

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 1991

Das Notariat in den alten und neuen Bundesländern – Grundlagen und Perspektiven*

(von Notar Willi Weichler, Düsseldorf)

I. Grundlagen

1. Geschichtlicher Hintergrund
2. Der Kernbereich notarieller Tätigkeiten
3. Folgerungen

II. Das Notariat in den neuen Bundesländern

1. Vor der Wiedervereinigung
2. Nach der Wiedervereinigung
3. Die weitere Entwicklung

III. Perspektiven

1. Europäische Entwicklung
2. Überörtliche Sozietäten
3. Zusammenfassung

Unsere freiheitliche demokratische Grundordnung erfordert eine funktionierende Justiz. Wir haben zwar stets die Rechtspflege als eine der Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats begriffen; welche Bedeutung aber die Rechtspflege für unseren freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat und die soziale Marktwirtschaft tatsächlich hat, ist uns bei der Eingliederung der neuen Bundesländer mit besonderer Eindringlichkeit vor Augen geführt worden. Die Bürger in den neuen Ländern erwarteten zu Recht eine Abkehr von der Willkür staatlicher Organe, eine Rechtsprechung. Sie mögen zwar zuweilen irreale Vorstellungen vom Rechtsstaat haben und sofortige Gerechtigkeit auf allen Gebieten wünschen. Sie wollen den für sie neuen Staat bejahen, verlangen aber die Sicherung ihrer Arbeitsplätze und Investitionen zur Schaffung neuer Arbeitsplätze. Dabei stellen sie und wir fest, daß Voraussetzung dafür wie für alle Investitionen eine geordnete freiwillige Gerichtsbarkeit, ein ordentlich geführtes Grundbuch und Handelsregister und darüber hinaus eine funktionierende Gerichtsbarkeit ist. Ein Teil dieser Gerichtsbarkeit, der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist das Notariat.

I. Grundlagen

Über die Grundlagen des Notariats und den Kernbereich notarieller Tätigkeiten bestehen vielfach auch unter Juristen noch Fehlvorstellungen. Sie haben ihre Ursache vor allem darin, daß der Notar in gleicher Weise wie der Beruf des Arztes, Apothekers, Architekten, Steuerberaters und Rechtsanwalts als freier Beruf eingeordnet wird. Dies ist allenfalls insoweit richtig, als auch der Notar für die Bereitstellung seines persönlichen und sachlichen Apparates allein verantwortlich ist. Das ist aber nur

eine soziologische Beschreibung, nicht eine zutreffende rechtliche Einordnung. Organisationsrechtlich ist der Notar in die öffentlich-rechtliche Staatsverwaltung eingebunden. Die Notare üben – wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat – keinen freien Beruf aus, sondern sind gem. § 1 BNotO – im Gegensatz zu allen anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen – Inhaber eines öffentlichen Amtes, das weder verkauft noch vererbt noch sonst übertragen werden kann.

Der Notar ist zur Erfüllung von Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt. Diese vorsorgende Rechtspflege ist aber eine originäre Staatsaufgabe, die einem staatlichen Hoheitssträger vorbehalten bleiben muß; deshalb sind die Aufgaben des Notars zwingend hoheitlich ausgestaltet. Das Notariat weist nur insoweit Elemente eines freien Berufes auf, als das persönlich übertragene Notaramt organisatorisch aus dem Justizapparat ausgegliedert ist, vom Notar eigenverantwortlich und unabhängig geführt wird und dem Notar aus seiner Tätigkeit eigenes Gebührenaufkommen zufließt. Die gesamte Tätigkeit des Notars ist aber öffentlich-rechtlicher Natur und muß dies aus verfassungsrechtlichen Gründen auch sein¹. Hoheitliche Dienstaufsicht, Zugangsbeschränkung, Werbeverbot und feste Gebührenordnung folgen unmittelbar aus dieser öffentlich-rechtlichen Amtsstellung des Notars und nicht – was häufig angenommen wird – aus einem überholten oder gar verfassungsrechtlich bedenklichen Standesrecht.

1. Geschichtlicher Hintergrund

Wenn § 1 BNotO festlegt, daß für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege Notare als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes bestellt werden, so hat dies auch einen historischen Hintergrund. Seit seinen Ursprüngen zeichnet sich das Notariat durch die Nähe zu den staatlichen Einrichtungen aus. Es begann damit, daß in der Spätantike der „notarius“ als kaiserlicher Beamter installiert wurde. Im oberitalienischen Reich der Langobarden bildete sich dann die Übung der Gerichte heraus, die Beurkundung auf angestellte Schreiber zu delegieren, wobei den so im richterlichen Auftrag erstellten Urkunden öffentlicher Glaube zukam. Zum Ende des 11. Jahrhunderts entwickelte sich der notarius vom Urkundsgehilfen des Richters zum gerichtsunabhängigen, wirtschaftlich und organisatorisch verselbständigte Beruf. Auch der fränkische Gerichtsschreiber wurde zum Notar, als die von ihm verfaßte Urkunde kraft kaiserlicher und päpstlicher Verleihung öffentlichen Glauben gewonnen hatte, was stets an die Wahrung der Formen und den Gebrauch des Siegels geknüpft war. Am 8.10.1512 hat Kaiser Maximilian I. nach Billigung durch den Reichstag zu Köln schließlich die Reichsnotariatsordnung erlassen, deren Grundsätze und einige Einzelvorschriften des Beurkundungswesens auch heute noch Gültigkeit haben.

Aus dem Umstand, daß sich die Reichsnotariatsordnung dann im weiteren geschichtlichen Verlauf in Partikularrechte auf-

* Schriftliche Fassung eines Vortrages, den der Verfasser in seiner Eigenschaft als Präsident der Rheinischen Notarkammer am 26.11.1991 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Vereinigung e.V., Düsseldorf, ge-

halten hat. Der Verfasser dankt für die Zustimmung zur Veröffentlichung. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 BVerfGE 17, 371, 377 ff.

löste, resultieren vor allem die unterschiedlichen Notariatsverfassungen, die wir heute kennen. Das Beamten- und Richternotariat in Baden-Württemberg zeigt uns, daß das Notariat auch als Staatsbehörde organisiert werden kann. Die dortigen Notare nehmen dabei gleichzeitig die Aufgaben des Nachlaßgerichts, des Grundbuchamts und – im OLG-Bezirk Stuttgart – teilweise auch des Vormundschaftsgerichts wahr. Das Anwaltsnotariat, das in den Ländern Berlin, Bremen, Schleswig-Holstein, Hessen, im OLG-Bezirk Hamm, im LG-Bezirk Duisburg und im AG-Bezirk Emmerich gilt, geht auf eine Entscheidung Friedrich des Großen zurück, der auch die Anwaltschaft der staatlichen Aufsicht zu unterwerfen suchte. Es folgt preußischer Rechtstradition. Das Nurnotariat in den Ländern Bayern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Hamburg, in den OLG-Bezirken Düsseldorf und Köln mit den vorbezeichneten Ausnahmen ist jetzt auch in den fünf neuen Bundesländern eingeführt worden.

Diese unterschiedlichen Notariatsverfassungen sind auch nicht beseitigt worden, als sich die Verfasser der Reichsnotarordnung 1937 und der Bundesnotarordnung 1961 grundsätzlich dafür entschieden haben, das Nurnotariat als Regelform des Notariats festzuschreiben. Die Beibehaltung der verschiedenen Notariatsformen verstößt – so das Bundesverfassungsgericht² – weder gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG noch gegen den Grundsatz der freien Berufswahl des Art. 12 GG. Die Schwierigkeit, das in einer weitverbreiteten Rechtstradition wurzelnde Anwaltsnotariat abzuschaffen, sah das Bundesverfassungsgericht als ausreichenden Grund an, beide Notariatsformen – Nurnotariat und Anwaltsnotariat – in ihrem bisherigen Umfang nebeneinander bestehen zu lassen.

Dieses Nebeneinander kenne ich aus der Tätigkeit in der Rheinischen Notarkammer und in der Bundesnotarkammer. In beiden Kammern arbeiten Kollegen beider Notariatsverfassungen unter einem Dach zusammen. Im Bereich der Rheinischen Notarkammer verläuft die Grenze zwischen dem Nur- und dem Anwaltsnotariat quer durch den Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf und in einem Fall – Duisburg-Rheinhausen – sogar quer durch einen Amtsgerichtsbezirk. Dieses Nebeneinander beruht auf einer Entscheidung der königlichen Immediat-Justizkommission, die sich hinsichtlich der 1815 durch Preußeneroberten Rheinlande dafür ausgesprochen hatte, das in den Rheinlanden bestehende Nurnotariat beizubehalten. Dabei ist es bis heute geblieben: Grundlage hierfür war der gegenseitige Respekt vor der jeweiligen anderen Notariatsverfassung und der Umstand, daß diese von der anderen Seite nicht in Frage gestellt wird.

2. Der Kernbereich notarieller Tätigkeiten

Unabhängig von der Frage der Notariatsverfassung unterliegt die Ausübung des Notaramtes überall im Anwalts- wie im Nurnotariat denselben Anforderungen. Im Vordergrund notarieller Tätigkeiten steht dabei die Errichtung öffentlicher Urkunden. Diese zeichnen sich gem. § 415 ZPO durch eine gesteigerte Beweiskraft aus und eröffnen auch den Zugang zu den öffentlichen Büchern, insbesondere dem Grundbuch und dem Handelsregister. Das Beurkundungsrecht, das im wesentlichen im Beurkundungsgesetz niedergelegt ist, und das notarielle Amtsrecht sichern die zweifelsfreie Niederlegung des zuvor ermittelten Willens der Beteiligten, die materiell-rechtliche Richtigkeit der Urkunde und die sachgerechte Belehrung der Beteiligten. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts steht der Notar hierbei funktional in weiten Teilen einem Richter nahe³. Schlagwortartig läßt sich die Funktion des Notars als „Richter im Vorfeld“ beschreiben. Die notarielle Urkunde hat nach den einschlägigen Bestimmungen aller Prozeß- und Verfahrensordnungen des deutschen Rechts die Vermutung der Echtheit und Richtigkeit für sich. Anders als im angelsächsischen und im anglo-amerikanischen Rechtskreis, in dem der Zeugenbeweis im Vordergrund steht, ist die Urkunde nach unserem Prozeß- und Verfahrensrecht ein besonderes Beweis-

mittel. Die mit öffentlichem Glauben versehene notarielle Urkunde trägt damit wesentlich zur Entlastung, Verkürzung und Beschleunigung der Verfahren vor den Gerichten und Registern bei und nimmt den Verhandlungsstoff vorweg, der sonst von diesen erst erarbeitet werden müßte, soweit die Urkunde nicht überhaupt einen Prozeß überflüssig werden läßt.

Die richternahe und gerichtsentlastende Funktion notarieller Tätigkeit wird in einigen gesetzlichen Aufgabenzuweisungen besonders sichtbar. So ist der Notar neben der Beurkundung von Grundstücksveräußerungs- und Gesellschaftsverträgen, von Ehe- und Erbverträgen befugt, vollstreckbare Urkunden aufzunehmen, die als Vollstreckungstitel Grundlage des zwangsweisen, staatlichen Zugriffs auf das Schuldnervermögen sind. Vor dem Notar kann ein Scheidungsfolgenvertrag abgeschlossen werden, der zahlreiche regelungsbedürftige Fragen aus dem streitigen gerichtlichen Ehescheidungsverfahren ausklammert. Wie das Gericht kann der Notar auch Erbscheinsanträge beurkunden sowie freiwillige Versteigerungen und Nachlaßauseinandersetzungen durchführen. Seit kurzem kann der Notar gem. § 1044 b ZPO einen außergerichtlichen Anwaltsvergleich für vollstreckbar erklären, wobei es sich nicht um eine beurkundungsrechtliche, sondern um eine zivilprozeßuale Funktion in einem Erkenntnisverfahren besonderer Art handelt. In all diesen Bereichen wird der Notar wie ein Richter tätig. Beide konkurrieren miteinander.

Aus der Nähe zum Richterberuf folgt notwendigerweise, daß die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit des Notars zum Wesensgehalt notarieller Tätigkeit gehören. Diese können nicht allein durch die Persönlichkeit des Notars begründet sein, sondern müssen im Interesse der vorsorgenden Rechtspflege institutionell abgesichert werden. Hierzu gehören insbesondere die hohen Anforderungen, die an die fachliche und persönliche Eignung des Notars und an seine Amtsausübung gestellt werden. Diese sind zwingend erforderlich, da ein wesentliches „Produkt“ seiner Tätigkeit – die notarielle Urkunde – erst im Nachhinein entweder im Wege der Dienstaufsicht oder im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit – überprüft werden kann. Der Nachteil dieser Prüfung liegt darin, daß der Schaden dann – eine unzulängliche Arbeit des Notars unterstellt – immer schon eingetreten ist. Nicht zuletzt aus diesem Grunde ist die fachliche Befähigung des Notars von entscheidender Bedeutung.

Die Flut der Gesetze, die komplizierten Regelungen und der Trend, alles und jedes gesetzlich zu erfassen und zu bestimmen, haben den Bereich der Privatautonomie verengt und die Erfüllung der Aufgaben des Notars gleichzeitig erschwert. Mehr und mehr müssen sich die Notare in der Rolle von „Sozialingenieuren“ des Rechts sehen, wie es in einer Presseveröffentlichung hieß. Der Notar versteht sich eben nicht als „jemand, der daneben sitzt und mitschreibt, was andere ausmachen“. Ein großer Teil der Öffentlichkeit vertraut zwar der Unbestechlichkeit dieser Institution, hält den Notar aber gleichwohl für einen Lord-Siegelbewahrer, der beglaubigt, beurkundet und bestätigt, der aber nicht selbst berät, belehrt und gestaltet. Wäre der Notar nur Standesbeamter für Vertragsabschlüsse, bedürfte dieser Beruf sicherlich keiner volljuristischen Ausbildung und einer mindestens dreijährigen zusätzlichen Spezialschulung als Notarassessor oder einer langjährigen Anwaltsfahrung.

Während in der streitigen Gerichtsbarkeit gleich mehrere Volljuristen als Richter und Anwälte um das Recht und die Gerechtigkeit ringen, ist der Notar allein auf sich gestellt. Er ist bei der Bewältigung dieser Aufgaben auf seine Unparteilichkeit, seine Unabhängigkeit, seine Rechtskenntnisse und das Standesrecht verwiesen. Gleichwohl steht er bei der Vertragsgestaltung häufig wie der Richter zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien und muß, wie es ihm das BeurkG in § 17 Abs. 1 S. 1 befiehlt, „den Willen der Parteien erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des

Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben“.

Dabei ist dem Notar auch ein besonderer sozialer Auftrag auf den Weg gegeben. Denn er hat darauf zu achten – so das Beurkundungsgesetz –, Zitat „daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“. Dies führt dazu, daß der Notar mehr denn je für eine sorgfältige und ausgewogene Vertragsgestaltung Sorge tragen muß.

3. Folgerungen

Daraus läßt sich folgendes ableiten: Es ist erwünscht, daß ein Notar durch die Qualität seiner Urkunde und seiner Beratung und durch die sachgerechte und zügige Bearbeitung der ihm erteilten Aufträge auf seine Fähigkeiten aufmerksam macht. Weder durch seine Einbindung in den Staatsapparat noch durch die Einbeziehung in die jeweilige Notarkammer ist er gehalten, ein notarielles Einheitsprodukt mit standardisierten Leistungsmerkmalen zu liefern. Als Inhaber eines öffentlichen Amtes und Teil der vorsorgenden Rechtspflege muß dem Notar allerdings die am gewerblichen Markt orientierte Werbung untersagt sein. Insbesondere Preisgegenüberstellung und Preisunterbietung, Anpreisungen der eigenen Leistungen und Aktivitäten, die über sachfremde Vorgänge Aufmerksamkeit für ihn erzeugen, sind mit seiner Stellung unvereinbar.

Die von den Notaren erfüllten staatlichen Aufgaben gebieten auch eine am verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz orientierte Regelung der Notarkosten. Diese dürfen ebensowenig Gegenstand eines Handels sein wie etwa die Höhe der Gerichts- und Verwaltungsgebühren. Entsprechend dem sozialstaatlichen Anliegen, notarielle Betreuung von bestmöglichlicher Qualität für jedermann erreichbar zu machen, stellt das System der Wertgebühr sicher, daß der Notar unabhängig von dem in Rede stehenden wirtschaftlichen Wert tätig wird. Arbeitsaufwand und -umfang werden allein durch den zu regelnden Sachverhalt bestimmt. Umgekehrt richtet sich die Höhe der Gebühr nicht nach dem Aufwand, sondern allein nach dem Grad der wirtschaftlichen Betroffenheit. Insoweit entspricht die Notargebühr regelmäßig der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beteiligten. Vorgänge von wirtschaftlich geringerer Bedeutung werden nicht nach dem Aufwand und damit mit Gebühren belastet, die von den Beteiligten nicht getragen werden können. In diesem Zusammenhang seien die vielfältigen Aufgaben des Notars etwa im Zusammenhang mit Adoptionen, Erbausschlägungen und Erbscheinsanträgen erwähnt, die häufig bei niedrigen Geschäftswerten außerordentlich zeit- und arbeitsaufwendig und daher nicht kostendeckend sind. Außerdem darf der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Über Beschwerden wegen Amtsverweigerung entscheidet eine Zivilkammer des Landgerichts. Ferner hat der Notar einem Beteiligten, dem nach den Vorschriften der ZPO Prozeßkostenhilfe zu bewilligen wäre, seine Urkundstätigkeit nach Maßgabe des § 17 Abs. 2 BNotO gebührenfrei zu gewähren. Der Notar ist aber nur dann dazu wirtschaftlich in der Lage, wenn bei größeren Geschäften auch höhere Gebühren anfallen.

Dem starken Gemeinwohlbezug des Notariats entspricht auch der Grundsatz der Bedürfnisprüfung. Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht formuliert, daß

- die Wahrung der Unparteilichkeit,
- die Gewährleistung ausreichender Rechts- und Urkundserfahrung in den vom Notar betreuten Bereichen,
- die Sicherstellung einer wirksamen Dienstaufsicht,
- sowie die Vermeidung von Zwergnotariaten.

die beschränkte Zulassung zum Notariat rechtfertigen⁴. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung bestätigt⁵. Auch der Bundesgesetzgeber hat gerade diesen Grundsatz nach eingehenden Beratungen und einem langjährigen Gesetzgebungsverfahren – der sogenannten „Berufszugangsnovelle“ – im letzten Jahr nachdrücklich bekräftigt.

Das reine Wartezeitsystem im Anwaltsnotariat, das angesichts der wachsenden Zahl der Rechtsanwälte dazu führte, daß sich die Zahl der Anwaltsnotare unbegrenzt vermehren konnte, wurde abgeschafft. Nunmehr werden auch im Anwaltsnotariat nur so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Die Zugangsnovelle hat darüber hinaus als Reaktion auf die Forderung des Bundesverfassungsgerichts die Kriterien für die Auswahl unter mehreren Bewerbern um das Notaramt gesetzlich fixiert. Die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern richtet sich nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der zweiten juristischen Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen. Die Wartezeit ist hierbei nur noch angemessen zu berücksichtigen. Auch im Rahmen der Bestellung von Anwaltsnotaren findet damit das für den Zugang zu öffentlichen Ämtern geltende verfassungsrechtliche Prinzip der Bestenauslese Anwendung.

II. Das Notariat in den neuen Bundesländern

An die soeben geschilderten Grundlagen des Notariats hat sich auch die erste frei gewählte Regierung der damaligen DDR gehalten, als sie am 20. 6. 1990 die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis erlassen hat. Die Bestimmungen der Bundesnotarordnung wurden hier im wesentlichen übernommen. Das Staatliche Notariat wurde grundsätzlich in die Form des Nurnotariats übergeleitet. Lediglich Berlin, in dessen Westteil traditionell das Anwaltsnotariat bestand, wurde ausgeklammert. Für ganz Berlin werden weiterhin nur Rechtsanwälte zu Notaren bestellt.

1. Vor der Wiedervereinigung

In der Öffentlichkeit ist wiederholt behauptet worden, das Nurnotariat sei damals in der „Noch-DDR“ „handstreichartig“ und „über Nacht“ eingeführt worden. Diese Behauptung ist schlicht falsch. In der DDR war das Anwaltsnotariat – bis auf einige, vor allem in Ost-Berlin tätige und auch politisch exponierte Anwaltsnotare – ich nenne nur den Honecker-Freund Dr. Vogel – seit etwa 40 Jahren nicht mehr existent. Eingeführt worden war vielmehr 1952 das Staatliche Notariat als Sonderform des Nurnotariats, das ausschließlich durch speziell hierfür ausgebildete Juristen ausgeübt wurde.

Die Teilnehmer des letzten deutschen Juristentages 1990 in München werden sich noch daran erinnern, daß damals der Unterabteilungsleiter im Justizministerium Berlin-Ost, Peter Koch, ausgeführt hat, die Einführung des Anwaltsnotariats habe bereits vor der Wende in der DDR zur Debatte gestanden. Damals habe die Anwaltschaft versucht, Beurkundungen und Beglaubigungen aus den Staatlichen Notariaten herauszulösen. Eine sehr kontroverse Diskussion über diese Frage habe aber damit geendet, daß man in der DDR das Anwaltsnotariat nicht habe weiterführen wollen. Es sei deshalb nur folgerichtig gewesen, daß man sich nach der Wende dem Nurnotariat zugewandt habe. Die Notariatsgeschichte der DDR sei eben dadurch gekennzeichnet, daß es in den vergangenen fast 40 Jahren keine Verbindung der Berufe des Rechtsanwalts und des Notars gegeben habe mit den vorhin schon erwähnten Ausnahmen. Dagegen war ernsthaft auch von den Notaren aus den fünf neuen Bundesländern erwogen worden, das Staatliche Notariat – ähnlich dem Badischen Notariat – beizubehalten.

Hinzu kam, daß die Öffnung zum Westen den Blick auch auf das westeuropäische Notariat gerichtet hat, das in Italien, Spanien, Frankreich und den Beneluxstaaten ebenfalls als Nurnotariat verfaßt ist.

Am 6. 6. 1990 wollte der Ministerrat der DDR bereits die im Entwurf vorliegende Verordnung über das Notariat in eigener Praxis verabschieden. Der Ministerpräsident de Maizière verlangte jedoch überraschend in dieser Sitzung, die Entscheidung auszusetzen und eine neue Verordnung zur Einführung des Anwaltsnotariats zu entwerfen. Nach weiteren intensiven

4 BVerfGE 17, 371, 379.

5 BVerfGE 54, 237, 246 ff.; 73, 280, 292 f.

Beratungen des Ministerrates ist dann am 20. 6. 1990 doch die Verordnung über das Notariat in eigener Praxis vom Ministerrat mit Gesetzesrang verabschiedet worden. Für die Entscheidung des Ministerrates, die dieser trotz verschiedener Einflussnahmen getroffen hat, war letztlich ausschlaggebend, daß das in seinem Aufgabenbereich funktionierende, mit den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen der DDR vertraute Staatliche Notariat nicht aufgelöst werden sollte, soweit seine Träger nicht aus politischen Gründen entfernt werden mußten. Während es ca. 550 Notare gab, die sofort in der Lage waren, in ein Notariat in eigener Praxis überzuwechseln, praktizierten damals nur etwa 600 Rechtsanwälte. Diese Rechtsanwälte waren im Beurkundungs- und im Notariatsrecht nicht ausgebildet und zahlenmäßig nicht in der Lage, ihre Aufgaben als Rechtsanwälte im neuen Rechts- und Wirtschaftssystem wahrzunehmen. Es gab damals keine Veranlassung, ihnen zusätzlich auch noch die Lasten des Notariats aufzubürden.

Der sächsische Justizminister Heitmann, der einzige Justizminister in den neuen Bundesländern, der aus dem Osten kommt, sagte kürzlich: „Ich denke, der Neuaufbau der Justiz im Osten darf nicht völlig den Westjuristen ... überlassen werden“. Aber genau das wäre eingetreten, wenn das Anwaltsnotariat eingeführt worden wäre. Es gab ja nur die erwähnten ca. 600 Rechtsanwälte, die damals das Angebot, Notare zu werden, ebenso abgelehnt haben, wie umgekehrt die Notare, künftig auch als Anwälte tätig zu sein, weil keiner dafür die erforderliche Ausbildung an Erfahrung mitgebracht hatte.

Legt man westdeutsche Zahlen zugrunde, wo ca. 1.500 Nurnotare 52 % der Bevölkerung betreuen und ca. 8.000 Anwaltsnotare 36 % oder anders gesagt, ein Nurnotar ebenso viele Urkundsgeschäfte abwickelt wie sieben Anwaltsnotare, dann wären in den neuen Bundesländern anstelle von 500 bis 600 Nurnotaren etwa 3.500 bis 4.000 Anwaltsnotare erforderlich gewesen, um die Bedürfnisse der Rechtspflege zu erfüllen. Die von Minister Heitmann befürchtete Überfremdung wäre perfekt gewesen.

Von den ehemaligen Staatlichen Notaren haben dann noch vor der Wiedervereinigung etwa 380 den Schritt in die Selbständigkeit gewagt. Hierbei kam ihnen zugute, daß sie bereits sehr früh damit begonnen hatten, sich mit den Anforderungen unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung vertraut zu machen. Gleich nach der Wende hatten die einschneidenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen gerade die Notare in der damaligen DDR vor kaum zu bewältigende Aufgaben gestellt. Eine Woge von Gesellschaftsgründungen – damals noch in Form der joint ventures – führte dazu, daß sich die Notare mit dem für sie bis dahin nahezu unbekannten Handels- und Gesellschaftsrecht beschäftigten mußten. Ihre Hilferufe haben noch im Vorfeld der Entscheidung über die Frage der Notariatsverfassung zu vielfältigen Unterstützungsmaßnahmen der hiesigen Notare geführt, bei denen die Fortbildung im Vordergrund stand. Nahezu im 14-Tage-Rhythmus fanden in allen Bezirken Fortbildungsveranstaltungen statt. Die dortigen Notare hatten aber nicht nur die fachlichen Herausforderungen des freien Notariats in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung zu meistern. Vor allem hatten sie Schwierigkeiten, überhaupt Büroräume und Personal, Schreibmaschinen und Telefonanschlüsse zu finden. Angesichts der damaligen Gebührenbefreiungsvorschriften, die eine kostendeckende Arbeit nicht zuließen und einer nicht abklingenden Diskussion um die Frage der Notariatsverfassung war es kein leichter Schritt, Verbindlichkeiten zur Gründung einer Praxis einzugehen und die Selbständigkeit zu wagen, die es unter dem alten DDR-Regime nicht gegeben hatte. Verständlicherweise haben sich hierbei vor allem die älteren unter ihnen dafür entschieden, Nachlaß- oder Vormundschaftsrichter zu werden.

2. Nach der Wiedervereinigung

Nachdem der Einigungsvertrag die von der de Mazière-Regierung beschlossene Notariatsordnung bestätigt und als potentielles Bundesrecht fortgeschrieben hat, sind weitere West-

juristen in den neuen Ländern zu Notaren bestellt worden. Auch für diese war der Wechsel in die neuen Bundesländer alles andere als einfach und mit persönlichen Risiken verbunden. Seitdem sind noch weitere Notarstellen besetzt worden, so daß derzeit rd. 550 Notare in den neuen Bundesländern arbeiten, von denen rd. 1/3 aus dem Westen stammt. Die westlichen Juristen mit ihrer großen Sachkompetenz und die aus den neuen Bundesländern stammenden Notare mit dem vor Ort gewachsenen Wissen stützen und ergänzen sich in ihrer Arbeit wechselseitig. All dies hat zusammen mit den Fortbildungs- und Unterstützungsmaßnahmen der Notare aus den alten Bundesländern dazu geführt, daß das Notariat – im Vergleich mit anderen Rechtspflegerberufen – entgegen anders lautenden Behauptungen inzwischen sehr ordentlich arbeitet.

Selbstverständlich bestehen in den neuen Bundesländern noch immer erschwerende Arbeitsbedingungen, die mit denen der alten Bundesländer nicht zu vergleichen sind. Die Notare müssen zumeist unter völlig unzulänglichen räumlichen und personellen Verhältnissen arbeiten und sich fachlich ausgebildete Kräfte erst mühsam heranziehen. Neben der Beratung und der Urkundstätigkeit haben sie noch immer eine Fülle von Aufgaben selbst zu erledigen, die in den alten Bundesländern durch Mitarbeiter abgewickelt werden. Auch erschwert der leider noch immer desolate Zustand des Grundbuchwesens die Arbeit der Notare. Es überrascht bei diesen Verhältnissen nicht, daß manchmal längere Wartezeiten für Notartermine unvermeidbar sind. Die Notare in den neuen Bundesländern arbeiten jedoch bis an die Grenze ihrer Belastbarkeit, um Beurkundungen, die für Investitionen von Bedeutung oder aus sonstigen Gründen unaufschiebbar sind, unverzüglich vorzunehmen und im übrigen die Wartezeiten auf ein vertretbares Maß zu reduzieren. Hinzu kommt, daß weitere Ausschreibungen von Notarstellen geplant sind. Qualifizierte Bewerber – Nur- und Anwaltsnotare, Notarassessoren, Rechtsanwälte und Dipl.-Juristen – sind in ausreichender Zahl vorhanden. In Brandenburg gibt es beispielsweise für 16 ausgeschriebene Stellen 300 Bewerber.

Bereits jetzt besteht – mit Ausnahme von Sachsen-Anhalt – in allen neuen Bundesländern eine flächendeckende Einrichtung von Notariaten, die derjenigen in den westlichen Bundesländern nahekommt. In Sachsen-Anhalt wird es allerdings noch etwas dauern, bis die Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen in ausreichendem Maße versorgt ist. Am Tag der Wiedervereinigung waren dort 68 der 110 bestehenden Notarstellen besetzt. Lediglich sechs weitere Notare sind im vergangenen Jahr bestellt worden, obwohl es auch dort genügend Bewerber gab. Diesen Bewerbern hat das dortige Justizministerium mitgeteilt, ihr Antrag auf Bestellung zum Notar werde zurückgestellt, weil das Land Sachsen-Anhalt beabsichtige, das Anwaltsnotariat einzuführen. Das Land Sachsen-Anhalt hat dann auch im Sommer dieses Jahres einen Gesetzentwurf in den Bundesrat eingebracht, wonach die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen künftig selbst bestimmen sollten, ob ausschließlich Rechtsanwälte für die Dauer ihrer Zulassung zur gleichzeitigen Amtsausübung als Notare bestellt werden. Diese Gesetzesinitiative hat bei den übrigen neuen Bundesländern, aber auch bei den meisten der alten, keine Fürsprecher gefunden. Ausschlaggebend war meines Wissens hierfür auch, daß die Gesetzesinitiative, wenn sie Gesetz geworden wäre, den schon sehr weit fortgeschrittenen Aufbau des Notariats empfindlich gestört hätte. Die Begründung, für den Aufbau eines ausreichenden Angebots an Leistungen der vorsorgenden Rechtspflege habe sich die Einrichtung des Nurnotariats in Sachsen-Anhalt als wenig geeignet und sehr hinderlich erwiesen, vermochte dagegen nicht zu überzeugen. Denn dieser Mißstand war durch die Weigerung, freie Notarstellen zu besetzen, von diesem Bundesland selbst herbeigeführt worden.

3. Die weitere Entwicklung

Nachdem sich das Land Sachsen-Anhalt mit seiner Gesetzesinitiative nicht hat durchsetzen können, mußte es nun den

gesetzwidrigen Zustand beenden und hat einen Teil der offenen Notarstellen ausgeschrieben. Auch in diesem Bundesland wird sich damit die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen verbessern. Die Bewährungsprobe wird das Notariat aber erst überstanden haben, wenn die gesamte Rechtspflege in den neuen Bundesländern und die notarielle Arbeit dort aufgrund ihrer Qualität allgemeine Anerkennung findet. Die Fortbildung wird deshalb eine vorrangige Aufgabe bleiben. Nachdem die Grundlagen durch die bisherigen Fortbildungsreihen geschaffen worden sind, gilt es nun, die Kenntnisse im materiellen Recht zu vertiefen. Die Notarkammern in den neuen Bundesländern haben hierzu in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Anwaltsinstitut – Fachinstitut für Notare – bereits für das ganze Jahr 1992 und für jedes der neuen Länder ein Programm monatlicher Veranstaltungen aufgelegt. Parallel findet hierzu auch eine Fortbildung der Notariatsmitarbeiter statt, die begleitet wird von einer zwei Jahre dauernden und im Blockunterricht von neun mal zwei Wochen erteilten Umschulung zum Notargehilfen. Die Fortbildung der Notare wird unterstützt durch regionale Arbeitsgruppen, die sich ebenfalls mindestens einmal im Monat treffen, sowie durch zentrale Vertiefungskurse und Repetitorien von einer Woche Dauer. Ich bin zuversichtlich, daß dies sehr bald zu einer Angleichung der notariellen Standards in Ost und West führen wird.

III. Perspektiven

Damit komme ich zu den Perspektiven des Notariats sowohl in den alten wie auch in den neuen Bundesländern. Diese werden deutlich, wenn wir uns vor Augen führen, daß der öffentliche Glaube der notariellen Urkunde, die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit des Notars sowie die notarielle Belehrung und Beratung das Wesen des Notaramtes und seine Qualitätsmerkmale ausmachen. Gehen diese Elemente verloren, so verliert auch das Amt des Notars seine Existenzberechtigung. Umgekehrt besteht die Chance, den eigenständigen Charakter des Notaramtes bundesdeutscher Prägung zu festigen, wenn es gelingt, dem Trend zur Vergewerblichung und Kommerzialisierung zu widerstehen.

1. Europäische Entwicklung

Die europäische Entwicklung des Notariats nimmt ebenfalls Gestalt an. Sie wissen, daß das Notariat als Nurnotariat in Belgien, Spanien, Griechenland, Luxemburg, den Niederlanden, Frankreich, Portugal, Italien und Türkei ausgeübt wird. Darüber hinaus dringt das Notariat lateinischer Prägung in allen Reformländern des Ostens vor. In Polen sind die gesetzlichen Voraussetzungen für ein freies Notariat bereits geschaffen. Im nächsten halben Jahr werden sich dort die bisher Staatlichen Notare in eigenen Kanzleien niederlassen. In Ungarn ist ein Notariatsgesetz zur Einführung des Nurnotariats verabschiedet worden. Das gleiche Ziel streben auch die benachbarten Republiken Slowenien und Kroatien – allerdings jetzt durch die kriegerischen Auseinandersetzungen gehemmt – sowie die Tschechoslowakei an. Auch die Republik Rußland – Jelzin-Rußland – denkt zur Zeit darüber nach, neben dem Staatlichen Notariat auch ein freies Notariat zuzulassen. Ähnliche Bestrebungen werden uns aus China berichtet.

In Europa gibt es lediglich in Großbritannien, Irland und Skandinavien das Notariat in seiner spezifischen Form nicht. Das beruht im wesentlichen auf den großen Unterschieden des materiellen Rechts, dessen Verwirklichung der Notar dient. Anders als in den Ländern des lateinischen Notariats kennt das „common law“ in den angelsächsisch geprägten Ländern öffentliche Urkunden, die die Vermutung der Echtheit und Richtigkeit für sich haben, nicht. Entsprechend der fehlenden Einbindung des Notariats in die öffentlich-rechtliche Staatsverwaltung wurde in England durch den Courts and Legal Services Act von 1990 die Betreuung von Grundstücksgeschäften – auch bei uns in der Praxis ein sehr bedeutsamer Teil der Tätigkeit des Notars –

weitgehend liberalisiert. Bisher wurden diese Geschäfte vor allem von Rechtsanwälten, den solicitors, durchgeführt, wobei durchweg jede der Parteien eines Vertrages durch einen solicitor vertreten wurde. Künftig können Grundstücksgeschäfte auch von Banken, Versicherungen, Bausparkassen und anderen Dienstleistungsberufen und Unternehmen wie etwa Sachverständigen, Versicherungsmaklern, Finanz- und Grundstücksmaklern vorgenommen werden. Die Folge wird sein, daß diese nun in den Markt der solicitors drängen. Dabei wird es für viele von ihnen aufgrund ihrer Finanzkraft und einem „Produktmix“ aus Finanz-, Versicherungs- und Grundstücksmakelai möglich sein, die Leistungen der solicitors unterhalb deren Kostendeckung anzubieten, so daß viele solicitors sehr bald schon gezwungen sein werden, Angestellte dieser Unternehmen zu werden.

Vorteile einer solchen „Liberalisierung“ sehe ich nur für die Finanz- und Dienstleistungsunternehmen, die noch größer werden und ihre Produktpalette abrunden können. Für den Verbraucher bringt diese Neuregelung nur Nachteile. Während im lateinischen Notariat allein der Notar unabhängig und unparteiisch für beide Seiten tätig wird, sind dort mindestens zwei solicitors oder Unternehmen tätig. Der Verbraucher kann weder sicher sein, daß diese Unternehmen die notwendigen fachlichen Voraussetzungen mitbringen, noch kann er, da die Unternehmen noch anderweitige gewerbliche Interessen verfolgen, auf deren unabhängige Beratung vertrauen. Welche Gefahren in dieser Liberalisierung liegen, hat auch der englische Gesetzgeber inzwischen erkannt. Im Verordnungswege soll nun ein umfassender und detaillierter Verhaltenskodex geschaffen werden, der durch eine im Unternehmen verantwortliche Person kontrolliert und beaufsichtigt werden muß. Ferner soll diese Person zur Offenlegung der Interessenbindung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet werden.

Das englische Beispiel zeigt sehr deutlich, wie die Liberalisierung notarieller Tätigkeiten nur zu einer Regulierung an anderer Stelle führt. Darüber hinaus erhöht es für den Verbraucher die Kosten, weil sich nicht nur ein hochqualifizierter Jurist, sondern gleich mehrere Juristen mit einer Angelegenheit beschäftigen. Die Verbraucherfeindlichkeit einer solchen Regulierung zeigt sich insbesondere bei rechtlich besonders schwierigen Fallgestaltungen, die einen großen Arbeitsaufwand erfordern. Hier wird der Durchschnittsverbraucher einen hohen Preis für die qualifizierte Beratung zahlen müssen, während die andere Seite – Banken, Versicherungen und Großkonzerne – Rechtsabteilungen haben und dieser Beratung nicht bedürfen.

Gerade im internationalen Vergleich zeigt sich, daß das Notariat deutscher Prägung für alle Beteiligten überschaubar, gerecht, sicher, zügig und kostengünstig ist. Dies beruht im wesentlichen darauf, daß der Notar als Inhaber eines öffentlichen Amtes Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahrt. Die Regeln des gewerblichen Marktes passen dagegen nicht, weil es nicht allein um eine dem „Verbraucher“ angebotene „Dienstleistung“ etwa in Form einer öffentlichen Urkunde, sondern um einen Teil der staatlichen Daseinsvorsorge geht, die übergeordneten Rechtsgütern dient. Zu diesen Rechtsgütern gehören unter anderem die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die Bereitstellung und Vorhaltung der dazu erforderlichen Rechtspflegeeinrichtungen. Zu nennen ist ferner die möglichst flächendeckende und jederzeit – auch wirtschaftlich – erreichbare Versorgung der Bevölkerung. Solche gemeinschaftsbezogenen Aufgaben müssen an Qualitätsanforderungen und ethischen Kategorien orientiert werden, die unabhängig davon sind, ob diese auf dem Rechtsbesorgungsmarkt nachgefragt werden oder nicht. Der Notar ist damit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege der umfassend tätige Betreuer aller Berufsgruppen und -schichten. Er ist auch und möglicherweise gerade der Rechtsberater des „kleinen Mannes“. Soweit und solange der Notar Inhaber eines öffentlichen Amtes ist, muß er sich auch im kommenden gemeinsamen Markt den Regeln der Gewerblichkeit nicht unterwerfen. Gem. Art. 55 EWG-Vertrag finden die Vorschriften über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung auf

„Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“. Obwohl der Europäische Gerichtshof diese Vorschrift eng auslegt, dürfen doch alle Funktionen in ihren Anwendungsbereich fallen, in denen der Notar anstelle des Richters oder gleichsam, wie ein „Richter im Vorfeld“ tätig wird. Auf anderen Tätigkeitsfeldern – zu nennen sind die Beratung und die Verwahrung von Geld- und Wertpapieren – hat er dagegen schon immer im Wettbewerb mit anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen und den Banken gestanden. Aufgrund seiner besonderen Sachkunde und dem Umstand, daß diese Tätigkeiten teilweise untrennbar mit der Ausübung des öffentlichen Amtes sowie dem darauf gestützten Vertrauen und Ansehen der Bevölkerung verbunden sind, kann der Notar in diesem Wettbewerb jedoch gut bestehen.

2. Überörtliche Sozietäten

Lassen Sie mich noch eine in der Rechtsanwaltschaft immer stärker um sich greifende Struktur erwähnen, die mir, soweit Anwaltsnotare darin eingebunden sind, große Sorgen bereitet; ich denke an die überörtlichen Anwaltssozietäten. Aus der Natur des Notaramtes stellt sich hier die Frage, ob dem Notar die Beteiligung an einer überörtlichen Sozietät erlaubt sein kann. Diese überaus schwierige Frage läßt sich nicht von vornherein klar mit einem Ja oder Nein beantworten. Auch die Entscheidungen des BGH, die eine überörtliche Sozietät für zulässig halten, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden, geben zu dieser Frage nichts her, weil sie die reine Anwaltssozietät betreffen.

Die hier maßgebliche Bundesnotarordnung stammt aus dem Jahre 1961, also aus einer Zeit, in der überörtliche Sozietäten völlig unbekannt waren. Im Wege der Auslegung, des Rückgriffs auf die Essentialia des Notaramtes und die unverzichtbaren Grundstrukturen des Notariatsrechts kann die Bundesnotarordnung jedoch als Maßstab und Hilfe dienen.

Die Motive, die bei der Gründung überörtlicher Sozietäten eine Rolle spielen, sind vielfältig. Ich will sie hier nicht analysieren. Ich halte aber die Sorge der Anwaltschaft nicht für unberechtigt, ohne multinationale, interdisziplinäre Sozietätseinheiten den Anschluß an den internationalen Markt gegen die großen Law Firms aus Großbritannien und den USA und die internationalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu verlieren. So unterschiedlich die Erwartungen der überörtlichen Sozietäten auch sein mögen: Immer steht das verständliche Bedürfnis dahinter, wirtschaftlich zu expandieren und Mandate zu gewinnen und vorhandene zu halten durch ein komplexes Beratungsangebot. In dieses System müssen sich auch die assoziierten Notare aufgrund ihrer gesellschaftsvertraglichen Bindungen fügen. Hierin liegt für das Notariat eine große Gefahr: Die Anwaltsnotare sind eben nicht nur als Anwälte, sondern auch als Notare Teil der großen Sozietätsgebilde und damit den Forderungen der Sozietät unterworfen.

Der Notar hat sich als unabhängiger Amtsträger jeder Möglichkeit der inneren und äußeren Beeinflussung durch den Staat oder durch Dritte zu erwehren. Das gilt auch für die Einflußnahme durch Sozien. Der Notar hat immer, auch in Verbindung zu seinen Sozien hinsichtlich der von ihm verwalteten Amtsstelle selbständig und unabhängig zu sein. Diese strikte gesetzliche Anweisung kollidiert mit der Aufgabenwahrnehmung des Notars in einer überörtlichen Sozietät. Da der Notar in das System der Spezialisierung und Arbeitsteilung eingebettet ist und zudem einer sozietätsvertraglichen Treuepflicht unterliegt, wird er häufig nicht umhin können, den von seinen Sozien an einem anderen Ort ausgehandelten Vertragsentwurf kritiklos zu beurkunden, und zwar möglicherweise mit Hilfe vollmachtnahmer Vertreter, weil die Beteiligten selbst an den Ort der Beurkundung nicht reisen wollen. Dadurch wird aber der Zweck der notariellen Beurkundung entwertet. Denn mit der Unabhängigkeit des Notaramtes sind untrennbar verbunden seine Warn- und Belehrungsfunktionen. Diese in § 17 BeurkG niedergelegten, dem Schutzgedanken der materiellen Formvorschriften ent-

sprechenden Grundsätze passen zu überörtlichen Sozietätsverbindungen mit ihrer Spezialisierung und dem Notariat als Dienstleistungs-Annex ebenso wenig wie der Grundsatz der notariellen Unabhängigkeit.

Gegen das Argument mangelnder Unabhängigkeit kann der Einwand vorgetragen werden, es gelte nicht speziell für eine überörtliche, sondern für jede größere Sozietät. Das ist zutreffend. Allerdings ließen die ursprünglichen örtlichen Sozietätsverbindungen mit Notaren nicht die wirtschaftlichen und soziologischen Dimensionen erkennen, die heute erst in der Entwicklung begriffen sind. Die persönlichen Bindungen und Rücksichtnahmen auf das Notariat des Sozius, die in der normalen Sozietät sind, entfallen hier.

In einer überörtlichen Sozietät unter Beteiligung von Notaren, bei der die vorstehend geschilderte Kollision droht, sind auch dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen begrenzt. Zwar enthält das Beurkundungsgesetz ein formales Mittel zum Schutz der Unabhängigkeit des Notars: Gem. § 3 Abs. 1 Ziff. 5 BeurkG soll der Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich um Angelegenheiten der Person handelt, die ihn in derselben Angelegenheit bevollmächtigt hat oder zu der er in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen Geschäftsverhältnis steht. Nach einhelliger Meinung erstreckt sich dieses Beurkundungsverbot auch auf die Fälle, in denen die Sozien des Notars in einem Dienstleistungsverhältnis zu Klienten stehen, da der Auftrag zur Vertretung in der Regel allen Sozien – und damit auch dem Anwaltsnotar – erteilt wird. Der Notar müßte sich also jeder Beurkundung enthalten, in der einem seiner Sozien ein Beratungs- oder Vertretungsmandat erteilt ist. Allerdings kann diese Grundregel umgangen werden. Wird beispielsweise der Notarsozus von dem Mandat ausgenommen oder wird das Mandat in bezug auf ihn widerrufen, so entfällt formal das Hindernis des § 3 Abs. 1 Ziff. 5 BeurkG. Eine solche Praxis beweist, daß § 3 BeurkG als Kontrollmöglichkeit entwertet ist.

Auch die Unparteilichkeit des Notars wird in der überörtlichen Sozietät tangiert. Der Notar ist – im Gegensatz zum Rechtsanwalt – nicht Vertreter einer Partei, sondern unparteiischer Sachwalter der Interessen aller Beteiligten. Der Notar, der einen Urkundsentwurf beurkundet, den sein Anwaltssozus vorbereitet hat, steht in der latenten Gefahr, parteilich zu werden, wie auch die gesetzliche Vorsorge in § 3 BeurkG beweist. Beachtet eine Sozietät das Gebot dieser Vorschrift strikt, so ergibt sich daraus ein gewisser Schutz für die Unparteilichkeit des Notars. In überörtlichen Sozietäten ist solche Rücksichtnahme aber nicht zu erwarten, weil sich hier die Anwaltskollegen nicht so gut wie in der normalen Sozietät kennen und die Rücksichtnahme auf die Amtsstellung des Anwaltsnotars geringer ist. Je größer und überörtlicher die Sozietät ist, desto weniger ist es auch für die Dienstaufsicht, insbesondere über die Grenzen der einzelnen Oberlandesgerichte und der Landesjustizverwaltungen hinaus möglich, Verstöße gegen § 3 BeurkG zu überprüfen und zu ahnden. Dies wiegt um so schwerer, als diese Vorschrift des Beurkundungsgesetzes das einzige formale Mittel zum Schutz der Unparteilichkeit des Notars ist.

Es besteht daher die Gefahr, daß das Amt des Notars seine Identität verliert. Wenn die notariellen Leistungen aber eine Vergewerblichung erfahren, werden wir letztlich auch englische Verhältnisse erhalten, weil es dann keinen Grund mehr gibt, Banken, Versicherungen und andere gewerbliche Dienstleister wie Immobilien- und Finanzmakler aus dem sogenannten Rechtsbesorgungsmarkt fernzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach bestätigt, daß weitestgehende Sozietätsverbote, soweit sie gesetzlich ausreichend konkretisiert sind, zur Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notaramtes auch vor der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt und geboten sind, um dem Anschein einer Gefährdung dieser Rechtsgüter vorzubeugen⁶. Der Gesetzgeber sei deshalb auch nicht gehindert, Anwaltsnotaren die Sozietät mit Angehörigen anderer freier Berufe, sogar mit dem des Nur-Rechtsanwalts, vollständig zu verbieten. Dazu sollte es aber nicht kommen. Alle Rechtsanwälte und Notare

und ihre Standesvertreter müssen insbesondere bereit sein, bei der anstehenden Novellierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Notare Regelungen zuzustimmen, die die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare auch in überörtlichen Sozietäten gewährleisten und der Dienstaufsicht wirksame und umfassende Kontrollmöglichkeiten einräumen.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann ich feststellen, daß das Notariat sich auch im Jahre 2000 und danach als eine funktions- und leistungsfähige Einrichtung der vorsorgenden Rechtspflege erweisen wird, sofern der öffentliche Glaube der notariellen Urkunde, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notarates bewahrt und dem Trend zur Vergewerblichung widerstanden wird. Es sollte aber auch die Stellung des Notars als dem Fachmann auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, der hier relevanten Rechtsgebiete und insbesondere der Vertragsgestaltung gestärkt werden. Die Beteiligten erwarten von ihm zu Recht umfassende Kenntnisse des bürgerlichen Rechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts, des Internationalen Privatrechts sowie der einschlägigen Verfahrensrechte. Auch Wissen im Steuerrecht ist für den Notar geboten; § 19 BeurkG statuiert sogar ausdrücklich Hinweis- und Belehrungspflichten in den Bereichen des Grunderwerbsteuer- und des Kapitalverkehrsteuerrechts. Die Notare sind im Bereich der Grunderwerbsteuer, der Schenkungs- und Erbschaftsteuer häufig besser informiert als andere Beratungsberufe, in denen diese Materie seltener relevant wird.

Vor dem Hintergrund eines gewerblich orientierten Umfeldes mit einer immer größer werdenden Spezialisierung lassen sich die Aufgaben des Notariates aber auch noch weiter ausbauen. Zu denken ist hier zunächst daran, daß für das öffentliche Amt des Notars noch weitere Tätigkeitsfelder im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege erschlossen werden. Hier ist vor allem an eine weitere Entlastung der Justiz zu denken, einmal in Richtung auf eine Erweiterung der Vollstreckbarkeitserklärung

durch den Notar. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO beschränkt die Aufnahme notarieller vollstreckbarer Urkunden auf Geldansprüche und auf Ansprüche, die die Leistung anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben. In Verkenntung dieser Einschränkung hat der Gesetzgeber in § 630 ZPO für die einverständliche Scheidung einen vollstreckbaren Schuldtitel auch für die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und am Hause verlangt. Wenn die Zuständigkeit der Notare erweitert würde, etwa auch auf Herausgabeverlangen einer Wohnung, also auf Räumungstitel und auf Hauseigentum, könnte das zu einer erheblichen Entlastung der Gerichte gerade im Scheidungsverfahren führen. Zum anderen bietet es sich im Bereich des Erbrechts an, dem Notar die Testamentseröffnung und die Erteilung von Erbscheinen als Aufgabe zuzuweisen. Diese Tätigkeiten sind ohnehin im Bewußtsein der Bevölkerung mit der Person des Notars verknüpft. Wenn wir über die Grenzen schauen nach Österreich, Frankreich und den Niederlanden, sehen wir, daß dort die Feststellung der Erbberechtigten zu den Aufgaben der Notare gehört. Die Bundesnotarkammer hat deshalb entsprechende Vorschläge bereits dem Bundesjustizministerium unterbreitet.

Darüber hinaus kann die fachliche Kompetenz insbesondere der Notare, die nicht auf einen Spezialisten in ihrer Sozietät zurückgreifen können, durch zentrale Forschungs- und Weiterbildungszentren unterstützt werden. Im Ausland – wie etwa in Frankreich und in den Niederlanden – gibt es bereits solche juristischen Dienste des Notariats (Cridons), die auch einzelfallbezogene Anfragen zügig und vor der Beurkundung beantworten. Außerdem kann im Bereich des Nurnotariats darüber nachgedacht werden, ob sich die Bildung von Notarsozietäten erleichtern läßt, ohne daß die Personalhoheit der Justizverwaltung bei der Bestellung der Notare beeinträchtigt wird.

Ich bitte um Ihr Verständnis, daß ich an dieser Stelle nicht weitere Details vor Ihnen ausbreite. Ich darf und will der Diskussion innerhalb unseres Standes nicht voreignen und wollte Ihnen nur die nach meiner persönlichen Auffassung mögliche Richtung andeuten.

Rechtsprechung

1. Allgemeines – Keine Beurkundungsbedürftigkeit der Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages (OLG Köln, Urteil vom 22. 3. 1991 – 20 U 231/90)

BGB §§ 182 Abs. 2; 313

Die Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages bedarf nicht der Form des § 313 BGB.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde. Durch notariellen Vertrag vom 11.10.1989 (UR.-Nr. 1600/89) des Notars N. erwarb der Kl. von den Bekl. $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung in dem Ferienwohnpark F. verbunden mit dem Recht, die Wohnung in der 20. Woche eines jeden Kalenderjahres selbst zu nutzen. Der Kaufpreis betrug 14.300,- DM und sollte bis zum 31.12.1989 an die Verkäufer gezahlt werden. Hinsichtlich der Kaufpreisforderung unterwarf sich der Kl. der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Bekl. betreiben nunmehr die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Der Kl. hält den Vertrag wegen Formmangels und wegen Verstoßes gegen § 138 BGB für nichtig.

Bei der Beurkundung des Kaufvertrages vor dem Notar trat für den Kl. eine Notariatsgehilfin als Vertreterin ohne Vertretungsmacht auf. Noch am gleichen Tag genehmigte der Kl. die Erklärungen. Die Unterschrift wurde lediglich notariell beglaubigt. Der Kl. sieht hierin einen Verstoß gegen § 313 BGB. Er meint, § 182 Abs. 2 BGB, wonach die Zustimmung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, müsse einschränkend ausgelegt werden, soweit der Schutzzweck des § 313 BGB unterlaufen werde. Es hätten hierbei die gleichen Grundsätze zu gelten, die von der Rspr. für die Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB) herausgearbeitet worden sind.

Er hält den Vertrag ferner für nichtig, weil er unter Umständen zustande gekommen sei, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründeten.

Aus den Gründen:

I. Der notarielle Vertrag ist nicht nach § 125 BGB unwirksam. Der Kaufvertrag selbst ist unter Beachtung der Formvorschrift des § 313 BGB geschlossen worden. Die nachträgliche Genehmigung unterliegt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 182 Abs. 2 BGB nicht der Formvorschrift des § 313 BGB. Die Bestimmung ist auch nicht im Hinblick auf den Schutzzweck des § 313 BGB restriktiv auszulegen (RGZ 154, 355, 367; Soergel/Leptien, 12. Aufl., § 182 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Heinrichs, 49. Aufl., § 182 BGB, Ann. 2 a; für andere Rechtsgeschäfte vgl. BGH NJW 1980, 1842 = DNotZ 1981, 183; RGZ 129, 284, 286 f.).

Die Gegenauffassung (MünchKomm/Thiele, 2. Aufl., § 182 BGB, Rd.-Nr. 13 f.; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, § 24, S. 486; OLG Saarbrücken OLGZ 1968, 3 für den Fall des § 34 GWB) überzeugt nicht. Hiernach soll § 182 Abs. 2 BGB ebenso wie § 167 Abs. 2 BGB restriktiv ausgelegt werden. In allen Fällen, in denen Formvorschriften mit Warnfunktion ihrem Zweck nach gerade dem Schutz des Zustimmungsberechtigten dienen, wird eine teleologische Reduktion des § 182 BGB für erforderlich erachtet (MünchKomm/Thiele, a.a.O., § 182 BGB, Rd.-Nr. 13; Larenz, a.a.O., § 24, S. 486; OLG Saarbrücken OLGZ 1968, 3). Insbesondere soll die im Falle von § 177 BGB erforderliche Genehmigung eines nach § 313 BGB formbedürftigen Rechtsgeschäfts ebenfalls der Form des § 313 BGB unterworfen sein (MünchKomm/Thiele, a.a.O., § 182 BGB, Rd.-Nr. 14; Larenz, a.a.O., § 24, S. 486).

Es kann offenbleiben, wie der Fall der Einwilligung (§ 183 BGB) zu beurteilen wäre. Der Schutzzweck des § 313 BGB verlangt jedenfalls bei der Genehmigung (§ 184 BGB) keine restriktive

Auslegung, weil dem Interesse des Genehmigenden ausreichend Rechnung getragen wird.

Der Beurkundungszwang hat neben der Beweiserleichterung vor allem eine Warn- und eine Betreuungsfunktion. Die Parteien sollen durch die Beurkundung auf die Bedeutung des Rechtsgeschäfts hingewiesen und dadurch vor übereilten Entscheidungen gewarnt werden. Gleichzeitig soll eine Rechtsbetreuung durch den Notar vor der abschließenden Entscheidung sichergestellt werden (Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 313 BGB, Rd.-Nr. 3 m. w. N.).

Die Warnfunktion ist auch bei einer nachträglichen Genehmigung nicht in Frage gestellt. Durch § 313 BGB soll und kann kein mündlicher Hinweis auf die Bedeutung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts sichergestellt werden, noch weniger eine ausdrückliche „Warnung“ vor einem übereilten Abschluß. Das Gesetz geht davon aus, daß eine entsprechende Signalwirkung auf die Beteiligten allein von der Form des Rechtsgeschäfts, der notariellen Beurkundung, ausgeht. Ein Hinweis in dieser abstrakten Form wird auch demjenigen zuteil, der einen notariellen Vertrag nachträglich genehmigt, denn die Genehmigungserklärung nimmt zwangsläufig auf eine notarielle Urkunde Bezug.

Auch im Hinblick auf die Betreuungsfunktion ist bei einer Genehmigung keine einschränkende Auslegung des § 182 Abs. 2 BGB gerechtfertigt. Bei der Genehmigung ist der Vertragstext bereits unter notarieller Mitwirkung fixiert worden, bevor der Vertretene seine Entscheidung trifft. Durch die notarielle Betreuung soll in erster Linie sichergestellt werden, daß der Parteiwille richtig und vollständig wiedergegeben wird (Soergel/Wolf, a.a.O., § 313 BGB, Rd.-Nr. 3). Eine solche Betreuung hat vor der Genehmigung stattgefunden. Insofern ist die Situation eine andere als bei Erteilung von Vollmachten, die unwiderruflich sind oder den Vollmachtgeber in anderer Weise binden. Mit der Erteilung solcher Vollmachten verliert der Vollmachtgeber bereits vor Vertragsschluß und vor der Einschaltung eines Notars seinen Einfluß auf das Rechtsgeschäft. Daher ist hier eine entsprechende Anwendung des § 313 BGB gerechtfertigt.

Eine entsprechende Lösung für die Genehmigung ließe sich nur mit der Begründung rechtfertigen, dem Schutzzweck des § 313 BGB sei nur dann Genüge getan, wenn Veräußerer und Erwerber persönlich an einem Beurkundungsvorgang teilgenommen haben. Die gesetzlichen Regelungen des § 313 BGB einerseits und der §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB andererseits sprechen aber gegen diese Annahme. Eine solche Konsequenz hat die Rspr. – soweit ersichtlich – auch im Rahmen der Vollmachterteilung bisher nicht gezogen. Sie unterwirft nur solche Vollmachten dem Formzwang, die ohne notarielle Beurkundung zu einer zumindest faktischen Bindung zur Tätigung eines Grundstücksgeschäfts führen. Eine widerrufliche Vollmacht ohne rechtliche oder tatsächliche Bindung ist auch nach der Rspr. formlos gültig. Ein notarieller Vertrag, der aufgrund einer solchen Vollmacht für den Vollmachtgeber geschlossen wird, ist folglich wirksam, auch wenn der Vertragspartner selbst an der Beurkundung nicht teilgenommen hat. Dann ist aber auch kein Grund dafür ersichtlich, warum eine nachträgliche Zustimmung formbedürftig sein soll.

II. Der Kaufvertrag ist auch nicht nach § 138 BGB nützlich. Ein Verstoß der Bekl. gegen die guten Sitten ist nicht vorgetragen. Ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wird nicht behauptet. Von einer „Knebelung“ des Kl. kann ebenfalls keine Rede sein. In der vor Vertragsschluß erteilten „Selbstauskunft“ hat der Kl. sein monatliches Einkommen einschließlich der Nebeneinkünfte mit 1900,- DM angegeben. Hiermit wäre ein Darlehen für den Kaufpreis von 14.300,- DM zu finanzieren gewesen.

Der Senat hat die Revision nach § 546 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zur Klärung der Rechtsfrage zugelassen, ob die Genehmigung (§§ 182 Abs. 2, 184 BGB) eines nach § 313 BGB formbedürftigen Rechtsgeschäfts ebenfalls der Form des § 313 BGB bedarf.

2. Liegenschaftsrecht/ErbbauVO – Erhöhung des Erbbauzinses im Range der Vormerkung

(LG Marburg, Beschuß vom 5. 6. 1991 – 3 T 95/91)

ErbbauVO §§ 9; 9a

BGB § 883

GBO § 29

1. Sofern dem GBA offenkundig ist, daß die Erhöhung des Erbbauzinses im Rahmen der vorgemerkten Vereinbarung liegt, bedarf es für die Eintragung einer Erbbauzins erhöhung im Range einer Erhöhungsvormerkung weder eines Nachweises hierüber noch einer Vorrangseinräumung nachrangiger Gläubiger.

2. Die Erhebungen des Statistischen Bundesamtes sind als bei dem GBA offenkundig i. S. v. § 29 Abs. 1 GBO anzusehen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

In Abt. II des Erbbaugrundbuchs ist neben dem Erbbauzins eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines weiteren Erbbauzinses eingetragen. Die Ast. hat beantragt, in Ausnutzung dieser Vormerkung einen weiteren Erbbauzins einzutragen.

Aus den Gründen:

Zu Unrecht macht der Rechtspfleger mit der angegriffenen Zwischenverfügung die begehrte Eintragung einer zusätzlichen Erbbauereallast von der Beibringung einer Vorrangseinräumung der Grundpfandgläubiger bzw. dem in grundbuchmäßiger Form zu erfolgenden Nachweis abhängig, daß die Erhöhung des Erbbauzinses im Rahmen der vorgemerkten Vereinbarung liegt. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob i. S. d. formellen Konsensprinzips die inhaltliche Richtigkeit der durchgeführten Erhöhung des Erbbauzinses von dem GBA in der Regel ohne besonderen Nachweis zu akzeptieren ist (so Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 9 ErbbauVO, Rd.-Nr. 13; Haegele/Schöner/Stöber, GBR, 9. Aufl., Rd.-Nr. 1834) oder ob ein entsprechender Nachweis zu erbringen ist (MünchKomm/von Oefele, 2. Aufl., § 9 ErbbauVO, Rd.-Nr. 55). Denn jedenfalls ist auch nach der zuletzt genannten Auffassung (MünchKomm/von Oefele, a.a.O.) ein Nachweis dann nicht erforderlich, wenn dem GBA offenkundig ist, daß die Erhöhung im Rahmen der vorgemerkten Vereinbarung liegt.

Das ist hier der Fall. Nach § 4 Ziff. 5 des zwischen der Ast. und dem Erbbauberechtigten geschlossenen Vertrages sollte der Erbbauzins durch Einigung beider Parteien dem veränderten Stand der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse angepaßt werden, wobei als Richtlinie die Erhebungen des Statistischen Bundesamtes über das Bruttoeinkommen aus unselbstständiger Arbeit eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes mit mittlerem Einkommen, der Preisindex für die Lebenserhaltung eines solchen Haushalts und der Preisindex für Mieten bei Neubauwohnungen aller privaten Haushalte gelten sollte. Diese genannten Erhebungen des Statistischen Bundesamtes sind als bei dem GBA offenkundig i. S. v. § 29 Abs. 1 GBO anzusehen (OLG Celle Rpfleger 1984, 462; Horber/Demharter, 18. Aufl., § 29 GBO, Anm. 16 a), da es insoweit nicht nur auf die allen lebenserfahrenen Menschen ohne weiteres bekannten Tatsachen ankommt, sondern auch alle dem zuständigen GBA zweifelsfrei bekannten Tatsachen zu berücksichtigen sind (Horber/Demharter, a.a.O., m. w. N.).

Die hier in Betracht kommenden Erhebungen sind aber nicht nur den Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes in den statistischen Jahrbüchern zu entnehmen; sie werden auch in zahlreichen Druckschriften veröffentlicht. Dem GBA ist es ohne weiteres möglich und zumutbar, anhand dieser Veröffentlichungen festzustellen, ob gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die bewilligte Erhöhung des Erbbauzinses mit dem durch die Vormerkung gesicherten Recht unvereinbar ist. Aus diesen Gründen war die Zwischenverfügung aufzuheben und

die Sache an das AG zur erneuten Prüfung und Entscheidung über den Antrag zurückzuverweisen.

3. Familienrecht – Ausgleich von Zuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheitern der Ehe

(BGH, Urteil vom 10. 8. 1991 – XII ZR 114/89)

BGB §§ 242; 1372 ff.

1. Zuwendungen, die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstandes einander gemacht haben und deren Wert sie, gestützt auf das Scheitern der Ehe, zurückverlangen, werden grundsätzlich allein güterrechtlich ausgeglichen (Bestätigung der bisherigen Rspr. BGHZ 82, 227; Urteil vom 22. 4. 1982 – IX ZR 35/81 = FamRZ 1982, 778 = DNotZ 1983, 177).
2. Erstrebter Zuwender in Abweichung von diesem Grundsatz eine Ausgleichung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, so gehört zur schlüssigen Klagebegründung die Darlegung, daß das Ergebnis, zu dem der Zugewinnausgleich unter Einbeziehung der Zuwendung führt, schlechthin unangemessen und für ihn unzumutbar ist.
3. Zu den Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise Ausgleichung der Zuwendung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verlangt werden kann.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. war vom 22.10.1982 bis 16. 8. 1988 in zweiter Ehe mit dem Bekl. verheiratet. Bei Eingehung der Ehe, in der die Parteien im gesetzlichen Güterstand lebten, erteilten sie sich gegenseitig Bankvollmacht. Die Kl. räumte dem Bekl. außerdem die Verfügungsbefugnis über ein Wertpapierdepot bei der D-Bank ein, das sie im Jahre 1980 mit dem Erwerb festverzinslicher Wertpapiere zu einem Kurswert von 59.400,- DM eröffnet hatte. Als dem Eheleuten am 19. 5. 1983 ein Kind geboren wurde, beschlossen sie, daß die Kl. gegen ihre Tochter aus erster Ehe, die beim Vater lebte, Unterhaltsabänderungsklage erheben sollte, um die dieser bis dahin geschuldete Unterhaltsrente von 200,- DM monatlich nicht mehr zahlen zu müssen. Dabei kamen die Parteien überein, zuvor die Wertpapiere von der Kl. auf den Bekl. zu übertragen. Unter dem 1. 6. 1983 unterzeichneten sie eine Vereinbarung, wonach die Kl. dem Bekl. wegen ihr in der Zeit vom 28. 8. 1979 bis 25. 5. 1983 zum laufenden Lebensunterhalt und für sonstige Ausgaben gewährter Geldbeträge von insgesamt 55.000,- DM sowie gegen Zahlung eines zusätzlichen Betrages von 5.000,- DM das Wertpapierdepot übertrug. Am 1. 7. 1983 ließ der Bekl. die Wertpapiere aus dem Depot der Kl. in sein eigenes übertragen. Die sodann erhobene Abänderungsklage der Kl. hatte jedoch keinen Erfolg. Am 7. 12. 1983 veräußerte der Bekl. die Wertpapiere zum Preise von 61.355,90 DM. Mit Einverständnis der Kl. verwendete er den Erlös dazu, um Hypothekenschulden abzulösen, die auf in seinem Alleineigentum stehenden Immobilien lasteten und höhere Zinsen erforderten, als die Wertpapiere abwarfren.

Auf die Klage, mit der die Kl. den Veräußerungserlös beansprucht, hat das LG den Bekl. zur Zahlung von 61.355,90 DM nebst 4 % Zinsen seit 26. 7. 1987 verurteilt. Die Berufung des Bekl. ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Nach der Beurteilung des Berufungsgerichts steht der Kl. ein Zahlungsanspruch in Höhe des Erlöses zu, den der Bekl. aus dem Verkauf der Wertpapiere erzielt hat, weil die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung an den Bekl., bei der offenbleiben könne, ob es sich um eine Schenkung oder eine sog. unbenannte Zuwendung handele, spätestens mit der Scheidung weggefallen sei. Die Kl. könne im Wege der Anpassung an die veränderten Verhältnisse die Rückgewähr der Zuwendung und damit die Auszahlung des dem Bekl. zugeflossenen Erlöses aus dem Verkauf der Wertpapiere verlangen. Diesem Erstattungsanspruch stehe die Regelung über den Zugewinnausgleich, die die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage normalerweise verdränge, nicht entgegen, weil der Zugewinnausgleich hier zu einem unbilligen Ergebnis führe und damit der in der Rspr. des BGH anerkannte Ausnahmefall

vorliege, in dem die Ausschließlichkeit des Zugewinnausgleichs nicht gelte, sondern die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage angewendet werden dürften. Wenn die Kl. auf den Zugewinnausgleich verwiesen werde, büße sie einen erheblichen Teil des Zuwendungswertes ein. Ihr Anfangsvermögen habe aus einer Eigentumswohnung und den Wertpapieren bestanden. Das daraus erzielte Einkommen sei für den Lebensunterhalt der Familie und für den Unterhalt der erstegeborenen Tochter verbraucht worden. Ausgleichspflichtiger Zugewinn könne der Kl. allenfalls durch eine die Gedenkwertung übersteigende Wertsteigerung der Eigentumswohnung erwachsen sein. Diese Wertsteigerung sei aber nicht annähernd so hoch wie der durch die Zuwendung eingetretene Wertverlust. Von dem Werte der Zuwendung könne sie, sofern der Bekl. überhaupt einen entsprechend hohen Zugewinn erzielt habe, im Wege des Zugewinnausgleichs nur die Hälfte zurückverlangen. Eine nur teilweise Rückgewähr sei aber für sie nicht tragbar. Denn sie habe kein so großes Vermögen, daß sie das Wegegebene, das rund $\frac{1}{4}$ ihres Vermögens ausgemacht habe, entbehren könne. Die Kl. sei zur Zeit arbeitslos und aus gesundheitlichen Gründen zu einer Umschulung nicht in der Lage. Die ihr verbliebene Eigentumswohnung stelle ihren Lebensunterhalt nicht sicher. Deshalb erhalte sie derzeit Arbeitslosenhilfe von 216,16 DM wöchentlich. Daran zeige sich, daß die Zuwendung bei vernünftiger Betrachtung ihre Mittel überstiegen und zu ihrer jetzigen Abhängigkeit von staatlicher Hilfe geführt habe. Der Bekl. hätte sich billigerweise nicht dagegen sträuben dürfen, wenn die Kl. seinerzeit vorsichtig gehandelt und ihm zur Wahrung ihrer Interessen die Wertpapiere nur darlehensweise überlassen hätte. Zur Bedürftigkeit der Kl. komme hinzu, daß der Bekl. finanziell jedenfalls besser gestellt sei als sie, wie sich daran zeige, daß er nicht auf staatliche Unterstützung angewiesen sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheine es unangemessen, daß der Bekl. eine Zuwendung behalten dürfe, durch welche die Kl. sich selber in Not gebracht habe. Danach könne sie den Erlös der Wertpapiere wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erstattet verlangen. Ob auch ein Rückgewähranspruch wegen Schenkungswiderrufs nach § 530 BGB gegeben sei, der in den erstinstanzlichen Schriftsätzen der Kl. schlüssig erklärt sein könne, brauche nicht geprüft zu werden.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision zu Recht.

1. Die Frage, wie Zuwendungen auszugleichen sind, die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstandes einander gemacht haben und die sie, gestützt auf das Scheitern der Ehe, zurückverlangen, wird nicht einheitlich beurteilt.

Teilweise wird die Meinung vertreten, die Ausgleichung sei nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln im Wege selbstständiger Einzelrückabwicklung durchzuführen. Der Anspruch auf Rückgewähr und der Zugewinnausgleich seien zu trennen. Die Rückabwicklung stelle erst den Zustand her, auf dessen Grundlage der Zugewinnausgleich erfolge (vgl. etwa Kühne, zuletzt JR 1982, 237 in Anm. zu BGHZ 82, 227; Erman/Heckelmann, 8. Aufl., § 1363 BGB, Anm. 4, S. 773; MünchKomm/Gernhuber, 2. Aufl., vor § 1363 BGB, Rd.-Nrn. 21 f.; Soergel/Lange, 12. Aufl., § 1372 BGB, Rd.-Nr. 8, je m. w. N.). Danach ist der Rückgewähranspruch vorweg selbstständig geltend zu machen oder, wenn das nicht geschieht, beim Zugewinnausgleich incident zu beurteilen. Soweit er besteht, ist er als Vermögenswert des Zuwenders zu berücksichtigen, d. h. in dessen Endvermögen als Aktivum anzusetzen. Entsprechend ist auf Seiten des Zuwendungsempfängers eine entsprechende Verbindlichkeit einzustellen.

Demgegenüber hat der BGH die sog. güterrechtliche Lösung vertreten, nach der die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich auch für derartige Zuwendungen der Ehegatten ein Ausgleichssystem zur Verfügung stellen. Danach bedarf es in aller Regel keines Rückgriffs auf allgemeine schuldrechtliche Vorschriften, insbesondere die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Vielmehr kommt den Vorschriften des ehelichen Güterrechts über den Ausgleich des Zugewinns der Vorrang zu. Durch sie werden die allgemeinen Grundsätze über

den Wegfall der Geschäftsgrundlage in aller Regel verdrängt und daraus abzuleitende Ausgleichsansprüche in weitem Umfang ausgeschlossen. Nur zur Korrektur schlechthin unangemessener und untragbarer Ergebnisse kann der Rückgriff auf § 242 BGB geboten sein (vgl. BGHZ 65, 320, 324 f. = DNotZ 1976, 418; BGHZ 68, 299, 302 ff.; 82, 227, 232 ff.; BGH FamRZ 1982, 778 f. sowie zuletzt BGH FamRZ 1990, 855). An dieser Rspr., der der erkennende Senat bereits im Urteil vom 5.10.1988 (FamRZ 1989, 147, 149) gefolgt ist und die auch im Schriftum Zustimmung gefunden hat (vgl. etwa Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946; Holzhauer, JuS 1983, 830; Tiedtke, JZ 1984, 1078, 1082 f.; Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, § 1372 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Diederichsen, 50. Aufl., § 1372 BGB, Anm. 4; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., Teil VII, Rd.-Nr. 159 sowie im Ergebnis Staudinger/Thiele, 12. Aufl., § 1363 BGB, Rd.-Nr. 14, je m. w. N.; vgl. auch Bosch in Anm. FamRZ 1982, 249 sowie Göppinger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 6. Aufl., Rd.-Nrn. 517 ff., 519 ff.), ist festzuhalten.

a) Die von der Gegenmeinung vertretene Ausgleichung der Zuwendungen im Wege selbständiger Einzelrückabwicklung bereitet Schwierigkeiten. Sie folgen aus dem Zusammenhang, der zwischen derartigen Zuwendungen und dem Zugewinnausgleich besteht. Ein solcher Zusammenhang wird im Gesetz ausdrücklich hergestellt durch die Anrechnungsbestimmung des § 1380 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift gelangt auch dann zur Anwendung, wenn vorweg entschieden worden ist, ob und inwieweit die Zuwendung nach § 242 BGB auszugleichen ist. Hat diese Beurteilung ergeben, daß die Zuwendung in vollem Umfang dem Zuwendungsempfänger verbleibt, so ist sie in den Fällen des § 1380 Abs. 1 BGB gleichwohl auf eine Zugewinnausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers anzurechnen. Kommt es – wie in der Regel – zu einer Anpassung durch Verpflichtung zur teilweisen Erstattung, so ist das, was dem Zuwendungsempfänger von der Zuwendung verbleibt, auf seine Zugewinnausgleichsforderung anzurechnen. Dadurch kommt es zu einer weiteren Ausgleichung, die das Ergebnis der vorausgegangenen Rückabwicklung verändert und es „verfälschen“ kann, wenn die Rechtsfolge aus § 1380 BGB nicht von vornherein – vorausschauend – berücksichtigt wird.

Auch unabhängig von § 1380 BGB kann sich bei der Beurteilung der Rückabwicklung das Bedürfnis ergeben, das Ergebnis des Zugewinnausgleichs vorausschauend zu berücksichtigen, etwa um zu vermeiden, daß nach § 242 BGB etwas zugesprochen wird, was aufgrund des Zugewinnausgleichs (teilweise) wieder zurückgewährt werden muß (vgl. BGHZ 68, 303). Ferner kann dieses Bedürfnis bestehen, wenn, wie es teilweise vertreten wird, auf den Rückabwicklungsanspruch dasjenige anzurechnen ist, was der rückfordernde Ehegatte über §§ 1372 ff. BGB als Zugewinn fordern könnte (vgl. Soergel/Lange, a.a.O., Rd.-Nr. 8 a. E.).

Die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Verknüpfung der Zuwendungen mit dem Zugewinnausgleich ergeben, werden dadurch erhöht, daß der auf § 242 BGB gestützte Anspruch auf Rückabwicklung keine Familiensache darstellt und daher, weil er vom Zugewinnausgleich zu trennen ist, grundsätzlich in einem separaten Verfahren geltend zu machen ist, für das das Gericht für allgemeine Zivilsachen zuständig ist (vgl. BGH FamRZ 1981, 19, 21), während über den Zugewinnausgleichsanspruch das Familiengericht entscheidet.

Diese Umstände sprechen dafür, den Ausgleich der Zuwendungen in das Güterrecht zu integrieren und mit dem Ausgleich des Zugewinns in einem Akt durchzuführen.

b) Eine solche Einbeziehung ist möglich, das das Ausgleichssystem des Güterrechts auch gegenseitige Zuwendungen der Ehegatten zu erfassen vermag. Derartige Zuwendungen werden, gleichgültig ob es sich um Schenkungen oder ehebedingte Zuwendungen handelt (vgl. BGH FamRZ 1990, 600 = DNotZ 1991, 492 = MittRhNotK 1990, 283), nicht von § 1374 Abs. 2 BGB erfaßt und daher nicht dem Anfangsvermögen des Zuwendungsempfängers zugerechnet (Senatsurteil BGHZ 101,

65, 69 ff.), sondern fallen in den Zugewinn und erhöhen diesen, soweit ihr Wert beim Ende des Güterstandes noch vorhanden ist. Ergibt sich infolge der Zuwendung für den Zuwendungsempfänger ein höherer Zugewinn als für den Zuwender, so hat dieser einen Anspruch nach § 1378 Abs. 1 BGB. Einem solchen Anspruch steht § 1380 BGB nicht entgegen; denn diese Vorschrift greift nach der Rspr. des BGH nur ein, soweit ein Ausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers besteht. Soweit dieser im voraus mehr erhalten hat, als seine Ausgleichsforderung ohne die Zuwendung ausmachen würde, trifft § 1380 BGB keine Regelung (vgl. BGH FamRZ 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177). Damit ermöglichen die Zugewinnausgleichsregeln eine Ausgleichung der genannten Zuwendungen, gleichgültig ob die jeweilige Zuwendung sich im Rahmen dessen hält, was der Zuwendungsempfänger ohne die Zuwendung als Zugewinn ausgleich zu beanspruchen hätte (sog. vorweggenommener Zugewinnausgleich), oder ob die Zuwendung wertmäßig den ohne sie geschuldeten Zugewinn ausgleich übersteigt (sog. überschüssige Zuwendung).

c) Hier nach muß es für den Ausgleich von Zuwendungen, die Ehegatten einander während des gesetzlichen Güterstandes gemacht haben, in aller Regel mit dem güterrechtlichen Ausgleich als der vom Gesetz vorgesehenen Lösung sein Bewenden haben. Da jedes Rechtsverhältnis dem Grundsatz von Treu und Glauben untersteht, kann die Anwendung des § 242 BGB indessen auch bei diesem Ausgleich nicht ausgeschlossen werden. Sie muß allerdings im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen die güterrechtlichen Vorschriften den im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt nicht zu erfassen vermögen und das Ergebnis der güterrechtlichen Abwicklung schlechthin unangemessen und für den Zuwender unzumutbar unbillig ist.

Ein solcher Ausnahmefall ist in der Rspr. bislang in Fällen angenommen worden, in denen zu dem finanziellen Interesse des Zuwendenden an einem wertmäßigen Ausgleich besondere Umstände hinzugetragen, die ein schutzwürdiges Interesse an der Rückübertragung des Eigentums an dem zugewendeten Vermögensgegenstand begründeten und es unerträglich erscheinen ließen, daß der andere Ehegatte auf dem Eigentum beharrte, statt es – gegen Zahlung eines angemessenen Ausgleichs – auf den Zuwendenden zurückzuübertragen (vgl. BGHZ 68, 304 ff.; 82, 236 f. und BGH FamRZ 1982, 779 = DNotZ 1983, 177).

Darum geht es hier jedoch nicht. Das Interesse der Kl. ist nicht auf die Rückgewähr bestimmter Gegenstände, sondern allein auf die Rückerstattung von Vermögenswerten gerichtet. Wann § 242 BGB in einem solchen Fall eingreift, hat der BGH bisher nicht entschieden.

Bei der Konkretisierung der Voraussetzungen, unter denen ein solcher Ausnahmefall in Betracht kommt, kann der Maßstab der Ausgleichung, den das Gesetz in der speziell für das Scheitern der Ehe getroffenen güterrechtlichen Regelung generell vorsieht, nicht unberücksichtigt bleiben. Danach wird die Grenze der Unangemessenheit und Untragbarkeit kaum je überschritten sein, solange der Zuwender einen Ausgleich in Höhe des halben Wertes der Zuwendung erhält. Denn mit der hälftigen Beteiligung ist ein Maß an Ausgleichung erreicht, das nach dem Grundgedanken der Zugewinnausgleichsregelung grundsätzlich nicht als untragbar bezeichnet werden kann. Aus der Sicht des dort geltenden Prinzips hälftiger Ausgleichung, das auch der Anrechnungsregelung des § 1380 Abs. 1 BGB zugrunde liegt, ist es vielmehr normal, wenn der Zuwender über den Zugewinnausgleichsanspruch (nur) den halben Wert seiner Zuwendung zurückhält. Aber auch wenn sein Ausgleichsanspruch dahinter zurückbleibt, ist eine Korrektur nicht ohne weiteres geboten, weil sich in gewissen Abweichungen von der hälftigen Beteiligung ein noch normal zu nennendes Risiko verwirklicht, wie es im Zugewinnausgleich angelegt ist und vor dem auch der Ehegatte, der die Zuwendung gemacht hat, nicht völlig bewahrt bleiben kann (ebenso Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 953; Schwab, a.a.O., Rd.-Nr. 120; Tiedtke, JZ 1984,

1083). Um die Unerträglichkeit eines derartigen Ergebnisses und die Unabreisbarkeit seiner Korrektur durch die Anwendung von § 242 BGB zu begründen, müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten, die den Rückgriff auf die verdrängten Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unter Berücksichtigung der übrigen konkreten Umstände des Einzelfalles zwingend gebieten. Derartige Gründe mögen etwa in Betracht kommen, wenn einerseits der Zuwendungsempfänger bei Ehezeitende keinen Zugewinn aufzuweisen hat, weil die Zuwendung ihm zur Erhaltung des Anfangsvermögens gedient hat und damit keine Zugewinnausgleichsverpflichtung auslöst, obwohl sie wertmäßig im Endvermögen noch vorhanden ist, und wenn andererseits der Zuwendende in seinem Auskommen beeinträchtigt ist, weil er mit den ihm verbliebenen Mitteln seinen angemessenen Unterhalt nicht bestreiten kann. Ein derartiger Notbedarfsfall, der im Schenkungsrecht zur Rückforderung des Geschenkes berechtigen kann (§ 528 BGB), kann auch bei Zuwendungen der vorliegenden Art dazu führen, daß das in Anwendung der Vorschriften über den Zugewinnausgleich gewonnene Ergebnis für den Zuwendenden schlechthin unzumutbar ist.

2. Danach kann die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die Verdrängung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hier nicht gelten könne, weil die Vorschriften des Güterrechts zu einem untragbaren Ergebnis führten, nicht bestehen bleiben. Denn das Berufungsgericht hält es für möglich, daß die Kl. einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe des halben Wertes der Zuwendung hat.

Ohne den Zugewinnausgleich der Parteien näher zu beurteilen hat das Gericht festgestellt, daß die Kl. bei Berücksichtigung der Vermögensminderung, die durch die Zuwendung eingetreten ist, keinen Zugewinn erzielt hat, weil der Wertzuwachs ihrer Eigentumswohnung jene Vermögensminderung nicht annähernd ausgleicht. Dagegen hält es einen Zugewinn des Bekl. in Höhe des Wertes der Zuwendung für möglich. Da der Bekl. den Erlös aus dem Verkauf der Wertpapiere zur Ablösung von Grundpfandrechten durch Tilgung der zugrundeliegenden Darlehenverbindlichkeiten verwendet hat, liegt in der Tat nahe, daß die durch die Zuwendung eingetretene Vermögensmehrung zu einem entsprechend höheren Endvermögen geführt hat. Ferner kommt in Betracht, daß während der Ehe eingetretene Wertsteigerungen seines Immobilienvermögens, das nach dem Vorbringen der Kl. aus zwei Reihenhäusern und vier Eigentumswohnungen besteht, den durch die Zuwendung entstandenen Zugewinn weiter erhöht haben. Beliefe sich dieser dadurch insgesamt auf das Doppelte des Wertes der Zuwendung, so erhielte die Kl. diesen Wert durch den Zugewinnausgleich sogar in vollem Umfang zurück. Danach ist nicht einmal auszuschließen, daß die Kl. als Zugewinnausgleich einen Betrag verlangen kann, der den Wert der Zuwendung übersteigt. Die Ausgleichsforderung ist nicht verjährt (§ 1378 Abs. 4 BGB).

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. In der neuen Verhandlung hat die Kl. Gelegenheit, gem. den vorstehenden Rechtsgrundsätzen zur Höhe ihrer Zugewinnausgleichsforderung Näheres vorzutragen und darzulegen, daß dieses Ergebnis der Ausgleichung schlechthin unangemessen und für sie unzumutbar ist. Dieses Vorbringen gehört zur schlüssigen Begründung ihrer auf § 242 BGB gestützten Klage.

4. Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß es bei einem Ausgleich der Zuwendung nach den Vorschriften des Güterrechts sein Bewenden haben muß, und, wie im Urteil ins Auge gefaßt, der Frage nachgehen sollte, ob der Kl. ein Rückgewähranspruch wegen Schenkungswiderrufs nach § 530 BGB zusteht, wird es zu berücksichtigen haben, daß die Zuwendung nach den übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien bei ihrer Anhörung vom 24. 5. 1989 „auf der Basis einer gemeinsamen Ehe“ erfolgt ist. Das spricht dafür, daß die Zuwendung keine Schenkung, sondern eine ehebedingte Zuwen-

dung darstellt, weil sie um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht worden ist und darin ihre Geschäftsgrundlage hat (vgl. BGH FamRZ 1990, 601 = DNotZ 1991, 492 = MittRhNotK 1990, 283).

4. Erbrecht – Verhältnis zwischen Vor- und Nachvermächtnisnehmer

(BGH, Urteil vom 6. 3. 1991 – IV ZR 114/89)

BGB §§ 2185; 2191

1. **Verwendungsersatzansprüche des Vorvermächtnisnehmers gegen den Nachvermächtnisnehmer sind nach § 2185 BGB zu beurteilen, nicht entsprechend §§ 2124 ff. BGB.**
2. **Der Vorvermächtnisnehmer ist dem Nachvermächtnisnehmer auch schon vor dem Anfall des Nachvermächtnisses zu ordnungsmäßiger Verwaltung verpflichtet.**
3. **Zur Kondition der Buchposition des Nachvermächtnisnehmers, dessen künftiger Auflassungsanspruch gegen den Vorvermächtnisnehmer im Grundbuch vorgemerkt ist.**
4. **Zum Beginn der Bösgläubigkeit des Vorvermächtnisnehmers.**

Zum Sachverhalt:

Die im Jahre 1933 geborene Kl. ist die Witwe des am 14. 1. 1971 verstorbene Druckereibesitzers H. (Erblasser). Der im Jahre 1935 geborene Bekl. zu 1) ist sein Sohn aus früherer Ehe und sein (durch Erbschein ausgewiesener) Alleinerbe. Die Bekl. zu 2) bis 4) sind die Kinder des Bekl. zu 1).

In seinem eigenhändigen Testament vom 17. 11. 1970 hatte der Erblasser seiner Witwe Grundbesitz zugewendet. Dazu heißt es in dem Testament:

„Die Grundstücke mit Haus in K. mit sämtlichem Inventar erbtt meine Frau ... als Vorerbin. Nach ihrem Tode erbtt dasselbe mein Sohn, nach seinem Tode seine Kinder.“

Am 10. 1. 1973 stellten die Kl. und der Bekl. zu 1) – die Bekl. zu 2) bis 4) waren damals noch minderjährig – in notarieller Urkunde übereinstimmend fest, der Grundbesitz stehe der Kl. als Vorvermächtnis, dem Bekl. zu 1) als Nachvermächtnis und den Bekl. zu 2) bis 4) als weiteres Nachvermächtnis zu. Dementsprechend übereignete der Bekl. zu 1) das Hausgrundstück an die Kl. Gleichzeitig mit der Umschreibung wurden im Grundbuch Auflassungsvormerkungen zugunsten des Bekl. zu 1) und der Bekl. zu 2) bis 4) eingetragen.

Die Kl. macht geltend, sie habe erhebliche Anlegerbeiträge, Beiträge zur Herstellung der Wasserversorgungsanlage, Erschließungs- und Vermessungskosten auf das Grundstück verwenden müssen. Weitere Ausgaben seien notwendig, weil das Gebäude sich gesetzt habe und die Fundamente unterfangen werden müßten. Mangels anderer finanzieller Mittel müsse sie zur Bestreitung dieser Ausgaben auf das Grundstück Zugriff nehmen und dieses entsprechend belasten. Das scheitere aber an den zugunsten der Bekl. eingetragenen Vormerkungen.

Mit ihrer Klage verlangt die Kl. von den Bekl. in erster Linie die Einwilligung in die Eintragung einer vorrangigen Eigentümergrundschuld in Höhe von 110.000,- DM und die Feststellung ihres Rechts, den Grundbesitz in Höhe der bereits angefallenen und der bis zu ihrem Tode noch anfallenden außergewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten dinglich zu belasten. Beide Vorinstanzen halten diese Anträge für unbegründet. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Kl. entsprechend einem Hilfsantrag – unter Abweisung weiterer Anträge (und Eventualanträge) – festgestellt, daß die Kl. ersatzfähige Verwendungen in Höhe von 26.282,69 DM gemacht habe, hat den Bekl. eine Frist gesetzt, sich zur Genehmigung dieser Verwendungen zu äußern, und hat die Bekl. für den Fall der Nichtgenehmigung verurteilt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen des festgestellten Betrages zu dulden. Gegen dieses Urteil richtet sich die zugelassene Revision der Bekl., die völlige Abweisung der Klage anstreben, und die Anschlußrevision der Kl., die ihre abgewiesenen Anträge weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat in vollem Umfang, die Anschlußrevision hat teilweise Erfolg.

I. Die Revision der Bekl.

A. Die Revision ist unbedenklich zulässig (wird ausgeführt).

B. 1. Mit Recht legt das Berufungsgericht die Zuwendungen des Grundbesitzes in K. an die Kl., nach ihr an den Bekl. zu 1) und nach diesem an die Bekl. zu 2) bis 4) als Vorvermächtnis, als Nachvermächtnis und als Nachnachvermächtnis aus. Auf diese Auslegung haben die Kl. und der Bekl. zu 1) sich, wie das Berufungsgericht insoweit rechtsfehlerfrei ausführt, durch die notarielle Vereinbarung vom 10.1.1973 festgelegt (Auslegungsvertrag, vgl. BGH FamRZ 1986, 462 = DNotZ 1987, 109 = LM § 2104 BGB, Nr. 1 unter II 1). Diese Vereinbarung kann zwar entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht auch für die Bekl. zu 2) bis 4) verbindlich sein; sie waren an ihr nicht beteiligt. Der Sache nach ist das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts aber rechtsfehlerfrei. Deshalb gilt es auch für die Bekl. zu 2) bis 4). Auch die Parteien haben insoweit nichts zu erinnern.

2. Recht hat das Berufungsgericht ferner darin, daß es die Verwendungersatzansprüche der Kl. nach § 2185 BGB beurteilt. Wenn die Kl. statt dessen auf eine entsprechende Anwendung von Vorschriften über die Nacherbschaft (§§ 2124 ff., 2120 BGB) hinaus will (vgl. Maur, NJW 1990, 1161), dann kann dem nicht gefolgt werden.

Das Nachvermächtnis, das in § 2191 Abs. 1 BGB behandelt ist, stellt ein Untervermächtnis (§ 2147 S. 1 BGB) besonderer Art dar, das sich mit einem entsprechenden aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnis (§ 2177 BGB) deckt. Der Unterschied besteht – abgesehen von § 2191 Abs. 2 BGB – lediglich darin, daß das Nachvermächtnis anders als sonst ein Vermächtnis (§ 2147 S. 2 BGB) nicht den Erben, sondern ohne weiteres den Vorvermächtnisnehmer beschwert. Nur das ist der Regelungsgehalt des § 2191 Abs. 1 BGB. Dementsprechend bestand für den Gesetzgeber kein Grund, die Rechtsstellung des Nachvermächtnisnehmers in bezug auf Verwendungen anders zu ordnen als diejenige eines sonstigen aufschiebend bedingt oder befristet bedachten Vermächtnisnehmers. Das bedeutet, daß § 2185 BGB für alle mit dem Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes Beschwerden gilt. Das ergibt sich schon aus den Motiven zu § 1880 BGB-E I (Motive V, 199); ein Versuch, diese Vorschrift näher an die Regelung für die Nacherbschaft heranzubringen, ist in der Kommission auf Ablehnung gestoßen (Protokolle V, 235). Infolgedessen können sich der Erbe gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer, dieser gegenüber dem Nachvermächtnisnehmer und letzterer gegenüber seinem Nachnachvermächtnisnehmer jeweils für ihre Verwendungen gleichermaßen auf § 2185 BGB stützen. Dementsprechend hat das RG bereits im Jahre 1910 ausgesprochen, daß die Vorschriften über die Einsetzung eines Nacherben (§§ 2100–2146 BGB) auf das Verhältnis zwischen dem Vor- und dem Nachvermächtnisnehmer nicht entsprechend anzuwenden sind (RG WarnR 1910, Nr. 157). Dabei muß es jedenfalls für den Bereich der Verwendungen im Grundsatz verbleiben. Eine Regelungslücke im Gesetz, die die Rspr. durch analoge Anwendung anderer Vorschriften zu schließen hätte, besteht hier nicht.

3. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht schließlich an, daß für die von § 2185 BGB angeordnete Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 994 ff. BGB) der Beschwerde dem Besitzer und der Vermächtnisnehmer (hier: Nachvermächtnisnehmer) dem Eigentümer gleichzusetzen sind. Das Gesetz will hier für Verwendungen (und für bestimmte Aufwendungen zur Besteitung von Lasten) des Beschwerden diesen (obwohl dinglich berechtigt) wie einen nichtberechtigten (Eigen-)Besitzer und den (nur obligatorisch berechtigten) Vermächtnisnehmer [auch den aufschiebend bedingten (Nach-)Vermächtnisnehmer] wie den Eigentümer behandeln wissen, und dem Beschwerden gewisse Ersatzansprüche gegen den Begünstigten geben.

Indessen besteht bei dem aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnis insofern eine Besonderheit, als der Ver-

mächtnisnehmer hier vor Eintritt der Bedingung oder des Termins nicht einmal einen schuldrechtlichen Anspruch auf den vermachten Gegenstand hat (§§ 2177, 2176 BGB). Im Hinblick auf § 2160 BGB ist darüber hinaus sogar ungewiß, ob er einen solchen Anspruch jemals erlangen kann. Diese Besonderheit schließt es aus, den Bekl. zu 1) oder dessen Abkömmlinge vor dem Anfall des Nachvermächtnisses im Rahmen von § 2185 BGB für die Verwendungen der Kl. wie einen Eigentümer zu behandeln. Das gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch für § 1003 BGB. Hinzu kommt, daß § 1003 BGB einen zur Herausgabe bereiten Besitzer (hier: Beschwerden) voraussetzt.

Unter diesen Umständen kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben, soweit es unter Berufung auf § 1003 BGB den Bekl. eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung bestimmter Verwendungen setzt und sie für den Fall der Nichtgenehmigung innerhalb der Frist zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verurteilt. Aber auch im übrigen hat die Revision Erfolg. Das folgt schon daraus, daß die Anschlußrevision der Kl. wegen der von ihr weiter verfolgten Hauptanträge teilweise zum Erfolg führt; für diesen Fall ist der auf die Feststellung ersatzfähiger Verwendungen gerichtete Hilfsantrag nicht gestellt (vgl. BGHZ 21, 13, 16; 106, 219; 112, 229). Hierzu wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

II. Anschlußrevision der Kl.

1. Abgewiesen hat das Berufungsgericht die Klage auch, soweit die Kl. die Einwilligung der Bekl. in die Eintragung einer vorrangigen Eigentümergrundschuld in Höhe von 110.000,- DM verlangt. Die Gründe, die das Berufungsgericht zu dieser Entscheidung veranlaßt haben, sind dem angefochtenen Urteil nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Die Abweisung beruht aber möglicherweise darauf, daß das Berufungsgericht die von der Kl. geltend gemachten bereits angefallenen und noch bevorstehenden Ausgaben nur in Höhe von rund 26.000,- DM als ersatzfähige Verwendungen ansieht. Das wäre aber schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil die Kl. die mit ihrem Hauptantrag angestrebte Eigentümergrundschuld ersichtlich auch für einen solchen Fall, notfalls in geringerer Höhe als 110.000,- DM, zu erreichen sucht.

Aber auch in der Sache stößt die Entscheidung hier auf rechtliche Bedenken. Nach Auffassung des Senats ist dem Hauptantrag zu 1) vielmehr stattzugeben, soweit es sich um notwendige Verwendungen handelt, die nicht unter § 994 Abs. 1 S. 2 BGB fallen, für die weiter § 995 S. 2 BGB eingreift und die für die Kl. unausweichlich waren.

Notwendige Verwendungen auf eine bestimmte vermachte Sache, die der beschwerde Vorvermächtnisnehmer gegenüber einem Nachvermächtnisnehmer gem. §§ 2185, 994 Abs. 1 S. 2, 995 S. 2 BGB nicht zu tragen, für die aber auch der Untervermächtnisnehmer vor dem Anfall seines Nachvermächtnisses (noch) nicht einzustehen hat, und für die auch keiner der Bet. zusätzliche Mittel aus seinem (sonstigen) Privatvermögen zur Verfügung stellen kann oder will, können zwangsläufig nicht anders als aus dem vermachten Gegenstand selbst bezahlt werden. Zu einem derartigen Vorgehen ist der Vorvermächtnisnehmer gegebenenfalls berechtigt.

Es ist allerdings richtig, daß der Vorvermächtnisnehmer dem Nachvermächtnisnehmer gem. §§ 2177, 2179, 160 BGB für eine schuldhafte Vereitelung oder Beeinträchtigung des nachvermachten Rechtes einzustehen hat und demgemäß auch schon vor dem Anfall des Nachvermächtnisses zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet ist. Dabei handelt es sich um dieselbe Pflicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung, die auch bei der Überschuldung eines Vermächtnisses durch Untervermächtnisse oder Auflagen auf dem Weg über §§ 2187 Abs. 3, 1992 S. 1, 1990 Abs. 1, 1978 Abs. 1 BGB hervortritt. Diese Pflicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung dient (in erster Linie) dem Interesse der Nachvermächtnisnehmer. Sie ist vor allem darauf gerichtet, deren Rechte nicht zu vereiteln oder zu beeinträchtigen. Damit ist sie im Interesse des Vorvermächtnisnehmers

prinzipiell entgegengesetzt: Werden Verwendungen aus dem vermachten Gegenstand selbst entrichtet, dann liegt darin zu gleich eine entsprechende substantielle Minderung der Rechte des Nachvermächtnisnehmers.

Dieser Konflikt läßt sich nach der Auffassung des Senats sachgerecht nur dadurch lösen, daß im Grundsatz die Sacherhaltungsinteressen der Nachvermächtnisnehmer, soweit unvermeidbar, hinter das Sacherhaltungsinteresse aller Bet. zurückzutreten haben. Der Nachvermächtnisnehmer folgt dem Vorvermächtnisnehmer nach und muß schon deshalb, ordnungsmäßige Verwaltung vorausgesetzt, mit dem vorlieb nehmen, was von dem vermachten Gegenstand noch übrig ist.

Dennoch ist es nicht zu übersehen, daß der Vorvermächtnisnehmer die Nutzungen bis zum Anfall des Nachvermächtnisses zieht und, wenn der Erblasser nichts anderes angeordnet hat, auch behalten darf (§ 2184 BGB). Indessen beruht seine daraus folgende Bereicherung um den Wert der gezogenen Nutzungen unmittelbar auf dem Willen des Erblassers. Dabei stehen den Nutzungen nach der Regelung des Gesetzes nur die gewöhnlichen Erhaltungskosten und diejenigen Lasten gegenüber, die nicht als auf den Stammwert gelegt anzusehen sind: nur diese hat der Vorvermächtnisnehmer (gewissermaßen „aus“ den Nutzungen) zu tragen. Dem Vorvermächtnisnehmer darüber hinaus allgemein auch den (möglichen) verbliebenen Überschuß der Nutzungen über die ihn treffenden Verwendungen abzuverlangen mit dem Ziel, daß er diesen im Interesse der Nachvermächtnisnehmer zur Entrichtung (oder Abtragung) auch der übrigen notwendigen Verwendungen einsetze, ist weder nach der Gesetzeslage noch von der Sache her geboten. Das gilt jedenfalls für solche notwendigen Verwendungen, die nicht auf einer eigenen Investitionsentscheidung des Vorvermächtnisnehmers beruhen, sondern unausweichlich in gleichem Umfange auch die Nachvermächtnisnehmer getroffen haben würden.

2. Hiernach ist zu prüfen, ob es bei der Feststellung ersatzfähiger Verwendungen in Höhe von 26.282,69 DM durch das Berufungsgericht der Sache nach verbleibt.

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Kl. einen „Netzkostenbeitrag“ für die öffentliche Wasserversorgung des Grundstücks in Höhe von 2.110,83 DM geleistet hat. Dabei handele es sich um einen einmaligen Beitrag, mit dem der anteilige Herstellungsaufwand für eine dem Grundstück dienende Einrichtung abgegolten sei, und nicht um laufende Unterhaltungskosten. Dieser Beitrag sei zugleich eine öffentliche Abgabe, die als Last i. S. v. § 995 BGB anzusehen sei und den Stammwert des Grundstücks erhöhe. Diese Ausführungen sind rechtsfehlerfrei. Auf den von der Revision hierzu in Frage gestellten Fremdgeschäftsführungswillen der Kl. kommt es nicht an.

b) Entsprechendes wie zu a) gilt auch für den festgestellten Beitrag der Kl. von 2.000,- DM zur Herstellung der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage und den Erschließungsbeitrag für die Herstellung der Straße in Höhe von 20.898,52 DM. So weit die Revision auf die Erschließungskosten im Hinblick auf die lebenslange Dauer des Vermächtnisses für die Kl. aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) Abschreibungen wünscht, ist dem nicht zu folgen. Daß die Grundstücks-eigentümer wegen laufender Unterhaltungskosten für die Straße – ohne zusätzlichen Ausbau – jemals wieder zu Erschließungsbeiträgen herangezogen werden könnten, ist nicht ersichtlich.

c) Erfolg hat die Revision dagegen, soweit der Kl. ersatzfähige Verwendungen auch insofern zugesprochen worden sind, als es sich um die Kosten für die Grenzfeststellung (551,- DM), der Einmessung (363,- DM) und der Rechtsverfolgung im Zusammenhang mit dem Netzkostenbeitrag (395,34 DM) handelt. Auch wenn es sich insoweit noch um notwendige Verwendungen handeln sollte, so reichen sie doch nicht über den Rahmen der gewöhnlichen Erhaltungskosten hinaus. Ihnen liegen auch keine Lasten zugrunde, die als auf den Stammwert des Grundstücks gelegt anzusehen sind. Vielmehr sind sie verhältnismäßig niedrig und können schon deshalb aus den laufenden Nutzungen gedeckt werden.

d) Die verbleibenden notwendigen Verwendungen in Höhe von 25.009,35 DM gehen nicht über den Betrag hinaus, den die Kl. (oder ihre Erben) beim Anfall des Nachvermächtnisses an den Bekl. zu 1) oder dessen Abkömmlinge als Verwendungser-satz zu beanspruchen hat. Das gilt für die festgestellten notwendigen Verwendungen unabhängig davon, ob man die Kl. mit dem Berufungsgericht vor dem Anfall des Nachvermächtnisses als gutgläubig i. S. v. § 994 Abs. 2 BGB oder ob man sie bereits seit ihrer Kenntnis von der Nachvermächtnisanordnung als bösgläubig i. S. v. § 990 BGB behandelt (vgl. z. B. BGHZ 87, 296, 298 ff.; Schneider, Das Nachvermächtnis im Recht des BGB, 53; Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Bd. I, 237, Fn. 27; Planck/Flad, 4. Aufl., § 2185 BGB, Anm. 2a; Kretzschmar, Erbrecht, 2. Aufl., 290, Fn. 6; Kipp/Coing, 14. Bearb., 341 unter VII; Zawar, Das Vermächtnis in der Kautelarjurisprudenz, 68; a.A. MünchKomm/Skibbe, 2. Aufl., § 2185 BGB, Rd.-Nr. 5; vgl. auch § 347 S. 2 BGB, in Bezug genommen in §§ 327 S. 1, 467 S. 1 BGB; ferner § 820 Abs. 1 BGB). Auch wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts insoweit nicht folgt, kann die Kl. beim Anfall des Nachvermächtnisses die angeführten notwendigen Verwendungen ersetzt verlangen. Der Ersatzanspruch folgt dann, da die Verwendungen (auch) im objektiven Sacherhaltungsinteresse der Bekl. liegen und deren etwa entgegenstehender Wille gem. § 679 BGB unbeachtlich wäre, aus §§ 2185, 994 Abs. 2, 683 S. 1 BGB. Ob das Belastungsrecht der Kl. der Höhe nach auf ihre späteren (gem. § 256 S. 2 BGB zunächst unverzinslichen) Verwendungsansprüche zu begrenzen ist, kann hier daher noch offen bleiben.

3. Wegen der verbleibenden notwendigen Verwendungen kann die Kl. von den Bekl. die Einwilligung in die Eintragung einer vorrangigen Eigentümergrundschuld in Höhe von insgesamt 25.009,35 DM verlangen (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB).

Die für die Bekl. eingetragenen Auflassungsvormerkungen sichern deren aufschiebend bedingte (künftige) Vermächtnisan-sprüche gegen die Kl. (bzw. deren Erben) auf Übereignung des Grundstücks (§ 883 BGB). Die Vormerkungen schließen dingliche Belastungen des Grundstücks durch die Kl. zwar rechtlich nicht aus. Jedoch wäre eine vormerkungswidrige Verfügung über das Grundstück gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam, soweit sie den vorgemerkt Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, gehen die gesicherten Vermächtnisan-sprüche der Bekl. jedoch er-brechtlich nicht so weit, daß sie der Kl. eine Belastung des Grundstücks mit einer Eigentümergrundschuld verbieten, mit deren Hilfe die Kl. bestimmte notwendige Verwendungen im Rahmen ihrer ordnungsmäßigen Verwaltung zu decken denkt. Da die Auflassungsansprüche der Bekl., wie oben näher begründet, erbrechtlich hinter das Recht der Kl. zurücktreten müssen, in bestimmten Grenzen auf die Substanz des Grundstücks zuzugreifen, fehlt es insoweit daher auch an einer „Beeinträchtigung“ i. S. v. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB.

Mit dieser Feststellung ist der Kl. indessen wenig geholfen. Die zugunsten der Bekl. eingetragenen Vormerkungen haben nämlich erfahrungsgemäß auch zur Folge, daß das Grundstück praktisch nicht mehr beleihungsfähig ist. Die hierin liegende (tatsächliche) Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Kl. hat ihre Entsprechung in der Position, in der die Bekl. sich befinden und mit der sie die von der Kl. beabsichtigte Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung blockieren. Diese Position der Bekl. geht damit über die Rechtsstellung hinaus, die ihnen er-brechtlich (schuldrechtlich) zukommt. An dieser schuldrechtlichen Stellung der Bekl. in bezug auf das Grundstück hat auch die notarielle Vereinbarung vom 10.1.1973 nichts geändert.

Mit dieser haben die Kl. und der Bekl. zu 1) ihre Rechtsstellungen als Vor- und Nachvermächtnisnehmer lediglich materiell festgeschrieben. Darüber hinaus haben sie den Bekl. in Gestalt von Vormerkungen zusätzliche Sicherungsmittel für ihre – als solche unveränderten – möglichen (künftigen) Vermächtnisan-sprüche verschafft. Mit ihrer Hilfe dürfen die Bekl. zwar jegliche Verfügung der Kl. über das Vermächtnis verhindern, zu der diese erbrechtlich nicht befugt ist. Das gilt aber nicht auch für

Verfügungen, die sich im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung halten.

Hier nach ergibt sich, daß die Bekl. aufgrund Leistung der Kl. um das überschießende „Mehr“ ihrer Buchposition, das durch ihre schuldrechtliche Stellung nicht gedeckt ist, in unvorhergesehener Weise ungerechtfertigt bereichert sind. Die Bekl. müssen den ungerechtfertigten Teil dieser Position nach Bereicherungsrecht an die Kl. herausgeben. Das hat in der Form zu geschehen, daß sie der Kl. den Vorrang für die von ihr gewünschte Eigentümergrundschuld einräumen.

4. Dem steht nicht entgegen, daß es in der Urkunde vom 10.1.1973 heißt: „Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr sind auf die Erwerberin übergegangen mit dem Todestage des Erblassers...“ Diese Klausel betrifft lediglich die zeitliche Abgrenzung für den Übergang des Grundstücks von dem Bekl. zu 1) als Alleinerben auf die Kl. im Zusammenhang mit dem Anfall des Vorvermächtnisses an diese am 14.1.1971. Sie regelt aber nicht auch die Abgrenzung für eine noch bevorstehende Übereignung gem. §§ 2174, 2191 Abs. 1 BGB an den Bekl. zu 1) oder gem. §§ 2194, 2191 Abs. 1 und 2, 2102 Abs. 1 BGB an die Bekl. zu 2) bis 4) beim Anfall des Nachvermächtnisses.

5. Die Kl. kann allerdings nicht schlicht eine Eigentümergrundschuld verlangen. Eine solche könnte, da Rechte dieser Art übertragen werden können, in die Hand eines Dritten gelangen (was an sich unbedenklich wäre) und alsdann – anders als im Falle des § 1197 Abs. 1 BGB – zur Zwangsvollstreckung aus dem dinglichen Recht führen. Da eine derartige Entwicklung den berechtigten Interessen der Bekl. zu wider liefe und ihre Verhinderung daher zu der ordnungsmäßigen Verwaltung durch die Kl. gehört, kann die Einwilligung nur verlangt werden zu einer Grundschuld, die nicht fällig wird vor dem Ableben der Kl., und zwar im Hinblick auf die Rechte der Bekl. zu 2) bis 4) auch nicht vor dem Abfall des Grundstücksvermächtnisses an diese, sei es nun gem. §§ 2191 Abs. 2, 2102 Abs. 1 BGB nach dem Tode der Kl. als Nachvermächtnisnehmer oder gem. § 2191 Abs. 1 BGB nach dem Tode des Bekl. zu 1) als Nachnachvermächtnisnehmer.

6. Soweit die Anschlußrevision darauf hinaus will, daß der Kl. ein Recht auf Bewilligung einer vorrangigen Eigentümergrundschuld zur Finanzierung noch bevorstehender notwendiger Verwendungen auf das Grundstück in Höhe von voraussichtlich 20.000,- DM (weitere Erschließung) und 41.000,- DM (Unterfangung des Fundaments) zustehe, ist der Hauptantrag zu 1) noch nicht entscheidungsreif. Insoweit bedarf die Sache weiterer Prüfung durch den Tatrichter. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann der Senat nämlich nicht ausschließen, daß die Kl. auf dem vom Senat aufgezeigten Wege eine Eigentümergrundschuld mit Rang vor den Vormerkungen der Bekl. auch zur Finanzierung noch bevorstehender notwendiger Verwendungen erlangen kann. Das gilt sowohl für weitere Erschließungsmaßnahmen als auch für die – vielleicht – unaufschiebbare Unterfangung der Fundamente eines – womöglich – einsturzgefährdeten Hauses, die auch im dringenden Interesse der Nachvermächtnisnehmer läge. Voraussetzung dafür ist aber in jedem Falle, daß die Kl. nachweist, daß die von ihr angestrebte dingliche Belastung sich im Rahmen der ihr obliegenden ordnungsmäßigen Verwaltung des Grundstücks hält. Das macht gegebenenfalls zahlreiche Einzelprüfungen erforderlich, und zwar insbesondere die folgenden:

a) Nötig sind zunächst eine hinreichend zuverlässige Abschätzung, wann die demnächst zu bestreitenden Ausgaben für konkrete notwendige Verwendungen anfallen werden, und die Beurteilung, ob diese so nahe bevorstehen, daß die beabsichtigte dingliche Belastung schon jetzt mit den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung in Einklang steht. Dazu gehört auch, daß sich der Tatrichter bereits hinreichend sicher von der Höhe der konkret benötigten Kreditmittel überzeugt.

b) Aber auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann eine entsprechende Maßnahme etwa zum Zwecke einer unabsehbaren Unterfangung von Fundamenten noch nicht als ordnungsmäßige Verwaltung angesehen werden. Dazu bedarf es

vielmehr auch der Erfüllung aller sonstigen zum Schutz der berechtigten Interessen der Bekl. erforderlichen Vorkehrungen. Erforderlich ist insbesondere die Sicherung zweckentsprechender Verwendung der erlangten Kreditmittel, wie sie etwa aus der notariellen Praxis bekannt ist. Nötig ist ferner eine Begrenzung des von der Kl. gewünschten Grundpfandrechts, und zwar einmal in der Weise, daß das Recht nicht fällig wird vor dem Ableben der Kl. und vor dem Anfall des Grundstücksvermächtnisses an die Bekl. zu 2) bis 4); hierzu wird auf Abschn. 5. der Entscheidungsgründe verwiesen. Zum anderen muß die Kl. im Interesse der Bekl. sicherstellen, daß die zu erwartenden fortlaufenden Kreditkosten (Zinsen) nicht zu einer weiteren Auszehrung der Substanz des Grundstücks führen können, sondern daß sie diese zu ihren Lebzeiten rechtzeitig und vollständig aus ihren sonstigen Mitteln zahlen wird. Eine Kreditaufnahme zu Lasten des Grundstücks, die es an letzterem fehlen ließe, würde die berechtigten Interessen der Bekl. nicht hinreichend berücksichtigen und dürfte ihnen daher nicht zugemutet werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entscheidung des Senats in BGHZ 110, 176, 179 f. zur ordnungsmäßigen Verwaltung durch einen Vorerben hinzuweisen.

c) Darüber hinaus wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung durch das Berufungsgericht aber auch zu berücksichtigen sein, daß die Kl. die Tilgung der beabsichtigten Realkredite jedenfalls nicht für alle notwendigen Verwendungen (und jedenfalls nicht vollständig) den Bekl. überlassen darf. Anders als das Berufungsgericht ist mit der im Schrifttum überwiegenden, oben näher belegten Auffassung für den Eintritt der Bösgläubigkeit i. S. v. §§ 990 Abs. 1, 994 Abs. 2 BGB in den Fällen des § 2185 BGB nicht (erst) auf die Kenntnis von dem Anfall des bedingten oder befristeten (Nach-)Vermächtnisses abzustellen (eine solche Kenntnis würde die Kl. wegen § 2191 Abs. 2, 2106 Abs. 1 BGB bei Lebzeiten niemals erlangen), sondern auf die Kenntnis schon von der Vermächtnisanordnung oder auf die Kenntnis davon, daß das Vermächtnis (hier: nach dem Tode der beschworenen Vorvermächtnisnehmerin) „mit Sicherheit“ anfallen wird (so wohl RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2185 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Otte, 12. Aufl., § 2185 BGB, Rd.-Nr. 2; zu weitgehend: MünchKomm/Skibbe, a.a.O., § 2185 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Wolf, 11. Aufl., § 2185 BGB, Rd.-Nr. 2). Auch der BGH hat in BGHZ 87, 296, 298 ff. für den Fall eines Vorkaufsrechts unter Berufung auf § 347 S. 2 BGB angenommen, daß der Herausgabepflichtige auch schon für einen Zeitraum vor dem Entstehen der Herausgabepflicht wie ein bösgläubiger Besitzer zu behandeln sei. Entsprechendes muß auch hier gelten. Die Kl. weiß nämlich von Anfang an, daß das Hausgrundstück nach ihrem Tode an den Bekl. zu 1) oder an die Bekl. zu 2) bis 4) zu übereignen sein wird. Sollte sie darauf hoffen, daß sie alle Bekl. überlebt und daß daher ein Nachvermächtnis nicht mehr zusteht, dann wäre eine solche Hoffnung hier im Rahmen von § 2185 BGB ebensowenig schützenswert wie sonst im Zusammenhang mit ihrer Pflicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung des vermachten Grundstücks.

Das hat zur Folge, daß die Kl. (bzw. ihre Erben) gegebenenfalls gem. §§ 994 Abs. 2, 684 S. 1 BGB Ersatz für notwendige Verwendungen nur nach Maßgabe der den Nachvermächtnisnehmern verbleibenden Bereicherung zu beanspruchen hat. Diese durch das Recht der notwendigen Verwendungen begründete äußerste Grenze für eine (dauernde) Aushöhlung der Substanz des vermachten Gegenstandes hat die Kl. auch bei der beabsichtigten Kreditaufnahme zu beachten. Das führt dazu, daß sie im Rahmen des Wertes der ihr verbleibenden Grundstücksnutzungen zu ihren Lebzeiten auch angemessene fortlaufende Tilgungsleistungen auf die beabsichtigten Kredite aus ihren sonstigen Mitteln zu erbringen haben wird. Dementsprechend kann eine Kreditaufnahme durch die Kl. nur dann als ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme angesehen werden, wenn die Kl. auch die rechtzeitige und vollständige Zahlung angemessener Tilgungsraten aus ihren sonstigen Mitteln von vornherein sicherstellt. Das ist insofern anders als bei den bereits vorgenommenen notwendigen Verwendungen, die der Kl. bei Anfall des Nachvermächtnisses vollständig zu ersetzen sind (vgl. oben Abschn. 1. letzter Absatz).

d) Schließlich wird die Kl. über die bereits angeführten Voraussetzungen hinaus auch noch belegen müssen, daß sie einen Kreditgeber gefunden hat, der bereit ist, den gewünschten Kredit zu Bedingungen zu gewähren, die tragbar sind.

e) Sollte sich ergeben, daß die von der Kl. beabsichtigte Finanzierung der bevorstehenden weiteren notwendigen Verwendungen nach Maßgabe der obigen Ausführungen in Abschn. 6. der Entscheidungsgründe nicht möglich ist, und sollten die Parteien auch keine andere einvernehmliche Lösung finden, dann würde die Kl. einem etwa unmittelbar drohenden oder schon einsetzenden Verfall des Hauses dennoch nicht tatenlos zusehen dürfen. In einer derartigen Lage kann es unter ungünstigen Umständen vielmehr dahin kommen, daß als Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung nichts anderes übrig bleibt, als das Grundstück zu veräußern und auf diese Weise jedenfalls einen größtmöglichen Teil des verbliebenen Wertes des Grundstücks für die Kl. und die Bekl. (§ 281 BGB) zu retten. Dadurch ließe sich jedenfalls eine sonst ständig weiter fortschreitende Auszehrung der Grundstückssubstanz vielleicht noch verhindern. Einem solchen Vorgehen müßten gegebenenfalls auch die Bekl. zustimmen.

5. Handelsrecht/Grundbuchrecht – Zur Auslegung einer Handlungsvollmacht im Grundbucheintragungsverfahren (KG, Beschuß vom 11.6.1991 – 1 W 1581/91)

HGB § 54 Abs. 1

GmbHG §§ 35 Abs. 1; 46 Nr. 7

Die Bezeichnung einer umfassenden Bevollmächtigung als „Handlungsvollmacht“ rechtfertigt im Grundbucheintragungsverfahren die Auslegung als Generalhandlungsvollmacht mit den Befugnissen gem. § 54 Abs. 1 HGB und steht der Annahme entgegen, es liege eine unzulässige Organbefugnisse übertragende Generalvollmacht vor, es sei denn, die Ausgestaltung der Vollmacht im einzelnen enthält die Übertragung von Gesellschaftsorganen vorbehaltenen Befugnissen.

Zum Sachverhalt:

Die Bf. zu 1) verkaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 23.10.1990 Wohnungseigentum an den Bf. zu 2) und trat ihm zugleich die mit der zu ihren Gunsten eingetragenen Eigentumsverschaffungsvormerkung gesicherten Rechte ab. Für die Bf. zu 1), eine GmbH, gab dabei der Kaufmann K. die Erklärungen aufgrund einer von der Geschäftsführerin erteilten und notariell beurkundeten Vollmacht vom 19.9.1984 ab. Diese Vollmacht hat folgenden Wortlaut:

„1. Die Firma M-GmbH erteilt dem Kaufmann K. für den gesamten Geschäftsbetrieb Handlungsvollmacht, sie in allen Angelegenheiten gegenüber Gerichten, Behörden und Privaten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten.

2. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und berechtigt, Untervollmachten zu erteilen.

3. Die Vollmacht berechtigt insbesondere auch

a) zum An- und Verkauf und zur Belastung von Grundeigentum sowie sonstiger Verfügung darüber,

b) zur Teilung von Grundstücken nach dem WEG,

c) zur Abgabe von Schuldnerkenntnissen, zur Unterwerfung der Gesellschaft in die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen,

d) zum Geldempfang einschließlich der Einrichtung von Bankkonten und der Verfügung darüber, zum Abschluß von Kreditverträgen aller Art einschließlich der Abgabe von Sicherungszweckerklärungen.

Der Bevollmächtigte darf den Vollmachtgeber der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen und ihm gehöriges Grundeigentum unterwerfen (einschließlich Eintragung nach § 800 ZPO).“

Das GBA sieht in dieser Vollmacht eine unzulässige Übertragung der Geschäftsführungsbefugnisse auf einen Dritten und verlangt deshalb mit einer Zwischenverfügung von der Bf. zu 1) die Genehmigung der Erklärungen des Kaufmanns K. Die dagegen gerichtete Beschwerde

blieb erfolglos. Mit der weiteren Beschwerde wenden sich die Bf. gegen die Entscheidung des LG.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das Beschwerdegericht in der eine Beanstandung enthaltenden Zwischenverfügung vom 31.10.1990 eine beschwerdefähige Entscheidung i.S.v. § 71 GBO gesehen (Horber/Demharter, 18. Aufl., § 71 GBO, Anm. 11). Gegen die Beschwerdeentscheidung bestehen jedoch durchgreifende Bedenken; denn die dem Kaufmann K. mit notarieller Urkunde vom 19.9.1984 erteilte Vollmacht ist wirksam, weshalb dieser die Bf. zu 1) beim Verkauf der Eigentumswohnung vertreten konnte. Für die Eintragung der Abtretung der mit der Eigentumsverschaffungsvormerkung gesicherten Rechte bedarf es deshalb entgegen der Beanstandung des GBA des AG Schöneberg nicht einer formgerechten Genehmigung des Kaufvertrages durch die Bf. zu 1).

Das Beschwerdegericht hat rechtlich zutreffend erkannt, daß eine GmbH einem rechtsgeschäftlichen Vertreter eine Handlungsvollmacht nach § 54 HGB ohne Einschränkungen erteilen kann, diese jedoch die Übertragung von organ-schaftlichen Geschäftsführerbefugnissen, wozu die Geschäfte gehören, die kraft Gesetzes oder Satzung den gesetzlichen Vertretern vorbehalten sind, wie die Anmeldungen zum Handelsregister (§ 78 GmbHG), nicht zum Gegenstand haben darf. Zulässig ist eine Generalhandlungsvollmacht, von der die unzulässige organ-schaftliche Befugnisse übertragene Generalvollmacht, die es dem Bevollmächtigten gestattet, wie ein Gesellschaftsorgan tätig zu werden, zu unterscheiden ist (BGHZ 36, 292, 294; BGH NJW 1977, 199 = DNotZ 1977, 119; Scholz/Schneider, 7. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 17; Hachenburg/Mertens, 7. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 17; Eder, GmbHR 1962, 225, 227). Es begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, daß das Beschwerdegericht mit der angefochtenen Entscheidung in der mit notarieller Urkunde vom 19.9.1984 dem Kaufmann K. erteilten Vollmacht eine unzulässige Generalvollmacht gesehen hat. Die Auslegung einer Vollmacht liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist deshalb im Rechtsbeschwerdeverfahren nur darauf nachprüfbar, ob gegen den klaren Sinn der Urkunde, gesetzliche Auslegungsregeln, allgemein anerkannte Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstößen und ob alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt wurden. Liegt ein derartiger Rechtsfehler vor, dann ist das Rechtsbeschwerdegericht zur Auslegung befugt (Horber/Demharter, a.a.O., § 78 GBO, Anm. 4 c cc, d dd; BayObLGZ 1984, 122, 124 m.w.N. = DNotZ 1984, 562). Soweit das Beschwerdegericht bei der Auslegung der notariell beurkundeten Vollmacht vom 19.9.1984 aus der Aufzählung der Vielzahl der Tätigkeitsbereiche und dem fehlenden Vorbehalt bestimmter Rechtshandlungen für den Geschäftsführer auf eine Organbefugnisse übertragende Generalvollmacht geschlossen hat, berücksichtigt dies nicht alle für die Auslegung maßgeblichen Gesichtspunkte. So hat das Beschwerdegericht nicht gewürdigt, daß die dem Kaufmann K. erteilte Vollmacht ausdrücklich als Handlungsvollmacht bezeichnet wurde und damit an den Wortlaut des § 54 Abs. 1 HGB anknüpft, wonach sich die Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, erstreckt. Die als Handlungsvollmacht erteilte Bevollmächtigung erstreckt sich anders, als die in § 166 Abs. 2 BGB als „Vollmacht“ bezeichnete Vertretungsmacht, nur auf die in § 54 Abs. 1 HGB genannten Geschäfte (Senat, Beschuß vom 12.2.1985 – 1 W 4963/84).

Die dem Kaufmann K. erteilte Handlungsvollmacht wird nicht dadurch zur unzulässigen Generalvollmacht, daß sie sich auf den „gesamten Geschäftsbetrieb“ bezieht. Insoweit hat das Beschwerdegericht nicht berücksichtigt, daß die Regelung des § 46 Nr. 7 GmbHG, wonach die Bestellung von „Handlungsbewilligten zum gesamten Geschäftsbetrieb“ der Bestimmung der Gesellschafter unterliegt, die Zulässigkeit einer Handlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb erkennen läßt. Diese Regelung betrifft die unter § 54 Abs. 1 HGB

fallende Generalhandlungsvollmacht und meint nicht die unzulässige Organbefugnisse übertragende Generalvollmacht (Scholz/Schmidt, 7. Aufl., § 46 GmbHG, Rd.-Nr.122). Die Handlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb gem. notarieller Urkunde vom 19. 9.1984 ist deshalb nur als eine Generalhandlungsvollmacht zu verstehen.

Eine Übertragung organschaftlicher Befugnisse liegt nicht darin, daß der Kaufmann K. berechtigt ist, die Gesellschaft „in allen Angelegenheiten gegenüber Gerichten, Behörden und Privaten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten“. Wegen der eindeutigen Bezeichnung als Handlungsvollmacht sind Angelegenheiten im Sinne dieser Regelung nur solche, auf die sich nach § 54 Abs.1 HGB eine Handlungsvollmacht erstreckt, was nur die Annahme einer weitestgehenden Generalhandlungsvollmacht rechtfertigt. Auch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Berechtigung, Untervollmacht zu erteilen und die Bevollmächtigung zu den unter Nr. II 3 in der Vollmachtsurkunde genannten, im wesentlichen den Grundstücksverkehr betreffenden Geschäften lassen eine Übertragung organschaftlicher Befugnisse nicht erkennen. Die Aufzählung der unter Nr. 3 genannten Geschäfte bringt nur den weiten Umfang der Generalhandlungsvollmacht zum Ausdruck und beinhaltet hinsichtlich des Verkaufs und der Belastung von Grundeigentum die Befreiung von den Beschränkungen des § 54 Abs. 2 HGB. Soweit das Beschwerdegericht bemängelte, daß die Bevollmächtigung nicht eine einzige Einschränkung hinsichtlich irgendwelcher dem Geschäftsführer vorbehaltener Befugnisse enthält, verkennt es, daß sich wegen § 54 Abs.1 HGB diese Einschränkung bereits aus der Bezeichnung als Handlungsvollmacht ergibt. Wegen der Auslegung der Bevollmächtigung des Kaufmanns K. als Generalhandlungsvollmacht kann es hier dahingestellt bleiben, ob eine unzulässige Generalvollmacht in eine § 54 HGB entsprechende Generalhandlungsvollmacht umgedeutet werden kann (§ 140 BGB; vgl. hierzu BGH WM 1978, 1047; Hübner, ZHR 143, 19).

Zweifel an der Wirksamkeit der Handlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ergeben sich im vorliegenden Fall auch nicht daraus, daß nicht erkennbar ist, ob entsprechend der Regelung des § 46 Nr. 7 GmbHG die Gesellschafter der Bf. zu 1) an der Bestellung des Kaufmanns K. zum Handlungsbewilligten mitgewirkt haben. Diese Mitwirkung gehört als Kontrolle des Geschäftsführers zum Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, weshalb auch die ohne Mitwirkung der Gesellschafter vom Geschäftsführer erteilte Generalhandlungsvollmacht wirksam ist (BGHZ 62, 166, 169 = DNotZ 1975, 110; Scholz/Schmidt, a.a.O., § 46 GmbHG, Rd.-Nrn. 124, 127; Hachenburg/Schilling, 7. Aufl., § 46 GmbHG, Rd.-Nr. 29).

Schließlich war auch davon auszugehen, daß die Vollmacht vom 19. 9.1984 bei Beurkundung des Wohnungseigentumskaufvertrages am 23.10.1990 nicht durch Widerruf oder in sonstiger Weise erloschen war. Da sich negative Tatsachen, wie der unterbliebene Widerruf einer Vollmacht, dem Nachweis durch öffentliche Urkunden entziehen, sind bei der Frage des Fortbestands der Vollmacht alle hierzu bekannten Tatsachen und die allgemeinen Erfahrungssätze zu berücksichtigen. Ein solcher Erfahrungssatz ergibt sich aus § 172 Abs. 2 BGB, wonach davon auszugehen ist, daß eine Vollmachtsurkunde bei Erlöschen der Vollmacht zurückgegeben wird (BayObLG DNotZ 1960, 50 f.; Merkel/Brambring, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 29 GBO, Rd.-Nrn. 48, 56). Umstände, die auf ein Erlöschen der Vollmacht, zum Beispiel durch Widerruf, hindeuten, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, weshalb die Vorlage der notariell beurkundeten Vollmacht vom 19. 9.1984 bei Beurkundung des Wohnungseigentumskaufvertrages die Annahme zuläßt, die Bevollmächtigung des Kaufmanns K. habe fortbestanden. Allein der seit Erteilung der Vollmacht am 19. 9.1984 verstrichene Zeitraum rechtfertigt es jedenfalls nicht, den Nachweis des Fortbestands der Vollmacht zu verlangen (KG DNotZ 1972, 18, 21; Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann, Grundbuchrecht, 3. Aufl., § 29 GBO, Rd.-Nrn. 139 f.; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nrn. 3583 f.).

6. Gesellschaftsrecht/GmbH – „Aufstockungsbeschuß“ nach Einziehung von GmbH-Anteilen keine Satzungsänderung

(BayObLG, Beschuß vom 25.10.1991 – BReg. 3 Z 125/91 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GmbH §§ 34; 53; 54

Der **Beschluß der Gesellschafterversammlung, mit dem nach Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils die verbliebenen Geschäftsanteile im Nennwert dem Betrag des Stammkapitals angeglichen werden (sog. Aufstockungsbeschuß), bedarf zu seiner Wirksamkeit nicht der Form der Satzungsänderung und kann als solcher nicht in das Handelsregister eingetragen werden.**

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister des AG München ist die X-GmbH eingetragen. Die GmbH, deren Stammkapital 50.000,- DM beträgt, meldete zur Eintragung in das Handelsregister folgenden Beschuß der Gesellschafterversammlung an:

„Nachdem der Geschäftsanteil von A in Höhe von 500,- DM eingezogen worden ist, wurde der Geschäftsanteil von B von 49.500,- DM um nominell 500,- DM erhöht.“

Das Registergericht wies diese Anmeldung als nicht eintragungsfähig zurück. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das LG als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist unbegründet.

1. Die landgerichtliche Entscheidung hält im Ergebnis der Nachprüfung stand.

a) Die in der Satzung vorgesehene und mit Zustimmung des Anteilsberechtigten durchgeföhrte Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils (§ 34 GmbHG) erfordert einen Gesellschafterbeschuß nach § 46 Nr. 4 GmbHG und dessen Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter (vgl. Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 49). Soweit der Beschuß – wie hier – nicht mit einer Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG verbunden ist, bedarf er auch nicht der Anmeldung zum Handelsregister. Mit der Einziehung des Geschäftsanteils sind alle Rechte und Pflichten daraus erloschen. Das in der Satzung festgesetzte Stammkapital bleibt aber unberührt. Die Folge davon ist, daß nach der Einbeziehung eine Differenz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Nennwerte der verbliebenen Geschäftsanteile auftritt; dies nimmt aber das GmbH-Recht – anders als das Aktienrecht; vgl. §§ 237–239 AktG – bewußt in Kauf (h.M. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Rd.-Nr. 62; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., Rd.-Nr. 16; Scholz/Westermann, 7. Aufl., Rd.-Nr. 53, je zu § 34 GmbHG). Allerdings vergrößern sich die Geschäftsanteile verhältnismäßig um die Größe des wegfallenen.

b) Die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennbetrag der Geschäftsanteile kann beseitigt werden, entweder durch Schaffung eines neuen Geschäftsanteils, der gegen Entgelt an einen neu beitretenden Gesellschafter ausgegeben wird (vgl. hierzu Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 66) oder durch einen sog. Aufstockungsbeschuß, mit dem die verbliebenen Geschäftsanteile in Höhe der jeweils auf sie entfallenden Teile des eingezogenen Geschäftsanteils aufgestockt werden. Den zuletzt genannten Weg hat im vorliegenden Fall die Gesellschafterversammlung gewählt. Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Gesellschaft handelt es sich hier nicht um „die Wiederausgabe eines eingezogenen Geschäftsanteils“. Die Schaffung eines neuen Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen folgt anderen Regeln (vgl. hierzu Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 61; Hachenburg/Ulmer, a.a.O.).

(1) Umstritten ist, ob ein solcher Aufstockungsbeschuß eine Satzungsänderung beinhaltet. Im Schrifttum wurde und wird noch weitgehend die Ansicht vertreten, es sei eine Satzungs-

änderung erforderlich, wenn nach Einziehung eines Geschäftsanteils die übrigen Geschäftsanteile dem Betrag des Stammkapitals angeglichen werden sollen (so Hachenburg/Hohner, 7. Aufl., Rd.-Nr. 61; Scholz/Westermann, a.a.O., Rd.-Nr. 58 Baumbach/Hueck, a.a.O., Rd.-Nr. 16; Rowedder, 2. Aufl., Rd.-Nr. 33, je zu § 34 GmbHG; Ulmer, ZHR, Bd. 149 – 1985 – 28, 32; MünchVertragshandb., 2. Aufl., Bd. 1 IV. 107, Anm. 4; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, 1982, 364; Thiel, GmbHR 1961, 49 f.; vgl. ferner Eder, GmbH-Handbuch I, Gesellschaftsrecht, Rd.-Nr. 362.2). Demgegenüber hat der BGH – ohne diese Frage abschließend zu beantworten – die Auffassung vertreten, es spreche viel dafür, daß ein solcher Aufstockungsbeschuß keine beurkundungspflichtige Satzungsänderung sei (BGH NJW 1989, 168 f. = DNotZ 1989, 26). Inzwischen sind dieser Auffassung Ulmer (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 64) und Priester (FS Kellermann, 1991, 337, 352) gefolgt; ihr ist auch nach Meinung des Senats der Vorzug zu geben.

(2) Der Beschuß der Gesellschafterversammlung, mit dem nach Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils die verbliebenen Geschäftsanteile im Nennwert dem Betrag des Stammkapitals angeglichen werden (sog. Aufstockungsbeschuß), ist demnach keine Satzungsänderung. Die Geschäftsanteile bilden keinen materiellen Bestandteil der Satzung; werden sie geändert, kann die Satzung nicht betroffen sein. Für Aufstockungsbeschuße gelten daher nicht die Vorschriften über eine Satzungsänderung nach §§ 53, 54 GmbHG, sondern die allgemeinen Bestimmungen der §§ 45ff. GmbHG. Die Beschuße werden mit einfacher Mehrheit gefaßt und bedürfen keiner besonderen Form (vgl. Priester, a.a.O.). Nach dem Gesetz vollziehen sich außerhalb der Satzung die Einziehung des Geschäftsanteils, sofern sie in dieser zugelassen ist (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 12), der Wechsel des Inhabers eines Geschäftsanteils (§ 15 GmbHG) und die Teilung des Geschäftsanteils (§§ 17, 46 Nr. 4 GmbHG). Die gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG im Gründungsvertrag erforderlichen Angaben über die Stammeinlagen und ihre Übernehmer können in späteren Fassungen der Satzung, ohne daß diese geändert wird, entfallen, weil es sich nur formell um Satzungsbestandteile, materiell aber um Übernahmeerklärungen handelt (vgl. BayOblLGZ 1981, 312, 317 m.w.N.; Baumbach/Hueck, a.a.O., Rd.-Nr. 20; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., Rd.-Nr. 12; Rowedder/Rittner, Rd.-Nr. 22; Scholz/Emmerich, Rd.-Nr. 32, je zu § 3 GmbHG m.w.N.). Demnach stellt auch die spätere Anpassung des Nennbetrags der Geschäftsanteile an das Stammkapital keine Satzungsänderung dar und bedarf auch nicht der notariellen Beurkundung. Eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse ist damit nicht verbunden, ebensowenig werden neue Einlagepflichten begründet. Die Anmeldung des Beschußes zur Eintragung in das Handelsregister ist nicht erforderlich; vielmehr genügt es, die geänderten Nominalbeträge bei der Einreichung der nächsten Gesellschafterliste anzugeben (vgl. § 40 GmbHG; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 65 m.w.N.).

2. Entgegen der Auffassung der Gesellschaft haben es die Vorinstanzen zu Recht abgelehnt, einen solchen Aufstockungsbeschuß, der keine Satzungsänderung enthält, in das Handelsregister einzutragen.

a) Grundsätzlich sind eintragungsfähig nur Tatsachen, die vom Gesetz zur Eintragung bestimmt und zugelassen sind. Dazu gehören neben den als eintragungspflichtig bezeichneten Tatsachen auch die nur eintragungsfähigen Tatsachen, deren Anmeldung dem Betroffenen freigestellt ist (Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl., Rd.-Nr. 17; Staub/Hüffer, 4. Aufl., § 8 HGB, Rd.-Nr. 19; Heymann/Sonnenschein, § 8 HGB, Rd.-Nr. 12 u. 13). Dabei kann sich die Eintragungsfähigkeit im Einzelfall durch Auslegung gesetzlicher Vorschriften oder als Folge richterlicher Rechtsfortbildung ergeben; dies wird in erster Linie dann in Betracht kommen, wenn es der Eintragung zum Schutz des Rechtsverkehrs bedarf (vgl. BGHZ 87, 59, 62 = DNotZ 1983, 633). Soweit man in den vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Fällen die Eintragungsfähigkeit

bejaht, könnte folgerichtig auch eine Anmeldepflicht anzunehmen sein (vgl. Staub/Hüffer, a.a.O., Rd.-Nr. 46; Heymann/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 14, je zu § 8 HGB); allerdings ist diese Frage hier nicht abschließend zu entscheiden.

Sinn und Zweck des Handelsregisters ist es, die wichtigsten Rechtsverhältnisse der Unternehmer des Handelsstandes zu offenbaren und damit der Sicherheit des Rechtsverkehrs zu dienen (vgl. BayObLGZ 1978, 182, 186 m.w.N. = DNotZ 1978, 692). Deshalb muß das Handelsregister für Gesellschaften vergleichbare Informationen bieten. Was das Gesetz, einschließlich seiner Auslegung, nicht zuläßt, kann nicht eingetragen werden (vgl. Keidel/Schmatz/Stöber, a.a.O., m.w.N.). Läßt sich danach eine Eintragungsfähigkeit nicht begründen, muß die Anmeldung zurückgewiesen werden; der besonderen Publizitätsfreude einzelner Anmelder darf das Handelsregister nicht Rechnung tragen (vgl. Staub/Hüffer, a.a.O., § 8 HGB, Rd.-Nr. 39).

b) Aus diesen Gründen ist hier die Zurückweisung der Anmeldung nicht zu beanstanden.

Zu Unrecht behauptet die beschwerdeführende Gesellschaft, dies würde im Widerspruch zur sonstigen Praxis der Registergerichte stehen, über den Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen hinaus Eintragungen vorzunehmen. Auch mit dem Hinweis der Bf. auf die Eintragung einer Sonderrechtsnachfolge bei der KG, eines stellvertretenden Geschäftsführers und eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages in das Handelsregister kann nicht begründet werden, daß ein nicht in der Form einer Satzungsänderung gefaßter Aufstockungsbeschuß eintragungsfähig wäre; denn anders als beim Aufstockungsbeschuß ist bei den oben aufgeführten Fällen die Eintragungsfähigkeit gegeben (vgl. für die Sonderrechtsnachfolge bei der KG: Heymann/Horn, § 161 HGB, Rd.-Nr. 110 und § 162 HGB, Rd.-Nr. 11 u. 13; für die Eintragung eines stellvertretenden Geschäftsführers: HRV 43 Nr. 4 – die Handelsregisterverfügung enthält als Rechtsverordnung allgemeinverbindliche Rechtsvorschriften – Drischler, Handelsregisterverfügung, 5. Aufl., 3; wegen der Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages siehe BGHZ 105, 324 f.).

3. Allerdings könnte ein Aufstockungsbeschuß dann eintragungsfähig sein, wenn die aufgestockten Anteile und ihre derzeitigen Inhaber in den Satzungstext aufgenommen werden. Zwar unterliegt nur die Änderung materieller Satzungbestandteile zwingend den Vorschriften der §§ 53, 54, GmbHG, während sich die Änderung nur formeller Satzungbestandteile nach dem ihnen zugrundeliegenden Rechtsverhältnis richtet und zur Wirksamkeit nicht der Eintragung in das Handelsregister bedarf. Nach h.M. sind aber die Vorschriften der §§ 53, 54 GmbHG selbst dann anzuwenden, wenn es sich lediglich um redaktionelle Änderungen (Fassungsänderungen) des Satzungstextes handelt (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O., Rd.-Nr. 10; Rowedder/Zimmermann, Rd.-Nr. 14; Scholz/Priester, Rd.-Nr. 19, je zu § 53 GmbHG, m.w.N.). Diese Frage bedarf hier aber keiner abschließenden Erörterung, da eine Satzungsänderung nicht angemeldet ist.

7. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Registerrechtliche Behandlung eines sog. Mantelkaufs einer GmbH (OLG Frankfurt/Main, Beschuß vom 14. 5. 1991 – 20 W 419/90)

BGB § 138

Die Frage der Nichtigkeit eines „Mantelkaufs“ stellt sich erst, wenn feststeht, daß die Vorschriften über die Gründung einer neuen Kapitalgesellschaft zum Nachteil von Gesellschaftsgläubigern umgangen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der GmbH meldete zur Eintragung in das Handelsregister eine Sitzverlegung und eine Firmenänderung an. Der Registerrichter und das LG lehnten die Ein-

tragung mit der Begründung ab, es liege ein „Mantelkauf“ vor. Das OLG hob die Beschlüsse der Vorinstanzen auf und wies das AG an, die Anmeldungen nicht aus diesem Grunde abzulehnen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Die Veräußerung aller Geschäftsanteile einer Kapitalgesellschaft an neue Gesellschafter ist ein fast alltäglicher, vom Gesetz gebilligter Vorgang. Gleichwohl hält es auch der Senat nicht für ausgeschlossen, daß die Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch neue Gesellschafter im Einzelfall gegen gesetzliche Vorschriften verstößen und nichtig sein kann. Für den sogenannten „Mantelkauf“ ist dies seit langer Zeit umstritten (vgl. dazu JFG 2, 206; OLG Dresden JFG 8, 157; KG JFG 10, 152; OLG Karlsruhe DB 1978, 1219; OLG Hamburg BB 1983, 1116 = DB 1983, 1140 = ZIP 1983, 570 = GmbHR 1983, 219; OLG Hamburg BB 1987, 505; Scholz/Emmerich, 7. Aufl., § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 18ff.; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 27ff.; Rowedder/Rasner, 2. Aufl., § 60 GmbHG, Rd.-Nr. 7; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 14 f.; Ulmer, Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH unter Verwendung eines GmbH-Mantels, BB 1983, 1123; Priester, Mantelverwendung und Mantelgründung bei der GmbH, DB 1983, 2291). Die Frage der Nichtigkeit eines „Mantelkaufs“ stellt sich nach Meinung des Senats jedoch erst, wenn feststeht, daß die Vorschriften über die Gründung einer neuen Kapitalgesellschaft zum Nachteil von Gesellschaftsgläubigern umgangen werden. Eine derartige Feststellung haben die Vorinstanzen nicht getroffen. Ihre Ablehnung der Eintragung der angemeldeten Satzungsänderungen gründet sich auf die bloße Annahme, es liege ein „Mantelkauf“ vor.

Die Möglichkeiten des Registergerichts zur Feststellung und Verhinderung der Umgehung der Gründungsvorschriften durch einen „Mantelkauf“ sind nach Auffassung des Senats sehr beschränkt. Das Registergericht kann einer sogenannten „Mantelverwertung“ durch die bisherigen oder neuen Gesellschafter wirksam nur durch die Einleitung des Löschungsverfahrens nach dem Löschungsgesetz vorbeugen. Die Löschung setzt jedoch die – hier ersichtlich nicht gegebene – Vermögenslosigkeit der Gesellschaft voraus. Andere registergerichtliche Maßnahmen sieht das Gesetz nicht vor. Eine registergerichtliche Kontrolle der „Mantelverwertung“ durch analoge Anwendung der Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften, wie sie teilweise in der Lit. empfohlen wird (Ulmer, BB 1983, 1126; Priester, DB 1983, 2296; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Rd.-Nr. 30), kommt nach Auffassung des Senats nicht in Betracht. Die Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften müssen – so weit es um Angaben der Gesellschafter oder Geschäftsführer, der Gründer oder Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats geht – stets im Zusammenhang mit den vom Gesetz vorgesehenen Strafvorschriften für falsche Angaben oder für das Verschweigen erheblicher Umstände (vgl. §§ 82 Abs. 1 GmbHG, 399 Abs. 1 AktG) gesehen werden. Eine (auch nur entsprechende) Anwendung der Gründungsvorschriften ist daher nur zulässig, wenn sie das Gesetz ausdrücklich vorsieht.

8. Gesellschaftsrecht/GmbH – Kein Wettbewerbsverbot eines GmbH-Gesellschafters (OLG Köln, Urteil vom 22. 2. 1991 – 3 U 20/91)

GmbH §§ 13; 14
HGB § 74 Abs. 2

1. Ohne besondere Vereinbarung besteht kein generelles Wettbewerbsverbot für Gesellschafter einer GmbH, die nicht zugleich Geschäftsführer sind.
2. Ein Minderheitsgesellschafter, der zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft ist, kann nicht über eine Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in bezug auf die als Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse einem

Wettbewerbsverbot unterworfen werden, das nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts nicht wirksam wäre.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Ag. ist Arbeitnehmer der Ast., einer GmbH, und zugleich mit 20 Prozent an deren Stammkapital beteiligt. Die Ast. begeht vom Ag. im Wege einstweiliger Verfügung, die Vermarktung eines Software-Programms zu unterlassen. Das LG hat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Auf die Berufung des Ag. hin hat das OLG das Urteil des LG abgeändert und den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des LG steht der Ast. ein Verfügungsanspruch nicht zu. Die Ast. kann den geltend gemachten Anspruch gegen den Ag. auf Unterlassung der Vermarktung des Software-Programms „S“, eines auf diesem Programm aufbauenden Programms oder einer Weiterentwicklung dieses Programms nur aus einem Wettbewerbsverbot aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht herleiten. Auf Ziff. 8 des Anstellungsvertrages vom 9. 10. 1989 kann sie im vorliegenden Verfahren einen solchen Anspruch nicht stützen; denn zur Entscheidung über ein arbeitsvertragliches Wettbewerbsverbot ist ausschließlich das Arbeitsgericht berufen.

Der Ag. unterliegt im vorliegenden Fall keinem gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot. Ohne besondere Vereinbarung besteht kein generelles Wettbewerbsverbot für Gesellschafter, die nicht zugleich Geschäftsführer sind (Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 11; Mayer-Landrut/Miller/Niehus, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 28; von der Osten, GmbHR 1989, 450 f.).

Nach der Rspr. des BGH trifft nur den geschäftsführenden Gesellschafter, den Mehrheitsgesellschafter sowie denjenigen Gesellschafter ein Wettbewerbsverbot, der aufgrund von Sonderrechten Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen kann (BGH WM 1978, 1205ff.; GmbHR 1987, 302ff. und WM 1988, 1357ff., 1360 = DNotZ 1989, 238).

Der BGH hat dies darmit begründet, daß die Gefahr einer inneren Aushöhlung der Gesellschaft zugunsten des eigenen Konkurrenzunternehmens des Gesellschafters regelmäßig dann besteht, wenn er die Geschäftsführung maßgeblich beeinflussen kann; es sei dann nämlich zu befürchten, daß er seine Pflicht vernachlässige, in allen das Interesse der GmbH berührenden Angelegenheiten allein deren Wohl und nicht den eigenen Nutzen im Auge zu haben. So könnte er etwa seinen Einfluß dahin geltend machen, daß eine zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit erforderliche Rationalisierung der Produktion, eine Ergänzung des Angebots um neu entwickelte Produkte oder die Erschließung neuer oder die Ausnutzung vorhandener Marktchancen unterbleibe.

Hinzukomme, daß der maßgebliche Einfluß auf die Geschäftsführung es ermögliche, daß er gesellschaftsinterne Informationen erlangt und zu Lasten der Gesellschaft ausbeute, die ihm als Gesellschafter nach § 51 a Abs. 2 GmbHG aus Gründen des Wettbewerbs vorenthalten werden könnten. Die GmbH müsse davor geschützt werden, daß einer ihrer Gesellschafter sie von innen her aushöhle; dagegen sei ein Wettbewerb von außen zulässig (BGH WM 1988, 1360 = DNotZ 1989, 238).

Ein weitergehendes Wettbewerbsverbot auch zu Lasten des Minderheitsgesellschafters wird teilweise von der Lit. insbesondere bei einer personalistisch strukturierten GmbH befürwortet (vgl. Scholz/Winter, 7. Aufl., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 58; Rowedder, 2. Aufl., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 14; Timm, GmbHR 1981, 177ff., 185).

Ansonsten ist in Rspr. und Lit. anerkannt, daß ein Gesellschafter Geschäftschancen der GmbH jedenfalls dann nicht zu ihrem Nachteil für sich selbst ausnutzen darf, wenn er von ihnen als Mitglied Kenntnis erlangt hat (vgl. BGH WM 1978, 1205ff.; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Scholz/

Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 58; a.A. von der Osten, GmbHR 1989, 451).

Nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen, denen der Senat folgt, ist ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des Ag. im vorliegenden Fall zu verneinen. Der Ag. ist Minderheitsgesellschafter mit einer Beteiligung von 20 Prozent am Stammkapital der Gesellschaft. Er ist weder Geschäftsführer, noch stehen ihm nach dem Gesellschaftsvertrag Sonderrechte zu, aufgrund deren er Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen könnte. Er hat daher keine Möglichkeit, die GmbH von innen her auszuhöhlen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß er Kenntnisse für sich ausnutzt, die er in seiner Eigenschaft als *Gesellschafter* erlangt hat. Seine Spezialkenntnisse über Autovermietungssoftware hat er nicht aufgrund seiner Gesellschafterstellung, sondern durch die Verwertung seiner Arbeitskraft als angestellter Programmierer erlangt. Die Kenntnisserlangung als Arbeitnehmer kann entgegen der Auffassung des LG derjenigen als geschäftsführender Gesellschafter nicht gleichgestellt werden, da dem Ag. – wie oben ausgeführt – die Möglichkeit fehlt, die Wettbewerbssituation der GmbH von innen her zu beeinflussen. Zudem könnte dem Ag. die Verwertung der in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse allenfalls aufgrund eines arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverbots untersagt sein. Ein solches wäre nach der Rspr. des BAG nur wirksam, wenn sich die Ast. verpflichtet hätte, dem Ag. entsprechend § 74 Abs. 2 HGB eine Karenzentschädigung in der gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthöhe zu zahlen, was nach Ziff. 8 des Angestelltenvertrages nicht der Fall ist (vgl. BAG NJW 1982, 903 und MünchKomm/Söllner, 2. Aufl., § 611 BGB, Rd.-Nr. 443 m.w.N.).

Über die Wirksamkeit des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots hat der Senat nicht zu befinden; hierfür ist – wie oben ausgeführt – das Arbeitsgericht zuständig. Es geht nach Auffassung des Senats jedenfalls nicht an, einen Minderheitsgesellschafter, der zugleich Arbeitnehmer der GmbH ist, über eine Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in bezug auf die Verwertung der als Arbeitnehmer erworbenen Kenntnisse einem Wettbewerbsverbot zu unterwerfen, das nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts unwirksam wäre.

Dem Ag. kann es daher unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht verwehrt werden, seine als Arbeitnehmer der Ast. erworbenen Kenntnisse über die Software für die Autovermietungsbranche durch Wettbewerb gegenüber der GmbH von außen her einzusetzen.

Nach alledem kommt es nicht mehr darauf an, ob das System „S“, das der Ag. vermarkten will, eine Weiterentwicklung des von der Ast. vertriebenen Programms darstellt.

9. Gesellschaftsrecht/GmbH – Kein Wettbewerbsverbot eines ehemaligen GmbH-Geschäftsführers (LG Bochum, Urteil vom 23. 4. 1991 – 15 O 69/91)

GmbHG §§ 13; 14

1. Den ausgeschiedenen Geschäftsführer einer GmbH trifft ohne eine vertragliche Regelung grundsätzlich kein Wettbewerbsverbot.
2. Aus einer Gesellschafterstellung (hier: Beteiligung von 50 Prozent) ergibt sich ohne vertragliche Vereinbarung ebenfalls kein generelles Wettbewerbsverbot.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Ast. zu 2) und der Ag. sind zu je 50 Prozent Gesellschafter der Ast. zu 1), deren Geschäftsführer ebenfalls der Ast. zu 2) ist. Anfang 1991 legte der Ag., der seit 1976 neben dem Ast. zu 2) Geschäftsführer der Ast. zu 1) gewesen ist, sein Amt als Geschäftsführer nieder. Seine Lösung im Handelsregister erfolgte im Februar 1991. Vorausgegangen

waren persönliche Auseinandersetzungen zwischen den beiden Gesellschaftern, die seit 1988 angedauert hatten. Etwa seit seinem Ausscheiden als Geschäftsführer bei der Ast. zu 1) ist der Ag. als Berater für einen Konkurrenten der Ast. zu 1) in Düsseldorf tätig.

Mit der Behauptung, der Ag. habe gegenüber Kunden der Ast. zu 1) geäußert, die Ast. zu 1) sei nicht mehr in der Lage, Produkte wie N. und Z. zu liefern und die Ast. zu 1) habe auch keine Lizenz mehr zur Herstellung dieser Produkte, was nicht zutreffe, und ferner, der Ag. biete dem Kundenkreis der Ast. zu 1) solche Produkte an, wie sie auch von der Ast. zu 1) hergestellt und vertrieben würden, haben die Ast. die einstweilige Verfügung vom 18. 3. 1991 erwirkt, durch die dem Ag. zum einen untersagt worden ist, wörtlich oder sinngemäß die bereits dargestellten Behauptungen aufzustellen und/oder zu verbreiten, und ferner, mit den Kunden der Ast. zu 1) für Dritte in Kontakt zu treten.

Gegen diese Verfügung richtet sich der Widerspruch des Ag. Die Ast. begründen den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zum einen mit der dem Ag. obliegenden Treuepflicht als Gesellschafter der Ast. zu 1) und mit der nachvertraglichen Rücksichtspflicht des Ag. als früherer Geschäftsführer der Ast. zu 1), die ihm auch ohne ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer gebietet, nicht mit den Kunden der Ast. zu 1) in Kontakt zu treten.

Aus den Gründen:

Die Ast. zu 1) kann dem Ag. nicht untersagen, für Dritte mit ihren Kunden in Konkurrenz zu treten. Sie stützt ihren Anspruch auf die nachwirkenden Rücksichtspflichten, die den Ag. in seiner Eigenschaft als inzwischen ausgeschiedener Geschäftsführer der Ast. zu 1) treffen. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, daß dem Ag. in dieser Eigenschaft ein umfassendes Konkurrenzverbot trifft, obwohl ein solches zwischen den Parteien nicht vereinbart worden ist. Denn den ausgeschiedenen Geschäftsführer einer GmbH trifft grundsätzlich ohne eine dann erforderliche vertragliche Regelung kein Wettbewerbsverbot (vgl. u. a. Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 107; BGH GmbHR 1977, 43). Die nachvertragliche Treuepflicht kann sich insoweit nicht auf eine neue unter Umständen der Ast. zu 1) Konkurrenz machende Tätigkeit des Ag. beziehen.

Aber auch aus einer Gesellschafterstellung und der daraus abgeleiteten Treuepflicht gegenüber der Ast. zu 1) läßt sich nicht ableiten, daß dem Ag. jegliche konkurrierende Tätigkeit auf dem Gebiet untersagt ist, auf dem die Ast. tätig ist. Ohne eine besondere Vereinbarung ergibt sich auch insoweit kein generelles Wettbewerbsverbot (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Roth, 2. Aufl., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 3.3.4). Zwar kann sich auch aus der Treuepflicht im Einzelfall die Pflicht ergeben, Konkurrenz zu unterlassen (vgl. u. a. Rowedder, 2. Aufl., § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 14; Timm, GmbHR 1981, 177, 179). Jedoch läßt sich das nicht generalisieren. Vielmehr ist zu beachten, daß bei der personalistisch strukturierten GmbH der Pflichtrahmen des personaleingebundenen Gesellschafters naturgemäß höher zu setzen ist, als bei der kapitalistisch strukturierten GmbH der Rahmen des außenstehenden Gesellschafters, wie sich auch aus einer Analogie zu § 165 HGB entnehmen läßt (vgl. dazu: Timm, GmbHR 1981, 177; Rowedder, a.a.O.). Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, so muß man ein den Ag. bindendes Konkurrenzverbot gegenüber der Ast. zu 1) verneinen, weil er bei ihr nicht mehr personal eingebunden ist und insoweit daher die Ast. zu 1) kapitalistisch strukturiert ist (vgl. u. a. OLG Karlsruhe BB 1984, 2015; Timm, GmbHR 1981, 177). Dem Ag. kann daher allenfalls die Verwertung solcher Kenntnisse und Verbindungen, die er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erworben hat, untersagt sein (vgl. Rowedder, a.a.O.; Baumbach/Hueck, a.a.O.). Daß der Ag. solche speziellen Kenntnisse, die er als Gesellschafter erworben hat, verwertet, ist nicht erkennbar und auch nicht dargestellt. Die Kunden der Ast. kennt er über seine Tätigkeit als deren Geschäftsführer und im übrigen kann nicht festgestellt werden, daß die für die fraglichen Produkte potentiell denkbaren Kunden nicht anderweitig auf dem Markt bekannt sind, worauf der Ag. auch zu Recht hinweist. Die Ausnutzung dieser Kundenkenntnisse kann dem Ag. daher nicht untersagt werden. Das gleiche gilt, soweit die Ast. zu 1) mit ihren Anträgen erreichen will, daß dem Ag. untersagt wird, dem Kunden solche Produkte anzubieten, wie sie auch von der Ast. hergestellt werden.

Daß die Hilfsanträge so zu verstehen sind und nicht dahin, daß der Ag. von der Ast. hergestellte Produkte nicht vertreiben soll, ist im Termin klargestellt worden. Bei dem Verhalten des Ag. handelt es sich um einen von der Ast. zu 1) hinzunehmenden Wettbewerb, weil sie keinen Anspruch auf Erhaltung ihres Kundenstammes hat. Daß der Ag. spezielle, allein der Ast. zu 1) zugängliche Rechte dabei ausnutzt, ist weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht.

10. Steuerrecht/Einkommensteuer – Abgrenzung von Leibrente und dauernder Last

(BFH – Großer Senat –, Beschuß vom 15. 7. 1991 – GrS 1/90)

EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a; 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a

1. Überträgt jemand Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, so können vom Vermögensübernehmer zugesagte Versorgungsleistungen (z. B. Altenteilsleistungen) Leibrente (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 2, § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG) oder dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 1 EStG) sein.
2. Versorgungsleistungen in Geld sind als dauernde Lasten abziehbar, wenn sich ihre Abänderbarkeit entweder aus einer ausdrücklichen Bezugnahme auf § 323 ZPO oder in anderer Weise aus dem Vertrag ergibt.

A. Anrufungsbeschuß des X. Senats

I. Vorgelegte Rechtsfrage:

Der X. Senat des BFH hat dem Großen Senat folgende Rechtsfrage vorgelegt:

1. Sind Altenteilsleistungen beim Verpflichteten als dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 1 EStG) abziehbar?
2. Für den Fall, daß die Rechtsfrage zu 1. zu bejahen ist: Sindbare Altenteilsleistungen auch dann in vollem Umfang als dauernde Last abziehbar, wenn die Vertragspartner keine besonderen Vereinbarungen über die Abänderbarkeit der Leistungen der Höhe nach – z. B. durch „Bezugnahme auf § 323 ZPO“ – getroffen haben?

II. Zum Sachverhalt:

Der Vater des Kl. und Revisionsbekl. (Kl.) übertrug diesem im Jahre 1978 ein Grundstück und das auf dem Grundstück betriebene Möbelgeschäft (Gewinne 1979 68.588,- DM; 1980 68.950,- DM, 1981 74.823,- DM). Er verpflichtete sich, seinen Eltern als Gesamtberechtigten auf Lebenszeit eine monatliche Rente in Höhe von 1.500,- DM zu zahlen. Diese Rente war durch eine an den Lebenshaltungskostenindex gekoppelte Wertabsicherungsklausel gesichert und sollte als Reallast im Grundbuch eingetragen werden. Der Kl. räumte seinen Eltern ein lebenslängliches unentgeltliches Mitbenutzungsrecht an einer Ferienwohnung ein. Er verpflichtete sich, die Krankenkassenbeiträge für seine Eltern in der jeweils sich ergebenden Höhe zu übernehmen. Den Wert der Leistungen hat der Bekl. und Revisionskl. (das FA) mit insgesamt 112.136,- DM berechnet (Rente 89.388,- DM, Wohnrecht 13.810,- DM, Krankenversicherungsbeiträge 8.938,- DM).

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 28.1.1981 vereinbarte der Kl. mit seinen Eltern folgendes: die Rentenvereinbarung ... wird wie folgt klargestellt bzw. ergänzt: Die Möglichkeit einer Abänderung nach § 323 ZPO bleibt ausdrücklich vorbehalten.“ In der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1981 beantragte der Kl., eine dauernde Last in Höhe von 18.638,- DM zum Abzug als Sonderausgaben zuzulassen. Das FA berücksichtigte im Einkommensteuerbescheid die Rentenzahlung in Höhe von 18.000,- DM als Leibrente mit einem Ertragsanteil von 9 v.H. (= 1.620,- DM) und einen Betrag in Höhe von 638,- DM als dauernde Last. Mit der nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobenen Klage machte der Kl. geltend: Bei Abschluß des Grundstücküberlassungsvertrages im Jahre 1978 sei mündlich vereinbart worden, daß die Zahlungen an den Vater zwar fest vereinbart sein sollten, die Änderungsmöglichkeit nach der jeweiligen Geschäftslage des überlassenen Unternehmens jedoch ausdrücklich vorbehalten bleiben sollte. Die schriftliche Vereinbarung sei nur verehentlich unterblieben und am 28.1.1981 nachgeholt worden. Das FG gab der Klage im wesentlichen statt. Die Zahlung des Kl. sei, soweit sie nach dem 28.1.1981 geleistet worden sei, eine dauernde Last.

Der vorlegende Senat möchte die Revision des FA schon deswegen als unbegründet zurückweisen, weil Altenteilsleistungen vorliegen und

diese (einschließlich sämtlicher Barleistungen) in vollem Umfang dauernde Lasten gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG seien. Er sieht sich durch Entscheidungen des I., IV., VIII. und IX. Senats gehindert. Er hat deswegen gem. § 11 Abs. 3 FGO den Großen Senat angerufen. Er stützt seine Anrufung zusätzlich auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage (§ 11 Abs. 4 FGO). Der vorlegende Senat hat bei den betroffenen Senaten angefragt. Der I. und VIII. Senat haben der beabsichtigten Abweichung nicht zugestimmt. Der IX. Senat hat erklärt, daß er es begrüßen würde, wenn der X. Senat die Entscheidungen des Großen Senats herbeiführen würde. Der IV. Senat hat die Anfrage nicht beantwortet.

III. Begründung der Vorlage:

1. Zur Vorlagefrage 1

Vermögensübergaben gegen angemessene Altenteilsleistungen seien aus dem Bereich der teilentgeltlichen Rechtsgeschäfte auszugrenzen und dem durch das Gesetz zur Neuordnung von Steuern (StNOG 1954) vom 16.12.1954 (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575) bestätigten Rechtsinstitut der dauernden Last zuzuordnen. Diese Zuordnungsentscheidung des Gesetzgebers setze notwendigerweise die Rechtsnatur einer solchen Vermögensübergabe als im steuerrechtlichen Sinne „privat“ und „unentgeltlich“ voraus.

2. Zur Vorlagefrage 2

Auch Altenteilsleistungen in Geld, die im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbart werden, seien wie die Naturalleistungen ohne besondere Abänderungsvereinbarung als dauernde Last abziehbar. Ein dem Versorgungsberechtigten gezahlter Geldbetrag gehöre auch dann noch zum Inbegriff des Altenteils, wenn er dem Betrag nach ein Taschengeld übersteige. Eine Leibrente liege hier gerade dann nicht vor, wenn für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Leibrente“ in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2, § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG das bürgerliche Recht maßgebend sei. Denn diese Versorgungsleistung in Geld könne bei Änderung der persönlichen und/oder wirtschaftlichen Verhältnisse (insbesondere: der Leistungsfähigkeit und der Bedürftigkeit) der Höhe und der Art nach in einem Umfang angepaßt werden, der mit der herkömmlichen Deutung der bürgerlich-rechtlichen Rechtsnatur des Leibrentenvertrages nicht vereinbar wäre. Zwar könnte auch in Unterhaltsverträgen eine Leibrente vereinbart werden; eine solche vom gesetzlichen Regelstatut abweichende Vertragsklausel müsse aber ausdrücklich vereinbart werden. Würde man die hier fraglichen baren Versorgungsleistungen als Leibrenten behandeln, so würde der durch die Entstehungsgeschichte belegte Regelungsplan des StNOG 1954 nicht folgerichtig verwirklicht. Ein gesetzgeberischer Grund für eine unterschiedliche steuerliche Entlastung des Verpflichteten bei Naturalleistungen und bei Geldleistungen sei nicht erkennbar. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf den Beschuß in BFHE 160, 33; RStBl., II 1990, 625 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

B. Entscheidungen des Großen Senats zu den Verfahrensfragen

Die Vorlage ist zulässig. Die vorgelegte Rechtsfrage ist für die Entscheidung des X. Senats entscheidungserheblich (wird ausgeführt).

C. Entscheidung des Großen Senats über die vorgelegten Rechtsfragen

I. Rechtsentwicklung/bisheriger Meinungsstand

1. Nach preußischem Einkommensteuerrecht konnten „Rente“ und „auf besonderen Rechtstiteln beruhende dauernde Lasten“ vom (Gesamt-)Einkommen abgezogen werden (§ 9 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3 PreußEStG 1891 bzw. § 8 Abs. 2 Nr. 2 PreußEStG 1906). Diese Vorschriften waren u. a. auf Betriebs- und Vermögensübergabeverträge anwendbar (Art. 23, 24 der Anweisung des Finanzministers vom 25. 7. 1906, zitiert nach Fusing/Strutz, Die preußischen direkten Steuern, 8. Aufl. 1916, 1182ff., 1222, 1225). Dieselbe Rechtslage ergab sich nach § 13

Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG 1920, § 15 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, Abs. 2 EStG 1925 (Strutz, Kommentar zum EStG 1925, § 15 Anm. 13) und § 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG 1934, welche die auf besonderem (bis 1934: privatrechtlichen, öffentlich-rechtlichen oder gesetzlichen) Verpflichtungsgrund beruhenden Renten und dauernden Lasten zum Abzug zuließen.

Vom Abzug ausgeschlossen waren Aufwendungen des StpfL für den Unterhalt von Angehörigen auch dann, wenn sie aufgrund einer besonderen privatrechtlichen Verpflichtung getätigt wurden (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 PreußEStG 1906, § 13 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG 1920; § 15 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 EStG 1925). Nach § 12 Nr. 2 EStG 1934 durften unbeschadet der Vorschrift des § 10 EStG 1934 freiwillige Zuwendungen und Zuwendungen an gesetzlich unterhaltsberechtigte Personen, auch wenn diese Zuwendungen auf einer besonderen Vereinbarung beruhten, weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. Die Abziehbarkeit der im Zusammenhang mit Vermögensübergabeverträgen vereinbarten Versorgungsleistungen war durch diese Abzugsverbote nicht beeinträchtigt.

Beim Bezugsberechtigten waren „Rnten“ als „Rechte auf periodische Hebungen“ steuerbar (§ 7 Nr. 4 PreußEStG 1891, § 6 Nr. 4 PreußEStG 1906). Nach § 11 Nr. 1 EStG 1920, § 6 Abs. 1 Nr. 7, § 40 Nr. 2 S. 1 EStG 1925 und § 22 Nr. 1 Buchst. b EStG 1934 unterlagen „Leibrenten, Leibgedinge, Zeitrenten und andere unvererbliche Rnten“ der Einkommensteuer. Die Fassung des EStG 1934 bestand bis zum EStG i.d.F. des StNOG 1954.

2. Die zu den EStG 1925 und 1934 ergangene Rspr. des RFH sah den Grund für die Besteuerung der sonstigen wiederkehrenden Bezüge in der äußeren Form des Einkünftebezugs (grundlegend RFH RStBl. 1930, 578, unter 3; ferner RFH, Steuer und Wirtschaft – StuW – II 1936, 164; RFH RStBl. 1944, 363). Aufgrund einer einschränkenden Auslegung des Begriffs „wiederkehrende Bezüge“ wurden lediglich langfristige Kaufpreisraten mit Ausnahme ihres Zinsanteils als nichtsteuerbar behandelt (RFH RStBl. 1944, 651, 652 2. Sp.). Die mit ihrem vollen Betrag steuerbaren „Rnten“ wurden von den nichtsteuerbaren Kaufpreisraten anhand der Unbestimmtheit der Dauer – dies vor allem bei Leibrenten – oder eines sonstigen Wagnisses unterschieden. Bezüge aus Leibrenten waren selbst dann mit ihrem vollen Betrag steuerbar, wenn sie durch eine Gegenleistung erworben waren. Dem entsprach beim Verpflichteten das Recht zum Abzug der Rente (vgl. Enno Becker, StuW I 1930, 657ff., 673ff.). Die in der Lit. hiergegen vorgetragene Kritik beanstandete eine unzulässige Gleichbehandlung von entgeltlich und unentgeltlich erworbenen Renten (vgl. Glaser, StuW I 1928, Sp. 1189; Hoffmann, BB 1953, 285 f.).

Mit Urteil vom 18. 9. 1952 (BFHE 56, 754 = BStBl. III 1952, 290) hat der BFH „in freier Auslegung des Gesetzes“ entschieden, daß eine entgeltlich erworbene private Leibrente nur insoweit und erst dann steuerbar ist, wenn die durch die Veräußerung erzielten Einnahmen den Wert des veräußerten Gegenstandes übersteigen: Der BFH ließ die Verrechnung der Leibrentenzahlungen einer Versicherungsgesellschaft mit dem Wert der eingezahlten Einmalprämien zu (vgl. ferner BFHE 57, 265 = BStBl. III 1953, 105; BFHE 64, 356 = BStBl. III 1957, 134). „Mit Rücksicht auf die weittragende rechtliche Bedeutung der Frage“ hielt der BFH eine gesetzliche Regelung für „wünschenswert“.

3. Der Entwurf des StNOG 1954 griff diese Anregung auf.

a) Der Entwurf sah vor, alle auf die Lebenszeit einer Person gezahlten Renten (Leibrenten) nur insoweit zu besteuern, als in den einzelnen Bezügen „Einkünfte aus Erträgen des Stammrechts“ enthalten sind (BT-Drucks. II/481, S. 85 ff.), und die Vermögensumschichtung als nichtsteuerbar zu belassen. Auf Empfehlung des Ausschusses für Finanz- und Steuerfragen (BT-Drucks. II/961, S. 4) wurde die Formulierung „Erträge des Rentenrechts“ gewählt. Die Ertragswerttabelle des § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a S. 3 EStG i.d.F. des StNOG 1954 sollte die praktische Handhabung der Vorschrift erleichtern.

b) Nach den dem Regierungsentwurf zugrunde liegenden Vorstellungen waren nicht nur entgeltlich erworbene Renten einschließlich der Sozialversicherungsrenten, sondern auch „unentgeltliche“ Leibrenten lediglich mit einem Ertragsanteil abziehbar bzw. steuerbar. Unter „unentgeltlichen“ Leibrenten verstand der Entwurf Versorgungsleibrenten, die anlässlich der Übertragung von Vermögen – namentlich landwirtschaftlicher und gewerblicher Betriebe – im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbart werden. Die Einbeziehung dieser unentgeltlich erworbenen Renten sei zwar nicht wirtschaftlich, aber aus systematischen Gründen geboten (BT-Drucks. II/481, S. 87 f.). Hierbei ging der Entwurf davon aus, daß die von der beabsichtigten Regelung betroffenen Leibrenten einschließlich der privaten Versorgungsrenten stets Rechtsfrüchte eines Leibrentenstammrechts seien.

Auf dieser dogmatischen Grundlage sah der Entwurf als § 10 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG eine Bestimmung des Inhalts vor, daß zu den Leibrenten „auch die bei dem unentgeltlichen Erwerb eines landwirtschaftlichen Betriebs übernommenen Altenteilsleistungen“ gehören. Diese sollten – entgegen der Rspr. des RFH (RStBl. 1935, 157; aufgegeben durch BFHE 83, 568 = BStBl. III 1965, 706) – nicht mehr als Betriebsausgaben bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft abziehbar sein; damit war eine steuerrechtliche Gleichstellung mit den „im Falle des unentgeltlichen Übergangs eines gewerblichen Betriebs“ zu zahlenden Renten beabsichtigt.

c) Der Entwurf eines § 10 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Finanz- und Steuerfragen (BT-Drucks. II/961, S. 27) nicht als Gesetz beschlossen. Nicht Gesetz wurde ferner ein vom Bundesrat vorgeschlagener § 4 Abs. 4 EStG, wonach zu den Betriebsausgaben auch die bei einem entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerb eines landwirtschaftlichen Betriebs übernommenen Altenteilsleistungen gehören (BT-Drucks. II/481, S. 121); eine solche Vorschrift sollte die Rechtslage in Übereinstimmung mit der st. Rspr. klarstellen.

d) Als dauernde Last abziehbare Beträge waren und sind beim Bezieher als sonstige Einnahmen bzw. als Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 S. 1 EStG) steuerbar. In den EStG 1920 bis 1934 war das Leibgedinge (Altenteil) als Erscheinungsform dieser Einkünfte eigens erwähnt. Das StNOG 1954 hat dies insofern nur redaktionell geändert, als auf eine ausdrückliche Erwähnung einzelner Rentenarten verzichtet wurde; das Tatbestandsmerkmal „Leibgedinge“ (Altenteil) ist in die gesetzliche Sammelbezeichnung „wiederkehrende Bezüge“ eingegangen (BT-Drucks. II/481, S. 85; zuletzt BFHE 161, 317, 328 = BStBl. II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261 unter C. II.1.b.).

4. Auf der Grundlage des EStG i.d.F. des StNOG 1954 ist eine umfängliche Rspr. zur Leibrente und zur dauernden Last ergangen.

a) Der BFH geht seit dem Urteil vom 29. 3. 1962 (BFHE 75, 96 = BStBl. III 1962, 304) in st. Rspr. (z. B. BFHE 109, 446 = BStBl. II 1973, 680 = MittRhNotK 1974, 145; zuletzt BFH/NV 1986, 654) davon aus, daß der steuerrechtliche Begriff der *Leibrente* derjenige des bürgerlichen Rechts sei (anders aber BFHE 109, 446 = BStBl. II 1973, 680 = MittRhNotK 1974, 145). Dies wird in dem Urteil in BFHE 75, 96 = BStBl. III 1962, 304 aus einem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung sowie daraus abgeleitet, daß bei schwankender Höhe von Rentenleistungen eine (rechnerische) Grundlage für die Ermittlung des Ertragswertes fehle.

Aus einem „Begriff des Leibrentenstammrechts“ wird gefolgt, daß bei einer Leibrente „gleichbleibende“ Leistungen vorliegen müßten, „die Früchte eines einheitlich nutzbaren Stammrechts sind“ (BFH-Urteil in BFHE 75, 96 = BStBl. III 1962, 304). Ausgehend hiervon wird der Begriff „Leibrente“ definiert als gleichbleibende Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen, die auf die Lebenszeit einer Bezugsperson geschuldet werden. Die Finanzverwaltung (Abschn. 167 Abs. 1 S. 1 EStR 1990) und die in der Lit. herrschende Auffassung haben sich der

Rspr. angeschlossen (z. B. Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10 EStG, Anm. 33 b, 35, § 22 EStG, Anm. 27 [1]; Littmann/Bitz/Meincke/Stephan, Das Einkommensteuerrecht, 15. Aufl., § 10 EStG, Rd.-Nr. 30, § 22 EStG, Rd.-Nr. 50; Kirchhof/Söhn, § 10 EStG, Rd.-Nr. D 11; Jansen/Wrede, Renten, Raten, dauernde Lasten, 9. Aufl. 1986, Rd.-Nr. 13). Zahlreiche Entscheidungen des BFH befassen sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen wiederkehrende Leistungen „gleichbleibend“ und damit Leibrenten sind (Nachweise bei Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O., § 10 EStG, Anm. 35 a bis 35 c; Abschn. 167 Abs.1 S. 7 u. 11 EStR).

Das RG hat eine Leibrente u. a. verneint bei nicht fest bestimmten lebenslänglich wiederkehrenden Bezügen (z. B. Altenteil und allgemein gehaltene Unterhaltszusagen; vgl. RGZ 104, 272; 137, 259) sowie bei fest bestimmten Bezügen, wenn die Leistungspflicht an die Bedürftigkeit des Berechtigten oder die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten geknüpft ist (z. B. RGZ 111, 286). Der Altteilsvertrag ist kein Leibrentenvertrag i.S.d. §§ 759 ff. BGB (RGZ 104, 272 ff.). Das RG nahm nur in Ausnahmefällen Leibrenten an. So bei der Festlegung der Leistungspflicht „ein für allemal in gleichbleibender Höhe“, was aus einem Verzicht auf die Rechte aus § 323 gefolgt wurde (RGZ 150, 385, betreffend Unterhaltsvergleich); bei selbständiger Begründung eines Leibrentenrechts durch Umschaffung des ursprünglichen Schuldgrundes (Novation), wenn der Vertrag auch nach allgemeiner Lebensauffassung als Leibrentenvertrag aufgefaßt werden kann (RG SeuffArch. 1920, 123, betreffend Erbabfindung); ferner wenn die rechtskundig beratenen Vertragsparteien „tatsächlich an die Begründung eines geschlossenen Stammrechts gedacht haben“ (RGZ 106, 93, 95, betreffend Grundstückskaufvertrag).

b) Hauptanwendungsfall der *dauernden Last* sind seit jeher lebenslängliche Versorgungsleistungen, die anlässlich der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbart werden. Für die dauernde Last setzt die Rechtsprechung – zur Abgrenzung gegenüber „gleichbleibenden“ Leibrenten – voraus, daß die Möglichkeit einer Abänderung der Leistungen der Höhe nach ausdrücklich vorbehalten ist (BFHE 116, 501 = BStBl. II 1975, 881; BFHE 130, 520 = BStBl. II 1980, 573; BFHE 136, 527 = BStBl. II 1983, 99, unter 2.; BFHE 143, 317 = BStBl. II 1985, 610 = MittRhNotK 1985, 156; BFHE 144, 423 = BStBl. II 1985, 709; BFH/NV 1986, 457; BFHE 146, 442 = BStBl. II 1986, 674; ferner Abschn. 167 Abs.1 S. 12 Nr. 2 Buchst. b EStR).

Bei der Anknüpfung des Leibrentenbegriffs an das bürgerliche Recht hat der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“ eine besondere Rolle gespielt. Für die Vereinbarung einer dauernden Last genügt die „Bezugsnahme auf § 323 ZPO“, sofern damit nicht lediglich auf eine vereinbarte Wertsicherungsklausel verwiesen wird (BFHE 146, 68 = BStBl. II 1986, 348; BFH/NV 1986, 526). Ein ausdrücklicher Vorbehalt der Abänderbarkeit ist für die Annahme einer dauernden Last aber auch erforderlich; nur mit Hilfe der Maßgeblichkeit einer Abänderungsklausel lasse sich zwischen einer Leibrente und einer dauernden Last unterscheiden (BFHE 131, 384 = BStBl. II 1981, 26; BFHE 143, 317 = BStBl. II 1985, 610 = MittRhNotK 1985, 156).

Der Hinweis auf die Abänderbarkeit muß sich „aus dem Übergabevertrag selbst“ ergeben (BFHE 131, 384 = BStBl. II 1981, 26; BFH/NV 1986, 526) und klar und eindeutig sein (BFHE 131, 384 = BStBl. II 1981, 26; BFHE 145, 368 = BStBl. II 1986, 261 = BFH/NV 1986, 526). Die nachträglich dem Vertrag hinzugefügte Erläuterung, es sei Abänderbarkeit gewollt gewesen, vermag keine dauernde Last zu begründen (BFHE 145, 368 = BStBl. II 1986, 261; BFHE 131, 384 = BStBl. II 1981, 26). Umstritten ist, ob durch eine nachträgliche Änderung des Übergabevertrags eine Leibrente mit ex-nunc-Wirkung in eine dauernde Last „umgewandelt“ werden kann.

c) Da nach § 759 BGB als Leibrente nur Geld oder vertretbare Sachen geschuldet sein können, ist nach h.M. bei verschiedenartigen Leistungsinhalten grundsätzlich für jede Leistung ge-

sondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer nur mit dem Ertragsanteil steuerbaren Leibrente gegeben sind (vgl. im einzelnen Abschn. 167 Abs.1 S. 12 Nr. 2 Buchst. b EStR). Wird neben Naturalleistungen ein geringfügiges Taschengeld gezahlt, kommt eine einheitliche Beurteilung der Leistungen als dauernde Last in Betracht; als nicht geringfügig gilt seit dem Urteil BFHE 83, 568 = BStBl. III 1965, 706 unverändert (BFH/NV 1986, 600) jedenfalls ein Betrag von 100,- DM monatlich.

d) Die Abziehbarkeit/Steuerbarkeit ist eingeschränkt bei allen Renten und dauernden Lasten/wiederkehrenden Bezügen aus „kauf- und darlehensähnlichen Vorgängen“ (BFHE 144, 423 = BStBl. II 1985, 709) und – in neuester Zeit weitergehend – allen Rechtsvorgängen „im Austausch mit einer Gegenleistung“ (BFHE 146, 442 = BStBl. II 1986, 674, betreffend Zugewinnausgleich). In diesen Fällen ist die dauernde Last zunächst mit dem Wert einer Gegenleistung zu verrechnen. Dem liegt die Erwagung zugrunde, daß jedenfalls vor Ausschöpfung des Verrechnungswerts wirtschaftlich keine als Sonderausgabe abziehbare „Last“ vorliegt (vgl. BFHE 157, 88 = BStBl. II 1989, 779, unter 2.; BFHE 158, 22 = BStBl. II 1990, 13; BVerfG StRK ab 1975, § 10 EStG, Abs. 1, Nr.1 a, Rechtsspruch 10 a). Eine abziehbare dauernde Last wird im Hinblick auf den Austauschcharakter ferner verneint, wenn wiederkehrende Leistungen ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach Entgelt für eine Nutzungsüberlassung sind (BFH BStBl. II 1990, 13; BFHE 162, 425 = BStBl. II 1991, 175, betreffend Erbbauzinsen).

Bei landwirtschaftlichen Altteilsleistungen und ähnlichen dauernden Lasten kommt eine Verrechnung mit dem übertragenen Vermögen nicht in Betracht (BFHE 83, 568 = BStBl. III 1965, 706). „Ähnliche“ dauernde Lasten können nach der Rspr. begründet werden z. B. im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundstücken und Wertpapieren und Mitunternehmeranteilen (vgl. BFHE 161, 317, 325 = BStBl. II 1990, 847, 850 = MittRhNotK 1990, 261 unter C. I. 1. m.w.N.).

5. Zur Rechtslage vor dem EStG 1975 hatte die Rspr. bei „reinen Unterhaltsverträgen auf Grund des § 323 ZPO zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgedankens“ angenommen, daß Unterhaltsleistungen auch ohne eine diesbezügliche ausdrückliche Vereinbarung bei einer Änderung der bei Vertragsabschluß maßgebenden Verhältnisse entsprechend der Leistungsfähigkeit und der Bedürftigkeit anzupassen sind. Eine Leibrente lag hier nur vor, wenn auf die Abänderbarkeit der Bezüge ausdrücklich verzichtet wurde (BFHE 111, 37 = BStBl. II 1974, 103). Durch Art. 1 Nr. 22 und 32 EStRG vom 5. 8.1974 (BGBl. I 1974, 1769 = BStBl. I 1974, 530) wurde das Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG erweitert und korrespondierend mit der gleichzeitigen Änderung des § 22 Nr. 1 S. 2 EStG die Nichtabziehbarkeit zugewendeter Beträge ausgedehnt auf solche, die „aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht“ gewährt werden. Zweck dieser Neuregelung war es, vor allem Unterhaltszusagen im Bereich vereinbarter Scheidungsfolgen von der Abziehbarkeit/Steuerbarkeit auszuschließen (BT-Drucks. 7/2180, S. 15); sie bezog sich darüber hinaus auf alle Unterhaltsversprechen (Kirchhof/Söhn/Arndt. a.a.O., § 12 EStG, Rd.-Nr. A 38). Damit sind die Grundsätze der früheren Rspr. über „reine Unterhaltsverträge“ gegenstandslos geworden.

6. Unterhaltsrenten sind wiederkehrende Leistungen, die aus dem Rechtsgrund des § 12 Nrn. 1 u. 2 EStG nicht abziehbar sind. Eine Unterhaltsrente liegt dann vor, wenn der Unterhaltscharakter – auch unter Berücksichtigung einer etwa erbrachten Gegenleistung – offensichtlich überwiegt. Im Anschluß an das Urteil vom 23.1.1964 (BFHE 79, 516 = BStBl. III 1964, 422) kann ein wesentlicher Anhaltspunkt für das Überwiegen 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 beträgt (vgl. Abschn. 123 Abs. 3 EStR). Nach in der Lit. h.M. ist gesetzliche Grundlage hierfür der Zuwendungsbegriff des § 12 Nr. 2 EStG; bei Überwiegen des Unterhaltscharakters ist das Tatbestandsmerkmal der Zuwendung erfüllt (vgl. Kirchhof/Söhn/Arndt. a.a.O., § 12 EStG, Rd.-Nr. A 77).

II. Stellungnahme des Großen Senats zu den vorgelegten Rechtsfragen

1. Das Recht der Renten und dauernden Lasten ist geregelt in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 22 Nr. 1, § 12 Nrn. 1 u. 2 EStG, § 7 Abs. 1, § 11d EStDV.

a) Nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 1 EStG sind Sonderausgaben die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben. „Renten und dauernde Lasten“ sind beim Bezieher Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen, soweit sie nicht zu den in § 2 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 EStG bezeichneten Einkunftsarten gehören (§ 22 Nr. 1 S. 1 EStG). Die Leibrente ist beim Verpflichteten nur mit dem gesetzlich umschriebenen Ertragsanteil abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2 EStG) und beim Bezieher in diesem Umfang steuerbar (§ 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG). Der Ertragsanteil von Renten, deren Dauer von der Lebenszeit mehrerer Personen oder einer anderen Person als des Rentenberechtigten abhängt, sowie von Leibrenten, die auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind (abgekürzte Leibrenten), ergibt sich aus der Tabelle des § 55 Abs. 2 EStDV.

b) Die in § 12 EStG genannten nicht abziehbaren Ausgaben dürfen weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden, soweit u. a. „in § 10 Abs. 1 Nrn. 1 – 8 EStG“ nichts anderes bestimmt ist. Vom Abzugsverbot erfaßt sind u. a. die vom Stpf. für den Unterhalt seiner Angehörigen aufgewendeten Beträge (§ 12 Nr. 1 EStG) und nach näherer Maßgabe des § 12 Nr. 2 EStG freiwillige Zuwendungen und Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtpflicht. Hiermit korrespondierend gilt für die Behandlung beim Empfänger der Bezüge: Werden die wiederkehrenden Bezüge freiwillig oder aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtpflicht oder einer gesetzlich unterhaltsberechtigten Person gewährt, so sind sie dem Empfänger nach dem Grundsatz des § 22 Nr. 1 S. 2 HS 1 EStG nicht zuzurechnen, wenn der Geber unbeschränkt einkommensteuerpflichtig oder unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist.

c) Ein Stpf., der Vermögen unter der Zusage von Versorgungsleistungen übernimmt, erwirbt auch i.S.d. §§ 7 Abs. 1, 11d Abs. 1 EStDV unentgeltlich; die Versorgungsleistungen stellen weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten dar (BFHE 161, 317, 328 = BStBl. II 1990, 847, 852, unter C.II.1.d = MittRhNotK 1990, 261).

d) Der Große Senat hält es für notwendig, die genannten gesetzlichen Bestimmungen unter größtmöglicher Wahrung ihres tradierten und anerkannten Regelungsgehalts auszulegen (vgl. GrSBFHE 161, 332, 350 = BStBl. II 1990, 837, 845, m.w.N. = MittRhNotK 1990, 254). Bei der Auslegung älterer Gesetzesbestimmungen, die im Laufe der Zeit durch eine gefestigte Rspr. ausgeformt sind, kommt den Rechtswerten der Rechts sicherheit und des Vertrauensschutzes besondere Bedeutung zu (vgl. BGHZ 85, 64, 66). Unter Berücksichtigung dessen ist eine Änderung der Rspr. zu den steuerrechtlichen Begriffen „Leibrente“ und „dauernde Last“ nach Auffassung des Großen Senats nur insofern geboten, als sich die Abänderbarkeit der wiederkehrenden Leistungen/Bezüge nicht nur aus einer ausdrücklichen Änderungsklausel – insbesondere aus einer Bezugnahme auf § 323 ZPO –, sondern auch aus der Rechtsnatur des Versorgungsvertrages ergeben kann; ein Anwendungsfall des Versorgungsvertrages kann der Altenteilsvertrag (Art. 96 EGBGB) sein.

2. „Leibrenten“ sind nach allgemeiner Auffassung Renten (wiederkehrende Zahlungen), die für die Dauer der Lebenszeit einer Bezugsperson gezahlt werden. Sie sind insoweit steuerbar, als in den einzelnen Bezügen „Einkünfte aus den Erträgen des Rentenrechts“ enthalten sind (§ 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a, S. 1 EStG). Als Ertrag des Rentenrechts gilt für die gesamte Dauer des Rentenbezugs der Unterschied zwischen dem Jahresbetrag der Rente und dem Betrag, der sich bei gleichmäßiger Verteilung des Kapitalwerts der Rente auf ihre voraussichtliche,

nach biometrischen Durchschnittswerten bemessene Laufzeit ergibt; dabei ist der Kapitalwert nach dieser Laufzeit zu berechnen (§ 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a, S. 2 EStG). Der „Ertrag des Rentenrechts (Ertragsanteil)“ ist der Ertragswerttabelle des § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a, S. 3 EStG zu entnehmen.

Wie aus der oben (C.I.3.) dargestellten Entstehungsgeschichte des StNOG 1954 ersichtlich ist, bezweckt das Gesetz mit der Berücksichtigung (nur) des Ertragswertes die Sonderung des steuerbaren Ertragsanteils (= Zinsanteils) von der nichtsteuerbaren Vermögensumschichtung. Dieses Ziel kann durch Anknüpfung an den bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriff nicht erreicht werden. Von der gesetzlichen Regelung werden nicht nur die privaten Veräußerungsrenten erfaßt, sondern auch „die durch laufende Beiträge erworbenen Renten“ einschließlich der Sozialversicherungsrenten. Bereits die Einbeziehung von öffentlich-rechtlich normierten, zum Teil vom Bedarf des Bezugsberechtigten abhängigen Sozialversicherungsrenten (BFHE 161, 432 = BStBl. II 1989, 551, unter 2. a) in die Ertragsanteilsbesteuerung läßt es als fraglich erscheinen, ob § 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2, § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG auf einen bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriff und damit auf ein „einheitliches nutzbares, von den sonstigen Beziehungen der Betriebsgelöstes Rentenstammrecht“ i.S. d. vom RG entwickelten Stammrechts- und Isolierungstheorie verwiesen. Für einen hierauf abstellenden steuerrechtlichen Begriff bliebe nur ein schmäler Anwendungsbereich, da das RG eine „Leibrente“ nur in seltenen Ausnahmefällen bejaht hat (oben C.I.4.a). Der Große Senat braucht zu der zivilrechtlichen Problematik der Leibrente keine Stellung zu nehmen. Das hier zu beurteilende Tatbestandsmerkmal „Leibrente“ ist inhaltlich auf die dargelegte steuerrechtliche Zwecksetzung – Sonderung der Vermögensumschichtung von einem steuerbaren Zinsanteil – zugeschnitten. Die vom Einkommensteuerrecht verlangte Trennung der Vermögensumschichtung vom Rentenertrag ist in allen Fällen zu beachten, in denen gleichmäßige Leistungen von der Lebensdauer abhängen und dadurch ein vom Zinsfuß und von der Lebensdauer beeinflußter Ertrag bzw. Zinsaufwand zu erfassen ist.

Der bisherigen Rspr. ist darin zu folgen, daß der steuerrechtliche Begriff der Leibrente gleichbleibende Leistungen/Bezüge voraussetzt. Die nach dem dargelegten Gesetzeszweck einschlägigen Fälle der Leibrente – vor allem die Verrentung der Höhe nach feststehender Vermögensansprüche – sind dadurch gekennzeichnet, daß eine Versorgung des Bezugsberechtigten allenfalls Motiv für den Leistungsaustausch ist, nicht aber Vertragsinhalt in dem Sinne, daß die Höhe der Leistungen bei Änderungen in der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und/oder des Versorgungsbedürfnisses des Berechtigten schwanken könnte. Die Leibrente ist insoweit nicht anders als ein langfristig gestundeter Kaufpreis zu behandeln; bei einem reinen Austauschvertrag hat der Erwerber grundsätzlich das wirtschaftliche Geschäftsrisiko zu tragen (vgl. MünchKomm/Pecher, § 759 BGB, Rd.-Nr. 30).

3. In sachlichem Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbarte wiederkehrende Sach- und Geldleistungen sind dauernde Lasten, wenn sie nicht gleichbleibend sind.

a) Wie der große Senat in seinem Besluß in BFHE 161, 317, 328 = BStBl. II 1990, 847, 852 (dort unter C.II.1.c) = MittRhNotK 1990, 261 ausgeführt hat, beruht die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen und Sonderausgaben auf dem Umstand, daß sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen; Abzug und Versteuerung der Versorgungsleistungen führen hierbei zu einem ähnlichen Ergebnis wie der Vorbehalt eines gegenständlich beschränkten Nießbrauchs durch den Übergeber, der mit einer entgeltlichen Nutzungserlaßung an den Vermögensübernehmer verbunden ist. In diesem Besluß ist offen geblieben, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Versorgungsleistungen in vollem Umfang als dauernde Last abziehbar sind.

- b) Die anlässlich der Übergabe von Vermögen vereinbarten Versorgungsleistungen sind Hauptanwendungsfall der in vollem Umfang abziehbaren dauernden Last; sie sind beim Bezieher nach § 22 Nr. 1 S. 1 EStG steuerbar. Auch soweit Geldleistungen Inhalt eines solchen Versorgungsvertrages sind, haben die Vertragschließenden die rechtlich anerkannte Möglichkeit, diese als abänderbar und damit als dauernde Last zu vereinbaren. Allerdings setzt die bisherige Rspr. voraus, daß die Abänderbarkeit ausdrücklich vereinbart ist. Im rechtstatsächlichen Normalfall ist durch kautelarjuristische Gestaltung, insbesondere durch „Bezugnahme auf § 323 ZPO“, eine Rechtslage hergestellt, die dem Regelungswillen des StNOG 1954 – grundsätzliche Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen (oben C.I.3.c.) – entspricht.
- c) Für eine steuerrechtlich zu beachtende Änderungsklausel genügt der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“, weil dies so zu verstehen ist, daß der Vertrag nach Maßgabe des materiellen Rechts, auf das diese Vorschrift Bezug nimmt, abänderbar sein soll. Fehlt eine Bezugnahme auf § 323 ZPO, kann sich eine gleichwertige Änderungsmöglichkeit aufgrund eines Vertragsinhalts ergeben, der eine Anpassung nach den Bedürfnissen des Vermögensübergebers oder der Leistungsfähigkeit des Übernehmers erlaubt.
3. Auch bei der Zuordnung von Versorgungsleistungen zum Rechtsinstitut „dauernde Last“ behält § 12 EStG seine Bedeutung für die Abgrenzung zwischen den abziehbaren privaten Versorgungsleistungen und den nicht abziehbaren Unterhaltsleistungen.
- a) Die hier zu beurteilenden Versorgungsleistungen sind seit dem PreußEStG 1891 ungeachtet dessen als dauernde Last abziehbar, daß die Vorläufervorschriften des § 12 EStG die Abziehbarkeit von Unterhaltsleistungen an unterhaltsberechtigte Personen untersagten. Insoweit war das Abzugsverbot spezialgesetzlich ausgeschlossen. Auch aus dem „soweit“-Vorbehalt im Einleitungssatz des § 10 Abs. 1 EStG ergibt sich kein Vorrang des § 12 Nr. 1 u. 2 EStG vor dem dort nicht aufgeführten § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG. Der Große Senat hat in seinem Beschuß BFHE 161, 317, 329 = BStBl. II 1990, 847, 852 = MittRhNotK 1990, 261 entschieden, daß Versorgungsleistungen, die anlässlich der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vom Übernehmer des Vermögens zugesagt werden, sich durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge von Unterhaltsleistungen unterscheiden. Hieran ist festzuhalten.
- b) Der RFH (RStBl. 1933, 583) hat die Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen als gerechtfertigt angesehen im Hinblick auf die Vermögensübergabe: Hier stehe „im Vordergrund, daß sich die Eltern insoweit das erhalten wollen, was ihnen bisher zur Lebensunterhaltung diente“. Es könne wirtschaftlich auch so angesehen werden, „als ob die Eltern sich von ihrem Vermögen an Ertragswert das zurückbehielten, was für sie zur Lebenshaltung nötig ist“. Dem entspricht es, wenn der IV. Senat des BFH (BFHE 139, 367 = BStBl. II 1984, 97, 100) ausführt, (landwirtschaftliche) Altenteilsleistungen seien deswegen keine freiwilligen Unterhaltsleistungen, weil ihnen der Wert des übertragenen Vermögens gegenüberstehe, ohne daß deshalb ein Veräußerungsgeschäft vorliege; vielmehr handele es sich „um eine besondere Art von Versorgungsleistungen, die durch die Betriebsübergabe notwendig geworden sind“ (ähnlich BFHE 62, 235, 239 f. = BStBl. III 1956, 88).
- Schon immer ist die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht als Gegenleistung für das übertragene Vermögen angesehen worden (BFHE 161, 317, 327 f. = BStBl. II 1990, 847, 852, unter C.I.1., m.w.N. = MittRhNotK 1990, 261). Dieser Vertrag ist dadurch charakterisiert worden, daß
- die einkommensteuerrechtliche Behandlung der familien- und erbrechtlichen Natur des Vertragstypus folge (RFH RStBl. 1931, 946 m.w.N.; RStBl. 1933, 583; Enno Becker, StuW I 1929, 969, 978ff.);
- daß die Vermögensübertragung die Vorwegnahme der künftigen Erbregelung und die wirtschaftliche Sicherung der alternden Eltern bezwecke (z. B. BFHE 61, 272 = BStBl. III 1955, 302; BFHE 140, 566 = BStBl. II 1985, 43),
- daß die Rente nicht nach dem Wert der Gegenleistung, sondern nach dem Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bemessen werde (BFH-Urteil in BFHE 79, 516 = BStBl. III 1964, 422);
- daß die Bet. sich von dem Gedanken leiten lassen, den übertragenen Betrieb der Familie zu erhalten (z. B. BFHE 91, 81 = BStBl. II 1968, 263).
- c) Bereits der RFH (RStBl. 1933, 583) hat ausgesprochen, „bis zur Grenze des versuchten Mißbrauchs zur Umgehung des § 15 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 EStG“ (einer Vorläufervorschrift des § 12 Nr. 2 EStG) müsse in diesen Fällen regelmäßig anerkannt werden, „daß Sinn und Zweck nicht die (selbständige) Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltpflicht ist“, sondern die „Folgerung aus der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder“. Nach BFHE 79, 516 = BStBl. III 1964, 422 liegt eine nicht abziehbare Unterhaltsleistung dann vor, wenn „unter Berücksichtigung der Gegenleistung der Unterhaltscharakter offensichtlich überwiegt“. Nach dieser Entscheidung kann ein wesentlicher Anhaltspunkt für das Überwiegen im allgemeinen darin gesehen werden, daß der Wert der Gegenleistung (z. B. des übernommenen Betriebsvermögens) bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des Wertes der Rentenverpflichtung beträgt. Auch BFHE 139, 367 = BStBl. II 1984, 97 sieht in dieser Vergleichsrechnung, die in Abschn. 123 Abs. 3 EStR ihren Niederschlag gefunden hat, einen – wenn auch für Hofübergabeverträge praktisch nicht bedeutsamen – „Anhaltspunkt“ für die Bestimmung der nach § 12 EStG nicht abziehbaren Unterhaltsleistungen. Dem stimmt der Große Senat zu.
4. Der Große Senat hat mit Beschuß in BFHE 161, 317, 328 = BStBl. II 1990, 847, 852 (dort unter C.II.1.c.) = MittRhNotK 1990, 261 entschieden, daß die hier fraglichen Versorgungsleistungen weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten darstellen. Zu diesem Ergebnis kommt auch der – zeitlich vor der Entscheidung des Großen Senats in BFHE 161, 317 = BStBl. II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261 erlassene – Vorlagebeschuß des X. Senats.

D. Entscheidung des Großen Senats

Der Große Senat beantwortet die vorgelegten Rechtsfragen wie folgt:

1. Überträgt jemand Vermögen im Wege vorweggenommener Erbfolge, so können vom Vermögensübernehmer zugesagte Versorgungsleistungen (z. B. Altenteilsleistungen) Leibrente (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 2, § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a EStG) oder dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a S. 1 EStG) sein.
2. Versorgungsleistungen in Geld sind als dauernde Last abziehbar, wenn sich ihre Abänderbarkeit entweder aus einer ausdrücklichen Bezugnahme auf § 323 ZPO oder in anderer Weise aus dem Vertrag ergibt.

Anmerkung (von Notar Dr. Siegmar Rothstein, Düsseldorf-Benrath)

Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschuß vom 15. 7. 1991 die bisherige Rspr. zur Besteuerung der Renten und dauernden Lasten insbesondere in Form von Versorgungsleistungen im wesentlichen bestätigt. Er ist nicht der Versuchung erlegen, im Hinblick auf die Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelungen an diesen Regelungen vorbei (erneut) eine „bessere“ Lösung zu entwickeln und hat sich dankenswerterweise zu den „Rechtswerten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes“ bekannt. Gerade der BFH hat in der Vergangenheit des öfteren den Eindruck erweckt, daß er dem Gedanken der Kontinuität der Rspr. nicht gerade oberste Priorität einräumt.

Solange nicht der Gesetzgeber tätig geworden ist, kann in dieser auch für die notarielle Praxis wichtigen Frage von folgendem ausgegangen werden:

1. Unterhaltszahlungen

Ausgaben i. S. v. § 12 EStG – insbesondere Zuwendungen aller Art an unterhaltsberechtigte Personen oder deren Ehegatten (Abs. 2) – sind nicht abzugsfähig, sofern sie nicht Sonderausgaben i. S. v. § 10 EStG sind, also insbesondere als Rente oder dauernde Last i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG anzusehen sind.

Stehendie Zuwendungen an einen Unterhaltpflichtigen im Zusammenhang mit einer Gegenleistung, kommt es für die Frage, ob nicht steuerbare Unterhaltsleistungen oder steuerbare Renden bzw. dauernde Lasten vorliegen, darauf an, ob der Unterhaltscharakter überwiegt. Der Unterhaltscharakter überwiegt, wenn der „Wert der Gegenleistung (z. B. das übernommene Betriebsvermögen) bei überschlägiger und großzügiger Bezeichnung weniger als die Hälfte des Wertes der Rentenverpflichtung (bzw. dauernden Last) beträgt.“

Da die Abzugsfähigkeit der dauernden Last seit jeher damit begründet wird, daß „die Natur der Einkommensteuer als eine nach der allgemeinen steuerlichen Leistungsfähigkeit des Pflichtigen bemessene Steuer... die Beschränkung der Besteuerung auf das reine Einkommen“ (Begründung zum Gesetzentwurf des § 9 Abs. 1 PrEStG, zitiert bei BFH BStBl. II 1989, 779) erforderlich macht, bleibt es schwer einzusehen, weshalb ein Stpfl., der Zuwendungen an eine gesetzlich unterhaltsberechtigte Person macht, diese Zuwendungen deshalb abziehen darf, weil er vom Empfänger Vermögen erhalten hat. Eine Besteuerung nach Maßgabe der Berücksichtigung verminderter Leistungsfähigkeit legt allenfalls das gegenseitige Ergebnis nahe (Reiss, FR 1990, 381 f.).

Diese gesetzliche „Unstimmigkeit“ kann aber auch die Rspr. durch „Auslegung“ nicht korrigieren (so zu Recht BFH BStBl. III 1965, 706, 708).

2. Enge „Auslegung“ der dauernden Last

Wird Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, so können vereinbarte Versorgungsleistungen, insbesondere Altanteilsleistungen, dauernde Lasten i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG sein; der Bezieher hat sie gem. § 22 Nr. 1 S. 1 EStG zu versteuern.

Der Große Senat bezeichnet diese Versorgungsleistungen als Hauptanwendungsfall der von Anfang an in vollem Umfang abziehbaren dauernden Last, ohne selbst weitere Anwendungsfälle zu nennen. Damit dürfte die sehr enge „Auslegung“ der dauernden Last i. S. d. Einkommensteuerrechts als festgeschrieben anzusehen sein, wenn der Große Senat auch nicht der Auffassung des vorlegenden X. Senats gefolgt ist, der nur noch angemessene Altanteilsleistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe als dauernde Last anerkennen wollte (BStBl. II 1990, 625 ff.). Der IX. Senat wollte sogar auch die Versorgungsleistungen im Rahmen einer Vermögensübertragung als (teil-)entgeltliches Rechtsgeschäft ansehen, das in Höhe des Kapitalwerts zu Anschaffungskosten des Vermögensempfängers führt (BStBl. II 1989, 772, 775). Diese Ansicht hätte überhaupt keinen Raum für die privaten dauernden Lasten gelassen, sie ist vom Großen Senat bereits in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1990 (BStBl. II 1990, 847, 852 = Mitt-RhNotK 1990, 261) abgelehnt worden. Aber auch nach der vom Großen Senat bestätigten Rspr. gibt es nur wenige Fälle, in denen überhaupt eine dauernde Last angenommen werden kann, da sie bei „kauf- und darlehensähnlichen“ Vorgängen sowie überhaupt bei allen Vorgängen im Austausch mit einer Gegenleistung zuerst mit dem Wert der Gegenleistung zu verrechnen ist, bevor sie in vollem Umfang steuerlich erfaßt wird. Eine Versorgungsleistung wird nicht als Gegenleistung für das übertragenen Vermögen angesehen und kann daher sofort und in vollem Umfang steuerbare dauernde Last sein, wenn die Versorgung des Übertragenden die Höhe der Zuwendung bestimmt

hat. Eine Versorgungsleistung wird konsequenterweise nicht angenommen, wenn die Beteiligten Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen haben (BFH BStBl. II 1990, 625, Ziff. II 4 d). Es ist dann ein entgeltlicher Erwerbsvorgang (Veräußerungsvorgang) gegeben, so etwa auch bei „Versorgungsleistungen“ in Scheidungsvereinbarungen. Hier kommt nur das Realsplitting in Betracht (§§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 1 a EStG).

Diese Rspr. ist in der Lit. auf Kritik gestoßen (Darstellung bei Rothstein, MittRhNotK 1991, 46, 48 f.), die nach der nunmehr zweiten bestätigenden Entscheidung des Großen Senats des BFH als unbedeutlich angesehen werden muß. Schmidt/Heinicke halten auch in der neuesten Auflage ihres Kommentars zum EStG diese Rspr. allenfalls durch rechtshistorische Überlegungen, aber nicht durch die Lektüre des Gesetzes für nachvollziehbar (10. Aufl. 1991, § 22 EStG, Anm. 17). Diese Rspr. hat sich in der Tat vom Wortlaut des Gesetzes entfernt. Sie ist ergebnisorientiert und will weitestgehend den in der dauernden Last enthaltenen Kapitalanteil ertragsteuerlich neutralisieren; im privaten Bereich sind eben sonst Vermögensumschichtungen nur in Ausnahmefällen (§ 23 EStG) der Einkommensteuer unterworfen.

3. Abgrenzung der dauernden Last von der Leibrente

Der X. Senat wollte, wie gesagt, nur noch angemessene Altanteilsleistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe als dauernde Last anerkennen, in diesem Fall aber alle Leistungen des Erwerbenden von Anfang an und in vollem Umfang ertragsteuerlich erfassen, insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob eine besondere Abänderungsvereinbarung getroffen wurde. Alle nicht dem Rechtsinstitut dauernde Last zuzuordnenden entgeltlich/teilentgeltlich gezahlten wiederkehrenden Leistungen/Bezüge sollten in eine nicht steuerbare Vermögensumschichtung und einen steuerbaren Zinsanteil zerlegt werden (BStBl. II 1990, 625, 631). Hieraus ergab sich für den X. Senat die Notwendigkeit, den Begriff der „Leibrente“ steuerrechtlich neu zu bestimmen (BStBl. II 1990, 632).

Zwar hält auch der Große Senat – insoweit dem X. Senat folgend – einen vom bürgerlichen Recht losgelösten Begriff der Leibrente für notwendig, der die vom RG entwickelte Stammrechtslehre für das Steuerrecht aufgibt und der auf die „steuerliche Zwecksetzung – Sonderung der Vermögensumschichtung von einem steuerbaren Zinsanteil –“ zugeschnitten ist. Der Große Senat folgt aber im Ergebnis der bisherigen Rspr. und nicht der des vorliegenden X. Senats, wonach auch in Zukunft der steuerrechtliche Begriff der Leibrente gleichbleibende Leistungen voraussetzt im Unterschied zur dauernden Last, die begrifflich wiederkehrende Sach- und Geldleistungen umfaßt, die nicht gleichbleibend sind (Wrede, FR 1991, 745 f., meint, daß der Große Senat am Erfordernis eines Rentenstammrechts festhalte – was nach meiner Ansicht wohl kaum aus dem Wortlaut der Entscheidung abgeleitet werden kann –, weil man – so Wrede – nicht einerseits an der auf dem bürgerlichen Recht beherrschenden Auslegung des Leibrentenbegriffs festhalten, die Anknüpfung an das bürgerliche Recht aber andererseits in Frage stellen könne. Wollte man ein Rentenstammrecht nicht mehr als Voraussetzung des steuerlichen Leibrentenbegriffs anerkennen, wäre auch kein Grund mehr ersichtlich, die Gleichmäßigkeit der Leistungen zu fordern. Paus, FR 1992, 33 kritisiert, daß der Begriff der Leibrente nicht mehr i. S. d. BGB verstanden wird, weil der Große Senat damit der Rechtsauffassung, die er selbst im Ergebnis bestätigt, eine ihrer wichtigsten Stützen nimmt und bemängelt, daß der Große Senat keine Notwendigkeit gesehen hat, näher zu erläutern, warum sich gleichwohl an dem Inhalt des Begriffs und der steuerlichen Behandlung der Leibrente nichts ändere.)

Es kann also bei der Übertragung von Vermögen gegen Versorgungsleistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge eine Leibrente vorliegen, wenn es sich nämlich um gleichbleibende Versorgungsleistungen handelt. Im Rahmen solcher Vereinbarungen ist hinsichtlich jeder einzelnen Leistung gesondert zu prüfen, ob eine Leibrente oder dauernde Last vorliegt (Stephan, DB 1991, 2469).

Wiederkehrende Naturalleistungen und Leistungen nicht vertretbarer Sachen sind stets ein wiederkehrender Bezug i. S. d. § 22 EStG sowie eine dauernde Last, letztere jedoch nur bei einer Mindestverpflichtungszeit von 10 Jahren (BFH BStBl. III 1959, 463; Abschn. 87, Abs. 2, S. 6 EStR; Stephan, a.a.O.).

Zeitrenten müßten nach dem Wortlaut des Gesetzes ertragsteuerlich voll erfaßt werden, sie werden von der Rspr. jedoch wie Kaufpreisraten behandelt (unechte Zeitrenten), nur der in den einzelnen Zahlungen enthaltene Zinsanteil ist steuerbar/absetzbar. Wird die Zeitrente „unentgeltlich“ geleistet – insbesondere bei Versicherungsleistungen – erfolgt die volle Besteuerung (Biergans, Renten und Raten, 3. Aufl. 1989, 279). Auch wenn die Zeitrente der Versorgung des Übergebenden dient, ist sie hier – anders als bei der dauernden Last – wohl Gelegenleistung.

Zu den dauernden Lasten werden auch unerhebliche Geldleistungen gerechnet, das sind solche bis zu einem Betrag von 100,- DM monatlich (BFH BStBl. II 1985, 610 = MittRhNotK 1985, 156) ohne Rücksicht darauf, ob es sich um gleichmäßige oder nicht gleichmäßige Leistungen handelt. Bei höheren Geldleistungen ist im Einzelfall zu prüfen, ob es sich um eine Rente oder dauernde Last handelt (List, NWB Fach 3, 8143, 8148).

4. Wann liegen gleichbleibende oder abänderbare Versorgungsleistungen vor?

Bisher hatte die Rspr. eine Abänderbarkeit und damit eine dauernde Last steuerlich nur anerkannt, wenn sie in dem Vertrag über die Vermögensübergabe ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf § 323 ZPO vereinbart worden war. Allein die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel reichte nicht aus.

Der Große Senat hält eine Änderung der Rspr. offenbar insofern für geboten, als sich die Abänderbarkeit der wiederkehrenden Leistungen/Bezüge und damit die Annahme einer dauernden Last nicht nur aus einer ausdrücklichen Änderungsklausel, sondern auch aus der Rechtsnatur des Versorgungsvertrages ergeben kann (II 1. d). Jedoch sind mit dieser Aussage, es komme auf die Rechtsnatur des Vertrages an, nur schwer vereinbar die in Abschn. I 3. c enthaltenen Ausführungen, wonach sich eine gleichwertige Abänderungsmöglichkeit aufgrund eines Vertragsinhaltes ergeben kann (Soeffing, DB 1992, 61 f.).

Soeffing (a.a.O.) meint, es liege eine Änderung der Rspr. dann nicht vor, wenn auf den Vertragsinhalt abzustellen sei, da schon nach der bisherigen Rspr. dauernde Lasten dann anzunehmen waren, wenn sich die Abänderbarkeit der Leistungen aus dem Vertragsinhalt ergibt. Eine Änderung der Rspr. könne nur dann angenommen werden, wenn auf die Rechtsnatur des Versorgungsvertrages abzustellen ist und wenn nunmehr die Ansicht vertreten wird, daß jeder Versorgungsvertrag, der im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge abgeschlossen wird, seiner Rechtsnatur nach eine Anpassung nach den Bedürfnissen des Vermögensübergebers und der Leistungsfähigkeit des Übernehmers erlaubt. Soeffing interpretiert den Beschuß des Großen Senats in diesem Sinne, weil sonst die Bemerkung in dem Beschuß, daß in einem gewissen Umfang eine Rechtsprechungsänderung geboten sei, nicht richtig wäre (so auch List, a.a.O.; Wrede, a.a.O.).

Auch bei Zugrundelegung dieser Interpretation kann in solchen Verträgen eine Leibrente vereinbart werden, wenn die Anpassung ausdrücklich ausgeschlossen wird (Wrede, a.a.O.).

Sollte der Große Senat wider erwarten dahin verstanden werden, daß eine dauernde Last nur angenommen werden kann, wenn sich die Abänderbarkeit aus einer ausdrücklichen Bezugnahme auf § 323 ZPO oder „in anderer Weise aus dem Vertrag“ ergibt (so Schmidt, FR 1991, 745), bliebe die Frage offen, ob eine im Übertragungsvertrag unterbliebene Abänderungsvereinbarung später mit Wirkung ex nunc noch vereinbart werden kann. Vor dem Vorlagebeschuß des X. Senats hatte die Rspr. dies verneint. Nach meiner Ansicht bleibt andererseits aber die

Frage ungeklärt, ob in den Fällen der Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge eine spätere Vereinbarung ex nunc möglich ist, daß eine Leibrente und nicht eine dauernde Last gewollt ist.

5. Schlußbemerkungen

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bei einer Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge die bisherigen Gestaltungsspielräume nach wie vor gegeben sind und es insbesondere also weiterhin möglich ist, zwischen der Besteuerung mit dem Ertragsanteil und der vollen Besteuerung zu wählen, wobei eindeutige Regelungen in der Urkunde getroffen werden sollten. Diese Freiheit ist für die Praxis sicher zu begrüßen, wenn sie auch mit dem Gebot, die Besteuerung an der Leistungsfähigkeit auszurichten, nur schwer in Einklang steht. Die „Gleichmäßigkeit oder Ungleichmäßigkeit der Leistung besagt nichts über die steuerliche Leistungsfähigkeit“ (Wrede, a.a.O.).

Diese Ungereimtheit wäre nicht gegeben, wenn sich die Ansicht des X. Senats durchgesetzt hätte, wozu sich der Große Senat aus Gründen des Vertrauensschutzes in die Kontinuität der Rspr. nicht durchringen wollte.

Fehlende Leistungsfähigkeit als Grund für die volle Abzugsfähigkeit der dauernden Last heranziehen ist ohnehin nicht überzeugend, da eine Vermögensumschichtung im Prinzip die Leistungsfähigkeit nicht berührt, wenn auch zuzugeben ist, daß unterschiedliche Vermögen unterschiedliche Erträge mit sich bringen können. Ertragsteuerlich konsequenter wäre es daher, wenn der Entwurf des StNOG 1954 Gesetz geworden wäre, der alle entgeltlich/teilentgeltlich gezahlten wiederkehrenden Leistungen/Bezüge nur hinsichtlich des Zinsanteils besteuern wollte. Dieser Entwurf ist aber nicht Gesetz geworden, vielmehr wurde einer langen Rechtstradition entsprechend die volle Abziehbarkeit/Steuerbarkeit der dauernden Last nicht geändert.

Solange sich der Gesetzgeber nicht selbst zu einer gesetzlichen Änderung entschließt, muß auch der BFH dies akzeptieren und kann nicht im Hinblick auf einen fortbestehenden „unbefriedigenden Rechtzustand“ (BFH BStBl. II 1990, 625, 634) die Rspr. und damit den Rechtzustand ändern.

11. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Keine Grunderwerbsteuer für Instandhaltungsrückstellung (BFH, Urteil vom 9.10.1991 – II R 20/89)

GrEStG §§ 8 Abs. 1; 9 Abs. 1 Nr. 1

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung ist der gleichzeitige Erwerb eines in der Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG angesammelten Guthabens durch den Erwerber nicht in die grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung einzubeziehen.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. und Revisionsbekl. (Kl.) kaufte durch notariell beurkundeten Vertrag vom 10.11.1982 eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 338.000,- DM. Dabei sollte „der Anteil des Verkäufers an der bisher angesammelten Instandhaltungsrückstellung ab Übergabe ersatzlos auf den Käufer übergehen“. Nach einer vom Verkäufer unterschriebenen Aufstellung soll der auf das in der Instandhaltungsrückstellung angesammelte Guthaben entfallende Teil des Kaufpreises 3.000,- DM betragen haben.

Der Bekl. und Revisionskl. (das FA) zog den Kaufpreisannteil, der auf die Instandhaltungsrückstellung entfallen sollte, in die Bemessungsgrundlage ein. Das FG änderte die Steuerfestsetzung insoweit.

Die Revision des FA führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Aus den Gründen:

a) Das FG hat im Ergebnis zutreffend erkannt, daß beim Erwerb einer Eigentumswohnung das Entgelt für den Erwerb eines in der Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG angesammelten Guthabens durch den Erwerber nicht in die grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage (§ 8 Abs. 1 GrESTG; Gegenleistung) einzubeziehen ist.

Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG gelten bei einem Kauf der Kaufpreis für das Grundstück einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehalteten Nutzungen als Gegenleistung. Der auf die Übernahme des in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Guthabens entfallende Teil des Kaufpreises stellt keine Gegenleistung i.S.v. §§ 8, 9 GrESTG dar. Denn dieser wurde im Streitfall vom Kl. nicht als „Entgelt für den Grundstückserwerb“ (vgl. hierzu Borutta/Egly/Sigloch, 12. Aufl., § 9 GrESTG, Rd.-Nr. 291, m.w.N.) erbracht, er stellt vielmehr Aufwand für den Erwerb einer geldwerten Vermögensposition dar, die nicht unter den Grundstücksbegriff des GrESTG fällt.

Für die Frage, ob Leistungen Entgelt für den Grundstückserwerb darstellen, ist vom grunderwerbsteuerrechtlichen Grundstücksbegriff auszugehen. Dieser knüpft an den Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts an (§ 2 Abs. 1 S. 1 GrESTG). In bestimmter Hinsicht sind aber der Besteuerung engere Grenzen gezogen. Das folgt aus dem Sinn der Nr. 2 des § 2 Abs. 1 GrESTG, wonach nur der Rechtsverkehr mit *Grundstücken* der Steuer unterliegen soll und der Erwerb von Geldforderungen oder anderen vergleichbaren Vermögenspositionen selbst dann grunderwerbsteuerrechtlich unerheblich ist, wenn solche Rechte gem. § 96 BGB als Bestandteile des Grundstücks bürgerlich-rechtlich dessen Schicksal teilen (vgl. die Begründung zum GrESTG 1940, RStBl. 1940, 393; BFHE 145, 238 = BStBl. II 1986, 189 zum Erwerb des Anspruchs auf Brandentschädigung; BFHE 163, 251 = BStBl. II 1991, 271 zum Erwerb des mit einem Erbbaugrundstück verbundenen Erbbauzinsanspruches). Werden zusammen mit einem Grundstück mit diesem verbundene Rechte, die gem. § 96 BGB als Bestandteile des Grundstücks gelten, erworben, ist deshalb der hierauf entfallende Aufwand des Grundstückserwerbers nicht zwingend und in jedem Fall als grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung anzusehen. Umgekehrt ergibt sich daraus aber noch nicht, daß der Aufwand für solche Rechte generell nicht zur Gegenleistung zu rechnen ist. Entscheidend und in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob solche mit dem Eigentum verbundene und deshalb gem. § 96 BGB als Grundstücksbestandteile geltende Rechte geldwerte Vermögenspositionen vermitteln, die nicht unter den Grundstücksbegriff des GrESTG fallen.

Das Guthaben aus der Instandhaltungsrückstellung nach dem WEG stellt eine mit einer Geldforderung vergleichbare Vermögensposition dar. Denn Sinn der Instandhaltungsrückstellung ist es, für künftig erforderlich werdende Reparaturen vorzusorgen und die Liquidität der Eigentümergemeinschaft für den Fall höherer Instandhaltungsaufwendungen zu gewährleisten. Es handelt sich wirtschaftlich um Vorauszahlungen der Wohnungseigentümer auf zukünftige Instandhaltungsaufwendungen. Diese können deshalb verlangen, daß Aufwendungen für Instandsetzungen am Gemeinschaftseigentum, an denen sie sich entsprechend der Größe ihres Wohnungseigentums zu beteiligen hätten (vgl. § 16 Abs. 2 WEG), zunächst aus der Rücklage bezahlt werden. Die insoweit bestehenden Ansprüche der Wohnungseigentümer sind zwar zweckgebunden und für die einzelnen Wohnungseigentümer – nach überwiegender Rechtsauffassung in der Lit. – nicht frei verfügbar. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, daß die in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Mittel den einzelnen Wohnungseigentümern ihrem Anteil an der Instandhaltungsrückstellung entsprechend im Fall des Eintritts der Kostentragungspflicht nach § 16 Abs. 2 WEG unmittelbar zugute kommen. Dies gilt bei Verkauf einer Eigentumswohnung sowohl für den hier vorliegenden Fall des entgeltlichen Erwerbs der entsprechenden Anteile aus einer bereits bestehenden als auch für den Fall der Übernahme der Verpflichtung zur Bildung einer noch nicht

bestehenden Instandhaltungsrückstellung. Denn in beiden Fällen kann der Erwerber einer Eigentumswohnung für den Fall des Eintritts der Kostentragungspflicht wegen Instandhaltungsmaßnahmen nach § 16 Abs. 2 WEG zu seiner Entlastung die Verwendung der in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Mittel verlangen (vgl. Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 21 WEG, Anm. 8). Unter diesem Gesichtspunkt stellt der Aufwand des Erwerbers einer Eigentumswohnung für die Übernahme oder Bildung einer Instandhaltungsrückstellung nicht Entgelt für den Erwerb der Eigentumswohnung selbst, sondern Entgelt zur Erlangung eines – möglicherweise erst zukünftig entstehenden – geldwerten Anspruchs auf Bezahlung von Instandhaltungsaufwendungen aus der Instandhaltungsrückstellung dar. Der Erwerb eines solchen Anspruchs ist nicht grunderwerbsteuerpflichtig, und zwar unabhängig von der zivilrechtlichen Vorfrage, ob es sich bei den Guthaben aus der Instandhaltungsrückstellung nach dem WEG um selbständige, vom Wohnungseigentum loslösbar Forderungsrechte (so: Weitnauer, 7. Aufl. 1988, Vorber., § 1 WEG, Rd.-Nr. 30 e; § 1 WEG, Rd.-Nr. 4 o, p; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1 WEG, Anm. 4; BayObLGZ 1984, 198), oder um untrennbare Bestandteile der jeweiligen Wohnungseigentumsrechte handelt, und diese deshalb an die Unauflösbarkeit der Gemeinschaft (vgl. § 11 WEG) gebundene Vermögensbestandteile darstellen, die nicht als eigene Guthaben der Wohnungseigentümer anzusehen sind (so: Bärmann/Pick/Merle, Einleitung, Rd.-Nr. 17; § 1 WEG, Rd.-Nr. 10; MünchKomm/Röll, 2. Aufl., § 1 WEG, Rd.-Nr. 12; ders., Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, 5. Aufl. 1991, Rd.-Nrn. 2.4.2.5 und 1.2.4.2; Sauren, § 11 WEG, Anm. 3; Belz, Das Wohnungseigentum, 2. Aufl. 1982, 107; Henkes/Niedenführ/Schulze, 1991, § 21 WEG, Tz. 31). Denn selbst wenn der zuletzt dargestellten Rechtsmeinung zu folgen wäre, könnte – wie oben ausgeführt – grunderwerbsteuerrechtlich allein aus der zivilrechtlichen Verknüpfung des jeweiligen Anteils an der Instandhaltungsrückstellung mit dem Wohnungseigentumsrecht nicht der Schluß gezogen werden, der Aufwand für die Instandhaltungsrückstellung sei für den Erwerb der Eigentumswohnung getätigt worden.

b) Die Feststellungen des FG lassen eine abschließende revisionsrechtliche Überprüfung nicht zu. Denn das FG hat die Höhe des vom Kl. übernommenen Anteils an der Instandhaltungsrückstellung nicht festgestellt. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, um ermitteln zu können, welcher Anteil des vereinbarten Gesamtkaufpreises von 338.000,- DM auf die vom Kl. übernommene Instandhaltungsrückstellung entfällt.

Im Streitfall haben die Vertragsbeteiligten mit der Vereinbarung eines Kaufpreises von 338.000,- DM eine Gesamtgegenleistung vereinbart, weil gem. § 3 des Vertrages der Anteil des Verkäufers an der bisher angesammelten Instandhaltungsrückstellung ab Übergabe „ersatzlos“ auf den Käufer (Kl.) übergehen sollte. Dabei muß „ersatzlos“ so verstanden werden, daß für den Übergang der Ansprüche hinsichtlich der Mittel aus der Instandhaltungsrückstellung über den vereinbarten Kaufpreis hinaus keine weitere Vergütung vom Kl. zu zahlen war; in dem vereinbarten Kaufpreis demnach das Entgelt für die Übernahme der Ansprüche aus der Instandhaltungsrückstellung enthalten sein sollte. Die vom Kl. nachträglich vorgelegte Bestätigung des Verkäufers, wonach auf die Instandhaltungsrückstellung ein Teilbetrag von 3.000,- DM entfallen sollte, ändert an dieser Beurteilung nichts. Denn auf den Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrags zurückwirkende Einzelpreisvereinbarungen ergeben sich hieraus nicht.

Liegt eine Gesamtgegenleistung vor, die Entgelt sowohl für das Grundstück als auch für nicht der Grunderwerbsteuer unterliegenden Gegenstände ist, so ist diese aufzuteilen. Im Regelfall hat die Aufteilung nach der sog. Borutta/Egly/Sigloch Formel zu erfolgen (vgl. Borutta/Egly/Sigloch, a.a.O., § 9 GrESTG, Rd.-Nr. 111; Hofmann, 5. Aufl., § 8 GrESTG, Rd.-Nr. 15, m.w.N.). Die Verhältnisrechnung braucht aber ausnahmsweise dann nicht vorgenommen zu werden, wenn Gegenstand eines Erwerbsvorgangs unter Vereinbarung einer Gesamtgegenleistung ein Grundstück und eine Geldforderung ist. In diesen Fällen reicht

es grundsätzlich aus, in Höhe der erworbenen Geldforderung einen Abzug von der vereinbarten Gesamtgegenleistung vorzunehmen, weil Kapitalforderungen im Regelfall mit dem Nennwert anzusetzen sind (§ 12 Abs. 1 BewG; vgl. auch Borutta/Egly/Sigloch, a.a.O., § 9 GrEStG, Rd.-Nr. 121; Hofmann, a.a.O., § 8 GrEStG, Rd.-Nr. 16). Dies gilt entsprechend auch für die Übernahme eines Guthabens aus einer Instandhaltungsrückstellung durch den Erwerber einer Eigentumswohnung, weil damit eine Rechtsposition übertragen wird, die einer Geldforderung vergleichbar ist.

12. Steuerrecht/Körperschaftsteuer – Wettbewerbsverbot und verdeckte Gewinnausschüttung

(FG Niedersachsen, Urteil vom 11.10.1991 – VI 186/88)

GmbHG §§ 13; 14
KStG § 8 Abs. 3 S. 2

Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt nur hinsichtlich des Geschäftsbereichs der Gesellschaft einem gesetzlichen Wettbewerbsverbot.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Streitig ist, ob Zahlungen von französischen und Schweizer Textilproduzenten an die Geschäftsführer der Kl. auf Konten der Geschäftsführer in der Schweiz als verdeckte Gewinnausschüttungen der Kl. zu beurteilen sind.

Nach Ansicht des FA ergibt sich dies u. a. daraus, daß R. in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Kl. gegenüber dieser einem Wettbewerbsverbot unterliege. Dies gelte unabhängig davon, ob das Wettbewerbsverbot ausdrücklich in der Satzung oder im Anstellungsvertrag aufgenommen worden sei. Zwar hätte die Kl. dem R. Befreiung vom Wettbewerbsverbot erteilen können. Dies setze jedoch einen förmlichen Gesellschafterbeschuß und eine ausdrückliche Vereinbarung mit R. voraus. Hierbei sei festzuhalten, welche Tätigkeiten der Geschäftsführer der Gesellschaft schulde und welche er als selbständiger Unternehmer ausüben dürfe. Es habe nicht der Entscheidung des R. überlassen bleiben können, ob er im Einzelfall als Geschäftsführer oder als selbständiger Unternehmer habe tätig werden wollen. Diesem Erfordernis habe die Kl. nicht hinreichend Rechnung getragen.

Aus den Gründen:

Aber auch darüber hinaus fehlt es in den Streitjahren an Vermögensminderungen bei der Kl., die sich auf einen Verstoß des dem Geschäftsführer R. obliegenden Wettbewerbsverbots gründen.

Das Wettbewerbsverbot verbietet einem Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft jede Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr im eigenen Namen und für eigene Rechnung *im Geschäftsbereich* der von ihm vertretenen Kapitalgesellschaft. Das Wettbewerbsverbot gilt unabhängig davon, ob es in der Satzung oder im Anstellungsvertrag ausdrücklich festgehalten ist, ob die Kl. durch eine selbständige Arbeit des Geschäftsführers geschädigt wurde und ob sie die Geschäfte selbst hätte betreiben können (vgl. BFH DB 1989, 1904; BFH DB 1989, 1702; BFH DB 1989, 2101).

Bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ist davon auszugehen, daß der Geschäftsführer R. sich nicht im Geschäftsbereich der Kl. betätigte, so daß er auch nicht zu ihr in Konkurrenz hat treten können oder aber eine Interessenkollision hätte auftreten können. Denn Unternehmensgegenstand der Kl. ist gem. § 2 ihres Gesellschaftsvertrags die Herstellung und der Vertrieb von Textilerzeugnissen aller Art für das Heim sowie die Herstellung und der Vertrieb anderer Erzeugnisse. Tatsächlich befaßte sich die Kl. in den Streitjahren allein mit dem Vertrieb von Gardinen- und Möbelbezugsstoffen. Das vorhandene Betriebsvermögen bot überhaupt keine Möglichkeiten, über den Vertrieb hinausgehende Aktivitäten zu entfalten. Soweit ein Schauraum zur Verfügung stand, diente dieser dazu, angebotene Stoffe Kunden zu präsentieren.

Auch soweit die Herstellung von Textilerzeugnissen als Gesellschaftszweck in den Vertrag aufgenommen worden ist, begründet dies keine andere Beurteilung. Unter „Herstellung“ von Textilerzeugnissen ist in diesem Zusammenhang, wie die Gesellschafter-Geschäftsführerin H. im Termin zur mündlichen Verhandlung dargelegt hat, die Verwertung evtl. anfallender Restposten z. B. zu Kissen zu verstehen. Der erkennende Senat folgt diesen Darlegungen, denn der Betrieb einer Stoffweberei nebst den dafür erforderlichen Vorarbeiten, wie sie das Entwerfen von Stoffen und die Zusammenstellung einer Musterkollektion darstellen, gehörte niemals zum Geschäftsbereich der Kl., die selbst unter Zugrundelegung des Unternehmensgegenstandes der Herstellung von Textilerzeugnissen dem Bereich reiner Handelsunternehmen zuzurechnen ist.

Einen allgemeinen Grundsatz, daß ein Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft überhaupt keine anderen Tätigkeiten jenseits des zu beachtenden Wettbewerbsverbots ausüben dürfe, gibt es nicht. Dies gilt im vorliegenden Fall um so mehr, als der Geschäftsführer R. nach dem Anstellungsvertrag gerade nicht verpflichtet ist, seine ganze Arbeitskraft dem Unternehmen der Kl. zu widmen.

Darüber hinaus genügt die vorgetragene mündliche Vereinbarung aus dem Jahre 1975/76 zwischen der alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführerin H. und R. formell und inhaltlich den Anforderungen an eine klare und eindeutige Vereinbarung, mit der R. eine Tätigkeit neben seinen Verpflichtungen gegenüber der Kl. gestattet wurde.

Der zivilrechtlichen Wirksamkeit steht nicht entgegen, daß in § 9 des Anstellungsvertrages vom 20. 2. 1974 für Änderungen und Ergänzungen die Schriftform vorgesehen ist, denn den vereinbarten Formzwang können Vertragsparteien jederzeit aufheben (BFH DB 1990, 1594 m.w.N.). Auch inhaltlich ist die Vereinbarung klar und eindeutig. Denn dem Geschäftsführer R. ist es danach gestattet, die Designertätigkeit zu erbringen und textilechnische Beratungsleistungen zu erbringen, sofern die Produkte auch der Kl. angeboten wurden. Entsprechend dieser Vereinbarung sind die Beteiligten auch tatsächlich verfahren. Der Kl. wurden diese Produkte angeboten und sie hat sie zu einem großen Teil verwertet, teilweise sogar unter Ausnutzung eines Exklusivbezugssrechts, wie noch auszuführen sein wird. Da mithin eine zivilrechtlich wirksame sowie inhaltlich klare und eindeutige Vereinbarung feststellbar ist, ist es ohne Bedeutung, ob der Geschäftsführer R. eine der beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführerin H. nahestehende Person war oder nicht.