Ein Grundsatz, wonach Stimmbindungsverträge zugunsten der Gesellschaft oder ihrer Organe unzulässig sind, läßt sich daher bei der GmbH nicht aufstellen. Vielmehr hat im Einzelfall die Prüfung anhand allgemeiner Kriterien zu erfolgen.

c) Stimmrechtsbindung zugunsten einzelner Organmitglieder

Die vorstehend angesprochenen Streitfragen kommen – wie auch im Aktienrecht – nicht zum Tragen, wo ein Gesellschafter

sich lediglich einem einzelnen Mitglied der Geschäftsführung gegenüber in der Stimmrechtsausübung bindet, etwa verpflichtet, für dessen Entlastung zu stimmen⁸⁴.

2. Einschränkung durch allgemeine Rechtsgrundsätze

Für Stimmrechtsvereinbarungen gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen

a) Gesetzliche Verbote

Das in der Praxis wichtigste gesetzliche Verbot im Hinblick auf Stimmbindungsvereinbarungen ist die Vorschrift des § 1 GWB. Danach sind Stimmrechtsabsprachen unwirksam, wenn sie unter Konkurrenzunternehmen geschlossen sind und wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.

b) Sittenwidrigkeit

Ansatzpunkt für eine mögliche Sittenwidrigkeit von Abstimmungsvereinbarungen gem. § 138 BGB kann zum einen die Zielsetzung des Vertrages gegenüber der Gesellschaft oder außenstehenden Dritten sein. Zum anderen kann sie sich aus einer übermäßigen Bindung des verpflichteten Gesellschafters selbst ergeben⁸⁵.

Zur ersten Gruppe gehören Vereinbarungen, die auf die Herbeiführung eines Beschlusses gerichtet sind, der seinerseits wegen der Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht oder wegen Verletzung schutzwürdiger Minderheitsinteressen nichtig oder anfechtbar wäre⁸⁶. Dieser Fall liegt vor, wenn ein Gesellschafter selbstsüchtig und unter bewußter Vernachlässigung der Gesellschafter- und Minderheitsinteressen den eigenen Vorteil sucht⁸⁷. Darunter fallen z. B. Bindungsabreden mit dem Zweck der ruinösen Ausbeutung der Gesellschaft⁸⁸, des „Aushungerns und Hinausdrängens von unliebsamen Gesellschaftern durch rigoros sparsame Gewinnausschüttungen“⁸⁹ oder das Versprechen, gegen Garantie der Rückzahlung eines Teils der Einlage in einer notleidenden Gesellschaft für die Entlastung der Geschäftsführung zu stimmen und damit die Mitgesellschafter um ihre Ersatzansprüche wegen nachlässiger Geschäftsführung zu bringen⁹⁰. Eine vorsätzliche Schädigung ist nicht erforderlich⁹¹. Das Vorliegen grober Fahrlässigkeit wird ebenso für ausreichend gehalten⁹², wie bereits eine Vereinbarung, die lediglich objektiv und notwendig auf eine Schädigung der Gesellschaft oder der Gesellschafter hinausläuft⁹³.

Fälle der oben genannten zweiten Gruppe knebelnder Stimmbindungsvereinbarungen sind eher selten. Der sich bindende Gesellschafter selbst ist in der Regel bereits durch die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages oder der Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegen übermäßige Bindungen geschützt⁹⁴. Wo Sittenwidrigkeit dennoch angenommen wird, resultiert das in der Regel aus einer übermäßigen Dauer der Bindung. Eine starre zeitliche Grenze läßt sich nicht ziehen. Die Rechtsprechung hat im Falle eines Poolvertrages einer Familiengesellschaft eine dreißigjährige Bindung akzeptiert⁹⁵. Indes ist bei Beurteilung der Zulässigkeit einer dauerhaften Bindung der Inhalt der Stimmrechtsvereinbarung in Betracht zu ziehen. Wo die Bindung sich global auf alle

75 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78 schließt sich im Ergebnis an, ohne daß es auf analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG ankäme; zurückhaltend Zöllner, ZHR 1991, 168, 183; wohl auch Piehler, DSIR 1992, 1654, 1657; für die „große“ GmbH auch Lübbert, a.a.O., 148.

76 Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28, § 45 GmbHG, Rd.-Nr. 9.

77 Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28.

78 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 41.

79 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 41.

80 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 41.

81 BGH ZIP 1983, 432 (für den konkreten Fall, der Einschränkung der nach Satzung jederzeit möglichen Abberufung des Geschäftsführers); OLG Köln GmbHR 1989, 76, 78; Overath, a.a.O., 23; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 8. Aufl. 1992, 331; im Grundsatz auch Lübbert, a.a.O., 148.

82 Lübbert, a.a.O., 147; OLG Köln GmbHR 1989, 76, 78.

83 Lübbert, a.a.O., 148.

84 Zöllner, ZHR 1991, 168, 184.

85 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44; Lübbert, a.a.O., 162.

86 Lübbert, a.a.O., 162; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

87 Lübbert, a.a.O., 163; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

88 Lübbert, a.a.O., 163; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

89 Vgl. für die AG: Bosebeck, Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären, NJW 1960, 6, 8.

90 Lübbert, a.a.O., 164.

91 Unklar: Piehler, DSIR 1992, 1654, 1656, der an § 243 Abs. 2 AktG anknüpft, aber nicht klar zum Ausdruck bringt, ob er den Sondervorteil objektiv verlangt, oder ob ein solcher (auch) subjektiv erstrebt sein muß.

92 Lübbert, a.a.O., 164.

93 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

94 Lübbert, a.a.O., 163.

95 BGH ZIP 1987, 103, 104; OLG Stuttgart JZ 1987, 570 (Vorinstanz); erhebliche Bedenken gegen 30jährige Bindung bei: Lübbert, a.a.O., 165; für Möglichkeit längerer Bindung bei zulässigem Vertragszweck: Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

und nicht nur auf einzelne Beschlüßgegenstände erstreckt⁹⁶ oder die der Stimmbindung unterliegenden Gesellschaftsanteile das wesentliche Vermögen des Gesellschafters ausmachen⁹⁷, dürften die Grenzen richtigerweise wesentlich enger zu ziehen sein.

c) Insbesondere Stimmenkauf

Das GmbHG enthält im Gegensatz zum AktG (§ 405) und Genossenschaftsgesetz (§ 152) kein gesetzliches Verbot des Stimmenkaufs. Gleichwohl besteht Einigkeit, daß auch im Bereich des GmbH-Rechts eine Stimmrechtsbindung gegen Entgelt unzulässig ist. Zutreffend wird dies aus dem Aspekt der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB hergeleitet⁹⁸. Zur Begründung verweisen einige auf das im Stimmenkauf liegende Bestechungsmoment⁹⁹, andere sehen im Stimmenkauf eine durch die anstößige Verfolgung von Einzelinteressen zu Lasten der GmbH begründete Treupflichtverletzung¹⁰⁰.

Stimmenkauf liegt vor, wenn sich ein Gesellschafter für eine Stimmrechtsausübung in bestimmter Weise einen sachfremden Vorteil – nicht notwendig Vermögensvorteil – versprechen läßt, der nicht gleichzeitig auch anderen Gesellschaftern oder der Gesellschaft als solcher zufließt¹⁰¹. Teilweise wird das bejaht, wenn der Verkäufer eines vinkulierten Geschäftsanteils sich verpflichtet, in der Gesellschafterversammlung für die Genehmigung der Veräußerung zu stimmen¹⁰². Die h. M. hält dem zu Recht entgegen, der Kaufpreis für den vinkulierten Geschäftsanteil sei Gegenleistung für den Anteil, nicht für die Veräußerungszustimmung und daher nicht sachfremd¹⁰³. Mit ähnlicher Argumentation werden wechselseitige Wahlabsprachen, den jeweils anderen zum Geschäftsführer zu wählen, für zulässig gehalten. Soweit nicht im Einzelfall überhöhte Vergütungen oder Entschädigungen gewährt würden, seien solche Verpflichtungen unbedenklich, weil neben dem gewünschten Abstimmungsergebnis kein weiterer Vorteil erlangt werde¹⁰⁴.

Rechtsfolge des unzulässigen Stimmenkaufs ist die Nichtigkeit der Abstimmungsvereinbarung gem. § 138 BGB, hingegen nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit der gekauften Stimme bei der Beschlußfassung der Gesellschaft. Der unter Berücksichtigung gekaufter Stimmen gefaßte Beschluß ist nur dann anfechtbar, wenn er wegen seines Inhalts – z. B. wegen Stimmrechtsmißbrauchs – rechtswidrig wäre¹⁰⁵.

3. Einschränkungen wegen Umgehung von Vorschriften des GmbH-Gesetzes

a) Umgehung von Stimmverboten

Nach allgemeiner Ansicht führt die Umgehung von Stimmverboten – insbesondere § 47 Abs. 4 GmbHG – zur Nichtigkeit der Stimmbindungsabrede¹⁰⁶. Dem liegt der Gedanke zugrunde, ein Gesellschafter, der nach § 47 Abs. 4 GmbHG kraft Gesetzes vom Stimmrecht ausgeschlossen sei, dürfe nicht auf dem Wege der Stimmrechtsbindung Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft gewinnen¹⁰⁷. Indes ist zu differenzieren: Nichtigkeit der Vereinbarungen liegt nur vor, soweit der Gläubiger der Stimmbindung vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Unterliegt hingegen der Schuldner einem Stimmverbot, ist nach zu-

treffender Ansicht keine Nichtigkeit der Vereinbarung¹⁰⁸, sondern lediglich subjektives Unvermögen des Schuldners gegeben. Wer sich trotz Stimmverbotes zu einer bestimmten Stimmabgabe verpflichtet, verspricht nur etwas, was speziell er infolge des betreffenden Stimmverbots nicht wirksam tun kann, was die anderen Gesellschafter aber tun können und dürfen¹⁰⁹. Bedeutsam ist diese Unterscheidung im Hinblick auf die den Schuldner bei subjektiver Unmöglichkeit treffende Haftung nach den allgemeinen Vorschriften.

Ein Stimmbindungsvertrag ist auch dann unwirksam, wenn der daraus Berechtigte ein Nichtgesellschafter ist, der für den Fall, daß er Gesellschafter wäre, einem Stimmverbot unterläge¹¹⁰. Wenn schon einem Gesellschafter, der sich in einem Konflikt zwischen mitgliedschaftlichem und gesellschaftsfremdem Interesse befindet, außer der eigenen Stimmrechtsausübung auch die mittelbare Einflußnahme auf die Willensbildung versagt wird, dann darf die gleiche Einflußnahme einen Nichtgesellschafter, der in der Regel ausschließlich gesellschaftsfremden Einflüssen unterliegt, erst recht nicht gestattet sein¹¹¹.

Die Nichtigkeit des Stimmbindungsvertrages muß in den geschilderten Fällen unabhängig davon gelten, ob sich das Verbot unmittelbar aus dem Gesetz ergibt oder ob es in der Satzung festgelegt ist. Eine Unterscheidung im letzteren Fall danach, ob der im Gesellschaftsvertrag geregelte Stimmrechtsausschluß gerade dazu diente, den Einfluß des von ihm betroffenen Gesellschafters zu beschränken¹¹², erscheint mir nicht sachgerecht. Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Stimmverbots in der Person eines Gesellschafters gegeben sind, dann soll dieser nach dem Willen des Normsetzers keinen Einfluß auf die Beschlußfassung der Gesellschaft haben, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der Ausschlussvorschrift um eine gesetzliche oder gesellschaftsrechtliche Bestimmung handelt.

Etwas anderes mag gelten, wenn es sich nicht um einen Stimmrechtsausschluß, sondern lediglich um eine Stimmkraftbeschränkung in Form eines gesellschaftsvertraglichen Höchststimmrechtes handelt. Hier wird durch einen Zusammenschluß mehrerer vom Höchststimmrecht betroffener Gesellschafter der Zweck der Stimmkraftbeschränkung, die Macht eines einzelnen Inhabers einer großen Kapitalbeteiligung zu begrenzen, nicht ohne weiteres vereitelt. In diesen Fällen dürfte aber die Grenze der Unzulässigkeit des Stimmbindungsvertrages überschritten sein, wenn ein Gesellschafter durch Stimmbindungsverträge so viele andere Gesellschafter an seine Weisungen bindet, daß seine Stimmrechtsmacht im Ganzen die dem einzelnen erlaubte Macht überschreitet¹¹³.

b) Stimmrechtsbindung bei vinkulierten Anteilen

Zweck der Vinkulierung von Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 5 GmbHG ist es, das Eindringen unerwünschter Personen in die Gesellschaft zu verhindern¹¹⁴. Dieses Ziel wird möglicherweise vereitelt, wenn eine von der Vinkulierung betroffene Person einen Gesellschafter durch einen Stimmbindungsvertrag dauerhaft und global ihren Weisungen unterwirft. In diesem Fall besteht die Gefahr, daß der gebundene Gesellschafter resigniert und in dem Gefühl, der eigenen Entscheidungsgewalt

96 Boesebeck, Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären, NJW 1960, 6, 9.

97 Lübbert, a.a.O., 165.

98 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Overrath, a.a.O., 30; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78; Piehler, DStR 1992, 1654, 1655.

99 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 45, Piehler, DStR 1992, 1654, 1655.

100 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77.

101 Lübbert, a.a.O., 115; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 45; Piehler, DStR 1992, 1654, 1655.

102 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78.

103 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 45.

104 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47

GmbHG, Rd.-Nr. 45; Overrath, a.a.O., 28; kritisch: Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 29.

105 OLG Nürnberg GmbHR 1990, 166, 169.

106 BGHZ 48, 163, 166; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 47; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Fischer, GmbHR 53, 65, 67.

107 BGHZ 48, 163, 166; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 47.

108 So aber ausdrücklich: Loewenheim, Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen, JUS 1969, 260, 261.

109 Overrath, a.a.O., 41.

110 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 47; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656; Overrath, a.a.O., 140.

111 Overrath, a.a.O., 41.

112 So: Piehler, DStR 1992, 1654, 1656.

113 Ausführlich: Overrath, a.a.O., 43 f.

114 BGHZ 48, 163, 168 f.

enthalten zu sein, die gebotene Sorgfalt bei der Stimmrechtsausübung vernachlässigt¹¹⁵. Zutreffend wird § 15 Abs. 5 GmbHG daher dahin ausgelegt, daß die Wirksamkeit einer Stimmrechtsabrede über einen vinkulierten Anteil die gleichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wie für dessen Abtretung an den Bindungsgläubiger¹¹⁶. Dem Stimmbindungsvertrag bleibt in diesen Fällen also unabhängig davon, ob die Stimmbindung Haupt- oder Nebenpflicht ist oder ob etwa Umgehungsabsicht vorliegt, die Anerkennung versagt, bis die Bindungsabrede entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Zustimmungserfordernissen für die Anteilsabtretung von der Gesellschaft oder den Gesellschaftern genehmigt worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Stimmbindungsvereinbarung schwebend unwirksam. Das gilt z. B. für einen Treuhandvertrag über vinkulierte Anteile, der dem Treuhänder ein zeitlich und gegenständlich nicht beschränktes Weisungsrecht einräumt¹¹⁷.

Anders liegt der Fall hingegen, wenn sich die Stimmbindungsabrede lediglich auf einen genau konkretisierbaren, einzelnen Beschlußgegenstand bezieht. Hier wird die normalerweise unmittelbar der Stimmabgabe vorausgehende Abwägung des Für und Wider des Beschlusses lediglich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Bindungsvertrages vorverlagert. Dementsprechend ist die Stimmrechtsbindung zulässig, wenn der Veräußerer eines vinkulierten Anteils sich gegenüber dem Erwerber verpflichtet, selbst für die Genehmigung der Veräußerung zu stimmen¹¹⁸. Nichtig wäre dagegen eine Vereinbarung, durch die sich der Veräußerer für den Fall der Versagung der Genehmigung verpflichten würde, immer nach Weisung des Erwerbers abzustimmen¹¹⁹.

4. Einschränkungen durch mitgliedschaftliche Bindungen des Gesellschafters

Stimmrechtsbindungen sind lediglich in dem Umfang zulässig, in dem sie nicht mit mitgliedschaftlichen Pflichten kollidieren¹²⁰. Bindungsabreden, mit denen der weisungsabhängige Gesellschafter in Konflikt mit der innergesellschaftlichen Treubindung gerät¹²¹ oder durch deren Erfüllung er das ihm eingeräumte Abstimmungsermessens überschreitet¹²² oder deren Befolgung ihm nach Treu und Glauben nicht zumutbar sind¹²³, verpflichten ihn nicht. In diesen Formulierungen schlägt sich das Bedürfnis nieder, den Grundsatz der uneingeschränkten Zulässigkeit von Stimmbindungen im Einzelfall zum Schutze der Gesellschaft zu korrigieren.

Diese Korrektur kann auf verschiedene Weise erfolgen. Möglich ist es, als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen mitgliedschaftliche Bindungen entweder die Stimmbindungsvereinbarung als solche für nichtig zu erklären, oder lediglich der bindungsgemäß abgegebenen Stimme die Wirksamkeit zu versagen. Geht man – was die Auslegung im Regelfall ergeben dürfte – davon aus, daß der gebundene Gesellschafter nicht lediglich zur bloßen Stimmabgabe verpflichtet war, sondern die Abgabe einer der Gesellschaft gegenüber auch wirksamen Stimme schuldete¹²⁴, dann hätte letzteres zur Folge, daß dem Gläubiger der Stimmbindungsvereinbarung Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages zustünden.

Für die erste Variante wird angeführt, nur bei Nichtigkeit der Vereinbarung als solcher werde der gebundene Gesellschafter von dem durch Erfüllungszwang oder Schadensersatzforderungen hervorgerufenen tatsächlichen Druck befreit, welcher der Willensbildung in der Gesellschaft unzutraglich sein könne¹²⁵.

Meines Erachtens ist es demgegenüber erforderlich und ausreichend, bei der Stimmabgabe anzusetzen und dem Gläubiger etwaige Sekundäransprüche aus der Stimmrechtsvereinbarung zu belassen. Die Willensbildung der Gesellschaft wird nur durch ein gültiges Votum beeinflusst, nicht hingegen durch eine unwirksame Stimme. Der vom treuwidrig gebundenen Gesellschafter möglicherweise empfundene Druck vermag daher bei der Gesellschaft auch dann keinen Schaden anzurichten, wenn man an der Wirksamkeit der Bindungsabrede festhält. Die aus der Wirksamkeit der Vereinbarung möglicherweise resultierenden Ansprüche aus Nichterfüllung des Stimmbindungsvertrages sind vielmehr sinnvoll und erforderlich, um den Gläubiger der Abrede zu schützen. Es gehört nicht zu dessen Aufgaben, sich Gedanken über die Erfüllbarkeit der Bindung zu machen¹²⁶. Vielmehr ist bei Abschluß einer dauerhaften globalen Stimmbindungsvereinbarung der Berechtigte zumindest als Nichtgesellschafter häufig nicht in der Lage zu überblicken, ob und inwieweit der Gesellschafter in Erfüllung dieser Vereinbarung gegen seine Treupflicht verstößt¹²⁷. Wenn überhaupt, dann vermag der Bindungsgläubiger eine solche Einschätzung erst zu treffen, wenn er in Konkretisierung seines Weisungsrechts im Einzelfall eine bestimmte Stimmrechtsausübung verlangt. Dann erscheint es aber sachgerecht, nicht dem gesamten Bindungsvertrag die Anerkennung zu versagen, sondern lediglich der infolge der im konkreten Fall unzulässigen Weisung unter Verletzung gesellschaftsrechtlicher Bindungen abgegebenen Stimme. Nur so kann sich ein möglicherweise argloser Gläubiger schadlos halten, wenn der Gesellschafter aufgrund seiner Treupflicht zur Erfüllung des Stimmbindungsvertrages nicht in der Lage ist.

5. Verbot der Stimmrechtsbindung durch die Satzung

Ob die Satzung den Gesellschaftern den Abschluß von Stimmbindungsverträgen verbieten kann, ist streitig. Teilweise wird das mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Einführung von Stimmkraftbeschränkungen und insbesondere der Vinkulierung von Anteilen verneint. Diese Gestaltungsvarianten beschreiben abschließend die rechtlichen Mittel der Steuerung von Einflüssen auf die Willensbildung. Für weitergehende Einschränkungen sei kein Bedarf¹²⁸.

Andere hingegen nehmen ein gesellschaftsvertragliches Verbot der Stimmrechtsbindung bereits dann an, wenn die Satzung höchstpersönliche Abstimmung vorschreibt oder die Vertretung nur durch andere Gesellschafter zulässig ist¹²⁹ oder verneinen in diesen Fällen zumindest die Vollstreckbarkeit der Bindungsabreden¹³⁰. Überwiegend wird eine Verpflichtung in der Satzung, keine Stimmrechtsbindung einzugehen, für zulässig gehalten, insoweit aber eine ausdrückliche Regelung verlangt¹³¹.

Dem ist zuzustimmen. Die Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Stimmbindungsverbote ergibt sich aus § 3 Abs. 2 GmbHG. Danach darf jede inhaltlich zulässige Verpflichtung als

115 Vgl. Overrath, a.a.O., 49.

116 H. M.: Fischer, GmbHR 1953, 65, 67; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 48; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 27; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656; a. A. Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77.

117 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 48; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656.

118 BGHZ 48, 163, 168; nach Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78 aber nicht bei Anteilsverkauf, da dann Stimmenkauf.

119 RGZ 69, 134; Fischer, GmbHR 1953, 65, 67; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 48; Piehler, DStR 1992, 1654, 1656.

120 Zöllner, ZHR 1991, 168, 172; a. A. zum Aktienrecht Tank, Stimmrechtsabkommen im Lichte des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1977, 35, 36, der die Wahrnehmung eigener Interessen bei der Stimmrechtsausübung bis zu den gesetzlich ausdrücklich gezogenen Grenzen für zulässig hält.

121 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 50.

122 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 77; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 28; Zöllner, ZHR 1991, 168, 172; Behrens, Stimmrecht und Stimmrechtsbindung, FS Einhundert Jahre GmbHG 1992, 539, 553 f.

123 Lübbert, a.a.O., 166.

124 Zöllner, ZHR 1991, 168, 178.

125 Behrens, FS Hundert Jahre GmbHG, 538, 554.

126 Zöllner, ZHR 1991, 168, 177.

127 Das verneint: Zöllner, ZHR 1991, 168, 176 f.

128 Lübbert, a.a.O., 156 f.

129 Mertens, Anmerkung zum Urteil des BGH, BGHZ 48, 163, JR 1967, 462.

130 Peters, Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 1957, 311, 342 f.

131 Overrath, a.a.O., 35; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 86; Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 78 a; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 46; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 27.

Nebenpflicht in die Satzung aufgenommen werden. Dazu gehören auch Unterlassungen, also auch die hier in Rede stehende Verpflichtung, einen Stimmbindungsvertrag nicht abzuschließen¹³².

Indes darf das Problem nicht überbewertet werden. Von praktischer Bedeutung ist ein gesellschaftsvertragliches Verbot der Stimmrechtsbindung lediglich dort, wo die Geschäftsanteile nicht vinkuliert sind¹³³. Enthält dagegen die Satzung Regelungen nach § 15 Abs. 5 GmbHG, reicht das hierdurch geschaffene Genehmigungserfordernis für Stimmrechtsvereinbarungen aus, um die Gesellschaft vor unerwünschten Einflüssen zu schützen¹³⁴. Dort, wo die Anteile nicht vinkuliert sind, dürfte zudem richtigerweise bereits die Auslegung ergeben, daß ein Verbot in der Satzung sich nur gegen solche Verträge richtet, die Stimmbindungen als Hauptpflicht einführen¹³⁵.

Wo die Satzung Stimmbindungsverbote enthält, wirken diese lediglich schuldrechtlich¹³⁶. Der unter Mißachtung des Verbots geschlossene Stimmbindungsvertrag ist daher wirksam, weil die rechtliche Möglichkeit zum Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages nicht durch Rechtsgeschäft beschränkbar ist¹³⁷ und im übrigen § 134 BGB oder ein vergleichbarer Rechtsgrundsatz nicht eingreift¹³⁸.

Zweifelhaft ist, ob die Satzung über das Stimmbindungsverbot hinaus auch regeln kann, daß eine aufgrund einer Stimmbindungsvereinbarung abgegebene Stimme ungültig ist¹³⁹. Ohne diese Frage hier erschöpfend behandeln zu können, sollte jedenfalls Einigkeit darüber bestehen, daß eine solche Bestimmung nicht empfehlenswert ist, weil sie aufgrund mangelnder Erkennbarkeit der Bindungsabrede für die Mitgesellschafter Rechtsunsicherheit schafft¹⁴⁰.

D.

Wirkung von Stimmbindungsvereinbarungen

Das Verhältnis zwischen der Stimmbindungsvereinbarung und der daraus resultierenden Stimmabgabe des Gesellschafters sowie dem schließlich gefaßten Gesellschafterbeschuß ist in lediglich zwei Fällen unproblematisch. Wenn infolge einer wirksamen Stimmbindungsvereinbarung bindungsgemäß abgestimmt wird, steht die Wirksamkeit der Stimmabgabe und des Beschlusses ebenso außer Frage wie bei bindungswidriger Stimmrechtsausübung im Falle unwirksamer Stimmrechtsabrede¹⁴¹. Die jeweils umgekehrten Konstellationen sind weniger eindeutig zu beurteilen

I. Bindungswidrige Stimmabgabe bei wirksamer Stimmbindung

Die Stimmbindungsvereinbarung hat nur schuldrechtliche Wirkung¹⁴². Eine wirksame Abrede dieser Art begründet also lediglich die Pflicht des Gesellschafters bindungsgemäß abzustimmen, nimmt ihm aber nicht die Möglichkeit, rechtlich wirksam auch bindungswidrig zu votieren. Der infolge einer solchen Stimmrechtsausübung zustande gekommene Beschuß ist grundsätzlich weder nichtig noch anfechtbar. Dem aus dem Stimmbindungsvertrag Berechtigten stehen dementsprechend regelmäßig lediglich die allgemeinen Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages zu.

Lediglich in Ausnahmefällen kann ein Verstoß gegen eine wirksame Stimmbindungsvereinbarung zur Anfechtbarkeit des mit der bindungswidrigen Stimme gefaßten Beschlusses führen. Dieser Fall liegt vor, wenn sich an der Stimmbindungsvereinbarung nicht nur einzelne, sondern alle Gesellschafter beteiligt haben. In diesem Fall wird man die Bindungsabrede nicht lediglich als Angelegenheit zwischen Gläubiger und Schuldner dieser Vereinbarung, sondern als „eine solche der Gesellschaft selbst“ ansehen müssen. Hier besteht kein Grund, die vertragswidrig überstimmten Mitgesellschafter auf den umständlichen Weg einer Klage gegen die Mitgesellschafter auf Abgabe der geschuldeten Stimme zu verweisen¹⁴³.

Nicht entschieden ist bisher der Fall, daß an der Stimmbindungsabrede neben allen Gesellschaftern noch weitere Personen beteiligt sind. Sofern neben dem Drittgläubiger zumindest auch alle übrigen Gesellschafter gegen den bindungswidrig Abstimmenden vorgehen, steht aufgrund der dem vorgenannten Fall vergleichbaren Interessenlage kein Anlaß, hier die Anfechtbarkeit des Beschlusses zu verneinen.

II. Bindungsgemäße Stimmabgabe bei unwirksamer Stimmbindung

Im Falle einer freiwilligen oder auf Unkenntnis der Rechtslage beruhenden Erfüllung eines nichtigen oder im Einzelfall unverbindlichen Abstimmungsvertrages ist zu unterscheiden:

Sofern sich die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit der Stimmbindungsvereinbarung im Einzelfall aus der Sittenwidrigkeit des gegenüber der Gesellschaft oder der Minderheit damit verfolgten Zieles ergibt, führt die bindungsgemäße Stimmabgabe auch zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Anfechtungsgrund ist insoweit jedoch nicht die Erfüllung der unverbindlichen Stimmbindungsabrede, sondern allein Inhalt und Ziel des Beschlusses¹⁴⁴. Ein solcher Fall ist etwa gegeben, wenn der Gesellschafter für sich oder den Bindungsgläubiger mit der Stimmrechtsausübung Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Gesellschafter zu erlangen sucht und der Beschuß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen¹⁴⁵.

Kein Mangel des Beschlusses besteht dagegen, wenn er zwar i.S. d. unwirksamen Abstimmungsvereinbarung zustande gekommen, seinem Inhalt nach aber nicht zu beanstanden ist. So kann es beispielsweise liegen, wenn die Stimmrechtsabrede wegen Verstoßes gegen eine Vinkulierungsbestimmung im Gesellschaftsvertrag unwirksam ist, der Gesellschafter aber gleichwohl aus Überzeugung bindungsgemäß abstimmt und der Beschuß objektiv im Gesellschaftsinteresse liegt¹⁴⁶.

Umstritten ist die Anfechtbarkeit, wenn die Abstimmungsvereinbarung wegen § 47 Abs. 4 GmbHG unwirksam ist, weil der Gläubiger – würde er selbst abstimmen – einem Stimmverbot unterläge.

Nach Karsten Schmidt ist der Gesellschafterbeschuß anfechtbar, wenn er unter Berücksichtigung der infolge der unwirksamen Bindungsvereinbarung abgegebenen Stimme zustande gekommen ist. Der gebundene Gesellschafter verstoße zwar selbst nicht unmittelbar gegen das Stimmverbot. Jedoch schliege die in Person des Bindungsgläubigers vorliegenden Voraussetzungen des § 47 Abs. 4 GmbHG auf den Gebundenen durch, so daß die abgegebene Stimme nichtig und der darauf beruhende Beschuß anfechtbar sei. Etwas anderes soll ledig-

132 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 86; Overrath, a.a.O., 35.

133 Vgl. Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 27.

134 Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 27.

135 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 86.

136 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 87 a; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 86; Overrath, a.a.O., 35; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 46.

137 Overrath, a.a.O., 35.

138 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 86.

139 Dafür: Piehler, DStR 1992, 1654, 1655; dagegen wohl: Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 46.

140 Piehler, a.a.O., DStR 1992, 1654, 1655; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 46.

141 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 53 f.

142 Fischer, GmbHR 1953, 65, 67.

143 BGH NJW 1983, 1910, 1911; NJW 1987, 1890; kritisch: Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 79; a.A. Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 83 f.

144 Fischer, GmbHR 1953, 65, 67; Lübbert, a.a.O., 169.

145 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 54, § 45 GmbHG, Rd.-Nr. 108.

146 Vgl. Piehler, DStR 1992, 1654, 1660.

lich im Einzelfall gelten, wenn dargelegt werden kann, daß es an einem Zusammenhang zwischen der (unwirksamen) Bindung und der Stimmabgabe fehlt¹⁴⁷.

Die weitaus überwiegende Ansicht stellt dagegen zu Recht darauf ab, daß der im Gegensatz zur unmittelbaren Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG nicht unmittelbar vom Stimmrecht ausgeschlossene Gesellschafter sich seine Meinung bei Ausübung des Stimmrechts auch unter Berücksichtigung anderer Einflüsse bilden könne. Wenn er nach Abwägung dieser Einflüsse dennoch zu dem Ergebnis komme, i. S. d. unwirksamen Bindungsabrede, aber im übrigen inhaltlich einwandfrei abstimmen zu wollen, bestehe kein Anlaß, der abgegebenen Stimme oder dem gefaßten Beschluß die Wirksamkeit zu versagen¹⁴⁸.

E.

Durchsetzbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen

I. Erfüllungsklage

Das RG hielt die Leistungsklage aus einem Stimmbindungsvertrag auf bindungsgemäße Stimmabgabe für unwirksam. Eine solche Klage sei sinnlos, weil die Gesellschafter nach der Vollstreckung nicht gehindert seien, einen erneut bindungswidrigen Beschluß zu fassen und damit Zwangsvollstreckungen zu unterlaufen. Darüber hinaus stelle eine solche Klage einen unzulässigen Eingriff in die innergesellschaftliche Willensbildung dar¹⁴⁹. Das RG verwies die Gläubiger daher auf Schadensersatz und Feststellungsklage¹⁵⁰. Dem ist der BGH entgegengetreten und hat zutreffenderweise die Erfüllungsklage und die Vollstreckung hieraus zugelassen¹⁵¹. Jedenfalls im Ergebnis entspricht diese Auffassung inzwischen auch der nahezu einhelligen Meinung der Literatur¹⁵².

II. Vollstreckbarkeit

Auch die Vollstreckbarkeit von Stimmbindungsabreden ist inzwischen allgemein anerkannt, wenn auch der BGH selbst den Nutzen der Zwangsvollstreckung in Frage stellt, indem er zu Recht einräumt, daß ein bindungswidriger Beschluß, durch den bereits Rechte Dritter entstanden sind, durch Zwangsvollstreckung der bindungsgemäßen Stimmabgabe nicht mehr rückgängig gemacht werden kann¹⁵³.

Nach wie vor umstritten ist hingegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung.

Einigkeit besteht insoweit lediglich darüber, daß die Einhaltung einer Verpflichtung, die Stimme gar nicht oder nicht in einem bestimmten Sinne abzugeben, nach § 890 ZPO zu erzwingen ist¹⁵⁴. Für eine positive Abstimmungsverpflichtung kommt dagegen eine Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO (Stimmabgabe als vertretbare Handlung)¹⁵⁵, nach § 888 ZPO (Stimmabgabe als unvertretbare Handlung)¹⁵⁶ und schließlich nach § 894 ZPO (Stimmabgabe als Willenserklärung)¹⁵⁷ in Betracht. Keine dieser Lösungen ist ohne Schwächen.

Gegen eine Vollstreckbarkeit nach § 887 ZPO wird eingewendet, daß die Stimmabgabe lediglich durch den gebundenen Gesellschafter selbst, nicht jedoch im Wege der Ersatzvornahme durch einen Dritten erfolgen dürfe. Das Abspaltungsverbot, wo-

nach das Stimmrecht nicht von der Person des Gesellschafters losgelöst übertragen werden dürfe, müsse auch für die Zwangsvollstreckung gelten¹⁵⁸.

Beugestrafen – und damit eine Vollstreckung gem. § 888 ZPO – werden für untauglich gehalten, weil sie zu spät kämen und mit ihnen letztlich nicht mehr erreicht sei als durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Da über § 888 ZPO die eigentliche Naturalerfüllung nicht unmittelbar erzwingbar sei, dürfe diese Vorschrift lediglich dann in Betracht kommen, wenn alle anderen Rechtsbehelfe ausgeschlossen seien¹⁵⁹.

Gegen die Vollstreckung aus § 894 ZPO wiederum wird geltend gemacht, diese sei ein direkter unzulässiger Eingriff in die Willensbildung des Verbandes. Zum einen werde der Gesellschaft ein Versammlungsteilnehmer aufgezwungen, der weder Gesellschafter noch Bevollmächtigter noch Ermächtigter eines Gesellschafters sei¹⁶⁰. Zum anderen wirke dieser Teilnehmer am Zustandekommen des Beschlusses nicht im gesellschaftsrechtlichen Sinne mit, sondern lege ohne Rücksicht auf den Verlauf der Versammlung lediglich das rechtskräftige Urteil mit dem festgeschriebenen Inhalt vor¹⁶¹.

Der BGH und die inzwischen ganz h. M. befürworten trotz dieser Einwände eine Vollstreckung aus § 894 ZPO mit dem Argument, auch die erzwungene Mitwirkung sei Mitwirkung¹⁶².

Dem ist zuzustimmen, denn es ist gerade der Sinn des Abstimmungsvertrages, daß die Entschließungsfreiheit des gebundenen Gesellschafters nicht über den Zeitpunkt der Bindung hinaus andauert¹⁶³.

Schwäche der Vollstreckung nach § 894 ZPO ist die Tatsache, daß sie wegen des Rechtskraftefordernisses des Urteils häufig zu spät kommt und hierdurch – wie auch der BGH einräumt¹⁶⁴ – lediglich die Stimmabgabe selbst ersetzt werden kann, nicht dagegen die Teilnahme an der Versammlung und die Erfüllung etwaiger vertraglicher Nebenpflichten, wie z. B. der Einhaltung der erforderlichen Form oder Antragerfordernisse¹⁶⁵. Diesen Bedenken wird indes mit der Bemerkung begegnet, für die Wahl des richtigen Vollstreckungsbehelfs sei an dem Kern der vertraglichen Pflicht anzuknüpfen und die Hilfsvollstreckung durch Trennung der Klageanträge und ggf. kombinierte Zwangsvollstreckung aus §§ 887, 894 ZPO sicherzustellen¹⁶⁶.

Wird die Verpflichtung des Schuldners auf Abgabe einer inhaltlich feststehenden Abstimmungserklärung nach § 894 ZPO vollstreckt, so ersetzt das rechtskräftige Urteil diese Erklärung. Das gilt auch dann, wenn nach Gesellschafterrecht nur persönliche Stimmabgabe zulässig ist¹⁶⁷. Wirksam wird die gem. § 894 ZPO fingierte Stimmabgabe jedoch erst, wenn das Urteil dem Leiter der Abstimmung zur Kenntnis gebracht wird¹⁶⁸. Dazu genügt sowohl im Normalfall der mündlichen Abstimmung als auch bei einer GmbH mit schriftlicher Beschlußfassung die Übersendung des Urteils. Ein etwa entgegenstehendes Votum des Schuldners selbst ist daneben unbeachtlich¹⁶⁹.

III. Vertragsstrafe, Schadensersatz

Die aufgezeigten Probleme und praktischen Nachteile der Zwangsvollstreckung führen dazu, daß dem mittelbaren Erfüllungszwang bei Stimmbindungsvereinbarungen besondere Be-

147 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 54.

148 Fischer, GmbHR 1953, 65, 68.

149 RGZ 160, 257, 262 f.

150 RG DNotZ 1936, 567.

151 BGHZ 48, 163, 169 ff.

152 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 55; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 30; Lübbert, a.a.O., 176; Zöllner, ZHR 1991, 168, 185 f.; kritisch: Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 80; einschränkend: Overath, a.a.O., 101 ff.; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 80 (mit Bedenken, weil hierdurch schuldrechtlich Nebenabreden auf organisationsrechtlicher Ebene Bedeutung erlangten).

153 BGHZ 48, 163, 172.

154 Overath, a.a.O., 114; Lübbert, a.a.O., 186; Fischer, GmbHR 1953, 65, 70.

155 Peters, AcP 1957, 311, 341.

156 Fischer, GmbHR 1953, 65, 69 f.

157 BGHZ 48, 163, 173 f.

158 Fischer, GmbHR 1953, 65, 69 f.

159 Erman, Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Stimmbindungsvertrag im Aktienrecht, AG 1959, 267 f., 300 f.

160 Peters, AcP 1957, 311, 322 f.

161 Peters, AcP 1957, 311, 323.

162 BGHZ 48, 164, 173; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 55; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 30; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 81; Loewenheim, JuS 1969, 260, 264 f.

163 BGHZ 48, 163, 174.

164 BGHZ 48, 163, 174.

165 Lübbert, a.a.O., 187 f.

166 Loewenheim, JuS 1969, 264 f.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 56.

167 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 56.

168 BGH JZ 48, 163, 174.

169 Lübbert, a.a.O., 190 f.

deutung zukommt. So werden in Stimmbindungsverträgen regelmäßig Konventionalstrafen vereinbart¹⁷⁰. Ihre Zulässigkeit ist allgemein anerkannt.

Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche bei schuldhafter Verletzung von Stimmbindungsvereinbarungen.

Indes ist dem Berechtigten mit einem Schadensersatzanspruch regelmäßig nicht geholfen¹⁷¹. Dort, wo der Anspruch auf Geldleistung gerichtet ist, wird es in der Regel nicht möglich sein, einen Schaden zu beziffern, geschweige denn, die Kausalität zwischen Stimmbindungsverletzung und Schaden zu beweisen¹⁷². Auch eine Schätzung nach § 287 ZPO wird für wenig hilfreich gehalten¹⁷³.

Von praktisch geringer Bedeutung erscheint auch der Anspruch auf Naturalrestitution gem. § 249 BGB. Zwar werden Einwendungen gegen die Möglichkeit, die Folgen einer vertragswidrigen Stimmabgabe durch Herbeiführung eines neuen – bindungsgemäßen – Beschlusses zu beseitigen, nicht mehr erhoben¹⁷⁴. Jedoch findet die Naturalrestitution ihre Grenze schon dort, wo es dem gebundenen Gesellschafter in der Gesellschaft an der zur Beschlußfassung erforderlichen Mehrheit fehlt¹⁷⁵. Darüber hinaus ergeben sich Schwächen aus dem Umstand, daß Gesellschafterbeschlüsse, durch die bereits Rechte Dritter entstanden sind, nicht rückgängig gemacht werden können¹⁷⁶. Dementsprechend sind z. B. Beschlüsse über Gewinnverwendung, Entlastung der Geschäftsführer, Kapitalveränderungen nach ihrer Durchführung oder Zustimmung zu Unternehmensverträgen der Naturalrestitution nicht zugänglich¹⁷⁷.

IV. Einstweiliger Rechtsschutz

Aufgrund der wegen des Rechtskraftefordernisses des Urteils regelmäßig eintretenden Verzögerung bei der Zwangsvollstreckung aus § 894 ZPO kommt zur Durchsetzung von Stimmbindungen dem einstweiligen Rechtsschutz in der Praxis große Bedeutung zu.

Allerdings lehnt die wohl noch herrschende Auffassung trotz zunehmender Kritik die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung generell mit der Begründung ab, hierdurch werde in unzulässiger Weise in die Willensbildung der Gesellschaft eingegriffen. Zudem bestehe die Gefahr, daß endgültige Regelungen getroffen würden, die mit einer eventuellen späteren Aufhebung der Verfügung nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden könnten. Insoweit werde gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache verstoßen.

Diese Begründung aufgreifend wird von der Gegenansicht¹⁷⁸ differenziert. Dort, wo durch die einstweilige Verfügung ein Gebot zur Stimmabgabe ausgesprochen werden soll, sei einstweiliger Rechtsschutz unzulässig. Wo hingegen ein Unterlassungsanspruch, also ein Verbot der Stimmabgabe durchgesetzt werden soll, werde der Entscheidung in der Hauptsache nicht vorgegriffen, da die einstweilen verbotene Stimmabgabe nach Entscheidung in der Hauptsache ggf. nachgeholt werden könne¹⁷⁹.

Zunehmend Anhänger gewinnt demgegenüber die Meinung, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung – unabhängig von der vorstehenden Differenzierung – unter Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen jedenfalls dort zulässig sein muß, wo dem Antragsteller ansonsten schwerwiegende Nachteile drohen¹⁸⁰.

Diese Auffassung erscheint vorzugswürdig. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes muß die Verteilung des – im Hinblick auf eine möglicherweise entgegengesetzte Entscheidung im Hauptsacheverfahren – bestehenden Risikos irreversibler Nachteile auf die streitenden Beteiligten sein. Dieses Risiko ist im Grundsatz für Antragsteller und Antragsgegner gleichermaßen groß. Denn bei unaufschiebbaren Entscheidungen kann das Unterbleiben des Beschlusses für den Antragsteller die gleichen Nachteile haben wie umgekehrt der Beschluß selbst für den Antragsgegner¹⁸¹. Dort, wo die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes zu solch wesentlichen Beeinträchtigungen der Rechte des Antragstellers führen würde, muß es dementsprechend möglich sein, bereits im Verfahren der einstweiligen Verfügung Rechtsfolgen auszusprechen, die sich mit denen in der Hauptsache decken. Anderenfalls würde das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zum schützenswerten Gut an sich erhoben und dabei außer acht gelassen, daß es lediglich Mittel zum Zweck, namentlich zum Schutz der Interessen des Antragsgegners ist, aber dort zurücktreten muß, wo im Einzelfall überwiegende Interessen des Antragstellers auf dem Spiel stehen.

F.

Hinweise zur Gestaltung dauerhafter Stimmbindungsvereinbarungen – insbesondere Konsortialverträge –

Beim Abschluß von Konsortialverträgen steht es den Beteiligten frei, ob sie sich bezüglich der Stimmrechtsausübung lediglich schuldrechtlichen Bedingungen unterwerfen wollen, oder ob darüber hinaus eine Einbindung der GmbH-Anteile der Konsorten mit dinglicher Wirkung erstrebt ist¹⁸². Nur bei der ersten Alternative, bei der die GmbH-Anteile im Eigentum des einzelnen Gesellschafters verbleiben, handelt es sich um einen Stimmbindungsvertrag im eigentlichen Sinne. Werden dagegen in die bei Abschluß des Konsortialvertrages regelmäßig zu gründende BGB-Gesellschaft¹⁸³ die GmbH-Anteile der Mitglieder als Gesellschaftsvermögen eingebracht, entsteht Gesamtvermögen, das ohne weiteres der gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis aller Mitglieder unterliegt (§ 719 Abs. 1 BGB). Die Vorteile einer Einbringung der Anteile in das Konsortium liegen in dem hierdurch entstehenden stabilen Verbund, durch den insbesondere eine Einbindung mit dinglicher Wirkung auch bei Übergang der Anteile auf den Gesamtrechtsnachfolger bewirkt werden kann. Andererseits bestehen hiergegen in der Praxis jedoch häufig Vorbehalte. Viele Gesellschafter scheuen die formelle Aufgabe ihres Eigentums oder auch die mit der Übertragung von Geschäftsanteilen verbundenen Kosten¹⁸⁴. Im Ergebnis wird es daher zumeist bei einem rein schuldrechtlichen Stimmbindungsvertrag bleiben. Nachfolgend soll eine derartige Gestaltung in den Vordergrund der Betrachtung gerückt werden, durch die sich die hier behandelten Probleme der eigentlichen Stimmrechtsbindung besonders verdeutlichen lassen. Dabei wird von der häufig anzutreffenden Konstellation ausgegangen, daß eine Mehrheit von Gesellschaftern – möglicherweise ein Familienstamm – sich dauerhaft zusammenschließt, um den gemeinschaftlichen Einfluß in der GmbH zu stärken und damit einhergehend die Beteiligungsquote der Mitglieder im Verhältnis zu anderen Gesellschaftern zu erhalten. Der Urkundengang eines solchen Vertrages könnte etwa wie folgt lauten:

170 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 80; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 61; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 81; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 32; Lübbert, a.a.O., 176.
171 BGHZ 48, 163, 171.
172 Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 30; Lübbert, a.a.O., 174.
173 Lübbert, a.a.O., 174.
174 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 60; Lübbert, a.a.O., 175.
175 Piehler, DSfR 1992, 1654, 1661; Lübbert, a.a.O., 175.
176 BGHZ 48, 163, 172.

177 Lübbert, a.a.O., 175.
178 OLG Koblenz ZIP 1986, 503, 504; Lübbert, a.a.O., 194.
179 OLG Koblenz ZIP 1986, 503, 504; Lübbert, a.a.O., 194.
180 OLG Hamburg NJW 1992, 186 f.; Piehler, DSfR 1992, 1654, 1660 f.; wohl auch: Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 59.
181 Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 59.
182 Vgl. hierzu auch oben B. I. 1.
183 Vgl. hierzu oben B. I. 1.
184 Uhlenbruck, Der Schutz von Familien-Aktiengesellschaften gegen das Eindringen unerwünschter Aktionäre, DB 1967, 1927, 1930; Lübbert, a.a.O., 83.

Formulierungsbeispiel:

Vor dem Notar . . . erschienen . . .

Die Erschienenen sind an der . . . GmbH . . . mit . . . Geschäftsanteilen beteiligt. Zur Wahrnehmung und Förderung ihrer gemeinsamen Interessen aus diesen Geschäftsanteilen vereinbaren sie folgendes:

§ 1

(1) Wir errichten hiermit ein Stimmrechtskonsortium in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Gesellschafter kann nur sein, wer gleichzeitig Gesellschafter der . . . GmbH ist.

(2) Zweck der Gesellschaft ist es, durch Koordination des Abstimmungsverhaltens den Einfluß der Beteiligten in der . . . GmbH zu stärken und die Beteiligungsquote der Mitglieder im Verhältnis zu anderen Gesellschaftern der . . . GmbH zu erhalten.

In der Regel schreiben Konsortialverträge vor, daß das Abstimmungsverhalten bei der GmbH zwischen den Vertragsbeteiligten in einer vor der Gesellschafterversammlung stattfindenden Konsortialversammlung festgelegt wird. Gerade in diesem Bereich existieren aber vielfältige Varianten. So sind insbesondere Gestaltungen denkbar, in denen die Konsorten eine oder mehrere Personen auf Zeit wählen, die dann ihrerseits über die Stimmrechtsausübung der GmbH für alle Mitglieder verbindlich entscheiden, oder es wird unter Verzicht auf eine besondere Konsortialversammlung lediglich ein schriftliches Beschlußverfahren durchgeführt¹⁸⁵. Im nachfolgenden Formulierungsbeispiel ist die typische Konstellation mit Durchführung einer besonderen Konsortialversammlung gewählt, die stattzufinden hat, wenn zumindest ein Vertragspartner es für erforderlich hält.

Formulierungsbeispiel:

§ 2

(1) Um eine Verständigung über die Ausübung des Stimmrechts bei Gesellschafterbeschlüssen der . . . GmbH herbeizuführen, ist auf Verlangen auch nur eines Mitglieds vor jeder Gesellschafterversammlung oder anderweitigen Abstimmung bei der . . . GmbH ein Beschluß der Beteiligten herbeizuführen, der festlegt, wie das Stimmrecht bei der GmbH ausgeübt werden soll.

(2) Die Beschlüsse des Konsortiums werden in Mitgliederversammlungen gefaßt. Diese können von jedem Mitglied nach Bedarf mit einer Frist von mindestens 1 Woche vor der Beschlußfassung der GmbH durch eingeschriebenen Brief einberufen werden.

Nach § 709 Abs. 2 BGB erfolgt die Beschlußfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zweifel nach Köpfen. Sofern der Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht ausnahmsweise ebenfalls dieses Verfahren vorsieht, sollte der Konsortialvertrag eine von § 709 Abs. 2 BGB abweichende – der Satzung entsprechende – Regelung enthalten. Andernfalls besteht die Gefahr, daß über den Konsortialvertrag mittelbar die Mehrheitsverhältnisse in der GmbH verschoben werden¹⁸⁶. Dort, wo für die Beschlußfassung der GmbH – wie etwa für Satzungsänderungen – eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen ist, könnte man versucht sein, dieses Mehrheitserfordernis auf den Konsortialvertrag zu übertragen und auch für den Konsortialbeschluß ein entsprechendes Quorum zu verlangen. Eine solche Gestaltung würde indes dem Zweck des Konsortiums zuwiderlaufen. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein Konsortialbeschluß nicht zustandekommt und infolgedessen jedes Mitglied frei abstimmen kann

(vgl. § 6 des Formulierungsbeispiels), würde erhöht. Dies könnte zu einer Schwächung des Gesamteinflusses des Konsortiums auf die Willensbildung der GmbH führen. Um dies zu vermeiden, ist zu empfehlen, im Konsortium auch dann lediglich die einfache Mehrheit zu verlangen, wenn bei der GmbH eine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben ist¹⁸⁷.

Um Im Hinblick auf die oben (C. I. 3 a) ausführlich dargestellten Probleme die Unwirksamkeit der Vereinbarung zu vermeiden, ist es zwingend erforderlich, in den Stimmverbindungsvertrag eine Regelung aufzunehmen, wonach ein Konsorte dort kein Stimmrecht hat, wo er auch bei der GmbH nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nicht abstimmen dürfte.

Formulierungsbeispiel:

§ 3

Beschlüsse des Konsortiums werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt. Je 100,- DM Geschäftsanteil bei der . . . GmbH gewähren eine Stimme. Die einfache Mehrheit ist auch dann ausreichend, wenn bei der GmbH durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben ist. Ist ein Mitglied bei der GmbH vom Stimmrecht ausgeschlossen, so hat es auch im Konsortium kein Stimmrecht.

Die Sicherstellung der bindungsgemäßen Stimmabgabe ist eines der größten Probleme bei der Gestaltung von Stimmverbindungsverträgen und zeigt ihre Grenzen auf. Hier läßt sich – aufgrund der lediglich schuldrechtlichen Wirkung von Stimmverbindungsvereinbarungen – nur eine Verpflichtung aufnehmen, in dem im Konsortium vorbeschlossenen Sinne abzustimmen. Diese Verpflichtung findet überdies ihre Grenze dort, wo der Gesellschafter bei bindungsgemäßer Stimmabgabe gegen seine Treupflicht verstoßen würde (vgl. C. I.4).

Die Praxis versucht in der Regel, die bindungsgemäße Abstimmung zusätzlich durch Vollmachten sicherzustellen¹⁸⁸. Jedoch verspricht auch eine an ein Mitglied des Konsortiums – etwa einen zu wählenden Leiter – erteilte Vollmacht zur einheitlichen bindungsgemäßen Stimmabgabe keine absolute Sicherheit. Eine mit dinglicher Wirkung „verdrängende Vollmacht“, die zur Folge hätte, daß nur noch der Bevollmächtigte, nicht hingegen der gebundene Gesellschafter bei der GmbH wirksam abstimmen könnte, gibt es schon nach allgemeinem Zivilrecht nicht¹⁸⁹. Eine unwiderrufliche Vollmacht, die ein solches Ergebnis wenigstens mit schuldrechtlicher Wirkung herzustellen versucht, indem sich der Vollmachtgeber verpflichtet, gegen den Willen des Bevollmächtigten von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch zu machen, verstößt grundsätzlich¹⁹⁰ gegen das Abspaltungsverbot¹⁹¹. Das gilt auch dann, wenn einschränkend vereinbart wird, daß die Vollmacht nur für die Dauer des Kausalverhältnisses bestehen und jedenfalls aus wichtigem Grund widerruflich sein soll. Hierdurch würde die Stimmrechtsabspaltung nämlich lediglich zeitlich begrenzt, nicht aber beseitigt¹⁹². Eine unwiderrufliche Vollmacht, die dem Vollmachtgeber die Möglichkeit beläßt, auf der Gesellschafterversammlung der GmbH selbst in entgegengesetzter Richtung abzustimmen, würde – ihre Zulässigkeit dahingestellt – für das verfolgte Ziel der Sicherung einer bindungsgemäßen Stimmabgabe jedenfalls nicht weiterhelfen¹⁹³. Hinzu kommt schließlich, daß der Gesellschaftsvertrag der GmbH häufig höchstpersönliche Abstimmung vorschreiben oder lediglich Bevollmächtigung bestimmter Personen wie z. B. von Ehegatten oder zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Personen zulassen wird. Aufgrund dieser Schwierigkeiten bei der Erteilung von Stimmrechtsvollmachten sollte der Konsortialvertrag für Fälle, in denen der Bevollmächtigte – gleich aus welchem Grund – nicht abstimmt,

185 Lübbert, a.a.O., 82.

186 Lübbert, a.a.O., 144; Hengeler, Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 1991, Form VIII. A. 2., Anm. 7.

187 Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2., Anm. 9.

188 Vgl. Lübbert, a.a.O., 82.

189 BGH DNotZ 1977, 372, 375; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 93.

190 Vgl. jedoch BGH DNotZ 1977, 372, 375 f.

191 BGH DNotZ 1970, 363 f.; BGH NJW 1987, 780 f.; Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 93 m.w.N.

192 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 93.

193 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 93.

eine Teilnahmepflicht der Konsortialmitglieder an der Abstimmung festschreiben. Hierdurch wird sichergestellt, daß bei Abstimmungen der GmbH die Geschäftsanteile aller Mitglieder und damit das Konsortium in seiner ganzen Stärke vertreten ist. Darüber hinaus ist es Zweck dieser Bestimmung zu verhindern, daß das einzelne Mitglied des Konsortiums sich durch Abwesenheit seiner Verpflichtung zur bindungsgemäßen Stimmabgabe entziehen kann¹⁹⁴.

Formulierungsbeispiel¹⁹⁵:

§ 4

Die stimmberechtigten Beteiligten sind verpflichtet, entsprechend den von den Konsorten gefaßten Beschlüssen bei allen Gesellschafterbeschlüssen der GmbH einheitlich mit Ja oder Nein zu stimmen oder sich einheitlich der Stimme zu enthalten. Das gilt nicht, soweit sich ein Mitglied aufgrund seiner gesellschaftlichen Treupflicht zu einer anderen Stimmabgabe verpflichtet hat.

§ 5

Um eine bindungsgemäße Stimmabgabe in den Gesellschafterversammlungen der ... GmbH sicherzustellen, verpflichten sich die Mitglieder des Konsortiums, Frau/Herrn ... (einem Beteiligten) ... schriftliche Vollmacht zu erteilen, für sie das Stimmrecht bei Beschlüssen der ... GmbH einheitlich auszuüben. Ist der Bevollmächtigte verhindert oder ist die Stellvertretung bei der Stimmabgabe durch ihn nicht zulässig, sind die Konsorten verpflichtet, selbst an der Abstimmung der GmbH teilzunehmen oder einen zur Stimmrechtsausübung berechtigten Vertreter zu bestellen.

§ 6

Macht keiner der Beteiligten von seinem Recht Gebrauch, das Stimmmverhalten bei der GmbH festlegen zu lassen oder kommt ein Mehrheitsbeschluß nicht zustande, kann jeder Konsortist selbst entscheiden, ob er an der Abstimmung teilnimmt und bei den entsprechenden Gesellschafterbeschlüssen nach eigenem Ermessen abstimmt.

Um den Erhalt der Gesamtbeteiligungsquote des Konsortiums innerhalb der GmbH zu gewährleisten und dem Stimmbindungsvertrag nicht durch Veräußerung der GmbH-Geschäftsanteile die Grundlage zu entziehen, empfiehlt sich die Vereinbarung von Anbieterspflichten für ausscheidungs- und/oder veräußerungswillige Mitglieder des Konsortiums. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, daß die Veräußerung an die anderen Mitglieder des Konsortiums nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH zulässig ist und dieser insbesondere keine konkurrierenden Vorkaufs- oder Anbieterspflichten für Mitgesellschafter enthält.

Ankaufsrechte sind Vorkaufsrechten für die übrigen Konsorten vorzuziehen, da letztere lediglich das Recht begründen, in den bereits mit einem Dritten geschlossenen – möglicherweise ungünstigen – Vertrag einzutreten. Ein Ankaufsrecht ermöglicht es hingegen, bereits im Stimmbindungsvertrag die Modalitäten der Geschäftsanteilsübertragung genau zu regeln. Im Hinblick auf § 15 Abs. 4 GmbHG führt eine solche Bestimmung zur Beurkundungsbedürftigkeit des Stimmbindungsvertrages¹⁹⁶.

Falls die Mitglieder von den ihnen eingeräumten Ankaufsrechten nicht (vollständig) Gebrauch machen, ist es sinnvoll, den veräußerungswilligen Konsorten zu verpflichten, die Veräußerung an den Dritten von dessen vorherigen Beitritt zum Konsortium abhängig zu machen¹⁹⁷. Hierdurch würde die Gesamtbeteiligungsquote des Konsortiums an der GmbH erhalten. Aller-

dings ist nicht ganz eindeutig, ob eine solche Klausel – zumindest in Fällen der Kündigung aus wichtigem Grund – möglicherweise eine gem. § 723 Abs. 3 BGB unzulässige Kündigungsbeschränkung darstellt. Ähnliche Zweifel bestehen, wenn der für die den anderen Mitgliedern aufgrund der Anbieterspflicht angebotenen Geschäftsanteile vereinbarte Preis wesentlich niedriger als der Verkehrswert wäre¹⁹⁸.

Formulierungsbeispiel:

§ 7

(1) Beabsichtigt ein Mitglied des Konsortiums, seine Geschäftsanteile an der GmbH ganz oder teilweise an einen Dritten zu veräußern, der nicht Mitglied des Konsortiums ist, oder will es durch Kündigung oder auf andere Weise freiwillig aus der GmbH ausscheiden, so hat es seine Geschäftsanteile bzw. den zur Veräußerung vorgesehenen Teil derselben zuvor jedem anderen Mitglied zum Ankauf anzubieten, und zwar zu einem Preis, der der Abfindung entspricht, die ihm bei eigener Kündigung seiner Mitgliedschaft in der GmbH zustünde.

(2) Das Angebot hat durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen und kann binnen 1 Monat nach Zugang ebenfalls durch eingeschriebenen Brief angenommen werden. Mehrere Mitglieder sind im Verhältnis ihrer GmbH-Geschäftsanteile zueinander erwerbsberechtigt und schulden – unter Ausschluß der gesamtschuldnerischen Haftung – nur die auf den jeweils erworbenen Teil entfallende Vergütung.

(3) Im Falle der Veräußerung von Geschäftsanteilen oder Teilen davon an Dritte ist das Mitglied verpflichtet, die Übertragung des Geschäftsanteils vom Eintritt des Dritten in das Konsortium abhängig zu machen.

Aufgrund der Probleme im Rahmen der Zwangsvollstreckung (vgl. hierzu oben E. II) wird die Vereinbarung von Vertragsstrafen in der Literatur fast durchweg ausdrücklich empfohlen¹⁹⁹. Das hat seine Ursache nicht zuletzt darin, daß ein Schadensersatzanspruch aufgrund des schwer nachweisbaren Schadens häufig kaum durchsetzbar sein wird. Im Hinblick auf die Höhe der vereinbarten Konventionalstrafe sind die zumeist erheblichen Interessen der Berechtigten, die in der Regel auch hohe Strafen zu rechtfertigen vermögen, zu berücksichtigen. Teilweise wird zudem geraten, auch die Möglichkeit der Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB bei Bemessung des Betrages in Betracht zu ziehen²⁰⁰. Wo nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH die Geschäftsanteile freiveräußerlich sind, ist es auch möglich, ein Vertragsstrafversprechen als Anbieterspflicht zugunsten der anderen Mitglieder auszugestalten²⁰¹.

Formulierungsbeispiel:

§ 8

(1) Verstößt ein Mitglied des Konsortiums gegen seine Verpflichtungen aus diesem Vertrag, so hat es an die übrigen Mitglieder für jeden Fall einer Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,- DM zu zahlen, und zwar anteilig im Verhältnis der Geschäftsanteile der übrigen Mitglieder. Das Recht, Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen, bleibt unberührt.

(2) Liegt eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung vor, so kann das Konsortium den Ausschluß des betreffenden Vertragspartners beschließen. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen unter Nichtberücksichtigung des vom Ausschluß betroffenen Mitglieds.

(3) Im Falle des Ausschlusses ist das Mitglied verpflichtet,

194 Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2., Anm. 14.

195 Nach Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2.

196 RGZ 149, 397; BGHZ 21, 245.

197 So auch: Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2., § 4 Abs. 1 S. 2.

198 Schröder, Stimmrechtskonsortien unter Aktionären: Gesellschafts- und erbrechtliche Probleme, ZGR 1978, 578, 580, Fn. 6.

199 Vgl. die Nachweise bei Fn. 170.

200 Lübbert, a.a.O., 176 m.w.N.

201 Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2., Anm. 20.

seine Geschäftsanteile an der GmbH auf die übrigen Mitglieder des Konsortiums im Verhältnis ihrer Beteiligung an der GmbH zu übertragen. Im gleichen Verhältnis haften die verbleibenden Konsorten im Innenverhältnis für die an das ausscheidende Mitglied zu zahlende Abfindung. Diese bemißt sich nach den im Gesellschaftsvertrag der GmbH enthaltenen Abfindungsregeln bei Einziehung des Geschäftsanteils.

Der Grundsatz der Privatautonomie erlaubt eine Vereinbarung, wonach nicht nur die unmittelbar in den Vertrag einbezogenen Geschäftsanteile, sondern zudem ohne weiteres auch alle darüber hinaus dem Vertragspartner jetzt oder zukünftig gehörenden Anteile schuldrechtlich in die Bindung des Konsortialvertrages einbezogen sind²⁰². Eine solche Bestimmung ist sinnvoll, um zu verhindern, daß ein Mitglied des Konsortiums auf der einen Seite die Vorteile – etwa bessere Informationsmöglichkeiten – in Anspruch nimmt, auf der anderen Seite aber mit seinen ungebundenen Anteilen dem Zweck des Konsortiums zuwiderlaufende Interessen verfolgt²⁰³. Die durch eine solche Formulierung bewirkte Einbindung aller Anteile soll auch für den Fall gelten, daß ein Erbe als Gesamtrechtsnachfolger eines Mitglieds in das Konsortium eintritt, dem vorher bereits eigene, nicht gebundene Anteile gehörten. Auch diese sollen ohne weiteres den Verpflichtungen des Konsortialvertrages unterliegen²⁰⁴. Dies erscheint mir zweifelhaft. Vielmehr dürfte es sich insoweit um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln, woran auch die Möglichkeit des Erben, die Erbschaft auszuschlagen oder eine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, nichts ändert²⁰⁵. Entscheidend ist insoweit, daß die dem Erben ursprünglich gehörenden Anteile nicht lediglich – wie im Normalfall der Nachlaßverbindlichkeiten – als Haftungsobjekt für andere Verpflichtungen einbezogen werden, sondern selbst Gegenstand einer vertraglich begründeten Hauptleistungspflicht werden sollen²⁰⁶.

Formulierungsbeispiel:

§ 9

Die Vereinbarungen dieses Vertrages gelten – unabhängig vom Rechtsgrund des Erwerbs – ohne weiteres auch für alle zukünftig von jedem Mitglied hinzuerworbenen Geschäftsanteile oder Teilen von solchen. Entsprechendes gilt bei Durchführung einer Kapitalerhöhung der GmbH ohne Bildung neuer Geschäftsanteile.

Gem. § 727 BGB wird die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts durch den Tod eines Gesellschafters im Regelfall aufgelöst. Diese Rechtsfolge läuft regelmäßig dem Zweck des Konsortialvertrages zuwider, so daß Konsortialverträge normalerweise eine Bestimmung enthalten, wonach der Vertrag mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt wird. Dabei bestehen keine Probleme, sofern die Beteiligung am Konsortium auf lediglich eine Person übergeht und diese Erbe des verstorbenen Konsorten ist. Schwierigkeiten können sich hingegen ergeben, sofern mehrere Erben Rechtsnachfolger werden oder die Beteiligung einer oder mehrerer Personen vermächtnisweise zugewendet wird.

Im Gegensatz zum Geschäftsanteil der GmbH erwerben mehrere Erben die Beteiligung am Konsortium nicht in Erbengemeinschaft. Eine solche kann nach h. M. nicht Mitglied einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden, da sie sich im Rechtsverkehr nicht verpflichten und nicht unbeschränkt persönlich haften kann²⁰⁷. Bei Tod eines Konsorten wird daher dessen bis zum Erbfall einheitliche Beteiligung in der Weise zergliedert, daß jeder Miterbe für sich als Mitglied in die BGB-Gesellschaft eintritt. Das hat zur Folge, daß die unteilbaren Ver-

waltungsrechte (wie z. B. das Stimmrecht, wenn die Regel des § 709 „Abstimmung nach Köpfen“ nicht abbedungen wird) sich entsprechend vervielfältigen und die anderen Rechte und Pflichten nach den Erbquoten aufgeteilt werden²⁰⁸. Im Einzelfall, wenn die Summe der Beteiligungen des verstorbenen Konsorten nicht glatt durch die Zahl seiner Erben teilbar ist, kann dies dazu führen, daß die von den Beteiligten erwünschte Gleichheit des Stimmrechts bei der GmbH und im Konsortium nicht erreichbar ist. Noch größere Schwierigkeiten können entstehen, wo es um die Pflichten einzelner oder aller Konsorten geht. So sind die Erben als Konsorten einzeln verpflichtet, Stimmrechtsvollmacht entsprechend dem Konsortialvertrag zu erteilen. Bei der GmbH erteilt werden kann die Vollmacht jedoch lediglich von den Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Deutlicher noch wird das Problem etwa dann, wenn ein einzelner Miterbe aus dem Konsortium ausscheiden möchte. Hier hat er nach dem Konsortialvertrag seinen GmbH-Geschäftsanteil zum Ankauf anzubieten, was er aber, da diese den Erben gesamthänderisch zusteht, gar nicht könnte²⁰⁹. Eine befriedigende Lösung ist auf der Grundlage der h. M. zur Rechtsnachfolge in Beteiligungen an BGB-Gesellschaften nicht zu erreichen. Schuldrechtlich lassen sich die Schwierigkeiten durch weitreichende Vollmachten der Erben untereinander abmildern. Zur Vermeidung empfiehlt es sich jedoch, die Schwierigkeiten bereits bei der Gestaltung der Verfügung von Todes wegen der Konsorten zu berücksichtigen.

Die Grenzen von Stimmbindungsverträgen ohne Einbringung der Geschäftsanteile werden auch deutlich, wo die GmbH-Geschäftsanteile einer oder mehrerer Personen als Vermächtnis zugewandt sind. Der Vermächtnisnehmer wird nicht unmittelbar bei Tod des Konsorten Gesellschafter der BGB-Gesellschaft. Sein Eintritt kann vielmehr lediglich durch die Aufnahme einer entsprechenden Bedingung in die Verfügung von Todes wegen des Konsorten sichergestellt werden. Eine Verpflichtung der Konsorten untereinander bereits im Konsortialvertrag, ihre Verfügungen von Todes wegen entsprechend zu gestalten, wäre indes wegen § 2302 BGB nichtig, so daß es bei einer dahingehenden Empfehlung bleiben muß.

Formulierungsbeispiel:

§ 10

(1) Beim Tode eines Mitglieds des Konsortiums wird dieses mit seinen Erben fortgesetzt. Mehrere Erben haben einen gemeinsamen Bevollmächtigten zu bestellen, der ihre Mitgliedschaftsrechte im Konsortium und in der GmbH wahrnimmt.

(2) Hat der verstorbene Konsorte seine Anteile an der GmbH einem Vermächtnisnehmer zugewendet, der nicht auch sein Erbe ist, so tritt der Vermächtnisnehmer als Mitglied des Konsortiums an die Stelle der Erben, wenn und sobald diese ihm die Anteile des verstorbenen Gesellschafters rechtswirksam übertragen haben. Die Erben haben – soweit sie dazu berechtigt sind – die Übertragung auf den Vermächtnisnehmer davon abhängig zu machen, daß dieser dem Konsortium beiträgt. Den Mitgliedern des Konsortiums wird nahegelegt, ein etwaiges Vermächtnis so zu gestalten, daß ihre Erben die Übertragung der Geschäftsanteile von einem Eintritt des Vermächtnisnehmers in das Konsortium abhängig machen können²¹⁰.

Stimmrechtskonsortien unterliegen aufgrund ihrer Einordnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Vorschrift des § 723 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie sind also, sofern sie auf unbestimmte Zeit geschlossen sind, jederzeit kündbar. Ob wegen Gegenstand und Zweck des Konsortialvertrages von einem stillschweigenden Ausschluß des § 723 Abs. 1 S. 1 ausgegangen werden

202 BGH DB 1969, 1097.

203 Schröder, ZGR 1978, 578, 595.

204 Schröder, ZGR 1978, 578, 596 f.

205 So aber: Schröder, ZGR 1978, 578, 596.

206 Diesen Gesichtspunkt erheht auch Schröder, ZGR 1978, 578, 596, allerdings mit abweichendem Ergebnis.

207 H. M.: BGHZ 22, 186, 192; Palandt/Thomas, 52. Aufl. 1993, § 727 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Kießler, 12. Aufl. 1980, § 727 BGB, Rd.-Nr. 22; a. A. Schröder, ZGR 1978, 578, 600 ff.

208 Vgl. BGHZ 22, 186, 192 f.

209 Vgl. hierzu ausführlich: Schröder, ZGR 1978, 578, 603 ff.

210 Nach Hengeler, a.a.O., Form. VIII. A. 2., § 6 Abs. 4.

darf, erscheint zumindest zweifelhaft²¹¹. Die Folgen einer spontanen Kündigung sind gravierend. Die Kündigung einzelner Konsorten kann den Mehrheitsverlust des Konsortiums zur Folge haben und damit für die verbleibenden Konsortien zum Scheitern des gesamten Vertragszwecks führen²¹². Entsprechendes gilt bei Eintritt gesetzlicher Auflösungsgründe in der Person eines Mitglieds. Daher gehören die vorsorgliche Festlegung der Vertragsdauer und eine Fortsetzungsklausel zu den unverzichtbaren Bestandteilen des Konsortialvertrages²¹³. Eine Vereinbarung, wonach das Konsortium für die Dauer der GmbH bestehen soll, ist nur dann ausreichend, wenn für die Gesellschaft selbst eine bestimmte Zeit in der Satzung bestimmt ist²¹⁴.

Formulierungsbeispiel:

§ 11

(1) Dieser Vertrag wird auf die Dauer von 10 Jahren geschlossen. Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen des § 723 BGB.

(2) Kündigt ein Mitglied oder tritt in seiner Person ein anderer Umstand ein, der nach den gesetzlichen Vorschriften die Auflösung des Konsortiums zur Folge hätte, scheidet das betreffende Mitglied aus dem Konsortium aus, das von den anderen Mitgliedern fortgesetzt wird.

Diese Niederschrift . . .

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Rechtsnatur der Erklärung des Grundstücksverkäufers, die Kosten der Erschließung seien im Kaufpreis enthalten

(BGH, Urteil vom 2. 7. 1993 – V ZR 157/92)

BGB §§ 436; 446; 459 Abs. 2

Die Erklärung des Grundstücksverkäufers im notariellen Kaufvertrag, Kosten der Erschließung seien im Preis enthalten, ist nicht die Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks, sondern eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung, wer im Innenverhältnis die Erschließungskosten zu tragen hat (Abgrenzung zum Senatsurt. v. 28. 11. 1980 – V ZR 105/79 – NJW 1981, 1600, 1601 = DNotZ 1982, 361).

Zum Sachverhalt:

Die Kl. und ihre Mutter erwarben durch notariellen Vertrag vom 27. 12. 1972 von dem inzwischen verstorbenen Vater der Bekl. das mit einer Doppelhaushälfte noch zu bebauende Grundstück Flur 12 Flurstück 150/1 für 335.000,- DM, wobei sämtliche Erschließungskosten im Gesamtkaufpreis enthalten sein sollten. Mit weiterem notariellen Vertrag vom gleichen Tag erwarben sie vom Bekl. zu 3), der zunächst Eigentümer des gesamten Grundstücks gewesen war und das Flurstück 150/1 seinem Vater übertragen hatte, das wirtschaftlich dazugehörige als Zufahrt dienende Flurstück 150/3 für 10.000,- DM.

Mit Bescheiden vom 14. 9. und 7. 11. 1989 wurde die Kl. für zum Kaufzeitpunkt bereits durchgeführte, aber noch nicht abgerechnete erstmalige Erschließungsmaßnahmen in Höhe von 8.251,29 DM herangezogen.

Die Kl. verlangt mit der im November 1990 erhobenen Klage von den Bekl., teilweise als Erben ihres Vaters, die Erstattung der gezahlten Erschließungskosten, für die sie in Anspruch genommen wurde. Das LG hat die Klage wegen Verjährung etwaiger Ansprüche der Kl. abgewiesen; ihre Berufung hat das OLG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die – zugelassene – Revision der Kl. Die Bekl. beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht meint unter Bezugnahme auf die Gründe der Entscheidung des LG, die vertragliche Regelung über die Erschließungsbeiträge und die Behauptung ihrer Bezahlung durch den Bekl. zu 3) nach dem Vortrag der Kl. seien Eigenschaftszusicherungen i.S.d. § 459 Abs. 2 BGB, weil dies einen wesentlichen Umstand darstelle, der in der Sache selbst seinen Grund habe; die Beitragspflicht ruhe gegebenenfalls als öffentliche Last auf dem Grundstück. Die sich daraus ergebenden Gewährleistungsansprüche der Kl. seien nach § 477 Abs. 1 S. 1 BGB verjährt. Die Annahme der Eigenschaftszusicherung mit der Folge der kurzen Gewährleistungsverjährung widerspreche vorliegend auch nicht der Interessenlage der Parteien.

II. Diese Begründung trägt die Klageabweisung nicht, weil sie – wie die Revision zutreffend rügt – rechtsfehlerhaft davon ausgeht, es liege eine Eigenschaftszusicherung mit der Folge der kurzen Gewährleistungsverjährung vor. Der erhobene Anspruch der Kl. ist nicht verjährt.

1. Richtig ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts: Wenn sich Fehler und zugesicherte Eigenschaften auch in erster Linie auf die physische Beschaffenheit der Sache beziehen, so beschränken sich Mängel einer Sache doch nicht auf solche Fehler, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit anhaften. Nach st. Rspr. kann ein Sachmangel auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind. Diese Beziehungen können tatsächlicher Art, aber auch wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sein. Die rechtlichen Beziehungen müssen jedoch, um als Sachmangel behandelt zu werden, in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben. Die besondere Regelung der Folgen von Sachmängeln, nicht zuletzt die kurze Verjährungszeit nach § 477 BGB, beruht wesentlich auf einem Ausgleich zwischen den Interessen des Verkäufers und des Käufers. Die typischen Sachmängel ergeben sich aus der Beschaffenheit der Sache; die Kenntnis von solchen Mängeln wird dem Käufer durch den Besitz ermöglicht (BGHZ 67, 134, 136 m.w.N.; BGH WM 1984, 214, 215) und in der Regel alsbald nach der Übergabe erfolgen können.

2. Auch bestimmte Rechtsverhältnisse, die Belastungen des Eigentümers festlegen, lassen sich im Verkehr anhand der Beschaffenheit, insbesondere der Lage eines Grundstücks oder der Art seiner Bebauung erkennen. Ob dies im Hinblick auf die Erkennbarkeit entsprechender Maßnahmen auch für das Bestehen oder Entstehen von Anlieger- und Erschließungskosten gilt, kann dahingestellt bleiben, weil es im vorliegenden Fall nicht darum geht, sondern um die Frage, wer die Erschließungskosten zu tragen hat. Dies betrifft aber weder ein physisches Merkmal des Grundstücks noch eine rechtliche Beziehung des Grundstücks zur Umwelt, die in der Beschaffenheit des Grundstücks selbst ihren Grund hat und ist daher auch nicht zusicherungsfähig gem. § 459 Abs. 2 BGB (Senatsurt. v. 28. 11. 1980 = BGH NJW 1981, 1600, 1601 = DNotZ 1982, 361; OLG Hamm NJW-RR 1989, 335, 336 = DNotZ 1989, 313 = MittRhNotK 1989, 213; vgl. auch Nieder, NJW 1984, 2662, 2666 m.w.N.; a.A. OLG München NJW 1970, 664, 665 = MittRhNotK 1970, 416). Es handelt sich vielmehr um eine vertragliche Regelung der Frage, welche Leistungen und Kosten mit dem Preis abgegolten sind und wer sie im Innenverhältnis der Parteien letztlich zu tragen hat. Dem Hinweis im Senatsurteil vom 28. 11. 1980 = DNotZ 1982, 361 auf die Entscheidung des OLG München NJW 1970, 664, 665 = MittRhNotK

211 Bejahend RG DR 1940, 266; BGHZ 50, 316, 320 ff.; Lübbert, a.a.O., 143; vermeintend Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 51; Piehler, DStR 1992, 1654.

212 Lübbert, a.a.O., 143.

213 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 85; Piehler, DStR 1992, 1654.

214 Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 85.

1970, 416 ist nicht zu entnehmen, daß bei einer derartigen Vereinbarung die §§ 459 Abs. 2, 477 BGB Anwendung finden (vgl. hierzu Soergel/Huber, 12. Aufl., § 436 BGB, Rd.-Nr. 19, Fn. 60).

Die Auffassung des Berufungsgerichts entspricht auch nicht den Interessen der Parteien. Denn schon die Entstehung einer Beitragspflicht nach den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen ist für den Grundstückseigentümer nicht aus äußeren Gegebenheiten erkennbar, weil der Rechtsbegriff der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage außer der baulichen (technischen) Fertigstellung der Anlage nach der Rspr. (vgl. Nieder, NJW 1984, 2662, 2663 m.w.N.) weitere Voraussetzungen – wie etwa das Vorliegen der letzten Unternehmerrechnung bei der Gemeinde – verlangt, deren Erfüllung für den Käufer nicht erkennbar ist. Gleiches gilt für die Frage, ob der Verkäufer auf ihm bereits zugestellte oder gar ihm gegenüber fällig gewordene Beitragsbescheide gezahlt oder nicht gezahlt hat, für die der Käufer dann mit dem Grundstück dinglich haftet. Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß eine kurze Gewährleistungsverjährung insoweit nicht der Interessenlage der Parteien widerspreche, weil sich die Kl. bei den zuständigen Behörden hätte erkundigen können, geht fehl, da die Kl. im Hinblick auf die vertragliche Regelung und die von ihr vorgetragene mündliche Zusicherung des Bekl. zu 3) zu einer solchen Erkundigung keinen Anlaß hatte.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts enthält der notarielle Vertrag keine Eigenschaftszusicherung i.S.d. § 459 Abs. 2 BGB, sondern eine von der gesetzlichen Regelung der §§ 446, 436, 103 BGB abweichende Bestimmung, nach der vom Verkäufer auch die nach der Übergabe des Grundstücks fällig werdenden Erschließungskosten zu tragen sind. Nach § 436 BGB haftet der Grundstücksverkäufer nicht für die Freiheit von öffentlichen Lasten, zu denen auch die Erschließungskosten gehören (BGH NJW 1976, 1314 = DNotZ 1976, 360 = MittRhNotK 1976, 2; BGH NJW 1982, 1278 = DNotZ 1982, 555; Matloch, MittBayNot 1979, 104, 105; vgl. ferner Messer, NJW 1978, 1406, 1408). § 436 BGB ist dispositives Recht (vgl. Soergel/Huber, § 436 BGB, Rd.-Nr. 19 m.w.N.). Die Vertragsschließenden konnten deshalb eine von der gesetzlichen Regelung abweichende und ihren Interessen gerecht werdende Vereinbarung treffen (BGH NJW 1982, 1278 = DNotZ 1982, 555). Dies haben sie jedenfalls in dem notariellen Vertrag über Flurstück 150/1 getan. Nach III. 5. dieses Vertrages waren im Gesamtkaufpreis von 335.000,- DM enthalten ... „sämtliche Erschließungskosten und Anschlußkosten für die Versorgungsleitungen von Wasser, Strom, Kanal und Telefon“. Diese Regelung ist eindeutig. Sie ging dahin, im Innenverhältnis den Verkäufer mit „sämtlichen“, also allen entstandenen und anfallenden, bereits bezahlten oder noch nicht bezahlten Erschließungs- und Anschlußkosten – jedenfalls für die hier in Rede stehenden erstmaligen und zum Kaufzeitpunkt bereits durchgeführten Maßnahmen – zu belasten. Dies entsprach auch der Interessenlage der Parteien. Die Kosten waren in den Kaufpreis einbezogen und der Erschließungsvorteil damit durch den Verkäufer vorab vereinnahmt worden.

4. Da die angefochtene Entscheidung auf der unrichtigen Anwendung des § 477 Abs. 1 S. 1 BGB beruht (§§ 549 Abs. 1, 550 ZPO), kann sie mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Es muß deshalb aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das sich nunmehr mit dem weiteren Vortrag der Parteien zu den Voraussetzungen des Klageanspruchs und den hiergegen erhobenen Einwendungen zu befassen und gegebenenfalls die hierzu angebotenen Beweise zu erheben hat. Eine abschließende Entscheidung (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist daher dem Senat nicht möglich.

2. Schuldrecht – Widerruf der Bezugsberechtigung einer Lebensversicherung durch Testament

(BGH, Urteil vom 14. 7. 1993 – IV ZR 242/92)

BGB §§ 130 Abs. 2; 332

ALB §§ 13 Abs. 3 (1957); 13 Abs. 3 (1981)

1. **Der in einem Testament erklärte Widerruf einer Bezugsberechtigung wird nach § 13 Abs. 3 ALB 57 nicht wirksam, wenn der Versicherungsnehmer dem Versicherer den Widerruf nicht anzeigt (Bestätigung von BGHZ 81, 95). Ein Widerruf durch Testament braucht in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht ausdrücklich erwähnt zu sein, um keine Zweifel an dem Anzeigeefordernis aufkommen zu lassen.**

2. **Es genügt dem Anzeigeefordernis des § 13 Abs. 3 ALB 57 nicht, wenn dem Versicherer nach dem Tode des Versicherungsnehmers dessen Testament vorgelegt wird, das einen Widerruf der Bezugsberechtigung enthält. In diesem Falle ist § 130 Abs. 2 BGB nicht anwendbar.**

Zum Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von der Bekl. Zahlung von 46.498,07 DM aufgrund eines Lebensversicherungsvertrages.

Der am 19. 3. 1991 verstorbene E. S., der in zweiter Ehe mit der Kl. verheiratet war, nahm 1969 eine Lebensversicherung bei der Bekl. Als Bezugsberechtigte gab er seine damalige Ehefrau G. S., heute Frau R., an. Die Ehe zwischen E. und G. S. wurde 1986 geschieden. Im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung vereinbarten E. und G. S. durch notariellen Vertrag vom 31. 7. 1985 unter anderem, daß ihre Lebensversicherungen jeweils ihnen selbst zustehen und vom Zugewinnausgleich ausgenommen werden sollen. Am 30. 9. 1990 setzte E. S. die Kl. handschriftlich zu seiner Alleinerbin ein, und zwar „für alles, was ich besitze mit Unfall- oder Lebensversicherungen“.

Nach dem Tod von E. S. übersandte die Kl. der Bekl. unter dem 11. 4. 1991 eine Abschrift des notariellen Vertrages vom 31. 7. 1985 sowie eine Abschrift des Testaments vom 30. 9. 1990. Die Bekl. zahlte die Versicherungssumme von 46.498,07 DM am 3. 6. 1991 an G. R. aus.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kl. stehe ein Anspruch auf die Lebensversicherungssumme zu, weil E. S. seine ursprünglich getroffene Bestimmung, daß G. S. Bezugsberechtigte sein solle, wirksam durch Testament widerrufen habe. Die in § 332 BGB enthaltene Auslegungsregel, nach der im Zweifel eine Änderung der Bezugsberechtigung auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen kann, greife ein. Von einer vertraglichen Regelung, die von § 332 BGB abweiche, könne nur dann die Rede sein, wenn im Versicherungsvertrag ausdrücklich oder zweifelsfrei die von § 332 BGB zugelassene Sonderform der Bezugsrechtsregelung erwähnt sei. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die dem Versicherungsvertrag zwischen E. S. und der Bekl. zugrunde liegen, sei der Fall des Widerrufs oder der Bestimmung der Bezugsberechtigung durch letztwillige Verfügung nicht geregelt.

Mit dem RG (RGZ 168, 177 ff.) sei davon auszugehen, daß die nach Treu und Glauben vorzunehmende Auslegung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen dazu führe, daß in ihnen eine von § 332 BGB abweichende Regelung nicht gesehen werden könne. Der in der Senatsentscheidung vom 1. 7. 1981 (BGHZ 81, 95 ff.) vorgenommenen Auslegung, nach der die Klausel § 13 Abs. 3 ALB 57 dazu führe, daß § 332 BGB nicht anzuwenden sei, könne nicht beigetreten werden.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf die Leistung aus dem Lebensversicherungsvertrag.

Mit seinem Urteil BGHZ 81, 95 hat der Senat bereits entschieden, daß der Widerruf einer Bezugsberechtigung nicht wirksam wird, wenn der Versicherungsnehmer das Bezugsrecht durch Testament widerruft und dies dem Versicherer nicht anzeigt. Auch der vorliegende Fall gibt nach erneuter Überprüfung keinen Anlaß zu einer anderen Entscheidung.

a) Den Widerruf der Bezugsberechtigung regelt § 15 der dem Lebensversicherungsvertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen. Die Bestimmung lautet auszugsweise:

„3. Verpfändung und Abtretung der Versicherungsansprüche sowie Einräumung und Widerruf eines widerruflichen Bezugsrechts sind der Gesellschaft gegenüber nur und erst dann wirksam, wenn sie der bisherige Verfügungsberechtigte dem Vorstand schriftlich angezeigt hat.“

Der Wortlaut dieser Klausel unterscheidet sich nicht von § 13 Abs. 3 ALB 57 (VerBAV 1957, 58), der dem mit BGHZ 81, 95 entschiedenen Fall zugrunde lag. Dies übersieht das Berufungsgericht auch nicht. Es scheint § 332 BGB unter Verwendung von Formulierungen aus RGZ 168, 177 aber wie eine Sonderregelung für den Widerruf der Bezugsberechtigung durch letztwillige Verfügung zu verstehen, die in Allgemeinen Versicherungsbedingungen ausdrücklich abbedungen werden müßte, wenn sie nicht angewandt werden soll. Das wäre aber nicht richtig. Als Auslegungsregel kommt § 332 BGB – auch nach seinem Wortlaut – nur zum Zuge, wenn die vertraglichen Regelungen Anlaß zum Zweifeln geben. Das ist bei den hier zugrundeliegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen ebensowenig der Fall wie bei den ALB 57. Die Versicherungsbedingungen brauchen nicht ausdrücklich den Fall eines Widerrufs der Bezugsberechtigung durch Testament zu regeln, um keine Zweifel daran aufkommen zu lassen, daß der Widerruf der Bezugsberechtigung – gleichgültig, in welcher Erklärungsform er vorgenommen wird – nur wirksam ist, wenn er dem Versicherer schriftlich angezeigt wird. Aus § 15 Abs. 3 der vorliegenden Versicherungsbedingungen kann ein durchschnittlicher, juristisch nicht vorgebildeter Versicherungsnehmer (vgl. Senatsurteile BGHZ 112, 387, 390 und BGH VersR 1992, 561 unter II 2) ohne vernünftigen Zweifel entnehmen, daß Änderungen der Bezugsberechtigung für ihre Wirksamkeit ausnahmslos der schriftlichen Anzeige beim Versicherer bedürfen. Daß diese Regelung keine Ausnahme zuläßt, also auch für den Fall der letztwilligen Verfügung nichts anderes gilt, kommt in dem Wortlaut „nur“ und „erst dann“ gerade für den juristischen Laien deutlich zum Ausdruck.

Sind danach Zweifel ausgeschlossen, ist für die Anwendung der Auslegungsregel des § 332 BGB kein Raum (vgl. ebenso Kollhosser für den insoweit wortgleichen § 13 Abs. 3 ALB n.F. – 1981 – in Prölls/Martin, 25. Aufl., § 166 VVG, Anm. 1b und § 13 ALB n.F. Anm. 2; vgl. auch Benkel/Hirschberg, Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherung, § 13 ALB 86 – verbraucherfreundliche Fassung –, Rd.-Nr. 44).

b) Aus der vom Berufungsgericht in den Vordergrund gestellten Entscheidung RGZ 168, 177 ergibt sich für den vorliegenden Fall nichts anderes. Auch das RG führt aus, § 332 BGB sei lediglich eine Auslegungsregel, die nur im Zweifel gelte, d.h. sofern sich nicht aus dem Vertrag ein anderes ergebe. Der Entscheidung RGZ 168, 177 lagen im entscheidenden Punkt andere Versicherungsbedingungen zugrunde. Ihr ist zu entnehmen, daß § 14 jener Bedingungen, der sich mit der Befugnis des Versicherungsnehmers befaßt, das Bezugsrecht zu widerrufen, keine Regelung darüber enthält, in welcher Form die Erklärung abgegeben werden muß. Allein § 17 Abs. 3 enthalte eine allgemeine Bestimmung, nach der alle Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber nur dann wirksam seien, wenn sie dem Vorstand schriftlich zugegangen seien. In einem solchen Fall können anders als hier Zweifel darüber entstehen, ob die Bezugsberechtigung nicht auch durch ein dem Versicherer nicht zugehendes Testament wirksam geändert werden kann. Im vorliegenden Fall regeln die Bedingungen mit § 15 Abs. 3 aber den konkreten Fall des Widerrufs einer Bezugsberechtigung ausdrücklich und so, daß die Änderung des Bezugsrechts „nur“ wirksam ist, wenn sie dem Versicherer schriftlich angezeigt wird.

3. Auch den Hilferwägungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden, § 15 Abs. 3 der hier vorliegenden Bedingungen halte einer AGB-Kontrolle nicht stand, wenn diese Bestimmung dahin ausgelegt werde, daß eine Änderung des Bezugsrechts allein durch eine dem Versicherer nicht zugegangene letztwillige Verfügung unwirksam sei.

Richtig ist, daß auch Allgemeine Versicherungsbedingungen als Inhalt von Verträgen, die vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zustande gekommen sind (sogenannte Altverträge), nach den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen inhaltlich kontrolliert werden können (vgl. BGHZ 114, 338, 340 m.w.N. = DNotZ 1992, 106; Ulmer/Brandner/Hensen, 7. Aufl., § 28 AGBG, Rd.-Nr. 1). Das Schriftform- und Zugangserfordernis des § 15 Abs. 3 hält einer solchen Kontrolle aber stand. Es ist weder unklar noch überraschend. Insbesondere benachteiligt es den Versicherungsnehmer nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen. Es mag zwar nicht jedermanns Sache sein, wie das Berufungsgericht ausführt, seine letztwilligen Verfügungen Dritten mitzuteilen. Um dem Wirksamkeitserfordernis des § 15 Abs. 3 zu genügen, braucht der Versicherungsnehmer dem Versicherer aber nicht das Testament mitzuteilen. Es genügt, daß er dem Versicherer die Änderung des Bezugsrechts schriftlich anzeigt. Das benachteiligt ihn nicht unangemessen.

4. Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, daß im Unterschied zu dem mit BGHZ 81, 95 entschiedenen Fall hier der Versicherer noch vor Auszahlung der Versicherungssumme Kenntnis vom Inhalt des Testaments erhielt. Sie regt an zu prüfen, ob dies nicht als für die Wirksamkeit der Änderung des Bezugsrechts ausreichend angesehen werden kann. Das ist nicht der Fall.

Bis zum Tode des Versicherungsnehmers ist die Änderung der Bezugsberechtigung mangels Zugangs einer schriftlichen Erklärung bei der Bekl. nicht wirksam geworden. Nach dem Tode des Versicherungsnehmers, also nach Eintritt des Versicherungsfalles konnte die Änderung nicht mehr wirksam werden. Denn mit Eintritt des Versicherungsfalles erwirbt der bis dahin Bezugsberechtigte ein unentziehbares Recht auf die Versicherungssumme, das nicht nachträglich durch Zugang einer Änderungsverfügung entfallen kann, § 331 Abs. 1 BGB, § 166 Abs. 2 VVG (vgl. OLG Hamm VersR 1980, 739 m.w.N.). § 130 Abs. 2 BGB, nach dem es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt, ist hier nicht anwendbar. Diese Vorschrift geht von dem Regelfall aus, daß sich die Willenserklärung beim Tod des Erklärenden auf dem Weg zum Adressaten befindet und die Zustellung alsbald nachfolgt. Sie dient dem Schutz des Erklärungsempfängers, der sich auf den Zugang der Willenserklärung möglicherweise schon eingerichtet hat. Dieser Schutzgedanke entfällt, wenn sich die Willenserklärung beim Tod des Erklärenden nicht auf dem Weg zum Erklärungsempfänger befunden hat, weil in diesem Zeitpunkt niemand an die Zustellung der Erklärung dachte (BGHZ 48, 374, 380 f. = DNotZ 1968, 360). So liegt der Fall hier, denn der Versicherungsnehmer hatte mit der letztwilligen Verfügung nicht auch die Unterrichtung der Bekl. über die Änderung des Bezugsrechts beabsichtigt (im Ergebnis ebenso OLG Hamm VersR 1981, 228, jedoch mit anderer Begründung).

Die Revisionserwiderung meint, die Bekl. habe nicht mit befreiender Wirkung gezahlt, weil sie mit der Auszahlung der Versicherungssumme an Frau R. gegen § 242 BGB verstoßen habe. Die Bekl. habe nach Vorlage des Testaments und des Übertragungsvertrages erkennen müssen, daß Frau R. die Summe nicht behalten dürfe. Darin ist der Revisionserwiderung zu folgen. Sinn einer Regelung über die Bezugsberechtigung ist es auch, daß der Versicherer weiß, an wen er die Versicherungssumme auszuzahlen berechtigt ist. Er soll nicht mit der Klärung von Rechtsfragen darüber belastet sein, wem die Summe im Ergebnis gebührt. Die Bekl. hat deshalb nicht treuwidrig gehandelt.

3. Liegenschaftsrecht/WEG – Vollmacht für den Bauträger zur Abänderung der Teilungserklärung

(BayObLG, Beschluß vom 24. 6. 1993 – 2Z BR 56/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

WEG § 10 Abs. 1
BGB § 133
GBO § 19

1. Der Alleineigentümer verliert die Befugnis zu einseitiger Änderung der Teilungserklärung nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums.

2. Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer bevollmächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, solange „dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird“, ist für eine Eintragung in das Grundbuch keine geeignete Grundlage.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) begründete mit notarieller Urkunde vom 8. 3. 1990 nach § 8 WEG an einem von ihr zu errichtenden Wohnhaus Wohnungs- und Teileigentum. Die Bet. zu 2) bis 25) sind die Käufer von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in der jetzt fertiggestellten und bezogenen Wohnanlage. Sie sind in den bereits angelegten Wohnungsgrundbüchern noch nicht eingetragen; der Eigentumsverschaffungsanspruch ist jedoch durch eine Vormerkung gesichert.

In der Teilungserklärung ist bestimmt, daß die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen berechtigt sind, die vor ihren Wohnungen gelegenen Grundstücksflächen als Terrassen und Ziergärten jeweils unter Ausschluß des Mitbenutzungsrechts aller anderen Eigentümer allein zu benutzen. In der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung heißt es, daß bauliche Veränderungen, die sich nicht auf das Innere der im Sondereigentum stehenden Räume beziehen, insbesondere Veränderungen, die das gemeinschaftliche Eigentum oder die äußere Gestaltung der Gebäude oder Teile der Gebäude berühren, nur mit Zustimmung sämtlicher Eigentümer zulässig sind.

In den Kaufverträgen mit den Bet. zu 2) bis 10), die vor Errichtung der Teilungserklärung abgeschlossen worden sind, heißt es u. a.:

„Der Verkäufer wird ermächtigt und unwiderruflich bevollmächtigt, die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung nach billigem Ermessen zu erstellen, . . . Die Vollmacht erstreckt sich auch auf die Begründung von Sondernutzungsrechten an den vor den Erdgeschoßwohnungen aller drei zu errichtenden Häusern gelegenen Terrassen und Gartenflächen . . .“

Darüber hinaus ließ sich die Bet. zu 1) von den Bet. zu 2) bis 10) in den Kaufverträgen die Vollmacht erteilen,

„solche Änderungen der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung vorzunehmen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums . . . nicht einschränken . . .“

Schließlich enthält der Kaufvertrag mit der Bet. zu 2) noch zusätzlich folgende Vollmacht:

„Vollmacht zur Vereinbarung von Sondernutzungsrechten an den vor den Wohnungen im Erdgeschoß aller drei zu errichtenden Wohnhäuser gelegenen Terrassen und Gartenflächen zugunsten der Eigentümer der daran angrenzenden Wohnungen, soweit dies nicht schon in der Teilungserklärung geschieht . . .“

In den Kaufverträgen mit den übrigen Beteiligten ließ sich die Bet. zu 1) ausdrücklich die Vollmacht erteilen, die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung dahingehend abzuändern, daß auf den Sondernutzungsflächen vor den Erdgeschoßwohnungen auch Wintergärten errichtet werden dürfen.

Mit notarieller Urkunde vom 3. 4. 1992 erklärte die Bet. zu 1) im eigenen Namen und im Namen der Bet. zu 2) bis 25) folgende Änderung der Gemeinschaftsordnung:

„Die in der Vorurkunde enthaltene Gemeinschaftsordnung wird bezüglich § 6 Abs. 2 insoweit geändert und ergänzt, als die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen ohne Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer berechtigt sind, unter Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften einen Wintergarten auf ihren Sondernutzungsflächen zu errichten und dauernd zu belassen und zu unterhalten unter der Bedingung, daß etwaige Schäden, die dadurch am Gemeinschaftseigentum oder

am angrenzenden Sondereigentum entstehen, unverzüglich ersetzt werden und alle mit der Herstellung der Wintergärten verbundenen Kosten zu Lasten des jeweiligen Wohnungseigentümers gehen. Entsprechende Eintragung in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern wird bewilligt und beantragt.“

Die Bet. zu 8) genehmigte mit notarieller Urkunde vom 11. 5. 1992 die Änderungserklärung.

Auf den Antrag der Bet. zu 1) bis 25), die Änderungen in den Grundbüchern einzutragen, hat das GBA mit den Zwischenverfügungen vom 30. 6. 1992 und 24. 7. 1992 aufgegeben, die Zustimmung der Bet. zu 2) bis 7), 9) und 10) und bestimmter in der Zwischenverfügung im einzelnen aufgeführter dinglich Berechtigter in notarieller Form nachzuweisen. Der Erinnerung der Bet. zu 1) gegen die Zwischenverfügungen hat das AG nicht abgeholfen. Mit Beschluß vom 15. 1. 1993 hat das LG die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1). Am 4. 2. 1993 hat das GBA den Eintragungsantrag abgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig, obwohl das GBA nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung den Eintragungsantrag abgewiesen hat. Die Zurückweisung ist auf die Gründe gestützt, die in der vom LG bestätigten Zwischenverfügung als Eintragungshindernisse genannt sind. Damit ist das rechtliche Interesse der Beteiligten an der Beseitigung der Zwischenverfügung nicht entfallen. Das GBA hätte den Zurückweisungsbeschluß wegen fehlender Rechtsgrundlage aufzuheben, falls die weitere Beschwerde gegen den Inhalt der Zwischenverfügung erfolgreich wäre. Bis dahin aber ist das GBA an die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts und damit an die Zurückweisung des Eintragungsantrags gebunden (BGHZ 88, 62, 64 = DNotZ 1983, 679; BayObLG NJW-RR 1988, 980 m.w.N.; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 78 GBO, Anm. 3 a).

2. Das LG hat ausgeführt:

Das GBA habe zu Recht ohne den Nachweis, daß die Bet. zu 2) bis 7), 9) und 10) und die Grundpfandgläubiger der Änderungserklärung zugestimmt haben, die Eintragung verweigert.

Die Gemeinschaftsordnung könne nur aufgrund einer Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer abgeändert werden. Die Zustimmung eines Miteigentümers könne dabei auch durch einen Bevollmächtigten erteilt werden. Dann habe das GBA die Wirksamkeit der erteilten Vollmacht und deren Umfang selbständig zu prüfen. Die Bet. zu 1) könne nicht unter Berufung auf die in den Kaufverträgen mit den Bet. zu 2) bis 7), 9) und 10) erteilte Vollmacht die Eintragung der beabsichtigten Änderung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch beantragen und bewilligen. Soweit die Gemeinschaftsordnung zum Zeitpunkt des Abschlusses des jeweiligen Kaufvertrages noch nicht erstellt gewesen sei, ermächtige die insoweit erteilte Vollmacht die Verkäuferin lediglich, Sondernutzungsrechte an den vor den Erdgeschoßwohnungen gelegenen Terrassen und Gartenflächen einzuräumen, nicht aber dazu, darauf Wintergärten errichten zu lassen. Das Entsprechende gelte für die sich auf die Begründung von Sondernutzungsrechten beziehende Vollmacht im Kaufvertrag mit der Bet. zu 2). Aber auch die darüber hinaus von den Bet. zu 2) bis 7), 9) und 10) erteilte Vollmacht berechtige nicht zur beabsichtigten Änderung der Gemeinschaftsordnung. Durch die Errichtung der Wintergärten könnten dann zusätzliche Verpflichtungen auf die übrigen Miteigentümer zukommen, wenn sich ein Sondernutzungsberechtigter weigere oder aus finanziellen Gründen nicht in der Lage sei, den Wintergarten in Ordnung zu halten. Durch die Errichtung von Wintergärten werde aber auch das Sondereigentum der übrigen Wohnungseigentümer beeinträchtigt. Es wirke sich nämlich negativ aus, wenn der Blick aus einer Wohnung auf einen Wintergarten statt auf ein bepflanztes Gartengrundstück falle. Hierdurch werde im übrigen auch die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums beeinträchtigt. Auch müsse berücksichtigt werden, daß durch die Errichtung von Wintergärten die Instandhaltung der Holzbalkone im ersten Stock unmöglich gemacht oder erschwert werde.

Bei dieser Sachlage brauche nicht darauf eingegangen zu werden, ob ein Widerruf der genannten Vollmachten möglich sei und ob hier die Vollmachten widerrufen worden seien.

Zutreffend habe das GBA auch die Zustimmung der betroffenen Grundpfandgläubiger verlangt.

3. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zutreffend geht das LG davon aus, daß die Änderung der Teilungserklärung der Bewilligung durch die Bet. zu 2) bis 7) sowie 9) und 10) bedarf. Zwar ist die Bet. zu 1) noch als Eigentümerin aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen; sie kann jedoch die Teilungserklärung nicht mehr durch einseitige Erklärung ändern. Der Alleineigentümer verliert die Befugnis hierzu mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums; ab diesem Zeitpunkt ist die Zustimmung der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung erforderlich (BayObLGZ 1974, 217, 219 = DNotZ 1975, 31; BayObLG BWNotZ 1989, 64 = DNotZ 1989, 779 = MittRhNotK 1989, 132; KEHE/Ertl, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Einl., Rd.-Nr. E 73; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 2962). Mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums kann, obwohl Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte noch der teilende Grundstückseigentümer ist, eine faktische Wohnungseigentümergeinschaft entstanden sein, wenn außerdem Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Erwerber übergegangen sind (BayObLGZ 1990, 101). Das Bestehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft kann aber nicht Voraussetzung für die gegenüber dem GBA erforderliche Zustimmung des Berechtigten einer Auflassungsvormerkung für eine Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung sein, weil dem GBA in dem durch die Beweismittelbeschränkung geprägten Eintragungsverfahren (vgl. § 29 GBO) die Voraussetzungen für den Übergang von Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr in aller Regel nicht nachgewiesen werden können. Abgestellt werden kann daher nur auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Insoweit schränkt der Senat seine bisherige Rspr. ein.

Wird die Zustimmung der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung verlangt, so entspricht dies nicht der gesetzlichen Regel, wonach vormerkungswidrige Verfügungen ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetragen werden können, weil der Vormerkungsberechtigte sich sein Recht nach § 888 BGB verschaffen muß. An diesem Grundsatz kann hier ausnahmsweise nicht festgehalten werden. Blicke es dem einzelnen Vormerkungsberechtigten überlassen, eine vormerkungswidrige Änderung der Gemeinschaftsordnung rückgängig zu machen, könnte er dies nur für sich, nicht aber für andere Vormerkungsberechtigte erreichen, die – aus welchen Gründen auch immer – ihre Rechte aus der Vormerkung nicht geltend machen wollen. Dies hätte wiederum zur Folge, daß die Gemeinschaftsordnung nicht einheitlich im Verhältnis aller künftigen Wohnungseigentümer zueinander gälte, also im Grundbuch nicht als Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungseigentumsrechte eingetragen werden könnte. In aller Regel kann eine Wohnungseigentümergeinschaft aber nur funktionieren, wenn die Regelungen der Gemeinschaftsordnung wegen ihres satzungsmäßigen Charakters für alle Wohnungseigentümer einheitlich gelten (vgl. BGH NJW 1987, 650, 651 = DNotZ 1988, 24). Es gibt keinen Sinn, wenn z. B. einzelne Wohnungseigentümer sich an den gemeinschaftlichen Kosten (§ 16 Abs. 2 WEG) nach der Größe ihrer Miteigentumsanteile zu beteiligen hätten und andere nach der Größe ihrer Wohnungen oder wenn sich das Stimmrecht für einen Teil der Wohnungseigentümer nach dem Kopfprinzip richtete und für einen anderen Teil nach der Größe der Miteigentumsanteile. Aus denselben Gründen wurde auch ein Schutz des guten Glaubens eines einzelnen Erwerbers an Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander verneint, die im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragen sind

(Demharter, DNotZ 1991, 28, 34 f.). Diese Gründe zwingen auch dazu, eine Änderung der Gemeinschaftsordnung, insbesondere durch den teilenden Grundstückseigentümer, der noch als Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte im Grundbuch eingetragen ist, von der Zustimmung der Vormerkungsberechtigten abhängig zu machen.

b) Auch die Bewilligung der Grundpfandrechtsgläubiger ist erforderlich.

Ist das Wohnungseigentum mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist sachenrechtlich dessen Zustimmung zu der Inhaltsänderung gem. §§ 877, 876 S. 1 BGB erforderlich. Aus dem Schutzzweck dieser Vorschriften, wie er auch in § 876 S. 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, daß die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird. Dabei kommt aber nur eine rechtliche und nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung in Betracht. Nichts anderes gilt in formeller Hinsicht für die Grundbucheintragung. Nach § 19 GBO ist dazu die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Auch insoweit kommt es nur darauf an, ob ein grundbuchmäßiges Recht rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann. Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten notwendig, so ist auch grundbuchrechtlich seine Eintragungsbewilligung erforderlich (BayObLG Rpfleger 1991, 500 f. m.w.N. = DNotZ 1992, 714).

c) Die Bewilligung kann auch von einem Vertreter abgegeben werden, wobei entweder eine wirksame Vollmacht oder eine nachträgliche Genehmigung des Betroffenen nach § 177 Abs. 1 BGB jeweils in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist (BayObLG BWNotZ 1989, 64 f. = DNotZ 1989, 779 = MittRhNotK 1989, 132).

Im vorliegenden Fall hat die Bet. zu 1) für sich und die übrigen Beteiligten die Teilungserklärung geändert und die Eintragung der Änderung in den Wohnungs- und Teilgrundbüchern bewilligt und beantragt.

Bei der Auslegung einer Vollmacht sind die für Grundbucherklärungen geltenden Grundsätze anzuwenden; es ist auf den Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Bei der Auslegung ist jedoch zu beachten, daß der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungunterlagen der Auslegung durch das GBA Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt im übrigen nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 16 c, 8 b). Die Auffassung des LG, daß die Bewilligungen durch die erteilten Vollmachten nicht gedeckt sind, hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

(1) Soweit die Kaufverträge die Klausel enthalten, daß der Verkäufer bevollmächtigt wird, die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung nach billigem Ermessen zu erstellen, wird diese Regelung durch die in denselben Kaufverträgen enthaltene, vorgehende Spezialregelung bezüglich der Änderung der Teilungserklärung verdrängt. Abgesehen davon erstreckt sich diese Vollmacht nur auf die Begründung von Sondernutzungsrechten an den vor den Erdgeschoßwohnungen aller drei zu errichtenden Häusern gelegenen Terrassen und Gartenflächen; sie rechtfertigt aber nicht eine Änderung der Teilungserklärung dahingehend, daß die Regelung des § 22 Abs. 1 WEG bezüglich der Errichtung von Wintergärten abbedungen wird. Letzteres gilt im übrigen entsprechend für die in dem Kaufvertrag mit dem Bet. zu 2) enthaltene zusätzliche Vollmacht.

(2) Die Vollmacht, solche Änderungen der Teilungserklärung vorzunehmen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht einschränken, widerspricht dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz. Eine Auslegung führt nicht zu

einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis. Unklar ist bereits, ob aufgrund dieser Vollmacht Änderungen der Teilungserklärung vorgenommen werden können, die dem Käufer mittelbar zusätzliche Verpflichtungen auferlegen, z. B. in dem Fall, daß ein Wohnungseigentümer der von ihm übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt, alle mit der Herstellung der Wintergärten verbundenen Kosten zu tragen. Auch die Regelung, daß das Sondereigentum „unangestastet“ bleiben müsse, ist nicht eindeutig bestimmt. Die Auslegung, daß in den Bestand des Sondereigentums nicht eingegriffen werden dürfe (vgl. BayObLG BWNNotZ 1989, 64 ff. = DNotZ 1989, 779 = MittRhNotK 1989, 132), ist ebenso möglich wie die, daß durch die Änderung der Teilungserklärung für das jeweilige Sondereigentum kein über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehender Nachteil erwachsen dürfe (vgl. § 14 Nr. 1 WEG). Schließlich läßt die Bestimmung, daß die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt werden dürfe, offen, ob damit z. B. auch die nachteilige Veränderung des Gesamteindrucks der Anlage durch die Errichtung eines Wintergartens mit umfaßt ist.

(3) Die Vollmacht rechtfertigt die beantragte Eintragung vor allem auch deshalb nicht, weil die Eintragungsunterlagen urkundlich belegt sein müssen.

Im Antragsverfahren wie hier ist nach § 29 GBO nur der Urkundenbeweis zulässig. Eine Beweisaufnahme durch Erholung von Gutachten, Vernehmung von Sachverständigen, Zeugen und Beteiligten sowie die Vornahme eines Augenscheins findet nicht statt (vgl. Horber/Demharter, § 1 GBO, Anm. 17 a). In der genannten Vollmacht werden unbestimmte Begriffe wie „zusätzliche Verpflichtungen“, „Sondereigentum unangestastet lassen“ und „die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht einschränken“ benutzt, die zur Ausfüllung eine Wertung durch das GBA unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände erfordern. Eine solche Wertung wird vielfach nur nach einer Beweisaufnahme möglich sein. Die Vollmacht ist deshalb als Grundlage für eine Eintragung grundsätzlich ungeeignet.

4. Liegenschaftsrecht/Familienrecht – Offenkundigkeit des Erlöschens eines vormerkungsgesicherten Anspruches aus Partnerschaftsvertrag bei Auflösung der Partnerschaft

(OLG Frankfurt, Beschluß vom 29. 7. 1993 – 20 W 137/93 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Horst Richter, Frankfurt a.M.)

GBO §§ 19; 22 Abs. 1

1. Zur Auslegung von Grundbucheintragungen durch das Rechtsbeschwerdegericht.

2. Räumt der Berechtigte einer zur Sicherung eines bedingten Auflassungsanspruchs eingetragenen Vormerkung die Tatsachen, aus denen sich ergibt, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr entstehen kann, gegenüber dem GBA ausdrücklich ein, so ist der Nichteintritt der Bedingung offenkundig.

Zum Sachverhalt:

Am 5. 1. 1990 schloß der im Jahre 1953 geborene Bet. zu 1) mit der damals ledigen im Jahre 1961 geborenen Bet. zu 2) einen notariell beurkundeten „Partnerschaftsvertrag“, indem sie einen Teil ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse regelten, die sich durch ihr Zusammenleben auf dem eingangs näher bezeichneten bebauten Grundstück des Bet. zu 1) und insbesondere dadurch ergaben, daß die Bet. zu 2) zu dem Bau des Hauses auf dem Grundstück des Bet. zu 1) etwa 60.000,- DM beige-steuert hatte. In Abschn. III des Vertrages verpflichtete sich der Bet. zu 1) für den Fall, daß er die Ehe mit der Bet. zu 2) schließt, dieser innerhalb von drei Monaten danach einen halben Miteigentumsanteil an dem Grundstück zu übertragen.

Zur Sicherung dieses Anspruchs bewilligte und beantragte er die Eintragung einer Eigentumsübertragungsvormerkung für die Bet. zu 2). In demselben Abschnitt des Vertrages heißt es weiter, die Bet. zu 2) sei „verpflichtet, diese Vormerkung zur Löschung zu bewilligen“, wenn die

häusliche Lebensgemeinschaft mit dem Bet. zu 1) aufgehoben sei. Die Eigentumsübertragungsvormerkung wurde am 7. 4. 1990 im Grundbuch eingetragen.

Unter dem 22. 9. 1992 hat der Bet. zu 1) die Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt. Er hat die anwaltlich beglaubigte Abschrift eines Auszugs aus dem bei dem Standesamt W. geführten Familienbuch vorgelegt, aus der sich ergibt, daß die Bet. zu 2) am 20. 3. 1992 mit einem anderen Mann die Ehe geschlossen hat, und daß aus dieser Ehe inzwischen ein Kind hervorgegangen ist. Durch diese Urkunde, so hat er vorgetragen, werde belegt, daß die häusliche Gemeinschaft zwischen den Beteiligten aufgehoben sei.

Die Grundbuchrechtspflegerin hat die beantragte Löschung von der Vorlage einer von der Bet. zu 2) abgegebenen Löschungsbewilligung abhängig gemacht mit der Begründung, die in der notariellen Urkunde vom 5. 1. 1990 enthaltene Verpflichtungserklärung der Bet. zu 2), die für sie bestellte Vormerkung im Falle der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft mit dem Bet. zu 1) zur Löschung zu bewilligen, sei rein schuldrechtlicher Art. Nachdem der Bet. zu 1) dieser Ansicht entgegengetreten war, hat sie der Bet. zu 2) Gelegenheit gegeben, zu dem Löschungsantrag Stellung zu nehmen. Die Bet. zu 2) hat der beantragten Löschung widersprochen und ihren Widerspruch damit begründet, die für sie eingetragene Vormerkung diene der Sicherung ihrer gegen den Bet. zu 2) gerichteten Ansprüche aus dem Vertrag vom 5. 1. 1990, die der Bet. zu 1) noch nicht erfüllt habe. Daraufhin hat die Rechtspflegerin durch Beschluß vom 21. 12. 1992 den Löschungsantrag vom 22. 9. 1992 zurückgewiesen. Der gegen diesen Beschluß gerichteten Erinnerung des Bet. zu 1) haben die Rechtspflegerin und der Richter des GBA nicht abgeholfen. Das LG hat nach Vorlage der Sache die Beschwerde durch Beschluß vom 22. 1. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Das LG hat ausgeführt, das GBA habe zu Recht für den Vollzug des Antrags auf Löschung der Vormerkung die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Bet. zu 2) verlangt, weil der Bet. zu 1) nicht zweifelsfrei nachgewiesen habe, daß der durch die Vormerkung gesicherte bedingte – für den Fall, daß der Bet. zu 1) mit der Bet. zu 2) die Ehe schließt – Auflassungsanspruch der Bet. zu 2) nicht mehr entstehen könne. Trotz der am 20. 3. 1992 geschlossenen Ehe der Bet. zu 2) mit einem anderen Mann sei die Möglichkeit, daß die Bet. zu 2) später einmal den Bet. zu 1) heiraten werde, nicht ausgeschlossen. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Nicht erwogen haben die Vorinstanzen, ob die in Abschn. III des Vertrages vom 5. 1. 1990 enthaltene Klausel, die Bet. zu 2) sei verpflichtet, die Vormerkung zur Löschung zu bewilligen, wenn die häusliche Lebensgemeinschaft mit dem Bet. zu 1) aufgehoben ist, im Wege der Auslegung dahin verstanden werden kann, daß in ihr eine vorweggenommene Löschungsbe-willigung i.S.d. § 19 GBO liegt (vgl. dazu BayObLG Rpfleger 1979, 424, 425 = DNotZ 1980, 100 und Rpfleger 1980, 278, 279). Sie sind vielmehr ohne nähere Begründung davon ausgegangen, in der genannten Klausel habe die Bet. zu 2) sich nur schuldrechtlich zur Abgabe einer Löschungsbe-willigung verpflichtet. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Allerdings sind Grundbucheintragungen, auch Löschungsbe-willigungen, im Ein-tragungsverfahren einer Auslegung gem. § 133 BGB grundsätzlich zugänglich (BayObLG DNotZ 1976, 371, 373; KEHE/Ertl, 4. Aufl., Einl. C, Rd.-Nm 25 ff.; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 19 GBO, Anm. 8). Hat das LG eine gebotene Auslegung unterlassen, so ist sie vom Rechtsbeschwerdegericht selbständig vorzunehmen (BayObLG Rpfleger 1976, 304 = DNotZ 1976, 745; BayObLGZ 1984, 155, 158; OLG Hamm OLGZ 1992, 398 = NJW-RR 1992, 1299 = Rpfleger 1992, 474 = MittRhNotK 1992, 149; KEHE/Kuntze, § 78 GBO, Rd.-Nr. 12, 14; Horber/Demharter, § 78 GBO, Anm. 4 d dd). Die Auslegung ergibt unter Beachtung der Besonderheiten des Grundbuchverkehrs, nach denen der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich zu belegenden Eintragungsgrundlagen der Auslegung in diesem Verfahren Grenzen setzen, daß in der genannten Klausel nicht unzweideutig eine vorweggenommene Löschungsbe-willigung der Bet. zu 2) enthalten ist.

Die Löschungsbewilligung ist eine Unterart der Eintragungsbewilligung (KEHE/Ertl, § 19 GBO, Rd.-Nr. 7). Die Eintragungsbewilligung ist eine auf die Herbeiführung oder Rechtfertigung einer Grundbucheintragung gerichtete Erklärung. Der Gebrauch bestimmter Worte ist nicht vorgeschrieben (Senat in OLGZ 1980, 100 = Rpfleger 1980, 63). Aber die Erklärung muß wenigstens im Wege der Auslegung erkennen lassen, daß der Betroffene an eine Grundbucheintragung gedacht hat und daß er sein Einverständnis mit dieser Eintragung bekunden wollte (BayObLG Rpfleger 1985, 288; KEHE/Ertl, § 19 GBO, Rd.-Nr. 31). Im vorliegenden Fall läßt sich bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts und des Zusammenhangs der genannten Klausel des Vertrages vom 5. 1. 1990 mit den übrigen dort getroffenen Vereinbarungen nicht zweifelsfrei und eindeutig feststellen, daß die Bet. zu 2) die Löschung der Eigentumsübertragungsvormerkung bewilligen wollte. Andernfalls hätte es nahe gelegen, die Erklärung der Bet. zu 2) aufzunehmen, sie bewillige die Löschung der Vormerkung, statt die Worte „ist verpflichtet, diese Vormerkung zur Löschung zu bewilligen“, die eher auf einen schuldrechtlichen Anspruch des Bet. zu 1) gegen die Bet. zu 2) auf Bewilligung der Löschung hindeuten. Auch eine ergänzende Auslegung liefert, selbst wenn man sie mit den strengen Auslegungsregeln des Grundbucheintragungsverfahrens überhaupt für vereinbar hält, hier nicht einen unbedingt zwingenden und eindeutigen Schluß.

Zur Löschung einer Auflassungsvormerkung gem. § 22 Abs. 1 GBO bedarf es der sonst erforderlichen Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für dingliche Rechte, sondern entsprechend auch für die schwächere Vormerkungsberechtigung, der das Gesetz Wirkungen beigelegt hat, die denjenigen des dinglichen Rechts ähnlich sind (BayObLG MittBayNot 1989, 312, 313). Unrichtig ist das Grundbuch, wenn der Buchstand von dem Sachstand abweicht. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs in bezug auf eine Vormerkung ist dann nachgewiesen, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist; denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von dem des Anspruchs ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist. Das GBA hat die Löschung einer Auflassungsvormerkung nach § 22 GBO ferner dann vorzunehmen, wenn bei einer bedingten oder befristeten Vormerkung (vgl. dazu Ertl, Rpfleger 1977, 345, 353) das Recht aus der Vormerkung erlischt durch Ausfallen der der Vormerkung selbst (nicht dem Anspruch) gesetzten aufschiebenden Bedingung oder durch Eintritt der ihr gesetzten auflösenden Bedingung oder Befristung (Staudinger/Gursky, 12. Aufl., § 886 BGB, Rd.-Nr. 15).

An den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs sind, wie das LG im Ausgangspunkt zutreffend ausgeführt hat, strenge Anforderungen zu stellen, weil sonst am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden können. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit für die behauptete Unrichtigkeit genügt nicht. Der Antragsteller hat vielmehr lückenlos alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der Eintragung entgegenstehen können. Ganz entfernte Möglichkeiten brauchen aber nicht widerlegt zu werden, da das GBA von dem nach der allgemeinen Lebenserfahrung Regelmäßigen ausgehen darf, sofern nicht im Einzelfall konkrete Umstände auf das Gegenteil hinweisen (BayObLG Rpfleger 1980, 278 und NJW-RR 1990, 722, 723; LG München MittBayNot 1988, 43 mit Anm. Promberger; KEHE/Ertl, § 22 GBO, Rd.-Nr. 58; Horber/Demharter, § 22 GBO, Anm. 11; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., § 22 GBO, Rd.-Nr. 104; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nrn. 369, 1543).

Die Anforderungen an diesen Nachweis haben die Vorinstanzen aber im Streitfall überspannt. Es ist zwar denkgesetzlich nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligten einmal die Ehe miteinander schließen werden. Denn obwohl eine Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB), entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, daß viele Ehen nicht lebens-

lang bestehen. Denkbar ist auch, daß der jetzige Ehemann der Bet. zu 2) vor ihr verstirbt und daß alsdann die Bet. zu 2) die Ehe mit dem Bet. zu 1) schließt. Gleichwohl steht zweifelsfrei fest, daß der durch die Vormerkung gesicherte bedingte Auflassungsanspruch nicht mehr entstehen kann. Dieser Anspruch der Bet. zu 2) ist gerichtet auf Übertragung eines halben Miteigentumsanteils an einem Grundstück für den Fall, daß die häusliche Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten, die bei Abschluß des Vertrages vom 5. 1. 1990 bestand, in eine Eheschließung mündet. Der endgültige Ausfall dieser aufschiebenden Bedingung ist aber zwischen den Beteiligten unstrittig, nachdem das AG der Bet. zu 2) Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Eintragungsantrag vom 22. 9. 1992 gegeben hat und diese die Aufhebung der häuslichen Lebensgemeinschaft mit dem Bet. zu 1) sowie die Eheschließung mit einem anderen Mann eingeräumt und ihren Widerspruch gegen die Löschung der Eigentumsübertragungsvormerkung nur mit dem – unzutreffenden – Vortrag begründet hat, diese Vormerkung diene ganz allgemein der Sicherung ihrer schuldrechtlichen Ansprüche gegen den Bet. zu 1) aus dem Vertrag vom 5. 1. 1990. Unter diesen Umständen ist es nach Meinung des Senats für das GBA offenkundig, daß die wirkliche Rechtslage mit dem Inhalt des Grundbuchs deshalb nicht übereinstimmt, weil der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch nicht mehr entstehen kann. Deshalb ist es unschädlich, daß der vom Bet. zu 1) vorgelegte Auszug aus dem Familienbuch des Standesamts W. von einer Rechtsanwältin beglaubigt ist und deshalb nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO entspricht.

5. Erbrecht – Beginn der Sechs-Wochen-Frist für die Erbausschlagung bei juristischen Laien

(BayObLG, Beschluß vom 26. 8. 1993 – IZ BR 80/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 1944; 1994

1. Das Fehlen eines Aktivnachlasses kann bei einem Laien im Einzelfall die Kenntnis vom Anfall der Erbschaft ausschließen.

2. Der Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Bestimmung einer Inventarfrist ist abzulehnen, wenn die Erbschaft wirksam ausgeschlagen worden ist.

Zum Sachverhalt:

Der am 3. 3. 1992 verstorbene Erblasser hat keine letztwillige Verfügung hinterlassen. Als gesetzliche Erben kommen seine Witwe (Bet. zu 1) sowie seine drei Kinder (Bet. zu 2) bis 4) in Betracht. Ein Aktivnachlaß wurde nicht festgestellt.

Die Bet. zu 5), eine Kundenkreditbank, hat mit gleichlautendem Schreiben vom 14. 8. 1992 gegenüber den Bet. zu 1) bis 4) eine Nachlaßverbindlichkeit von rund 4.600,- DM aus einer Darlehensgewährung geltend gemacht. Darin heißt es:

„Wie wir in Erfahrung gebracht haben, sind Sie Erbin/Erbe geworden. Aus einer Kreditgewährung steht unserer Mandantin noch eine Forderung zu.“ Am 14. 10. 1992 hat die Bet. zu 5) beim Nachlaßgericht unter Vorlage eines gegen den Erblasser gerichteten Vollstreckungsbescheides vom 22. 7. 1982 beantragt, den Bet. zu 1) bis 4) eine Frist zur Erstellung eines Nachlaßverzeichnisses zu setzen. Der Antrag wurde den Bet. zu 1) bis 4) am 3. 11. 1992 mitgeteilt.

Die Bet. zu 1) bis 4) haben am 23. 11. 1992 die Erbschaft zur Niederschrift des Nachlaßgerichts ausgeschlagen und dabei angegeben, sie hätten erst am 3. 11. 1992 durch anwaltliche Beratung Kenntnis vom Anfall der Erbschaft, vom Grund der Berufung zur Erbfolge und von der Überschuldung des Nachlasses erhalten.

Das Nachlaßgericht (Rechtspfleger) hat mit Beschluß vom 15. 1. 1992 den Antrag auf Bestimmung einer Inventarfrist abgelehnt. Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel der Bet. zu 5) ist dem Nachlaßrichter zur Entscheidung über die Abhilfe und von ihm dem LG vorgelegt worden. Dieses hat mit Beschluß vom 14. 5. 1993 die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die mit Anwaltschriftsatz eingelegte „sofortige weitere Beschwerde“ der Bet. zu 5). Den Bet. zu 1) bis 4) wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Rechtsmittel ist als unbefristete weitere Beschwerde (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG) statthaft. Gegen eine Verfügung, durch die der Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Bestimmung einer Inventarfrist gem. § 1994 Abs. 1 S. 1 BGB abgelehnt wird, findet nicht die befristete Beschwerde gem. § 77 Abs. 1 FGG statt, sondern die unbefristete Beschwerde (vgl. §§ 19 Abs. 1, 29 Abs. 2 FGG; Bassenge/Herbst, 6. Aufl., § 77 FGG, Anm. 1 b bb; Keidel/Winkler, 13. Aufl., § 77 FGG, Rd.-Nr. 9). Die Beschwerdeberichtigung der Bet. zu 5) ergibt sich für die weitere Beschwerde schon aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde (§§ 29 Abs. 4, 20 FGG; BayObLGZ 1992, 162, 163 m.w.N.). Für die Erstbeschwerde folgt sie aus der Zurückweisung des Antrags auf Bestimmung einer Inventarfrist (§§ 20 Abs. 2 FGG, 1994 Abs. 1 S. 1 BGB); denn als antragsberechtigte Nachlaßgläubigerin ist sie hierdurch in ihrer Rechtsstellung nachteilig betroffen (vgl. Keidel/Kahl, § 20 FGG, Rd.-Nr. 49).

2. Das LG hat ausgeführt:

Die Bet. zu 1) bis 4) hätten die Erbschaft am 23. 11. 1992 rechtzeitig und wirksam ausgeschlagen, da sie erst am 3. 11. 1992 durch eine anwaltliche Belehrung Kenntnis vom Anfall der Erbschaft erlangt hätten. Die von der Bet. zu 5) unter dem 14. 8. 1992 an die Bet. zu 1) bis 4) gerichteten Schreiben mit der bloßen Behauptung, sie seien Erben geworden, seien nicht geeignet, die erforderliche Belehrung über die Rechtslage zu vermitteln. Von juristischen Laien könne nicht das Wissen erwartet werden, daß sie auch bei Fehlen eines Vermögens als Erben behandelt würden.

3. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung (§§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO) stand.

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, daß der auf § 1994 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB gestützte Antrag eines Nachlaßgläubigers, dem Erben eine Inventarfrist zu bestimmen (vgl. BayObLGZ 1992, 162, 164 f.), vom Nachlaßgericht abzulehnen ist, wenn die Erben die Erbschaft bereits wirksam ausgeschlagen haben (vgl. BayObLGZ 3, 823, 826; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Siegmann, 2. Aufl., Rd.-Nr. 5; Soergel/Stein, 12. Aufl., Rd.-Nr. 7; Staudinger/Marotzke, Rd.-Nr. 12, je zu § 1994 BGB; denn eine form- und fristgerechte Ausschlagung hat die Wirkung, daß der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs. 1 BGB; vgl. Palandt/Edenhofer, 52. Aufl., § 1994 BGB, Rd.-Nr. 2).

b) Das LG hat festgestellt, daß die Bet. zu 1) bis 4) die Erbschaft am 23. 11. 1992 gegenüber dem Nachlaßgericht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist wirksam ausgeschlagen haben. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerdeführerin ohne Erfolg.

aa) Die für eine Ausschlagung der Erbschaft vorgeschriebene Form (§ 1945 Abs. 1 BGB) ist durch die Erklärungen der Bet. zu 1) bis 4) zur Niederschrift des Rechtspflegers des gem. § 72, 73 Abs. 1 FGG zuständigen Nachlaßgerichts gewahrt. Zwar kann die Erbschaft nur binnen einer Frist von sechs Wochen ausgeschlagen werden (§ 1944 Abs. 1 BGB). Diese Frist beginnt aber gem. § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB für jeden Erben erst mit dem Zeitpunkt, in dem er vom Anfall der Erbschaft (§§ 1922, 1942 Abs. 1 BGB) und vom Grund der Berufung zur Erbfolge bestimmte und überzeugende Kenntnis erlangt (BayObLGZ 1968, 68, 74; vgl. auch BayObLGZ 1992, 64, 68; Palandt/Edenhofer, § 1944 BGB, Rd.-Nr. 2). Erforderlich, aber auch genügend ist es, wenn dem Erben die tatsächlichen und rechtlichen Umstände in so zuverlässiger Weise bekanntgeworden sind, daß von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, in die Überlegungen über Annahme oder Ausschlagung einzutreten (vgl. MünchKomm/Leipold, § 1944 BGB, Rd.-Nr. 8). Fahrlässige Unkenntnis des Erben steht seiner Kenntnis nicht

gleich (BGH LM § 2306 BGB, Nr. 4 = Rpfleger 1968, 183; BayObLGZ 1968, 68, 74; MünchKomm/Leipold, a.a.O.; RGRK/Johannsen, Rd.-Nr. 8, Soergel/Stein, Rd.-Nr. 8, Staudinger/Otte/Marotzke, Rd.-Nr. 7, je zu § 1944 BGB); es ist auch ohne Bedeutung, ob ein Nichtkennen auf tatsächlichem oder Rechtsirrtum beruht (vgl. RGRK/Johannsen, a.a.O.).

Die Frage, ob und wann ein Erbe Kenntnis vom Anfall der Erbschaft sowie vom Grund der Berufung zur Erbfolge erlangt hat, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet (BGH Rpfleger 1968, 183). Das Rechtsbeschwerdegericht ist daher an die Feststellung des Gerichts der Tatsacheninstanz gem. §§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 561 Abs. 2 ZPO gebunden, wenn diese Feststellungen nicht verfahrenswidrig zustande gekommen sind, wenn der Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde, alle geeigneten Beweise erhoben wurden (§ 12 FGG) und wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerfrei ist (st. Rspr., vgl. z. B. BayObLG FamRZ 1991, 1232, 1234).

bb) Die von der Rechtsbeschwerdeführerin angegriffene Feststellung des LG, daß die Bet. zu 1) bis 4) erst durch anwaltliche Belehrung am 3. 11. 1992 tatsächliche Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und von der Berufung zur gesetzlichen Erbfolge erhielten, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

(1) Dem Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung des LG, von juristischen Laien könne nicht das Wissen erwartet werden, daß sie auch dann als Erben behandelt würden, wenn kein Aktivnachlaß vorhanden ist, kann allerdings in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Ob und wann ein Erbe Kenntnis vom Anfall der Erbschaft erhält, ist vielmehr nach den gesamten Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Persönlichkeit des Erben, zu beurteilen. Hierbei kann das Fehlen eines Aktivnachlasses oder die Annahme, ein solcher fehle, bei einem Laien unter den besonderen Umständen des Einzelfalls die Kenntnis vom Anfall der Erbschaft ausschließen (vgl. BayObLGZ 33, 334, 337; Soergel/Stein, Rd.-Nr. 9, Palandt/Edenhofer, Rd.-Nr. 4, Staudinger/Otte/Marotzke, Rd.-Nr. 8; einschränkend aber MünchKomm/Leipold, Rd.-Nr. 11, je zu § 1944 BGB). Derartige Umstände durfte das LG hier nach den gesamten Gegebenheiten annehmen, insbesondere aufgrund der Persönlichkeit der rechtsunerfahrenen Erben, wie sie aus dem Protokoll des Nachlaßgerichts über die Ausschlagungsverhandlung, der Begründung der Nichtabhilfeentscheidung und der von der Bet. zu 5) vorgelegten schriftlichen Erklärung des Bet. zu 2) vom 24. 8. 1992 erkennbar wird und sich in der undatierten schriftlichen Stellungnahme der Bet. zu 1) gegenüber dem Senat bestätigt hat.

(2) Das LG, das den übereinstimmenden Angaben der Bet. zu 1) bis 4) Glauben geschenkt hat, hält die Schreiben der Bet. zu 5) vom 14. 8. 1992 für nicht geeignet, die gem. § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Kenntnis zu vermitteln. Hiergegen bestehen schon deshalb keine rechtlichen Bedenken, weil private, für den Erben unüberprüfbare Mitteilungen regelmäßig nicht genügen (vgl. Soergel/Stein, § 1944 BGB, Rd.-Nr. 8) und weil der Inhalt jener Schreiben weder eine bestimmte Erbenstellung erkennen läßt, noch einen bestimmten Berufungsgrund (vgl. BayObLGZ 1992, 64, 68 m.w.N.). Aufgrund der unsubstantiierten Inanspruchnahmen als Schuldner für eine rund zehn Jahre zurückliegende Darlehensverbindlichkeit des Erblassers, wie sie in den Formularschreiben vom 14. 8. 1992 enthalten sind, die zwar den Briefkopf des Verfahrensbevollmächtigten der Bet. zu 5) tragen, jedoch offensichtlich nicht von einem Rechtsanwalt unterschrieben sind, läßt sich eine Fehlvorstellung der Bet. zu 1) bis 4) nicht ausschließen. Es ist unter den hier gegebenen Umständen möglich, daß die Witwe und die Kinder des Erblassers als juristische Laien die gem. § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB vorausgesetzte überzeugende Kenntnis nicht aufgrund der Schreiben vom 14. 8. 1992 erhalten haben. Entgegen der Auffassung der Bet. zu 5) folgt diese Kenntnis auch nicht aus der Beantwortung durch den Bet. zu 2), der lediglich erklärt hat, er werde nichts bezahlen. Ob die von den Richtern der Tatsacheninstanzen getroffenen Schlußfolgerungen die einzig möglichen sind oder eine andere Schlußfolgerung ebenso nahe

oder noch näher gelegen hätte, unterliegt nicht der Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichts (Keidel/Kuntze, § 27 FGG, Rd.-Nr. 42 m.w.N.).

(3) Das LG hat keine wesentlichen Umstände übersehen. Ob sich die Bet. zu 1) bis 4) aufgrund der Mahnschreiben vom 14. 8. 1992 die erforderliche Kenntnis hätten verschaffen können oder müssen, war schon deshalb nicht zu erörtern, weil eine fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis i.S.v. § 194 Abs. 2 S. 1 BGB nicht gleichsteht (BGH LM § 2306 BGB, Nr. 4).

(4) Das LG hat seine Ermittlungspflicht (§ 12 FGG) nicht verletzt, da weitere Ermittlungen nicht geboten waren. Begründete Zweifel daran, daß die Bet. zu 1) bis 4) die erforderliche Kenntnis i.S.v. § 194 Abs. 2 S. 1 BGB erst am 3. 11. 1992 erlangt haben, sind nicht erkennbar. Auch die Bet. zu 5) hat keine Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen aufgezeigt.

4. Die Bet. zu 5) trägt die Gerichtskosten ihrer erfolglosen Beschwerde (§ 131 Abs. 1 KostO). Gem. § 13 a Abs. 1 S. 2 FGG hat die Bet. zu 5) die den Bet. zu 1) bis 4) im Verfahren der weiteren Beschwerde entstandenen Kosten zu erstatten.

6. Handelsrecht – Geschäftstätigkeit einer Besitzgesellschaft nach Betriebsaufspaltung kein Handelsgewerbe (OLG Hamm, Beschluß vom 21. 6. 1993 – 15 W 75/93 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

HGB §§ 1; 105

Eine offene Handelsgesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich als Besitzgesellschaft nach einer Betriebsaufspaltung auf die Vermietung oder Verpachtung von Wirtschaftsgütern an eine Betriebsgesellschaft beschränkt, übt kein Handelsgewerbe aus. Die Gesellschaft besteht lediglich als BGB-Gesellschaft fort und verliert damit ihre Firmenfähigkeit.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) bis 3) sind die Gesellschafter einer seit 1983 im Handelsregister eingetragenen OHG.

In der vom AG eingeholten Stellungnahme der IHK ist ausgeführt, gegen den Vollzug der Anmeldung bestünden keine Bedenken. Es handele sich um eine Betriebsaufspaltung, bei der davon auszugehen sei, daß die bisherige Gesellschaft auch in der Form des Besitzunternehmens ein Gewerbe i.S.d. § 2 HGB betreibe. Wenn das Handelsgeschäft der Betriebsgesellschaft vollkaufmännisch sei, müsse regelmäßig von einer entsprechenden kaufmännischen Einrichtung auch für das Besitzunternehmen ausgegangen werden.

Der Rechtspfleger des Registergerichtes hat durch Beschluß vom 18. 1. 1993 die Anmeldung zurückgewiesen und zur Begründung näher ausgeführt, die Tätigkeit einer Besitzverwaltungsgesellschaft nach einer Betriebsaufspaltung könne nicht als Handelsgewerbe qualifiziert werden; die Gesellschaft bestehe daher lediglich als BGB-Gesellschaft fort und müsse deshalb auf Anmeldung der Gesellschafter gelöscht werden. Die Anmeldung der Firmenänderung habe deshalb zurückgewiesen werden müssen.

Die hiergegen gerichteten Rechtsbehelfe blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten ausgegangen.

Nicht zu beanstanden ist darüber hinaus, daß das AG den Eintragungsantrag aus einem Grund zurückgewiesen hat, der nicht unmittelbar die angemeldete Änderung der Firma der Gesellschaft selbst betrifft, sondern sich darauf bezieht, daß die Gesellschaft als reine Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung rechtlich ihre Eigenschaft als Handelsgesellschaft verloren habe und damit die Firma erloschen sei. Das Registergericht darf die Eintragung einer Anmeldung zwar nur dann ablehnen, wenn – abgesehen von formellen Hindernissen – gegen die Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der angemeldeten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung begründete Bedenken

bestehen. Dementsprechend ist anerkannt, daß eine als solche nicht zu beanstandende Anmeldung nicht deswegen zurückgewiesen werden darf, weil der Inhalt des Handelsregisters oder die Verhältnisse des Handelsgeschäfts in anderer Hinsicht zu Beanstandungen Anlaß geben (vgl. Jansen, 2. Aufl., § 128 FGG, Rd.-Nr. 31). Aus diesem Grundsatz folgt nach gefestigter Rspr. insbesondere, daß die Anmeldung des Ausscheidens eines Gesellschafters nicht davon abhängig gemacht werden darf, daß zugleich eine für notwendig erachtete Firmenänderung angemeldet wird (BGH NJW 1977, 1879 = DNotZ 1977, 675, ergangen auf Vorlagebeschluß des Senats, OLGZ 1977, 435; KG OLGZ 1965, 124 = DNotZ 1966, 47; BayObLGZ 1988, 51 = NJW-RR 1988, 1307 = DNotZ 1989, 241). Allerdings behandelt das Gesetz die Änderung der Firma einer OHG (§ 107 HGB) und das Erlöschen der Firma der Gesellschaft wegen Verlustes ihrer Firmenfähigkeit (§ 31 Abs. 2 S. 1 HGB) als jeweils gesondert anmeldepflichtige Tatsachen. Gleichwohl sind die genannten Verfahrensgrundsätze im vorliegenden Fall nicht anwendbar; vielmehr erstreckt sich die Prüfungspflicht des Registergerichts im Hinblick auf die angemeldete Firmenänderung auch auf die Frage, ob die Firma der Gesellschaft anderweitig bereits erloschen ist. Denn das Fortbestehen der Firma ist notwendige rechtliche Voraussetzung für die Wirksamkeit ihrer Änderung durch die Gesellschafter; eine bereits erloschene Firma kann nicht mehr geändert werden. Das Fortbestehen der Firma betrifft deshalb unmittelbar die Wirksamkeit der angemeldeten Firmenänderung und muß deshalb bereits im Eintragungsverfahren vom Registergericht berücksichtigt werden. Dem steht nicht entgegen, daß die Zurückweisung des Eintragungsantrages allein nicht zur Beseitigung der unrichtig gewordenen Eintragung einer Firma für die Gesellschaft im Handelsregister führt; vielmehr bedarf es dazu ergänzend der Durchführung des Registerzwangsverfahrens nach den §§ 14 HGB, 132 ff. FGG, wenn die Gesellschafter, was vorliegend anzunehmen ist, das Erlöschen der Firma nicht freiwillig zum Handelsregister anmelden. Gleichwohl würde durch die Eintragung der Änderung der Firma die Unrichtigkeit des Handelsregisters nur noch weiter fortgeführt. Dies liefe gerade dem tragenden Gesichtspunkt der vorstehend genannten Entscheidungen zuwider, der darin besteht, zu gewährleisten, daß eine anmeldepflichtige Tatsache alsbald im Handelsregister verlaubar wird und das Register damit seine Funktion erfüllen kann, die wirklichen Rechtsverhältnisse des kaufmännischen Unternehmens offenzulegen. Es ist demgegenüber lediglich eine Frage der Ermessensausübung bei der Verfahrensgestaltung, ob das Registergericht die Entscheidung über die Anmeldung der Firmenänderung nicht besser ausgesetzt und statt dessen wegen der Vorgefährlichkeit der Frage des Erlöschens der Firma das Registerzwangsverfahren eingeleitet hätte (vgl. zur Zulässigkeit der Verfahrensaussetzung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 127 FGG Senatsbeschluß vom 12. 6. 1980 – 15 W 78/80 –).

In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Nachprüfung stand.

Eine Besitzgesellschaft, die sich im Rahmen einer Betriebsaufspaltung auf die Vermietung oder Verpachtung ihres Vermögens an eine Betriebsgesellschaft beschränkt, kann nach § 105 HGB nur dann als OHG fortbestehen, wenn ihre Tätigkeit als vollkaufmännisch eingerichteter Gewerbebetrieb zu qualifizieren ist. Als Gewerbe wird in der herkömmlichen Begriffsbildung jede berufsmäßige und selbständige, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit bezeichnet (vgl. aus der Rspr. des BGH etwa BGHZ 33, 321, 324; 57, 191, 199; an dem Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht noch festhaltend ferner BGHZ 95, 155, 157). Die Anlage und Verwaltung eigenen Vermögens ist grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit, es sei denn, es handele sich wegen des Umfangs der Verwaltung um eine berufsmäßige Tätigkeit (BGHZ 74, 273, 277). Auf der Grundlage dieser Kriterien wird vielfach die Tätigkeit einer Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung als Gewerbe qualifiziert. Dabei wird darauf abgestellt, daß eine Besitzgesellschaft regelmäßig eine von Gewinnerzielungsabsicht getragene selbständige und berufsmäßige Tätigkeit entfalte,

die – vor allem im Interesse der angestrebten steuerrechtlichen Wirkungen – eine umfangreiche Buchführung und Bilanzierung und damit eine vollkaufmännische Einrichtung erfordere (OLG München NJW 1988, 1036 = DNotZ 1988, 795; LG Nürnberg-Fürth BB 1980, 1549; LG Heidelberg BB 1982, 142; Theil, BB 1982, 142 f.; Brandmüller, BB 1976, 641, 642; Sudhoff, DB 1979, 437, 439; Binz, Die GmbH & Co. KG, 8. Aufl., S. 342). Teilweise wird darüber hinaus hervorgehoben, der in der steuerrechtlichen Behandlung der Betriebsaufspaltung maßgebende Gesichtspunkt des einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillens, der es erfordere, daß die Person oder die Personen, die das Besitzunternehmen tatsächlich beherrschten, in der Lage sein müßten, auch in der Betriebsgesellschaft ihren Willen durchzusetzen (BFHE 103, 440), müsse auch bei der handelsrechtlichen Beurteilung Berücksichtigung finden. Die Tätigkeit der Besitzgesellschaft beschränke sich in diesen Fällen nicht lediglich auf eine reine Vermögensverwaltung. Die mit einer unternehmerischen Planung verbundene Beherrschung der Betriebsgesellschaft müsse deshalb zur Anerkennung einer gewerblichen Tätigkeit auch der Besitzgesellschaft führen (Sudhoff, a.a.O. sowie insbesondere Hopt, ZGR 1987, 145, 171; ders. in Baumbach/Duden/Hopt, 28. Aufl., § 2 HGB, Anm. 1 B).

Der BGH vertritt demgegenüber in st. Rspr. die Auffassung, daß eine Personengesellschaft, die sich auf die Verpachtung eines Betriebs oder einzelner Betriebsgegenstände beschränke, kein Handelsgewerbe betreibe (BGHZ 32, 307, 310 ff.; WM 1962, 10, 12; NJW 1971, 1698 = DNotZ 1972, 304 = MittRhNotK 1972, 40). Der BGH nimmt diesen Standpunkt nunmehr in einer jüngeren Entscheidung auch ausdrücklich für den Fall einer Betriebsaufspaltung ein (NJW-RR 1990, 798 = BB 1990, 869). Diese Qualifizierung war im Rahmen der genannten Entscheidung erforderlich für die weitere rechtliche Würdigung der gesellschaftsrechtlichen Vorgänge, durch die die Betriebsaufspaltung rückgängig gemacht und beide Gesellschaften vermögensrechtlich wieder zusammengeführt werden sollten. In seiner Entscheidung hat der BGH ausdrücklich die von Hopt vertretene Auffassung abgelehnt und auf die Ausführungen von K. Schmidt Bezug genommen, der mehrfach (Handelsrecht, 3. Aufl., S. 250 f.; DB 1988, 897 ff. sowie DB 1990, 93, 94 betreffend die vergleichbare Problematik bei der Komplementär-GmbH & Co. KG in der sog. doppelstöckigen GmbH & Co. KG) seine Auffassung begründet hat, die Tätigkeit einer Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung könne nicht als gewerblich i.S.d. Handelsrechts qualifiziert werden.

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Ausschlaggebend ist dafür der Gesichtspunkt, daß die Tätigkeit einer reinen Besitzgesellschaft sich auf die Vermietung oder Verpachtung von Wirtschaftsgütern ausschließlich im Verhältnis zu der ihr zugeordneten Betriebsgesellschaft beschränkt; insoweit ist ihre Tätigkeit nur auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Betriebsgesellschaft ausgerichtet. Die Besitzgesellschaft tritt deshalb mit ihrem Leistungsangebot nicht nach außen auf, sie ist nicht als Anbieter an einem Markt tätig (K. Schmidt, Handelsrecht, S. 250; ebenso Capelle/Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl., S. 18 f.; Glanegger/Niedner/Renk/Ruß, 2. Aufl., Einl. I vor § 1 HGB, Rd.-Nr. 26 b). Insoweit unterscheidet sich die Tätigkeit einer Besitzgesellschaft maßgeblich von derjenigen eines Unternehmens, das Vermietungsleistungen in großem Umfang einem breiten Publikum anbietet. Von einer „Vermarktung“ von Wirtschaftsgütern durch die Besitzgesellschaft kann deshalb entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde keine Rede sein. Zu Recht hat K. Schmidt darauf hingewiesen, daß das Handelsrecht keine gesetzliche Grundlage dafür enthält, der Besitzgesellschaft eine gewerbliche Tätigkeit der Betriebsgesellschaft quasi zuzurechnen. Mag auch ein einheitlicher geschäftlicher Betätigungswille der Gesellschafter der Betriebs- und der Besitzgesellschaft i.S.d. steuerrechtlichen Rspr. vorliegen, so erfordert die gesetzliche Vorschrift des § 105 HGB demgegenüber zwingend; daß die Gesellschaft selbst ein eigenes Handelsgewerbe betreibt. Der Gesichtspunkt, daß steuer-

rechtlich auch die Besitzgesellschaft als Gewerbetreibende behandelt wird, vermag bei der handelsrechtlichen Beurteilung nicht den Ausschlag zu geben. Denn die steuerrechtliche Betrachtungsweise kann von der zivil- und handelsrechtlichen abweichen, weil die mit dem Steuerrecht verfolgten Zwecke mit denjenigen des Zivil- und Handelsrechts nicht übereinzustimmen brauchen. Der Begriff des Gewerbetriebs hat deshalb im Steuerrecht nicht immer denselben Inhalt wie im Zivil- und Handelsrecht (BGHZ 74, 273, 277). Zu Recht hat K. Schmidt schließlich darauf hingewiesen, daß allein der Verweis auf die Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung die gewerbliche Betätigung der Besitzgesellschaft nicht belegen kann. Das Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen begründet im Fall des § 2 HGB nur die kaufmännische Qualifikation eines Gewerbetriebs, ersetzt aber nicht die Gewerbeeigenschaft (Handelsrecht, S. 251).

7. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Negative Abgrenzung des Unternehmensgegenstandes durch den Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt

(BayObLG, Beschluß vom 16. 9. 1993 – 3Z BR 121/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GmbHG §§ 3 Abs. 1 Nr. 2; 10 GewO § 34 c

1. Wird der Gegenstand des Unternehmens einer Komplementär-GmbH im Gesellschaftsvertrag (Satzung) ausreichend informativ und individualisiert wiedergegeben, so ist der Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, als klarstellend nicht unzulässig, wenn Anhaltspunkte für eine genehmigungspflichtige Betätigung der GmbH nicht gegeben sind.

2. Zur Wiedergabe der Satzungsbestimmung des Unternehmensgegenstandes im Handelsregister.

Zum Sachverhalt:

Am 3. 12. 1992 meldete die Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin die Firma A Hotel- und Gaststätten-Verwaltungs-GmbH mit Sitz in B zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Satzung der Gesellschaft lautet auszugsweise:

„§ 2

Gegenstand des Unternehmens

ist die Beteiligung als persönlich haftende und geschäftsführende Gesellschafterin an Gesellschaften, deren Gegenstand die Anpachtung, der Um- und Ausbau und die Errichtung von Hotelbetrieben ist, insbesondere des ehemaligen Hotels A in B und dessen gastronomischer Betrieb. Eine Tätigkeit nach § 34 c Gewerbeordnung wird nicht ausgeübt.

Die Gesellschaft kann alle Geschäfte tätigen, die diesem Unternehmenszweck förderlich und dienlich sind, und sich an Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Geschäftszweck beteiligen.“

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 26. 1. 1993 den Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, als unzulässig beanstandet und die Anmelderin zur entsprechenden Änderung der Satzung aufgefordert. Es hat der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht abgeholfen.

Das LG hat mit Beschluß vom 1. 4. 1993 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Der in die Satzung aufzunehmende Gegenstand des Unternehmens i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG müsse seiner gesetzlichen Zielsetzung entsprechend für Dritte informativ beschrieben und deshalb individualisiert sein; Leerformeln könnten dem nicht genügen. Der Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, sei eine solche Leerformel, da nicht einmal der Fachmann Bescheid wisse, was damit gemeint sei. Im übrigen habe die Bf. keine Gründe vorgetra-

gen, was sie an der klarstellenden Angabe hindere, eine Tätigkeit als Makler, Bauträger oder Baubetreuer werde von der GmbH nicht ausgeübt. Damit fehle es an ausreichender Individualisierung des Unternehmensgegenstandes, so daß das Registergericht zu Recht ein Eintragungshindernis angenommen habe.

2. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (vgl. §§ 27 Abs. 1 FGG, 563 ZPO).

a) Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muß in den Gesellschaftsvertrag als notwendiger Inhalt der Gegenstand des Unternehmens aufgenommen werden. Er bezeichnet Bereich und Art der von der Gesellschaft beabsichtigten Betätigung. Die Verpflichtung zur Eintragung des Unternehmensgegenstandes in das Handelsregister (vgl. § 10 Abs. 1 GmbHG) zeigt, daß das Ziel dieser Regelung vor allem ist, den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise ausreichend erkennbar zu machen (vgl. BGH BB 1981, 450 = DNotZ 1981, 299). Das erfordert, daß die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes informativ ist und ihn so weitgehend als möglich individualisiert. Daneben kann dadurch auch insbesondere eine Minderheit von Gesellschaftern gegen eine willkürliche Ausweitung oder Änderung des Betätigungsfeldes der Gesellschaft durch Bindung des Geschäftsführers an den Gesellschaftsvertrag (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) einen gewissen Schutz erfahren; allerdings hat diese Einschränkung keine Außenwirkung (vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG; Baumbach/Zöllner, 15. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 38). Schließlich kann die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung auch einen Anhalt für den Registerrichter bieten, ob im Einzelfall eine nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG genehmigungsbedürftige Tätigkeit ausgeübt werden soll. Eine abschließende, ins einzelne gehende Umschreibung der Geschäftstätigkeit ist aber weder aus Gründen des Verkehrsschutzes noch zur innergesellschaftlichen Begrenzung des Tätigkeitsfeldes für den Geschäftsführer erforderlich; allerdings müssen die Angaben so konkret sein, daß die interessierten Verkehrskreise der Satzung entnehmen können, in welchem Geschäftszweig und in welcher Weise sich die Gesellschaft betätigen will (vgl. BGH a.a.O.; Baumbach/Hueck, Rd.-Nrn. 9 und 10; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., Rd.-Nrn. 21 und 22; Scholz/Emmerich, 8. Aufl., Rd.-Nrn. 11 und 12, je zu § 3 GmbHG m.w.N.).

b) Zutreffend geht das LG davon aus, daß eine ungenügende Individualisierung des Unternehmensgegenstandes ein Eintragungshindernis darstellt und, falls es nach Beanstandung nicht beseitigt wird, zur Zurückverweisung der Anmeldung führt. Es verkennt aber, daß im vorliegenden Fall der Unternehmensgegenstand der GmbH, soweit er positiv umschrieben wird, für die angesprochenen Verkehrskreise ersichtlich ausreichend kenntlich gemacht ist und auch die nach einer verbreiteten Rspr. für eine Komplementär-GmbH aufgestellte Forderung, es müsse auch der Geschäftszweig der KG angegeben sein (vgl. BayObLGZ 1975, 447 = DNotZ 1976, 377 = MittRhNotK 1976, 51), erfüllt ist. Der beanstandete Zusatz dient nicht der Information der angesprochenen Verkehrskreise, weil sie regelmäßig nicht daran interessiert sein werden zu erfahren, welche Tätigkeiten die GmbH nicht ausführt. Die Bedeutung dieses Zusatzes in der Satzungsbestimmung zum Unternehmensgegenstand, die der Senat selbst auslegen darf, erschöpft sich in einer innergesellschaftlichen Beschränkung der Betätigung und in einem Hinweis an das Registergericht, daß die Vorlage einer Genehmigungsurkunde nach Auffassung der Anmelderin nicht erforderlich ist. Hierfür bedarf es aber keiner weiteren Individualisierung.

3. Allerdings hat das Registergericht seine Zwischenverfügung auf einen weiteren Grund gestützt, auf den das LG in seiner Entscheidung nicht mehr eingegangen ist. Das Registergericht hat ausgeführt: Der Zusatz sei unzulässig. Die negative Einschränkung durch den pauschalen Ausschluß einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit sei unzulässig. Das Gericht müsse durch die konkrete Beschreibung des Gegenstands in die Lage

versetzt werden, die beabsichtigte Tätigkeit auf eine etwaige Genehmigungsbedürftigkeit zu überprüfen. Der Zusatz sei auch irreführend; die Komplementär-GmbH könne durchaus im Rahmen des Gegenstandes „Umbau, Ausbau und Errichtung von Hotelbetrieben“ Tätigkeiten ausüben, die unter § 34 c Abs. 1 Nr. 2 GewO fielen.

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Bedarf der Gegenstand des Unternehmens einer staatlichen Genehmigung, so muß nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG der Anmeldung die Genehmigungsurkunde beigelegt werden. Da aber die Genehmigung nur einer rechtlich existenten Gesellschaft erteilt wird, die GmbH aber erst mit der Eintragung im Handelsregister entsteht, gilt für das Anmeldeverfahren: Wird für die angemeldete GmbH der Nachweis der staatlichen Genehmigung verlangt, so bedeutet das, daß die Gesellschaft die Genehmigung vorbehaltlich ihrer Eintragung erhält oder daß dem Handelsregister eine Bescheinigung der zuständigen staatlichen Behörde vorgelegt wird, wonach die Genehmigung nach Eintragung der Gesellschaft für den vom Registergericht bekanntgegebenen Unternehmensgegenstand erteilt werden wird. Allerdings spricht vieles dafür, daß unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung (vgl. Hachenburg/Ulmer, § 8 GmbHG, Rd.-Nr. 21 m.w.N.) bereits der Vorgesellschaft eine solche Genehmigung erteilt werden kann (vgl. BGHZ 102, 209, 212 = DNotZ 1988, 506 = MittRhNotK 1988, 103). Fehlt die Genehmigung oder eine entsprechende Bescheinigung, obwohl erforderlich, so muß der Anmelder zur Beibringung aufgefordert werden. Dies würde aber auch für den Fall gelten, daß der Anmelder, wie mit der Zwischenverfügung gefordert, den beanstandeten Zusatz in der Satzung weglassen würde. Eine Zwischenverfügung kann aber regelmäßig keinen Bestand haben, wenn trotz ihrer Befolgung das angenommene Eintragungshindernis nicht beseitigt ist.

b) In welchem Bereich und Umfang sich die GmbH betätigen will, ist durch die Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung festzulegen. Für die Frage, ob eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, ist allein die Angabe in der Satzung entscheidend. Ob für diese, gegebenenfalls nach Auslegung durch den Registerrichter, beabsichtigte Tätigkeit eine staatliche Genehmigung erforderlich ist, entscheidet allein die zuständige Verwaltungsbehörde. Hat das Registergericht Zweifel, ob eine Genehmigung erforderlich ist, so kann es verlangen, daß der Anmelder eine Bescheinigung der Verwaltungsbehörde vorlegt, wonach der in der Satzung bezeichnete Unternehmensgegenstand keiner staatlichen Genehmigung bedarf (sog. Negativattest). Allerdings ist ein solches Verlangen nur gerechtfertigt, wenn nach der maßgebenden Beschreibung des Unternehmensgegenstandes begründeter Anlaß für die Annahme besteht, daß die beabsichtigte Geschäftstätigkeit eine staatliche Genehmigung erfordert (vgl. BayObLGZ 1990, 90, 93 m.w.N. = DNotZ 1991, 619 = MittRhNotK 1990, 137).

4. Der Zusatz, eine Tätigkeit nach § 34 c GewO werde nicht ausgeübt, der im übrigen nicht unüblich ist (vgl. z. B. OLG Köln WM 1981, 805), ist zulässig und kann als Satzungsbestimmung nicht beanstandet werden, wenn die positive Beschreibung des Unternehmensgegenstandes eine ausreichende Individualisierung dahin enthält, daß die Ausübung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit nicht beabsichtigt ist.

Eine andere Frage ist, ob dieser Zusatz dann auch in jedem Fall nach § 10 GmbHG in das Handelsregister aufgenommen werden muß. Zwar wird bei der Eintragung des Unternehmensgegenstandes der Gesellschaft grundsätzlich die wörtliche Wiedergabe der maßgeblichen Satzungsbestimmung zu fordern sein (vgl. Scholz/Winter, 8. Aufl., § 10 GmbHG, Rd.-Nr. 7; OLG Köln a.a.O. a.E.), aber wohl nicht in jedem Fall, wenn es sich um floskelhafte Leerformeln handelt (vgl. LG München I GmbHR 1991, 270; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl., Fn. 62 bei Rd.-Nr. 370). Daran könnte auch im vorliegenden Fall gedacht werden. Bedarf es für die Tätigkeit des Unternehmensgegenstandes einer Genehmigung, muß sie unabhängig von dem Zusatz in der Satzung beigebracht werden.

Ist hingegen die nach Satzung beabsichtigte Betätigung genehmigungsfrei, ist der Zusatz, jedenfalls für den Handelsregisterertrag, inhaltsleer und überflüssig. Schließlich kann in einem solchen Fall das Registergericht auch prüfen, ob es diesen Zusatz nicht dahin in das Handelsregister aufnimmt, daß eine genehmigungspflichtige Tätigkeit i.S.d. Gewerbeordnung nicht ausgeübt wird, ohne daß deshalb eine formelle Änderung der Satzungsbestimmung erforderlich wäre.

8. Gesellschaftsrecht/GmbH – Voraussetzungen der Bestellung eines Nachtragsliquidators

(BayObLG, Beschluß vom 23. 9. 1993 – 3Z BR 172/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharer, München)

FGG § 19

LöschG § 2 Abs. 3

1. Macht eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH gegen einen Dritten durch Klageeinreichung Ansprüche geltend, so gilt sie, weil darin die Behauptung liegt, noch Vermögen zu haben, für diesen Aktivprozeß als parteifähig. Zu ihrer gesetzlichen Vertretung hat das zuständige Gericht einen (Nachtrags-)Liquidator zu bestellen, sofern dessen Kosten gesichert sind; das zur Bestellung berufene Gericht hat bei seiner Entscheidung grundsätzlich nicht im einzelnen zu prüfen, inwieweit die Klage Aussicht auf Erfolg hat.

2. Es bleibt offen, ob gegen die Entscheidung über die Bestellung eines Nachtragsliquidators die befristete oder die unbefristete Beschwerde statthaft ist.

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister des AG war die Firma X.-Bauträger GmbH eingetragen. Mit Verfügung vom 17. 10. 1991 wurde die Gesellschaft gem. § 2 LöschG wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht; die Löschung ist seit 19. 11. 1991 im Handelsregister eingetragen. Den Antrag des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers, gem. § 2 Abs. 3 HS 2 LöschG einen Liquidator zu bestellen, hat das AG mit Beschluß vom 8. 2. 1993 zurückgewiesen, da kein der Verteilung unterliegendes Vermögen vorhanden sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das LG mit Beschluß vom 21. 6. 1993 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Ast.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Allerdings ist umstritten, ob gegen die Entscheidung über die Bestellung eines Liquidators nach § 2 Abs. 3 LöschG die sofortige Beschwerde (so KG NJW 1957, 1722; Jansen, 2. Aufl., § 144 FGG, Anh. II, Rd.-Nr. 10; Keidel/Winkler, 13. Aufl., Anh., § 144 b FGG, Rd.-Nr. 10; Piorreck, Rpfleger 1978, 157, 159) oder die unbefristete Beschwerde (so OLG Hamm Rpfleger 1987, 251, 252; vgl. auch Hachenburg/Hohner, 7. Aufl., § 74 GmbHG, Rd.-Nr. 39) gegeben ist. Soweit angenommen wird, eine befristete Beschwerde sei statthaft, wird dies meist nur mit dem bloßen Hinweis auf eine entsprechende Anwendung der §§ 145, 146, 148 FGG begründet. Widersprüchlich zu dieser Frage ist allerdings Keidel/Winkler, a.a.O., der zwar die sofortige Beschwerde bejaht, dennoch aber die Bestellung des Liquidators bereits durch telefonische Bekanntgabe des Bestellungsbeschlusses an den Bestellten für wirksam erachtet. Diese Auffassung ist aber nur haltbar, wenn eine unbefristete Beschwerde statthaft ist (so OLG Hamm a.a.O. mit eingehender Begründung); hält man hingegen ein befristetes Rechtsmittel für gegeben, kann eine wirksame Bekanntmachung nur in der Form des § 16 Abs. 2 FGG vorgenommen werden, also durch förmliche Zustellung der Entscheidung.

Der Senat hat in einem ähnlich gelagerten Fall (vgl. BayObLGZ 1983, 130, 133) die Frage, ob die befristete oder die unbefristete Beschwerde zulässig ist, offengelassen; sie muß auch für den vorliegenden Fall nicht entschieden werden. Da der angefochtene Beschluß des LG am 7. 7. 1993 zugestellt worden

ist, wahr die am 16. 7. 1993 eingegangene weitere Beschwerde auch eine etwaige Beschwerdefrist (§ 22 Abs. 1 FGG). Auch die Erstbeschwerde wäre fristwährend eingelegt, da das AG seine Entscheidung nur durch formlose Mitteilung bekanntgemacht hat und somit eine etwaige Rechtsmittelfrist gar nicht zu laufen begonnen hätte (§ 16 Abs. 2 S. 1 FGG).

2. Das LG hat ausgeführt: Die Voraussetzungen für die Ernennung eines Liquidators seien auch nach dem Beschwerdevorbringen nicht gegeben. Die inzwischen von dem Ast. in seiner Eigenschaft als „früherer Allein-Anteilseigner der GmbH“ beim LG eingereichte Klage auf Zahlung von ca. 153.000,- DM könne das Vorhandensein von Vermögen i.S.v. § 2 Abs. 3 LöschG nicht begründen. Die mit einem Prozeßkostenhilfesuch verbundene Klage sei unbegründet; sie richte sich gegen zwei Personen, die im Wege der Zwangsversteigerung ein früher im Eigentum der Gesellschaft befindliches Grundstück erworben hätten. Hier mache die Gesellschaft Zuzahlungsansprüche nach dem Zwangsversteigerungsgesetz geltend. Diese Ansprüche seien aber unbegründet.

Anschließend führt das LG im einzelnen aus, warum es diese Ansprüche für unbegründet erachtet.

3. Den Ausführungen des LG vermag der Senat nicht zu folgen. Sie lassen vor allem unberücksichtigt, daß das zur Entscheidung über das Prozeßkostenhilfesuch und die Klage zuständige Prozeßgericht mitgeteilt hat, eine Sachentscheidung könne nicht ergehen, solange für die gelöschte Gesellschaft ein Liquidator nicht bestellt sei.

a) § 2 Abs. 3 LöschG bestimmt, daß das Gericht zur Durchführung der Liquidation auf Antrag eines Beteiligten Liquidatoren zu bestellen hat, sofern sich nach Löschung der Gesellschaft noch verteilungsfähiges Vermögen findet. Eine solche Liquidation wird üblicherweise als Nachtragsliquidation bezeichnet, und zwar auch in den Fällen, in denen vorher eine Liquidation nicht stattgefunden hat (vgl. BayObLGZ 1955, 288, 292 = DNotZ 1955, 638; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., Anh., § 60 GmbHG, Rd.-Nr. 39). Die Nachtragsliquidation ist erforderlich, wenn sich nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister herausstellt, daß noch unverteilt Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist, oder sich in entsprechender Anwendung von § 273 Abs. 4 AktG die Notwendigkeit weiterer Abwicklungsmaßnahmen ergibt (vgl. BGHZ 105, 259, 260 f. = DNotZ 1989, 387; BayObLGZ 1983, 130, 136 m.w.N.; BayObLG DB 1985, 107; OLG Bremen AG 1985, 192; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, 15. Aufl., § 60 GmbHG, Rd.-Nr. 57 m.w.N.; Rowedder/Rasner, 2. Aufl., Anh., § 60 GmbHG, Rd.-Nr. 20).

Allgemein gesehen ist die Bestellung eines Nachtragsliquidators immer dann geboten, wenn ein Bedürfnis dafür besteht. Demnach ist von vorhandenem Gesellschaftsvermögen regelmäßig auch dann auszugehen, wenn zur Feststellung und Realisierung des Vermögens ein Aktivprozeß zu führen ist. Der gerichtlich geltend zu machende Anspruch ist ein Vermögensgegenstand, über dessen Vorhandensein erst in dem anhängigen Verfahren entschieden wird (vgl. Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 74 GmbHG, Rd.-Nr. 18 m.w.N.). Nach überwiegender Meinung ist zwar eine juristische Person voll beendet und nicht mehr parteifähig, wenn sie aufgelöst worden ist und kein Vermögen mehr besitzt. Dennoch kann sie mit der Behauptung, ihr stehe noch ein Anspruch zu (und insoweit habe sie noch Vermögen), einen Aktivprozeß führen; insoweit gilt sie als parteifähig (vgl. BGH WM 1986, 145). Will man nämlich die Rechtsverfolgung nicht schon bei der Zulässigkeitsprüfung scheitern lassen, muß man sich mit der schlüssigen Behauptung zufrieden geben, es seien noch Vermögenswerte vorhanden (vgl. Geßler/Hefermehl/Hüffer, § 273 AktG, Rd.-Nr. 53; ferner die Darstellung der h. M. bei Hachenburg/Ulmer, Anh. § 60 GmbHG, Rd.-Nr. 46, Fn. 99); hierfür wird regelmäßig die Einreichung einer Zahlungsklage, verbunden mit einem Prozeßkostenhilfesuch, ausreichen. Eine bloß gelöschte Gesellschaft ist regelmäßig parteifähig; es bedarf aber noch der Bestellung eines Nachtragsliquidators, damit sie klagen kann (vgl. § 51 ZPO; Bokelmann, NJW 1977, 1130, 1131).

b) Unter diesen Voraussetzungen ist es grundsätzlich nicht Sache des zur Bestellung eines Nachtragsliquidators berufenen Gerichts zu prüfen, ob ein anhängiger Aktivprozeß der gelöschten Gesellschaft Aussicht auf Erfolg hat. Diese Prüfung muß dem zuständigen Prozeßgericht vorbehalten bleiben. Ist für dessen Sachentscheidung die Bestellung eines Nachtragsliquidators Voraussetzung, wovon hier das Prozeßgericht ersichtlich ausgeht, so hat das zuständige Gericht, sofern die Kosten für den Nachtragsliquidator sichergestellt sind, regelmäßig einen Nachtragsliquidator zu bestellen.

3. Bei dieser Sachlage sind die Beschlüsse des LG und des AG aufzuheben. Das AG hat nunmehr unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Bestellung eines Nachtragsliquidators zu entscheiden.

9. Kostenrecht – Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses der beherrschten Gesellschaft zu einer Gewinnabführungsvereinbarung

(OLG Hamm, Beschluß vom 21. 4. 1993 – 15 W 176/92 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

KostO §§ 24; 27; 30; 39; 40; 47

1. Der Geschäftswert eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft zu einem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung richtet sich nach § 27 KostO, der für Organbeschlüsse eine Ausnahmeregelung gegenüber § 30 Abs. 1 und 2 KostO enthält.

2. Für einen Zustimmungsbeschluß zu einem solchen Unternehmenvertrag läßt sich i.d.R. weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit ein bestimmter Geldbetrag i.S.d. § 27 Abs. 1 KostO ermitteln, da eine Schätzung gem. § 30 Abs. 1 und 2 KostO unzulässig ist (teilweise a.A.: BayObLGZ 1990, 133 ff.).

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 2) und die Bet. zu 3) sind alleinige Gesellschafter der X.-Verwaltungs-OHG und der Bet. zu 4). Durch privatschriftlichen Vertrag vom 31. 12. 1982 verpflichtete sich die Bet. zu 4), den Geschäftsbetrieb ausschließlich nach den Weisungen und für Rechnung der X.-Verwaltungs-OHG zu führen und den sich aus der Handelsbilanz ergebenden Gewinn an diese abzuführen, während letztere sich zur Übernahme etwaiger Verluste der ersteren verpflichtete. Dieser Vertrag stellte sich als Neufassung eines am 12. 11. 1975 zwischen der Vereinigung der Gesellschafter der GbR als Organträger und der GmbH als Organ abgeschlossenen Beherrschungsvertrags mit Ergebnisabführungsvereinbarung dar, die deswegen vorgenommen wurde, weil sowohl beim Organträger als auch beim Organ Firmenänderungen eingetreten waren und das Organ seinen Sitz verlegt hatte. In § 4 des neugefaßten Vertrages war bestimmt, daß der Vertrag vom 12. 11. 1975 erstmals für das Geschäftsjahr 1975 gelten, für die Dauer von 5 Jahren geschlossen werden und sich danach auf unbestimmte Zeit verlängern sollte, wenn er nicht vorher gekündigt wurde.

Der zu 1) beteiligte Notar beurkundete am 16. 8. 1989 einen Gesellschafterbeschluß der Bet. zu 2) und der Bet. zu 3) in ihrer Eigenschaft als alleinige Gesellschafter der Bet. zu 4), wonach diese dem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vom 31. 12. 1982 zustimmten. Hierfür erteilte der Bet. zu 1) eine Kostenberechnung über insgesamt 3.739,20 DM, bei der er von einem aus dem Betriebsvermögen der Bet. zu 4) von 835.799.000,- DM (Betriebseinheitswert) abgeleiteten, nach dem halben Stufenwert berechneten Geschäftswert dieser Zustimmung gem. §§ 27, 26 Abs. 4 und Abs. 5 KostO von 1.000.000,- DM (§ 27 Abs. 3 KostO) ausging.

Der Präsident des LG hat die Kostenberechnung des Notars wegen des angenommenen Geschäftswertes beanstandet. Er ist der Meinung, der Geschäftswert für den Zustimmungsbeschluß sei in gleicher Weise zu ermitteln wie der Geschäftswert des Unternehmenvertrages (Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag). Dieser ergebe sich aus den §§ 24, 30 KostO. Grundlage für die Wertermittlung sei der voraussichtlich abzuführende Jahresgewinn bzw. der ausgleichende Jahresfehlbetrag. Die Wertbestimmung habe unter Heranziehung des durchschnittlichen Gewinnes oder Verlustes in den letzten fünf Jahren zu erfolgen. Der sich danach ergebende Jahresbetrag sei nach § 24 KostO zu vielfältigen. Auf Anweisung des Präsidenten des LG hat der Notar Be-

schwerde erhoben, um wegen des Geschäftswertes die Entscheidung des LG über seine Kostenberechnung herbeizuführen (§ 156 Abs. 5 KostO).

Das LG hat den Präsidenten des LG als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars und die Beteiligten gehört. Es hat sodann durch Beschluß vom 12. 5. 1992 die Kostenberechnung des Notars abgeändert und unter Zugrundelegung eines gem. §§ 39, 40, 30 Abs. 1 KostO bestimmten Geschäftswertes von 2.596.099.779,12 DM unter Beachtung des § 47 S. 2 KostO die Kosten für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses mit insgesamt 11.468,40 DM berechnet.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die Bet. zu 4) mit ihrer vom LG zugelassenen weiteren Beschwerde vom 17. 6. 1992.

Aus den Gründen:

Das nach § 156 Abs. 2 KostO statthafte, in der rechten Form und Frist eingelegte Rechtsmittel ist begründet, weil der angefochtene Beschluß auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO).

Im Verfahren der Anweisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 5 KostO unterliegen nur die in der Anweisung beanstandeten Punkte der Kostenberechnung des Notars der Nachprüfung durch das Gericht. Diese Verfügung steckt unter Mitberücksichtigung der späteren Stellungnahme der vorgesetzten Dienstbehörde bei der Auslegung der Anweisungsverfügung die Grenzen des gerichtlichen Verfahrens ab (vgl. Senat JurBüro 1967, 159). Zutreffend hat sich deshalb das LG auf die Prüfung der Frage beschränkt, welche Vorschriften der KostO für die Bestimmung des Geschäftswertes des Zustimmungsbeschlusses der Bet. zu 4) zu dem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung einschlägig sind und wie dieser Wert zu berechnen ist.

In der Sache beruht die Entscheidung des LG auf einem Rechtsfehler.

Nach der Rspr. des Senats (DNotZ 1983, 564 f.) bestimmt sich der Geschäftswert einer Zustimmungserklärung gem. §§ 39, 40 KostO nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, dem zugestimmt wird. Auf die subsidiäre Generalklausel des § 30 KostO kann bei der Wertbestimmung grundsätzlich nicht zurückgegriffen werden.

Diese Ansicht wird im Ausgangspunkt auch für den Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses einer Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH zu einem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vertreten (BayObLGZ 1990, 133 ff. = DNotZ 1991, 400 = MittRhNotK 1990, 138; Rohs/Wedewer, 2. Aufl., Stand März 1992, § 27 KostO, Rd.-Nr. 22 a; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 27 KostO, Rd.-Nr. 25; Göttlich/Mümmeler, 10. Aufl., Stichwort „Unternehmensvertrag“, Ziff. 2; Holger Schmidt, BB 1989, 1290 f.; Janke, MittRhNotK 1989, 77 f.; Reuter, BB 1989, 714 f.). Davon geht auch das LG im angefochtenen Beschluß zutreffend aus.

Fraglich ist jedoch, nach welchen Vorschriften der Geschäftswert eines Beherrschungsvertrages mit Ergebnisabführungsvereinbarung zu bestimmen ist. Im Schrifttum (Reimann, a.a.O.; Mümmeler, a.a.O., H. Schmidt, a.a.O.; Lappe, KostRspr., Anm. zu BayObLG, § 27 KostO Nr. 14 und NJW 1989, 3254, 3258 f. und Heckschen, DB 1989, 29, 31) wird teilweise die Auffassung vertreten, daß dieser in der Regel nach § 30 Abs. 1 KostO, gegebenenfalls i.V.m. § 24 KostO zu bestimmen sei, weil der in § 27 Abs. 1 S. 1 KostO als negatives Tatbestandsmerkmal genannte „bestimmte“ Geldwert als nach der KostO „bestimmbarer“ Geldwert zu verstehen sei und deshalb in der Regel auch nach § 30 Abs. 1 KostO geschätzt werden könne.

Diese auch vom LG geteilte Ansicht erkennt jedoch folgendes: Der Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung ist ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft abändert, weil u. a. die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft auf die herrschende Gesellschaft übertragen und insbesondere in das gesetzliche

oder gesellschaftsvertragliche Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird (vgl. BayObLG a.a.O., 404 unter Hinweis auf BGHZ 105, 324, 331 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261). Die zugunsten der herrschenden Gesellschaft vereinbarte Gewinnübernahme und deren gesellschaftsrechtliche Gegenleistung, nämlich die Verlustübernahme im Rahmen des § 302 AktG, betreffen somit vermögensrechtliche Angelegenheiten. Die entsprechenden, zum wirksamen Vertragsschluß erforderlichen Beschlüsse haben daher wie der gesellschaftsrechtliche Organisationsvertrag selbst vermögensrechtliche Angelegenheiten zum Gegenstand. Für die Bestimmung des Geschäftswertes in solchen Angelegenheiten gilt zwar nach § 30 Abs. 1 und 2 KostO die allgemeine Regel, daß der Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen und in Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung regelmäßig auf 5.000,- DM anzunehmen ist. Nach der Rspr. des Senats (JurBüro 1975, 639, 641 = DNotZ 1975, 373) enthält § 27 KostO aber für Organbeschlüsse von Aktiengesellschaften und anderen Vereinigungen (vgl. dazu Reimann, a.a.O., § 27 KostO, Rd.-Nr. 5) eine Ausnahme von dieser Regel und schließt sie für einen Anwendungsbereich aus (ebenso OLG Zweibrücken DNotZ 1972, 119; Rohs/Wedewer, a.a.O., § 27 KostO, Rd.-Nr. 13; Hartmann, 24. Aufl., § 30 KostO, Anm. 1; Reuter, a.a.O., S. 715). In § 27 KostO wird für Organbeschlüsse zwischen Beschlüssen mit bestimmtem und unbestimmtem Geldwert unterschieden. Bei Beschlüssen mit bestimmtem Geldwert ist dieser für den Geschäftswert der Beurkundung maßgebend, während für Beschlüsse, deren Gegenstandswert keinen bestimmten Geldwert hat, die Bewertung nach dem letzten Einheitswert des Betriebsvermögens vorzunehmen ist. In diesem Fall ist als Geschäftswert also die Hälfte des in § 26 Abs. 3 KostO bezeichneten Stufenwertes zugrunde zu legen. Der halbe Stufenwert ist daher auch dann der Geschäftswert, wenn zwar Anhaltspunkte für die Höhe des Geldwertes vorhanden sind, dieser aber nicht ziffernmäßig feststeht, sondern geschätzt werden müßte; eine Schätzung des Wertes ist – im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 und 2 KostO – hier nicht zulässig (vgl. OLG Zweibrücken a.a.O.; Rohs/Wedewer, a.a.O., § 27 KostO, Rd.-Nr. 13; Reuter, a.a.O., S. 715).

Deshalb ist festzustellen, ob der zum wirksamen Abschluß des Beherrschungsvertrages mit Ergebnisabführungsvereinbarung erforderliche Beschluß der beherrschten GmbH den Vertrag als solchen mit bestimmtem oder unbestimmtem Geldwert ausweist. Für diese Feststellung ist nicht das Ergebnis des Vertrages bzw. die zu seiner Wirksamkeit erforderliche Beschlußfassung, sondern der Gegenstand der Gesamtwillensbildung maßgebend, nicht das Abstimmungsergebnis, sondern der Abstimmungszweck, denn nach § 27 Abs. 1 S. 1 KostO kommt es darauf an, ob der Gegenstand der Beschlußfassung (nicht der gefaßte Beschluß) bestimmten oder unbestimmten Geldwert hat (vgl. Senat JurBüro 1975, 639, 641 m.w.N. = DNotZ 1975, 373).

Stichtag für die kostenrechtliche Bewertung ist der Tag der Beurkundung, hier der 16. 8. 1989, da an diesem Tag gem. § 18 Abs. 1 KostO die Notargebühren fällig geworden sind (vgl. BayObLG DNotZ 1991, 401, 405 = MittRhNotK 1990, 205). Für diesen Stichtag ergibt sich vorliegend weder nach den Bewertungsvorschriften der KostO noch sonst ein bestimmter Geldbetrag i.S.d. § 27 Abs. 1 KostO, auch wenn berücksichtigt wird, daß mit der Beurkundung vom 16. 8. 1989 der Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vom 31. 12. 1982 rückwirkend wirksam wurde.

Es ist bereits zweifelhaft, ob vorliegend der Wert des Organbeschlusses allein durch die Gewinnabführungsvereinbarung bestimmt wird. Zwar wird in der Lit. die Ansicht vertreten (vgl. Reimann, a.a.O., § 27 KostO, Rd.-Nr. 25 im Anschluß an H. Schmidt, a.a.O., S. 1292 und Jahnke, a.a.O., S. 80), daß durch die seit der Zustimmung zur Ergebnisabführung gleichzeitig erklärte Zustimmung zum Beherrschungsvertrag eine Werterhöhung nicht erfolge, da der Beherrschungsvertrag insoweit nur Sicherungsfunktion für die Ergebnisabführung habe, also beide Vereinbarungen gegenstandsgleich i.S.d. § 44

KostO seien, so daß Grundlage der Wertermittlung allein die Jahresgewinn- bzw. Jahresverlustbeträge seien. Dem ist jedoch entgegenzuhalten (vgl. Rohs/Wedewer, § 27 KostO, Rd.-Nr. 22 b), daß ebensogut der Beherrschungsvertrag als „wesentlicher“ Vertrag angesehen werden kann (es gibt ihn auch ohne Ergebnisabführungspflicht), denn aus der Beherrschung folgt erst die Gewinnabführungsverpflichtung.

Da nach der Rspr. des BGH (NJW 1988, 1326 = DNotZ 1988, 621 = MittRhNotK 1988, 69) der Beherrschungsvertrag ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist, der satzungsgleich in den rechtlichen Status der Gesellschaft eingreift, indem er – unbeschadet der weitergehenden Ergebnisabführungspflicht – den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichtet, spricht deshalb vieles dafür, hier den Grundsatz anzuwenden, daß Satzungsänderungen im allgemeinen keinen bestimmten Geldwert haben, selbst wenn in ihnen Geldbeträge genannt sind oder sich aus ihnen errechnen lassen (vgl. OLG Zweibrücken aa.O.; Reuter, a.a.O., S. 715).

Selbst wenn aber entsprechend den vorgenannten Stimmen in der Lit. für die kostenrechtliche Bewertung auf die Gewinnabführungsvereinbarung abzustellen wäre, läßt sich für diese ein bestimmter Geldbetrag i.S.d. § 27 Abs. 1 KostO nicht ermitteln.

Für die Zukunft kann nach allgemeiner Ansicht (vgl. H. Schmidt, a.a.O.; Jahnke, a.a.O.; Lappe, a.a.O.; Heckschen, a.a.O.; Reimann, a.a.O.; ebenso BayObLG DNotZ 1991, 401 = MittRhNotK 1990, 205) eine Wertbestimmung unter Heranziehung des durchschnittlichen Gewinnes oder Verlustes des beherrschten Unternehmens in den letzten fünf Jahren nur im Wege der Wertschätzung gem. § 30 Abs. 1 KostO gegebenenfalls i.V.m. § 24 KostO vorgenommen werden. Das aber ist, wie ausgeführt, wegen der Subsidiarität dieser Vorschrift gegenüber § 27 KostO abzulehnen (so im Ergebnis auch BayObLG a.a.O.).

Aber auch aus dem bis zum Beurkundungstag abgeführten Gewinn läßt sich entgegen der Ansicht des BayObLG ein bestimmter Geldwert des beurkundeten Beschlusses nicht entnehmen. Zum einen spricht vieles dafür, die vom Zustimmungsbeschluß in der Vergangenheit erfaßten Gewinne als „Rückstände“ i.S.d. Bewertungsrechtes anzusehen (vgl. Lappe, KostRspr., a.a.O.), die ihrerseits nicht als Mindestbeitrag an die Stelle des unbekanntem Zukunftswertes gesetzt werden dürfen, da dies im Ergebnis wiederum auf eine nach § 27 KostO nicht gestattete Schätzung des Geschäftswertes hinauslaufen würde. Zum anderen wird nach Ansicht des Senats eine solche an der Vergangenheit orientierte Betrachtung dem Inhalt der Beschlußfassung auch nicht gerecht und führt darüber hinaus zu kostenrechtlich nicht vertretbaren Zufälligkeiten in der Geschäftswertermittlung.

Der Gegenstand der Willensbildung bei einem Zustimmungsbeschluß zu einer Gewinnabführungsvereinbarung ist in die Zukunft gerichtet. Die mangels notarieller Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft vorliegende Unwirksamkeit des Unternehmensvertrages ist, solange er von den Beteiligten durchgeführt und nicht wegen des fehlerhaften Abschlusses oder aus sonstigen Gründen beendet wurde, nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft im aufgezeigten Rahmen gleichwohl als wirksam zu behandeln (vgl. BGH NJW 1988, 1326 = DNotZ 1988, 621 = MittRhNotK 1988, 69), so daß die beurkundete Willensbildung in der Regel ausschließlich Zukunftsfolgen haben soll. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es als willkürlich, die Art und Weise der Geschäftswertermittlung davon abhängig zu machen, ob in der Vergangenheit bereits und ggf. für welche Dauer Gewinne abgeführt worden sind.

Auch die vom BayObLG aus der Wertbeschränkung des § 24 Abs. 1 b KostO hergeleitete zeitliche Schranke zur Ermittlung eines bestimmten Geldwertes (Abführung von mindestens 13 Jahresgewinnen) vermag aus den vorgenannten Gründen und auch deshalb nicht zu überzeugen, weil darüber hinaus gegen

die Anwendung des § 24 Abs. 1 b KostO mehrfache Bedenken bestehen. § 24 KostO gilt für die Bewertung von wiederkehrenden oder dauernden Nutzungen und Leistungen, für die charakteristisch ist, daß sie in gleicher oder annähernd gleichen Zeitabschnitten in gleicher oder zumindest annähernd gleicher Höhe anfallen, so daß sich zumindest ein durchschnittlicher Jahreswert feststellen läßt (BGH LM § 24 KostO, Nr. 3; Reimann, § 24 KostO, Rd.-Nr. 8). Bei der Gewinnabführungsvereinbarung liegen jedoch gar keine regelmäßig wiederkehrenden Leistungen i.S.d. § 24 KostO vor, da der abzuführende wirtschaftliche Ertrag von zahlreichen unvorhersehbaren und dem Einfluß der Vertragsschließenden weitgehend entzogenen Umständen abhängt, wie das in vergleichbarem Umfang weder bei von der Rspr. und Lehre anerkannten wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen wie Renten und rentenähnlichen Rechten i.S.d. § 24 KostO der Fall ist. Aber selbst wenn § 24 KostO eine Gewinnabführungsvereinbarung erfassen würde, wäre die Vorschrift nicht anwendbar. § 27 KostO nimmt seinem Wortlaut nach nur § 26 KostO in Bezug und verweist nicht auf die anderen Vorschriften der §§ 18 ff. KostO. Demgemäß spricht vieles dafür, die Anwendung von § 24 KostO auf die Ermittlung eines bestimmten Geldwertes i.S.d. § 27 KostO abzulehnen (vgl. Reuter, a.a.O., S. 715). Letztlich entscheidend ist jedoch, daß eine Anwendung des § 24 Abs. 1 b KostO nur über § 30 Abs. 1 KostO erfolgen kann und diese Vorschrift, wie ausgeführt, vorliegend durch § 27 KostO verdrängt wird.

Aus alledem folgt, daß der Bet. zu 1) seiner Kostenberechnung für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses vom 16. 8. 1989 zu Recht gem. §§ 27, 26 KostO den aus dem Betriebseinheitswert abgeleiteten halben Stufenwert für die Berechnung des Geschäftswertes zugrunde gelegt hat.

10. Steuerrecht/Einkommensteuer – Ablösung eines im Wege vorweggenommener Erbfolge bestellten Vorbehaltsnießbrauches

(BFH, Urteil vom 21. 7. 1992 – IX R 72/90)

ESTG §§ 9 Abs. 1 S. 1; 12 Nr. 2 HGB § 255 Abs. 1

Zahlungen eines Grundstückseigentümers, die dazu dienen, die Wiedereintragung eines bereits gelöschten Vorbehaltsnießbrauches zu verhindern, stellen – wie Aufwendungen zur Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauches – nachträgliche Anschaffungskosten dar. Dies gilt entgegen dem BMF-Schreiben vom 15. 11. 1984 (BStBl. I 1984, 561 – sog. Nießbrauchserlaß, Tz. 25, 46) auch dann, wenn das Grundstück an den ablösenden Eigentümer unentgeltlich übertragen oder das Nutzungsrecht – im Rahmen einer Erbauseinandersetzung – unentgeltlich eingeräumt worden ist (Anschluß an BFH-Urteil vom 28. 11. 1991 – XI R 2/87 – BFHE 166, 263 = BStBl. II 1992, 381).

Zum Sachverhalt:

Die Kl. sind zur Einkommensteuer zusammen veranlagte Eheleute.

Der Kl. war zu $\frac{1}{4}$ Erbe seines im Jahre 1974 verstorbenen Vaters. Neben ihm waren an der zunächst ungeteilten Erbengemeinschaft sein Bruder ebenfalls zu $\frac{1}{4}$ und seine Mutter zu $\frac{1}{2}$ beteiligt. Zur Erbmasse zählte u.a. ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück, das ursprünglich zu je $\frac{1}{2}$ im Eigentum der Eltern des Kl. gestanden hatte. Mit notariell beurkundetem Auseinandersetzungsvertrag vom 19. 3. 1980 erhielt der Kl. das Alleineigentum an dem mit dem Einfamilienhaus bebauten Grundstück. Er räumte seiner Mutter im Zuge der Auseinandersetzung u.a. das ausschließliche Nutzungsrecht an diesem Grundstück ein. Dieses Recht wurde als Nießbrauch im Grundbuch eingetragen. Die Mutter des Kl. bewohnte das Einfamilienhaus bis zum 14. 2. 1985 selbst.

Am 30. 1. 1985 bewilligte die Mutter des Kl. die Löschung des Nießbrauches; diese wurde am 8. 2. 1985 im Grundbuch vollzogen.

Nachdem der Pfleger der Mutter Klage auf Wiedereintragung des Nießbrauches im Grundbuch mit der Begründung erhoben hatte, die Mutter des Kl. sei im Zeitpunkt der Löschungsbewilligung geschäftsunfähig gewesen, schlossen die Parteien am 30. 9. 1987 einen Vergleich, in dem der Kl. sich verpflichtete, an seine Mutter „aus den Einnahmen aus der Vermietung seines Wohnanwesens“ für die Vergangenheit einen Betrag

in Höhe von 22.400,- DM und ab Oktober 1987 jeweils 800,- DM pro Monat zu zahlen. Der Betrag von 22.400,- DM wurde in zwei gleichen Raten von 11.200,- DM am 1. 12. 1987 und 1. 3. 1988 gezahlt. Zudem wandte der Kl. im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsstreit im Jahre 1987 noch Prozeßkosten in Höhe von rd. 15.192,- DM auf.

In ihrer gemeinsamen Einkommensteuererklärung für das Jahr 1987 kürzten der Kl. und seine Ehefrau zunächst die Mieteinnahmen aus dem Hausgrundstück um die an die Mutter des Kl. vorgenommenen Zahlungen in Höhe von 800,- DM monatlich, mithin um insgesamt 9.600,- DM. Im anschließenden Einspruchsverfahren machten sie zusätzlich als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung die Prozeßkosten in Höhe von 15.192,- DM sowie die Zahlung an die Mutter aufgrund des Vergleichs in Höhe von 11.200,- DM geltend. Das FA lehnte die Berücksichtigung der Aufwendungen unter Hinweis auf § 12 Nr. 2 EStG ab.

Mit seinem in EFG 1990, 577 veröffentlichten Urteil hat das FG der Klage stattgegeben: Die Zahlungen des Kl. an seine Mutter seien als Werbungskosten zu qualifizieren, da er diese zur Erzielung von Einkünften erbracht habe. Die Zahlungen hätten der Verhinderung der Wiedereintragung des bereits gelöschten Nießbrauches der Mutter gedient, durch den der Kl. vom Bezug der Mieteinnahmen ausgeschlossen worden wäre. Mithin habe er die Zahlungen geleistet, um die bereits erzielten Mieteinnahmen zu erhalten und in Zukunft weiterhin Mieteinnahmen zu erzielen.

Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung von § 9 Abs. 1 und § 12 Nr. 2 EStG. Leistungen für den Verzicht auf ein Nießbrauchsrecht seien steuerlich so zu behandeln, als ob diese von Anfang an anstelle des Nießbrauches gewährt worden seien. Bei einem unentgeltlichen Vorbehaltsnießbrauch bedeute dies, daß die Leistungen für den Verzicht auf das Nießbrauchsrecht, wie die Einräumung des Nießbrauches selbst, als Zuwendungen i.S.v. § 12 Nr. 2 EStG zu beurteilen seien.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kl. beantragen, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Die angefochtene Entscheidung verletzt § 9 Abs. 1 S. 1 EStG, indem sie die streitigen Aufwendungen des Kl. als sofort abzugsfähige Werbungskosten berücksichtigt.

1. Nach § 9 Abs. 1 S. 1 EStG sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bilden Werbungskosten grundsätzlich alle Aufwendungen, bei denen objektiv ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung besteht und die subjektiv zur Förderung der Nutzungsüberlassung gemacht werden (BFHE 164, 364, BStBl. II 1991, 761). Der erforderliche Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist dann nicht gegeben, wenn die Aufwendungen nicht durch Einkunftserzielung veranlaßt sind, sondern maßgebend auf privaten, der Lebensführung des Stpfl. zuzurechnenden Umständen beruhen (Beschluß des Großen Senats des BFH v. 4. 7. 1990 = BFHE 161, 290 = BStBl. II 1990, 817, unter C II 2 bb m.w.N.); in letzterem Fall greift das Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 EStG ein.

2. Zutreffend ist das FG zunächst davon ausgegangen, daß die Zahlungen des Kl. an seine Mutter nicht allein deshalb steuerrechtlich unbeachtlich sind, weil sie der Abgeltung eines teilweise vorbehaltenen, teilweise zugewendeten Nießbrauches gedient haben.

a) Soweit der Mutter des Kl. nach dem Auseinandersetzungsvertrag zunächst ein Nutzungsrecht an dem Hausgrundstück zustand, handelte es sich in bezug auf ihren ursprünglichen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück um einen Vorbehaltsnießbrauch. Ein solches vorbehaltenes Nutzungsrecht stellt kein Entgelt für die Übertragung des betreffenden Grundstücks (-anteils) dar (BFHE 164, 343 = BStBl. II 1991, 791, unter Hinweis auf den Beschluß des Großen Senats vom 5. 7. 1990; BFHE 161, 317 = BStBl. II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261). Gleichwohl sind Zahlungen des Grundstückseigentümers

zur Abgeltung eines Vorbehaltsnießbrauchs grundsätzlich nicht als Zuwendungen i.S.d. § 12 Nr. 2 EStG zu qualifizieren, und zwar unabhängig davon, ob das Grundstück entgeltlich oder unentgeltlich erworben worden ist.

Entgegen Tz. 46, 25 des Schreibens des Bundesministers der Finanzen (BMF) vom 15. 11. 1984 (BStBl. I 1984, 561 – Nießbrauchserlaß) sind Zahlungen zur Ablösung eines (dinglichen) Nutzungsrechts nicht bereits deshalb Zuwendungen i.S. d. § 12 Nr. 2 EStG, weil das Grundstück an den ablösenden Eigentümer unentgeltlich übertragen worden ist. Zu Unrecht wird von der Finanzverwaltung und in der Lit. (Seithel, Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs und andere Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und aus Kapitalvermögen, 3. Aufl., 1985, S. 37 f.; Mittelbach/Richter, Nießbrauch, 8. Aufl., Köln 1986, S. 159 ff.) steuerrechtlich in der Weise ein Zusammenhang zwischen der nicht steuerbaren Übertragung des Grundstücks einerseits und der späteren Ablösung eines vorbehaltenen oder unentgeltlich zugewendeten Nutzungsrechtes andererseits hergestellt, daß in Anwendung des sogenannten Surrogationsprinzips der Ablösevorgang steuerlich der ursprünglichen Bestellung des Nutzungsrechtes gleichgestellt wird, die ihrerseits als Auflage einer nicht steuerbaren Schenkung betrachtet wird. Diese Beurteilung der Ablösezahlung als nachgeschobene Auflage der ursprünglichen Schenkung ist nicht nur mit der Rspr. des BFH unvereinbar, wonach der Übernehmer von vornherein das um das Nutzungsrecht (des Übergebers oder eines Dritten) geminderte Vermögen erhält (BFHE 164, 343 = BStBl. II 1991, 791 m.w.N.). Sie läßt auch die Eigenständigkeit des Abfindungsvorganges gegenüber der ursprünglichen Grundstücksübertragung unberücksichtigt, obwohl es sich regelmäßig um zwei getrennte, auf selbständigen Willensentscheidungen der Beteiligten beruhende Rechtsgeschäfte handeln wird (vgl. Brandenburg, Nießbrauch an Privatgrundstücken, Betriebsgrundstücken und Kapitalvermögen, 2. Aufl., Herne/Berlin 1985, S. 124 f.; Meyer, DB 1984, 2214, 2265, 2269).

Soweit keine Anhaltspunkte für eine mißbräuchliche Gestaltung bestehen, die im Streitfall nicht ersichtlich sind, sieht der Senat keinen Anlaß, die Steuerwirksamkeit der Ablösezahlung zu verneinen.

b) In bezug auf den ursprünglich zur Erbmasse zählenden Grundstücksanteil war der Mutter des Kl. das Nutzungsrecht im Rahmen der Erbauseinandersetzung und damit unentgeltlich eingeräumt worden (vgl. BFHE 166, 263 = BStBl. II 1992, 381). Gleichwohl sind die Aufwendungen des Kl., die der Abgeltung des Nutzungsrechts seiner Mutter insoweit gedient haben, nicht steuerrechtlich unbeachtlich (vgl. BFHE 166, 263 = BStBl. II 1992, 381).

3. Allerdings stellt sich für die zutreffende steuerrechtliche Qualifikation der Ablösezahlungen (noch) die Frage der Abgrenzung von sofort abziehbaren Werbungskosten einerseits und – nachträglichen – Anschaffungskosten für das bebaute Grundstück andererseits.

Im Gegensatz zur Auffassung des FG können die Aufwendungen des Kl. nicht nur als („Abwehr-“)Kosten zur Verhinderung der Wiedereintragung des Nießbrauchs der Mutter angesehen werden. Vielmehr dienen sie der im Wege des Vergleichs vom Kl. übernommenen Abgeltung des seiner Mutter ursprünglich zustehenden Nießbrauchs. Auch wenn die Zahlungsverpflichtung des Kl. nach der Höhe der Mieteinnahmen bemessen worden ist, stellte sie damit nicht lediglich eine „Auskehr“ der der Mutter des Kl. entgangenen Mieteinnahmen dar, sondern galt der Beseitigung der Beschränkung der Eigentümerbefugnisse des Kl. und dem Erwerb seiner freien Verfügungsbefugnis i.S.v. § 903 BGB. Mithin handelt es sich um Anschaffungskosten i.S.v. § 255 Abs. 2 HGB.

4. Da die Prozeßkosten als Folgekosten die einkommensteuerrechtliche Qualifikation derjenigen Aufwendungen teilen, die Gegenstand des Prozesses waren (BFHE 152, 237 = BStBl. II

1988, 431), sind auch die vom Kl. im Streitjahr getragenen Prozeßkosten als Anschaffungskosten des Hausgrundstücks anzusehen.

5. Von den danach insgesamt als Anschaffungskosten des Hausgrundstücks zu beurteilenden Aufwendungen des Kl. im Streitjahr in Höhe von 26.392,- DM sind nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG Absetzungen für Abnutzung auf die auf das Einfamilienhaus entfallenden Anschaffungskosten als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen. Dies macht eine Aufteilung der Anschaffungskosten auf den Bodenwert- und den Gebäudewertanteil nach dem Verhältnis der Verkehrswerte notwendig (vgl. BFHE 143, 61 = BStBl. II 1985, 252).

Da das FG – aus seiner Sicht zu Recht – für einen entsprechenden Aufteilungsmaßstab keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat, ist der Senat an einer abschließenden Entscheidung gehindert. Die Sache geht zur Feststellung der betreffenden Werte an das FG zurück.

6. Der Kl. hat – ferner – geltend gemacht, er sei aufgrund des gerichtlichen Vergleichs zu laufenden Zahlungen an seine Mutter ab Oktober des Streitjahres in Höhe von 800,- DM monatlich verpflichtet gewesen. Das FG hat – aus seiner Sicht zu Recht – hierzu keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Diese wird es nachzuholen haben, um zu entscheiden, ob entsprechende Zahlungen als dauernde Last gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG Berücksichtigung finden.

11. Steuerrecht/Abgabenordnung – Haftung des Grundstückserwerbers für Betriebssteuern des Veräußerers (BFH, Urteil vom 11. 5. 1993 – VII R 86/92)

AO § 75 UStG §§ 2 Abs. 1; 9; 4 Nr. 12 Buchst. a

1. Zum Begriff „Unternehmen“ in § 75 Abs. 1 AO 1977.

2. Der Erwerber eines mit einem an Dritte umsatzsteuerpflichtig vermieteten Gebäude bebauten Grundstücks haftet unter den weiteren Voraussetzungen von § 75 AO 1977 für Betriebssteuern (Umsatzsteuer) des Veräußerers.

Zum Sachverhalt:

Der Ehemann (E) der Kl. erwarb 1988 als Gesamtsverwalter zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft ein zur Zeit des Verkaufs unter Zwangsverwaltung stehendes Grundstück mit einem an T. vermieteten Supermarkt. Der Kaufpreis betrug nach zwei Erhöhungen 2,33 Mio. DM zuzüglich 326.000,- DM Umsatzsteuer. Bei Besitzübergang traten E. und die Kl. mit Zustimmung des Zwangsverwalters in die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag mit T. ein. Da der Verkäufer die gegen ihn unter Berücksichtigung der Mieteinnahmen und des Grundstücksverkaufspreises festgesetzte Umsatzsteuer (1988) in Höhe von 344.470,- DM nicht vollständig entrichtete, nahm das FA gem. § 75 AO neben E. die Kl. als Erwerberin für den Restbetrag von 319.392,74 DM in Haftung.

Das FG wies die Klage mit der in seinem gegen E. als Haftungsschuldner ergangenen Urteil (vom 13. 11. 1990, II 211/89, EFG 1991, 710) enthaltenen Begründung ab. Dabei ging es davon aus, daß – auch – die Kl. das Grundstück unmittelbar oder durch E. als Gesamtsverwalter gem. § 1416 Abs. 1 S. 2 BGB erworben habe. Den gegen das Urteil in EFG 1991, 710 im Schrifttum (Brune, DStZ 1992, 135) erhobenen Bedenken sei nicht zu folgen.

Die Revision der Kl. rügt im wesentlichen, das FG habe den Unternehmensbegriff in § 75 Abs. 1 AO unzulässig weit ausgelegt. Wenn schon umstritten sei, ob der Unternehmensbegriff auch eine freiberufliche Tätigkeit erfasse, so könne der Kauf eines vermieteten Grundstücks im Rahmen privater Vermögensanlage in keinem Falle als Erwerb eines Unternehmens angesehen werden. § 75 Abs. 1 AO begründe keine Haftung für den Übergang einer bloßen Vermögenssubstanz. Die rein private Vermögensanlage sei auch kein Unternehmen i.S.v. § 2 Abs. 1 UStG. Ein solches liege noch nicht in der bloßen Vermögensnutzung durch Vermietung oder Verpachtung, wenn eine entsprechende Organisation fehle. Wäre auf den Mehrwertsteuer ausweis verzichtet worden, so hätte eine Berichtigung gem. § 15 a UStG erfolgen müssen. In diesem Falle wäre eine volle Erwerberhaftung nicht in Betracht gekommen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

Das FG hat die Haftung der Kl. rechtsfehlerfrei bestätigt. Aufgrund der getroffenen Feststellungen, die den Senat binden (§ 118 Abs. 2 FGO), ist davon auszugehen, daß die Haftungsvoraussetzungen nach § 75 Abs. 1 AO vorliegen.

1. Die Kl. hat das Grundstück, wie für die Anwendung von § 75 Abs. 1 AO erforderlich (vgl. zu der insoweit gleichlautenden früheren Haftungsvorschrift in § 116 der Reichsabgabenordnung BFHE 144, 204, 206 = BStBl. II 1985, 651), unmittelbar von dem früheren Eigentümer erworben. Dies ergibt sich daraus, daß das Grundstück durch E. „zum Gesamtgut“, damit auch für die Kl., erworben worden ist (§ 1416 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB; hierzu BGHZ 82, 346, 353; zur früheren Errungenschaftsgemeinschaft RGZ 84, 326). Die Frage, ob ein Durchgangserwerb bei E. anzunehmen wäre (zum Streitstand BGHZ 82, 346, 348), hätte sich nur gestellt, wenn E. für sich allein gehandelt hätte. Selbst bei Annahme eines Durchgangserwerbs („für eine logische Sekunde“) beständen aber gegen die Unmittelbarkeit der Übereignung keine Bedenken.

2. Wie sich aus den Feststellungen des FG ergibt, diente das übereignete Grundstück dem früheren Eigentümer zur (umsatzsteuerpflichtigen) Vermietung. Die – hier umsatzsteuerpflichtig erfolgte – Vermietung des Grundstücks stellt sich, wie auch die Kl. in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, als unternehmerische Tätigkeit, „Unternehmer“ i.S.v. § 2 Abs. 1 UStG dar (auch arg. § 9 i.V.m. § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG; vgl. im übrigen BFHE 99, 425 f. = BStBl. II 1970, 676 – Verpachtung; Plückerbaum/Malitzky, 10. Aufl., § 9 UStG, Rd.-Nr. 11). Unerheblich ist, ob die Einkünfte des Vermieters einkommensteuerlich als Gewinn aus Gewerbebetrieb oder als Einkünfte aus Vermietung/Verpachtung zu werten sind. Besondere Einrichtungen muß ein Unternehmen im umsatzsteuerlichen Sinne nicht aufweisen (vgl. BFHE 150, 368, 372 = BStBl. II 1987, 735).

3. Die Übereignung eines Unternehmens im ganzen – § 75 Abs. 1 AO – besteht in dem Übergang des gesamten lebenden Unternehmens, d. h. der durch das Unternehmen repräsentierten organischen Zusammenfassung von Einrichtungen und dauernden Maßnahmen, die dem Unternehmen dienen oder zumindest seine wesentlichen Grundlagen ausmachen, so daß der Erwerber das Unternehmen ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortführen kann (st. Rspr., z. B. BFHE 146, 505 = BStBl. II 1986, 654 und BFH/NV 1988, 479). Der Haftungstatbestand orientiert sich an dem Unternehmensbegriff in § 2 Abs. 1 UStG (BFHE 99, 425 f. zur Vorgängervorschrift des § 116 der Reichsabgabenordnung unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien; ebenso von Wallis in Hübschmann/Hepp/Spitaler, 9. Aufl., § 75 AO/FGO, Anm. 5 a; Tipke/Kruse, 14. Aufl., § 75 AO/FGO, Tz. 2; Mösbauer, BB 1990/Beilage 3, S. 3; Goutier, Die Haftung im Steuerrecht, 1. Aufl., 1978, S. 68; Rader in Gröger/Schöll, § 75 AO, Anm. 3). Auch die historische Entwicklung (vgl. Brune, DStZ 1992, 135, 137) belegt eine begriffliche Verbundenheit des Unternehmens als „Steuergegenstand“ i.S.d. UStG und des „Sicherungsgegenstandes“ i.S.v. § 75 AO.

Allerdings wird im Schrifttum auch die Auffassung vertreten, daß der Unternehmensbegriff i.S. v. § 75 Abs. 1 AO enger sei oder enger sein könne als der entsprechende umsatzsteuerliche Begriff. So wird bezweifelt, daß beruflich selbständig ausgeübte, im wesentlichen auf persönliche Fähigkeiten und Arbeitsleistung gestützte Tätigkeiten unter den haftungsrechtlichen Unternehmensbegriff fallen (Kühn/Kutter/Hofmann, 16. Aufl. 1990, § 75 AO/FGO Bem. 2 a; vgl. auch Mösbauer, a.a.O.). Verschiedentlich wird, auch bei Vermögensnutzung durch Vermietung oder Verpachtung, für die Annahme eines Unternehmens im haftungsrechtlichen Sinne eine „entsprechende Organisation“ gefordert (Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 1990, S. 236; Halaczinsky in Koch, 1977, 3. Aufl. 1986, § 75 AO, Rd.-Nr. 3, 4 – betriebliche Organisation –; allgemein Schwarz, 1976, § 75 AO, Anm. 5;

vgl. auch Brune, DStZ 1992, 135, 138), wobei jedoch nicht deutlich wird, welche Anforderungen insoweit gelten sollen.

Der Streitfall erfordert keine abschließende begriffliche Klärung. Die hier vorliegende Übereignung eines steuerpflichtig (an den Betreiber eines Supermarkts) vermieteten Grundstücks unter mit Zustimmung des Zwangsverwalters vollzogenen Eintritt der Kl. in den Mietvertrag ist jedenfalls als Erwerb eines Unternehmens i. S. v. § 75 Abs. 1 AO anzusehen. Maßgebend ist insoweit, daß die Gegenstände auf die Kl. übergegangen sind, die die wesentlichen Grundlagen der Vermietung waren, in die die Kl. eingetreten ist, und daß diese Gegenstände geeignet sind, auch die wesentlichen Grundlagen für die Fortsetzung der Vermietung durch die Kl. zu bilden (vgl. Senat, Urteil vom 9. 7. 1985 – VII R 126/80 – BFH/NV 1986, 65, 66).

Die hierin liegende Übereignung begründet die Haftung gem. § 75 AO. Im Streitfall ist aufgrund des Verzichts auf die Steuerbefreiung gem. § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG Umsatzsteuer angefallen, für die der Erwerber haftet. Dieses Ergebnis ist die zwangsläufige Folge der hier erklärten Besteuerungsoption (§ 9 UStG). Daß die Steuer ohne Besteuerungsoption nicht entstanden wäre, ist, auch im Hinblick auf den Umfang der Haftung, ohne Bedeutung; maßgebend ist die hier gewählte Gestaltung.

Von der Auffassung, daß die gewerbliche Vermietung eines Grundstücks als „Unternehmen“ in Betracht kommt, war der Senat bereits – wenn auch ohne Erörterung und ohne Auswirkung auf das Ergebnis – in seinem Urteil vom 13. 1. 1987 – VII R 47/85 (BFH/NV 1988, 1) ausgegangen, mit dem er die Vorentscheidung (FG Bremen EFG 1985, 426) bestätigt hatte, zwar darin, daß aus fallbezogenen Gründen keine Übereignung im ganzen vorliege, indessen unter stillschweigender Billigung des rechtlichen Ausgangspunkts der Vorinstanz – Annahme eines (Vermietungs-)„Unternehmens“. An dieser Auffassung ist auch unter Berücksichtigung der Stimmen festzuhalten, die für eine Eingrenzung des haftungsrechtlichen Unternehmensbegriffs eintreten. Erforderlich, aber auch ausreichend ist für die Haftung der Übergang einer „organischen Zusammenfassung von Einrichtungen . . .“ (nur dies besagt auch das von Schwarz, a.a.O., offenbar anders verstandene BFH-Urteil, BFHE 111, 17, 20 = BStBl. II 1974, 145). Was als solche anzusehen ist, hängt von der Eigenart des Geschäfts ab und läßt sich nicht – allgemein – für alle Fälle bestimmen (vgl. in diesem Zusammenhang auch BFH/NV 1992, 712, 714). Ebenso wie im Umsatzsteuerrecht (vorstehend Nr. 2) gilt auch hier, daß besondere Einrichtungen, die eine betriebliche Organisation i.S.d. Verkehrsauffassung kennzeichnen mögen, nicht zwingend vorauszusetzen sind.

Handelt es sich um die steuerpflichtige Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks, so können etwa die hierauf bezogenen Unterlagen und Belege (Vermietungs- und Steuerakten) genügen, sofern sich in deren Zusammenfassung die dem Vermietungs- oder Verpachtungsgeschäft gewidmeten Einrichtungen und Maßnahmen erschöpfen. Auch in diesen Fällen liegt der Übergang eines Unternehmens vor (auch eines „Betriebs“ als notwendiger kleinerer Einheit; vgl. Halaczinsky, a.a.O.), nicht nur der einer bloßen Vermögenssubstanz.

Auf die mit dem Erwerb verfolgte Absicht kommt es nicht an (BFHE 111, 17, 20). Zweck der Haftungsvorschrift ist es, die in dem Unternehmen als solchem liegende Sicherheit für die sich auf seinen Betrieb gründenden Steuerschulden durch den Übergang des Unternehmens nicht verlorengehen zu lassen (z. B. BFH/NV 1986, 65, 67).

Ob eine „Warnfunktion“ des Haftungstatbestands, wie sie Brune (a.a.O.) annimmt – vgl. das von ihm gebildete Beispiel des Erwerbs einer Eigentumswohnung, deren gewerbliche Zwischenvermietung dem Erwerber unbekannt ist –, in Sonderfällen zu einer einschränkenden Auslegung führen kann, braucht nicht entschieden zu werden. Im Streitfall war, wie sich aus den Feststellungen der Vorinstanz (Zahlung der Umsatzsteuer an den Veräußerer) ergibt, der Kl. die steuerpflichtige Vermietung

an T. bekannt. Wie schon das FG ausgeführt hat, hätte die Kl. zu ihrem Schutz einen Sicherheitseinbehalt in Höhe der Umsatzsteuer vereinbaren können.

4. Auch die übrigen Voraussetzungen der Haftung, die sich auf die Umsatzsteuer erstreckt, welche durch den mit der Unternehmensveräußerung bewirkten Umsatz entstanden ist (BFHE 135, 394 = BStBl. II 1982, 490), hat das FG rechtsfehlerfrei bejaht.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Steuerbegünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im eigenen Haus nach § 10 e EStG

(BMF, Schreiben vom 22. 10. 1993 – IV B 3 – S 2225 a – 218/93)

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich in Ergänzung zu den BMF-Schreiben vom 25. 10. 1990 – IV B 3 – S 2225 a – 115/90 – (BStBl. I, 626 = MittRhNotK 1990, 289) zur Anwendung des § 10 e EStG wie folgt Stellung:

I. Steuerbegünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im eigenen Haus nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG

Abgrenzung von Grundstücks- und Geldschenkung

(1) Hat der Eigentümer Geld geschenkt erhalten und damit eine Wohnung i.S.d. § 10 e EStG angeschafft oder hergestellt, hat er die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen (vgl. Abs. 5 des Bezugsschreibens). Dies gilt nicht im Falle einer mittelbaren Grundstücksschenkung. Eine mittelbare Grundstücksschenkung liegt vor, wenn im voraus eine klare und eindeutige Schenkungsabrede dahingehend getroffen ist, daß der Gegenstand der Schenkung ein ganz bestimmtes Grundstück und nicht etwa ein Geldbetrag sein soll (vgl. BFH BStBl. II 1992, 67; zur Abgrenzung zwischen Grundstücks- und Geldschenkung vgl. auch die gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 2. 11. 1989, BStBl. I, 443 [FinMin. NW MittRhNotK 1990, 59]).

Bemessungsgrundlage bei Fertigstellung von Teilen eines Gebäudes zu verschiedenen Zeitpunkten

(2) Wird bei der Errichtung eines gemischtgenutzten Gebäudes zunächst die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung fertiggestellt und werden erst danach die Teile des Gebäudes, die vermietet oder eigenbetrieblich genutzt werden sollen, fertiggestellt, sind die auf die noch nicht fertiggestellten Teile des Gebäudes entfallenden Kosten nicht in die Bemessungsgrundlage nach § 10 e Abs. 1 EStG einzubeziehen. Dies gilt auch für den entsprechenden Anteil am Grund und Boden. Wird zunächst ein vermieteter oder eigenbetrieblich genutzter Gebäudeteil und danach erst die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung fertiggestellt, sind nach Fertigstellung der eigengenutzten Wohnung die gesamten Herstellungskosten des Gebäudes und die Anschaffungskosten des Grund und Bodens auf die Gebäudeteile aufzuteilen. Die Bemessungsgrundlage wird nicht um die in Anspruch genommenen Abschreibungen gemindert, die auf die in die AfA-Bemessungsgrundlage einbezogenen Herstellungskosten der noch nicht fertiggestellten eigengenutzten Wohnung entfielen.

Instandhaltungsrückstellung

(3) Zu den Anschaffungskosten einer Eigentumswohnung gehört nicht der Teil des Kaufpreises, der auf die Übernahme der Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG entfällt (vgl. BFH BStBl. II 1992, 152 = MittRhNotK 1992, 328).

Erbfall

(4) Abweichend von Abs. 25 S. 1 des Bezugsschreibens kann der Gesamtrechtsnachfolger die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG bis zum Ende des Abzugszeitraums auch dann in Anspruch nehmen, wenn beim Erblasser eine Inanspruchnahme wegen der Objektbeschränkung i.S.d. § 10 e Abs. 4

S. 1 bis 3 EStG ausgeschlossen war (vgl. BFH-Urteil vom 4. 9. 1990, BStBl. II 1992, 69).

Der Erbe kann nicht ausgenutzte Abzugsbeträge des Erblassers nur dann nach § 10 e Abs. 3 EStG nachholen, wenn dem Erblasser die Nachholung zugestanden hätte.

Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung

(5) Zur Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung sind die im BMF-Schreiben vom 11. 1. 1993 (BStBl. I, 62) dargelegten Grundsätze anzuwenden. Hieraus ergeben sich für § 10 e EStG folgende Rechtsfolgen:

Steht eine Wohnung im Gesamthandseigentum einer Erbengemeinschaft, kann ein Miterbe bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, längstens jedoch bis zum Ende des Abzugszeitraums, die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG in Anspruch nehmen, wenn in seiner Person die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. Abs. 26 und 27 des Bezugsschreibens).

Erhält ein Miterbe nach Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft durch Realteilung eine Wohnung, deren Wert dem Wert seines Anteils am Nachlaß entspricht, kann er die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG bis zum Ende des Abzugszeitraums für die ganze Wohnung in Anspruch nehmen, wenn in seiner Person die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Wohnung dem Miterben bereits während des Bestehens der Erbengemeinschaft zur Nutzung überlassen worden ist. Ist dem Miterben die Wohnung bereits während des Bestehens der Erbengemeinschaft überlassen worden, so kann er in den Fällen des Abs. 26 des Bezugsschreibens auch für die Zeit des Bestehens der Erbengemeinschaft die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG für die ganze Wohnung in Anspruch nehmen. Voraussetzung dafür ist, daß die Miterben innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall eine Auseinandersetzungsvereinbarung treffen. Tz. 8 und 9 des BMF-Schreibens vom 11. 1. 1993, a.a.O., gelten entsprechend.

Beispiel 1:

A und B sind Miterben zu je $\frac{1}{2}$ nach dem am 1. 8. 1992 verstorbenen V. Zum Nachlaß gehören Wertpapiere im Wert von 380.000,- DM und ein von V am 1. 7. 1991 zum Preis von 380.000,- DM erworbenes Einfamilienhaus (Anschaffungskosten Haus: 280.000,- DM, Grund und Boden: 100.000,- DM). V war wegen Objektverbrauchs an der Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG gehindert. Seit dem Erbfall bewohnt A das Einfamilienhaus. Im Januar 1993 vereinbaren A und B die Auseinandersetzung, wonach A das Einfamilienhaus und B die Wertpapiere erhält. A kann 1992 bis 1998 die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG mit jährlich 16.500,- DM in Anspruch nehmen.

Beispiel 2:

Wie Beispiel 1, nur A und B setzen sich in 1994 auseinander. A kann für 1992 und 1993 als Miteigentümer die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG zur Hälfte in Anspruch nehmen. 1994 bis 1998 kann er als Alleineigentümer Abzugsbeträge i. H. von 16.500,- DM jährlich geltend machen.

Erhält ein Miterbe wertmäßig mehr, als ihm nach seiner Erbquote zusteht, und zahlt er dafür an die anderen Miterben eine Abfindung, so handelt es sich insoweit um ein Anschaffungsgeschäft, das zur Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG berechtigt. Soweit er die Wohnung seiner Erbquote entsprechend unentgeltlich erwirbt, kann er die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG des Erblassers fortführen, wenn in seiner Person die Voraussetzungen hierfür er-

füllt sind. Zum Objektverbrauch vgl. Abs. 39 des Bezugsschreibens.

Beispiel 3:

A und B sind Miterben zu je $\frac{1}{2}$ nach dem am 1. 6. 1992 verstorbenen V. Zum Nachlaß gehört ein Einfamilienhaus (Wert 800.000,- DM), das V am 1. 7. 1991 erworben hatte (Bemessungsgrundlage 600.000,- DM). Nach Erbauseinandersetzung in 1993 erhält der verheiratete A das Einfamilienhaus, das er bereits seit dem Erbfall bewohnt, und zahlt an B eine Abfindung i.H. von 400.000,- DM (Anteil Grund und Boden 50.000,- DM).

A kann folgende Abzugsbeträge in Anspruch nehmen:

- als Gesamtrechtsnachfolger von V

| | | |
|-----------|-------------------|-------------|
| 1992-1998 | 5% v. 300.000,- = | 15.000,- DM |
| | höchstens | 8.250,- DM |
 - als Erwerber des Miteigentumsanteils von B

| | | |
|-----------|--------------------|-------------|
| 1993-1996 | 6% von 375.000,- = | 22.500,- DM |
| | höchstens | 9.900,- DM |
- und
- | | | |
|-----------|-------------------|-------------|
| 1997-2000 | 5% v. 375.000,- = | 18.750,- DM |
| | höchstens | 8.250,- DM |

Objektverbrauch

(6) Überträgt ein Ehegatte seinen Miteigentumsanteil entgeltlich oder unentgeltlich auf den anderen Ehegatten in einem Veranlagungszeitraum, in dem die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen, tritt nach Abs. 38 des Bezugsschreibens für den übertragenden Ehegatten kein Objektverbrauch ein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Objekt während oder nach Ablauf des Abzugszeitraums übertragen wird.

II. Abzug von Aufwendungen vor der erstmaligen Nutzung zu eigenen Wohnzwecken nach § 10 e Abs. 6 EStG

Damnum

(7) Ein vor Beginn der erstmaligen Nutzung der eigenen Wohnung zu eigenen Wohnzwecken geleistetes Damnum ist im Veranlagungszeitraum der Zahlung in voller Höhe wie Sonderausgaben abzuziehen (vgl. Abs. 51 des Bezugsschreibens). Wird das Damnum der vertraglichen Vereinbarung entsprechend bereits vor Auszahlung des Darlehens entrichtet, ist dieser Zahlungszeitpunkt nur dann steuerlich anzuerkennen, wenn die Vorausleistung des Damnums wirtschaftlich sinnvoll ist. Ist ein Damnum nicht mehr als drei Monate vor Auszahlung der Darlehensvaluta oder einer ins Gewicht fallenden Teilauszahlung des Darlehens geleistet worden, kann davon ausgegangen werden, daß ein wirtschaftlich sinnvoller Grund besteht (vgl. BFH BStBl. II 1987, 492).

„Vergebliche“ Herstellungsaufwendungen

(8) Vorauszahlungen, für die keine Herstellungsleistungen erbracht worden sind (z. B. wegen Konkurses des Bauunternehmers), können nach § 10 e Abs. 6 EStG abgezogen werden (vgl. BFH - GrS - BStBl. II 1990, 830), wenn das Bauvorhaben realisiert worden ist, und das Objekt entsprechend der ursprünglichen Planung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird (vgl. BFH BStBl. II 1991, 916 und Abs. 56 des Bezugsschreibens). Eine „vergebliche“ Vorauszahlung kann erst in dem Veranlagungszeitraum wie Sonderausgaben abgezogen werden, in dem deutlich wird, daß sie ohne Gegenleistung bleibt und eine Rückzahlung nicht zu erwarten ist (vgl. BFH BStBl. II 1992, 805). Für den Entstehungszeitpunkt ist hingegen maßgeblich, wann die Leistung hätte erbracht werden sollen. Bei Herstellungsleistungen kann regelmäßig davon ausgegangen werden, daß diese vor Bezug hätten erbracht werden sollen.

Aufwendungen am Tag der erstmaligen Nutzung

(9) Zu Abs. 60 S. 3 des Bezugsschreibens wird klargestellt, daß Aufwendungen, die bis einschließlich des Tages der erst-

maligen Nutzung entstanden sind, auch dann abgezogen werden können, wenn die erstmalige Nutzung am Ersten eines Kalendermonats beginnt.

Teilentgeltlicher Erwerb

(10) Wird eine Wohnung teilentgeltlich erworben, können die vor Bezug entstandenen Aufwendungen nach § 10 e Abs. 6 EStG abgezogen werden, soweit sie auf den entgeltlich erworbenen Teil der Wohnung entfallen. Die Aufwendungen sind daher, soweit sie nicht - wie z. B. Schuldzinsen - eindeutig dem entgeltlichen oder unentgeltlichen Teil zugeordnet werden können, im Verhältnis des Entgelts (ohne Anschaffungsnebenkosten) zu dem Verkehrswert der Wohnung aufzuteilen (vgl. BFH-Urteil vom 24. 3. 1993, BStBl. II, 704).

III. Schuldzinsenabzug nach § 10 e Abs. 6 a EStG

(11) Der Stpfl. kann den Schuldzinsenabzug nach § 10 e Abs. 6 a EStG vornehmen, wenn er

- Abzugsbeträge für ein Objekt i.S.d. § 10 e Abs. 1 oder 2 EStG in Anspruch nimmt
- oder
- an der Inanspruchnahme von Abzugsbeträgen für ein solches Objekt allein wegen Überschreitens der Einkommensgrenze (Gesamtbetrag der Einkünfte) nach § 10 e Abs. 5 a EStG gehindert ist.

Ein unentgeltlicher Erwerb im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge berechtigt daher nicht zur Inanspruchnahme des Schuldzinsenabzugs.

Der Schuldzinsenabzug ist auch dann zulässig, wenn im Veranlagungszeitraum der Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 oder 2 EStG wegen der Nachholungsmöglichkeit nach § 10 e Abs. 3 S. 1 EStG nicht geltend gemacht wird. In der Geltendmachung des Schuldzinsenabzugs kommt in diesem Fall die Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung nach § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG zum Ausdruck.

Ist die Einkommensgrenze nach § 10 e Abs. 5 a EStG überschritten, tritt bei Inanspruchnahme des Schuldzinsenabzugs kein Objektverbrauch nach § 10 e Abs. 4 EStG ein.

Wirtschaftlich mit einem § 10 e-Objekt zusammenhängende Schuldzinsen

(12) Nach § 10 e Abs. 6 a EStG können Schuldzinsen abgezogen werden, die mit einem Objekt i.S. d. § 10 e Abs. 1 oder 2 EStG in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Schuldzinsen können auch dann abgezogen werden, wenn sie mit der Finanzierung eines vor dem 1. 10. 1991 angeschafften unbauten Grundstücks zusammenhängen.

In den Fällen des § 10 e Abs. 2 EStG sind allein die mit dem Ausbau oder der Erweiterung in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Schuldzinsen nach § 10 e Abs. 6 a EStG begünstigt.

(13) Zu den Schuldzinsen i.S.d. § 10 e Abs. 6 a EStG gehören neben den laufenden Schuldzinsen auch die Erbbauzinsen, das Damnum und die Geldbeschaffungskosten (z. B. Schätzungsgebühren, Gebühren für die Hypothekenvermittlung, Bürgschaftsgebühren, Bereitstellungsgebühren für Bankkredite, Notariatsgebühren), soweit sie nicht bereits nach § 10 e Abs. 6 EStG abgezogen werden können (vgl. Abs. 50 und 51 des Bezugsschreibens).

Schuldzinsenabzug beim Folgeobjekt

(14) Bei einem Folgeobjekt (§ 10 e Abs. 4 S. 4 EStG) kann der Stpfl. den Schuldzinsenabzug nur für die vom Erstobjekt verbliebenen Jahre des Abzugszeitraums nach § 10 e Abs. 1 EStG geltend machen.

Beispiel:

Der Stpfl. hat für ein 1988 hergestelltes Einfamilienhaus die Abzugsbeträge nach § 10 e EStG für die Jahre 1988 bis 1994 in Anspruch genommen. Ab 1. 6. 1994 bewohnt er ein im selben Jahr hergestelltes Folgeobjekt. Da der Stpfl. wegen § 10 e Abs. 4 S. 5 HS 2 EStG für das Folgeobjekt den Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG nur für 1995 abziehen kann, kann er den Schuldzinsenabzug auch nur für 1995 in Anspruch nehmen.

Nachholung des Schuldzinsenabzugs

(15) Soweit der Schuldzinsenabzug nicht in vollem Umfang im Jahr der Herstellung oder Anschaffung in Anspruch genommen werden kann, kann er nach § 10 e Abs. 6 a S. 2 EStG im dritten auf das Jahr der Herstellung der Anschaffung folgenden Jahr nachgeholt werden. Die Nachholung ist nur in Veranlagungszeiträumen und nur für Veranlagungszeiträume möglich, in denen der Stpfl. die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat. Eine Nachholung ist bis zur Höhe der im Nachholungsjahr gezahlten Schuldzinsen möglich. Sie ist nicht zulässig, soweit sich der Schuldzinsenabzug im Jahr der Herstellung oder Anschaffung mangels ausreichend hohem zu versteuerndem Einkommen nicht steuermindernd ausgewirkt oder der Stpfl. auf die Inanspruchnahme verzichtet hat.

Beispiel 1:

Der Stpfl. bezieht sein neu errichtetes Einfamilienhaus am 1. November 1992. Seine monatlichen Schuldzinsen betragen 1.200,- DM. Er kann die im November und Dezember 1992 entstandenen und gezahlten Schuldzinsen von insgesamt 2.400,- DM nach § 10 e Abs. 6 a EStG abziehen. In Höhe von (12.000,- DM - 2.400,- DM =) 9.600,- DM kann er den Schuldzinsenabzug nicht in Anspruch nehmen. Im Jahre 1995 zahlt der Stpfl. Schuldzinsen in Höhe von 10.000,- DM. Der Stpfl. kann für das Jahr 1995 Schuldzinsen in Höhe von 9.600,- DM abziehen.

Beispiel 2:

Der Stpfl. bezieht sein im Dezember 1992 fertiggestelltes Einfamilienhaus im Februar 1993. Für 1992 kommt ein Schuldzinsenabzug nach § 10 e Abs. 6 a EStG wegen fehlender Eigennutzung nicht in Betracht. Der Schuldzinsenabzug beschränkt sich auf die Jahre 1993 und 1994.

Nachholung beim Folgeobjekt

(16) Macht der Stpfl. den Schuldzinsenabzug für ein Folgeobjekt (§ 10 e Abs. 4 EStG) geltend, hat er die Nachholungsmöglichkeit auch dann nicht, wenn er im Jahr der Herstellung oder Anschaffung des Folgeobjekts nur wegen § 10 e Abs. 4 S. 5 HS 2 EStG noch nicht zur Inanspruchnahme von Abzugsbeträgen nach § 10 e Abs. 1 oder 2 EStG berechtigt war.

Teilweise Nutzung der Wohnung zu anderen als eigenen Wohnzwecken

(17) Werden Teile der Wohnung nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzt (z. B. Arbeitszimmer, andere gewerblich/beruflich genutzte oder vermietete Räume), sind die mit der Wohnung in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Schuldzinsen – nicht aber der Höchstbetrag – insoweit zu kürzen, als sie auf den nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzten Teil entfallen. Die Schuldzinsen sind grundsätzlich nach dem Verhältnis der Nutzflächen aufzuteilen (vgl. Abs. 21, 22 und 57 des Bezugsschreibens). Sie sind nicht zu kürzen, wenn Teile einer ansonsten zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung unentgeltlich zu Wohnzwecken überlassen werden (vgl. Abs. 23 des Bezugsschreibens).

Erbfall

(18) Geht eine zu einem Nachlaß gehörende Wohnung auf einen Erben über, kann dieser bis zum Ende des Abzugszeitraums nach § 10 e Abs. 6 a EStG den Schuldzinsenabzug in Anspruch nehmen, wenn in seiner Person die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. auch Abs. 4 und 5). Der Erbe kann den nicht ausgenutzten Schuldzinsenabzug des Erblassers nach § 10 e Abs. 6 a S. 2 EStG nachholen, soweit die Nachholung dem Erblasser zugestanden hätte. Erfüllen für den Veranlagungszeitraum des Erbfalls der Erblasser und der Erbe die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des § 10 e Abs. 6 a EStG, können die Schuldzinsen beim Erblasser bzw. beim Erben jeweils bis zu der Höhe berücksichtigt werden, in der sie

ihnen entstanden und von ihnen gezahlt worden sind. Übersteigen die Schuldzinsen insgesamt den Höchstbetrag von 12.000,- DM, kann der Erbe wählen, in welchem Umfang die Schuldzinsen für dieses Jahr beim Erblasser und bei ihm abzuziehen sind, höchstens jedoch bis zu der Höhe, in der sie ihm entstanden und von ihm gezahlt worden sind.

Miteigentümer

(19) Miteigentümer eines Einfamilienhauses oder einer Eigentumswohnung – mit Ausnahme von zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Ehegatten, die für die Ermittlung des Abzugsbetrags eine Einheit bilden (§ 26 b EStG) – können Schuldzinsen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile, höchstens jedoch bis zu dem Teil von 12.000,- DM abziehen, der ihrem jeweiligen Anteil entspricht (§ 10 e Abs. 6 a S. 3 EStG). Diese Aufteilung gilt unabhängig davon, ob alle Miteigentümer das Objekt zu eigenen Wohnzwecken nutzen bzw. von der Möglichkeit des Schuldzinsenabzugs nach § 10 e Abs. 6 a EStG Gebrauch machen.

(20) Bei Miteigentümern eines anderen Gebäudes ist § 10 e Abs. 6 a S. 3 EStG nur anzuwenden, wenn entweder der Miteigentumsanteil geringer ist als der Wert der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im Verhältnis zum Wert des Gebäudes, oder wenn mehrere Miteigentümer – mit Ausnahme von zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Ehegatten – eine Wohnung nutzen (vgl. Abs. 27 und 58 des Bezugsschreibens).

(21) Steht das Objekt im Miteigentum von Ehegatten, und erwirbt ein Ehegatte infolge Erbfalls den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten hinzu, kann der hinzuerwerbende Ehegatte die auf diesen Anteil entfallenden Schuldzinsen nach § 10 e Abs. 6 a EStG – unter Beachtung des Höchstbetrags – weiterhin abziehen, wenn bis zum Tod des einen Ehegatten die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorgelegen haben. Entsprechendes gilt, wenn während des Abzugszeitraums die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG aus anderen Gründen wegfallen, ein Ehegatte den Anteil des anderen Ehegatten an der Wohnung erwirbt und bei ihm noch kein Objektverbrauch eingetreten ist.

IV. Besonderheiten im Beitrittsgebiet

(22) Zur Anwendung des § 10 e EStG im Beitrittsgebiet vgl. Abs. 65 des Bezugsschreibens.

(23) Der bewertungsrechtlich im Beitrittsgebiet maßgebende Wohnungsbegriff für Wohngrundstücke, die vor dem 1. 1. 1994 errichtet worden sind (vgl. gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen vom 6. 11. 1991, BStBl. I, 968), ist nicht anzuwenden. Zum Wohnungsbegriff vgl. Abs. 8 und 9 des Bezugsschreibens.

(24) Ist der Grund und Boden im Beitrittsgebiet vor dem 23. 6. 1948 angeschafft worden, ist der zum 1. 1. 1935 festgestellte bzw. noch festzustellende Einheitswert des Grundstücks, soweit er auf den Grund und Boden entfällt, zuzüglich der Anschaffungskosten für den Grund und Boden, die nach dem 22. 6. 1948 entstanden sind, zur Hälfte in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Die nachträglichen Anschaffungskosten sind im Verhältnis zwei Mark der Währung der SBZ bzw. DDR gleich eine Deutsche Mark umzurechnen. Bei nach dem 22. 6. 1948 und vor dem 1. 7. 1990 angeschafftem Grund und Boden gelten die in der Währung der SBZ bzw. DDR aufgewendeten Anschaffungskosten, umgerechnet im Verhältnis zwei zu eins. Vorauszahlungen auf Anschaffungskosten des nach dem 30. 6. 1990 angeschafften Grund und Bodens sind ebenfalls in diesem Verhältnis umzurechnen.

(25) Bei Herstellung einer Wohnung im Beitrittsgebiet ist in entsprechender Anwendung des § 52 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 7, 10 D-Markbilanzgesetz i.d.F. vom 18. 4. 1991 eine am 1. 7. 1990 vorhandene Bausubstanz mit ihren Wiederherstellungs- oder

Wiederbeschaffungskosten zum 1. 7. 1990 anzusetzen. In diesem Fall bleiben Zahlungen auf die am 1. 7. 1990 vorhandene Substanz, auch wenn sie nach dem 30. 6. 1990 geleistet worden sind, bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage außer Ansatz. Soweit Herstellungsarbeiten nach dem 30. 6. 1990 durchgeführt, die Zahlungen dafür aber vor dem 1. 7. 1990 geleistet worden sind, sind die Aufwendungen im Verhältnis zwei zu eins in Deutsche Mark umzurechnen und in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

(26) Der Wohnungseigentümer kann die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG auch für eine Wohnung in Anspruch nehmen, die er nach dem 31. 12. 1990 auf einem Grundstück hergestellt hat, das ihm nach den §§ 287 ff. des Zivilgesetzbuches DDR vor dem Wirksamwerden des Beitritts zur Nutzung überlassen worden ist. Erwirbt er nachträglich den dazugehörigen Grund und Boden, können die hierfür anfallenden nachträglichen Anschaffungskosten nach Maßgabe des § 10 e Abs. 3 S. 2 EStG zur Hälfte in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Eine Begünstigung der Anschaffungskosten des nach dem 31. 12. 1990 erworbenen Grund und Bodens ist nicht möglich, wenn die Wohnung bereits vor dem 1. 1. 1991 angeschafft oder hergestellt worden ist.

V. Anwendungsregelung

(27) Dieses BMF-Schreiben ist in allen Fällen anzuwenden, in denen kein bestandskräftiger Steuerbescheid vorliegt. Soweit die Anwendung dieser Regelungen zu einer günstigeren Besteuerung gegenüber der bisherigen Verwaltungspraxis führt, können Abzugsbeträge, die in Veranlagungszeiträumen mit bestandskräftigem Steuerbescheid nicht ausgenutzt worden sind, nach Maßgabe des § 10 e Abs. 3 EStG nachgeholt werden.

Soweit die Anwendung der Regelungen zu Abs. 10 zu einer Verschärfung der Besteuerung gegenüber der bisher geltenden Verwaltungspraxis führt, ist dieses Schreiben nicht anzuwenden, wenn der Stpfl. das Objekt aufgrund eines Kaufvertrags angeschafft hat, der vor dem 1. 12. 1993 rechtswirksam abgeschlossen worden ist.

2. Steuerrecht/Erbschafts-/Schenkungsteuer – Behandlung von Erwerbsnebenkosten

(FinMin. NW, Erlaß vom 16. 9. 1993 – S 3810 – 21 – V A 2/S 3810 – 13 – V A 2)

Bei Schenkungen unter Lebenden können im Zusammenhang mit der Ausführung der Zuwendung zwangsläufig Kosten anfallen (z. B. Notarkosten). Während für Erwerbe von Todes wegen die Abzugsfähigkeit der Kosten, die dem Erwerber im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs entstehen, in § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG gesetzlich geregelt ist, fehlt für Schenkungen eine entsprechende gesetzliche Regelung.

Die Kosten, die im Zusammenhang mit der Ausführung einer Schenkung entstehen, sind bei der Ermittlung des Werts des steuerpflichtigen Erwerbs wie folgt zu behandeln:

1. Allgemeine Erwerbsnebenkosten (Kosten der Rechtsänderung)

Die allgemeinen Erwerbsnebenkosten, wie z. B. für Notar, Grundbuch oder Handelsregister, entstehen erst durch die

Schenkung. *Trägt der Beschenkte diese Kosten*, handelt es sich hierbei um Folgekosten der Schenkung, die keine Gegenleistung für das übertragene Vermögen darstellen. Die Kosten sind vom Steuerwert der Zuwendung abzuziehen. Im Fall einer gemischten Schenkung gilt dies, soweit die Kosten anteilig auf den unentgeltlichen Teil der Zuwendung entfallen. *Trägt der Schenker diese Kosten*, handelt es sich um eine zusätzliche Schenkung, die die Bereicherung des Beschenkten entsprechend erhöht.

2. Steuerberatungskosten für die Erstellung der Schenkungsteuererklärung

Diese Kosten stehen zwar nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem schenkweise zugewendeten Vermögen. Sie fallen jedoch an, weil die Beteiligten durch § 31 ErbStG zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet sind. Dies gilt auch für die Kosten, die in einem sich anschließenden Rechtsbehelfsverfahren oder einem finanzgerichtlichen Verfahren anfallen. *Trägt der Beschenkte diese Kosten*, sind sie vom Steuerwert der Zuwendung abzuziehen. Da sie stets nur den unentgeltlichen Teil der Zuwendung betreffen, gilt dies uneingeschränkt auch im Fall einer gemischten Schenkung. *Trägt der Schenker diese Kosten*, handelt es sich um eine zusätzliche Schenkung, die die Bereicherung des Beschenkten entsprechend erhöht.

3. Grunderwerbsteuer

Fällt im Zusammenhang mit einer gemischten Grundstücksschenkungen GrESt an, betrifft sie stets nur den entgeltlichen Teil der Zuwendung (vgl. § 3 Nr. 2 GrEStG). Ein Abzug bei der Ermittlung des Werts des steuerpflichtigen Erwerbs ist ausgeschlossen. *Trägt der Schenker diese Kosten*, handelt es sich um eine zusätzliche Geldschenkung.

4. Schenkungsteuer

Die Behandlung der Schenkungsteuer ist in § 10 Abs. 2 und 8 ErbStG abschließend geregelt.

5. Außergewöhnliche Unterhaltskosten nach dem Denkmalschutzgesetz (Überlast)

Die außergewöhnlichen Unterhaltslasten nach dem Denkmalschutzgesetz (Überlast) sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs i.S.d. § 10 Abs. 1 ErbStG zu berücksichtigen, wenn der Grundbesitz oder ein Teil des Grundbesitzes nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG steuerfrei ist oder der Erwerber auf die Steuerfreiheit verzichtet hat (§ 13 Abs. 3 S. 2 ErbStG).

Bei der schenkungsweisen Übertragung von Grundbesitz ist die Übernahme dieser Überlast – zusammen mit dem belasteten Grundstück – wie eine Leistungsaufgabe zu behandeln. Sie kann deshalb nur nach den Grundsätzen über die Ermittlung des Steuerwerts bei gemischten Schenkungen und Schenkungen unter Leistungsaufgabe der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 9. 11. 1989 (BStBl. I 1989, 445 = DB 1989, 2355) berücksichtigt werden.

Dieser Erlaß ist im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen.