

# 4 MittBayNot

Begründet 1864

Juli/August 2004

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Brandt*: Vertragsfreiheit bei Eheverträgen? 221

*Spiegelberger*: Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge 228

*Schubert*: Neue Umsatzsteuervorschriften und ihre Bedeutung für den Notar 237

*Kirchner/Eberle*: Automatisierte elektronische Registrierung im Zentralen Register für Vorsorgeurkunden der Bundesnotarkammer 242

## Rechtsprechung

Verfassungsmäßigkeit des Ausgleichsleistungsgesetzes (BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02) 250  
mit Anmerkung *Knapp* 252

Öffnungsklausel und Zustimmung dinglich berechtigter Dritter (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.1.2004, I-3 Wx 329/03) 263

Verbindung zweier Wohnungen mit einem Miteigentumsanteil (LG Passau, Beschluss vom 10.11.2003, 2 T 159/03) 264  
mit Anmerkung *Westermeier* 265

Pflicht zum Erlass einer Zwischenverfügung statt Antragszurückweisung bei berechtigtem Interesse des Antragstellers (LG Ingolstadt, Beschluss vom 19.1.2004, 1 T 66/04) 266

Verfassungswidrigkeit der Regelung zur Ehenamensbestimmung in einer neuen Ehe (nur Leitsatz) (BVerfG, Urteil vom 18.2.2004, 1 BvR 193/97) 267  
mit Anmerkung *Seeger* 267

Inhaltskontrolle von Eheverträgen (BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02) 270  
mit Anmerkung *Brandt* 278

Sittenwidrigkeit einer Firmenbestattung (AG Memmingen, Beschluss vom 2.12.2003, HRB 8361) 292

Belehrungspflichten des Notars bei ungesicherter Vorleistung (BGH, Urteil vom 12.2.2004, III ZR 77/03) 294

Unwirksamkeit einer nicht dem Zitiergebot entsprechenden Kostenrechnung (LG Arnsberg, Beschluss vom 10.3.2003, 2 T 44/02) 303

## Inhalt

### Aufsätze

- Brandt*: Vertragsfreiheit bei Eheverträgen? **221**  
*Spiegelberger*: Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge **228**  
*Schubert*: Neue Umsatzsteuervorschriften und ihre Bedeutung für den Notar **237**  
*Kirchner/Eberle*: Automatisierte elektronische Registrierung im Zentralen Register für Vorsorgeurkunden der Bundesnotarkammer **242**

### Buchbesprechungen

- Hettler/Stratz/Hörtnagl: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf (*Weigl*) **244**  
Schöner/Stöber: Grundbuchrecht, 13. Aufl. (*Frank*) **245**  
Steup: Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung (*Fembacher*) **246**  
Burandt/Franke: Unternehmertestament; Kössinger: Das Testament Alleinstehender (*Worthmann*) **247**  
Köbler/Peters: Who's who im deutschen Recht (*Krebs*) **249**

## Rechtsprechung

### Bürgerliches Recht

#### Allgemeines

1. Verfassungsmäßigkeit des Ausgleichsleistungsgesetzes (BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02) **250**  
mit Anmerkung *Knapp* **252**
2. Genehmigungspflicht bei Grundstückserwerb durch den Sozialversicherungsträger (BGH, Urteil vom 28.11.2003, V ZR 123/03) **255**
3. Abrechnung der Betriebskosten nach Eigentumswechsel (BGH, Urteil vom 3.12.2003, VIII ZR 168/03) **257**

#### Sachen- und Grundbuchrecht

4. Eigentumsrechtliche Zuordnung durch Grundstücksteilung geteilter Räume (BGH, Urteil vom 10.10.2003, V ZR 96/03) **258**
5. Gesamterbbaurecht an nahe beieinander liegenden Grundstücken (BayObLG, Beschluss vom 1.9.2003, 2Z BR 144/03) **260**
6. Vermutung der Vertretungsbefugnis bei gesiegeltem Schreiben der Gemeinde (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.11.2003, I-3 Wx 312/03) **261**
7. Bestimmbarkeit der Höhe der Leistung für Eintragung einer Reallast genügend (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.1.2004, I-3 Wx 262/03) **262**

## Inhalt (Fortsetzung)

8. Öffnungsklausel und Zustimmung dinglich berechtigter Dritter  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.1.2004, I-3 Wx 329/03) **263**
9. Verbindung zweier Wohnungen mit einem Miteigentumsanteil  
(LG Passau, Beschluss vom 10.11.2003, 2 T 159/03) **264**  
mit Anmerkung *Westermeier* **265**
10. Pflicht zum Erlass einer Zwischenverfügung statt Antragszurückweisung  
bei berechtigtem Interesse des Antragstellers  
(LG Ingolstadt, Beschluss vom 19.1.2004, 1 T 66/04) **266**

### Familienrecht

11. Verfassungswidrigkeit der Regelung zur Ehenamensbestimmung  
in einer neuen Ehe (*nur Leitsatz*)  
(BVerfG, Urteil vom 18.2.2004, 1 BvR 193/97) **267**  
mit Anmerkung *Seeger* **267**
12. Inhaltskontrolle von Eheverträgen  
(BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02) **270**  
mit Anmerkung *Brandt* **278**

### Erbrecht

13. Zur Auslegung eines Testaments mit rechtlich unzulässigem Inhalt  
(BayObLG, Beschluss vom 8.12.2003, 1Z BR 107/02) **282**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Zulässigkeit so genannter All-Klauseln im Ausgliederungsvertrag  
(BGH, Urteil vom 8.10.2003, XII ZR 50/02) **285**
15. Kreditgewährung an Gesellschafter als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen  
(BGH, Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01) **287**
16. Beseitigung der Anfechtbarkeit eines Erstbeschlusses durch Bestätigungsbeschluss  
(BGH, Urteil vom 15.12.2003, II ZR 194/01) **289**
17. Den Nominalbetrag des Stammkapitals überschreitender Wert der Sacheinlage  
als Gesellschafterdarlehen  
(LG München I, Beschluss vom 18.12.2003, 17HK T 21706/03) **291**
18. Sittenwidrigkeit einer Firmenbestattung  
(AG Memmingen, Beschluss vom 2.12.2003, HRB 8361) **292**

### Beurkundungs- und Notarrecht

19. Belehrungspflichten des Notars bei ungesicherter Vorleistung  
(BGH, Urteil vom 12.2.2004, III ZR 77/03) **294**
20. Wirksamkeit von Verwaltungsakten der Notarkasse  
(BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 16/03) **296**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

21. Nur ordnungsgemäße Kostenrechnung unterbricht Verjährung  
(BayObLG, Beschluss vom 22.12.2003, 3Z BR 226/03) **298**
22. Vorrang der Vollzugspflicht gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht des Notars  
wegen nicht bezahlter Kosten  
(OLG Naumburg, Beschluss vom 29.1.2003, 1 U 71/02) **299**
23. Verjährung der Kostenforderung nach Zustellung der Kostenberechnung  
(KG, Beschluss vom 23.9.2003, 1 W 103/01) **300**
24. Unwirksamkeit einer nicht dem Zitiergebot entsprechenden Kostenrechnung  
(LG Arnsberg, Beschluss vom 10.3.2003, 2 T 44/02) **303**

### Öffentliches Recht

25. Keine Pflicht zur Duldung von Kabelanlagen (*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 51/03) **305**
26. Kein Kontrahierungszwang aus Planfeststellungsbeschluss  
(BGH, Urteil vom 24.10.2003, V ZR 424/02) **305**

### Steuerrecht

27. Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen  
(BFH, Beschluss vom 12.5.2003, GrS 1/00) **306**
28. Übergabe eines Betriebs ohne positiven Substanzwert oder Ertragswert  
(BFH, Beschluss vom 12.5.2003, GrS 2/00) **310**

### Hinweis für die Praxis

Entscheidung der Kommission vom 13.3.2001 zum Grundstücksverkauf  
der Stadt Rostock an Sixt **314**

### Standesnachrichten 315

### Sonstiges III



Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse  
tätigen Notare und Notarassessoren  
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notare  
Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal  
Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München  
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Vertragsfreiheit bei Eheverträgen?

Von Notarin *Eva Maria Brandt*, Friedberg<sup>1</sup>

#### A. Vorbemerkungen

„Wie ein Paukenschlag“, so schrieb *Münch* in den *MittBayNot*,<sup>2</sup> haben die Urteile des BVerfG aus dem Jahr 2001 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und eine Entscheidung zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit aus dem Jahr 2002 auf die bis dahin gefestigte familienrechtliche Rechtsprechung des BGH gewirkt. In der Zwischenzeit gibt es eine Flut von zustimmenden und ablehnenden Kommentaren aus der Wissenschaft, der anwaltlichen und notariellen Praxis und auch aus der Justiz zu diesen Entscheidungen und ihren – angeblichen oder tatsächlichen – Konsequenzen, von leidenschaftlicher Zustimmung bis zu ebenso leidenschaftlicher Ablehnung.<sup>3</sup> Mittlerweile liegt auch eine Reihe von Entscheidungen der Fachgerichte vor, die diesen Paukenschlag umzusetzen versuchen. Besonders deutlich vernehmbar ist in diesem Chor die Entscheidung des OLG München (Zivilsenat Augsburg) vom 1.10.2002,<sup>4</sup> die dem BGH zur Revision vorliegt.<sup>5</sup>

Ist nun durch diese Paukenschläge des BVerfG tatsächlich unsere Arbeit als Zivilrechtsgestalter aus dem Takt gekommen? Oder haben sie uns vielleicht den richtigen Takt wieder in Erinnerung gerufen? Haben die Fachgerichte das Ent-

scheidende oder das Entschiedene umgesetzt? Oder mehr? Oder weniger? Oder anderes? Ist die Reaktion von Presse und Fachwelt tatsächlich „desaströs“<sup>6</sup>?

Ich möchte versuchen, die Konsequenzen dieser Rechtsprechung des Verfassungsgerichts und des Echos, das sie in der Rechtsprechung der Fachgerichte gefunden haben, kurz darzustellen und die neuen oder alten Grenzen bei der Gestaltung von Eheverträgen auszuleuchten.

#### B. Ehemalige Rechtsprechung des BGH

Nach ehemals ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>7</sup> deckt die Ehevertragsfreiheit grundsätzlich eine präventive Freizeichnung von allen gesetzlichen Scheidungsfolgen ab. Schutz davor, dass ein Ehevertrag aus Unerfahrenheit oder Gesetzesunkenntnis geschlossen wird, sollte die aus § 17 BeurkG folgende Belehrungspflicht des Notars bieten. Eine Inhaltskontrolle fand nicht statt. § 138 BGB wurde – streng auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses begrenzt – äußerst restriktiv gehandhabt.

Dreh- und Angelpunkt der Argumentation des BGH war die Eheschließungsfreiheit: Da der Ehemann von der Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters hätte zurückziehen können, kann von einer zu missbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage der Ehefrau nicht ausgegangen werden. Diese harte, aber rechtssichere Linie des BGH wird bei Betreuungsbedürftigkeit gemeinsamer Kinder für begrenzte Zeit unter Berufung auf § 242 BGB abgemildert, d. h. Inhaltskontrolle als Ausübungskontrolle, wenn das Kindeswohl den Bestand der Un-

<sup>1</sup> Der Beitrag stellt die um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags bei der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e.V. am 18.10.2003 in Würzburg dar.

<sup>2</sup> 2003, 107.

<sup>3</sup> Eher zustimmend *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337; *Schwab*, FamRZ 2001, 349; *Schubert*, FamRZ 2001, 733; *Maier*, NJW 2002, 3359; ablehnend *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272; *Grziwotz*, FamRB 2002, 26.

<sup>4</sup> 4 UF 7/02; hierzu *Münch*, MittBayNot 2003, 107.

<sup>5</sup> Mittlerweile mit Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270 mit Anm. *Brandt* (in diesem Heft), an das OLG zurückverwiesen.

<sup>6</sup> *Langenfeld*, DAI Skript zur 1. Jahresarbeitstagung des Notariats vom 18.–20.9.2003 in Würzburg (künftig: Jahresarbeitstagung), 108.

<sup>7</sup> Etwa NJW 1997, 126; 1997, 192; FÜR 2002, 441.

terhaltungspflicht fordert. Eine inhaltliche ex-post-Kontrolle zum Schutz der Ehefrau fand nicht statt. Dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht war seit langem vorgeworfen worden, sie habe die in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu Ehegatten- und Familienbürgschaften postulierte Bedeutung „materialer Ethik sozialer Verantwortung“ nie thematisiert. Dort – wie auch im Arbeits- und im Gesellschaftsrecht – war die „Materialisierung“ der Privatautonomie zum Schutz des schwächeren Partners seit Jahrzehnten ein Thema.<sup>8</sup>

„Ist der Inhalt des Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: ‚Vertrag ist Vertrag‘. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und ggf. im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren haben und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum lässt. Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährung der Privatautonomie kommt aber dann in Betracht, wenn das Problem der gestörten Vertragsautonomie gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird.“<sup>9</sup>

Demgegenüber bekräftigte der BGH in dem uns interessierenden Bereich noch 1996<sup>10</sup> ein nahezu ungebrochenes Vertrauen in die volle Vertragsfreiheit, verstanden im Sinne einer fast unbegrenzten Vertragsfreiheit.

### C. Grundsätzliche Neuausrichtung in der Rechtsprechung des BVerfG

Die Leitentscheidungen des BVerfG datieren aus dem Jahr 2001 zur Inhaltskontrolle, insbesondere bei Unterhaltsvereinbarungen, aus dem Jahr 2002 zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung des nahehelichen Unterhalts und dem daraus folgenden Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten und aus dem Jahr 2003 zur Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf das Recht des Versorgungsausgleichs. Ich möchte auf diese vier Urteile etwas ausführlicher eingehen, weil ich Ihre Aufmerksamkeit nicht nur auf die Ergebnisse, sondern auch auf die Argumentationsweise des Verfassungsgerichts, vor allem auch auf die von ihm geprägte Begrifflichkeit, lenken möchte.

#### I. BVerfG, Urteil vom 6.2.2001<sup>11</sup>

Gegenstand des Urteils vom 6.2.2001 – des ersten der Paukenschläge – war eine privatschriftliche Vereinbarung zum Unterhaltsausschluss der Ehepartner und eine teilweise Freistellungsverpflichtung der Frau hinsichtlich des Kindesunterhalts. Das OLG hatte die Freistellungsvereinbarung für wirksam erachtet und die Mutter verurteilt.

Das BVerfG stellt fest, dass Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG über die zivilrechtlichen Generalklauseln Schutz vor unangemessener Benachteiligung durch den Ehevertrag gewährt. Vertragsfreiheit setzt nämlich voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Ist jedoch aufgrund einer besonders einseitigen

Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, so ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.

Dies gilt auch für Eheverträge. Verfassungsrechtlich geschützt ist (durch Art. 6 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG) eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen. Grenzen muss der Staat dort setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. In solchen Fällen gestörter Vertragsparität müssen die Gerichte über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehepartners den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle unterziehen und ggf. korrigieren. Letzteres ist nicht neu, sondern greift die Entscheidung zur Verwandtenbürgschaft auf. Neu ist allerdings der ausdrückliche Bezug auf Art. 3 Abs. 2 GG.

Die Ehevertragsfreiheit steht einer solchen Inhaltskontrolle nicht entgegen. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung.

Vertragliche Disparität gibt Anlass zur Inhaltskontrolle. Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrags ist ein Indiz hierfür. Die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Vertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit sind weitere maßgebliche Faktoren, die im Einzelfall eine Unterlegenheit ausgleichen können, auch wenn im Ehevertrag gesetzliche Rechtspositionen abbedungen werden.

Wenn aber auch der Inhalt des Ehevertrages eine solche Unterlegenheitsposition der nicht verheirateten Schwangeren zum Ausdruck bringt, wird die Schutzbedürftigkeit offenkundig. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag die Schwangere einseitig belastet und ihre Interessen keine angemessene Berücksichtigung finden.<sup>12</sup> Ob die vertraglichen Vereinbarungen die Frau deutlich mehr belasten als den Mann, hängt wesentlich davon ab, welche familiäre Konstellation die Vertragspartner anstreben und ihrem Vertrag zu Grunde legen. Verzichten die Ehepartner etwa gegenseitig auf naheheliche gesetzliche Unterhaltspflichten, so liegt darin bei Ehen, in denen beide Partner einer etwa gleichwertigen Berufstätigkeit nachgehen und sich Haus- und Familienarbeit teilen, keine ungleiche Belastung. Sieht die Lebensplanung der Partner jedoch vor, dass sich einer der beiden unter Aufgabe einer Berufstätigkeit im Wesentlichen der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmet, so bedeutet der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt eine Benachteiligung der Person, die sich der Betreuung des Kindes und der Arbeit im Haus gewidmet hat. Je mehr im Ehevertrag gesetzliche Rechte abbedungen oder zusätzliche Pflichten übernommen werden, desto mehr kann sich dieser Effekt einseitiger Benachteiligung verstärken.

Das im Ehevertrag enthaltene Eheversprechen – mit den Statusvorteilen während bestehender Ehe – wiegt die einseitige Belastung eines Vertragspartners nicht auf.<sup>13</sup> In ihrer Entscheidung, ob sie eine Ehe eingehen wollen, sind die Vertragspartner frei. Entschließen sie sich dafür, bringt die Ehe

<sup>8</sup> Dauner-Lieb, AcP 2001, 297, 301 m. w. N.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 1994, 36, 39 li. Sp. (Bürgschaften).

<sup>10</sup> NJW 1997, 192.

<sup>11</sup> NJW 2001, 957 ff.

<sup>12</sup> Vgl. NJW 1994, 36.

<sup>13</sup> Das sehen die Instanzgerichte zum Teil noch anders.

beiden Rechte wie auch Pflichten und verteilt sie gleichermaßen auf Mann und Frau, deren Leistungen, die sie füreinander erbringen, gleichrangig sind.

Im entschiedenen Fall war auch Art. 6 Abs. 2 GG relevant, weil es um Freistellung vom Kindesunterhalt ging. Art. 6 Abs. 2 GG setzt den vertraglichen Abreden von Eltern im Interesse des Kindeswohls Grenzen. Eine den Interessen des Kindes entsprechende Betreuung und ein den Verhältnissen beider Eltern angemessener Barunterhalt müssen im Scheidungsfall sichergestellt sein.

## II. BVerfG, Beschluss vom 29.3.2001<sup>14</sup>

Mit der vorgenannten Entscheidung vom 6.2.2001 hatte das BVerfG bereits vorgearbeitet für den Beschluss vom 29.3.2001. Zum Sachverhalt: Die Frau hat bereits ein schwerbehindertes Kind aus einer früheren Beziehung und geht deshalb keiner Erwerbstätigkeit nach. Sie vereinbart im notariellen Ehevertrag einen Totalausschluss aller gesetzlichen Scheidungsfolgen, als sie ihr zweites Kind erwartet. Der Vertrag war absolute Bedingung des Mannes für die Eheschließung.

Das OLG verneint die Sittenwidrigkeit, korrigiert – für uns voraussehbar – gemäß § 242 BGB und spricht den notwendigen Unterhalt zu. Darüber hinausgehende Ansprüche verneint es, da sie eine Verpflichtung des Ehemannes zur Eheschließung ohne Totalausschluss implizierten, was ein verfassungsrechtlich nicht vertretbarer Eingriff in die Lebensplanung des Ehemannes wäre.

Das BVerfG nimmt ausdrücklich Bezug auf die Entscheidung vom 6.2.2001 und wiederholt, dass Eheverträgen dort Grenzen zu setzen sind, wo sie nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Das Gericht differenziert – anders, als bei der ersten Entscheidung noch zu hoffen war – nicht nach formfreien und formgebundenen, hier notariell beurkundeten, Verträgen.

Die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB rettet den Vertrag nicht, da sie allein auf das Kindeswohl rekurriert, nicht jedoch die Situation der Frau würdigt. Die Freiheit der Lebensplanung des Ehemannes – seine Eheschließungsfreiheit – eröffnet nicht die Freiheit zu einer unangemessenen einseitigen vertraglichen Interessendurchsetzung.

## III. BVerfG, Beschluss vom 5.2.2002:<sup>15</sup> Zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2.2002 schließt an die BGH-Entscheidung vom 13.6.2001 zum Wechsel von der Anrechnungs- zur Differenzmethode bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts an. Eheverträge waren in den entschiedenen Fällen, soweit ersichtlich, nicht geschlossen worden. Trotzdem sind die Entscheidungen für die Frage nach der Reichweite der Inhaltskontrolle bei Eheverträgen bedeutsam, weil sowohl der BGH wie auch das BVerfG Begriffsmuster definieren, die in den Folgeentscheidungen vor allem auch der Fachgerichte zur Inhaltskontrolle ehevertraglicher Regelungen ganz unterschiedlicher Art mit mehr oder weniger Begründung – oder an Stelle einer Begründung – immer wieder auftauchen.

<sup>14</sup> MittBayNot 2001, 485.

<sup>15</sup> NJW 2002, 1185.

Der BGH führte hierzu aus, „angesichts des Wandels der sozialen Wirklichkeit seit Einführung der Eherechtsreform“ sei das als ungerecht empfundene Ergebnis der Unterhaltsberechnung nach der Anrechnungsmethode verstärkt in das Blickfeld geraten. Diese trage dem gewandelten Ehebild nicht mehr angemessene Rechnung. Nach heutigem Eheverständnis regeln die Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen und unter Rücksichtnahme auf die jeweiligen Belange des anderen und der Familie die Frage, wer von ihnen erwerbstätig sein und wer – ganz oder überwiegend – die Haushaltsführung übernehmen soll. Der BGH betont aber noch den Grundsatz der nachehelichen wirtschaftlichen Eigenverantwortung (§ 1569 BGB), der durch das Unterhaltsrecht (§ 1573 II BGB – Aufstockungsunterhalt) verfassungskonform eingeschränkt werde.<sup>16</sup>

Das BVerfG wiederholt in seinem Beschluss ein weiteres Mal, Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG schützen die Ehe als Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner, in der die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung bestimmten.<sup>17</sup> Da ihnen gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zukomme, seien auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen. Diese – von der ökonomischen Bewertung der Beiträge unabhängige – Gleichwertigkeit führe zu einem grundsätzlichen Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen sei. Dies gelte nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfalte seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens.<sup>18</sup> Dem entsprächen die gesetzlichen Regelungen über Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich, insbesondere auch die unterhaltsrechtliche Beziehung geschiedener Eheleute.<sup>19</sup>

Das BVerfG betont wiederum das Recht der Ehegatten, ihre eheliche Beziehung frei und in gemeinsamer gleichberechtigter Entscheidung zu gestalten.<sup>20</sup> Der mit der Entscheidung über Erwerbs- oder Familienarbeit verbundene Verzicht zum Nachteil eines Ehegatten habe seine Begründung in der Ehe. Ende sie durch Scheidung, werde ihm der Grund entzogen. Halte man den Ehegatten daran fest, so weise man ihm allein die finanziellen Nachteile zu, die auf Grund der gemeinsamen Entscheidung in der Ehe beide Ehegatten zu tragen haben. Im Übrigen zieht auch das BVerfG die gewandelte Ehwirklichkeit, das Ausbildungs-, Erwerbs- und Familiengründungsverhalten von Frauen zur Begründung eines nunmehr vorherrschenden Ehebildes heran, das auf Vereinbarkeit von Beruf und Familie setzt, bei dem nur noch in der Phase aktiver Elternschaft der Typus der Versorgerehe weitgehend erhalten geblieben ist: typische Doppelverdienerehe mit zeitweiliger Aussetzung der Berufstätigkeit wegen der Kinderbetreuung.<sup>21</sup>

## IV. BVerfG, Kammerbeschluss vom 20.5.2003<sup>22</sup>

Die vorläufig letzte Perle in der Kette ist der Kammerbeschluss vom 20.5.2003. Auch dieser Entscheidung zum Ver-

<sup>16</sup> MittBayNot 2001, 397, 400.

<sup>17</sup> NJW 2002, 1185.

<sup>18</sup> NJW 2002, 1186.

<sup>19</sup> Anderer Ansicht *Scholz*, FamRZ 2002, 733, der die gesetzlichen Regelungen für nicht verfassungskonform hält.

<sup>20</sup> Es wird nicht danach differenziert, ob dies durch Vertrag oder rein tatsächlich ohne ausdrückliche Regelungen erfolgen soll.

<sup>21</sup> NJW 2002, 1187.

<sup>22</sup> NJW 2003, 2819.

sorgungsausgleich (bzw. zur Härteklause) steht die These von der Ehe als Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner voraus, die von Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG geschützt werde. Im Übrigen wiederholt das BVerfG die Idee vom Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe, die es in der vorgenannten Entscheidung zum Unterhaltsrecht entwickelt hat, ohne allerdings nochmals im Einzelnen darauf einzugehen. Das BVerfG begreift den Anspruch auf Versorgungsausgleich als Fortsetzung des Unterhaltsanspruches, für den dann konsequenterweise dieselben Regeln gelten.

Auch in dieser Entscheidung geht es nicht unmittelbar um Eheverträge oder Inhaltskontrolle. Für richtungsweisend halte ich sie aber, weil das BVerfG mit den gleichen Begriffsmustern und allgemeinen Gerechtigkeitsabwägungen argumentiert wie bei den Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen.

## V. Zusammenfassende Würdigung der Entscheidungen

1. Inhaltskontrolle findet im Bereich der Eheverträge nach diesem neuen Konzept des BVerfG immer statt. Geprüft wird an Hand von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG, ob der Vertrag „Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist oder eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt“. Das BVerfG sieht durch das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG nur ein ganz bestimmtes Bild der Ehe geschützt und will diesem über den Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 zu möglichst umfassender Geltung verhelfen.

2. Das geht deutlich über eine „normale“ Prüfung zivilrechtlich geschlossener Verträge an Hand der Generalklauseln der §§ 138 und 242 BGB hinaus, weil das Gericht aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einen Auftrag zur aktiven Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau ableitet.

3. Ehevertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie ja, aber nur soweit das Ergebnis „Ausdruck gleichberechtigter Lebenspartnerschaft“ ist.

4. Eine klare Absage erteilt das BVerfG der vom BGH über lange Zeit vertretenen These, aus der Eheschließungsfreiheit, die Art. 6 Abs. 1 GG schützt, folge eine unbegrenzte Ehevertragsfreiheit: Weil niemand zur Eheschließung gezwungen ist, könne er die Bedingungen festlegen, unter denen er zur Eheschließung bereit ist, d. h. für den Fall der Scheidung bestimmte Verpflichtungen einschränken oder ganz ausschließen. Hierzu hat Bundesverfassungsrichterin *Hohmann-Dennhardt* anlässlich der 1. Notarrechtlichen Arbeitstagung am 18.9.2003 in Würzburg ausgeführt: „Die Eheschließungsfreiheit erhebt sich über jeglichen moralischen Druck, und sofern es ihm geben sollte, garantiert Art. 6 Abs. 1 GG, dass ihm nicht Folge geleistet werden muss. Allein hieraus den Schluss zu ziehen, dass die Nichtjustiziabilität der Entscheidung für und gegen eine Ehe auch den Inhalt des Ehevertrages der richterlichen Kontrolle entzieht, klammert aber aus, dass der Ehevertrag den Entschluss zur Ehe voraussetzt und seine Wirkung erst dann entfalten kann, wenn dieser Entschluss auch umgesetzt ist.“<sup>23</sup> Außer Betracht bleibt dabei leider, dass die Entscheidung für die Ehe nicht im luftleeren Raum steht, sondern die Wirksamkeit bestimmter ehevertraglicher Vereinbarungen voraussetzen mag. Das Gesetz erlaubt eben auch Eheverträge

vor Eheschließung. Da die Nichtigkeit ehevertraglicher Regelungen nicht zur Nichtigkeit der Ehe als solcher führen kann – § 139 BGB ist leider nicht anwendbar –, ist die Eheschließungsfreiheit mittelbar eben doch betroffen, wenn eine Person, die ausdrücklich nur unter bestimmten Bedingungen heiraten wollte, plötzlich zu völlig anderen verheiratet ist, unter denen sie von ihrer Eheschließungsfreiheit in entgegengesetzter Weise – negativ – Gebrauch gemacht hätte.

5. Wie dogmatisch mit einem Vertrag umzugehen ist, der diesem Leitbild nicht genügt, will das BVerfG ausdrücklich nicht entscheiden, sondern der Rechtsprechung der Fachgerichte und der Diskussion in der Wissenschaft überlassen. Das erfordert für die praktische Arbeit, dass Fallgruppen gebildet werden müssen: eine Differenzierung nach Disparitäten, die bei Vertragsschluss angelegt waren – diese führen zu Nichtigkeitsfolgen, wie wir sie von § 138 BGB kennen –, und Disparitäten, die sich trotz anfänglich gleichberechtigter Lebenspartnerschaft und u. U. entgegen den ursprünglichen gemeinsamen Plänen entwickeln und flexibel über § 242 BGB korrigiert werden müssen.

## D. Würdigung der Rechtsprechung der Fachgerichte

Und wo stehen wir nun als Vertragsgestalter?

*Langenfeld* meint, die Entscheidungen des BVerfG hätten eine Schleuse für richterliche Bestrebungen zu ungehemmter Inhaltskontrolle geöffnet.<sup>24</sup> In der Rechtsprechung der Fachgerichte in den letzten zweieinhalb Jahren ist tatsächlich ein Zug zu weiter gehender Inhaltskontrolle unter allgemeinen Gerechtigkeitsgesichtspunkten – bislang leider ohne klare Fallgruppenbildung oder dogmatische Begründung – festzustellen.<sup>25</sup>

Manche Gerichte wollen in die Inhaltskontrolle nur einsteigen, wenn die Situation bei Vertragsschluss Anlass gibt, die Unterlegenheit eines Vertragsteils anzunehmen. Sie greifen die Zweistufigkeit der Prüfung auf, die v. a. in der ersten Verfassungsgerichtsentscheidung angelegt scheint. Manche Gerichte prüfen aber ohne weiteres, ob der Inhalt des Vertrages Ausdruck einer gleichberechtigten Lebenspartnerschaft sein kann und – das scheint mir von den Folgen her weitreichender und für die Vertragsschließenden wie für die Vertragsgestaltenden bei weitem gefährlicher – ob der Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten gewahrt ist. Dieses vom Verfassungsgericht für die vertragslose Ehe postulierte Teilhaberecht wird ohne weitere Begründung oder Differenzierung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Eheverträgen angewandt, die gerade Abweichungen vom dispositiven Recht zum Gegenstand hatten, im Fall des OLG München (Zivilsenat Augsburg) mit extremen Ergebnissen.<sup>26</sup> Hierin liegt die größte Sprengkraft.

Große Uneinheitlichkeit scheint mir auch in Bezug auf die Reichweite des § 139 BGB zu herrschen. Teilweise werden die Regelungskreise Unterhaltsverzicht, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich je einzeln gewürdigt, teilweise wer-

<sup>24</sup> Jahresarbeitstagung, 115.

<sup>25</sup> Beispielhaft OLG München, NJW 2003, 592; OLG Naumburg, DNotZ 2002, 791; OLG Köln, FamRZ 2003, 101; OLG Koblenz, DNotI-Report 2003, 101; AG Schwäbisch Hall, FamRZ 1284, 1284; OLG München, FamRZ 2003, 376; OLG Nürnberg, RNotZ 2003, 187; OLG Köln, FamRZ 2002, 828; AG Warendorf, FamRZ 2003, 609.

<sup>26</sup> Vgl. jedoch hierzu inzwischen BGH (Fn. 5).

<sup>23</sup> Jahresarbeitstagung, Skript S. 16.

den sogar rechtskräftig entschiedene und nicht angegriffene Vereinbarungen kontrolliert, für unwirksam befunden und im Rahmen einer Gesamtwürdigung zur Begründung der Unwirksamkeit anderer Vereinbarungen herangezogen.<sup>27</sup>

### E. Ende der Ehevertragsfreiheit? Oder neue Grenzen?

Bundesverfassungsrichterin *Hohmann-Dennhardt* hat anlässlich der 1. Notarrechtlichen Jahrestagung dargelegt, in welchem breitem Diskussionszusammenhang der Verfassungs- und Zivilrechtslehre sich das BVerfG mit seinen Ausführungen zur Vertragsfreiheit im Allgemeinen und speziell im Bereich der Eheverträge sieht.<sup>28</sup>

Bei der „Vertragsfreiheit bei Eheverträgen“ geht es um Grenzziehung im familiär-ehelichen Gestaltungsraum, in höchstpersönlichen Beziehungen: um die Freiheit, die Bedingungen eines ehelichen Zusammenlebens zu gestalten, um die Freiheit eines jeden der beiden in Ehe Verbundenen, auf diese Gestaltung Einfluss zu nehmen.<sup>29</sup> Ist in diesem höchstpersönlichen Bereich mehr Grenzziehung nötig als im allgemeinen gesellschaftlichen Miteinander, oder soll im Gegenteil die Intimsphäre freigehalten werden von den Grenzen eigenverantwortlicher Gestaltung (Stichwort: persönliche Opfergrenze)?

Die Vertragsfreiheit als Teilaspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Schutz der Ehe und Familie und Art. 3 Abs. 2 GG, der verlangt, dass die Ehe als gleichberechtigte Partnerschaft zwischen Mann und Frau gelebt werden kann, stellen ehevertragliche Vereinbarungen in einen Spannungsbogen zwischen Freiheit auf der einen und Schutz auf der anderen Seite; beiden ist Rechnung zu tragen. Während der BGH in seiner oben wiedergegebenen Rechtsprechung in diesem Spannungsverhältnis zwischen Freiheit einerseits und Schutz andererseits den Aspekt der Vertragsfreiheit in den Vordergrund gerückt hatte, sind nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG unübersehbar die Gewichte zu Gunsten des Schutzes verschoben worden. Das BVerfG hat sich also mit den Grenzen der Vertragsfreiheit im Bereich widerstreitender Grundrechtspositionen beschäftigt, nicht mit der Verfassungsmäßigkeit des geltenden dispositiven Ehegüter- und Unterhaltsrechts.

Es gibt Stimmen, die dieses im Lichte der vorgenannten Entscheidungen für verfassungswidrig halten, weil die Gütertrennung und Abweichungen vom dispositiven Unterhaltsrecht oder vom Recht des Versorgungsausgleichs die gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten nicht realisierten.<sup>30</sup>

Ich halte diese Überlegungen nicht für richtig. Das BVerfG verlangt nach meinem Verständnis nicht, dass in jedem Fall alles nach Köpfen geteilt wird. Deshalb ist auch das dispositive Recht verfassungskonform, wenn es beispielsweise mit den Wahlgüterständen ausdrücklich ohne Begründungszwang und ohne Pflicht zur Kompensation Abweichungen hiervon zulässt. So sieht dies auch die Bundesregierung. Sie hat auf eine Anfrage der FDP am 18.7.2003 ausdrücklich ein Änderungsbedürfnis hinsichtlich des geltenden Rechts verneint.<sup>31</sup>

Gegen die Rechtsprechung des BVerfG ist vielfach vorgebracht worden, ihr liege ein romantisierendes, rückwärts-

gewandtes Bild der Ehe zu Grunde. Ein Schlüssel zum Verständnis dieses Bildes liegt nach meiner Einschätzung in dem verhältnismäßig neu ins Grundgesetz eingefügten Art. 3 Abs. 2, insbesondere Satz 2, GG, der dem Staat den Auftrag zur aktiven Förderung der Gleichberechtigung erteilt. Ich darf zitieren: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ Für das BVerfG ist Ehe ist eben nicht nur freie vertragliche Gestaltung der Beziehung zwischen zwei Menschen. Über das allgemeine Vertragsrecht hinaus ist sie ein Institut, das den rechtlichen Rahmen für eine dauerhafte Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau bietet,<sup>32</sup> die ihre Grundlage neben Liebe und Zuneigung in gemeinsamer Verantwortung, wechselseitiger Unterstützung und solidarischem Handeln findet.

Das ist das alte schöne Bild von der Lebens- und Schicksalsgemeinschaft. Es gibt nichts umsonst, den Status des Ehepartners nicht – Unterhalt und Lebensgemeinschaft ist geschuldet –, und einen kostenfreien Abschied von der Ehe regelmäßig auch nicht. „In guten und in schlechten Tagen“, das gilt nicht nur, wenn und solange die Ehegemeinschaft besteht. Die geschuldete wirtschaftliche Solidarität reicht weit über die emotionale Solidarität hinaus.

Weil die Ehe mehr als nur Konsensualvertrag ist, bleibt nach ihrer Auflösung auch mehr übrig als beispielsweise nach der Liquidation einer Gesellschaft. Dass dieses „Mehr“ nicht nur in der Vorstellung der Juristen existiert, zeigte sich ganz deutlich in dem „Theater“ um die eingetragenen Lebenspartnerschaften. Dieses „Mehr“ ist nämlich genau das, was die gleichgeschlechtlichen Partner wollen oder jedenfalls können wollen. Der Sturm der Entrüstung gegen die Lebenspartnerschaften und der Streit um den Ort ihrer Begründung hat sich erhoben, weil ihnen nach wohl noch herrschender Meinung dieses „Mehr“ nicht gegeben werden, sondern allein den in Ehe Verbundenen vorbehalten bleiben soll.

Nach der Konzeption des dispositiven Rechts, welche vom BVerfG gerade nicht in Frage gestellt wird, steht den Ehegatten ein hohes Maß an (Vertrags-)Freiheit zur Verfügung. Sie sind fast völlig frei, „ihr“ Leitbild von der Ehe zu definieren, ausdrücklich auch durch vertraglichen Verzicht auf Positionen, die das dispositive Recht gewähren würde. Freiheit zieht aber in jedem Fall Konsequenzen nach sich, jedenfalls nach der Konzeption des BVerfG. Und ganz folgerichtig verlangt das BVerfG den Ehegatten wegen der großen Freiheit bei der Wahl ihres Ehetyps ein hohes Maß an Verantwortung ab, diesen gewählten Ehetypus dann auch zu leben. „Pacta sunt servanda“ gilt nicht nur für das, was im Vertrag steht, für das was an gesetzlichen Scheidungsfolgen abbedungen wurde, sondern auch für das, was an tatsächlichen Lebensumständen gemeinsam vorausgesetzt wurde. Wenn in der Folge im beiderseitigen Einvernehmen von diesem Ehetypus abgewichen wird – was den Ehegatten wiederum frei steht –, müssen in gewissem Rahmen die Konsequenzen gemeinsam getragen werden. Einseitig belastende Schieflagen müssen verhindert werden. Nicht einer allein darf der vorweg festgelegte Verlierer sein.

Auf den ersten Blick scheint sich hier ein schwer verständlicher Widerspruch aufzutun. In einer Gesellschaft, die scheinbar immer liberaler, immer freizügiger wird, in der sich traditionelle Wertvorstellungen und Familienverbände auflösen, wird die Vorstellung der Rechtsprechung von dem, was „Ehe“

<sup>27</sup> So das OLG München, NJW 2003, 592.

<sup>28</sup> Jahresarbeitstagung, Skript S. 2–6.

<sup>29</sup> *Hohmann-Dennhardt*, Jahresarbeitstagung, Skript S. 15.

<sup>30</sup> *Scholz*, FamRZ 2002, 733; *Maier*, NJW 2002, 3359, 3364.

<sup>31</sup> BT-Drucks. 15/1435 vom 18.7.2003.

<sup>32</sup> BVerfGE 105, 313 (345); 62, 323 (330); 10, 59 (66).

ist, bedeutet, bedeuten darf, immer enger. Aber ist das wirklich ein Widerspruch? Ich meine, bei näherer Betrachtung löst sich dieser Widerspruch auf.

Das BVerfG sieht – gerade weil sich Wertvorstellungen ändern und traditionelle Familienstrukturen auflösen, weil allgemeine Richtigkeits- und Gerechtigkeitsmaßstäbe zunehmend fehlen – die Notwendigkeit, über das Scheidungsfolgenrecht die sozialen Auswirkungen dieser gesellschaftlichen Entwicklung zu korrigieren. Überhaupt geht es in der ganzen Diskussion weniger um ein Leitbild von der Ehe, d. h. wie Ehepartner ihr Leben in der Ehe gestalten sollen, als vielmehr um ein Leitbild für die Scheidungsfolgen, d. h. wie akzeptable bzw. gesellschafts- oder rechtspolitisch gewünschte oder jedenfalls hinnehmbare Folgen der „Liquidation“ einer Ehe zu gestalten sind. Das BVerfG will nicht in erster Linie die Ehepartner dazu zwingen, ihre Ehe in einer bestimmten Art und Weise zu führen, auch wenn der Preis der Liquidation ohne Zweifel auf die gelebte Ehwirklichkeit zurückwirkt. Durch das geltende Eherecht ist die Ehe für denjenigen Partner, dem seine Rolle in der Partnerschaft nicht mehr gefällt, zu einem in der Regel mit einjähriger, längstens aber mit dreijähriger Frist kündbaren Dauerschuldverhältnis geworden. Das BVerfG legt den Preis für den Ausstieg auf der Grundlage seines Leitmotives von der Ehe als gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ohne einseitige Dominanz fest. So erklärt sich auch, warum das Eheversprechen als solches nach Auffassung des BVerfG nicht zu Kompensation von Nachteilen durch den Ehevertrag herangezogen werden kann. In der Liquidationsphase sind die Statusvorteile, die es bei bestehender Ehe gibt, nicht mehr relevant.

Dass die Rechtsprechung des BVerfG die Beständigkeit der Ehen schützen will oder kann, glaube ich nicht. Früher galten vertragliche Vereinbarungen als sittenwidrig, die zu einer erleichterten Scheidung führen sollten. Heute hält man höchstens scheidungserschwerende Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen die (negative) Eheschließungsfreiheit für sittenwidrig. Ich glaube aber auch nicht, dass diese neue Linie in der Rechtsprechung das Ende der Ehe bedeutet, weil man angesichts der Risiken der Vertragsgestaltung davon abraten müsste.<sup>33</sup> Die Statusvorteile im Erbrecht, im Steuerrecht und im Familienrecht wiegen wohl schwerer. Zwar sind die Rechte der Kinder gegenüber den Eltern weitestgehend unabhängig davon, ob Vater und Mutter verheiratet sind oder waren. Für die Rechte der Väter gilt diese Gleichstellung aber nicht. Außerdem glaube ich, dass die Menschen unheilbar romantisch sind.

## F. Resümee und Konsequenzen für die Praxis

Ob nun Pech für Heinrich oder Glück für Gretchen – das BVerfG durch die Folge seiner Entscheidungen und Bundesverfassungsrichterin *Hohmann-Dennhardt* bei ihrem Vortrag anlässlich der 1. Jahresarbeitstagung des Notariats haben klar gemacht, dass die Entwicklung unumkehrbar ist. Damit stellt sich für uns als Vertragsgestalter die Frage: Welche Konsequenzen müssen wir für die künftige Vertragsgestaltung ziehen? Gibt es überhaupt noch Vertragsfreiheit im Bereich der Eheverträge? Dürfen wir, oder unter welchen Umständen und in welchem Umfang dürfen wir Regelungen beurkunden, in denen einseitig oder allseitig auf Ansprüche verzichtet wird, die das dispositive Recht gewähren würde?

Es lohnt in diesem Zusammenhang, sich die Argumentation des BVerfG nochmals vor Augen zu führen, insbesondere auch den Wortlaut der Grundrechte, die die Begründung tragen:

Art. 2 Abs. 1 GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“

Art. 6 Abs. 4 GG: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.“

Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

„Schleusen“ für die inhaltliche Überprüfung sowohl notarieller wie auch privatschriftlicher Vereinbarungen durch die Fachgerichte haben die Entscheidungen des BVerfG ohne Zweifel geöffnet.<sup>34</sup> Und zwar erheblich weitergehend, als wir Notare zunächst gehofft hatten. Von der Inhaltskontrolle erfasst sind alle Bereiche ehevertraglicher Regelungen im weitesten Sinn, ohne Rücksicht auf Formerfordernisse. Die Kontrolldichte wird bei Unterhaltsregelungen und Regelungen zum Versorgungsausgleich als deren Fortsetzung am engsten sein. Hier schlagen sich die Entscheidungen über den Ehetypp, über die einvernehmliche Aufteilung von Familien- und Erwerbsarbeit unmittelbar nieder.

Die Güterstandswahl wird von dieser Kontrolle aber nicht vollständig ausgenommen sein können. Und das, obwohl das BGB die Gütertrennung ohne Vorbedingungen oder Kompensationserfordernisse zur Wahl stellt. Gütertrennung und damit Verzicht auf Zugewinnausgleichsansprüche – künftig entstehende oder bereits in der ehelichen Vergangenheit entstandene – als solche sind nicht Ausdruck einseitiger Dominanz. Anfangsvermögen führt nicht zu Ausgleichsansprüchen, und eine allgemeine Pflicht der Ehegatten zur Vermögensmehrung in der Ehe gibt es nicht. Im Zusammenhang mit anderen Regelungen kann der Ausschluss von Zugewinnausgleichsansprüchen oder deren Bestehen aber u. U. dazu führen, dass ein Vertrag in der Gesamtschau der Inhaltskontrolle standhält oder eben nicht.

Besonders unbefriedigend ist, dass die Reichweite des § 139 BGB in diesem Zusammenhang noch völlig offen scheint. § 139 BGB ist Ausfluss der Privatautonomie, keine Straf- oder Erziehungsvorschrift. Sie soll verhindern, dass den Vertragsparteien an Stelle des von ihnen gewollten ein Rechtsgeschäft mit anderem Inhalt aufgedrängt wird. Liest man die Entscheidungen der Fachgerichte – ich denke hier wiederum an das Urteil des OLG München (Zivilsenat Augsburg) –, so stellt sich dies jedoch manchmal anders dar. Die Argumentation mit dem „Verbot der geltungserhaltenden Reduktion“ wie im Verbrauchervertrag liegt nahe angesichts des Schutzgedankens, der die Rechtsprechung des BVerfG beherrscht. Dieses Verbot soll aber vor bestimmten benachteiligenden Klauseln schützen. Es führt nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages oder gar mehrerer Vertragskomplexe.

Sind dann vielleicht salvatorische Klauseln das Mittel der Wahl? Ich würde hier zur Vorsicht raten. Sie sind kein Allheilmittel. Sie sollten im Einzelfall und überlegt eingesetzt werden. Manchmal sollen nämlich durchaus verschiedene Komplexe eines Ehevertrags miteinander stehen und fallen.

<sup>33</sup> So *Grziwotz*, MDR 98, 1327; *Rauscher*, DNotZ 2002, 751.

<sup>34</sup> *Langenfeld*, a. a. O.

Und im Übrigen unterliegt natürlich die salvatorische Klausel wie der Rest des Ehevertrages der Inhaltskontrolle durch das Gericht.

Ist es dann eine Lösung, die verschiedenen Komplexe in verschiedenen Urkunden – mit mehr oder weniger großem zeitlichen Abstand – zu beurkunden – eine Neuauflage der Schamfrist, die wir aus dem Steuerrecht kennen? Im Einzelfall kann das hilfreich sein. Wir sollten allerdings bedenken, dass wir uns damit die Möglichkeit verbauen, durch Kompensationen das Verdikt der Benachteiligung und damit Unwirksamkeit insgesamt zu vermeiden. Außerdem gilt § 139 BGB – wie weit er auch immer reichen mag –, wenn ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, natürlich auch bei getrennter Beurkundung. Das ist uns allen aus dem Grundstücks-/Werkvertragsrecht bekannt.

Wo stehen wir denn nun? Von Einzelfällen abgesehen enthalten die Folgeentscheidungen der Fachgerichte m. E. keine Auswirkungen, die den mit der Materie vertrauten Kautelarjuristen nachhaltig erstaunen würden. Dass alle unsere Eheverträge in Gefahr sind, weggespült zu werden, glaube ich nicht. Diejenigen, die wir mit gutem Gefühl beurkundet haben, werden zur Inhaltskontrolle keinen Anlass geben, weil sie nicht streitig werden oder ihr jedenfalls standhalten. Diejenigen, in denen uns „beratungsresistente Mandanten“ zu nicht typengerechten Regelungen gezwungen haben, müssen sich der Inhaltskontrolle stellen. Die Entscheidungen des BVerfG haben schon jetzt zu einer wesentlich höheren Sensibilität der Kautelarjuristen geführt, sowohl was die Sachverhaltsforschung als auch was die formale und inhaltliche Gestaltung von Eheverträgen angeht. Hieran müssen wir weiter arbeiten:

1. Ein systematisiertes und u. U. für den Streitfall auch dokumentiertes „Vorverfahren“ scheint mir nützlich: Besprechungen sollten grundsätzlich mit beiden Ehegatten stattfinden, nicht nur mit dem „Besteller“, der in der Regel derjenige ist, der sich einen Vorteil vom Vertrag verspricht und damit den Notar jedenfalls dem Anschein nach in sein Lager zieht. Wenn man Bedenken hinsichtlich der Parität der Beteiligten hat, kann man sich u. U. auch nochmals mit dem möglicherweise Unterlegenen allein besprechen.

Ich selbst stelle immer wieder Erleichterung bei den durchaus nicht intellektuell unterlegenen Ehefrauen fest, wenn ich versuche, die Grenzen der Ehevertragsfreiheit darzustellen und dem Mann klar zu machen, dass ein Ausloten der Grenzen der Ehevertragsfreiheit zum „Totalverlust“ führen und ggf. alle vom gesetzlichen Normalfall abweichenden Regelungen nichtig machen kann. Ich muss leider den Eindruck von *Dauner-Lieb* bestätigen, dass zahlreiche Frauen Verzichte „dann halt doch“ akzeptieren, obwohl sie eigentlich nicht überzeugt sind, nicht zuletzt, weil sie sich damit trösten, es werde schon gut gehen. Mit struktureller Unterlegenheit oder mangelnder Geschäftsfähigkeit hat das nichts zu tun. Eher mit Harmoniebedürfnis und der Scheu, vor Dritten Meinungsverschiedenheiten auszutragen. Oft wagen sie ihre Meinung erst zu sagen, wenn sie hören, dass auch unbeteiligte Dritte die – vom Mann oder dessen Verwandtschaft – gewünschten Regelungen nicht für unbedingt zwingend halten.

Warum sollte man sich im Bereich der Eheverträge nicht zu eigen machen, was uns der Gesetzgeber durch § 17 Abs. 2 a BeurkG für Verbraucherverträge zwingend vorgeschrieben hat: eine Abkühlungs- und Nachdenkphase nach Entwurf-übersendung?

2. Beurkundungsverhandlung: Auch bei der Beurkundung sollte jeder Anschein von Unterlegenheit eines Vertragsteils vermieden werden. Dies erfordert u. a. unabhängige und kom-

petente Dolmetscher, ggf. auch eine schriftliche Übersetzung des Vertragstextes, wenn Anhaltspunkte für mangelnde Sprach- und/oder Rechtskenntnis besteht. Wie schwierig das teilweise durchzusetzen ist, wissen wir alle. Außerdem sollte ein ausreichender zeitlicher Abstand der Beurkundung zum geplanten Hochzeitstermin bestehen. Das Restaurant, die Speisenfolge und die Musikkapelle werden in der Regel auch nicht erst am Tag vor dem geplanten Fest ausgesucht.

Auch in Diskussionen mit Richtern höre ich immer wieder den Vorwurf, Notare würden nicht oder jedenfalls nicht ausreichend, allenfalls formelhaft, über die Gefahren belehren, die sich aus dem Abschluss eines Ehevertrages ergeben könnten. In diese Richtung geht auch die Entscheidung des AG Schwäbisch Hall.<sup>35</sup> Solche Vorwürfe mögen im Einzelfall berechtigt sein oder auch nicht. Sie sollten uns Notaren aber Anlass sein, darüber nachzudenken, wie wir und unsere Arbeit in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden und was man an dieser Wahrnehmung ändern könnte.

3. Inhaltliche Regelungen: Mit der Idee von der Ehevertragsgestaltung nach Eheotypen, die die Forderung des BVerfG nach einzelfallgerechten Lösungen um Jahrzehnte vorweggenommen hat, haben sich die Notare, insbesondere *Langenfeld*, seinerzeit an die Spitze einer Entwicklung gestellt.<sup>36</sup> Gerade jetzt sollten nicht gerade wir gegen das ankämpfen, was Generationen von Kollegen als das Richtige erkannt und gelernt haben. Es scheint ein wenig aus dem aktuellen Blickwinkel geraten zu sein, dass die überwiegende Masse der Eheverträge ganz offensichtlich als „typengerecht“ empfunden und von den Beteiligten im Krisenfall akzeptiert werden. Über diese muss aber weder der BGH noch das BVerfG entscheiden. Deshalb werden sie in der Öffentlichkeit nicht wahrgenommen.

Mit dem Erreichten dürfen wir uns aber nicht zufrieden geben. Wir müssen mehr immanente Anpassungsmechanismen vorsehen für die Fälle, in denen sich der ursprüngliche Plan der Vertragsschließenden nicht realisiert und der Vertrag nicht mehr typengerecht ist, z. B. durch Bedingungen, Befristungen, durch Rücktrittsmöglichkeiten. Die Geschäftsgrundlage sollte im Vertrag möglichst genau definiert werden. Dann sollte die Feststellung von *Dauner-Lieb*, Eheverträge bedeuteten nicht inhaltliche Gestaltung, sondern lediglich Verzicht auf gesetzliche Schutzrechte und Ansprüche seitens der Frauen,<sup>37</sup> endgültig ihre Berechtigung verlieren.

Den wenigen beratungsresistenten Mandanten wird man – soweit nicht wegen eindeutigen Verstoßes gegen § 138 BGB eine Ablehnung der Urkundstätigkeit in Frage kommt – wohl ihren Willen lassen müssen, so wie wir es bisher schon praktiziert haben mit dem in der Urkunde dokumentierten Hinweis, dass die Rechtswirksamkeit und Rechtsbeständigkeit fraglich ist. Wenn allerdings ein Paar nach hinreichender Aufklärung in Kenntnis der Konsequenzen auf Beurkundung von Regelungen besteht, die der Notar für nicht interessengerecht hält, darf diese privatautonome Entscheidung der Inhaltskontrolle nicht zum Opfer fallen, wenn sich Erwartungen später nicht erfüllen. Dann muss die Verantwortung als Korrelat der Freiheit den Vorrang behalten. Die „Vollkasko-Mentalität“, die sich nach meiner Einschätzung zunehmend verbreitet,

<sup>35</sup> FamRZ 2003, 1284.

<sup>36</sup> *Langenfeld*, Möglichkeiten und Grenzen notarieller Vertragsgestaltung bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, DNotZ-Sonderheft zum 22. Deutschen Notartag München 1985, 148; *ders.*, Ehevertragsgestaltung nach Eheotypen, FamRZ 1987, 9; *ders.*, Münchener Vertragshandbuch, Band 6, Bürgerliches Recht II, Abschnitt X.

<sup>37</sup> AcP 2001, 295, 297.

halte ich für eine bedauerliche und sehr bedenkliche Entwicklung, nämlich dass – vielleicht als Folge des gestärkten Verbraucherschutzes – Verträge ohne große Überlegung oder Bedenken geschlossen werden, weil sich die Beteiligten einbilden, es gebe in jedem Fall und unter allen Umständen ein umfassendes Rücktritts- oder Rückgaberecht bei Nichtgefallen. Konsequenzen unbedachten Handelns sollen möglichst umfassend Dritte oder der Staat tragen: Ergebnis wäre eine umfassende „Infantilisierung der Gesellschaft“. Das Gesetz, auch das Grundgesetz, schützt den wachen und verantwortlichen Bürger und den, der sich selbst nicht schützen kann. Es soll nicht den schützen und schützen müssen, der zu träge ist, seine eigenen Interessen wahrzunehmen, oder der sich bei der Gewichtung seiner Interessen verrechnet hat.

Die Verantwortung für das, was vertraglich bindend vereinbart werden kann und worden ist, darf nicht unter Berufung auf die Verantwortung, die aus der Ehe als Institution folgt, völlig aus dem Blickfeld geraten.<sup>38</sup> Es darf nicht dazu kom-

**38** Zitat von *Hohmann-Dennhardt*: „Die Ehe ist nicht nur der Schlüssel für eine freie Gestaltung der Beziehung zwischen zwei Menschen“, aber eben auch.

men, dass man ohne Bedenken und ohne Nachdenken alles im Ehevertrag unterschreiben kann und sich später an nichts festhalten lassen muss. Das BVerfG hat nur entschieden, dass unter bestimmten Umständen eine Inhaltskontrolle stattzufinden hat und was das für Umstände sind. Es hat aber nicht festgelegt, auf welchem Weg das passieren muss (§ 138 oder § 242 BGB). Diese Fragen des einfachen Rechts müssen im Wege dogmatischer Durchdringung der Materie und einer wieder Rechtssicherheit gewährenden Fallgruppenbildung erfolgen.

## G. Schlusswort

Das Thema ist interessant und es ist sehr komplex. Es ist emotionsgeladen, und jeder – fast jeder – fühlt sich persönlich betroffen. Ich meine, es wäre an der Zeit, die Diskussion zu versachlichen und auf Polemik zu verzichten. Die Aufsätze werden dann zwar weniger amüsant zu lesen sein, aber wenn wir uns bemühen, gemeinsam Lösungen zu erarbeiten, hilft das den Betroffenen und uns, weil das Entwerfen von Eheverträgen mehr Spaß macht, wenn man davon ausgehen darf, dass sie im Krisenfall auch tatsächlich taugliche Mittel zur Streitvermeidung sind.

# Die Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge

Von Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

## Übersicht

### A. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bei Privatvermögen (BFH, GrS 1/00)

- I. Sachverhalt
- II. Wesentliche Entscheidungsgründe
- III. Tragweite der Entscheidung
  1. Vom Erwerber genutzte Wohnung
  2. Vom Übergeber gemietete Wohnung
  3. Sonstige Wirtschaftsgüter
- IV. Ertragsprognose
- V. Abgrenzung zu Anschaffungskosten
  1. Rechtsnatur der vorweggenommenen Erbfolge
  2. Umqualifizierung?

### VI. Offene Rechtsfragen

1. Besteuerung der Versorgungsrente
2. Umschichtung
3. Empfänger des Vermögens und der Versorgungsleistungen
4. Versorgungsleistungen von Todes wegen

### B. Übergabe eines Betriebes ohne positiven Substanz- oder Ertragswert (BFH, GrS 2/00)

- I. Sachverhalt
- II. Wesentliche Entscheidungsgründe
- III. Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen gem. § 12 Nr. 2 EStG
- IV. Praxishinweis
- V. Betriebliche Versorgungsrente

### C. Der II. Rentenerlass: Übergangsregelung

Die lang erwarteten Beschlüsse des Großen Senats des BFH GrS 1/00<sup>1</sup> und GrS 2/00<sup>2</sup> zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen wurden von der Steuerliteratur fast ausnahmslos begrüßt.<sup>3</sup> Lediglich aus der Finanzverwaltung wurde Kritik laut.<sup>4</sup> Selbst Mitglieder der BFH-Senate, deren wider-

sprüchliche Rechtsprechung Gegenstand der Verfahren vor dem Großen Senat war, haben sich zustimmend geäußert.<sup>5</sup> Auch die Praxis ist mit dem Ergebnis hochzufrieden.<sup>6</sup> Mit den Beschlüssen GrS 1/00 und 2/00 sind dem Großen Senat in der Tat salomonische Entscheidungen gelungen, die eine über 100-jährige Rechtsprechung ohne Brüche fortführen und ein festes Fundament für viele Jahrzehnte geschaffen haben. In

<sup>1</sup> BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BStBl II 2004, 100 = MittBayNot 2004, 310 (in diesem Heft).

<sup>3</sup> Vgl. *Kempermann*, DStR 2003, 1736; *Grune*, AktStR 2003, 683; *Reich*, DNotZ 2004, 6; *Daragan*, ZErB 2003, 359; *Dhonau*, ZEV 2004, 22; *Crezelius*, ZEV 2004, 52.

<sup>4</sup> Vgl. *Risthaus*, DB 2003, 2197; *Paus*, EStB 2004, 118.

<sup>5</sup> Vgl. *Fischer*, NWB Fach 3, S. 12655, und *Weber-Grellet*, FR 2003, 1092.

<sup>6</sup> Vgl. *Fleischer*, ZEV 2003, 427; *Geck*, ZEV 2003, 441; *Hipler*, FR 2003, 1162.

beeindruckender Weise hat der Große Senat alle in der Praxis geäußerten Bedenken aufgegriffen, abgewogen und berücksichtigt, soweit dies im Rahmen der Grundthese, wonach Versorgungsleistungen durch die Höhe des Ertrags begrenzt sind, möglich war.

Eine vorweggenommene Erbfolge gegen Versorgungsleistungen kann nach der nicht minder wichtigen Entscheidung des IX. BFH-Senats DStRE 2004, 455 mit einem Angehörigenmietvertrag verbunden werden, ohne dass dies von vorneherein einen Gestaltungsmissbrauch i. S. v. § 42 AO darstellen würde (Stuttgarter Modell). Die Rechtsprechung hat damit eine jahrelange Rechtsunsicherheit beseitigt und von der Kautelarpraxis entwickelte Vertragsgestaltungen bestätigt.

Die Schlacht um die als Sonderausgabe abzugsfähige Versorgungsrente ist aber noch nicht endgültig gewonnen. Nicht nur ein Teil der Literatur,<sup>7</sup> sondern auch einzelne BFH-Richter favorisieren eine „Gleichbehandlung“ mit der erbschaftsteuerlichen Beurteilung, wonach die Versorgungsrente eine Gegenleistung darstellen und zu Anschaffungskosten führen soll. Bereits bei der ersten Entscheidung des Großen Senats GrS 4–6/89<sup>8</sup> war der Ausgang der Abstimmung im Großen Senat ungewiss. Nach dem Vorlagebeschluss des IX. Senats<sup>9</sup> sollte die vereinbarte Leibrente zu einem (teil)entgeltlichen Rechtsgeschäft führen. Dem Verfechter der Anpassung der einkommensteuerlichen Beurteilung an die erbschaftsteuerliche Behandlung ist entgegenzuhalten, dass das Schenkungssteuerrecht immer nur die Bereicherung ermittelt und versteuert, so dass die im Einkommensteuerrecht erforderliche Aufteilung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil nicht stattfindet und eine Gleichbehandlung schon aus diesem Grund ausscheidet. Zivilrechtlich kann eine vorweggenommene Erbfolge eine gemischte Schenkung und/oder eine Auflagenschenkung darstellen. In der Regel wird die in einem Übergabevertrag dem Übernehmer auferlegte Versorgung des Übergebers nicht als Gegenleistung, sondern als Auflage beurteilt.<sup>10</sup> An der Differenzierung zwischen Auflagenschenkung und gemischter Schenkung hält die Zivilrechtsprechung fest, weil die Rückabwicklung einer gemischten Schenkung nicht mehr nach Schenkungsrecht, sondern nach Kaufvertragsrecht erfolgen soll, wenn der entgeltliche Teil überwiegt.<sup>11</sup> Die vom Großen Senat gefundene Lösung, wonach eine Versorgungsrente vorliegt, wenn diese sich aus dem Ertrag des übergebenen Vermögens finanziert, unterstreicht, dass in diesem Fall eine Auflagenschenkung vorliegt, weil der Erwerber nichts aus dem eigenen Vermögen aufwenden muss.

Die weitere Gefahr für die Versorgungsrente droht vom Gesetzgeber. Das in der Diskussion befindliche Steuervereinfachungsmodell von *Kirchhof* sieht keinen Sonderausgabenabzug für die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbarten Renten und dauernden Lasten vor, so dass bei einer entsprechenden Gesetzesnovellierung ein über 100-jähriges Rechtsinstitut des Steuerrechts ersatzlos entfallen würde. *Fischer*<sup>12</sup> meint, dass eine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie nicht bestehe. M. E. ist der verfassungsrechtliche

Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verletzt, wenn gesetzlich auferlegte und durch über Generationen praktizierte und von der Rechtsprechung sanktionierte familienrechtliche Versorgungspflichten, wie z. B. das Realsplitting gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder die private Versorgungsrente gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, einkommensteuerlich unberücksichtigt blieben. Nach dem Beschlussantrag der CDU/CSU<sup>13</sup> sollen Sonderausgaben unverändert geltend gemacht werden können für die Altersvorsorge, Beiträge zu Kranken-, Pflege-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung, Kirchensteuer, Spenden für gemeinnützige Zwecke sowie Renten und dauernde Lasten.<sup>14</sup>

## A. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bei Privatvermögen (BFH, GrS 1/00)

### I. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine 84-jährige Tante hatte ein Einfamilienhaus, das sie erst seit kurzem zum Kaufpreis von 320.000 DM erworben hatte, ihrer Nichte unter Vereinbarung einer dauernden Last in Höhe von monatlich 3.000 DM überlassen. Die Tante erzielte einen Mietzins von 1.200 DM monatlich, die Nichte nach Durchführung einer Renovierung einen Mietzins von monatlich 1.500 DM zuzüglich Nebenkosten.

Der Entscheidung des Großen Senats vom 5.7.1990, GrS 4–6/89,<sup>15</sup> hatte ebenfalls eine Immobilienschenkung zugrunde gelegen, deren Ertrag für die vereinbarte dauernde Last nicht ausreichte. Ebenso hatte der XI. Senat<sup>16</sup> bei der Übergabe eines Zweifamilienhauses den Sonderausgabenabzug bei einer vereinbarten Leibrente anerkannt, die ebenfalls den Ertrag überstieg, so dass das BMF diese Gestaltungen als Typus 2 zum Sonderausgabenabzug zuließ.<sup>17</sup> In den Entscheidungsgründen hatte der Große Senat den Sonderausgabenabzug mit der Begründung zugelassen, dass die vorweggenommene Erbfolge dadurch gekennzeichnet sei, dass sich der Übergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen *typischerweise* den Ertrag des übertragenen Vermögens zurückbehalte. Der X. Senat war hingegen der Auffassung, dass *ausnahmslos* die Erträge des überlassenen Vermögens für die Versorgungsleistungen ausreichen müssen, dass also der legitimierende Grund der vorweggenommenen Erbfolge gegen Versorgungsleistungen in den zurückgehaltenen Erträgen liege. Aufgrund dieser divergierenden Auffassungen war eine Entscheidung des Großen Senats gefordert.

### II. Wesentliche Entscheidungsgründe

- Wiederkehrende Leistungen sind nur als dauernde Last abziehbar, wenn sie aus den erzielbaren Nettoerträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können. Ein Kriterium für die Versorgungsrente ist die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch.
- Ein Nutzungsvorteil (ersparte Aufwendungen) kann als Ertrag angesehen werden, so dass auch die vom Übernehmer genutzte Wohnung Gegenstand der vorweggenommenen Erbfolge sein kann.

<sup>7</sup> *Kemmer*, Teilentgeltliche Rechtsgeschäfte, 1987, 140 ff.; *Hofer*, Vorweggenommene Erbfolgeregelungen gegen private Versorgungsleistungen, 1995, 165 ff.

<sup>8</sup> BStBl II 1990, 847.

<sup>9</sup> BStBl II 1989, 772.

<sup>10</sup> Vgl. BGH, MittBayNot 1989, 206 (Bestätigung von BGHZ 3, 206, 211).

<sup>11</sup> Vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 516 Rdnr. 33.

<sup>12</sup> NWB Fach 3, S. 12666.

<sup>13</sup> BT-Drucks. 15/2745 vom 23.3.2004.

<sup>14</sup> Vgl. KÖSDI 2004, 14162.

<sup>15</sup> BStBl II 1990, 847.

<sup>16</sup> BStBl II 1992, 526.

<sup>17</sup> Vgl. I. Rentenerlass, BStBl II 1996, 1508, Tz. 17–19.

- Auch Geldvermögen, Wertpapiere und typisch stille Beteiligungen können Gegenstand einer vorweggenommenen Erbfolge sein.
- Selbst die Übergabe ertraglosen Vermögens (z. B. Kunstgegenstände) kann begünstigt sein, wenn die Umschichtung in eine ertragbringende Anlage vereinbart wird.
- Der erzielbare Nettoertrag ist aufgrund einer Ertragsprognose zu ermitteln.
- Für die Ertragsprognose ist der Zeitpunkt des Vertragschlusses maßgeblich; erfüllen sich die Ertragsprognosen nicht, sind hieraus keine Konsequenzen zu ziehen.
- Bei der Ertragsprognose sind in Anlehnung an R 99 ErbStR der durchschnittliche Nettoertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre zugrunde zu legen.
- Der erzielbare Nettoertrag ist nicht mit den steuerlichen Einkünften identisch. Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen sind dem Nettoertrag hinzuzurechnen, Zinsen hingegen nur, wenn außerbetriebliche Schulden übernommen werden, deren Umfang geringer ist als der Wert des übertragenen Vermögens.

### III. Tragweite der Entscheidung

Die Bedeutung der Entscheidung wird an der Gegenüberstellung der bisher vom Sonderausgabenabzug ausgeschlossenen Wirtschaftsgüter mit dem kümmerlichen Restbestand an vorweggenommener Erbfolge nach Maßgabe des II. Rentenerlasses<sup>18</sup> sichtbar:



Alle im II. Rentenerlass Tz. 10 als nicht existenzsichernde Wirtschaftseinheiten geführten Wirtschaftsgüter sind wieder Gegenstand einer vorweggenommenen Erbfolge!

#### 1. Vom Erwerber genutzte Wohnung

Die enorme Tragweite des Beschlusses GrS 1/00 wird besonders deutlich, wenn man erkennt, dass der *Kernbereich* der vorweggenommenen Erbfolge, nämlich die vom Übergeber oder vom Übernehmer bewohnte Wohnung, wieder Gegenstand einer vorweggenommenen Erbfolge mit Versorgungsrentenvereinbarung sein kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Vermögensübernehmer eine vom Übergeber ausgeübte Einkünfteerzielung fortsetzt. Bei der Übertragung einer vom Übernehmer bereits bewohnten Wohnung stellt der Nutzungsvorteil in Form ersparter Aufwendungen einen Ertrag dar, dem eine als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last (Versorgungsrente) gegenübergestellt werden kann.

#### 2. Vom Übergeber gemietete Wohnung

Selbst die vom Übergeber bewohnte Wohnung – eine vom Großen Senat nicht erwähnte Gestaltung – kann im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Vereinbarung von als Sonderausgaben abziehbaren Versorgungsleistungen übertragen werden, wenn mit dem Übergeber ein Mietvertrag vereinbart wird und der Übergeber zur Entrichtung der Miete die vereinbarte dauernde Last (Leibrente) verwendet, so dass das seit 1984 praktizierte *Stuttgarter Modell*<sup>19</sup> seine Bestätigung gefunden hat. Selbstverständlich muss beachtet werden, dass beim Stuttgarter Modell *zwei getrennte Rechtsverhältnisse* vorliegen, nämlich die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen einerseits und die entgeltliche Wohnungsnutzung durch den Übergeber andererseits, die völlig unabhängig voneinander ausgestaltet werden müssen.

Der Abschluss eines Mietvertrages über die vom Übergeber bewohnte Wohnung wurde bisher von einigen Finanzgerichten<sup>20</sup> als Gestaltungsmissbrauch beurteilt, während andere<sup>21</sup> die Gestaltung als zulässig erachtet haben. Nach Auffassung des IX. BFH-Senats<sup>22</sup> liegt selbst dann kein Gestaltungsmissbrauch vor, wenn ein Zweifamilienhaus in zwei Eigentumswohnungen aufgeteilt wird und die Mutter die von ihr selbst bewohnte Eigentumswohnung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihren Sohn überträgt, der diese Wohnung der Mutter wiederum vermietet, während die Mutter die von dem Sohn bewohnte Obergeschosswohnung weiterhin in ihrem Eigentum behält und an den Sohn vermietet. Die Vermietung ist auch dann eine angemessene Gestaltung, wenn die Vermietung an Angehörige erfolgt, selbst dann, wenn das mietende unterhaltsberechtigende Kind die Miete nur aus dem ihm gewährten Barunterhalt begleichen kann.<sup>23</sup> Keinesfalls besteht eine Verpflichtung, die Wohnungsnutzung einem Angehörigen durch ein in der Ausübung unentgeltliches Wohnungsrecht zu überlassen. Auch Angehörigen steht es frei, ihre Rechtsverhältnisse untereinander steuerlich möglichst günstig zu gestalten. Nach der mit Spannung erwarteten Entscheidung des IX. BFH-Senats<sup>24</sup> stellt der Abschluss eines Mietvertrages unter Angehörigen nicht schon deshalb ein Gestaltungsmissbrauch i. S. von § 42 AO 1977 dar, weil der Mieter das Grundstück zuvor gegen wiederkehrende Leistungen auf den Vermieter übertragen hat. Der BFH betont zu Recht, dass die Eigentumsübertragung einerseits und die anschließende Vermietung andererseits jeweils zivilrechtlich und wirtschaftlich getrennt und auch steuerrechtlich grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilen sind. Selbst ein Nebenabkommen von Wohnungsrecht und Mietvertrag ist sowohl zivilrechtlich zulässig als auch steuerrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.<sup>25</sup> Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vereinbarten Versorgungsleistungen nach den vom Großen Senat gefundenen Maßstäben zu bemessen sind und der gleichzeitig oder später vereinbarte Mietvertrag einem Fremdvergleich standhalten muss. Der Vorwurf, das Stuttgarter Modell würde ein Steuersparmodell darstellen, entbehrt jeder Grundlage. Selbst wenn kurz- oder mittelfristig ein Werbungskostenüberschuss eintritt, muss in der langfristigen Be-

<sup>19</sup> Vgl. Spiegelberger in Münchner Vertragshandbuch, Bd. 6, 5. Aufl. 2003, S. 11.

<sup>20</sup> FG Köln, EFG 2001, 1139; Niedersächsisches FG, EFG 1994, 1089; FG Düsseldorf, EFG 2001, 548; FG Nürnberg, EFG 1996, 279.

<sup>21</sup> Hessisches FG, DStRE 2002, 955; FG Münster, IX R 11/01 und 12/01; Thüringer FG, EFG 1999, 544.

<sup>22</sup> DB 1996, 74.

<sup>23</sup> Vgl. BFH, BStBl II 2000, 224.

<sup>24</sup> DStRE 2004, 455.

<sup>25</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1999, 826.

<sup>18</sup> BStBl I 2002, 893.

trachtung die Einkünfteerzielungsabsicht dargelegt werden. Dabei hat der IX. Senat an die zu vereinbarende Miete höhere Anforderungen gestellt, als dies selbst der Gesetzgeber in § 21 Abs. 2 EStG normiert hat.<sup>26</sup> *Rose/Clorius-Rose*,<sup>27</sup> die die Missbrauchsrechtsprechung des BFH seit 1992 systematisch untersuchen, stellen fest, dass erfreulicherweise die einschlägigen Entscheidungen zu § 42 AO deutlich abgenommen haben und damit eine größere Rationalität und Ausgewogenheit der Rechtsprechung eingetreten ist.

### 3. Sonstige Wirtschaftsgüter

Mit seiner Fixierung auf den „Urtyp“ der vorweggenommenen Erbfolge, nämlich der traditionellen bäuerlichen Hofübergabe, hat der X. Senat die Gegenwartsrealität übersehen. Die im 19. Jahrhundert blühende Landwirtschaft ist zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken und nur noch als Subventionsempfänger lebensfähig. Der Normalfall der vorweggenommenen Erbfolge betrifft die von den Beteiligten bewohnte Wohneinheit, vorhandene Ersparnisse und sonstige Gegenstände des täglichen Lebens. Durch die Erweiterung auf alle Wirtschaftsgüter, sogar auf ertraglose Kunstgegenstände, hat der Große Senat eine notwendige Aktualisierung der Rechtsprechung durchgeführt.

#### a) Bargeld und Forderungen

In den früheren Beschlüssen des Großen Senats aus den Jahren 1989 und 1990<sup>28</sup> ist die Übertragung von Geld und von Forderungen als Gegenstand vorweggenommener Erbfolge nicht erwähnt. Der BFH<sup>29</sup> sah in der Hingabe eines Geldbetrages gegen eine lebenslange Rente eine Zuwendung i. S. des § 12 EStG. Die nunmehrige Einbeziehung von Geld und Forderungen in die vorweggenommene Erbfolge bedeutet eine konsequente Abwendung von historischen Modellen der vorweggenommenen Erbfolge und entspricht der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wonach wegen der Umtauschbarkeit von Wirtschaftsgütern eine Klassifizierung in keiner Weise einleuchtet.

#### b) Typisch stille Beteiligungen

Die Ausklammerung von typisch stillen Beteiligungen, die als Einkünfte aus Kapitalvermögen („ohne Arbeitsleistung ertragbringendes, leicht veräußerliches Vermögen“<sup>30</sup>) zu versteuern sind, aus der vorweggenommenen Erbfolge, war ein beispielloser Fehlgriff der Finanzverwaltung.<sup>31</sup>

#### c) Baugrundstücke, Rohbauten, mittelbare Grundstücksschenkung

Der Große Senat hat mit der Überlegung, dass der Übergeber selbst noch Umschichtungen vornehmen kann, um ertragbringende Wirtschaftsgüter zu übertragen, dem Vermögensübernehmer den Sonderausgabenabzug gestattet, wenn von diesem aufgrund einer getroffenen Vertragsvereinbarung eine Umschichtung in ertragbringendes Vermögen vorgenommen wird.

#### d) Wertpapiere

Der Große Senat hatte in der Entscheidung von 1990<sup>32</sup> Wertpapiere als Gegenstand der vorweggenommenen Erbfolge

noch ausdrücklich erwähnt. Die Anordnung der Finanzverwaltung im II. Rentenerlass, GmbH-Anteile und Aktien als Übergabegenstand zuzulassen, die übrigen Wertpapiere aber aus der vorweggenommenen Erbfolge auszuschließen, war ein Fauxpas. Selbst der X. Senat, auf den sich die Finanzverwaltung meinte berufen zu können, widersprach dieser Auffassung im Vorlagebeschluss X R 46/97. Danach führe diese Differenzierung etwa zwischen Wertpapiervermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften an der Schnittstelle in Einzelfällen zu kaum verständlichen Ergebnissen. Die Finanzverwaltung kann nunmehr durch einen III. Rentenerlass beweisen, dass sie im 21. Jahrhundert angekommen ist.

#### e) Ertraglose Vermögensgegenstände mit Umschichtungsvereinbarung

Die großzügige, aber realitätsgerechte Betrachtung des Großen Senats, die nicht von allen Seiten verstanden wird, ist zu begrüßen. Das BMF-Schreiben muss nunmehr klarstellen, ob die von *Risthaus*<sup>33</sup> ins Gespräch gebrachte Fünf-Jahres-Frist die äußerste zeitliche Grenze darstellt und ob der Abzug von Versorgungsleistungen erst ab dem Vollzug des Umschichtungsgeschäftes zulässig ist.<sup>34</sup>

### IV. Ertragsprognose

Unter Fortführung der bereits vom BFH GrS 4–6/89<sup>35</sup> verkündeten Auffassung, dass Versorgungsleistungen wegen ihrer Eigenschaft als vorbehaltenen Erträge nicht als Gegenleistung beurteilt werden können, hat der Große Senat nunmehr sich der von *Fischer*<sup>36</sup> vertretenen Auffassung angeschlossen, dass ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt das Vermögen ohne die vorbehaltenen Erträge übertragen wird. Dies ergibt zugleich die neue Abgrenzung und eine von der bisherigen Verwaltungspraxis abweichende Einschränkung, dass wiederkehrende Leistungen, die über den Ertrag des übergebenen Vermögens hinausreichen, nicht mehr als Versorgungsleistungen beurteilt werden können (sog. Typus 2), so dass diese Zahlungen je nach Sachverhaltsgestaltung entweder Gegenleistung oder Unterhaltszahlung darstellen. Die sich für die Praxis aus der neuen Rechtsprechung ergebenden Einschränkungen sind gering, da Eltern in aller Regel ihren Kindern nicht mehr abverlangen, als sie bisher selbst an Einkünften erzielt haben. Allerdings haben sich die Schwierigkeiten in der Vertragsgestaltung vergrößert, da der bisherige Vergleich zwischen dem Rentenbarwert und dem übertragenen Vermögen konkret errechnet werden konnte, während in Zukunft der Berater eine Ertragsprognose schuldet. Die sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten werden dadurch wieder relativiert, dass auf die Verhältnisse bei Vertragsabschluss abgestellt wird.<sup>37</sup> Wurden in der Vergangenheit ausreichende Überschüsse erwirtschaftet, so bieten diese einen gewichtigen Anhaltspunkt. Darüber hinaus hält der Große Senat es für zutreffend, wenn die Finanzverwaltung – in Anlehnung an R 99 ErbStR 2003 – der Ertragsprognose den durchschnittlichen Nettoertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre zugrunde legt.<sup>38</sup> Danach ist der *gewichtete* Ertrag in der Weise zu berücksichtigen, dass das Jahr der Übergabe dreifach, das vorausgegangene Jahr zweifach und das

<sup>26</sup> Vgl. BFH, DStR 2003, 73.

<sup>27</sup> DB 2000, 1633.

<sup>28</sup> BStBl II 1990, 847; BStBl II 1992, 78.

<sup>29</sup> BStBl II 1998, 190.

<sup>30</sup> Vgl. *Schmidt/Heinicke*, § 22 EStG Rdnr. 81.

<sup>31</sup> Vgl. II. Rentenerlass, BStBl I 2002, 893, Tz. 10.

<sup>32</sup> BStBl II 1990, 847.

<sup>33</sup> DB 2003, 2190.

<sup>34</sup> So *Reich*, DNotZ 2004, 6.

<sup>35</sup> BStBl II 1990, 847.

<sup>36</sup> Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, 1994, 61; ebenso *Hippler*, DStR 2001, 1918, und *Engelhardt*, StuW 1997, 238.

<sup>37</sup> So schon *Martin*, BB 1993, 1778.

<sup>38</sup> Vgl. BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893, Tz. 15.

drittletzte Jahr einfach in Ansatz gebracht werden und die Summe der Erträge durch sechs geteilt wird. Wenn sich die im Zeitpunkt der Übergabe vorhandenen, nach objektiven Kriterien zu beurteilenden Gewinnerwartungen nicht erfüllt haben, darf das nach Auffassung des Großen Senats nicht dazu führen, dass nachträglich von einem entgeltlichen Geschäft ausgegangen wird und die stillen Reserven des übertragenen Vermögens aufgedeckt werden müssen. Beruhen die vorhandenen geringen Erträge auf dem Alter des Übergebers und sind dem Übernehmer höhere Erträge zuzutrauen, ist diese Ertragsbetrachtung zugrunde zu legen. Den Einwendungen der Praxis, die vor der möglicherweise existenzvernichtenden Aufdeckung stiller Reserven gewarnt hat,<sup>39</sup> wurde damit Rechnung getragen. Hinzu kommt, dass der Große Senat sich der Verwaltungsmeinung anschließt, wonach Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen dem Nettoertrag hinzuzurechnen sind, ferner Zinsen, wenn außerbetriebliche Schulden übernommen werden, deren Umfang geringer ist als der Wert des übertragenen Vermögens.<sup>40</sup>

## V. Abgrenzung zu Anschaffungskosten

### 1. Rechtsnatur der vorweggenommenen Erbfolge

Die Furcht, die anlässlich einer vorweggenommenen Erbfolge vereinbarte Versorgungsrente, die über den Ertrag des übergebenen Vermögens hinausgeht, nicht von Anschaffungskosten abgrenzen zu können, ist unbegründet. Die Frage, ob Anschaffungskosten vorliegen, ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Ein bloßer kausaler oder zeitlicher Zusammenhang mit der Anschaffung ist nicht ausreichend, vielmehr kommt es auf die Zweckbestimmung der Aufwendungen an.<sup>41</sup> Bereits zivilrechtlich lässt sich der Tatbestand der vorweggenommenen Erbfolge von üblichen Anschaffungsgeschäften ohne weiteres abgrenzen, da der Generationennachfolgevertrag als familien- und erbrechtlicher Versorgungsvertrag aufgrund seiner Entgeltfremdheit kein übliches Verkehrsgeschäft darstellt.<sup>42</sup> Wenn die zu erbringenden wiederkehrenden Leistungen ohne weiteres aus dem Ertrag des übergebenen Vermögens finanziert werden können, liegt selbstverständlich kein Anschaffungsgeschäft vor, da eine derartige *entgeltliche* Gestaltung unter fremden Dritten nicht vorstellbar ist. Die Erbringung der wiederkehrenden Leistungen aus den Erträgen des übergebenen Gegenstands ist ein Beweis dafür, dass tatsächlich eine *Auflagenschenkung* und nicht das kaufmännische Abwägen von Leistung und Gegenleistung und auch nicht das zivilrechtliche „do ut des“ vorliegen. Diese Gestaltung ist aber nicht die dogmatische Rechtfertigung für den Sonderausgabenabzug, sondern nur ein geeigneter Demonstrationsfall für einen bestimmten Vertragstyp der vorweggenommenen Erbfolge, nämlich der Schenkung unter einer Auflage, die sich selbst aus dem übergebenen Gegenstand finanziert. Der Große Senat hat damit nur den einfachsten Fall der vorweggenommenen Erbfolge gelöst. Wie andere Vertragstypen der vorweggenommenen Erbfolge zu beurteilen sind, wie z. B. Wirtschaftsüberlassungsverträge, bleibt offen. Die zivilrechtliche Grenze für Versorgungszahlungen ist nicht der Ertrag, sondern der Wert des übergebenen Vermögens.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Vgl. Spiegelberger, DStR 2000, 1076.

<sup>40</sup> So auch BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893, Tz. 16.

<sup>41</sup> Vgl. BFH, BStBl II 2002, 349.

<sup>42</sup> Vgl. Spiegelberger in FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V., 2003, 427 und 432.

<sup>43</sup> Vgl. Spiegelberger, Stbg 2001, 257.

## 2. Umqualifizierung?

Die These, Sonderausgaben könnten nur bis zur Höhe des Ertrags des übertragenen Wirtschaftsgutes vereinbart werden, während jede auch noch so geringe Mehrleistung zu einer Umqualifizierung der gesamten wiederkehrenden Leistungen zu einer entgeltlichen Gegenleistung führt, ist vom Anschaffungskostenbegriff her nicht nachvollziehbar. Der Vergleich mit Nießbrauchsfällen ist anschaulich, weil diese Gestaltung ebenfalls eine Auflagenschenkung darstellt, aber steuerrechtlich unergiebig: Der Nießbrauch begründet eine Einkunftsquelle und eine Zurechnung ausschließlich bei dem Nießbraucher; die dauernde Last ist dem Übergeber als Sonderausgabe zuzurechnen und beim Erwerber abzuziehen, so dass nur eine etwaige Progressionsdifferenz steuerwirksam wird. Fischer<sup>44</sup> bemängelt zu Recht das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ und hält es für denkbar, die dauernde Last in Höhe des Ertrags des übergebenen Vermögens als Sonderausgabe zu behandeln und den überschießenden Betrag zu „kappen“.

M. E. stimmt diese Betrachtung auch mit der Beurteilung der teilentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge überein, wonach vom Erwerber erbrachte sonstige Leistungen, z. B. Schuldübernahmen, Geschwistergleichstellungsgelder oder Abstandszahlungen an den Übergeber, ein Entgelt darstellen, während dies bei den zur Versorgung dienenden wiederkehrenden Leistungen (maximal in Höhe des Ertrags) nicht der Fall ist. Die Aufteilung von dauernden Lasten – unter Berücksichtigung der Vorgaben des Großen Senats – in Versorgungsleistungen, soweit der Ertrag reicht, und in Gegenleistung hinsichtlich des überschießenden Teils würde in der Tat die unbefriedigende und dogmatisch nicht nachvollziehbare Alles-oder-Nichts-Betrachtung ersetzen.

In der Entscheidung GrS 2/00 lässt der Große Senat seine Sympathie für eine Aufteilung in Versorgungsleistungen einerseits und Unterhaltsleistungen andererseits erkennen, wenn die wiederkehrenden Leistungen nicht vollständig aus dem Ertrag des übergebenen Unternehmens erzielt werden können. Die künftige Rechtsprechung des X. Senats wird mit Interesse beobachtet werden.

## VI. Offene Rechtsfragen

### 1. Besteuerung der Versorgungsrente

Der Große Senat hat in beiden Beschlüssen *expressis verbis* nur die dauernde Last behandelt und die Versorgungsrente nicht erwähnt. Somit sind folgende Alternativen denkbar:

- Eine lebenslange Leibrente, die der Versorgung dient, wird der dauernden Last gleichgestellt, lediglich mit der von dem Gesetz angeordneten Differenzierung, dass nur der Ertragsanteil gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG eine Sonderausgabe darstellt, so dass nach dem Korrespondenzprinzip gem. § 22 EStG den Übergebern auch nur dieser Anteil zugerechnet wird. Der Übergeber, der sich nicht völlig dem Wirtschaften des Übernehmers ausliefern will, wird im Übergabevertrag eine Leibrente vereinbaren, um eine feste Altersversorgung zu haben. Die Vereinbarung einer dauernden Last mit einem Mindestbetrag ist nach der bisherigen Rechtsprechung bedenklich, da in diesem Fall der Mindestbetrag eine Leibrente und nur der darüber hinausgehende schwankende Betrag eine dauernde Last darstellen soll.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> NWB Fach 3, S. 12665.

<sup>45</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1980, 501.

- *Fischer*<sup>46</sup> will die Leibrente als einen langfristig gestundeten Kaufpreis behandeln, so dass eine Leibrente demnach Gegenleistungscharakter hätte. Dies widerspricht allerdings der Entscheidung des Großen Senats in BStBl II 1992, 78, wonach die Versorgung entweder durch dauernde Last oder Leibrente vereinbart werden kann.
- *Hipler*<sup>47</sup> sieht in einer Leibrente lediglich einen mit zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen versehenen Unterfall der dauernden Last und will gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG den vollen Betrag der Leistung als Sonderausgabe abziehen.
- *Paus*<sup>48</sup> bezweifelt, ob § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, wonach dauernde Lasten in voller Höhe, Renten in Höhe des Ertragsanteils Sonderausgaben darstellen, überhaupt eine verfassungskonforme Auslegung zulasse.

Der BFH hat den bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriff seit dem Urteil BStBl III 1962, 204 in ständiger Rechtsprechung bis hin zu den Urteilen BStBl II 1986, 261 und 714 seinen Entscheidungen zugrunde gelegt und die Maßgeblichkeit des bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriffs erst in dem Beschluss des Großen Senats BStBl II 1992, 78 angezweifelt.<sup>49</sup> § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG geht offensichtlich von dem bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriff aus, der sich von der dauernden Last in Folgendem unterscheidet: Die Vereinbarung einer dauernden Last ist unmittelbar verbunden mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, meist dem Ertrag des übergebenen Vermögens. Sofern dieses z. B. durch Insolvenz ertraglos wird, besteht ein zivilrechtlicher Anpassungsanspruch, wonach die dauernde Last bis auf 0 € gemindert werden kann. Im Gegensatz hierzu entsteht bei der Übertragung eines Vermögensgegenstandes unter Vereinbarung einer gleichförmigen Leibrente ein Rentenstammrecht,<sup>50</sup> das quasi an die Stelle des übergebenen Vermögensgegenstandes tritt, von diesem aber völlig abgekoppelt ist. Auch bei dem Untergang des übergebenen Vermögensgegenstandes ist die Leibrentenzahlung in unveränderter Höhe weiterzuzahlen. Nach Hinweis des Notars auf diese Differenzierung wird gerade bei Betriebsübergaben regelmäßig eine Rente gewählt, da eine Abhängigkeit des Übergebers von dem jährlichen Bilanzergebnis zu unkalkulierbaren Versorgungsrisiken führt. Der Übergeber erwirbt durch eine Leibrente ein Rentenstammrecht an Stelle seines Vermögens und muss den daraus resultierenden Ertragsanteil versteuern. Ungereimtheiten ergeben sich somit nicht aus dem Gesetz, sondern allenfalls aus der Steuerrechtsprechung, die sich vom zivilrechtlichen Leibrentenbegriff gelöst hat.

## 2. Umschichtung

### a) Rechtsprechung des X. Senats

Leider hat der Große Senat nicht entschieden, ob die nachträgliche Umschichtung des übergebenen Vermögens zu einer Beendigung der vorweggenommenen Erbfolge und zu einer Umqualifizierung des Übergabevertrages in einen Kaufvertrag führt.<sup>51</sup> Nach Auffassung von *Kempermann*<sup>52</sup> hat der

Große Senat diese Frage offen gelassen, damit sie vom zuständigen X. Senat erneut geprüft werden kann. Es liege nicht ganz fern, die spätere Veräußerung und den nachfolgenden Erwerb anderen ertragbringenden Vermögens als unschädlich anzusehen, wenn – wie vom Großen Senat entschieden – auch die Schenkung ertraglosen Vermögens unter der Auflage des Erwerbs eines ertragbringenden Wirtschaftsgutes zur Anerkennung von Versorgungsleistungen führen kann. Zwingend sei das indessen nicht, weil im letztgenannten Fall der Übergeber selbst den Austausch mitinitiiert habe; m. E. sollte in jeder Übergabe vereinbart werden, dass eine Umschichtung der Zustimmung des Übergebers bedarf, um eine Umschichtungsvereinbarung nach Maßgabe des Großen Senats geltend machen zu können.

### b) Kritik

*Stuhrmann*<sup>53</sup> hat die Regelung im I. Rentenerlass mit dem zutreffenden Hinweis gerechtfertigt, dass eine Surrogationsmöglichkeit für bestimmte Gruppen existenzsichernder Wirtschaftseinheiten (gewerbliche Betriebe, Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, wesentliche Beteiligungen an Kapitalgesellschaften) zulässig sein müsse. Andernfalls sei die Konsequenz, dass auch wirtschaftlich sinnvolle, ja gebotene betriebliche Anpassungen unterbleiben müssten, z. B. bei dem von den Eltern übernommenen Unternehmen, um den Abzug der wiederkehrenden Leistungen weiterhin zu ermöglichen. Auch Teilveräußerungen könnten nach der Rechtsprechung des X. Senats nicht mehr steuerlich nachvollziehbar beurteilt werden. Die Rechtsprechung des X. Senats führe zu einer aufgedrängten entgeltlichen Veräußerung, so dass die vorweggenommene Erbfolge sich als Steuerfalle entpuppen würde. Betriebswirtschaftlich gebotene Dispositionen müssten unterbleiben, um die nachträgliche Umqualifizierung einer vorweggenommenen Erbfolge in einen Unternehmenskaufvertrag zu verhindern.

Veräußerungshandlungen des Übernehmers werden nach der Rechtsprechung des X. Senats dem Übergeber zugerechnet, so dass in einer Art Sippenhaftung die Eltern die von den Übernehmern vorgenommene Veräußerungen zu besteuern haben. Aus einer Weiterveräußerung können keine nachteiligen Rechtsfolgen für den unbeteiligten Übergeber entstehen. Eine Schenkung bleibt auch dann Schenkung, wenn der Erwerber den erworbenen Gegenstand entgeltlich weiterveräußert. Entnahme- und Veräußerungsvorgänge sind nur zu-rechenbar, wenn sie auf dem Willen der zu steuernden Person, also auf dem Willen des Übergebers, beruhen. Besteuerung aus Drittverhalten ist eine Steuererhebung ohne Tatbestandsverwirklichung.<sup>54</sup> Ein Versorgungsvertrag kann nicht einseitig in einen Unternehmenskaufvertrag umgewandelt werden.<sup>55</sup>

Die Finanzverwaltung hat übersehen, dass der Gesetzgeber durch die Regelung in § 6 Abs. 3 EStG verbindliche Beurteilungskriterien getroffen hat. Gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG entfällt die dort vorgesehene Buchwertfortführung nur, wenn der Rechtsnachfolger den übernommenen Mitunternehmeranteil innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren veräußert oder aufgibt. Diese Wertung des Gesetzgebers muss auch für den Sonderausgabenabzug im Privatvermögensbereich gelten.

<sup>46</sup> Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, Rdnr. 132.

<sup>47</sup> FR 2003, 1163.

<sup>48</sup> DSz 2004, 21.

<sup>49</sup> Vgl. *Jansen/Wrede*, Renten, Raten, dauernde Lasten, 11. Aufl. 1995, Rdnr. 35.

<sup>50</sup> Vgl. *Palandt/Thomas*, § 759 BGB Rdnr. 8.

<sup>51</sup> Vgl. BFH/NV 1998, 1563, und BStBl II 2002, 646; BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893, Tz. 20 und 21.

<sup>52</sup> DSz 2003, 1740.

<sup>53</sup> DSz 1999, 925.

<sup>54</sup> Vgl. *Crezelius*, FR 2002, 811.

<sup>55</sup> Kritisch auch *Franz/Seitz*, DSz 2002, 1753; *Hipler*, Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen im Einkommensteuerrecht, 2001, 137; *Spiegelberger*, ErbStB 2003, 13.

Der X. Senat hat in dem anhängigen Revisionsverfahren X R 66/98 Gelegenheit, sich mit der aufgeführten Kritik auseinander zu setzen. Der Finanzverwaltung ist anzuraten, in dem in Vorbereitung befindlichen III. Rentenerlass zu der Auffassung im I. Rentenerlass zurückzukehren, wonach eine Umschichtung in ertragbringendes Vermögen immer unschädlich ist und nach Ablauf einer Fünf-Jahres-Frist der Sonderausgabenabzug selbst dann fortgesetzt werden kann, wenn in ertragloses Vermögen umgeschichtet wird.

### 3. Empfänger des Vermögens und der Versorgungsleistungen

#### a) Vermögensempfänger

Der Große Senat unterstellt ohne weitere Diskussion, dass nicht nur Abkömmlinge, sondern auch Geschwisterkinder (Neffen und Nichten) Empfänger des Vermögens sein können. Der BFH<sup>56</sup> sah bisher auch entferntere Verwandte als mögliche Empfänger des Vermögens an. Der IX. Senat<sup>57</sup> folgert aus dem Umstand, dass nach dem Grundsatz der Testierfreiheit gem. § 2302 BGB, wonach auch ein Fremder als Erbe eingesetzt werden könne, auch die vorweggenommene Erbfolge mit einem fremden Dritten in Betracht komme; ebenso der X. Senat.<sup>58</sup> Die Großzügigkeit der Rechtsprechung erscheint bedenklich, wie die Einbeziehung des Ehegatten in den Kreis der Vermögensempfänger bei der vorweggenommenen Erbfolge zeigt. Würde man auch die Ehegattenübertragung als vorweggenommene Erbfolge zulassen, könnte die Realsplitting-Regelung in § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG ohne weiteres durch Ehegattenschenkungen mit Versorgungsrenten unterlaufen werden. Betrachtet man die vorweggenommene Erbfolge als Generationennachfolgevertrag mit einem zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmling oder Geschwisterkind,<sup>59</sup> wäre auch für das Steuerrecht eine konkrete Abgrenzung gewonnen.

#### b) Empfänger von Versorgungsleistungen

Familienfremde Dritte können nicht Empfänger von Versorgungsleistungen sein,<sup>60</sup> so dass z. B. eine Haushälterin nicht in dieser Weise versorgt werden kann.<sup>61</sup> Außer Verwandten in gerader Linie (§ 1601 BGB) und dem Ehegatten sollten spiegelbildlich zur Erbberechtigung auch die Geschwister der Übergeber (Erbonkel, Erbtante!) Empfänger von Versorgungsleistungen sein können, wie dies insbesondere im landwirtschaftlichen Bereich seit Generationen der Fall ist, wonach insbesondere unverheiratete weichende Hoferben mit Wohnungsrechten oder sonstigen Leibgedingsleistungen versorgt werden.

### 4. Versorgungsleistungen von Todes wegen

Besonders enge Grenzen zieht der X. Senat bei Versorgungsleistungen, die auf letztwilligen Verfügungen beruhen oder bei der Auseinandersetzung des Nachlasses vereinbart werden. Danach sollen wiederkehrende Leistungen nur als Sonderausgaben des Erben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar sein, wenn der Empfänger gegenüber dem Erblasser eine pflichtteilsberechtigzte Person ist.<sup>62</sup> Eine Versorgungs-

rente an die Schwester des Erblassers kann danach nicht als dauernde Last abgezogen werden. Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, dass der Empfänger der Versorgungsleistungen ein eigenes Vermögensopfer erbracht oder erlitten haben muss, wie z. B. der „übergangene“ Pflichtteilsberechtigte. Eine private Versorgungsrente, die dem überlebenden Ehegatten vermächtnisweise zugewendet wird, soll nur dann als Sonderausgabe abziehbar sein, wenn der überlebende Ehegatte im Interesse der Erhaltung des Familienvermögens auf die Geltendmachung seiner erb- und etwaigen familienrechtlichen Ansprüche (Pflichtteil oder Zugewinnausgleich) verzichtet und sich stattdessen mit den ihm vermächtnisweise ausgesetzten Versorgungsleistungen bescheidet.<sup>63</sup> Den legitimierenden Grund für diese restriktive Rechtsprechung ist der X. Senat bisher schuldig geblieben.

## B. Übergabe eines Betriebes ohne positiven Substanz- oder Ertragswert (BFH, GrS 2/00)

### I. Sachverhalt

Dem Beschluss GrS 2/00 liegt der sog. „Gaststättenfall“ zugrunde, nämlich die Übertragung einer in gemieteten Räumen geführten Gaststätte, die weder über einen positiven Substanzwert noch – nach Meinung des Finanzgerichtes – über einen positiven Ertragswert verfügte. Allerdings konnten sich aus dem Ertrag der Gaststätte sowohl die Übergeber als auch der im Unternehmen der Eltern arbeitende Sohn und spätere Vermögensübernehmer ernähren. Die Eltern des Klägers sind in den Jahren 1978 bis 1983 mit den folgenden Gewinnen veranlagt worden:

1978	40.439 DM
1979	38.524 DM
1980	45.157 DM
1981	12.865 DM
1982	22.435 DM
1983	31.625 DM
1984	3.105 DM
1985	27.497 DM
1986	11.472 DM
1987	– 23.296 DM (Verlustjahr).

Der Kläger war in den Jahren 1984 bis 1987 Geschäftsführer der Gaststätte mit einem vertraglichen Bruttogehalt von 50.400 DM. Die Bilanz für die Gaststätte weist zum 31.12.1987 ein negatives Kapitalkonto in Höhe von 133.246,74 DM auf.

Der Kläger selbst erklärte für die Jahre 1988 bis 1994 folgende Gewinne:

1988	28.316 DM
1989	57.057 DM
1990	87.407 DM
1991	99.120 DM
1992	63.809 DM
1993	91.382 DM
1994	91.598 DM.

<sup>56</sup> DB 1994, 661.

<sup>57</sup> BStBl II 1998, 718.

<sup>58</sup> ZEV 2002, 82.

<sup>59</sup> Vgl. Spiegelberger in DAI-Festschrift (Fn. 42), 437.

<sup>60</sup> Vgl. II. Rentenerlass, BStBl I 2002, 893, Rdnr. 24 Satz 2.

<sup>61</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1996, 680.

<sup>62</sup> Vgl. BFH, ZEV 2004, 163.

<sup>63</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1992, 612.

## II. Wesentliche Entscheidungsgründe

Die wesentlichen Entscheidungsgründe lauten:

- Bei gewerblichen Unternehmen besteht eine nur in seltenen Ausnahmefällen widerlegliche Vermutung, der Betrieb werde ausreichende Gewinne erwirtschaften, jedenfalls dann, wenn der Betrieb vom Erwerber fortgeführt wird. Bei der Ertragsprognose ist ein Unternehmerlohn nicht abzuziehen. Versorgungsleistungen sind selbst dann als Sonderausgaben abziehbar, wenn sie teilweise aus dem Unternehmerlohn herrühren. Das Erfordernis der vorbehaltenen Erträge ist auch dann erfüllt, wenn z. B. wegen des fortgeschrittenen Alters des Übergebers nur geringe Erträge erzielt wurden, beim Übernehmer jedoch ausreichende Nettoerträge zu erwarten sind.
- Der „good will“ stellt nur einen nutzbringenden Vermögenswert dar, wenn durch ihn höhere Einkünfte zu erzielen sind, als sie durch die bloße Verwertung der Arbeitskraft erzielt würden.
- Trotz ausreichender Nettoerträge sind versprochene Sach- oder Geldleistungen nicht als Sonderausgaben, sondern als steuerlich unbeachtliche Unterhaltsleistungen anzusehen, wenn das übergebene Unternehmen weder über einen positiven Substanz- noch über einen positiven Ertragswert verfügt. Auch wenn die Nettoerträge für die versprochenen Leistungen ausreichen, kann der Ertragswert negativ sein, weil die der Wertermittlung zugrunde gelegten Gewinne um einen Unternehmerlohn zu kürzen sind.
- Die 50 %-Grenze<sup>64</sup> hat ihre Bedeutung weitgehend verloren. Wenn jedoch nach Abzug des Unternehmerlohns der verbleibende Unternehmenswert mindestens 50 % des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen ausmacht, stellt die 50 %-Grenze nach wie vor ein Beweisanzeichen für die Abgrenzung zwischen steuerlich wirksamen Versorgungsleistungen und steuerlich unbeachtlichen Unterhaltsleistungen dar. Wenn der Wert des übergebenen Vermögens weniger als 50 % des Kapitalwerts der zugesagten wiederkehrenden Leistungen beträgt, bleibt offen, ob die wiederkehrenden Leistungen insgesamt als Unterhaltsleistungen zu werten sind oder eine Aufteilung in Versorgungsleistungen einerseits und Unterhaltsleistungen andererseits vorzunehmen ist, wie dies bei betrieblichen Versorgungsleistungen der Fall ist.

## III. Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen gem. § 12 Nr. 2 EStG

Der BFH hat, um eine scharfe Grenze zur Erbringung von Unterhaltsleistungen gem. § 12 Nr. 2 EStG zu ziehen, den Gaststättenfall zum Anlass genommen, die vorweggenommene Erbfolge bei Unternehmen der geschilderten Art einzuschränken. Dies liegt auf der Linie des XI. Senats,<sup>65</sup> der in ähnlichen Fällen den Sonderausgabenabzug versagt hat.

Das Finanzgericht hat einen Ertragswert von 0 DM mit der Begründung angenommen, dass sich ein angemessener Unternehmerlohn auf 40.000 bis 50.000 DM belaufe. Folgt man dieser Betrachtung, so müssen fast alle landwirtschaftlichen Betriebe in Deutschland als ertragslose Unternehmen behandelt werden, da z. B. nach dem Bericht des Bayerischen Landwirtschaftsministeriums in den Jahren 1998/99 in der bayerischen Landwirtschaft folgende Erträge erzielt wurden:

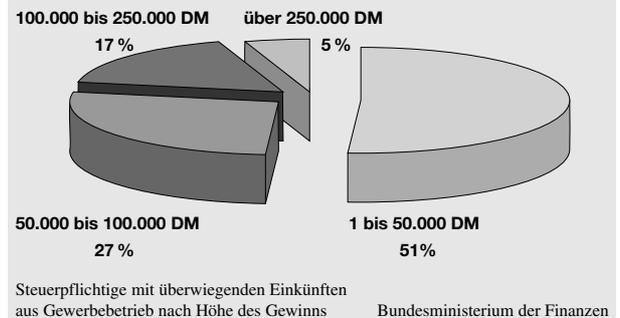
### Unternehmensbezogene Beihilfen 1998/99

	Marktfruchtbau DM	Futterbau DM	Veredelung DM	Dauerkultur DM	Gemischt DM	Insgesamt DM
<b>Gewinn</b>	50.448	54.472	21.870	59.860	43.289	52.013
<b>Beihilfen</b>	42.134	24.920	35.157	25.857	36.315	28.340

Für die landwirtschaftliche Betriebsübergabe spielt der fehlende oder negative Ertragswert in aller Regel keine Rolle, weil ein ausreichender Substanzwert vorhanden ist. Anders verhält es sich bei der gewerblichen Wirtschaft. Nach der Statistik des Bundesfinanzministeriums für das Jahr 2000 erzielten 51 % aller Personenunternehmen einen Jahresgewinn von nicht mehr als 50.000 DM.

### Unternehmensstruktur und Unternehmenssteuerreform

Die Hälfte aller Personenunternehmen hat einen Gewinn von unter 50.000 DM im Jahr. Dreiviertel liegen unter 100.000 DM; nahezu alle unter 250.000 DM.



Bei den Ertragsmargen, die das Finanzgericht voraussetzt, könnten diese Betriebe nur dann gegen Vereinbarung von Versorgungsleistungen übergeben werden, wenn ein positiver Substanzwert vorhanden wäre. Bei vielen der etwa vier Mio. Dienstleistungsbetrieben in der Bundesrepublik ist dies nicht der Fall. Häufig wird bei Dienstleistungs- und Pachtbetrieben, wie z. B. Gaststätten, Friseurgeschäften, Taxiunternehmen, aber auch bei kleinen Anwaltskanzleien, nur der Ertrag erzielt, der auch bei nicht selbständiger Arbeit in einem anderen Unternehmen als Lohn bezogen würde. Im Wesentlichen besteht bei zahlreichen Dienstleistungsbetrieben nur die Möglichkeit einer selbständigen oder freiberuflichen Tätigkeit, ohne dass ein veräußerbarer „good will“ vorhanden wäre, der zu höheren Einkünften führen würde, als die bloße Verwertung der Arbeitskraft ergibt.

Diese Betriebe aus der vorweggenommenen Erbfolge auszuklammern, würde wieder einem Kahlschlag im Mittelstand gleichkommen. Auch dann, wenn ein Betrieb über mehrere Jahre hinweg nur Verluste oder nur den Unternehmerlohn erzielt hat, stellt die Chance der Betriebsfortführung – bei einem festen Sockel von vier Mio. Arbeitslosen – einen Vermögenswert dar, auch wenn sich dieser in einer bilanziellen Betrachtung nicht niederschlägt. Die Übertragung einer derartigen Erwerbsquelle stellt eine Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit, also eine Einkunftsquelle, dar und kann daher zivilrechtlich Gegenstand einer vorweggenommenen Erbfolge sein. Wenn nicht ein gesetzliches Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung bestünde, würde ohne Zweifel ein Entgelt für die Einräumung einer derartigen selbständigen Erwerbsquelle entrichtet werden.

Wenn das Finanzgericht nach den vom Großen Senat aufgestellten Kriterien geurteilt hätte, wäre gerade der Gaststätten-

<sup>64</sup> Vergleichsrechnung gem. BMF-Schreiben, BStBl I 2002, 893, Tz. 17 ff., 38 ff.

<sup>65</sup> BFH/NV 1991, 720.

fall ein Paradebeispiel für einen Betrieb, der gegen Versorgungsleistungen übertragen werden kann. Der Gaststättenbetrieb hat vor und nach der Übergabe zwei Familien ernährt. Der Betrieb wurde nach der Übergabe fortgeführt. Der Vermögensübernehmer hat sogar höhere Erträge als der Übergeber erzielt. Bei Berücksichtigung der vom Großen Senat aufgestellten Prämisse, dass grundsätzlich bei Betriebsfortführung zu vermuten sei, der Betrieb werde ausreichende Gewinne erwirtschaften, muss das Finanzgerichtsurteil im Gaststättenfall vom X. Senat aufgehoben werden.

Bei der Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sollte nicht die bilanzielle Betrachtung des Unternehmerlohns, wie dies bei der Unternehmensbewertung vorgenommen wird,<sup>66</sup> im Vordergrund stehen, sondern der Gesichtspunkt, dass ein funktionierendes Unternehmen vorhanden ist, das nach dem Willen der Beteiligten fortgeführt werden soll und lebensfähig ist. Wenn vor und nach der Betriebsübergabe zwei Familien von einem Betrieb leben, ist die Versorgungsabrede nicht als Unterhaltszahlung i. S. des § 12 Nr. 2 EStG zu beurteilen.

Die Differenzierung, bei positiven Substanz- oder Ertragswerten den Unternehmerlohn zuzurechnen, so dass eine entsprechend hohe Versorgungsleistung vereinbart werden kann, aber bei einem Unternehmen mit fehlendem Substanzwert den Unternehmerlohn vom Ertrag abzuziehen, so dass zahlreiche Dienstleistungsbetriebe aus der Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ausscheiden, ist nicht schlüssig. Ich habe für den Gaststättenfall und vergleichbare Dienstleistungsbetriebe vorgeschlagen, den Sonderausgabenabzug zu gewähren und nur Liebhaberbetriebe vom Sonderausgabenabzug auszuschließen.<sup>67</sup>

#### IV. Praxishinweis

Bei Betrieben mit fehlendem Substanz- und Ertragswert wird sich die Praxis damit behelfen, den Betrieb des Übergebers entweder zum ermäßigten Steuersatz gem. § 34 Abs. 3 EStG aufzugeben oder an den Vermögensübernehmer entgeltlich zu veräußern, um den Freibetrag gem. § 16 Abs. 4 EStG in Anspruch zu nehmen und beim Übernehmer neues AfA-Volumen zu schaffen. Bei Betrieben mit hohen negativen Kapitalkonten ist dieser Ausweg aber nicht gegeben, so dass vorsorglich die gewerbliche Prägung gem. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG durch Überführung in eine GmbH & Co. KG anzuraten ist, damit jedenfalls die negativen Kapitalkonten bei der Betriebsaufgabe nicht aufgelöst werden müssen.

#### V. Betriebliche Versorgungsrente

Der Große Senat hat die bei der Betriebsübergabe vereinbarten Versorgungsleistungen zu Gunsten der Betriebsübergeber nur unter dem Gesichtspunkt der privaten Versorgungsrente geprüft. Bei Personengesellschaften ist auch zu prüfen, ob die Versorgungsleistungen nicht auf dem Gedanken der Entlohnung für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft vereinbart wurden.<sup>68</sup> Der BFH<sup>69</sup> hat die bei der Einbringung eines Ein-

zelunternehmens in eine Kommanditgesellschaft vereinbarte Arbeitsentschädigung in Höhe von 3.000 DM, die im Fall des Ablebens an die Witwe zur Hälfte weiter zu entrichten war, mit folgendem Leitsatz als betriebliche Versorgungsrente anerkannt: „Steht bei der Begründung einer Versorgungsrente, die die Witwe eines verstorbenen Gesellschafters von der Personengesellschaft erhält, der Gedanke der Entlohnung des verstorbenen Gesellschafters für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft im Vordergrund, so handelt es sich selbst dann um eine betriebliche Versorgungsrente, wenn das Rechtsverhältnis über die Tätigkeit des verstorbenen Gesellschafters im zeitlichen Zusammenhang mit der schenkweisen Aufnahme naher Angehöriger in die Personengesellschaft begründet worden ist, vgl. EStG § 4 Abs. 4, § 12 Nr. 2, § 15 Abs. 1 Nr. 2.“

Unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Versorgungsrente wurde die vorweggenommene Erbfolge im Betriebsvermögensbereich bisher kaum betrachtet. Die Rechtsprechung muss bei der unentgeltlichen Übertragung von Betriebsvermögen gegen Versorgungsleistungen auch die Subsumtion unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Versorgungsrente in Betracht ziehen.

Bei dem vom Großen Senat entschiedenen Gaststättenfall haben Eltern ihre Gaststätte ihrem Sohn überlassen und damit ihre Mitunternehmeranteile übertragen. Die von dem Übernehmer erbrachten Leistungen, nämlich die Gewährung von Speisen und Getränken sowie die Übernahme der Miete im Gebäude der Gaststätte, die Kosten für Strom und Heizung sowie die Beiträge für Versicherungen, können nicht nur unter familiären Gesichtspunkten betrachtet werden, sondern auch als Entlohnung der weichen Gesellschaft für die Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft. Es ist bezeichnend, dass die Verfechter der Gegenleistungstheorie nicht nur die private, sondern auch die betriebliche Versorgungsrente ablehnen.<sup>70</sup>

#### C. Der II. Rentenerlass: Übergangsregelung

Die Finanzverwaltung wird den II. Rentenerlass<sup>71</sup>, kaum nachdem sie ihn publiziert hat, wieder einziehen müssen. *Geck*<sup>72</sup> plädiert für Vertrauensschutz bei Altfällen, der in der Tat gewährt wird.<sup>73</sup> Allen Steuerpflichtigen werden danach folgende Wahlrechte eingeräumt:

1. Die Rechtsgrundsätze des Großen Senats des BFH sind anzuwenden, sofern dies vom Übergeber und vom Übernehmer übereinstimmend beantragt wird.
2. Beantragen Übergeber und Übernehmer übereinstimmend die weitere Anwendung des BMF-Schreibens BStBl I 2002, 893, ist den Anträgen zu folgen.
3. Wird ein Antrag nicht gestellt, sind die Rechtsgrundsätze der Beschlüsse des Großen Senats des BFH anzuwenden. Veranlagungen sind in derartigen Fällen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO durchzuführen.

<sup>66</sup> IdW-HFA, Wpg 2000, 825, Tz. 4.4.2.4.

<sup>67</sup> Stbg 2001, 258.

<sup>68</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1979, 403.

<sup>69</sup> BStBl II 1989, 888.

<sup>70</sup> Vgl. *Hofer*, Vorweggenommene Erbfolgeregelungen gegen private Versorgungsleistungen, 1995, 57; *Biergans*, Renten und Raten, 4. Aufl. 1993, 223.

<sup>71</sup> BStBl I 2002, 893.

<sup>72</sup> ZEV 2003, 442.

<sup>73</sup> Vgl. BMF, BStBl I 2004, 191.

# Neue Umsatzsteuervorschriften und ihre Bedeutung für den Notar

Von Notar Dr. *Peter Schubert*, München

Durch Art. 14 Nr. 2 des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 (HBegIG 2004) vom 29.12.2003<sup>1</sup> wurden verschiedene auch für den Notar relevante Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes geändert. Diese waren bereits mehrfach Gegenstand rechtlicher Darstellung, auch in notariellen Zeitschriften.<sup>2</sup> Der nachfolgende kurze Beitrag beschäftigt sich mit den praktischen Konsequenzen für den Notar und gibt Formulierungshinweise.<sup>3</sup>

## 1. Kostenrechnungen des Notars und Rechnungen

a) Neu eingeführt wurde § 14 d über die Aufbewahrung von Rechnungen; die Vorschrift gilt bereits seit 1.1.2004. Auf Grund des Wortlautes der Vorschrift des § 14 d „Der Unternehmer hat ein Doppel der Rechnung, die er selbst (...) in seinem Namen und für seine Rechnung ausgestellt hat, sowie alle Rechnungen, die er erhalten (...) hat, zehn Jahre aufzubewahren (...)“, könnte man meinen, dass nunmehr die „Rückkehr in die Steinzeit“ angesagt ist und der Notar von jeder Rechnung, die er versendet, ein Duplikat ausdrucken und dieses aufbewahren muss.<sup>4</sup> Dem ist jedoch nicht so, was sich aus dem Gesetz jedoch nicht ohne weiteres erschließt. Aus Abs. 2 Satz 2 der Vorschrift lässt sich aber entnehmen, dass der Unternehmer die Rechnungen auch online aufbewahren kann. Es ist also möglich, auf den doppelten Ausdruck der Rechnung zu verzichten, wenn die notariellen Kostenrechnungen in der EDV zehn Jahre lang aufbewahrt werden.<sup>5</sup> Dies setzt wiederum voraus, dass die Kostenrechnungen in der EDV auch tatsächlich über zehn Jahre lang abgespeichert sind und jederzeit wieder abrufbar und ausdrückbar sind bzw. online für die Finanzverwaltung verfügbar gemacht werden können.<sup>6</sup> Soweit Notare bisher ihre Rechnungen nicht doppelt ausgedruckt hatten und eine Aufbewahrung über zehn Jahre EDV-technisch nicht möglich war oder ist, werden sie verpflichtet sein, bis zum Erreichen der technischen Lösung der zehnjährigen Aufbewahrung in elektronischer Form die Rechnungen doppelt auszudrucken und sie manuell aufzubewahren.

Rechnungen für Leistungen, die ein Dritter dem Notar in Rechnung stellt, hat der Notar ebenfalls zehn Jahre aufzubewahren. Auch insoweit kann die Aufbewahrung in elektronischer Form erfolgen, z. B. wenn der Notar ein elektronisches Archivierungssystem verwendet, so dass die Rechnungen bei Bedarf wieder repliziert werden können.

b) Gemäß § 14 Abs. 4<sup>7</sup> muss jede notarielle Kostenrechnung die dort aufgeführten Anforderungen erfüllen.<sup>8</sup> Problematisch

kann in diesem Zusammenhang sein, ob die Notar-Softwareprogramme den Anforderungen der Nr. 4 „fortlaufende Nummer mit einer oder mehreren Zahlenreihen“ entsprechen. *Reich*<sup>9</sup> weist zu Recht darauf hin, dass die Urkundennummern einschließlich der Bruchnummern im strengen Sinne nicht zu 100 % fortlaufend sein können, da es auch kostenfreie Urkunden gibt (z. B. Satzungsbescheinigungen nach § 47 KostO; Urkunden, die bei anderen Urkunden mitbewertet wurden; Urkunden, die nachbewertet wurden unter einer Bruchnummer usw.); andererseits lässt sich dem Gesetz entnehmen, dass der Normzweck darin besteht, dass eine Rechnungsnummer nur einmalig vergeben wird und die Rechnung so eindeutig identifiziert und von anderen unterschieden werden kann. Häufig hat eine Urkunde mehrere Kostenschuldner, so dass zu einer Urkunde verschiedene Rechnungen ausgestellt werden. Insoweit können nur solche Rechnungen die Anforderungen des Gesetzes erfüllen, bei denen für jeden Kostenschuldner eine eigene Unter Nummer vergeben ist. Beispiel: Kostenschuldner einer Überlassung sind A und B. Rechnung 1 trägt die Nummer S 589/0/1, Rechnung 2 die Nummer S 589/0/2. Mit Sicherheit nicht ausreichend wäre es, wenn das Notarprogramm in solchen Fällen nur die Urkundenummer auf der Rechnung ausdrucken würde, da dann die verschiedenen Rechnungen eine identische Nummer aufweisen würden. Meines Erachtens reicht es aufgrund von Sinn und Zweck der Vorschrift aus, wenn jede Rechnung eine eindeutige, diese von anderen Rechnungen unterscheidende Nummer führt. Auch das BMF lässt Kombinationen von Zahlen und Buchstaben zu und erkennt diese als fortlaufende Rechnungsnummer an.<sup>10</sup>

c) Die Einhaltung der unter a) und b) dargestellten Grundsätze ist zwingend erforderlich und im ureigensten Interesse des Notars, da andernfalls die Gefahr bestehen kann, dass der Schuldner nicht zahlen muss (weil keine ordnungsgemäße Rechnung ausgestellt ist) oder der Vorsteuerabzug versagt wird. Der Notar sollte künftig bei jeder Rechnung, die er stellt, *und* bei jeder Rechnung, die er erhält, die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen genau prüfen (lassen). Ist die Rechnung nicht entsprechend ausgestellt, besteht ein Anspruch auf Berichtigung und bis dahin ein Zurückbehaltungsrecht; ein Vorsteuerabzug ist nur bei korrekter Rechnung möglich.<sup>11</sup> Geprüft werden sollte insbesondere, ob die Rechnung die Steuernummer des leistenden Unternehmers sowie die fortlaufende Rechnungsnummer enthält.

<sup>1</sup> BGBl I, 3076, Berichtigung BGBl I 2004, 69; BStBl I, 120.

<sup>2</sup> DNotI-Report 2004, 7, 27, 63, 72; *Reich*, DNotZ 2004, 95 ff.

<sup>3</sup> Alle hier zitierten Vorschriften sind solche des Umsatzsteuergesetzes, falls nicht anders vermerkt.

<sup>4</sup> Man stelle sich den zusätzlichen Platzbedarf für die Massen von Rechnungen vor, die insbesondere in einer großen Sozietät anfallen.

<sup>5</sup> Wie hier BMF-Schreiben vom 29.1.2004, IV B 7 – S 7280 – 19/04, Tz. 72, DSStR 2004, 268, 273.

<sup>6</sup> Die genauen Anforderungen sind normiert in den BMF-Schreiben vom 1.2.1984, BStBl I, 155, und vom 7.11.1995, BStBl I, 738.

<sup>7</sup> Diese Vorschrift wurde bereits neu gefasst durch Gesetz vom 15.12.2003, BGBl I, 2645.

<sup>8</sup> Hierzu jetzt BMF-Schreiben vom 29.1.2004, IV B 7 – S 7280 – 19/04, DSStR 2004, 268.

<sup>9</sup> DNotZ 2004, 95, 100 f.

<sup>10</sup> BMF-Schreiben vom 29.1.2004, Tz. 41, 42, DSStR 2004, 268, 271; die Notarkasse hält die Kostenregisternummer auf der Rechnung ebenfalls für ausreichend, Rundschr. Nr. 1/2004. Entgegen *Reich*, DNotZ 2004, 95, 101, dürfte die Problematik daher geklärt sein.

<sup>11</sup> Hierzu *Wagner*, DSStR 2004, 477 ff.; BMF-Schreiben vom 29.1.2004, Tz. 87 ff., 268, 274.

## 2. Umsatzsteuerbegrenzung für Kfz

Die Begrenzung des Vorsteuerabzuges auf 50 % für Fahrzeuge, die nicht ausschließlich für unternehmerische Zwecke genutzt wurden – § 15 Abs. 1 b a. F. –, was beim Notar-Pkw regelmäßig der Fall ist, wurde mit Wirkung ab 1.1.2004 wieder abgeschafft.<sup>12</sup> Insofern ist für nach dem 31.12.2003 angeschaffte Kfz wieder der volle Umsatzsteuerbetrag abzugsfähig. Gleiches gilt für nach dem 1.1.2004 anfallende Vorsteuerbeträge, die auf die Miete und den Betrieb von Fahrzeugen entfallen, die vorher angeschafft wurden, § 27 Abs. 5 Satz 2. Diese Regelung betrifft alle Unternehmer. Umgekehrt ist der Eigenverbrauch wieder der Besteuerung zu unterwerfen.

## 3. Änderungen bei gemischt genutzten Gegenständen

Nach dem neu eingeführten § 15 Abs. 4 Satz 3 wird der nicht abziehbare Teil des Vorsteuerbetrages bei gemischt genutzten Gegenständen grundsätzlich nicht mehr nach dem Verhältnis der Umsätze der jeweiligen Nutzung berechnet; diese Aufteilung ist vielmehr subsidiär. Bei dieser Regelung geht es um Folgendes:<sup>13</sup>

Verkauft z. B. ein Unternehmer eine Immobilie an einen anderen Unternehmer, der das Objekt teilweise unter Ausnutzung der Vermietoption nach § 9 Abs. 1 an umsatzsteuerpflichtige Nutzer (z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater), im Übrigen an umsatzsteuerfreie Nutzer (z. B. Ärzte, Privatpersonen) vermietet, erfolgt die Aufteilung nach Flächenanteilen, nicht nach den erzielten Umsätzen. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass die in der Regel gegenüber der privaten Vermietung höheren gewerblichen Mieten mittelbar zu einer Verringerung des nicht abziehbaren Vorsteuerbetrages und damit letztlich zu einer Minderung des zu zahlenden Umsatzsteuerbetrages führen.<sup>14</sup>

§ 9 Abs. 2 steht im vorliegenden Beispielfall nicht entgegen; nach dieser Vorschrift ist die Option nur zulässig, wenn der Leistungsempfänger des Käufers, d. h. der Mieter, die vermietete Immobilie nicht ausschließlich für betriebliche Zwecke nutzt.<sup>15</sup>

## 4. Änderungen bei der Steuerschuldnerschaft

Die wichtigste Änderung, die auch Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung hat, ist die Neufassung des § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3. Die Neuregelung hat das schon bisher existente „Reverse-Charge-Verfahren“<sup>16</sup> auch für Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, eingeführt. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht mehr der Unternehmer, der die Leistung erbringt, die Umsatzsteuer schuldet (beim Immobilienverkauf ist dies der Verkäufer), sondern derjenige, der die Gegenleistung erbringt, also der Käufer.<sup>17</sup> Die Änderungen gegenüber dem alten Recht, die grundsätzlich ab 1.4.2004 gelten,<sup>18</sup> sind in der nachfolgenden Tabelle dargestellt.

	neues Recht	altes Recht <sup>19</sup>
<b>Steuerschuldner</b>	Käufer (grundsätzlich, s. jedoch § 14 c Abs. 2)	Verkäufer
<b>Rechnungsstellung</b>	Rechnungsstellung ohne Umsatzsteuerausweis, § 14 b Abs. 5, mit Hinweis auf Steuerschuldnerschaft des Käufers	Rechnungsstellung mit Umsatzsteuerausweis erforderlich
<b>Abtretung des Erstattungsanspruchs</b>	kein Raum, da Verkäufer keine USt. abführt	möglich auf amtlichem Formular <sup>20</sup>
<b>Form der Option zur Umsatzsteuer</b>	Erklärung des Verkäufers im notariellen Kaufvertrag, § 9 Abs. 3 Satz 2 (gilt ab 1.1.2004)	formfrei (vgl. A. 148 Abs. 3 UStR a. F.) <sup>21</sup>

Zum grundsätzlichen Verständnis der Umsatzsteuerproblematik bei Immobilienverkäufen sei angemerkt: Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 unterläge der Verkauf von Grundbesitz durch einen Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens der Umsatzsteuer. § 4 Nr. 9 a) erklärt jedoch Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, für steuerfrei. Ohne weitere Erklärung würde daher für einen Immobilienverkauf keine Umsatzsteuer anfallen. Als „Ausnahme von der Ausnahme“, die somit die Geltung von § 1 wieder herstellt, eröffnet § 9 Abs. 1 dem Unternehmer die Möglichkeit, den Verkauf der Immobilie als steuerpflichtig zu behandeln, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Mit dieser Optionserklärung, die nunmehr im notariellen Kaufvertrag zu beurkunden ist, § 9 Absatz 3 Satz 2, kann der Verkäufer den Umsatz als steuerpflichtig behandeln. Allerdings müssen nach wie vor, d. h. auch nach neuem Recht, die Tatbestandsmerkmale des Umsatzes *an einen anderen Unternehmer* (1) und *für dessen Unternehmen* (2) erfüllt sein.<sup>22</sup> Steht auf Erwerberseite eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, reicht dies alleine für die Option nicht aus, wenn die juristische Person nicht gleichzeitig als Unternehmer agiert und der Erwerb im Rahmen dieser unternehmerischen Betätigung erfolgt. Nach Art. 4 der 6. EG-Richtlinie ist dies häufiger der Fall, als es auf den ersten Blick erscheinen mag.<sup>23</sup> § 13 b Abs. 2 Satz 3 dürfte in den Fällen Bedeutung erlangen, in denen entgegen § 9 Abs. 1 optiert wurde – der Leistungsempfänger schuldet, wenn er Unternehmer oder

<sup>12</sup> Zu den Folgen *Gilz*, DStR 2004, 624; zur Rechtslage vom 1.4.1999 bis 31.12.2003 *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 864 f. (Anm. zum Ur. des EuGH v. 29.4.2004, C-17/01 – „Sudholz“).

<sup>13</sup> Beispiel bei *Claussen/Mensching*, DStR 2004, 305.

<sup>14</sup> Ausführlich dazu *Claussen/Mensching*, DStR 2004, 305.

<sup>15</sup> Zur teilweisen privaten und betrieblichen Nutzung und deren umsatzsteuerlicher Behandlung jüngst EuGH, Ur. v. 8.5.2003, Rs. C-269/00 (*Seeling*), Die Steuerberatung 2003, 279.

<sup>16</sup> *Haritz*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5.12.2003, S. 47.

<sup>17</sup> Zum Hintergrund der Neuregelung *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 712.

<sup>18</sup> Zu Übergangsbestimmungen sogleich unten 8.

<sup>19</sup> Überblicksdarstellungen zum bisherigen Recht bei *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 36 Rdnr. 42 ff.; *Nieder/Kantenwein*, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 1. Halbbd., I 1/19 d; siehe auch *Schubert*, MittBayNot 1999, 107 ff.; *Schuck*, MittBayNot 1998, 412 ff.

<sup>20</sup> Hierzu *Nieder/Kantenwein* (Fn. 19), I 1/19 d ee; zuletzt BGH vom 23.10.2003, IX ZR 234/01, DStR 2004, 191.

<sup>21</sup> Zu den erheblichen Risiken der früheren Rechtslage für den Käufer *Reich*, DNotZ 2004, 95, 96. Extreme Haftungsgefahren drohten dem Notar, wenn in solchen Fällen der Kaufpreis hinterlegt wurde, BGH (Fn. 20): Er durfte erst auszahlen, wenn die Umsatzsteuer vollständig entrichtet wurde oder die Abtretung auf dem amtlichen Formular von beiden Vertragspartnern unterzeichnet und der zuständigen Behörde in der vorgeschriebenen Form angezeigt wurde.

<sup>22</sup> Richtig *Reich*, DNotZ 2004, 95, 95; missverständlich DNotI-Report 2004, 7.

<sup>23</sup> Hierzu instruktiv *Heizmann/Heizmann/Schroeder*, DStR 2004, 706 ff. mit Prüfungsschema – das deutsche Umsatzsteuerrecht ist insoweit richtlinienkonform auszulegen. Für den Notar ist es schwer erkennbar, ob diese Bestimmungen auf Erwerberseite erfüllt sind. Es ist daher Aufgabe der Vertragsteile, zu klären, ob a) der Erwerb durch eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, z. B. eine Gemeinde, unter die Richtlinie fällt und ob b) vor diesem Hintergrund die Option vereinbart werden soll oder nicht – nach neuem Recht muss der Käufer mit der Option einverstanden sein, arg. § 9 Abs. 3 Satz 2.

juristische Person des öffentlichen Rechtes ist, die Steuer auch dann, wenn die Leistung nicht für den unternehmerischen Bereich bezogen wird.<sup>24</sup> Wohl noch ungeklärt ist, ob nunmehr § 9 „im Lichte“ des § 13 b Abs. 2 Satz 3 und Art. 4 der 6. EG-Richtlinie auszulegen ist. Bejaht man dies, wäre die Ausübung der Umsatzsteueroption nach § 9 auch dann möglich, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechtes zwar in irgendeiner Weise auch ein Unternehmen betreibt, der Erwerb jedoch mit diesem in keinerlei Zusammenhang steht. Es spricht sogar einiges dafür, dass dem so ist.<sup>25</sup> Die Konsequenz wäre, dass z. B. gegenüber Kommunen praktisch immer das Wahlrecht nach § 9 ausgeübt werden könnte. Die Problematik entschärft sich dadurch, dass – nach der hier vertretenen Auffassung – der Erwerber der Ausübung der Option widersprechen kann, indem er sich weigert, dass diese in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen wird.

Einen Hintergrund für die Umsatzsteueroption gibt die Vorschrift des § 15 a Abs. 1: Hat ein Unternehmer für eine Immobilie Vorsteuerbeträge geltend gemacht und verkauft er das Objekt innerhalb von zehn Jahren umsatzsteuerfrei, muss er die bereits abgezogene Vorsteuer zeitanteilig wieder zurückzahlen.<sup>26</sup> Dies kann er (sofern die Voraussetzungen des § 9 vorliegen) nur verhindern, indem er seine Umsatzsteueroption ausübt. Der Verkäufer kann also ein erhebliches Interesse an der Ausübung dieses Wahlrechtes haben.<sup>27</sup> Da mitverkaufte bewegliche Gegenstände nicht unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, kann für diese unter den Voraussetzungen des § 1 immer Umsatzsteuer ausgewiesen werden. Eine Option ist dafür nicht notwendig; die Voraussetzungen des § 9 müssen nicht vorliegen.

## 5. Form der Erklärung zur Option

Wie bereits erwähnt, kann nach der Gesetzesneufassung der Verzicht auf die Steuerbefreiung nur im notariellen Kaufvertrag erklärt werden. Es ist also nicht mehr möglich, dass sich die Beteiligten – nachträglich – formfrei über die Option einigen (nach altem Recht war es theoretisch möglich, sofern die Auflassung erklärt war,<sup>28</sup> in einer späteren Abrede die Umsatzsteueroption formfrei zu regeln; war dies dagegen bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses bekannt, musste die Option als wesentliche Abrede schon nach altem Recht mitbeurkundet werden, § 313 BGB a. F. bzw. § 311 b BGB).<sup>29</sup>

Wird die Option nicht aufgenommen, soll sie jedoch nachträglich vereinbart werden, ist ein entsprechender Nachtrag zur Vertragsurkunde möglich. Das aktuelle BMF-Schreiben

vom 31.3.2004<sup>30</sup> lässt nachträgliche Ergänzungen und Änderungen des Kaufvertrages zu (Tz. 4 des Erlasses). Der Verzicht wird nach wie vor vom Verkäufer erklärt; er ist der Unternehmer (§ 2), der die Leistung (§ 3) erbringt, dem Käufer die Verfügungsmacht verschafft und daher den Umsatz (§ 1) tätigt. Hat der Verkäufer es also versäumt, im notariellen Kaufvertrag das Optionsrecht auszuüben, muss der Käufer nachträglich mit der Vertragsänderung einverstanden sein. Dies folgt aus der Gesetzesformulierung, dass die Erklärung nur in dem *Vertrag* nach § 311 b erklärt werden kann.<sup>31</sup>

Für den Notar wird sich in geeigneten Fällen, d. h. beim Verkauf von gewerblichen Objekten, aber auch beim Verkauf von Mietobjekten, empfehlen, – wie schon bisher – nach der Umsatzsteueroption zu fragen bzw. diesen Punkt in eine entsprechende Checkliste aufzunehmen. Stellt sich die Veräußerung des Grundbesitzes als Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a) dar, ist eine Option von vorneherein ausgeschlossen.

## 6. Wechselwirkungen zwischen Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer

Die bisherige Regelung führte zu komplizierten Interdependenzen zwischen Umsatz- und Grunderwerbsteuer. Da sowohl die Umsatzsteuer bei der Grunderwerbsteuer als auch die Grunderwerbsteuer bei der Umsatzsteuer zu berücksichtigen war,<sup>32</sup> hätte eine exakte Lösung zu schwierigen mathematischen Berechnungen geführt.<sup>33</sup> Aus diesem Grund wurde von der Finanzverwaltung eine Vereinfachungsregel entwickelt (A 149 Abs. 7 Satz 5 UStR), die in der Praxis und in der notariellen Vertragsgestaltung auch angewendet wurde<sup>34</sup> und bei der der Einfluss der Übernahme einer Steuer auf die Bemessungsgrundlage der anderen Steuer für die Berechnung nicht beachtet wird. War die Umsatzsteuer Teil der Gegenleistung, fiel für den Käufer auch die Grunderwerbsteuer entsprechend höher aus. Umgekehrt fiel Umsatzsteuer auch auf den hälftigen Verkäuferanteil an der Grunderwerbsteuer (§ 13 Nr. 1 GrEStG)<sup>35</sup> an, wenn der Käufer – wie im Regelfall üblich – die gesamte Grunderwerbsteuer trägt. Diese Übernahme des auf den Verkäufer nach dem Gesetz entfallenden Grunderwerbsteueranteils sieht man als weitere Gegenleistung des Käufers an. Somit war die Umsatzsteuer aus einem um 50 % der Grunderwerbsteuer = 1,75 % erhöhten Kaufpreis zu berechnen. Etwas anderes galt, wenn der Verkäufer den auf ihn entfallenden Anteil der Grunderwerbsteuer selbst getragen hat. Dann war die Umsatzsteuer nur auf den Kaufpreis ohne die anteilige Grunderwerbsteuer zu berechnen.

<sup>24</sup> Auch diese Bestimmung ist vor dem Hintergrund des Art. 4 der 6. EG-Richtlinie zu sehen.

<sup>25</sup> Vgl. im Einzelnen *Heizmann/Heizmann/Schroeder*, DStR 2004, 705 ff.

<sup>26</sup> Details bei *Nieder/Kantenwein* (Fn. 19), I 1/19 d aa; *Ziegler*, MittBayNot 1996, 70, 72; DNotI-Report, Heft 16/1994, 3 ff.

<sup>27</sup> Eine ergänzende, den Verkäufer schützende Klausel, wenn der Berichtigungszeitraum noch nicht abgelaufen ist, findet sich bei *Basty* in *Kersten/Bühling*, § 36 Rdnr. 49 M. Sie ist grundsätzlich zur Aufnahme in den Vertrag zu empfehlen, siehe hierzu unten 7.

<sup>28</sup> Sofern man der Rechtsprechung des BGH folgt, wonach spätere Änderungen grundsätzlich formfrei möglich sind; Nachweise bei *Palandt/Heinrichs*, § 311 b Rdnr. 44.

<sup>29</sup> Wie hier DNotI-Report 1995, 1 ff.; soll für mitverkaufte bewegliche Sachen nachträglich Umsatzsteuer ausgewiesen werden, ist diese Vereinbarung m. E. formfrei möglich, wenn diese Abrede erst nach Vertragsschluss getroffen wird. Dagegen ist eine solche Vereinbarung in einem notariellen Nachtrag zu dokumentieren, falls die Abrede schon bei Vertragsschluss abgesprochen war und bei Beurkundung des Kaufvertrages lediglich „versäumt“ wurde.

<sup>30</sup> IV D 1 – S 7279 – 107/04, DStR 2004, 682.

<sup>31</sup> Allerdings dürfte es sich nach wie vor um eine einseitige Willenserklärung des Verkäufers handeln. Die Frage, ob der Käufer der Option widersprechen, jedoch im Übrigen den Kaufvertrag abschließen kann, dürfte eher akademischer Natur sein. Sie ist im Übrigen zu verneinen, da es dann an einer Einigung über wesentliche Aspekte des Vertrages fehlt, vgl. DNotI-Report 1995, 1, 2. Relevant könnte sie dafür werden, ob ein einseitiger formfreier Widerruf der Option durch den Verkäufer nach Vertragsschluss möglich ist. Dies wird man aber nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, das gerade die umsatzsteuerrechtlichen Vorgaben in der notariellen Urkunde dokumentiert wissen möchte, verneinen müssen; auch der Widerruf ist deshalb m. E. in einem Nachtrag zum Kaufvertrag zu beurkunden.

<sup>32</sup> BFH v. 10.7.1980, V R 23/77, BStBl II, 620. Letzteres ist jedoch neuerdings umstritten; vgl. *von Streit*, DStR 2003, 1776.

<sup>33</sup> *Nieder/Kantenwein* (Fn. 19), I 1/19 d dd.

<sup>34</sup> Hierzu *Schubert*, MittBayNot 1999, 106 ff.; DNotI-Report 1996, 7.

<sup>35</sup> Käufer und Verkäufer sind gesetzliche Gesamtschuldner; *Pahlke/Franz*, § 13 GrEStG Rdnr. 24.

Nach neuem Recht gilt: Nachdem der Verkäufer die Umsatzsteuer nicht mehr in Rechnung stellt (§ 14 Abs. 5 Satz 3) und in diesem Fall nicht mehr schuldet (§ 13 b Abs. 2), ist die Umsatzsteuer auch keine Gegenleistung des Käufers mehr. Auf sie entfällt daher keine Grunderwerbsteuer.<sup>36</sup> Die Grunderwerbsteuer ist dagegen auch nach neuem Recht nach wie vor zur Hälfte bei der Umsatzsteuer zu berücksichtigen, falls der Käufer (wie im Regelfall) die gesamte Grunderwerbsteuer zahlt. Insoweit übernimmt nach wie vor der Käufer den gesetzlichen Grunderwerbsteueranteil des Verkäufers.<sup>37</sup> Sollte der Verkäufer dagegen im notariellen Vertrag die Umsatzsteuer in Rechnung gestellt haben, schuldet er diese (in steuerlicher Hinsicht) nicht nur nach § 14 c Abs. 2; der Käufer hat diese dann vielmehr als weitere Gegenleistung an den Verkäufer zu erbringen, weshalb nach wie vor bei dieser Gestaltung auch auf die (zu Unrecht) in Rechnung gestellte Umsatzsteuer als Gegenleistung Grunderwerbsteuer zu zahlen ist. Und es kommt für den Käufer noch schlimmer: Er haftet auch noch selbst gegenüber dem Finanzamt, denn § 13 Abs. 2 gilt neben § 14 c Abs. 2; er läuft somit Gefahr, doppelt die Umsatzsteuer zu zahlen, wenn der Verkäufer diese nicht abführt.<sup>38</sup>

## 7. Vertragsgestaltung

Die Neuregelung hat durch den Wechsel der Steuerschuldnerschaft und die Verpflichtung zur Beurkundung der Verkaufsoption im notariellen Kaufvertrag wesentliche Erleichterungen für die notarielle Vertragsgestaltung mit sich gebracht: Die „Abtretungslösung“ (Abtretung des Steuererstattungsanspruchs) ist passé. Es ist nicht erforderlich und auch nicht sinnvoll,<sup>39</sup> die komplizierte Berechnung des Bruttokaufpreises in den Kaufvertrag mit aufzunehmen, weil die Umsatzsteuer nicht mehr an den Verkäufer zu zahlen ist und damit nicht mehr Teil der Gegenleistung ist. Die Notwendigkeit, die Sachverhaltsvoraussetzungen für die Umsatzsteueroption detailliert in der Urkunde darzulegen, besteht jedoch nach wie vor.<sup>40</sup> Eine entsprechende Klausel könnte daher lauten:<sup>41</sup>

„Der Verkäufer versichert, dass er den Grundbesitz als Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens verkauft, der Käufer, dass er diesen als Unternehmer für sein Unternehmen verwendet.

Der Verkäufer verzichtet hiermit gemäß § 9 UStG auf die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 a) UStG und optiert hinsichtlich des Verkaufs des Grundbesitzes zur Umsatzsteuer.

Der Verkäufer stellt dem Käufer hiermit den (Netto-)Kaufpreis in Rechnung; ein gesonderter Umsatzsteuerausweis erfolgt nicht. Er weist zugleich darauf hin, dass der Käufer Steuerschuldner der Umsatzsteuer ist. Der Notar hat ferner

über Folgendes belehrt: Der Käufer muss die Umsatzsteuer anmelden und abführen; die vom Käufer voll übernommene Grunderwerbsteuer geht – ggf.<sup>42</sup> – zur Hälfte in die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ein.“

Wer nach wie vor aus Gründen der Transparenz für den Käufer den Bruttokaufpreis ausweisen möchte,<sup>43</sup> sollte tunlichst darauf achten, dass die Offenlegung der Umsatzsteuer nicht als Rechnungsstellung des Verkäufers ausgelegt werden kann. Andernfalls schuldet nämlich auch der Verkäufer die Umsatzsteuer, § 14 c Abs. 2 Satz 1. Ich würde daher von einem offenen Umsatzsteuerausweis im Kaufvertrag abraten. Eine entsprechende dokumentierende Klausel könnte lauten:

„Die wirtschaftliche Gesamtbelastung des Käufers stellt sich demnach wie folgt dar – eine Rechnung durch den Verkäufer beinhaltet diese Beschreibung jedoch ausdrücklich nicht –:

Netto-Entgelt, das der Käufer dem Verkäufer schuldet:	..... €
zuzüglich der halben Grunderwerbsteuer (aus 3,5 %)	..... €
= Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer	
hiervon 16 %	..... €
Summe:	..... €.“

Umgekehrt sollte aber nicht versäumt werden, eine Regelung zu treffen für den Fall, dass der Käufer das Objekt innerhalb des Berichtigungszeitraums des § 15 a Abs. 1 einer anderweitigen Verwendung zuführt. Eine solche Regelung könnte etwa lauten:

„Der Käufer wird für das Objekt bis zum ... [zehn Jahre nach der erstmaligen Verwendung] keine Nutzungsänderung durchführen, die für den Verkäufer eine Berichtigung des Vorsteuerabzuges zur Folge hat. Er hat dem Verkäufer jeden sich aus der Verletzung dieser Pflicht ergebenden Schaden zu ersetzen. [In geeigneten Fällen ferner:<sup>44</sup> Der Käufer hat dem Verkäufer unaufgefordert innerhalb von drei Monaten nach Ablauf eines Geschäftsjahres eine Bescheinigung seines Steuerberaters vorzulegen, dass sich etwaige steuerfreie Umsätze im Rahmen des von der Finanzverwaltung Erlaubten halten. Etwaige zur Weitervermietung berechnete Mieten sind entsprechend den hier eingegangenen Pflichten mit Weitergabeverpflichtung zu binden. Der Käufer weiß, dass seine Vermietmöglichkeit dadurch beschränkt sein kann.]“

Zwingend (wie in jeder Notarurkunde mit steuerlicher Relevanz) sollte in Verträge mit Umsatzsteuerproblemen der Hinweis aufgenommen werden, dass der Notar in steuerlicher Hinsicht nicht beraten hat und die Beteiligten steuerliche Fragen anderweitig zu klären haben.

<sup>36</sup> Claussen/Mensching, DStR 2004, 305, 306; DNotI Faxabruf Nr. 178 (Stand 31.3.2004); Küffner/Zugmaier, DStR 2004, 712, 713; Forster, UR 2004, 188 ff.

<sup>37</sup> Ebenso DNotI Faxabruf Nr. 178; unklar bei Claussen/Mensching, DStR 2004, 305, 306.

<sup>38</sup> Zu Recht raten Küffner/Zugmaier, DStR 2004, 712, 715, davon ab, auch für die Übergangszeit (bis 30.6.2004) nach altem Recht zu verfahren.

<sup>39</sup> S. gleich unten.

<sup>40</sup> Hierzu Schubert, MittBayNot 1999, 106 ff.; Schuck, MittBayNot 1998, 412; Basty in Kersten/Bühling, § 36 Rdnr. 47 M.

<sup>41</sup> Formulierungsvorschlag auch bei Claussen/Mensching, DStR 2004, 305, 306, jedoch ohne Hinweise und eher dürftig zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Umsatzsteueroption.

<sup>42</sup> Weil neuerdings die Auffassung des BFH stärker bestritten ist, empfiehlt es sich, den Hinweis zu relativieren (falls man, da es sich um einen steuerlichen Hinweis handelt und der Notar nicht steuerlich beraten sollte, nicht gänzlich auf den Hinweis verzichtet!).

<sup>43</sup> Umsatzsteuerlich ist das nicht nötig, denn nach § 14 a Abs. 5 Satz 3 findet die Vorschrift über den gesonderten Steuerausweis in einer Rechnung – § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 – in den Fällen des § 13 Abs. 1 keine Anwendung.

<sup>44</sup> In Anlehnung an Basty in Kersten/Bühling, § 36 Rdnr. 49 M.

## 8. Behandlung von „Altverträgen“; In-Kraft-Treten

Die neue Vorschrift des § 13 b trat auf Grund eines Redaktionsversehens erst am 1.4.2004 in Kraft,<sup>45</sup> alle anderen hier besprochenen Regelungen bereits am 1.1.2004. Unproblematisch sind die Fälle, in denen der notarielle Kaufvertrag über eine Immobilie nach dem 31.3.2004 geschlossen wurde und bei denen die Vorgaben der gesetzlichen Neuregelung beachtet wurden – für sie gilt das neue Recht. Gleichfalls keine Schwierigkeiten bereiten die Kaufverträge, die vor dem 1.1.2004 geschlossen und nach altem Recht gestaltet wurden und bei denen entweder Besitz, Nutzen und Lasten vor dem 1.1.2004 übergegangen sind oder die Gegenleistung bereits vollständig oder teilweise erbracht wurde: Insoweit gilt noch das alte Recht. Dazwischen liegen die Fälle, bei denen entweder der Kaufvertrag im Zeitraum vom 1.1.2004 bis 30.6.2004 oder zwar noch vor dem 1.1.2004 abgeschlossen wurde, Besitz, Nutzen und Lasten jedoch nach diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergegangen sind. Das aktuelle BMF-Schreiben<sup>46</sup> löst die verbleibenden Fälle wie folgt:

Vorauszuschicken ist zunächst, dass § 13 b in seiner neuen Fassung nicht darauf abstellt, wann der Kaufvertrag geschlossen worden ist, sondern wann er erfüllt worden ist. Zivilrechtlich könnte man meinen, dass zur vollständigen Erfüllung des Kaufvertrages durch den Unternehmer = Verkäufer auch die Eigentumsumschreibung zählt. Das sieht man im Umsatzsteuerrecht jedoch anders:<sup>47</sup> Erfüllung liege vor, wenn die Verfügungsmacht über den Gegenstand verschafft wurde; hierzu reiche der Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten aus.

Folgende Fallgruppen können gebildet werden:

- a) Der notarielle Vertrag wurde noch vor dem 1.1.2004 geschlossen, die Erfüllung erfolgte vor dem 1.4.2004: Die Option musste nur nach den Grundsätzen des § 311 b BGB notariell beurkundet werden, für die Option war das alte Recht anzuwenden.
- b) Der Vertragsschluss erfolgte nach dem 31.12.2003, jedoch vor dem 1.4.2004, die Erfüllung vor dem 1.4.2004: Die Option musste zu notarieller Urkunde ausgeübt werden, es war im Übrigen das alte Recht anzuwenden. Das BMF-Schreiben akzeptiert jedoch bereits die Anwendung des

<sup>45</sup> Hierzu DNotI-Report 2004, 72.

<sup>46</sup> Vom 31.3.2004 – IV D 1 – S 7279-107/04, DStR 2004, 682 ff.; die Ausführungen von Reich, DNotZ 2004, 95, 98 ff., dürften somit weitgehend überholt sein.

<sup>47</sup> H. M.: Niestens in Rau/Dürnwächter, § 3 UStG Anm. 740; Bunjes/Geist/Leonhart, § 3 UStG Anm. 5; Reich, DNotZ 2004, 95, 98; DNotI-Report 2004, 27; Claussen/Mensching, DStR 2004, 305, 306; a. A. Fritsch in Reiß/Krausel/Langer, § 3 UStG Rdnr. 144: Die Lieferung sei beim Grundstücksverkauf in der Regel erst mit der Eigentumsumschreibung erbracht. Der BFH stellt mit der h. M. in ständiger Rechtsprechung auf die Verschaffung der tatsächlichen Nutzungsbefugnis ab, so dass die Leistung auch dann noch nicht ausgeführt ist, wenn zwar das Eigentum schon übergegangen ist, der alte Eigentümer jedoch noch den unmittelbaren Besitz inne hat; BFH v. 18.11.1999, V R 13/99, BStBl II 2000, 153, 155; v. 6.12.1979, BStBl II 1980, 279; insoweit wiederum a. A. Fritsch in Reiß/Krausel/Langer, § 3 UStG Rdnr. 179; Sölch/Ringleb/List, § 3 UStG Bem. 62.

neuen Rechtes, wenn der Kaufvertrag im Zeitraum 1.1. bis 17.1.2004 abgeschlossen wurde (Tz. 24<sup>48</sup>).

c) Der Kaufvertrag wird nach dem 31.3.2004, jedoch vor dem 1.7.2004 geschlossen und es gehen entweder der Besitz bis zum 30.6.2004 über oder die Gegenleistung ist bis dahin mindestens teilweise erbracht (denkbar bei Ratenzahlungen oder Anzahlungen des Käufers, die dem Verkäufer bis spätestens einschließlich 30.6.2004 gutgeschrieben wurden): Nach dem Gesetzeswortlaut wäre eindeutig das neue Recht anzuwenden; hier lässt das BMF-Schreiben alternativ auch die Anwendung des alten Rechtes zu. Voraussetzung ist aber immer, dass die Umsatzsteuer in zutreffender Höhe versteuert wird.

## 9. Exkurs – Umsatzsteuer beim Verkauf von Auslandsgrundstücken?

Es geht hier nicht um die Frage eines im Ausland ansässigen Leistungsempfängers,<sup>49</sup> sondern darum, ob der Verkauf eines *im Ausland gelegenen Grundbesitzes* der deutschen Umsatzsteuer unterliegt. Da unter das Grunderwerbsteuergesetz nur inländischer Grundbesitz fällt,<sup>50</sup> würde sich das Problem der Umsatzsteueroption nach § 9 nicht stellen. Vorfrage ist jedoch, ob ein solcher Verkauf überhaupt eine Leistung im Sinne des § 1 UStG darstellt. Dies ist klar zu verneinen: Nach dem deutschen Umsatzsteuergesetz steuerbar ist nur ein solcher Umsatz, den der Unternehmer *im Inland* (§ 1 Abs. 2) ausführt. Unter Ausführung ist dabei nicht der Abschluss des Kaufvertrages zu verstehen, sondern die Verschaffung der Verfügungsmacht, also, wie oben beschrieben, von Besitz, Nutzen und Lasten. Diese Leistung erfolgt, da das Grundstück seinen Ort nicht wechselt (= so genannte „ruhende Lieferung“<sup>51</sup>), gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 3 Abs. 7 Satz 1 UStG dort, wo sich der Gegenstand befindet, beim Grundstück also an seinem Lageort (hier: im Ausland). Inländische Umsatzsteuer fällt daher beim Verkauf eines Auslandsgrundstücks vor einem deutschen Notar *nicht* an, und zwar ganz gleich, ob Verkäufer oder Käufer eine deutsche oder eine andere Nationalität aufweisen.<sup>52</sup> Ebenso wenig spielt es eine Rolle, wo der Vertrag geschlossen wird und wo der Aufenthaltsort der Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Lieferung, d. h. der Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft über den Grundbesitz (= Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten)<sup>53</sup> liegt.

<sup>48</sup> Die Berichtigung des Gesetzes wurde erst am 17.1.2004 bekannt gemacht; damit war klar, dass § 13 b auf Grund europarechtlicher Bestimmungen frühestens am 1.4.2004 in Kraft treten konnte.

<sup>49</sup> Hierzu BMF-Schreiben vom 31.3.2004, a. a. O., DStR 2004, 682, 684 (Tz. 22) unter Verweis auf BMF-Schreiben v. 5.12.2001, IV D 1 – S 7279 – 5/01, DStR 2002, 30 (dort Tz. 6 ff.) – grundsätzlich ist von der Steuerschuldnerschaft des Käufers auszugehen. Er kann dies widerlegen, indem er eine Bescheinigung des für den Verkäufer zuständigen Finanzamtes vorlegt, dass dieser kein Inlandsunternehmer ist.

<sup>50</sup> Vgl. Bunjes/Geist, § 4 UStG Anm. 3.

<sup>51</sup> Bunjes/Geist, § 3 UStG Anm. 17.

<sup>52</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ausländische Umsatzsteuer anfallen kann.

<sup>53</sup> Niestens in Rau/Dürnwächter, § 3 UStG Anm. 3261.

# Automatisierte elektronische Registrierung im Zentralen Register für Vorsorgeurkunden der Bundesnotarkammer

Von Notar *Jens Kirchner*, Altdorf, und Diplom-Wirtschaftsinformatikerin (FH) *Monika Eberle*, Deggendorf

## I. Einleitung

Das Zentrale Register für Vorsorgeurkunden (ZVR) und dessen Sinn, Zweck und standespolitische Bedeutung ist im bayerisch-pfälzischen Notariat bestens bekannt. In den Fachzeitschriften wurde hierüber ausführlich berichtet. Die erfreuliche Zahl der Registrierungen – derzeit nach fernmündlicher Auskunft 102.000 (Stand: 19.5.2004) – zeigt, dass es sehr gut angenommen wird. Weitere Informationen hierzu findet man im Internet unter [www.vorsorgeregister.de](http://www.vorsorgeregister.de) oder auf der Seite der Bundesnotarkammer ([www.bnotk.de](http://www.bnotk.de)).

Ab der geplanten Öffnung des Registers für Privaturkunden durch eine Änderung der Bundesnotarordnung zum 31.7.2004 wird die Registrierung gebührenpflichtig werden. Auf der Internetseite findet man unter „Kosten des Verfahrens“ folgenden Satz: „Die Gebührenhöhe wird voraussichtlich von der Art des Verfahrens abhängen, insbesondere wird die komplette Online-Abwicklung erhebliche Gebührenvorteile genießen.“ Die Online-Registrierung hat für den Notar aber noch weitere Vorteile: Sie ist schnell, vermeidet Medienbrüche und damit zusammenhängende Übertragungsfehler und versieht den Notar mit einer Eintragungsmitteilung.<sup>1</sup>

Andererseits ist die Online-Registrierung mit einem Mehraufwand für das Notariat verbunden: Es muss ein Passwort verwaltet und die Eingabemaske im Internet aufgerufen werden, und ein Notariatsmitarbeiter muss die Daten über den PC (sozusagen eine Fernschreibmaschine) in die Datenmaske eingeben. Dieser Mehraufwand kann durch automatisierte elektronische Registrierung fast auf Null reduziert werden. Mit der automatisierten elektronischen Registrierung zeigt das Notariat auch, dass es zum automatisierten elektronischen Datenaustausch mit Gerichten und Behörden in der Lage ist. Einzelheiten sollen im Folgenden kurz erläutert werden.

## II. Daten, Struktur und Sprache – XML bzw. X-Register

Daten werden am besten in einer Datenbank in strukturierter Form verwaltet. Sonst sind sie nicht nutzbar und deshalb wertlos. Am liebsten ist es dem Betreiber der ZVR-Datenbank, wenn der Datenlieferant die Daten gleich selbst richtig strukturiert in die Datenbank schreibt. Dafür lockt er mit Kostennachlässen, denn die Eingabe durch Mitarbeiter kostet Geld, und zwar sehr viel. Auch die richtigen Banken verfahren so: Wer online überweist, erhält Gebührennachlässe.

Auch der Notar hat bereits fast alle Daten, die das ZVR benötigt, in einer Datenbank, also strukturiert, gespeichert. Diese Datenbanken sind ihm in der DONot vorgegeben. Die meisten führen diese Datendanken neben der Schriftform, die berufsrechtlich zwingend ist, auch in elektronischer Form, also in ihrer EDV. Manche haben Notariatssysteme mit weitergehenden elektronischen Datenbanken, nämlich die, die

Schreiben und Urkunden im Rahmen des automatisierten Vollzuges erzeugen.<sup>2</sup> Nun liegt es nahe, die beiden Datenbanken dazu zu bringen, ihre Daten – natürlich nicht alle, sondern nur die Gewollten – automatisiert auszutauschen, also miteinander zu sprechen. Wer miteinander sprechen und sich verstehen will, der muss sich auf eine gemeinsame einheitliche Sprache einigen. Als Sprache zwischen Datenbanken hat sich in den letzten Jahren XML durchgesetzt. Aber Computer sind dumm und Datenbanken auch. Eine Verständigung auf die Sprache XML (vergleichen wir es mit Deutsch) reicht nicht aus. Auch über den exakten Satzbau und die genauen Begriffe muss man sich verständigen, damit die Datenbanken sich verstehen.

Beispiel: „Hans Meier, geboren am 31.12.1980“ kann man auch ausdrücken durch „der am 31.12.1980 geborene Hans Meier“. Wir verstehen beides, Datenbanken nicht. Man könnte also von einem Dialekt sprechen, auf den die Datenbanken sich einigen müssen. Mit dieser Einigung befassen sich verschiedene Arbeitsgruppen. Der Grunddialekt, den die Justiz entwickelt, heißt Grunddatensatz Justiz, kurz X-Justiz (das „X“ kurz für „XML“). Für einzelne Anwendungen werden dann „Unterdialekte“ gebildet, z. B. X-Register. Das EDV-Praxisforum hat eine Arbeitsgruppe „Pflichtenheft“ gebildet, die sich – beraten von der IV-Beratung Prof. Fischer – mit dieser Dialektentwicklung und -abstimmung, insbesondere mit der Justiz beschäftigt. Für den Datenaustausch mit der ZVR wurde der Unterdialekt X-ZVR entwickelt, der auf X-Register basiert, der wiederum einen Teil von X-Justiz darstellt.

## III. Von der Theorie zur Praxis

In der Theorie ist vieles machbar. Die praktische Umsetzung zeigt dann, wo die Theorie noch Fehler hat. Deshalb wurde im Rahmen des Pflichtenheftes ein Prototyp für die automatisierte elektronische Registrierung im ZVR entwickelt und auch erfolgreich getestet. Die Notariatssoftware erzeugt die im ZVR zu registrierenden Daten in einer XML-Datei nach dem Dialekt X-ZVR. Diese Datei, also die mit XML strukturierte Datensammlung, wird dann an das ZVR übermittelt und dort automatisiert eingelesen. Der Sender (die Notar-EDV) erhält eine elektronische Vollzugs-(=Einlese-)Mitteilung.

Dass man sich über noch viel mehr Fragen abstimmen muss als nur über Sprache und Dialekt, sei hier nur am Rande erwähnt und kurz angerissen: Welchen Kommunikationsweg wähle ich (z. B. Telefon oder Brief), wer darf Daten senden (= wessen Briefe lese ich), wie sichere ich die Daten gegen Ausspähung, Veränderung oder Abfangen auf dem Transportweg (Verschlüsselung, Signaturverfahren)?

Das ZVR bietet nun allen Notaren auch die Möglichkeit, Daten nicht nur online einzugeben, sondern automatisiert elektronisch registrieren zu lassen, also ihre Datenbank mit der

<sup>1</sup> Siehe [www.vorsorgeregister.de](http://www.vorsorgeregister.de), dort unter „Notarinfos | Online-Datenerfassung“.

<sup>2</sup> Wegen der Einzelheiten des automatisierten Vollzuges verweisen wir auf die EDV-Präsentationsveranstaltungen des Bayerischen Notarvereins und die Protokolle hierzu.

des ZVR sprechen zu lassen. Das Ausfüllen einer Datenmaske oder Ähnliches entfällt dann. Quasi per Knopfdruck<sup>3</sup> erzeugt das Notariatssystem eine XML-Datei, die über das Internet zum ZVR übermittelt und dort automatisiert eingelesen wird. Automatisch wird eine Vollzugsmitteilung zurück übermittelt.

Voraussetzung dafür ist, dass die Notariats-EDV XML und X-ZVR sprechen kann, ein Internetzugang vorhanden ist und der Notar als Nutzer beim ZVR registriert ist. Übergangsweise, bis alle Notariatssysteme um diese Funktion erweitert wurden, bietet die Bundesnotarkammer einen ZVR-Assistenten an, der nach Ausfüllen einer Datenmaske XML-Dateien erzeugt.

Alle dem EDV-Praxisforum bekannten EDV-Anbieter für Notariatssysteme im bayerisch-pfälzischen Notariat wurden von der IV-Beratung Prof. Fischer im Auftrag der Landesnotarkammer Bayern angeschrieben und über die technischen Details und Einzelheiten informiert, damit sie das erforderliche Modul entwickeln können. Es wurde angeregt, die EDV-Anbieter sollten ggf. unter Moderation und Leitung der IV-Beratung Prof. Fischer sich auf eine gemeinschaftliche Entwicklung verständigen. Die EDV-Häuser können die technischen Informationen und Rahmenbedingungen auch im Internet unter der ihnen bekannten Adresse mit dem ihnen zugeteilten Passwort abrufen. Sie werden auf Wunsch von der IV-Beratung Prof. Fischer zu einem mit der Landesnotarkammer Bayern in einem Rahmenvertrag festgelegten Stundensatz individuell beraten und betreut. Wir hoffen daher auf eine möglichst flächendeckende Umsetzung und automatisierte elektronische Registrierung.

#### IV. Ausblick

Der weitere Weg ergibt sich fast zwangsläufig: Auch die Justiz, die Finanzverwaltung und andere Kommunikationspartner werden immer mehr fordern, dass die Daten vom Notariat

strukturiert angeliefert werden, so dass sie ohne erneute Eingabe – also ohne Schreibarbeit, nicht ohne Kontroll- und Denkarbeit – eingelesen werden können. Im Bereich des Handelsregisters steht die Justiz unter besonderem Druck, weil es aufgrund der Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.7.2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen<sup>4</sup> bis Ende 2007 möglich sein muss, Daten elektronisch zum Handelsregister einzureichen.

Die theoretische Vorarbeit in der Arbeitsgruppe Pflichtenheft ist dazu wichtig. Wichtiger aber noch ist, will das Notariat auf die Entwicklung Einfluss nehmen, über praktische Erfahrungen in der Breite zu verfügen. Diese können wir bei der automatisierten elektronischen Registrierung im ZVR sammeln. Denn nur wenn das Notariat qualifiziert Stellung nehmen kann und gemeinsam mit den Kommunikationspartnern die Wege der elektronischen Kommunikation entwickelt, kann es den für die Notariate wichtigen Forderungen auch Gehör verschaffen, nämlich:

- Auch den Notaren sind die Daten in strukturierter und automatisiert weiterverarbeitbarer Form zu liefern.
- Systemgleichheit in Datensprache, Kommunikationsweg, Signaturverfahren, Verschlüsselung usw. mit allen Kommunikationspartnern.
- Stufenweise Einführung mit angemessenen Übergangsfristen.
- Sicherheit beim elektronischen Datenaustausch.

<sup>3</sup> Am Anfang müssen mehrere „Knöpfe“ gedrückt werden.

<sup>4</sup> ABl Nr. L 221 vom 4.9.2003, S. 13.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Hettler/Stratz/Hörtnagl (Hrsg.): Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf. Beck, 2004. 900 S., 85 €**

In der Reihe der Beck'schen Mandatshandbücher liegt nunmehr auch der Unternehmenskauf vor. Die Mandatshandbücher wenden sich primär an den Anwalt, sind jedoch, soweit sie die notariellen Bereiche (und hierzu zählt ja der Unternehmenskauf) betreffen, auch für den Notar interessant.

Das Besprechungswerk behandelt auf rund 900 Seiten nahezu sämtliche beim Unternehmenskauf auftretenden Problemfelder, und zwar in folgenden Kapiteln:

- § 1 Deal Making: Vorbereitung, Abwicklung und zeitlicher Ablauf des Unternehmenskaufs (81 S.)
- § 2 Due Diligence (38 S.)
- § 3 Unternehmensbewertung (109 S.)
- § 4 Vertragsgestaltung (186 S.)
- § 5 Steuerrecht (75 S.)
- § 6 Arbeitsrecht (95 S.)
- § 7 Kartellrecht (55 S.)
- § 8 Gewerbliche Schutzrechte (50 S.)
- § 9 Insolvenzrecht (41 S.)
- § 10 Unternehmenskauf und -verkauf über die Börse (einschließlich Übernahmen, Börsengang und Delisting; 110 S.).

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2003 berücksichtigt, so dass neben der Unternehmensteuerreform 2001 (samt gesetzlichen „Nachbesserungen“ einschl. StVergAbG, allerdings ohne die Ende 2003 beschlossenen Steueränderungen; vgl. hierzu *Melchior*, DStR 2004, 65) beispielsweise auch das Übernahmegesetz und die Schuldrechtsreform eingearbeitet sind.

Für den vertragsgestaltenden Juristen ist natürlich besonders das (umfangreichste) Kapitel § 4 betreffend die Vertragsgestaltung interessant. Dieses behandelt hierzu alle wichtigen Probleme und gibt viele nützliche und praxistaugliche Umsetzungshilfen. Komplette Vertragsmuster enthält das Handbuch zwar nicht, dafür aber – neben hilfreichen Checklisten – zahlreiche gut verwendbare Formulierungsvorschläge, die nahezu alle Regelungsbereiche abdecken. Hervorgehoben seien z. B. die gelungene Behandlung von Vertragsübernahmen beim *asset deal* (§ 4 Rdnr. 413 ff.) und der Risiken bei dem Verkäufer gewährten Subventionen (§ 4 Rdnr. 385 f.).

Auch die sonstigen Kapitel sind kompetent und sehr verständlich geschrieben und zumindest für den Kautelarjuristen, der einen Unternehmenskauf vom Anfang bis zum Schluss begleitet, eine äußerst gewinnbringende Lektüre. Eher zu knapp behandelt ist allerdings z. B. die Problematik der Verschwiegenheitspflichten der Geschäftsführung bei der *due diligence* (vgl. § 2 Rdnr. 19 f.). Zweifelhaft erscheint auch der Ratschlag, die Anerkennung etwaiger Auslandsbeurkundungen von Unternehmenskäufen vorab mit dem Registergericht abzuklären: Da Unternehmenskäufe als solche im Grundbuch keinen Vollzug im Register bedürfen, sondern i. d. R. nur spätere Folgeakte (z. B. Wechsel in der Geschäftsführung, Satzungsänderungen), und hier i. d. R. keine Prüfung der

Wirksamkeit der Anteilsübertragung durch das Registergericht stattfindet, wird dieses auch eine solche Vorabprüfung, der auch keine Rechtsverbindlichkeit zukäme, kaum durchführen. Zu § 311 b Abs. 3 BGB (Vertrag über gegenwärtiges Vermögen) wird vertreten, dass die Vorschrift keine Anwendung findet, wenn „die zu übertragenden Gegenstände konkret bezeichnet werden“; nicht kenntlich gemacht wird, dass diese Meinung umstritten ist. Der – so nicht empfehlenswerte – Formulierungsvorschlag in § 9 Rdnr. 80 betreffend eine (zunächst privatschriftlich vereinbarte) Kaufoption für ein Grundstück ist formunwirksam und würde erst durch die spätere Beurkundung der Option (vgl. Ziff. 5 des Formulierungsvorschlags) wirksam.

Erwähnenswert erscheint die dem Notar zugeordnete Rolle beim Unternehmenskauf: In § 1 Rdnr. 5 wird generell – unabhängig von einer Beurkundungspflicht – die Beurkundung jedes Unternehmenskaufs empfohlen und dabei die Kontrolle durch den Notar, die höhere Richtigkeitsgewähr, der höhere Beweiswert, die geringere Streitanzahl und die Vermeidung einer versehentlichen Formunwirksamkeit hervorgehoben (vgl. auch § 4 Rdnr. 317 u. 323). Die Erstellung brauchbarer Unternehmenskaufverträge wird dem Notar jedoch nur in „einfach gelagerten Fällen“ zugetraut und sollte deshalb – so das Handbuch – im Übrigen erfahrenen Anwälten vorbehalten bleiben! Dabei würde doch gerade die Erstellung eines ersten Rohentwurfs des Unternehmenskaufs durch den Notar in vielen Fällen ein sinnvoller Einstieg in die Gestaltung des Unternehmenskaufs darstellen. Zu Recht weist nämlich das Handbuch darauf hin, dass sonst der Vertragsteil, der den ersten Rohentwurf erstellt, von vornherein im Verhandlungsvorteil ist (vgl. § 1 Rdnr. 142). Will keine Seite der anderen diesen Vorteil einräumen, bietet sich eben doch die Ersterstellung durch den neutralen Notar an! Zugegebenermaßen beschert freilich die durchgängige notarielle Federführung bei der Gestaltung eines Unternehmenskaufs dem betreffenden Notar eine ganze Menge Arbeit – die vom Handbuch vorgeschlagene Verfahrensweise erscheint demgegenüber für den Notar vergleichsweise bequem, hinterlässt bei den Vertragspartnern aber nicht selten das Gefühl, für „ein bisschen Vorlesen“ (zu)viel Geld bezahlen zu müssen.

Insgesamt handelt es sich beim Besprechungswerk um einen praxistauglichen, sehr aktuellen und kompetenten Berater, der sich sicherlich neben den Konkurrenzwerken (vgl. z. B. die Übersicht in meiner Rezension MittBayNot 2003, 377, ferner meine Rezension zum Unternehmenskauf von *Holzappel/Pöhlath*, MittBayNot 2004, 8) etablieren wird. Der mit der Gestaltung eines Unternehmenskaufs befasste Notar findet freilich auch im Münchener Vertragshandbuch, Band 2, Wirtschaftsrecht I, 5. Aufl. 2004, zwei ausführliche Muster (*asset deal* und *share deal*), die auf über 300 Seiten näher erläutert werden. Die Anschaffung des Besprechungswerks empfiehlt sich deshalb vor allem für Notare, die einen Unternehmenskauf über die Gestaltung des eigentlichen Kaufvertrags hinaus beratend begleiten und/oder (z. B. weil sie häufiger mit Unternehmenskäufen befasst sind) sich einfach intensiver mit der Materie des Unternehmenskaufs beschäftigen möchten.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

**Schöner/Stöber: Grundbuchrecht. 13., Neubearb. Aufl., Beck, 2004. 1 916 S., 115 €**

Nur drei Jahre seit der Voraufgabe liegt das für den Praktiker unentbehrliche Handbuch des Grundbuchrechts in nunmehr 13. Auflage vor. Dass der Umfang um 59 Seiten angewachsen ist, liegt nicht nur an der Einarbeitung der zum 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform, sondern auch an der Berücksichtigung der jüngeren Gesetzgebung und der nach wie vor zahlreichen Rechtsprechung und aktuellen Diskussion vielfacher Probleme im Bereich des Grundbuchrechts. Mit der Neuauflage ist den Autoren erneut ein großer Wurf gelungen: Wie kaum ein anderes Werk enthält der „Schöner/Stöber“ nicht nur die aktuelle und umfassendste Darstellung des formellen und materiellen Grundstücksrechts, sondern behandelt im 4. Teil auch – gerade für den Notar wichtige – Bereiche des Grundstückskauf- und Bauträgervertrages.

Die Neuauflage ist nicht zuletzt auch deshalb interessant, weil sie auch eine gewichtige Stellungnahme zu aktuellen – insbesondere im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform – aufgeworfenen Fragen der notariellen Praxis enthält: Die vielfach gepriesene (*Kornexl*, ZNotP 2002, 86; *Feller*, MittBayNot 2003, 81) Möglichkeit eines faktischen Haftungsausschlusses für Sachmängel durch eine pauschale Beschaffenheitsvereinbarung im Kaufvertrag („gekauft wie besichtigt“) ist kein sicherer Weg, sondern in Wirklichkeit nur ein Haftungsausschluss und bedarf zu ihrer Wirksamkeit konkreter Angaben (Rdnr. 3168; ebenso *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, § 475 Rdnr. 10; *Hertel*, ZNotP 2002, 126). Dies ist gerade dort wichtig, wo ein Haftungsausschluss nicht möglich ist (z. B. beim Verbrauchsgüterkauf nach § 475 BGB). Zutreffend erscheint auch der Rat, neben einer Beschaffenheitsvereinbarung – wo dies zulässig ist – immer zusätzlich noch einen Haftungsausschluss zu vereinbaren (Rdnr. 3170). Häufig wird in Grundstückskaufverträgen der Zeitpunkt der Übergabe und des Gefahrübergangs auf einen nach der Beurkundung liegenden Zeitpunkt vereinbart (z. B. Kaufpreiszahlung). Der BGH hat hierzu seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und angenommen, dass ein im Kaufvertrag vereinbarter Haftungsausschluss solche Mängel nicht erfasst, die nach der Beurkundung und vor Gefahrübergang entstehen (BGH, DNotZ 2003, 687; kritisch hierzu *Amann*, DNotZ 2003, 643 ff.). Dennoch empfiehlt sich eine klare Regelung zur Haftung für solche Sachmängel im Vertrag (Rdnr. 3172), verbunden mit einer Verkürzung der Gewährleistungsfrist. In Rdnr. 3182 wird die gesetzliche Regelung über die Verteilung der Erschließungskosten im Grundstückskaufvertrag (§ 436 Abs. 1 BGB) zu Recht als unbrauchbar angesehen, die eine abweichende vertragliche Gestaltung (hierzu *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, S. 175) erforderlich macht. Ob eine nach § 415 BGB zwischen Verkäufer und Käufer (mit Genehmigung des Gläubigers) erfolgte Schuldübernahme den Regeln des Verbrauchervertrages unterliegt, ist umstritten und wird von *Schöner/Stöber* m. E. zutreffend verneint, wenn sie nicht vom Kreditgeber veranlasst wurde (Rdnr. 3153 a; ebenso OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, 213, und die überwiegende Literaturansicht, vgl. z. B. Münch-Komm/Ulmer, § 1 VerbrKrG Rdnr. 36; *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 1 VerbrKrG Rdnr. 22; *Bamberger/Roth/Möller/Wendehorst*, vor § 491 Rdnr. 28). Überarbeitet wurden auch die Ausführungen zum Teilflächenverkauf (Rdnr. 863 ff.), insbesondere zur Frage der Bezeichnung der noch nicht vermessenen und veräußerten Teilfläche, wo nunmehr die nach der neuesten Rechtsprechung erforderlichen Kriterien (Willensübereinstimmung hinsichtlich der veräußerten Fläche und Niederschlag des Willens in der Urkunde; BGH, MittBayNot 2002,

390 mit Anm. *Kanzleiter*) im Einzelnen dargestellt sind. Im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform stellt sich die Frage, inwieweit im Verbraucher- oder AGB-Vertrag bei Angaben zur Größe der verkauften Teilfläche ein Haftungsausschluss für Minderflächen zulässig ist. *Schöner/Stöber* (Rdnr. 873) verneinen dies bei einem generellen Haftungsausschluss für Sachmängel des Grundstücks wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), der m. E. aber nur bei einer Festpreisvereinbarung ohne Flächenausgleich vorliegt, lassen im Übrigen eine ausdrückliche negative Beschaffenheitsvereinbarung („eine bestimmte Größe der Teilfläche ist nicht vereinbart“) zu.

In Rdnr. 3204 ff. werden Fragen des Bauträgervertrages behandelt, z. B. die Anwendbarkeit von Kauf- oder Werkvertragsrecht für Sachmängelansprüche nach der Schuldrechtsreform (Rdnr. 3204). Vorauszahlungen über die Höhe der nach der MaBV zulässigen Beträge werden nur dann als möglich angesehen, wenn eine echte Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft gestellt wird (Rdnr. 3210; ebenso *Basty*, Der Bauträgervertrag, Ergänzungen zur 4. Aufl., Rdnr. 109; *Kanzleiter*, DNotZ 2003, 819, 830). Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV ermöglicht nur Abschlags- und keine Vorauszahlungen (Rdnr. 3218). Sie darf zutreffenderweise bei Eintritt der Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 MaBV nur dann zurückgefordert werden, wenn keine anderen Zahlungen als nach § 3 Abs. 2 MaBV zulässig geleistet wurden. Im Zusammenhang mit der Beurkundung von Bauträgerverträgen stellt sich immer wieder die Frage, ob und wann ein Werkvertrag beurkundungspflichtig ist, wenn der Käufer den Grundstückskaufvertrag mit einem Dritten schließt (sog. verdecktes Bauherrenmodell). Wenn auch der BGH (MittBayNot 2003, 46) entschieden hat, dass eine Beurkundung des Werkvertrages dann nicht erforderlich ist, wenn nur dieser vom Grundstückskauf, nicht aber jener vom Werkvertrag abhängig ist (Verknüpfungswille), sollte diese Rechtsprechung in der Beurkundungspraxis nicht überbewertet werden. Das Formgebot des § 311 b Abs. 1 BGB erstreckt sich in solchen Fällen jedenfalls dann auf den Werkvertrag, wenn dieser eine mittelbare Verpflichtung zum Grunderwerb enthält, z. B. durch Sanktionen für den Fall des Nichterwerbs des Grundstücks (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 3120 und 3120 a, sowie *Wufka*, MittBayNot 2003, 48, 50).

In Rdnr. 3144 b (neu) werden die im Zusammenhang mit der Beurkundung von Verbraucherverträgen stehenden Fragen dargestellt. *Schöner/Stöber* bejahen hierbei die Unternehmereigenschaft des Insolvenzverwalters (und ähnlicher Parteien kraft Amtes) nur dann, wenn er ein Unternehmen verwaltet (ebenso *Palandt/Heinrichs*, § 14 Rdnr. 2). Diese Einschränkung erscheint jedoch fraglich, wenn der Insolvenzverwalter sein Amt professionell ausübt, insbesondere als Rechtsanwalt.

Auch im Bereich des eigentlichen Grundstückssachenrechts waren in den letzten Jahren wichtige Problemkreise in der Neuauflage nachzutragen, wobei im Rahmen einer Besprechung nur einige Einzelfälle herausgegriffen werden können: Im Zusammenhang mit der (von der h. M. bejahten) Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung stellt sich die Frage der materiellen und formellen Behandlung des Verhältnisses der Vormerkung zu anderen Grundstücksbelastungen. Ist die Eigentumsvormerkung eingetragen und soll das zeitlich später bestellte Recht „vorgehen“, besteht nach nunmehr gefestigter Praxis die Möglichkeit des Wirksamkeitsvermerks oder – nicht aber zusätzlich (Rdnr. 1523 a) – des Rangrücktritts der Vormerkung. Diskutiert wird neuerdings auch der umgekehrte Fall, ob der Rangrücktritt eines bereits eingetragenen Grundpfandrechts hinter eine später bestellte Auflassungsvormerkung zur Sicherung der Lastenfreistellung ausreicht oder

vielmehr eine Freigabevormerkung am Grundpfandrecht zugunsten des Inhabers der Auflassungsvormerkung eingetragen werden muss (dafür insbes. *Wörner*, MittBayNot 2001, 450). Nach wohl zutreffender h. M. löst der Rangrücktritt eines Grundpfandrechtsgläubigers hinter die Vormerkung die Wirkungen des § 883 Abs. 2 BGB aus (Rdnr. 1531 a und 888 Fn. 53; nunmehr auch *Bamberger/Roth/Kössinger*, § 883 BGB, Rdnr. 65 ff., 76; a. M. aber *Staudinger/Gursky*, Bearb. 2002, § 883 Rdnr. 268; zweifelnd auch *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl., A I Rdnr. 103). Ob die Freigabevormerkung bereits an § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitert, wenn die Grundschuld nachträglich durch Teilung des belasteten Grundbesitzes zur Gesamtgrundschuld wird (so *Schöner/Stöber*, a. a. O.), erscheint sehr fraglich, da die Vormerkung nur den Anspruch auf Aufhebung der Grundschuld – nicht aber auf Verzicht – an der freizugebenden Fläche sichert. Die Freigabevormerkung kann aber im Einzelfall keine vergleichbare Sicherheit bieten, weil sie eine Zwangsversteigerung nicht hindern würde und ein Verzicht hierauf nicht möglich ist (Rdnr. 888). Die Praxis wird damit weiterhin mit beiden Lösungen (Freigabevormerkung oder Rangrücktritt, gegebenenfalls auch miteinander kombiniert) mit Pfandfreigabe arbeiten können.

*Schöner/Stöber* vertreten zur Frage der Abgrenzung von Benutzungsdienstbarkeit und Nießbrauch zu Recht die formelle Theorie (Rdnr. 1130, 1130 a und 1362; ebenso *Staudinger/Mayer*, 13. Bearb. 2002, § 1018 Rdnr. 94 ff.; *Staudinger/Frank*, 13. Bearb. 2002, § 1030 Rdnr. 54 ff., und nunmehr auch *Soergel/Stürner*, § 1018 Rdnr. 12). Damit bleibt v. a. im Grundbucheintragungsverfahren eine Prüfung dahingehend, ob dem Eigentümer noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt, außer Betracht.

Dass eine Reallast nicht von Anfang an mit unterschiedlichem Rang zwischen Stammrecht und den einzelnen Leistungen eingetragen werden kann (so aber BayObLG, DNotZ 1991, 105), haben *Schöner/Stöber* (Rdnr. 1317 a) immer vertreten. Diese Auffassung wurde nunmehr auch vom BGH (MittBayNot 2004, 8) bestätigt. Versteigert der Eigentümer wegen der Einzelleistungen aus der Reallast, kann er das Erlöschen nur durch die Vollstreckung aus dem persönlichen Anspruch oder eine nachträgliche Aufteilung der Reallast verhindern (*Amann*, DNotZ 1993, 222; der BGH verneint aber auch hier die Eintragungsfähigkeit in das Grundbuch). Dass eine nach dem BGH unzulässige Reallast nach § 53 GBO als inhaltlich unzulässig zu löschen ist (*Dümig*, MittBayNot 2004, 156), erscheint zweifelhaft: Ähnlich wie in den Fällen einer Rangverletzung (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 324) wird hier die Anwendung des § 139 BGB dazu führen, dass die Beteiligten jedenfalls eine rangmäßig nicht aufgespaltene Reallast gewollt haben würden.

Ausführlich behandelt sind nunmehr in Rdnr. 241 a die Fragen zur Eintragungsfähigkeit der BGB-Gesellschaft im Grundbuch, die zutreffend mit der h. M. (vgl. zuletzt BayObLG, DNotZ 2003, 52) verneint wird: Mangels Publizität der Gesellschaft und ihrer Vertretungsorgane sind alle Gesellschafter namentlich einzutragen. Zulässig dürfte dagegen die Auflassung an die Gesellschafter bürgerlichen Rechts und deren Eintragung mit dem Namen oder der Bezeichnung der Gesellschaft sein (Rdnr. 241). Zu streng ist daher das BayObLG (DNotI-Report 2003, 183), wenn es eine Auflassung an die „BGB-Gesellschaft, bestehend aus A, B, C und D“ nicht für möglich hält (kritisch hierzu *Weigl*, MittBayNot 2004, 202 f.). Nicht (auch nicht in Rdnr. 3314) näher erörtert wird die jüngst von *Wolfsteiner* (DNotZ 2003, 626 ff.) untersuchte Problematik, ob eine Auflassung an BGB-Gesellschafter möglich ist, deren Gesellschaftsvertrag wegen Nichtbeurkundung (§ 311 b Abs. 1 BGB) unwirksam ist.

Umfassend behandelt wird in der Neuauflage die Abgrenzungsproblematik zwischen Vereinbarung und Mehrheitsbeschluss im Wohnungseigentumsrecht (Rdnr. 2885 ff.). Seit der „Jahrhundertentscheidung“ (*Schneider*, Rpfleger 2002, 503) des BGH zur Beschlusskompetenz der Eigentümergemeinschaft (BGHZ 145,158 = MittBayNot 2000, 546) gewinnt in der Praxis die sog. Öffnungsklausel eine immer wichtigere Bedeutung. Sie kann grundsätzlich alle Vereinbarungen – allerdings nur in den vom BGH (BGHZ 95,137) gezogenen Grenzen – einer Abänderung durch Mehrheitsbeschluss zugänglich machen (Rdnr. 2885 b, entgegen *Rapp*, DNotZ 2000, 864, 868, und *Wudy*, MittRhNotK 2000, 383, 387) und bedarf, wenn sie nachträglich vereinbart wird, nicht der Zustimmung der dinglich Berechtigten, da sie nur eine verfahrensrechtliche Zuständigkeit begründet, welche die Interessen Dritter (noch) nicht berührt (Rdnr. 2885). Umstritten ist bis heute, ob der aufgrund einer zugelassenen Mehrheitsentscheidung vereinbarungsändernde Beschluss in das Grundbuch eingetragen werden kann. *Schöner/Stöber* (Rdnr. 2887 a) bejahen dies mit dem zutreffenden Argument, dass mit dem Beschluss der Inhalt des im Grundbuch eingetragenen Sondereigentums unrichtig wird und dies – wie bei einer Änderungsvereinbarung – als Berichtigung eingetragen werden kann. Die Teilungserklärung sollte insoweit den Verwalter ermächtigen, die Änderung unter Vorlage des Beschlusses (entsprechend § 26 Abs. 4 WEG) in das Grundbuch eintragen zu lassen.

Wie kaum ein anderes Werk ist auch die 13. Auflage wieder ein Meilenstein im Grundbuchrecht: Umfassender und aktueller denn je, ausführlich bis in jedes Detail und doch aus einem Guss, wie immer höchst wissenschaftlich und dabei stets praxisgerecht. Wer als Rechtsanwender mit Fragen des Grundbuchrechts befasst ist, kommt ohne die Neuauflage nicht aus.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

### **Steup: Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung. E. Schmidt, 2004. 242 S., 39,80 €**

Fragen der Rangordnung von Rechten im Grundbuch sowie der Wirkungen der Vormerkung beschäftigen den Notar von den ersten Schritten seines Assessorendaseins an. *Steup*, selbst Notar und Diplom-Rechtspfleger in Hermeskeil, ist es mit seinem Band gelungen, knapp, aber weitgehend vollständig und übersichtlich die wesentlichen Fragen zu diesen Rechtsgebieten für den Praktiker verwertbar zu behandeln.

Lehrreich ist bereits zu Beginn des Buches der knappe rechts-historische und rechtsvergleichende Abriss des Autors zur Eigentumsübertragung an Grundstücken. Insbesondere arbeitet *Steup* deutlich heraus, dass das deutsche Grundbuchrecht im internationalen Vergleich als eine der durchdachtesten und vorbildlichsten Regelungen des Liegenschaftsrechts gilt. Dies führt der Autor zu Recht auf die Kombination von strengen formalen Voraussetzungen für die Vornahme von Grundbucheintragungen und die mit diesen verbundene positive Publizität (§ 891 BGB) sowie die Gutglaubenswirkung (§ 892 BGB)

zurück. Diese Argumentation verdient vor allem vor dem Hintergrund rechtspolitischer Bestrebungen einzelner Bundesländer der Beachtung, Grundbuchämter und Katasterämter zu neuen „Bodenmanagement-Behörden“ zusammenzulegen.

An den Ausführungen zum Grundbuchrang gefällt, dass *Steup* unmissverständlich klarstellt, dass die zentrale Bedeutung des Rangs nicht in der Verwirklichung konkurrierender Rechte an einem Grundstück liegt (Wann werden je gleichzeitig dingliches Wohnungsrecht und Nießbrauch im Grundbuch eingetragen?), sondern sich erst in der Verwertung des Grundstücks durch Zwangsversteigerung zeigt (S. 38 ff.). Hier wird u. a. die im Zusammenhang mit Überlassungs- und Übergabeverträgen überaus wichtige vollstreckungsrechtliche Privilegierung von Altenteilsrechten nach § 9 Abs. 1 EGZVG dargestellt. *Steup* bewahrt sich hier aber den kritischen Blick dafür, dass diese Privilegierung aufgrund der Möglichkeit des vorrangigen Gläubigers, ein Doppelausgebot im Zwangsversteigerungsverfahren zu beantragen, im Ergebnis doch fragwürdig bleibt (S. 50). Zusätzlich hätte sich hier noch ein Hinweis darauf angeboten, dass dieser Umstand für den Notar besondere Belehrungsanforderungen für den Rangrücktritt von Rechten der Elterngeneration, die anlässlich einer Übergabe bestellt wurden, mit sich bringt.

Etwa denselben Raum wie den Problemen des Grundbuchranges widmet *Steup* der Vormerkung. Nach einer kurzen Beleuchtung der dogmatischen Grundlagen wendet sich der Autor Einzelproblemen zu, u. a. der aktuellen Frage der Wirkung der Vormerkung in der Insolvenz (S. 154). Diese Problematik stellt sich etwa bei zahlreichen nicht vollzogenen Bauträgerverträgen, bei denen über das Vermögen der Bauträger-

gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Hier findet sich zwar der Hinweis auf die Insolvenzfestigkeit der Vormerkung nach § 106 InsO, welche das Wahlrecht des Insolvenzverwalters beim gegenseitigen Vertrag nach § 103 InsO entfallen lässt. Allerdings stellt der Autor an dieser Stelle nicht dar, dass nach der Rechtsprechung bereits die Vormerkungssicherung eines bloßen Vertragsangebots die Wirkung des § 106 InsO auslöst.

Erfreulich ist die Klarstellung des Autors, dass der Verzicht auf Bewilligung bzw. Eintragung der Vormerkung beim Grundstückskaufvertrag nur die absolute Ausnahme darstellen kann und in diesem Falle entsprechend umfangreiche Risikoaufklärung durch den Notar stattzufinden hat. In der Konstellation des Teilflächenkaufs favorisiert *Steup* u. a. mit dem Hinweis auf den Beitrag von *Wörner* in MittBayNot 2001, 450 ersichtlich die Freigabevormerkung gegenüber dem Rangrücktritt der eingetragenen Belastungen hinter die Vormerkung des Teilflächenkäufer. Interessant für die notarielle Praxis ist schließlich noch, dass der Autor zu einem vorsichtigen und zurückhaltenden Gebrauch der Löschungsvollmacht rät, die er auf „begründete Ausnahmefälle“ reduziert sehen möchte. Das Haftungsrisiko bei einem Gebrauchmachen von der Löschungsvollmacht hält *Steup* in der Regel für unverhältnismäßig hoch (S. 184 ff.).

Insgesamt hat *Steup* mit seinem schmalen Band ein Werk vorgelegt, das zwar nicht den Anspruch der Wissenschaftlichkeit erhebt, für die notarielle Praxis aber einige wertvolle Hinweise enthält und daher insbesondere auch „frisch gebackenen“ Assessorinnen und Assessoren zur Lektüre zu empfehlen ist.

Notarassessor *Tobias Fembacher*, München

**Burandt/Franke: Unternehmertestament. Beck, 2003. 182 S. + CD-ROM, 23 €**

**Kössinger: Das Testament Alleinstehender. 3., überarb. u. erg. Aufl., Beck, 2004. 138 S. + CD-ROM, 16,50 €**

Gegenstand dieser Besprechung sind zwei Bände aus der Reihe Beck'sche Musterverträge: Das neu erschienene Handbuch „Unternehmertestament“ von *Wolfgang Burandt* und *Susanne Franke* und „Das Testament Alleinstehender“ von *Reinhard Kössinger*, das nun in der 3. Auflage vorliegt. Den Büchern liegt jeweils die Vorstellung zugrunde, dass man für bestimmte Fallgruppen aufgrund typischer Interessenlagen und Gestaltungsfragen Modelle schaffen und so die Testamentgestaltung erleichtern kann (s. dazu nur *Langenfeld*, Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2002, S. 389 ff.). Ist für einen Lebenssachverhalt ein passendes Modell gefunden, sind Gestaltungsalternativen aufzuzeigen und Besonderheiten zu berücksichtigen. Zwei dieser Fallgruppen werden in den zu besprechenden Büchern behandelt, für die jeweils Untergruppen gebildet werden.

1. *Kössinger* beginnt seine Darstellung – entsprechend dem in der Reihe üblichen Schema – mit einem Überblick über das Schenkung- und Erbschaftsteuerrecht. Dabei werden alle wesentlichen Themenbereiche kurz erläutert. Die Erklärungen sind knapp gehalten und gut verständlich. Hilfreich für die Vergegenwärtigung der Gesamtsituation des Testierenden und damit auch für die Besprechung im Notariat ist die die Einführung abschließende Checkliste. Auf diese Einführung fol-

gen vier Testamentsmuster. Diese typisieren die Situation eines alleinstehenden Erblassers: Testament eines verwitweten Erblassers mit erwachsenen Kindern, Testament eines Alleinstehenden ohne Kinder, Testament eines Geschiedenen mit minderjährigen Kindern und nichtehelichem Lebenspartner sowie testamentarische Errichtung einer unselbstständigen Stiftung. Den Mustertexten folgen eingehende Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten des jeweiligen Testamentsmusters, in denen die gewählten Formulierungen erklärt werden. In diesem Zusammenhang werden die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt und Schwierigkeiten aufgezeigt. Bewusst ausgespart wird die Konstellation eines alleinstehenden Unternehmers. Hier wird auf den besonderen Beratungsbedarf verwiesen.

Die entworfenen Muster sind so strukturiert, dass sie alle nahe liegenden Gestaltungsklauseln beinhalten. So werden beispielsweise im zweiten Muster neben der Erbeinsetzung Vorausvermächtnis, Teilungsanordnung, verschiedene Vermächtnisse (Einzelgegenstand, Barvermächtnis, Rentenvermächtnis und Nutzungsvermächtnis) sowie Auflagen und Testamentvollstreckung angeordnet. Das für den einzelnen Testierenden „richtige“ Testament wird dann durch Herausstreichen der nicht benötigten Klauseln erstellt.

Im Muster des Geschiedentestaments schlägt *Kössinger* zur Verhinderung des Übergangs des den gemeinschaftlichen Abkömmlingen hinterlassenen Vermögens bei deren Ableben auf den geschiedenen Ehegatten die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge vor. Die äußerst komplizierte sog. Dieterle-

Klausel wird aufgrund neuerer Rechtsprechung nur noch in den Hinweisen erwähnt (siehe S. 64/65). Auf die steuerlichen und zivilrechtlichen Nachteile der Anordnung von Vor- und Nacherbfolge wird eingegangen. Wünschenswert wäre hier ein Hinweis auf das bedingte Herausgabevermächtnis als weniger einschneidende Alternative zur Anordnung der Vor- und Nacherbfolge gewesen (s. dazu *Reimann*, MittBayNot 2002, 4 ff.). Von vielen anderen Mustern heben sich die vorliegenden auch dadurch ab, dass neben den im engeren Sinne erbrechtlichen Gestaltungsanforderungen auch weitere Regelungsbereiche behandelt werden. So wird die Absicherung des Vermögens selbst durch die Empfehlung der Beschränkung der Vermögenssorge (§ 1638 BGB) abgerundet und außerdem auf die Möglichkeit der Bestimmung eines Vormundes hingewiesen.

Die kenntnisreichen und gut verständlichen Erklärungen zu diesen Gestaltungsproblemen können jedoch nichts daran ändern, dass ein juristischer Laie sich mit Hilfe des Buches zwar einen Einblick in typische Gefährdungslagen und Regelungsmöglichkeiten verschaffen kann, gerade aber in den Konstellationen des Geschiedentestaments und der Errichtung einer Stiftung eine fachmännische Beratung erforderlich ist. Während sich dies dem Laien durch die Komplexität der Regelungen in Muster zur unselbstständigen Stiftung geradezu aufdrängt, vermisst man beim Geschiedentestament einen deutlichen Hinweis auf das Beratungserfordernis.

Insgesamt ist das „Testament Alleinstehender“ uneingeschränkt zu empfehlen. Es gibt eine wertvolle und praxisnahe Einführung für den Laien, der sich über die Errichtung eines Testaments informieren möchte, verschafft jedoch auch dem Fachanwender einen Überblick über denkbare Gestaltungen und damit die Möglichkeit, die eigenen Muster auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Abgerundet wird das Handbuch durch eine CD-ROM, die die Muster im Textformat enthält.

2. Das Buch von *Burandt/Franke* – ebenfalls mit CD-ROM ausgeliefert – gliedert sich wiederum in einen darstellenden Teil, der Themenkomplexe wie die Wahl der Art der Verfügung, die Verwahrung des Testaments, das Vorliegen früherer Verfügungen von Todes wegen behandelt, und einen Teil mit Gestaltungsmustern samt Erläuterungen. Die vier Testamentsmuster (mit Varianten) im zweiten Teil betreffen Standardkonstellationen der Unternehmensnachfolge, wobei vor allem nach Lebensalter des Unternehmers und dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines geeigneten Nachfolgers differenziert wird.

Das Buch bietet eine Fülle von Information, es weist aber nach Aufbau und Inhalt einige Schwächen auf. Die Einführung bietet für keine der denkbaren Zielgruppen eine echte Hilfestellung: Der interessierte Laie wird mit zu vielen, für ihn nicht relevanten Informationen versorgt (Verwahrung des Testaments, Widerruf früherer Verfügungen von Todes wegen), die andererseits für den fachkundigen Leser kaum Neues zu bieten haben. Auch der zweite Teil leidet an einem strukturellen Defizit: Die Erläuterungen zu den Mustern arbeiten nicht eng am vorgeschlagenen Text und erläutern diesen nicht schrittweise. Vielmehr folgen den Textvorschlägen überwiegend allgemeine Ausführungen zu den berührten Themenkomplexen, ohne dass eine Eingrenzung auf die für die Unter-

nehmensnachfolge zentralen Bereiche stattfindet. Dies verdeutlicht das erste Muster, ebenso wie sich an diesem die Komplexität der vorgeschlagenen Gestaltungen ablesen lässt. Ein kinderloser verheirateter OHG-Gesellschafter setzt seine Ehefrau und seine Schwester zu Miterben ein. Mit der Ehefrau ist Gütertrennung vereinbart, der Gesellschaftsvertrag erhält eine sie begünstigende qualifizierte Nachfolgeklausel. Im Rahmen der Teilungsanordnung wird die Ehefrau zur Nachfolgerin in die Gesellschaftsbeteiligung unter Umwandlung in einen KG-Anteil bestimmt, die Schwester bekommt Aktien. In einer Pflichtteilklausel wird die Bewertung der OHG-Beteiligung zum Buchwert festgelegt. Als Vorausvermächtnis erhält die Ehefrau Betriebs- und Hausgrundstück sowie das Ferienhaus in Alicante. Als Ersatzvermächtnisnehmer wird eine unselbstständige Stiftung bestimmt und für den Fall des Eintritts der Ersatzerbschaft Testamentsvollstreckung angeordnet. In den Erläuterungen wird zunächst die ohne letztwillige Verfügung bestehende Rechtslage und das Risiko von Pflichtteilsansprüchen der Eltern erklärt. Darauf folgen Ausführungen über die beim Tod eines OHG-Gesellschafters eintretende Rechtslage und denkbare Nachfolgeklauseln. Die Darstellung der Problematik der Nachfolgeklauseln ist im Wesentlichen gelungen. Auch die Hinweise auf die bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Partnergesellschaft eintretende Rechtslage sind eine sinnvolle Ergänzung. Nicht ganz nachvollziehbar ist dann aber, dass – wohl wegen des Vermächtnisses der Ferienwohnung in Spanien – die Autoren einen Überblick über die Vererbung von im Ausland befindlichem Vermögen geben, wobei insbesondere auf Spanien, die USA und Frankreich im Einzelnen eingegangen wird (S. 40–45). Zu dem komplexen Baustein zur Ersatzerbeneinsetzung der unselbstständigen Stiftung fehlen dagegen Erläuterungen. Hinweise zur Testamentsvollstreckung finden sich erst im folgenden Muster.

Bedauerlicherweise setzen sich die Autoren nur selten und wenig ausführlich mit den ertragsteuerlichen Risiken der gewählten Gestaltungen auseinander, obwohl die steuerlichen Gefahren in der Praxis oft der zentrale Maßstab für die gewählte Unternehmensüberleitungskonzeption sind. So wird im oben beschriebenen ersten Muster auf die erbschaftsteuerlichen Konsequenzen der qualifizierten Nachfolgeklausel nur sehr knapp (S. 30), auf die ertragsteuerliche Dimension überhaupt nicht eingegangen (siehe dazu *Priester*, DNotZ 1991, 507 ff., *Langenfeld*, a. a. O., S. 347 ff.). Erfreulich ist dagegen, dass in diesem Muster durch die Anordnung des Vorausvermächtnisses verhindert wird, dass das Sonderbetriebsvermögen nur entsprechend der Erbquote auf den Unternehmensnachfolger übergeht. Auf die mit dieser Gestaltung verbundenen Risiken (Pflichtteilsrecht) und die Gestaltungsalternative (Einbringung) wird hingewiesen (S. 26).

Im Ergebnis ist der zweite Teil wegen des Fehlens am Text orientierter Erläuterungen für den Laien schwer nachvollziehbar. Für den Rechtsgestalter sind die zahlreichen kursorischen Darstellungen – wie schon die Einführung – oftmals zu allgemein, die Textvorschläge ohne systematische Aufbereitung keine große Hilfe. Insgesamt gibt das „Unternehmertestament“ zwar einige interessante Anregungen, überzeugt aber nach Schwerpunktsetzung und Systematik nicht.

Notarassessorin *Elke Worthmann*, Passau

**Köbler/Peters: Who's who im deutschen Recht. Beck, 2003. 820 S., 49 €**

Seit 1849 in England das erste „Who's who“ herauskam, blüht das Geschäft mit diesen so genannten „kurzbiographischen Lexika“. Früher musste man von Adel sein oder wenigstens Kleriker, um seinen Namen in solchen Werken lesen zu können. Heute zieht man den Kreis notabler „Persönlichkeiten“ viel weiter, so dass es einen im Nachhinein wundert, wie lange die Juristen auf ihren Gotha warten mussten. Im Titel hält er sich marketingmäßig geschickt ans Original; der Begriff „Who's who“ ist gesetzlich nicht geschützt.

Erfasst wurden „über 3 000 Juristen, die in wichtigen Positionen unseres täglichen Lebens tätig sind – in der Gesetzgebung und Verwaltung, in der Rechtsprechung und Wirtschaft, in Kultur, Wissenschaft und Anwaltschaft sowie in den Medien“. Die – von Köbler biographierten – Rechtswissenschaftler machen dabei den größten Anteil aus, was daran liegen mag, dass ihre Daten über „Kürschners Deutschen Gelehrten-Kalender“ und die Uni-Homepages besonders gut zugänglich sind. Köbler hat aber nicht einfach aus dem Kürschner abgeschrieben; das „Who's who“ ist häufig – aber nicht immer – ausführlicher (und Köblers eigener Eintrag einer der längsten). Die bayerischen Notare sind als stille Diener des Rechts hingegen nur spärlich vertreten (was nicht unbedingt ein schlechtes Zeichen ist), meist als Nebenprodukt akademischen Wirkens als Honorarprofessor (*Bengel, Jerschke, Kanzleiter, Reimann*) oder Lehrbeauftragter (*Grziwotz, Waldner*). Wer bloß DAX-Firmen betreut oder Fußballvereine umwandelt, bleibt unerwähnt, auch wenn er mit Sicherheit kein Nobody im deutschen Recht ist.

Damit ist die Frage nach den Kriterien für ein solches Verzeichnis gestellt. Während die Professoren nahezu vollständig

nachgewiesen sind, verraten die übrigen Einträge eine gewisse Eklektik, die aber sicher auch im Auge des Betrachters liegt: Wer eine Persönlichkeit ist, lässt sich außerhalb akademischer Mauern eben nicht leicht entscheiden. Wohl aber ließe sich mitteilen, auf welchen Informationen die Einträge beruhen: auf eigenen Recherchen der Autoren oder auf Selbstauskünften der Verzeichneten? Letzteres wäre für ein „Who's who“ durchaus üblich, müsste aber offen gelegt werden, am besten im Vorwort wie beim Kürschner. Der Stand der Informationen ist Juli 2003, was einige (stichprobenartig überprüfte) Einträge als schon von Beginn an falsch entlarvt: Mein akademischer Lehrer *Michael R. Will* war nicht mehr Professor in Genf, *Henning Schulte-Noelle* bereits vom Vorstandsvorsitz in den Aufsichtsrat der Allianz geflohen und die „Baulanderschließung“ von *Grziwotz* noch nicht in 2. Auflage erschienen (sie ist es leider immer noch nicht).

Aber solche Kritikastereien wirken bei dieser Fülle an Informationen vielleicht etwas kleinlich. Das „Who's who im deutschen Recht“ ist eine der wenigen Neuerscheinungen, die tatsächlich eine Lücke schließen. Zudem macht es neugierig; schließlich interessiert den Menschen nichts so sehr wie der Mensch, und deshalb kann man mit dem erworbenen Wissen anschließend auch schön angeben („Wussten Sie, dass Heribert Fassbender Lehrbeauftragter an der Uni Bochum ist?“).

So bleiben letztlich nur drei Wünsche: Dass das Buch, wie es sich für ein echtes „Who's who“ gehört, in rascher Folge neu aufgelegt wird, dass *Ronald Schill* nach erfolgter Wohnsitznahme in Südamerika aus dem „Who's who im deutschen Recht“ gestrichen wird – und dass man es schließlich einmal selbst zur „Persönlichkeit“ und damit zu einem Eintrag bringt (wozu die Abfassung von Buchbesprechungen allerdings, wie ich fürchte, nicht ausreichen wird).

Notarassessor Dr. *Markus Krebs*, München

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. AusgLEistG § 3 a; BGB §§ 134, 141; GG Art. 19 Abs. 1 Satz 2, 20 Abs. 3 (*Verfassungsmäßigkeit des Ausgleichleistungsgesetzes*)

**§ 3 a AusgLEistG ist verfassungsrechtlich unbedenklich.**

BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02

Die Klägerin wurde von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben mit der Privatisierung ehemals volkseigener land- und forstwirtschaftlicher Flächen beauftragt. Mit notariellem Vertrag vom 1.9.1997 veräußerte sie im Rahmen des Flächenerwerbsprogramms nach § 3 AusgLEistG in der Fassung (a. F.) vom 27.9.1994 (BGBl I, 2628) rund 80 ha Ackerland an den Beklagten, der die in nicht benachteiligten Gebieten im Sinne der EG-Verordnung Nr. 950/97 (ABl EG L 142 v. 2.6.1997, S. 1) gelegenen Flächen zuvor bereits gepachtet hatte. Unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des Ausgleichleistungsgesetzes und der hierzu erlassenen Flächenerwerbsverordnung (FlErwV v. 20.12.1995, BGBl I, 2072) vereinbarten die Parteien einen zum 1.10.1997 fällig werdenden Kaufpreis von insgesamt 443.952 DM, der sich aus einem Anteil für begünstigt erworbene Flächen von 420.000 DM und aus einem Anteil für zum Verkehrswert erworbene Flächen von 23.952 DM zusammensetzte. Der Kaufpreis ist gezahlt. Der Beklagte wurde am 29.7.1998 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Am 20.1.1999 entschied die Europäische Kommission (ABl EG L 107 vom 24.4.1999, S. 21), dass das in § 3 AusgLEistG a. F. geregelte Flächenerwerbsprogramm mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbare Beihilfen enthalte, soweit sich die durch den begünstigten Flächenerwerb gewährten Vorteile – wie hier – nicht auf den Ausgleich von Vermögensschäden beschränken, die auf Enteignungen oder enteignungsähnlichen Eingriffen staatlicher Stellen beruhen, und die Intensität der Beihilfe die Höchstgrenze von 35 % für landwirtschaftliche Flächen in nicht benachteiligten Gebieten gemäß der EG-Verordnung Nr. 950/97 überschreite. Der Bundesrepublik Deutschland wurde aufgegeben, gewährte Beihilfen nach Maßgabe des deutschen Rechts einschließlich Zinsen ab dem Zeitpunkt der Gewährung zurückzufordern und zukünftig Beihilfen dieser Art nicht mehr zu gewähren.

Auf der Grundlage der zur Erfüllung der Rückforderungspflicht durch das Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 15.9.2000 (BGBl I, 1387) eingeführten Vorschriften des § 3 a AusgLEistG bestimmte die Klägerin einen neuen Kaufpreis für die von dem Beklagten begünstigt erworbenen Flächen in Höhe von 498.443,89 DM, was 65 % des Verkehrswerts entspricht. Mit Schreiben vom 15.11.2000 forderte sie den Beklagten erfolglos zur Nachzahlung des Differenzbetrages von 78.443,89 DM sowie zur Zahlung von Zinsen für die Zeit vom 1.10.1997 bis zum 15.11.2000 in Höhe von 13.349,81 DM auf. Den Gesamtbetrag von 91.793,70 DM (= 46.933,37 €) nebst weiterer Zinsen ab dem 16.11.2000 macht die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend, der die Vorinstanzen stattgegeben haben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht bejaht einen Nachzahlungsanspruch der Klägerin nach § 3 a AusgLEistG. Es hält diese Norm nicht für verfassungswidrig. Sie verstöße weder gegen das Rückwirkungsverbot noch gegen § 19 Abs. 1 Satz 1 GG.

II.

Dies hält einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

1. Zutreffend, und von der Revision nicht angegriffen, sieht das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 3 a Abs. 1,

Abs. 2 Satz 1 AusgLEistG als gegeben an. Danach gilt der am 1.9.1997 zwischen den Parteien geschlossene Vertrag mit der Maßgabe als bestätigt, dass sich der Kaufpreis auf den durch Anhebung der Klägerin nach § 3 Abs. 7 Satz 1 und 2 AusgLEistG ergebenden Betrag bemisst. Die auf dieser Grundlage von der Klägerin vorgenommene Neuberechnung ist nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Dasselbe gilt für die nachgeforderten Zinsen.

2. Entgegen der Auffassung der Revision ist § 3 a AusgLEistG verfassungsrechtlich unbedenklich.

a) Die Norm verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

Allerdings begrenzen die auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) fußenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit die Zulässigkeit rückwirkender belastender Gesetze (BVerfGE 94, 241, 258 f.; 95, 64, 86 f.; 97, 67, 78 f.; 101, 239, 262 f.; 103, 392, 403; 103, 271, 278; Senat, Urt. v. 7.7.1995, V ZR 46/94, WM 1995, 1848, 1853 m. w. N.). Der Einzelne soll sich grundsätzlich darauf verlassen können, dass ein Gesetz an abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände keine ungünstigeren Folgen knüpft, als sie im Zeitpunkt der Vollendung dieser Tatbestände voraussehbar waren (sog. echte Rückwirkung). Auch kann unter bestimmten Umständen das Vertrauen darauf Schutz verdienen, dass eine Rechtsposition nicht nachträglich durch Vorschriften entwertet wird, die auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirken (sog. unechte Rückwirkung). In jedem Fall ist Voraussetzung für einen Vertrauensschutz, dass es um eine nachträgliche Verschlechterung einer bestehenden Rechtsposition geht (BVerfGE 13, 261, 271; 30, 367, 368; 72, 175, 196; 94, 241, 258; 103, 271, 287; *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 20 Rdnr. VII 66).

bb) Schon daran fehlt es im vorliegenden Fall. § 3 a AusgLEistG greift, auch soweit die Vorschrift dem Verkäufer die Möglichkeit gibt, den ursprünglich vereinbarten Kaufpreis einseitig zu erhöhen, nicht in eine bestehende Rechtsposition des Käufers ein. Der auf der Grundlage von § 3 AusgLEistG a. F. geschlossene Kaufvertrag gewährte dem Käufer eine solche Rechtsposition nicht, da er gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Gebot nichtig war.

(1) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der begünstigte Flächenerwerb unter den hier obwaltenden Umständen nach der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.1.1999 eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstellte und deshalb gegen das Beihilfeverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag (früher Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag) verstieß. Denn diese Bestimmung entfaltet in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erst dann unmittelbare Wirkung, wenn sie insbesondere durch eine Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag (früher Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag) konkretisiert wurde (EuGH, Rs. 77/72, *Capolongo/Maya*, Slg. 1973, 611 Rdnr. 6; Rs. 78/76, *Steinike und Weinlig/Deutschland*, Slg. 1977, 595 Rdnr. 10; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 87 EGV Rdnr. 6). Daran fehlte es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien.

(2) Der Vertrag verstieß darüber hinaus aber gegen das in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 (früher Art. 93 Abs. 3 Satz 3) EG-Vertrag enthaltene Verbot der Durchführung beabsichtigter Bei-

hilfemaßnahmen. Diese Norm ist unmittelbar anwendbar und betrifft nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insbesondere jede Beihilfemaßnahme, die ohne die in Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag vorgeschriebene Notifizierung durchgeführt wird (EuGH, Rs. 120/73, Lorenz/Deutschland, Slg. 1973, 1471 Rdnr. 8; Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505 Rdnr. 11; Rs. C-3994, SFEI, Slg. 1996, I-3547 Rdnr. 39; vgl. BFH, NVwZ 2001, 715, 718; Geiger, Art. 87 EGV Rdnr. 6, Art. 88 EGV Rdnr. 17; Grabitz/Hilff/von Wallenberg, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Januar 2000, Art. 88 EGV Rdnr. 101). Eine Notifizierung des Flächenerwerbsprogramms ist hier unterblieben (vgl. Schreiben der Europäischen Kommission an die Deutsche Bundesregierung vom 30.3.1998, ABI EG C 215 vom 10.7.1998, S. 7; Begründung der Kommissionsentscheidung vom 20.1.1999, ABI EG L 107 vom 24.4.1999, S. 21, 35 f., 47).

Dieser Verstoß führt zur Nichtigkeit des Vertrages; denn Art. 88 Abs. 3 Satz 3 (früher Art. 93 Abs. 3 Satz 3) EG-Vertrag ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB (vgl. LG-Rostock, VIZ 2002, 632, 636; MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 134 Rdnr. 38; Zimmermann in RVI, § 3 a AusglLeistG Rdnr. 4; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders., NJW 1999, 1429, 1432; Purps, VIZ 2001, 401, 407; Remmert, EuR 2000, 469, 476, 478, 480; Schroeder, ZHR 161 (1997), 805, 811; Steindorff, EuZW 1997, 7, 10; a. A. Meixner, ZOV 1999, 251, 258; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 805, für den Fall, dass durch die Nichtigkeitsfolge Rechte Dritter beeinträchtigt würden).

Zwar stellt die unterlassene Notifizierung (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag) einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auslöst (MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbrüster, a. a. O.). Doch kommt dem Abschluss beihilfegewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu. Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag soll im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Beihilfegewährung verhindern (Generalanwalt Jacobs, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505, Schlussanträge Rdnr. 28; Grabitz/Hilff/von Wallenberg, Art. 88 EGV Rdnr. 63). Um diesen materiellen Gesetzesverstoß geht es (vgl. auch Remmert, EuR 2000, 469, 476 f.).

Allerdings richtet sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen. Das steht der Anwendbarkeit des § 134 BGB jedoch nicht entgegen. Zum einen ist fraglich, ob es sich nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht auch an die Begünstigten richtet. Denn der Schutz des freien Wettbewerbs als Voraussetzung für einen Gemeinsamen Markt lässt sich ohne Einbeziehung der durch die staatlichen Beihilfen Begünstigten nicht verwirklichen. Jedenfalls ist aber anerkannt, dass § 134 BGB auch dann Anwendung findet, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots geht, wenn aber der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung (BGHZ 46, 24, 26; 65, 368, 370; 88, 240, 253; BGH, Urt. v. 30.4.1992, III ZR 151/91, NJW 1992, 2021; Urt. v. 22.10.1998, VII ZR 99/97, NJW 1999, 51, 52). So ist es hier. Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag dient nicht nur der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission. Es geht auch konkret darum, Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen

könnte (vgl. Generalanwalt Jacobs, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505, Schlussanträge Rdnr. 28; Remmert, EuR 2000, 469, 471, 476; Pechstein, EuZW 1998, 495, 496). Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der privatrechtliche Vertrag, durch den die Beihilfe gewährt wird, als nichtig angesehen wird, damit der Beihilfegeber oder ein Wettbewerber des Begünstigten (vgl. EuGH, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505 Rdnr. 12; Rs. C-144/91 und C-145/91, Demoor, Slg. 1992, I-6613 Rdnr. 26 f.; Rs. C-39/94, SFEI, Slg. 1996, I-3547 Rdnr. 40) in die Lage versetzt wird, zur Vermeidung einer – weiteren – Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen. Daher lässt der Europäische Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge hat (EuGH, Rs. 120/73, Gebrüder Lorenz GmbH/Deutschland, Slg. 1973, 1471 Rdnr. 4; Rs. 84/82, Deutschland/Kommission, Slg. 1984, 1451 Rdnr. 11; Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505 Rdnr. 12, 16, 17), und zwar selbst dann, wenn die Europäische Kommission in ihrer abschließenden Entscheidung die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt (EuGH, Rs. C-354/90, a. a. O., Rdnr. 16, 17; Rs. C-47/91, Italien/Kommission, Slg. 1992, I-4145 Rdnr. 29; Rs. C-3994, SFEI, Slg. 1996, I-3547 Rdnr. 67). Im nationalen Zivilrecht ergibt sich dieselbe Rechtsfolge aus § 134 BGB.

cc) Eine rückwirkende unzulässige Belastung für den Kläger ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass § 3 a AusglLeistG denjenigen, der zu bestimmten günstigeren Bedingungen hat kaufen wollen, nunmehr zu anderen, weniger günstigen Bedingungen bindet.

Da die nach § 3 AusglLeistG a. F. abgeschlossenen Verträge nichtig sind, wären sie nach bereicherungsrechtlichen Kategorien rückabzuwickeln gewesen. Ein Neuabschluss wäre nur unter den sich aus der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.1.1999 ergebenden Bedingungen zulässig gewesen. Bei einem Verstoß hiergegen wäre der Vertrag, nunmehr wegen des Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 1 (früher Art. 92 Abs. 1) EG-Vertrag, wiederum nach § 134 BGB nichtig gewesen (vgl. nur Remmert, EuR 2000, 469, 479; Schroeder, ZHR 161 [1997], 805, 811 f.; Schütterle, EuZW 1993, 625, 627). Um den mit einem solchen Neuabschluss verbundenen Verwaltungs- und Kostenaufwand zu vermeiden (Zimmermann in RVI, § 3 a AusglLeistG Rdnr. 5), hat der Gesetzgeber in § 3 a AusglLeistG eine Bestätigung der nichtigen Kaufverträge entsprechend § 141 BGB mit geänderten, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Vertragsbedingungen fingiert. Er hat sich dabei an dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien orientiert, bürdet dem Käufer aber keine ihn belastenden Leistungen gegen dessen Willen auf, da er ihm zugleich ein Rücktrittsrecht eingeräumt hat, das zwar befristet, aber nicht an weitere Voraussetzungen gebunden ist (§ 3 a Abs. 4 AusglLeistG). Es liegt also in der Hand des Käufers, ob er die Bindung an einen gemeinschaftsrechtlich unbedenklichen, für ihn aber mit einer Nachforderung verbundenen Vertrag will oder ob er eine Rückabwicklung der auf den unwirksamen Vertrag erbrachten Leistungen vorzieht. Verfassungsrechtlich ist dies unbedenklich (vgl. auch BVerfG, NJW 2001, 2323 [Nr. 5]).

b) Die Vorschriften des § 3 a AusglLeistG verstoßen auch nicht gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG.

Dieses Verbot richtet sich gegen Einzelfallgesetze, die ein Grundrecht einschränken oder die Grundlage für eine solche Einschränkung bilden. Um einen Fall dieser Art handelt es sich vorliegend nicht. Zwar ist § 3 a AusglLeistG insofern ein

Einzelgesetz, als es nur für einen abschließend bestimmten Adressatenkreis gilt, nämlich für die Vertragsparteien, die vor dem 28.1.1999 Kaufverträge auf der Grundlage des § 3 AusglLeistG a. F. geschlossen haben. Es enthält aber keine Grundrechtseinschränkung, und zwar schon deswegen nicht, weil – wie dargelegt – die Rechtsstellung des Käufers ohnehin nicht verschlechtert wird.

3. Die durch § 3 a AusglLeistG letztlich bezweckte Rückforderung der Beihilfe ist nicht aufgrund außergewöhnlicher Umstände des Einzelfalls ausgeschlossen.

a) Bei der Beurteilung des Zahlungsverlangens nach rein zivilrechtlichen Kategorien kommt ein Ausschluss der Rückforderung der Beihilfe an sich nicht in Betracht. Hätte der Kläger von seinem Rücktrittsrecht nach § 3 a Abs. 4 Satz 1 AusglLeistG Gebrauch gemacht, wäre der Kaufvertrag rückabzuwickeln gewesen (§ 3 a Abs. 4 Satz 2 AusglLeistG). Die Folge wäre der Verlust des durch die Beihilfe unterstützten Grunderwerbs gewesen. Da der Kläger von der Rücktrittsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, hat er den Vertrag unter den geänderten Bedingungen hingenommen, also auch die Kaufpreisnachforderung, in der wirtschaftlich die Rückforderung der Beihilfe liegt.

b) Diese in die Kaufpreisnachforderung gekleidete Rückforderung kann im Ausnahmefall unter Berücksichtigung von Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts (§ 48 Abs. 2 VwVfG) treuwidrig und damit nach § 242 BGB unzulässig sein. Folge davon wäre, dass der Kaufvertrag als zu den ursprünglichen Bedingungen bestätigt gilt. Die Voraussetzungen hierfür liegen aber nicht vor.

aa) Werden Beihilfen, wie üblich, durch Verwaltungsakt gewährt, so ist eine Rückforderung nicht generell ausgeschlossen, aber nur unter den sich aus § 48 Abs. 2 VwVfG ergebenden Voraussetzungen möglich (BVerwGE 92, 81, 82; 106, 328, 336). Diesen öffentlich-rechtlichen Bindungen kann sich der Staat nicht dadurch entziehen, dass er die Beihilfegewährung – wie hier – durch eine von ihm beherrschte Kapitalgesellschaft (vgl. *Ludden* in Kimme, Offene Vermögensfragen, § 4 AusglLeistG Rdnr. 7) vornehmen lässt (vgl. BGHZ 91, 84, 96 f.). Daher können in einem solchen Fall die ansonsten nach § 48 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Gesichtspunkte in ihrem sachlichen Gehalt zivilrechtlich nicht ausgeblendet werden. Es geht bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung ausnahmsweise ausscheidet, um Fragen des Vertrauensschutzes, um die Berücksichtigung besonderer Belange des Empfängers der Beihilfe, die auch dem Zivilrecht nicht fremd sind und hier unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu prüfen sind (vgl. *Schneider*, NJW 1992, 1197, 1201).

bb) § 48 Abs. 2 VwVfG verbietet die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, der eine Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt, dann, wenn der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit den öffentlichen Interessen an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Solche Umstände liegen hier nicht vor.

Es kann dahinstehen, ob der von dem Berufungsgericht im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof (Rs. C-5/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1990, I-3437 Rdnr. 14; Rs. C-169/95, Spanien/Kommission, Slg. 1997, I-135 Rdnr. 51; Rs. C-2495, Alcan, Slg. 1997, I-1591 Rdnr. 25; Rs. T-67/94, Ladbroke Racing Kommission, Slg. 1998, II-182; ebenso BVerwGE 92, 81, 86; 106, 328, 336) vertretenen Auffassung zuzustimmen ist, dass ein Beihilfegünstiger wegen der durch Art. 88 EG-Vertrag zwingend vorgeschriebenen Überwachung staatlicher

Beihilfen durch die Europäische Kommission nur dann auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe vertrauen darf, wenn diese unter Beachtung des darin vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde, und ob es dem Beklagten im konkreten Fall bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt möglich und von ihm zu erwarten gewesen wäre, sich über die Einhaltung des Notifikationsverfahrens zu vergewissern. Dagegen spricht, dass der Kaufvertrag, der dem Beklagten die Vergünstigung gewährte, dem geltenden Recht zu entsprechen schien. Dass der Beklagte hätte erkennen können, dass die in dem Vertrag enthaltene Beihilfegewährung dem Gemeinschaftsrecht widersprach, ist immerhin zweifelhaft. Hierauf verweist die Revision zu Recht.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass dem Beklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht anzulasten ist, so ist sein Vertrauen in den ungeschmälernten Bestand der rechtswidrig gewährten Beihilfe nicht schutzwürdig. Bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen tritt neben das öffentliche Interesse der Mitgliedstaaten an einer Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands ein öffentliches Interesse der Europäischen Union an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung (BVerfG, NJW 2000, 2015; BVerwGE 92, 81, 85 f.; 106, 328, 336; BFH, NVwZ 2001, 715, 718). Gegenüber diesem gesteigerten öffentlichen Rückforderungsinteresse kann sich der Beklagte nicht auf Umstände stützen, die es ausnahmsweise gerechtfertigt erscheinen lassen, seinen Interessen den Vorrang zu geben. Die Revision verweist nicht auf Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen, wonach die Rückgewähr der Beihilfe für ihn mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre, etwa weil er Vermögensdispositionen getroffen hätte, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen könnte, oder weil er die gewährten Leistungen verbraucht hätte (vgl. § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG; s. auch *Schneider*, NJW 1992, 1197, 1201). Im Übrigen hat ihm die Klägerin für den Fall, dass er zur Erbringung des nachgeforderten Betrages aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage sein sollte, mit Schreiben vom 15.11.2000 angeboten, begünstigt erworbene landwirtschaftliche Flächen aus dem Kaufvertrag vom 1.9.1997 herauszunehmen und den Vertrag nur im Übrigen aufrechtzuerhalten. Dass diese Lösung die Existenz des Beklagten gefährden könnte oder ihn in anderer Weise mit unzumutbaren Nachteilen belastete, ist ebenfalls weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Angesichts dieser Umstände ist eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Nachforderungsrechts aus § 3 a AusglLeistG auch unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB nicht geboten.

#### Anmerkung:

Das Urteil des BGH kann angesichts der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht überraschen: Bereits im Jahr 1973 hat der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung der Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG und des Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG anerkannt und entschieden, dass eine Verletzung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbot den Mitgliedstaat und den Beihilfempfangen verpflichtet, die Beihilfe zurückzufordern bzw. zurückzuerstatten.<sup>1</sup> Im Jahr 1991 hat der Gerichtshof weiter entschieden,<sup>2</sup> dass „die nationalen Gerichte [aus der Verlet-

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.1973, Rs. 120/73 (Gebr. Lorenz GmbH/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1973, 1471 Rdnr. 8.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur [FNCE] des produits alimentaires und Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon/Französische Republik), Slg. 1991, I-5505 Rdnr. 12.

zung der Anmeldepflicht] zugunsten der Einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen [müssen]“. Nach dem EuGH führt auch der Umstand, dass eine nicht notifizierte Beihilfe nachträglich von der Kommission als materiell rechtmäßig eingestuft wird, nicht zu einer Beseitigung der vorgenannten Wirkungen. Ebenfalls in der vorgenannten Rechtssache FNCE heißt es dazu: „Die genannte abschließende Entscheidung der Kommission hat nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EWG-Vertrag [jetzt Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG] ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahmen zur Folge, da sie andernfalls die unmittelbare Wirkung dieser Vorschriften beeinträchtigen und die Interessen der Einzelnen, deren Wahrung, wie oben dargelegt, Aufgabe der nationalen Gerichte ist, verletzen würde. Jede andere Auslegung würde die Missachtung von Art. 93 Abs. 3 Satz 3 EWG-Vertrag durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen.“<sup>3</sup>

In Folge dieser Rechtsprechung hatte sich in den letzten Jahren auch im deutschen Schrifttum die Meinung durchgesetzt, dass ein Unterlassen der Notifizierung zur Nichtigkeit des die Beihilfe beinhaltenden Vertrages führt.<sup>4</sup> Dieser Ansicht hat sich nunmehr auch der BGH angeschlossen und über den konkreten Fall hinausgehend entschieden, dass Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. In der Literatur hat diese Entscheidung teilweise Widerspruch ausgelöst.<sup>5</sup> Abgesehen von der Kritik an dem streitgegenständlichen § 3 a Abs. 1 AusglLeistG und der Anwendung des § 141 BGB, halten diese Autoren eine Teilnichtigkeit nach § 139 BGB für vorzugswürdig. Dabei wird eine Trennbarkeit der Kaufpreisvereinbarung vom restlichen Vertrag bzw. von einer Aufteilung des Kaufvertrages in eigentlichen Grundstückskaufvertrag und Schenkung in Form eines teilweisen Verzichtes auf den Marktpreis angenommen. Diesen Stimmen ist zwar zuzugeben, dass in wenigen Einzelfällen auch eine Teilnichtigkeit denkbar erscheint. In der Regel wird die öffentliche Hand jedoch mit dem Abschluss des Kaufvertrages nicht nur eine finanzielle Erleichterung für das begünstigte Unternehmen beabsichtigen, sondern auch gerade bezwecken, dass sich der Beihilfeempfänger auf dem Grundstück ansiedelt und Eigentümer des Grundbesitzes wird. Bloße finanzielle Vergünstigungen könnten auch unabhängig von der Eigentumslage an dem Grundbesitz gewährt werden.<sup>6</sup> Auch zeigt der vom BGH entschiedene Fall, dass eine bloße Korrektur des Kaufpreises die unter Verstoß gegen das Diskri-

minierungsverbot zustande gekommene Vergabeentscheidung nicht beseitigen kann.<sup>7</sup> Mit dem BGH ist deshalb von einer Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrages auszugehen.

Der Entscheidung des BGH lässt sich nicht entnehmen, ob die Nichtigkeit auch die Auflassung des Grundbesitzes erfasst. Sieht man allerdings in der Zuwendung des Grundstücks selbst eine Beihilfe, ist es nur folgerichtig, auch von einer Unwirksamkeit der Auflassung auszugehen. Dabei kommt hinzu, dass das Abstraktionsprinzip in den romanischen und angelsächsischen Rechtssystemen und damit in der großen Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht bekannt ist und dort ohnehin auch der Eigentumswechsel von der Ungültigkeit erfasst wäre. Es spricht deshalb vieles dafür, dass auch die Auflassung bei einem Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG nichtig ist.<sup>8</sup>

Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung für die Praxis der Notare sind nicht von der Hand zu weisen. Es ist Aufgabe des Notars, eine materiellrechtlich wirksame Beurkundung vorzunehmen.<sup>9</sup> Der Notar hat deshalb eine Beurkundung abzulehnen, wenn das Rechtsgeschäft nach seiner Überzeugung nichtig wäre.<sup>10</sup> Das Gemeinschaftsrecht ist Teil der in Deutschland geltenden Rechtsordnung. Insoweit handelt es sich bei dem Gemeinschaftsrecht auch nicht um ausländisches Recht, das der Notar gerade nicht kennen muss.<sup>11</sup> Enthält ein notarieller Vertrag somit eine Beihilfe im Sinne der Art. 87 ff. EG und ist ihm das bekannt, so hat der Notar ohne Durchführung eines Notifizierungsverfahrens die Beurkundung abzulehnen.<sup>12</sup> Wird dem Notar das Vorliegen einer notifizierungspflichtigen Beihilfe erst nach der Beurkundung bekannt, hat er den (weiteren) Vollzug der Urkunde abzulehnen. Fraglich ist jedoch, ob dem Notar die Notifizierungspflicht im Einzelfall erkennbar ist, da dem Notar der Marktpreis des Grundbesitzes nicht bekannt sein wird und sich dieser regelmäßig nur schätzen lässt.<sup>13</sup>

Die Kommission hat 1997 in Form einer Mitteilung die Fälle zusammengefasst, bei denen sie beim Verkauf von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand in keinem Fall

<sup>3</sup> EuGH (Fn. 2), Rdnr. 16.

<sup>4</sup> Steindorff, EuZW 1997, 7 ff.; ders., ZHR 152 (1988), 7, 8 ff.; Schroeder, ZHR 161 (1997), 805, 811 ff.; Pechstein, EuZW 1998, 495; Remmert, EuR 2000, 476 ff.; Martin-Ehlers, WM 2003, 1601.

<sup>5</sup> Martin-Ehlers, WM 2003, 1604, 1603 ff.; Pechstein, EuZW 2003, 447 ff.; Kiethe, RIW 2003, 782, 785 ff.

<sup>6</sup> Im Streitfall lag nach Ansicht der Kommission einer der Hauptgründe für die Unzulässigkeit der Beihilfe gerade darin, dass bei der Auswahl des künftigen Eigentümers das Diskriminierungsverbot nach Art. 6 und 52 ff. EG nicht beachtet wurde (Entscheidung der Kommission vom 20.1.1999, ABI EG L 107, 21, 43 ff.). Die bloße Teilnichtigkeit (ebenso wie die Bestätigung nach § 141 BGB und § 3 a Abs. 1 AusglLeistG) sind nicht geeignet, den ursprünglichen Auswahlmangel zu beseitigen, da sie gerade eine neue diskriminierungsfreie Vergabe vermeiden (in diesem Sinne auch Pechstein, EuZW 2003, 447).

<sup>7</sup> Ebenso Pechstein, EuZW 2003, 447.

<sup>8</sup> Auch Grziwotz, ZfIR 2004, 53, 54, schließt eine Nichtigkeit der Auflassung in Folge eines Verstoßes gegen Art. 88 Abs. 3 EG nicht aus.

<sup>9</sup> Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 4 Rdnr. 8 m. w. N.

<sup>10</sup> Winkler, § 4 Rdnr. 9.

<sup>11</sup> Winkler, § 17 Rdnr. 271.

<sup>12</sup> Die Einzelheiten des Prüfungsverfahrens durch die Kommission regelt die Verordnung Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABI EG L 83, 1 (im Folgenden „VerfVO“). Nach Eingang der vollständigen Anmeldung hat die Kommission innerhalb einer Frist von zwei Monaten eine vorläufige Prüfung vorzunehmen (Art. 2 und 4 VerfVO). Stellt die Kommission im Rahmen dieser kursorischen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, eröffnet die Kommission das so genannte förmliche Prüfverfahren nach Art. 93 Abs. 2 EG (Art. 4 Abs. 4 VerfVO). Trifft die Kommission innerhalb von zwei Monaten keine solche Entscheidung, gilt die Beihilfe als von der Kommission genehmigt (Art. 4 Abs. 6 VerfVO). Das förmliche Prüfverfahren kann zu dem Ergebnis des Nichtvorliegens einer Beihilfe (Art. 7 Abs. 2 VerfVO), der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 7 Abs. 3 VerfVO) oder der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 7 Abs. 5 VerfVO) führen. Ein Beispiel für eine Entscheidung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt (Grundstücksverkauf der Stadt Rostock an Sixt [öffentliches Dokument]) ist bei den Hinweisen für die Praxis (MittBayNot 2004, 314, in diesem Heft) abgedruckt.

<sup>13</sup> Vgl. Bengel/Tiedtke, KostO, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 9.

von einer staatlichen Beihilfe ausgeht.<sup>14</sup> Danach stellt grundsätzlich ein Verkauf nach Durchführung eines hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens (ähnlich einer Versteigerung) keine staatliche Beihilfe dar. Die Veröffentlichung muss über einen längeren Zeitraum (zwei Monate oder mehr) mehrfach in der nationalen Presse, in Immobilienanzeigen oder in sonstigen geeigneten Veröffentlichungsorganen erfolgen. Bedingungsfrei ist eine Ausschreibung, wenn grundsätzlich jeder Käufer unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, das Gebäude oder das Grundstück erwerben und für seinen wirtschaftlichen Zweck nutzen kann und darf. Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht beeinträchtigen die Bedingungsfreiheit des Angebots nicht. Bedingungen, die über den vorgenannten Rahmen hinausgehen, sind dann bedingungsfrei, wenn alle potentiellen Bewerber in der Lage wären, diese Verpflichtung zu erfüllen, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder nicht. Wird kein Bietverfahren gewählt, liegt in jedem Fall keine Beihilfe vor, wenn vor der Beurkundung eine unabhängige Bewertung durch (einen) unabhängigen Sachverständigen für Wertermittlung erfolgt und auf diese Weise auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards der Marktwert ermittelt wurde. Wird der so festgestellte Marktpreis als Kaufpreis vereinbart oder sogar überschritten, entfällt in jedem Fall eine Notifizierungspflicht. Erweist es sich nach vernünftigen Bemühungen als unmöglich, den Grundbesitz zu dem durch Gutachten ermittelten Wert zu veräußern, erachtet die Kommission eine Abweichung nach unten von bis zu 5 % als noch marktkonform. Ist die Immobilie auch zu diesem Preis nicht veräußerlich, so kann nach der Kommission eine Neubewertung durch den Gutachter erfolgen. Besondere Verpflichtungen, die mit der Immobilie, jedoch nicht mit der Person des Käufers oder seiner Wirtschaftstätigkeit verbunden sind, können im öffentlichen Interesse an den Verkauf geknüpft werden, solange jeder Käufer sie unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, zu erfüllen hätte und grundsätzlich erfüllen könnte. Der wirtschaftliche Nachteil solcher Verpflichtungen sollte nach Auffassung der Kommission getrennt bewertet werden und kann mit dem Kaufpreis verrechnet werden. Hat die öffentliche Hand den Grundbesitz innerhalb eines nicht beträchtlichen Zeitraums, insbesondere innerhalb der letzten drei Jahre, erworben, sind die der öffentlichen Hand angefallenen Kosten für den Gebäude- und Grundstückserwerb ein Indikator für den Marktwert, der ohne Sachverständigengutachten nicht unterschritten werden darf.

Darüber hinaus verweist die Kommission in ihrer Mitteilung noch auf die sogenannte De-minimis-Bestimmung, die mittlerweile in Form einer Verordnung bindendes Recht geworden ist.<sup>15</sup> Nach dieser Regelung sind Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 100.000 € innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb zu ver-

fälschen. Sie fallen deshalb nicht unter Art. 87 Abs. 1 EG und sind dementsprechend auch nicht notifizierungspflichtig. Der Schwellenwert von 100.000 € bezieht sich dabei auf die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten Beihilfen, gleich welcher Art und Zielsetzung diese Beihilfen sind.<sup>16</sup> Der Dreijahreszeitraum ist zudem fließend, d. h. bei jeder Neubeilligung einer De-minimis-Beihilfe ist die Gesamtsumme der in den vergangenen drei Jahren gewährten De-minimis-Beihilfen maßgeblich.<sup>17</sup> Als Bewilligungszeitpunkt sollte nach der Verordnung der Zeitpunkt gelten, zu dem das Unternehmen einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt. In mehreren Tranchen gezahlte Beihilfen werden zum Zeitpunkt ihrer Gewährung abgezinst.<sup>18</sup> Alle Veräußerungen der öffentlichen Hand, die nicht aufgrund eines oben näher beschriebenen Bietverfahrens erfolgen oder deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nicht durch ein Sachverständigengutachten belegt oder durch die De-minimis-Regelung abgedeckt ist, sind nach Ziffer 3 der Mitteilung zu notifizieren.

Die De-minimis-Regelung bringt nur auf den ersten Blick eine Erleichterung für die notarielle Praxis. Durch die Addition aller Beihilfen, gleich in welcher Form, der letzten drei Jahre kann auch bei einem Kaufpreis von unter 100.000 € für die Immobilie eine Zuwendung von Seiten der öffentlichen Hand vorliegen, die zum Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze führt. Da die öffentliche Hand in den meisten Fällen vor der Beurkundung der Grundstücksverträge kein Bietverfahren im Sinne der Mitteilung durchführen und auch nur in den seltensten Fällen nach der gegenwärtigen kommunalen Praxis ein Sachverständigengutachten eingeholt wird, stellt sich die Frage, ob der Notar bei einer Nichtbeachtung der Mitteilung der Kommission die Beurkundung ablehnen muss.

Die Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 stellt keinen unmittelbar in den Mitgliedstaaten verbindlichen Rechtsakt im Sinne des Art. 249 EG dar. Vielmehr fasst die Mitteilung die bisherige Verwaltungspraxis zusammen und gibt den Mitgliedstaaten einen allgemeinen Leitfaden für die Notifizierungspflicht an die Hand.<sup>19</sup> Die Mitteilung selbst kann deshalb keine unmittelbaren Pflichten für den Notar, auch wenn dieser Träger hoheitlicher Gewalt ist, begründen. Aus denselben Gründen ist der Notar auch nicht verpflichtet, selbst ein Gutachten zur Verkehrswertermittlung einzuholen. Wenn schon die öffentliche Hand und die Unternehmen nicht verpflichtet sind, einen Gutachter einzuschalten, gilt dies erst recht für den Notar.<sup>20</sup>

Andererseits kann der Notar die in der Mitteilung zusammengefasste Verwaltungspraxis der Kommission auch nicht voll-

runpfungspflicht, nämlich die Verordnung Nr. 70/2001 der Kommission vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (ABl EG L 10, 33) und die Verordnung Nr. 68/2001 des Rates vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen (ABl EG L 10, 20). Die Freistellung nach der Verordnung Nr. 70/2001 setzt nach dessen Art. 7 allerdings voraus, dass entweder das geförderte Unternehmen einen Beihilfeantrag bei den nationalen Behörden gestellt hat oder aufgrund der nationalen Vorschriften ein Anspruch auf Beihilfe besteht.

<sup>16</sup> Art. 2 Abs. 2 Verordnung Nr. 69/2001.

<sup>17</sup> Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 und 5. Erwägungsgrund der Verordnung 69/2001.

<sup>18</sup> Art. 2 Abs. 3 Verordnung Nr. 69/2001.

<sup>19</sup> Siehe Ziffer I der Mitteilung.

<sup>20</sup> Auf nationaler Ebene ist der Notar ebenfalls nicht zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen verpflichtet. Der Notar kann sich auf die Angaben der Beteiligten verlassen (siehe m. w. N. Winkler, § 17 Rdnr. 213).

<sup>14</sup> Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.7.1997, ABl EG C 209, 3.

<sup>15</sup> Verordnung Nr. 69/2001 vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl EG L 30/10. Neben dieser so genannten Gruppenfreistellungsverordnung bestehen noch zwei weitere Ausnahmeregelungen von der Notifizie-

ständig ignorieren. Sind die Anforderungen der Mitteilung eingehalten, kann der Notar in aller Regel davon ausgehen, dass keine notifizierungspflichtige Beihilfe und damit kein unwirksamer Vertrag vorliegt. Umgekehrt wird ein Verstoß gegen die Mitteilung für den Notar zumindest einen Hinweis dafür geben, dass eine Notifizierungspflicht vorliegen könnte. Es bleibt allerdings dem beurkundenden Notar im Einzelfall überlassen, ob er aufgrund eines solchen Verstoßes bereits zu der Überzeugung gelangt, es werde unter Verkehrswert verkauft. Erklären die Beteiligten beispielsweise in der Urkunde selbst, die Veräußerung erfolge nicht unter Wert, kann sich der Notar auf diese tatsächlichen Angaben der Beteiligten verlassen. Etwas anderes gilt freilich, wenn der Notar selbst für seine Bewertung statt vom vereinbarten Kaufpreis von der seiner Ansicht nach höherwertigen Leistung des Grundstücks ausgeht.<sup>21</sup>

Wenn demnach ein Verstoß gegen die Mitteilung den Notar für sich allein noch nicht zur Ablehnung der Beurkundung zwingt, stellt sich schließlich noch die Frage, ob eine solche Nichtbeachtung den Notar deshalb nach § 17 Abs. 2 BeurkG veranlassen muss, wegen Zweifeln an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts in der Urkunde einen Vermerk anzubringen. Die Aufnahme eines solchen Zweifelvermerks führt jedoch zu einer starken Einschränkung der praktischen Verwertbarkeit der Urkunde.<sup>22</sup> Deshalb muss es auch hier der Beurteilung des beurkundenden Notars in jedem Einzelfall überlassen bleiben, ob ein Abweichen von der Mitteilung bereits zu Zweifeln an der Wirksamkeit führt. Dies wird in aller Regel nicht der Fall sein, wenn die Beteiligten erklären, dass eine notifizierungspflichtige Beihilfe im Sinne der Art. 88 ff. EG nicht vorliegt.<sup>23</sup>

Notar Dr. *Andreas Knapp*, Abensberg

<sup>21</sup> Vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO.

<sup>22</sup> Vgl. *Winkler*, § 17 Rdnr. 273.

<sup>23</sup> Der Notar kann bei einer Nichtbeachtung der Mitteilung beispielsweise einen Hinweis in die Urkunde aufnehmen, nach dem auf die Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand hingewiesen wurde.

## 2. SGB IV § 85 (*Genehmigungspflicht bei Grundstückserwerb durch den Sozialversicherungsträger*)

### **Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des Grundstückserwerbs durch den Sozialversicherungsträger.**

(...)

BGH, Urteil vom 28.11.2003, V ZR 123/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte zu 1, die Bundesrepublik Deutschland, war aufgrund Zuordnungsbescheids Eigentümerin des Grundstücks Flurstück 351/6 der Gemarkung L.-G. Mit notariellem Vertrag vom 20.1.1995 verkaufte sie das Grundstück der Klägerin, der Landesversicherungsanstalt Sachsen, zu deren Gunsten ein Investitionsvorrangbescheid ergangen war. Der Klägerin war der Erwerb am 1.8.1994 vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales, Gesundheit und Familie für einen Preis von höchstens 400 DM/m<sup>2</sup> und mit der Auflage genehmigt worden, die geplanten Wohnungen in erster Linie an ihre Mitarbeiter zu vermieten. Mit Bescheid vom 23.12.1997 lehnte das Ministerium die Genehmigung ab, da der Kaufpreis seiner Ansicht nach 412,05 DM/m<sup>2</sup> beträgt und die Klägerin die Verpflichtung übernommen hatte, in dem Fall, dass der Berechtigte einen höheren Ver-

kehrswert nachweise, die Differenz nachzuzahlen. Die Beklagte zu 1, die den Kaufpreis von 5.174.700 DM am 9.2.1995 empfangen hatte, kehrte den Betrag am 3.12.1998 dem Beklagten zu 2, dem Freistaat Sachsen, dem das Eigentum aufgrund eines Verwaltungsabkommens vom 26.11.1993 übertragen worden war, aus.

Der Antrag der Klägerin, die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 5.174.700 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung zu verurteilen, ist vor dem Landgericht ohne Erfolg geblieben. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin den Antrag weiterverfolgt und hilfsweise die Abtretung des Anspruchs der Beklagten zu 1 gegen den Beklagten zu 2 auf Rückzahlung des ausgekehrten Betrags, höchst hilfsweise Zug um Zug gegen die Bewilligung der Löschung verlangt. Zusätzlich hat sie die Feststellung beantragt, dass der Grundstückskaufvertrag vom 20.1.1995 unwirksam ist. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil den Hauptanträgen mit der Begründung stattgegeben, die verweigerte Genehmigung sei nicht nur verwaltungsintern von Bedeutung, sondern mache das Rechtsgeschäft unwirksam. Die Entscheidung über weitere Anträge gegen die Beklagten zu 1 und 3 (E. P.) als Gesamtschuldner, gegen die Beklagte zu 1 und gegen die Beklagte zu 2 auf Zahlung von insgesamt 14.299.200 DM, dem Preis für einen weiteren Grundstückskauf, der ebenfalls Gegenstand des ablehnenden Bescheids vom 23.12.1997 war, hat es dem Schlussurteil vorbehalten.

Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision strebt die Beklagte zu 1 die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts, soweit es Gegenstand der Entscheidung des Oberlandesgerichts ist, an. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### *Aus den Gründen:*

#### I.

Die Klägerin kann nach § 812 BGB Herausgabe des von der Beklagten zu 1 erlangten Kaufpreises von 2.636.566,26 €/5.174.700 DM verlangen (§ 812 BGB). Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrags der Parteien von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig war (1), die Genehmigung versagt wurde (2) und die Beklagte zu 1 um den empfangenen Kaufpreis bereichert ist (3). Damit ist auch der nach § 256 Abs. 2 ZPO (Zwischenfeststellungsklage) zulässige Antrag auf Feststellung, dass der Kaufvertrag der Parteien unwirksam ist, begründet.

1. Nach § 85 Abs. 1 Satz 1 SGB IV bedarf der Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten durch einen Sozialversicherungsträger der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Der Erwerb ist nach § 85 Abs. 2 Satz 1 SGB IV genehmigungsfrei, wenn die veranschlagten Kosten für ein Vorhaben 0,3 v. H. des zuletzt festgestellten Haushaltsvolumens des Versicherungsträgers, mindestens jedoch 22.800 € (Stand Haushaltsjahr 2000) und höchstens 34.200 € (Stand Haushaltsjahr 2000), nicht übersteigen. Die danach erforderliche Genehmigung erfasst bereits das Verpflichtungsgeschäft, hier den Kaufvertrag der Parteien vom 20.1.1995, und stellt eine Voraussetzung für dessen Wirksamkeit dar.

a) Dafür, dass die Genehmigung sich nicht auf das Verwaltungsverhältnis zwischen dem Sozialversicherungsträger und der Aufsichtsbehörde beschränkt, spricht bereits der Wortlaut des Gesetzes. In Fällen, in denen, anders als nach der neueren Gesetzestechnik (z. B. § 104 GemO NRW; § 134 Abs. 1 GemO Hessen; dazu BGH, NJW 1986, 2931, 2939 f.), die zivilrechtliche Wirksamkeit des von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht ausdrücklich an das Vorliegen der Genehmigung geknüpft ist, hebt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung darauf ab, ob sich das Genehmigungserfordernis objektiv auf das Geschäft oder subjektiv auf die geschäftsschließende Stelle bezieht (Senat, Urt. v. 16.3.1951, V ZR

78/50, LM BGB § 242 – Cd – Nr. 2; Urt. v. 20.2.1979, VI ZR 256/77, NJW 1980, 115; BGHZ 142, 51, 54). § 85 SGB IV verknüpft das Genehmigungserfordernis mit dem Geschäft als solchem, statuiert nicht etwa, was für eine bloße Wirkung im Innenverhältnis sprechen würde, eine Verpflichtung des Sozialversicherungsträgers, im Falle des Grundstückserwerbs um die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nachzusuchen. Allerdings ist § 85 SGB IV kein älteres, noch von früheren Gewohnheiten, die Unterschiede zwischen Verwaltungsaußen- und Innenverhältnis nicht zu akzentuieren, geprägtes Gesetz und stammt auch nicht aus einer geringer strukturierten Rechtsordnung (für das Kommunalrecht der DDR: BGHZ 142, 51; Senat, Urteil vom 3.11.2000, V ZR 306/99, VIZ 2001, 108). Die Vorschrift ist indessen im Jahre 1976 im Zuge der Schaffung des Sozialgesetzbuches an die Stelle des § 27 d der Reichsversicherungsordnung getreten, dem sie inhaltlich (in den Grundzügen) und in der Textfassung gefolgt ist.

b) Die Entstehungsgeschichte des § 27 d RVO (RT-Drucks. 1/5774, RT-Drucks. 1/6031, Anlagenband S. 7324) und des § 85 SGB IV (BT-Drucks. 7/4122, 7/5457 und 7/5612) vermittelt keine abschließenden Erkenntnisse über die zivilrechtliche Bedeutung der Genehmigung. Das Genehmigungserfordernis dient danach allerdings dem Zweck, die Finanz- und Liquiditätslage der Sozialversicherungsträger langfristig zu sichern. Festlegungen über die Wirkungsweise der Genehmigung sind in der Beratung des § 85 SGB IV aber nicht hervorgetreten; bei den Verhandlungen des Vermittlungsausschusses standen die Grenzen des Genehmigungsvorbehalts (Anlagevolumen nach § 85 Abs. 2 SGB IV) im Vordergrund.

Zu § 27 c RVO, wonach die Anlage des Vermögens der Versicherungsträger in Grundstücke (§ 26 Abs. 2 RVO) der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedurfte, hatte das Reichsversicherungsamt dagegen von Anfang an den Standpunkt eingenommen, dass die Genehmigung Voraussetzung der Wirksamkeit des Erwerbs und deshalb dem Grundbuchrichter nachzuweisen sei (Runderlasse, Amtliche Nachrichten, 1925, 153 und 1929, 259 f.). Dies entsprach der Rechtsprechung des Kammergerichts (KG, EuM 19, 296). Gleiches galt für § 27 d RVO (Reichsversicherungsordnung, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsversicherungsamts, 2. Aufl., § 27 d Anm. 1; vgl. auch *Hanow*, Reichsversicherungsordnung, 5. Aufl., § 27 d Anm. 1). Die Entscheidungen des Kammergerichts zur Genehmigung der Gebäudeerrichtung (§ 27 e RVO; Die Ortskrankenkasse 1939, 61) und zur Beschränkung der Versicherungsträger auf die Übernahme gesetzlich übertragener Geschäfte (§ 25 Abs. 3 RVO; JW 1937, 3114), die die Revision ins Feld führt, sind dagegen für die hier zu entscheidende Frage nicht aussagekräftig.

c) Sinn und Zweck der Regelung gebieten es, die zivilrechtliche Wirksamkeit des Kaufs von der aufsichtsrechtlichen Genehmigung abhängig zu machen, dieser also privatrechtsgestaltende Wirkung zuzuweisen. Zutreffend hebt das Berufungsgericht darauf ab, dass dem Zweck, die Finanz- und Liquiditätslage der Versicherungsträger zu sichern, die Verknüpfung der Gültigkeit des Erwerbs mit der Genehmigung am wirksamsten dient. Sie wird auch der allgemein anerkannten präventiven Funktion der Genehmigung (*Borrmann* in *Hauck/Haines*, SGB IV, § 85 Rdnr. 6; *KassKomm/Maier*, SGB IV, § 85 Rdnr. 1; *Schroeter* in *SGB-SozVers-GesKomm*, § 85 SGB IV Anm. 2; *Wannagat/Hassenkamp*, Sozialgesetzbuch, § 85 SGB IV, Rdnr. 5) am besten gerecht. Die lediglich interne Bindung des Sozialversicherungsträgers könnte die Genehmigungsbedürftigkeit, worauf das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang hinweist, zu einem bloßen Anzeigerfordernis herabstufen. Die Anzeige genügt aber nur in den

Fällen des § 85 Abs. 1 Sätze 2 ff. SGB IV, nämlich der Beschaffung von Datenverarbeitungsanlagen und -systemen auf verschiedener Rechtsgrundlage. Andererseits läge es im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs, die Wirksamkeit des Geschäfts von den Entschließungen der Aufsichtsbehörde freizuhalten. Ein allgemeiner Satz des Verwaltungsrechts, wonach der Verkehrsschutz Vorrang vor den mit einem Genehmigungserfordernis verbundenen Zwecken hat, besteht jedoch, wie der Senat am 16.3.1951 (a. a. O.) entschieden hat, nicht; dies gilt auch heute noch (zu § 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG vgl. BGHZ 142, 51, 56 f.). Zudem würden sich die Sozialversicherungsträger, um Regressforderungen des Vertragspartners von vornherein den Boden zu entziehen, vielfach veranlasst sehen, einen rechtsgeschäftlichen Genehmigungsvorbehalt in den Vertrag aufzunehmen.

Die Vorteile, die aus der Sicht des öffentlichen Interesses mit der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Genehmigung verbunden sind, machen diese im Bereich des § 85 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 SGB IV unverzichtbar. Die Anlage der nach § 82 SGB IV erforderlichen Rücklage der Sozialversicherungsträger in Grundstücken ist zwar nach § 83 Abs. 1 Nr. 8 SGB IV erlaubt, im Hinblick auf die gesetzlichen Rücklagezwecke aber problematisch. Die gesetzliche Rücklage ist nach § 82 SGB IV allgemein zur Sicherstellung der Leistungsfähigkeit, in diesem Rahmen aber insbesondere für den Fall, dass Einnahme- und Ausgabeschwankungen durch den Einsatz der Betriebsmittel (§ 81 SGB IV) nicht mehr ausgeglichen werden können, bereitzuhalten. Im Bereich der Rentenversicherung, dem die Klägerin zugehört, ist die Rücklage sogar Teil der Schwankungsreserve (§ 216 SGB VI), deren kurzfristige Anlage § 217 SGB VI anordnet. Immobilienanlagen sind hierzu nur mit Einschränkungen geeignet. Ihre Aufnahme in den Anlagekatalog des § 83 Abs. 1 SGB IV, der im Wesentlichen in fungiblen Vermögenswerten besteht, ist wesentlich darauf zurückzuführen, dass in der Unfallversicherung, aber auch in der Pflegeversicherung und der Arbeitsförderung das Verwaltungsvermögen, zu dem Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte im Allgemeinen zählen, einen Teil der Rücklage bildet (*Hauck/Haines*, a. a. O., § 82 SGB IV Rdnr. 6, und § 83 SGB IV Rdnr. 18); eine Herausnahme hätte mithin in diesen Versicherungszweigen eine anderweitige Auffüllung der Rücklage, sei es mit Betriebsmitteln, sei es mit öffentlichen Zuschüssen erforderlich machen können. Die Anlage in einem den Rücklagezwecken nur begrenzt dienenden Vermögenswert bedarf der wirksamsten Form der Kontrolle. Dass das Verwaltungsvermögen der Klägerin als Rentenversicherungsträger nicht zur Rücklage zählt (§ 216 Satz 2 SGB VI; für die Krankenversicherung §§ 259, 263 SGB V), mithin der eigentliche Anlass für die Aufnahme der Immobilienanlagen in den Anlagekatalog des § 83 Abs. 1 SGB IV hier fehlt, führt nicht zu einer Reduzierung des Genehmigungserfordernisses auf das verwaltungsrechtliche Innenverhältnis. Eine Aufteilung der Wirkungsweise der Genehmigung, je nach Versicherungszweig, widerspräche dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers, der eine solche Differenzierung in Kenntnis der verschiedenen Ausgestaltung der Rücklagevorschriften in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung nicht vorgenommen hat. Zudem behält die Kontrolle der Rücklage in Immobilien auch dort ihren Sinn, wo diese das Verwaltungsvermögen nicht erfasst.

d) Der Umstand, dass der Genehmigungsvorbehalt nach § 85 Abs. 2 Satz 1 SGB IV an die Finanzkraft des Versicherungsträgers geknüpft und dem genehmigungsfreien Anlagevolumen absolute Grenzen gesetzt sind, macht eine Beschränkung der Genehmigung auf das Verwaltungsinnenverhältnis nicht erforderlich. Der Sozialversicherungsträger selbst wird

im Allgemeinen die Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs einschätzen können. Im Interesse des Vertragsgegners bietet es sich an, eine Genehmigung, alternativ eine Negativbescheinigung, einzuholen, wie dies auch in anderen Fällen der Beteiligung öffentlicher Stellen (z. B. bei gesetzlichen Vorkaufsrechten der öffentlichen Hand) geschieht. Zum Grundbuchvollzug wird in den Fällen des genehmigungsfreien Erwerbs nach § 85 Abs. 2 Satz 1 SGB IV ohnehin eine Negativbescheinigung der Aufsichtsbehörde erforderlich, da dem Grundbuchamt eine Überprüfung des Haushaltsvolumens des beteiligten Sozialversicherungsträgers nicht möglich sein wird und zudem die Mindest- und Höchstbeträge des Anlagevolumens nach § 85 Abs. 3 SGB IV variabel sind (zutr. KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 20 Rdnr. 71).

e) Dem Genehmigungsvorbehalt unterliegt nicht nur der dingliche Erwerb des Grundstücks, sondern bereits das vorangegangene Verpflichtungsgeschäft. Dies folgt aus dem Zweck der Vorschrift, die Rücklage in Immobilien zu kontrollieren, und ist mit deren Wortlaut vereinbar. Die Kontrolle, die sich nicht wie die allgemeine Aufsicht (§ 87 SGB IV) auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme beschränkt, sondern deren Zweckmäßigkeit einbezieht (allg. M., statt aller KassKomm/*Maier*, a. a. O., § 85 Rdnr. 3), kann sich nicht auf die dinglichen Wirkungen des Geschäfts beschränken. Sie muss vielmehr die allgemeinen Vorschriften über die Verwendung der Mittel des Sozialversicherungsträgers (§ 80 SGB IV) und die besonderen Vorschriften über die Rücklage (§§ 82, 83 SGB IV) zum Maßstab machen. Hierfür ist der im Verpflichtungsgeschäft geregelte Leistungsaustausch maßgeblich. Die Problematik der Rücklage in Immobilien beschränkt sich nicht auf die Zuführung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts zu deren Bestand. Wesentlich ist, dass der Erwerb im Austausch gegen liquide Mittel des Versicherungsträgers erfolgt, die sonst für die Anlage in fungiblen Werten (§ 83 Abs. 1 Nr. 1 bis 6, Schuldverschreibungen u. a.) zur Verfügung stehen könnten. Unterläge nur der dingliche Vollzug dem Genehmigungserfordernis, könnte sich der Sozialversicherungsträger bei deren Versagung Schadensersatzansprüchen statt der Leistung (§§ 275, 280, 283 BGB) ausgesetzt sehen. Dies würde zum Abfluss barer Mittel führen, der nicht einmal eine Vermehrung der Rücklage durch die Immobilie gegenüberstände (ebenso KassKomm/*Maier*, a. a. O., § 85 Rdnr. 6; *Schroeter*, a. a. O.; zust. zur privatrechtsgestaltenden Wirkung der Genehmigung i. ü. *Borrmann*, a. a. O.; *Peters*, SGB IV, § 85 Anm. 3; aus der Sicht des Grundbuchvollzugs KEHE/*Munzig*, a. a. O.; *Demharter*, Grundbuchordnung, 24. Aufl., § 19 Rdnr. 138; ablehnend *Gleitze/Krause*/v. *Maydell/Merten*, SGB IV, § 85 Rdnr. 3 f.; *Jahn*, SGB IV, § 85 Rdnr. 6; *Wannagat/Hassenkamp*, a. a. O., Rdnr. 6 – der Hinweis auf öffentlich-rechtliche Verträge, die in Rechte Dritter eingreifen, § 57 SGB X, geht für die hier zu beurteilende Frage ins Leere).

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags aus. Der Vertragsinhalt war nicht von der vorweg erteilten Genehmigung gedeckt. Der Hinweis der Revision, dass sich bei Herauslösung des Gebäudewerts (778.300 DM) ein unter 400 DM/m<sup>2</sup> liegender Kaufpreis errechne, ändert hieran nichts. Der Bescheid vom 1.8.1994 legt nicht für den Bodenwert, sondern für den Kaufpreis des Grundstücks mit allen Bestandteilen einen Höchstbetrag fest. Auch der Umstand, dass mit der vereinbarten Nachzahlungspflicht im Restitutionsfalle (ggf.) zu rechnen war, ändert an den Festlegungen der Genehmigung nichts. Die Genehmigung ging auf den Erwerbsantrag der Klägerin zurück. Der Senat hat keinen Anlass, sie über ihren eindeutigen Inhalt hinaus zu interpretieren.

Der Kaufvertrag vom 20.1.1995 war mithin zunächst schwebend unwirksam, mit der Versagung der Genehmigung durch Bescheid vom 23.12.1997 trat die endgültige Unwirksamkeit ein.

3. BGB § 571 a. F. (*Abrechnung der Betriebskosten nach Eigentumswechsel*)

**Nach einem Eigentumswechsel ist nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt; es kommt nicht darauf an, wann der Zahlungsanspruch fällig geworden ist.**

BGH, Urteil vom 3.12.2003, VIII ZR 168/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger waren im Jahr 1998 Mieter einer Wohnung. Mit Wirkung vom 1.1.2000 erwarb der Beklagte das Eigentum an dieser Wohnung. Im Oktober 2000 teilte die damalige Wohnungsverwaltung den Klägern mit, für den Abrechnungszeitraum Januar bis Dezember 1998 bestünde zugunsten der Kläger ein Guthaben von insgesamt 1.445,02 DM (114,68 DM Betriebskosten- und 1.330,34 DM Heizkostenguthaben). Eine Überweisung des Geldbetrages erfolgte nicht.

Mit ihrer Klage fordern die Kläger vom Beklagten die Auszahlung des Guthabens; dieser meint, Zahlung müsse der damalige Eigentümer leisten.

Beide Vorinstanzen haben eine Verpflichtung des Beklagten zur Auszahlung verneint. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag auf Verurteilung des Beklagten weiter.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich der Anspruch der Mieter auf Rückerstattung überzahlter Nebenkostenvorauszahlungen gegen den Veräußerer und nicht gegen den Erwerber richtet, sofern die Abrechnungsperiode vor dem Eigentumswechsel abgeschlossen war, ohne dass es darauf ankommt, wann der Rückzahlungsanspruch fällig geworden ist.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich die Frage, welche mietvertraglichen Rechte und Pflichten infolge eines Eigentumsübergangs nach § 571 BGB a. F. dem Veräußerer und welche dem Erwerber zuzuordnen sind, grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Entstehens bzw. der Fälligkeit des Anspruchs beantwortet. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche verbleiben dem bisherigen Vermieter, danach fällig gewordene Forderungen stehen dem (nunmehrigen) Grundstückseigentümer zu. Ebenso richten sich vertragliche Ansprüche des Mieters dann gegen den Erwerber, wenn sie erst nach dem Eigentumswechsel entstehen oder fällig werden (Senatsurteile vom 14.10.1987, VIII ZR 246/86, NJW 1988, 705, unter 2 b, cc, und vom 19.10.1988, VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451, unter II 2 b; BGH, Urteil vom 14.9.2000, III ZR 211/99, WM 2000, 2509, unter 3).

2. Zwar ist der Anspruch des Mieters auf Auszahlung des Betriebskostenguthabens für den Abrechnungszeitraum Januar bis Dezember 1998 erst mit Erteilung der Betriebs-

kostenabrechnung vom 16.10.2000 fällig geworden (vgl. BGHZ 113, 188, 194; Senatsurteil vom 27.11.2002, VIII ZR 108/02, NJW-RR 2003, 442, unter III 1). Wie der Bundesgerichtshof für den vergleichbaren Fall eines Eigentumswechsels nach dem Vermögensgesetz jedoch entschieden hat, ist der frühere Eigentümer gegenüber dem Mieter bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum (Bestandskraft des Rückgabebescheids) abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt. Diese Lösung sorgt für Rechtsklarheit und vermeidet insbesondere das ungereimte Ergebnis, dass eine vor dem Eigentumswechsel fällig gewordene Abrechnungspflicht beim bisherigen Vermieter verbleibt, während Nachzahlungen und Erstattungen, deren Vorbereitung und Berechnung die Abrechnung dient, dem Erwerber zustehen, bzw. von diesem zu erbringen sind (BGH, Urteil vom 14.9.2000, a. a. O.).

Der erkennende Senat hält diese Betrachtungsweise auch im vorliegenden Fall für sachgerecht. Das strikte Festhalten am sog. Fälligkeitsprinzip würde einmal die Abrechnung der Nebenkosten im Regelfall erschweren, da sich der Erwerber die nötigen Unterlagen vom Veräußerer unter Umständen erst beschaffen muss; im Übrigen können sich für den Erwerber erhebliche Hindernisse ergeben, wenn er mit dem Mieter über die Nebenkosten für bereits vor seinem Eigentumserwerb abgeschlossene Rechnungsperioden abrechnen soll. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der Erwerber in der nun abzurechnenden Periode die Vorauszahlungen nicht erhalten hat. Er müsste sich dann an den Veräußerer wenden und eventuelle Ansprüche möglicherweise gerichtlich durchsetzen. Auch stünde im Fall geschuldeter Nachzahlungen ein hierauf gerichteter Anspruch dem Erwerber selbst nicht zu, nachdem der Veräußerer die Aufwendungen für die abgelaufene Abrechnungsperiode getragen und er deshalb Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen hat (im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1101; *Staudinger/Emmerich* [2003], § 566 BGB Rdnr. 55; *Schmidt-Futterer/Gather*, Mietrecht, 8. Aufl., § 566 Rdnr. 59; *Blank/Börstinghaus*, Miete, § 571 BGB Rdnr. 26; *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rdnr. 1411; a. A. OLG Naumburg, NJW-RR 1999, 160; *Schenkel*, NZM 1999, 5 ff.). Soweit den Mietern danach Nachteile entstehen können, weil es ihnen verwehrt ist, mit ihnen zustehenden Rückzahlungsforderungen gegenüber Mietzinsforderungen des Erwerbers aufzurechnen, ist dies die Folge des Erwerbs ihres Vertragsgegners und von ihnen hinzunehmen.

4. BGB §§ 93, 94; ZGB DDR §§ 295, 467 (*Eigentumsrechtliche Zuordnung durch Grundstücksteilung geteilter Räume*)

**Wird ein Grundstück in der Weise geteilt, dass Räume eines aufstehenden Gebäudes von der Grenze der beiden neu gebildeten Grundstücke durchschnitten werden, sind diese wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, auf dem das Gebäude steht, welchem die Räume bei natürlicher Betrachtung zuzuordnen sind. Der Wille der Beteiligten, die von der Grundstücksgrenze durchschnittenen Räume eigentumsmäßig beiden Grundstücken zuzuordnen, ist demgegenüber unbeachtlich.**

BGH, Urteil vom 10.10.2003, V ZR 96/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke in Mecklenburg-Vorpommern, auf denen ein Haus mit zwei nebeneinander liegenden Wohnungen steht. Ursprünglich befand sich das Gebäude auf einem ungeteilten Grundstück, welches der Mutter der Beklagten gehörte. Von ihr erwarb die Beklagte 1980 eine Grundstückshälfte. In diesem Zusammenhang wurde das Grundstück so geteilt, dass die Grenze im Erdgeschoß und im Obergeschoß je einen Raum durchschneidet. Mit Einverständnis ihrer Mutter nutzte die Beklagte diese Räume und baute sie aus. Nach dem Tod der Mutter ging deren Grundstück mit dem darauf befindlichen Gebäudeteil in das Eigentum einer Erbengemeinschaft über. Sodann erwarb es der Kläger Anfang 2001 im Wege der Zwangsversteigerung.

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Herausgabe der bei vertikaler Teilung auf seinem Grundstück befindlichen Raumflächen. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel einer Klageabweisung weiter.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. (...)

2. In der Sache hält das Berufungsurteil einer revisionsrechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand. Dem Kläger steht kein Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Flächen nach § 985 BGB zu, da diese nicht in seinem, sondern im Eigentum der Beklagten stehen.

a) Die Teilung des Grundstücks und der Erwerb der Beklagten haben vor dem 3.10.1990 stattgefunden. Die sachenrechtlichen Wirkungen dieser Maßnahmen sind nach dem in Art. 233 § 2 Abs. 1 EGBGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz daher nach dem Recht der DDR zu beurteilen (vgl. Senat, Urte. v. 24.1.1997, V ZR 172/95, VIZ 1997, 294).

Wurde ein Grundstück in der Weise aufgeteilt, dass die Grenze der beiden neu gebildeten Grundstücke ein vorhandenes Gebäude durchschneidet, und gelangten die Grundstücke in das Eigentum verschiedener Personen, standen sich bei der Zuordnung des Eigentums nach dem Recht der DDR zwei widerstreitende Prinzipien gegenüber, die in § 295 Abs. 1 ZGB geregelte Bindung des Eigentums am Gebäude an das Eigentum am Grundstück einerseits und das nach § 467 Abs. 2 und 3 ZGB vorgesehene einheitliche Eigentum an einem Gebäude andererseits. Nach der Rechtsprechung des Senats ist dieser Konflikt auch für Grundstücke in den neuen Bundesländern anhand der für den sogenannten Eigengrenzüberbau entwickelten Grundsätze (vgl. Senat, BGHZ 64, 333; 102, 311; 105, 202, 204; 110, 298, 302) zu lösen (vgl. Senat, Urte. v. 24.1.1997, V ZR 172/95, a. a. O.).

In den Fällen des Eigengrenzüberbaus gibt der Senat in ständiger Rechtsprechung dem in § 93 BGB bzw. § 467 Abs. 2 und 3 ZGB geregelten Grundsatz des einheitlichen Eigentums an einer Sache den Vorzug gegenüber der in § 94 BGB bzw. § 295 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Bindung des Eigentums an einem Gebäude an das Eigentum am Grundstück. Das bedeutet: Überschreitet der Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke mit dem Bau auf einem dieser Grundstücke die Grenze des anderen, so wird der hinübergebaute Gebäudeteil nicht Bestandteil des überbauten Grundstücks, sondern das Gebäude bildet, wenn es ein einheitliches Ganzes darstellt, einen wesentlichen Bestandteil desjenigen Grundstücks, von dem aus übergebaut worden ist (Senat, Urte. v. 26.4.1961, V ZR 203/59, LM § 912 BGB Nr. 9; BGHZ 102, 311, 314; Urte. v. 12.10.2001, V ZR 268/00, NJW 2002, 54).

Dasselbe gilt für den Fall der Teilung eines Grundstücks in der Weise, dass ein aufstehendes Gebäude von der Grenze

der beiden neu gebildeten Grundstücke durchschnitten wird. Gelangen diese Grundstücke in das Eigentum verschiedener Personen, so ist das Eigentum an dem Gebäude als Ganzem, wenn sich der nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung eindeutig maßgebende Teil auf einem der Grundstücke befindet, mit dem Eigentum an diesem Grundstück verbunden (Senat, BGHZ 64, 333; 102, 311; 105, 202, 204; 110, 298, 302). Nur wenn die Grenzziehung zu einer Trennung des Gebäudes in zwei wirtschaftlich selbständige Einheiten führt, kann jeder Gebäudeteil dem Grundstück zugeordnet werden, auf dem er steht (Grundsatz der vertikalen Teilung entsprechend dem Gedanken des § 94 Abs. 1 BGB, vgl. Senat, Urt. v. 12.10.2001, V ZR 268/00, a. a. O.). Ragt jedoch in einem solchen Fall ein Teil des einen Gebäudes in das Nachbargrundstück hinein, so findet auf diesen hineinragenden Teil, auch wenn er nur eines von mehreren Geschossen betrifft, wiederum § 93 BGB Anwendung. Nach dem darin zum Ausdruck gekommenen Gedanken, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, werden Räume, die von ihrer Größe, Lage, baulichen Eigenart und wirtschaftlichen Nutzung her einem (selbständigen) Gebäudeteil zugehörig sind, auch eigentumsrechtlich diesem Gebäudeteil zugeordnet, sind also mit dem Eigentum an dem Grundstück verbunden, auf dem sich der maßgebende Teil des Raums befindet.

b) Hiervon abzuweichen besteht für den vorliegenden Fall kein Anlass.

aa) Ohne Erfolg macht der Revisionsbeklagte geltend, die vorstehenden Grundsätze seien nach den tatsächlichen Gegebenheiten nicht einschlägig, weil die herausverlangten Flächen im Zeitpunkt der Teilung noch zu der sich auf seinem Grundstück befindlichen Wohnung gehört hätten und von der Beklagten erst seit einem Umbau in den neunziger Jahren genutzt würden. Seiner Gegenrüge stehen die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil entgegen. Danach ist das Gebäude „durch die einverständliche Grenzziehung in der beschriebenen Weise aufgeteilt worden“, nämlich so, dass die von der Beklagten genutzten Raumteile auf dem Grundstück des Klägers liegen (Seite 4 des Berufungsurteils). Auch bei seiner nachfolgenden Argumentation, den Beteiligten sei es bei der Aufteilung und Grenzziehung ohne weiteres möglich gewesen, den Grenzverlauf innerhalb des Hauses der tatsächlichen Nutzung anzupassen, geht das Berufungsgericht ersichtlich davon aus, dass die streitgegenständlichen Flächen bereits vor der Teilung des Grundstücks als zu der von der Beklagten bewohnten Haushälfte zugehörig genutzt worden sind. Eine etwaige Unrichtigkeit dieser Feststellung hätte im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden müssen. Da ein solches nicht durchgeführt wurde, ist der vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Sachverhalt für das weitere Verfahren bindend (§ 314 ZPO).

bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht der Anwendung der zum Eigengrenzüberbau entwickelten Grundsätze nicht entgegen, dass die Beteiligten eine „Verzahnung“ der Eigentumsabgrenzung innerhalb des Hauses möglicherweise nicht gewollt haben.

Die Annahme, aus der der tatsächlichen Nutzung des Hauses nicht entsprechenden Grundstücksteilung könne nur gefolgt werden, dass eine solche nicht gewollt gewesen sei, ist schon in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft. Das Berufungsgericht hätte – da Feststellungen zum Vorgang der Grundstücksteilung, den daran Beteiligten und ihren Absichten nicht getroffen worden sind – die naheliegende Möglichkeit in Erwägung ziehen müssen, dass der Konflikt zwischen dem gewählten Grenzverlauf und der räumlichen Einheit der vorhandenen

Wohnungen bei der Teilung nicht erkannt oder angesichts der einverständlichen Nutzung des Hauses jedenfalls nicht als regelungsbedürftig angesehen worden ist.

In rechtlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht verkannt, dass ein etwaiger Wille der Beteiligten, die streitgegenständlichen Flächen im Eigentum der Mutter der Beklagten zu belassen, folgenlos geblieben wäre, da er der sachenrechtlichen Rechtslage widersprochen hätte. Ebensowenig wie die Absicht des Überbauenden, das Gebäude eigentumsmäßig zwei Grundstücken zuzuordnen, die Eigentumslage beeinflusst (vgl. Senat, Urt. v. 2.6.1989, V ZR 167/88, NJW-RR 1989, 1039), ist im Zusammenhang mit der Aufteilung eines Grundstücks, durch die ein aufstehendes Gebäude von der Grundstücksgrenze durchschnitten wird, der Wille der Beteiligten von Bedeutung, Räume eigentumsmäßig zu teilen, die mit einem Gebäude oder Gebäudeteil ein einheitliches Ganzes bilden. Eine Vereinbarung dieses Inhalts widerspräche der sachenrechtlichen Rechtslage und wäre daher unwirksam (vgl. Senat, Urt. v. 12.10.2001, V ZR 268/00, a. a. O.). Die vom Senat anerkannte Möglichkeit, die Rechtsfolgen eines Überbaus durch Rechtsgeschäft in gewissem Umfang abweichend von den gesetzlichen Regelungen zu bestimmen (vgl. Senat, Urt. v. 13.7.1966, V ZR 8/64, BB 1966, 961), steht hierzu nicht in Widerspruch. Gemeint sind Rechtsgeschäfte über die Duldungspflicht des Nachbarn (§ 912 BGB), nicht aber Vereinbarungen, die auf eine Änderung der aus § 93 BGB bzw. § 467 Abs. 2 u. 3 ZGB folgenden, grundsätzlich zwingenden eigentumsrechtlichen Zuordnung abzielen.

Die vom Berufungsgericht unterstellte Absicht der Beteiligten, das Eigentum am Gebäude nach dem Verlauf der Grundstücksgrenze aufzuteilen, ist daher unbeachtlich. Die streitgegenständlichen Flächen sind vielmehr wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, auf dem das Gebäude steht, welchem sie von der Größe, der Lage, ihrer baulichen Eigenart und wirtschaftlichen Nutzung her zugehörig sind (sog. Stammgrundstück, vgl. Senat, BGHZ 110, 298, 302 f.). Das ist das Grundstück der Beklagten.

c) An dieser Rechtslage hat sich nichts dadurch geändert, dass der Kläger das Grundstück, in welches die Flächen hineinragen, im Wege der Zwangsversteigerung erworben hat. Der Ersteher erwirbt durch den Zuschlag das Eigentum an dem versteigerten Grundstück und an dessen wesentlichen Bestandteilen (§§ 90, 55 Abs. 1, 20 Abs. 2 ZVG, § 1120 BGB). Auf Gebäudeteile, die wesentliche Bestandteile eines anderen Grundstücks sind, erstreckt sich die Zwangsversteigerung dagegen nicht, mögen sie auch auf dem versteigerten Grundstück stehen (vgl. *Stöber*, ZVG, 17. Aufl., § 55 Anm. 6.3 u. 6.4). Auf eine Anmeldung der Rechte des Nachbarn an dem überstehenden Gebäudeteil kommt es dabei nicht an.

### III.

Da ein Herausgabeanspruch des Klägers aus § 985 BGB nicht besteht, war die Klage unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

5. GBO § 6 a (*Gesamterbbaurecht an nahe beieinander liegenden Grundstücken*)

1. **Ob die mit einem Gesamterbbaurecht zu belastenden Grundstücke im Sinne des § 6 a Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GBO nahe beieinander liegen, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich ist neben der tatsächlichen Entfernung auch der Zweck, dem das einheitliche Bauwerk oder das Bauwerk mit den dazugehörigen Nebenanlagen dient.**
2. **Ob Gegenstand des Erbbaurechts ein einheitliches Bauwerk oder ein Bauwerk mit dazugehörigen Nebenanlagen ist, beurteilt sich aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Das erfordert, dass die tatsächlichen Gegebenheiten in einer Weise dargelegt werden, die eine entsprechende Beurteilung ermöglicht.**

BayObLG, Beschluss vom 1.9.2003, 2Z BR 144/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligte zu 1, eine Gemeinde, ist Eigentümerin von sechs in verschiedenen Gemeindeteilen liegenden Grundstücken, auf denen sich fünf Kläranlagen und andere Abwasserbeseitigungseinrichtungen befinden. Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ist die Abwasserbeseitigung auf die Beteiligte zu 2, einen Zweckverband, übertragen.

Die Beteiligte zu 1 bestellte am 12.12.2000 der Beteiligten zu 2 an den Grundstücken ein Gesamterbbaurecht.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung des Gesamterbbaurechts abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Eintragung eines Gesamterbbaurechts sei nur zulässig, wenn die betroffenen Grundstücke im selben Grundbuchamtsbezirk und im gleichen Katasterbezirk liegen und unmittelbar aneinander grenzen. Von diesen Voraussetzungen könne nur abgewichen werden, wenn die Grundstücke nahe beieinander liegen und der Gegenstand des Erbbaurechts ein einheitliches Bauwerk oder ein Bauwerk mit dazugehörigen Nebenanlagen auf den belasteten Grundstücken sei oder das Erbbaurecht in Wohnungs- oder Teilerbbaurechte aufgeteilt werden solle. Die Anforderungen an die räumliche Lage der Grundstücke seien nicht erfüllt. Die Zulassung einer Ausnahme im Hinblick auf den bestehenden funktionellen Zusammenhang sei nach der Gesetzssystematik nicht gerechtfertigt. Insbesondere sei die für die Vereinigung von Grundstücken geltende Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 2 GBO auf die Eintragung eines Gesamterbbaurechts nicht entsprechend anwendbar.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Nach § 6 a Abs. 1 Satz 1 GBO darf einem Antrag auf Eintragung eines Erbbaurechts an mehreren Grundstücken nur entsprochen werden, wenn hinsichtlich der zu belastenden Grundstücke die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 GBO vorliegen. Diese Vorschrift verlangt unter anderem, dass die Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen. Das ist hier nicht der Fall.

b) Die Vorinstanzen haben das Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 a Abs. 1 Satz 2 GBO verneint, ohne den Beteiligten Gelegenheit gegeben zu haben, ausreichende Eintragungs-

unterlagen beizubringen und damit das angenommene Eintragungshindernis zu beheben (§ 18 GBO). Ob die Voraussetzungen des § 6 a Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO vorliegen, kann weder aufgrund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen noch aufgrund der Aktenlage abschließend beurteilt werden.

(1) Die Vorinstanzen haben zur Entfernung der zu belastenden Grundstücke voneinander keine tatsächlichen Feststellungen getroffen.

Soweit die Vorinstanzen darauf abgestellt haben, dass eine räumliche Nähe nur anzunehmen wäre, wenn die Grundstücke lediglich durch Erschließungswege getrennt wären, ist diese Sichtweise zu eng. Durch die Ausnahmeregelung des § 6 a Abs. 1 Satz 2 GBO soll verhindert werden, dass wirtschaftlich sinnvolle Gestaltungen unmöglich gemacht werden (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 6 a Rdnr. 4). Ein wirtschaftliches Bedürfnis kann aber nicht schon dann verneint werden, wenn die Grundstücke durch größere Flächen als nur Erschließungswege getrennt sind. Damit würde der Gesetzeszweck zu sehr eingeschränkt. Wann eine örtliche Nähe vorliegt, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden, insbesondere nach den tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten und dem Zweck, der mit der Bestellung des Gesamterbbaurechts in wirtschaftlicher Hinsicht verfolgt wird. Umstände, die dabei eine Rolle spielen können, sind einerseits die Entfernung der Grundstücke in Luftlinie, andererseits aber auch die Verbindungen zwischen den einzelnen Grundstücken, sei es durch öffentliche Verkehrswege oder Leitungen. Abzustellen ist darauf, ob die Grundstücke nach der Verkehrsanschauung trotz einer gewissen räumlichen Entfernung im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Nutzung als zusammengehörend angesehen werden können.

Der Senat kann auch den dem Eintragungsantrag beigelegten Plänen die tatsächlichen Grundlagen für eine Entscheidung über eine räumliche Nähe nicht entnehmen. Es handelt sich dabei um Ingenieurpläne, die keinen hinreichenden Eindruck von den räumlichen Gegebenheiten vermitteln.

Davon abgesehen, können diese Pläne schon deshalb nicht als ausreichende Entscheidungsgrundlage angesehen werden, weil nach § 6 a Abs. 1 Satz 2 Hs. 2, § 5 Abs. 2 Satz 3 GBO die Lage der Grundstücke zueinander durch Vorlage einer von der zuständigen Behörde beglaubigten Karte nachzuweisen ist. Durch diese Vorschriften wird den Besonderheiten des Grundbuchverfahrens Rechnung getragen. Danach sind die Eintragungsgrundlagen grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen (§ 29 GBO). Eine von der zuständigen Behörde beglaubigte Karte befindet sich nicht bei den Akten.

(2) Auch das Vorliegen der weiteren Eintragungsvoraussetzung des § 6 a Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, dass Gegenstand des Erbbaurechts ein einheitliches Bauwerk oder ein Bauwerk mit dazugehörigen Nebenanlagen auf den belasteten Grundstücken sein muss, haben die Vorinstanzen verneint. Der Senat kann nach den getroffenen Feststellungen und den bei den Akten befindlichen Unterlagen nicht abschließend beurteilen, ob dies zu Recht geschehen ist.

Nach § 6 a Abs. 1 Satz 3 GBO sind diese Voraussetzungen glaubhaft zu machen, wobei die Voraussetzungen des § 29 GBO nicht erfüllt sein müssen. Glaubhaft müssen Tatsachen sein und nicht die Rechtsbehauptung. Hierfür ist bereits der Sachvortrag der Antragsteller nicht ausreichend. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller hat in seiner Beschwerdebegründung lediglich vorgetragen, dass ein „funktioneller Zusammenhang“ bestehe; es handele sich um eine einheit-

liche Gesamtkläranlage mit den zugehörigen Klärwerken und -becken und den erforderlichen Zu- und Ableitungen. Woraus sich ergibt, dass es sich um eine „Gesamtkläranlage“ handeln soll, ist nicht ersichtlich. Hierzu wäre zumindest die Angabe der Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass aus bisher fünf Kläranlagen eine einheitliche Gesamtkläranlage entsteht. Um dies beurteilen zu können, ist zumindest in den Grundzügen darzulegen, in welcher Weise die jeweiligen Bauwerke auf den verschiedenen Grundstücken zusammenwirken.

3. Der Senat erachtet es für zweckmäßig, die Sache an das Grundbuchamt zurückzuverweisen.

Für das weitere Verfahren wird bemerkt: Das Amtsgericht wird eine Zwischenverfügung zu erlassen haben, da der Eintragung nach dem derzeitigen Sachstand grundsätzlich behebbare Eintragungshindernisse entgegenstehen. Den Antragstellern wird aufzugeben sein, die Lage der Grundstücke zueinander durch Vorlage einer von der zuständigen Behörde beglaubigten Karte nachzuweisen und die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines einheitlichen Bauwerkes oder eines Bauwerkes mit dazugehörigen Nebenanlagen glaubhaft zu machen. Nach Eingang dieser Unterlagen wird das Grundbuchamt in der Sache erneut zu entscheiden haben.

6. GBO § 29; GO NW § 64 (*Vermutung der Vertretungsbefugnis bei gesiegeltem Schreiben der Gemeinde*)

1. **Eine mit zwei Unterschriften und einem Siegel bzw. Stempel der Gemeinde versehene Eintragungsbewilligung begründet für das Grundbuchamt die Vermutung, dass die Unterzeichner der Urkunde zur Vertretung der Gemeinde befugt sind.**
2. **Nur wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die fehlende Vertretungsbefugnis der Unterzeichner bestehen, darf das Grundbuchamt die Vertretungsbefugnis in Zweifel ziehen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.11.2003, I-3 Wx 312/03; mitgeteilt von Dr. *Johannes Schütz*, Richter am OLG

Die Beteiligten zu 2 kauften mit notariellem Vertrag von der Beteiligten zu 1 Grundbesitz. Für die Beteiligte zu 1 trat der Kommunalbeamte W. als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf. Der Notar beantragte die Umschreibung des Kaufgrundbesitzes, die Eintragung der Rückkauflassungsvormerkung und die Erteilung von Eintragungsnachrichten. Mit dem Antrag legte er dem Grundbuchamt ein mit dem Briefkopf „Stadt G., Der Bürgermeister – KBG Kommunalbetrieb G.“ überschriebenes und mit der weiteren Überschrift „Genehmigungserklärung“ versehenes Schreiben vor, in dem es wie folgt heißt:

„In dem Kaufvertrag Stadt G. ./ M. in GbR ... hat Herr W., Kommunalbeamter, für uns, die unterzeichnenden berechtigten Vertreter der Stadt G., Erklärungen abgegeben. Nachdem wir von dem Inhalt des genannten Vertrages Kenntnis genommen haben, treten wir diesem in allen Teilen bei und genehmigen insbesondere alle Erklärungen, die Herr W. in demselben für uns abgegeben hat.“

Das Schreiben trägt das Dienstsiegel der Stadt G. und weist zwei Unterschriften des Stadtbaurates K. und des Werkleiters M. auf.

Das Grundbuchamt erhob Bedenken, weil die Genehmigung der Stadt G. wegen Nichtbeachtung der Vorschrift des § 64 Abs. 1 GO-NW mangelhaft sei. Die Erklärung sei nämlich nicht von dem Bürgermeister – das sei K. nicht – und einem weiteren vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten unterschrieben. Dass der Stadtbaurat K. allgemeiner Vertreter des Bürgermeisters sei, sei nicht ersichtlich, da der entsprechende Zusatz „in Vertretung“ fehle.

Die gegen die Zwischenverfügung erhobene Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen.

*Aus den Gründen:*

(...)

2. (...) Das Landgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der die Erklärungen des Kommunalbeamten W. vor Notar L. genehmigenden Erklärung der Beteiligten zu 1 um eine Erklärung einer öffentlichen Behörde handelt, der die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde zukommt. Die Kammer hat ferner richtig angenommen, dass, wenn die Urkunde der öffentlichen Behörde unterschrieben und mit Siegel oder Stempel versehen ist, diese für das Grundbuchamt die Vermutung der Ordnungsmäßigkeit der Erklärung, d. h. auch der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners begründet, sofern die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat (vgl. BayObLG, Rpfleger 1978, 141; 1986, 370; OLG Hamm, Rpfleger 1996, 388; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 71; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 29 Rdnr. 45; *Bauer/von Oefele*, GBO, § 29 Rdnr. 139, 143).

Die Kammer hat aber – ebenso wie das Grundbuchamt – zu Unrecht die Vertretungsbefugnis des Stadtbaurats K. in Zweifel gezogen. Dies wäre nur zulässig gewesen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine mangelnde Vertretungsbefugnis des Stadtbaurats K. bestanden hätten. Hierzu bestand aber kein hinreichender Anlass. Ist nämlich die Erklärung der Behörde ordnungsgemäß mit Unterschrift und Siegel versehen, so wären Beanstandungen nur dann berechtigt gewesen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden waren, dass der Stadtbaurat K. jedenfalls nicht zur Vertretung des Bürgermeisters befugt war.

Hier ist die in Rede stehende Genehmigungserklärung, die dem Eintragungsantrag beigelegt war, unter dem Briefkopf „Stadt G., Der Bürgermeister“ erfolgt und von dem Stadtbaurat K. und dem Werkleiter M., die sich in der Genehmigungserklärung als „berechtigte Vertreter der Stadt G.“ bezeichnen, unterschrieben worden. Ferner ist das Siegel bzw. der Stempel der Stadt G. dem Schreiben beigelegt worden.

Auch wenn dem Grundbuchamt bekannt war, dass der Stadtbaurat K. jedenfalls nicht Bürgermeister ist, bedeutet dies noch nicht, dass er nicht zur Vertretung des Bürgermeisters befugt war. Darauf, dass – worauf das Grundbuchamt hingewiesen hat – der Zusatz „in Vertretung“ fehlt, kann es nicht entscheidend ankommen. Abgesehen davon, dass sich beide Unterzeichnende jedenfalls im Text der Erklärung als vertretungsberechtigt bezeichnet haben, sprach die gesamte Genehmigungserklärung nach Form und Inhalt bereits dafür, dass sie in Beachtung der Bestimmung des § 64 Abs. 1 Satz 1 und 2 GO NW gefertigt worden ist (Siegel bzw. Stempel der Behörde, zwei Unterschriften). Zudem war nicht auszuschließen, dass sich die Vertretungsbefugnis des Stadtbaurats K. aus dem ihm zukommenden grundsätzlichen Recht zur Stellvertretung des Bürgermeisters oder aber auch aus einer besonderen für das hier anstehende Grundstücksgeschäft erteilten Vollmacht herleiten konnte.

Steht danach nicht fest, dass der Unterzeichner zur Vertretung nicht befugt ist und liegen auch keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine mangelnde Vertretungsbefugnis vor, so war für das Grundbuchamt die Vermutung begründet, dass die Unterzeichner der Genehmigungsurkunde zur Vertretung der Gemeinde – und der Stadtbaurat K. damit zur Vertretung des Bürgermeisters – befugt waren.

7. BGB § 1105 (*Bestimmbarkeit der Höhe der Leistung für Eintragung einer Reallast genügend*)

1. **Für die Eintragung einer Reallast genügt, dass die Höhe der Leistung bestimmbar ist.**
2. **Werden als Inhalt einer Reallast angegeben die Kosten des Betriebs, der Wartung und Unterhaltung/Instandhaltung einschließlich Schönheitsreparaturen eines Bauwerks, so lässt sich die höchstmögliche Belastung hinreichend deutlich daran messen, welche Kosten im „ungünstigsten“ Fall im Lauf eines Jahres aufgewendet werden müssen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.1.2004, I-3 Wx 262/03; mitgeteilt von Dr. *Johannes Schütz*, Richter am OLG

In den notariellen Urkunden des Notars S. UR-Nrn. A/00 und B/01 sind zugunsten der jeweiligen Eigentümer bestimmter Grundstücke Dienstbarkeiten und Reallasten vereinbart. Bezüglich der Reallasten heißt es in der Urkunde A/00 unter Abschnitt V:

„1.

Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks ..., bestehend in dem Recht auf Zahlung der jeweiligen Kosten für die Gebäudenutzung und Gebäudeunterhaltung etc. gemäß Abschnitt IV dieser Urkunde, lastend auf dem Grundstück ... .“

Bezüglich der weiteren Flurstücke werden gleichlautende Reallasten angegeben.

In Abschnitt IV der Urkunde ist u. a. Folgendes geregelt:

„2.

Die Einräumung und Ausübung der in Abschnitt I bis III bestellten Grunddienstbarkeiten sind vorbehaltlich der Regelungen dieser Vereinbarung über die Unterhaltungs-/Erneuerungskosten unentgeltlich.

3.

Gemäß der schuldrechtlichen Benutzungs-/Unterhaltungsregelungen vom 24./28.2.2000 sowie den Festlegungen in den eingangs genannten Kaufverträgen tragen die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke die Kosten des Betriebes, der Wartung, Unterhaltung/Instandhaltung einschließlich Schönheitsreparaturen und gegebenenfalls Erneuerung der gemeinsam genutzten Gebäudeteile der Tiefgarage und deren technische Anlagen/Einrichtungen sowie die Kosten der gemeinsam genutzten technischen Anlagen/Einrichtungen sowie diejenigen der Außenanlagen wie folgt:

- a) jeweils Eigentümer des Grundstücks Gebäude A – 35/100
- b) jeweils Eigentümer des Grundstücks Gebäude B – 19/100
- c) jeweils Eigentümer des Grundstücks Gebäude C – 46/100.

4.

Die Beteiligten verpflichten sich, die Verpflichtungen dieses Abschnitts ihren jeweiligen Rechtsnachfolgern mit Weiterübertragungsverpflichtung aufzuerlegen.“

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 bis 5 hat die Eintragung der Dienstbarkeiten und Reallasten beantragt. Mit Zwischenverfügung hat der Rechtspfleger darauf hingewiesen, die vereinbarten Reallasten seien nicht eintragungsfähig, weil die zu erbringenden Leistungen der Höhe nach nicht bestimmbar seien; die höchstmögliche Belastung des jeweiligen Grundstücks sei nicht für jeden Dritten erkennbar. Nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist zur Behebung der Eintragungshindernisse hat der Rechtspfleger den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben.

*Aus den Gründen:*

II.

Die gemäß §§ 71, 78, 80 GBO zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg, die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer unrichtigen Anwendung rechtlicher Normen (§ 78 GBO).

Das Landgericht hat ausgeführt, der Bestimmtheitsgrundsatz für die einzutragenden Reallasten sei nicht gewahrt. Zwar könne eine Reallast hinsichtlich der Kosten des Betriebs, der Wartung, Unterhaltung/Instandhaltung einschließlich Schönheitsreparaturen gegebenenfalls Erneuerung der gemeinsam genutzten Gebäudeteile der Tiefgarage und deren technische Anlagen/Einrichtungen sowie der Kosten der gemeinsam genutzten technischen Anlagen/Einrichtungen sowie der Außenanlage bestellt werden, jedoch müsse die Höhe der Leistung bestimmbar sein. Dabei bedeute der Bestimmtheitsgrundsatz nicht, dass der Umfang der tatsächlichen Belastungen in einem bestimmten Zeitpunkt aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne weiteres ersichtlich sein müsste, es genüge, wenn Art, Gegenstand und Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar seien, die auch außerhalb des Grundbuches liegen können, sofern sie nachprüfbar und mindestens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind. Entscheidend sei, dass die höchstmögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar sei und der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden könne. Das sei hier nicht der Fall. Die höchstmögliche Leistung lasse sich auch unter „Heranziehung der Handlungen“ nicht annähernd bestimmen. Soweit der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 bis 5 die durch die Reallasten abgesicherten Kosten für das Jahr 2001 auf insgesamt 300.000 € beziffert habe, lasse sich damit nicht auf eine höchstmögliche Leistung für die weiteren Jahre schließen.

2. Gegen diese Erwägungen des Landgerichts bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

a) Das Landgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die hier in der notariellen Urkunde genannten Kosten des Betriebes und der Unterhaltung der Tiefgarage für die Berechtigten durch Eintragung einer Reallast gemäß § 1105 BGB dinglich gesichert werden können und dass es nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur genügt, dass die Höhe der Leistung bestimmbar ist, wozu es ausreicht, dass Art, Gegenstand und Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sind, sofern die höchstmögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar ist und der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden kann (vgl. BGHZ 130, 342 ff. m. w. N.).

b) Das Landgericht hat aber zu Unrecht angenommen, die höchstmögliche Belastung lasse sich – auch unter Heranziehung der in der notariellen Urkunde beschriebenen Handlung – nicht annähernd bestimmen.

Die höchstmögliche Belastung muss nicht mit einem bestimmten Betrag angegeben werden (BayObLG 1996, 161). Sie muss auch nicht im Zeitpunkt der Eintragung von jedem außenstehenden Dritten festgestellt werden können, sie muss lediglich „erkennbar“ sein, d. h. der höchstmögliche Umfang der – wiederkehrenden – Leistungsverpflichtung muss in seiner tatsächlichen Ausgestaltung ersichtlich und in seiner kostenmäßigen Auswirkung, d. h. in seinem Geldwert feststellbar sein.

Das ist bei den hier in Rede stehenden Reallasten gegeben. Als hinreichend erkennbar werden im Allgemeinen als Inhalt einer Reallast angesehen die Pflicht zur „Unterhaltung“ eines Bauwerks, eines Weges, eines Zaunes, einer Brücke oder einer anderen Anlage oder Übernahme der Kosten hierfür (vgl. *Staudinger/Amann*, BGB, 2002, § 1105 Rdnr. 8; *Schöner*/

Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1299). Das bedeutet, dass sich die höchstmögliche Leistung in einem solchen Fall daran misst, welche Kosten im „ungünstigsten Fall“, d. h. bei Annahme der Notwendigkeit aller unter den Begriff „Unterhaltung“ fallenden Aufwendungen, entstehen, ähnlich wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall zur höchstmöglichen Leistung bei Übernahme von Pflegekosten (BGHZ 130, 342 ff.). Wenn der Bundesgerichtshof als „Orientierungspunkt“ für die höchstmögliche Leistung die Kosten einer bezahlten Pflegekraft bei völliger Pflegebedürftigkeit des Berechtigten annimmt, d. h. Kosten, die auch nicht „statisch“ sind, sondern den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen „angepasst“ werden, muss die gleiche Erwägung für den Begriff der „Betriebskosten bzw. Unterhaltungskosten“ gelten. Auch diese Kosten sind – wie es die Verwaltung einer Miet- oder Wohnungseigentumsanlage erfordert – nach Erfahrungswerten annähernd bestimmbar und nach entsprechender Abrechnung genau feststellbar.

Die Übernahme der Unterhaltung eines Bauwerks als Inhalt einer Reallast wäre andernfalls nur möglich, wenn die „höchstmögliche Leistung“ betragsmäßig im Voraus festgelegt würde. Damit würden aber die Anforderungen an die Bestimmbarkeit überspannt.

Sinn und Zweck der Reallast erfordern lediglich, dass der dingliche Anspruch aus der Reallast durch Zwangsvollstreckung, insbesondere Zwangsversteigerung, durchgesetzt werden kann und die Umwandlung der Reallast in einen festen Geldbetrag möglich sein muss sowie nachrangige Berechtigte einen „Überblick“ über den Umfang einer vorgehenden Reallast erhalten (vgl. BayObLG 1993, 228). Bei Entstehen der Reallast muss deshalb feststehen, dass die Leistung im Zeitpunkt einer etwaigen Versteigerung in einer Geldsumme ausdrückbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1969, 298).

Das ist hier der Fall. Die in der notariellen Urkunde sogar noch aufgeschlüsselten Kosten des Betriebs und der Unterhaltung machen für jeden Dritten hinreichend deutlich, welche Belastungen insgesamt „im Höchstfall“ damit verbunden sind, nämlich sämtliche Kosten, die im Verlauf eines Geschäftsjahres für den Betrieb und die Unterhaltung der baulichen Anlage aufgewendet werden. Dass der „tatsächliche“ Aufwand im Einzelfall in den verschiedenen Zeiträumen differiert und jeweils gesondert festgestellt werden kann – notfalls durch richterliche Entscheidung –, steht dem Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit dabei nicht entgegen. Welche zusätzlichen Kriterien die Beteiligten zu 1 bis 5 – wenn nicht eine bestimmte Höchstsumme genannt wird – für die begehrte Eintragung der Reallasten angeben sollten, ist auch nicht ersichtlich.

8. GBO § 19; WEG § 10 Abs. 2; BGB §§ 876, 877 (*Öffnungsklausel und Zustimmung dinglich berechtigter Dritter*)

**Die Eintragung einer vereinbarten Öffnungsklausel im Grundbuch, wonach über Änderungen der Gemeinschaftsordnung durch (qualifizierten) Mehrheitsbeschluss entschieden werden kann, bedarf nicht der Zustimmung dinglich berechtigter Dritter, z. B. eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.1.2004, I-3 Wx 329/03; mitgeteilt von Dr. Johannes Schütz, Richter am OLG

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 bis 11 hat die Eintragung einer Änderung der Teilungserklärung in den Grundbüchern beantragt. Gegenstand der begehrten Änderung ist, dass in die Teilungserklärung folgender § 18 a eingefügt wird:

„§ 18 a  
Änderung der Gemeinschaftsordnung

Die Eigentümerversammlung kann durch Beschluss mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Stimmen aller Sondereigentümer Änderungen der Gemeinschaftsordnung (Teil II der Teilungserklärung) beschließen.

Sonderrechte oder Vorzugsrechte eines Eigentümers dürfen durch einen solchen Beschluss nur mit dessen Zustimmung entzogen oder beeinträchtigt werden.

Die Sondereigentümer, auch diejenigen, die an der Beschlussfassung nicht teilgenommen oder dem Beschluss widersprochen haben, sind verpflichtet, Änderungsvereinbarungen, die beschlussmäßig getroffen worden sind, zur Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen. Die Kosten hierfür trägt die Eigentümergemeinschaft.“

Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das Amtsgericht beanstandet, dass die Zustimmung der eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger, ggf. unter Vorlage der Grundpfandrechtsbriefe, beigebracht werden müsse. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht nach Nichtabhilfe durch das Amtsgericht zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einem Rechtsfehler (§ 78 GBO).

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Wenn das Wohnungseigentum mit dem Recht eines Dritten belastet sei, sei sachenrechtlich dessen Zustimmung zu der Inhaltsänderung gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB erforderlich. Seine Zustimmung sei nur dann entbehrlich, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt werde. Es müsse jede rechtliche, nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein. Das Amtsgericht habe zutreffend darauf abgestellt, dass die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung die dingliche Rechtsstellung der Gläubiger berühren könne, da sie die Änderung der Gemeinschaftsordnung durch die Eigentümer erleichtere. Unzweifelhaft könne sich eine Änderung der Gemeinschaftsordnung (positiv oder negativ) auf den Wert des betroffenen Sondereigentums auswirken – so könnten z. B. Sondernutzungsrechte vereinbart werden, was wiederum in die Rechtsstellung des Gläubigers dieses Sondereigentums eingreifen würde. In diesem Sinne „berühre“ auch eine Änderung verfahrensrechtlicher Grundsätze die Rechtsposition der Gläubiger.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Angelegenheiten der Wohnungseigentümer, die sie durch Vereinbarung regeln können und zu regeln haben (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG), und solchen Angelegenheiten, über die durch (Mehrheits-)Beschluss zu entscheiden ist. Vereinbarungen sind beispielsweise vorgesehen in § 12 WEG (Veräußerungsbeschränkung eines Wohnungseigentümers) und § 15 Abs. 1 WEG (Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums); durch Beschluss kann insbesondere der ordnungsgemäße Gebrauch von Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum geregelt werden (§ 15 Abs. 2 WEG), die ordnungsgemäße Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) sowie die Instandhaltung und

Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums (§§ 21 Abs. 5, 22 WEG).

Abweichend von § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung einer so genannten Öffnungsklausel bestimmen, dass über die gesetzlich durch Vereinbarung zu regelnden Angelegenheiten durch (Mehrheits-) Beschluss entschieden werden kann. Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Einführung von Öffnungsklauseln ist heute anerkannt (vgl. nur BGHZ 95, 137; BGH, ZWE 2000, 518, 519; BayObLG, WuM 1990, 90; KG, OLGZ 1992, 420; *Bärman/Pick/Merle*, 9. Aufl., § 23 Rdnr. 13; *Wenzel*, FS Deckert, S. 527). Sie ergibt sich aus §§ 10 Abs. 4, 23 Abs. 1 WEG (vgl. *Ott*, ZWE 2001, 466, 467). Um eine solche Öffnungsklausel handelt es sich bei der hier vorgelegten Klausel § 18 a.

Öffnungsklauseln müssen, um gegenüber Sondernachfolgern Wirkung zu entfalten, im Grundbuch eingetragen werden. Das folgt aus § 10 Abs. 2 WEG. Dabei stellt sich die Frage, ob die Öffnungsklausel eine beeinträchtigende Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums im Sinne der §§ 877, 876 Satz 1 BGB darstellt. Denn wenn das Wohnungseigentum mit dem Recht eines Dritten belastet ist, ist sachenrechtlich dessen Zustimmung zu einer Inhaltsänderung gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB erforderlich, es sei denn, seine dingliche Rechtsstellung wird durch die Änderung nicht berührt. Es muss jede rechtliche, nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein (BGHZ 91, 343).

Die Notwendigkeit der Zustimmung dinglich berechtigter Dritter bei der Eintragung einer Öffnungsklausel wird in der neueren Literatur – insbesondere seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.9.2000 (MittBay-Not 2000, 546) – ganz überwiegend verneint oder zumindest bezweifelt. So hat bereits *Lüke* (WE 1998, 202, 204) angemerkt, dass die Klausel einen materiell-rechtlichen Bezug zum Grundpfandrechtsinhaber nicht erkennen lasse und unmittelbar nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffe. *Müller* (ZWE 2001, 191, 192) hält es für „äußerst fraglich“, ob die dinglichen Gläubiger einer Öffnungsklausel überhaupt zustimmen müssen, da eine unmittelbare rechtliche Betroffenheit der dinglichen Gläubiger nicht erkennbar sei. Klar ablehnend hat sich *Ott* (ZWE 2001, 466, 467) geäußert: Die Zustimmung sei nicht erforderlich, weil lediglich verfahrensrechtlich ein anderes Regelungsinstrumentarium – Beschluss statt Vereinbarung – bestimmt werde; eine mögliche rechtliche Beeinträchtigung im Sinne des § 876 BGB finde hierdurch noch nicht statt, da die den gesetzlichen Inhalt des Wohnungseigentums kennzeichnenden Rechte und Pflichten durch die Öffnungsklausel nicht verändert würden; ein Rechtsnachteil könne vielmehr nur durch den aufgrund der Öffnungsklausel gefassten Mehrheitsbeschluss entstehen, weil erst dieser eine konkrete Sachentscheidung enthalte. Diese Auffassung vertritt auch *Wenzel* (FS Deckert, S. 517 ff., 528): Die Zustimmung dinglich berechtigter Dritter sei zur Einführung der Klausel nicht erforderlich, weil sie nur einen verfahrensrechtlichen Inhalt habe, indem sie die Regelung von Angelegenheiten, die dem Vertragsprinzip unterfallen, dem Mehrheitsprinzip öffne. *Schneider* (Rpfleger 2002, 503 ff.) hält die Zustimmung dinglich Berechtigter gleichfalls für nicht notwendig und stellt darauf ab, dass ein Drittberechtigter die Beurteilung einer konkreten rechtlichen Beeinträchtigung erst nach einer aufgrund der Öffnungsklausel erfolgten Beschlussfassung vornehmen könne. *Hügel* (ZWE 2002, 503 ff.) lehnt das Zustimmungserfordernis ab, weil die Vereinbarung einer Öffnungsklausel keine Außenwirkung habe dergestalt, dass dadurch Rechte Dritter verändert werden

sollen. Auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 2885 heben hervor, dass es einer Zustimmung dinglich berechtigter Dritter nicht bedürfe, weil ihre Rechtsstellung durch die Öffnungsklausel nicht berührt werde, sie seien daher nicht (möglicherweise) betroffen.

Auch der Senat ist der Ansicht, dass eine Zustimmung dinglich berechtigter Dritter zur Einführung einer Öffnungsklausel nicht verlangt werden kann. Für die nachträgliche Eintragung einer solchen Klausel in das Grundbuch sind zwar gemäß § 19 GBO die Bewilligungen sämtlicher eingetragenen Miteigentümer erforderlich. Sie bedarf aber nicht der Zustimmung durch die Drittberechtigten, da deren dingliche Rechtsposition durch die Öffnungsklausel noch nicht beeinträchtigt wird.

#### 9. WEG § 7 Abs. 4 Satz 1 (*Verbindung zweier Wohnungen mit einem Miteigentumsanteil*)

**Bei der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum kann mit nur einem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an zwei in sich abgeschlossenen Wohnungen, die im Aufteilungsplan mit unterschiedlichen Nummern bezeichnet sind, verbunden werden. (Leitsatz des Rezensenten)**

LG Passau, Beschluss vom 10.11.2003, 2 T 159/03; mitgeteilt von Notar *Georg Westermeier*, Passau

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich drei jeweils in sich abgeschlossene Wohnungen befinden, wobei eine Wohnung von dem Sohn der Beteiligten zu 1 und 2, dem Beteiligten zu 3, auf seine Kosten ausgebaut wird. Mit Überlassungsvertrag mit Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG überließen die Beteiligten zu 1 und 2 an den Beteiligten zu 3 einen Miteigentumsanteil von  $\frac{45}{100}$ . Ziffer II der Urkunde hat folgenden Wortlaut:

„Die Beteiligten als künftige Grundstücksmiteigentümer beschränken ihre Miteigentumsanteile an dem in Ziffer I der Urkunde genannten Grundstück gemäß § 3 WEG in der Weise, dass jedem der Miteigentümer abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung und den nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen des Bauwerks auf dem Grundstück eingeräumt wird. Im Einzelnen erfolgt die Beschränkung in der Weise, dass die in der Anlage I näher aufgeführten Wohnungseigentumseinheiten entstehen. Die Anlage I sowie die beigefügten Pläne bilden wesentliche Bestandteile der Urkunde.“

In der Anlage I Ziffer 1 wurden folgende Wohnungs- und Teileigentumseinheiten am gemeinschaftlichen Grundstück gebildet:

„1. Miteigentumsanteil zu  $\frac{45}{100}$ , verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im rechten Teil des Hauses samt Doppelgarage und Kellerräume; im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet, künftig im Eigentum des Beteiligten zu 3.

2. Miteigentumsanteil zu  $\frac{55}{100}$ , verbunden mit dem Sondereigentum an den Wohnungen im linken Teil des Hauses samt Garage und Keller; im Aufteilungsplan mit Nr. 2 und 3 bezeichnet, künftig im Eigentum zu gleichen Teilen von den Beteiligten zu 1 und 2.“

Eine Bescheinigung des Landratsamtes Passau gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG weist die mit Nr. 1 bis 2 bezeichneten Wohnungen und die mit Nr. 3 bezeichnete Wohnung als in sich abgeschlossen aus.

Das Grundbuchamt beanstandete die nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG erforderliche Kennzeichnung aller zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Räume mit der gleichen Nummer unter Hinweis auf die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 1.8.1991, ZZ 100/91.

Aus den Gründen:

(...)

Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nach Auffassung der Kammer nicht.

Zwar sind nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen. Indessen ist für die vorliegende Fallgestaltung der zu einer Sondereigentumseinheit vereinigten Wohnungen Nr. 2 und Nr. 3 auf den Sinn und Zweck der vorgenannten Regelung abzustellen. Der Zweck des Grundbuchs, sichere Rechtsverhältnisse an Grundstücken zu schaffen und zu erhalten, verlangt klare und eindeutige Erklärungen der Beteiligten und dementsprechende Eintragungen. Der Inhalt eines dinglichen Rechts muss sich mithin mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Eintragungsvermerk und den dort zulässigerweise in Bezug genommenen Unterlagen (Eintragungsbewilligung, Aufteilungsplan, Abgeschlossenheitsbescheinigung) ergeben. Dieser Bestimmtheitsgrundsatz gilt gerade auch für die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, die regelmäßig nur aus dem Aufteilungsplan mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann. Diesen Anforderungen wird durch die vorliegende Bezeichnung (mit Nr. 2 und Nr. 3 im Aufteilungsplan) der zu einem Wohnungseigentum vereinigten Wohnungen Nr. 2 und Nr. 3 genügt. Er weist die Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum einwandfrei und klar aus. Die im Aufteilungsplan erfolgte Bezeichnung der Sondereigentumseinheit mit Nr. 2 und Nr. 3 ist nicht schädlich, weil die Teilungserklärung den Inhalt des jeweiligen Sondereigentums eindeutig ergibt. Aus der Verbindung der jeweils in sich abgeschlossenen Wohnungen Nr. 2 und Nr. 3 zu einem Wohnungseigentum ist keine Verwirrung für die grundbuchmäßige Behandlung zu besorgen. Durch die Zusammenfassung der Wohnungen Nr. 2 und Nr. 3 zu einem Wohnungseigentum wird die Abgrenzung des jeweiligen Sondereigentums vom anderen Sondereigentum (hier: Wohnung Nr. 1) sowie vom Gemeinschaftseigentum nicht betroffen. Das Sondereigentum der Beteiligten zu 1 und 2 besteht aus dieser aus den einzelnen Räumen zusammengesetzten Wohnung Nr. 2 und Nr. 3 selbst. Der gesamte, zu dem Miteigentum der Beteiligten zu 1 und 2 gehörende Raum ist gegenüber den im Sondereigentum des Beteiligten zu 3 stehenden Räumen in sich abgeschlossen; dabei ist es gleichgültig, dass es sich bei dem Sondereigentum der Beteiligten zu 1 und 2 um zwei in sich abgeschlossene Wohnungen handelt. Die Identität der einzelnen Wohnungen ist sichergestellt; damit sind die Gegenstände des Sondereigentums und damit der einzelnen Wohnungseigentumsrechte sowie des gemeinschaftlichen Eigentums hinreichend bestimmt.

Eine abweichende rechtliche Beurteilung folgt auch nicht aus der vom Grundbuchamt zitierten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts München vom 1.8.1991 (Rpfler 1991, 414 f. = MittBayNot 1992, 134 [nur Leitsatz]). Dort waren zum Sondereigentum an Wohnungen gehörende Kellerräume im Aufteilungsplan nicht mit den gleichen Nummern bezeichnet wie die Wohnräume. Die vorliegende Fallgestaltung ist daher mit dem der genannten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

## Anmerkung:

### 1. Sachverhalt

Ein Gebäude, das drei jeweils in sich abgeschlossene Wohnungen umfasst, wurde dergestalt in Wohnungseigentum aufgeteilt, dass mit einem Miteigentumsanteil zu <sup>55/100</sup> das Son-

dereigentum an der Wohnung, die im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet ist, und mit einem Miteigentumsanteil zu <sup>55/100</sup> das Sondereigentum an den zwei weiteren, in sich abgeschlossenen Wohnungen, die im Aufteilungsplan mit Nrn. 2 und 3 bezeichnet worden sind, verbunden wurde. Die Bescheinigung des Landratsamtes Passau hat die im Aufteilungsplan mit Nrn. 1 bis 3 bezeichneten Wohnungen als in sich abgeschlossen ausgewiesen. Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars beanstandete das Grundbuchamt die nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG erforderliche Kennzeichnung aller zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Räume mit der gleichen Nummer unter Hinweis auf die Entscheidung des BayObLG vom 1.8.1991, Az. 2 Z 100/91<sup>1</sup>. Das gegen die erlassene Zwischenverfügung erhobene Rechtsmittel des Urkundsnotars hatte beim LG Passau Erfolg.

### 2. Begründung und Anmerkung

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG sind alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen. Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift liegt darin, eine eindeutige Abgrenzung des jeweiligen Sondereigentums zu anderen Sondereigentumseinheiten und zum Gemeinschaftseigentum zu gewährleisten;<sup>2</sup> letztlich wird damit dem sachrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen, indem der Inhalt des dinglichen Rechts, hier des jeweiligen Sondereigentums, sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Eintragungsvermerk und den dort zulässigerweise in Bezug genommenen Unterlagen (Eintragungsbewilligung, Aufteilungsplan, Abgeschlossenheitsbescheinigung) ergeben muss.

Diesem Zweck wird die hier vorgenommene Bezeichnung, nämlich die Nummerierung der rechtlich zu einem Sondereigentum gehörenden zwei in sich abgeschlossenen Wohnungen mit zwei unterschiedlichen Nummern, ohne weiteres gerecht, da es die Abgrenzung dieses Sondereigentums, das zwei in sich abgeschlossene Wohnungen enthält, vom übrigen Sondereigentum und dem Gemeinschaftseigentum einwandfrei und klar ausweist. Durch die Zusammenfassung der Wohnungen 2 und 3 zu einem rechtlich einheitlichen Wohnungseigentum wird die Abgrenzung des jeweiligen Sondereigentums vom anderen Sondereigentum sowie vom Gemeinschaftseigentum nicht betroffen. So ist nunmehr anerkannt, dass schon bei Begründung des Wohnungseigentums mit einem Miteigentumsanteil das Wohnungseigentum an zwei in sich abgeschlossenen Wohnungen verbunden werden kann.<sup>3</sup> Die unterschiedliche Nummerierung trägt insofern dem Umstand Rechnung, dass es sich bei diesem Sondereigentum um zwei in sich abgeschlossene Wohnungen handelt.<sup>4</sup>

Ob die vom Grundbuchamt zitierte Entscheidung des BayObLG, wonach Wohnungseigentum nicht im Grundbuch eingetragen werden kann, wenn zum Sondereigentum an Wohnungen Kellerräume gehören und diese im Aufteilungsplan nicht mit der gleichen Nummer bezeichnet sind wie die Wohnräume, in dieser Allgemeinheit aufrechterhalten werden kann, ist nach meinem Dafürhalten fraglich. Das BayObLG hat dies damit begründet, dass die unterschiedliche Numme-

<sup>1</sup> Rpfler 1991, 414 f. = MittBayNot 1992, 134 (nur Leitsatz).

<sup>2</sup> BayObLG, Beschl. v. 1.8.1991, Rpfler 1991, 414; Palandt/Bassenge, § 7 WEG Rdnr. 3; Weitnauer, WEG, 7. Aufl., als Anhang III 8.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 21.12.2000, NJW 2001, 1212; BayObLG, Beschl. v. 9.3.1971, BayObLGZ 1971, 102.

<sup>4</sup> So auch Bauer/v. Oefele, Grundbuchordnung, AT Rdnr. V 210.

rierung zu unklaren Eintragungen und möglicherweise dazu führe, dass an den Kellerabteilen ein Käufer dieser Einheit kein Sondereigentum erwerben könnte.<sup>5</sup> Diese Begründung ließe sich nach meinem Dafürhalten nur dann aufrechterhalten, wenn man auch bei einer späteren Vereinigung von Wohnungs- bzw. Teileigentum (§ 890 Abs. 1 BGB) aufgrund der unterschiedlichen Nummerierung eine Verwirrung i. S. v. § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO annehmen würde und damit die Zulässigkeit einer solchen späteren Vereinigung verneinen würde. Ein derartiger Verwirrungstatbestand wird jedoch bei der Vereinigung allgemein verneint.<sup>6</sup> Beim Kellerraum besteht insofern die Besonderheit, dass dieser sowohl zum Gegenstand eines eigenständigen Teileigentums gemacht werden kann, aber auch einen Nebenraum einer Sondereigentumseinheit darstellen kann.<sup>7</sup> Diese unterschiedliche Einordnung des Keller-raumes rechtfertigt es, für den Kellerraum eine unterschiedliche Nummer in einem einheitlichen Sondereigentum nur dann zuzulassen, wenn die der Aufteilung zugrunde liegende Abgeschlossenheitsbescheinigung den Kellerraum separat als abgeschlossen bezeichnet. Die Erteilung einer solchen Abgeschlossenheitsbescheinigung für Kellerräume ist möglich.<sup>8</sup> Durch die Bezugnahme auf diese Abgeschlossenheitsbescheinigung, die der Eintragungsbewilligung beizufügen ist, ist die Eigenständigkeit des Raumes in baurechtlicher Hinsicht innerhalb des einheitlichen Sondereigentums dokumentiert, so dass damit auch bei einer unterschiedlichen Nummerierung gerade keine Abgrenzungsprobleme auftreten und daher auch keine Verwirrung zu besorgen ist. Die unterschiedliche Nummerierung trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung mehrere in sich abgeschlossene Einheiten ausweist, die später dann wieder zum Gegenstand einer dementsprechenden Unterteilung gemacht werden können. Nach dem BayObLG<sup>9</sup> soll für eine solche spätere Unterteilung die Vorlage eines neuen Aufteilungsplanes und einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich sein, auch wenn sich keine baulichen Veränderungen ergeben haben.<sup>10</sup> Insofern würde es also nichts nützen, wenn die ursprüngliche Abgeschlossenheitsbescheinigung zugleich die später unterteilten Räume als in sich abgeschlossen bescheinigt. Der Vorteil, in dem hier vorliegenden Fall die beiden in sich abgeschlossenen Wohnungen als einheitliches Wohnungseigentum auszuweisen, liegt darin, dass nach § 131 Abs. 1 Satz 1 BewG jedes Wohnungseigentum eine wirtschaftliche Einheit bildet, was wiederum bedeutsam ist für die Einordnung des gesamten Gebäudes in die Kategorie des Zweifamilien- oder Mehrfamilienhauses (§ 75 Abs. 5 und Abs. 6 BewG). Letzteres führt etwa zu einer unterschiedlichen Steuermesszahl für die Erhebung der Grundsteuer (§ 15 Abs. 2 GrStG).

Notar Georg Westermeyer, Passau

<sup>5</sup> Unter Hinweis auf BayObLG, Beschl. v. 1.10.1981, Rpfleger 1982, 21 f.

<sup>6</sup> BayObLG, Beschl. v. 23.3.2000, MittBayNot 2000, 319; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 2979; *Palandt/Bassenge*, § 6 WEG Rdnr. 7.

<sup>7</sup> *Staudinger/Rapp*, WEG, 12. Aufl., § 5 Rdnr. 9.

<sup>8</sup> BayVGh, Urt. v. 26.7.1990, NJW-RR 1991, 595.

<sup>9</sup> BayObLG, Beschl. v. 24.2.1994, NJW-RR 1994, 716.

<sup>10</sup> Anders *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2975.

10. GBO § 18 (*Pflicht zum Erlass einer Zwischenverfügung statt Antragszurückweisung bei berechtigtem Interesse des Antragstellers*)

**Das Grundbuchamt darf auch bei „bewusster“ Unvollständigkeit der eingereichten Unterlagen den gestellten Eintragungsantrag nicht zurückweisen, sondern hat zunächst eine Zwischenverfügung zu erlassen, wenn die vorzeitige Stellung des Antrags durch einen besonderen Grund oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers gerechtfertigt ist. Als berechtigtes Interesse des Antragstellers ist auch die Erwartung möglicher steuerrechtlicher Änderungen im Hinblick auf die Bewertung von Grundstücken anzusehen. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Ingolstadt, Beschluss vom 19.1.2004, 1 T 66/04; mitgeteilt von Notar *Wolf Weiß*, München

Mit Schreiben vom 30.12.2003 reichte der von den Antragstellern bevollmächtigte Notar unter Hinweis auf § 15 GBO einen notariell beurkundeten Überlassungsvertrag beim Amtsgericht ein. Der Überlassungsvertrag enthält insbesondere in § 2 eine Überlassung von Grundeigentum von der Antragstellerin zu 1 an den Antragsteller zu 2. Zudem enthält der Vertrag in § 3 unter Ziffer 3 einen Nießbrauchsvorbehalt zu Gunsten der Antragstellerin zu 1, den diese an nächststufener Rangstelle einzutragen beantragt. Mit Schreiben vom 2.1.2004 teilte der Bevollmächtigte dem Amtsgericht mit, dass die – bislang fehlende – Unbedenklichkeitsbescheinigung nachgereicht werde. Das Amtsgericht wies die Eintragungsanträge unter Hinweis auf die fehlende Unbedenklichkeitsbescheinigung zurück.

Der Notar legte dagegen Beschwerde ein und begründete diese damit, dass zunächst eine Zwischenverfügung hätte ergehen müssen. Aufgrund möglicher geplanter Änderungen in der Steuergesetzgebung sei es keinesfalls mutwillig gewesen, die Eintragungsanträge in Kenntnis der Unvollständigkeit zu stellen.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. (...)

3. § 18 GBO sieht für den Fall, dass einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, ein Wahlrecht des Grundbuchamtes zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung vor. Dieses Wahlrecht ist nach pflichtgemäßem Ermessen auszuüben (*Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 18 Rdnr. 21). Diese Ermessenseinräumung, die [eine] sachliche Antrags erledigung auch bei Vorliegen eines Vollzugshindernisses gewährleisten soll (*Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 428), ist mit Blick auf das Verfahrensziel und den Anspruch des Antragstellers auf faire Verfahrensdurchführung auszuüben. Soweit ein Vollzugshindernis behebbar ist, wird daher der Erlass einer Zwischenverfügung die Regel sein.

4. Nicht zu beanstanden ist im Grundsatz die Erwägung des Grundbuchamtes dahingehend, dass die Kenntnis des Antragstellers von der Unvollständigkeit der eingereichten Unterlagen bei Antragstellung bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist. Dies kann jedenfalls dann zu einer sofortigen Zurückweisung des Antrags führen, wenn die vorzeitige Stellung des Antrags nicht durch einen besonderen Grund oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers gerechtfertigt wäre.

5. Für den vorliegenden Fall trifft dies aber nicht zu. Vielmehr hat der Bevollmächtigte der Antragsteller mit Schreiben vom 2.1.2004 ausdrücklich auf die Unvollständigkeit der von ihm eingereichten Unterlagen hingewiesen und die Nachreichung der Unbedenklichkeitsbescheinigung angekündigt. Zudem erklärt er mit seinem Beschwerdeschriftsatz vom

8.1.2004 die vorzeitige Antragstellung damit, in Erwartung möglicher steuerrechtlicher Änderungen im Hinblick auf die Bewertung von Grundstücken als Grundlage für die Bemessung der Schenkungsteuer sei es im Interesse der Antragsteller geboten gewesen, noch vor dem Jahreswechsel auch bei Unvollständigkeit der einzureichenden Unterlagen einen Antrag auf Eintragung im Grundbuch zu stellen.

6. Die Kammer sieht dies als einen Fall an, in dem auch bei bewusster Unvollständigkeit der eingereichten Unterlagen das Grundbuchamt zunächst eine Zwischenverfügung unter Setzung einer angemessenen Frist zur Vervollständigung der Unterlagen zu erlassen hat. Dabei bewertet die Kammer weder im Einzelnen, wie konkret die gesetzgeberischen Überlegungen bereits Form angenommen haben, insbesondere ob es bislang schon zu konkreten Gesetzentwürfen gekommen ist, noch die Frage, ob das hier vorzunehmende Rechtsgeschäft von dem Anwendungsbereich der Neuregelung ausgenommen wäre. Ausschlaggebend ist allein, dass der Antragsteller für seine bewusst vorzeitige Antragstellung, die er offen legt, ein nachvollziehbares Motiv ins Feld führen kann.

11. GG Art. 1 Abs. 1; BGB § 1355 Abs. 2 (*Verfassungswidrigkeit der Regelung zur Ehenamensbestimmung in einer neuen Ehe*)

**Es ist mit Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, dass nach § 1355 Abs. 2 BGB der durch frühere Eheschließung erworbene und geführte Name eines Ehegatten in dessen neuer Ehe nicht zum Ehenamen bestimmt werden kann.**

BVerfG, Urteil vom 18.2.2004, 1 BvR 193/97

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt etwa in NJW 2004, 1155 und FamRZ 2004, 515.

#### Anmerkung:

Bereits mehrfach war § 1355 BGB Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.<sup>1</sup> Das vorliegende Urteil des BVerfG erklärt Abs. 2 dieser Vorschrift insoweit für mit Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar, als er ausschließt, dass Ehegatten zum Ehenamen einen durch frühere Eheschließung erworbenen Familiennamen bestimmen können, den einer von beiden zum Zeitpunkt der Eheschließung führt.

#### 1. Zur bisherigen Rechtslage

Gem. § 1355 Abs. 1 BGB sollen die Ehegatten einen Ehenamen als gemeinsamen Familiennamen bestimmen. Dabei erlaubt ihnen § 1355 Abs. 2 BGB, zwischen dem Geburtsnamen des Mannes und dem Geburtsnamen der Frau zu wählen. Unter Geburtsname ist der Name zu verstehen, der in die Geburtsurkunde eines Kindes einzutragen ist.<sup>2</sup> Vom Geburtsnamen ist der Ehename zu unterscheiden.<sup>3</sup> Damit schloss § 1355 Abs. 2

BGB die Weitergabe eines erheirateten Namens aus: Ein Ehegatte, der den Namen des anderen Ehegatten als Ehenamen angenommen hatte, konnte diesen zwar nach Scheidung der Ehe weiterführen (vgl. § 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB), er konnte ihn aber nicht zum Ehenamen einer neuen Ehe bestimmen.<sup>4</sup> Allerdings war es möglich, den Ehenamen aus der früheren Ehe dem Ehenamen der neuen Ehe voranzustellen oder hinzuzufügen, wenn er im Zeitpunkt der Bestimmung des Ehenamens noch geführt wurde (§ 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB). Hatten somit Herr A und Frau B geheiratet und den Namen „A“ zum Ehenamen bestimmt, so durfte dieser Name nicht zum Ehenamen einer späteren Ehe zwischen Frau A (geborene B) und Herrn C bestimmt werden. Frau A und Herr C konnten nur die Ehenamen „B“ und „C“, nicht aber den Ehenamen „A“ wählen. Bei Bestimmung des Ehenamens „C“ konnte sich die Frau auch „C-A“ oder „A-C“ nennen.

Nach der bisher herrschenden Meinung war diese Rechtslage verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>5</sup> Für das Verbot der Weitergabe erheirateter Namen wurde zunächst das Interesse an klaren Abstammungsverhältnissen geltend gemacht. Ferner sollten Missbrauchsmöglichkeiten, insbesondere Scheinehen zur Erlangung bestimmter Namen, vermieden werden. Schließlich diene § 1355 Abs. 2 BGB auch dem Schutz der Gefühle des Ehegatten, dessen Name Ehename geworden ist.<sup>6</sup> Schon bisher wurden aber auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1355 Abs. 2 BGB mit dem Argument erhoben, die Vorschrift beinhalte einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Ehegatten, der den erheirateten Namen nicht weitergeben könne.<sup>7</sup>

#### 2. Die Entscheidung des BVerfG

Nach Ansicht des BVerfG ist § 1355 Abs. 2 BGB mit Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit er ausschließt, dass Ehegatten zum Ehenamen einen durch frühere Eheschließung erworbenen Familiennamen bestimmen können, den einer von beiden zum Zeitpunkt der Eheschließung führt.<sup>8</sup> Dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) unterfalle auch der durch die Ehe erworbene Ehename. Dieser stehe dem Ehegatten als eigener und nicht nur geliehener Name zu, weshalb der Schutz nicht auf die Dauer der Ehe beschränkt sei. Der Gesetzgeber greife dadurch in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein, dass der Ehegatte bei Bestimmung eines Ehenamens in einer neuen Ehe zur Aufgabe des erheirateten Namens gezwungen sei und entweder den Namen seines neuen Ehegatten oder seinen früheren Namen annehmen müsse. Dieser Eingriff sei unverhältnismäßig. Zwar komme den durch § 1355 Abs. 2 BGB geschützten Interessen des Ehepartners bzw. seiner Hinterbliebenen „durchaus Gewicht zu“<sup>9</sup>. Auch sei das Interesse an der

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 78, 38 ff.; 84, 9 ff.; 104, 373 ff. Vgl. auch BVerfG, NJW 2002, 1256 ff.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl. 2000, § 1355 Rdnr. 4; Seeger, MittBayNot 2002, 229, 230.

<sup>3</sup> Seeger, MittBayNot 2002, 229, 230.

<sup>4</sup> KG, FamRZ 1997, 557; vgl. ferner OLG Celle, FamRZ 1994, 1322; OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 487; BayObLG, FamRZ 1997, 554; Hübner/Voppel in Staudinger, Bearb. 2000, § 1355 Rdnr. 33; MünchKommBGB/Wacke, § 1355 Rdnr. 12; Seeger, MittBayNot 2002, 229, 231.

<sup>5</sup> So insbesondere die im Wege der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung KG, FamRZ 1997, 557; vgl. ferner die in Fn. 4 genannten Zitate.

<sup>6</sup> Zur ratio legis des § 1355 Abs. 2 BGB vgl. BT-Drucks. 7/650, S. 97; BT-Drucks. 12/5982, S. 18; vgl. ferner MünchKommBGB/Wacke, § 1355 Rdnr. 12; Hübner/Voppel in Staudinger, § 1355 Rdnr. 33.

<sup>7</sup> FamK/Brudermüller, Stand 1994, § 1355 Rdnr. 31; kritisch auch Hübner/Voppel in Staudinger, § 1355 Rdnr. 33.

<sup>8</sup> Vgl. den Leitsatz des Urteils.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 2004, 1155, 1156.

Nachzeichnung von Abstammungslinien schutzwürdig. Trotz dieser rechtmäßigen Ziele halte § 1355 Abs. 2 BGB der gebotenen Abwägung nicht stand. Denn der Ehegatte, der bereits in seiner vorherigen Ehe auf seinen Namen verzichtet habe, müsse nun in der neuen Ehe erneut darauf verzichten, dass sein Name Ehefrau wird. Zudem widerspreche die Vorschrift der Gleichberechtigung von Mann und Frau: Bis 1976 war Ehefrau aufgrund der damaligen Gesetzeslage stets der Mannesname. Auch seitdem würde faktisch der Name des Mannes als Ehefrau dominieren. Deshalb würden durch § 1355 Abs. 2 BGB in der überwiegenden Zahl der Fälle Frauen benachteiligt.

Zweifellos trifft die Annahme des BVerfG zu, dass auch der erheiratete Name dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterfällt. Bedenklich ist jedoch die Annahme, § 1355 Abs. 2 BGB sei unverhältnismäßig. Das BVerfG selbst erkennt an, dass die Normzwecke der Vorschrift durchaus gewichtig sind. Zudem wird der Eingriff in das Grundrecht dadurch abgemildert, dass die Bestimmung eines Ehenamens für die neue Ehe und damit die Aufgabe des nach der Scheidung weiter geführten Ehenamens aus der früheren Ehe im Belieben der Eheleute steht. Die Sollvorschrift des § 1355 Abs. 1 BGB zeitigt nämlich keine ernst zu nehmenden Rechtswirkungen.<sup>10</sup> Die Abwägung des Für und Wider wäre daher Sache des Gesetzgebers gewesen, der bei Einschätzung der Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügt.<sup>11</sup>

### 3. Übergangsregelung und Möglichkeiten des Gesetzgebers

Weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes zur Verfügung stehen, hat das BVerfG § 1355 Abs. 2 BGB nicht für nichtig, sondern nur für mit Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt. Dass der Gesetzgeber den Ehenamen überhaupt abschaffen wird, ist ebenso unwahrscheinlich wie die Einführung einer Klausel, die dem Namensgeber in Anlehnung an den früheren § 56 EheG<sup>12</sup> unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht gegen die Weitergabe seines Namens gewährt. Aller Voraussicht nach wird die Weitergabe des erheirateten Namens als Ehefrau einer neuen Ehe schlicht zugelassen werden.

Bis zur Neuregelung gilt folgende Übergangsregelung:<sup>13</sup> Soweit § 1355 Abs. 2 BGB die Weitergabe des erheirateten Namens in die neue Ehe ausschließt, darf er nicht mehr angewendet werden. Soll der erheiratete Name in der neuen Ehe zum Ehenamen bestimmt werden, so behalten die Eheleute bis zur gesetzlichen Neuregelung zunächst ihre vor der Eheschließung geführten Namen. Für vor Veröffentlichung der Entscheidung geschlossene Ehen bleibt es zunächst bei § 1355 Abs. 2 BGB. Jedoch muss der Gesetzgeber für diese Fälle eine besondere Regelung treffen, die allerdings nicht sämtliche Folgen der Regelung rückwirkend beseitigen muss. Die Regelung ist jedenfalls auf alle Ehegatten zu erstrecken, die einen erheirateten Namen nicht zum Ehenamen bestimmen konnten. Diesen muss die Möglichkeit eröffnet werden, einen Namen zu führen, „der sich aus einer dem Grundsatz der Gleichberechtigung entsprechenden Regelung ergibt“<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 232.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 77, 84, 106; 81, 156, 193; *Brockmeyer* in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 20 Rdnr. 27; *Jarass* in Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 20 Rdnr. 87.

<sup>12</sup> In der durch das 1. EheRG aufgehobenen Form.

<sup>13</sup> BVerfG, NJW 2004, 1155, 1157 f.

<sup>14</sup> BVerfG, NJW 2004, 1154, 1158.

Weil das BVerfG für die Übergangsregelung darauf abstellt, dass „ein durch Ehenamenswahl erworbener Name zum Ehenamen *bestimmt werden soll*“<sup>15</sup>, verbleiben gewisse Unklarheiten darüber, welche Fälle der Gesetzgeber bei ab Veröffentlichung der Entscheidung geschlossenen Ehen in die Neuregelung einzubeziehen hat: Einerseits könnten nur solche Fälle gemeint sein, in denen die Eheleute bei Eheschließung *gegenüber dem Standesbeamten erklären* (vgl. § 1355 Abs. 2 BGB),<sup>16</sup> dass bei einer entsprechenden Neuregelung der erheiratete Name Ehefrau werden soll. Andererseits ist es denkbar, dass der Gesetzgeber alle Fälle einbeziehen muss, in denen die Eheleute bei ihren bisherigen Namen bleiben, also (vorerst) keinen Ehenamen bestimmen. Legen die Eheleute darauf Wert, einen erheirateten Namen zum Ehenamen zu bestimmen, so sollten sie dies daher sicherheitshalber bei Eheschließung dem Standesbeamten gegenüber erklären. Ferner sollten sie keinen ihrer Geburtsnamen zum Ehenamen bestimmen, da der Gesetzgeber nach Veröffentlichung der Entscheidung bei einer solchen Namenswahl nicht mehr verpflichtet sein dürfte, den Eheleuten die Wahl des erheirateten Namens als Ehenamen zu ermöglichen.

### 4. Weitere Auswirkungen der Entscheidung

Sollte der Gesetzgeber – wie zu erwarten ist – die Weitergabe erheirateter Namen ermöglichen, so hätte dies in der Zukunft die Häufung besonders „wohlklingender“ Namen zur Folge. Ob es zu der bisweilen beschworenen „Namensinflation“ kommen wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls könnte der zum Ehenamen bestimmte erheiratete Name nach einer Scheidung der neuen Ehe von beiden Partnern in weitere Ehen eingebracht werden. Ferner wäre der Name nach den §§ 1616 ff. BGB auch an mit dem Namensgeber nicht verwandte Kinder übertragbar.

Dass durch die erweiterte Möglichkeit einer Weitergabe des bürgerlichen Namens keine Zugehörigkeit zum Adel erworben werden kann, versteht sich von selbst. Nach den wegen Art. 109 WRV i. V. m. Art. 123 Abs. 1 GG heute nicht mehr dem staatlichen Recht zuzuordnenden adelsrechtlichen Prinzipien zählen im Wesentlichen nur solche Personen zum Adel, die in ehelicher Geburt vom Vater abstammen, denen der jeweilige Landesherr den Adel verliehen hatte oder die (im Falle von Frauen) mit einem gemäß vorstehenden Bedingungen adligen Ehemann verheiratet sind.<sup>17</sup> Die Entscheidung wird somit zu einem weiteren Auseinanderfallen von Adelszugehörigkeit und auf Adel hindeutenden Namensbestandteilen führen.<sup>18</sup>

Unklar ist, ob die Entscheidung des BVerfG auch auf § 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG übertragbar ist. Nach dieser Vorschrift kann zum Lebenspartnerschaftsnamen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft – wie bei § 1355 Abs. 2 BGB – nur der Geburtsname eines der Lebenspartner bestimmt werden. Durch eine Ehe oder Lebenspartnerschaft erworbene Namen scheiden demnach als Lebenspartnerschaftsnamen aus.<sup>19</sup> Für

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2004, 1154, 1157.

<sup>16</sup> Zu Form und Modalitäten der Erklärung über die Namenswahl vgl. *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 232 f.

<sup>17</sup> *Frhr. v. Elverfeldt-Ulm*, Adelsrecht im deutschsprachigen Raum, in *Frhr. v. Elverfeldt-Ulm*, Adelsrecht, 2001, S. 16, 22. Zum Adelsrecht allgemein vgl. auch *Otto v. Gierke*, Deutsches Privatrecht, 1. Aufl. 1895, §§ 46 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Frhr. v. Elverfeldt-Ulm* (Fn. 17), S. 16.

<sup>19</sup> *Kemper* in HK-LPartG, 1. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 6; *Wellenhofer-Klein*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, 2003, Rdnr. 115; *Muscheler*, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaften, 1. Aufl. 2001, Rdnr. 153; *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 231.

die Verfassungswidrigkeit auch von § 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG spricht der Umstand, dass die Vorschrift dem § 1355 BGB „bis ins Detail nachgebildet“<sup>20</sup> ist, weshalb eine Gleichbehandlung mit § 1355 Abs. 2 BGB nahe liegend erscheint. Zutreffend erscheint es allerdings, eine Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 1 Satz 2 LPartG zu verneinen. Als Hauptargument für die Verfassungswidrigkeit des § 1355 Abs. 2 BGB macht das BVerfG geltend, die Vorschrift verfestige Vorstellungen, die dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Bild einer Gleichberechtigung von Mann und Frau im Namensrecht nicht gerecht würden. Dieses Argument trifft auf gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften von vornherein nicht zu. Ferner ist zu berücksichtigen, dass § 3 Abs. 1 Satz 1 LPartG – anders als § 1355 Abs. 1 Satz 1 LPartG – keinen „rechtspolitischen Appell“ zur Bestimmung eines gemeinsamen Namens beinhaltet.<sup>21</sup> Ob sich diese Sichtweise in der Rechtsprechung durchsetzen wird, bleibt freilich abzuwarten.

## 5. Vereinbarungen über die Namensführung

Für die notarielle Praxis bedeutsam ist die Frage, ob Vereinbarungen über die Führung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamens nach der zu besprechenden Entscheidung noch als zulässig erachtet werden können. Bisher war folgender Meinungsstand zu verzeichnen:<sup>22</sup> Eine verbreitete Meinung hielt vertragliche Abreden über die Führung des Ehenamens nicht für möglich.<sup>23</sup> Hierfür wurde die Höchstpersönlichkeit der Namenswahl geltend gemacht. Aus dieser folge, dass bis zur wirksamen Bestimmung des Namens gegenüber dem Standesbeamten den Eheleuten die volle Entscheidungsfreiheit erhalten bleiben müsse. Ferner könne die Verpflichtung zur Bestimmung eines Ehenamens keine stärkeren Rechtswirkungen entfalten als die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe (vgl. § 1297 BGB).

Die herrschende Meinung hielt dagegen vertragliche Abreden über die Namensführung für möglich, und zwar sowohl für die künftige Ehe als auch für den Zeitraum nach einer etwaigen Scheidung und in entsprechender Weise bei eingetragenen Lebenspartnerschaften.<sup>24</sup> Teilweise wurde hierbei jedoch die Ansicht vertreten, wegen der Höchstpersönlichkeit der Namenswahl scheide eine Vollstreckung entsprechend § 883 Abs. 2 ZPO aus.<sup>25</sup> Nach anderer Meinung sollte die

Vollstreckung solcher Vereinbarungen gem. § 888 ZPO erfolgen.<sup>26</sup> Die herrschende Ansicht hielt derartige Abreden demgegenüber für nach § 894 ZPO vollstreckbar.<sup>27</sup>

Für die Unzulässigkeit derartiger Vereinbarungen könnten nunmehr folgende Ausführungen des BVerfG sprechen: „Das Recht am eigenen Namen, das auch dem geschiedenen Ehegatten zukommt, erwächst aus dem Schutz der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, die die eigene Identität und Lebenssphäre umfasst und im Namen zum Ausdruck bringt. Daraus folgt aber kein Recht, über den Namen eines anderen zu bestimmen (...). Deshalb kann weder ein Recht auf Namenswahl für einen anderen noch ein Recht, einem anderen zu versagen, den gleichen Namen wie man selbst zu tragen, aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleitet werden: Ein Recht auf Namensexklusivität existiert nicht.“ Allerdings ist hier nur davon die Rede, dass aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – also aus der Verfassung selbst – kein Recht folgt, über den Namen eines anderen zu bestimmen. Zur Zulässigkeit vertraglicher Abreden über die Namenswahl äußert sich das Gericht nicht. Diese ist deshalb nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Weil die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG nur die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden, sind sie bei Vereinbarungen unter Privaten nur unter den für die sog. mittelbare Drittwirkung von Grundrechten geltenden Voraussetzungen zu beachten.<sup>28</sup> Eine Inhaltskontrolle von Verträgen mittels zivilrechtlicher Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) hat nach den vom BVerfG aufgestellten Kriterien dann zu erfolgen, wenn „der Inhalt des Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen“ und zugleich Folge einer „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke ist“<sup>29</sup>. Selbst bei längerer Ehe werden diese Voraussetzungen regelmäßig nicht vorliegen, wenn nicht besondere Umstände gegeben sind, wie etwa die existentielle wirtschaftliche Bedeutung des Namens für den betreffenden Ehepartner.

Hält man vertragliche Abreden über den Ehenamen für zulässig, so könnte die Weitergabe des erheirateten Namens vermieden werden. In Betracht käme beispielsweise eine vertragliche Verpflichtung, den Ehenamen nach Beendigung der Ehe wieder abzulegen (vgl. § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB).<sup>30</sup> Verfassungswidrig ist § 1355 Abs. 2 BGB nämlich nur insoweit, als er die Weitergabe eines durch eine frühere Eheschließung erworbenen Namens ausschließt, den einer der Ehegatten *zum Zeitpunkt der Eheschließung noch führt*.<sup>31</sup> Beschränkt sich der Gesetzgeber auf die Beseitigung des Verfassungsverstößes durch Zulassung der Weitergabe eines durch vorherige Ehe erworbenen Namens, sofern dieser bei Eheschließung noch geführt wird, so würde der nach Scheidung abgelegte erheiratete Name als Ehefrau der neuen Ehe ausscheiden. Denkbar wäre ferner ein vertragliches Verbot, den erheirate-

<sup>20</sup> Kemper in HK-LPartG, § 3 Rdnr. 1. Vgl. auch *Muscheler* (Fn. 19), Rdnr. 153; *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 231.

<sup>21</sup> *Wellenhofer-Klein* (Fn. 19), Rdnr. 115; *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 231.

<sup>22</sup> Vgl. *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 238.

<sup>23</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, § 1615; *FamK/Brudermüller*, § 1355 Rdnr. 44. *Hohloch* in *Soergel*, BGB, Ergänzungsband, 12. Aufl., Stand 1994, § 1355 Rdnr. 15, hält entsprechende Abreden analog § 1297 Abs. 1 BGB für nicht klagbar; *Hübner/Voppel* in *Staudinger*, § 1355 Rdnr. 51, halten hingegen Abreden für die Zeit nach der Scheidung für möglich, unzulässig sollen hingegen Abreden über die Führung des Ehenamens oder auch nur eines Begleitnamens sein.

<sup>24</sup> Zur Ehe: *RGZ* 36, 114, 116; *RG*, *SeuffA* 76 Nr. 55; *LG München*, *StAZ* 2000, 173, 174; *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 22; *Diederichsen*, *NJW* 1976, 1169, 1170; *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, § 8 Rdnr. 3; *Grziwotz* in *Beck'sches* Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, B I Rdnr. 37; *Hartmann* in *BLAH*, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 888 Rdnr. 22; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 53; *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 238. Wohl auch *MünchKommBGB/Wacke*, § 1355 Rdnr. 16. Zur Lebenspartnerschaft *Grziwotz*, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, 2003, Rdnr. 487.

<sup>25</sup> *Diederichsen*, *NJW* 1976, 1169, 1170; *Hartmann* in *BLAH*, § 888 Rdnr. 22; wohl auch *MünchKommBGB/Wacke*, § 1355 Rdnr. 16.

<sup>26</sup> *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 7. Aufl. 1998, § 8 Rdnr. 3.

<sup>27</sup> *RGZ* 36, 114, 116; *RG*, *SeuffA* 76 Nr. 55; *LG München*, *StAZ* 2000, 173, 174; *Grziwotz* in *Beck'sches* Notarhandbuch, B I Rdnr. 37; *Langenfeld* (Fn. 24), Rdnr. 53.

<sup>28</sup> *Dreier* in *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 1 III Rdnr. 24 ff.; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rdnr. 35 f. Vgl. auch *Kannengießer* in *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Vorb. v. Art. 1 Rdnr. 7 f.

<sup>29</sup> *BVerfG*, *NJW* 1994, 37, 39. Vgl. auch *BVerfG*, *NJW* 1994, 2749, 2750; 2001, 957, 958.

<sup>30</sup> Vgl. die Formulierungsbeispiele bei *Brambring* (Fn. 24), Rdnr. 22, und *Grziwotz*, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, Rdnr. 488.

<sup>31</sup> *BVerfG*, *NJW* 2004, 1155.

ten Namen zum Ehenamen in einer neuen Ehe zu bestimmen. Eine solche Abrede wäre aber weniger sicher, weil die Wahl des Ehenamens für die Dauer der Ehe grundsätzlich unabhängig ist,<sup>32</sup> bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung diese also nicht mehr durchgesetzt werden könnte. Schließlich wäre als milderes Mittel eine Vereinbarung denkbar, wonach der Ehepartner in der neuen Ehe nur als Begleitname geführt werden darf (vgl. § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB).

Ob allerdings auch die Rechtsprechung derartige Verträge weiterhin für zulässig erachtet wird, bleibt abzuwarten. Bei Beurkundung entsprechender Vereinbarungen sollte der Notar deshalb auf die bestehende Unsicherheit hinweisen.

Notarassessor Dr. *Bernhard Seeger*, Würzburg

32 *Seeger*, MittBayNot 2002, 229, 234 m. w. N.

12. BGB §§ 138, 242, 1408, 1410, 1585 (*Inhaltskontrolle von Eheverträgen*)

### Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen.

BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die rechtskräftig geschiedenen Parteien streiten über nachehelichen Unterhalt und Ausgleich des Zugewinns. Der 1948 geborene Antragsteller und die 1955 geborene Antragsgegnerin haben am 22.11.1985 miteinander die Ehe geschlossen, aus der die am 24.3.1986 und am 21.5.1989 geborenen Kinder M. und V. hervorgegangen sind. Der Antragsteller ist seit 1985 als Unternehmensberater tätig. Die Antragsgegnerin, die in den Fächern alte Geschichte, Kunstgeschichte und Germanistik das Magisterexamen bestanden hat, leitete 1984 und 1985 archäologische Ausgrabungen, gab diese Tätigkeit aber wegen ihrer Schwangerschaft auf. Ihre Absicht, den Doktorgrad zu erwerben, verfolgte sie auf Wunsch ihres Mannes nicht weiter; sie widmete sich dem Haushalt und der Erziehung der Kinder.

Am 17.2.1988 schlossen die Parteien einen notariellen Ehevertrag. Darin verzichteten sie „für den Fall der Scheidung ... gegenseitig auf jegliche ... nacheheliche Unterhaltsansprüche, mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen Kindesbetreuung“. Außerdem vereinbarten sie für die Zukunft Gütertrennung. Sie erklärten, dass ein Zugewinn bisher nicht entstanden sei; vorsorglich verzichteten sie wechselseitig auf etwaige bisher entstandene Zugewinnausgleichsansprüche. Den Versorgungsausgleich schlossen sie aus. Den Verzicht der Antragsgegnerin stellten sie dabei unter die Bedingung, dass der Antragsteller spätestens ab Juni 1988 für die Antragsgegnerin eine private Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von 80.000 DM auf den Zeitpunkt der Vollendung ihres sechzigsten Lebensjahres mit Rentenwahlrecht abschließen und die Beiträge hierauf während des Bestehens der Ehe laufend zahlen sollte. Im Falle der Scheidung sollte er ihr den dreifachen Jahresbeitrag zu dieser Versicherung in einer Summe als Abfindung bezahlen. Weitere Zahlungen sollte er dann nicht mehr schulden.

Am 27.4.1988 wurde für die Antragsgegnerin bei der P. L. eine Kapitallebensversicherung über 80.000 DM abgeschlossen, auf die der Antragsteller in der Folge Zahlungen leistete. Am 13.11.2001, in der Scheidungsverhandlung vor dem Amtsgericht, verpflichtete er sich in Abweichung vom ursprünglichen Vertrag, die Raten fortlaufend bis zum Ablauf der Versicherung am 1.5.2015 zu zahlen.

Der Antragsteller erzielte nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts „in den letzten Jahren“ ein monatliches Einkommen von durchschnittlich 27.000 DM netto aus abhängiger und selbständiger Arbeit. Die Antragsgegnerin betreibt seit 1994 an ihrem Wohnort einen „alternativen“ Spielwarenladen, zuletzt zusammen mit einer Postagentur. Ihr monatliches Einkommen aus dieser Tätigkeit beläuft sich – nach ihren Angaben – auf 1.084 DM vor Steuern. Die Parteien bewohnten ein Haus in A. mit einer Wohnfläche von 200 m<sup>2</sup> auf einem Grundstück von ca. 1.200 bis 1.300 m<sup>2</sup>, das die Parteien vom Bruder

des Antragstellers für eine monatliche Gesamtmiete von 2.548 DM gemietet hatten. Die Antragsgegnerin erhielt vom Antragsteller ein monatliches Wirtschaftsgeld von 2.692 DM sowie einen Ausgleich für ihre Mitarbeit in seinem häuslichen Büro von monatlich 500 DM. Im Übrigen war der Zuschnitt der ehelichen Lebensverhältnisse, was Kleidung, Einrichtung und sonstige Ausstattung anbelangt, nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bescheiden.

Die Parteien leben seit Februar 1999 dauernd getrennt. Die Kinder haben nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei der Antragsgegnerin; der Antragsteller zahlt für sie Unterhalt nach der höchsten Stufe der Düsseldorfer Tabelle.

Das Amtsgericht hat mit Verbundurteil die Ehe der Parteien geschieden und festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Außerdem hat es den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin 3.671 DM Elementarunterhalt und 1.081 DM Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen; die auf weitergehenden Unterhalt sowie die im Rahmen einer Stufenklage auf Auskunft und Zahlung eines Zugewinnausgleichs gerichteten Anträge der Antragsgegnerin hat es abgewiesen. Hinsichtlich des Ausspruchs über die Scheidung und über den Versorgungsausgleich ist das Urteil des Amtsgerichts seit dem 13.4.2002 rechtskräftig.

Auf die Berufung der Antragsgegnerin hat das Oberlandesgericht den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin monatlich im Voraus Elementarunterhalt in Höhe von 2.897 € sowie Vorsorgeunterhalt in Höhe von 952 € zu zahlen; im Übrigen hat es ihre Berufung hinsichtlich des Unterhaltsbegehrens zurückgewiesen. Ebenso hat es die Anschlussberufung des Antragstellers, mit der er sich gegen die 2.500 DM (= 1.278,23 €) monatlich übersteigende Verurteilung zur Unterhaltszahlung wehrte, zurückgewiesen. Hinsichtlich des Zugewinnausgleichs hat es ihn verurteilt, über sein Endvermögen Auskunft zu erteilen, und die Sache im Übrigen an das Amtsgericht zurückverwiesen. Mit der zugelassenen Revision wendet sich der Antragsteller gegen das Berufungsurteil, soweit es ihn beschwert.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

#### I.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2003, 35 (m. Anm. *Bergschneider* 39) veröffentlicht ist, steht der Klägerin neben dem Betreuungsunterhalt ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt sowie auf Auskunftserteilung zum Zwecke des Zugewinnausgleichs zu. Der notarielle Vertrag der Parteien vom 17.2.1988 schließt diese Ansprüche nicht aus, da er – gemessen an den vom Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 6.2.2001 (FamRZ 2001, 343 m. Anm. *Schwab* 349) und vom 29.3.2001 (FamRZ 2001, 985) genannten Maßstäben – für unwirksam zu erachten sei.

Nach diesem Vertrag hätten die Parteien zwar gegenseitig auf jegliche nachehelichen Unterhaltsansprüche mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen Kindesbetreuung verzichtet. Damit habe der Antragsteller jedoch praktisch kein Recht aufgegeben, da man nicht davon ausgehen können, dass er bei einem Vermögen von über einer Million DM und hohen monatlichen Einkünften im Falle der Scheidung unterhaltsbedürftig würde. Die Antragsgegnerin, die demgegenüber über kein Vermögen und – abgesehen von den aus der Bürotätigkeit für den Antragsteller erzielten 500 DM – über kein Einkommen verfügt habe, sei wirtschaftlich völlig vom Antragsteller abhängig gewesen. Gemäß seinem Wunsch habe sie sich der Haushaltsführung gewidmet. Wegen der Betreuung der damals noch nicht ganz zweijährigen Tochter M. und der am 21.5.1989 geborenen Tochter V. habe sie praktisch auf Jahre hinaus keine Aussicht gehabt, durch eine Erwerbstätigkeit ihren Unterhalt sicherzustellen. Insgesamt sei die

Antragsgegnerin somit durch den weitgehenden Unterhaltsverzicht unangemessen benachteiligt worden, weil ihr – gegenüber dem finanziellen Beitrag des Antragstellers zu den ehelichen Lebensverhältnissen gleichwertiger – Beitrag in Form von Haushaltsführung und Kindesbetreuung für den Fall der Scheidung unberücksichtigt geblieben sei. Ihr sei nicht nur ohne sachlichen Grund die Teilhabe an den ehelichen Lebensverhältnissen genommen worden, die durch den – bei dem monatlichen Nettoeinkommen des Antragstellers von 27.000 DM besonders werthaltigen – Aufstockungsunterhalt gewährleistet werden soll. Ihr sei vielmehr auch das alleinige Risiko aufgebürdet worden, im Alter, bei Krankheit oder bei Arbeitslosigkeit ohne hinreichende Einkünfte auszukommen.

Der Ausschluss jeder Unterhaltsberechtigung für diese Fälle sei auch mit dem Wohl der gemeinsamen Kinder nicht vereinbar. Auch wenn der Antragsteller an die Kinder Unterhalt nach der höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle leiste, bestehe doch die Gefahr, dass die Antragsgegnerin im Falle ihrer Invalidität unter Verhältnissen leben müsse, welche die Entwicklungsmöglichkeit der Kinder weit mehr einschränkten, als es den gemeinsamen wirtschaftlichen Verhältnissen entspreche. Die ungenügende Absicherung der Antragsgegnerin für den Fall der Invalidität beruhe insbesondere darauf, dass sie mit ihrem Verzicht auf den Versorgungsausgleich nicht nur mögliche Anwartschaften auf eine Altersrente, sondern auch auf eine Invaliditätsversorgung verloren habe. Dieser Nachteil werde durch die vereinbarte Kapitallebensversicherung bei weitem nicht ausgeglichen, zumal bei Durchführung des Versorgungsausgleichs auf die Antragsgegnerin Rentenanwartschaften in Höhe von 590,94 DM übertragen worden wären. Zur Begründung solcher Rentenanwartschaften im Wege des Einmalbeitrags wäre, bezogen auf den 31.3.2000, ein Betrag von 128.748,74 DM erforderlich gewesen, mithin weit mehr als die für die Antragsgegnerin vereinbarte Versicherungssumme von 80.000 DM. Auch hierin liege eine unangemessene Benachteiligung der Antragsgegnerin, welche den vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs als unwirksam erscheinen lasse, auch wenn die Entscheidung des Amtsgerichts, keinen Versorgungsausgleich durchzuführen, nicht angefochten sei.

Auch der vereinbarte Ausschluss des Zugewinnausgleichs sei unwirksam, weil der Antragsteller seine dominierende Situation als Inhaber eines Vermögens und Bezieher eines weit überdurchschnittlichen Einkommens gegenüber der vermögens- und praktisch einkommenslosen Antragsgegnerin zu deren Nachteil ausgenutzt habe. Der Antragsteller habe sich nicht auf die Sicherung seines ererbten Vermögens beschränkt, was angeblich sein Motiv für den Abschluss des Ehevertrags gewesen sei. Er habe vielmehr die Antragsgegnerin, auf deren Seite kein Zugewinn zu erwarten gewesen sei, von der Teilhabe an dem gemeinsam erwirtschafteten ausgeschlossen. Dadurch sei die Antragsgegnerin insbesondere in ihrer Altersversorgung betroffen worden, da hierfür bei gut verdienenden Personen wie dem Antragsteller erfahrungsgemäß auch mit Hilfe des Vermögens Vorsorge getroffen werde.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

## II.

Das Gesetz gibt Ehegatten die Möglichkeit, durch während oder vorsorglich schon vor der Ehe getroffene Vereinbarungen für den Fall einer späteren Scheidung den nachehelichen Unterhalt oder sonstige versorgungs- und güterrechtliche Angelegenheiten verbindlich zu regeln (§ 1408 Abs. 1 und 2, § 1585 c BGB).

1. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats bestand für derartige Vereinbarungen grundsätzlich volle Vertragsfreiheit. Eine besondere Inhaltskontrolle, ob die Regelung angemessen sei, fand – abgesehen von Vereinbarungen nach § 1587 o BGB – nicht statt (Senatsbeschluss vom 2.10.1996, XII ZB 1/94, FamRZ 1997, 156, 157; vgl. auch Senatsurteil vom 28.11.1990, XII ZR 16/90, FamRZ 1991, 306). Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt berühre nicht einen Kernbereich der Ehe (Senatsurteil vom 24.4.1985, IVb ZR 22/84, FamRZ 1985, 788). Auch werde das Wesen der Ehe nicht dadurch mitbestimmt, dass eine „wirtschaftliche Lebensgemeinschaft“ entstehe oder dass die Ehegatten bei Auflösung der Ehe an den während ihres Bestehens eingetretenen vermögensrechtlichen Veränderungen beteiligt würden (Senatsurteil vom 24.4.1985, a. a. O., 789).

Schranken der Gültigkeit einer solchen Vereinbarung ergäben sich allein aus den §§ 134, 138 BGB. Ob eine Vereinbarung im Einzelfall gegen die guten Sitten verstoße, hänge von ihrem Inhalt, Beweggründen und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter ab, wobei sich aus dem zeitlichen Abstand zu einer nicht beabsichtigten, sondern nur für denkbar gehaltenen Scheidung zusätzliche Gesichtspunkte ergeben könnten (Senatsurteile vom 24.4.1985, a. a. O., und vom 28.11.1990, a. a. O., 307). Es reiche für sich allein nicht aus, dass die Vereinbarung in dem Bestreben abgeschlossen worden sei, sich von sämtlichen nachteiligen Folgen einer Scheidung freizuzeichnen (Senatsurteil vom 28.11.1990, a. a. O.). Auch genüge nicht, dass sich die Regelung ausschließlich oder überwiegend zu Lasten eines der beiden Ehegatten auswirken könne (Senatsbeschluss vom 2.10.1996, a. a. O., 157). Schließlich könne die Sittenwidrigkeit der Abrede auch nicht allein aus dem Umstand hergeleitet werden, dass die vertragsschließende Frau von dem Mann schwanger gewesen und dieser die Eheschließung mit ihr von dem Abschluss dieses Vertrags abhängig gemacht habe. Da der Mann, ungeachtet der Schwangerschaft der Frau, von einer Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines mit der Mutter nicht verheirateten Vaters zurückziehen können, könne von einer zu missbilligenden Ausnutzung einer Zwangslage der Frau nicht ausgegangen werden (Senatsbeschlüsse vom 18.9.1996, XII ZB 206/94, FamRZ 1996, 1536, 1537, und vom 2.10.1996, a. a. O., 157 f.). Allerdings könne ein Unterhaltsverzicht dann den guten Sitten zuwiderlaufen und damit nichtig sein, wenn die Parteien ihre auf der Ehe beruhenden Familienlasten objektiv zum Nachteil der Sozialhilfe geregelt hätten (Senatsurteile BGHZ 86, 82, 88, vom 24.4.1985, a. a. O., 790, und vom 9.7.1992, XII ZR 57/91, FamRZ 1992, 1403). Dazu bedürfe es nicht unbedingt eines Bewusstseins der Parteien, durch ihre Vereinbarung den Träger der Sozialhilfe zu schädigen; vielmehr könne es bereits genügen, dass sie sich einer solchen Erkenntnis grob fahrlässig verschlossen hätten (Senatsurteil vom 24.4.1985, a. a. O.).

Auch sei dem auf Unterhalt in Anspruch genommenen geschiedenen Ehegatten die Berufung auf einen Unterhaltsverzicht des anderen Ehegatten unter Umständen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt; dies könne namentlich dann der Fall sein, wenn die zur Zeit des Unterhaltsverzichts bestehenden Verhältnisse sich nachträglich so entwickelt hätten, dass überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder der Geltendmachung des Verzichts entgegenstünden (Senatsurteile vom 24.4.1985, IVb ZR 17/84, FamRZ 1985, 787 f., und vom 15.10.1986, IVb ZR 79/85, FamRZ 1987, 46, 47), mögen die Parteien die dann später tatsächlich eingetretene Entwicklung – nämlich die Scheidung bei fortbestehender Betreuungsbedürftigkeit der Kinder – auch bereits beim Abschluss des Unterhaltsverzichts bedacht haben

(Senatsurteil vom 9.7.1992, a. a. O., 1404). Die Dauer und Höhe der Unterhaltspflicht sei allerdings in einem solchen Fall insoweit beschränkt, als nicht das Kindeswohl ein Weiterbestehen des Unterhaltsanspruchs gebiete (Senatsurteile vom 28.11.1990, a. a. O., 307, vom 30.11.1994, XII ZR 226/93, FamRZ 1995, 291, 292, und vom 16.4.1997, XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873, 874). Der Höhe nach stehe dem betreuenden Ehegatten der Unterhaltsanspruch nur insoweit zu, als er, um seinen Betreuungspflichten nachzukommen, darauf zur Deckung seines notwendigen eigenen Lebensbedarfs angewiesen sei; nur wenn besondere Gründe des Kindeswohls dies geböten, sei dem betreuenden Ehegatten mehr als der notwendige Unterhalt zuzubilligen (Senatsurteile vom 9.7.1992, a. a. O., 1405, vom 30.11.1994, a. a. O., 291 f., und vom 16.4.1997, a. a. O., 874 f.).

2. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001 (a. a. O.) und vom 29.3.2001 (a. a. O.) geben Anlass, die dargestellte Rechtsprechung zu überprüfen.

a) Mit seinem Senatsbeschluss vom 6.2.2001 (a. a. O.) hat das Bundesverfassungsgericht an seine Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen (NJW 1994, 36) und zum entschädigungslosen Wettbewerbsverbot von Handelsvertretern (NJW 1990, 1469) angeknüpft und die dort entwickelten Grundsätze auf Eheverträge und Unterhaltsvereinbarungen übertragen:

Danach setze die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie voraus, dass die Voraussetzungen der Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben seien. Der im Vertrag zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lasse zwar in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren habe. Sei jedoch aufgrund einer einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, sei es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragspartner die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehre.

Dies gelte auch für Eheverträge, mit denen Eheleute ihre höchstpersönlichen Beziehungen für die Zeit ihrer Ehe oder danach regeln. Art. 6 Abs. 1 GG gebe ihnen hierbei das Recht, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten. Verfassungsrechtlich geschützt sei allerdings nur eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stünden. Der Staat habe infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, ihre ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten mit Hilfe von Verträgen zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sei, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegele. Dies sei regelmäßig anzunehmen, wenn eine nichtverheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sehe, in Zukunft entweder allein für das Kind Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sei aber stark belastenden Ehevertrags. Ob ein solcher Vertrag die Frau deutlich mehr belaste als den Mann, hänge wesentlich auch davon ab, welche familiäre Konstellation die Vertragspartner anstrebten und ihrem Vertrag zugrunde legten. Verzichteten Ehepartner etwa gegenseitig auf nacheheliche ge-

setzliche Unterhaltsansprüche, liege darin bei Ehen, in denen beide Partner einer etwa gleichwertigen Berufstätigkeit nachgingen und sich Haus- und Familienarbeit teilten, keine ungleiche Belastung. Sehe die Lebensplanung der Partner jedoch vor, dass sich in der Ehe einer der beiden unter Aufgabe einer Berufstätigkeit im Wesentlichen der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widme, benachteilige der Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt denjenigen, der sich der Betreuung des Kindes und der Arbeit im Hause gewidmet habe. Je mehr im Ehevertrag gesetzliche Rechte abbedungen oder zusätzliche Pflichten übernommen würden, desto mehr könne sich dieser Effekt einseitiger Benachteiligung verstärken.

Es sei Aufgabe der Gerichte, den Inhalt des Vertrags in Fällen gestörter Vertragsparität einer Kontrolle über die zivilrechtlichen Generalklauseln zu unterziehen und gegebenenfalls zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners zu korrigieren. Die Eheschließungsfreiheit stehe einer solchen Inhaltskontrolle nicht entgegen, denn sie rechtfertige nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung. Dementsprechend sei ein Teil des Eherechts herkömmlich zwingendes Recht.

b) Während die vorgenannte Senatsentscheidung unmittelbar nur die Wirksamkeit einer vor der Eheschließung getroffenen ehevertraglichen Vereinbarung betraf, in der sich eine Schwangere u. a. verpflichtet hatte, den Ehemann und Kindesvater für den Fall der Scheidung von Unterhaltsansprüchen des erwarteten Kindes teilweise freizustellen, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschluss vom 29.3.2001 (a. a. O.) diese Rechtsprechung fortgeführt und eine oberlandesgerichtliche Entscheidung beanstandet, die der Ehefrau nur den notwendigen Betreuungsunterhalt zuerkannt, ihre weitergehenden Anträge auf Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich aber zurückgewiesen hatte. Die Ehegatten hatten vor der Eheschließung nachehelichen Unterhalt sowie Zugewinn- und Versorgungsausgleich vertraglich ausgeschlossen. Das Oberlandesgericht hätte – so das Bundesverfassungsgericht – die besondere Situation, in der sich die Ehefrau als Schwangere mit schon einem – noch dazu schwerbehinderten – Kind (aus einer anderen Verbindung) bei Vertragsschluss befunden habe und die allein schon ein deutliches Indiz für ihre Unterlegenheit als Vertragspartnerin gewesen sei, zum Anlass nehmen müssen, den gesamten Vertragsinhalt einer Kontrolle zu unterziehen; dabei hätte es der Frage nachgehen müssen, ob der Ehevertrag die Ehefrau – zumal in ihrer familiären und wirtschaftlich beengten Situation – einseitig und unangemessen belaste.

3. Die Frage, welche Konsequenzen sich aus diesen Entscheidungen für die Beurteilung von Eheverträgen allgemein – also auch in Fällen, in denen die Ehefrau bei Vertragsabschluss nicht schwanger ist – ergeben, wird in der Literatur wie auch in der Fachöffentlichkeit unterschiedlich beantwortet.

a) Differenzen bestehen bereits bei der Beurteilung, wann – allgemein – von einer einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall gesprochen werden kann.

So soll nach einer Auffassung eine solche einseitige Lastenverteilung jedenfalls dann vorliegen, wenn der „Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems“ berührt sei. Dazu sollen zumindest diejenigen Regelungen des nachehelichen Unterhalts zählen, die an eine ehebedingte Bedürftigkeit anknüpfen, möglicherweise auch der Versorgungsausgleich, nicht dagegen ohne weiteres auch der Zugewinnausgleich (*Dauner-Lieb*, AcP 200 [2001] 295, 319 f.).

Nach einer weiteren Auffassung erfordere das Eheverständnis des BGB keine bestimmte Zuordnung oder Teilhabe auf der

Vermögensebene. Auch die eheliche Solidarität verlange keine gegenseitige Vermögensbeteiligung, da diese nicht an Bedarfslagen anknüpfe und somit keine unterhaltsrechtliche Funktion erfüllen solle. Bedenken bestünden jedoch, sobald die Vereinbarung der Gütertrennung mit weiteren Abreden verbunden werde, welche die Versorgungslage gerade desjenigen Ehegatten gefährdeten, der nach geplanter oder gelebter Gestaltung der Verhältnisse „ehebedingt“ einer sozialen Sicherstellung besonders bedürfe. Auch ohne eine derartige Kumulierung könne eine güterrechtliche Vereinbarung bedenklich sein, wenn mit ihr nicht nur die künftige Vermögenszuordnung geregelt, sondern auf schon begründete Rechtspositionen verzichtet werde. Der Versorgungsausgleich stehe, obwohl auch er nicht auf Bedarfslagen rekurriere, dem Unterhalt näher als dem Zugewinnausgleich; gleichwohl sei anzunehmen, dass er innerhalb der – hier engeren – gesetzlichen Grenzen der ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit unterliege (*Schwab*, DNotZ 2001, 9, 15 ff.).

Nach einer dritten Meinung soll die Verantwortung der Ehegatten füreinander (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) zwingendes Recht sein, das zwar dem Selbstverständnis der Beteiligten, nicht aber ehevertraglicher Gestaltung offenstehe (*Goebel*, FamRZ 2003, 1513, 1516).

Auf dem Deutschen Familiengerichtstag 2003 hat der Arbeitskreis „Unterhaltsvereinbarungen“ zwar einen Unterhaltsverzicht grundsätzlich für zulässig erachtet, nicht aber einen vollen Verzicht auf den Betreuungsunterhalt. Nach dem Votum des Arbeitskreises „Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich“ soll ein „Globalverzicht“ auf Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich zwar grundsätzlich möglich, aber nur dann unproblematisch sein, wenn eine hinreichende Absicherung der Alters- und Invaliditätsrisiken bestehe.

b) Unterschiedlich wird auch die Bedeutung eingeschätzt, die einem zwischen den Vertragspartnern bestehenden Ungleichgewicht zukommen soll. Zum Teil wird gefolgert, dass eine Unterlegenheit der durch einen Ehevertrag benachteiligten Ehefrau jedenfalls dann zu verneinen sei, wenn diese durch einen Notar über den Inhalt des Vertrags belehrt worden sei und diesen ohne Zeitdruck abgeschlossen habe (*Langenfeld*, DNotZ 2001, 272, 279). Nach anderer Auffassung soll bei besonders ausgeprägter objektiver Benachteiligung eines Ehegatten durch den Ehevertrag eine tatsächliche Vermutung für die Situation der Unterlegenheit dieses Ehegatten sprechen (*Schwab*, a. a. O., 15; ähnlich auch der Arbeitskreis „Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich“ des Deutschen Familiengerichtstags 2003: „widerlegbare Vermutung“). Von dritter Seite wird empfohlen, „sich von der verkrampften Suche nach Ungleichgewichtslagen zu lösen“ und die Ehevertragsfreiheit ganz generell im Hinblick auf eine potentielle Einverdienerehe für den Kernbereich des Scheidungsfolgensystems „teleologisch zu reduzieren“ (*Dauner-Lieb*, a. a. O., 323; ihr folgend auch *Goebel*, a. a. O., 1518).

c) Ausdrücklich offen gelassen hat das Bundesverfassungsgericht die Frage, mit welchen Instrumentarien die Fachgerichte die ihnen aufgebene Inhaltskontrolle umsetzen sollen. Hierzu wird in der Literatur eine Sanktionierung erwogen, die zwischen § 138 Abs. 1 und § 242 BGB nach dem Ausmaß der Benachteiligung differenziert (*Schwab*, FamRZ 2001, 349, 350; *ders.*, DNotZ a. a. O., 17 f.; *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1338, 1340; in diese Richtung auch die oben genannten Arbeitskreise des Deutschen Familiengerichtstags 2003). Dabei werden die engen Grenzen betont, die dem Korrektiv des § 138 BGB gezogen seien; zugleich wird auf die mangelnde strukturelle Eignung einer Wirksamkeitskontrolle hingewiesen, die auf vorformulierte, allgemeine Regelungen zuge-

schnitten sei (*Dauner-Lieb*, a. a. O., 328). § 138 BGB würde mit seiner Nichtigkeitsfolge auch dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs in die Ehevertragsfreiheit nicht gerecht (*Goebel*, a. a. O., 1519). Soweit die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (etwa *Bergschneider*, FamRZ 2003, 376, 378) und der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht gezogen werden, besteht Einigkeit, dass diese Instrumente – unbeschadet ihrer Abgrenzung im Einzelnen – versagen, wenn die Vertragsparteien die später eingetretene Entwicklung auch nur für möglich gehalten und dennoch eine bewusst abschließende Regelung getroffen hätten; genau dies werde aber bei ehevertraglich vereinbarten Verzichten vielfach der Fall sein (*Dauner-Lieb*, a. a. O., 326 f.). Empfohlen wird deshalb vielfach eine Ausübungskontrolle, die der Bundesgerichtshof schon bisher – wie dargelegt – unter Berufung auf § 242 BGB zur Abmilderung der harten Konsequenzen einer grundsätzlich „vollen Ehevertragsfreiheit“ genutzt hat (*Goebel*, a. a. O., 1519 f., *Grziwotz*, FF 2001, 41, 44; *Schervier*, MittBayNot 2001, 213, 214). Dabei wird jedoch zum Teil eine Ausdehnung des Instituts der Ausübungskontrolle gefordert: So solle sich die Ausübungskontrolle auch auf Fallkonstellationen erstrecken, in denen ein Ehevertrag keine Belastung Dritter – etwa gemeinsamer Kinder – bewirke, sondern nur einen der Ehegatten selbst einseitig und unangemessen benachteilige. Außerdem solle die Ausübungskontrolle auch Benachteiligungen eines Ehegatten erfassen, die sich aufgrund von Umständen verwirklichten, die bei Vertragsschluss bereits absehbar gewesen seien und – weil vom ursprünglichen Parteiwillen gedeckt – die Berufung auf die vertragliche Abrede nach bisherigem Verständnis nicht ohne weiteres als rechtsmissbräuchlich erscheinen ließen (*Dauner-Lieb*, a. a. O., 328 f.).

### III.

Nach Auffassung des Senats lässt sich nicht allgemein und für alle denkbaren Fälle abschließend beantworten, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung, durch welche Ehegatten ihre unterhaltsrechtlichen Verhältnisse oder ihre Vermögensangelegenheiten für den Scheidungsfall abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln, unwirksam ist (§ 138 BGB) oder die Berufung auf alle oder einzelne vertragliche Regelungen unzulässig macht (§ 242 BGB). Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

1. Die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht.

a) Zwar hat der Gesetzgeber dem in § 1569 BGB verankerten Grundsatz der nachehelichen unterhaltsrechtlichen Eigenverantwortung eines jeden Ehegatten ein nahezu lückenloses System von Unterhaltsansprüchen gegenübergestellt, die den Schutz des sozial schwächeren Ehegatten nach der Scheidung sichern und insbesondere ehebedingte Nachteile ausgleichen sollen, die er um der Ehe oder der Kindererziehung willen in seinem eigenen beruflichen Fortkommen und dem Aufbau einer entsprechenden Altersversorgung erlitten hat. Andererseits hat er in den §§ 1353, 1356 BGB das – grundgesetzlich geschützte, vgl. Art. 6 GG – Recht der Ehegatten verbürgt, ihre eheliche Lebensgemeinschaft eigenverantwortlich und frei von gesetzlichen Vorgaben entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten. Die auf die

Scheidungsfolgen bezogene Vertragsfreiheit ist insoweit eine notwendige Ergänzung dieses verbürgten Rechts und entspringt dem legitimen Bedürfnis, Abweichungen von den gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen zu vereinbaren, die zu dem individuellen Ehebild der Ehegatten besser passen. So können etwa Lebensrisiken eines Partners, wie sie z. B. in einer bereits vor der Ehe zutage getretenen Krankheit oder in einer Ausbildung angelegt sind, die offenkundig keine Erwerbsgrundlage verspricht, von vornherein aus der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten füreinander herausgenommen werden. Auch der Gedanke der nicht allein auf die Ehezeit beschränkten ehelichen Solidarität – und zwar auch in der bloß programmatischen und in seinen Konturen unscharfen Ausformung des 1998 mit dem Eheschließungsrecht eingeführten § 1353 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB, der eine gegenseitige Verantwortung der Ehegatten füreinander vorgibt (vgl. dazu *Wagenitz*, Festschrift für Rolland, 1999, 379, 381 f.) – ist weder dazu bestimmt noch geeignet, unterhaltsrechtliche Pflichten, in denen sich die naheheliche Solidarität konkretisiert, als zwingendes, der Disposition der Parteien entzogenes Recht zu statuieren (so aber wohl *Goebel*, a. a. O., 1516). § 1585 c BGB enthält dementsprechend auch keine Einschränkung in Richtung eines unverzichtbaren Mindestgehalts an Rechten.

b) Der Zugewinnausgleich ist weniger Ausfluss nahehelicher Solidarität als Ausdruck einer Teilhabegerechtigkeit, die zwar im Einzelfall ehebedingte Nachteile ausgleichen kann, in ihrer Typisierung aber weit über dieses Ziel hinausgreift und nicht zuletzt deshalb von § 1408 Abs. 1 BGB der Disposition der Ehegatten unterstellt ist. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in anderem Zusammenhang verdeutlicht, dass Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband für die eheliche Gemeinschaft erbringen, unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung gleichgewichtig sind und dass deshalb beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten haben (BVerfG, FamRZ 2002, 527, 529). Diese fiktive Gleichgewichtung schließt jedoch die Möglichkeit der Ehegatten, ihrer individuell vereinbarten Arbeitsteilung oder einer evident unterschiedlichen ökonomischen Bewertung ihrer Beiträge in der Ehe durch eine vom Gesetz abweichende einvernehmliche Regelung angemessen Rechnung zu tragen, nicht aus. Auch bleibt es ihnen unbenommen, im Einzelfall als unbillig empfundenen Ergebnissen des gesetzlichen Güterstandes – etwa im Hinblick auf Wertsteigerungen des Anfangsvermögens – durch die vom Gesetz eröffnete Wahl der Gütertrennung zu begegnen.

c) Diese Überlegungen gelten – jedenfalls im Grundsatz – auch für den Versorgungsausgleich, der sich zwar seiner Zielrichtung nach als ein vorweggenommener Altersunterhalt verstehen lässt, andererseits aber dem Mechanismus des Zugewinnausgleichs nachgebildet ist. § 1408 Abs. 2 BGB erlaubt deshalb ausdrücklich ehevertragliche Modifikationen auch des Versorgungsausgleichs bis hin zu seinem gänzlichen Ausschluss, die allerdings unwirksam werden, wenn ein Ehegatte binnen Jahresfrist die Scheidung beantragt. Auch im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Scheidung können die Ehegatten gemäß § 1587 o BGB Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich treffen. Diese bedürfen dann allerdings der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1587 o Abs. 2 BGB und erfordern eine richterliche Inhaltskontrolle, die auch die Unterhaltsregelung und die Vermögensauseinandersetzung berücksichtigen und auf einen nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten Bedacht nehmen muss.

2. Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der ge-

setzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

a) Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt. Freilich ist auch er nicht jeglicher Modifikation entzogen. So lassen sich immerhin Fälle denken, in denen die Art des Berufs es der Mutter erlaubt, Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit miteinander zu vereinbaren, ohne dass das Kind Erziehungseinbußen erleidet. Auch erscheint eine ganztägige Betreuung durch die Mutter nicht als unabdingbare Voraussetzung für einen guten Bildungserfolg, so dass sich Ehegatten auch darüber verständigen könnten, ab einem bestimmten Kindesalter Dritte zur Betreuung heranzuziehen, um einen möglichst frühen Wiedereintritt der Mutter in das Berufsleben zu ermöglichen.

Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen wird man im Übrigen für deren Disponibilität eine Rangabstufung vornehmen können, die sich in erster Linie danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben. So ist die Absicherung des laufenden Unterhaltsbedarfs für den Berechtigten in der Regel wichtiger als etwa der Zugewinn- oder der spätere Versorgungsausgleich. Innerhalb der Unterhaltstatbestände wird – nach dem Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) – dem Krankheitsunterhalt (§ 1572 BGB) und dem Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) Vorrang zukommen. Zwar knüpfen diese beiden letzteren Unterhaltstatbestände nicht an ehebedingte Nachteile an. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie nicht zum Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgenregelung gehören und der uneingeschränkten Disposition der Ehegatten unterstehen. Gerade indem das Gesetz sich hier mit einem bloß zeitlichen Zusammenhang mit der Ehe begnügt, misst es diesen Einstandspflichten als Ausdruck nahehelicher Solidarität besondere Bedeutung bei – was freilich einen Verzicht nicht generell ausschließt, etwa wenn die Ehe erst nach Ausbruch der Krankheit oder im Alter geschlossen wird. Die Unterhaltspflicht wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 BGB) erscheint demgegenüber nachrangig, da das Gesetz das Arbeitsplatzrisiko ohnehin auf den Berechtigten verlagert, sobald dieser einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz gefunden hat (§ 1573 Abs. 4; vgl. auch § 1573 Abs. 5 BGB). Ihr folgen Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 1. Variante, Abs. 3 BGB). Am ehesten verzichtbar erscheinen Ansprüche auf Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2, § 1575 BGB), da diese Unterhaltspflichten vom Gesetz am schwächsten ausgestaltet und nicht nur der Höhe (vgl. § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern auch dem Grunde nach zeitlich begrenzt sind (§ 1573 Abs. 5, § 1575 Abs. 1 Satz 2 BGB).

b) Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt rangiert der Versorgungsausgleich. Als vorweggenommener Altersunterhalt steht er vertraglicher Disposition nur begrenzt offen. Ver-

einbarungen über ihn müssen deshalb nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht. Als Teilhabe an dem in der Ehe erworbenen Versorgungsvermögen ist der Versorgungsausgleich andererseits aber auch dem Zugewinnausgleich verwandt; das mag – jedenfalls bei deutlich gehobenen Versorgungsverhältnissen – eine weitergehende Dispositionsbefugnis rechtfertigen.

c) Der Zugewinnausgleich erweist sich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich. Das Eheverständnis erfordert, worauf *Schwab* (a. a. O., S. 16) mit Recht hingewiesen hat, keine bestimmte Zuordnung des Vermögenserwerbs in der Ehe. Die eheliche Lebensgemeinschaft war und ist – auch als gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau – nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft. Auch die vom Bundesverfassungsgericht (FamRZ 2002, a. a. O., S. 529) – für das Recht des nachehelichen Unterhalts – betonte Gleichgewichtigkeit von Erwerbstätigkeit und Familienarbeit hat keine bestimmte Strukturierung der ehelichen Vermögenssphäre zur Folge. Wie § 1360 Satz 2 BGB (vgl. auch § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) verdeutlicht, sind nicht etwa das Erwerbseinkommen des einen und die Haushaltsführung des anderen Ehegatten einander gleichwertig. Für die Erfüllung des Anspruchs auf Familienunterhalt gleiches Gewicht haben nur die Unterhaltsbeiträge, welche die Ehegatten aus ihrem Erwerbseinkommen oder als Familienarbeit erbringen (BVerfG, FamRZ 2002 a. a. O.; so auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., § 34 I 5, S. 495, insbes. Fn. 4). Zwar sieht der gesetzliche Güterstand eine gleiche Teilhabe der Ehegatten am gemeinsam erwirtschafteten Vermögen vor. Dem liegt die typisierende Vorstellung zugrunde, dass die Ehegatten in ökonomisch gleichwertiger Weise zur Vermögensbildung beitragen. Diese – nur fiktive – Gleichwertigkeit hindert die Ehegatten jedoch nicht, durch Modifizierung oder Abwahl des Regelgüterstandes ihre interne Vermögensordnung einvernehmlich an die individuellen Verhältnisse ihrer konkret beabsichtigten oder gelebten Eheform anzupassen und dabei auch eigene ökonomische Bewertungen an die Stelle der gesetzlichen Typisierung zu setzen. Schließlich fordert auch das Gebot ehelicher Solidarität keine wechselseitige Vermögensbeteiligung der Ehegatten: Deren Verantwortung füreinander (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) tritt bei konkreten und aktuellen Versorgungsbedürfnissen auf den Plan; ihr trägt – wie gezeigt – das geltende Unterhaltsrecht Rechnung. Das geltende Güterrecht knüpft demgegenüber nicht an Bedarfslagen an; die vom Regelgüterstand verfolgte Gewinnbeteiligung hat keine unterhaltsrechtlichen Funktionen (*Schwab*, a. a. O.). Zwar wird bei einer Gesamtschau die Versorgungslage des nicht- oder nicht voll erwerbstätigen Ehegatten im Einzelfall auch durch das Ehevermögensrecht mitbestimmt. Grob unbillige Versorgungsdefizite, die sich aus den für den Scheidungsfall getroffenen Absprachen der Ehegatten ergeben, sind jedoch vorrangig im Unterhaltsrecht – weil bedarfsorientiert – und allenfalls hilfsweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewählten Vermögensordnung zu kompensieren.

3. Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, hat der Tatrichter zu prüfen. Diese Aufgabe wird nicht dadurch obsolet, dass der belastete Ehegatte durch einen Notar hinreichend über den Inhalt und die Konsequenzen des Vertrages belehrt wurde (a. A. *Langenfeld*, a. a. O.), zumal eine solche Überprüfung und Belehrung ohnehin nur bei Vereinbarungen in notarieller Form stattfindet, wie sie von § 1408 Abs. 1 i. V. mit § 1410, § 1587 o Abs. 2 Satz 1 BGB vorgeschrieben wird, nicht dagegen bei Unter-

haltsvereinbarungen, die – was § 1585 c BGB zulässt – privatschriftlich oder formlos getroffen werden.

a) Der Tatrichter hat dabei zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetypp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.

b) Soweit ein Vertrag danach Bestand hat, muss der Richter sodann – im Rahmen der Ausübungskontrolle – prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB). Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht. Nacheheliche Solidarität wird dabei ein Ehegatte regelmäßig nicht einfordern können, wenn er seinerseits die eheliche Solidarität verletzt hat; soweit ein angemessener Ausgleich ehebedingter Nachteile in Rede steht, werden dagegen Verschuldungsgesichtspunkte eher zurücktreten. Insgesamt hat sich die gebotene Abwägung an der Rangordnung der Scheidungsfolgen zu orientieren: Je höher-rangig die vertraglich ausgeschlossene und nunmehr dennoch geltend gemachte Scheidungsfolge ist, umso schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehe-zuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen.

Hält die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge der richterlichen Rechtsausübungskontrolle nicht stand, so führt dies im Rahmen des § 242 BGB

noch nicht zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Auch wird dadurch nicht notwendig die vom Gesetz vorgesehene, aber vertraglich ausgeschlossene Scheidungsfolge in Vollzug gesetzt.

Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt. Dabei wird er sich allerdings umso stärker an der vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge zu orientieren haben, je zentraler diese Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt ist.

#### IV.

Die angefochtene Entscheidung wird den dargestellten Anforderungen an die richterliche Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle unterhaltsrechtlicher oder ehevertraglicher Vereinbarungen nicht gerecht.

1. Das Oberlandesgericht hat den Vertrag insgesamt als unwirksam angesehen, weil die Antragsgegnerin auf die Unterhaltsansprüche aus den §§ 1571 bis 1576 BGB, auf Gewinn- und Versorgungsausgleich verzichtet habe und damit eine unangemessene, einseitig zu ihren Lasten gehende Regelung getroffen worden sei. Dass die Parteien den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB bestehen gelassen haben, ändere an dieser Beurteilung nichts, da es sich dabei nur um den Mindestunterhalt handele, der einem erziehenden Elternteil im Interesse der betreuungsbedürftigen Kinder nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohnehin nach § 242 BGB zu belassen sei.

Diese Auffassung des Oberlandesgerichts wird von den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht getragen. Eine solche Unwirksamkeit könnte sich, wie ausgeführt, nur aus § 138 Abs. 1 BGB – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der vereinbarten Regelungen – ergeben (Wirksamkeitskontrolle). Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen die guten Sitten sind jedoch weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

a) Welche Gründe die Parteien zum Abschluss ihrer Vereinbarung veranlasst haben, ist nicht erkennbar. Insbesondere ist nicht festgestellt, welche Motive die Antragsgegnerin bewegen haben, vertraglich auf einen Teil der ihr für den Fall einer etwaigen Scheidung zustehenden Rechte zu verzichten. Das Oberlandesgericht geht von einer Unterlegenheit der Antragsgegnerin beim Vertragsschluss aus, die der Antragsteller missbraucht habe. Angesichts der Beschränkung des § 138 Abs. 1 BGB auf gravierende Verletzungen der sittlichen Ordnung fehlt für eine solche Einschätzung bereits die tatsächliche Grundlage. Die Antragsgegnerin war beim Vertragsschluss bereits seit mehr als zwei Jahren mit dem Antragsteller verheiratet und nicht erneut schwanger. Sie verfügte über eine akademische Ausbildung, die sie bereits erfolgreich beruflich genutzt hatte; die mit der Geburt ihres (ersten) Kindes einhergegangene Unterbrechung ihrer Berufsausübung lag wenig mehr als zwei Jahre zurück. Eine völlige wirtschaftliche Abhängigkeit der Antragsgegnerin vom Antragsteller, wie sie das Oberlandesgericht seiner Beurteilung zugrunde legt, ist damit noch nicht dargetan. Der vom Oberlandesgericht hervorgehobene Umstand, dass die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft auf Wunsch des Antragstellers eine von ihr angestrebte Promotion nicht betrieben hat, ist für die Frage der Sittenwidrigkeit ihres Verzichts auf gesetzliche Scheidungsfolgen ohne Belang. Das gilt auch für die gute Einkommens- und Vermögenslage des Antragstellers, auf die das Oberlandesgericht abhebt, ohne sie allerdings für den

Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen. Insbesondere lässt sich aus der günstigen finanziellen Situation des Antragstellers keine Zwangslage der Antragsgegnerin herleiten, die sie veranlasst haben könnte, sich auf einen teilweisen Verzicht der ihr vom Gesetz für den Scheidungsfall eingeräumten und gerade bei überdurchschnittlichen Einkommensverhältnissen – wie das Oberlandesgericht ausführt – besonders „werthaltigen“ Rechte einzulassen.

b) Auch der objektive Gehalt der von den Parteien getroffenen notariellen Vereinbarung vermag nach den bisherigen Feststellungen den Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten nicht zu begründen.

Denn der unmittelbare Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen wird von der Vereinbarung nicht tangiert. Vielmehr haben die Parteien den Unterhalt insoweit nicht abbedungen, als „ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau wegen Kinderbetreuung“ in Frage steht. Diese Regelung sollte im Übrigen – nach der vom Oberlandesgericht unterlassenen und vom Senat daher nachzuholenden Auslegung der Vereinbarung – nicht nur den Anspruch erfassen, der sich im Falle ganztägig notwendiger Kinderbetreuung allein aus § 1570 BGB ergibt. Vielmehr war – nach rechtem Verständnis – auch der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB umfasst, der neben den Teilanspruch aus § 1570 BGB tritt, wenn einem Ehegatten wegen fortschreitenden Alters der Kinder eine Teilerwerbstätigkeit obliegt. Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 13.12.1989, IVb ZR 79/89, FamRZ 1990, 492, 493 f.) reicht in diesem Fall der Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB nur soweit, wie die Kindesbetreuung einen Ehegatten an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit hindert. Soweit der ihm hiernach zustehende Unterhalt aus § 1570 BGB zusammen mit dem Einkommen aus einer Teilerwerbstätigkeit zur Deckung seines vollen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) nicht ausreicht, kommt ein zusätzlicher Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht. Es kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien der Antragsgegnerin nur denjenigen Unerhaltsteilanspruch belassen wollten, der sich unmittelbar aus § 1570 BGB herleiten lässt, zumal diese Differenzierung vom Senat erst nach Vertragsschluss entwickelt worden ist. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Vereinbarung sollte vielmehr der Unterhaltsverzicht der Antragsgegnerin auf die Zeit nach dem Wegfall jeglicher Kindesbetreuung beschränkt werden. Für die Zeit der vollen oder teilweisen Betreuungsbedürftigkeit der Kinder sollte sie dagegen Unterhalt nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften verlangen können, und zwar gleichgültig, ob er unmittelbar nur auf § 1570 BGB oder teilweise auch auf § 1573 Abs. 2 BGB beruht. Auch der Höhe nach ergibt sich aus der Vereinbarung keine Einschränkung, etwa auf den Mindestunterhalt. Beide Teilansprüche sollten sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmen und der Antragsgegnerin die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards gewährleisten.

Mit dem Unterhalt wegen Krankheit und Alters haben die Parteien zwar gewichtige Scheidungsfolgen abbedungen. Dies könnte – im Zusammenhang mit den weiteren Regelungen – den Vorwurf der Sittenwidrigkeit aber allenfalls dann begründen, wenn die Parteien bei ihrer Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einvernehmlich davon ausgegangen wären, dass die Antragsgegnerin sich dauerhaft oder doch langfristig völlig aus dem Erwerbsleben zurückziehen und der Familienarbeit widmen sollte; denn nur in diesem Falle wäre der Antragsgegnerin der Aufbau einer eigenen Sicherung gegen die Risiken von Alter oder Krankheit auf Dauer verwehrt und würde eine stete Abhängigkeit vom Antragsteller begrün-

det. Eine solche einvernehmliche Lebensplanung ist jedoch nicht festgestellt.

Zwar wird der vereinbarte Verzicht auf Unterhalt wegen Alters in seiner die Antragsgegnerin benachteiligenden Wirkung dadurch verstärkt, dass die Parteien auch den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben. Dieser Ausschluss wird jedoch durch die vertragliche Verpflichtung des Antragstellers gemildert, für die Ehefrau eine Kapitallebensversicherung abzuschließen und zu unterhalten. Der Umstand, dass – nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts – der Antragsgegnerin bei Durchführung des Versorgungsausgleichs Versorgungsrechte der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von rund 590 DM zu übertragen gewesen wären, zu deren Begründung ein Einmalbetrag von rund 128.000 DM hätte eingezahlt werden müssen, mag die Bedeutung dieser Lebensversicherung über nominal 80.000 DM als Kompensation für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs möglicherweise im Nachhinein relativieren. Für eine Sittenwidrigkeit der Abrede lässt sich daraus jedoch nichts herleiten. Denn es ist nicht ersichtlich, dass schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar war, dass der Antragsteller künftig Versorgungsrechte erwerben werde, von denen er rund 590 DM auf die Antragsgegnerin übertragen müsste. Zudem ist die Versicherungssumme einer Kapitallebensversicherung mit der aus dieser Versicherung später zu erwartenden Ablaufeistung (nach Auskunft der Versicherung hier: 172.294 DM) nicht identisch; beide Größen sind überdies schon ihrer Funktion nach mit dem Einmalbeitrag der gesetzlichen Rentenversicherung nicht vergleichbar. Das Oberlandesgericht weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Kapitallebensversicherung der Antragsgegnerin keinen Invaliditätsschutz verschaffe. Jedoch vermittelt auch die gesetzliche Rentenversicherung dem versorgungsausgleichsberechtigten Ehegatten Invaliditätsschutz nicht schlechthin, sondern nur unter der Voraussetzung einer dreijährigen Zahlung von Pflichtbeiträgen innerhalb der letzten fünf Jahre vor Eintritt der Erwerbsminderung (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI; vgl. auch § 1587 o Abs. 2 Satz 4 BGB, der in seiner seit dem 1.1.2000 geltenden Fassung nicht mehr die Eignung alternativer Sicherungen auch „für den Fall der Erwerbsunfähigkeit“ verlangt).

Der von den Parteien vereinbarte Ausschluss der Unterhaltspflicht für den Fall der Arbeitslosigkeit sowie der Verzicht auf Aufstockungsunterhalt (für die Zeit nach der Kinderbetreuung) und auf Billigkeitsunterhalt rechtfertigen – schon nach ihrer Bedeutung im System des Scheidungsfolgenrechts – das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht. Für den Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes gilt nichts anderes.

2. Sofern sich ergibt, dass die von den Parteien getroffenen Abreden – auch in subjektiver Hinsicht – einer richterlichen Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB standhalten, bleibt zu prüfen, ob und inwieweit der Antragsteller durch § 242 BGB gehindert wird, sich auf den vereinbarten Ausschluss einzelner Scheidungsfolgen zu berufen (Ausübungskontrolle).

a) Für die Zeit der Betreuungsbedürftigkeit der Kinder ist der Antragsteller, wie dargelegt, schon deshalb zur Unterhaltsleistung verpflichtet, weil die Parteien seine Unterhaltspflicht insoweit nicht ausgeschlossen haben; das Oberlandesgericht hat ihn deshalb dem Grunde nach zu Recht zur Unterhaltszahlung verurteilt.

Für die Zeit nach der Kinderbetreuung könnte sich eine Unterhaltspflicht des Antragstellers namentlich aus § 1573 Abs. 2 BGB ergeben. Falls sich der von der Antragsgegnerin vertraglich erklärte Verzicht auf diesen Unterhalt nicht schon

als nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig erweist und ein solcher Anschlussunterhalt zur Entscheidung steht, wird zu prüfen sein, inwieweit sich der Antragsteller gemäß § 242 BGB auf diesen Verzicht berufen kann. Im Rahmen dieser Ausübungskontrolle wird der Tatrichter zu erwägen haben, dass die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der Geburt des ersten Kindes ihre Berufstätigkeit eingestellt und sich der Familienarbeit sowie später einer selbständigen Erwerbstätigkeit gewidmet hat, die zwar nicht ihrer durch Ausbildung erworbenen Qualifikation entspricht, die sich aber offenbar mit der Haushaltsführung und der Betreuung der – inzwischen zwei – Kinder vereinbaren lässt. Mit der Aufgabe ihrer Berufstätigkeit hat die Antragsgegnerin ein Risiko auf sich genommen, das sich mit dem Scheitern der Ehe der Parteien zu einem Nachteil verdichtet, wenn die Betreuungsbedürftigkeit der gemeinsamen Kinder endet und sich erweisen sollte, dass der Antragsgegnerin ein „Wiedereinstieg“ in ihren erlernten Beruf nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Konditionen möglich ist. Entsprach es einem gemeinsamen Entschluss der Parteien, dass die Antragsgegnerin im Interesse der Familie dauerhaft auf eine weitere Tätigkeit in ihrem erlernten Beruf verzichten sollte, so könnte es unbillig erscheinen, wenn der Antragsteller die sich hieraus ergebenden nachteiligen Konsequenzen unter Berufung auf die notarielle Abrede allein der Antragsgegnerin aufbürdet. Zwar dürfte der Antragsgegnerin aufgrund des – hier als wirksam unterstellten – Unterhaltsverzichts Aufstockungsunterhalt nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1573 Abs. 2, § 1578 Abs. 1 BGB) zu versagen sein. Im Rahmen tatrichterlicher Ausübungskontrolle könnte der Antragsgegnerin aber gleichwohl ein Unterhaltsanspruch zuerkannt werden, der jedenfalls ihre ehebedingten Erwerbsnachteile ausgleicht. Dessen Höhe könnte nach der Differenz des Einkommens, das die Antragsgegnerin aus einer ihrer Ausbildung entsprechenden kontinuierlich ausgeübten Berufstätigkeit erzielen könnte (§ 287 ZPO), und dem Verdienst bemessen werden, den sie aus einer ihr nach dem Berufsverzicht noch möglichen und zumutbaren vollen Erwerbstätigkeit erlöset oder doch erlösen könnte; seine Grenze fände ein solcher Anspruch jedenfalls an dem nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen vollen Unterhalt.

b) Die vom Oberlandesgericht ausgesprochene Verpflichtung des Antragstellers zur Auskunft über seinen in der Ehe erzielten Zugewinn kann, falls sich der Ehevertrag nicht schon nach § 138 Abs. 1 BGB als unwirksam erweist, nur Bestand haben, wenn der Antragsteller gemäß § 242 BGB gehindert ist, sich auf die von den Parteien vereinbarte Gütertrennung zu berufen. Das ist – jedenfalls auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht bislang getroffenen Feststellungen – nicht der Fall.

Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er zeigt sich, wie dargelegt, vertraglicher Gestaltung in weitem Umfang offen. Die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung wird sich deshalb nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen – so etwa dann, wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt. In solchen und ähnlichen Ausnahmefällen mögen besondere Verhältnisse es ungeachtet der getroffenen Abreden als unbillig erscheinen lassen, dass der nicht erwerbstätige Ehegatte im Nachhinein um die Früchte seiner Mitarbeit in der Ehe gebracht würde. So liegen die Dinge hier indes nicht. Insbesondere hindert der vom Oberlandesgericht betonte Umstand, dass die Antragsgegnerin sich in der Ehe der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet hat, für sich genommen den Antragsteller

nach Treu und Glauben nicht, sich auf eine von den Parteien wirksam vereinbarte Gütertrennung zu berufen. Zwar mag es der Antragsgegnerin – angesichts ihres zugunsten der Familie erklärten zumindest vorläufigen Verzehrs auf eine eigene Erwerbstätigkeit und im Hinblick auf die Dauer ihrer Ehe – nicht mehr zuzumuten sein, sich nunmehr – nach der Scheidung – mit einem Lebensstandard zu begnügen, der ihren eigenen, durch fehlende zwischenzeitliche Berufstätigkeit möglicherweise deutlich verminderten Erwerbchancen entspricht. Abhilfe ist in solchen Fällen jedoch nicht mit einer die ehevertraglichen Abreden unterlaufenden Vermögensteilhabung zu bewirken; vielmehr ist ein die eigenen Einkünfte übersteigender Bedarf des in der Ehe nicht erwerbstätigen Ehegatten systemgerecht mit den Instrumenten des Unterhaltsrechts zu befriedigen. Dies gilt auch, soweit die gesetzlichen Unterhaltsansprüche wirksam abbedungen sind; in diesem Fall kann – wie gezeigt – eine im Wege richterlicher Ausübungskontrolle zuzuerkennende Unterhaltsrente ehebedingte Nachteile einzelfallgerecht kompensieren.

Auch die übrigen vom Oberlandesgericht angeführten Gesichtspunkte vermögen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht zu tragen. Ein – zumindest in den letzten Jahren – besonders hohes Einkommen des Antragstellers erzwingt eine der getroffenen Güterstandsabrede widersprechende Teilhabe der Antragsgegnerin nicht; dies gilt auch für die nicht näher belegte Annahme, die – in ihrem Ladengeschäft ganztags tätige – Antragsgegnerin habe es dem Antragsteller durch ihre Führung des Haushalts und die Betreuung der Kinder erst ermöglicht, sich voll seiner Berufstätigkeit zu widmen. Die Belange der gemeinsamen Kinder werden durch die Zuordnung des elterlichen Vermögens nicht berührt. Andere für § 242 BGB erhebliche Umstände sind nicht ersichtlich.

## V.

Die angefochtene Entscheidung kann nach allem keinen Bestand haben. Der Senat vermag auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Die Sache war deshalb an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit es die für die gebotene Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle erforderlichen Feststellungen nachholt.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Die Antragsgegnerin kann, wie dargelegt, für die Zeit der Betreuungsbedürftigkeit der gemeinsamen Kinder vom Antragsteller Unterhalt nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse beanspruchen. Bei der Bemessung dieses Unterhalts hat das Oberlandesgericht zutreffend einen objektiven Maßstab angelegt und denjenigen Lebensstandard für entscheidend erachtet, der vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters bei Berücksichtigung der konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnisse angemessen erscheint. Nur in diesem Rahmen kann das tatsächliche Konsumverhalten der Ehegatten während des ehelichen Zusammenlebens Berücksichtigung finden (vgl. etwa Senatsurteil vom 25.1.1984, IVb ZR 43/82, FamRZ 1984, 358, 360 f.). Deshalb bleibt, wie das Oberlandesgericht im Grundsatz mit Recht annimmt, eine aus dieser Sicht zu dürftige Lebensführung der Parteien für die Bedarfsbestimmung der Antragsgegnerin außer Betracht. Dennoch dürfte nicht – wie im angefochtenen Urteil geschehen – für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse schlechthin auf das aktuelle und mit 27.000 DM außerordentlich hohe Nettoeinkommen des Antragstellers abgehoben werden. Eine solche Betrachtung verkennt die tatsächlichen Unsicherheiten, denen die Beibehaltung eines solchen Einkommensniveaus im Wirtschaftsleben und insbesondere im

Beruf des Antragstellers unterworfen ist. Diese Unsicherheiten dürfen es auch bei Anlegung eines objektiven Maßstabs nicht ohne weiteres geraten erscheinen lassen, den Lebensstandard einer auf Konstanz ihrer Lebensführung bedachten Familie an den jeweils aktuellen Einkommensverhältnissen auszurichten. Zudem wird bei einer solchen Betrachtung übersehen, dass ein Einkommen in der vom Oberlandesgericht festgestellten Höhe – auch und gerade vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters – üblicherweise nicht allein zu Konsumzwecken eingesetzt wird, sondern zu einem nicht unerheblichen Teil der Vermögensbildung dient (vgl. Senatsurteile vom 1.10.1986, IVb ZR 68/85, FamRZ 1987, 36, 39, und vom 18.12.1991, XII ZR 2/91, FamRZ 1992, 423, 424). Inwieweit es danach für Unterhaltszwecke nicht zur Verfügung steht, ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, der das Oberlandesgericht nachzugehen hat.

2. Das Oberlandesgericht hat den vom Antragsteller zu befriedigenden Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin konkret bemessen und deren Unterhalt anhand einer Auflistung von Bedarfspositionen ermittelt. Das dürfte im Ansatz nicht zu beanstanden sein. Allerdings hat das Oberlandesgericht unberücksichtigt gelassen, dass die Antragsgegnerin vom Antragsteller für die beiden gemeinsamen Kinder Unterhalt nach dem höchsten Satz der Düsseldorfer Tabelle erhält. In diesen Unterhaltssätzen sind Bedarfsbeträge – namentlich für Wohn- und Wohnnebenkosten – berücksichtigt, die auch in den für die Antragsgegnerin aufgelisteten Bedarfsbeträgen enthalten sind und für sie und die Kinder nur einmal anfallen. Deshalb müssten bei den für die Antragsgegnerin in Ansatz gebrachten Bedarfspositionen Leistungen, die der Antragsteller bereits im Rahmen des Kindesunterhalts teilweise erbringt, anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Das hat das Oberlandesgericht – soweit ersichtlich – nicht getan.

## Anmerkung:

### 1. Vorbemerkung

Seit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen<sup>1</sup> und den darauf folgenden Entscheidungen der Instanzgerichte<sup>2</sup> war von vielen Seiten das drohende Ende der Ehevertragsfreiheit beschworen worden.<sup>3</sup> Mit der Entscheidung des OLG München (Zivilsenat Augsburg) vom 1.10.2002, die mit der vorstehenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes aufgehoben und zur Entscheidung an das OLG zurückverwiesen worden ist, schien es endgültig gekommen. Auf diese Revisionsentscheidung hatten Anwälte, Notare und nicht zuletzt Eheleute, die Verträge geschlossen hatten oder schließen wollten, mit – nach zweimaliger Verschiebung steigender – Spannung gewartet. Viele abgeschlossene Verträge hätten den Maßstäben der Augsburger Richter wohl nicht genügt.<sup>4</sup>

### 2. Anpassung der Rechtsprechung des BGH an die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof betont – unter ausdrücklicher Berufung auf die eigene frühere Rechtsprechung – die Möglichkeit für Ehegatten, durch während oder vorsorglich schon vor der Ehe geschlossene Vereinbarungen für den Fall einer Scheidung verbindliche Regelungen zum Unterhalt, zum Versorgungsausgleich und zum Güterrecht zu treffen: Es gibt keinen

1 NJW 2001, 957 und 2248.

2 Vgl. *Münch*, ZNotP 2004, 122 mit zahlr. Nachw.

3 Z. B. *Grziwotz*, FamRB 2002, 26; *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272.

4 *Göbel*, FamRZ 2003, 1513, 1514.

unverzichtbaren Mindestgehalt an Ehescheidungsfolgen,<sup>5</sup> und zwar deshalb, weil es kein vom BGB als zwingend vorgeschriebenes Ehemodell gibt.<sup>6</sup>

Der BGH anerkennt jedoch, dass diese frühere Rechtsprechung angesichts der vorgenannten Verfassungsgerichtsentscheidungen überdacht werden muss. Die Zeiten völlig unbeschränkter Freiheit im Ehevertragsrecht sind vorbei.<sup>7</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Reaktionen in Literatur und Fachöffentlichkeit werden in sachlicher und um Objektivität bemühter Weise ausführlich dargestellt, jedoch ohne dass der Senat zu der in den letzten drei Jahren mit teilweise großer Emotionalität geführten Debatte inhaltlich Position beziehen würde.

Der BGH stellt fest, dass trotz der grundsätzlichen Freiheit der Eheleute, die Scheidungsfolgen ihrem individuell gewählten Ehebild anzupassen – resultierend aus §§ 1353, 1356 BGB und Art. 6 GG –, der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Regelungen nicht beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre dann der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.<sup>8</sup>

„Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt.“<sup>9</sup> Er ist ihr nach der Konzeption des BGH jedoch auch nicht immer und vollständig entzogen, jedenfalls soweit das Kindeswohl nicht beeinträchtigt wird. Möglicherweise deutet sich hier eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu § 1570 BGB an. Aus der Entscheidung des BVerfG vom März 2001 war dies vielfach gefolgert worden. Zur Zulässigkeit einer Beschränkung des Betreuungsunterhalts auf den notwendigen Unterhalt musste der BGH nicht Stellung nehmen, weil im vorliegenden Fall der Betreuungsunterhalt vom Verzicht uneingeschränkt ausgenommen war.

Die Rangabstufung hinsichtlich der Disponibilität im Übrigen will der BGH nach der Bedeutung der einzelnen Scheidungsfolgenregelung für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage vornehmen und bildet dazu im Wesentlichen drei Stufen:

Priorität hat die Absicherung des Unterhaltsbedarfes, insbesondere des

- Betreuungsunterhalts (§ 1570 BGB)
- Krankheitsunterhalts (§ 1572 BGB)
- Altersunterhalts (§ 1571 BGB).

Nachrangig sind mit absteigender Valenz

- Unterhalt wegen Arbeitslosigkeit (§ 1573 BGB)
- Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 Var. 1, Abs. 3 BGB).

<sup>5</sup> Ziff. III. 1. der Urteilsgründe; s. auch *Hahne*, DNotZ 2004, 84 (88).

<sup>6</sup> So auch *Münch*, ZNotP 2004, 122, 123.

<sup>7</sup> Von *E. Koch* auf dem Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ in Bonn vom 22.–24.4.2004 plastisch bezeichnet als „die Freiheit des freien Fuchses im freien Hühnerstall“.

<sup>8</sup> Ziff. III. 2. vor a.

<sup>9</sup> Ziff. III. 2. a.

Das Schlusslicht bilden Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2, § 1575 BGB).

Der Versorgungsausgleich rangiert zwischen Unterhalt und Vermögensausgleich. Für die Ehe der Normalverdiener wird ihm als vorweggenommenem Altersunterhalt dessen Rangstufe zugewiesen, also eine sehr hohe Valenz und dementsprechend eingeschränkte Disponibilität. Bei „deutlich gehobenen Versorgungsverhältnissen“ – das meint wohl v. a. beiderseits deutlich gehobene Einkommensverhältnisse – rückt der Versorgungsausgleich in die Sphäre des Vermögensausgleichs und damit der erweiterten Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien.

Beim Zugewinnausgleich als Ausdruck interner Vermögensordnung ist die Vertragsfreiheit am wenigsten eingeschränkt. Die gegenseitige Verantwortung der Ehegatten – während der Ehe und danach –, wie sie § 1353 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 statuiert, materialisiert sich nach der Konzeption des BGH primär im (bedarfsorientierten) Unterhaltsrecht. Die Ehe ist nicht notwendig eine Wirtschafts- und Vermögensgemeinschaft. Dass beispielsweise bei selbständigen Gewerbetreibenden ein Abweichen vom gesetzlichen Güterstand zur Vermeidung existenzgefährdender Liquiditätseingänge im Scheidungsfall notwendig sein kann, ist allgemein anerkannt und auch in der Rechtsprechung immer wieder betont worden.<sup>10</sup>

Einen Ansatz zur Korrektur extremer Fälle hält sich der BGH jedoch auch hier offen: Grob unbillige Versorgungsdefizite sind allenfalls hilfweise durch Korrektur der von den Ehegatten gewährten Vermögensordnung zu kompensieren.<sup>11</sup> Wann unter welchen Umständen und mit welchen Ergebnissen eine derartige Kompensation erfolgen muss, bleibt vorerst offen. Erinnern darf man jedoch daran, dass der BGH Korrekturen im Ehegüterrecht schon seit langer Zeit durch die Rechtsfiguren der unbenannten Zuwendung und neuerdings wieder verstärkt der Ehegatten-Innengesellschaft vornimmt.<sup>12</sup>

Mit den Ausführungen zur „evident einseitigen Lastenverteilung, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar scheint“,<sup>13</sup> knüpft der BGH scheinbar nahtlos an die Argumentation des BVerfG an. Doch verwendet er weder die Begriffe noch wendet er den Prüfungsmaßstab an, den das BVerfG bei den Leitentscheidungen zum Unterhalt aus dem Jahr 2001 geprägt und seither fortgeführt hatte.<sup>14</sup> Das Schlagwort vom Ehevertrag als „Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Partnerschaft“ findet sich im Urteil nicht. Die vertragliche Disparität beim Vertragsabschluss wird nicht problematisiert. Allerdings gab der dem BGH zur Revision vorliegende Sachverhalt hierzu auch nichts her.

Der BGH hält für die Inhaltskontrolle – die ausdrücklich nicht allein deshalb verzichtbar ist, weil der Vertrag notariell beurkundet und die Beteiligten deshalb belehrt waren – an der zweistufigen Prüfung fest, die er schon in den Urteilen vor den Verfassungsgerichtsentscheidungen angewandt hat, allerdings mit den neu geprägten Schlagworten.<sup>15</sup>

*Erstens:* Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 BGB bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Hierzu findet eine Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse – Ein-

<sup>10</sup> Z. B. AG Warendorf, FamRZ 2003, 609.

<sup>11</sup> Ziff. III. 2. c am Ende.

<sup>12</sup> Letzens BGH, NJW 2003, 2982; *Schwab*, DNotZ 2001, 12 (Sonderheft) m. w. N.

<sup>13</sup> Ziff. III. vor 2.

<sup>14</sup> NJW 2001, 957 und 2248.

<sup>15</sup> Erstmals schon bei *Hahne* anlässlich des Festvortrags beim Rheinischen Notarverein am 8.11.2003, DNotZ 2004, 94.

kommen, Vermögen, geplanter oder verwirklichter Lebensschnitt – statt, die zur Sittenwidrigkeit nur dann führen kann, wenn Kernbereichsregelungen ganz oder in erheblichem Maß ohne jede Kompensation abbedungen wurden, ohne dass dies durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt würde. Es muss also eine evidente einseitige Lastenverteilung festgestellt werden. Wenn die Wirksamkeitskontrolle zu ganzer oder teilweiser<sup>16</sup> Unwirksamkeit führt, so gelten ohne weiteres die gesetzlichen Regelungen.

*Zweitens:* Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB bezogen zwar auch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, im Wesentlichen aber auf den Krisenfall, der zur gerichtlichen Überprüfung führt, ob die Berufung auf die an sich wirksame Vereinbarung aktuell rechtsmissbräuchlich und das Vertrauen des Begünstigten hierauf nicht mehr schutzwürdig ist. In diesem Fall ordnet der Richter eine Rechtsfolge an, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt – umso näher an der gesetzlichen Rechtsfolge, je zentraler der Kernbereich betroffen ist.<sup>17</sup>

Eine Verschärfung bringt die Entscheidung insoweit, als bei anfänglicher Nichtigkeit ohne weiteres die gesetzlichen Ehescheidungsfolgen eingreifen, eine Reduktion auf das gerade noch Vertretbare also nicht mehr erfolgt. Während nach der früheren Rechtsprechung des BGH mit Unwirksamkeit vor allem bei Verträgen zu Lasten Dritter (z. B. des Staates in Folge eines Sozialhilfeanspruches) zu rechnen war, während im Übrigen für das Verhältnis der Ehegatten untereinander das Prinzip „Vertrag ist Vertrag“ durchschlug, das höchstens für begrenzte Zeit auf niedrigstem Niveau (notdürftiger Unterhalt auf Sozialhilfeniveau) durchbrochen wurde, wirkt sich die Inhaltskontrolle nun also auch dann direkt im Verhältnis der Ehegatten untereinander aus, wenn Drittinteressen nicht betroffen sind.

Aus dem Urteil, noch sehr viel mehr aber aus den Äußerungen der Vorsitzenden des 12. Zivilsenats *Hahne*<sup>18</sup> wird deutlich, dass der BGH die Ausübungskontrolle im Regelfall für das bessere, weil flexiblere und weniger eingriffsintensive – der Vertragsfreiheit angemessenere – Mittel hält. Hält die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge der richterlichen Rechtsausübungskontrolle nicht stand, so führt dies im Rahmen des § 242 BGB noch nicht zur Unwirksamkeit des vereinbarten Ausschlusses. Auch wird dadurch nicht notwendig die vom Gesetz vorgesehene, aber vertraglich ausgeschlossene Scheidungsfolge in Vollzug gesetzt.<sup>19</sup> Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt. Dabei wird er sich umso eher an der vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge zu orientieren haben,

je zentraler diese Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt ist.<sup>20</sup>

Irritierend wirkt, dass naheheliche Solidarität nicht einfordern können soll, wer seinerseits die eheliche Solidarität verletzt hat.<sup>21</sup> Das klingt zunächst nach einer Wiedereinführung des Schuldprinzips durch die Hintertür und der Notwendigkeit, im Scheidungsprozess zum Waschen schmutziger Wäsche zurückzukehren. Der BGH denkt dabei aber wohl eher an Sachverhalte wie den folgenden: Ein Paar mit beiderseits guter Berufsausbildung und guten Karrierechancen, das eine echte Partnerschaftsehe mit oder ohne Kinder, jedenfalls mit wirklich geteilter Verantwortung für die Familienarbeit führen will, schließt ehevertraglich weitgehend die gesetzlichen Scheidungsfolgen aus. Der Ehemann schließt sich allein aus eigenem Interesse gegen der Willen seiner Frau einer Organisation von Globalisierungsgegnern an, gibt seinen Beruf auf und reist von Demonstration zu Demonstration, während seine Frau sich allein um Familie und Beruf kümmert. Das Beibehalten der ursprünglich gemeinsamen Lebensplanung ist nicht aus §§ 1356, 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB einklagbar. In diesem Fall wäre es „bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe“ tatsächlich unzumutbar, der Ehefrau wegen der von ihr geschuldeten nahehelichen Solidarität die Berufung auf den Ausschluss zu verweigern, selbst wenn der Ehemann – selbst verschuldet und gar nicht ehebedingt – ohne Einkommen, Alters- oder Krankheitsversorgung im Scheidungsfall einem traurigen Schicksal entgegenseht. Sein Abweichen vom ursprünglichen Plan beruhte lediglich auf eigenen Interessen, nicht auf der Entwicklung der Partnerschaft und Familie.

Insgesamt muss sich die geforderte Abwägung an der Rangordnung der Scheidungsfolgen orientieren: Je höherrangig die vertraglich ausgeschlossene und nun dennoch geltend gemachte Scheidungsfolge ist, umso schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehezuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen. Nicht einvernehmlich sind Abweichungen insbesondere dann, wenn sie die eheliche Solidarität verletzt haben. Jedoch bedarf dieses Merkmal der Einvernehmlichkeit noch dringend der Eingrenzung. Wie ausdrücklich muss ein Ehepartner mit Änderungen im Lebensplan einverstanden sein bzw. wie nachdrücklich muss er sich gegen tatsächliche Abweichungen vom ursprünglichen Plan wehren? Oftmals wird dieses Abweichen schleichend erfolgen und von den Betroffenen zunächst gar nicht als solches wahrgenommen werden.

### 3. Fazit

Die BGH-Entscheidung setzt die verfassungsgerichtlichen Vorgaben um, setzt aber die Schwerpunkte anders. Für das BVerfG muss der Ehevertrag „Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Partnerschaft“ sein. Leitmotiv ist die durch Art. 3 GG, insbesondere dessen Absatz 2, geschützte und aktiv zu schützende Gleichberechtigung. Demgegenüber ist das Leitmotiv des BGH die Freiheit, nämlich die Freiheit, die Ehe zu schließen, tatsächlich oder auch vertraglich zu gestalten und die Scheidungsfolgen zu modifizieren, wenn dies dem selbstgestalteten Ehebild entspricht. Die Parteien haben den Vertrag gemacht, er muss entscheidend bleiben. Es ist nicht Aufgabe des Richters, die Vertragsteile mit seiner Auffassung vom Wesen der Ehe zu beglücken.<sup>22</sup> Diese Freiheit muss dann

<sup>16</sup> „Teilweise Unwirksamkeit“ als Folge eines Verstoßes gegen § 138 BGB scheint zunächst höchst irritierend. Der BGH bezieht sich hier aber wohl auf die Unwirksamkeit einer Vereinbarung in einem Vertrag mit mehreren Regelungen, die nicht gem. § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit aller übrigen Regelungen führt. Im Übrigen kennen wir flexible Rechtsfolgen nur bei Anwendung des § 242 BGB, nicht der Nichtigkeitsnorm des § 138 BGB. Mit diesem „teilweise“ scheint aber nach den Ausführungen der Vorsitzenden des 12. Zivilsenats *Hahne* auf dem Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ in Bonn vom 22.–24.4.2004 kein neues Verständnis der Rechtsfolgen des § 138 BGB intendiert.

<sup>17</sup> Ziff. III. 3. b am Ende.

<sup>18</sup> Fn. 15, 16.

<sup>19</sup> Ziff. III. 3. b am Ende.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> Ziff. III. 3. b.

<sup>22</sup> So auch ausdrücklich *Hahne* anlässlich des Fachkongresses zum Familienrecht in Bonn vom 22.–24.4.2004.

– aber auch nur dann – zurücktreten, wenn durch die ehevertraglichen Vereinbarungen der Kernbereich der sozialen Absicherung des benachteiligten Ehegatten betroffen ist. Im Übrigen versteht sich der Familienrichter aber nicht als Vormundschaftsrichter.

Der BGH betont also – wesentlich mehr als das BVerfG – die gesteigerte Verantwortung der Ehegatten, das vertraglich frei gewählte Ehemodell anschließend auch zu leben oder den Vertrag anzupassen. Geschieht dies nicht und ergeben sich hieraus unzumutbare Schieflagen, so übernimmt diese „Vertragspflege“ im Scheidungsfall der Richter im Rahmen der Ausübungskontrolle.

#### 4. Folgen für die praktische Arbeit

Die Folgen der Verfassungsgerichtsentscheidungen und des BGH-Urteils für die praktische Arbeit der Vertragsgestalter sind mittlerweile breit diskutiert worden.<sup>23</sup> Unstreitig sind – wirksame – Eheverträge weiter möglich. Und ebenso unstrittig ist bei der Vertragsgestaltung größtmögliche Sorgfalt angezeigt. Dies gilt für das (Vor-)Verfahren wie für den Inhalt. Der typengerecht ausgestaltete Ehevertrag sollte nicht erst seit den Verfassungsgerichtsentscheidungen aus dem Jahr 2001 notarieller Standard sein. Ausführliche Sachverhaltserforschung und prophylaktische Regelungen für vorhersehbare, wenn auch derzeit nicht geplante Abweichungen vom geplanten Ehemodell sind geboten.<sup>24</sup> Die Motive für Modifikationen der gesetzlichen Scheidungsfolgen und für die konkret gewählten Gestaltungen müssen geklärt, dokumentiert und in geeigneten Fällen auch in die Urkunde aufgenommen werden.<sup>25</sup> Mit der Vereinbarung von Bedingungen (auflösend oder aufschiebend), Rücktrittsrechten oder Auffangregelungen für den Fall, dass die ursprünglich gewünschte Regelung einer richterlichen Ausübungskontrolle nicht standhält, wird man sicher in vielen Fällen die spätere richterliche Vertragsanpassung vermeiden können. Doch wird es sicher noch geraume Zeit erfordern, bis sich bei den Vertragsschließenden die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass Eheverträge dauernder „Vertragspflege“ bedürfen, wenn sie im Krisenfall wirksam sein und tatsächlich Streitvermeidend wirken sollen. Immer wieder stellt man in der Beratungspraxis fest, dass diese Vertragspflege bei den Sachversicherungsverträgen erheblich „liebervoller“ vorgenommen wird als bei Eheverträgen oder Verfügungen von Todes wegen.

Schon im eigenen Interesse zur Vermeidung etwaiger Haftungsgefahren muss auf ein ordnungsgemäßes und später nachvollziehbares Verfahren künftig noch mehr Gewicht

<sup>23</sup> Beispielhaft hierzu *Wachter*, ZNotP 2003, 408 m. v. N.; *Münch*, ZNotP 2004, 122; *Borth*, FamRZ 2004, 609.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Schubert*, FamRZ 2001, 734, 738: „Korrektur allzu euphorischer Vorstellungen“.

<sup>25</sup> Die z. B. von *Zimmermann* auf dem Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ erhobene Forderung, die Motive in jedem Fall möglichst umfassend in die Urkunde aufzunehmen, halte ich für nicht ungefährlich. Dass aus verschiedensten Gründen der Sachverhalt selektiert und geschönt wird, ist jedem Kautelarjuristen aus täglicher leidvoller Praxis bekannt. Wie sich im Streitfall nicht, nicht vollständig oder nicht zutreffend erwähnte oder formulierte Motive im Rahmen einer Inhaltskontrolle oder einer Haftungsklage gegen den Notar auswirken, ist nicht absehbar. Was ist, wenn es sich bei der angegebenen Berufstätigkeit um Schwarzarbeit handelt, wenn von beiden Vertragsteilen eine Berufstätigkeit behauptet wird, weil der Schwiegervater von der Arbeitslosigkeit nichts wissen darf? Oft wird dieses Forschen nach Motiven auch als Verletzung der Privatsphäre der Beteiligten empfunden, umso mehr, wenn es dann in der Urkunde auftaucht.

gelegt werden: Kein Ehevertrag sollte ohne (ggf. im Vertrag dokumentierte) Besprechung, Entwurfsfertigung und sofern möglich angemessene „Abkühlungsphase“<sup>26</sup> stattfinden. Auf professionelle Dolmetscher und Anfertigung einer Entwurfsübersetzung sollte nicht verzichtet werden, auch wenn die Beteiligten dies schon aus Kostengründen regelmäßig wünschen. Entschieden ablehnen würde ich jedoch die Forderung, jeder Ehegatte müsse in der Vorbereitungsphase eines (vorsorgenden) Ehevertrages von einem eigenen Anwalt vertreten sein.<sup>27</sup> Wir verstehen uns als unparteiische Berater beider Vertragsteile, die angemessene Vertragsgestaltungen zum Ausgleich der beiderseitigen Interessen entwickeln können. Keinesfalls sollten sich die Notare auf das reine Stempeln anwaltlicher Entwürfe beschränken lassen. Der Kostenvorteil und die Tatsache, dass ein neutraler Berater, nicht gegnerische Parteivertreter den Vertrag aushandeln, sind und waren immer Argumente für den Weg zum Notar. Dass bei der Ausarbeitung von Scheidungsvereinbarungen anderes gelten kann, ist unbestritten.

In das allgemeine Bewusstsein ist vielleicht noch zu wenig gedrungen, dass die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH nicht nur für vorsorgende Eheverträge, sondern auch für Scheidungsvereinbarungen gilt. Auch hier ist also die Möglichkeit einer künftigen Inhaltskontrolle bei der Vertragsgestaltung ins Auge zu fassen – auch wenn beide Beteiligte anwaltlich vertreten sind.<sup>28</sup>

#### 5. Ausblick

Der BGH wollte mit der Entscheidung die Diskussion versachlichen und beruhigen durch eine über den konkret zu entscheidenden Fall hinausreichende Handlungsanweisung an Gerichte und Kautelarjuristen. Das ist gelungen.

Der BGH sieht in § 138 BGB ein zu schneidiges Werkzeug. Die starren Rechtsfolgen passen nicht für Dauerrechtsverhältnisse wie eine Ehe, die über lange Zeit laufen und bei denen sich Schieflagen zeitweise in beide Richtungen ergeben können. Nur eine „ganzheitliche“ Betrachtungsweise, die die Motivation bei Vertragsschluss, die dieser Motivation entsprechenden oder von ihr in beide Richtungen abweichende Entwicklung im Lauf des gemeinsamen Lebens und auch die Situation am „Stichtag“ berücksichtigt und entsprechend gewichtet, kann zu tragbaren Ergebnissen im Einzelfall führen.

*Schwab* kritisiert an der Entscheidung für die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB, sie habe Rechtssicherheit genommen, ohne Gerechtigkeit zu geben.<sup>29</sup> Wie weit der Kernbereich reicht, ob er Grenzen hat oder ob es nur mehr oder weniger weit vom Kern entfernte Bereiche gibt, ist nicht klar. In welchem Verhältnis die „Leiter“ der gesetzlichen Scheidungsfolgentatbestände und die Kernbereichstheorie zueinander stehen und wie die Ehebedingtheit von Nachteilen, deren Kompensation ehevertraglich ausgeschlossen worden ist, in diese Bilder einzupassen ist, ist bisher nicht klar definiert. Dass mit dem flexiblen Mittel des § 242 BGB einzelfallge-

<sup>26</sup> § 17 Abs. 2 a BeurkG könnte hier einen Anhaltspunkt geben.

<sup>27</sup> So *Bergschneider* bei der Podiumsdiskussion der Juristischen Gesellschaft Augsburg am 24.3.2004 zur Inhaltskontrolle beim Ehevertrag.

<sup>28</sup> Die Warnung vor den allzu euphorischen Planungen gilt auch hier.

<sup>29</sup> Podiumsveranstaltung der Juristischen Gesellschaft Augsburg am 24.3.2004 zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen und Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ in Bonn vom 22.–24.4.2004.

rechte Entscheidungen sehr viel eher zu erreichen sind als mit der schweren Keule des § 138 BGB, der zu Alles-oder-Nichts-Lösungen führt und eine angemessene Würdigung des Auf und Ab in der Historie einer Ehe sehr schwer macht, wird wohl allenthalben akzeptiert. Von uns Vertragsgestaltern schon deshalb, weil die Gefahr etwaiger Haftungsansprüche der Vertragsbeteiligten im Falle einer Vertragsanpassung unter Billigkeitsgesichtspunkten gelassener diskutiert werden kann als im Falle einer drohenden ex-tunc-Nichtigkeit eines vor langer Zeit geschlossenen Vertrages.

Trotzdem ist die Gefahr des „Ausfransens“ des § 242 BGB mit völlig unvorhersehbaren Ergebnissen nicht von der Hand zu weisen, weil jedes Gericht den Kernbereich anders definieren und zu anderen Ergebnissen kommen wird.

Der BGH hofft auf Fallmaterial,<sup>30</sup> um die neue Rechtsprechung auszubauen und wieder mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Die Vorsitzende Richterin *Hahne* hofft auf den Einfallreichum und die Weitsicht der Notare im Bemühen um eine ausgewogene Vertragsgestaltung.<sup>31</sup> Wenn das mal gut geht!<sup>32</sup> Tun wir unser Bestes!

Notarin *Eva Maria Brandt*, Friedberg

<sup>30</sup> *Hahne* und *Wagenitz* auf dem Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ.

<sup>31</sup> DNotZ 2004, 95.

<sup>32</sup> *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1277.

13. BGB §§ 140, 2084, 2306, 2307 (*Zur Auslegung eines Testaments mit rechtlich unzulässigem Inhalt*)

1. **Zur Zulässigkeit eines Vorbescheids, der mit keinem der gestellten Erbscheinsanträge übereinstimmt, und zur Prüfungs- und Anordnungsbefugnis des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdegerichts, wenn nur einer der Beteiligten, die einen Erbscheinsantrag gestellt haben, Beschwerde (Rechtsbeschwerde) einlegt.**
2. **Zu den Grenzen der Auslegung eines Testaments und zu dessen Umdeutung (§ 140 BGB), wenn der nach dem Wortlaut gewollte Inhalt der Verfügung rechtlich nicht zulässig ist.**

BayObLG, Beschluss vom 8.12.2003, 1Z BR 107/02; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Der 2001 im Alter von 90 Jahren verstorbene, seit 1996 verwitwete Erblasser war Rechtsanwalt gewesen. Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind seine Kinder. Der Nachlass besteht aus einem bebauten Grundstück im Wert von 314.281 DM und aus Geldvermögen in Höhe von 108.159 DM.

Das Nachlassgericht hat ein eigenhändiges Testament des Erblassers vom 27.7.1999 eröffnet. Es lautet: „Meine Tochter ... (Beteiligte zu 1) erbt das Grundstück mit der Einrichtung als Alleineigentum. Meine Söhne ... (die Beteiligten zu 3 und 2), die Tochter ... (die Beteiligte zu 1) erben zu je  $\frac{1}{3}$  des Geldes. Der  $\frac{1}{3}$ -Geldbetrag an ... (Beteiligter zu 3) und ... (Beteiligter zu 2) wird nur vererbt, wenn der Pflichtteil von beiden für das Grundstück nicht geltend gemacht wird. Die Nichtgeltend-Machung ist in notarieller Form zu erklären. Danach ist der Betrag auszuzahlen.“ Es folgen die Angabe des Ortes und des Datums der Errichtung sowie die Unterschrift des Erblassers.

Die Beteiligte zu 1 hat einen Erbschein beantragt, der bezeugen soll, dass sie den Erblasser allein beerbt hat. Sie erklärte: „Ich stimme der Auslegung des Nachlassgerichts zu, dass mein Vater mich als Alleinerbin eingesetzt hat und meine beiden Brüder bedingte Vermächtnisnehmer sind. Dies war der Wunsch meines Vaters.“

Der Beteiligte zu 3 trat dieser Auslegung des Testaments entgegen. Er hat einen Erbschein beantragt, der bezeugen soll, dass der Erblasser in gesetzlicher Erbfolge von ihm und den Beteiligten zu 1 und 2 zu je  $\frac{1}{3}$  beerbt worden ist. Er ist der Meinung, dass das Testament unwirksam sei und deswegen die gesetzliche Erbfolge gelte. Unwirksam sei das Testament, weil der Erblasser einzelne Gegenstände seines Vermögens in unterschiedlicher Weise habe vererben wollen und damit gegen das zwingende rechtliche Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge verstoßen habe, ferner weil die bedingte Erbeinsetzung der Söhne von einer unmöglichen Bedingung abhängig gemacht werde – es gebe keinen „Pflichtteil für das Grundstück“ – und weil die Bestimmung, dass die Söhne ihren  $\frac{1}{3}$ -Erbteil vom Geld nur bekommen, wenn sie auf den Pflichtteil für das Grundstück verzichten, unsinnig und als Versuch, den Pflichtteil zu entziehen, sittenwidrig sei, da  $\frac{1}{3}$  des Geldes erheblich weniger als der Pflichtteil (insgesamt) sei. Habe ein im Erbrecht bestens bewandelter Volljurist wie der Erblasser in eindeutiger Weise einen rechtlich undurchführbaren Willen geäußert, so könne weder durch Auslegung noch durch Umdeutung abgeholfen werden.

Das Nachlassgericht hat mit Vorbescheid vom 15.2.2002 angekündigt, einen Erbschein zu erteilen, wonach der Erblasser von der Beteiligten zu 1 zu 82,931 %, von den Beteiligten zu 2 und 3 zu jeweils 8,5345 % beerbt worden sei. Es hielt die bedingte Zuwendung eines Geldbetrages an die Söhne für „widersprüchlich und sinnwidrig“, weil der gesetzliche Pflichtteilsanspruch der beiden Söhne – ausgehend von einem Wert des gesamten Nachlasses von 422.440 DM – 70.407 DM, der den beiden Söhnen zugedachte Anteil am Geldvermögen jedoch lediglich 36.053 DM betrage, sodass der Sohn, der den vom Erblasser offenbar nicht gewollten Pflichtteilsanspruch geltend mache, besser gestellt sei als der, der entsprechend der Intention des Erblassers auf den Pflichtteil verzichte. „Dieser Sinnbruch“ führe jedoch nicht dazu, das gesamte Testament als nichtig anzusehen, da es in den übrigen Bestimmungen völlig klar und eindeutig sei und keinen Zweifel am tatsächlichen Willen des Erblassers zulasse. Lediglich die Bedingung sei unwirksam, da es offenbar nicht der Wille des Erblassers gewesen sei, die beiden Söhne von der Erbenstellung gänzlich auszuschließen. Nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB sei davon auszugehen, dass der Erblasser die sonstigen Bestimmungen des Testaments in gleicher Weise getroffen hätte, wenn er sich der Sinnwidrigkeit und Unwirksamkeit der angegebenen Bedingung bewusst gewesen wäre. Das Testament sei auch nicht deswegen unwirksam, weil der Erblasser seine Kinder nicht auf eine bestimmte Quote eingesetzt, sondern seiner Tochter speziell das Anwesen zugesprochen habe. Eine derartige Testierung sei zulässig. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob das Testament von einem juristischen Laien oder einem juristischen Fachmann errichtet worden sei. Da im Erbschein aber lediglich eine quotenmäßige Bestimmung des Erbteils zulässig sei, müsse die Höhe der Erbanteile nach dem Wertverhältnis der den einzelnen Erben zugewendeten Gegenstände berechnet werden. Das Gericht sei nunmehr der Ansicht, dass die Zuwendung an die beiden Söhne nicht als Vermächtnis, sondern als Erbeinsetzung anzusehen sei. Neben dem Wortlaut des Testaments spreche dafür der Umstand, dass der Erblasser zwar den größten Anteil, insbesondere das Grundstück, in ungeteilter Weise habe hinterlassen, andererseits aber die beiden Söhne „nicht generell von der Stellung als Miterben im förmlichen Sinn“ habe ausschließen wollen. Auch der Tochter habe das Grundstück nicht nur als Vorausvermächtnis zugewendet werden sollen, was nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB denkbar wäre; unter Berücksichtigung des Wortlauts „erbt“ sowie des Umstandes, dass das Grundstück den überwiegenden Teil des Nachlasswertes darstelle, sei auch insoweit eine Erbeinsetzung anzunehmen.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 hat das Landgericht zurückgewiesen, wobei es darauf hinwies, dass die Erteilung des mit dem Vorbescheid angekündigten Erbscheins einen entsprechenden Antrag eines Beteiligten voraussetze. Die Beteiligte zu 1 hat auf eine diesbezügliche Anfrage des Nachlassgerichts beantragt, ihr einen Erbschein gemäß dem Vorbescheid zu erteilen. Der Beteiligte zu 3 hat gegen den Beschluss des Landgerichts weitere Beschwerde eingelegt.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die zulässige weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen, nicht jedoch zu einem Erb-

schein im Sinn des vom Rechtsmittelführer verfolgten tatsächlichen Interesses; denn es ist nicht gesetzliche Erbfolge eingetreten, vielmehr richtet sich die Erbfolge nach dem Testament des Erblassers, dessen Auslegung durch die Vorinstanzen der rechtlichen Nachprüfung jedoch nicht standhält.

1. Keinen rechtlichen Bedenken begegnet, dass das Landgericht über die Beschwerde des Beteiligten zu 3 in der Sache entschieden hat, obwohl das Nachlassgericht einen Erbschein angekündigt hatte, der zu diesem Zeitpunkt von keinem der Beteiligten beantragt war. Ein Vorbescheid mit einem von den gestellten Anträgen abweichenden Inhalt ist jedenfalls dann zulässig, wenn mit einem seinem Inhalt entsprechenden Antrag gerechnet werden kann (BayObLGZ 1980, 276/280; *Keidel/Kahl*, FGG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 15 a).

2. Das Nachlassgericht hat mit seiner Ankündigung eines Erbscheins mit einem sowohl vom (damaligen) Antrag der Beteiligten zu 1 als auch vom Antrag des Beteiligten zu 3 abweichenden Inhalt zu erkennen gegeben, dass es nicht nur den Antrag des Beteiligten zu 3, sondern auch den der Beteiligten zu 1 abweisen werde. Gegenstand eines Vorbescheids sind auch die dem angekündigten Erbschein widersprechenden Erbscheinsanträge der Beteiligten. Auf die Beschwerde und weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3 ist dem Beschwerde- und Rechtsbeschwerdegericht das Verfahren in gleichem Umfang angefallen, wie es Gegenstand des Vorbescheids war; nicht nur der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 3, sondern auch der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 ist damit Gegenstand des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens geworden (vgl. BayObLGZ 1981, 69/70). Sowohl das im Falle der Beschwerde eines Beteiligten gegen die Ankündigung eines Erbscheins an die Stelle des Nachlassgerichts tretende Beschwerdegericht als auch das Rechtsbeschwerdegericht haben die Entscheidung des Nachlassgerichts im Hinblick auf die Erbrechtslage in jeder Hinsicht nachzuprüfen, ohne aufgrund einer durch das Beschwerdeziel bestimmten Dispositionsmaxime der Beteiligten oder durch den Grundsatz der *reformatio in peius* beschränkt zu sein (BayObLGZ 1996, 69/74). Der Dispositionsbefugnis des Beschwerdeführers unterliegt nur die Einlegung und Aufrechterhaltung des Rechtsmittels. Eine Dispositionsbefugnis des Beschwerdeführers, nur bestimmte Gründe zur Entscheidung über einen unteilbaren Verfahrensgegenstand zu stellen, wäre mit dem öffentlichen Glauben des Erbscheins (§ 2366 BGB) nicht vereinbar (BayObLGZ 2000, 76/81).

Demnach ist das Rechtsbeschwerdegericht nicht gehindert, auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3 die Erbrechtslage uneingeschränkt zu überprüfen. Es kann, da die Beteiligte zu 1 ihren Erbscheinsantrag vom 27.4.2001 nicht zurückgenommen hat, als sie auf Anregung des Nachlassgerichts den (weiteren) Erbscheinsantrag vom 30.7.2002 stellte – dieser ist vielmehr als Hilfsantrag aufzufassen –, das Nachlassgericht zur Erteilung eines Erbscheins nach diesem Antrag anweisen.

3. Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Erblasser habe in seinem Testament eine erbrechtliche Singularsukzession der Beteiligten zu 1 in sein Hausgrundstück und eine solche aller Beteiligter in sein Geldvermögen angeordnet. Eine solche Bestimmung sei aber nach dem im Erbrecht geltenden Grundsatz der Universalsukzession nicht möglich. Auch wenn der zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung knapp 89-jährige Erblasser früher als Rechtsanwalt tätig gewesen sei und ihm deswegen der erbrechtliche Grundsatz der Universalsukzession hätte bekannt sein müssen, könne nicht angenommen werden, dass er bewusst ein Testament mit unwirksamen Anordnungen habe errichten wollen. Er habe

vielmehr mit dem Testament ernstlich seine erbrechtliche Nachfolge regeln wollen. Sein Wille sei durch Auslegung zu ermitteln. Aus der Zuweisung den Nachlass wertmäßig erschöpfender Einzelgegenstände ergebe sich entgegen der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, dass der Erblasser mit der Benennung der Bedachten und der ihnen zugeordneten Gegenstände eine quotale Beteiligung seiner Kinder am Nachlass habe festlegen wollen; dafür spreche auch die Formulierung „erbt“ bzw. „erben“. Dies führe zu den im Vorbescheid angegebenen Miterbenquoten. Der Erblasser habe die Miterbenstellung der Beteiligten zu 2 und 3 allerdings unter eine – aufschiebende – Bedingung gestellt. Er habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass eine dingliche Beteiligung der Beteiligten zu 2 und 3 am Nachlass von einem Verzicht der beiden Söhne auf ihren Anspruch aus § 2305 BGB abhängig sei. Der Erblasser habe aber seine Söhne lediglich mit einer Quote von 8,5345 % zu Miterben berufen, obgleich ihnen je ein Pflichtteilsanspruch von 16,66 % des Nachlasswertes zustünde. Aus § 2306 Abs. 1 BGB ergebe sich daher, dass diese Beschränkung der Erbenstellung durch eine aufschiebende Bedingung unwirksam sei. Die Beteiligten zu 2 und 3 seien demnach unbedingte Miterben zu je 8,5345 % geworden. Es bleibe ihnen unbenommen, einen etwaigen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB geltend zu machen. Für die dingliche Erbfolge sei dies aber nicht von Bedeutung.

4. Diese Auslegung des Testaments hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht in jeder Hinsicht stand.

a) Das Landgericht geht davon aus, der Erblasser habe – abweichend vom Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge – seinen Nachlass in zwei Vermögensmassen (Grundstück und Geldvermögen) aufteilen und diese jeweils gesondert vererben wollen, nämlich sein Grundstück an die Beteiligte zu 1 allein, sein Geldvermögen an alle drei Beteiligte zu je  $\frac{1}{3}$ . Die Erbinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 hinsichtlich des Geldvermögens habe er von ihrem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch hinsichtlich des Grundstücks abhängig machen wollen.

Diese Auslegung des tatsächlichen Willens des Erblassers ist aus rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden; sie stimmt überein mit derjenigen des Rechtsbeschwerdeführers und entspricht dem Wortlaut des Testaments. Bei diesem Verständnis wird auch ersichtlich, was der Erblasser mit der bedingten Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 als Erben des Geldvermögens zu je einem Drittel bezweckte: Wenn sie auf den ihnen infolge ihrer Enterbung hinsichtlich des einen Teilnachlasses (Grundstück) zustehenden Pflichtteilsanspruch verzichteten, so würden sie hinsichtlich des anderen Teilnachlasses (Geldvermögen) mit der Beteiligten zu 1 gleichberechtigte Erben – nicht nur wiederum pflichtteilsberechtigt – sein.

b) Das Landgericht hat ferner zutreffend angenommen, dass eine derartige eine Sonderguts- oder Einzelrechtsnachfolge voraussetzende letztwillige Verfügung rechtlich nicht möglich ist, weil sie mit dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) unvereinbar ist. Das Vermögen des Erblassers geht rechtlich zwingend insgesamt und ungeteilt auf den oder die Erben über; der Erblasser kann nicht durch Verfügung von Todes wegen eine unmittelbare Nachlassaufteilung in unterschiedlich zugeordnete Gütermassen oder Einzelgüter herbeiführen (vgl. BayObLGZ 34, 272/277; KGJ 52 A 65/67 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 78/79; *Staudinger/Marotzke*, BGB, 13. Bearb., § 1922 Rdnr. 46 bis 48, 51).

c) In Konsequenz dessen hat das Landgericht eine (weitere) Auslegung vorgenommen. Dagegen wendet sich der Rechts-

beschwerdeführer; er meint, einem klaren, aber unwirksamen Testament dürfe nicht durch Auslegung zur Wirksamkeit verholfen werden.

Daran ist richtig, dass sich für die Frage, mit welchem rechtlich zulässigen Inhalt das Testament aufrechterhalten werden kann, nicht mehr allein auf den tatsächlichen Willen des Erblassers abstellen lässt, da dieser auf etwas rechtlich nicht Zulässiges gerichtet ist. Nach § 140 BGB muss aber dem auf einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Willen des letztwillig Verfügenden auch dann zum Erfolg verholfen werden, wenn er eine rechtlich unzulässige Regelung gewählt hatte, aber ein zu einem jedenfalls annähernd gleichen Ergebnis führender rechtlich zulässiger Weg offen steht (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl.; *Staudinger/Roth*, jeweils Rdnr. 1 zu § 140; *MünchKomm/Leipold*, BGB, 3. Aufl., § 2084 Rdnr. 60; *Soergel/Loritz*, BGB 13. Aufl., § 2084 Rdnr. 64). Dafür ist zu unterscheiden zwischen dem erstrebten wirtschaftlichen Erfolg – gemäß dem tatsächlichen Willen des Erblassers – und dem rechtlichen Weg (vgl. *MünchKomm/Leipold*, § 2084 Rdnr. 70). Für letzteren muss, da der tatsächliche Wille auf ein unzulässiges rechtliches Mittel gerichtet ist, auf den hypothetischen Erblasserwillen abgestellt werden (*Staudinger/Roth*, § 140 Rdnr. 8, 24). Es ist zu fragen, auf welchem rechtlich zulässigen Weg sich die tatsächlichen wirtschaftlichen Absichten und Zielsetzungen des Erblassers am besten verwirklichen lassen; denn das § 2084 BGB zugrunde liegende Gebot der wohlwollenden Auslegung gilt auch für die Umdeutung (*Staudinger/Otte*, Rdnr. 1, *Soergel/Loritz*, Rdnr. 55, jeweils zu § 2084), gleich ob sich diese als Unterfall der (ergänzenden) Auslegung verstehen lässt (so *Staudinger/Otte*, a. a. O.) oder nicht (so *Staudinger/Roth*, § 140 Rdnr. 8, *Soergel/Loritz*, Rdnr. 64, *MünchKomm/Leipold*, Rdnr. 60, jeweils zu § 2084). Es ist ausreichend, wenn der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts nur teilweise oder in nicht so vollkommener Weise erreicht wird (*Staudinger/Roth*, § 140 Rdnr. 1).

d) Die vom Landgericht zum Zwecke der Feststellung eines rechtlich zulässigen Inhalts des Testaments vorgenommene Auslegung ist insofern rechtlich zu beanstanden, als sie nicht klar zwischen den wirtschaftlichen Absichten und Zielen des Erblassers, für die auf seinen tatsächlichen Willen abzustellen ist, und dem rechtlichen Weg unterscheidet, für den es nicht auf den tatsächlichen, sondern den hypothetischen Willen des Erblassers ankommt. Deswegen hat es bei der rechtlichen Einordnung der Zuwendungen an die Beteiligten zu 2 und 3 auf den Wortlaut „erben“ abgestellt. Wenn der Erblasser die Beteiligten zu 2 und 3 – bedingt – zu Erben einsetzen wollte, so nur unter der Voraussetzung, dass sich die Vermögensmasse Grundstück von der Vermögensmasse Geld trennen lasse und die Erbenstellung der Beteiligten zu 2 und 3 auf letztere beschränkt bleibe. Dies ist aber rechtlich nicht möglich. Es ist also zu fragen, welchen rechtlichen Weg der Erblasser gewählt hätte, wenn er sich der rechtlichen Unmöglichkeit, die Erbenstellung der Beteiligten zu 2 und 3 auf das Geldvermögen zu beschränken, bewusst gewesen wäre; diese Frage kann nicht anhand der Formulierungen entschieden werden, in denen der tatsächliche Wille des Erblassers zum Ausdruck kommt, vielmehr nur durch Bestimmung der wirtschaftlichen Absichten des Erblassers und der zu ihnen am besten passenden rechtlichen Formen.

e) Da das Landgericht diese rechtlichen Kriterien nicht beachtet hat, bindet seine Feststellung des rechtlich zulässigen Inhalts des Testaments den Senat nicht. Dieser kann, da weitere Ermittlungen hierzu nicht erforderlich sind, die Umdeutung selbst vornehmen.

aa) Wirtschaftlich gesehen ging es dem Erblasser vor allem darum, sein Grundstück – das den Nachlasswert zu etwa 75 % ausmacht – seiner Tochter allein zuzuwenden. Dieser wollte er überdies ein Drittel seines Geldvermögens zuwenden. Die beiden weiteren Drittel wollte er den Beteiligten zu 2 und 3 nur dann zukommen lassen, wenn sie auf weitergehende Pflichtteilsansprüche verzichteten.

bb) Wie der Rechtsbeschwerdeführer zu Recht rügt, wird diesem Willen eine Umdeutung, nach welcher alle drei Beteiligte (Mit-)Erben des gesamten Nachlasses sind, nicht gerecht, weil dann die vom Erblasser vor allem bezweckte Stellung der Beteiligten zu 1 als alleiniger Eigentümerin des Grundstücks nicht erreicht wird, vielmehr noch von weiteren Rechtsakten abhängig wäre, an denen die Miterben mitwirken müssten (vgl. KG, DR 1940, 2111; *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2937 ff.). Zudem bestünde das Risiko, dass die vom Erblasser angeordnete Bedingung gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 BGB als nicht angeordnet gelten würde, wenn es sich bei der Zuwendung an die Beteiligten zu 2 und 3 um eine Erbeinsetzung handeln würde. Diese Problematik (vgl. *RGRK/Johannsen*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 9, *MünchKomm/Frank*, Rdnr. 7, jeweils zu § 2306 BGB; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 879 Fn. 84; *Schlitt*, NJW 1992, 28; *Strecker*, ZEV 1996, 327/328; in BayObLGZ 1966, 227/229 f. wurde nur der spezielle Fall einer sog. konstruktiven Nacherbfolge gemäß § 2104 BGB behandelt, in welchem zum Zeitpunkt des Erbfalls die Nacherben noch unbekannt sind; bei Einsetzung der gesetzlichen Erben im Zeitpunkt des Erbfalls zu Nacherben könnten nach Meinung des BayObLG Pflichtteilsansprüche dagegen nur im Falle der Ausschlagung der Nacherbschaft geltend gemacht werden – a. a. O., S. 232 –; dieser Fall einer aufschiebend bedingten Erbeinsetzung fielen also nach Ansicht des BayObLG unter § 2306 Abs. 1 BGB; vgl. hierzu insbesondere *Staudinger/Haas*, § 2306 Rdnr. 19 bis 22) braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden. Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 120, 96 = NJW 1993, 1005) hatte eine Verwirkungsklausel mit einer auflösenden Bedingung zum Gegenstand; ob der Bundesgerichtshof im Fall einer aufschiebenden Bedingung ebenso entscheiden würde, ergibt sich aus ihr nicht (vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 780 Fn. 5, 782; *Schubert*, JR 1993, 368/369).

cc) Der vom Erblasser bezweckte wirtschaftliche Erfolg lässt sich dadurch erreichen, dass die Einsetzung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin des Grundstücks auf das gesamte Vermögen des Erblassers bezogen wird und die Stellung der Beteiligten zu 2 und 3 dann als die von (bedingten) Vermächtnisnehmern hinsichtlich eines bestimmten Betrages (je  $\frac{1}{3}$  des Geldvermögens) gedeutet wird (vgl. § 2087 Abs. 2 BGB), falls sie auf den darüber hinausgehenden Pflichtteilsanspruch verzichten. Bei dieser Deutung wird die Beteiligte zu 1 mit dem Erbfall unmittelbar (alleinige) Eigentümerin des Grundstücks; die Beteiligten zu 2 und 3 sind aufschiebend bedingte Vermächtnisnehmer; auf die Bedingung ist nicht § 2306 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 BGB anwendbar, sondern § 2307 BGB, der für alle Vermächtnisse gilt, auch für bedingte (*Soergel/Dieckmann*, § 2307 Rdnr. 2). Die aufschiebend bedingte Zuwendung eines Vermächtnisses unter der Potestativbedingung, dass der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteilsanspruch verzichtet, ist zulässig; denn dem Pflichtteilsberechtigten wird dadurch nicht die Möglichkeit genommen, den vollen Pflichtteil anstelle des Vermächtnisses zu verlangen (vgl. *Staudinger/Haas*, § 2307 Rdnr. 22). Die streitige Frage, ob der aufschiebend bedingte Vermächtnisnehmer den Pflichtteil auch ohne Ausschlagung des Vermächtnisses verlangen kann mit der Maßgabe, dass dieser dann bei Bedingungseintritt auf

das Vermächtnis angerechnet wird (vgl. *Soergel/Dieckmann*, Rdnr. 2, MünchKomm/*Frank*, Rdnr. 6, jeweils zu § 2307), spielt im vorliegenden Fall keine Rolle, weil hier mit der Geldtendmachung des (vollen) Pflichtteilsanspruchs feststeht, dass es zum Bedingungseintritt nicht mehr kommen kann. Umgekehrt wäre die Forderung lediglich des vermächtnisweise zugewendeten Betrages als (nach dem Erbfall formlos möglicher, vgl. *Staudinger/Haas*, § 2317 Rdnr. 17) Verzicht auf den darüber hinausgehenden Pflichtteilsanspruch zu verstehen. Die Klausel ist bei diesem Verständnis nicht unsinnig, wie das Nachlassgericht meinte; der Erblasser bringt mit ihr zum Ausdruck, welchen Betrag er seinen Söhnen freiwillig zuwenden will, ohne zu verkennen, dass sie aufgrund zwingender Rechtsvorschriften einen höheren Pflichtteilsanspruch – gegen seinen Willen – geltend machen können.

Diese Deutung des Testaments stimmt im Übrigen überein mit der Erklärung der Beteiligten zu 1 und des Beteiligten zu 2, dass der Erblasser, vor allem um das Haus der Familie zu erhalten, die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin machen wollte, „die ihren beiden Brüdern entweder jeweils  $\frac{1}{3}$  des Geldes oder aber den Pflichtteil auszahlt“ (Schreiben des Beteiligten zu 2). Nach der Darstellung des Beteiligten zu 3 hatte der Erblasser zuvor die Absicht gehabt, ihn als Alleinerben einzusetzen, da er bei seinen Geschwistern nicht die finanzielle Möglichkeit sah, das Haus zu erhalten. Auch nach seiner Darstellung ging es dem Erblasser also – mit Rücksicht auf das Haus – um die Bestimmung eines Alleinerben.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. UmwG § 123 Abs. 3 (*Zulässigkeit so genannter All-Klauseln im Ausgliederungsvertrag*)

### Zur Auslegung eines Ausgliederungsvertrages nach § 123 Abs. 3 UmwG.

BGH, Urteil vom 8.10.2003, XII ZR 50/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Z. KG. Er macht geltend, dass die Beklagte von der Gemeinschuldnerin ohne Rechtsgrund Mietzahlungen erhalten habe, und verlangt mit der Teilklage die Erstattung der für den Monat Februar 1999 gezahlten Miete von 13.920 DM (= 7.118,82 €) zuzüglich Zinsen.

Die Beklagte, die ein Einzelunternehmen betrieb, kaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 8.7.1993 eine Teilfläche eines Grundstücks in T. Für sie wurde eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Den Kaufpreis von 700.000 DM zahlte sie auf ein Notaranderkonto ein. Nach dem Kaufvertrag sollten der Besitz und das Nutzungsrecht am 3.9.1993 auf die Käuferin – die Beklagte – übergehen. Die Beklagte wurde nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit schriftlichem Mietvertrag vom 1.4.1995 vermietete die Beklagte die gekauften Grundstücksteile an die Firma Z. KG (die spätere Gemeinschuldnerin). Es war beabsichtigt, dass die Mieterin das Mietobjekt später erwerben solle. In dem Mietvertrag heißt es, der Vertrag ende „mit Übergang des Grundstücks in den Besitz“ der Z. KG. Am 26.2.1996 schlossen die Beklagte und die Firma Z. KG einen notariell beurkundeten Ausgliederungs- und Übertragungsvertrag. Die Beklagte übertrug darin Teile ihres Einzelunternehmens auf die Z. KG, und zwar die in der Anlage I zum Ausgliederungsvertrag bezeichneten Vermögensgegenstände des Teilbetriebs der Beklagten A. S. in T. In der Anlage I ist als zu übertragender Vermögensgegenstand u. a. der Eigentumsverschaffungsanspruch aus dem Kaufvertrag vom 8.7.1993 bezüglich des Grundstücks in T. aufgeführt. Die

übertragenen Vermögensgegenstände sollten mit allen Rechten und Pflichten auf die Z. KG übergehen. Ausgliederungsstichtag sollte der 1.7.1995 sein. Die Beklagte erhielt zum Ausgleich eine Kommanditbeteiligung an der Z. KG.

Am 30.7.1998 wurde für die Z. KG als übernehmende Rechtsträgerin im Handelsregister eingetragen, dass aus dem Einzelkaufmännischen Unternehmen der Beklagten der Teilbereich A. S. auf die Z. KG ausgegliedert worden sei. Am 26.8.1998 erfolgte ein entsprechender Handelsregistereintrag für die Beklagte als übertragende Rechtsträgerin. Die Z. KG zahlte die vereinbarte Miete an die Beklagte bis einschließlich Februar 1999, danach stellte sie die Zahlungen ein. Mit Beschluss vom 21.7.1999 wurde über das Vermögen der Z. KG das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 20.10.1999 verlangte die Beklagte von dem Kläger Zahlung der Miete für die Monate Juli bis Oktober 1999. Der Kläger antwortete, nach Angaben des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin bestehe kein Mietvertrag mehr, vorsorglich kündige er einen eventuell bestehenden Vertrag zum nächstmöglichen Termin.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hin hat das Berufungsgericht diese Entscheidung abgeändert und der Klage bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Mit ihrer zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

### Aus den Gründen:

(...) Die aufgrund der Zulassung durch das Berufungsgericht statthafte und auch sonst zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

1. a) Das Berufungsgericht führt aus, die Z. KG habe die Miete für Februar 1999 ohne Rechtsgrund gezahlt und sei daher nach den Regeln des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) verpflichtet, den erhaltenen Betrag zuzüglich Zinsen an den Kläger zurückzuzahlen. Der Rechtsgrund für Mietzahlungen sei vor Februar 1999 entfallen, weil das Mietverhältnis vorher beendet worden sei.

Dies ergebe sich allerdings nicht unmittelbar aus der Klausel des Mietvertrages, der Vertrag ende „mit Übergang des Grundstücks in den Besitz“ der Z. KG. Zwar sei das Grundstück der Z. KG zur Erfüllung des Mietvertrages übergeben worden. Das Wort „Besitz“ in der Klausel könne aber nicht im technischen Sinne gemeint gewesen sein, weil der Mietvertrag sonst schon am ersten Tag seines Vollzugs beendet worden wäre. Der Kläger vertrete die Ansicht, mit „Besitz“ sei der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an dem Grundstück gemeint gewesen. Wirtschaftliches Eigentum habe die Z. KG durch die Übertragung der Erwerbsanwartschaft bezüglich des Grundstücks erlangt. Demgegenüber meine die Beklagte, mit „Besitz“ sei der Erwerb des Volleigentums gemeint gewesen, den die Z. KG mangels Eintragung im Grundbuch nicht erlangt habe. Da nicht zu klären sei, welche Auslegung der Klausel richtig sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Klausel der Mietvertrag beendet worden sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

b) Weiter führt das Berufungsgericht aus, der Mietvertrag sei jedoch durch das Wirksamwerden des Ausgliederungsvertrages beendet worden. Der Ausgliederungsvertrag sei dahin zu verstehen, dass zusammen mit der ausdrücklich erwähnten Erwerbsanwartschaft an dem Grundstück auch der bezüglich dieses Grundstücks abgeschlossene Mietvertrag übertragen worden sei. Das bedeute, dass die Z. KG, die bisher Mieterin gewesen sei, zugleich die Vermieterstellung erworben habe. Da aber niemand gleichzeitig auf beiden Seiten Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses sein könne (Konfusion), sei der Mietvertrag gegenstandslos geworden.

Dementsprechend stehe der Beklagten auch kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für November 1999 zu, mit dem sie gegen die Klageforderung aufrechnen könne.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

2. Der Ausgliederungsvertrag nach § 123 Abs. 3 UmwG ist mit der Eintragung ins Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers (der Beklagten) in der Weise wirksam geworden, dass die übertragenen Vermögensgegenstände jeweils als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger (die Z. KG) übergegangen sind (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Zu den übertragbaren Vermögensgegenständen gehören grundsätzlich auch Verträge (*Lutter/Teichmann*, UmwG, 2. Aufl., § 132 Rdnr. 38). Da nach § 132 UmwG allgemeine Regelungen, die die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, durch die Wirkung der Eintragung ins Handelsregister unberührt bleiben, könnten gegen die Übertragung eines Mietvertrages im Wege der Ausgliederung aus dem Vermögen des Mieters Bedenken bestehen, weil das Mietrecht bestimmt, dass der Mieter nur mit Zustimmung des Vermieters ausgewechselt werden kann. Durch eine solche Übertragung des Mietvertrages könnten auch die Regeln über die Untervermietung unterlaufen werden (vgl. Senatsurteil vom 25.4.2001, XII ZR 43/99, ZIP 2001, 1007 = NJW 2001, 2251 m. Anm. *Eckert*, EWiR 2001, 675). Die Frage braucht aber nicht entschieden zu werden, weil ein solcher Fall hier nicht vorliegt. Im vorliegenden Fall hat nicht die Mieterin, sondern die Vermieterin Vermögensgegenstände ausgegliedert und übertragen.

Dass der Mieter sich nicht grundsätzlich gegen einen Wechsel auf der Vermieterseite wehren kann, ergibt sich schon daraus, dass nach § 571 BGB a. F. = § 566 BGB n. F. im Falle der Veräußerung eines Grundstücks der Erwerber als Vermieter in den Mietvertrag eintritt, ohne dass der Mieter dies verhindern kann.

Im Übrigen waren im vorliegenden Fall die Vertragspartner des Mietvertrages zugleich Vertragspartner des Ausgliederungsvertrages. Mit Abschluss des Ausgliederungsvertrages haben sie deshalb zumindest den Übergang des Mietvertrages genehmigt.

Obwohl der Mietvertrag in dem Ausgliederungsvertrag nicht ausdrücklich erwähnt ist, kommt das Berufungsgericht im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis, dass der Mietvertrag von dem Ausgliederungsvertrag erfasst und mit übertragen werden sollte. Es begründet diese Auslegung im Wesentlichen damit, dass nach dem Text des Ausgliederungsvertrages im Zusammenhang mit der in Bezug genommenen Anlage die Anwartschaft auf den Erwerb des Grundstücks mit allen Rechten und Pflichten übertragen werden sollte.

Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, auch wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint oder sogar näher liegt. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (*Musielak/Ball*, ZPO 3. Aufl. § 546 Rdnr. 5 m. N. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Fn. 4). Solche revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen, und sie liegen auch nicht vor.

a) Die Revision macht geltend, durch einen Ausgliederungsvertrag könnten nur die in diesem Vertrag aufgeführten Gegenstände übertragen werden, eine – wie sie meint: ergänzende – Vertragsauslegung, die zur Einbeziehung nicht ausdrücklich erwähnter Gegenstände führe, sei nicht zulässig. Dem kann nicht gefolgt werden.

Die Frage, wie genau die zu übertragenden Vermögensteile in einem Ausgliederungsvertrag bezeichnet werden müssen, ist bisher – soweit ersichtlich – höchstrichterlich nicht erörtert worden.

Die Literatur vertritt unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien die Ansicht, dass die Anforderungen an die Kennzeichnung einzelner Gegenstände nicht überspannt werden dürfen und dass Verträge nach § 123 UmwG der Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB unterliegen. Es genüge, wenn der Gegenstand bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Unternehmens zuzurechnen sei. Insbesondere seien so genannte All-Klauseln zulässig, mit denen sämtliche zu einem bestimmten gehörenden Gegenstände erfasst würden (*Lutter/Priester*, a. a. O., § 126 Rdnr. 43; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, 3. Aufl., § 131 Rdnr. 110, jeweils m. N.).

Dieser in der Literatur vertretenen Meinung schließt sich der Senat an. Es gibt keinen Rechtssatz, aus dem sich herleiten ließe, dass die für Verträge allgemein geltenden Auslegungsregeln auf Ausgliederungsverträge nicht angewendet werden dürfen.

Für diese Annahme spricht auch ein praktisches Bedürfnis. Im Zusammenhang mit einem Ausgliederungsvertrag werden häufig große Sachgesamtheiten übertragen. Es wäre mit einem zumindest unzumutbaren Aufwand verbunden, alle zu einer solchen Sachgesamtheit gehörenden Gegenstände in dem Ausgliederungsvertrag oder in einer Anlage zu ihm einzeln aufzuführen. Es ist deshalb geboten, bezüglich solcher Sachgesamtheiten die erwähnten All-Klauseln zuzulassen. Dann ist es aber erforderlich, bezüglich jedes Einzelgegenstandes im Wege einer Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu überprüfen, ob er zu der Sachgesamtheit gehört oder nicht.

Ähnlich liegt es im vorliegenden Fall. Nach dem Ausgliederungsvertrag sollte das Anwartschaftsrecht der Beklagten auf Erwerb des Grundstücks mit allen Rechten und Pflichten übertragen werden. Es ist deshalb im Wege der Auslegung zu überprüfen, welche Rechte und Pflichten damit gemeint sind. Es ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den bezüglich des Grundstücks abgeschlossenen Mietvertrag zu diesen Rechten und Pflichten gezählt hat.

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang bei der Auslegung von Ausgliederungsverträgen Umstände berücksichtigt werden können, die in der Urkunde keinen Niederschlag gefunden haben, kann offen bleiben. Solche Umstände hat das Berufungsgericht bei der Auslegung nicht berücksichtigt.

b) Die Revision meint zu Unrecht, eine solche Auslegung sei nicht zulässig, weil nach unbestrittener Meinung Gegenstände, die bei der Ausgliederung vergessen worden seien, bei dem übertragenden Rechtsträger verblieben (*Lutter/Priester*, a. a. O., § 126 Rdnr. 44 m. N. in Fn. 59). Die Revisionserwiderung verweist zu Recht darauf, dass die Auslegung des Vertrages dieser Regelung vorgeht. Nur wenn sich im Wege der Auslegung nicht ergibt, dass ein Gegenstand, der eigentlich mit übertragen werden sollte, nicht übertragen worden ist, kann man annehmen, dass dieser Gegenstand bei der Ausgliederung vergessen worden ist.

c) Der Revision ist einzuräumen, dass die Formulierung des Berufungsgerichts, die Firma Z. KG habe bei der Ausgliederung „den Vermögensgegenstand – das Grundstück –“ erhalten, missverständlich ist. Es liegt zumindest nahe, diese Formulierung dahin zu verstehen, dass die Firma Z. KG im Zusammenhang mit der Ausgliederung Eigentümerin des Grundstücks geworden sei. Das ist nicht der Fall, weil sie nur eine Erwerbsanwartschaft erworben hat, die nicht zum Vollrecht erstarkt ist, weil die Z. KG nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden ist. Entgegen der Annahme der Revision lässt sich aus dieser missglückten Formulierung aber kein revisionsrechtlich relevanter Auslegungsfehler herleiten. Das Berufungsgericht hat keineswegs als Argument für seine Auslegung benutzt, dass die Z. KG Eigentum erworben habe. Der Begründung des Urteils ist vielmehr zu entnehmen, dass sich das Berufungsgericht darüber im Klaren war, die Z. KG habe lediglich eine Erwerbsanwartschaft und den Besitz an dem Grundstück erworben, nicht aber das Eigentum.

d) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe zur Verfügung stehenden Auslegungstoff nicht hinreichend berücksichtigt. Sie habe sich nicht hinreichend mit dem Text des Mietvertrages und mit dem Umstand befasst, dass die Z. KG nach der vom Berufungsgericht angenommenen Beendigung des Mietvertrages 44 Monate lang die Miete weiter gezahlt habe. Mit diesen Umständen hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt. Es hat lediglich nicht die von der Revision gewünschten Schlussfolgerungen daraus gezogen. Das muss die Revision hinnehmen.

e) Schließlich hat das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, sie habe sich mit der Firma Z. KG geeinigt, dass der Mietvertrag bis zur Eintragung der Z. KG im Grundbuch Bestand haben solle, zu Recht als unsubstantiiert angesehen und die hierzu angebotenen Beweise nicht erhoben. Die Beklagte hat trotz eines ausdrücklichen Hinweises des Berufungsgerichts keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich eine solche Vereinbarung herleiten ließe. Dem Vortrag der Beklagten ist nicht einmal zu entnehmen, ob die von ihr behauptete Absprache vor oder nach Abschluss des Ausgliederungsvertrages getroffen worden sein soll. Es ist auch nicht auszuschließen, dass die Beklagte lediglich meint, eine solche Vereinbarung sei stillschweigend zustande gekommen. Unter diesen Umständen wäre eine Beweiserhebung über die pauschale, durch keine Tatsachen unterlegte Behauptung der Beklagten ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.

4. Da der Mietvertrag beendet war, hat die Beklagte auch keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung für den Monat November 1999, mit dem sie gegenüber der Klageforderung aufrechnen könnte.

15. § 30 GmbHG (*Kreditgewährung an Gesellschafter als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen*)

**Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, sind auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.**

BGH, Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Durch Gesellschaftsvertrag vom 4.12.1990 gründeten der Beklagte zu 1 und der Beklagte zu 2 die P. Immobiliengesellschaft mbH (P-GmbH), die sich mit Immobilien- und Bauträgergeschäften befasste. Am Stammkapital der P-GmbH in Höhe von 50.000 DM war der Beklagte zu 1 mit einem Geschäftsanteil von 45.000 DM beteiligt, während der Beklagte zu 2 einen Geschäftsanteil in Höhe von 5.000 DM hielt. Zeitgleich mit der Gründung übertrug der Beklagte zu 1 seinen Geschäftsanteil treuhänderisch auf die Beklagte zu 3, seine Ehefrau, die den Geschäftsanteil durch notariellen Vertrag vom 11.1.1995 an den Beklagten zu 1 rückabtrat. Die Beklagte zu 3 war vom 15.2.1993 bis 2.3.1995 neben dem Beklagten zu 2 alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der P-GmbH.

Im Zeitraum vom 11.10 bis 9.11.1994 räumte die P-GmbH dem Beklagten zu 1 zwei Darlehen in Höhe von insgesamt 850.000 DM ein; dem Beklagten zu 2 gewährte sie am 11.10.1994 ein Darlehen über 150.000 DM. Über das Vermögen der P-GmbH wurde am 4.3.1997 das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Auf Antrag des Klägers hat das Landgericht den Beklagten zu 1 durch Anerkenntnisurteil zur Zahlung von 850.000 DM und den Beklagten zu 2 durch Versäumnisurteil zur Zahlung von 150.000 DM rechtskräftig verurteilt. Wegen der Vergabe der Kredite hat das Landgericht die Beklagte zu 3 zur Schadensersatzleistung von 1.000.000 DM verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten zu 3 hat das Oberlandesgericht die Klage insoweit abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren gegen die Beklagte zu 3 weiter.

*Aus den Gründen:*

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

I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 3 abgelehnt, weil sie die ohne ihr Wissen und Wollen durch die Beklagten zu 1 und 2 verfügbaren Zahlungen nicht verhindern konnte. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

II. Die Beklagte zu 3 ist aufgrund der bisherigen Feststellungen wegen der den Beklagten zu 1 und 2 aus dem gebundenen Vermögen der P-GmbH gewährten Darlehen zur Schadensersatzzahlung in Höhe von 1.000.000 DM an den Kläger verpflichtet (§§ 43 Abs. 2 und 3, 43 a, 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 GmbHG).

1. Für den Beklagten zu 2 und das ihm gegebene Darlehen von 150.000 DM folgt dies bereits aus § 43 a GmbHG. Nach dieser Bestimmung ist jede Kreditvergabe aus gebundenem Vermögen an Geschäftsführer und ihnen gleichgestellte Personen „uneingeschränkt“ verboten (BT-Drucks. 7/253, S. 124). Das Verbot gilt unabhängig von der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs. Es erstreckt sich damit ohne weiteres auch auf Kredite, die einem kreditwürdigen, solventen Geschäftsführer gewährt werden oder die anderweit ausreichend besichert werden.

2. a) Im Blick auf das dem Beklagten zu 1 eingeräumte Darlehen über 850.000 DM ergibt sich ein Verbot der Kreditgewährung nicht bereits aus § 43 a GmbHG. Der Regelungsbereich der Vorschrift beschränkt sich auf Geschäftsführer und die dort genannten weiteren Vertretungspersonen. Die Bestimmung kann entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (*Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., § 43 a Rdnr. 61 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1148 f.) nicht in analoger Anwendung auf Gesellschafter übertragen werden, weil der Gesetzgeber die Einbeziehung dieses Personenkreises in den Tatbestand der Vorschrift ausdrücklich abgelehnt hat (BT-Drucks. 8/1347, S. 74).

b) Vielmehr folgt im Falle des Beklagten zu 1 die Unzulässigkeit der Darlehenshingabe aus § 30 GmbHG. Zwar war der

Beklagte zu 1 bei Abschluss der Kreditgeschäfte nicht Gesellschafter der P-GmbH; sein Geschäftsanteil wurde aber für ihn treuhänderisch von der Beklagten zu 3 gehalten. Aufgrund des Treuhandverhältnisses mit der Beklagten zu 3 ist der Beklagte zu 1 selbst als mittelbarer Gesellschafter der GmbH zu behandeln; als solcher haftet er in Einklang mit dem Revisionsvorbringen wie ein Gesellschafter für die Rückzahlung von Geldern, die ihm entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG zugeflossen sind (BGHZ 107, 7, 11 f.; 75, 334, 335 f.; 31, 258, 266 f.).

c) Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der Gesellschaft bestritten werden, sind auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen im Sinne von § 30 GmbHG zu bewerten, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig sein sollte.

aa) § 30 GmbHG verpflichtet die Gesellschafter nicht, das Gesellschaftsvermögen im Sinne eines gegenständlichen Eigentumsschutzes in einer bestimmten Zusammensetzung zu erhalten. Vielmehr untersagt § 30 GmbHG lediglich, das in der Satzung festgelegte Garantievermögen in seiner rechnerischen Wertbindung zugunsten eines Gesellschafters anzutasten. Die Gewährung eines Darlehens ist im Falle eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs als bloßer Aktivtausch bilanzrechtlich neutral. Mangels einer bilanziellen Vermögensminderung wird deshalb die Hingabe eines Darlehens verbreitet als mit § 30 GmbHG vereinbar erachtet, sofern das Darlehen angemessen verzinst und der Gesellschafter auf Dauer solvent und kreditwürdig, der Rückzahlungsanspruch also vollwertig ist (RGZ 150, 28, 34 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 30 Rdnr. 16; *Scholz/Westermann*, a. a. O., § 30 Rdnr. 25; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Penz*, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 34; *K. Schmidt*, a. a. O., S. 1134).

bb) Diese rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise greift aber mit Rücksicht auf die Bedeutung des in § 30 Abs. 1 GmbHG verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz. Vermögensschutz erschöpft sich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer, sondern gebietet die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse (*Schön*, ZHR 159 [1995], 351, 362). Dementsprechend soll nach Sinn und Zweck des § 30 GmbHG das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden; damit soll nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werden. Mit diesem Ziel wäre es nicht vereinbar, wenn die Gesellschafter der GmbH zu Lasten des gebundenen Gesellschaftsvermögens Kapital entziehen könnten und der GmbH im Austausch für das fortgegebene reale Vermögen (von etwaigen Zinsansprüchen einmal abgesehen) nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbliebe (*Stimpel*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 335, 349, 352). Der Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung verschlechtert, wie der Senat schon früher in Bezug auf die Stundung der Entgeltforderung aus einem Veräußerungsgeschäft ausgesprochen hat (BGHZ 81, 311, 320 f.), die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger. Zu Recht ist in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, dass durch die Darlehenshingabe die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft im Ergebnis einen vollstreckungs- und insolvenzrechtlich vorrangigen Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft erlangen (*Schön*, a. a. O., S. 361). Bei Unterbilanz der

Gesellschaft ist deshalb gegenüber den Gesellschaftern nicht nur der bilanzielle Wert des Gesellschaftsvermögens zu wahren, sondern auch dessen reale Substanz zusammenzuhalten und vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen (*Stimpel*, a. a. O., S. 352; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 93; vgl. ferner *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., § 31 Rdnr. 10). Da dem Kapitalabfluss eine nur rechnerische, aber nicht sofort realisierbare Forderung gegenübersteht, ist schon aus diesen Gründen auch die Gewährung eines ordnungsgemäß verzinsten Darlehens an einen kreditwürdigen Gesellschafter mit § 30 GmbHG nicht zu vereinbaren (*Stimpel*, a. a. O., S. 335 ff., 348–352; *Schön*, a. a. O., S. 351, 359 ff.; *Altmeyen*, a. a. O., § 30 Rdnr. 91 ff.; *Michalski/Heidinger*, GmbHG, 2002, § 30 Rdnr. 49).

cc) Das Verbot der Kreditgewährung beugt zudem einer Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen in Darlehen vor.

Entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG geleistete Zahlungen müssen der Gesellschaft erstattet werden. Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG wird mit seinem Entstehen sofort fällig (Sen., Urt. v. 8.12.1986, II ZR 55/86, NJW 1987, 779) und kann dem Gesellschafter nicht erlassen werden (§ 31 Abs. 4 GmbHG). Ebenso wie die Einlageforderung darf der funktionell vergleichbare Erstattungsanspruch (BGHZ 144, 336, 341) nicht gestundet werden (*Stimpel*, a. a. O., S. 350 f.; *Schön*, a. a. O., S. 360 f.; *Michalski/Heidinger*, a. a. O., § 31 Rdnr. 74; *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 31 Rdnr. 23; *Altmeyen*, a. a. O., § 31 Rdnr. 29; *Scholz/Westermann*, a. a. O., § 31 Rdnr. 32; *Ulmer* in *Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, 1992, S. 363, 380 ff.; a. A. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., § 31 Rdnr. 18; *Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG, 8. Aufl., § 31 Rdnr. 59). Wegen der Gefahr einer Umgehung des Stundungsverbots kann die Gewährung eines Darlehens nicht gebilligt werden. Andernfalls wäre zu befürchten, dass verbotene Zahlungen aus dem Stammkapital bilanzneutral als Darlehen verschleiert werden (*Schön*, a. a. O., S. 361; *Stimpel*, a. a. O., S. 352; *Hommelhoff* in *FS Kellermann*, 1991, S. 165 f.; *Kühbacher*, Darlehen an Konzernunternehmen, 1993, S. 43 f.).

dd) Es kann dahinstehen, ob die Gewährung eines Darlehens aus gebundenem Vermögen ausnahmsweise zulässig sein kann, wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist. Für die Voraussetzungen eines solchen Ausnahmetatbestandes, der im Streitfall ersichtlich nicht eingreift, wäre indes der Gesellschafter darlegungs- und beweispflichtig.

3. Der Beklagten zu 3 ist vorzuwerfen, die Darlehenszahlungen an die Beklagten zu 1 und 2 schuldhaft geduldet zu haben (§ 43 Abs. 1, 3 GmbHG). Sie kann sich zur Entlastung von ihrer Schadensersatzpflicht nicht darauf berufen, dass die Kredite ohne ihr Wissen und Wollen ausgereicht wurden.

a) Die Beklagte zu 3, die offenbar nur die Funktion einer „Strohfrau“ einnahm und den Beklagten zu 1 und 2 bei der tatsächlichen Geschäftsführung freie Hand ließ, hätte durch geeignete Kontrollmaßnahmen (vgl. Sen., Urt. v. 20.3.1986, II ZR 114/85, WM 1986, 789 = ZIP 1987, 1050) dafür sorgen müssen, dass sie die Auszahlung der das Stammkapital beeinträchtigenden Kredite an die Beklagten zu 1 und 2 erkennen und verhindern konnte. Die P-GmbH gewährte im Zeitraum von Juli 1992 bis Oktober/November 1994 dem Beklagten

zu 1 Darlehen in Höhe von insgesamt 2.900.000 DM und dem Beklagten zu 2 in Höhe von insgesamt 425.000 DM. Gegenstand des Rechtsstreits bilden die zuletzt im Oktober/November 1994 an die Beklagten zu 1 und 2 gezahlten Darlehen. Für die Beklagte zu 3 bestand – wie die Revision mit Recht hervorhebt – folglich Anlass, bereits ab dem Jahr 1992 die – erheblichen – Kreditleistungen an die Beklagten zu 1 und 2 unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Beeinträchtigung des Stammkapitals einer Prüfung zu unterziehen. Diese Kontrollpflicht hat die Beklagte zu 3 entgegen der Revisionserweiterung nicht ansatzweise wahrgenommen.

b) Die Beklagte zu 3 kann sich nicht darauf berufen, dass sie außerstande war, sich gegen ihren Mitgeschäftsführer, den Beklagten zu 2, durchzusetzen und die Kreditzahlungen zu unterbinden.

Eine erteilte Weisung der Gesellschafter, die Darlehensmittel auszukehren, wäre rechtswidrig gewesen; die Beklagte zu 3 wäre an sie nicht gebunden gewesen. Dies folgt für das dem Beklagten zu 1 gegebene Darlehen schon aus § 43 Abs. 3 GmbHG. Ebenso verhält es sich in analoger Anwendung der Vorschrift für den dem Beklagten zu 2 als Geschäftsführer gewährten Kredit.

4. Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 3 bemisst sich wegen der den Beklagten zu 1 und 2 gewährten Kredite auf insgesamt 1.000.000 DM. Falls der Geschäftsführer eine verbotene Zahlung geleistet oder zugelassen hat, entspricht der Schaden zumindest der erbrachten Leistung (Sen., Ur. v. 20.3.1986, II ZR 114/85, WM 1986, 789 = ZIP 1987, 1050).

III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen ergänzenden Feststellungen treffen kann. Einmal ist zu untersuchen, ob die Darlehen – wie von der Beklagten zu 3 behauptet – ganz oder teilweise zurückgezahlt wurden. Ferner ist zu klären, ob die Vergabe der Darlehen in der Zone der Unterdeckung der Stammkapitalziffer erfolgte.

16. AktG § 244 Satz 1 (*Beseitigung der Anfechtbarkeit eines Erstbeschlusses durch Bestätigungsbeschluss*)

- a) **Durch den Bestätigungsbeschluss nach § 244 Satz 1 AktG erkennt die Hauptversammlung den Erstbeschluss als gültige Regelung der betreffenden Gesellschaftsangelegenheit an und beseitigt mit Wirkung für die Zukunft dessen behauptete oder tatsächlich bestehende Anfechtbarkeit.**
- b) **Voraussetzung für die Bestätigungswirkung ist allein, dass der Bestätigungsbeschluss die behaupteten oder tatsächlich bestehenden Mängel beseitigt und seinerseits nicht an Mängeln leidet; einer Neuvernahme des seinerzeit gefassten Beschlusses bedarf es nicht, so dass im Zeitpunkt der Bestätigung auch die materiellen Voraussetzungen für den Erstbeschluss nicht mehr erfüllt sein müssen.**

BGH, Urteil vom 15.12.2003, II ZR 194/01; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Über das Vermögen der Beklagten, die ihren Sitz in L. hat, war am 1.10.1993 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden. Im März 1995 ist dieses Verfahren – nach gerichtlicher Bestätigung eines Vergleichs, aufgrund dessen die Gläubiger der Gemeinschuldnerin für rund 46 % ihrer Forderungen Befriedigung erlangt haben – unter

Anordnung einer Sonderverwaltung – aufgehoben worden. Während des Gesamtvollstreckungsverfahrens hatte der Verwalter mit verschiedenen Interessenten verhandelt und schließlich das Anlagevermögen der Beklagten an die S. AG (S.), eine Tochtergesellschaft der Molkeerei A. M. GmbH & Co. KG („M. Milch“), veräußert. Die S. stellte das im Bau befindliche Milchwerk in L. fertig und verpachtete es ab 1996 an die Beklagte. Diese betreibt sog. „Lohnabfüllung“ von Milch für die „M. Milch“ und vermarktet eigene Milchprodukte. Die Mittel für den Betrieb hat sie ab 1996 von der „M. Milch“ darlehensweise erhalten; auf die Rückzahlung hat die Darlehensgeberin bedingt verzichtet.

Die Hauptversammlung der Beklagten fasste zur Vorbereitung der Beendigung des Gesamtvollstreckungsverfahrens am 10.10.1994 einen Hauptversammlungsbeschluss, nach dem auf dem Wege der vereinfachten Kapitalherabsetzung das Grundkapital der Beklagten von 75 Mio. DM auf 100.000 DM herabgesetzt wurde, „um Wertminderungen auszugleichen und zur Deckung sonstiger Verluste“. Hiergegen haben Minderheitsaktionäre – u. a. der Kläger zu 1 und die Klägerin zu 2 – Anfechtungsklage erhoben; durch Urteil des erkennenden Senats (v. 9.2.1998, II ZR 278/96, BGHZ 138, 71 ff.) ist festgestellt worden, dass diese Kapitalmaßnahme – anders als das Berufungsgericht angenommen hatte – zwar keiner sachlichen Rechtfertigung bedurfte, die Anfechtungsklagen aber allein deswegen Erfolg haben und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz nötigen, weil nach dem revisionsrechtlich als richtig zu unterstellenden Sachvortrag der Kläger das Informationsrecht der Minderheitsaktionäre verletzt worden ist.

Zwischenzeitlich, nämlich am 28.11.1996, hat die Hauptversammlung der Beklagten die „Fortsetzung“ der Gesellschaft als werbendes Unternehmen beschlossen und den Jahresabschluss 1995 festgestellt. Die hiergegen erhobene Anfechtungsklage hatte Erfolg (Urt. v. 12.11.2001, II ZR 225/99, BGHZ 149, 158 ff.), weil der Vorstand bei der Einladung zur Hauptversammlung fehlerhaft besetzt war.

Die Hauptversammlung der Beklagten hat am 14.7.1998, wenige Monate nach Verkündung der Entscheidung des Senats vom 9.2.1998, ihren Beschluss vom 10.10.1994 bestätigt. Auch gegen diesen Beschluss ist Anfechtungsklage erhoben worden. Der Senat hat – abweichend von dem Berufungsgericht – ausgesprochen, dass der Vorstand bei der Vorbereitung dieser Hauptversammlung nach den Vorschriften des Gesetzes und der Satzung ordnungsgemäß besetzt gewesen ist (Sen., Ur. v. 17.12.2001, II ZR 288/99, ZIP 2002, 216). Zur sachlichen Prüfung der Anfechtungsgründe ist der Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückverwiesen worden.

Während die beiden Anfechtungsklageverfahren gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse vom 28.11.1996 und 14.7.1998 noch anhängig waren, hat die Hauptversammlung der Beklagten am 10.12.1998 einen weiteren Bestätigungsbeschluss gefasst, der sich nunmehr im Sinne einer Gesamtbestätigung auf beide angefochtenen Beschlüsse erstreckt. Hiergegen haben der Kläger zu 1 – bezogen auf die TOP 1 (Bestätigung zum Hauptversammlungsbeschluss vom 10.10.1994), 4 (Bestätigung Jahresabschluss) und 7 (Bestätigung Fortsetzung der Gesellschaft) – und die Klägerin zu 2 – hinsichtlich der TOP 1 und 3 (Bestätigung zum Zustimmungsbeschluss der Inhaber der Inhaberstammaktien) – abermals Anfechtungsklage erhoben. Mit Rücksicht darauf sind die beiden früheren an das Oberlandesgericht zurückverwiesenen Anfechtungsverfahren ausgesetzt worden. Die Kläger haben die Ansicht vertreten, eine Bestätigung sei allein deswegen nicht in Betracht gekommen, weil im Dezember 1998 – unstrittig – die Voraussetzungen für eine Kapitalherabsetzung nach § 229 AktG nicht erfüllt gewesen seien; auf diesen Zeitpunkt sei aber abzustellen. Ferner hat der Kläger zu 1 geltend gemacht, der Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses 1995 sei nichtig gewesen und habe deswegen nicht „bestätigt“ werden können. Da eine vermögenslose Aktiengesellschaft nicht fortgesetzt werden könne, habe auch der Beschluss zu TOP 7 nicht zu einer Bestätigung geführt.

Diese Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der die beiden nicht nichtigen, sondern allenfalls anfechtbaren Beschlüsse vom

10.10.1994 und 28.11.1996 bestätigende Hauptversammlungsbeschluss der Beklagten vom 10.12.1998 rechtmäßig ergangen ist.

1. Die Kläger gehen fehl, wenn sie dem § 244 Satz 1 AktG entnehmen wollen, im Zeitpunkt der Bestätigung müssten alle Voraussetzungen des Ausgangsbeschlusses vorhanden sein. Das hätte zur Folge, dass die Bestätigung der Sache nach allein in Form einer Neuvornahme vonstatten gehen könnte. Dem widerspricht nicht nur der Wortlaut, sondern vor allem der Sinn des Gesetzes.

a) Wie schon die Rechtsfolge – „die Anfechtung kann nicht mehr geltend gemacht werden“ – nahelegt, bedarf es nicht der Neuvornahme des seinerzeit gefassten Beschlusses. Indem die Hauptversammlung den seinerzeit gefassten Beschluss als gültige Regelung der betreffenden Gesellschaftsangelegenheit anerkennt (so schon *Ballerstedt*, ZHR 124 [1962], 233, 235; MünchKommAktG/Hüffer, 2. Aufl., § 244 Rdnr. 4; GK AktG/Karsten Schmidt, 4. Aufl., § 244 Rdnr. 5), beseitigt sie die Anfechtbarkeit. Damit werden einerseits die möglichen Zweifel über die Gültigkeit des Beschlossenen im Interesse der Gesellschaft wie des Rechtsverkehrs ausgeräumt, andererseits bleibt für die Gesellschaft die gerade bei Strukturmaßnahmen überragend wichtige Möglichkeit erhalten, dass der gefasste Beschluss nach dem seinerzeit geltenden Gesetzes- und Satzungsrecht beurteilt wird. Unerlässliche Voraussetzung für diese in der Bestätigung liegende Anerkennung des Beschlusses als für die Gesellschaft gültig und verbindlich ist jedoch, dass die Mängel, welche den Erstbeschluss anfechtbar gemacht haben, beseitigt und nicht etwa bei der Bestätigung wiederholt werden; wird hiergegen verstoßen, ist die Anfechtung des Bestätigungsbeschlusses erfolgreich. Eine wirksame Bestätigung dagegen hat materiell-rechtliche Wirkung (heute allg. M., vgl. z. B. Hüffer, a. a. O., Rdnr. 11; Karsten Schmidt, a. a. O., Rdnr. 13), indem sie die gegen den Erstbeschluss gerichtete Anfechtungsklage unbegründet macht und nicht – wie bei einem wiederholten Beschluss (s. dazu *Vollhard* in *Arbeitshandbuch* für die Hauptversammlung, II U Rdnr. 67) – lediglich das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers entfallen lässt.

b) Dieses aus dem Wortlaut des Gesetzes gewonnene Ergebnis wird durch den Sinn der Regelung, wie er sich aus der Entstehungsgeschichte des § 244 AktG erschließt, nachdrücklich bestätigt. Vor dem In-Kraft-Treten des AktG 1965 enthielt das Gesetz keine entsprechende Regelung. Wollte man das Anfechtungsverfahren abkürzen, blieb einzig der Weg, den angefochtenen Beschluss erneut – unter Vermeidung der zur Anfechtbarkeit führenden Mängel – zu fassen (vgl. BGHZ 21, 354, 356; v. Caemmerer, FS A. Hueck [1959], S. 281 ff.; Kropff, Reg. Begr., S. 331; weitergehend aber schon *Ballerstedt*, ZHR, a. a. O.). Eben dies sollte den Gesellschaften nach dem auf Grund einer Interessenabwägung gebildeten Willen des Gesetzgebers erspart werden (vgl. Kropff, a. a. O., S. 331): Dem betroffenen Aktionär sollte nicht angesonnen werden, einen mit Fehlern behafteten Beschluss der Hauptversammlung gegen sich gelten zu lassen. Weiter als dass dieser Fehler beseitigt wird, kann sein Interesse indessen nicht gehen. Wird deswegen der Mangel im Zuge der Bestätigung behoben, bedarf es einer weitergehenden Prüfung – etwa der Zulässigkeit der Maßnahme im Zeitpunkt der Bestätigung – nicht. Auf diese Weise wird die Gesellschaft vor Zeitverlusten durch die Anfechtung und Beseitigung des Fehlers geschützt, und es müssen vollzogene – wegen des Fortschreitens der Entwicklung nicht wiederholbare – Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden.

c) Zu einer anderen Auslegung nötigt – anders als die Kläger meinen – auch nicht die Tatsache, dass nach heute alle-

meiner Meinung (*Karsten Schmidt*, a. a. O., Rdnr. 16; Hüffer, a. a. O., Rdnr. 12 f.; *Semler* in Münch. Handb. z. AktG, 2. Aufl., § 45 Rdnr. 45; anders mit einer nicht passenden Parallele zu § 144 BGB v. *Caemmerer*, a. a. O., S. 281, 285; ähnlich *Kropff*, a. a. O., S. 331 f.) der wirksam gefasste Bestätigungsbeschluss seine Wirkung nicht ex tunc entfaltet, sondern die Anfechtungsklage gegen den Erstbeschluss erst mit der wirksam beschlossenen Bestätigung unbegründet wird. Die fehlende Rückwirkung der Bestätigung zwingt nicht zu der Annahme, es müssten auch im Zeitpunkt der Beschlussfassung (noch) sämtliche Voraussetzungen für den Erstbeschluss vorliegen. Abgesehen davon, dass – wie ausgeführt – der Wortlaut des Gesetzes dies nicht erfordert und die Auffassung der Kläger zu sinnwidrigen Ergebnissen führen würde, zeigt gerade die Sondervorschrift des § 244 Satz 2 AktG, nach welcher der Aktionär unter besonderen Umständen ausnahmsweise für den Zwischenzeitraum zwischen Erst- und Bestätigungsbeschluss sein Anfechtungsrecht behält, dass für die inhaltliche Prüfung des Beschlossenen die Rechtslage im Zeitpunkt des Erstbeschlusses maßgeblich und eine Neuvornahme nicht erforderlich ist.

2. Der angefochtene Bestätigungsbeschluss ist – anders als die Kläger geltend machen – nicht fehlerhaft ergangen, insbesondere ist das Informationsrecht der Minderheitsaktionäre nicht verletzt worden (unten a); die Bestätigungswirkung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Erstbeschluss vom 28.11.1996 nicht nur anfechtbar, sondern – wie der Kläger zu 1 geltend macht – von vornherein nichtig war (unten b).

a) Zu Unrecht macht die Klägerin zu 2 geltend, das Berufungsgericht habe ihr Vorbringen zur Missachtung ihres Informationsrechts in der Diskussion vor der Fassung des Bestätigungsbeschlusses nicht ordnungsgemäß beschieden. Die Frage „Aufgrund welcher Tatsache wird in der Stellungnahme der Verwaltung zu den Gegenanträgen behauptet, der vorgeschlagene Kapitalschnitt stehe anstelle der Zerschlagung der Gesellschaft und sei unabdingbarer Bestandteil einer erfolgreichen Sanierung, wenn gleichzeitig eine Kapitalerhöhung gar nicht erfolgt?“

hat das Landgericht in seiner Entscheidung ohne Rechtsfehler als beantwortet behandelt. Das Berufungsgericht durfte hierauf Bezug nehmen und die von der Klägerin zu 2 in der Berufungsbegründungsschrift erhobene Rüge der Sache nach als nicht hinreichend substantiiert werten. Es war offenkundig, dass kein Investor außer „M. Milch“ bereit war, sich an der Beklagten zu beteiligen (vgl. BGHZ 138, 71, 76), und dass diese Gesellschaft den Kapitalschnitt zur Voraussetzung der Sanierung gemacht hat. Die in der Frage der Klägerin zu 2 zum Ausdruck kommende Ansicht, eine Sanierung setze stets eine Kapitalerhöhung voraus, ist in der Hauptversammlung diskutiert und als unzutreffend zurückgewiesen worden. Weil die Beklagte nur als Betriebsgesellschaft aktiv wurde und das Anlagevermögen der S. nutzte, konnte das herabgesetzte Kapital von 100.000 DM bei gleichzeitiger Gewährung von Darlehensmitteln der „M. Milch“ ausreichen.

b) Vergeblich macht der Kläger zu 1 ferner geltend, der am 28.11.1996 gefasste und am 10.12.1998 von der Hauptversammlung der Beklagten bestätigte Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses 1995 sei wegen nur unvollständiger Auslegung und eines sich daraus ergebenden Verstoßes gegen § 256 Abs. 4 AktG (Klarheit und Übersichtlichkeit) und gegen die Gliederungsvorschriften (§ 264 Abs. 2 HGB) nichtig und einer Bestätigung nicht zugänglich.

Unstreitig hat der Jahresabschluss in der Hauptversammlung ausgelegen. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die von dem Kläger zu 1 als fehlend bemängelten Anlagen nicht vor-

handen gewesen und erst nachträglich zu Prozesszwecken angefertigt worden sind. Dann liegt – wenn man den Vortrag des Klägers zu 1 wie das Berufungsgericht als zutreffend unterstellen will – allenfalls ein zur Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses berechtigender Fehler bei der Auslegung des Jahresabschlusses, nicht aber ein zur Nichtigkeit führender Mangel vor.

Schließlich hat das Berufungsgericht mit Recht und in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteil entschieden, dass gegen den Fortsetzungsbeschluss vom 28.11.1996 keine inhaltlichen Bedenken bestehen, weil er sich auf die Sondervorschrift des hier entsprechend anwendbaren § 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG a. F. stützen konnte. Der Kläger zu 1 verkennt die durch die genannte Vorschrift geregelte Sondersituation (vgl. dazu Hüfner in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 274 Rdnr. 8), die einen Fortsetzungsbeschluss, wie er hier gefasst worden ist, zur Durchführung des gerichtlich bestätigten Vergleichs zulässt und die von dem Kläger zu 1 gezogenen Parallelen zu anderen Fallgestaltungen verbietet.

17. GmbHG § 5 Abs. 4 Satz 1 (*Den Nominalbetrag des Stammkapitals überschreitender Wert der Sacheinlage als Gesellschafterdarlehen*)

**Wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Wege der so genannten „gemischten Sacheinlage“ gegründet, so kann das Registergericht die Eintragung nicht mit der Begründung verweigern, der Betrag, um den der Wert der Sacheinlage den Nominalbetrag des Stammkapitals überschreitet und der dem Gründungsgesellschafter als Darlehen gutschreiben ist, müsse bereits in der Satzung ziffernmäßig festgelegt werden. Möglich und ausreichend ist eine Satzungsbestimmung, wonach die Höhe der Darlehensgutschrift später objektiv festzustellen ist. (Leitsatz des Einsenders)**

LG München I, Beschluss vom 18.12.2003, 17HK T 21706/03; mitgeteilt von Notarassessor *Christoph Moes*, Fürstentfeldbruck

Der Geschäftsführer einer neugegründeten GmbH meldete diese zur Eintragung in das Handelsregister an. Der Geschäftsführer ist zugleich Alleingesellschafter. Die der Anmeldung beigefügte Satzung enthält zum Stammkapital folgende Bestimmung:

„Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 €. Herr ... leistet seine Einlage durch Einbringung des von ihm betriebenen Einzelunternehmens. ... Das Unternehmen ist im Handelsregister nicht eingetragen. Die Einbringung erfolgt mit allen aktiven und passiven Vermögensgegenständen des Unternehmens gemäß dem tatsächlichen Stand des heutigen Tages, jedoch mit folgender Ausnahme: Nicht eingebracht und nicht von der Gesellschaft übernommen werden folgende Verbindlichkeiten: Zwischenkreditverbindlichkeiten in Höhe von 25.000 € gegenüber der Bausparkasse Schwäbisch-Hall AG. ...

Als Anhaltspunkt über die einzubringenden Aktiva und Passiva wird auf die dieser Urkunde beigefügte Eröffnungsbilanz vom 1.1.2003 des Einzelunternehmens verwiesen. ...

Übersteigt der Bilanzwert des eingebrachten Unternehmens den Nominalwert der Stammeinlage, ist der übersteigende Betrag als Gesellschafterdarlehen gutschreiben. Die Einzelheiten dieses Darlehens werden in einem gesonderten Vertrag geregelt. Erreicht der Bilanzwert den Nominalwert der Stammeinlage nicht, ist der Differenzbetrag unverzüglich in bar bei der Gesellschaft einzubezahlen.“

Das Registergericht München hat mit Zwischenverfügung zur Beibringung verschiedener Unterlagen aufgefordert, u. a.:

„2. Der Annahmewert der Sacheinlage ist in der Satzung betragsmäßig festzusetzen.

3. Die Werthaltigkeit von Stammkapital und Darlehen ist durch ein Wertgutachten zum jetzigen Zeitpunkt nachzuweisen.“

Mit einer weiteren Zwischenverfügung präzisierte das Registergericht Ziff. 2 der vorstehenden Zwischenverfügung dahingehend, dass die Höhe des Darlehens betragsmäßig zu beziffern und auch in die Satzung aufzunehmen sei.

Der Geschäftsführer der Gesellschaft, vertreten durch den Notar, legte gegen Ziff. 2 der Zwischenverfügung Beschwerde ein.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

Die Beschwerde ist begründet, da § 6 der Satzung vom 22.8.2003 eine ausreichende Bestimmung hinsichtlich der Einbringung der Sacheinlage enthält. Das Registergericht kann keine betragsmäßige Bezifferung des einzubringenden Darlehens zum Zeitpunkt der Anmeldung der GmbH verlangen. Die Zwischenverfügung war insoweit aufzuheben. Eine Anweisung des Registergerichts, die Eintragung nunmehr vorzunehmen, konnte nicht erfolgen, da die weiteren Beanstandungen in der Zwischenverfügung vom 9.9.2003 vom Beschwerdeführer ausdrücklich nicht angegriffen werden und dem Beschwerdegericht zum jetzigen Zeitpunkt nicht bekannt ist, ob die Gesellschaft die weiteren Anforderungen des Registergerichts inzwischen erfüllt hat.

Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. In § 6 der Satzung heißt es: „Übersteigt der Bilanzwert des eingebrachten Unternehmens den Nominalwert der Stammeinlage, ist der übersteigende Betrag als Gesellschafterdarlehen gutschreiben.“ Damit ist zunächst bestimmt, dass das eingebrachte Einzelunternehmen als Sacheinlage zunächst in Höhe des gesamten Stammkapitals von 25.000 € als Sacheinlage heranzuziehen ist. Nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist der Gegenstand der Sacheinlage genau zu bezeichnen sowie der auf die Stammeinlage anzurechnende Betrag anzugeben. § 6 der Satzung entspricht dieser Anforderung. Im vorliegenden Fall soll darüber hinaus die Differenz zwischen der Stammeinlage und dem tatsächlichen Wert des eingebrachten Unternehmens als Gesellschafterdarlehen gutschrieben werden. Damit liegt eine gemischte Sacheinlage vor, bei der grundsätzlich auch die Vergütung anzugeben ist (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 46 und Rdnr. 20). Die Art des Vergütungsanspruchs – hier: als Gesellschafterdarlehen – soll in der Satzung ebenfalls ausdrücklich geregelt werden, doch genügt auch eine Ermittlung durch Auslegung (*BayObLGZ* 1979, 97, 102, 103). Wenn aber bereits ein Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Art der anzurechnenden Vergütung einer das Stammkapital überschneidenden Sacheinlage auslegungsfähig ist, dann muss dies erst recht hinsichtlich der Höhe der anzurechnenden Vergütung (Darlehensgewährung) gelten: Möglich und ausreichend ist daher eine Vereinbarung, nach der die Höhe der Vergütung später objektiv festzustellen ist (*Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 5 Rdnr. 20). Dies reicht jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden aus, in dem ein lebendes Einzelunternehmen mit ständig schwankenden Werten eingebracht wird und ein Wertgutachten zu einem Stichtag noch vorgelegt wird, der in zeitlicher Nähe zum Eintragungsdatum liegt. Bei der Bewertung

der Sacheinlage unterliegt dann das Registergericht sowieso der Prüfpflicht gemäß § 9 c Abs. 1 GmbHG. Auch aus Gründen des Gläubigerschutzes ist daher eine betragsmäßige Bezifferung des Darlehensbetrags nicht erforderlich, wenn die Höhe des Darlehensbetrags sich aus den zur Anmeldung eingereichten Unterlagen (Bilanzen und Wertgutachten) entnehmen lässt.

18. BGB § 138; GmbHG §§ 39, 45, 53, 54, 66 (*Sittenwidrigkeit einer Firmenbestattung*)

**Die Übertragung der Geschäftsanteile einer insolventen GmbH und die damit verbundenen Satzungsänderungen und Geschäftsführerwechsel sind sittenwidrig, wenn sie nur dem Zweck dienen, den Altgesellschaftern eine Trennung von ihrem Unternehmen zu ermöglichen, ohne einen Insolvenzeigenantrag stellen zu müssen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AG Memmingen, Beschluss vom 2.12.2003, HRB 8361

Mit Anmeldung vom 21.11.2002 beantragt die Gesellschaft die Eintragung der Abberufung ihres Geschäftsführers R. F. (sen.), der Berufung des L. J. zum alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführers und der Satzungsänderungen in § 1 (Firma) und § 9 (Verfügung über Geschäftsanteile) in das Handelsregister unter Bezugnahme auf die URNr. 542/2002 des Notars G., Berlin. Im Handelsregister des Amtsgerichts Memmingen sind eingetragen R. F. (sen.) als Geschäftsführer und C. F. als Prokuristin.

Gegenstand des ursprünglichen und im Wesentlichen bis zuletzt gebliebenen Familienunternehmens waren Holzkonstruktionsarbeiten (z. B. Erstellung von Dachstühlen, Bergehallen u. a.). Die Bilanz zum 31.12.2000 weist bei einer Bilanzsumme von 4.382.000 DM einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 1.479.000 DM und einen Jahresfehlbetrag von 925.000 DM aus. Aus der Gewinn- und Verlustrechnung 2000 ergeben sich Umsatzerlöse von 3.494.000 DM. Für das Geschäftsjahr 2001 liegt kein Jahresabschluss vor. Im Jahr 2002 erwirtschaftete die Gesellschaft bis 31.5.2002 einen Verlust von 23.000 €. In den Jahren 2000 und 2001 hatte die Gesellschaft mehrfach Liquidationsengpässe. Die Zahlungsschwierigkeiten führten zu den unten (Ziff. 3) dargestellten Insolvenzanträgen. Mit Beschluss vom 5.2.2003 wies das Amtsgericht Memmingen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ab. Diese Feststellungen folgen aus dem Gutachten vom 3.2.2003 des Sachverständigen G. in dem Insolvenzverfahren und aus den beigezogenen Insolvenzakten.

Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt, spätestens seit Anfang Juli 2002, ließ sich die Gesellschaft von der S. Gesellschaft für Wirtschaftsdienste mbH, Berlin, beraten. Diese Beratungsgesellschaft (nachfolgend: S.) warb im Internet u. a. mit folgenden Aussagen:

„Geschäftliche Tätigkeitsfelder

Unsere Tätigkeit umfasst: Die Betreuung von Firmen, die in eine wirtschaftliche Notlage geraten sind, durch Übernahme der Geschäftsanteile (Aktien) mit allen Verbindlichkeiten, und zwar in notarieller Form unter gleichzeitiger Abberufung und Entlastung des Geschäftsführers (Vorstand). Die Abwicklung erfolgt unter Berücksichtigung Ihrer individuellen Interessen.

Wir verfügen über die erforderliche Kompetenz, jahrelange Erfahrung, qualifizierte Mitarbeiter und beste Referenzen im ganzen Bundesgebiet. Unsere Tätigkeit ist legal unter Ausschöpfung aller gesetzlichen Möglichkeiten. Übernahme und Notartermin können binnen weniger Tage, in dringenden Fällen binnen weniger Stunden, erfolgen. Selbstverständlich verfügen wir über GmbH-Mäntel bereits im Handelsregister eingetragener Gesellschaften, so dass Sie von heute auf morgen neue, geschäftliche Aktivitäten entfalten können, ohne

dass eine persönliche Haftung entsteht. Auch ist es nicht erforderlich, dass das Stammkapital erneut einbezahlt werden muss. Näheres auf Anfrage.“

Die S. arbeitete mit dem Berliner Notar G. zusammen, was sich aus mindestens drei beim Amtsgericht Memmingen anhängigen ähnlich bzw. gleich gelagerten Verfahren ergibt. Dieser Notar beurkundete u. a. die unten (Ziff. 3) dargestellten rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die Gegenstand dieses Verfahrens auf Eintragung in das Handelsregister sind. Ziff. III Abs. 2 und 3 der Urkunde URNr. 343/2002 lauten: „Der Veräußerer erklärt, dass die Gesellschaft in Schwierigkeiten sei und er die Gesellschaft nicht mehr fortführen wolle. Diesem Umstand Rechnung tragend, wird der Erwerber im Zusammenwirken mit einem in Berlin ansässigen Wirtschaftsberatungsunternehmen als erstes prüfen, ob im Rahmen eines neuen Unternehmenskonzepts ein Fortbestand der Gesellschaft gesichert werden kann. Sollte eine Fortführung der Gesellschaft nicht möglich sein, wird der Erwerber Insolvenzantrag stellen oder, sofern die Lage der Gesellschaft dies erlaubt, die Gesellschaft nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfristen liquidieren. Der Erwerber wird auf Wunsch des Veräußerers die Firma ändern, weil diese den persönlichen Namen der beiden Hauptgesellschafter trägt. Eine Zusicherung über den Fortgang der Gesellschaft gibt der Erwerber nicht ab.“

Der Geschehensablauf stellt sich wie folgt dar:

- |            |  |
|------------|--|
| 25.6.2002  | Eingang des Insolvenzantrags des Finanzamts Memmingen  |
| 26.6.2002  | Erledigterklärung nach Zahlung eines Teilbetrags   |
| 4.7.2002   | URNr. 343/2002 Notar G., Berlin<br>a) Übertragung aller Geschäftsanteile der Gesellschaft auf L. J., Berlin<br>b) Beschluss des Neugesellschafter L. J.:<br>– Auflösung der Gesellschaft<br>– Abberufung des Geschäftsführers R. F. (sen.)<br>– Bestellung des Liquidators L. J.<br>– Änderung der Firma: M. GmbH  |
| 4.7.2002   | URNr. 344/2002 Notar G., Berlin: Anmeldung zu URNr. 343/2002 auf Eintragung in das Handelsregister   |
| 4.7.2002   | URNr. 341/2002 Notar G., Berlin:<br>a) Erwerb der Vorratsgesellschaft PR 10.047 Rossini Vermögensverwaltung GmbH, München, durch R. F. (jun.) und R. F. (sen.)<br>b) Abberufung des bisherigen Geschäftsführers K. und Bestellung des R. F. (jun.) zum neuen Geschäftsführer<br>c) Änderung der Firma (neu: Konstruktionsbau F. GmbH), des Sitzes (Erkheim), des Gegenstands (Holzverarbeitung u. a.). |
| 8.7.2002   | a) Gewerbeabmeldung der Gesellschaft<br>b) Freistellung aller Arbeitnehmer mit Kündigung zum 15.8.2002   |
| 5.8.2002   | Eingang des Insolvenzantrags des Finanzamts Memmingen  |
| 10.8.2002  | Eingang des Insolvenzeigenantrags der Gesellschaft durch L. J. vom 1.8.2002  |
| 19.8.2002  | Vollmacht für S. Gesellschaft für Wirtschaftsdienste mbH, Berlin, zur Vertretung der Gesellschaft im Insolvenzverfahren  |
| 21.11.2002 | URNr. 542/2002 Notar G., Berlin:<br>a) Beschluss der Altgesellschafter (98 %):<br>– Abberufung des Geschäftsführers R. F. (sen.)<br>– Bestellung des L. J. zum Geschäftsführer<br>– Satzungsänderungen: § 1 (Firma, künftig M. GmbH), § 9 (Verfügung über Geschäftsanteile)<br>b) Übertragung aller Geschäftsanteile der Gesellschaft auf L. J.  |
| 10.12.2002 | Rücknahme der Anmeldung vom 4.7.2002.  |

Aus den Gründen:

(...)

### III.

Der Eintragungsantrag ist zurückzuweisen, weil

- sämtliche Beschlüsse zur URNr. 542/2002 des Notars G., Berlin, gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sind,
- als Folge der Nichtigkeit L. J. weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der Gesellschaft geworden ist,
- L. J. als lediglich faktischer Geschäftsführer nicht antragsberechtigt ist.

1) Das Gericht ist davon überzeugt, dass die am 4.7.2002 beurkundete Übertragung der Geschäftsanteile, die Änderung der Firma und die Abberufung bzw. Neubestellung des Geschäftsführers bzw. Liquidators nur einem einzigen Gesamtzweck dienen sollten: C. und R. F. (sen.) als Mehrheitsgesellschafter wollten sich von ihrem verschuldeten und zahlungsunfähigen Unternehmen trennen, ohne – der Geschäftsführer R. F. (sen.) – der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzeigenantrags unterworfen und in das unvermeidbare Insolvenzverfahren eingebunden zu sein. Dabei wussten sie und waren zumindest damit einverstanden, dass L. J. zwar Insolvenzeigenantrag stellen, jedoch seiner Mitwirkungspflicht nicht oder nur unzureichend nachkommen und versuchen würde, eine alsbaldige Antragsabweisung mangels Masse zu erreichen. Zugleich wollten die Eheleute F. ihre am 4.7.2002 durch Erwerb einer Vorratsgesellschaft gegründete Nachfolgegesellschaft in den bisherigen Betriebsräumen mit Hilfe ihrer früheren Arbeitnehmer und unter Nutzung des Anlagevermögens der Altgesellschaft im Zusammenwirken mit L. J. betreiben. Der interessierten Öffentlichkeit sollte so das wirtschaftliche Scheitern der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter, das Insolvenzverfahren soweit als möglich verheimlicht werden.

Dieser Absicht der Eheleute F. entsprach auch die ihres Vertragspartners L. J., der zur Überzeugung des Gerichts in Abstimmung mit der S. handelte und sich seiner Mitwirkungspflicht im Insolvenzverfahren planmäßig völlig entzog.

Die Beurkundung vom 21.11.2002 diente dem gleichen Gesamtzweck. Sie wiederholt im Wesentlichen diejenige vom 4.7.2002 aus Rechtsgründen (fehlende Mitwirkung einer Minderheitsgesellschafterin).

a) Das Gericht hat keinen Zweifel, dass den Eheleuten F. am 4.7.2002 die desolante finanzielle Lage der Gesellschaft, ihre Insolvenzreife, bekannt und bewusst war. Das folgt aus dem vorangegangenen Insolvenzantrag des Finanzamts Memmingen vom 25.6.2002, den Lohnrückständen seit Mai 2002, der Einstellung des Betriebs mit Kündigung der Arbeitnehmer am 8.7.2002 und nicht zuletzt aus Ziff. III der URNr. 343/2002. Im Übrigen hatten sich die Eheleute F. von der S. beraten lassen und mit deren Hilfe das nachfolgende Szenarium geplant und durchgeführt. L. J. war zur Überzeugung des Gerichts in gleicher Weise aufgeklärt und eingebunden. Weiter ist das Gericht davon überzeugt, dass Ziff. III Abs. 3 Satz 1 der URNr. 343/2002 lediglich Alibicharakter haben sollte und an eine Fortführung der Gesellschaft ernstlich nicht zu denken war.

b) Die Übertragung der Geschäftsanteile vom 4.7.2002 und die gleichzeitige Neugründung durch Erwerb einer Vorratsgesellschaft können nur im Zusammenhang gesehen werden. Eine andere Sichtweise ginge an der Realität und jeder vernünftigen Betrachtung vorbei. Daraus folgt zu Überzeugung des Gerichts die Absicht der Eheleute F., sich von ihrem in-

solventen Unternehmen möglichst geräuschlos zu lösen, die Insolvenzantragspflicht durch den Geschäftsführer R. F. (sen.) nicht erfüllen zu müssen und in das unvermeidliche Insolvenzverfahren mit dem Unternehmensnamen F. nicht eingebunden zu sein. Dabei war das gesamte von der S. und L. J. gesteuerte weitere Procedere im Insolvenzverfahren, insbesondere die Hinhaltetaktik des zum Liquidator bestellten L. J., zur Überzeugung des Gerichts mit den Eheleuten F. jedenfalls in den Grundzügen abgesprochen. Den Eheleuten F. und L. J. kam es gerade im Hinblick auf die Nutzung des Anlagevermögens der Gesellschaft durch das Nachfolgeunternehmen darauf an, die Zügel nicht (an einen Insolvenzverwalter) aus der Hand zu geben und möglichst bald die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse zu erreichen. Auch in diesem Punkt ginge eine andere Beweiswürdigung an der Realität vorbei. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Nachfolgegesellschaft jedenfalls bis zur Erstellung des Sachverständigengutachtens G. für die Nutzung des angemieteten gesamten Anlagevermögens wegen angeblicher Gegenforderungen gegen die Altgesellschaft nichts bezahlt hat.

c) Auch wenn hier nur über die Anmeldung vom 21.11.2002 und damit über die URNr. 543/2002 zu entscheiden ist, bedurfte es der Würdigung der Urkunde vom 4.7.2002. Denn jene ist dadurch bedingt, dass die Erklärungen vom 4.7.2002 mangels Beteiligung einer Minderheitsgesellschafterin rechtlich unwirksam geblieben sind (Ziff. II der URNr. 543/2002). Mit der Beurkundung vom 21.11.2002 wollten die Beteiligten im Kern lediglich die rechtliche Wirksamkeit der Vereinbarungen vom 4.7.2002, die bereits tatsächlich vollzogen waren, herstellen, ohne dass sich an ihrem Willen irgend etwas geändert hätte. Die Urkunde vom 21.11.2002 ist deshalb nicht anders zu beurteilen als die vom 4.7.2002.

2) Die am 4.7.2002 und 21.11.2002 beurkundeten Erklärungen sind nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen, § 138 BGB.

Zwar genügt die bloß sittenwidrige Motivation eines Gesellschafterbeschlusses grundsätzlich nicht für die Annahme der Nichtigkeit nach § 138 BGB (zur Problematik *Scholz/Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 76 m. w. N.). Vielmehr müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: Eine nichtgesetzliche zwingende Norm muss verletzt sein. Der Verstoß muss sich aus dem Inhalt des Beschlusses ergeben. Und der Verstoß muss so schwerwiegend sein, dass er eine bloße Anfechtbarkeit nicht ausreichen lässt.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt:

a) Die nichtgesetzliche zwingende Norm ist das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (so die herkömmliche Terminologie). Ob sie verletzt ist, kann hier nur aus einer Gesamtschau des Geschehens unter Berücksichtigung der Motivation der Beteiligten und des angestrebten Zwecks entschieden werden. Planung und Durchführung des Geschehens zielten darauf ab, die insolvente Gesellschaft organisiert (S. und L. J.) zu „bestatten“, dabei die den Unternehmensnamen tragenden Personen und die Firma selbst nicht in Erscheinung treten zu lassen und die Verantwortlichen von der unvermeidlichen Insolvenzantragspflicht zu befreien sowie es ihnen zu ermöglichen, in neuem Rechtskleid (Vorratsgesellschaft), befreit von den Schulden der Altgesellschaft, jedoch in deren Werkräumen, mit deren Anlagevermögen (angemietet praktisch zum Nulltarif) und den früheren Arbeitnehmern den bisherigen Unternehmensgegenstand unter fast gleicher Flagge (Firma) fortzuführen. Diese Planung und ihre Durchführung waren darauf angelegt, der interessierten Öff-

fentlichkeit das wirtschaftliche Scheitern der Altgesellschaft und ihrer Gesellschafter so weit als möglich zu verheimlichen und zugleich die Fortführung des wirtschaftlichen Unternehmens unter Einsatz des vorhandenen Anlagevermögens der Altgesellschaft zu betreiben. Teil des Plans war die Blockade des Insolvenzantragsverfahrens durch L. J., der jegliche Kooperation mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter verweigerte, andererseits aber mit der Neugesellschaft eine Mietvereinbarung über das Anlagevermögen traf und die Verrechnung des Mietzinses mit angeblichen Gegenforderungen der Neugesellschaft vereinbarte.

Diese Vorgehensweise kann nicht lediglich als das Ausnutzen einer Gesetzeslücke angesehen werden. Vielmehr verstößt sie bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Diesem Gefühl hätte es entsprochen, wenn die Einleitung des Insolvenzverfahrens zum maßgeblichen Zeitpunkt von den Verantwortlichen beantragt worden wäre und sie dazu beigetragen hätten, den Sachverhalt schnell und vollständig aufzuklären. Ihm hätte es auch entsprochen, wenn die organisierte „Bestattung“ der Altgesellschaft unterblieben und sie nicht mit der Fortführung des Unternehmensgegenstands durch die Neugesellschaft in der geschilderten Weise wirtschaftlich verquickt worden wäre, am vorläufigen Insolvenzverwalter vorbei. Und schließlich hätte es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entsprochen, nicht den Versuch der Verheimlichung der Pleite vor der interessierten Öffentlichkeit zu unternehmen.

b) Der Inhalt der Beschlüsse vom 4.7.2002 und 21.11.2002 ist darauf angelegt, die Planung und Durchführung des geschilderten Geschehens zu ermöglichen. Die Beschlüsse waren notwendige Voraussetzung des weiteren Vorgehens. Deshalb folgt der Verstoß gegen die nichtgesetzliche Norm auch aus dem Inhalt beider Beschlüsse. Dass es nur auf den Beschluss vom 21.11.2002 ankommt, dieser aber nicht ohne den vom 4.7.2002 zu sehen ist, wurde bereits dargelegt.

c) Der Verstoß ist auch so schwerwiegend, dass eine bloße Anfechtbarkeit nicht ausreicht. Es darf nicht dem Kreis der – in solchen Fällen meist einigen – Gesellschafter überlassen bleiben, ob Gesellschafterbeschlüsse, die auf eine organisierte „Bestattung“ einer Kapitalgesellschaft abzielen, rechtlichen Bestand haben oder nicht. Das gilt besonders dann, wenn es, wie hier, zu wirtschaftlichen Verquickungen zwischen Alt- und Neugesellschaft außerhalb eines ordnungsgemäßen Verfahrens (klassischer Fall ist die Gründung einer Auffanggesellschaft mit dem Erwerb aus dem Alt-Anlagevermögen) gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist auch die verschärfte Problematik zu berücksichtigen, die durch die organisierte „Bestattung“ von Kapitalgesellschaften entstanden ist (*Hirte*, ZinsO 2003, 833 ff.). Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, ist die Rechtsprechung gehalten, bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit einen strengen Maßstab anzulegen. Soweit ersichtlich, ist eine Entscheidung zur Problematik des hier vorliegenden Falles bisher nicht veröffentlicht.

3) Rechtsfolge der Nichtigkeit ist u. a., dass R. F. (sen.) nach wie vor Geschäftsführer bzw. Liquidator der Gesellschaft und L. J. das nicht geworden ist. Letzterer ist deshalb nicht anmeldebefugt. Auch wenn es hier nicht darauf ankommt, sei noch darauf hingewiesen, dass L. J. nicht Gesellschafter geworden ist und zur Antragstellung im Insolvenzverfahren nur als faktischer Geschäftsführer befugt war.

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 19; BeurkG § 17 (*Belehrungspflichten des Notars bei ungesicherter Vorleistung*)

**Enthält der beurkundete Vertrag eine ungesicherte Vorleistung, so hat der Notar nicht nur über die Folgen zu belehren, die im Falle einer Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, sondern auch Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15.4.1999, IX ZR 93/98, DNotZ 2001, 473, st. Rspr.). Der Notar darf sich hierbei jedoch damit begnügen, die sich nach dem Inhalt des Geschäfts und dem erkennbaren Willen der Beteiligten unter Berücksichtigung auch ihrer Leistungsfähigkeit anbietenden, realistisch in Betracht kommenden Sicherungsmöglichkeiten zu nennen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 15.1.1998, IX ZR 4/97, DNotZ 1998, 637).**

BGH, Urteil vom 12.2.2004, III ZR 77/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger zu 1 (im Folgenden: Kläger) ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin zu 2, einer GmbH (künftig: Klägerin oder GmbH), die sich mit der Verwertung von Kraftfahrzeugen befasst. Anfang 1995 suchte der Kläger für sein Unternehmen einen neuen Standort. Die H. KG (Verkäuferin) bot ihm an, eine Teilfläche eines Grundstücks zu verpachten oder zu veräußern. Diesen ursprünglich aus zwei Grundstücken bestehenden, un bebauten Grundbesitz hatte die Rechtsvorgängerin der H. KG am 3.7.1991 gekauft. Der Kaufpreis war nicht voll bezahlt; Eigentümerin des Grundstücks blieb die W. GmbH (nachstehend: W.). Für die H. KG waren Auflassungsvormerkungen eingetragen. In Abteilung III war das Hauptgrundstück mit fünf Briefgrundschulden zugunsten der Komplementärin der H. KG (im Folgenden: H. GmbH) belastet. Bei der Grundschuld lfd. Nr. 1 war eine Abtretung an die D. Bank vermerkt; die Grundschulden lfd. Nr. 2 sowie Nr. 4 und 5 wurden im Laufe des Jahres 1995 teilweise (Nr. 2 und 4) oder vollständig (Nr. 5) an andere Gläubiger abgetreten.

Am 13.1.1995 schloss die Klägerin mit der H. KG einen Mietvertrag über eine etwa 3.000 m<sup>2</sup> große Teilfläche des Grundbesitzes. Die Klägerin erhielt das Recht, das Grundstück zu bebauen. Ferner verpflichtete sich die H. KG, der Mieterin für die Errichtung und den Betrieb einer Autoverwertung eine erstrangige beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Am selben Tage unterbreitete die H. KG dem Kläger ein vom beklagten Notar beurkundetes Verkaufsangebot über die vermietete Teilfläche, das der Kläger erst nach dem 2.1.1999 annehmen konnte. In dieser Urkunde räumte die Verkäuferin der GmbH eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein, jedoch ohne die erste Rangstelle. Dabei wies der Beklagte darauf hin, dass die Eintragung erst nach der Eigentumsumschreibung oder mit Genehmigung des im Grundbuch noch eingetragenen Eigentümers erfolgen könne.

Mit notariellem Vertrag vom 13.10.1995 änderten die H. KG und die W. den Kaufvertrag vom 3.7.1991. Der ursprüngliche Kaufpreis, von dem die H. KG erst einen Teil bezahlt hatte, wurde heraufgesetzt. Zur Sicherung des Restkaufpreisanspruchs stimmte die H. KG einer Abtretung der erstrangigen Grundschuld von der ursprünglich finanzierenden D. Bank an die W. zu. Auf deren Weisung trat die D. Bank sodann die Grundschuld nach Erstattung der von ihr finanzierten Teilzahlungen der H. KG an die U., die Muttergesellschaft der W., ab.

Zwischenzeitlich ließ der Kläger Pläne für eine Reparaturwerkstatt mit Verwaltungsgebäude erstellen. Da er den errechneten Gesamtaufwand von 3,6 Mio. DM aus eigenen Mitteln nicht vollständig aufbringen konnte, entschloss er sich, das Eigentum an der Grundstücksteilfläche zu erwerben, um diese mit Grundpfandrechten belasten zu können. Am 15.3.1996 verkaufte die H. KG dem Kläger in einem ebenfalls vom Beklagten beurkundeten Vertrag eine Teilfläche von 3.504 m<sup>2</sup>. Zugleich räumte die Verkäuferin der GmbH eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zum Betrieb einer Autoverwertung ein. Der Kaufpreis war zu zahlen, sobald die Baugenehmigung für das Bauvorhaben vorlag, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung sichergestellt war und der Antrag auf Eintragung der

Dienstbarkeit zur Grundakte gelangt und vollzugsfähig war. In diesen Punkten enthält der Kaufvertrag folgende Belehrungen:

§ 2 Abs. 7:

„Der Notar wies den Käufer auf die Gefahren hin, die mit der Direktzahlung des Kaufpreises an den Verkäufer vor der Pfandhaftentlassungszusage der vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger und der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Berechtigten sowie vor der Teilungsgenehmigung für den Kaufgegenstand verbunden sind. Er wies ferner darauf hin, dass die von dem Käufer geplanten Investitionen auf dem Kaufgegenstand (Errichtung eines Autoverwertungsbetriebes) dinglich nicht gesichert sind. Die Parteien bestanden gleichwohl auf dieser Regelung.“

§ 7:

(2) „Es wird beantragt, dieses Recht [scil. Dienstbarkeit] im Grundbuch nach den Lasten II/1 bis 3 und III/1, 2 a und b einzutragen, zunächst an rangbereiter Stelle. Der Notar wies darauf hin, dass die Eintragung erst nach der Eigentumsumschreibung des Flurstücks auf den Verkäufer oder mit Genehmigung des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers erfolgen kann und dass für die ranggerechte Eintragung Rangrücktrittserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger der Rechte III 2 c und 3 bis 5 erforderlich sind.“

(5) „Der Notar wies den Käufer und die Firma Autoverwertung in N. B. GmbH auf die Problematik der vorrangigen Lasten II/1 bis 3 und III/1 bis 5 in Höhe von insgesamt 13,5 Mio. DM hin und auf die Gefahren, die der gemäß Abs. 1 zu bestellenden Dienstbarkeit im Falle der Zwangsversteigerung des in § 1 Abs. 1 genannten Grundstücks drohen.“

Durch privatschriftlichen Vertrag vom selben Tage hoben die GmbH und die H. KG den Mietvertrag vom 13.1.1995 mit Wirkung vom Zeitpunkt der vollständigen Kaufpreiszahlung auf.

Am 2.4.1996 wurde die Verkäuferin als Eigentümerin des Gesamtgrundstücks im Grundbuch eingetragen. Die Baugenehmigung wurde am 10.4.1996 erteilt. Der Beklagte beantragte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Kläger sowie der Dienstbarkeit für die GmbH. Unter dem 16.4.1996 bestätigte er dem Kläger die Fälligkeit des Kaufpreises, den dieser am 22.4.1996 zahlte. Anschließend begann der Kläger mit den Bauarbeiten. Die H. KG leitete die erhaltenen Zahlungen nicht an die W. weiter.

Am 3.4.1997 beantragte die U. als Gläubigerin der erstrangig eingetragenen Grundschuld die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Der Zwangsversteigerungsvermerk wurde am 15.4.1997 in das Grundbuch eingetragen. Kurz darauf, am 17.4.1997, verkaufte die H. KG mit einem ebenfalls vom Beklagten beurkundeten Vertrag dem Kläger eine weitere angrenzende Teilfläche des Gesamtgrundstücks von etwa 1.500 m<sup>2</sup>. Bei dieser Beurkundung lag dem Beklagten lediglich ein beglaubigter Grundbuchauszug vom 31.1.1997 vor; der inzwischen gestellte Zwangsversteigerungsantrag war den Beteiligten nicht bekannt. Der Kaufpreis sollte vertraglich nach Sicherstellung der Lastenfreiheit gezahlt werden und wurde tatsächlich nicht mehr geleistet. Im Versteigerungstermin vom 28.5.1999 erhielt die Vollstreckungsgläubigerin den Zuschlag. Rechte aus Abteilung II oder III des Grundbuchs blieben nicht bestehen. Von dem Kläger verlangt die Gläubigerin nunmehr Zahlung einer Nutzungsentschädigung. Über das Vermögen der Verkäuferin wurde das Insolvenzverfahren eröffnet; sie ist nach dem Klagevorbringen überschuldet.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Kläger dem Beklagten Amtspflichtverletzungen vorgeworfen. Sie haben beantragt festzustellen, dass der Beklagte ihnen zum Ersatz aller ihrer Schäden aus diesen Vorgängen verpflichtet sei. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die Revision ist jedoch in der Sache unbegründet. Amtshaftungsansprüche (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) gegen den Beklagten bestehen nicht.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haftet der Beklagte den Klägern nicht deswegen auf Schadensersatz, weil er nicht

im Vorfeld der Beurkundung die Grundakten eingesehen und den Klägern anschließend nicht wegen Bedenken gegen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Verkäuferin vom Abschluss eines Kaufvertrags abgeraten habe. Der Beklagte habe auch nicht stattdessen eine Mietvertragsgestaltung anregen müssen, die für die Kläger einen Schutz ihrer Rechte bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks geboten hätte.

Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

2. a) Das Berufungsgericht verneint ferner einen Verstoß des Beklagten gegen seine Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG. Der Beklagte sei zwar verpflichtet gewesen, auf die Risiken einer ungesicherten Vorleistung hinzuweisen und zumutbare Abhilfemöglichkeiten aufzuzeigen. Diese Pflichten habe er aber erfüllt. Aus der Urkunde selbst ergebe sich ein Hinweis auf die erforderlichen Pfandhaftentlassungserklärungen der vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger. Der Beklagte habe außerdem eine Zahlung des Kaufpreises gegen das Stellen einer Bankbürgschaft, eine Fälligkeit erst bei Sicherstellung des lastenfreien Erwerbs oder eine Zahlungsabwicklung über ein Notaranderkonto vorgeschlagen. Das habe die Verkäuferin aber abgelehnt. Andere Sicherungsmöglichkeiten hätten nicht bestanden. Die von den Klägern nunmehr geforderte Einräumung einer erstrangigen Grunddienstbarkeit unter Rangrücktrittserklärungen der vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger stelle keine entsprechende Sicherung dar. Sie hätte nicht verhindern können, dass der Kläger den gezahlten Kaufpreis verliere, ohne seinerseits lastenfreies Eigentum zu erhalten. Hinzu komme, dass der Notar nur auf für den anderen Vertragsteil zumutbare Sicherungen hinweisen müsse. Angesichts des Umstands, dass die Verkäuferin ihre schon nach dem Mietvertrag bestehende Pflicht zur Bestellung einer erstrangigen Dienstbarkeit bis dahin nicht erfüllt hatte und auch nicht habe erfüllen wollen und können, die Kläger in Kenntnis dessen bei der Beurkundung des Kaufvertrags auch nicht auf eine erstrangige Grunddienstbarkeit gedrängt hätten, habe der Beklagte davon ausgehen können, dass Bemühungen der Verkäuferin um Rangrücktrittserklärungen der Grundpfandgläubiger keine realistische Aussicht auf Erfolg geboten hätten.

Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision stand.

b) Nach dem Inhalt des Kaufvertrags vom 15.3.1996 traf den Kläger, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, die Pflicht zu einer ungesicherten Vorleistung. Die Zahlung des Kaufpreises war zwar erst nach Sicherstellung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung sowie der Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten der GmbH fällig. Wegen der vorrangig eingetragenen und vor der Zahlung von der Verkäuferin auch nicht zu beseitigenden Grundpfandrechte in beträchtlicher Höhe bestand jedoch die Gefahr, die sich in späterer Zeit auch verwirklicht hat, dass die Kläger in einem Zwangsversteigerungsverfahren ihre dingliche Rechtsstellung wieder verloren, ohne deswegen bei Leistungsunfähigkeit der Verkäuferin den gezahlten Kaufpreis zurückzuerhalten.

c) Soll ein Urkundsbeteiligter eine ungesicherte Vorleistung erbringen, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist, obliegt dem Notar nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine doppelte Belehrungspflicht. Er hat zum einen über die Folgen zu belehren, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten (erste Pflicht), und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (zweite Pflicht; vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27.10.1994, IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331 = DNotZ 1995, 407, 408 m. Anm. Haug; Urteil vom

2.7.1996, IX ZR 299/95, NJW 1996, 3009, 3010; Urteil vom 15.1.1998, IX ZR 4/97, WM 1998, 783, 784 = DNotZ 1998, 637, 638 m. Anm. *Reithmann* = NotBZ 1998, 67 f. m. Anm. *Schlee*; Urteil vom 15.4.1999, IX ZR 93/98, NJW 1999, 2188, 2189 = WM 1999, 1336, 1338 = DNotZ 2001, 473, 475 m. Anm. *Brieske* = NotBZ 1999, 173, 174 m. Anm. *Suppliet*; dazu *Ganter*, WM 2000, 641, 644 f.; *ders.*, NotBZ 2000, 277 ff.; *Zugehör* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 420 ff., *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 1021 ff.) Die erstgenannte Pflicht hat der Notar hier nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts mit seinen in der Urkunde festgehaltenen Hinweisen erfüllt. Es geht also nur um die Frage, ob der Beklagte seiner zweiten Verpflichtung zu einer auch den Interessen des Käufers möglichst Rechnung tragenden Gestaltung des Kaufvertrags ebenso genügt hat. Beratungsaufgaben obliegen dem Notar in dieser Beziehung allerdings nicht unbegrenzt. Es würde seine Pflichtenbindung überspannen, müsste er nach allen erdenklichen, nur entfernt in Frage kommenden Sicherungsmöglichkeiten suchen. Vielmehr darf er sich damit begnügen, die sich nach dem Inhalt des Geschäfts sowie dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung auch ihres Leistungsvermögens anbietenden, realistisch in Betracht kommenden Sicherungen zu nennen (ähnlich BGH, Urteil vom 15.4.1999, IX ZR 93/98, NJW 1999, 2188, 2189). Sind derartige Gestaltungen nicht zu finden, überlässt entgegen der Revision (unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.1.1998, IX ZR 4/97, WM 1998, 783, 785) der Notar grundsätzlich die Vertragsparteien nicht ihrem Schicksal, wenn er die Beurkundung gleichwohl vornimmt; die Beteiligten übernehmen dann vielmehr allein das von ihnen sehenden Auges eingegangene Risiko. Aus ähnlichen Gründen kann der Notar regelmäßig auch nicht verpflichtet sein, den Beteiligten mitzuteilen, er selbst sehe zwar im Moment keine weiteren Möglichkeiten, es könne aber doch solche geben, und sich nunmehr anheischig zu machen, vor einer Beurkundung sich insoweit weiter zu informieren. Die dahingehenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs in dem erwähnten Urteil vom 15.1.1998 (a. a. O.), die überwiegend auf Kritik gestoßen sind (*Reithmann*, DNotZ 1998, 642, 644; *Maaß*, WuB VIII A. § 19 BNotO 1.98; *Schlee*, NotBZ 1998, 68, 69 f.; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 234; zweifelnd auch *Ganter*, NotBZ 2000, 277, 279; *ders.* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, a. a. O., Rdnr. 1047), betreffen einen Sonderfall und lassen sich auf die vorliegende Fallgestaltung schon deswegen nicht übertragen, weil die Beurkundung hier längere Zeit vorbereitet war und einen in der Notarpraxis nicht außergewöhnlichen Kaufvertrag betraf.

d) Nach diesen Maßstäben war der Beklagte nicht gehalten, bei Ablehnung aller von ihm vorgeschlagenen Sicherungsmöglichkeiten (Bankbürgschaft, Zahlung erst bei Sicherstellung eines lastenfreien Erwerbs, Zahlungsabwicklung über ein Notaranderkonto) als weitere denkbare Sicherheit die erst-rangige Eintragung der im Vertrag vereinbarten Dienstbarkeit anzubieten. Eine solche Lösung wäre im wirtschaftlichen Ergebnis der von der Verkäuferin nicht akzeptierten Variante einer Fälligkeit des Kaufpreises erst nach Sicherstellung lastenfreien Erwerbs fast gleichgekommen. Eine derartige Sicherstellung hätte vorausgesetzt, dass die Grundpfandgläubiger die verkaufte und bereits vermessene, aber noch nicht als selbständiges Grundstück eingetragene Teilfläche aus der Haftung freigegeben hätten (vgl. dazu *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 553); ein Vorrang der Dienstbarkeit hätte Rangrücktrittserklärungen sämtlicher Grundpfandgläubiger erfordert. Deren Rechte wären in diesem Fall zwar, anders als bei Lastenfreiheit, äußerlich bestehen geblieben. Innerlich wären sie jedoch

weitgehend ausgehöhlt worden, da die erst-rangige Eintragung der eine Nutzung des gesamten Geländes für den Betrieb einer Autoverwertung sichernden und zeitlich unbeschränkten Dienstbarkeit, wie die Revision selbst darlegt, das Eigentum am verkauften Grundstücksteil nahezu wertlos gemacht und dessen Verwertung durch die Grundpfandgläubiger dadurch praktisch verhindert hätte. Hatte sich deshalb die Verkäuferin außerstande gesehen, vor Fälligkeit des Kaufpreises für eine Beseitigung der vorhandenen hohen Grundstücksbelastungen zu sorgen oder mindestens deren Löschung an der verkauften Teilfläche sicherzustellen, oder hatte sie dies aus sonstigen Gründen verweigert, so galt dasselbe aus der Sicht des beratenden Notars für die von den Klägern auch im Revisionsverfahren befürwortete Ersatzlösung über einen Rangrücktritt zugunsten der für die GmbH bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Sonstige realistische Möglichkeiten einer Sicherung des Klägers vor den Folgen seiner Vorleistung werden von der Revision nicht benannt und sind auch nicht ersichtlich. Infolgedessen fehlt es insofern schon an einer Amtspflichtverletzung des Beklagten.

20. BNotO § 111; BGB §§ 387, 388 (*Wirksamkeit von Verwaltungsakten der Notarkasse*)

- a) **Die Erklärung einer Aufrechnung durch die Notarkasse ist nicht mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO anfechtbar, es sei denn, sie ist in der Form eines Verwaltungsakts erklärt.**
- b) **Verwaltungsakte, die nach der Bundesnotarordnung oder nach einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung oder Satzung ergehen, sind nicht schon deshalb nichtig, weil sie von der sie erlassenden Behörde nicht unterschrieben sind.**

BGH, Beschluss vom 22.3.2004, NotZ 16/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Durch Beschluss des Amtsgerichts München vom 18.5.2001 wurde über das Vermögen des Antragstellers das Insolvenzverfahren eröffnet. Auf seinen Antrag wurde er mit Ablauf des 31.10.2002 aus dem Amt als Notar entlassen. Die dagegen gerichteten Rechtsmittel, weil nicht zugleich über den ihm zustehenden „Ausgleich sonst unverhältnismäßiger Belastungen und gleichheitswidriger Sonderopfer durch die Entlassung“ mitentschieden worden war, hatten nach dem Senatsbeschluss vom 14.7.2003, NotZ 6/03, insgesamt keinen Erfolg. Die Parteien streiten jetzt um Abrechnungen nach der Abgaben- und Versorgungssatzung der Antragsgegnerin und damit vor allem um Ansprüche des Antragstellers auf Ruhegehalt und Ersatzruhegehalt, Einkommensergänzung und Unterhaltsbeiträge. (...)

## II.

Die gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i. V. mit § 42 Abs. 4 BRAO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Mit Recht und zutreffender Begründung, auf die – auch zur Vermeidung von Wiederholungen – verwiesen wird, hat das Oberlandesgericht die vom Antragsteller mit der Beschwerde noch weiter verfolgten Anträge zurückgewiesen. Sein Beschwerdevorbringen führt zu keiner anderen Beurteilung.

1. Der auf Aufhebung der Bescheide hinsichtlich der Stafflabgaben gerichtete Antrag zu 1 ist unzulässig. Dahinstehen kann, ob der Antragsteller mit Blick auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch antragsberechtigt ist. Jedenfalls ist der Bescheid vom 6.3.2002 (ebenso wie der Bescheid vom 31.10.2001), der die Stafflabgabe für den Abrechnungszeitraum Oktober 2000 bis Mai 2001 verbindlich festlegte, bestandskräftig geworden. Gegen diesen Verwaltungsakt hätte der Antragsteller gemäß § 111 Abs. 2 Satz 1 BNotO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen müssen. Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerde demgegenüber auf fehlende Bekanntgabe (a) und Nichtigkeit des Verwaltungsaktes (b).

a) Der Bescheid ist dem Antragsteller spätestens am 13.5.2002 – dem Tag seines Widerspruchschreibens – bekannt gemacht worden. In welcher Weise eine Bekanntgabe erfolgt, ist unerheblich. Eine förmliche Zustellung ist nicht erforderlich, da § 16 Abs. 2 FGG nur für gerichtliche, nicht für behördliche Verfügungen gilt (Senatsbeschluss vom 25.10.1982, NotZ 15/82, DNotZ 1984, 186, 187; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl., § 111 Rdnr. 114; *Schippel/Lemke*, BNotO, 7. Aufl., § 111 Rdnr. 39). Gleichfalls ohne Bedeutung für den Lauf der Frist ist, dass dem Bescheid der Antragsgegnerin keine Rechtsmittelbelehrung beigelegt war. Denn im Bereich der Bundesnotarordnung können Verwaltungsakte ausschließlich gegen Notare oder Notarassessoren ergehen, so dass die Aufnahme einer Rechtsmittelbelehrung in alle Verwaltungsakte wegen der Rechtskunde der beteiligten Personen entbehrlich erscheint. (BGHZ 42, 390, 392; Senatsbeschlüsse vom 10.8.1987, NotZ 7/87, BGHR BNotO § 111 Abs. 2 Satz 1 Fristablauf 1, und vom 30.7.1990, NotZ 25/89, BGH-DAT Nr. 1263; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O.).

Die Monatsfrist ab Bekanntgabe des Bescheides war bei Eingang der Klage beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof bzw. Verwaltungsgericht München schon verstrichen. Offen bleiben kann deshalb, ob die Antragsfrist überhaupt durch Einreichung der Klage beim Verwaltungsgericht hätte gewahrt werden können (vgl. Senatsbeschluss vom 25.10.1982, a. a. O., S. 188). Unerheblich ist ferner, dass der Antragsteller Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt hat. Ein Widerspruchsverfahren ist für die Anfechtung von Verwaltungsakten nach § 111 BNotO in der Bundesnotarordnung nicht vorgesehen.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechend § 111 Abs. 4 BNotO, § 40 Abs. 4 BRAO, § 22 Abs. 2 FGG kommt hier nicht in Betracht. Nach diesen Vorschriften ist einem Antragsteller, der ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist des § 111 Abs. 2 Satz 1 BNotO einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen, wenn er den Antrag auf gerichtliche Entscheidung binnen zwei Wochen nach Beseitigung des Hindernisses gestellt und die Tatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft gemacht hat. Ein Rechtsirrtum entschuldigt die Fristversäumung nur, wenn er unvermeidbar war. Das ist hier nicht der Fall. Es gereicht selbst einer jeden rechtsunkundigen Partei zum Verschulden, wenn sie sich nicht über Form und Frist eines Rechtsbehelfs unterrichtet. Erst recht gilt dies für den rechtskundigen Notar, der für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt ist (§ 1 BNotO) und den insoweit selbst Prüfungs- und Belehrungspflichten treffen (§ 17 BeurkG). Der Notar kann sich auf Unkenntnis der für ihn maßgebenden Gesetze und Dienstvorschriften nicht berufen; mindestens ist ihm insoweit eine fahrlässige Unter-

lassung vorzuwerfen (Senatsbeschluss vom 29.3.1993, NotZ 14/92, BGHR BNotO § 111 Abs. 4 Satz 2 Wiedereinsetzung 2). Zwar war der Antragsteller nicht mehr als Notar im Amt. Gleichwohl war ihm das Verfahren zum Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO schon aus früheren Verfahren bekannt und damit auch die Fristgebundenheit und die Zuständigkeit für solche Entscheidungen. Unerheblich ist schließlich, ob er sich vorgestellt hat, dass das Verwaltungsgericht für die Entscheidung zuständig sei. Zum einen sind die Ausnahmefälle der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit nach § 113 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 7 i. V. m. Abs. 7 BNotO unmissverständlich dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen. Zum anderen war zum Zeitpunkt der Antragseinreichung beim Verwaltungsgericht die Frist des § 111 Abs. 2 Satz 1 BNotO bereits abgelaufen.

b) Der vom Antragsteller gerügte Verstoß gegen den durch das Gesetz zur Stärkung elektronischer Verwaltungstätigkeiten vom 24.12.2002 (GVBl S. 962) in das Bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz eingefügten Art. 37 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 BayVwVfG, weil kein – der elektronischen Signatur gleichzusetzendes – Dienstsiegel beigelegt gewesen sei, geht fehl. Davon abgesehen übersieht der Antragsteller, dass das Bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz gemäß Art. 2 Abs. 3 Nr. 1 BayVwVfG nicht anwendbar ist, denn die Überprüfung der angegriffenen Entscheidungen erfolgt nicht im Verwaltungsrechtsweg (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11.12.1978, NotZ 3/78, DNotZ 1979, 373, 375, und vom 22.10.1979, NotZ 3/79, DNotZ 1980, 177, 178; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 111 Rdnr. 5). Im Übrigen sind die vom Antragsteller geltend gemachten Regelungen erst nach dem Erlass der hier in Rede stehenden Bescheide in Kraft getreten.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist auch allen Bescheiden die erlassende Stelle unschwer zu entnehmen. Auch würde – bei unterstellter Anwendung des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes –, soweit für die hier streitigen Bescheide überhaupt die Schriftform vorgesehen ist, die fehlende Unterschrift nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, sondern lediglich zu dessen Anfechtbarkeit führen (*Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl., § 37 Rdnr. 36; VGH München, NVwZ 1987, 729; FG Niedersachsen, NVwZ-RR 1993, 229; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl., § 37 Rdnr. 53). Es handelte sich dann nicht um einen so schwerwiegenden Mangel, der nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Nichtigkeit des Bescheides zur Folge hätte. Dies ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus Art. 44 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG, der für diesen Fall nicht die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes vorsieht im Gegensatz zu dem anderen in Art. 37 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG geregelten Fall der nicht erkennbaren Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Soweit der Antragsteller die mangelnde Berechtigung der Antragsgegnerin zur Beitragserhebung anführt, folgt daraus ebenfalls keine Nichtigkeit. Der Senat hat bereits mehrfach die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung durch die Notarkassen bestätigt. Er hält daran fest (BGHZ 126, 16 ff.; Senatsbeschlüsse vom 8.5.1995, NotZ 26/94, DNotZ 1996, 213 ff.; vom 10.3.1997, NotZ 5/96, DNotZ 1997, 822 ff.; vom 10.3.1997, NotZ 6/96, bei *Juris* dokumentiert, vom 24.11.1997, NotZ 30/96, DNotZ 1999, 166, und vom 14.7.2003, NotZ 3/03, m. w. N.).

2. Zu Recht hat das Oberlandesgericht in der mit Schreiben vom 15.11.2001 erklärten Aufrechnung der Antragsgegnerin keinen Verwaltungsakt gesehen. Der darauf gerichtete Aufhebungsantrag konnte deswegen keinen Erfolg haben.

Die Aufrechnung ist ein schuldrechtliches Gestaltungsrecht. Sie erfolgt in der Regel gemäß §§ 387, 388 BGB durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung oder anderenfalls durch einen entsprechenden Aufrechnungsvertrag. Die Erklärung wird regelmäßig nicht aus einer hoheitlichen Position abgegeben; sie ergeht ähnlich wie eine Willenserklärung, mit der ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wird, auf einer gleichgeordneten rechtlichen Ebene (BVerwGE 66, 218, 220; BFHE 149, 482). Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn sie in der Form eines Verwaltungsaktes erklärt wird und damit die Rechtsnatur eines Verwaltungsaktes erhält (BFH, NVwZ 1987, 1118). Besondere, die Erklärung als Verwaltungsakt kennzeichnende Umstände gibt es hier jedoch nicht. Begehrt der Antragsteller aber nicht Aufhebung eines Verwaltungsaktes oder einer konkreten ihm gegenüber hoheitlich erfolgten Amtshandlung, ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO nicht eröffnet (vgl. BGHZ 115, 275, 279 ff.; Senatsbeschlüsse vom 17.12.1962, NotZ 7/62, DNotZ 1963, 357, 359, und vom 13.7.1992, NotZ 9/91, BGHR BNotO § 111 Abs. 1 Feststellungsantrag 3). Damit wird für den Antragsteller auch nicht die durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährte Rechtsweggarantie verletzt. Über die Berechtigung zur Aufrechnung ist im Verfahren auf Auszahlung zu befinden, das der Antragsteller betreiben kann (vgl. BVerwGE 66, 218, 223). Ein solches Auszahlungsbegehren ist nicht geltend gemacht worden. Für eine Umdeutung des Aufhebungsantrages in einen Feststellungsantrag ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kein Raum. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats sieht § 111 BNotO keinen Feststellungsantrag vor. Ein solcher Antrag ist deshalb grundsätzlich unzulässig, es sei denn, dass sonst die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leerlaufen würde (Senatsbeschlüsse vom 26.3.2001, NotZ 30/00, bei Juris dokumentiert, und vom 20.7.1998, NotZ 36/97, BGHR BNotO § 111 Abs. 1 Feststellungsantrag 7), was hier – wie ausgeführt – nicht der Fall ist.

## Kostenrecht

21. KostO §§ 17, 143 Abs. 1, 154 (*Nur ordnungsgemäße Kostenrechnung unterbricht Verjährung*)

1. **Einer Kostenrechnung eines Notars kann nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung zukommen, wenn sie § 154 KostO entspricht.**
2. **Nach § 154 Abs. 2 KostO sind nicht nur Vorschüsse nach § 8 KostO anzugeben, sondern alle vorgängigen Zahlungen, welche der Kostenpflichtige für das in Rechnung gestellte Geschäft geleistet hat. Solche Zahlungen sind gesondert auszuweisen.**

BayObLG, Beschluss vom 22.12.2003, 3Z BR 226/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Am 3.11.1997 beurkundete der beteiligte Notar die Errichtung der Beschwerdeführerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die hierfür erstellte und bezahlte Kostenrechnung ist nicht Gegenstand des Verfahrens. Am 28.4.1998 beurkundete der Vertreter des Notars eine Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin sowie eine Stammkapitalerhöhung mit Sacheinbringung und Übernahmeerklärung. Die Urkunde enthielt die Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft um 50.000 DM auf 100.000 DM. Die neue Stammein-

lage sollte nicht in bar, sondern durch Sacheinbringung geleistet werden. Hierzu findet sich in der notariellen Urkunde folgende Bestimmung:

### „IV. Sacheinbringung

Der Gesellschafter und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vereinbaren in Erfüllung der eingegangenen Einbringungsverpflichtung was folgt:

Der Gesellschafter betreibt ein Einzelunternehmen, das die Bodenbelagssanierung und ähnliche Tätigkeiten zum Gegenstand hat. Der Gesellschafter bringt hiermit dieses Einzelunternehmen mit allen Aktiven und Passiven unter Buchwertfortführung gemäß § 20 UmwStG mit Wirkung zum 1.1.1998 an in die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein. Zum selben Zeitpunkt übernimmt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch die in der Einbringungsbilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens. Miteingebracht werden ausdrücklich auch alle immateriellen, in der Einbringungsbilanz nicht ausgewiesenen Wirtschaftsgüter, insbesondere der Kundenstamm, der Firmenwert, gewerbliche Lizenzen und Fertigungsverfahren, so dass das Einzelunternehmen als solches auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergeht. Mitübernommen werden auch alle in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten.“

Das eingebrachte Einzelunternehmen wies zum 31.12.1997 bilanzielle Aktiva in Höhe von 791.461 DM auf. Für die Beurkundung stellte der Notar der Beteiligten am 16.6.1998 folgende Rechnung:

„Die nach den Bestimmungen der Kostenordnung angefallenen Gebühren und Auslagen darf ich Ihnen wie folgt bekannt geben.

§ 36 Abs. 2 Vertragsgebühr	DM	1.140,00
§ 47, Gesellschafterbeschluss	DM	320,00
§ 38 Abs. 2, Registeranmeldung	DM	80,00
§ 147 Abs. 2, Nebentätigkeit, Gesellschafterliste	DM	25,00
§ 136, Schreibgebühren	DM	38,00
§ 137, Auslagen	DM	58,00
16 % MWST	DM	257,36
Rechnungsbetrag	DM	1.918,36
...		

Die Beteiligte bezahlte die Rechnung zeitnah.

Mit Schreiben vom 13.12.2000 teilte der Notar der Beschwerdeführerin mit, dass die Notarkasse die Bewertung des Rechtsgeschäfts vom 28.4.1998 beanstandet habe. In dem Schreiben ist erläutert, dass seinerzeit nur jeweils zwei Gebühren aus einem Geschäftswert von 50.000 DM in Höhe von jeweils 320 DM berechnet worden seien, nach den Feststellungen des Prüfers der Notarkasse jedoch je zwei Gebühren aus einem Geschäftswert von 791.461 DM (= Aktiva zum 31.12.1997) in Höhe von je 2.620 DM hätten erhoben werden müssen. Deshalb sei er gehalten, einen Betrag von netto 4.600 DM nachzufordern. Dem Schreiben des Notars war eine Kostenrechnung mit Datum 19.12.2000 folgenden Inhalts beigelegt:

„Kostenberechnung S 3822/3-2000	Wert in DM	Gebühr
§ 36 Abs. 2 und § 47, Vertragliche Erklärung/Gesellschafterbeschluss		4.600,00 DM
Zwischensumme		4.600,00 DM
16% Mehrwertsteuer § 151 Abs. 1 a		736,00 DM
Summe		5.336,00 DM
Ihr Anteil (inkl. 16 % Mehrwertsteuer = 736,00 DM)		5.336,00 DM
Rechnungsendbetrag (inkl. 736,00 DM Mehrwertsteuer)		5.336,00 DM
...		

Der beteiligte Notar fügte dem Schreiben und der Kostenrechnung einen Auszug aus dem Prüfungsbericht der Notarkasse bei.

Mit Schreiben vom 19.11.2002 legte die Beteiligte gegen die ergänzte Kostenrechnung Beschwerde ein. Das Landgericht änderte mit Beschluss vom 19.9.2003 die Kostenrechnung auf einen Betrag von 4.384,80 DM (= 2.241,91 €) ab und wies im Übrigen die Beschwerde zurück. Am 28.10.2003 hat die beteiligte Gesellschaft wei-

tere Beschwerde eingelegt. Sie vertritt die Auffassung, dass zwischenzeitlich Verjährung eingetreten sei und im Übrigen der Notar den Geschäftswert in der ergänzenden Kostenrechnung unzutreffend angesetzt habe.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig; sie ist insbesondere vom Landgericht zugelassen (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

1. Das Landgericht hat zur Frage der Verjährung ausgeführt:

Die Kostenrechnung vom 19.12.2000 habe die Verjährung unterbrochen. Verjährungsunterbrechend könne nur eine den formalen Kriterien des § 154 Abs. 2 KostO entsprechende Kostenrechnung wirken. Zwar fehle hier die Angabe des Geschäftswerts und die konkrete Berechnung der nachgeforderten Gebühr von 4.600 DM. Auch werde nicht ersichtlich, inwieweit die in der Rechnung vom 16.6.1998 angesetzten Gebühren bei der Nachforderung berücksichtigt wurden. Diese Mängel fielen aber hier nicht ins Gewicht, da das Begleitschreiben des Notars sowie der Auszug des Prüfungsberichts der Notarkasse die erforderlichen Angaben enthielten. Dabei könne es keine Rolle spielen, dass sowohl die Notarkasse als auch der beteiligte Notar den Kostenansatz der Erstrechnung vom 16.6.1998 nicht zutreffend verrechnet haben. Hierwegen sei allein die Herabsetzung des nachgeforderten Betrages geboten.

2. Die Ausführungen des Landgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO, § 546 ZPO).

a) Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass der Kostenanspruch aus der Beurkundung vom 28.4.1998 ohne verjährungsunterbrechende Maßnahmen mit Ablauf des 31.12.2000 verjährt wäre (§ 161 Satz 1, § 143 Abs. 1 a. F., § 17 Abs. 1 KostO, § 196 Nr. 15 a. F., § 201 a. F. BGB). Die im landgerichtlichen Beschluss genannte Jahreszahl „2002“ ist in diesem Zusammenhang als offensichtliche Unrichtigkeit anzusehen.

b) Als verjährungsunterbrechende Maßnahme bezüglich des genannten Kostenanspruchs kommt hier die Übersendung der Kostenrechnung vom 19.12.2000 in Betracht. Die Zuleitung einer Kostenrechnung ist als Zahlungsaufforderung anzusehen, die auch nach der vor dem 1.1.2002 geltenden Rechtslage gemäß § 161 Satz 1, § 143 Abs. 1 a. F., § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO a. F. die Verjährung unterbricht (vgl. BayObLGZ 1990, 275/278).

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kommt eine Verjährungsunterbrechung allerdings nur dann in Frage, wenn die Kosten durch eine § 154 KostO entsprechende Rechnung bereits eingefordert sind oder die der Verjährungsunterbrechung dienende Kostenrechnung dieser Vorschrift entspricht (KG, DNotZ 1962, 428/431; OLG Hamm, DNotZ 1990, 318/319; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 216 = RNotZ 2001, 174; OLG Schleswig, Beschluss vom 12.9.1995, 9 W 108/95, Leitsatz 1 – Juris-Dokument; LG Osnabrück, Nds. RpfL. 2003, 43; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 143 Rdnr. 7; *Göttlich/Mümmner*, KostO, 14. Aufl., Stichwort: Verjährung der Notarkosten, Anm. Nr. 2.3). Dem folgt der Senat. Diesen Grundsätzen entspricht weder die Rechnung vom 16.6.1998 noch die vom 19.12.2000.

aa) Die dem Senat vorliegende Kostenrechnung vom 16.6.1998 (...) entspricht nicht § 154 Abs. 2 KostO, da der Geschäftswert nicht angegeben ist. Ob sich dieser Mangel in der Berechnung der einzelnen Gebühren ausgewirkt hat, lässt sich mit Sicherheit nicht nachvollziehen. Jedenfalls ist festzuhalten, dass sich der angesetzte Gebührenbetrag von 1.140 DM in der Gebährentabelle nach DM-Sätzen weder als doppelte noch als einfache Gebühr findet.

bb) Des Weiteren steht die Rechnung vom 19.12.2000 nicht mit § 154 Abs. 2 KostO in Einklang. Zwingender Bestandteil einer notariellen Kostenrechnung ist danach die Angabe empfangener Vorschüsse. Über den Gesetzeswortlaut hinaus sind dabei nicht nur Vorschüsse i. S. d. § 8 KostO anzusetzen, sondern alle Zahlungen, die ein Notar im Rahmen der in Rechnung gestellten Beurkundung erhalten hat (OLG Hamm, JurBüro 1971, 354/355; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 216; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 154 Rdnr. 15). Der Umstand, dass die Kostenrechnung eines Notars Vollstreckungstitel werden kann (vgl. § 155 KostO), erfordert es, dass eine (ergänzte) Kostenrechnung alle Zahlungen anführt, die der Kostenschuldner vor Rechnungstellung geleistet hat (vgl. OLG Hamm, a. a. O.). Er muss aus der Kostenrechnung erkennen können, welche Gebährentatbestände aufgrund welchen Geschäftswerts angesetzt (vgl. BayObLG, DNotZ 1984, 646/647) und inwieweit seine bereits geleisteten Zahlungen berücksichtigt worden sind.

Diesen Grundsätzen wird die Kostenrechnung vom 19.12.2000 nicht gerecht. Unstreitig ist, dass die beteiligte Kostenschuldnerin den Rechnungsbetrag von 1.918,36 DM der Rechnung vom 16.6.1998 bezahlt hat. In dieser Rechnung sind Gebühren von 1.140 DM für den Vertragsschluss und 320 DM für den Gesellschafterbeschluss, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer, aufgeführt. Diese Beträge finden weder Eingang in die Kostenrechnung vom 19.12.2000 noch in die Prüfungsbemerkungen der Notarkasse, die der Rechnung beigelegt worden sind. Auch das Begleitschreiben des beteiligten Notars führt diese Beträge nicht auf. Somit ist, selbst wenn man eine Zusammenschau der dem Kostenschuldner übersandten Schriftstücke als ordnungsgemäße Rechnungsstellung ansehen wollte, den Anforderungen, die § 154 Abs. 2 KostO an eine notarielle Kostenrechnung stellt, nicht Genüge getan.

Nachdem die Kostenrechnung vom 19.12.2000 § 154 Abs. 2 KostO nicht entspricht, ist sie ohne weitere Prüfung aufzuheben (BayObLG, DNotZ 1984, 646/649; JurBüro 1986, 430). Für eine verjährungsunterbrechende Wirkung dieser Kostenrechnung ist daher kein Raum mehr.

22. BeurkG § 53; KostO § 10 (*Vorrang der Vollzugspflicht gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht des Notars wegen nicht bezahlter Kosten*)

**Ein Notar darf seine Amtstätigkeit und damit auch den Urkundsvollzug nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Von § 10 Abs. 1 KostO ist die Verweigerung der Erfüllung der Einreichungspflicht nach § 53 BeurkG wegen ausstehender Gebühren gerade nicht erfasst, sondern lediglich die Zurückbehaltung von Ausfertigungen, Abschriften und zurückzugebenden Unterlagen, die von den Beteiligten aus Anlass des Beurkundungsvorgangs eingereicht worden waren.**

OLG Naumburg, Beschluss vom 29.1.2003, 1 U 71/02

*Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadenersatz nach § 19 Abs. 1 BNotO hat; dieser Anspruch besteht in Höhe von 3.715,66 €.

1. Der beklagte Notar hat seine Amtspflichten im Rahmen des Beurkundungsgeschäfts der Klägerin (...) (künftig: Käuferin) (...) objektiv dadurch verletzt, dass er nach entsprechender Erklärung der Klägerin vom 13.7.1999 und nach dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung nicht unverzüglich den Antrag auf Eigentumsumschreibung beim zuständigen Grundbuchamt eingereicht hat, § 53 BeurkG. Er hat auch auf mehrfache Mahnungen der Klägerin nicht adäquat reagiert und den Eintragungsantrag erst am 7.7.2000 beim Grundbuchamt eingereicht. (...)

1.1. Allerdings folgt der Senat – entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts – dem Beklagten darin, dass eine Einreichungspflicht nicht bereits mit dem Vorliegen des Schreibens der hiesigen Klägerin vom 13.7.1999 (...) bestand, sondern erst mit dem Vorliegen *sämtlicher* Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung. (...)

Unstreitig lagen (...) sämtliche formellen Voraussetzungen für die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch am 21.10.1999 vollständig vor und begründeten mithin eine Einreichungspflicht des Beklagten, der dieser nicht unverzüglich nachkam. Insbesondere war auch die Unbedenklichkeitserklärung des zuständigen Finanzamtes dem Beklagten (...) zugegangen. (...)

2. Die nach dem Vorausgeführten äußerst verzögerte Antragstellung des Beklagten war rechtswidrig; der Beklagte war insbesondere nicht im Hinblick auf ein vermeintliches Zurückbehaltungsrecht zur Verletzung seiner Einreichungspflicht nach § 53 Abs. 1 BeurkG berechtigt, wie das erstinstanzliche Gericht zu Recht ausgeführt hat.

Einem erfolgreichen Berufen auf die Vorschrift des § 10 KostO steht zunächst entgegen, dass nach dem eindeutigen Vertragswortlaut nicht die Klägerin, sondern die Käuferin vorrangige Kostenschuldnerin war. Der Beklagte hat – dem entsprechend – die Klägerin vor dem 6.7.2000 nicht als Kostenschuldnerin in Anspruch genommen, insbesondere hat er ihr keine Kostenrechnung übersandt. Der Beklagte hat gegenüber der Klägerin unstreitig auch nie ein vermeintliches Zurückbehaltungsrecht wegen ausstehender Notargebühren geltend gemacht.

Zudem berechtigt die vorgenannte Vorschrift aus den zutreffenden und durch das Berufungsvorbringen nicht entkräfteten Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung (unter ebenfalls zutreffendem Verweis auf OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 659) nicht zur „Zurückbehaltung“ bzw. Verweigerung von Amtstätigkeit zum Vollzug einer Urkunde.

3. Der Beklagte handelte, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, fahrlässig. Er kann sich insbesondere nicht darauf berufen, dass ihm nicht bekannt gewesen sei und auch nicht habe bekannt sein müssen, dass er zur „Zurückbehaltung“ der Einreichung des Eintragungsantrages nicht berechtigt gewesen sei.

Die Rechtslage ist bereits aufgrund des Gesetzestextes eindeutig. Ein Notar ist nach §§ 1, 15 Abs. 1 BNotO grundsätzlich zur Amtsbereitschaft und -ausübung verpflichtet. Eine Verweigerung von Amtstätigkeit, wie sie auch der Urkundsvollzug darstellt, ist nur ausnahmsweise und nicht ohne ausreichenden Grund berechtigt. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 Abs. 1 KostO, der ein Zurückbehaltungsrecht im

Zusammenhang mit unerfüllten Gebührenansprüchen regelt, ist die Verweigerung der Erfüllung der Einreichungspflicht nach § 53 BeurkG wegen ausstehender Gebühren gerade nicht erfasst, sondern lediglich die Zurückbehaltung von Ausfertigungen, Abschriften und zurückzugebenden Unterlagen, die von den Beteiligten aus Anlass des Beurkundungsvorgangs eingereicht worden waren. Die dieser Rechtslage entgegenstehende, möglicherweise weit verbreitete Praxis ändert hieran nichts.

Diese Rechtslage war für den Beklagten auch erkennbar. Weder die Kommentarliteratur (vgl. *Hartmann*, KostG, 29. Aufl. 2000, § 10 KostO Rdnr. 3 bis 5; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 14. Aufl. 1999, § 10 Rdnr. 4 bis 7) noch die Rechtsprechung hatten den vom Beklagten geltend gemachten Grund zur Verweigerung der Amtstätigkeit, nämlich die Aufrechterhaltung eines Druckmittels zur Gebührenbeitreibung, anerkannt; der letztgenannte Kommentar hat die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens sogar ausdrücklich verneint. Zudem hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf dies in seiner o. g. Entscheidung ausdrücklich ausgeführt; diese Entscheidung war in allen einschlägigen Fachzeitschriften (...) veröffentlicht worden, so dass der Beklagte hiervon hätte Kenntnis haben müssen. Dem steht nicht entgegen, dass die Entscheidung in der Literatur unter Hinweis auf die bislang verbreitete Praxis zum Teil auf Ablehnung gestoßen war.

**Hinweis der Prüfungsabteilung der Notarkasse:**

Die Prüfungsabteilung hält an ihrer Auffassung im Streifzug durch die KostO, 5. Aufl., Rdnr. 1557 fest (vgl. auch *Schwarz*, MittBayNot 2004, 888; *Bengel*, DNotZ 1998, 793; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 888) und lehnt die Entscheidung des OLG Naumburg ab.

23. BGB §§ 196 Abs. 1 Nr. 15, 218 a. F.; KostO §§ 155, 156 Abs. 3 (*Verjährung der Kostenforderung nach Zustellung der Kostenberechnung*)

**Die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung des Notars bewirkt – auch nach Ablauf der Frist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO – keine Umwandlung der zweijährigen in eine dreißigjährige Verjährungsfrist (Bestätigung von Senat, Beschluss vom 24.7.1990, 1 W 6151/88 = JurBüro 1990, 1506 = MDR 1990, 1126 = Rpfleger 1991, 83 = DNotZ 1991, 408).**

KG, Beschluss vom 23.9.2003, 1 W 103/01; mitgeteilt von Dr. *Beatrix Kasprick-Teperoglou*, Richterin am Kammergericht

*Aus den Gründen:*

[Die weitere Beschwerde] hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da die angefochtene Entscheidung nicht auf einem Rechtsfehler beruht (...).

Das Landgericht ist frei von Rechtsfehlern zu dem Ergebnis gelangt, dass die dem Notar etwa (ganz oder teilweise) zustehende Kostenforderung gemäß seiner am 23.12.1996 in vollstreckbarer Ausfertigung erteilten Kostenberechnung vom 30.12.1994 (...) verjährt ist und die Beschwerdeführerin auf die mit ihrer Beschwerdeschrift vom 9.2.2000 erhobene Einrede der Verjährung berechtigt ist, die Leistung, nämlich die Bezahlung der Kostenforderung des Notars, zu verweigern (§ 222 Abs. 1 BGB).

1. Mit Recht ist das Landgericht zunächst davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin nicht gemäß § 156 Abs. 3 KostO an der Geltendmachung der Einrede der Verjährung gehindert war. Nach dieser Vorschrift können neue Beschwerden gemäß § 156 Abs. 1 KostO nach Ablauf des Jahres, das auf das Jahr folgt, in dem die vollstreckbare Ausfertigung der Notarkostenrechnung zugestellt worden ist, nicht mehr erhoben werden, es sei denn, die Einwendungen sind nach der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung entstanden (vgl. Senat, KG-Report 2001, 326/327; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 15 ff.; *Rohs/Rohs*, KostO, 2. Aufl., § 156 Rdnr. 14, jew. m. w. N.). Letzteres war vorliegend der Fall, denn die Verjährung der Kostenforderung ist nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts erst nach der am 27.12.1996 erfolgten Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung eingetreten.

2. Maßgebend für die Verjährung der vor dem 1.1.2002 fällig gewordenen Kostenforderung des Notars sind die Vorschriften der §§ 196 Abs. 1 Nr. 15, 198, 201 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung. Hiernach galt eine Verjährungsfrist von zwei Jahren, die mit dem Schluss des Jahres begann, in welchem der Anspruch des Notars fällig geworden war (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 143 Rdnr. 6; *Rohs/Rohs*, a. a. O., § 143 Rdnr. 5). Da die Fälligkeit des Anspruchs regelmäßig mit der Beendigung der Amtshandlung des Notars eintritt (§ 198 BGB a. F., §§ 7, 141 KostO), hier der am 22.7.1994 erfolgten Beurkundung, begann die zweijährige Verjährungsfrist vorliegend am 1.1.1995 zu laufen.

Eine Unterbrechung der Verjährung konnte unter anderem durch eine Aufforderung zur Zahlung der Kosten bewirkt werden (vgl. §§ 141, 143 in Verbindung mit § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO in der bis 14.12.2001 geltenden Fassung; vgl. dazu *Rohs/Rohs*, a. a. O., § 143 Rdnr. 1 Fn. 1). Dies hatte gemäß § 217 BGB a. F. zur Folge, dass eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren sofort nach Beendigung der Unterbrechung zu laufen begann (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 217 Rdnr. 1 m. w. N.). Die Zahlungsaufforderung bedarf nach wohl einhelliger Auffassung keiner besonderen Form, sofern der Notar zuvor eine ordnungsgemäße Kostenberechnung erteilt hat (vgl. Senat, Rpfleger 1962, 454 = DNotZ 1962, 428; KG, ZNotP 1998, 431; OLG Düsseldorf, RNotZ 2001, 174 = ZNotP 2001, 206). Nach – bestrittener – Ansicht des OLG Celle (JurBüro 1976, 1542) kommt einer weiteren Zahlungsaufforderung jedoch keine erneute Unterbrechungswirkung zu (vgl. zu Vorstehendem *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 14. Aufl., Stichwort „Verjährung“ 2.3 m. w. N.).

Vorliegend hat das Landgericht gemäß der im angefochtenen Beschluss in Bezug genommenen richterlichen Verfügung vom 29.4.2000 angenommen, dass die Verjährung zunächst durch das Mahnschreiben des Notars vom 26.9.1995 unterbrochen wurde. Der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung vom 23.12.1996 hat es dagegen keine erneute Unterbrechungswirkung beigemessen. Es hat weiter erwogen, ob in dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10.1.1997 ein Anerkenntnis im Sinne von § 208 BGB zu sehen sei, das ebenfalls zur Unterbrechung führen würde (vgl. OLG Hamm, MDR 1988, 420; OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 663/664; OLG Schleswig-Holstein, DNotZ 1996, 477), die Frage aber offen gelassen mit der Begründung, dass die Verjährung selbst bei dessen Annahme mit Ablauf des 10.1.1999 eingetreten sei. Die nachfolgende, erst am 30.12.1999 eingeleitete Zwangsvollstreckungsmaßnahme habe schon deshalb keine weitere Unterbrechung bewirken können.

Es kann dahingestellt bleiben, ob den vorstehend wiedergegebenen Feststellungen in vollem Umfang zu folgen ist, wobei

zweifelhaft sein könnte, ob die ursprüngliche Kostenberechnung den gesetzlichen Erfordernissen des § 154 Abs. 2 KostO entsprach. Denn auch wenn man davon ausgeht, dass erst die in vollstreckbarer Ausfertigung erteilte Kostenberechnung den gesetzlichen Formerfordernissen entsprach und deren Zustellung erstmals eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführte, bleibt es dabei, dass die durch die letzte etwaige Unterbrechungshandlung, das im Schreiben vom 10.1.1997 möglicherweise enthaltene Anerkenntnis, in Lauf gesetzte Verjährungsfrist am 10.1.1999 und damit lange vor der am 30.12.1999 eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahme abgelaufen war.

3. Nicht ausdrücklich geprüft hat das Landgericht allerdings die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin möglicherweise deshalb nicht auf den Eintritt der Verjährung berufen kann, weil sie durch ihr Verhalten selbst dazu beigetragen hat, dass der Notar die Verjährungsfrist hat verstreichen lassen (§ 25 FGG). Es ist allgemein anerkannt, dass die Erhebung der Einrede der Verjährung sich als rechtsmissbräuchlich und daher gemäß § 242 BGB unbeachtlich darstellen kann, wenn der Kostenschuldner durch sein Verhalten mit dazu beigetragen hat, dass der Notar die Verjährungsfrist hat verstreichen lassen (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1962, 26; OLG Düsseldorf, a. a. O. und JurBüro 1994, 164; OLG Frankfurt/Main, MittBayNot 2002, 412).

Der Senat kann die erforderliche Prüfung jedoch in eigener Zuständigkeit nachholen, weil der Sachverhalt insoweit hinreichend geklärt ist. Danach ist es vorliegend nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn sich die Beschwerdeführerin auf den Eintritt der Verjährung beruft. Insbesondere ist es unerheblich, dass die Beschwerdeführerin zunächst den Standpunkt vertrat, dem Notar Gebühren in der angeblich von ihm kalkulierten Höhe von – nur – 128.903,62 DM zu schulden. Denn eine Zahlung in dieser Höhe hat die Beschwerdeführerin aufgrund der Zahlungsaufforderung des Notars nicht versprochen. Vielmehr hatte sie bereits mit Schreiben vom 5.11.1995 Einwände gegen die Ordnungsmäßigkeit der Kostenberechnung insgesamt und insbesondere im Hinblick auf den zugrunde gelegten Geschäftswert erhoben und diese in ihrem Schreiben vom 10.1.1997 wiederholt, wobei sie zugleich für den Fall der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen die Erhebung der Beschwerde gemäß § 156 KostO angekündigt hatte. Wenn es der Notar unter diesen Umständen unterließ, die Beanstandung sogleich selbst gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO dem Landgericht vorzulegen, und stattdessen untätig blieb, stellt es keinen Rechtsmissbrauch dar, wenn sich die Beschwerdeführerin auf die dadurch eingetretene Verjährung beruft. Schließlich wäre durch die Vorlage der Beanstandung an das Landgericht nach ganz herrschender, vom Senat geteilter Auffassung die Verjährung entsprechend § 209 BGB unterbrochen worden (vgl. Senat, KG-Report 1995, 22; BayObLG, JurBüro 1993, 103; OLG Zweibrücken, a. a. O.).

4. Nach alledem kommt es vorliegend auf die Beantwortung der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage an, ob durch die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Notarkostenrechnung die zweijährige Verjährungsfrist in entsprechender Anwendung von § 218 BGB a. F. in eine dreißigjährige umgewandelt wird. Das Landgericht hat die Frage in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats und der wohl herrschenden Auffassung verneint. Auch der Senat hält an seiner Auffassung nach erneuter Überprüfung fest. Die Argumente der Gegenseite vermögen weiterhin nicht zu überzeugen und geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass (vgl. zum Meinungsstand einer-

seits Senat, NJW 1955, 633 = DNotZ 1955, 261, sowie Beschluss vom 24.7.1990, 1 W 6151/88, JurBüro 1990, 1506 = MDR 1990, 1126 = Rpfleger 1991, 83 = DNotZ 1991, 408; OLG Stuttgart, DNotZ 1959, 325; OLG Köln, JurBüro 1982, 1556; OLG Hamm, JurBüro 1992, 484; OLG Celle, Nds. Rpf. 1997, 157; *Rohs/Waldner*, a. a. O., § 17 Rdnr. 21 f.; MünchKommBGB/*Grothe*, 4. Aufl., § 218 Rdnr. 2; *Staudinger/Peters*, BGB, 13. Aufl., Neubearb. 2001, § 196 Rdnr. 58 und § 218 Rdnr. 15; *Palandt/Heinrichs*, a. a. O., § 218 Rdnr. 2; andererseits SchlHOLG, JurBüro 1983, 1085; OLG Hamburg, MittBayNot 1996, 450; OLG Zweibrücken, MittRhNotK 1981, 21, und JurBüro 2001, 105; – nicht im Verfahren nach § 156 KostO – OLG München, DNotZ 1992, 114 m. Anm. *Lappe*; *Göttlich/Mümmeler*, a. a. O., 2.2; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 143 Rdnr. 10; *Soergel/Niedenführ*, BGB, 13. Aufl., § 196 Rdnr. 60 und § 218 Rdnr. 7).

a) Gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch in dreißig Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Das Gleiche gilt nach Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift u. a. von dem Anspruch aus einer vollstreckbaren Urkunde.

Wie bereits im Senatsbeschluss vom 24.7.1990 ausgeführt worden ist, kommt eine direkte Anwendung der Vorschrift nicht in Betracht, weil die nach ihrem Wortlaut erforderliche Voraussetzung eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs nicht gegeben ist. Es fehlt an einer gerichtlichen Feststellung des der Kostenforderung zugrunde liegenden Sachverhalts, da sich der Notar die vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 155 KostO selbst erteilt. Insoweit ist die Lage auch nicht den Fällen vergleichbar, in denen – wie beim Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid – ein rechtskräftiger Titel ohne Sachprüfung zustande kommt, da diese nur erlassen werden dürfen, wenn dem Schuldner zuvor die verfahrensrechtliche Möglichkeit gewährt worden ist, zu dem Anspruch vorab Stellung zu nehmen.

Einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift steht zwar noch nicht zwingend entgegen, dass es sich bei ihr um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die als solche grundsätzlich eng auszulegen ist. Die entsprechende Anwendung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn insoweit überhaupt eine Regelungslücke im Sinne einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes vorliegt (vgl. BGH, NJW 1989, 2615/2616; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., vor § 1 Rdnr. 47, jew. m. w. N.).

aa) Schon das Vorliegen einer Gesetzeslücke kann nicht festgestellt werden. Zwar konnte zunächst davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Einführung des Notarkostenbeschwerdeverfahrens übersehen hatte, dass der Notar dadurch die Möglichkeit verlor, seine Kostenforderung gerichtlich geltend zu machen und so die Voraussetzungen des § 218 BGB zu schaffen (vgl. LG Berlin, DNotZ 1940, 374/375). Nachdem dem Gesetzgeber aber bei Erlass des Kostenrechtsänderungsgesetzes von 26.5.1957, darunter der neuen KostO, das Problem der Gleichstellung der vollstreckbaren Kostenberechnung des Notars hinsichtlich der dreißigjährigen Verjährungsfrist bekannt war und er gleichwohl von einer gesetzlichen Regelung absah, ist davon auszugehen, dass er dieser eine dreißigjährige Verjährungsfrist nicht zubilligen wollte (vgl. OLG Stuttgart, DNotZ 1959, 325/326 m. Anm. *Ackermann*).

Davon ist auch weiterhin nach der Neuregelung des Verjährungsrechts zum 14.12.2001 durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Kommunikation und zum 1.1.2002 durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts auszugehen. Danach verjähren die Ansprüche des No-

tars nunmehr gemäß § 17 Abs. 1 KostO in vier Jahren, da die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift durch die Änderung des § 143 KostO aufgehoben wurde. Jedoch wurde wiederum davon abgesehen, durch ausdrückliche gesetzliche Regelung eine Umwandlung der kurzen in die dreißigjährige Verjährungsfrist – nunmehr nach der inhaltlich dem § 218 BGB a. F. entsprechenden Vorschrift des § 197 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB n. F. – vorzusehen (vgl. zu Vorstehendem *Rohs/Rohs*, a. a. O., § 143 Rdnr. 5; *Rohs/Waldner*, a. a. O., § 17 Rdnr. 21 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 197 Rdnr. 12).

bb) Entscheidend gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 218 BGB a. F. (bzw. jetzt des § 197 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB n. F.) auf die vollstreckbare Ausfertigung der Notarkostenrechnung spricht aber das Fehlen der weiteren wesentlichen Voraussetzung für eine Analogie, nämlich der Vergleichbarkeit beider Sachverhalte.

Die fehlende Vergleichbarkeit einer vollstreckbaren Notarkostenrechnung mit den sonstigen, dem Anwendungsbereich des § 218 BGB a. F. unterfallenden Titeln folgt im Wesentlichen aus ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter und ihrer gesetzlichen Ausgestaltung in der KostO, die dem Kostenansatz einer Gerichtskostenrechnung (§ 14 KostO) entspricht (vgl. dazu bereits eingehend Senatsbeschluss vom 24.7.1990, JurBüro 1990, 1506/1507 m. w. N.).

Bei dem Kostenansatz handelt es sich um einen Justiverwaltungsakt, der nach Voraussetzungen und Rechtswirkungen eine eigenständige, von den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder abweichende gesetzliche Regelung erhalten hat. So wird die Zahlungsverpflichtung des Kostenschuldners nach Grund und Höhe nicht (erst) durch den Kostenansatz verbindlich festgesetzt. Nach § 7 KostO wird der Anspruch bereits mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts fällig, ohne dass es eines förmlichen Kostenansatzes bedarf. Damit beginnt nach § 17 Abs. 1 KostO auch bereits dessen Verjährung. Der Kostenansatz bewirkt lediglich, dass Nachforderungen nur noch innerhalb der Frist des § 15 KostO zulässig sind. Aus § 14 Abs. 6 KostO folgt weiter, dass der Kostenansatz nicht in Bestandskraft erwächst. Eine Bindungswirkung tritt nur ein, wenn im Verfahren über die Kostenerinnerung eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist. Ohne diese kann der Kostenansatz im Verwaltungswege, auch zu Lasten des Schuldners, geändert werden. Daher beginnt nach herrschender, vom Senat geteilter Auffassung auch die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs nicht erst mit der Aufhebung bzw. Berichtigung des Kostenansatzes, sondern bereits mit der Überzahlung. Allein aus der begrifflichen Einordnung des Kostenansatzes als Justiverwaltungsakt können daher Folgerungen über dessen Wirkungen oder Analogien zu Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht hergeleitet werden. Vielmehr ist zunächst anhand der gesetzlichen Ausgestaltung des Justiverwaltungsakts zu prüfen, ob und inwieweit allgemeine Lehren des Verwaltungsakts auf diese Sonderregelung überhaupt übertragbar sind (vgl. zu Vorstehendem Senat, Rpfleger 2003, 149/151; BayObLG, JurBüro 2001, 104, jew. m. w. N.).

Insbesondere kommt eine entsprechende Anwendung des § 53 Abs. 2 BVwVfG auf die vollstreckbare Ausfertigung der Notarkostenberechnung (entgegen *Lappe* in seiner Anmerkung zu OLG München, a. a. O.) schon deshalb nicht in Betracht, weil diese nach Ablauf eines Jahres gemäß § 156 Abs. 3 KostO nicht unanfechtbar wird. Nach dieser Vorschrift können nach Ablauf des Jahres, das auf das Jahr folgt, in dem die vollstreckbare Ausfertigung der Notarkostenrechnung zugestellt worden ist, lediglich neue Beschwerden gemäß § 156 Abs. 1 KostO nicht mehr erhoben werden, sofern die geltend

gemachten Einwendungen nicht erst nach der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung entstanden sind: Die Rechtslage ist damit der in § 53 Abs. 2 BVwVfG vorausgesetzten Bestandskraft eines Verwaltungsakts nicht vergleichbar (vgl. dazu bereits Senatsbeschluss vom 24.7.1990; ebenso OLG Hamm, JurBüro 1992, 484/485).

Erst recht kann die vollstreckbare Notarkostenberechnung nicht im Hinblick auf § 156 Abs. 3 KostO einem rechtskräftig festgestellten Anspruch im Sinne von § 218 Abs. 1 BGB a. F. gleichgestellt werden. Dies kommt nur für den – hier nicht vorliegenden – Fall in Betracht, dass der Kostenanspruch des Notars in einem vorangegangenen Beschwerdeverfahren gemäß § 156 KostO rechtskräftig bestätigt worden ist (so SchlHOLG, JurBüro 1983, 1085; *Rohs/Waldner*, a. a. O., § 17 Rdnr. 23 m. w. N.).

b) Die von der Gegenauffassung hervorgehobenen Schwierigkeiten, die sich für den Notar bei der Durchsetzung seiner Kostenforderung aus dem Umstand ergeben, dass er daran gehindert ist, sich durch gerichtliche Geltendmachung einen Titel im Sinne von § 218 Abs. 1 BGB zu beschaffen, genügen zur Begründung einer analogen Anwendung auf die vollstreckbare Ausfertigung für sich allein nicht.

In diesem Zusammenhang ist wiederum darauf hinzuweisen, dass die den Notarkostenforderungen vergleichbaren Gerichtskostenforderungen ebenfalls einer kurzen Verjährungsfrist (von vier Jahren, wie jetzt auch für den Notar) unterliegen und der Notar als Inhaber einer öffentlich-rechtlichen Forderung auch in vergleichbarer Weise gegenüber privaten Gläubigern privilegiert ist. Er kann eine Unterbrechung gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO schon durch einfache Zahlungsaufforderung bewirken. Zudem ist er gemäß § 8 KostO berechtigt, Vorschüsse zu erheben, und hat dadurch, dass er sich gemäß § 155 KostO selbst eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen kann, wesentlich früher als ein privater Gläubiger die Möglichkeit zur Vornahme von Vollstreckungsmaßnahmen (vgl. zu Vorstehendem Senatsbeschluss vom 24.7.1990, a. a. O., S. 1507; OLG Hamm, JurBüro 1992, 484/485; OLG Celle, Nds. Rpfleger 1997, 157/158). Demgegenüber ist das Risiko des Verjährungseintritts bei nicht rechtzeitig vorgenommenen Unterbrechungsmaßnahmen in Kauf zu nehmen. Im Übrigen erscheint es durchaus denkbar, etwa bei einem Sachverhalt, wie er der nicht im Verfahren nach § 156 KostO ergangenen Entscheidung des OLG München zugrunde liegt (unbekannter Aufenthalt des Schuldners), gegebenenfalls eine Verwirkung der Verjährungseinrede gemäß § 242 BGB anzunehmen (s. oben zu 3.).

Nach alledem hat das Landgericht rechtlich zutreffend angenommen, dass die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Notarkostenrechnung am 27.12.1996 – auch nach Ablauf der Frist des § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO – keine Umwandlung der kurzen in eine dreißigjährige Verjährungsfrist bewirkt hat.

5. Die weitere Beschwerde bleibt auch in Bezug auf die vom Landgericht getroffene Kostenerstattungsanordnung ohne Erfolg.

Das Landgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass vorliegend die Vorschrift des § 13 a FGG Anwendung findet. Deren Geltung im Notarkostenbeschwerdeverfahren war schon nach der bis 31.12.2001 geltenden Gesetzesfassung weitgehend anerkannt; durch die allgemeine Verweisung auf die Vorschriften des FGG gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO ist dies lediglich klargestellt worden (vgl. Senat, FGPrax 2003, 188/190 m. w. N.).

Gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG kann das Gericht eine Kostenerstattung anordnen, wenn dies der Billigkeit entspricht.

Die Vorschrift ist Ausdruck des in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatzes, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten regelmäßig selbst zu tragen hat. Die Anordnung der Kostenerstattung ist daher keine gesetzmäßige Folge des Unterliegens oder der Zurücknahme des Antrags oder Rechtsmittels eines Beteiligten, sondern bedarf darüber hinaus der Rechtfertigung durch die besonderen Umstände des Einzelfalls (vgl. *Keidel/Zimmermann*, § 13 a Rdnr. 21 ff. m. w. N.). Die danach zu treffende Ermessensentscheidung ist im Verfahren der weiteren Beschwerde nur in beschränktem Umfang nachprüfbar. Das Rechtsbeschwerdegericht ist nicht berechtigt, sein Ermessen an die Stelle der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu setzen, sondern hat diese lediglich darauf zu überprüfen, ob das Beschwerdegericht von seinem Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften, dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, ob es von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände unerörtert gelassen hat (vgl. Senat, a. a. O.; *Keidel/Meyer-Holz*, § 27 Rdnr. 23, jew. m. w. N.).

Die seitens des Landgerichts erfolgte Ermessensausübung ist nach vorstehenden Gründen nicht zu beanstanden. Es hat berücksichtigt, dass die Beschwerde Erfolg hatte. Weiter konnte es ermessensfehlerfrei annehmen, dass dieser Umstand vorliegend auch die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers durch den Notar rechtfertigte und dem keine Billigkeitsgründe entgegenstanden. Insbesondere stellt es keinen erheblichen Grund für eine abweichende Kostenentscheidung dar, dass – wie der Notar mit der weiteren Beschwerde geltend macht – der Erfolg der Beschwerde allein von der Beurteilung der in Rechtsprechung und Literatur streitigen Frage der Verjährung der Kostenforderung abhing. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht angenommen hat, dass der Notar gehalten ist, die veröffentlichte ständige Rechtsprechung des für ihn zuständigen Senats zu beachten.

#### Hinweis der Prüfungsabteilung der Notarkasse:

Siehe hierzu auch *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 888.

24. KostO § 154 (*Unwirksamkeit einer nicht dem Zitiergebot entsprechenden Kostenrechnung*)

1. **Eine sachliche Entscheidung über die vom Notar berechneten Kosten kann nur dann ergehen, wenn die dem Kostenschuldner erteilte Kostenberechnung dem Zitiergebot des § 154 Abs. 1 und 2 KostO entspricht.**
2. **Eine nicht formgerechte Kostenberechnung ist ohne weitere Sachprüfung aufzuheben. Der Mangel der Formunwirksamkeit erstreckt sich auf die Kostenberechnung insgesamt; eine Beschränkung auf eine unzutreffende Angabe der Auslagenpositionen ist nicht geboten. (Leitsätze der Schriftleitung)**

LG Arnsberg, Beschluss vom 10.3.2003, 2 T 44/02; mitgeteilt von *Klaus Peter Teipel*, Richter am Landgericht

Am 12.12.2001 beurkundete die Beteiligte zu 1.) einen Grundstückskaufvertrag mit Auflassung über den im Grundbuch von ... , Blatt ... verzeichneten Grundbesitz. Darin verkauften die Beteiligten zu 2.) und 3.) den näher bezeichneten Grundbesitz an ihren Sohn, den Beteiligten zu 4.), zum Kaufpreis von 290.000 DM. Ausweislich der

notariellen Urkunde erklärte der Beteiligte zu 2.) eingangs der Beurkundung, seinen Namen nicht schreiben zu können. Daraufhin wurde der Notar ... als Schreibzeuge hinzugezogen.

Für ihre Tätigkeit erteilte die Beteiligte zu 1.) den übrigen Beteiligten eine Kostenberechnung für die Beurkundung des Kaufvertrages über insgesamt 2.147,16 DM. Darin enthalten ist eine Gebühr für die Hinzuziehung eines zweiten Notars gemäß §§ 32, 151 Abs. 1 KostO von 560 DM sowie eine Gebühr für die Auswärtsbeurkundung des hinzugezogenen Notars gemäß §§ 32, 58 Abs. 1 KostO von 60 DM. Nach einer Geschäftsprüfung beanstandete der Präsident des Landgerichts den Ansatz einer Gebühr für die Hinzuziehung eines zweiten Notars. Anweisungsgemäß hat die Beteiligte zu 1.) die Entscheidung des Landgerichts beantragt.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die Anweisungsbeschwerde der Beteiligten zu 1.) ist zulässig und führt zur Aufhebung der Kostenberechnung.

Die Kostenrechnung vom 12.12.2001 in der berichtigten Fassung vom 4.3.2003 ist bereits aus formellen Gründen aufzuheben, da sie nicht den an eine Kostenberechnung gemäß § 154 Abs. 2 KostO zu stellenden Anforderungen entspricht.

Nach gefestigter Rechtsprechung kann eine sachliche Entscheidung über die von dem Notar berechneten Kosten nur dann ergehen, wenn er dem Kostenschuldner eine den förmlichen Anforderungen des § 154 Abs. 1 und Abs. 2 KostO entsprechende Kostenberechnung mitgeteilt hat. Entspricht die Kostenberechnung diesen Anforderungen nicht, ist sie formunwirksam und deshalb ohne weitere Sachprüfung aufzuheben; vgl. OLG Hamm, JMBI 1992, 79, und JurBüro 1993, 308. Nach § 154 Abs. 2 KostO sind in der Kostenberechnung der Geschäftswert, die Gebührenvorschriften, die Beträge der angesetzten Gebühren und Auslagen sowie die verauslagten Gerichtskosten und empfangene Vorschüsse anzugeben.

Soweit nach § 154 Abs. 2 KostO die angewendeten Gebührenvorschriften in der Kostenberechnung anzugeben sind, hat dies genau und vollständig zu erfolgen. Diese Formenstrenge findet ihre Rechtfertigung in dem Umstand, dass die Kostenberechnung des Notars keine gewöhnliche Rechnung darstellt, sondern von dem Notar selbst mit einer Vollstreckungsklausel versehen werden kann und nach Maßgabe des § 155 KostO zu einem vollstreckungsfähigen Titel wird. Dem Kostenschuldner muss deshalb die Möglichkeit zur Prüfung eröffnet werden, aufgrund welcher gesetzlichen Bestimmungen er zur Zahlung verpflichtet ist. Dies macht es notwendig, alle gebühren- und auslagenbegründenden Vorschriften in der Kostenrechnung genau und vollständig anzugeben, um dem Kostenschuldner die gebotene Nachprüfungsmöglichkeit zu eröffnen; vgl. OLG Hamm, a. a. O. Zu den in der Kostenrechnung anzugebenden Gebührenvorschriften zählen auch diejenigen, auf deren Grundlage der Notar zur Erhebung von Auslagen berechtigt ist. Die Nachvollziehbarkeit der Kostenberechnung erfordert die Angabe der gesetzlichen Grundlage. Auch in diesem Punkt hat der Kostenschuldner kein geringeres Interesse an der Angabe der „Gebührenvorschrift“ als bei Gebühren im kostentechnischen Sinne; vgl. OLG Hamm, JMBI 1992, 79, 81 m. w. N. Deshalb sind auch die Auslagenvorschriften nach Absatz, Nummer und Buchstabe zu zitieren; vgl. *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 154 Rdnr. 14.

Dabei verkennt die Kammer nicht, dass in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte teilweise die Auffassung vertreten worden ist, dass bei den Auslagenpositionen nicht dieselbe Formenstrenge erforderlich ist. Das BayObLG hat den Standpunkt vertreten, dass das kostenrechtliche Zitiergebot

nicht verletzt ist, wenn sich der angewendete Gebührentatbestand aus den Gesamtumständen ergibt, DNotZ 91, 406. In diesem Fall blieb die Bezeichnung „Schreibauslagen gemäß § 136 KostO“ unbeanstandet. Das OLG Hamm hat sich dieser Auffassung in seinem Beschluss vom 31.10.1991, JMBI 1992, 79 ff., angeschlossen und zur Begründung ausgeführt, dass es sich bei den Auslagenpositionen einer notariellen Kostenberechnung um Nebenkosten handelt, deren Betrag hinter der berechneten Gebühr für die notarielle Amtstätigkeit in den meisten Fällen weit zurückbleibt. Deshalb reiche für den Kostenschuldner die Information aus, dass Schreibauslagen nach § 136 KostO erhoben werden. Dabei könne im Regelfall davon ausgegangen werden, dass § 136 Abs. 1 Nr. 1 KostO zur Anwendung gelangt. In seinem Beschluss vom 9.11.1992 hat das OLG Hamm weiter die Ansicht vertreten, dass im Hinblick auf die geringe Bedeutung der Auslagenpositionen keine überspannten Anforderungen an das Zitiergebot gestellt werden dürfen; OLG Hamm, JurBüro 1993, 308.

In den letzten Jahren ist die Richtigkeit dieser Auffassung jedoch vermehrt in Frage gestellt worden; vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 31.3.2000, 1 W 106/99, OLG 2000, 272; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.9.2000, 10 W 54/00, OLG 2001, 146 = MDR 2001, 175; wohl auch Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 11.12.1995, 8 Wx 155/95, OLG 1997, 30. Zur Begründung ist u. a. angeführt worden, es gebe keinen hinreichenden sachlichen Grund, das Zitiergebot nicht mit derselben Strenge wie bei den Gebührenvorschriften anzuwenden.

Vor dem Hintergrund dieser aktuelleren Entscheidungen ist die Kammer der Auffassung, dass das Zitiergebot mit derselben Strenge wie bei allen anderen Gebührenvorschriften auch für die Auslagenpositionen gilt. Auch insoweit ist es erforderlich, das Zitiergebot sehr genau einzuhalten. Denn das Zitiergebot dient dem Schutz des Kostenschuldners, Dieser muss genau erfahren und nachprüfen können, aufgrund welcher gesetzlicher Bestimmungen er zur Zahlung verpflichtet ist, denn der zumeist in Gebührenrechnungen unerfahrene Kostenschuldner vermag die Subsumtion des Notars erst nachzuvollziehen, wenn ihm nicht nur der einschlägige Paragraph, sondern auch dessen relevanter Absatz bekannt gegeben wird; OLG Oldenburg, a. a. O.

Das zwingt den Notar neben einer kurzen Bezeichnung der jeweiligen Auslagen weiterhin zu einer Angabe der konkret einschlägigen Kostenvorschrift; OLG Düsseldorf, a. a. O. Dieser hat es nämlich selbst in der Hand, die Rechtsfolge der formellen Unwirksamkeit durch die Aufstellung einer in jeder Hinsicht formell ordnungsgemäßen Kostenberechnung zu vermeiden; OLG Düsseldorf, a. a. O., unter Hinweis auf OLG Hamm, JurBüro 1993, 308.

Der Mangel der Formunwirksamkeit nach § 154 Abs. 2 KostO erstreckt sich auf die Kostenberechnung insgesamt. Eine Beschränkung der Formunwirksamkeit auf die davon betroffenen Auslagenpositionen ist nicht geboten. Mit dem OLG Düsseldorf, a. a. O., und dem OLG Hamm, JurBüro 1993, 308, ist die Kammer der Auffassung, dass eine Teilunwirksamkeit einer notariellen Kostenberechnung dazu führt, dass die Kostenberechnung teilweise aufgehoben werden müsste und der aufrechterhaltene Teil ein vollstreckungsfähiger Titel bliebe. Wenn es dann später zur Fertigung einer neuen Gesamtkostenberechnung durch den Notar kommt, müsste die bisherige Teilrechnung aufgehoben werden, um eine teilweise Doppeltitulation zu vermeiden. Die mit einer solchen Handhabung verbundenen Komplikationen gilt es zu vermeiden; OLG Düsseldorf, a. a. O., unter Hinweis auf OLG Hamm, JurBüro 1993, 308.

Die Kostenberechnung der Beteiligten zu 1.) in der berichtigten Fassung vom 4.3.2003 genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen. Denn die Angabe „Kopien gem. §§ 136 I–III, 152 I KostO“ verstößt gegen das Zitiergebot, diese Position lässt nicht erkennen, nach welchem Absatz und welcher Alternative des § 136 KostO die Dokumentenpauschale erhoben wird. Das Gleiche gilt für die Angabe „Post- und Telekommunikationsentgelte gem. §§ 152 II, 137 I KostO“. Es ist nicht zu erkennen, nach welcher Alternative der zitierten Vorschrift die Auslagen erhoben werden. (...)

Die näher dargelegten Formmängel machen die Kostenberechnung aus den oben dargelegten Gründen insgesamt formunwirksam und führen zu deren Aufhebung.

## Öffentliches Recht

25. TKG § 57 Abs. 1 Nr. 2 (*Keine Pflicht zur Duldung von Kabelanlagen*)

**§ 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG verpflichtet den Eigentümer nicht, in einem Gebäude auf seinem Grundstück Kabelanlagen zu dulden, die dort von einem Netzbetreiber installiert sind und allein der Versorgung der Bewohner mit Programmangeboten dienen.**

BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 51/03; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt etwa in NJW-RR 2004, 231 oder ZfIR 2004, 70.

26. VwVfG § 75 Abs. 1 Satz 2; BGB §§ 226, 242 (*Kein Kontrahierungszwang aus Planfeststellungsbeschluss*)

**Eine Gebietskörperschaft, die als Grundstückseigentümerin von der in einem privatnützigen wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschluss (hier: Genehmigung zum Sand- und Kiesabbau) vorgegebenen Trassenführung für die Erschließung des Abbaugebiets betroffen ist, unterliegt hinsichtlich der Benutzung ihrer Grundstücke keinem Duldungs- oder Kontrahierungszwang.**

BGH, Urteil vom 24.10.2003, V ZR 424/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin erhielt mit einem für sofort vollziehbar erklärten Planfeststellungsbeschluss die Genehmigung zur Herstellung eines Gewässers durch die Neuaufnahme eines Bodenabbaus (§§ 119, 127 Niedersächsisches Wassergesetz vom 25.3.1998, Nds. GVBl S. 86 [NWG]). Damit und mit den vorbereitenden Arbeiten darf nach den Feststellungen erst begonnen werden, „wenn der Ausbau der Gemeindestraßen, die im Eigentum des Flecken B. ... stehen, und deren spätere Inanspruchnahme durch den Schwerlastverkehr einvernehmlich vertraglich geregelt ist. Gleiches gilt für die Inanspruchnahme des bisher landwirtschaftlich genutzten Grundstückstreifens zum Zwecke des Wegebauens und der anschließenden Nutzung als Transportweg“. Der Beschluss wird erst mit dem Eintritt dieser Bedingungen wirksam. Dem liegt zugrunde, dass der Klägerin für die Erschließung der Abbaustätte eine bestimmte Trassenführung vorge-

geben ist. Sie führt u. a. über zwei Grundstücke des Beklagten; auf einem befindet sich ein Weg, der für den Schwerlastverkehr nicht geeignet ist, das andere wird landwirtschaftlich genutzt.

Der Beklagte verweigert die Nutzung seiner Grundstücke durch die Klägerin und den Abschluss einer Nutzungsvereinbarung. Er hat gegen den Planfeststellungsbeschluss Anfechtungsklage erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Die Klägerin hat die Verurteilung des Beklagten zur Duldung des Ausbaus des bereits vorhandenen Weges und des Baus einer neuen Straße beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zum Abschluss einer Vereinbarung mit der Klägerin verurteilt, in welcher der Klägerin gestattet wird, die bereits vorhandene Gemeindestraße zu verstärken und zu verbreitern sowie eine neue Straße in einer näher bestimmten Art und Weise zu bauen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

### Aus den Gründen:

(...)

### III.

(...)

3. (...)

a) Der Planfeststellungsbeschluss überträgt – unabhängig davon, dass er noch nicht wirksam ist, weil die aufschiebende Bedingung der einvernehmlichen vertraglichen Regelung zwischen der Klägerin und dem Beklagten über den Aus- und Neubau einer Straße noch nicht eingetreten ist – dem Träger des Vorhabens keine privatrechtlichen Rechte und Befugnisse, selbst wenn diese unabdingbare Voraussetzung für die Durchführung des geplanten Vorhabens sind, insbesondere kein Recht auf die Benutzung fremder Grundstücke (*Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl., § 75 Rdnr. 12). Die Planfeststellung führt selbst keine unmittelbaren privatrechtlichen Veränderungen herbei. Insbesondere lässt sie das Eigentum an und die Verfügungsbefugnis über Grundstücke unberührt, die für das Vorhaben benötigt werden. Die Ausführung des festgestellten Plans steht grundsätzlich unter dem Vorbehalt, dass entgegenstehende private Rechte gütlich oder im Enteignungsverfahren beseitigt werden (*Bonk/Neumann* in *Stelkens/Bonk/Sachs/Neumann*, VwVfG, 6. Aufl., § 75 Rdnr. 31; vgl. auch BVerfGE 45, 297, 319). Hier kommt noch hinzu, dass das geplante Vorhaben ausschließlich den wirtschaftlichen Interessen der Klägerin dient und es sich deshalb um eine sogenannte privatnützige wasserrechtliche Planfeststellung handelt (BVerwGE 85, 155, 156). Sie rechtfertigt wegen des Fehlens eines sie tragenden öffentlichen Interesses keine Eingriffe in Rechte Dritter; sie ist ihrem wesentlichen Entscheidungsgehalt nach nicht Eingriffsakt, sondern nimmt – jedenfalls für den Antragsteller, hier also für die Klägerin – die Funktion einer Genehmigung ein (BVerwGE 55, 220, 226). Somit begründet der Planfeststellungsbeschluss vom 15.2.2001 keine Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten hinsichtlich der Nutzung seiner Grundstücke für den Straßenbau. Insbesondere statuiert er keine Duldungspflicht des Beklagten. Daran ändert die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Beschlusses (§§ 80 Abs. 2 Nr. 4, 80 a Abs. 1 Nr. 1 VwGO) nichts. Auch wenn er unanfechtbar wäre, könnte die Klägerin aus ihm – wie ausgeführt – keine Rechte gegen den Beklagten herleiten.

## Steuerrecht

27. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1, 22 Nr. 1 (*Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen*)

**Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen sind dann nicht als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG) abziehbar, wenn sie nicht aus den erzielbaren laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können.**

BFH, Beschluss vom 12.5.2003, GrS 1/00

A. Anrufungsbeschluss des X. Senats

I. Vorgelegte Rechtsfrage

Der X. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hat durch Beschluss vom 10.11.1999, X R 46/97 (BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188), dem Großen Senat folgende Rechtsfrage vorgelegt:

Sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen auch dann als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG) abziehbar, wenn sie nicht aus den laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können („Typus 2“ i. S. von Tz. 17 bis 19, 38 bis 40 des BMF-Schreibens vom 23.12.1996, BStBl I 1996, 1508)?

II. Sachverhalt

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr (1993) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. In ihrer Einkommensteuererklärung für 1993 beantragten sie den Abzug eines Betrages von 12.000 DM, den die Klägerin an ihre Tante gezahlt hatte, als dauernde Last (Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). In einem notariell beurkundeten „Schenkungsvertrag“ vom 16.8.1993 hatte die damals 84-jährige Tante der Klägerin ein Einfamilienhaus übertragen, das sie ihrerseits im März 1993 zum Kaufpreis von 320.000 DM erworben hatte. Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten waren ab dem 1.9.1993 auf die Klägerin übergegangen. Die Klägerin hatte sich im Vertrag verpflichtet, „aufgrund des ihr übertragenen Grundbesitzes an die Veräußerin zu deren Lebzeiten monatlich nachträglich, erstmals am 30.9.1993, einen Betrag von monatlich 3.000 DM“ zu zahlen. Ferner war vereinbart worden, dass „sowohl die Erwerberin als auch die Veräußerin eine Erhöhung oder Minderung der Rente entsprechend den Regeln des § 323 der Zivilprozessordnung (ZPO)“ verlangen konnten. Vor Abschluss des Vertrages hatte die Tante das Einfamilienhaus für monatlich 1.200 DM vermietet. Die Klägerin ihrerseits vermietete das Grundstück nach Renovierung zu einem Mietzins von monatlich 1.500 DM zuzüglich Nebenkosten.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) versagte die steuerliche Anerkennung der als Sonderausgaben geltend gemachten Beträge in Höhe von 12.000 DM im Wesentlichen unter Hinweis darauf, dass der Vertrag nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Mit der hiergegen gerichteten Klage trugen die Kläger vor, die „Versorgungsleistungen“ stellten eine dauernde Last dar.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben (Urteil vom 27.11.1996, 2 K 2677/95, EFG 1997, 658). Der vorlegende Senat möchte der Revision des FA stattgeben und die Sache an das FG zurückverweisen.

III. Begründung der Vorlage

Nach Auffassung des vorlegenden Senats sind die Versorgungsleistungen nicht als dauernde Last abziehbar, weil sich das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nicht als „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ darstelle. Nach den Beschlüssen des Großen Senats vom 5.7.1990, GrS 4–6/89 (BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847), und vom 15.7.1991, GrS 1/90 (BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78), könne von einer dauernden Last nur dann gesprochen werden, wenn die vereinbarten Leistungen als zurückbehaltene Erträge aus dem übergebenen Vermögen anzusehen seien. Das setze voraus, dass sie aus dessen Erträgen bezahlt werden könnten. An diesem Erfordernis fehle es im Streitfall.

Demgegenüber sei die Auffassung, dass Gegenstand einer Vermögensübergabe auch eine existenzsichernde und ihrem Wesen nach ertragbringende Wirtschaftseinheit sein könne, deren Erträge nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen, sofern nur im Zeitpunkt der Übergabe der Wert des Vermögens bei überschlägiger und großzügiger Berechnung mindestens die Hälfte des Kapitalwertes der wiederkehrenden Leistungen betrage (sog. „50-v.-H.-Grenze“), nicht verfassungsgemäß. Die „50-v.-H.-Grenze“ könne nicht als „typusbildend“ anerkannt werden, ohne dass die Ausführungen des Großen Senats und ihre sinnstiftende und legitimierende Bedeutung für das Recht der privaten Versorgungsrente entwertet würden.

Die Vergleichsrechnung setze demnach voraus, dass überhaupt dem Typus nach eine Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vorliege.

Gerade eine Übertragung wie die hier zu beurteilende habe mit dem Typus des Hof- und Geschäftsübergabevertrages nichts gemein, weil sie darauf angelegt sei, die Substanz des geschenkten Vermögens unter Ausnutzung eines Progressionsgefälles in Unterhaltsansprüche „umzuwandeln“ und letztlich im Interesse des Übergebers zu verwerten. Um dieses wirtschaftlichen Effekte willen habe das Vermögen nicht zum Zwecke einer Vorwegnahme der Erbfolge übergeben werden müssen. Die steuerliche Privilegierung der Vermögensübergabe verlore ihren Sinn und unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG ihre gleichheitsrechtliche Rechtfertigung.

Demnach habe die Klägerin das Grundstück entgeltlich angeschafft. Es könne steuerlich nichts anderes gelten als bei einer Einmalzahlung; die zeitliche Streckung erfordere lediglich, den Zinsanteil steuerlich zutreffend zu behandeln.

IV. Stellungnahme der Beteiligten

Die Kläger treten der Auffassung des vorlegenden Senats entgegen. Sie sind unter Hinweis auf das Urteil des XI. Senats des BFH vom 23.1.1992, XI R 6/87 (BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526), der Meinung, dass abziehbare Versorgungsleistungen auch dann vorlägen, wenn das übergebene Vermögen die rechtliche Möglichkeit biete, überhaupt Erträge zu erzielen, auch wenn sie tatsächlich nicht erwirtschaftet werden könnten.

Das BMF ist dem Verfahren beigetreten. Es teilt nicht die Auffassung des vorlegenden Senats. Nach seiner Meinung ist das Kriterium der ausreichenden Erträge in vielen Fällen nicht geeignet, um die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen von Anschaffungsvorgängen und Unterhaltszahlungen abzugrenzen. Gerade im betrieblichen Bereich wie z. B. der Hof- oder Betriebsübergabe, würde eine Abgrenzung nur nach dem Ertrag dazu führen, dass eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen in vielen Fällen nicht mehr möglich wäre. Insbesondere landwirtschaftliche Betriebe seien häufig nahezu ertraglos oder nicht ausreichend ertragbringend. Folge man der Auffassung des vorlegenden Senats, müsse man in diesen Fällen einen entgeltlichen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang annehmen, der zur Aufdeckung stiller Reserven beim Übergeber führe. Das könne sich existenzgefährdend auswirken.

Aber auch existenzsicherndes Privatvermögen, wie z. B. Mietwohngrundstücke, könnten in vielen Fällen nicht mehr im Wege der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen übertragen werden. Wenn z. B. der Übernehmer bei Mietwohnraum größeren Erhaltungsaufwand mit Kredit finanziere, verhinderten die Schuldzinsen oft, dass ein Ertrag entstehe, aus dem im Fall der Vermögensübertragung die Versorgungsleistungen voll gezahlt werden könnten.

Die Auffassung des vorlegenden Senats führe zu zufälligen Ergebnissen. Es sei nicht zu erklären, warum die Übertragung eines Betriebs, dessen Erträge im Jahr der Übergabe und in den beiden vorangegangenen Jahren (vgl. BMF-Schreiben, BStBl I 1996, 1508, Tz. 15) für die Zahlung der Versorgungsleistungen ausreichten, andere steuerliche Folgen nach sich ziehen solle als die Übertragung eines Betriebs, dessen Erträge – vielleicht nur vorübergehend – für die Zahlung der Versorgungsleistung nicht ausreichten. Unter diesem Gesichtspunkt könne keine Rede davon sein, dass der Typus des Hof- oder Geschäftsübergabevertrages durch die steuerliche Anerkennung des „Typus 2“ missbraucht werde.

Aus den Gründen:

## B. Entscheidung des Großen Senats zu Verfahrensfragen

### I. Vorlagegrund

Der vorlegende Senat hat die Anrufung des Großen Senats darauf gestützt, dass es sich um einen Fall von grundsätzlicher Bedeutung handle (§ 11 Abs. 4 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Dass die vorgelegte Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist, liegt auf der Hand; die Auffassung des vorlegenden Senats widerspricht der in verschiedenen BMF-Schreiben (zuletzt vom 26.8.2002, BStBl I 2002, 893, Tz. 17 ff.) zum Ausdruck gekommenen Meinung der Finanzverwaltung. Diese Meinungsverschiedenheiten kennzeichnen auch die im Schrifttum vertretenen Auffassungen.

### II. Entscheidungserheblichkeit

Die vorgelegte Rechtsfrage ist für die Entscheidung des X. Senats rechtserheblich. Der Große Senat hat nicht zu prüfen, ob der vorlegende Senat mit einer anderen Begründung zum gleichen Ergebnis kommen könnte. Die Entscheidung rechtlicher Vorfragen, deretwegen der Große Senat nicht angerufen worden ist, liegt in der Zuständigkeit des vorlegenden Senats (BFH-Beschluss vom 7.8.2000, GrS 2/99, BFHE 192, 339, BStBl II 2000, 632). Bei der Prüfung der Rechtserheblichkeit der Vorlagefrage ist daher die Auffassung des X. Senats zugrunde zu legen, dass eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit steuerlicher Wirkung auch im Verhältnis von Tante und Nichte und sogar unter Familienfremden stattfinden kann, dass ferner durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Änderungsmöglichkeit nach § 323 ZPO die Abänderbarkeit der Zahlungen und damit eine dauernde Last vereinbart worden ist und dass schließlich die Unregelmäßigkeit der Zahlungen unter den gegebenen Umständen für sich allein die Anerkennung einer dauernden Last nicht hindert.

## C. Entscheidung des Großen Senats über die vorgelegte Rechtsfrage

### I. Rechtsentwicklung/bisheriger Meinungsstand

1. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der privaten Versorgungsrente ist im Vorlagebeschluss in BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188, wiedergegeben (unter III. 1. bis 7. e).

2. Die Finanzverwaltung unterscheidet im sog. Rentenerlass (BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508) im Gegensatz zum vorlegenden Senat zwischen ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheiten („Typus 1“) und existenzsichernden Wirtschaftseinheiten, deren Erträge nicht ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen („Typus 2“). Auch die Übergabe solcher Wirtschaftseinheiten soll als Vermögensübergabe anzusehen sein (Urteil des XI. Senats des BFH in BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526). Voraussetzung für eine Vermögensübergabe in derartigen Fällen ist nach Tz. 18 des BMF-Schreibens, dass der Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bei überschlägiger und großzügiger Berechnung mindestens die Hälfte des Kapital- oder Barwerts der wiederkehrenden Leistungen beträgt. In Übereinstimmung mit dem Urteil des vorlegenden Senats vom 16.12.1993, X R 67/92 (BFHE 173, 152, BStBl II 1996, 669), ist in Tz. 38 des BMF-Schreibens bestimmt, dass derartige Versorgungsleistungen regelmäßig nicht als abänderbar angesehen werden könnten, so dass sie nur mit ihrem Ertragsanteil steuerbar bzw. absetzbar seien. Anders sei es nur, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich auf § 323 ZPO oder eine gleichwertige Änderungsklausel Bezug genommen hätten (Tz. 39).

In der Neufassung des BMF-Schreibens in BStBl I 2002, 893 wird der jüngeren Rechtsprechung des X. Senats insoweit Rechnung getragen, als dem ertraglosen Vermögen auch ein Grundstück mit aufstehendem Rohbau (BFH, Urteil vom 27.8.1997, X R 54/94, BFHE 184, 337, BStBl II 1997, 813) sowie eine vom Übernehmer zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung (BFH, Urteil vom 10.11.1999, X R 10/99, BFHE 190, 413, BStBl II 2002, 653) zugerechnet werden (Tz. 10). Außerdem vertritt die Finanzverwaltung – anders als zuvor – nunmehr die Auffassung, dass der sachliche Zusammenhang der wiederkehrenden Leistungen mit der Vermögensübergabe endet, wenn der Übernehmer das übernommene Vermögen auf einen Dritten überträgt (Tz. 20 bis 21.13).

3. In der Literatur sind die Auffassungen darüber, ob der Rechtsfigur der vorbehaltenen Erträge die vom vorlegenden Senat geforderte Bedeutung zukommt, insbesondere, ob sie den „Typus 2“ ausschließt, geteilt.

Hinsichtlich des Meinungsstandes bis zum Ergehen des Vorlagebeschlusses wird auf den Vorlagebeschluss in BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188, Bezug genommen.

In ihren Stellungnahmen zum Vorlagebeschluss wenden sich insbesondere *Weber-Grellet* (FR 2000, 401), *Spiegelberger* (DStR 2000, 1073 ff., und Stbg 2001, 253 ff.) und *Groh* (FR 2001, 277) gegen die vom vorlegenden Senat vertretene Rechtsfigur der vorbehaltenen Erträge. Sie vertreten die Auffassung, der Große Senat des BFH habe in seinem Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, lediglich darauf hingewiesen, dass bei Übergabeverträgen typischerweise Erträge des übergebenen Vermögens vom Vermögensübergeber vorbehalten würden. „Typischerweise“ sei im Sinne von „regelmäßig“ zu verstehen. Dagegen handle es sich nicht um eine notwendige Bedingung für die Behandlung der Versorgungsleistungen als dauernde Last.

Andere Autoren hingegen stimmen der Ablehnung des „Typus 2“ im Vorlagebeschluss zu (*Wacker* in Schmidt, Einkommensteuergesetz, 22. Aufl., § 22 Rdnr. 80; *Sonneborn*, Steuer & Studium, 2001, 427; *P. Fischer*, z. B. DStZ 2000, 885, 892, und FR 2001, 397; *Hipler*, Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen im Einkommensteuerrecht, Diss. Augsburg, 2001, S. 116, und DStR 2001, 1918). Diese Autoren vertreten – wie der vorlegende Senat – die Theorie der vorbehaltenen Erträge. Eine andere Gruppe von Autoren verwirft sowohl die Theorie der vorbehaltenen Erträge als auch die „50-v.-H.-Regel“. Sie ist der Meinung, Versorgungsleistungen stellen Entgelt für das übernommene Vermögen dar. Soweit ihr Barwert über dem Wert des übertragenen Vermögens liege, handele es sich um nicht abziehbare Unterhaltsleistungen (vgl. z. B. *Paus*, DStZ 2001, 398).

### II. Auffassung des Großen Senats

Der Große Senat ist der Auffassung, dass im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte wiederkehrende Leistungen, die nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens gezahlt werden können, nicht als dauernde Last abziehbar sind. Sie sind Entgelt für das übernommene Vermögen. Die Verwaltungsanweisung in Tz. 17 und 18 des BMF-Schreibens in BStBl I 1996, 1508 (jetzt BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893) – „Typus 2“ – beruht insoweit nicht auf einer zutreffenden Auslegung des geltenden Rechts.

1. Wie schon in seinem Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, folgt der Große Senat nicht der Auffassung, derzufolge Versorgungsleistungen von vornherein stets als Entgelt (ggf. Teilentgelt) für die Vermögensübergabe anzusehen sind.

Hierfür ist nach wie vor maßgeblich, dass die steuerrechtliche Rechtsprechung einen Übergabevertrag, in dem Versorgungsleistungen bedungen sind (auch als Leibgedinge oder Altenteil bezeichnet), seit jeher nicht als entgeltliches Veräußerungsgeschäft betrachtet hat (Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. b). Dies steht im Einklang mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Neuordnung von Steuern (StNOG) 1954. Ihr ist jedenfalls zu entnehmen, dass Altenteilsleistungen und sonstige bei Betriebsübergaben jeder Art vereinbarte Versorgungslasten in der Regel ganz oder teilweise abziehbar sein sollen (BFH, Urteil vom 16.9.1965, IV 67/61 S, BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706, vorletzter Absatz). Selbst wenn man die Meinung vertreten wollte, der Gesetzgeber des StNOG 1954 habe die Frage, ob Altenteilsleistungen als Sonderausgaben oder als Betriebsausgaben abzuziehen seien, offen gelassen, wäre es Aufgabe der Rechtsprechung, die vom Gesetzgeber offen gelassene Lücke zu füllen. Die Gerichte haben nicht nur Lücken zu füllen, die durch planwidrige Unvollkommenheiten des Gesetzes entstanden sind, sondern auch solche, in denen das Gesetz keine Regelung enthält, weil sie von den Gerichten gefunden werden soll (BVerfG, Beschluss vom 10.3.1988, 1 BvR 894/87, BB 1988, 2469; *Ossenbühl* in *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 3, § 61 Rdnr. 41; *P. Fischer*, StVj 1992, 3, 22; *Kruse/Drüen* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 4 AO 1977 Tz. 349 a. E., m. w. N.). Das hat der Große Senat in seinem Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, getan. Das BVerfG hat die darauf beruhende Rechtsprechung des BFH zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen von Verfassungen wegen nicht beanstandet (BVerfG vom 17.12.1992, 1 BvR 4/87, DStR 1993, 315, FR 1993, 157).

2. Der Große Senat hält weiterhin daran fest, dass wiederkehrende Leistungen nur dann als Sonderausgaben i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abgezogen werden können bzw. als wiederkehrende Bezüge i. S. des § 22 Nr. 1 EStG zu versteuern sind, wenn die hiermit zusammenhängende Übertragung des Vermögens als unentgeltlicher Vorgang anzusehen ist. Die wiederkehrenden Leistungen dürfen sich nicht als Gegenleistung für das übertragene Vermögen darstellen.

Für diese Beurteilung spricht die Entwicklung der Rechtsprechung.

a) Im Urteil vom 23.1.1964, IV 8/62 U (BFHE 79, 516, BStBl III 1964, 422), hatte der BFH eine Versorgungsrente als Gegenleistung für das übernommene Vermögen angesehen. Auf diese Weise ließ sich vermeiden, dass die Versorgungsleistungen dem Abzugsverbot für Unterhaltsleistungen nach § 12 Nr. 2 EStG unterlagen. Etwas anderes sollte nur bei Nichterreichen der – damals erstmalig erwähnten – „50-v.-H.-Grenze“ gelten.

b) Waren die im Rahmen einer Vermögensübergabe zugesagten Versorgungsleistungen als Gegenleistung anzusehen, so stellte sich allerdings die Frage nach dem Erfordernis der sog. Wertverrechnung. Dieses Erfordernis war im BFH-Urteil vom 28.6.1963, VI 321/61 U (BFHE 77, 287, BStBl III 1963, 424), erstmalig für den Fall eines sog. Unterhaltskaufs aufgestellt worden. Es beinhaltet, dass ein Abzug der Versorgungsleistungen als Sonderausgaben erst von dem Zeitpunkt ab in Betracht kommt, ab dem die Summe der einzelnen Leistungen die Gegenleistung übersteigt. Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit auch auf Unternehmensübertragungen angewandt (BFH-Urteile vom 21.2.1964, IV 295/59, HFR 1964, 335; Steuerrechtsprechung in Karteiform – StRK –, Einkommensteuergesetz, § 22 Ziff. 1, Rechtspruch 56, und vom 27.5.1964, I 379/61 U, BFHE 80, 1, BStBl III 1964,

475). Mit Urteil in BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706, entschied der BFH jedoch, dass der Gedanke der Verrechnung der Werte von Leistung und Gegenleistung nur auf kauf- und darlehensähnliche Vorgänge anzuwenden sei, nicht jedoch auf Betriebs- und sonstige Vermögensübergaben im Wege der wechselseitigen Schenkung oder der Schenkung unter Auflage. Der BFH sah damals zwar die Unstimmigkeit seiner Auffassung. Insbesondere verwies er darauf, dass schwer einzusehen sei, weshalb ein Steuerpflichtiger, der Zuwendungen an eine gesetzlich unterhaltsberechtigte Person leiste, diese nur deshalb solle abziehen können, weil er vom Empfänger Vermögen erhalten habe, wohingegen dies einem Unterhaltsverpflichteten, der keine Gegenleistung erhalten habe, nach § 12 Nr. 2 EStG versagt sei. Der BFH lehnte gleichwohl die Wertverrechnung in den Fällen, die nicht als kauf- oder darlehensähnlich einzustufen waren, mit der Begründung ab, dass sie in der Mehrzahl der Fälle, z. B. bei der Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe, fast ausnahmslos zur – vom Gesetzgeber des StNOG 1954 nicht gewollten – Nichtabzugsfähigkeit der Leistungen des Übernehmers führen würde. Er war der Meinung, dass nur der Gesetzgeber sich hieraus ergebende Ungerechtigkeiten und Unstimmigkeiten beseitigen könne.

c) Der Große Senat löste diesen Widerspruch, indem er in seinem Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, Versorgungsleistungen, die im Gegenzug zur Vermögensübergabe erbracht werden, wegen ihrer Eigenschaft als vorbehaltenen Erträge nicht mehr als Gegenleistung beurteilte. Wörtlich heißt es (unter C. II. 1. c): „Denn die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen.“ Der Entscheidung liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Übergeber das Vermögen – ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt – ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat. Da mithin die Versorgungsleistungen keine Gegenleistung des Übernehmers beinhalten, entfällt – wie der Große Senat ausdrücklich feststellt – das Erfordernis der Wertverrechnung.

d) Die Abziehbarkeit von wiederkehrenden Leistungen als Sonderausgaben und ihre Steuerbarkeit als wiederkehrende Bezüge lassen sich somit nur mit der Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung rechtfertigen. Demgegenüber kann die gleiche Rechtsfolge nicht mit dem Hinweis auf ein Korrespondenzprinzip begründet werden. Der Gegenmeinung liegt die Vorstellung zugrunde, dass wiederkehrende Leistungen beim Empfänger nach § 22 Nr. 1 EStG steuerpflichtig seien, weshalb sie korrespondierend beim Zahlenden als Sonderausgaben abziehbar sein müssten (so z. B. *Weber-Grellet*, FR 2000, 401). Dem EStG lässt sich allerdings die generelle Geltung eines solchen Prinzips für wiederkehrende Bezüge nicht entnehmen (BFH, Urteil vom 25.10.1994, VIII R 79/91, BFHE 175, 439, BStBl II 1995, 121, unter II. 1. c dd, m. w. N.).

3. Versorgungsleistungen stellen jedoch nur dann kein Entgelt für das im Gegenzug überlassene Vermögen dar, wenn die erzielbaren Nettoerträge des überlassenen Wirtschaftsgutes im konkreten Fall – soweit bei überschlägiger Berechnung vorhersehbar – ausreichen, um die Versorgungsleistungen abzudecken.

a) Allerdings vertritt der XI. Senat des BFH die Auffassung, dass der Große Senat in seinem Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, das Kriterium der vorbehaltenen Erträge,

das er zur Begründung für die Unentgeltlichkeit der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen herangezogen hat, nicht als notwendige Bedingung für die Behandlung der Versorgungsleistungen als Sonderausgaben bzw. wiederkehrende Bezüge angesehen habe. Wenn der Große Senat davon spreche, dass sich der Vermögensübergeber „typischerweise“ die Erträge seines Vermögens vorbehalte, sei „typischerweise“ als „regelmäßig“, also „nicht immer“, zu verstehen (Urteil in BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526; *Drenseck*, StbJb 1993/1994, 187, 197; *Spiegelberger*, DStR 2000, 1073, 1077, und Stbg 2001, 253, 257; *Groh*, FR 2001, 277, 278). Diese Auffassung konnte sich darauf berufen, dass der Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, zu einem Fall ergangen war, in dem die aus der Vermietung des übergebenen Hauses erzielbaren Mieten nicht ausreichten, um die zugesagten wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Es handelte sich um denselben Fall, in dem später der zwischenzeitlich zuständig gewordene XI. Senat entschied, die zugesagte Versorgungsrente stelle im Falle der vorweggenommenen Erbfolge auch dann kein Entgelt dar, wenn sie nicht in voller Höhe aus den Erträgen des übertragenen Vermögens geleistet werden könne (Urteil in BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526).

b) Bei dieser Auslegung verlöre der Beschluss des Großen Senats in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, jedoch seine Folgerichtigkeit. Die dem Beschluss zugrunde liegende Annahme, die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen stelle ein unentgeltliches Geschäft dar, weil sich der Übergeber die Erträge vorbehalte, wäre nicht mehr gerechtfertigt, wenn man die Verwendung des Wortes „typischerweise“ in dem Sinne verstehen wollte, dass wiederkehrende Leistungen auch dann kein Entgelt im Rechtssinne seien, wenn sie im Einzelfall nicht aus den Nettoerträgen des übergebenen Vermögens entrichtet werden könnten (*Engelhardt*, StuW 1997, 235, 238; *Hipler*, DStR 2001, 1918, 1925). Der Rechtfertigungsgrund der vorbehaltenen Vermögenserträge trägt nur in den Fällen, in denen er tatsächlich vorliegt. Auch das BVerfG stellt in seiner Entscheidung in DStR 1993, 315, FR 1993, 157, auf diesen Gesichtspunkt ab, wenn es den Verzicht auf eine an sich nahe liegende Wertverrechnung mit der Erwägung rechtfertigt, es sei gerade nicht Kennzeichen der Übergabeverträge, dass das übergebene Vermögen ggf. durch Verkauf dazu dienen solle, die vereinbarten Versorgungsleistungen abzudecken.

4. Ein Wertvergleich, wie er der „50-v.-H.-Grenze“ zugrunde liegt, kann nichts darüber aussagen, ob eine wiederkehrende Leistung als Entgelt oder als unentgeltliche Versorgungsleistung anzusehen ist. Beträgt beispielsweise der Kapital- oder Barwert der Versorgungsleistungen 100 v. H. des Wertes des übernommenen Vermögens, so würde dieser Fall bei nicht ausreichenden Nettoerträgen an sich dem „Typus 2“ entsprechen. Gleichwohl hat der BFH entschieden, dass in einem solchen Fall eine Vermutung für das Vorliegen einer Veräußerungsrente spricht, weil Leistung und Gegenleistung ausgeglichen sind (BFH, Urteile vom 21.1.1986, VIII R 238/81, BFH/NV 1986, 597, und vom 29.1.1992, X R 193/87, BFHE 167, 95, BStBl II 1992, 465).

5. Auch die Argumente, die in der Stellungnahme des BMF und in der Literatur gegen die Rechtsfigur der vorbehaltenen Erträge geltend gemacht werden, lassen die Anerkennung des „Typus 2“ nicht als notwendig erscheinen.

Das BMF hält die Anerkennung des „Typus 2“ insbesondere deshalb für notwendig, weil es befürchtet, dass andernfalls eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen in vielen Fällen nicht mehr möglich wäre (vgl. auch *Brandenburg*, Freundesgabe für Haas, 1996, 39, 42). Ferner wird darauf hin-

gewiesen, dass die zukünftigen Erträge nicht zuverlässig vorausgesagt werden könnten (*Spiegelberger*, DStR 2000, 1073, 1075; ähnlich *Groh*, FR 2001, 277 ff.). Es bestehe auch die Gefahr, dass es zu einer unbeabsichtigten und möglicherweise existenzvernichtenden Aufdeckung stiller Reserven kommen könne, wenn sich herausstelle, dass die Erträge wider Erwarten nicht ausreichten, um die versprochenen wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (*Spiegelberger*, DStR 2000, 1073, 1076).

6. Der Große Senat ist der Auffassung, dass die mit der Anerkennung der Rechtsfigur der vorbehaltenen Erträge verbundenen praktischen Probleme lösbar sind, wenn nach den nachfolgenden Grundsätzen verfahren wird.

#### a) Art des übergebenen Vermögens

Sieht man – wie vorstehend dargestellt – wiederkehrende Leistungen nur unter der Voraussetzung als Sonderausgaben bzw. als wiederkehrende Bezüge i. S. des § 22 Nr. 1 EStG an, dass sie aus den Nettoerträgen des überlassenen Vermögens bestritten werden können, so kann auch die Übertragung von Geldvermögen, Wertpapieren und typischen stillen Beteiligungen in gleicher Weise berücksichtigt werden wie die Übertragung der bisher unter der Bezeichnung „existenzwährend“ zusammengefassten Vermögensarten. Hierauf hat der vorliegende Senat im Vorlagebeschluss in BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188, zutreffend hingewiesen (unter VI. 3., 3. Spiegelstrich).

Maßgebendes Kriterium für die Frage, ob ein Wirtschaftsgut Gegenstand einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein kann, ist die Vergleichbarkeit mit dem Vorbehaltsnießbrauch. Die Vermögensübergabe muss sich so darstellen, dass die vom Übernehmer zugesagten Leistungen – obwohl sie von ihm erwirtschaftet werden müssen – als zuvor vom Übergeber vorbehaltene – abgespaltene – Nettoerträge vorstellbar sind.

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt bei ihrer Art nach ertraglosen Wirtschaftsgütern, wie häufig bei unbebauten Grundstücken, Kunst- oder Sammlerobjekten. Indes kann der Übergeber solche Objekte veräußern und mit dem Erlös ertragbringendes Vermögen erwerben, das er dann dem Übernehmer unter Vorbehalt der Erträge überlässt. Der Übergeber muss das ertraglose Wirtschaftsgut nicht notwendigerweise in eigener Person durch ein ertragfähiges ersetzen. Daher kann eine unentgeltliche Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch dann vorliegen, wenn der Übernehmer sich im Übergabevertrag verpflichtet, das übertragene ertraglose Objekt zu veräußern und vom Erlös eine ihrer Art nach bestimmte Vermögensanlage zu erwerben, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft.

#### b) Nettoertrag

aa) Der erzielbare Nettoertrag ist nicht notwendigerweise mit den steuerlichen Einkünften identisch. Es liegt auf der Hand, dass die Bruttoerträge die zugesagten Versorgungszahlungen nicht abdecken können, wenn sie durch zu hohe laufende Aufwendungen gemindert werden. In Übereinstimmung mit der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893, Tz. 14) geht der Große Senat davon aus, dass den nach steuerlichen Regeln ermittelten Einkünften Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen dem Nettoertrag hinzuzurechnen sind. Zinsen sind dem Nettoertrag hingegen nur dann hinzuzurechnen, wenn außerbetriebliche Schulden übernommen werden, deren Umfang geringer ist als der Wert des übertragenen Vermögens (so auch BMF-Schreiben in

BStBl I 2002, 893, Tz. 16). Die Übernahme solcher Schulden stellt sich als Teilentgelt dar. Die auf sie gezahlten Zinsen lassen den unentgeltlichen Teil der Übertragung unberührt.

Ein Unternehmerlohn ist nicht abzusetzen. Er spielt nur dort eine Rolle, wo es – wie etwa im Fall des Beschlusses vom heutigen Tag GrS 2/00 – darauf ankommt, ob das übergebene Unternehmen überhaupt „Vermögen“ darstellt.

bb) Da der maßgebliche Nettoertrag nicht mit den steuerlichen Einkünften identisch sein muss, kann – abweichend vom BFH-Urteil in BFHE 190, 413, BStBl II 2002, 653, sowie vom BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893, Tz. 13 – auch ein Nutzungsvorteil berücksichtigt werden. Ein solcher Nutzungsvorteil kann als Einkommen im finanzwirtschaftlichen Sinn angesehen werden (*Biergans/Koller*, DStR 1993, 741, 748; *P. Fischer*, Wiederkehrende Bezüge und Leistungen, Rdnr. 340; *Strahl*, Stbg 1996, 263; *Wendt*, Harzburger Steuerprotokoll 1996, 205). Somit können beispielsweise Versorgungsleistungen, die im Gegenzug zur Übertragung eines durch den Übernehmer genutzten Einfamilienhauses oder einer Eigentumswohnung erbracht werden, als Sonderausgaben (Rente oder dauernde Last) abgezogen werden, wenn die ersparte Nettomiete nicht niedriger ist als die versprochenen Leistungen. Ähnliches gilt, wenn der Übernehmer vereinbarungsgemäß Geldvermögen zur Tilgung von Schulden verwendet und dadurch Zinsaufwendungen erspart, die nicht geringer sind als die zugesagten Versorgungsleistungen.

#### c) Ertragsprognose

Die Ertragsprognose muss auf die Verhältnisse bei Vertragsabschluss abstellen (*Martin*, BB 1993, 1773, 1778). Sind in der Vergangenheit ausreichende Überschüsse erwirtschaftet worden, so bieten diese einen gewichtigen Anhaltspunkt. Unter diesem Gesichtspunkt hält es der Große Senat daher für zutreffend, wenn die Finanzverwaltung – in Anlehnung an R 99 der Erbschaftsteuer-Richtlinien – der Ertragsprognose den durchschnittlichen Nettoertrag des Jahres der Übergabe und der beiden vorangegangenen Jahre zugrunde legt (BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893, Tz. 15). Wenn sich die im Zeitpunkt der Übergabe vorhandenen, nach objektiven Kriterien zu beurteilenden Gewinnerwartungen nicht erfüllt haben, darf das nicht dazu führen, dass nachträglich von einem entgeltlichen Geschäft ausgegangen wird und die stillen Reserven des übertragenen Vermögens aufgedeckt werden müssen. Es bleibt bei der steuerlichen Einordnung als Versorgungsleistungen.

Es ist aber auch denkbar, dass das übergebene Vermögen beim Übergeber – etwa wegen dessen fortgeschrittenen Alters – nur geringe Erträge abwarf, beim Übernehmer jedoch ausreichende Erträge erwarten lässt. In einem solchen Fall obliegt es demjenigen, der sich darauf beruft, nachzuweisen, dass im Zeitpunkt der Vermögensübergabe für die Zukunft ausreichend hohe Nettoerträge zu erwarten waren. Insoweit kann insbesondere auch die tatsächliche spätere Entwicklung als Beweisanzeichen herangezogen werden.

#### d) Beweiserleichterungen bei Unternehmensübertragungen

aa) Im Bereich der Vermietung und Verpachtung dürfte die Prognose der zu erwartenden Nettoerträge keine Schwierigkeiten aufwerfen, die über das hinausgehen, was auch in anderem Zusammenhang von Finanzbehörden und Steuerpflichtigen verlangt wird (z. B. Feststellung der ortsüblichen Miete i. S. des § 21 Abs. 2 EStG oder der Jahresrohrente i. S. des § 79 des Bewertungsgesetzes).

bb) Im Falle der Übertragung eines gewerblichen Unternehmens gegen wiederkehrende Bezüge im Zuge der vorweggenommenen Erbfolge besteht eine nur in seltenen Ausnahme-

fällen widerlegliche Vermutung dafür, dass die Beteiligten im Zeitpunkt der Übertragung angenommen haben, der Betrieb werde auf die Dauer ausreichende Gewinne erwirtschaften, um die wiederkehrenden Leistungen abzudecken. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Betrieb tatsächlich vom Erwerber fortgeführt wird.

Gleiches gilt für die Übertragung von Unternehmen, mit denen Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielt werden sowie für die Übertragung landwirtschaftlicher Betriebe. Bei Letzteren ist es unerheblich, ob der Gewinn nach § 13 a EStG oder nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt wird. Auch bei der Übertragung von GmbH-Anteilen kann in gleicher Weise verfahren werden, wenn sowohl Übergeber als auch Übernehmer als Geschäftsführer tätig waren bzw. sind.

#### e) Nachträgliche Umschichtung des übergebenen Vermögens

Nach Auffassung des vorlegenden Senats endet die Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen, wenn das übergebene existenzsichernde Vermögen vom Übernehmer später veräußert wird (BFH, Urteil vom 17.6.1998, X R 104/94, BFHE 186, 280, BStBl II 2002, 646). Das soll auch dann gelten, wenn der Übernehmer mit dem Veräußerungserlös ein Ersatzgrundstück erwirbt (BFH, Urteil vom 17.6.1998, X R 129/96, BFH/NV 1999, 294). Die Finanzverwaltung hat zunächst eine andere Meinung vertreten, sich jedoch im BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893, Tz. 20, 21, der Auffassung des vorlegenden Senats angeschlossen.

Der Große Senat lässt offen, ob er dem folgen könnte. Die Vorlagefrage erfordert eine Stellungnahme hierzu nicht.

#### D. Der Große Senat beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie folgt:

Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen sind nicht als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG) abziehbar, wenn sie nicht aus den erzielbaren laufenden Nettoerträgen des übergebenen Vermögens gezahlt werden können.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Spiegelberger*, MittBayNot 2004, 228 (in diesem Heft).

28. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1, 22 Nr. 1 (*Übergabe eines Betriebs ohne positiven Substanzwert oder Ertragswert*)

**Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen sind nicht als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG) abziehbar, wenn sie zwar aus den erzielbaren laufenden Nettoerträgen des übergebenen Betriebs gezahlt werden können, das Unternehmen jedoch weder über einen positiven Substanzwert noch über einen positiven Ertragswert verfügt. Es handelt sich um Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG.**

BFH, Beschluss vom 12.5.2003, GrS 2/00

#### A. Anrufungsbeschluss des X. Senats

##### I. Vorgelegte Rechtsfrage

Der X. Senat des BFH hat durch Beschluss vom 13.9.2000, X R 147/96 (BFHE 193, 121, BStBl II 2001, 175), dem Großen Senat folgende Rechtsfrage vorgelegt:

Sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen auch dann als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) abziehbar, wenn sie zwar aus den laufenden Nettoerträgen des übergebenen Betriebs gezahlt werden können, aber der Substanzwert des – gepachteten – Betriebs negativ ist und sein Ertragswert 0 DM beträgt?

## II. Sachverhalt

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute; sie wurden für die Streitjahre (1988 und 1989) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kläger ist Gastwirt. Mit privatschriftlichem Vertrag vom 20.12.1987 übernahm er mit Wirkung vom 1.1.1988 von seinen Eltern eine Gaststätte mit allen Aktiven und Passiven, jedoch mit Ausnahme des von den Eltern betrieblich genutzten PKW. Die Gaststätte wurde in gepachteten Räumen betrieben. Der Pachtvertrag, in den der Kläger eintrat, galt bis zum 31.12.1995 und verlängerte sich jeweils um drei Jahre, wenn er nicht gekündigt wurde.

Ein Entgelt für die Betriebsübertragung war nicht vereinbart worden. Allerdings erwarben der damals 66 Jahre alte Vater und die 67 Jahre alte Mutter aufgrund des Übertragungsvertrages einen Anspruch auf Entnahme von Speisen und Getränken oder von Lebensmitteln für den persönlichen Bedarf, die Übernahme der Miete für die bisherige Wohnung im Gebäude der Gaststätte sowie der Kosten für Strom und Heizung. Außerdem hatte der Kläger die Beiträge für private Versicherungen seiner Eltern zu zahlen.

Der Kläger machte in den für die Streitjahre abgegebenen Einkommensteuererklärungen folgende Aufwendungen als dauernde Last (Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 a EStG) geltend:

	1988	1989
Entnahme von Lebensmitteln usw.	7.892 DM	7.892 DM
Strom/Heizung	2.280 DM	2.280 DM
Wohnungsmiete	3.240 DM	3.432 DM
Versicherungen	5.245 DM	3.373 DM
Summe	18.657 DM	16.977 DM

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) ließ diese Aufwendungen bei den Einkommensteueranmeldungen der Streitjahre unberücksichtigt.

Das FA vertrat die Auffassung, es handle sich um Unterhaltsleistungen, die nach § 12 Nr. 2 EStG steuerlich nicht abgezogen werden dürften. Insbesondere liege keine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor. Der Substanzwert des übertragenen Unternehmens sei negativ. Das folge aus dem im Zeitpunkt der Übergabe negativen Kapitalkonto. Der Ertragswert des Unternehmens belaufe sich auf 0 DM. Der in den Jahren 1984 bis 1991 erzielte durchschnittliche Gewinn habe 36.666 DM betragen. Zur Errechnung des Ertragswertes sei er um den Unternehmerlohn zu kürzen. Letzterer könne aus dem Bruttogehalt von 50.400 DM hergeleitet werden, das der Kläger in den Jahren 1984 bis 1987 als Geschäftsführer der Gaststätte von seinen Eltern erhalten habe.

Die gegen die Einkommensteuerbescheide 1988 und 1989 gerichteten Einsprüche blieben ohne Erfolg. Das Finanzgericht hat der Klage, mit der die Kläger ihr Begehren weiter verfolgten, stattgegeben. Zwar sei der Substanzwert des Betriebsvermögens negativ, und auch der Ertragswert des Unternehmens liege bei 0 DM. Trotzdem liege ein steuerlich begünstigter Fall der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor. Die Voraussetzung, dass die Übertragenden sich Erträge des Vermögens vorbehalten, die der Übernehmer nunmehr erwirtschaften müsse, seien erfüllt (EFG 1996, 1215).

Mit der hiergegen gerichteten Revision trägt das FA u. a. vor, im Streitfall liege eine nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbare Unterhaltszahlung vor. Denn bei überschlägiger Ermittlung betrage der Wert des übergebenen Vermögens weniger als die Hälfte des Werts der Rentenverpflichtung. Der Ertragswert des übergebenen Betriebs liege nach den Feststellungen des FG bei 0 DM. Das FA verkenne, dass durch § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG „die Übergabe einer ertragsfähigen Substanz begünstigt werde“. Nur eine tatsächlich vorhandene steuerliche Leistungsfähigkeit könne beim Transfer auf die nächste Generation durch den Abzug einer dauernden Last begünstigt werden. Ein gepachteter Betrieb erfülle nicht die an eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit gestellten Anforderungen.

Die Kläger halten dem entgegen, die im BMF-Schreiben vom 23.12.1996 (BStBl I 1996, 1508) geforderten Voraussetzungen für

die Abziehbarkeit einer dauernden Last („Typus 1“) lägen im Streitfall vor.

Der vorlegende Senat möchte die Revision als unbegründet zurückweisen.

## III. Begründung der Vorlage

Der vorlegende Senat vertritt die Auffassung, die den Eltern des Klägers versprochenen Versorgungsleistungen seien als dauernde Last abziehbar.

Der Senat habe in seinem Vorlagebeschluss vom 10.11.1999, X R 46/97 (BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188), die Auffassung vertreten, dass die Vergleichsrechnung des Abschn. 123 Abs. 3 EStR a. F. (jetzt BMF-Schreiben vom 26.8.2002, BStBl I 2002, 893, Tz. 17 f., 38 f. – sog. „50-v.-H.-Grenze“) keine rechtliche Bedeutung habe, wenn die wiederkehrenden Renten mangels ausreichenden Ertrags des übertragenen Vermögens aus dessen Substanz gezahlt werden müssten („Typus 2“). Andererseits könne in Fällen wie dem vorliegend zu beurteilenden die Abziehbarkeit einer dauernden Last nicht an der „50-v.-H.-Grenze“ scheitern, wenn der übergebene Betrieb zwar Erträge abwerfe, aus denen eine Versorgungsrente gezahlt werden könne, aber keinen ausreichenden Substanz- und/oder Ertragswert habe. Die vom Großen Senat des BFH im Beschluss vom 15.7.1991, GrS 1/90 (BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78), ausgesprochene Charakterisierung der Versorgungsleistungen „als vorbehaltenen Vermögenserträge“ verstehe der vorlegende Senat in dem Sinne, dass durch den Abzug der dauernden Last beim Verpflichteten und durch die Erfassung wiederkehrender Erträge beim Bezieher das der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Prinzip der „vorbehaltenen Vermögenserträge“ rechtstechnisch verwirklicht werde (Urteil vom 25.3.1992, X R 100/91, BFHE 168, 243, BStBl II 1992, 803). Dieser Transfer von steuerlicher Leistungsfähigkeit sei nur, dann aber auch stets möglich, wenn die Erträge des übergebenen Vermögens die für das Altenteil typischen Versorgungsleistungen zuließen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den in BFHE 193, 121, BStBl II 2001, 175, veröffentlichten Beschluss verwiesen.

## IV. Stellungnahme der Beteiligten

Das FA tritt der Auffassung des vorlegenden Senats entgegen. Ein gepachteter Betrieb könne keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit sein.

Das dem Verfahren beigetretene BMF unterstützt die Auffassung des FA.

Es verweist auf seine Stellungnahme zum Vorlagebeschluss in BFHE 189, 497, BStBl II 2000, 188 (wiedergegeben im Beschluss des Großen Senats GrS 1/00 vom heutigen Tag), und weist ergänzend auf Folgendes hin: Würde man mit dem vorlegenden Senat als Gegenstand der Vermögensübergabe ein Wirtschaftsgut anerkennen, dessen Substanzwert negativ und dessen Ertragswert 0 DM sei, beruhten die wiederkehrenden Leistungen gerade nicht auf der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder, weil aus einem Wirtschaftsgut ohne Substanz- oder Ertragswert keine Leistungen erbracht werden könnten. Im Streitfall sei der Ertrag, aus dem die Leistungen erbracht worden seien, nur deshalb ausreichend gewesen, weil das bislang an den Sohn gezahlte Geschäftsführergehalt nach der Übergabe des Betriebs den Ertrag nicht mehr gemindert habe. Die Leistungen an die Eltern rührten daher nicht aus dem übergebenen Vermögen, sondern aus der Arbeitsleistung des Übernehmers her. Dann aber handle es sich um nicht abziehbare Unterhaltsleistungen.

Die Kläger widersprechen diesen Ausführungen.

Der Ertragswert der übertragenen Gaststätte sei nicht – wie vom FG festgestellt – 0 DM. In den drei Jahren vor der Übergabe habe das Unternehmen Gewinne erzielt. Auf dieser Grundlage sei der Ertragswert zu berechnen. Wiederkehrende Leistungen an die übergebenden Eltern würden nahezu immer auch aus der Arbeitsleistung des Übernehmers erbracht.

## Aus den Gründen:

### B. Entscheidung des Großen Senats zu Verfahrensfragen

#### I. Vorlagegründe

Die vorgelegte Frage hat grundsätzliche Bedeutung.

Es liegt nahe, dass der Große Senat im Beschluss in BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78, die „50-v. H.-Grenze“ zur Abgrenzung von Unterhaltsleistungen gegenüber den als Son-

derausgaben abziehbaren Versorgungsleistungen heranziehen wollte (unter C. II. 4.). Die hierzu von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung ist nicht eindeutig. Tz. 18 des BMF-Schreibens in BStBl I 2002, 893 kann dahin gehend verstanden werden, dass die „50-v. H.-Grenze“ nur in Fällen des „Typus 2“ („in diesen Fällen“) anzuwenden ist, nicht also in Fällen, in denen der übergebene Betrieb ausreichende Gewinne abwirft, um den Unterhalt zweier Generationen zu sichern.

## II. Entscheidungserheblichkeit

Die vorgelegte Rechtsfrage ist für die Entscheidung des X. Senats rechtserheblich. Der Große Senat hat nicht zu prüfen, ob der vorliegende Senat mit einer anderen Begründung zum gleichen Ergebnis kommen könnte. Die Entscheidung rechtlicher Vorfragen, deretwegen der Große Senat nicht angerufen worden ist, liegt in der Zuständigkeit des vorliegenden Senats (BFH, Beschluss vom 7.8.2000, GrS 2/99, BFHE 192, 339, BStBl II 2000, 632).

## C. Entscheidung des Großen Senats über die vorgelegte Rechtsfrage

### I. Rechtsentwicklung

Die „50-v.-H.-Grenze“ findet sich erstmalig im BFH-Urteil vom 23.1.1964, IV 8/62 U (BFHE 79, 516, BStBl III 1964, 422). Dort hatte der BFH eine Versorgungsrente als Gegenleistung für das übernommene Vermögen angesehen. Auf diese Weise ließ sich vermeiden, dass die Versorgungsleistungen dem Abzugsverbot für Unterhaltsleistungen nach § 12 Nr. 2 EStG unterlagen. Das Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG – so der BFH – gelte für alle Zuwendungen, die nicht im Hinblick auf eine Gegenleistung, sondern im Hinblick auf die gesetzliche Unterhaltungspflicht erbracht würden. Eine Rente werde aber nicht erst dann auf Grund der Unterhaltungspflicht gezahlt, wenn der Wert der Gegenleistung so gering sei, dass er im Verhältnis zum Wert der Unterhaltsleistungen keinen wirtschaftlichen Gehalt besitze. Eine Unterhaltsrente liege vielmehr schon dann vor, wenn unter Berücksichtigung der Gegenleistung der Unterhaltscharakter offensichtlich überwiege. Ein wesentlicher Anhaltspunkt für das Überwiegen könne im Allgemeinen darin gesehen werden, dass der Wert der Gegenleistung (des übernommenen Betriebsvermögens usw.) bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des Wertes der Rentenverpflichtung betrage.

Von einer für möglich gehaltenen Aufteilung der Rente in eine als Sonderausgabe abziehbare außerbetriebliche Versorgungsrente und in eine nicht abziehbare reine Unterhaltsrente nach dem Verhältnis des durch den Wert der Gegenleistung gedeckten und des nicht mehr gedeckten Teils der Rentenverpflichtung sei abzusehen, weil ein wirtschaftlich einheitlicher Vorgang auch steuerlich möglichst einheitlich behandelt werden müsse. Eine Aufspaltung der einheitlichen Leistung setze genaue Berechnungen der Werte voraus und führe zu praktischen Schwierigkeiten, die zu vermeiden vertretbar erscheine. Bei Überwiegen des Unterhaltscharakters der Rente liege daher in vollem Umfang eine nicht abziehbare Unterhaltsrente (§ 12 Nr. 2 EStG) und bei Überwiegen des Gesichtspunktes der Gegenleistung in vollem Umfang eine außerbetriebliche Versorgungsrente vor.

Der Große Senat hat sich dieser Auffassung im Beschluss in BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78 (unter C. II. 4. c), angeschlossen. Er bezieht sich zusätzlich auf das BFH-Urteil vom 28.7.1983, IV R 174/80 (BFHE 139, 367, BStBl II 1984, 97). Auch dieses Urteil sehe in der Vergleichsrechnung, die in Abschn. 123 Abs. 3 EStR ihren Niederschlag gefunden habe, einen – wenn auch für Hofübergabeverträge praktisch nicht

bedeutsamen – „Anhaltspunkt“ für die Bestimmung der nach § 12 EStG nicht abziehbaren Unterhaltsleistungen. Dem stimme der Große Senat zu.

Die Finanzverwaltung hatte ursprünglich in Abschn. 123 Abs. 3 EStR die „50-v. H.-Grenze“ ebenfalls dazu verwendet, Geschäfte, bei denen der Unterhaltscharakter überwiegt, von solchen zu unterscheiden, bei denen der Gesichtspunkt der Gegenleistung im Vordergrund steht. Erstmals im sog. Rentenerlass (BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508) wird die „50-v.-H.-Grenze“ in einen Zusammenhang mit dem sog. „Typus 2“ gebracht. Beim „Typus 2“ handelt es sich um die Übergabe existenzsichernder Wirtschaftseinheiten, deren Nettoerträge nicht ausreichen, um die dem Übergeber versprochenen wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Auch bei Übergabe solcher Wirtschaftseinheiten können nach Auffassung der Finanzverwaltung in Übereinstimmung mit dem BFH-Urteil vom 23.1.1992, XI R 6/87 (BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526), die zugesagten Versorgungsleistungen als Sonderausgaben abgezogen werden (Tz. 17). Wörtlich heißt es weiter: „Voraussetzung für eine Vermögensübergabe in diesen Fällen ist, dass der Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Vermögensübergabe bei überschlägiger und großzügiger Berechnung mindestens die Hälfte des Kapital- oder Barwertes der wiederkehrenden Leistungen beträgt“ (Tz. 18; ebenso BMF-Schreiben in BStBl I 2002, 893).

Der XI. Senat hat in seinem Urteil vom 10.4.1991, XI R 25/89 (BFH/NV 1991, 720), eine Rente wegen Nichterreichens der „50-v.-H.-Grenze“ als Unterhaltsrente angesehen. Der Kläger hatte von seiner Mutter den elterlichen Betrieb – ein alteingesessenes Geschäft – gegen Zahlung einer monatlichen Rente erworben. Der XI. Senat sah in den vom Übernehmer geleisteten Zahlungen weder Betriebsausgaben noch Sonderausgaben. Während sich der Barwert der Rente auf ca. 213.000 DM belaufen habe, habe der Wert des übernommenen Betriebsvermögens eindeutig unter der Hälfte dieses Werts gelegen, so dass es einer genaueren Wertermittlung, wie sie in dem BFH-Urteil vom 21.1.1986, VIII R 238/81 (BFH/NV 1986, 597), dargelegt sei, nicht bedurft habe.

### II. Auffassung des Großen Senats

Nach Auffassung des Großen Senats sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen nicht als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) abziehbar, wenn sie zwar aus den erzielbaren laufenden Nettoerträgen des übergebenen Betriebs gezahlt werden können, das Unternehmen jedoch weder über einen positiven Substanzwert noch über einen positiven Ertragswert verfügt.

1. Dieses Ergebnis folgt – ohne dass es insoweit auf die Bedeutung der „50-v.-H.-Grenze“ ankäme – daraus, dass ein Betrieb ohne Substanz- oder Ertragswert kein „Vermögen“ darstellt, das an die nachfolgende Generation übertragen werden könnte.

a) Selbst dann, wenn ein übergebenes Unternehmen ausreichend Nettoerträge abwirft, um die im Zusammenhang mit der Übergabe versprochenen Versorgungsleistungen zu erbringen, hat es möglicherweise keinen oder sogar einen negativen Ertragswert. Die zur Ermittlung des Ertragswertes eines Unternehmens zugrunde gelegten Gewinne sind nämlich um einen Unternehmerlohn zu kürzen (IdW-HFA, WPg 2000, 825, Tz. 4.4.2.4).

b) Auch wenn das Unternehmen nicht ausschließlich oder vorwiegend nach dem Ertragswert bewertet wird, sondern wie etwa bei der sog. Mittelwertmethode Substanz- und Ertrags-

wert je zur Hälfte berücksichtigt werden, wirkt sich der Unternehmerlohn wertmindernd aus (vgl. BFH, Urteil in BFH/NV 1986, 597, unter 6. b, m. w. N.). Dessen Auswirkung ist umso größer, je geringer der Substanzwert ist. Auch bei der Schätzung des Geschäftswerts ist der Unternehmerlohn abzusetzen (BFH, Urteil vom 8.12.1976, I R 215/73, BFHE 121, 402, BStBl II 1977, 409, unter II. 4. c). Der Geschäftswert orientiert sich an den Vorstellungen des gedachten Erwerbers des Unternehmens. Dieser wird grundsätzlich nur bereit sein, ein Entgelt für diejenigen Werte zu leisten, die er selbst nutzbringend verwerten kann. Der „good will“ eines Unternehmens stellt für ihn indessen nur insoweit einen nutzbringenden Vermögenswert dar, als dieser ihn in die Lage versetzt, höhere Einkünfte zu erzielen, als er sie durch die bloße Verwertung seiner Arbeitskraft erzielen würde (BFH, Urteile in BFHE 121, 402, BStBl II 1977, 409, und vom 25.1.1979, IV R 56/75, BFHE 127, 32, BStBl II 1979, 302; *Schmidt/Glanegger*, EStG, 22. Aufl., § 6 Rdnr. 244).

c) Ist nach Abzug des Unternehmerlohns ein Unternehmenswert nicht mehr vorhanden, können – abgesehen davon, dass der übergebene Betrieb kein Vermögen darstellt – die Leistungen, die der Übergeber vom Übernehmer zu seiner Versorgung erhält, nicht mehr als vorbehaltene Erträge des übergebenen Unternehmens verstanden werden. Sie werden vielmehr ausschließlich durch die Arbeitsleistung des Übernehmers finanziert.

d) Der Große Senat hat im Beschluss vom heutigen Tag GrS 1/00 darauf hingewiesen, dass das Erfordernis der vorbehaltenen Erträge auch dann erfüllt ist, wenn das übergebene Vermögen beim Übergeber – etwa wegen dessen fortgeschrittenen Alters – nur geringe Erträge abwarf, beim Übernehmer jedoch ausreichende Nettoerträge erwarten lässt (GrS 1/00, unter C. II. 6. c). Dementsprechend ist auch bei der Ermittlung des Ertragswerts des übergebenen Unternehmens nicht notwendigerweise nur auf die Gewinne der Vergangenheit abzustellen. Wenn der Betrieb ausreichende Erträge für den Lebensbedarf zweier Generationen abwirft, wird im Regelfall auch nach Abzug des Unternehmerlohns ein Geschäftswert verbleiben. Ist das der Fall, kann – von noch zu behandelnden Ausnahmen abgesehen (s. u. C. II. 2. b) – nicht mehr davon gesprochen werden, dass das übergebene Unternehmen im Zeitpunkt der Übertragung kein Vermögen darstellte. Versorgungsleistungen sind in einem solchen Fall beim Übernehmer als Sonderausgaben selbst dann abziehbar und beim Übergeber als wiederkehrende Bezüge zu versteuern, wenn sie teilweise aus dem Unternehmerlohn herrühren. In Übereinstimmung mit dieser Betrachtungsweise hat der Große Senat im Beschluss vom heutigen Tag GrS 1/00 entschieden, dass bei der Ermittlung des „erzielbaren Nettoertrags“ ein Unternehmerlohn nicht abgezogen wird (GrS 1/00, unter C. II. 6. b aa).

In der dem Anrufungsbeschluss zugrunde liegenden Entscheidung hat das FG einen Ertragswert von 0 DM mit der Begründung angenommen, dass sich ein angemessener Unternehmerlohn auf 40.000 bis 50.000 DM belaufe. Dabei ist das FG offenbar von den Gewinnen der Vorjahre ausgegangen. Bei Betrachtung der weiteren Entwicklung der Gewinne der übergebenen Gastwirtschaft könnte sich ein anders Bild ergeben. Aus der Sicht des FG kam es hierauf jedoch nicht an.

2. Nach Auffassung des Großen Senats wird die Bedeutung der „50-v.-H.-Grenze“ in Zukunft auf Ausnahmefälle beschränkt sein.

a) Wie sich aus Tz. 18 der BMF-Schreiben in BStBl I 1996, 1508 und 2002, 893 ergibt, misst die Finanzverwaltung der „50-v.-H.-Grenze“ insbesondere im Hinblick auf den sog.

„Typus 2“, also die Übergabe existenzsichernder Wirtschaftseinheiten ohne ausreichende Nettoerträge, Bedeutung bei. Sie dient dort der Vermeidung von Missbräuchen (Unterhaltskauf) in extremen Fällen. Nachdem der Große Senat im Beschluss vom heutigen Tag GrS 1/00 entschieden hat, dass der „Typus 2“ mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist, hat auch die „50-v.-H.-Grenze“ ihre Bedeutung weitgehend verloren.

b) Allerdings sind Fälle denkbar, in denen das übergebene Unternehmen ausreichende Nettoerträge abwirft, um die versprochenen Versorgungsleistungen zu erbringen, und nach Abzug des Unternehmerlohns ein Unternehmenswert verbleibt (s. o., C. II. 1. d), der aber so gering ist, dass es nicht mehr gerechtfertigt erscheint, den Betrieb als „Vermögen“ zu bezeichnen. Eine ähnliche Konstellation kann sich ergeben, wenn beispielsweise ein bebautes Grundstück übergeben wird, dessen Nettoerträge ausschließlich oder nahezu ausschließlich auf Investitionen des Übernehmers zurückzuführen sind.

Ein solcher Fall ist jedenfalls dann nicht gegeben, solange der nach Abzug des Unternehmerlohns verbleibende Unternehmenswert mindestens 50 v. H. des Kapitalwerts der wiederkehrenden Leistungen ausmacht. Insoweit stellt die „50-v.-H.-Grenze“ nach wie vor ein Beweisanzeichen für die Abgrenzung zwischen steuerlich wirksamen Versorgungsleistungen und steuerlich unbeachtlichen Unterhaltsleistungen dar. Da es sich nur um ein Beweisanzeichen handelt (vgl. *Arndt* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 12 Rdnr. C 26 bis 29), gilt der Umkehrschluss zu der vorstehenden Aussage nicht. D. h. die wiederkehrenden Leistungen stellen nicht zwangsläufig ganz oder zum Teil Unterhaltsleistungen dar, wenn der Unternehmenswert weniger als 50 v. H. ihres Kapitalwerts beträgt. Die Beantwortung der Frage richtet sich vielmehr nach der Gesamtheit der Umstände des jeweiligen Falls.

3. Der BFH hat bereits im Urteil in BFHE 139, 367, BStBl II 1984, 97, darauf hingewiesen, dass die „50-v.-H.-Grenze“ für Hofübergabeverträge praktisch nicht bedeutsam sei. Auch bei der Übergabe anderer Unternehmen wird sie angesichts der vorstehenden Ausführungen nur selten praktische Bedeutung gewinnen. Daher lässt der Große Senat die Frage ausdrücklich offen, ob bei Unterschreiten der „50-v.-H.-Grenze“, also dann, wenn der Wert des übergebenen Vermögens weniger als 50 v. H. des Kapitalwerts der zugesagten wiederkehrenden Leistungen beträgt, die wiederkehrenden Leistungen – entsprechend der bisherigen Rechtsprechung und Verwaltungsauffassung – insgesamt als Unterhaltsleistungen zu werten sind, oder ob entgegen der im BFH-Urteil in BFHE 79, 516, BStBl III 1964, 422, vertretenen Auffassung eine Aufteilung in Versorgungsleistungen (vorbehaltene Erträge) einerseits und Unterhaltsleistungen andererseits vorzunehmen ist. Hierfür könnte sprechen, dass die Rechtsprechung des BFH auch in anderen Fällen, wie z. B. bei der Prüfung der Angemessenheit von betrieblichen Versorgungsleistungen, eine Aufteilung befürwortet hat (BFH, Urteil vom 18.1.1979, IV R 76/76, BFHE 127, 171, BStBl II 1979, 403; für eine Aufteilung auch *Arndt*, a. a. O., § 12 Rdnr. C 34; *P. Fischer* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a. a. O., § 22 Rdnr. B 242; *Reiß*, ebendort, § 16 Rdnr. B 195).

D. Der Große Senat beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie folgt:

Im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe zur Vornahme der Erbfolge vereinbarte abänderbare Versorgungsleistungen sind nicht als dauernde Last (Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) abziehbar, wenn sie zwar aus den erzielbaren laufenden Nettoerträgen des übergebenen Betriebs

gezahlt werden können, das Unternehmen jedoch weder über einen positiven Substanzwert noch über einen positiven Ertragswert verfügt. Es handelt sich um Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Spiegelberger*, MittBayNot 2004, 228 (in diesem Heft).

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

### Entscheidung der Kommission vom 13.3.2001 zum Grundstücksverkauf der Stadt Rostock an Sixt<sup>1</sup>

EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 13.3.2001  
geändert am: 8.5.2001  
SG (2001) D/286837 ber.

**Betrifft: Staatliche Beihilfe N 653/2000 –  
Bundesrepublik Deutschland  
Grundstücksverkauf der Stadt Rostock  
an Sixt**

Sehr geehrter Herr Bundesminister,

#### 1. Verfahren

Mit Schreiben vom 8.9.2000 hat die Bundesregierung eine Ad-hoc-Beihilfe im Rahmen eines Grundstücksverkaufs in Rostock, Mecklenburg-Vorpommern, notifiziert.

Mit Schreiben vom 19.10.2000 forderte die Kommission zusätzliche Informationen zu dem Investitionsvorhaben an, die mit Schreiben vom 28.11.2000 übermittelt wurden.

Mit Schreiben vom 21.12.2000 erbat die Kommission nähere Auskünfte zur etwaigen Gewährung einer Investitionszulage. Mit Schreiben vom 26.1.2001 teilten die deutschen Behörden mit, dass keine Investitionszulage gewährt wird, da es sich im vorliegenden Fall nicht um ein produktionsnahes Vorhaben im Sinne des Investitionszulagengesetzes handle.

#### 2. Beschreibung der Beihilfe

Die Stadt Rostock verkauft der SIXT Verwaltungsgesellschaft mbH & Co Sita Immobilien KG (in der Folge „Sita KG“) ein Grundstück zum Preis von 305.700 DM (156.302 €), während der gutachterlich unabhängig festgestellte Verkehrswert 129 DM/m<sup>2</sup> (66 €/m<sup>2</sup>) beträgt, das entspricht 1.051.608 DM (537.679 €).

Das Grundstück befindet sich in Mecklenburg-Vorpommern, einem Fördergebiet nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a). In den neu zu errichtenden Gebäudekomplex soll die bereits bestehende Autovermietung der Sixt-Gruppe umverlegt werden. Außerdem wird Sita das bisher betriebene Communications-Center erweitern und die Verwaltung der Gruppe in diesem Gebäude zentralisieren. Mit den Maßnahmen werden die bereits bestehenden 130 Arbeitsplätze gesichert und zusätzlich 100 neue Dauerarbeitsplätze geschaffen. Sixt muss dieser

Verpflichtung bis Ende 2004 nachkommen; andernfalls wird eine Vertragsstrafe fällig. Die Investitionen in Maschinen und Anlagen müssen innerhalb von 24 Monaten getätigt werden. Diese werden von der Sixt Reservierungs- und Vertriebs-GmbH (in der Folge „Sixt“) durchgeführt, die zu einem anderen Unternehmen der Gruppe gehört und für diesen Zweck das Grundstück von der Sita KG langfristig pachten wird und dafür einen Zuschuss des Landes Mecklenburg-Vorpommern in Höhe von 3.695.600 DM (1.889.530 €) erhält.

Der Beihilfeanteil ergibt sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Verkehrswert des Grundstückes und dem effektiven Verkaufspreis und beträgt somit 745.908 DM (381.377 €). Zu diesem Betrag hinzu kommt noch ein Zuschuss in Höhe von 3.695.600 DM (1.889.530 €).

BEIHILFE	DM	€
Begünstigter Verkaufspreis	745.908	381.377
Direktzuschuss	3.695.600	1.889.530
Summe	4.441.508	2.270.907

INVESTITION	DM	€
Grundstückskauf	1.051.608	537.679
Sonstige Investitionen, wie	13.687.700	6.998.410
– Bauvorhaben	9.987.700	5.106.620
– Maschinen und Anlagen	3.400.000	1.738.392
– Immaterielle Investitionen	300.000	153.388

Aus den vorgenannten Zahlen ergibt sich eine Beihilfeintensität von 30,13 % brutto.

Die deutschen Behörden verweisen auf den 28. Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“, wonach in Gebieten im Sinne des Artikels 87 Absatz 3 Buchstabe a) eine Förderung bis zu maximal 35 % brutto zulässig ist. Des Weiteren wird betont, dass das Vorhaben notwendig ist, um durch die Schaffung von Arbeitsplätzen die Wirtschaft in einer Region mit hoher Arbeitslosigkeit zu fördern.

#### 3. Würdigung der Beihilfe

Die notifizierte Maßnahme stellt eindeutig eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag dar. Dies wird von den deutschen Behörden nicht infrage gestellt und durch die Notifizierung bestätigt.

Der Grundstücksverkauf erfolgt in der Hansestadt Rostock, Mecklenburg-Vorpommern, d. h. einer Region, die zu einem Gebiet nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a) gehört. In

<sup>1</sup> Unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aid/com-comp-2000/n653-00.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aid/com-comp-2000/n653-00.pdf) öffentlich zugänglich.

solchen Gebieten können Investitionsbeihilfen bis zu 35 % brutto als mit dem EG-Vertrag vereinbar angesehen werden. Nach den Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung muss die Förderung arbeitsplatzschaffender Investitionen zur wirtschaftlichen Entwicklung strukturschwacher Gebiete beitragen.

Im Einklang mit den Bestimmungen der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand erfolgte eine unabhängige Bewertung durch einen unabhängigen Sachverständigen für Wertermittlung, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln.

Der Gesamtbetrag der Beihilfe beläuft sich auf 30,13 % brutto der Investition. Damit werden die nach der Regionalbeihilferegelung vorgesehenen Höchstgrenzen eingehalten. Zur wirtschaftlichen Entwicklung eines strukturschwachen Gebiets trägt die Beihilfe insofern bei, als durch die Schaffung von 100 zusätzlichen Arbeitsplätzen die Wirtschaft der gesamten Region gestärkt wird. Darüber hinaus werden im Zuge der Bautätigkeit zusätzliche Dienstleistungen angeboten. Die Beihilfe verfälscht den Wettbewerb nicht in einer Weise, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, und ist also nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe a) zulässig.

#### 4. Beschluss

Daher stellt die Kommission fest, dass die Beihilfe mit dem EG-Vertrag vereinbar ist.

Falls dieses Schreiben vertrauliche Angaben enthält, die nicht veröffentlicht werden sollen, werden Sie gebeten, die Kommission hiervon innerhalb von fünfzehn Arbeitstagen nach dessen Eingang unter Angabe von Gründen in Kenntnis zu setzen. Erhält die Kommission keinen derart begründeten Antrag innerhalb der vorerwähnten Frist, so geht sie davon aus, dass sie mit der Veröffentlichung des vollständigen Wortlauts dieses Schreibens in der verbindlichen Sprachfassung auf der Internetseite [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/) an Dritte einverstanden sind. Ihr Antrag ist per Einschreiben oder Fax an folgende Anschrift zu richten:

Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb  
Direktion H-3  
Rue de la Loi/Wetstraat 200  
B-1049 Brüssel  
Fax Nr.: 0032-2-2969580  
Mit vorzüglicher Hochachtung  
Für die Kommission  
Mario Monti  
Mitglied der Kommission

## STANDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Bernd Wegmann, Ingolstadt, wurde zum Honorarprofessor an der Fachhochschule Ingolstadt bestellt.

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Ulrich Mayr, Kitzingen, verstorben am 14.6.2004

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Notarin Brigitte Nachbar, Moosburg

Mit Wirkung vom 1.10.2004:

Notar Dr. Norbert Kuntz, Ingolstadt

Mit Wirkung vom 1.11.2004:

Notar Klaus Friedrich, München

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Notar Dr. Bernhard Senft, Tegernsee

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

Freinsheim	dem Notar Dr. Thomas Schönberger (bisher in Rockenhausen)
------------	---

Mit Wirkung vom 15.5.2004:

Stadtsteinach	dem Notarassessor Tobias Aigner (bisher in München Notarstellen von Heynitz/ Rumpf)
---------------	---

Mit Wirkung vom 20.5.2004:

Bayreuth (in Sozietät mit Notar Dr. Helmut Roßner)	dem Notar Hendrik Zuber (bisher in Ludwigstadt)
--	---

Mit Wirkung vom 1.6.2004:

Annweiler a. Tr.	dem Notarassessor Lorenz Spall (bisher in Gernersheim Notarstelle Dr. Wolf)
------------------	--

Sonthofen (in Sozietät mit Notar Dr. Anton Obermaier)	der Notarassessorin Cathrin Caspary (bisher in München Notarstellen Dr. Stummer/ Dr. Schalkhaußer)
---	--

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

Rüdiger Mattes, Zweibrücken Dr. Kiefer)	(Notarstellen Greiner/ Dr. Kiefer)
--	---------------------------------------

**6. Versetzungen und sonstige Veränderungen:**

Notarassessor Jürgen Schlögel, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte), wurde mit Wirkung vom 27.11.2003 promoviert.

Notarassessor Markus Roßmann, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), wurde mit Wirkung vom 29.3.2004 promoviert.

Notar Christoph Schrenk, Nürnberg, wurde mit Wirkung vom 21.4.2004 promoviert.

Notarassessorin Yvonne van Eickels, Straubing (Notarstellen Dr. Schneeweiß/Lautner), ab 19.4.2004 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Inspektorin i. N. Susanne Schlereth, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Martini), ab 1.10.2004 in Herzogenaurach (Notarstelle Dr. Scholzen)

Amtmann i. N. Rainer Haussmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), ab 4.5.2004 in Nürnberg (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl)

Amtfrau i. N. Dagmar Klages, Neumarkt-St. Veit (Notarstelle Becker), ab 1.7.2004 in Tittmoning (Notarstelle Hönle)

**7. Ausgeschiedene Angestellte:**

Amtsrat i. N. Reiner Biedermann, Freinsheim (Notarstelle Niesler), ab 31.12.2004 im Ruhestand

Amtmann i. N. Michael Bachmaier, Arnstorf (Notarstelle Dr. Ringel, zuletzt im Sonderurlaub), ab 31.12.2002 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Uwe Lambinus, Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk/Hofstetter, zuletzt im Sonderurlaub), ab 31.12.2003 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Helmuth Schreck, Obergünzburg (Notarstelle Hofmann, zuletzt im Sonderurlaub), ab 31.12.2003 im Ruhestand

**Anschriften- und Rufnummernänderungen**

Wasserburg a. Inn, Notarstellen Norbert Martin/Dr. Gabriele Bartsch, neue Telefonnummer: 08071 9209-9, Fax: 08071 920970

München, Notarstellen Dr. Karl-Heinz Steinbauer/Christoph Predel, neue E-Mail-Adresse: notare-steinbauer-predel@t-online.de

München, Notarstellen Wolf Weiß/Dr. Hansjörg Heller, neue E-Mail-Adresse: kontakt@notare-weiss-dr-heller.de

Werneck, Notarstelle Paul Michelfeit, Würzburger Straße 2, 97440 Werneck, Telefonnummer: 09722 94797-0, Fax: 09722 947979, E-Mail-Adresse: Notar@Michelfeit.de

Bad Kissingen, Notarstelle Volkmar Makowka, neue E-Mail-Adresse: NotariatKG@gmx.net

Neustadt a. d. Waldnaab, Notarstelle Dr. Roland Schwanecke, Telefonnummer: 09602 94405-0, Fax: 09602 9440544, E-Mail-Adresse: notariat@dr-schwanecke.de

Lindau (Bodensee), Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies, Schloss Moos, Anheggerstraße 53, 88131 Lindau (Bodensee), E-Mail-Adresse: anmeldung@notare-lindau.de

Kempten, Notarstellen Dr. Pfisterer/Haasen, richtige E-Mail: office@notare-pfisterer-haasen.de

Bad Neustadt a. d. Saale, Notarstelle Dr. Macht, neue Telefonnummer: 09771 63537-0, E-Mail: zentrale@notarnes.de

Babenhhausen, Notarstelle Patrick Schneider, Frauenstraße 4, 87727 Babenhhausen

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht (Herzig, Schmidt, Spiegelberger, Wälzholz) 29.–31.7.2004 in Fischbachau</li> <li>2. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung (Amann, Morvilius, Wagner) 3.–4.9.2004 in Kassel</li> <li>3. Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung (Herzig, Priester, Spiegelberger) 10.–11.9.2004 in Hamburg</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>4. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis (Elsing, Heckschen, Pospich) 11.9.2004 in Berlin</li> </ol> |
|---|--|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

### Neuerscheinungen 4/2004

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Brambring/Krüger (Hrsg.): Immobilienrecht 2002. Tagungsband zum RWS-Forum am 6. und 7. Juni 2002 in Köln. RWS, 2004. 282 S., 79 €</li> <li>2. Breit/Brüggen/Neuhausen: Die Prüfung der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten. Kiehl, 2004. 683 S., 28,50 €</li> <li>3. Epple: Muster für Testamente. Boorberg, 2004. 53 S., 5,40 €</li> <li>4. Erman: Bürgerliches Gesetzbuch. 11., neubearb. Aufl., Aschendorff, 2004. 5 908 S., 298 €</li> <li>5. Gebel, Klaus: Immobilienerwerb in Frankreich. Verlag interna, 2004. 128 S., 28 €</li> <li>6. Henze/Hoffmann-Becking (Hrsg.): Gesellschaftsrecht 2003. Tagungsband zum RWS-Forum am 8. und 9. Mai 2003 in Berlin. RWS, 2004. 509 S., 94 €</li> <li>7. Holler: Stiftungssatzung. RWS, 2004. 172 S., 34 €</li> <li>8. Jäger: Aktiengesellschaft. Beck, 2004. 2 296 S., 148 €</li> <li>9. Langenfeld: Vertragsgestaltung. 3., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 144 S., 29 €</li> <li>10. Larenz/Wolf: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 985 S., 42 €</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>11. Meyn/Richter: Die Stiftung. Haufe, 2004. 456 S. + CD-ROM, 89 €</li> <li>12. Pues/Scheerbarth: Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2004. 281 S., 44 €</li> <li>13. Reithmann/Martiny (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht. 6., völlig neubearb. u. wesentl. erw. Aufl., O. Schmidt, 2004. 2 480 S., 189 €</li> <li>14. Schlüter/Knippenkötter: Die Haftung des Notars. Heymanns, 2004. 324 S., 49 €</li> <li>15. Schröder: Familienmediation. Giesecking, 2004. 159 S., 34 €</li> <li>16. Tilman/Winter/Wälzholz: Die GmbH im Zivil- und Steuerrecht. 4., neu bearb. Aufl., O. Schmidt, 2004. 462 S., 54,80 €</li> <li>17. Weigl: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung. 2., überarb. Aufl., Beck, 2004. 276 S. + CD-ROM, 28 €</li> <li>18. Weirich: Erben und Vererben. 5., neubearb. Aufl., NWB, 2004. 635 S., 56 €</li> </ol> |
|---|---|





Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F