

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Februar 2013
ISSN 1434-3460

3/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 288, 247, 310, 309 Nr. 5, 307 – Berechnung von Verzugszinsen bei negativem Basiszinssatz gem. § 247 BGB; Vereinbarung eines Mindestverzugszinssatzes von 5 bzw. 8 Prozent; Auslegung einer Basiszinssatzvereinbarung „ohne Aufschlag“

BGB § 2197 – Zulässigkeit einer aufschiebend bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung; Rechtslage in der Schwebezeit

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 138, 242 – Ehevertragliche Vereinbarung von Gütertrennung; Frage der Sittenwidrigkeit

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 288, 247, 310, 309 Nr. 5, 307 Berechnung von Verzugszinsen bei negativem Basiszinssatz gem. § 247 BGB; Vereinbarung eines Mindestverzugszinssatzes von 5 bzw. 8 Prozent; Auslegung einer Basiszinssatzvereinbarung „ohne Aufschlag“

I. Sachverhalt

Die Deutsche Bundesbank hat den Basiszinssatz zum 1.1.2013 auf -0,13 % festgelegt.

II. Fragen

1. Wie ist der Verzugszinssatz gem. § 288 Abs. 1 und 2 BGB im Falle eines negativen Basiszinssatzes zu berechnen?
2. Können bei einem unter 5 bzw. 8 % fallenden Verzugszinssatz Mindestverzugszinsen i. H. v. 5 bzw. 8 % formularmäßig vereinbart werden?
3. Wie ist zu verfahren, wenn als Zinssatz nur der Basiszinssatz vertraglich festgelegt wurde?

III. Zur Rechtslage

1. Die gesetzliche Regelung zum Basiszinssatz (§ 247 BGB)

Gem. § 247 Abs. 1 S. 1 BGB beträgt der Basiszinssatz 3,62 %. Diese Regelung hat aus heutiger Sicht jedoch lediglich **historischen Charakter** und ist in der praktischen Anwendung bedeutungslos (Palandt/Grüneberg,

BGB, 72. Aufl. 2013, § 247 Rn. 1). Die Norm ist darauf zurückzuführen, dass mit dem Jahresbeginn 1999 die Währungssouveränität auf die EU überging und damit die Deutsche Bundesbank ihre Befugnisse auf den Gebieten der Diskont-, Kredit-, Offenmarkt- und Mindestreservpolitik verlor. Nachdem bis zum 1.1.2002 vorübergehend der Basiszinssatz des sog. Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes (DÜG) maßgeblich war, wurde dieser im Jahre 2002 endgültig durch den Basiszinssatz ersetzt.

Historisch ist der Wert von 3,62 % auf den DÜG-Basiszinssatz zurückzuführen, wie er unmittelbar vor Inkrafttreten der Änderung des § 247 BGB im Jahre 2002 galt (Coen, NJW 2012, 3329). Für die Praxis ist hingegen **ausschließlich die in § 247 Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB verankerte Berechnungsmethode maßgeblich**. Danach verändert sich zum 1. Januar und zum 1. Juli eines jeden Jahres der Basiszinssatz um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist dabei der **Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres**. Der Basiszinssatz verändert sich somit im Halbjahresrhythmus automatisch, d. h., ohne dass irgendeiner Institution ein Ermessensspielraum zustünde oder eine Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt zu erfolgen hätte (Palandt/Grüneberg, § 247 Rn. 1). Die in § 247 Abs. 2 BGB vorgeschriebene **Bekanntmachung** des geltenden Basiszinssatzes im Bundesanzeiger hat lediglich **deklaratorischen Charakter**.

Da der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der EZB gem. § 247 Abs. 1 S. 3 BGB Bezugsgröße für den Basiszinssatz ist, war bereits **seit dem 11.7.2012 mehr oder weniger absehbar**, dass sich der **Basiszinssatz**

zum 1.1.2013 auf **-0,13 %** bewegen würde. Denn bereits am 5.7.2012 beschloss der EZB-Rat, den Zinssatz für die Hauptrefinanzierungsgeschäfte des Eurosystems mit Wirkung zum 11.7.2012 um 0,25 Prozentpunkte auf 0,75 % zu senken. Diese Maßnahme hatte zwar keinen Einfluss auf den Basiszinssatz für das zweite Halbjahr 2012 mehr, weil dieser bereits zum 1.7.2012 angepasst worden war. Aufgrund der konjunkturellen Lage war aber nicht mit einer Anhebung des Bezugszinssatzes bis Ende 2012 zu rechnen und ein negativer Basiszinssatz ab dem 1.1.2013 damit sehr wahrscheinlich (dies vorwegnehmend Coen, NJW 2012, 3329).

2. Auswirkungen des negativen Basiszinssatzes auf Verzugszinsen

Bei der Frage, wie sich der zum 1.1.2013 festgelegte negative Basiszinssatz auf Verzugszinsen auswirkt, ist zunächst auf den Fall abzustellen, dass die Verzugszinsen gem. § 288 BGB (oder in Anlehnung an diese Norm) 5 bzw. 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz betragen. Wenn bei einem negativen Basiszinssatz der Verzugszinssatz niedriger als 5 bzw. 8 % ausfallen kann, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich Mindestverzugszinsen i. H. v. 5 bzw. 8 % vertraglich vereinbaren lassen.

a) Berechnung der Verzugszinsen im Rahmen des § 288 BGB

Gem. § 288 Abs. 1 S. 2 BGB beträgt der Verzugszinssatz für eine Geldschuld, die während des Verzugs zu verzinsen ist, für das Jahr 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen gem. § 288 Abs. 2 BGB 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

aa) Gesetzesgenese zu § 288 Abs. 1 u. 2 BGB

§ 288 Abs. 2 BGB ist auf die Umsetzung der **Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr der EU** v. 29.6.2000 zurückzuführen (RL 2000/35/EG, ABl. der EU v. 8.8.2000, L 35/1). Dies ist bei der Auslegung des § 288 Abs. 2 BGB nach dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen. Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. d S. 1 der Richtlinie 2000/35/EG hatten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Verzugszinssatz im Geschäftsverkehr **mindestens 7 Prozentpunkte über dem Zinssatz** der letzten Hauptrefinanzierungsoperation der EZB im Dezember bzw. Juni liegt. Der deutsche Gesetzgeber ging bei der Regelung des **§ 288 Abs. 2 BGB über diese Richtlinienumsetzungspflicht hinaus**, indem er den Verzugszinssatz von vornherein auf 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz ansetzte.

Mittlerweile ist die RL 2000/35/EG vom EU-Gesetzgeber überarbeitet und durch eine **novellierte Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr** v. 16.2.2011 ersetzt worden (RL 2011/7/EU, ABl. der EU v. 23.2.2011, L 48/1). Der in Art. 2 Nr. 7 lit. a Ziff. i der RL 2011/7/EU definierte Verzugszinssatz liegt stets etwa einen Prozentpunkt über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB. Um dem dadurch entstehenden Umsetzungsbedarf Rechnung zu tragen, wird der deutsche Gesetzgeber den in § 288 Abs. 2 BGB bestimmten Verzugszins **voraussichtlich** um einen Prozentpunkt **auf 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz anheben** (so der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 17/10491, S. 5 und 8).

Von der Umsetzungspflicht unberührt bleibt die allgemeine Regelung zum Verzugszinssatz in **§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB**, nach welcher der Verzugszinssatz für das Jahr 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beträgt. Diese vor allem für Verbraucher als Schuldner relevante Regelung geht auf das nationale Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen aus dem Jahre 2000 zurück. Damals wurde die allgemeine Verzugszinssatzregelung durch den deutschen Gesetzgeber in Anlehnung an den Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach Art. 11 Abs. 1 des damaligen Verbraucherkreditgesetzes neu formuliert, um die bewusstseinsprägende Wirkung des Verzugszinssatzes in den Köpfen von Schuldern zu verstärken (so BT-Drucks. 14/1246, S. 5).

bb) Auswirkungen des negativen Basiszinssatzes auf § 288 BGB

Angesichts des seit dem 1.1.2013 geltenden negativen Basiszinssatzes stellt sich die Frage, ob der negative Wert von **-0,13** von den 5 bzw. 8 Prozentpunkten i. S. d. geltenden Verzugszinssätze zu subtrahieren ist oder ob § 288 BGB einen Mindestverzugszinssatz von 5 bzw. 8 Prozentpunkten fordert.

Der **Gesetzeswortlaut** legt zunächst nahe, dass der zu errechnende Zinssatz **auch niedriger** liegen kann als die jeweils einschlägige Zinsspanne. Die Annahme eines Mindestverzugszinssatzes i. H. v. 5 bzw. 8 % p. a. würde voraussetzen, dass sich der Regelung ein entsprechender **gesetzgeberischer Wille** entnehmen lässt. Den Kommentierungen zu § 288 BGB lassen sich insofern keine Anhaltspunkte entnehmen, was verständlich ist, weil mit einem entsprechend negativen Zinssatz bisher nicht zu rechnen war.

Die **Entstehungsgeschichte des § 288 BGB** liefert **keine Anhaltspunkte** dafür, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung der Norm einen möglicherweise negativen Basiszinssatz mitberücksichtigt hat. Dies steht einer ergänzenden Auslegung der Norm zwar nicht entgegen. Allerdings lassen es Wertungsaspekte eher fernliegend erscheinen, dass § 288 BGB in Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 jeweils von einem Mindestzinssatz ausgeht. Dagegen spricht bereits, dass der Begriff „Prozentpunkt“ bei strenger Betrachtung nicht gleichbedeutend mit dem Begriff „Prozent“ ist (so jedenfalls: Hartmann, NJW 2004, 1358; replizierend: Weidlich, DNotZ 2004, 820). Darüber hinaus wurde **in anderen Fällen ausdrücklich eine Mindestverzinsung angeordnet**. So sieht das Gesetz für Wechsel- und Scheckverzugszinsen (Art. 48 Abs. 1 Nr. 2, 49 Nr. 2 WG, Art. 45 Nr. 2 ScheckG) explizit einen Zinssatz von 2 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz vor, mindestens aber von 6 % (vgl. Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, Neubearb. 2009, § 288 Rn. 15; Coen, NJW 2012, 3329, 3331 f.). Von der Möglichkeit, einen derartigen Mindestzinssatz ausdrücklich zu regeln, hat der Gesetzgeber in § 288 BGB gerade keinen Gebrauch gemacht.

cc) Zwischenergebnis

Unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungsgeschichte und *telos* dürfte u. E. somit davon auszugehen sein, dass § 288 BGB in seinen Absätzen 1 und 2 **keine Mindestverzugszinssätze** postuliert (so auch Coen, NJW 2012, 3329, 3332). **Seit dem 1.1.2013** können daher im Verhältnis zu Verbrauchern Verzugszinsen i. H. v. **4,87 %**, im Verhältnis zu Unternehmern i. H. v. **7,87 %** verlangt werden.

b) Vereinbarung von Mindestverzugszinsen

Ansichts des derzeit negativen Basiszinssatzes könnte man eine vertragliche Vereinbarung in Erwägung ziehen, dass für den Fall eines unter 5 bzw. 8 % fallenden Verzugszinssatzes Mindestverzugszinsen i. H. v. 5 bzw. 8 % zu zahlen sind.

Regelungen über die Vereinbarung von Mindestverzugszinsen unterliegen der **gesetzlichen Inhaltskontrolle gem. § 309 Nr. 5 BGB**. Diese Vorschrift, die eine Allgemeine Geschäftsbedingung voraussetzt, findet in Verbraucher-Verträgen selbst dann Anwendung, wenn die betreffende Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist (vgl. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Für den unternehmerischen Verkehr ist die in § 309 Nr. 5 BGB zum Ausdruck kommende gesetzliche Missbilligung von Schadenspauschalierungsbestimmungen trotz § 310 Abs. 1 BGB über die Generalklausel des **§ 307 BGB** zu beachten (BGH NJW 1984, 2941).

Als Schadenspauschalierungen i. S. d. § 309 Nr. 5 BGB sind grundsätzlich auch Regelungen zu Mindestverzugszinsen einzustufen, die über die in § 288 BGB verankerten Prozentsätze hinausgehen. Dies hat zur Folge, dass derartige Regelungen einem **zweifachen Beurteilungsmaßstab** Rechnung tragen müssen: Zum einen darf die Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen (**§ 309 Nr. 5 lit. a BGB**). Zum anderen ist die Klausel nur wirksam, wenn sie dem Vertragspartner ausdrücklich den Nachweis gestattet, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale (**§ 309 Nr. 5 lit. b BGB**). Im Verkehr zwischen Unternehmern gelten die in § 309 Nr. 5 BGB verankerten Voraussetzungen entsprechend (§§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 BGB). Lediglich im Rahmen des § 309 Nr. 5 lit. b BGB werden geringere Anforderungen erwogen, soweit es darum geht, dem Vertragspartner den Gegenbeweis zu belassen (so Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 32 unter Berufung auf BGH NJW 1984, 2941; dies ausdrücklich offenlassend: BGH NJW 1994, 1060, 1068).

Der in **§ 309 Nr. 5 lit. a BGB** als **Richtwert** bestimmte Schaden bezieht sich auf den **branchentypischen Durchschnittsgewinn** (BGH NJW 1982, 331). Er kann daher, je nach den für die Branche des Gläubigers üblichen Refinanzierungspraktiken, unterschiedlich ausfallen. Mit festen Verzugszinssätzen hatte sich die Rechtsprechung zwar wiederholt zu befassen. So hielt der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1981 Verzugszinsen i. H. v. 2 % über dem Bundesbankdiskontsatz für zulässig (NJW 1982, 331) und wertete andererseits im Jahre 1984 einen Verzugszinssatz i. H. v. 6 % über dem Bundesbankdiskontsatz als Verstoß gegen § 309 Nr. 5 lit. a BGB (= § 11 Nr. 5 lit. a AGBG a. F.), weil das marktübliche Zinsniveau überschritten sei (NJW 1984, 2941). Das OLG Hamm erklärte Verzugszinsen i. H. v. 4 % über dem Bundesbankdiskontsatz für unzulässig, allerdings wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 5 lit. b BGB (NJW-RR 1986, 1179, 1180; zur Zulässigkeit eines Zinssatzes von 12 % im Möbelhandel: OLG Hamm NJW-RR 1987, 311, 312).

Wegen der nicht unerheblichen Anhebung des gesetzlichen Verzugszinssatzes auf 5 bzw. 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gibt die frühere Rechtsprechung heute jedoch kaum noch Orientierung (Staudinger/Coester-Waltjen, Neubearb. 2006, § 309 Nr. 5 Rn. 28). Vielmehr fungiert **§ 288 BGB** mittlerweile als **gesetzliches Leitbild** (Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL 2012, „Verzugszinsklauseln“, Rn. 15). So hält man

es in der Gestaltungsliteratur einerseits wegen der Anhebung der Zinssätze weitgehend für entbehrlich, den Verzugszinssatz ausdrücklich zu regeln (Litzenburger, RNotZ 2002, 23, 30; Hertel, DNotZ 2001, 910, 923 f.). Andererseits wird mit dem **Überschreiten** der in § 288 Abs. 1 u. 2 BGB verankerten Zinssätze eine **Anscheinsvermutung für einen Verstoß gegen § 309 Nr. 5 lit. a BGB** verbunden (MünchKommBGB/Wurmnest, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 5 Rn. 18). Lediglich sofern branchenüblich mit Bankkredit und entsprechend hohem Refinanzierungszinssatz gearbeitet werde, sei hierin ein valides Kriterium für eine § 288 Abs. 1 und 2 BGB überschreitende Schadenspauschalierung zu sehen (zum Ganzen: Graf v. Westphalen, „Verzugszinsklauseln“, Rn. 16).

Dem lässt sich entgegenhalten, das **mit der Richtlinie verfolgte Ziel**, die Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, werde **durch einen Mindestzinssatz erst recht gefördert** (Stichwort: richtlinienkonforme Auslegung des § 309 Nr. 5 BGB im Lichte des Art. 6 der RL 93/13/EWG). Jedenfalls **bei geringfügiger Überschreitung** des Basiszinssatzes dürften die schutzwürdigen **Interessen des Schuldners nicht über Gebühr beeinträchtigt** sein, zumal – wie oben gezeigt – ein entsprechender Mindestzinssatz in § 288 BGB sogar als denkbare Gesetzesinhalt in Betracht kommt. Im **B2B-Verkehr** gilt dies umso mehr, weil der **Gesetzgeber** selbst eine **Erhöhung des Verzugszinses auf 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz anstrebt**.

Unseres Erachtens muss jedoch bei der gebotenen **typisierenden, kundenfeindlichsten Auslegung** im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle berücksichtigt werden, dass ein Mindestverzugszins eben nicht nur bei geringfügig negativem Basiszinssatz eingreift, sondern auch bei einem Basiszinssatz von z. B. –1,0 %. Jedenfalls **im B2C-Verkehr** erscheint uns ein **Mindestverzugszins** daher **problematisch**, zumal der deutsche Gesetzgeber mit § 309 Nr. 5 BGB eine Regelung zur Inhaltskontrolle geschaffen hat, die über den Kontrollgehalt der RL 93/13/EWG gem. Art. 8 dieser Richtlinie hinausgeht (vgl. Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 309 Nr. 5 BGB Rn. 4 ff.). Im B2C-Verkehr liegt u. E. somit eher eine stringente Anwendung des § 309 Nr. 5 BGB auf Mindestzinssätze nahe. Ein **weniger strenger Maßstab** könnte jedoch **im B2B-Verkehr** gerechtfertigt sein. Denn hier bringen bereits die Richtlinien zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr hinlänglich zum Ausdruck, dass *a priori* jedes Mittel zur **Steigerung der Zahlungsmoral** grundsätzlich begrüßenswert erscheint (vgl. die geplante Erhöhung auf 9,0 %). Selbst unter Berücksichtigung der Schuldnerinteressen könnte somit eine über die gesetzliche Vorgabe hinausgehende Zinsregelung durchaus zulässig sein. Dies gilt u. E. jedenfalls dann, wenn durch eine Regelung sichergestellt wird, dass die Differenz zwischen gesetzlichem Verzugszins nach § 288 BGB und Mindestverzugszins eine bestimmte Schwelle (z.B. 0,5 %) nicht übersteigt.

3. Vertragliche Vereinbarung des reinen Basiszinssatzes

In der Praxis dürfte nur selten zu entscheiden sein, wie angesichts des negativen Basiszinssatzes vertragliche Vereinbarungen auszulegen sind, wonach der Verzugszinssatz identisch mit dem Basiszinssatz sein soll. Sollten die Vertragspartner, womöglich in Erwartung eines stets positiven Basiszinssatzes, in der Vergangenheit eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben, sind die Auswirkungen des seit 1.1.2013 negativen Basiszinssatzes auf derartige Basis-

zinsklauseln „ohne Aufschlag“ fraglich. Im Gesetz wird der Basiszinssatz in seiner Rohform lediglich bundesrechtlich in den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme zugrunde gelegt. In Bezug auf diese Regelung vertritt *Coen* (was er als Selbstverständlichkeit begreift), dass die Verzinsung entfällt, der negative Basiszinssatz aber nicht dazu führt, dass noch zusätzlich zur Sicherheitsleistung Zinsen zu entrichten sind (NJW 2012, 3329, 3332).

Im Gegensatz zu diesem Referenzfall kommt es bei einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung des reinen Basiszinssatzes als Verzugszinssatz auf die **Auslegung der Regelung im Einzelfall** an (§§ 133, 157 BGB). Ein für jeden Einzelfall verbindliches Auslegungsergebnis kann das DNotI naturgemäß nicht präsentieren. Ganz generell ist jedoch festzustellen, dass ein rational handelndes Wirtschaftssubjekt, welches eine Leistung an einen anderen erbringt, grundsätzlich nicht bereit sein dürfte, hierfür auch noch etwas zu zahlen. Um mit den Worten von *Coen* zu sprechen, ist ein **Markt, in dem Darlehen zu einem negativen Zins vergeben werden, schlichtweg nicht vorstellbar**. In einer solchen Situation wäre es für den Darlehensgeber offensichtlich vernünftig, von einer Darlehensvergabe abzusehen und das Darlehenskapital zu behalten. Andererseits sind bei dieser Grundaussage zwei Einschränkungen zu beachten (vgl. *Coen*, NJW 2012, 3329, 3330): So ist es zum einen durchaus vorstellbar, dass Realzinssätze sich an der allgemeinen Preisentwicklung orientieren sollen und daher negativ ausfallen können. Zum anderen kommt es in der Realität vor, dass ein Marktteilnehmer einem anderen Liquidität zur Verfügung stellt und dafür gleichwohl noch eine Vergütung entrichtet. Als alltägliches Beispiel hierfür nennt *Coen* (NJW 2012, 3329, 3330) gebührenpflichtige Girokonten ohne Verzinsung. In einem solchen Fall stehe gleichwohl nicht der Darlehens-, sondern der Geschäftsbesorgungs- und Verwahrungscharakter des Geschäfts im Vordergrund.

Aus den vorstehenden Erwägungen würden wir ableiten, dass Vertragsparteien bei Vereinbarung des reinen Basiszinssatzes für den Verzugsfall i. d. R. wohl keine Ausgleichszahlung des Gläubigers an den Schuldner i. H. v. 0,13 % Zinsen beabsichtigen. Vielmehr dürfte eine Verzinsung von 0 % dem typisierten Parteiwillen entsprechen. Die Annahme einer Ausgleichszahlung **widerspricht nicht zuletzt dem Sanktionscharakter vertraglicher Verzugszinsregelungen**. Andererseits halten wir im Einzelfall eine abweichende Auslegung nicht für völlig ausgeschlossen, wonach der Gläubiger zur Rückerstattung des negativen Basiszinssatzes verpflichtet sein soll. Bei diesen Sonderfällen dürfte es sich jedoch um **Ausnahmekonstellationen** handeln. Eine Rückvergütungsverpflichtung wäre z. B. vorstellbar, wenn die Regelung zum Basiszinssatz lediglich einen Saldoposten im Rahmen einer weitergehenden Vergütungsregelung darstellt oder wenn das Rechtsgeschäft dem Gläubiger die Möglichkeit einräumen soll, mit dem zur Verfügung gestellten Kapital größere Gewinne einzufahren.

4. Exkurs: Sonderfall eines zum Basiszinssatz verzinsten Grundpfandrechts

Nach einer ersten literarischen Stellungnahme könnte auch bei Grundpfandrechten, die mit dem bloßen Basiszinssatz zu verzinsen sind, eine von der Grundannahme der 0 %-Verzinsung abweichend zu beurteilende Konstellation vorliegen. Hierfür wird die Schutzwürdigkeit der nachrangig Berechtigten ins Feld geführt, da der Grundpfandrechtsgläubiger von einem positiven Basiszinssatz profitiere und ein negativer

Basiszins somit konsequenterweise zu seinen Lasten gehen müsse (so Kessler, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2012/2013, DAI-Skript, S. 321 f.). Eine Deckelung an der 0 %-Grenze – so ließe sich argumentieren – entspräche einer „**Mindestverzinsung**“, die in der **Eintragungsbewilligung** (§ 874 BGB) hinreichend zum Ausdruck gelangen müsste (BGHZ 35, 22; BGH NJW 1975, 1314; MünchKommBGB/Eickmann, 5. Aufl. 2009, § 1115 Rn. 26 m. w. N.). Andererseits ähnelt ein beidseitig flottierendes Grundpfandrecht in gewisser Weise einem **wertbeständigen Grundpfandrecht** (z. B. Koppelung des Grundschuldkapitals an die Entwicklung von Feingold), was eher gegen die Auslegung im Sinne einer negativen Verzinsung spricht. Denn seit Aufhebung des Gesetzes über wertbeständige Hypotheken v. 23.6.1923 (RGBl. I, S. 407) durch das Gesetz des Bundesgesetzgebers v. 28.12.1968 sind andere Wertmesser als Geld materiell-rechtlich nicht mehr zulässig (BGBl. I, S. 1451; vgl. Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, § 28 Rn. 100). Wenngleich die Rechtsprechung eine in positiver Hinsicht am Basiszinssatz orientierte Verzinsung für zulässig hält (BGH DNotZ 2006, 526; OLG München NJW-RR 2011, 1462), erscheint eine auch **negative Ausrichtung** an diesem Referenzwert, erst recht im Wege der Auslegung, **jedenfalls nicht zweifelsfrei**.

5. Fazit

Der negative Basiszinssatz ist u. E. bei künftigen Berechnungen dadurch zu berücksichtigen, dass von den Prozentpunkten gem. § 288 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB der **Nominalbetrag des negativen Basiszinssatzes subtrahiert** wird. Vertragliche Vereinbarungen, die einen **Mindestverzugszinssatz von stets 5 bzw. 8 %** postulieren, sind am **Maßstab der §§ 309 Nr. 5, 307 Abs. 1 S. 1 BGB** zu messen und daher insbesondere im B2C-Verkehr nicht *a priori* unproblematisch. Soweit in der Vergangenheit der reine Basiszinssatz „ohne Aufschlag“ vereinbart wurde, entfällt bei negativem Basiszinssatz grundsätzlich die Zinszahlungspflicht.

BGB § 2197

Zulässigkeit einer aufschiebend bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung; Rechtslage in der Schwebezeit

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat zwei Kinder. Der (geschäftsfähige) Sohn ist chronisch krank, lebt von einer Erwerbsunfähigkeitsrente und ist derzeit nicht auf sonstige Unterstützungsleistungen angewiesen. Möglicherweise muss er aber irgendwann in einem Heim leben. Ob und wann dieser Fall eintreten wird, ist nicht absehbar. Die Erblasserin möchte ihren Sohn einerseits davor schützen, dass er seinen Erbteil für einen möglichen Heimaufenthalt verwenden muss, und deshalb ein klassisches Behindertentestament errichten (Sohn als nicht befreiter Vorerbe, Tochter bzw. deren Abkömmlinge als Nacherben, Tochter als Testamentsvollstreckerin mit umfassender Verwaltungsanweisung). Andererseits möchte die Erblasserin ihren Sohn für den Zeitraum, in dem er (noch) nicht in einem Heim lebt, so wenig wie möglich beschränken.

Aus diesem Grund soll die Testamentsvollstreckung erst beginnen, wenn der Sohn in ein Heim kommt bzw. seinen Lebensunterhalt sonst nicht mehr selbst bestreiten kann.

II. Frage

Kann der Erblasser einen Termin für den Beginn der Testamentsvollstreckung festlegen, der deutlich nach seinem Tod liegt, sodass der betroffene Erbe bis zu diesem Zeitpunkt selbst verwaltungs- und verfügungsbefugt ist?

III. Zur Rechtslage

1. Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser

Die **Anordnung einer Testamentsvollstreckung („Ob“)** gem. den §§ 2197 ff. BGB kann **nur durch den Erblasser persönlich** erfolgen, nicht durch Dritte. Ebenso wenig können Dritte dazu ermächtigt oder bevollmächtigt werden, über die Anordnung der Testamentsvollstreckung zu entscheiden. Der Erblasser darf schließlich die Testamentsvollstreckung auch nicht in der Weise anordnen, dass eine bestimmte Person Testamentsvollstrecker werden soll, falls ein Erbe die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangt. Dies folgt daraus, dass bei der Testamentserrichtung eine Vertretung im Willen gem. **§ 2065 BGB** unzulässig ist (KG OLGE 44, 100; Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2013, § 2065 Rn. 13). Zulässig ist es dagegen nach **§ 2198 Abs. 1 S. 1 BGB**, wenn der Erblasser die **Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers** einem Dritten überlässt („Wer“).

2. Aufschiebend bedingte Anordnung der Testamentsvollstreckung

Vor dem Hintergrund der Testierfreiheit und der Stellung der §§ 158 ff. BGB im allgemeinen Teil des BGB ist zudem **allgemein anerkannt**, dass die **Anordnung der Testamentsvollstreckung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung** oder unter Bestimmung eines **Anfangs- oder Endtermins** erfolgen kann (Staudinger/Reimann, Neubearb. 2012, § 2211 Rn. 8; Hartmann, RNotZ 2008, 150, 151 m. w. N.). So darf der Erblasser bestimmen, dass die Anordnung erst mit dem Tode des Erben wirksam wird, oder sie davon abhängig machen, dass eine bestimmte Person Erbe wird. Des Weiteren ist es möglich, die Testamentsvollstreckung auf einen Erbteil, auf bestimmte Nachlassgegenstände oder die Ausführung einer Vermächtnisanordnung zu beschränken.

Das OLG Düsseldorf (NJW 1988, 2615) akzeptierte z. B. eine auflösend bedingte Anordnung der Testamentsvollstreckung für den Zeitraum, in dem ein Miterbe einer religiösen, pseudoreligiösen oder wissenschaftlichen Sekte angehört oder mit den Interessen und Zielen einer solchen Sekte eng verbunden ist. Entscheidend war, dass die **Bedingung durch den Erblasser selbst gesetzt** wurde. Denn auch die Bestimmung der Dauer der Testamentsvollstreckung kann nicht in die Hände eines Dritten, insbesondere nicht des Testamentsvollstreckers selbst, gelegt werden (BGHZ 41, 23, 25; Staudinger/Otte, § 2065 Rn. 13).

In der Literatur wird die Anordnung einer aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung als Abwicklungsvollstreckung für den Fall empfohlen, dass die Erben den Nachlass nicht binnen zwei Jahren nach nachlassgerichtlicher Eröffnung des Testaments unter Beachtung einer Teilungsanordnung des Erblassers bzw. einvernehmlich auseinandergesetzt haben (Ruby, ZEV 2007, 18, 20), ferner dann, wenn der erstversterbende Ehegatte im Rahmen einer Wiederverheirathungsklausel wünscht, dass ab Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten zwar keine Beendigung der Vollerbenstellung, jedoch der Verlust der freien Verfügungsbefugnis des verbleibenden Ehegatten eintreten soll (Hartmann, RNotZ 2008, 150, 151).

Auch im **vorliegenden Sachverhalt** soll die Anordnung der Testamentsvollstreckung als solche nicht vom Willen des Erben oder eines Dritten abhängen, sondern allein von dem **objektiven Umstand**, dass der betreffende Miterbe in ein Pflegeheim kommt oder seinen Lebensunterhalt sonst nicht mehr selbst bestreiten kann. Nach den vorstehenden Überlegungen dürfte die Anordnung einer derartigen aufschiebenden Bedingung daher ohne Weiteres **zulässig** sein. Bei der Formulierung sollte jedoch auf einen klar bestimm- baren Zeitpunkt geachtet werden, damit der **Bedingungseintritt objektiv eindeutig feststellbar** ist. Wirksamkeitsbedenken (vor allem wegen § 138 BGB) dürften nicht bestehen, da der BGH das Behindertentestament generell anerkannt hat (DNotZ 2011, 381, 386; DNotZ 1994, 380).

3. Rechtslage in der Schwebezeit bis zum Bedingungseintritt

Bislang **kaum erörtert** wurde allerdings, welche **weiteren Rechtsfolgen** sich an die Anordnung einer aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung knüpfen. Konkret stellt sich die Frage, ob der Erbe bis zum Eintritt der Bedingung völlig frei in der Verwaltung und Verfügung über Nachlassgegenstände ist, oder **ob die bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung** bereits im Schwebezustand **gewisse Vorwirkungen zeitigt**.

Nach § 2205 BGB führt die Testamentsvollstreckung dazu, dass dem Erben die **Verwaltung des Nachlasses entzogen** und dem Testamentsvollstrecker übertragen wird. **Eigengläubiger des Erben können** während der Dauer der Testamentsvollstreckung **in den Nachlass nicht vollstrecken** (§ 2214 BGB); möglich ist allein eine Befriedigung der Nachlassgläubiger aus dem Nachlass. Zudem handelt es sich bei dem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassvermögen im Interesse der Erhaltung des Nachlasses nach allgemeiner Ansicht um ein vom übrigen Vermögen des Erben rechtlich getrenntes **Sondervermögen**. Verfügungen des Testamentsvollstreckers über Nachlassgegenstände führen zu einer **dinglichen Surrogation**. Die Rechtsprechung verweist in diesem Zusammenhang zu- meist auf eine analoge Anwendung des § 2041 BGB (RGZ 138, 132, 134; BGH NJW 1991, 842; OLG Hamburg MDR 1982, 849, 850; OLG Hamm ZEV 2001, 275; BayObLG DNotZ 1993, 399, 401). In der Literatur wird teilweise eine Analogie zu § 2111 BGB befürwortet (Hartmann, RNotZ 2008, 150, 152), teilweise eine Gesamtanalogie zu den Vorschriften der §§ 2019, 2041, 2111 BGB (BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.8.2012, § 2205 Rn. 5).

Nach Auffassung von **Hartmann** (RNotZ 2008, 150, 152 f.) **kommt eine Vorwirkung** der aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung **nicht in Betracht, wonach** dem Erben die **Verfügungsbefugnis** bereits vor Bedingungseintritt **entzogen** ist. Anderenfalls bestünde – da ein Testamentsvollstrecker gerade noch nicht im Amt ist – während der Schwebezeit eine Verfügungsbefugnis für niemanden und damit ein gesetzlich nicht tolerierter Zustand. Auch der Zugriff der Eigengläubiger des Erben auf die Nachlassgegenstände könne während des Schwebezustands nicht analog § 2217 BGB ausgeschlossen werden, da dies lediglich die Kehrseite des Entzugs der Verfügungsbefugnis beim Erben darstelle. Letzterem stehe jedoch bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung die volle Verfügungsbefugnis zu. Die auf die Testamentsvollstreckung analog anwendbaren **Surrogationsvorschriften** sollen hingegen **bereits in der Schwebezeit vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung anzuwenden** sein. Der Erblasser habe durch Anordnung der Testamentsvollstreckung zu erkennen gegeben,

dass er ab einem späteren Zeitpunkt den Nachlass als ein Sondervermögen behandelt wissen will. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung basiere daher auf der Annahme, dass beim Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Nachlass als solcher als Sondervermögen noch erkennbar vorhanden sei. Dies setze jedoch zwingend voraus, dass eine Vermengung des Nachlasses mit dem Eigenvermögen des Erben zumindest nur vorläufig eintrete. Damit die Zielsetzung des Erblassers überhaupt erreicht werden könne, müsse in der Schwebezeit die gegenständliche Erhaltung des Nachlasses als künftiges Sondervermögen gewährleistet werden. Dies lasse sich nur durch eine entsprechende vorwirkende Anwendung der Surrogationsvorschriften erreichen.

Auch laut **Reimann** (in: Staudinger, § 2211 Rn. 8) sind die Wirkungen der Testamentsvollstreckung (vor allem Entzug der Verfügungsbefugnis des Erben gem. § 2211 BGB und Eintritt der Abschirmwirkung des § 2214 BGB) nach dem Wortlaut des Gesetzes daran geknüpft, dass der betreffende Nachlassgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Daher wäre bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes der Nachlass in Zeiten, in denen eine Testamentsvollstreckungsanordnung nicht bestehe, ohne den Schutz der Testamentsvollstreckung, insbesondere ohne den Schutz des § 2214 BGB. **Reimann** hält in solchen Fällen eine **Auslegung des Testaments** dahingehend für erforderlich, ob dem Testamentsvollstrecker in diesem Zeitraum zumindest ein „latentes“ **Verwaltungsrecht** eingeräumt sei. Es stelle sich dann jedoch die Frage, wie die Verfügungsbefugnis konkret ausgestaltet sei, **wie** also die **Rechte von Erbe und Testamentsvollstrecker gegeneinander abzugrenzen** seien. Im Ergebnis hält er eine entsprechende **Klarstellung im Testament** für geboten.

4. Fazit

Da höchstrichterliche Rechtsprechung bisher fehlt, sind die **Rechtsfolgen** der aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung **in der Schwebezeit** noch **nicht abschließend geklärt**. Unseres Erachtens **empfiehlt es sich** somit, die **Rechtsstellung des Erben** (sowie des künftigen Testamentsvollstreckers) in der Schwebezeit **ausdrücklich** in der Urkunde **zu regeln**. Insbesondere sollte klargestellt werden, in welchem Umfang der Erbe bis zum Eintritt der Bedingung in der Verwaltung und Verfügung über Nachlassgegenstände frei sein soll. Bei einer umfassenden Befreiung des Erben dürfte allerdings die Abschirmwirkung des § 2214 BGB zeitweise verloren gehen. Gleichwohl hätte der Erbe unter Umständen die Rechtswirkungen einer dinglichen Surrogation und die damit einhergehende rechtliche Trennung von Eigen- und Nachlassvermögen zu beachten.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB § 311b Abs. 1

Beurkundungsbedürftigkeit eines bereits jahrelang bestehenden Mietvertrags bei nachträglicher Vereinbarung eines Ankaufsrechts des Mieters

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1098 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 473, 883

Keine Anwendung der Rechtsprechung zur „Wiederaufladung der Vormerkung“ auf dingliches Vorkaufsrecht

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 15 ff.

Österreich/Japan/Australien: Scheidungsvereinbarung durch Eheleute mit österreichischer und japanischer Staatsangehörigkeit; Bestimmung des Unterhaltsstatuts im Verhältnis zu Japan

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 138, 242

Ehevertragliche Vereinbarung von Gütertrennung; Frage der Sittenwidrigkeit

a) **Der Zugewinnausgleich ist einer ehevertraglichen Disposition im Hinblick auf die nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts am weitesten zugänglich (Festhaltung an Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601).**

b) **Zur Bedeutung von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen.**

BGH, Urt. v. 21.11.2012 – XII ZR 48/11

Abruf-Nr.: **11072R**

Problem

Die etwa gleichaltrigen Parteien streiten im Scheidungsverfahren um Zugewinnausgleich und dabei insbesondere um die Wirksamkeit eines Ehevertrags. Die Ehegatten haben im Jahre 1985 geheiratet und sind **einen Tag vor der Eheschließung** einen notariell beurkundeten **Ehevertrag** eingegangen, in dem sie **Gütertrennung vereinbart**, den **Versorgungsausgleich ausgeschlossen** und für den Fall der Scheidung **gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt verzichtet** haben. Der Vertrag enthielt ferner eine umfassende salvatorische Klausel.

Die Ehefrau ist gelernte Bankkauffrau, hat allerdings in diesem Beruf nach Abschluss ihrer Ausbildung im Jahre 1977 nie gearbeitet. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahre 1985 war sie arbeitslos. Der Ehemann ist Polizeibeamter und war zeitweise stiller Teilhaber eines großen Fitnessstudios. Die Ehefrau war in diesem Fitnessstudio während der Ehe zeitweise auf Basis eines sozialversicherungsfreien Beschäftigungsverhältnisses geringfügig beschäftigt. Eine darüber hinausgehende Erwerbstätigkeit übte sie bis zur Trennung im Januar 2008 nicht mehr aus. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, von denen das jüngste im Jahr 1996 geboren wurde.

Das Scheidungsverfahren ist seit März 2009 rechthängig. Die Ehefrau hat u. a. in der Folgesache Zugewinnausgleich Stufenklage erhoben und vom Ehemann Auskunft über

sein Endvermögen zum Stichtag der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens verlangt. Der Auskunftsantrag ist vom Amtsgericht abgewiesen, die daraufhin eingelegte Berufung vom OLG zurückgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Ehefrau, die damit ihre güterrechtlichen Auskunftsansprüche weiterverfolgt.

Entscheidung

Die zulässige Revision hat in der Sache **keinen Erfolg**. Das Berufungsgericht ist laut BGH zu Recht davon ausgegangen, dass die Parteien den Zugewinnausgleich wirksam ausgeschlossen haben. Wie der Senat bereits mehrfach dargelegt habe, dürfe die **grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen** zwar nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden könne. Dies 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 – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe **unzumutbar** erscheine. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen dabei nach Ansicht des BGH umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen dabei einer umso genaueren Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den **Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts** eingreift. Zu diesem Kernbereich gehöre nach gefestigter BGH-Rechtsprechung in erster Linie der Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB. Im Übrigen sei eine Rangabstufung vorzunehmen, die sich vor allem danach bemesse, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage hätten.

Der BGH weist darauf hin, dass der **Zugewinnausgleich** nach seiner ständigen Rechtsprechung zur **Wirksamkeitskontrolle** von Eheverträgen **gem. § 138 BGB einer ehevertraglichen Disposition am weitesten zugänglich** ist. Ein Ausschluss des gesetzlichen Güterstands könne – für sich genommen – regelmäßig nicht sittenwidrig sein. An dieser Auffassung hält der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung im Grundsatz fest.

Der Zugewinnausgleich diene ebenso wie der Versorgungsausgleich der Aufteilung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen der Eheleute, welches nur wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet gewesen sei (so bereits BVerfG NJW 2003, 2819). Die **formal ausgestalteten Regelungen über den Zugewinnausgleich** griffen allerdings über die teleologischen Grundlagen des Teilhabeanspruchs (Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit) deutlich hinaus, soweit sie auch solche Partnerschaften dem Ausgleich ehezeitlicher Vermögenszuwächse unterwürfen, in denen eine dem klassischen Ehetyp der Alleinverdienerehe entsprechende Rollenverteilung überhaupt nicht stattgefunden habe und indem sie – von den wenigen Ausnahmen des § 1374 Abs. 2 BGB abgesehen – auch solchen Zugewinn in den Ausgleich einbezögen, zu dem der andere Ehegatte nicht beigetragen haben könne. Der Grundgedanke des Zugewinnausgleichs, den in der Ehe eingetretenen Vermögenszuwachs zumindest teilweise ungeachtet der Herkunft des Vermögens und ungeachtet der Rollenwahl der Partner in der Ehe nach einem Halbteilungsmaßstab auszugleichen, könne zwar **durch ein zwingendes Bedürfnis nach Pau-**

schalierung und Vereinfachung gerechtfertigt werden. **Ansonsten** werde er aber **durch keines der bekannten Begründungsmodelle** für den Anspruch auf Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten (z. B. Ausgleich für den mit dem Verzicht auf eigenverantwortliche Vermögensbildung einhergehenden Verzicht auf eigene Erwerbstätigkeit; Ausgleich dafür, dem anderen Ehegatten dessen Erwerbstätigkeit ermöglicht zu haben; Ausgleich für Ehegattenmitarbeit in Beruf und Geschäft des anderen Ehegatten oder für Konsumverzicht während der Ehe) dogmatisch überzeugend **legitimiert**. Die insoweit **als Korrektiv zur gesetzlichen Typisierung zu verstehende güterrechtliche Vertragsfreiheit der Ehegatten** umschließe das Recht, den von ihnen als unbillig oder unbefriedigend empfundenen Verteilungsergebnissen des gesetzlichen Güterstands durch eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Vermögenssphäre zu begegnen und in diesem Rahmen auch eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zum Familienunterhalt vornehmen zu können (so bereits BGHZ 158, 81 = DNotZ 2004, 550). Ausgeschlossen wäre eine solche autonome Bewertungsbefugnis der Ehegatten nur dann, wenn die Verfassung eine ökonomische Gleichbewertung derjenigen Beiträge erzwänge, die von den Ehegatten während bestehender Ehe im Unterhaltsverband erbracht worden seien. Dafür fehle es jedoch an einer verfassungsrechtlich überzeugenden Herleitung.

Auch für Unternehmerehen, in denen der selbständig erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge nicht durch die Bildung von Vorsorgevermögen i. S. d. § 2 VersAusglG, sondern im Wesentlichen durch die Ansammlung privaten Vermögens aufbaue, habe der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung an der **Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs** stets festgehalten. Hierbei habe sich der Senat zu einer Korrektur des vertraglichen Zugewinnausgleichsausschlusses im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle auch dann nicht veranlasst gesehen, wenn bereits bei Vertragschluss absehbar gewesen sei, dass sich der andere Ehegatte ganz oder teilweise aus dem Erwerbsleben zurückziehen würde und ihm deshalb eine vorhersehbar nicht kompensierte Lücke in der Altersversorgung verbleibe. Vielmehr habe der Senat ein **überwiegendes legitimes Interesse des erwerbstätigen Ehegatten** anerkannt, das **Vermögen seines selbständigen Erwerbsbetriebs** durch die Vereinbarung der **Gütertrennung einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff** seines Ehegatten **im Scheidungsfall zu entziehen** und damit nicht nur für sich, sondern auch für die Familie die Lebensgrundlage zu erhalten (BGH FamRZ 2007, 1310, 1311 = DNotZ 2008, 130; DNotZ 2008, 459). Auf die an dieser Rechtsprechung geäußerte Kritik müsse vorliegend nicht weiter eingegangen werden, da der Ehemann während der gesamten Ehezeit beamtenrechtliche Versorgungsanswartschaften erworben habe.

Von ausschlaggebender Bedeutung sei ferner, dass die generelle Ausdehnung des Kernbereichs der Scheidungsfolgen auf das Güterrecht die Grenze des zulässigen Eingriffs in die Privatautonomie der Ehegatten überschreite. Mit dem **Ausschluss des Güterstands der Zugewinngemeinschaft** würden die Ehegatten lediglich von einer **im Gesetz ausdrücklich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit** Gebrauch machen (BGH FamRZ 2007, 1310, 1311). Die unter fairen Verhandlungsbedingungen getroffene Entscheidung der Ehegatten, sich einem anderen durch das Gesetz ausdrücklich vorgehaltenen vertraglichen Güterstand zu unterstellen, könne für sich genommen regelmäßig nicht die Missbilligung der Rechtsprechung finden.

Vermöge die Vereinbarung der Gütertrennung für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen, könne sich ein Ehevertrag freilich im Rahmen einer **Gesamtwürdigung** als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abziele. Im vorliegenden Fall lasse sich eine Sittenwidrigkeit indes nicht begründen. Insbesondere könne auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche **verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten** geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt sei, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit die Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegele. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lasse sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen. Zwar könne ein **unausgewogener Vertragsinhalt ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition** des belasteten Ehegatten sein; das Verdikt der Sittenwidrigkeit sei gleichwohl in der Regel **nicht gerechtfertigt, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände** zu erkennen seien, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere durch Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten. Im konkreten Fall bestünden hierfür aber keine Anhaltspunkte.

Die vom Berufungsgericht gesehene **Teilnichtigkeit führe aufgrund der salvatorischen Klausel nicht gem. § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags**. Seien ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellbar, lasse sich im

Einzelfall durchaus annehmen, dass ein teilweise nichtiger Ehevertrag auch ohne seine unwirksamen Bestimmungen geschlossen worden wäre, wofür zudem die Existenz der salvatorischen Klausel spreche.

Abschließend geht der BGH auf eine **Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB** ein. Zu prüfen sei insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergebe. Die Berufung auf eine wirksam **vereinbarte Gütertrennung** könne sich allerdings **nur unter engen Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich** erweisen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH hindere der Umstand, dass sich der eine Ehegatte in der Ehe der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet und entgegen den Erwartungen bei Vertragsschluss Nachteile beim Aufbau einer eigenständigen Altersversorgung erlitten habe, selbst in den Fällen der Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich den anderen Ehegatten nach Treu und Glauben grundsätzlich nicht, sich auf eine von den Parteien wirksam vereinbarte Gütertrennung zu berufen (vgl. bereits BGH DNotZ 2008, 459).

Weil die Versorgungsnachteile der Ehefrau systemgerecht über den Versorgungsausgleich auszugleichen seien, der wegen Sittenwidrigkeit des Ausschlusses vorliegend auch durchzuführen sei, könne die Frage dahinstehen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen dem haushaltsführenden Ehegatten über einen (modifizierten) Zugewinnausgleich hinaus ein Ausgleich für die in der Ehezeit entgangene Altersversorgung zukomme. Für einen darüber hinausgehenden Nachteilsausgleich verbleibe kein Raum.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg