

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 1995

## Immobilienleasing in der notariellen Praxis

(von Notarassessor Edgar Mörtenkötter)

- A. Entwicklung/wirtschaftliche Hintergründe
- B. Terminologie/Vertragskonzeption
  - I. Begriff des Immobilienleasing
    - 1. Leasingbegriff
    - 2. Immobilienbegriff
  - II. Operating-/Finanzierungsleasing
    - 1. Gegensatz zum Operatingleasing
    - 2. Finanzierungsleasing i.S.d. Verbraucherkreditgesetzes
- C. Steuerrechtliche Hintergründe
  - I. Gewerbesteuer
  - II. Einkommensteuer
- III. Wirtschaftliches Eigentum beim LG
  - 1. Der Vollamortisationserlaß vom 21. 3. 1972
  - 2. Der Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991
    - a) Vorgeschichte
    - b) Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick
    - c) Auswirkungen auf die Immobilienleasingpraxis
  - 3. Weitere Anforderungen der Erlasse
    - a) Grundmietzeiten/Höhe der Anschlußzahlungen
      - aa) Vollamortisation
      - bb) Teilmortisation
    - b) Spezialleasing
  - 4. Verunglückter Immobilienleasingvertrag
- IV. Konsequenzen für die notarielle Praxis
- D. Vertragsmodelle
  - I. Vollamortisationsmodelle
  - II. Teilmortisationsmodelle
    - 1. Rest(buch)wertmodell
    - 2. Mietvorauszahlungsmodell
- III. Sale-and-lease-back-Verträge
- IV. Objektgesellschaften
- V. Fondsmodelle
- VI. Einzelne Vertragskonstruktionen
  - 1. Sachgesamtheiten
  - 2. Bauvertrag
  - 3. Optionsrechte
  - 4. Gesellschaftsverträge
  - 5. Grundstückskauf-/Erbaurechtsvertrag
- E. Rechtsnatur des Immobilienleasingvertrages
  - I. Auffassung des BGH
  - II. Praktische Konsequenzen
    - 1. AGBG
      - a) Anwendbarkeit auf Immobilienleasingverträge
        - aa) Individualvereinbarungen
        - bb) Einmalige Verwendung
        - cc) Kaufmannseigenschaft
      - b) Einzelne Klauseln
        - aa) Ausschluß der Gewährleistung
        - bb) Überwälzung der Sach- und Preisgefahr
        - cc) Überwälzung von Versicherungspflichten
- dd) Überwälzung von Erhaltungspflichten nach § 536
- ee) Schadenpauschalierung/Abwicklungsvergütung
- 2. Zwangsversteigerung/Konkurs
- 3. Vertragslaufzeit
- 4. Vertragslücken
- F. Form des Immobilienleasingvertrages
  - I. Optionsrechte am Leasinggegenstand
    - 1. Auswirkungen auf die Leasingabrede
      - a) Optionsrechte zugunsten des LG
      - b) Optionsrechte zugunsten des LN
    - 2. Auswirkungen auf sonstige Abreden
      - a) Verbindung mit Mobilienleasing
      - b) Der LN als Generalübernehmer
      - c) Weitere Abreden zwischen den Parteien
      - d) Verträge mit Dritten
  - II. Optionsrechte an Gesellschaftsanteilen
  - III. Zusammenhang mit dem Erwerbsvertrag
    - 1. Sale-and-lease-back-Verträge
    - 2. Grundstückserwerbsverträge mit Dritten
      - a) Mittelbarer Beurkundungszusammenhang
      - b) Fehlender personeller Zusammenhang
  - IV. Folgen/Heilung von Formverstößen
    - 1. Formzusammenhang mit Grundstückserwerbsvertrag
    - 2. Formzusammenhang mit Optionsrecht
    - 3. Formzusammenhang sowohl mit Erwerbsvertrag als auch mit Optionsrecht
  - V. Praktische Konsequenzen
  - G. Besondere Risiken der Vertragsparteien
    - I. Gemeinsame Risiken von LG und LN
    - II. Risiken des LG
      - 1. Insolvenzrisiko des LN
      - 2. Altlastenrisiko
    - III. Risiken des LN
      - 1. Insolvenzrisiko des LG
        - a) Finanzierungsgrundpfandrechte des LG
        - b) Mehrere Leasingobjekte
        - c) Ankaufsrecht an Gesellschaftsanteilen
  - IV. Konsequenzen für die Praxis
    - 1. Sicherungsmöglichkeiten des LG
    - 2. Sicherungsmöglichkeiten für den LN
      - a) Außergrundbuchliche Absicherungen
      - b) Vormerkung
      - c) Beschränkte persönliche Dienstbarkeit
      - d) Vorrang
      - e) Gesellschaftsvertragliches Einziehungsrecht
    - 3. Hinweise/Belehrungen des Notars
  - H. Notarkosten
  - I. Ergebnisse

## A. Entwicklung/wirtschaftliche Hintergründe

Immobilienleasing wird in Deutschland seit den 70er Jahren praktiziert. Allerdings kommt die Branche erst in den letzten Jahren wieder richtig auf Touren, nachdem sie vor allem in den 80er Jahren einen starken Umsatzeinbruch erlitten hatte<sup>1</sup>. Im Gegensatz zu den übrigen Leasingbereichen wuchsen in den Jahren 1991 bis 1993 – zweifellos bedingt durch die Wiedervereinigung – die Investitionssummen beim Immobilienleasing prozentual zweistellig und erreichten im Jahre 1993 eine Gesamtinvestitionssumme von annähernd 9 Mrd. DM<sup>2</sup>. Die Gründe hierfür müssen in den Vorteilen des Immobilienleasings gegenüber den herkömmlichen Finanzierungsalternativen gesucht werden. Als Vorteile des Immobilienleasings werden u. a.<sup>3</sup> genannt:

- Immobilienleasing kann für den Leasingnehmer (nachfolgend: LN) in vielen Fällen insbesondere aufgrund steuerrechtlicher Vorteile kostengünstiger als eine konventionelle Bankfinanzierung sein<sup>4</sup>;
- Immobilienleasing ermöglicht dem LN im Gegensatz zu einer konventionellen Bankfinanzierung eine langfristige, objektbezogene 100 %ige Fremdfinanzierung<sup>5</sup>;
- Immobilienleasingunternehmen verfügen als Großkreditnehmer über günstigere Refinanzierungsmöglichkeiten als kleinere Unternehmen, die an die Leasingnehmer weitergegeben werden können<sup>6</sup>;
- die Leasingunternehmen verfügen wegen ihres speziellen Know-hows ferner über Qualitätsvorteile bei der Standortauswahl, Planung und Errichtung von Großbauten, da sie ein professionelles, übergreifendes Projektmanagement mit entsprechendem Personal betreiben<sup>7</sup>;
- durch das professionelle Baumanagement und die Großabnehmerstellung werden die Bauzeiten verkürzt und die Baukosten reduziert<sup>8</sup>;
- viele Leasingunternehmen bieten dem LN zudem eine weitere umfassende Betreuung im Zusammenhang mit der Durchführung des Immobilienleasingvertrages, beispielsweise im Zusammenhang mit kaufmännischen, versicherungstechnischen, juristischen und steuerrechtlichen Fragen<sup>9</sup>;
- die Liquidität des LN wird durch die ratenweise zu zahlenden Leasingraten geschont<sup>10</sup>.

Trotz der hohen Gesamtinvestitionssumme von zuletzt annähernd 9 Mrd. DM ist das Immobilienleasing – vor allem aus notarieller Sicht – kein Alltags- und Massengeschäft; eine übergreifende notarielle Praxis hat sich – soweit ersichtlich – bislang nicht gebildet. Das hat m. E. zwei Ursachen:

Einerseits werden mittels Immobilienleasing vor allem Großprojekte finanziert, so daß die Anzahl der abgeschlossenen Immobilienleasingverträge trotz der hohen Gesamtinvestitionen relativ gering ist. So lagen beispielsweise dem Neugeschäft des Jahres 1991 (5,1 Mrd. DM) lediglich 290 Immobilienleasingverträge mit einem Durchschnittswert von ca. 17,6 Mio. DM zugrunde<sup>11</sup>. Andererseits wurden in der Vergangenheit die eigent-

lichen Leasingabreden aus Kostengründen vielfach privatschriftlich getroffen<sup>12</sup>, so daß Notare allenfalls zur (isolierten) Beurkundung von Grundstückserwerbs- und Ankaufsrechtsverträgen eingeschaltet worden sind.

Angesichts der jüngsten Wachstumsraten im Immobilienleasingbereich und einer stärker werdenden Sensibilität der Vertragsparteien im Hinblick auf § 313 BGB werden die Notare allerdings häufiger auch mit den „eigentlichen“ Leasingabreden konfrontiert. Mit der wachsenden Zahl der Immobilienleasinganbieter – insbesondere im „Schatten“ der mit Banken verbundenen Leasinganbieter<sup>13</sup> – wächst auch die Zahl der mit entsprechenden Beurkundungen betrauten Notare, wobei mancher Notar sich auch erstmalig mit dem Immobilienleasinggeschäft zu befassen hat. Im Rahmen der nachfolgenden Darstellung soll versucht werden, einen Überblick über das Immobilienleasing speziell aus Sicht der notariellen Praxis zu geben.

## B. Terminologie/Vertragskonzeption

Vor einer genauen notarspezifischen Untersuchung soll zunächst eine Begriffsbestimmung erfolgen und die spezielle Vertragskonzeption beim Immobilienleasing vorgestellt werden.

### I. Begriff des Immobilienleasings

Das Wort Immobilienleasing besteht aus den Teilen „Immobilie“ und „Leasing“.

#### 1. Leasingbegriff

Leasing bedeutet übersetzt: (ver)mieten/(ver)pachten bzw. Miet- oder Pachtvertrag<sup>14</sup>. Vom Miet- und Pachtvertrag des BGB unterscheidet sich das Leasing deutlich durch einige typische Abweichungen, so daß man das Leasing als einen eigenständigen Komplex von Geschäften bezeichnen kann<sup>15</sup>. Allgemein wird der Leasingvertrag etwa wie folgt beschrieben: Ein Leasingvertrag liegt typischerweise dann vor, wenn der Leasinggeber (nachfolgend: LG) eine Sache oder Sachgesamtheit dem LN gegen ein in Raten gezahltes Entgelt zum Gebrauch überläßt, wobei regelmäßig die Gefahr oder die Haftung für Instandhaltung, Sachmängel, Untergang und Beschädigung der Sache allein den LN trifft, der LG dafür seine Ansprüche hieraus gegen Dritte dem LN überträgt; in der Regel hat der Vertrag eine feste Grundmietzeit, oft mit Verlängerungsoption des LN<sup>16</sup>.

#### 2. Immobilienbegriff

Der Immobilienbegriff wird beim Immobilienleasing nicht nach zivilrechtlichen, sondern ausschließlich nach steuerrechtlichen Vorgaben bestimmt<sup>17</sup>. Danach sind Immobilien nur Grundstücke und Gebäude i. S.d. Bewertungsgesetzes. Der Unterschied zum Zivilrecht wird bei Maschinen und Betriebsvorrichtungen i.S.v. § 68 II Nr. 2 BewG deutlich: derartige Gegenstände<sup>18</sup> werden üblicherweise nicht über Immobilienleasingverträge, sondern über Mobilienleasingverträge vermietet, und zwar auch dann, wenn sie mit einem Grundstück oder Gebäude fest verbunden und damit wesentliche Bestandteile nach § 94

1 Vgl. Tacke, Leasing, 2. Auflage 1993, 199.

2 Städter, DB 1994, Beilage 6, 4; vgl. ders. Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 16. 3. 1994, Beilage 62, I; Fohlmeister, SZ a.a.O., Beilage 62, III.

3 Eine Zusammenstellung von weiteren Motiven für Immobilienleasing siehe bei Fohlmeister in Hagemüller/Eckstein, Leasinghandbuch für die gewerbliche Praxis, 6. Auflage 1992, 180 ff.

4 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 181; nach Koeble/Meichssner, Rechtshandbuch Immobilien, Stand Juni 1994, Kap. 71 Rd-Nr. 47 gibt es bereits ein Computerprogramm, welches einen umfassenden Finanzierungsvergleich zwischen den Finanzierungsalternativen durchführen kann.

5 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 180 f.; vor dem Esche, BB 1992, Beilage 9, 13, 16; kritisch: Stolterfoht, Münchener Vertragshandbuch Bd. 3, 3. Auflage 1992, Form II. 4 Anm. 1 (2).

6 Vgl. Koeble/Meichssner, a.a.O., Rd-Nr. 42.

7 Vgl. vor dem Esche, a.a.O., 13, 17; Tacke, a.a.O., 203; Koeble/Meichssner, a.a.O., Rd-Nr. 46.

8 Vgl. Tacke, a.a.O., 203.

9 Vgl. vor dem Esche, a.a.O., 13, 16 f.; Fohlmeister, a.a.O., 183.

10 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 182; Tacke, a.a.O., 203.

11 Vgl. Tacke, a.a.O., 199 unter Bezugnahme auf Busse, Immobilienleasing: Die Branche hofft auf einen Boom in Ostdeutschland, Handelsblatt Nr. 94/1992.

12 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 4 (3).

13 Wegen der hohen Anforderungen der mit Banken verbundenen Immobilienleasinggesellschaften an die Solvenz und Vertrauenswürdigkeit ihrer Vertragspartner erfüllt mancher Immobilienleasinginteressent nicht das Anforderungsprofil dieser Unternehmen.

14 Kniekamp, Rechtswörterbuch Englisch/Deutsch, 7. Auflage 1981.

15 Vgl. Martinek, Moderne Vertragstypen Bd. I München 1992, S. 37.

16 Palandt/Putzo, 54. Aufl. 1995, Einf. vor § 535 Rd.-Nr. 27.

17 Zu den steuerlichen Auswirkungen vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 2 (2), (3).

18 Z. B. Hochregallager, Brecheranlagen, Silogebäude, Tankstellen, Krananlagen, Verladerampen.

BGB sind<sup>19</sup>. Der Grund hierfür liegt vor allem in den gewerbesteuerlichen Auswirkungen für den LG: dieser beansprucht regelmäßig die Kürzung nach § 9 Ziff. 1 S. 2 GewStG und reduziert dadurch seine Gewerbesteuerpflicht auf ein Minimum. § 9 Ziff. 1 GewStG ist jedoch nur auf Grundvermögen i.S.d. BewG anwendbar; werden daneben durch denselben LG auch Maschinen und Betriebsvorrichtungen i.S.d. BewG verleast, ist die Anwendung des § 9 Ziff. 1 GewStG nicht nur für den konkreten Leasingvertrag, sondern für das gesamte Leasingunternehmen in Frage gestellt.

Wenn also als klassische Objekte des Immobilienleasings Warenhäuser, Einkaufszentren, Lagerhallen, Fabrikationszentren, Parkhäuser, Hotelgebäude, Büro- und Verwaltungsgebäude, Rechenzentren, Hochöfen, Raffinerien, Kraft- und sogar Kernkraftwerke ebenso beispielhaft genannt<sup>20</sup> werden wie kommunale Einrichtungen, z. B. Bildungs- und Kulturzentren, Krankenhäuser, Wasserwerke, Kläranlagen und Müllverbrennungsanlagen<sup>21</sup>, so geschieht dieses weniger aus dem (steuer)rechtlichen Blickwinkel, sondern vielmehr aus einer pragmatischen Betrachtung, vor allem aus der Sicht der Vertragsparteien. Denn bei den vorgenannten Beispielen handelt es sich um Sachgesamtheiten, die zumindest teilweise auch aus Maschinen und Betriebsvorrichtungen i.S.d. Bewertungsgesetzes bestehen können. Aus der Sicht der Vertragsparteien erfolgt ein einheitliches Großanlagenleasing, geprägt durch hohes Investitionsvolumen und lange Nutzungs- und Vertragsdauer. Entsprechendes gilt für das Leasing von (registrierten) Schiffen und Großflugzeugen, die obwohl mobil, ebenfalls als Beispiele für das Immobilienleasing genannt werden, da bei diesen Objekten eine parallele Vertragsgestaltung zum Immobilienleasing vorliegt<sup>22</sup>.

Man kann daher mit Tacke<sup>23</sup> von Immobilienleasing im engeren Sinne (= Grundvermögen i.S.d. Bewertungsgesetzes) und im weiteren Sinne (= Grundvermögen und sonstige Gegenstände) sprechen<sup>24</sup>.

## II. Operating-/Finanzierungsleasing

Die juristische Terminologie unterscheidet beim Leasing zwischen Operating- und Finanzierungsleasing<sup>25</sup>. Für den Immobilienleasingbereich bringt die Unterscheidung nicht viel, da Operatingleasing hier so gut wie nicht vorkommt<sup>26</sup>. Ob das Immobilienleasing als Finanzierungsleasing eingestuft werden kann, hängt von der Definition dieses Begriffs ab, der in der juristischen Terminologie zumindest in der Vergangenheit unterschiedlich verwendet wurde<sup>27</sup>.

### 1. Gegensatz zum Operatingleasing

Hauptsächlich wurde mit „Finanzierungsleasing“ der Gegensatz zum Operatingleasing beschrieben. Danach steht beim Finanzierungsleasing die Finanzierungsfunktion im Vordergrund: Der LG will seine Investitionen nebst Gewinn durch einen einzigen Leasingvertrag (und ggf. anschließende Verwertung des Leasinggegenstandes) erwirtschaften und nicht wie beim Operatingleasing durch den Abschluß mehrerer nacheinander folgender Leasingverträge mit unterschiedlichen LN. Für den LN kommt als Alternative nicht Miete, sondern regelmäßig der Kauf des Leasinggegenstandes in Betracht, da er den Leasinggegenstand langfristig für sich eingeplant hat. Kennzeichnend für diese Interessenslage sind lange, grundsätzlich

unkündbare Grundmietzeiten sowie der Versuch des LG, möglichst viele Eigentümerrisiken auf den LN überzuleiten<sup>28</sup>; denn der LG hat grundsätzlich kein eigenes Sachinteresse, da der Sachwert des Leasingobjektes nur einen Berechnungsfaktor in seiner Finanzierungskalkulation ausmacht<sup>29</sup>. Nach diesem Verständnis vom Finanzierungsleasing fallen auch Immobilienleasingverträge grundsätzlich unter diesen Begriff, da die vorgenannten Merkmale regelmäßig vorliegen.

### 2. Finanzierungsleasing i.S.d. Verbraucherkreditgesetzes

Mit Inkrafttreten des VerbrKrG am 1. 1. 1991 verwendet auch der Gesetzgeber den Begriff „Finanzierungsleasingvertrag“ in § 3 II Nr. 1 VerbrKrG, ohne diesen jedoch ausdrücklich zu definieren. Welche Schlüssefolgerungen aus diesem Umstand zu ziehen sind, wird kontrovers diskutiert.

Eine Auffassung stellt auf die Vorstellung des (historischen) Gesetzgebers ab; die Definition des Rechtsausschusses des Bundestages<sup>30</sup>, nach der im Finanzierungsleasingvertrag der LN für die Amortisation der vom LG für die Anschaffung der Leasingsache gemachten Aufwendungen und Kosten einzustehen habe, sei für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bindend<sup>31</sup>. Danach fallen (echte) Teilmortisationsmodelle, die gerade auch auf dem Immobilienleasingsektor stark verbreitet sind<sup>32</sup>, nicht unter das VerbrKrG, da hier der LG am Ende der Grundmietzeit das Leasingobjekt selbst zum Zwecke seiner Vollamortisation verwerfen muß, die Vollamortisation also nicht ausschließlich durch den LN erfolgt. Nur solche – dann mißverständlich so bezeichnete – Teilmortisationsmodelle, die letztendlich doch zu einer Vollamortisation des LG durch den LN führen – etwa über ein Andienungsrecht des LG oder aufgrund einer Verpflichtung des LN zu einer kostendeckenden Abschlußzahlung am Ende der Grundmietzeit – fallen nach dieser Auffassung unter das VerbrKrG<sup>33</sup>; ansonsten greife das VerbrKrG nur dann ein, wenn ein Umgehungstatbestand nach § 18 VerbrKrG vorliege, beispielsweise die Amortisationsgrenze knapp unter 100 % gehalten würde<sup>34</sup>.

Nach der Gegenansicht<sup>35</sup> ist die auf eine Vollamortisation gerichtete Definition des Rechtsausschusses keine zwingende Vorgabe für das VerbrKrG; der Gesetzgeber habe trotz der bekannten Auffassung des Rechtsausschusses darauf verzichtet, die Begriffsbestimmung mit in das VerbrKrG aufzunehmen, so daß es Rspr. und Lehre überlassen sei, den Finanzierungsleasingbegriff zu klären. Ein Finanzierungsleasingvertrag sei daher auch dann gegeben, wenn der LN zwar nicht selbst für die volle Amortisation des LG einzustehen habe, der LG dieses Ziel aber durch die etwaige Anzahlung, die Leasingsraten und dadurch erreichen will, daß er die Leasingsache zum Zwecke der Vollamortisation verwendet, mag er dabei auch das Verwendungsrisiko tragen. Entscheidend sei, daß der LG seinen Einsatz durch Abschluß und Durchführung dieses einen Leasingvertrages zurückerhalten will und ihn in aller Regel auch zurückhalte, selbst wenn er das Verwertungsrisiko übernimmt. Denn der LG sei regelmäßig nur dann bereit, ein Verwertungsrisiko zu übernehmen, wenn es ohnehin gering ist.

Für das Immobilienleasing bedarf der vorstehende Meinungsstreit dann einer Entscheidung, wenn es sich beim LN um einen Verbraucher i.S.v. § 1 VerbrKrG handelt oder wenn es sich um einen sog. Existenzgründungsvertrag i.S.v. § 3 I Nr. 2 VerbrKrG mit einer Vertragssumme von bis zu 100.000,- DM handelt;

19 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 2 (3).

20 Vgl. Martinek, a.a.O., S. 59; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1; Graf v. Westphalen, *Der Leasingvertrag*, 4. Auflage 1992, Rd.-Nr. 1311; Tacke, a.a.O., 201; Feinen, SZ v. 16. 3. 1994, Beilage Nr. 62, II; Fohlmeister, a.a.O., 178.

21 Vgl. Feinen, SZ v. 16. 3. 1994, Beilage Nr. 62, II.

22 Fohlmeister, a.a.O., 179; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1; zur Entwicklung des Flugzeugleasing vgl. die Nachweise bei Tacke, a.a.O., 202 Fn. 9.

23 Tacke, a.a.O., 201 f.

24 Ähnlich: Bremsler, DB 1969, Beilage 23; zustimmend Csáky, *Der Immobilienleasingvertrag in Österreich, Deutschland und der Schweiz*, Wien 1992, 3.

25 Vgl. hierzu den Überblick bei Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1 Anm. 3.

26 Nach Csáky, a.a.O., 13 ist Operatingleasing auf dem Immobilienleasingsektor bei unbeweglichen Messeständen und Hallen auf Ausstellungsgeländen denkbar.

27 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1 Anm. 3 (1), (2).

28 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1 Anm. 3 (1); Csáky, a.a.O., 8 ff; Tacke, a.a.O., 2.

29 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1 Anm. 3 (1).

30 BT-Drucks. 11/8274, 21.

31 Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2, 2. HBD.*, 13. Auflage 1994, § 66 I 2 a, S. 102; Canaris, ZIP 1993, 401; vgl. auch Palandt/Putzow, Einf. vor § 535 Rd.-Nr. 29 und § 3 VerbrKrG Rd.-Nr. 7.

32 Insbesondere die Restbuchwertmodelle mit einem vereinbarten Restwert von regelmäßig 20 % der seinerzeitigen Anschaffungskosten, näheres dazu siehe unten.

33 Canaris, a.a.O., 401 f.

34 Larenz/Canaris, a.a.O., § 66 I b, S. 100 f.

35 Reinicke/Tiedke, *Leasing* (Sonderdruck aus *Kaufrecht*), 1992, 55 f.

beide Voraussetzungen liegen in der Immobilienleasingpraxis regelmäßig nicht vor, so daß bereits an diesen Voraussetzungen die Anwendung des VerbrKrG scheitert. Handelt es sich ausnahmsweise beim LN doch einmal um einen Verbraucher oder kleinen Existenzgründer, spricht vor allem der Sinn und Zweck des VerbrKrG, nämlich der Verbraucherschutz bei langfristigen, ratenweise abzuzahlenden Kreditgeschäften mit gewerblichen Kreditgebern und -vermittlern dafür, alle Immobilienleasingverträge unter das VerbrKrG zu fassen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Vollamortisations- oder (echte) Teilmortisationsmodelle handelt. Denn selbst bei den (echten) Teilmortisationsmodellen will der LG nur diesen einen Immobilienleasingvertrag zum Zwecke seiner vollen Amortisation durchführen, auch wenn er am Ende der Grundmietzeit u. U. gezwungen ist, das Leasingobjekt weiterzuverwerten. Dieses Restverwertungsrisiko hat er jedoch im Vorfeld genauestens kalkuliert und für vertretbar gehalten, da (echte) Teilmortisationsverträge nur über sorgfältig ausgesuchte und mit hoher Drittverwendungsfähigkeit ausgestattete Leasingobjekte abgeschlossen werden<sup>36</sup> und Immobilien – insbesondere Grundstücke – bisher jedenfalls einen optimalen Werterhalt garantieren. Erfüllt das Leasingobjekt diese Anforderungen nicht, so ist wohl kaum ein Leasingunternehmen bereit, einen Immobilienleasingvertrag auf (echter) Teilmortisationsbasis abzuschließen.

Selbst wenn der historische Gesetzgeber eine andere Auffassung gehabt haben sollte, ist einer teleologischen Auslegung mangels vorgegebener Legaldefinition der Weg nicht versperrt. Die teleologische Auslegung ist der historischen Auslegung vorzuziehen, denn nur eine teleologische Betrachtung kann die effektive Gesetzesanwendung bei sich ständig verändernden Lebensumständen gewährleisten, da durch sie das Gesetz nicht statisch wird, sondern beweglich bleibt.

### C. Steuerrechtliche Hintergründe

Vergleicht man die vom LN an den LG zu zahlenden Leasingraten mit den Kosten einer konventionellen Finanzierung, so fallen die Leasingraten – zumindest auf den ersten Blick – regelmäßig höher aus, als die mit einer konventionellen Finanzierung verbundenen Kosten. Denn die Finanzierungsleasingraten setzen sich zusammen aus<sup>37</sup>

- dem Amortisationsanteil (Tilgung des vom LG eingesetzten Kapitals),
- Bearbeitungs- und Verwaltungsgebühren,
- der Verzinsung des (vom LG) eingesetzten Kapitals,
- einem Aufschlag zur Abdeckung des Risikos (des LG) und
- einem Gewinnaufschlag des LG.

Eine der wichtigsten Ursachen, warum das Finanzierungsleasing aus der Sicht des LN genauso kostengünstig oder sogar kostengünstiger als eine konventionelle Finanzierung über eine Darlehensaufnahme sein kann, liegt in der unterschiedlichen steuerrechtlichen Behandlung beider Finanzierungsmodelle; erst der Vergleich der steuerlichen Nettokosten, d. h. der um Steuerersparnisse vermindernden Kosten, führt zu einem realistischen Kostenvergleich<sup>38</sup>. Das Steuerrecht hat somit für den LN in aller Regel entscheidenden Einfluß auf die Wahl der Finanzierungsform.

Es würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen, wollte man alle im Zusammenhang mit dem Immobilienleasing an-

fallenden steuerrechtlich relevanten Fragen ansprechen; an dieser Stelle<sup>39</sup> sollen nur die gewerbe- und einkommensteuerlichen Vorteile aufgezeigt werden. Dabei wird davon ausgegangen, daß der LN das Leasingobjekt betrieblich nutzt, was in der Praxis regelmäßig der Fall ist.

### I. Gewerbesteuer

In gewerbesteuerlicher Hinsicht soll die Hinzurechnung der Dauerschulden nach § 12 GewStG bzw. der Dauerschuldzinsen nach § 8 GewStG beim LG möglichst vermieden werden<sup>40</sup>. Das geschieht auf folgende Weise: Der LG kann nach § 9 Ziff. 1 S. 2 GewStG seinen zu versteuernden Gewerbeertrag, wenn er als reine Vermietungs- und Verwaltungsgesellschaft organisiert ist, auf Antrag um „den Teil des Gewerbeertrages“ kürzen, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt, also im wesentlichen um die Dauerschuldzinsen. Voraussetzung ist allerdings weiter, daß der Grundbesitz nicht dem Gewerbebetrieb eines Gesellschafters dient (§ 9 Ziff. 1 S. 5 GewStG). Der LN darf also im Rahmen des § 9 GewStG nicht an der Objektgesellschaft beteiligt sein. Ist er dennoch beteiligt, so kann der LG unter Ausschuß eines Regresses seine Leasingforderungen gegen den LN an seine refinanzierende Bank verkaufen (Forfaitierung); der LG muß dann zu seiner Refinanzierung keine Bankkredite aufnehmen, so daß keine Dauerschulden entstehen<sup>41</sup>.

Auf Seiten des LN mindern die gezahlten Leasingraten<sup>42</sup> dessen Gewerbeertrag, führen also auch beim LN zu Steuervorteilen gegenüber einer konventionellen Fremdfinanzierung.

### II. Einkommensteuer

Hier ist vor allem der LN regelmäßig daran interessiert, die von ihm gezahlten Leasingraten einschließlich der Nebenkosten in voller Höhe sofort als Betriebsausgaben steuerlich geltend zu machen, und zwar auch soweit sie anteilig auf den (ansonsten nicht abschreibbaren)<sup>43</sup> Grund und Boden entfallen.

### III. Wirtschaftliches Eigentum beim LG

Damit die von den Beteiligten avisierten gewerbe- und einkommensteuerlichen Folgen eintreten können, muß der LG nicht nur zivilrechtlich, sondern auch nach der im Steuerrecht gelgenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 39 AO) Eigentümer des Leasinggegenstandes sein. Der LG ist aber aus steuerrechtlicher Sicht dann nicht mehr Eigentümer des Leasinggegenstandes, wenn ein anderer als der LG die tatsächliche Herrschaft über den Leasinggegenstand in der Weise ausübt, daß er den LG im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf den Leasinggegenstand wirtschaftlich ausschließen kann (§ 39 II Nr. 1 AO). Ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall vorliegen bzw. nicht vorliegen, beurteilt sich in erster Linie nach den gesamten Umständen der Vertragsgestaltung und deren tatsächlicher Durchführung<sup>44</sup>. Die Gefahr eines steuerrechtlichen Scheiterns ist beim Immobilienleasing gerade deshalb gegeben, weil die Beteiligten das Immobilienleasing regelmäßig zum Zwecke einer alternativen Finanzierung gewählt haben und somit insbesondere der LG mangels eigenen Sachinteresses und aus Gründen der Kostenminimierung daran interessiert ist, die mit dem Eigentum am Leasinggegenstand verbundenen Verpflichtungen und Risiken soweit wie rechtlich möglich auf den LN zu verlagern; aufgrund dieser Interessenlage bewegen sich viele – wenn nicht sogar die meisten – Immobilienleasingverträge im Grenzbereich des § 39 II Nr. 1 AO.

36 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 188 f.; Tacke, a.a.O., 202.

37 Vgl. Koebke/Meichssner, a.a.O., Rd.-Nr. 18; BGH, NJW 1995, 1019, 1021.

38 Böttcher, BB 1994 Beilage 6, 9, 10.

39 Hinsichtlich der körperschaft-, umsatz-, vermögen- und grunderwerbsteuerlichen Aspekte beim Immobilienleasing vgl. Fohlmeister, a.a.O., 208; Graf von Westphalen, Rd.-Nr. 1335 ff; Stolterfoht, a.a.O., Form II, 4, Anm. 63 ff m.w.N.

40 Weitere gewerbesteuerliche Einzelheiten siehe bei Fohlmeister, a.a.O., 207; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1331; Koebke/Meichssner, a.a.O., Rd-

Nr. 37.

41 Weitere Einzelheiten zur Forfaitierung m.w.N. siehe bei Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 950 ff und 1333 f; Fohlmeister, a.a.O., 208.

42 Mit Ausnahme etwaiger darin enthaltener Mieterdarlehen, siehe dazu Abschnitt D. II. 2.

43 Grund und Boden ist ein nicht abnutzbares Wirtschaftsgut, da dessen Nutzungsdauer praktisch unbegrenzt ist, vgl. Schmidt/Weber-Grell, EStG, 14. Auflage 1995, § 5 Rd.-Nr. 116.

44 Vgl. Toth, BB 1994, 263 m.w.N.

Die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums am Leasinggegenstand ist wegen des damit verbundenen Bewertungsspielraumes mit rechtstatsächlichen Unsicherheiten verbunden. Daher hat die Finanzverwaltung, nachdem sich der BFH<sup>45</sup> Anfang der 70er Jahre zur Frage der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Finanzierungsleasing grundlegend geäußert hatte, in Konkretisierung dieses Urteils verschiedene „Leasingerlasse“ herausgegeben, in denen konkrete Beurteilungskriterien für eine Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums am Leasinggegenstand aufgestellt werden. Für das Immobilienleasing sind die Erlasse des BMF vom 21. 3. 1972<sup>46</sup> (sog. Vollamortisationserlaß) und vom 23. 12. 1991<sup>47</sup> (sog. Teilmortisationserlaß) einschlägig. Nach beiden Erlassen sind die Zurechnungskriterien für Gebäude bzw. Grund und Boden immer getrennt zu untersuchen; das gilt auch, wenn beides durch einen einheitlichen Vertrag dem LN zur Verfügung gestellt wird<sup>48</sup>.

## 1. Der Vollamortisationserlaß vom 21. 3. 1972

Dieser Erlaß betrifft solche Immobilienleasingverträge,

- bei denen der Vertrag über eine feste, grundsätzlich unkündbare Grundmietzeit geschlossen wird und
- der LN mit den innerhalb dieser Grundmietzeit zu zahlenden Raten die gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten und den Gewinn des LG amortisiert (full-pay-out-leasing).

## 2. Der Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991

Dieser Erlaß betrifft solche Immobilienleasingverträge,

- bei denen der Vertrag für eine feste, grundsätzlich unkündbare Grundmietzeit abgeschlossen wird und
- der LN mit den innerhalb dieser Grundmietzeit zu zahlenden Raten die gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten und den Gewinn des LG nur zum Teil abdeckt.

### a) Vorgeschiede

Für Teilmortisationsmodelle fehlte auf dem Immobilienleasingsektor bis zur Herausgabe des Teilmortisationserlasses vom 23. 12. 1991 eine konkrete Erlaßgrundlage hinsichtlich der Frage der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums am Grund und Boden bzw. an den Gebäuden, da der Vollamortisationserlaß von den Anwendungsvoraussetzungen her nicht auf diese Modelle paßte. Die Rechtslage für diese Modelle war im Hinblick auf § 39 AO unsicher; die Praxis orientierte sich jahrelang<sup>49</sup> an den Zurechnungskriterien der auf dem Gebiet des Mobilienleasings ergangenen Teilmortisationserlasse<sup>50</sup>, und dieses mit Duldung durch die Finanzverwaltung<sup>51</sup>.

Der Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991 stellt nunmehr im Vergleich zur bisherigen Praxis erheblich veränderte Zurechnungskriterien für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums bei Teilmortisationsverträgen auf dem Immobiliensektor auf, die zukünftig zu einer grundlegend veränderten Vertragsgestaltung führen werden.

### b) Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

Die Zurechnung des Grund und Bodens folgt nunmehr grundsätzlich der Zurechnung der Gebäude. Die Gebäude werden wie folgt zugerechnet:

Bei Verträgen mit Kauf- oder Mietverlängerungsoption (das ist in der Praxis bei Teilmortisationsverträgen regelmäßig der Fall) sind sie stets dem LN zuzurechnen, wenn ihm eine der nachfolgenden Verpflichtungen auferlegt wurde:

- Der LN trägt die Gefahr des zufälligen ganzen oder teilweisen Untergangs des Leasinggegenstandes. Die Leistungspflicht aus dem Mietvertrag mindert sich trotz der Zerstörung nicht.
- Der LN ist bei ganzer oder teilweiser Zerstörung des Leasinggegenstandes, die nicht von ihm zu vertreten ist, dennoch auf Verlangen des LG zur Wiederherstellung bzw. zum Wiederaufbau auf seine Kosten verpflichtet, oder die Leistungspflicht aus dem Mietvertrag mindert sich trotz der Zerstörung nicht.
- Für den LN mindert sich die Leistungspflicht aus dem Mietvertrag nicht, wenn die Nutzung des Leasinggegenstandes aufgrund eines nicht von ihm zu vertretenen Umstands langfristig ausgeschlossen ist.
- Der LN hat dem LG die bisher nicht gedeckten Kosten ggf. auch einschließlich einer Pauschalgebühr zur Abgeltung von Verwaltungskosten zu erstatten, wenn es zu einer vorzeitigen Vertragsbeendigung kommt, die der LN nicht zu vertreten hat.
- Der LN stellt den LG von sämtlichen Ansprüchen Dritter frei, die diese hinsichtlich des Leasinggegenstandes gegenüber dem LG geltend machen, es sei denn, daß der Anspruch des Dritten von dem LN verursacht worden ist.
- Der LN als Eigentümer des Grund und Bodens, auf dem der LG als Erbbauberechtigter den Leasinggegenstand errichtet, ist aufgrund des Erbbaurechtsvertrages unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gezwungen, den Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundmietzeit zu erwerben.

### c) Auswirkungen auf die Immobilienleasingpraxis

Die vorstehenden Neuregelungen gelten nach der Übergangsregelung des vorstehenden Erlasses für Immobilienleasingverträge, die nach dem 31. 1. 1992 abgeschlossen wurden. Sie führen im Vergleich zu den bis dahin praktizierten Teilmortisationsmodellen zu einer völlig neuen vertraglichen Risikoverteilung zwischen LG und LN zugunsten des LN und damit zu einer Abkehr von den bisher verwendeten Vertragsmustern, um auch weiterhin die Zurechnung des Leasinggegenstandes beim LN in jedem Fall zu vermeiden. Die bislang publizierten Immobilienleasingvertragsmuster<sup>52</sup> sind – soweit ersichtlich – jedenfalls für den Bereich des Teilmortisationsmodells steuerrechtlich veraltet. Erste Überlegungen, wie mittels neuer Vertragsgestaltungen die Tatbestandsvoraussetzungen des neuen Teilmortisationserlasses vermieden werden können, werden zwar bereits veröffentlicht<sup>53</sup>. Jedoch haben nach den hier vorliegenden Informationen jedenfalls die großen Immobilienleasinggesellschaften den Erlaß – ggf. unter Erhöhung der Risikoprämien<sup>54</sup> – weitgehend in ihre Verträge eingearbeitet.

## 3. Weitere Anforderungen der Erlasse

### a) Grundmietzeiten/Höhe der Anschlußzahlungen

#### aa) Vollamortisation

Nach dem Vollamortisationserlaß können bei derartigen Verträgen die Gebäude und damit regelmäßig auch der Grund und Boden nur dann dem LG zugerechnet werden, wenn die

45 BFH, Urteil vom 26. 1. 1970 – IV R 144/66 –, BStBl II 1970, 264 = NJW 1970, 1148.

46 Vgl. Schreiben des BMF vom 21. 3. 1972 – F/IV B 2 – S 2170 – 11/72, BStBl. I 1972, 188 = BB 1972, 433 = DB 1972, 651 = Tacke, a.a.O., 231 = Graf von Westphalen, Rd.-Nr. 1367.

47 Schreiben des BMF vom 23. 12. 1991 IV B 2 – S 2170 – 115/91, BStBl. I 1992, 13 = BB 1992, 199 = DB 1992, 112 = Tacke, a.a.O., 235.

48 Vgl. Tacke, a.a.O., 207 m.w.N.

49 Vgl. Tacke, a.a.O., 206 und 213 f.; Toth, BB 1994, 263, 264.

50 Schreiben des BMF vom 19. 4. 1971 – IV B/2-S 2170 – 31/71, BStBl I 1971,

264 = BB 1971, 506 = DB 1971, 795 = Tacke, a.a.O., 228 und Schreiben des BMF vom 22. 12. 1975 – IV B 2 – S 2170 – 161/75, BB 1976, 72 = DB 1976, 172 = Tacke, a.a.O., 230.

51 Tacke, a.a.O., 214.

52 Insbesondere das Muster II.4 im Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992, Bd. 3.

53 Toth, BB 1994, 263 ff (Kaufoption nicht für den LN, sondern für dessen konzernrechtlich verbundene Gesellschaft; Beteiligung des LN an der Objektgesellschaft).

54 Vgl. Tacke, a.a.O., 223; Fohlmeister, a.a.O., 207.

Grundmietzeit mindestens 40 % und höchstens 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer beträgt und

- bei Verträgen mit Kaufoption der vorgesehene Ankaufspreis nicht niedriger ist als der unter Anwendung der linearen AfA ermittelte Buchwert des Gebäudes zuzüglich des Buchwertes für den Grund und Boden oder der niedrigere gemeine Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Veräußerung;
- bei Verträgen mit Mietverlängerungsoption die Anschlußmiete mehr als 75 % des Mietentgelts beträgt, das für ein nach Art, Lage und Ausstattung vergleichbares Grundstück üblicherweise gezahlt wird.

#### bb) Teillamortisation

Nach dem Teillamortisationserlaß sind die Gebäude und regelmäßig auch der Grund und Boden dann dem LN zuzurechnen, wenn die Grundmietzeit mehr als 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer beträgt oder

- bei Verträgen mit Kaufoption der vorgesehene Kaufpreis geringer ist als der Restbuchwert des Leasinggegenstandes unter Berücksichtigung der linearen AfA nach Ablauf der Grundmietzeit;
- bei Verträgen mit Mietverlängerungsoption die Anschlußmiete nicht mindestens 75 % des Mietentgelts beträgt, das für ein nach Art, Lage und Ausstattung vergleichbares Grundstück üblicherweise gezahlt wird.

#### b) Spezialleasing

Nach beiden vorgenannten Erlassen ist der Leasinggegenstand immer dann dem LN zuzurechnen, wenn ein Fall des sog. Spezialleasings vorliegt. Spezialleasing liegt vor, wenn ein Leasinggut so auf die Bedürfnisse des LN zugeschnitten ist, daß es wirtschaftlich sinnvoll nur von diesem sowohl während als auch nach Ablauf der Grundmietzeit genutzt werden kann<sup>55</sup>. Bei der Beurteilung dieser Frage ist darauf abzustellen, ob zur Zeit der Errichtung und der erstmaligen Vermietung des Leasinggegenstandes ein Markt für derartige Wirtschaftsgüter bestanden hat, so daß auch ein anderer als der LN das Objekt betreiben könnte<sup>56</sup>. Problematisch sind unter diesem Gesichtspunkt insbesondere solche Objekte, die im Wege des sog. Kommunalleasings als kommunale Einrichtungen verleast werden, mit denen eine Kommune nach geltendem Recht hoheitliche, im Verhältnis zum Bürger nicht privatisierbare Aufgaben erfüllt<sup>57</sup>.

### 4. Verunglückter Immobilienleasingvertrag

Rechnet die Finanzverwaltung den Leasinggegenstand entgegen der Absicht der Vertragsbeteiligten nicht dem LG, sondern dem LN wirtschaftlich zu<sup>58</sup>, so wird der verunglückte Immobilienleasingvertrag als Mietkaufvertrag behandelt. Der LN kann dann die von ihm an den LG gezahlten Leasingraten nicht in vollem Umfange als Betriebsausgaben geltend machen, sondern er wird vielmehr so behandelt, als habe er den Leasinggegenstand konventionell finanziert. Er hat dann den Leasinggegenstand mit den im Leasingvertrag ausgewiesenen Anschaffungs - und Herstellungskosten in seiner Bilanz zu aktivieren und kann diese – soweit sie Gebäude betreffen<sup>59</sup> – nur nach den geltenden AfA-Sätzen steuerlich geltend machen. In Höhe der dem LG zu zahlenden Leasingraten hat der LN eine Verbindlichkeit gegenüber dem LG zu passivieren, von denen nur der Zins- und Kostenanteil eine sofort abzugsfähige Betriebsausgabe darstellt, während der verbleibende Teil als Tilgung des Kaufpreises behandelt wird<sup>60</sup>.

Ferner entfallen die gewerbesteuerlichen Vorteile für den LG nach § 9 Ziff. 1 S. 2 GewStG. Vielmehr muß nun der LN den in der Leasingrate enthaltenen Zinsanteil als Dauerschuldzins seinem Gewerbeertrag nach § 8 Ziff. 1 GewStG hinzurechnen; allerdings ist er dann als wirtschaftlicher Eigentümer ggf. zur Kürzung seines Gewerbeertrages nach § 9 Ziff. 1 S. 1 GewStG berechtigt.

### IV. Konsequenzen für die notarielle Praxis

Der mit einer Beurkundung betraute Notar ist wegen des komplexen Sachverhalts in der Regel nicht in der Lage und Willens, die Beteiligten hinsichtlich einer kompletten Immobilienleasinginvestition steuerrechtlich zu beraten. Andererseits rechnen sich Leasingverträge für den LN in aller Regel nur dann, wenn die erhofften steuerrechtlichen Folgen eintreten. Zwar obliegt dem Notar grundsätzlich keine steuerrechtliche Belehrungspflicht<sup>61</sup>. Für bestimmte Ausnahmefälle wird jedoch eine entsprechende Belehrungspflicht bejaht, und zwar u. a. dann, wenn

- die ersichtliche Unerfahrenheit der Beteiligten eine entsprechende Belehrung angezeigt sein läßt oder
- die Beteiligten ersichtlich auf die steuerrechtlichen Auswirkungen Wert legen und dem Notar die Gestaltungsfreiheit überlassen<sup>62</sup>.

Bei Immobilienleasingverträgen sind die Beteiligten schon angesichts der hohen Investitionssummen regelmäßig bereits im Vorfeld steuerlich bestens beraten und bringen oft ausformulierte – vielfach von den (Steuer-) Rechtsabteilungen der Beteiligten konzipierte und untereinander abgestimmte – Vertragsentwürfe mit. In diesen Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, daß der Notar über die steuerrechtlichen Folgen nicht zu belehren hat.

Hat der Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung eines Immobilienleasingvertrages allerdings den Verdacht, die Beteiligten seien unerfahren oder wird er um eine Auskunft zu steuerlichen Fragen gebeten, sollte er, wenn er nicht selbst beraten will, die Beteiligten an einen Steuerberater oder an die Finanzverwaltung verweisen<sup>63</sup>. Dies empfiehlt sich insbesondere in den Fällen, in denen der Notar an der vertraglichen Risikoverteilung, der Dauer der Grundmietzeit oder der Höhe des Ankaufs- oder Anschlußmietpreises erkennt, daß die Beteiligten die einschlägigen Erlasse der Finanzverwaltung nicht kennen oder bewußt die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums beim LN in Kauf nehmen. Schon aus Beweisgründen sollte der Notar – gerade in den letztgenannten Fällen – einen ausdrücklichen Belehrungsvermerk mit in die Urkunde aufnehmen, um so seine Haftung für die steuerrechtlichen Folgen der Urkunde sicher auszuschließen<sup>64</sup>.

### D. Vertragsmodelle

In der Praxis werden verschiedene Immobilienleasingmodelle angeboten, deren Akzeptanz allerdings – nicht zuletzt bedingt durch das Steuerrecht – unterschiedlich ist.

#### I. Vollamortisationsmodelle

Vollamortisationsmodelle (full-pay-out-leasing) konnten sich am Immobilienleasingmarkt seit Geltung des Vollamortisationserlasses aus dem Jahre 1972 so gut wie nicht mehr durchsetzen<sup>65</sup>. Denn bei diesem Modell hat der LN mit den von ihm während der Grundmietzeit zu erbringenden Leasingraten die

55 Tacke, a.a.O., 212 m.w.N.; Graf von Westphalen, Rd.-Nr. 15.

56 Toth, BB 1994, 263, 264; Tacke, a.a.O., 212.

57 Vgl. Erlaß des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15. 2. 1993, – 32 – S 2170 – 5/2 – 32068, DSIR 1993, 878.

58 Sog. verunglückter oder fehlgeschlagener Immobilienleasingvertrag.

59 Grund und Boden kann nicht abgeschrieben werden, s.o.

60 Einzelheiten hierzu siehe bei Tacke, a.a.O., 221 und 121 f.

61 Reithmann/Röll/Geffele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Auflage Rd.-Nr. 227; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rd.-Nr. 559, jeweils m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

62 Spiegelberger, Beck'sches Notarhandbuch, Kap. E Rd.-Nr. 9.

63 Spiegelberger, a.a.O., Kap. E Rd.-Nr. 12; vgl. Haug, Beck'sches Notarhandbuch, Kap. K Rd.-Nr. 88.

64 Ein Formulierungsbeispiel findet sich bei Spiegelberger, a.a.O., Kap. E Rd.-Nr. 13.

65 S. o. C II 2 a).

gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten einschließlich aller Nebenkosten sowie den Gewinn des LG zu amortisieren. Im Falle einer Übernahme des Leasingobjektes nach Ablauf der Grundmietzeit muß der LN bei erlaßkonformer Vertragsgestaltung<sup>66</sup> dem LG dafür zusätzlich mindestens den Restbuchwert des Leasingobjektes vergüten; das rechnet sich für den LN nicht<sup>67</sup>.

## II. Teilamortisationsmodelle

Da sich die Vollamortisationsmodelle am Markt nicht durchgesetzt haben, entwickelten sich die sog. Teilamortisationsmodelle (non-full-pay-out-leasing)<sup>68</sup>. Bei diesen Modellen werden die Anschaffungs- und Herstellungskosten einschließlich der Nebenkosten und des Gewinns des LG in der Grundmietzeit durch die Zahlungen des LN nur teilweise amortisiert. Teilamortisationsmodelle sind in der Regel als Rest(buch)wert- und als Mietvorauszahlungsmodelle anzutreffen<sup>69</sup>.

### 1. Rest(buch)wertmodell

Hier wird ein sog. „Restwert“ vereinbart, der nicht durch die während der Grundmietzeit gezahlten Leasingraten vom LN getilgt wird<sup>70</sup>. In bezug auf diesen Restwert trägt der LG grundsätzlich das volle Ausfallrisiko<sup>71</sup>, insbesondere dann, wenn er dem LN nach Ablauf der Grundmietzeit nur eine Kaufoption einräumt. Denn der LN wird nur dann von seinem Optionsrecht Gebrauch machen, wenn der Verkehrswert des Leasingobjektes über dem vereinbarten Ankaufspreis liegt.

Gelegentlich vereinbaren die Parteien daher auch, daß der LG nach Ablauf der Grundmietzeit das Recht hat, vom LN die Übernahme des Objektes zu einem bestimmten Übernahmepreis verlangen zu können (Andienungsrecht); in diesen Fällen reduziert sich das Ausfallrisiko des LG auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des LN<sup>72</sup>.

Nach dem Teilamortisationserlaß vom 23. 12. 1991<sup>73</sup> muß der Ankaufspreis (Restwert) für die Gebäude bei einem vom LN auszuübenden Ankaufsrecht mindestens dem linearen Buchwert entsprechen, ansonsten wird der Leasinggegenstand wirtschaftlich dem LN zugerechnet. Dieses entspricht der bisherigen Vertragspraxis, nach welcher als „Restwert“ vielfach der Restbuchwert des Objektes zuzüglich etwaiger Anschaffungskosten für den Grund und Boden vereinbart wurde<sup>74</sup>, so daß insoweit auch von einem „Restbuchwertmodell“ gesprochen wird<sup>75</sup>.

### 2. Mietvorauszahlungsmodell

Beim Mietvorauszahlungsmodell handelt es sich um ein weiterentwickeltes Restwertmodell<sup>76</sup>. Hier zahlt der LN während der Grundmietzeit nicht nur die allgemeinen Leasingraten wie beim Restwertmodell, sondern zusätzlich mit den einzelnen Leasingraten einen weiteren Geldbetrag, der als Mietvorauszahlung für den Zeitraum nach Ablauf der Grundmietzeit behandelt wird; der LN weist in seiner Bilanz die Vorauszahlungsbeträge als Forderung gegen den LG aus; dieser passiviert die Beträge auf

seiner Seite entsprechend<sup>77</sup>. Mit Ablauf der Grundmietzeit erreichen die vorausgezahlten Beträge regelmäßig die Höhe des Restbuchwertes des Leasinggegenstandes, so daß im Falle der Ausübung eines Ankaufs- oder Mietvorrechts durch den LN keine weiteren Zahlungen an den LG erbracht werden müssen. Der LG erhält so – wie beim Vollamortisationsmodell – während der Grundmietzeit vom LN die notwendige Liquidität, um die Refinanzierungsdarlehen vollständig zu tilgen<sup>78</sup>. Übt der LN seine Optionsrechte nicht aus, werden die Mietvorauszahlungen – meist zinslos und nach Ablauf einer Wartefrist<sup>79</sup> – vom LG an den LN zurückgezahlt; die hierzu erforderliche Liquidität verschafft sich der LG regelmäßig durch eine Verwertung des Leasingobjektes<sup>80</sup>.

## III. Sale-and-lease-back-Verträge

Beim sale-and-lease-back erwirbt der LG vom LN den Leasinggegenstand, um ihn dann sofort wieder an den LN zurückzuvermieten<sup>81</sup>. Derartige Modelle haben sich vor allem auf dem Immobilienleasingsektor entwickelt, weil hier etwaige Rechte Dritter am Leasingobjekt für den LG wegen der grundbuchlichen Dokumentation gut zu erkennen sind<sup>82</sup> und somit das Risiko für den LG überschaubar ist. Die meisten Leasinggesellschaften praktizieren das sale-and-lease-back jedoch nur bei gut verwertbaren Objekten und bei guter Bonität des LN<sup>83</sup>, um ihr Ausfallrisiko im Falle einer Insolvenz des LN möglichst gering zu halten<sup>84</sup>. Daher wird vertreten, das sale-and-lease-back eigne sich nicht als Rettungssanker zur Sanierung bereits angeschlagener Unternehmen<sup>85</sup>, auch wenn beim sale-and-lease-back durch Ausschüttung des Kaufpreises zumindest kurzfristig<sup>86</sup> die Liquidität des LN verbessert wird.

Erwirbt der LG vom LN im Rahmen eines sale-and-lease-back-Geschäfts lediglich ein Grundstück, um es anschließend nach den Wünschen des LN zu bebauen, wurde in der Vergangenheit anstelle eines Kaufvertrages (nur) ein Erbbaurecht<sup>87</sup> zugunsten des LG bestellt. Bei Neuabschlüssen ist in diesem Zusammenhang der Teilamortisationserlaß vom 23. 12. 1991<sup>88</sup> zu beachten: bei Verträgen mit Kauf- oder Mietverlängerungsoption ist der Leasinggegenstand stets dem LN zuzurechnen, wenn der LN als Eigentümer des Grund und Bodens, auf dem der LG als Erbbauberechtigter den Leasinggegenstand errichtet, aufgrund des Erbbaurechtsvertrages unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gezwungen ist, den Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundmietzeit zu erwerben<sup>89</sup>, etwa weil ein geringer, marktunüblicher Erbbauzins vereinbart wurde.

## IV. Objektgesellschaften

Wegen der Größe der Investitionen ist es vielfach üblich, daß die Leasingunternehmen für jedes Leasingobjekt ab einer bestimmten Größenordnung<sup>90</sup> eine eigene Objektgesellschaft als GmbH oder GmbH & Co.KG gründen<sup>91</sup>. Nachteilig sind in diesem Zusammenhang die mit der Gründung und Unterhaltung einer eigenständigen Gesellschaft verbundenen Kosten<sup>92</sup>. Die Vorteile liegen in der klaren wirtschaftlichen und rechtlichen Trennung der einzelnen Leasingobjekte<sup>93</sup>, vor allem werden

66 Die Grundmietzeit darf danach maximal 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer betragen, vgl. Vollamortisationserlaß vom 21. 3. 1972, BStBl. I 1972, 188 = BB 1972, 433 = DB 1972, 651 = Tacke, a.a.O., 231 = Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1367.

67 Vgl. Toth, BB 1994, 263 f.; Sobotka, BB 1992, 827; Koeble/Meichssner, a.a.O., Rd.-Nr. 9; Graf v. Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1325; Tacke, a.a.O., 222.

68 S.o. C II 2 b).

69 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 192.

70 Tacke, a.a.O., 222.

71 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1326; Tacke, a.a.O., 224; Fohlmeister, a.a.O., 193.

72 Fohlmeister, a.a.O., 192.

73 Schreiben des BMF vom 23. 12. 1991 IV B 2 – S 2170 – 115/91, Abschnitt II 2 b) bb), BStBl. I 1992, 13 = BB 1992, 199 = DB 1992, 112 = Tacke, a.a.O., 235, 236 Rd.-Nr. 8.

74 Fohlmeister, a.a.O., 192.

75 So z. B. Fohlmeister, a.a.O., 192; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4, Anm. 5 (3).

76 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1329; Fohlmeister, a.a.O., 193; Tacke, a.a.O., 224.

77 Fohlmeister, a.a.O., 194.

78 Weitere Einzelheiten vgl. bei Tacke, a.a.O., 225; Fohlmeister, a.a.O., 193 f.; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1329.

79 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 193 f.

80 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 5 (3).

81 Zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit einem sale-and-lease-back-Vertrag vgl. Tacke, a.a.O., 86 ff; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1 (3), 9.

82 Vgl. auch Tacke, a.a.O., 88.

83 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1 (3).

84 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1 (3).

85 Fohlmeister, a.a.O., 185; Tacke, a.a.O., 86.

86 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 17; Tacke, a.a.O., 86: im Falle einer Aufdeckung stiller Reserven können für den LN Steuerpflichten anfallen, die die Liquiditätsgewinne wieder reduzieren.

87 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 9 (1); zur Problematik von Erbbaurechten im Rahmen des Immobilienleasing vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 8; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1321 ff.

88 S.o.

89 Abschnitt II Ziff. 2 b) dd) a.E. des Erlasses.

90 Nach Tacke, a.a.O., 226 ab ca. 3 Mio. DM, nach Fohlmeister, a.a.O., 185 ab etwa 5 Mio. DM.

91 Csáky, a.a.O., 5; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 3 (1).

92 Weitere Einzelheiten siehe bei Koeble/Meichssner, a.a.O., Rd.-Nr. 30, 32.

93 Tacke, a.a.O., 204.

objektbezogene Risiken nicht miteinander vermischt<sup>94</sup>. Daher wird nach Fohlmeister die Objektgesellschaft allenfalls dann als Vermieter mehrerer Objekte auftreten, wenn alle Objekte an denselben LN vermietet werden<sup>95</sup>. Dieses mag für die großen Leasinggesellschaften zutreffen; jedoch treten in der notariellen Praxis vereinzelt auch Anbieter auf, die unterschiedliche Objekte an unterschiedliche LN unter ein und derselben Objektgesellschaft vermieten. Hier besteht aus der Sicht des LN wegen der Risikohäufung ein verstärktes Insolvenzrisiko des LG.

Die Objektgesellschaften verfügen selbst meist über kein eigenes Personal<sup>96</sup> und benötigen nur ein geringes Eigenkapital, da das Leasingobjekt in voller Höhe fremdfinanziert wird<sup>97</sup>. Die notwendigen Verwaltungsaufgaben werden regelmäßig über einen Verwaltungsvertrag von dem dahinter stehenden Leasingunternehmen gegen Entgelt<sup>98</sup> erbracht<sup>99</sup>.

Der LN wird oft selbst bzw. über Tochtergesellschaften an der Objektgesellschaft beteiligt, um so die Entstehung von Grunderwerbsteuer zu vermeiden bzw. zu reduzieren<sup>100</sup>.

## V. Fondsmodelle<sup>101</sup>

In den letzten Jahren hat sich eine Mischform von Immobilienleasing und geschlossenem Immobilienfonds entwickelt. Bei diesen Modellen wird die den Leasinggegenstand haltende Objektgesellschaft als geschlossener Immobilienfonds organisiert, dessen Gesellschaftsbeteiligungen von den Leasingunternehmen bzw. von den regelmäßig mit den Leasingunternehmen verbundenen Banken überregional am Anlegermarkt vertrieben werden. Durch die Fondskonstruktion muß das Leasingobjekt nicht mehr zu 100 % fremdfinanziert werden, da zum Teil (etwa 30 %<sup>102</sup>) Eigenkapital durch die Gesellschaftereinlagen der Anleger vorhanden ist. Das kann – neben den von den Anlegern bei jedem geschlossenen Immobilienfonds erhofften Steuervorteilen – auch beim LN zu leichten<sup>103</sup> Kostenvorteilen in Form günstigerer Leasingraten führen, da das eingesetzte Eigenkapital der Gesellschaft in der Regel niedriger als das Fremdkapital verzinst wird<sup>104</sup>. Die Bedeutung von Immobilienleasingfonds wurde in der Vergangenheit eher gering eingestuft<sup>105</sup>; die zukünftige Entwicklung ist aber – jedenfalls aus Sicht der Leasingunternehmen – zumindest offen<sup>106</sup>.

## VI. Einzelne Vertragskonstruktionen

Die Bezeichnung „Immobilienleasing“ kann zu der Annahme verleiten, daß zwischen LG und LN nur ein einziger Vertrag zum Zwecke der Durchführung des Immobilienleasings geschlossen wird. Das kann, muß aber nicht so sein. Üblicherweise werden folgende Abreden zwischen den Leasingvertragsparteien geschlossen:

### 1. Sachgesamtheiten

Wenn es sich beim Leasinggegenstand um eine Sachgesamtheit bestehend sowohl aus Immobilien als auch aus Mobilien handelt, werden regelmäßig getrennte Leasingverträge für die Mobilien und für die Immobilien mit unterschiedlichen Leasinggebern geschlossen<sup>107</sup>; die großen Leasingunternehmen bedienen sich hierzu oft ihrer eigenen Tochter- bzw. Schwestergesellschaften.

94 Fohlmeister, a.a.O., 184; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 3 (2); vgl. auch Koeble/Miechssner, a.a.O., Rd.-Nr. 29, 31 zu weiteren Vorteilen.

95 Fohlmeister, a.a.O., 183.

96 Csáky, a.a.O., 5.

97 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 3 (1).

98 Jährlich ca. 0,2 % bis 0,5 % der Gesamtinvestitionskosten, vgl. Fohlmeister, a.a.O., 184.

99 Fohlmeister, a.a.O., 201; vgl. auch Csáky, a.a.O., 5.

100 Weitere Einzelheiten zur Grunderwerbsteuer und Gesellschaftsbeteiligung des LN siehe bei Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 3 (3), (4).

101 Einen aktuellen Überblick über das Immobilienleasing in Form von Immobilienleasingfonds einschließlich der steuerlichen Auswirkungen bietet Feinen,

### 2. Bauvertrag

Werden auf dem Leasinggrundstück erst noch Baulichkeiten im Namen und auf Rechnung des LG errichtet, so schließt der LG üblicherweise einen Bauvertrag ab, in welchem er Planung und Errichtung des Gebäudes gegen Entgelt einem Dritten überträgt, ohne jedoch seine Bauherreneigenschaft aufzugeben. Je nach Fallgestaltung ist der Vertragspartner des Bauvertrages entweder eine Tochter- bzw. Schwestergesellschaft des LG oder auch ein dritter Bauunternehmer. Vielfach ist es auch der LN selbst, der als Generalübernehmer die Gebäude (nach seinen speziellen Wünschen und Bedürfnissen) im eigenen Namen und für eigene Rechnung im Auftrage des LG errichtet und diese nach Fertigstellung gegen Kostenersatz an den Bauherrn, nämlich den LG abliefert<sup>108</sup>.

### 3. Optionsrechte

Fast ausnahmslos werden im Zusammenhang mit dem Immobilienleasing einem der Vertragspartner Optionsrechte eingeräumt. Je nach Sachverhaltsgestaltung können diese als Aindienungsrecht zugunsten des LG ausgestaltet sein, wonach der LN verpflichtet ist, auf einseitige Erklärung des LG hin den Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundmietzeit zu einem von vornherein fest bestimmten Preis zu erwerben oder weiter anzumieten.

Oft werden auch Ankaufsrechte zugunsten des LN vereinbart, wonach dieser nach einseitiger Ausübung des Ankaufsrechts berechtigt ist, den Leasinggegenstand zu einem fest bestimmten Preis<sup>109</sup> vom LG käuflich zu erwerben. Gelegentlich werden dem LN auch Mietverlängerungsoptionen, manchmal auch zusätzlich zu einem Ankaufsrecht, eingeräumt.

### 4. Gesellschaftsverträge

Wird für das Leasingobjekt eigens eine Objektgesellschaft errichtet, ist ein entsprechender Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Gegenstand der Objektgesellschaft ist üblicherweise der Kauf von Grundstücken oder grundstücksähnlichen Rechten, die Verwaltung eigener bebauter oder unbebauter Grundstücke sowie die Errichtung von Gebäuden auf solchen. Wird der LN zur besseren Kontrolle des LG selbst mit einem Zwerganteil Gesellschafter der Objektgesellschaft<sup>110</sup>, so wird er besonderen Wert auf Regelungen hinsichtlich der Abtretung von Gesellschaftsanteilen, Geschäftsführung und Vertretung, Gesellschafterversammlungen und Beschlüßfassung sowie Jahresabschluß und Verteilung des Gewinns legen<sup>111</sup>.

### 5. Grundstückskauf-/Erbbaurechtsvertrag

Da die Leasingunternehmen regelmäßig keine Leasinggrundstücke auf Vorrat halten, werden diese erst dann erworben, wenn verbindlich feststeht, daß ein konkretes Leasingprojekt durchgeführt wird. Üblicherweise sichern sich die LG im Leasingvertrag gegenüber dem LN dahingehend ab, daß der erfolgreiche Erwerb des Leasinggrundstücks innerhalb einer festgelegten Zeit aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des (bereits abgeschlossenen) Immobilienleasingvertrages ist. Gelegentlich wird auch in dem zwischen LG und dem Dritten abzuschließenden (schuldrechtlichen) Erwerbsvertrag vereinbart, daß dieser rückabgewickelt werden soll, wenn der Leasingvertrag bis zur Übergabe des Objektes von den Leasingvertragsparteien einvernehmlich aufgehoben oder einseitig zu Recht gekündigt werden sollte.

108 BB 1994, Beilage 6, 1 ff.

109 Fohlmeister, a.a.O., 195.

110 Vgl. Tacke, a.a.O., 226; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1330.

111 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 195 f.; Feinen BB 1994 Beilage 6, 2.

112 So Tacke, a.a.O., 226; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1330.

113 Feinen, BB 1994 Beilage 6, 1 ff.

114 S.o. Abschnitt B I 2.

115 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 202 mit weiteren Einzelheiten.

116 Oft der Restbuchwert des Leasinggegenstandes nach Ablauf der Grundmietzeit.

117 Dieses ist allerdings gewerbesteuerschädlich, s.o. Abschnitt C I.

118 Fohlmeister, a.a.O., 201.

## E.

### Rechtsnatur des Immobilienleasingvertrages

Die rechtliche Einordnung von Immobilienleasingverträgen kann analog zur Einordnung von Finanzierungsleasingverträgen bei Mobilien vorgenommen werden<sup>112</sup>. In beiden Fällen sind die Leasingabreden von der rechtlichen Grundkonstruktion und von der Interessenlage der Beteiligten her nahezu identisch<sup>113</sup>.

#### I. Auffassung des BGH

Die rechtliche Einordnung von Finanzierungsleasingverträgen ist in der theoretischen Diskussion umstritten<sup>114</sup>; insbesondere Canaris sieht den Finanzierungsleasingvertrag als gemischt-typischen Vertrag mit Elementen des Kredit- und Geschäftsbesorgungsrechts an<sup>115</sup>. Allerdings hat sich der BGH derartigen Alternativbetrachtungen nicht angeschlossen und ordnet den Finanzierungsleasingvertrag in ständiger Rechtsprechung in erster Linie dem Mietrecht zu<sup>116</sup>; nur wenn leasingtypische Besonderheiten einer Anwendung des Mietrechts entgegenstehen<sup>117</sup> und die Anwendung des Mietrechts der Interessenlage beim Finanzierungsleasing nicht gerecht wird, hält er eine der Interessenlage gerecht werdende ergänzende Vertragsauslegung für geboten<sup>118</sup>. Der BGH betont in diesem Zusammenhang, daß sich die Vertragsbeteiligung des LG nicht in der Finanzierungsfunktion erschöpfe, sondern auch und gerade die Vermieterposition umfasse<sup>119</sup>. An dieser rechtlichen Einordnung hält der BGH nach wie vor fest<sup>120</sup>. Im Rahmen einer praxisorientierten Betrachtung ist daher ebenfalls davon auszugehen, daß Finanzierungsleasingverträge – und damit auch Immobilienleasingverträge<sup>121</sup> – in erster Linie als Mietverträge einzurichten sind. Wenn der LG im Zusammenhang mit Immobilienleasingverträgen allerdings zusätzliche Serviceleistungen (z. B. Bau- und Beratungsleistungen) erbringt, finden insoweit die §§ 635 ff. bzw. 611 ff. BGB Anwendung; das führt jedoch nicht dazu, daß der Gebrauchsüberlassungscharakter der eigentlichen Leasingabrede von den dienst- und werkvertraglichen Abreden überlagert wird; auf die Leasingabrede bleibt daher als „Kernstück“<sup>122</sup> des gesamten Geschäfts in erster Linie das Mietrecht anwendbar<sup>123</sup>.

#### II. Praktische Konsequenzen

Die rechtliche Einordnung des Immobilienleasing ist keine rein akademische Frage, sondern hat unmittelbare praktische Konsequenzen:

##### 1. AGBG

Die wichtigste Folge der rechtlichen Einordnung des Finanzierungsleasing ist die Bestimmung des gesetzlichen Leitbildes im Rahmen der §§ 3 und 9 AGBG<sup>124</sup>, das zeigt auch der Umstand, daß nahezu alle Entscheidungen des BGH zur Frage der rechtlichen Einordnung des Leasings im Zusammenhang mit dem AGBG getroffen wurden.

###### a) Anwendbarkeit auf Immobilienleasingverträge

Anders als beim Mobilienleasing stellt sich für das Immobilienleasing die Vorfrage, ob das AGBG auf Immobilienleasingverträge überhaupt anwendbar ist.

112 So ohne nähere Begründung BGH, NJW 1989, 1279, 1280 = DNotZ 1989, 766.

113 So Csáky, a.a.O., 70 f.

114 Vgl. die Aufstellung zum Meinungsstand bei Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 55 ff.m.w.N.

115 ZIP 1993, 401, 404 ff; ders. in Larenz/Canaris, a.a.O., 103 ff.

116 BGH, NJW 1988, 198, 199 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

117 BGH, NJW 1986, 1335.

118 BGH, NJW 1985, 2253, 2255.

119 BGH, NJW 1986, 1744, 1745 m.w.N. aus der BGH-Rspr.

120 Zuletzt in NJW 1995, 1019, 1021.

121 BGH, NJW 1989, 1279 = DNotZ 1989, 766.

122 Fohlmeister, a.a.O., 203.

123 So auch Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1353.

124 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1, Anm. 5 (3) m.w.N.; Larenz/Canaris, a.a.O., 103 f.

125 Csáky, a.a.O., 102.

###### aa) Individualvereinbarungen

Die Aussage, Immobilienleasingverträge seien (nicht zuletzt wegen der Höhe der Investitionssumme) in der Regel Individualvereinbarungen i.S.v. § 1 II AGBG und fielen folglich nicht unter das AGBG<sup>125</sup>, ist in dieser generellen Form heute nicht mehr aufrecht zu erhalten. Die überwiegende Ansicht bezweifelt nicht, daß mittlerweile auch beim Immobilienleasing typische Formulierungen insbesondere innerhalb der Gefahrtragung, Gewährleistung und Kündigung eingesetzt werden, die einer Überprüfung durch das AGBG unterliegen<sup>126</sup>; daran zweifelt auch der BGH nicht<sup>127</sup>.

Die Anwendbarkeit des AGBG scheitert auch nicht daran, daß in einem von den Beteiligten vorgegebenen Vertragstext die Erklärung enthalten ist, die Bestimmungen des Vertrages seien individuell vereinbart, ausgehandelt und gestaltet; derartige „Behauptungen“ können ein wirkliches Aushandeln nicht ersetzen<sup>128</sup>. Hat der Notar Zweifel, ob diese Erklärungen inhaltlich zutreffend sind, könnte er folgenden Zusatz mit in die Urkunde aufnehmen:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, daß eine derartige Erklärung ein tatsächliches Aushandeln i.S.v. § 1 II AGBG nicht ersetzen kann und widrigenfalls der vorliegende Vertrag möglicherweise ganz oder teilweise unter das AGBG fällt.“

Durch diesen Zusatz wird beweissicher dokumentiert, daß der Notar seiner allgemeinen Belehrungspflicht nach § 17 I BeurkG nachgekommen ist.

###### bb) Einmalige Verwendung

Die Frage nach der Anwendbarkeit des AGBG stellt sich ferner in den Fällen, in denen der Leasinggeber nur ein einziges Leasingobjekt hält. Gerade bei größeren Leasingprojekten ist es üblich, für jedes Leasingobjekt eine gesonderte Objektgesellschaft zu gründen<sup>129</sup>. Leasinggeber ist in diesen Fällen nur die Objektgesellschaft; diese verwendet den eingesetzten Leasingvertrag nur einmal und ohne Wiederholungsabsicht. Das könnte zu der Annahme verleiten, die in diesem Vertrag vereinbarten Regelungen seien keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.v. § 1 I 1 AGBG, da es sich nicht um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen handele. Die rechtliche Lösung hängt davon ab, aus wessen Sicht die vielfache Verwendung zu beurteilen ist. Nach überwiegender Ansicht reicht es aus, daß der Autor<sup>130</sup> die von ihm formulierten Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen konzipiert hat, auch wenn sie dann von einem späteren Verwender nur in einem einzigen Fall benutzt werden<sup>131</sup>. Verwender ist daher auch, wer ohne Wiederholungsabsicht ein gebräuchliches Vertragsmuster ganz oder teilweise benutzt<sup>132</sup>. Auf das Immobilienleasing übertragen bedeutet das:

Einziger Gesellschafter der Objektgesellschaft ist regelmäßig das dahinterstehende Leasingunternehmen<sup>133</sup>, welches quasi als Dachgesellschaft fungiert<sup>134</sup>. Die Objektgesellschaft betreibt selbst keinen großen Personal- und Verwaltungsaufwand; die anfallenden Verwaltungsarbeiten werden über einen Verwaltungsvertrag ausschließlich durch das dahinterstehende Leasingunternehmen erbracht. Somit wird auch regelmäßig der abzuschließende Leasingvertrag von dem dahinterstehenden Leasingunternehmen und nicht von der Objektgesellschaft er-

126 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4, Anm. 6; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1356.

127 BGH, NJW 1989, 1279, 1280 = DNotZ 1989, 766.

128 Vgl. BGH, NJW 1977, 432, 624; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rd.-Nr. 16.

129 S.o., Abschnitt D IV.

130 Zu vom Notar vorgeschlagenen Vertragsklauseln vgl. Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rd.-Nr. 8 m.w.N.; dieses Thema kann jedenfalls im Rahmen von Immobilienleasingverträgen mangels praktischer Relevanz vernachlässigt werden.

131 Vgl. BGH, NJW 1991, 843; MüKO/Kötz, 3. Aufl., § 1 AGBG Rd.-Nr. 6; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rd.-Nr. 6.

132 Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rd.-Nr. 6; vgl. auch MüKO/Kötz, 3. Aufl., § 1 AGBG Rd.-Nr. 6; OLG Hamm, NJW 1981, 1049.

133 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4, Anm. 3 (1).

134 Fohlmeister, a.a.O., 201.

stellt und konzipiert. Insbesondere große Leasingunternehmen mit vielen Leasingobjekten bzw. Objektgesellschaften verfügen somit zwangsläufig über Standardverträge und Standardformulierungen, die von vornherein für den regelmäßigen Einsatz bestimmt sind. Derartige Standardklauseln sind daher Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 1 I 1 AGBG, und zwar auch dann, wenn sie von einer Objektgesellschaft nur einmal verwendet werden.

### cc) Kaufmannseigenschaft

Da in der Immobilienleasingpraxis die Beteiligten regelmäßig Kaufleute sind, beschränkt § 24 S. 1 Nr. 1 AGBG den Anwendungsbereich des AGBG zwar auf die Generalklausel des § 9 AGBG; dieses führt jedoch zu keiner sachlichen Reduktion, da die §§ 10 und 11 AGBG in die Bewertung nach § 9 AGBG voll einfließen<sup>135</sup>.

### b) Einzelne Klauseln

Zunächst gelten für einzelne Vertragsklauseln eines Immobilienleasingvertrages die gleichen AGBG-Anforderungen wie für das Mobilienleasing, da beide Leasingarten bis auf den Leasinggegenstand von der rechtlichen Grundkonstruktion her identisch sind. Insoweit wird zunächst auf das einschlägige Spezialschrifttum<sup>136</sup> verwiesen. Auf folgende typische Regelungen in Immobilienleasingverträgen soll an dieser Stelle näher eingegangen werden:

#### aa) Ausschluß der Gewährleistung

Nach dem BGH entspricht es den Besonderheiten eines Finanzierungsleasingvertrages, daß er sich nicht in der Finanzierung erschöpft, sondern eine der Miete zumindest vergleichbare, zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung zum Inhalt hat; der LG könne sich demgemäß nicht ersatzlos von der ihn treffenden Hauptpflicht, dem Leasingnehmer die Leasingsache in einem für den Vertragszweck geeigneten Zustand zur Verfügung zu stellen, formularmäßig freizeichnen<sup>137</sup>. Ein derartiger ersatzloser Haftungsausschluß sei nach § 9 AGBG unwirksam, da er den LN unangemessen benachteilige<sup>138</sup>.

Nach ständiger Rspr. wird wegen der typischen Interessenslage beim Finanzierungsleasing der Gewährleistungsausschluß auch beim Immobilienleasing dann als mit § 9 AGBG vereinbar angesehen, wenn der LG dem LN die gegen einen mit dem LG nicht identischen Lieferanten oder Hersteller bestehenden Gewährleistungsansprüche abtritt oder ihn zur Geltendmachung ermächtigt<sup>139</sup>. Diese Voraussetzungen sind beim Immobilienleasing insbesondere dann gegeben, wenn der LG (auch) die Baulichkeiten auf dem Leasinggrundstück errichtet und er im Gegenzug die ihm gegen die Bauhandwerker zustehenden Gewährleistungsansprüche an den LN abtritt. Nach dem BGH liegt beim Immobilienleasing aber auch dann keine unangemessene Benachteiligung des LN vor, wenn der LN als Generalübernehmer das Objekt für den LG errichtet und diesem gegenüber die Verantwortung für die Richtigkeit der gesamten Planung und Bauausführung des Bauwerks übernimmt; denn wenn der LN aufgrund ausdrücklicher vertraglicher Regelung selbst Hersteller der Sache und für deren Mangelfreiheit verantwortlich sei, könne es nicht unbillig sein, ihn an dieser Verantwortlichkeit für die Dauer des Leasingvertrages festzuhalten<sup>140</sup>. Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen der LG ein bereits bebautes Grundstück in gebrauchtem Zustand zwecks sofortiger Weiterleitung an den LN erwirbt und keine weiteren vom LG bzw. vom LN als Generalübernehmer zu veranlassenden (Um-)Baumaßnahmen vorgenommen werden. Denn beim Kauf einer Gebrauchtmobilie sieht der Kaufvertrag zwischen dem LG und dem Alteigentümer in der Praxis regelmäßig einen Haftungs-

ausschluß für bekannte und unbekannte Sachmängel zugunsten der Verkäufers vor<sup>141</sup>. Tritt der LG dann in einem (regelmäßig vor Kaufvertragsabschluß geschlossenen) Immobilienleasingvertrag seine (zukünftigen) „Gewährleistungs- und Mängelbeseitigungsansprüche“ aus dem (noch abzuschließenden) Erwerbsvertrag an den LN ab, so geht die Abtretung ins Leere, da nicht zur Entstehung gelangende Ansprüche weder abgetreten noch gutgläubig erworben werden können. Der LG verschafft dem LN durch die Abtretung demzufolge keine verwertbare Rechtsposition. Ein völliger Gewährleistungsausschluß ist in diesen Fällen sicherlich nur dann mit § 9 AGBG vereinbar, wenn aufgrund immobilienleasingtypischer Besonderheiten nicht von einer unangemessenen Benachteiligung des LN ausgegangen werden kann.

Solche leasingtypischen Besonderheiten liegen m.E. regelmäßig beim sale-and-lease-back vor. Denn ähnlich wie beim oben gezeigten Gewährleistungsausschluß im Zusammenhang mit einem Generalübernehmervertrag<sup>142</sup> kann es auch beim sale-and-lease-back nicht unbillig sein, wenn der LN als bisheriger Eigentümer weiterhin das Mängel- und Gewährleistungsrisiko trägt. Denn der LN hat in diesen Fällen den aktuellen Zustand des Leasingobjektes allein verursacht und wird diesen auch weiterhin allein beeinflussen. Wenn der LN in einer derartigen Situation einen Gewährleistungs- und Mängelbeseitigungsausschluß im Immobilienleasingvertrag akzeptiert, dann weiß er aufgrund seiner speziellen Objektkenntnis genau, auf was er sich einläßt und kann später wohl kaum einwenden, er sei dabei entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt worden.

In den übrigen Fällen des „Gebrauchtmobilienleasing“ dürfte dagegen eine völlige Haftungsfreizeichnung des LG von den mietrechtlichen Gewährleistungsansprüchen regelmäßig gegen § 9 AGBG verstößen, da es an einer substantiellen Gegenleistung des LG fehlt. Selbst wenn aus der wirtschaftlichen Sicht des LG nur dessen Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht, betont der BGH<sup>143</sup> in ständiger Rechtsprechung, daß sich die Vertragsbeteiligung des LG (rechtlich) eben nicht nur in der Finanzierungsfunktion erschöpfe, sondern auch und gerade die Vermieterposition umfasse. Und zur Vermieterposition gehören nun einmal auch die Gewährleistungs- und Mängelbeseitigungspflichten.

Zweifelt der Notar in diesem Zusammenhang an der Wirksamkeit einer ihm vorgelegten Vertragsklausel, sollte er einen entsprechenden Belehrungsvermerk nach § 17 II 2 BeurkG in die Urkunde aufnehmen. Dieser könnte hier wie folgt lauten:

„Der Notar hat die Beteiligten im Zusammenhang mit dem vorstehenden Gewährleistungsausschluß des LG gegen Abtretung der Mängelbeseitigungs- und Gewährleistungsansprüche aus dem noch abzuschließenden Grundstückskaufvertrag darauf hingewiesen, daß Grundstückskaufverträge über Gebrauchtmobilien üblicherweise unter Ausschluß der Gewährleistungsansprüche des Käufers für Sachmängel verkauft werden. Er kann daher nicht sicher beurteilen, ob der vorstehend vereinbarte Gewährleistungsausschluß des LG im Falle einer Anwendung des AGBG wirksam ist. Trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren bestanden die Beteiligten auf der heutigen Beurkundung.“

#### bb) Überwälzung der Sach- und Preisgefahr

Für den Bereich des Mobilienleasings wird die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den LN von der h.M. als zulässig angesehen<sup>144</sup>; begründet wird das u. a. damit, daß der LG den Leasinggegenstand im überwiegenden Interesse des LN erwerbe, so daß es in Abweichung von den mietrechtlichen Re-

135 MüKO/Kötz, § 9 AGBG Rd.-Nr. 19 m.w.N.

136 Reinicke/Tiedtke, Leasing (Sonderdruck aus Kaufrecht), 1992; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 4. Auflage 1992.

137 BGH, NJW 1982, 105, 106 = BGHZ 81, 298, 303.

138 Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 12.

139 Vgl. zuletzt BGH, NJW 1989, 1279, 1280 m.w.N. = DNotZ 1989, 766, 767 f.; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1359.

140 BGH, NJW 1989, 1279, 1280 = DNotZ 1989, 766, 768; vgl. auch Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nrn. 1360, 1363.

141 Die Fälle des arglistigen Verschwiegens ausgenommen.

142 S.o., BGH, NJW 1989, 1279, 1280 m.w.N. = DNotZ 1989, 766, 767 f; Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1359.

143 BGH, NJW 1986, 1744, 1745 m.w.N.

144 Vgl. Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 29 m.w.N.

gelungen gerechtfertigt sei, den LN wie einen Käufer zu behandeln. Die sich für den LN ergebende Belastung sei erträglich, weil er die Leasingsache versichern lassen könne und eine dem LG gezahlte Versicherungssumme dem LN zufließen müsse<sup>145</sup>. Diese Argumente passen auch beim Immobilienleasing, da auch hier der Leasinggegenstand regelmäßig nach den Wünschen und Bedürfnissen des LN vom LG errichtet oder erworben wird.

Bei Teilamortisationsmodellen kann die bislang übliche formellmäßige Überwälzung der Sach- und Preisgefahr auf den LN wegen des neuen Teilamortisationserlasses vom 23. 12. 1991 steuerschädlich sein<sup>146</sup>.

#### cc) Überwälzung von Versicherungspflichten

Eine Überwälzung von Versicherungspflichten auf den LN bzw. die Auferlegung der Kosten für solche Versicherungen ist jedenfalls für die Dauer der Grundmietzeit dann zulässig, wenn die Versicherungen zumindest objektbezogen sind und/oder dem anerkennenswerten Werterhaltungsinteresse des LG als Eigentümer des Leasinggegenstandes dienen<sup>147</sup>.

#### dd) Überwälzung von Erhaltungspflichten nach § 536

Auch eine vollständige Überwälzung der Erhaltungspflichten des LG nach § 536 BGB verstößt regelmäßig nicht gegen § 9 II Nr. 1 AGBG<sup>148</sup>. Wenn schon im allgemeinen Mietrecht – jedenfalls für den gewerblichen Bereich – eine vollständige Überbürdung dieser Pflichten auf den Mieter für zulässig erachtet wird<sup>149</sup>, dann gilt das erst recht für Immobilienleasingverträge, bei denen der LN regelmäßig in einer noch näheren Beziehung zum Leasingobjekt steht als ein Mieter; denn das Leasingobjekt wird nicht nur vom LN genutzt, sondern ist regelmäßig nach seinen Wünschen und möglicherweise sogar von ihm selbst auf Kosten des LG errichtet bzw. angeschafft worden. Niemand hat daher einen größeren Einfluß auf die Erhaltung des vertragsmäßigen Zustandes als der LN selbst.

#### ee) Schadenpauschalierung/Abwicklungsvergütung

Nach Graf von Westphalen<sup>150</sup> verstößt der vertraglich vereinbarte Einbehalt der vom LN zu zahlenden einmaligen Sonderzahlung für den Fall des Scheiterns des Vertrages aus Gründen, die der LN zu vertreten hat, gegen § 11 Nr. 5 a) bzw. gegen § 9 II Nr. 1 AGBG; hier handele es sich um pauschalierte Schadensersatzansprüche des LG gegen den LN, auf die die BGH-Rechtsprechung zur Nichtabnahmeentschädigung bei Darlehensverträgen entsprechend anwendbar sei<sup>151</sup>. Dieser Auffassung ist jedenfalls in den Fällen zuzustimmen, in welchen der LG einen konkreten Schaden mindestens in Höhe der Sonderzahlung nicht nachweisen kann.

Auch aus rechtspolitischen Gründen ist dieses Ergebnis zu begrüßen. Denn gerade unseriöse LG „suchen“, nachdem sie vom LN die einmalige Sonderzahlung erhalten haben, in den regelmäßig zur Vertragsgrundlage gemachten Bonitätsauskünften des LN nach Gründen, die ihnen einen Rücktritt bzw. eine Kündigung des Immobilienleasingvertrages ermöglichen; avisiertes Ziel solcher LG war von Anfang an der „Einbehalt“ der Sonderzahlung, ohne einen konkret entstandenen Schaden nachzuweisen zu müssen.

Soll der Einbehalt der Sonderzahlung auch dann erfolgen, wenn der Vertrag aus Gründen nicht durchgeführt wird, die der LN nicht zu vertreten hat, dann ist die Höhe der Sonderzahlung nach dem Maßstab des § 10 Nr. 7 i.V.m. § 9 AGBG auf deren Angemessenheit hin zu überprüfen<sup>152</sup>. Ferner ist eine derartige Abrede nach dem neuen Teilamortisationserlaß vom 23. 12. 1991 steuerschädlich<sup>153</sup>.

## 2. Zwangsversteigerung/Konkurs

Auch im Konkurs einer Leasingpartei sieht jedenfalls die Rsrp. den Finanzierungsleasingvertrag als reinen Mietvertrag an, und zwar auch dann, wenn dem LN eine Kaufoption am Leasinggegenstand eingeräumt ist<sup>154</sup>. Denn trotz der eingeräumten Kaufoption liege (auch) im Konkursfall das Schwergewicht des Vertrages nicht im kaufrechtlichen, sondern im mietrechtlichen Bereich<sup>155</sup>. Unter Berücksichtigung der vorstehenden BGH-Rechtsprechung ist nach h.M. bei einem Konkurs des LN grundsätzlich § 19 KO<sup>156</sup> und bei einem Konkurs des LG § 21 KO zumindest während der Grundmietzeit anwendbar<sup>157</sup>.

Für den Bereich des Immobilienleasing<sup>158</sup> stellt sich im Zusammenhang mit einem Konkurs des LG das besondere Problem des § 21 IV 1 KO. Nach dieser Vorschrift wirkt eine vom Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung eines von dem Gemeinschuldner (LG) vermieteten Grundstücks, sofern es dem Mieter vor der Eröffnung des Konkursverfahrens überlassen war, auf das Mietverhältnis wie eine Zwangsversteigerung. Im Falle einer Zwangsversteigerung steht jedoch dem Ersteher nach § 57a ZVG ein Sonderkündigungsrecht unter Einhaltung der gesetzlichen (nicht vertraglichen!) Kündigungsfrist zu. Nach § 565 Absatz 1a BGB ist bei einem Mietverhältnis über Geschäftsräume<sup>159</sup> eine Kündigung spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres für den Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres zulässig. Für den LN besteht somit im Falle einer freiwilligen Veräußerung durch den Konkursverwalter bzw. im Falle einer Zwangsversteigerung durch vorrangige Gläubiger des LG die Gefahr, sein Besitzrecht aus dem Immobilienleasingvertrag infolge einer Sonderkündigung des Erstehers nach § 57a ZVG relativ kurzfristig zu verlieren<sup>160</sup>.

## 3. Vertragslaufzeit

Ferner gilt auch für Immobilienleasingverträge § 567 BGB, wonach jeder Vertragsteil einen Mietvertrag, der über eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wird, nach 30 Jahren unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen kann. Da § 567 BGB nicht abdingbar ist<sup>161</sup>, kann keine Vertragspartei gegen ihren Willen länger als für den dort genannten Zeitraum an einem Immobilienleasingvertrag festgehalten werden. Auch wenn die Grundmietzeit aus steuerlichen Gründen oft unter 30 Jahren liegt, stellt sich das Problem des § 567 BGB vor allem dann, wenn der Vertrag durch Ausübung einer Mietverlängerungsoption auf mehr als 30 Jahre verlängert werden kann; denn § 567 BGB gilt auch bei Mietverlängerungsoptionen<sup>162</sup>.

## 4. Vertragslücken

Die vorrangige Anwendung des Mietrechts auf Immobilienleasingverträge führt schließlich dazu, daß zur Ausfüllung von Vertragslücken auch im Immobilienleasingbereich im Zweifel auf mietrechtliche Grundsätze zurückgegriffen wird<sup>163</sup>.

145 BGH, NJW 1988, 198, 200; Reinicke/Tiedtke, a.a.O., 29 f.

146 S.o.

147 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1362.

148 Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1362 m.w.N.

149 Umstr., behajend Palandt/Putzo, § 536 Rd.-Nr. 3; MüKO/Voelksow, 2. Aufl., §§ 535, 536 Rd.-Nr. 98 f.; einschränkend Staudinger/Emmerich, §§ 535, 536 Rd.-Nr. 16, 50.

150 Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1357.

151 Weitere Einzelheiten siehe bei Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1357, 1358.

152 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 53.

153 S.o. unter C.

154 Grundlegend BGH, NJW 1978, 1383, 1384; a. A. Canaris, Goßkomm. HGB, 3. Aufl., Bankvertragsrecht Bd III/3 (2. Bearb.) 1981, Rd.-Nr. 1783.

155 BGH, a.a.O.

156 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 924 ff und BB 1988, 218, jeweils mit weiteren Differenzierungen und Nachweisen; Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, 10. Aufl. 1986, § 19 Rd.-Nr. 3a.

157 Vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 940 ff mit weiteren Differenzierungen und Nachweisen.

158 Hinsichtlich der allgemeinen Probleme des Leasings im Konkursfall, insbesondere im Konkursfall des LN vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 924 ff und ders. BB 1988, 218 ff.

159 Immobilienleasing bezieht sich in der Praxis regelmäßig auf Geschäftsräume.

160 Zu Sicherungsmöglichkeiten des LN siehe nachstehende Ausführungen unter G.

161 Palandt/Putzo, § 567 Rd.-Nr. 2.

162 Vgl. Palandt/Putzo, § 567 Rd.-Nr. 4 a.E.

163 Vgl. Csáky, a.a.O., 70; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 1 Anm. 5 (1).

## F

### Form des Immobilienleasingvertrages

Immobilienleasingverträge werden fast ausschließlich<sup>164</sup> über einen längeren Zeitraum als ein Jahr abgeschlossen. In diesen Fällen ist nach § 566 BGB die Einhaltung der Schriftform vorgeschrieben<sup>165</sup>. Strengere Formanforderungen werden für (Immobilien-) Leasingverträge als solche vom Gesetz nicht ausdrücklich aufgestellt. Doch können gerade Immobilienleasingverträge dann einer Beurkundungspflicht unterliegen, wenn sie im Zusammenhang mit beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften abgeschlossen werden oder mit derartigen Geschäften rechtlich eng verbunden sind. Hier sind folgende Fallgruppen denkbar:

#### I. Optionsrechte am Leasinggegenstand

Wird einer Vertragspartei im Zusammenhang mit einem Immobilienleasingvertrag ein Optionsrecht (z. B. ein Ankaufsrecht für den LN oder ein Andienungsrecht für den LG) am Leasinggegenstand eingeräumt, so bedarf die Bestellung solcher Optionsrechte stets der notariellen Beurkundung nach § 313 S. 1 BGB<sup>166</sup>. Dieses ist unstreitig und wurde in der Immobilienleasingpraxis auch überwiegend beachtet; allerdings wurde – jedenfalls in der Vergangenheit – nur die Optionsrechtsbestellung als solche in einer separaten Urkunde notariell beurkundet, nicht jedoch der eigentliche Immobilienleasingvertrag<sup>167</sup>.

Eine solche Aufteilung in teils beurkundete und teils privatschriftlich abgefaßte Urkunden erscheint im Hinblick auf die §§ 125, 139 BGB nicht ungefährlich. Denn nach allg. Ansicht erstreckt sich der Formzwang des § 313 S. 1 BGB wegen seines Schutzzwecks bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften auf alle Abreden, die rechtlich eine Einheit bilden, und zwar unabhängig davon, ob die einzelnen Abreden in einer oder in äußerlich getrennten Urkunden getroffen werden<sup>168</sup>. Nach dem BGH bilden einzelne Rechtsgeschäfte dann eine rechtliche Einheit, wenn sie nach dem Willen der Vertragspartner bzw. nach dem erkennbaren Willen eines Vertragsteils<sup>169</sup> derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen“, also nur zusammen gelten sollen<sup>170</sup>.

Anhand welcher konkreten Kriterien der Wille nach der rechtlichen Einheit festzustellen ist, wird vom BGH nicht einheitlich beantwortet, da er insoweit auf eine Auslegung der konkreten Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartner sowie auf die Umstände des Einzelfalles in Verbindung mit der Verkehrssitte abstellt<sup>171</sup>, ohne zu verlangen, daß der Verbindungsvelle im Vertrag andeutungsweise einen Ausdruck gefunden haben muß<sup>172</sup>.

Das Bestehen eines wirtschaftlichen Zusammenhangs ist nach dem BGH ein starkes Indiz für das Bestehen eines rechtlichen Zusammenhangs<sup>173</sup>. Die wirtschaftliche Besonderheit beim Immobilienleasing liegt darin, daß der Leasingvertrag zumindest nach dem erkennbaren Willen des LG das rechtliche „Kernstück“ des gesamten Geschäfts ist<sup>174</sup>; das wird schon dadurch nach außen erkennbar, daß der LG regelmäßig nicht bereit ist, irgendwelche sonstige rechtsverbindliche Vereinbarungen mit dem LN oder Dritten hinsichtlich des Leasinggegenstandes zu treffen, bevor nicht der Leasingvertrag „unter Dach und Fach“ ist. Insbesondere erwirbt der LG das Leasinggrundstück regelmäßig erst nach Abschluß des Leasingvertrages von einem Dritten, also erst, wenn rechtlich die Durchführung des Leasingvertrages gesichert ist, da er ohne den Leasingvertrag an dem

Leasinggrundstück weder rechtlich noch wirtschaftlich interessiert ist; erst recht können vor Abschluß des Erwerbsvertrages zwischen LG und Alteigentümer mangels gesicherter Erwerbsposition des LG noch keine durchsetzbaren Optionsrechte für den LN eingeräumt werden. Entsprechendes gilt für sonstige vom LG zusätzlich zu erbringende Dienst- und Werkleistungen; auch die übliche Überprüfung der Solvenz des LN erfolgt ausnahmslos im Zusammenhang mit dem Abschluß des eigentlichen Leasingvertrages.

Wenn also der rechtliche Zusammenhang aller Immobilienleasingabreden nicht schon aus der inhaltlichen Ausgestaltung der einzelnen Urkunden ersichtlich wird, etwa durch eine Verknüpfung durch Bedingungen, besondere Rücktritts- und Kündigungsrechte im Falle der Nichtdurchführung einer Vereinbarung, so kann m.E. wegen des gezeigten besonderen wirtschaftlichen Zusammenhangs beim Immobilienleasing jedenfalls dann von einem Einheitlichkeitswillen der Vertragsparteien ausgegangen werden, wenn alternativ ein zeitlicher<sup>175</sup> Zusammenhang zwischen Leasingvertrag und sonstigen Rechtsgeschäften besteht.

#### 1. Auswirkungen auf die Leasingabrede

Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Immobilienleasingvertrag kann weiter danach differenziert werden, welche Art von Optionsrechten eingeräumt werden.

##### a) Optionsrechte zugunsten des LG

Wird dem LG ein Optionsrecht eingeräumt, so handelt es sich üblicherweise um ein Andienungsrecht. Danach kann der LG vom LN verlangen, daß dieser den Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundmietzeit zu einem fest bestimmten Preis vom LG erwerben muß. Der (wirtschaftliche) Grund für diese Vertragsgestaltung liegt darin, daß der LN nach dem erkennbaren Willen des LG zur Vollamortisation verpflichtet sein soll und daher das Restverwertungsrisiko beim LN liegen soll. Der LG ist insbesondere bei zweifelhafter Drittverwertbarkeit des Leasingobjekts regelmäßig nur dann zum Abschluß des Immobilienleasingvertrages bereit, wenn ihm ein entsprechendes Andienungsrecht vom LN eingeräumt wird; nach dem erkennbaren Willen zumindest des LG soll also das gesamte Leasinggeschäft mit der Einräumung des Andienungsrechtes stehen und fallen. Hier kann sich der rechtliche Zusammenhang entweder aus der inhaltlichen Ausgestaltung oder aus der zeitlichen Abfolge der Vereinbarungen ergeben. Das Andienungsrecht wird üblicherweise, wenn nicht bereits vorab, entweder gleichzeitig mit dem Leasingvertrag bestellt oder der Leasingvertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung bzw. mit der Verpflichtung des LN zur späteren Einräumung des Andienungsrechts abgeschlossen, d. h. er wird rechtlich mit dem noch zu bestellenden Optionsrecht verknüpft. In beiden Fällen wird sichergestellt, daß das eine nicht ohne das andere Rechtsgeschäft durchgeführt wird, beide also eine rechtliche Einheit bilden.

Nur wenn – was praktisch kaum vorkommt – weder ein zeitlicher noch ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Leasingabrede und Optionsrecht besteht, kann sich eine andere Bewertung ergeben.

##### b) Optionsrechte zugunsten des LN

Bei den Optionsrechten zugunsten des LN handelt es sich üblicherweise um Ankaufs- oder Mietverlängerungsrechte. Im

164 Ausnahmen sind – wenn überhaupt – nur bei kurzfristigen Operatingleasingverträgen (z. B. über unbewegliche Messestände oder Hallen auf Ausstellungsgeländen) vorstellbar.

165 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 1; Csáky, a.a.O., 111 f.; Palandt/Heinrichs, vor § 535 Rd.-Nr. 32.

166 Vgl. Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1987 ff., § 313 Rd.-Nr. 27; Müko/Kanzleiter, 3. Aufl. 1994, § 313 Rd.-Nr. 33, jeweils m.w.N.

167 Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 4 (3); Csáky, a.a.O., 112.

168 Vgl. BGHZ 76, 43, 48 = DNotZ 1980, 409; Staudinger/Wulka, 12. Aufl. 1978 ff., § 313 Rd.-Nr. 148; Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 32; Müko/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 48; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 59.

169 BGHZ 101, 393, 396; BGH, NJW 1987, 1069 = DNotZ 1987, 350 m.w.N. aus der Rspr.

170 BGH, DNotZ 1971, 410, 411; BGHZ 101, 393, 396; BGH, NJW 1987, 1069 = DNotZ 1987, 350; BGH, NJW 1984, 869, 870; NJW 1986, 1983, 1984.

171 BGH, NJW 1961, 1764; DNotZ 1975, 89; NJW 1987, 1069, 1070; BGHZ 101, 393, 397; zustimmend Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 67 a.E.

172 BGH, NJW 1987, 1069, 1070; NJW-RR 1989, 198; a.A. Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 70 a.E.

173 BGH, NJW 1983, 2494, 2495; zustimmend Müko/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 52; Staudinger/Wulka, § 313 Rd.-Nr. 149; a.A. Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 67.

174 Fohlmeister, a.a.O., 203.

175 Ansonsten reicht für sich allein genommen ein zeitlicher Zusammenhang nach h.M. nicht aus, auf einen rechtlichen Verbindungsvelle zu schließen, vgl. Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 32; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 70 m.w.N.

Zusammenhang mit § 313 BGB interessieren nur die Ankaufsrechte. Danach ist der LN berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Leasinggegenstand nach Ablauf der Grundmietzeit zu einem fest bestimmten Preis vom LG zu erwerben. Der Grund für die Einräumung des Ankaufsrechts liegt u. a. in der (wirtschaftlichen) Möglichkeit für den LN, sich die stillen Reserven des Leasingobjektes zunutze zu machen. Ferner wird durch das Ankaufsrecht zugunsten des LN dessen langfristige, über den Mietzeitraum hinausgehende Nutzungsmöglichkeit des Leasinggegenstandes sichergestellt. In vielen Fällen ist daher der LN nur gegen Einräumung eines Ankaufsrechts zum Abschluß eines Immobilienleasingvertrages bereit.

Auch hier kann sich der rechtliche Zusammenhang nur aus der inhaltlichen Ausgestaltung oder aus der zeitlichen Abfolge der Vereinbarungen ergeben.

Wird das Ankaufsrecht vor oder gleichzeitig mit dem Leasingvertrag bestellt oder wird der Leasingvertrag unter der aufschließenden Bedingung bzw. mit der Verpflichtung des LG zur späteren Einräumung eines Ankaufsrechts geschlossen oder wird dem LN ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichteinräumung gewährt, so wird durch diese Vorgehensweise nach außen der Wille fixiert, den Leasingvertrag nicht ohne ein Ankaufsrecht zugunsten des LN durchführen zu wollen.

Schließen die Parteien dagegen – in der Praxis nicht allzu häufig – zunächst einen Immobilienleasingvertrag ohne sachliche Verknüpfung mit einem noch einzuräumenden Ankaufsrecht ab, und liegt auch kein zeitlicher Zusammenhang mit einem später eingeräumten Ankaufsrecht vor, dann müssen m.E. schon ganz besondere weitere Anhaltspunkte gegeben sein, aus denen auf den Einheitlichkeitswillen zumindest einer Vertragspartei geschlossen werden kann. Würde man auf das Kriterium des zeitlichen Zusammenhangs verzichten, könnte der Leasingvertrag auch noch Jahre nach seinem privatschriftlichen Abschluß durch die spätere Vereinbarung eines Optionsrechts formunwirksam werden. So weit geht jedoch der Schutzzweck des § 313 BGB nicht. Daher kann der Umstand, daß das Ankaufsrecht die vorherige vertragsgemäße Durchführung des Immobilienleasingvertrages voraussetzt, für sich allein nicht das entscheidende Kriterium für die Annahme eines Einheitlichkeitswillens sein<sup>176</sup>, denn diese Abhängigkeit zwischen Leasingvertrag und Optionsrecht liegt immer vor, auch wenn das Ankaufsrecht erst kurz vor Ablauf der Grundmietzeit bestellt würde.

## 2. Auswirkungen auf sonstige Abreden

Vielfach werden neben Leasingvertrag und Optionsrechtsbestellung noch weitere Abreden getroffen. Ob die Formbedürftigkeit des Optionsrechts auch diese weiteren Abreden erfaßt, kann nicht pauschal beantwortet werden; folgende Fallgruppen sind zu unterscheiden:

### a) Verbindung mit Mobilienleasing

Wie gezeigt<sup>177</sup>, werden Betriebsvorrichtungen, die allenfalls zivilrechtlich, aber nicht steuerrechtlich wesentliche Bestandteile des Leasinggrundstücks sind, nicht durch einen Immobilienleasingvertrag, sondern durch einen Mobilienleasingvertrag mit einem anderen LG abgeschlossen. Nach der Rspr. kann auch dann eine Geschäftseinheit vorliegen, wenn an mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben<sup>178</sup>. Kanzleiter<sup>179</sup> stimmt dieser Prämisse nur in den Fällen zu, in welchen die hinter den Vertragspartnern stehenden Personen auf alle Geschäfte Einfluß nehmen können. An dieser Stelle können die insoweit unterschiedlichen Ansichten dahinstehen, da der Mobilienleasinggeber mit dem Immobilienleasinggeber rechtlich zwar nicht identisch, mit diesem je-

doch regelmäßig konzernrechtlich verbunden ist. Hinter beiden Leasinggebern steht derselbe Initiator, der auf beide LG Einfluß ausübt. Daher ist in diesen Fällen trotz der rechtlich verschiedenen LG die Annahme eines Einheitlichkeitswillens nicht ausgeschlossen.

Ferner ist der LN regelmäßig daran interessiert, die Sachgesamtheit komplett zu erhalten, da die Immobilie ohne die Mobilie und umgekehrt für ihn als Einzelposten keinen Wert hat. Wenn er die Mobilien also nicht konventionell finanziert, sondern sich auch hier zum Leasing entschließt, wird er wohl kaum einen Immobilienleasingvertrag rechtsverbindlich abschließen, wenn nicht auch der Abschluß des Mobilienleasingvertrages gewährleistet ist. Wenn dieser rechtliche Verbindungswille nicht bereits aus der inhaltlichen Ausgestaltung der Verträge deutlich wird, so ergibt er sich spätestens aus der zeitlichen Abfolge der beiden Leasingverträge: üblicherweise werden diese Verträge, wenn sie nicht inhaltlich miteinander verknüpft sind, gleichzeitig abgeschlossen.

Der Verbindungswille zwischen beiden Leasingverträgen erstreckt sich regelmäßig auch auf die eingeräumten Optionsrechte. Beim Andienungsrecht wollen die hinter beiden LG stehenden Initiatoren sowohl die Mobilie als auch die Immobilie zum vorbestimmten Preis „los werden“, um so ihre wirtschaftliche Kalkulation zu erreichen; beim Ankaufsrecht will der LN ebenfalls nur die Sachgesamtheit bestehend aus Mobilie und Immobilie erwerben, da nur beides zusammen für ihn von Nutzen ist. Darüberhinaus erstreckt sich das Optionsrecht bei Betriebsvorrichtungen, die zivilrechtlich wesentliche Bestandteile des Leasinggrundstücks geworden sind, automatisch auch auf die (steuerrechtlichen) Mobilien. Daher ist in den vorgenannten Fällen auch der Mobilienleasingvertrag über den Zusammenhang mit dem Immobilienleasingvertrag und den jeweiligen Optionsrechten mit in den Beurkundungsverbund des § 313 S. 1 BGB einzogen.

### b) Der LN als Generalübernehmer

In vielen Fällen errichtet der LN selbst als Generalübernehmer im Auftrage des LG die Baulichkeiten oder hat die Errichtung aufgrund eines mit dem LG geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages übernommen<sup>180</sup>. Bei diesen Vertragsmodellen kann der LN selbst aktiv Einfluß auf die Organisation der Errichtung nehmen und sein eigenes spezielles Know-how mit in die Herstellung einfließen lassen bzw. aus seiner Sicht bewährte Vertragspartner mit der Errichtung beauftragen. Der LG muß dem LN die Errichtungskosten erstatten und hat ansonsten mit der eigentlichen Errichtung rechtlich nichts zu tun; ferner kann er sich von seinen Gewährleistungspflichten als Vermieter gegenüber dem LN freizeichnen<sup>181</sup>. Nach Graf von Westphalen bilden Geschäftsbesorgungs- bzw. Generalübernehmervertrag einerseits und Leasingvertrag andererseits zumindest aus der Sicht des LG deshalb eine untrennbare rechtliche Einheit, weil kein LG bereit sei, als „Bauherr“ einen Generalübernehmer- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag betreffend die Errichtung des Leasinggegenstandes abzuschließen, bevor nicht der Leasingvertrag, also die Verpflichtung des LN zur entgeltlichen Nutzung, rechtsverbindlich feststehe<sup>182</sup>. Gelangt man in diesem Zusammenhang zu der weiteren Feststellung, daß Leasingvertrag und Optionsrecht andererseits ebenfalls in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang stehen, so überträgt der Leasingvertrag den Formzusammenhang mit dem Optionsrecht auch auf den Generalübernehmer- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag.

Allerdings ist die vorgenannte Auffassung, Generalübernehmer- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag und Leasingvertrag bildeten eine untrennbare rechtliche Einheit, nicht unbestritten<sup>183</sup>.

176 A.A. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1345.

177 S.o. Abschnitt B I 2.

178 BGH, NJW 1976, 1931, 1932; NJW 1989, 898, 899; OLG Hamm, DNotZ 1982, 367.

179 MüKo/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 52.

180 Zur Unterscheidung zwischen Generalübernehmer und Geschäftsbesorger vgl. Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1341 f.

181 S.o. Abschnitt E II 1.

182 Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1344.

183 Dagegen: Fohlmeister in Hagenmüller/Stoppok, Leasing-Handbuch für die betriebliche Praxis, 4. Aufl. 1981, 127, 142, zitiert bei Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1343 f.

Für die notarielle Praxis bedarf die Streitfrage m.E. keiner abschließenden Entscheidung, da der Notar schon in Zweifelsfällen gehalten ist, den Beteiligten den nach den Umständen sichersten Weg zu empfehlen<sup>184</sup>. M.E. kann der Notar – soweit er über die Abreden der Parteien überhaupt vollständig informiert wird – nur raten, (auch) die besonderen bauvertraglichen Abreden, zwischen den Parteien, insbesondere Generalübernehmer- oder Geschäftsbesorgungsverträge mit notariell beurkunden zu lassen. Das gilt m.E. auch für alle anderen Abreden, in denen ein immobilienleasingtypischer wirtschaftlicher Zusammenhang<sup>185</sup> den rechtlichen Zusammenhang indiziert. Folgen die Beteiligten den Vorschlägen des Notars nicht, dann sollte er schon aus Beweisgründen einen ausdrücklichen Belehrungsvermerk nach § 17 II 2 BeurkG in die Urkunde aufnehmen.

#### c) Weitere Abreden zwischen den Parteien

Auch bei sonstigen Abreden der Parteien im Zusammenhang mit der Durchführung des Immobilienleasinggeschäfts ist stets zu prüfen, ob mit dem Leasingvertrag und damit auch mit dem Optionsrecht nach dem erkennbaren Willen zumindest eines Beteiligten ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt. So werben die Immobilienleasinggesellschaften inzwischen mit mannigfältigen zusätzlichen Dienstleistungen<sup>186</sup>, wie beispielsweise Altlasten-Consulting, Planung und Entwicklung von Nutzungs-konzeptionen, Ausarbeitung der steuerrechtlichen Konzeption. Diese zusätzlichen Leistungen werden von den großen Leasingunternehmen oft über eigens hierfür gegründete, konzernrechtlich mit dem LG verbundene Tochter- bzw. Schwester-gesellschaften angeboten. Die Tendenz der Leasingunternehmen ist gerade in Zeiten wachsender Konkurrenz klar: der LN soll von vielen Aufgaben und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Investition entlastet werden, damit er sich in vollem Umfang auf seine originäre Tätigkeit konzentrieren kann<sup>187</sup>. Dieses „Angebot“ der Leasingbranche wird im Umkehrschluß bei vielen LN eine entsprechende Erwartungshaltung hervorrufen; diese wollen dann auch eine komplette Immobilienleasinginvestition einschließlich der angebotenen Dienst- und Werkleistungen „im Paket“ erwerben und kalkulieren die entsprechenden Vorteile wirtschaftlich mit ein. Daher erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß der LN nur dann zum Abschluß eines Immobilienleasingvertrages bereit ist, wenn er auch Zugriff auf die zusätzlichen Dienst- und Werkleistungen des LG bzw. seiner Tochter- und Schwester-gesellschaften erlangt; dies gilt insbesondere dann, wenn die zusätzlichen Leistungen den Wert des Leasinggegenstandes und damit auch den Wert des Optionsrechts erhöhen. Im Zweifel sollte daher der Notar – falls ihm der Abschluß solcher weiteren Vereinbarungen bekannt ist – auch hier den sichersten Weg wählen und den Beteiligten die Beurkundung nahelegen und dieses notfalls durch einen Belehrungsvermerk nach § 17 II 2 BeurkG beweissicher dokumentieren.

#### d) Verträge mit Dritten

Schließt eine der Leasingvertragsparteien im Zusammenhang mit dem Immobilienleasinggeschäft Verträge mit Dritten, die mit keiner Partei verbunden sind, so fehlt es regelmäßig an dem Willen der Vertragsparteien, auch diese weiteren Rechtsgeschäfte als einheitliches Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit dem Immobilienleasing zu behandeln. Insbesondere wenn der LG die Errichtung des Leasingobjekts selbst in die Hand nimmt, muß er als Bauherr die zur Durchführung der Bebauung erforderlichen Drittverträge<sup>188</sup> abschließen, wenn er nicht selbst alle Arbeiten durchführen will oder kann. Zwar findet sich ge-

rade bei Großprojekten in den Immobilienleasingverträgen oftmals ein Passus, wonach der LN alle im Zusammenhang mit der Bebauung vom LG abgeschlossenen Verträge vorab zu genehmigen hat<sup>189</sup> oder daß derartige Verträge im Vorfeld zwischen LG und LN abzustimmen sind. Dieser Umstand reicht nicht aus, um auch derartige Drittverträge in den Beurkundungszusammenhang von Leasingvertrag und Optionsrecht mit einzubeziehen, da die Dritten an den Absprachen zwischen LG und LN nicht beteiligt sind und regelmäßig auch nicht beteiligt sein wollen. Der LG hat die zeitliche Steuerung bzw. rechtliche Ausgestaltung der Drittverträge selbst in der Hand und wird sie erst dann bindend abschließen, wenn der Leasingvertrag mit dem LN abgeschlossen ist. Dem LN kommt es bei dieser Vertragskonstruktion nur darauf an, ein nach seinen Wünschen errichtetes Leasingobjekt zu erhalten; dieses wird durch die im Leasingvertrag vorgesehene Mitsprachemöglichkeit ausreichend sichergestellt. Die danach abgeschlossenen Drittverträge sollen den rechtlichen Bestand des Immobilienleasingvertrages nach dem Willen beider Vertragsparteien grundsätzlich nicht derart berühren, daß alle Verträge miteinander stehen und fallen sollen. Derartige Drittverträge sind daher jedenfalls nicht aus dem Gesichtspunkt der rechtlichen Verbundenheit beurkundungspflichtig.

## II. Optionsrechte an Gesellschaftsanteilen

Werden Optionsrechte an Gesellschaftsanteilen der Objektgesellschaft eingeräumt, so ist die Optionsbestellung gesellschaftsrechtlich grundsätzlich formfrei möglich. Wenn es sich bei der Objektgesellschaft allerdings um eine GmbH<sup>190</sup> handelt, bedarf nach § 15 IV GmbHG die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, der notariellen Beurkundung; dieses Formerfordernis erstreckt sich nach h.M. sowohl auf ein Ankaufsrecht aus einem Vorvertrag<sup>191</sup> als auch auf eine Verpflichtung zur Abnahme eines Geschäftsanteils<sup>192</sup>. Im Gegensatz zu § 313 BGB sind im Rahmen des Formerfordernisses nach § 15 IV GmbHG jedoch nur solche Verträge beurkundungspflichtig, in denen eine Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils unmittelbar enthalten ist; Vereinbarungen, aus denen sich eine derartige Verpflichtung nur mittelbar ergibt, fallen nicht unter den Anwendungsbereich des § 15 GmbHG<sup>193</sup>. Der Grund liegt in einer im Vergleich zu § 313 BGB unterschiedlichen Zweckrichtung. § 15 GmbHG bezweckt nicht etwa, eine leichtfertige Veräußerung von Geschäftsanteilen zu verhindern. Vielmehr soll (lediglich) der leichte und spekulative Handel mit Geschäftsanteilen ausgeschlossen werden; insbesondere sollen die Anteilsrechte nicht wie Aktien in den Börsenverkehr geraten und Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden. Eine ungebundene Umsetzung der Geschäftsanteile von Hand zu Hand soll durch die Form des § 15 GmbHG unmöglich gemacht werden<sup>194</sup>. Angesichts dieser unterschiedlichen Zielsetzungen von § 15 GmbHG einerseits und § 313 BGB andererseits können die vorstehenden Überlegungen zum Formzusammenhang zwischen Optionsrecht am Leasinggegenstand und Leasingvertrag nicht automatisch auf die Optionseinräumung an Gesellschaftsanteilen übertragen werden.

Andererseits vertritt der BGH im Rahmen von § 15 IV 1 GmbHG die Auffassung, nicht nur die Übertragungsverpflichtung als solche sei formbedürftig, sondern es müsse vielmehr die gesamte Vereinbarung, durch die die Übertragungsverpflichtung begründet wird, unter Einschluß aller mit ihr verbundenen Abreden, insbesondere derjenigen über die Gegenleistung, notariell beurkundet werden<sup>195</sup>, bei Nichteinhaltung der

<sup>184</sup> Zuletzt: BGH, NJW 1992, 3237, 3239 m.w.N.

<sup>185</sup> S.o. unter I.

<sup>186</sup> Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 209 ff.

<sup>187</sup> Fohlmeister, a.a.O., 211.

<sup>188</sup> Z. B. Architekten-, Ingenieur-, Bauhandwerkerverträge.

<sup>189</sup> Vgl. z. B. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 §§ 2 und 7 des dortigen Musters.

<sup>190</sup> Üblicherweise werden Objektgesellschaften in Form der GmbH oder (seltener) in Form einer GmbH & Co.KG betrieben, so Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 3 (1); allgemein zur Objektgesellschaft vgl. auch Fohlmeister, a.a.O., 201.

<sup>191</sup> Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl. 1988, § 15 Rd.-Nr. 31; Hachenburg/

Schilling/Zutt, GmbHG, 7. Aufl. 1977, § 15 Rd.-Nr. 31; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 4 (4); Scholz/Winter, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1993, § 15 Rd.-Nr. 54, 57; Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 14. Aufl. 1995, § 15 Rd.-Nr. 14.

<sup>192</sup> Scholz/Winter, § 15 Rd.-Nr. 56; Hachenburg/Schilling/Zutt, a.a.O., § 15 Rd.-Nr. 36.

<sup>193</sup> Vgl. BGHZ 19, 69, 71; Baumbach/Hueck, § 15 Rd.-Nr. 31; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rd.-Nr. 15; Scholz/Winter, § 15 Rd.-Nr. 57.

<sup>194</sup> BGHZ 13, 49, 51 ff.; Hachenburg/Schilling/Zutt, § 15 Rd.-Nr. 9 m.w.N.; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rd.-Nr. 11.

<sup>195</sup> BGH, NJW 1986, 2642 m.w.N.; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rd.-Nr. 17.

Form des § 15 IV GmbHG entspräche es allerdings dem Rechtsgedanken des § 139 BGB, daß dann solche Vereinbarungen wirksam blieben, die für sich allein nicht formbedürftig gewesen wären und von denen anzunehmen ist, daß sie nach dem (mutmaßlichen) Parteiwillen nicht zwingend mit der Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils verbunden sein sollten, sondern auch ohne diese Verpflichtung abgeschlossen worden wären<sup>196</sup>.

In der Praxis kann der Notar angesichts dieser unklaren und mit Wertungsspielräumen versehenen Vorgaben den Beteiligten wohl kaum empfehlen, nur die Optionsrechtseinräumung beurkunden zu lassen, da er angesichts der wirtschaftlichen Zusammenhänge beim Immobilienleasing nicht sicher prognostizieren kann, welche Abreden im Konfliktfall als (noch) im Zusammenhang mit der Geschäftsanteilsabtretung gesehen werden und welche nicht (mehr). Der Notar sollte daher auch im Zusammenhang mit formbedürftigen Optionsrechten an Gesellschaftsanteilen den sichersten Weg wählen und auch den Immobilienleasingvertrag und etwaige weitere Nebenabreden mit beurkunden.

### **III. Zusammenhang mit dem Erwerbsvertrag**

Falls ausnahmsweise zwischen den Vertragsparteien keine Optionsrechte vereinbart werden sollten, kann sich eine Beurkundungspflicht des Leasingvertrages und sonstiger Abreden nur aus einem rechtlichen Zusammenhang mit dem Erwerbsvertrag des Leasinggrundstücks durch den LG ergeben. Die Leasinggesellschaften erwerben fast immer die Leasinggrundstücke erst nach Abschluß des Leasingvertrages. Der Leasingvertrag wird regelmäßig unter der aufschließenden Bedingung des erfolgreichen Erwerbs des Grundstücks durch den LG abgeschlossen oder es werden Rücktritts- oder Kündigungsrechte für den Fall des Scheiterns des Erwerbs eingebaut<sup>197</sup>. Erfolgreicher Grundstückserwerb durch den LG und Immobilienleasingvertrag werden also regelmäßig sachlich miteinander verknüpft. Bei der Frage, ob eine solche sachliche Verknüpfung ausreicht, einen Beurkundungszusammenhang zwischen beiden Verträgen herzustellen, kann wie folgt differenziert werden:

#### **1. Sale-and-lease-back-Verträge**

In den Fällen des sale-and-lease-back sind die Vertragsparteien von Leasingvertrag und Grundstückserwerbsvertrag identisch; beide Parteien können auf den Inhalt aller Abreden unmittelbar Einfluß nehmen und kennen die wirtschaftlichen Hintergründe des von ihnen avisierten „Gesamtgeschäfts“. Sie würden den einen Vertrag nicht ohne den anderen schließen, da das für sie wirtschaftlich keinen Sinn machen würde. Wegen der Personenidentität und des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs ist daher in den Fällen des sale-and-lease-back regelmäßig ein rechtlicher Verbindungswille der Vertragsparteien anzunehmen, so daß sich die Beurkundungspflicht des Grundstückserwerbsvertrages auch auf den Leasingvertrag und sonstige im Zusammenhang stehende Abreden der Vertragsparteien erstreckt.

#### **2. Grundstückserwerbsverträge mit Dritten**

Problematisch sind allerdings die Fälle, in welchen der LG das Leasinggrundstück erst noch von einem Dritten erwerben muß.

##### **a) Mittelbarer Beurkundungszusammenhang**

Zunächst könnte sich die Beurkundungsbedürftigkeit des Leasingvertrages aus dem Gesichtspunkt einer mittelbaren Verpflichtung des LG zum Grundstückserwerb ergeben, also indirekt aus einem Zusammenhang mit dem späteren Grundstücks-

erwerbsvertrag. Nach h.M. in Rspr. und Lit. liegt eine mittelbare Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks dann vor, wenn nach dem Gesamtbild des Vertrages oder den sonstigen Umständen des Falles die Entschließungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten hinsichtlich des Erwerbs oder Nichterwerbs praktisch aufgehoben ist, insbesondere durch ihm auferlegte wirtschaftliche Bedingungen<sup>198</sup>. Regelmäßig bindet sich der LG im Immobilienleasingvertrag weder rechtlich noch wirtschaftlich für den Fall des Scheiterns des Grundstückserwerbs. Insbesondere verpflichtet er sich nicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe oder zu Schadensersatzleistungen an den LN. Die gesetzlichen Schadensersatzansprüche aus Unmöglichkeit der Überlassung des Leasinggrundstücks werden – wie gezeigt – in der Praxis dadurch rechtstechnisch umgangen, daß der Leasingvertrag entweder unter einer aufschließenden Bedingung oder mit einem Rücktritts- oder Kündigungsrecht zugunsten des LG ausgestaltet wird. Oft werden die bis zum Rücktritt oder bis zur Kündigung anfallenden Kosten dem LN vertraglich auferlegt<sup>199</sup>, so daß sich in diesen Fällen keine wirtschaftlichen Nachteile für den LG ergeben; anderenfalls trägt er die mit dem Abschluß des Immobilienleasingvertrages verbundenen Vertragskosten (insbesondere die Kosten einer etwaigen notariellen Beurkundung), etwaige Bereitstellungskosten für bereits georderte Kreditmittel, seinen vorvertraglichen Aufwand und seinen entgangenen Gewinn. Diese wirtschaftlichen Nachteile stellen jedoch für den LG noch keine Zwangslage dar, sondern sind die mit jeder voreiligen Tätigkeit verbundenen kaufmännischen Risiken. Selbst wenn also der LG die vorgenannten Kosten zu tragen hat, stellen diese keine über das Normalmaß hinausgehende wirtschaftliche Zwangslage für den LG dar, erst recht<sup>200</sup> nicht, wenn es sich beim LG um ein Tochterunternehmen einer Großbank handelt. Daher scheidet auch aus dem Gesichtspunkt einer mittelbaren Erwerbsverpflichtung ein Beurkundungszwang für den Leasingvertrag und die sonstigen damit zusammenhängenden Abreden aus.

##### **b) Fehlender personeller Zusammenhang**

Daher kann sich eine Beurkundungspflicht des Leasingvertrages und seiner Nebenabreden nur dann ergeben, wenn Leasingvertrag und zukünftiger Grundstückserwerbsvertrag zwischen LG und Alteigentümer nach dem Willen zumindest eines Vertragsbeteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen.

Nach Kanzleiter<sup>201</sup> ist für eine derartige Annahme eines Einheitlichkeitwillens unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks des § 313 BGB ein zumindest mittelbarer personeller Zusammenhang erforderlich, d. h. daß die hinter den Vertragspartnern stehenden Personen auf alle Abreden Einfluß nehmen können. Diese Voraussetzungen sind hier regelmäßig nicht gegeben, da der Alteigentümer mit den Leasingvertragsparteien in keiner Weise verbunden ist<sup>202</sup> und in aller Regel auf den Inhalt der Leasingabreden keinen Einfluß hat.

Nach der Rspr. ist ein derartiger personeller Zusammenhang dagegen nicht zwingend erforderlich<sup>203</sup>. So sind nach der Rspr. beispielsweise solche Bauträgerverträge beurkundungspflichtig, die über Grundstücke geschlossen werden, welche der Bauträger erst noch von Dritten beschaffen muß<sup>204</sup>. Die Vertragslage beim Immobilienleasing ist m.E. mit der Vertragslage beim Abschluß derartiger Bauträgerverträge vergleichbar, vor allem dann, wenn sich der LG im Leasingvertrag zur Errichtung der Baulichkeiten auf dem Leasinggrundstück verpflichtet hat. Denn der Immobilienleasingvertrag ist wie der Bauträgervertrag nur dann durchführbar, wenn der LG das Eigentum am vorgesehenen Grundstück erworben hat. Ferner will der LG regelmäßig wieder vom Leasingvertrag loskommen, wenn wider Erwarten der avisierte Ankauf des Leasinggrundstücks vom

196 BGH, a.a.O., 2642, 2643.

197 Vgl. z. B. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4, § 112 i.V.m. § 11 II Buchst. a des Musters.

198 Vgl. BGH, NJW 1987, 2071; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 31; Müko/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 35; Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 13.

199 Vgl. z. B. Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4, § 12 I des Musters und Anm. 53 mit Hinweis auf § 10 Nr. 7 AGBG.

200 Stichwort „Peanuts“.

201 Müko/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 52.

202 Ausnahme: sale-and-lease-back, s.o.

203 BGH, NJW 1976, 1931, 1932; NJW 1989, 898, 899; OLG Hamm, DNotZ 1982, 367; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 72; a.A. Müko/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 52.

204 BGH, NJW 1976, 1931, 1932; OLG Hamm, DNotZ 1982, 367.

Alteigentümer scheitern sollte. Im Zweifel sollte der Notar den sichersten Weg wählen und auch in den Fällen, in welchen das Leasinggrundstück vom LG erst noch erworben werden muß, den Leasingvertrag (und die Nebenabreden) beurkunden, und zwar unabhängig davon, ob ein Optionsrecht eingeräumt wird oder nicht<sup>205</sup>. Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn der LG im Zeitpunkt der Beurkundung des Leasingvertrages und seiner Nebenabreden bereits als Eigentümer des Leasinggrundstücks im Grundbuch eingetragen ist, der Grundstückserwerbsvertrag also bereits vollzogen ist.

#### IV. Folgen/Heilung von Formverstößen

Ein Verstoß gegen eine gesetzliche Formvorschrift hat nach § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 139 BGB nicht nur die Unwirksamkeit der Optionsrechtsbestellung, sondern im Zweifel auch die Nichtigkeit aller weiteren im Zusammenhang mit dem gesamten Immobilienleasinggeschäft getroffenen Abreden zur Folge<sup>206</sup>. Insbesondere für ältere, nicht beurkundete Immobilienleasinggeschäfte stellt sich daher die Frage nach Heilungsmöglichkeiten und nach dem Zeitpunkt einer etwaigen Heilung.

##### 1. Formzusammenhang mit Grundstückserwerbsvertrag

Ausgangspunkt ist § 313 S. 2 BGB, dessen Wortlaut auf den typischen durch Auflassung und Eintragung zu erfüllenden Grundstücksübereignungsvertrag zugeschnitten ist<sup>207</sup>. Unmittelbar anwendbar ist die Vorschrift daher in den Fällen, in denen sich die Formbedürftigkeit des Leasingvertrages und der sonstigen Abreden aus einem rechtlichen Zusammenhang mit einem Grundstückserwerbsvertrag ergibt<sup>208</sup>. Mit Auflassung und Eintragung des LG als Eigentümer des Leasinggrundstücks im Grundbuch wird die mangelnde notarielle Form des Leasingvertrages und etwaiger sonstiger Abreden geheilt, da sich die Heilung auf den gesamten Inhalt des Rechtsgeschäfts einschließlich aller Nebenabreden erstreckt<sup>209</sup>.

##### 2. Formzusammenhang mit Optionsrecht

Beim Formzusammenhang mit einem Optionsrecht tritt die Heilung nach dem Wortlaut des § 313 S. 2 BGB ebenfalls erst im Zeitpunkt von Auflassung und Eintragung des Optionsberechtigten im Grundbuch ein. Bei Vorverträgen kommt die h.M. allerdings durch eine analoge Anwendung des § 313 S. 2 BGB schon zu einem früheren Heilungszeitpunkt; danach tritt die Heilung schon mit Abschluß des Hauptvertrages ein<sup>210</sup>. Aber auch dieser vorgezogene Heilungszeitpunkt tritt beim Immobilienleasing regelmäßig erst nach Jahrzehnten ein, da der Hauptvertrag aus dem Optionsrecht erst relativ kurz vor Ablauf der Grundmietzeit zwischen den Parteien geschlossen wird. Bis dahin sind die Abreden der Parteien schwiegend unwirksam.

##### 3. Formzusammenhang sowohl mit Erwerbsvertrag als auch mit Optionsrecht

Stehen Leasingvertrag und etwaige sonstige Abreden sowohl mit einem noch abzuschließenden Grundstückserwerbsvertrag als auch mit einem Optionsrecht in einem untrennbarer rechtlichen Zusammenhang, stellt sich die Frage, ob die formlich-typischen Rechtsgeschäfte bereits mit Erfüllung des Erwerbsvertrages geheilt werden oder ob eine endgültige Heilung erst mit Abschluß des Hauptvertrages eintritt. Beide Zeitpunkte können beim Immobilienleasing u. U. um Jahrzehnte auseinanderliegen, da der Erwerb des Leasinggrundstücks durch den LG ziemlich zu Anfang des Vertragsverhältnisses vollendet wird, der Abschluß des Hauptvertrages aus dem Optionsrecht jedoch regelmäßig erst gegen Ende der Grundmietzeit erfolgt.

Nach dem BGH gibt es keinen allgemeinen Grundsatz des Inhalts, daß immer dann, wenn die Durchführung eines unter § 313 BGB fallenden formlos abgeschlossenen Vertrages mehrere Übereignungen erfordert, schon der Vollzug einer dieser Übereignungen genügt, den Vertrag auch hinsichtlich weiterer Übereignungspflichten wirksam zu machen<sup>211</sup>. Die Rspr. hat nur ausnahmsweise eine sofortige Heilungswirkung anerkannt, und zwar bei Verpflichtungen zur Rückübereignung, soweit sie nicht weiter reichen als der Gegenstand der Veräußerung<sup>212</sup>. Diese Ausnahmevoraussetzungen liegen beim Immobilienleasing regelmäßig nicht vor, da die Optionsrechte nicht einem bloßen Rückerwerb des LN dienen, sondern nur dann wirksam ausgeübt werden können, wenn vorher das gesamte Leasinggeschäft vollständig durchgeführt worden ist; der Gegenstand der Optionsrechte reicht also viel weiter als der Gegenstand des Grundstückserwerbsvertrages. Leasingvertrag und sonstige Abreden enthalten demzufolge durch den Formzusammenhang mit den Optionsrechten einen weiteren selbständigen Formgrund, dessen Heilungsvoraussetzungen ebenfalls vorliegen müssen<sup>213</sup>. Daher tritt in diesen Fällen die endgültige Heilung der formunwirksamen Abreden erst im Zeitpunkt der Heilung des letzten verbundenen Rechtsgeschäfts ein, beim Immobilienleasing also regelmäßig erst mit Abschluß des Hauptvertrages aus dem Optionsrecht.

#### V. Praktische Konsequenzen

In der Praxis wird es vielfach vorkommen, daß der Notar den Beteiligten den sichersten Weg vorschlagen und die notarielle Beurkundung aller im Zusammenhang mit dem Immobilienleasing getroffenen Vereinbarungen empfehlen wird. Um diese Empfehlung beweissicher zu dokumentieren, könnte der Notar folgenden Hinweis in die Urkunde aufnehmen:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, daß alle in rechtlichem Zusammenhang mit der heutigen Beurkundung stehenden Abreden beurkundungspflichtig sind. Nebenabreden außerhalb dieser Urkunde können zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen; die Beteiligten erklären in diesem Zusammenhang, daß insoweit keine weiteren Nebenabreden außerhalb dieser Urkunde bestehen.“

#### G. Besondere Risiken der Vertragsparteien

Mit einem Immobilienleasingvertrag sind bestimmte rechtliche und wirtschaftliche Risiken verbunden, die auf den ersten Blick nicht aus der Vertragsurkunde ersichtlich werden. Der mit einer Beurkundung betraute Notar sollte diese Risiken kennen, um entscheiden zu können, ob und ggf. in welchem Umfang er im Einzelfall seine Belehrungs- und Betreuungspflichten<sup>214</sup> gegenüber den Beteiligten wahrzunehmen hat.

##### I. Gemeinsame Risiken von LG und LN

Falls die Parteien – was regelmäßig beim (Immobilien-) Leasing der Fall ist – mit dem Vertrag bestimmte steuerrechtliche Folgen erreichen wollen, besteht für beide Parteien die Gefahr einer späteren Änderung des Steuerrechts. Dieses ansonsten allgemeine (Lebens-)Risiko ist beim Immobilienleasing deshalb erwähnenswert, weil die derzeitige steuerrechtliche Einordnung dieser Verträge in wesentlichen Teilen nicht etwa durch Rechtsnormen, sondern durch reine Verwaltungsvorschriften, nämlich durch Erlasse des BMF erfolgt<sup>215</sup>. Solche Verwaltungsvorschriften binden grundsätzlich nur die nachgeordneten Behörden und nicht etwa Gerichte und Steuerpflichtige; sie begründen –

205 So auch im Ergebnis Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1346.

206 Vgl. Stolterfoht, a.a.O., Form II, 4 Anm. 4 (3); ähnlich Graf von Westphalen, a.a.O., Rd.-Nr. 1343 ff.

207 Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 52.

208 S.o. unter II.

209 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 55; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 107; Staudinger/Wufka, § 313 Rd.-Nr. 231.

210 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 52; Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 104;

Stolterfoht, a.a.O., Form II, 4 Anm. 4 (3); differenzierend: MüKo/Kanzleiter, § 313 Rd.-Nr. 79.

211 BGH, DNotZ 1973, 286, 288.

212 Vgl. BGH, a.a.O.; NJW 1975, 205, 206; Palandt/Heinrichs, § 313 Rd.-Nr. 55.

213 Vgl. Soergel/Wolf, § 313 Rd.-Nr. 107; Backhaus, JuS 1985, 512, 513 f.

214 Zu den Belehrungs- und Betreuungspflichten vgl. Haug, Die Amtshaftung des Notars, München 1989, Rd.-Nr. 446 ff., 454 ff.

215 Vgl. die oben genannten Erlasse des BMF.

vom Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung abgesessen – auch keine Rechte und Pflichten für die Steuerpflichtigen und können jederzeit vom BMF selbst oder durch den Gesetzgeber geändert oder modifiziert werden<sup>216</sup>. So wurde beispielsweise die jahrelange Teilmortisationspraxis auf dem Immobilienleasingsektor erst vor kurzem durch den (neuen) Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991 wesentlich modifiziert. Einen rechtsstaatlichen Anspruch auf Vertrauenschutz in den Be-stand einer bisherigen Verwaltungspraxis haben die Beteiligten allenfalls für die Vergangenheit, nicht jedoch für die Zukunft. Und Zukunft heißt in diesem Zusammenhang: bereits für die nach der Änderung fällig werdenden Leasingraten gilt die neue Rechtslage und nicht etwa für erst nach der Änderung abgeschlossene Neuverträge. Das ergibt sich einkommensteuerrechtlich schon aus dem Jahressteuerprinzip (§§ 2 VII 1; 36 I EStG) und allgemein für das Steuerrecht aus dem Rechtsge-danken des § 176 AO<sup>217</sup>. Zwar hat die Finanzverwaltung auf dem Immobilienleasingsektor in der Vergangenheit – soweit er-sichtlich – Änderungen ihrer Verwaltungspraxis mit recht moderaten Übergangsregelungen versehen<sup>218</sup>; ein Rechtsanspruch besteht hierauf allerdings ebensowenig wie darauf, daß der Ge-setzgeber den status quo beibehält<sup>219</sup>. Angesichts der langen Laufzeit von Immobilienleasingverträgen kann eine Änderung des Steuerrechts daher für beide Vertragsparteien – vom be-sonderen Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einmal abgesehen – mit erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen verbunden sein<sup>220</sup>, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht absehbar sind.

## II. Risiken des LG

### 1. Insolvenzrisiko des LN

Hauptrisiko des LG ist das Risiko der Insolvenz des LN. Dieses Risiko ist dem LG regelmäßig bewußt, und er versucht es dadurch zu minimieren, daß er hohe Anforderungen an die Aus-wahl des Leasingobjektes stellt; es muß vor allem gut wiederverwertbar sein, also über eine gute Fungibilität verfügen<sup>221</sup>. Ferner akzeptieren die LG in aller Regel nur LN mit ausgezeichneter Bonität, die sie sich nach banküblichen Kriterien nachweisen las-sen<sup>222</sup> und oftmals zur Vertragsgrundlage machen.

### 2. Altlastenrisiko

Der LG ist als Eigentümer des Leasingobjektes nach den einschlägigen ordnungsrechtlichen Bestimmungen Zustandsstörer im Hinblick auf solche Gefahren, die von dem Leasingobjekt ausgehen. Diese Zustandshaftung besteht verschuldensunab-hängig, so daß der LG als Zustandsstörer auch für Naturereignisse, Zufall und sonstige höhere Gewalt haftet, so auch beispielsweise für einen auf dem Grundstück verunglückten Tanklastzug<sup>223</sup>. Soweit die Gefahr auf ein Verhalten des LN, insbesondere auf die Nutzung des Leasinggegenstandes durch den LN zurückzuführen ist, ist der LN Verhaltensstörer, der LG bleibt aber daneben Zustandsstörer. Die Auswahl eines von mehreren Störern durch die zuständige Behörde steht in deren pflichtgemäßem Ermessen. Der alte Grundsatz, den Verhal-tensstörer vor dem Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen, ist inzwischen derart durchlöchert<sup>224</sup>, daß eine Inanspruchnahme des Zustandsstörers beispielsweise schon dann gerechtfertigt ist, wenn der Verhaltensstörer keine Gewähr dafür bietet, daß er die Gefahr unverzüglich beseitigen wird, etwa weil seine per-sönliche und sachliche Leistungsfähigkeit zweifelhaft ist<sup>225</sup>.

Das Risiko des LG, als Zustandsstörer in Anspruch genommen zu werden, ist je nach Art der Nutzung des Leasinggegenstan-

des und Solvenz des LN sicherlich unterschiedlich zu bewer-ten; fest steht jedoch, daß es der LG mit rechtlichen Mitteln, insbesondere durch vertragliche Vereinbarungen mit dem LN nicht beseitigen kann. Er kann allenfalls versuchen, es ggf. über eine sog. „Restrisikoversicherung“ oder „all-risk-Ver-sicherung“<sup>226</sup> aufzufangen oder zu reduzieren, soweit derartige neue Versicherungsprodukte diese Risiken überhaupt mit ver-sichern.

## III. Risiken des LN

### 1. Insolvenzrisiko des LG

Der LN trägt umgekehrt das Insolvenzrisiko des LG. Dieses Risiko kann sich aus mehreren Umständen ergeben:

#### a) Finanzierungsgrundpfandrechte des LG

Die großen Leasinggesellschaften finanzieren ihre Leasingob-jekte in der Regel durch Darlehensaufnahme bei den eigenen Mutterbanken<sup>227</sup>. Die Darlehensforderungen werden durch erst-rangige Grundpfandrechte auf dem Leasingobjekt abgesichert. Im Falle einer Insolvenz des LG droht die Zwangsversteigerung aus den Grundpfandrechten mit der Folge eines relativ kur-zfristigen Sonderkündigungsrechts des Erstehers nach § 57a ZVG<sup>228</sup>.

Soweit es sich bei den Sicherungsgrundpfandrechten um Grundschulden handelt, besteht die allgemein mit Grundschulden verbundene Gefahr einer jederzeitigen Neuvalutierung durch den LG. Das kann dazu führen, daß im Falle einer Insol-venz des LG im Zeitpunkt der Ausübung eines Ankaufsrechts die Lastenfreistellung des Leasingobjektes nicht gewährleistet ist, obwohl der LN die erforderlichen Finanzmittel in Form der Leasingraten und Mietvorauszahlungen dem LG zur Verfügung gestellt hat.

Schließlich können in der Praxis – je nach LG – die im Zusam-menhang mit Grundschulden abgegebenen Sicherungs-zweckerklärungen derart weit gefaßt sein, daß durch die Grundschulden nicht nur die konkreten Finanzierungsdarlehen, sondern alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Kreditinstituts gegen den LG durch die Grundschulden abge-sichert werden.

#### b) Mehrere Leasingobjekte

Hält der LG mehrere Leasingobjekte in einer Objektgesell-schaft, die an unterschiedliche LN verleast sind, so kommt es zu einer Vermengung von objektbezogenen Risiken auf seiten des LG. So können finanzielle Einbußen bzw. Verpflichtungen des LG aus anderen Leasingverträgen auf das Leasingobjekt in der Weise durchschlagen, daß Gläubiger des LG entweder dessen Anspruch gegen den LN auf Zahlung der einzelnen Leasingraten pfänden und sich zur Einziehung überweisen las-sen oder aber sofort in den Leasinggegenstand vollstrecken. Gerade im zuletzt genannten Fall droht bei gut fungiblen Lea-singobjekten eine Zwangsversteigerung oder eine freiwillige Veräußerung durch den Konkursverwalter mit der Folge des § 57a ZVG<sup>229</sup>.

#### c) Ankaufsrecht an Gesellschaftsanteilen

Wird dem LN lediglich ein Ankaufsrecht an Geschäftsanteilen der Objektgesellschaft eingeräumt, so trägt er das Insolvenz-ri-siko des die Gesellschaftsanteile haltenden Leasingunterneh-mens, da Gläubiger des Leasingunternehmens jederzeit in die Gesellschaftsanteile vollstrecken können.

216 Vgl. zur Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht Tipke/Lang, 14. Auflage 1994, § 5 Rd.-Nr. 25.

217 Vgl. allgemein zur Rückwirkung von Verwaltungsvorschriften: Tipke/Lang, a.a.O., § 4 Rd.-Nr. 181, 179.

218 Vgl. die Übergangsregelung im Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991, wo-nach der Erlaß erstmals für Immobilienleasingverträge anzuwenden war, die nach dem 31. 1. 1992 abgeschlossen wurden.

219 Vgl. zur Änderung des Steuerrechts auch Städler, DB 1994 Beilage 6, 4.

220 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 189.

221 Einzelheiten siehe bei Fohlmeister, a.a.O., 188 f.

222 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 187 f.; Koeble/Mechssner, a.a.O., Rd-Nr. 12.

223 Schürmann, MittRhNotK 1994, 1, 7.

224 Schürmann, a.a.O., 1, 9.

225 Schürmann, a.a.O., 1, 9 m.w.N.

226 Vgl. Stinner, Handelsblatt vom 27. 4. 1993, Seite B 8.

227 Vgl. Feinen, BB 1994 Beilage 6, 1, 2; Fohlmeister, a.a.O., 196 mit weiteren Einzelheiten zum Refinanzierungsablauf.

228 S.o.

229 S.o.

#### IV. Konsequenzen für die Praxis

In der Praxis kann im Zusammenhang mit den oben beschriebenen Risiken die Frage nach alternativen Vertragsgestaltungen oder entsprechenden Sicherungsmöglichkeiten auftauchen. Mittels vertraglicher Gestaltung könnten folgende Risiken aufgefangen oder zumindest reduziert werden:

##### 1. Sicherungsmöglichkeiten des LG

In der Praxis wird das Insolvenzrisiko für den LG dadurch reduziert, daß er von den Mutter- und Schwestergesellschaften des LN – soweit vorhanden – zusätzlich eine Patronatserklärung oder eine Mieteintrittsverpflichtung verlangt<sup>230</sup>. Durch eine Patronatserklärung verpflichtet sich die Muttergesellschaft gegenüber dem LG, ihre Tochtergesellschaft derart liquide zu erhalten, daß diese den finanziellen Verpflichtungen aus dem Immobilienleasingvertrag stets nachkommen kann<sup>231</sup>. Bei der Mieteintrittsverpflichtung verpflichtet sich ein Konzernunternehmen, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (z. B. Konkurs des LN, erheblicher Zahlungsverzug) anstelle oder neben dem LN auf Verlangen des LG in den Leasingvertrag einzutreten<sup>232</sup>. Auch hinter dem LN stehende natürliche Personen (z. B. dessen Gesellschafter) können solche bürgschaftähnlichen<sup>233</sup> Erklärungen abgeben.

##### 2. Sicherungsmöglichkeiten für den LN

###### a) Außergrundbuchliche Absicherungen

Auch aus der Sicht des LN kommt je nach Bonität und Vertrauenswürdigkeit des Leasingunternehmens in Betracht, vom Leasingunternehmen eine Patronatserklärung für die Objektgesellschaft zu verlangen. Denn die Objektgesellschaft als rechtlicher LG ist regelmäßig nur mit einem Mindestmaß an Kapital ausgestattet<sup>234</sup>. So verlangen beispielsweise auch die Refinanzierungsbanken des LG von der Muttergesellschaft häufig entweder den Abschluß eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, soweit es sich beim LG um eine GmbH handelt<sup>235</sup>, oder die Abgabe einer Patronatserklärung<sup>236</sup>. In der Praxis begnügen sich die LN bei absolut vertrauenswürdigen Leasingunternehmen auch mit einer Einstandsverpflichtung des Leasingunternehmens für einen ordnungsgemäßen Geschäftsablauf bei der Objektgesellschaft.

Theoretisch ist als alternatives Sicherungsmittel zu den vorgenannten bürgschaftähnlichen Erklärungen noch die Abgabe einer unmittelbaren Bürgschaftserklärung durch das Leasingunternehmen zu nennen; dieses ist aber in der Praxis unüblich.

###### b) Vormerkung

Soweit für den LN am Ende der Grundmietzeit ein Ankaufsrecht vereinbart ist, wird dieses regelmäßig durch eine Auflassungsvormerkung zugunsten des LN im Grundbuch gesichert. Ob eine solche Vormerkung den LN vor einer Insolvenz des LG während der Grundmietzeit schützen kann, erscheint allerdings fraglich. Denn im Falle eines Konkurses des LG findet auf den Leasingvertrag, auch wenn eine Kaufoption vereinbart ist, nicht § 17 KO, sondern grundsätzlich § 19 KO Anwendung<sup>237</sup>. Allerdings könnte die Vormerkung bewirken, daß § 24 KO, insbesondere § 24 S. 2 KO, eingreift. Das ist jedoch zumindest unsicher. Denn § 24 S. 2 KO regelt in Anlehnung an § 17 KO nur den Fall, daß der Vormerkungsschutz auch dann eingreift, wenn der Gemeinschuldner dem Gläubiger gegenüber weitere Verpflichtungen übernommen hat und diese nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Die Vorschrift setzt also ein nach wie vor bestehendes Schuldverhältnis voraus. § 19 KO ermöglicht es

dagegen dem Konkursverwalter, durch Kündigung das zugrunde liegende Rechtsverhältnis, nämlich den Leasingvertrag, zu beenden, so daß § 24 S. 2 KO jedenfalls nicht direkt einer Anwendung des § 19 KO entgegensteht. Ob die zum Verhältnis von § 17 KO und § 24 KO aufgestellten Grundsätze<sup>238</sup>, wonach § 24 KO grundsätzlich dem § 17 KO vorgeht, auf § 19 KO und die typische Fallkonstellation beim Immobilienleasing übertragbar sind, ist zweifelhaft, da die Ausübung des Optionrechts und der vereinbarte Ankaufspreis gerade durch die vollständige Durchführung des Leasingvertrages in der Grundmietzeit (aufschließend) bedingt sind. Eine Anwendung des § 24 KO würde im Ergebnis dazu führen, daß auch der Leasingvertrag zumindest wirtschaftlich weiter durchgeführt werden müßte, um den Bedingungseintritt für die Ausübung des Optionsrechts zu ermöglichen. So weit geht jedoch der Schutzzweck des § 24 KO nicht; er bezieht sich nur auf den mit dem Optionsrecht begründeten Anspruch auf Eigentumsübertragung, nicht jedoch auf sonstige Verpflichtungen<sup>239</sup>, also auch nicht auf die (wirtschaftliche) Durchführung des Leasingvertrages während der Grundmietzeit. Mit Wirksamwerden der Kündigung des Leasingvertrages steht vielmehr definitiv fest, daß der durch die Vormerkung gesicherte (künftige) Anspruch nicht mehr entstehen kann, da die Bedingung für dessen Entstehen wegen Wegfalls des Leasingvertrages nicht mehr eintreten kann. Die Vormerkung fällt vielmehr mangels gesicherten Anspruchs in sich zusammen.

Der LN könnte sich vor diesen Unsicherheiten dadurch schützen, daß er sich nicht nur ein Ankaufsrecht für die Zeit nach Ablauf der Grundmietzeit, sondern auch ein Ankaufsrecht für den Fall des Konkurses des LG oder für den Fall der Zwangsvollstreckung in den Leasinggegenstand einräumen läßt. Ob als Ankaufspreis dann der jeweilige (Rest-)Buchwert des Leasinggegenstandes beim LG im Zeitpunkt des Konkurses wirksam (zu Lasten der übrigen Konkursgläubiger) vereinbart werden kann, erscheint unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung zumindest zweifelhaft; um hier sicher zu gehen, sollte daher – zumindest hilfsweise – als Ankaufspreis der Verkehrswert des Leasingobjektes im Zeitpunkt des Konkurses vereinbart werden.

Die Einräumung eines so ausgestalteten Ankaufsrechts entschärft auch das kontrovers diskutierte Problem, ob sich der Schutz des § 24 KO wegen §§ 3, 15 KO überhaupt auf künftige Ansprüche erstrecken kann<sup>240</sup>, denn bei der hier vorgeschlagenen Vertragsgestaltung entsteht der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bereits mit der Eröffnung des Konkursverfahrens und nicht erst danach.

###### c) Beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Wird dem LN kein durch eine Vormerkung gesichertes Recht eingeräumt (z. B. bei einer Mietverlängerungsoption), fragt es sich, ob er zumindest seine langfristigen Besitzrechte aus dem Immobilienleasingvertrag konkurs- und zwangsversteigerungsfest im Grundbuch absichern kann. In der gewerblichen Mietpraxis wird hierzu gelegentlich eine beschränkte persönliche (Nutzungs-)Dienstbarkeit zugunsten des Mieters bestellt<sup>241</sup>. Diese Sicherungsmöglichkeit kann auch auf das Immobilienleasing übertragen werden. Dabei ist u. a. zu berücksichtigen, daß mittels Dienstbarkeiten nur Nutzungsrechte „in einzelnen Beziehungen“ eingeräumt werden können, dem Eigentümer also daneben noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks verbleiben muß<sup>242</sup>; ein umfassendes Nutzungsrecht könnte nur über einen Nießbrauch abgesichert werden, der jedoch im Hinblick auf das wirtschaftliche Eigentum beim Immobilienleasing steuerschädlich sein dürfte. Daher sollte eine dem

230 Fohlmeister, a.a.O., 196 f.

231 Fohlmeister, a.a.O., 197; vgl. auch Larenz/Canaris, a.a.O., § 64 V, S. 82.

232 Fohlmeister, a.a.O., 197.

233 Vgl. Larenz/Canaris, a.a.O., § 64 V, S. 83.

234 Stolterfoht, a.a.O., Form II, 4 Anm. 3 (1).

235 Dann haftet die Muttergesellschaft analog § 302 AktG.

236 Stolterfoht, a.a.O., Form II, 4 Anm. 3 (1).

237 Vgl. BGH, NJW 1978, 1383.

238 Einen Kurzüberblick bietet Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl.

1993, Rd.-Nr. 1533.

239 So BGH DNotZ 1981, 556, 558 = NJW 1981, 991 für die Gebäudeerstellung im Zusammenhang mit einem Bauträgervertrag.

240 Einen Vormerkungsschutz künftiger Ansprüche nach § 24 KO bejahen Allerkamp, MittRhNotk 1981, 55, 58; Staudinger/Gursky, 12. Auflage, § 883 Rd.-Nr. 196, jeweils mit einem Überblick über den Meinungsstand; Denck, NJW 1984, 1009, 1012 f.

241 Einen Beispielfall behandelt das BayObLG, MittBayNot 1990, 41 m.w.N.

242 BayObLG, a.a.O., 41.

LN eingeräumte beschränkte persönliche Dienstbarkeit das Nutzungsrecht konkret bezeichnen und ggf. sogar den Nutzungsumfang im Vergleich zum Leasingvertrag reduzieren<sup>243</sup>, um so zumindest die wesentlichen Nutzungsrechte abzusichern.

Die Dauer der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann über eine Bedingung vom Bestehen eines schuldrechtlichen Vertrages abhängig gemacht werden<sup>244</sup>. Dadurch werden auch Mietverlängerungsoptionen im Falle ihrer Ausübung automatisch in den Schutzumfang der Dienstbarkeit einbezogen. Um eine konkurs- und zwangsversteigerungsfeste Absicherung zu erhalten, sind jedoch die Sonderkündigungsrechte nach § 19 KO und 57a ZVG zu beachten, die im Falle der Ausübung zum Wegfall des Vertrages führen; wenn dann keine besondere Regelung getroffen wurde, fällt mit Wirksamwerden der Sonderkündigung auch die Dienstbarkeit in sich zusammen. Daher könnte in bezug auf die Dauer der Dienstbarkeit etwa wie folgt formuliert werden:

„(beschränkte persönliche Dienstbarkeit) . . . Die Dienstbarkeit besteht solange, wie ein Leasingvertrag für das oben näher bezeichnete Grundstück besteht. Eine Beendigung des Leasingvertrages im Wege eines Sonderkündigungsrechts nach §§ 19, 21 IV KO und/oder § 57a ZVG lässt den Bestand der Dienstbarkeit allerdings unberührt und führt nicht zu deren Wegfall. In diesen Fällen endet die Dienstbarkeit erst zu dem Zeitpunkt, zu welchem die ordentliche Kündigung nach dem weggefalloenen Leasingvertrag frühestens möglich gewesen wäre.“

Probleatisch ist ferner, Zahlungsverpflichtungen des Dienstbarkeitsberechtigten als Inhalt der Dienstbarkeit zu vereinbaren; grundsätzlich können Leistungen nicht Inhalt von Dienstbarkeiten sein, es sei denn, es handelt sich um sogenannte (untergeordnete) Nebenpflichten<sup>245</sup>. Um hier schwierigen Abgrenzungsfragen zu entgehen, kann man den Fortbestand der Dienstbarkeit selbst oder die Ausübung der Dienstbarkeit an die aufschiebende oder auflösende Bedingung der Zahlung bestimmter Geldbeträge durch den Dienstbarkeitsberechtigten knüpfen<sup>246</sup>. So könnte man etwa formulieren:

„Bleibt die Dienstbarkeit trotz Wegfalls des Leasingvertrages weiter bestehen, ist die Ausübung durch den Berechtigten vom Zeitpunkt des Wegfalls an aufschiebend bedingt durch die Zahlung eines monatlichen, im voraus zu entrichtenden Nutzungsentsgelts, welches in der Höhe dem Mietzins des weggefalloenen Leasingvertrages zu entsprechen hat.“

#### d) Vorrang

In der Praxis verlangen die Refinanzierungsgläubiger des LG erstrangige Sicherheiten, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der Refinanzierungsbank um die Muttergesellschaft des LG handelt oder nicht. Um diese erstrangigen Sicherheiten bestellen zu können, vereinbart der LG mit dem LN daher in aller Regel, daß der LN mit den zu seinen Gunsten einzutragenden Rechten im Range hinter die vom LG zum Zwecke der Finanzierung aufzunehmenden Grundpfandrechte (ggf. bis zu einem bestimmten Nennbetrag) zurückzutreten hat. Durch diesen Rangrücktritt verliert der LN gegenüber den vorrangig gesicherten Grundpfandgläubigern allerdings seine konkurs- und insolvenzfeste Rechtsposition.

Das Verlangen nach erstrangigen Sicherheiten erscheint auf den ersten Blick dann verwunderlich, wenn die eigenen Mutterbanken des LG die Finanzierungsmittel bereitstellen. Denn wer anders als die eigene Muttergesellschaft kann auf die zukünftige und dauernde Solvenz des LG vertrauen? Als Gegenargument wird gelegentlich vorgebracht, es stünde keinesfalls fest, daß die Mutterbank über die gesamte Vertragslaufzeit hinweg die Finanzierung übernehme. Falls am Kapitalmarkt günstigere Konditionen (z. B. wegen besonderer Beziehungen des LN zu

einem bestimmten Kreditinstitut) als bei den Mutterbanken des LG angeboten würden, würden die Refinanzierungskredite auf Wunsch des LN auch bei Konkurrenzbanken aufgenommen; um hierfür ausreichend flexibel zu bleiben, benötigt man vorrangige Grundbuchpositionen. Dafür reicht jedoch auch ein Rangrücktritt des LN zu gegebener Zeit, den dieser – wenn für ihn günstig – im Zweifel auch erklären wird. Der Grund für das Verlangen nach erstrangigen Sicherheiten dürfte wohl eher darin liegen, daß sich die Kreditgeber ihrerseits mit erstrangigen Sicherheiten besser refinanzieren können und damit ihre im Wirtschaftsleben erforderliche Flexibilität nicht aufgeben oder einschränken müssen.

Bei vorrangigen Grundschulden ist ferner mangels Akzessorietät nicht gewährleistet, daß damit ausschließlich die zur Refinanzierung aufgenommenen Darlehen abgesichert werden; ferner ist eine Neuvalutierung nicht sicher ausgeschlossen. Der LN kann dieses Risiko theoretisch dadurch reduzieren, indem er nur *Hypotheken* den Rang vor seinen im Grundbuch einzutragenden Rechten einräumt; Hypotheken werden allerdings in der Kreditpraxis so gut wie nicht mehr akzeptiert. Um die insoweit bestehenden Risiken für den LN zu reduzieren, wird in der Immobilienleasingpraxis mitunter vereinbart, daß der LG dem LN regelmäßig die entsprechende Tilgung der durch die vorrangigen Grundschulden gesicherten Darlehen nachzuweisen hat; gelegentlich verpflichtet sich der LG gegenüber dem LN mit rein schuldrechtlicher Wirkung auch dazu, die Refinanzierungsgrundschulden nicht neu zu valutieren.

#### e) Gesellschaftsvertragliches Einziehungsrecht

Hat der LG dem LN ein Ankaufsrecht an den Gesellschaftsanteilen der das Leasingobjekt haltenden Objektgesellschaft eingeräumt und ist der LN gleichzeitig Mitgesellschafter dieser Objektgesellschaft, so kann sich der LN vor einer Vollstreckung in die Gesellschaftsanteile des Leasingunternehmens dadurch schützen, daß ihm im Falle der Pfändung von Gesellschaftsanteilen eines Mitgesellschafters ein Einziehungsrecht an den betroffenen Anteilen eingeräumt wird.

#### 3. Hinweise/Belehrungen des Notars

Sämtliche aufgezeigten Risiken zeigen, daß ein Immobilienleasinggeschäft für alle Beteiligten mit erheblichen Risiken verbunden ist. Insbesondere im Hinblick auf die lange Vertragslaufzeit ist die Eingehung eines solchen Vertrages letztlich Vertrauenssache<sup>247</sup>, und zwar auch in bezug auf die Auswahl der Vertragspartner. Ob überhaupt, und wenn ja, in welchem Umfang der Notar die Beteiligten in diesem Zusammenhang zu belehren hat, ist daher eine Frage des konkreten Einzelfalles. In der Regel sind die Beteiligten eines Immobilienleasingvertrages schon angesichts der Höhe des Investitionsvolumens geschäftlich erfahrene Kaufleute, die die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken des abzuschließenden Vertrages bereits im Vorfeld der Beurkundung möglicherweise sogar mit eigenen Beraterstäben geprüft und abgewogen haben. Hier muß der Notar davon ausgehen, daß alle Beteiligten die mit dem Immobilienleasinggeschäft verbundenen Risiken kennen und bewußt eingehen (wollen). In diesen Fällen braucht der Notar die Beteiligten überhaupt nicht zu belehren und darf allenfalls auf die Gefahren der von den Beteiligten gewollten Rechtsgestaltung hinweisen. Schlägt er in diesen Fällen von sich aus alternative Gestaltungen oder Sicherungsmöglichkeiten vor, kann er in Konflikt mit seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit kommen<sup>248</sup>.

Mitunter drängt sich in der notariellen Praxis bei Immobilienleasingverträgen allerdings der Verdacht auf, daß sich eine oder beide Parteien über die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken des Geschäfts nicht im klaren sind, etwa weil sie das Immobilienleasinggeschäft noch nicht lange oder sogar zum ersten Mal betreiben. Oft kommt in diesen Fällen eine zumindest zwei-

243 Z. B. die Ausübung der Nutzung auf bestimmte Teile des Leasinggrundstücks beschränken oder nur einzelne Nutzungsarten (z. B. als Büro, als Warenhaus) zulassen.

244 Vgl. BayObLG, a.a.O., 41, 42.

245 Vgl. Amann, Beck'sches Notarhandbuch, A VII Rd.-Nr. 24 ff.

246 Vgl. Amann, a.a.O., Rd.-Nr. 28; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 1149, 1160.

247 Vgl. Fohlmeister, a.a.O., 184.

248 Vgl. Reithmann in Reithmann/Röll/Geßele, a.a.O., Rd.-Nr. 140.

felhafte Bonität eines oder beider Parteien hinzu und gerade bei wirtschaftlich angeschlagenen Leasingnehmern ist der avierte Vertrag oft der „letzte Rettungsanker“, insbesondere wenn sie zuvor bei Banken und anderen Immobilienleasingunternehmen durch deren Bonitätsprüfung gefallen sind<sup>249</sup>. Derartige LN geraten wiederum oft an solche LG, die ihrerseits ein „Schattendasein“ hinter den seriösen Immobilienleasingunternehmen führen und denen es erkennbar sowohl an einem entsprechenden Know how als auch an einer entsprechenden professionellen Organisation fehlt; auch sind die Refinanzierungswege solcher LG häufig undurchsichtig und zweifelhaft. Für den mit einer Beurkundung beauftragten Notar ergibt sich in einer solchen Situation das Dilemma<sup>250</sup> der Entscheidung zwischen Belehrungspflicht auf der einen Seite und Pflicht zur Unparteilichkeit auf der anderen Seite. Unstetig ist er befugt, auf die Gefahren der von den Beteiligten gewollten Rechtsgestaltung hinzuweisen<sup>251</sup> und sollte dieses in derartigen Fällen schon aus Beweisgründen durch einen entsprechenden Belehrungsvermerk tun. In krassen Ausnahmefällen<sup>252</sup> ist er darüber hinaus berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet, von sich aus alternative Gestaltungen oder Sicherungsmöglichkeiten vorzuschlagen, ohne seine Pflicht zur Unparteilichkeit zu verletzen.

## H. Notarkosten

Soweit einer Vertragspartei ein Ankaufs- oder Andienungsrecht am Leasinggegenstand eingeräumt wird und nur dieses Optionsrecht beurkundet wird, entsteht eine 20/10 Gebühr nach § 36 II KostO. Der Wert richtet sich nach dem Geschäftswert des endgültigen Vertrages, also nach dem zukünftigen Kaufpreis<sup>253</sup>, da ein Vorvertrag denselben Geschäftswert wie der in Aussicht genommene endgültige Vertrag hat; § 20 II KostO gilt nicht für einen Vorvertrag<sup>254</sup>.

Für die Beurkundung eines Leasingvertrages entsteht ebenfalls eine 20/10 Gebühr nach § 36 II KostO. Der Wert wird hierbei nach der für Mietverträge geltenden Berechnungsvorschrift des § 25 I KostO gebildet, also nach dem Wert aller Leistungen des LN während der gesamten Vertragszeit<sup>255</sup>.

Werden Immobilienleasingvertrag und Optionsrecht in getrennten Urkunden beurkundet, so bleibt es für jede Urkunde bei den o.a. Wertansätzen. Werden sie jedoch in eine Niederschrift aufgenommen, so stellt sich die Frage, ob Leasingvertrag und Optionsrecht denselben Gegenstand i.S.v. § 44 I KostO haben oder ob die Erklärungen gegenstandsverschieden i.S.v. § 44 II a) KostO sind. Im ersten Fall würde die 20/10 Gebühr aus dem höchsten in Betracht kommenden Wert der einzelnen Erklärungen (regelmäßig der Wert des Immobilienleasingvertrages<sup>256</sup>) berechnet, im zweiten Fall aus der Summe der Einzelwerte. Entschieden ist die Frage für das sale-and-lease-back; nach dem BayObLG<sup>257</sup> dienen alle Erklärungen der Urkundsbeteiligten in diesem Zusammenhang der Begründung, Durchführung und Sicherung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, nämlich des Leasingvertrages, so daß ein einheitliches Rechtsverhältnis i.S.v. von § 44 I KostO anzunehmen ist.

Für sonstige Immobilienleasingverträge kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Dieses ergibt sich bereits aus einer näheren Betrachtung des Grundes für die Beurkundungsbedürftigkeit der einzelnen Erklärungen; der an sich nicht beurkundungsbedürftige Leasingvertrag wird doch nur dadurch

formpflichtig, daß er nach dem Willen zumindest eines der Beteiligten in einem derart engen rechtlichen Zusammenhang mit einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft steht, daß beide Abreden miteinander stehen und fallen sollen. Dieser enge rechtliche Zusammenhang im Rahmen der zivilrechtlichen Betrachtung kann schon aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung kostenrechtlich nicht anders bewertet werden. Daher sind alle Abreden im Zusammenhang mit einem Immobilienleasingvertrag auch kostenrechtlich grundsätzlich als gegenstandsgleich i.S.v. § 44 I KostO zu sehen. Das gilt auch für sonstige im Zusammenhang mit dem Immobilienleasinggeschäft getroffene Abreden (z.B. Generalübernehmervertrag, Bauträgervertrag), soweit diese mit den sonstigen Vereinbarungen in einem engen zivilrechtlichen Zusammenhang stehen und dadurch formbedürftig (geworden) sind.

Verschiedene Gegenstände i.S.v. von § 44 II a) KostO liegen folglich im Immobilienleasingbereich nur dann vor, wenn die einzelnen Erklärungen mangels zivilrechtlichen Zusammenhangs ganz oder teilweise überhaupt nicht beurkundungsbedürftig sind. Falls die Beteiligten dennoch die notarielle Beurkundung der dann an sich nicht beurkundungspflichtigen Erklärungen in einer Niederschrift wünschen, bestehen keine Bedenken, dann auch kostenrechtlich von verschiedenen Gegenständen auszugehen. In der Praxis kann sich an dieser Stelle dann ein nicht unerhebliches Streitpotential ergeben, wenn Notar und Kostenschuldner die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit in diesem Zusammenhang unterschiedlich urteilen; notfalls muß die Streitfrage dann im Rahmen einer Beschwerde nach § 156 KostO gerichtlich geklärt werden.

## I. Ergebnisse

Immobilienleasinggesellschaften schließen fast ausnahmslos nur Verträge über Immobilien i.S.d. Bewertungsgesetzes; Maschinen und Betriebsvorrichtungen i.S.d. Bewertungsgesetzes werden aus vorwiegend gewerbesteuerlichen Gründen über einen separaten Mobilienleasingvertrag mit einer Tochter- bzw. Schwestergesellschaft des Leasingunternehmens geschlossen.

Die Leasingvertragsparteien können nur dann die von ihnen erhofften Steuervorteile in Anspruch nehmen, wenn der LG wirtschaftlicher Eigentümer des gesamten Leasingobjektes bleibt. Ob dieses der Fall ist, entscheidet sich in der Praxis nach den einschlägigen Erlassen der Finanzverwaltung. Durch den neuen Teilmortisationserlaß vom 23. 12. 1991 haben sich erheblich veränderte Anforderungen ergeben, die in den bisher veröffentlichten Vertragsmustern noch nicht berücksichtigt sind.

Der Immobilienleasingvertrag wird nach dem BGH in erster Linie als Mietvertrag angesehen; daher halten nicht alle üblicherweise eingesetzten Vertragsklauseln einer Überprüfung durch das AGBG stand. Die Einordnung als Mietvertrag gilt auch im Falle der Insolvenz eines Beteiligten; es bestehen dann relativ kurzfristige Sonderkündigungsrechte nach §§ 19, 21 IV KO und/oder § 57a ZVG.

Immobilienleasingverträge und deren Nebenabreden bedürfen wegen ihres engen Zusammenhangs mit beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften oft der notariellen Beurkundung, und zwar auch dann, wenn keine Optionsrechte am Leasinggrundstück eingeräumt werden.

249 Vgl. das Beispiel bei Fohlmeister, a.a.O., 187.

250 Vgl. die Zusammenstellung bei Haug, a.a.O., Rd.-Nr. 419 ff; Bernhard, Beck'sches Notarhandbuch Kap. F Rd.-Nr. 47.

251 Vgl. Reithmann in Reithmann/Röhl/Geßele, a.a.O., Rd.-Nr. 140.

252 Dann, wenn unerfahrene Beteiligte ersichtlich übervorteilt werden sollen, vgl. Haug, a.a.O., Rd.-Nr. 429.

253 Bei Restbuchwertmodellen also nach dem voraussichtlichen Restbuchwert des Leasingobjektes nach Ablauf der Grundmietzeit.

254 Allgemeine Ansicht, vgl. Göttlich/Mümmller, Kostenordnung, 11. Auflage 1992, S. 1256; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 12. Auflage 1991, § 37 Rd.-Nr. 17; Retzer u. a., Streifzug durch die Kostenordnung, 3. Auflage 1989,

(Hrsg. Notarkasse München) Rd.-Nr. 571; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 4 (3).

255 Vgl. Göttlich/Mümmller, a.a.O. S. 760; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O. § 25 Rd.-Nr. 4; Stolterfoht, a.a.O., Form II. 4 Anm. 4 (3).

256 Auszugehen ist in Abweichung von § 25 I 2, 1. HS KostO nicht vom dreijährigen Wert, sondern von der grundsätzlich unkündbaren Grundmietzeit, § 25 I 2, 2. HS KostO, maximal jedoch vom 25fachen Jahresmietwert, § 25 I 3 KostO, vgl. auch BayObLG, MittBayNot 1984, 145, 147.

257 MittBayNot 1984, 145, 146 = JurBüro1984, 1559; vgl. auch Göttlich/Mümmller, a.a.O. S. 760; Korintenberg /Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O. § 44 Rd.-Nr. 94; Streifzug durch die Kostenordnung, a.a.O., Rd.-Nr. 417.

Wegen der langen Vertragslaufzeiten bestehen für alle Beteiligten erhebliche Risiken, die aber zumindest teilweise durch eine entsprechende Vertragsgestaltung abgeschwächt werden können.

Im Hinblick auf die Notarkosten bilden alle Abreden – sofern ein Beurkundungszusammenhang besteht – einen einheitlichen Gegenstand i.S.v. § 44 I KostO.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Zum Begriff der beständigen Reallast

(OLG Köln, Beschuß vom 9. 10. 1995 – 2 Wx 36/95 – mitgeteilt von Notar Friedrich Bross, Bonn und Richter am OLG Helmut Büttner, Köln)

EGBGB Art. 115, 116

PrAGBGB Art. 30

Gemeindeleitungsgesetz NRW § 22

BGB §§ 1105; 1021; 1022

1. In Nordrhein-Westfalen können Reallisten, die nicht Geldrentenverpflichtungen sind, nur dann eingetragen werden, wenn es sich um nichtbeständige Reallisten handelt.
2. Eine Reallast zur Wärmelieferung ist eine beständige, wenn nicht eine bestimmte Zeitdauer der Leistungspflicht vereinbart ist. Die Beschränkung auf die Lebensdauer des Gebäudes reicht dafür nicht aus.

#### Zum Sachverhalt:

Durch die notariellen Verträge vom 20. 12. 1993 und 24. 11. 1994 übertrug die Bet. zu 1) ihrer Tochter H. (Bet. zu 2) Eigentum an dem mit einem Mietshaus bebauten Grundstück I.-Straße 11 in B. und ihrer Tochter R. (Bet. zu 3) Eigentum an dem ebenfalls mit einem Mietshaus bebauten benachbarten Grundstück I.-Straße 11a. Beide Gebäude werden durch ein und dieselbe Heizungsanlage beheizt, die sich auf dem Grundstück I.-Straße 11 befindet.

In der Notarkunde vom 24. 11. 1994 einigten sich die Beteiligten, zu Gunsten des Grundstücks I.-Straße 11a und zu Lasten des Grundstücks I.-Straße 11 eine Dienstbarkeit über das Recht zur Mitbenutzung der Heizungsanlage einzutragen sowie eine Reallast zur Sicherung der Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks I.-Straße 11, das Haus I.-Straße 11a mit Heizwärme zu versorgen.

Durch Verfügung vom 10. 4. 1995 teilte das GBA dem Notar auf seinen Eintragungsantrag hin mit, die Eintragung der Reallast sei mit dem beantragten Inhalt nicht möglich, weil in Nordrhein-Westfalen Reallisten zur Sicherung anderer als Geldrentenverpflichtungen ohne zeitliche Begrenzung (sog. beständige Reallisten) nicht möglich seien. Durch weitere Verfügung vom 26. 5. 1995 teilte das GBA dem Notar mit, daß auch dann eine Eintragung nicht möglich sei, wenn die Versorgungsverpflichtung zeitlich auf den Bestand des mit Wärme zu versorgenden Hauses beschränkt werde, vielmehr müsse das Ende des Leistungszeitraums kalendermäßig bestimmt sein.

Auf weitere Einwendungen des Notars gegen diesen Rechtsstandpunkt teilte das GBA durch Zwischenverfügung vom 26. 6. 1995 mit, daß es bei seiner Auffassung verbleibe und setzte dem Notar gem. § 18 I GBO eine Frist von einem Monat.

Das GBA – Rechtspfleger und Abteilungsrichter – haben der dagegen gerichteten Erinnerung nicht abgeholfen.

Auch das LG hat die nunmehr als Beschwerde anzusehende Erinnerung durch den angefochtenen Beschuß zurückgewiesen.

Zur Begründung hat es im wesentlichen darauf abgestellt, daß von einer nach Art. 30 Abs. 1 PrAGBGB erforderlichen zeitlichen Beschränkung nur dann ausgegangen werden könne, wenn der Zeitpunkt, an dem die Leistungsverpflichtung ende, genau feststellbar sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1) bis 3). Die Betrachtungsweise des LG, daß das Ende des Leistungszeitraums kalendermäßig bestimmbar sein müsse, sei zu eng. Die historischen Gründe der eingeschränkten Eintragbarkeit für Reallisten seien heute nicht mehr gültig.

Wegen aller weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung und auf den Inhalt der weiteren Beschwerde Bezug genommen.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. den §§ 71 Abs. 1, 78 GBO zulässig. Sie ist jedoch in der Sache nicht begründet, da die an-

gefochte Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 550, 551 ZPO) beruht. Die Vorinstanzen haben die Eintragung einer Reallast mit dem beantragten Inhalt im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

1. Gem. Art. 30 Abs. 1 PrAGBGB können „mit Ausnahme fester Geldrenten beständige Abgaben und Leistungen einem Grundstück als Reallisten nicht auferlegt werden“.

Diese Vorschrift galt im Rahmen des landesgesetzlichen Vorbehalts des Art. 115 EGBGB zur Bestellung von Dienstbarkeiten und Reallisten für den linksrheinischen Teil der ehemals preußischen Rheinprovinz.

Sie gilt als Vorschrift des Landes Nordrhein-Westfalen gem. § 22 Abs. 2 des Gesetzes über die Gemeindeleitung und Reallistenablösung vom 28. 11. 1961 (GV NW 1961, 319) im gesamten Gebiet des Landes fort (vgl. nur Custodis, MittRh-NotK 1986, 177).

Das OLG Düsseldorf (Rpfleger 1986, 366 = MittRhNotK 1986, 119) hat diese Vorschrift so verstanden, daß danach Reallisten in Nordrhein-Westfalen ausschließlich zur Sicherung von Geldrentenverpflichtungen bestellt werden können.

Diese Entscheidung hält der beschließende Senat indes für mit dem klaren Wortlaut der Vorschrift unvereinbar, denn lediglich die Auferlegung „beständiger“ Abgaben und Leistungen, die nicht Geldrenten sind, ist untersagt. Andere „nichtbeständige“ Abgaben und Leistungen i.S.d. Art. 30 PrAGBGB, die nicht Geldrenten sind, können daher auch in Nordrhein-Westfalen einem Grundstück auferlegt werden.

Daß der Senat – wie auch schon das LG – der Auffassung des OLG Düsseldorf nicht folgt (wie auch schon überzeugend und mit eingehender Begründung Meyer-Stolte, Rpfleger 1986, 366 sowie Custodis, MittRhNotK 1986, 177 ff.), verhilft der Beschwerde aber nicht zum Erfolg.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde ist die Auferlegung einer Reallast für die Lebensdauer eines Gebäudes nicht als eine zeitlich beschränkte und somit „nichtbeständige“ Leistung i.S.d. Gesetzes aufzufassen. Ohne Angabe einer bestimmten Zeitdauer für die Leistungspflicht ist sie daher nicht eintragsfähig.

2. Die nach dem Gesetz erforderliche zeitliche Beschränkung der Dauer einer Reallast ergibt sich entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde nicht schon aus der Beschränkung auf die Lebensdauer des Gebäudes (so auch Linde, BWNotZ 1980, 29 ff., a.A. Custodis, MittRhNotK 1986, 177, 180).

Anders als Reallisten für die Lebensdauer eines Menschen (zur Zulässigkeit auf Lebenszeit befristeter Reallisten OLG Köln MittRhNotK 1992, 46; LG Köln MittRhNotK 1987, 105) ist die Lebendauer eines Gebäudes nicht ungefähr abschätzbar und in diesem Sinne nicht überschaubar zeitlich begrenzt. Durch Instandhaltungs- und Umbauarbeiten kann die Lebensdauer eines Gebäudes auf unbestimmte Zeit und unüberschaubar verlängert werden. Insoweit ist das Ende des Gebäudes entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde nicht im Objekt selbst begründet (ebenso mit Recht KG JFG 47, 218 zum Tonnenzins eines Bergwerkes, weil dessen Erschöpfung, da von der Intensität der Förderung und den Förderungstechniken abhängig, ungewiß ist). Das Ende der Bestandsdauer ist insoweit anders als eine auf die Lebensdauer des Berechtigten befristete Leistungspflicht nicht auf ein bestimmtes absehbares, wenn auch nicht kalendermäßig bestimmbares, Ereignis festgesetzt.

Sinn der landesgesetzlichen Regelung zur Beschränkung der Eintragung zeitlich nicht hinreichend beschränkter Reallisten, die nicht Geldrentenverpflichtungen sind, ist es aber gerade, die zeitlich unbegrenzte oder jedenfalls unabsehbar dauernde Belastung mit solchen Verpflichtungen zu vermeiden. Richtig ist, daß der historische Hintergrund des Verbotes von beständigen Reallisten in der durch die Französische Revolution erreichten Befreiung von jahrhundertenalten grundherrschaftlichen Lasten wie Fronleistungen und Hand- und Spanndiensten zu sehen ist (MünchKomm/Jost, 2. Aufl. 1986, § 1105 BGB, Rd.-Nr. 1 m.w.N.; Custodis, MittRhNotK 1986, 177 ff.).

Die Bestellung von Industriereallisten, wie solchen zur Versorgung eines Grundstückes mit Wasser, Wärme oder sonstiger Energie, hat einen anderen wirtschaftlichen Hintergrund. Gleichwohl kann der gesetzgeberische Grundgedanke der zur Vermeidung unerwünschter Verfestigung von Verpflichtungen getroffenen und beibehaltenen Regelung insoweit Geltung beanspruchen, als diese Verfestigung auch bei Industriereallisten durchaus unerwünscht und unzweckmäßig sein kann. Gerade in einer in raschem technischem und wirtschaftlichem Umbruch befindlichen Zeit können sich solche dauerhaften Grundstückslasten als unangebrachte Hemmnisse der weiteren Entwicklung erweisen. Das kann für Wärmelieferungsverpflichtungen zum Beispiel deshalb gelten, weil der Anschluß an eine zentrale Gesamtversorgung oder aber die Einzelversorgung (z. B. mit Solarenergie) in weiterer Zukunft wirtschaftlich vernünftig sein kann.

Der bloß veränderte historische Hintergrund rechtfertigt schon aus diesen Gründen nicht eine Interpretation gegen den Wortlaut und Sinn des Gesetzes.

Auch der Umstand, daß gem. Art. 116 EGBGB die landesrechtlichen Vorbehalte nicht für die in den §§ 1021, 1022 BGB bestimmten Unterhaltungspflichten gelten, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Unterhaltung einer Anlage, die zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit gehört, ist etwas anderes als die Pflicht zu positivem Tun der Heizenergielieferung, die Gegenstand der Reallast ist. Grunddienstbarkeit und Reallast können zwar insoweit den gleichen wirtschaftlichen Zielen dienen, sind aber als Pflichten zur Duldung oder aber zum Handeln doch unterschiedlicher Rechtsnatur, mögen auch mit der Grunddienstbarkeit Unterhaltungspflichten verbunden sein (insoweit als Ausnahme von dem Grundsatz, daß positives Tun nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann, vgl. MünchKomm/Falckenberg, a.a.O., § 1021 BGB, Rd.-Nr. 3).

Nach Auffassung des Senats fällt es aber auch bei unterschiedlich geregelten ähnlichen Sachverhalten in die Kompetenz des Gesetzgebers zu entscheiden, ob weitergehende zeitlich unbegrenzte Reallastbestellungsmöglichkeiten geschaffen werden sollen (wie es in anderen Bundesländern zum Teil möglich ist, vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 722).

3. Den berechtigten wirtschaftlichen Interessen an der Eintragung von Reallisten zur Sicherung von Wärmelieferungen (die Verpflichtung kann, wenn hinreichend konkret bezeichnet, an sich Gegenstand einer Reallast sein; vgl. BayObLG NJW-RR 1993, 530, 531) wird auch dann Rechnung getragen, wenn im Grundbuch eine kalendermäßig bestimmte Dauer eingetragen wird, die beispielsweise 30 oder 50 Jahre betragen kann.

Die Vorinstanzen haben schon auf diese Möglichkeit hingewiesen.

4. Eine Vorlage der Sache an den BGH gem. § 28 Abs. 2 FGG scheidet schon deshalb aus, weil lediglich bei der Auslegung einer landesgesetzlichen Vorschrift von der Entscheidung eines anderen OLG abgewichen wird.

## 2. Familienrecht/Ehegüter – Berechnung des Zugewinns bei negativem Anfangsvermögen

(BGH, Urteil vom 3. 5. 1995 – XII ZR 71/94)

### BGB § 1374 Abs. 1 HS 2, Abs. 2

**War ein Ehegatte bei Eheschließung überschuldet, ist sein Anfangsvermögen für die Berechnung des Zugewinns gem. § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB mit Null anzusetzen. Eine Verrechnung der Schulden mit einem späteren privilegierten Erwerb i.S.v. § 1374 Abs. 2 BGB kommt grundsätzlich nicht in Betracht.**

#### Zum Sachverhalt:

Die Kl. begeht vom Bekl. Zugewinnausgleich. Die Parteien waren vom 2. 10. 1970 bis 22. 12. 1991 verheiratet. Der Scheidungsantrag wurde am 12. 4. 1991 rechtshängig.

Bei Eingehung der Ehe bestand das aktive Anfangsvermögen der Kl. in einer Bundesanleihe im Wert von 200,- DM, dasjenige des Bekl. in einem Pkw im Wert von 2.000,- DM. Beide Parteien nahmen vor der Ehe gesamtschuldnerisch ein Bankdarlehen in Höhe von 10.000,- DM auf, das im Zeitpunkt der Eheschließung noch voll valutierte. Es wurde zum Ausbau des Dachgeschosses im Hause der Eltern der Kl. verwandt, wo die Parteien anschließend acht Jahre mietfrei wohnten.

Während der Ehe erhielten die Parteien von ihren Eltern jeweils verschiedene Geldbeträge geschenkt, deren Höhe und Zurechnung im Laufe des Verfahrens unstreitig geworden sind.

Das Endvermögen der Kl. betrug 80.558,06 DM, dasjenige des Bekl. 80.005,17 DM.

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob die vor der Ehe gemeinsam eingegangene Darlehensverbindlichkeit – jeweils hälftig – nur mit ihrem jeweiligen (originären) Anfangsvermögen i.S.v. § 1374 Abs. 1 BGB in der Weise zu verrechnen ist, daß dieses allenfalls auf Null gestellt wird, oder ob ein sich ergebender Negativsaldo auch das nach § 1374 Abs. 2 BGB hinzurechnende Anfangsvermögen schmälert.

Das AG hat den Negativsaldo in seine Berechnung eingestellt und das Anfangsvermögen der Parteien wie folgt festgestellt:

#### Anfangsvermögen der Kl.:

##### Originäres Anfangsvermögen:

Bundesanleihe	200,- DM
abzgl. Darlehn	<u>– 5.000,- DM</u>
Negatives Anfangsvermögen:	– 4.800,- DM
Privilegierter Erwerb:	
a) Schenkung 1974	<u>5.297,55 DM</u>
Saldo 1974	497,55 DM indexiert
	851,- DM
b) zuzügl. weitere Schenkungen	
1975–1991, jeweils indexiert	<u>52.863,- DM</u>
Fiktives Anfangsvermögen	53.714,- DM

#### Anfangsvermögen des Bekl.:

##### Originäres Anfangsvermögen:

Pkw	2.000,- DM
abzgl. Darlehensschuld	<u>– 5.000,- DM</u>
Negatives Anfangsvermögen:	– 3.000,- DM
Privilegierter Erwerb:	
Schenkung 1986	<u>30.000,- DM</u>
Saldo 1986	27.000,- DM indexiert
	29.895,- DM
Fiktives Anfangsvermögen	29.895,- DM

Daraus hat es den Zugewinn der Kl. mit 26.844,06 DM (80.558,06 DM – 53.714,- DM) und denjenigen des Bekl. mit 50.110,17 DM (80.005,17 DM – 29.895,- DM) ermittelt und der Kl. eine Ausgleichsforderung in Höhe der hälftigen Differenz, nämlich 11.633,06 DM (50.110,17 DM – 26.844,06 DM = 23.266,11 DM : 2) zugesprochen. Das OLG ist dieser Berechnungsweise gefolgt und hat die Berufung der Kl., mit der diese einen weiteren Zugewinnausgleich von 2.451,61 DM, insgesamt also 14.084,67 DM verfolgt, zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Kl. mit der zugelassenen Revision.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Die Vorinstanzen haben die vor der Ehe gesamtschuldnerisch übernommene Darlehensschuld nur mit dem hälftigen Betrag von dem jeweiligen Anfangsvermögen der Parteien abgezogen, da dies ihrer unstreitigen Ausgleichspflicht im Innenverhältnis gem. § 426 Abs. 1 BGB entsprochen habe. Insoweit ist die Berechnung nicht zu beanstanden. Der Senat hat eine entsprechende Berechnungsweise bei der Ermittlung des Endvermögens gebilligt, sofern der Ausgleich der Gesamtschuldner nach der Ausgleichsregel des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu gleichen Teilen erfolgt (BGHZ 87, 265, 273; FamRZ 1987, 1239, 1240 = DNotZ 1988, 176). In gleicher Weise kann bei der Ermittlung des Anfangsvermögens verfahren werden. Auch die Revision erhebt hiergegen keine Einwendungen.

2. Die nach Verrechnung mit dem originären Anfangsvermögen jeweils verbleibenden Restschulden haben die Vorinstanzen von den Schenkungen abgezogen, die die Parteien nach der Eheschließung von ihren Eltern erhalten haben und die gem. § 1374 Abs. 2 BGB ihrem Anfangsvermögen hinzuzurechnen sind. Das OLG hat dazu ausgeführt, das Gesetz sehe eine solche Lösung zwar nicht ausdrücklich vor. Nach § 1374 Abs. 1, HS 2 BGB könnte das Anfangsvermögen nie weniger als Null betragen, gleichgültig, wie überschuldet ein Ehegatte bei Eheschließung auch sei. § 1374 Abs. 2 BGB sehe andererseits beim späteren privilegierten Vermögenserwerb ausdrücklich nur den Abzug solcher Verbindlichkeiten vor, die mit dem Vermögenserwerb in Zusammenhang ständen. Es führt indes zu unbilligen Ergebnissen, einen späteren privilegierten Vermögenserwerb voll dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen mit der Folge, daß dieses den Zugewinn mindere, anstatt den Vermögenserwerb zunächst mit dem früheren defizitären Anfangsvermögen zu verrechnen. Denn es sei nicht einzusehen, weshalb ein Ehegatte besser stehen solle, wenn er eine Erbschaft, Schenkung oder ähnliches erst während der Dauer des Güterstandes erhalte, als wenn dieser Vermögenserwerb kurz vor Eheschließung erfolge. Dieses Ergebnis könne vermieden werden, wenn man den privilegierten nachträglichen Erwerb nicht mit dem mit Null fingierten Anfangsvermögen, sondern mit dem wirklichen (negativen) Anfangsvermögen verrechne.

3. Dagegen wendet sich die Revision. Sie räumt zwar ein, daß die Entscheidung des Gesetzgebers, beim Anfangsvermögen Schulden nur bis zur Höhe des Vermögens in Ansatz zu bringen, so daß das Anfangsvermögen immer nur Null, nie aber negativ sein könne, rechtspolitisch bedenklich sei, weil dies dazu führen könne, daß ein Ehegatte die Schulden des anderen hälftig mitfrage. Indessen beruhe die gesetzliche Regelung in § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB darauf, einen Ehegatten nicht mit einer Ausgleichsschuld zu belasten, für die er mehr als die Hälfte seines Nettoendvermögens aufwenden müßte. Außerdem solle gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem durch eine Zuwendung Dritter begünstigten Ehegatten diese Vermögensmehrung allein zukommen. Daher sei ausdrücklich geregelt, die nicht ausgleichspflichtige Zuwendung dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Eine Ausnahme für die Fälle, in denen das originäre Anfangsvermögen negativ sei, sei vom Gesetzgeber im Rahmen der schematischen Zugewinnausgleichsregelung bewußt nicht getroffen worden. Eine Korrektur unbilliger Ergebnisse komme nur aufgrund der Regelungen der §§ 1375 Abs. 2 und 1381 BGB in Betracht, die hier nicht eingriffen.

4. Dem ist im Ergebnis zu folgen.

Das OLG stützt sich auf eine im neueren Schrifttum verbreitete Meinung, die es für rechtspolitisch verfehlt und für unvereinbar mit den Prinzipien der Zugewinngemeinschaft hält, daß ein in der Ehe unter Mitarbeit des anderen Ehegatten erzielter Vermögenserwerb, der voll zum Ausgleich früherer Schulden eines Ehegatten verwendet werde, durch die Regelung des § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB dem Zugewinnausgleich vorenthalten werde. Denn bei wirtschaftlicher oder familiensiologischer Betrachtung sei die Mitarbeit des anderen Ehegatten wirtschaftlich gleichwertig und dürfe nicht unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob sie dazu diene, Schulden abzutragen oder das Aktivvermögen zu vergrößern. Auch sei nicht einzusehen, daß

bei gleich hohem Vermögenserwerb während der Ehe der anfänglich überschuldete Ehegatte, der seinen Erwerb zur Tilgung seiner Schulden verwendet habe, vom schuldenfreien Ehegatten gegebenenfalls noch einen Zugewinnausgleich erhalten solle (vgl. FamGB/Baumeister, § 1374 BGB, Rd.-Nrn. 6, 17–19; Erman/Heckelmann, 9. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 8; Johannsen/Henrich/Jaeger, Ehrerecht, 2. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nrn. 16, 29; MünchKomm/Gernhuber, 3. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 16; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 4. Aufl., § 36 III, 543; Palandt/Diederichsen, 54. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nrn. 8, 14; Soergel/Lange, 12. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nrn. 8, 10; Schwab/Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., VII, Rd.-Nr. 87; derselbe, FamRZ 1984, 429, 435; Beitzke-Lüderitz, Familienrecht, 26. Aufl., § 14 Nr. 3 a, 135; Johannsen, WM 1978, 654, 658; Battice, FuR 1990, 311, 322; Oehlers, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 3, 82 f.; kritisch insoweit auch Staudinger/Thiele, 12. Aufl., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 14). Allerdings wird auch von den Vertretern dieser Meinung die als unbillig empfundene Privilegierung des überschuldeten Ehegatten nicht dadurch beseitigt, daß in allen Fällen der zur Schuldentilgung verwendete Vermögenserwerb während der Ehe dem Endvermögen zugerechnet und damit dem Zugewinnausgleich unterworfen wird. Denn das würde bedeuten, daß der Ehegatte ausgleichspflichtig wird, der keine Vermehrung seines aktiven Vermögens, sondern nur eine Entschuldung erreicht hat. Eine Korrektur wird vielmehr lediglich in den Fällen vorgenommen, in denen dem überschuldeten Ehegatten während der Ehe eine Zuwendung i.S.d. § 1374 Abs. 2 BGB zugeflossen ist. Dann soll dieser privilegierte Erwerb zunächst mit den bei Ehebeginn bestehenden Schulden, d. h. mit dem negativen Anfangsvermögen, verrechnet werden.

Die Gegenmeinung hält – auch unter Berücksichtigung der Darlegungen des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 2/3409 S. 9 – eine solche Verrechnung weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn der Regelungen des § 1374 Abs. 1 HS 2 und Abs. 2 BGB für vereinbar, da es nicht angehe, das gem. § 1374 Abs. 2 BGB zugewinneutrale Vermögen auch nur teilweise zum Ausgleich der Folgen der als unbillig empfundenen Regelung des § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB einzusetzen (vgl. OLG Bamberg FamRZ 1988, 506; RGRK/Finke, § 1374 BGB, Rd.-Nrn. 9–11, 23; Staudinger/Thiele, a.a.O., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 32; AK/Fieseler, § 1374 BGB, Rd.-Nr. 3; Maßfeller/Reinicke, Gleichberechtigungsgesetz, § 1374 BGB, Anm. 4; Maßfeller/Böhmer, Familienrecht, 1 II, § 1375 BGB, Anm. 2; Bergerfurth, Ehescheidungsprozeß, 9. Aufl., Rd.-Nr. 190; Reinicke, BB 1957, 759, 760 f.; Schopp, Rpfleger 1964, 69, 71).

5. Der zuletzt genannten Auffassung ist zu folgen; denn nur sie steht mit dem Gesetz in Einklang.

Der Zugewinnausgleich wird von dem Grundsatz beherrscht, daß nur das ausgeglichen werden soll, was am maßgeblichen Stichtag (§ 1384 BGB) als Überschuß (Zugewinn) tatsächlich vorhanden ist. Der Ausgleich ist auf die Hälfte dieses Überschusses begrenzt, wobei im Interesse von Drittgläubigern eine weitere Beschränkung in § 1378 Abs. 2 BGB vorgesehen ist (BGH FamRZ 1988, 925). Dazu enthält § 1374 BGB hinsichtlich des (originären und fiktiven) Anfangsvermögens, das nach Abzug vom Endvermögen zur Feststellung des tatsächlich erlangten Zugewinns führt, zwei Grundaussagen:

a) Nach § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB sollen Verbindlichkeiten, die ein Ehegatte bei Beginn des Güterstandes hat, von seinem Anfangsvermögen nur bis zu dessen Höhe abgezogen werden. Bei Überschuldung ist das Anfangsvermögen daher mit Null anzusetzen, nicht etwa mit dem negativen Wert. Damit soll vermieden werden, daß eine Ehegatte den anderen auch insoweit an seinem Zugewinn beteiligen muß, als er diesen zunächst zur Abtragung seiner anfänglich vorhandenen Schulden verwenden mußte. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel (nach Maßfeller/Reinicke, a.a.O., Anm. 2): Hat ein Ehegatte bei Ehebeginn 20.000,- DM Schulden und bei Scheidung 20.000,- DM Vermögen, so hat er zwar in der Ehe tatsächlich 40.000,- DM erwirtschaftet, von denen er aber 20.000,- DM zur Entschul-

dung eingesetzt hat. Sein tatsächliches Endvermögen und zu gleich sein Zugewinn beträgt daher nur 20.000,- DM, von dem er die Hälfte, 10.000,- DM, an den anderen Ehegatten, der kei nen Zugewinn erzielt hat, abgeben muß. Gäbe es den Grundsatz des § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB nicht, müßte er dagegen den Wert seines gesamten Vermögens dem anderen Ehegatten geben. Denn sein Endvermögen von 20.000,- DM übersteige sein negatives Anfangsvermögen (minus 20.000,- DM) um 40.000,- DM, so daß die hälftige Ausgleichsforderung 20.000,- DM betrüge (vgl. auch Beispiele in BT-Drucks., a.a.O., 9 und RGRK/Finke, a.a.O., Rd.-Nrn. 9 f.). Daran zeigt sich zu gleich, daß der Einwand, auch die Befreiung von Schulden stelle einen in der Ehe unter Mitarbeit des anderen Ehegatten erworbenen gleichwertigen Vermögenswert dar, zu einem falschen Ansatz führt und für die Zwecke des Zugewinnausgleichs nichts hergibt. Denn dann müßte auch die Entschuldungssumme zu einem (positiven) Wertausgleich zugunsten des anderen Ehegatten führen, was nur dadurch geschehen könnte, daß der Ehegatte, der seine Schulden getilgt hat, mehr als die Hälfte seines tatsächlichen Restvermögens verliert. Der Gesetzgeber hat in den Ausschußberatungen eine solche Lösung ausdrücklich abgelehnt (BT-Drucks., a.a.O.). Nach der gesetzgeberischen Konzeption des Zugewinnausgleichs soll es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht ankommen und gleichgültig sein, ob bei Eheschließung vorhandene Schulden während der Ehe abgetragen werden konnten. Nur ein aktiver Überschuß soll geteilt werden, nicht aber die Entschuldung eines anfänglichen Passivvermögens. Soweit dies als rechtspolitisch verfehlt und unbillig angesehen wird, kann Abhilfe nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

b) Nach § 1374 Abs. 2 BGB soll Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von dritter Seite durch Erbschaft, Schenkung oder Ausstattung erwirbt, nicht in die Zugewinnausgleichsbilanz eingestellt werden, sondern ihm allein zu stehen, weil der andere Ehegatte dazu weder unmittelbar noch mittelbar beigetragen hat. Der Gesetzgeber hat dies berechnungstechnisch dadurch gelöst, daß dieser Vermögenserwerb – nach Abzug der damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten – dem Anfangsvermögen hinzugerechnet wird (sogenanntes fiktives Anfangsvermögen). Auch andere Wege wären denkbar gewesen, wie etwa die Kürzung des Endvermögens (vgl. Staudinger/Thiele, a.a.O., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 32). Der Rechtsausschuß hat dazu ausgeführt (BT-Drucks., a.a.O.): „Die unentgeltliche Zuwendung soll dem Ehegatten, der die Zuwendung erhalten hat, in vollem Umfang allein zugute kommen. Hat der Ehegatte, der bei Eintritt des Güterstandes 10.000,- DM besessen und 20.000,- DM Schulden gehabt hatte, später 10.000,- DM geerbt, so ist sein Anfangsvermögen einschließlich des hinzuzurechnenden Vermögens nicht etwa mit Null anzusetzen; es beträgt vielmehr 10.000,- DM, weil die Erbschaft in Höhe von 10.000,- DM gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem nach § 1374 Abs. 1 BGB errechneten Anfangsvermögen (= 0, nicht = - 10.000,- DM) hinzugerechnet wird. Tiltg der Ehegatte mit seinen Einkünften, die er während der Ehe erzielt hat, die 20.000,- DM Schulden und besitzt er am Ende der Ehe 20.000,- DM (10.000,- DM ursprüngliches Vermögen plus 10.000,- DM Erbschaft), so stellt dieser Betrag sein Endvermögen dar. Der Ehegatte hat demgemäß nur einen Gewinn von 10.000,- DM erzielt; um diesen Betrag übersteigt das Endvermögen von 20.000,- DM das Anfangsvermögen einschließlich des hinzuzurechnenden Vermögens von 10.000,- DM.“

c) Die Wertansätze nach § 1374 Abs. 1 und Abs. 2 BGB müssen entsprechend diesen Grundaussagen demnach getrennt voneinander erfolgen (so zutreffend Maßfeller/Böhmer, a.a.O., § 1375 BGB, Anm. 2 b; a.A. Johannsen, a.a.O., 658: „einheitlicher Rechnungsposten“). Ein Ehegatte braucht den anderen nicht – auch nicht teilweise – an der privilegierten Zuwendung zu beteiligen (Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 950, 951). Zu diesem Ergebnis käme es aber, wenn ein defizitäres Anfangsvermögen mit einem solchen Hinzuerwerb verrechnet würde. Denn dies würde zu einer Schmälerung des hinzuzurechnenden Anfangsvermögens und damit zu einer Vergrößerung des

Zugewinns führen. Der vom Gesetz erstrebte Schutz des Ehegatten, dem eine Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB zugeflossen ist, wäre damit nicht mehr gegeben. Daher braucht die Erbschaft, Schenkung oder ähnliches nicht dazu verwendet zu werden, die beim Eintritt des Güterstandes vorhandenen Schulden aufzufüllen (Maßfeller/Reinicke, a.a.O., § 1374 BGB, Anm. 4; Staudinger/Thiele, a.a.O., Rd.-Nr. 32; RGRK/Finke, a.a.O., Rd.-Nrn. 21, 23).

Auch beim privilegierten Hinzuerwerb gem. § 1374 Abs. 2 BGB kann es Negativwerte geben, etwa bei einer überschuldeten Erbschaft, die aus Pietätsgründen angenommen wurde. Hier besteht jedoch – auch unter Vertretern der hier abgelehnten Auffassung (vgl. etwa Baumeister, a.a.O., Rd.-Nr. 16; Schwab, a.a.O., 435) – Einigkeit darüber, daß die Schulden entsprechend der Regelung des § 1374 Abs. 1 HS 2 BGB nur bis zur Höhe des Hinzuerwerbs abgezogen werden können. Überschießende Verbindlichkeiten sollen nicht etwa mit einem originären positiven Anfangsvermögen verrechnet werden. Dieses bleibt unangetastet, die Wertansätze für das originäre und das fiktive Anfangsvermögen sind getrennt vorzunehmen. Andernfalls würde die Privilegierung des § 1374 Abs. 2 BGB in ihr Gegenteil verkehrt. Der Ehegatte würde benachteiligt, wenn sein originäres Anfangsvermögen durch die Nachlaßverbindlichkeiten unter den Stand vor dem Erbfall gedrückt würde. Denn sein Zugewinn wäre größer, als wenn er nicht geerbt hätte (RGRK/Finke, a.a.O., Rd.-Nr. 21). Wenn aber ein negativer Hinzuerwerb nicht mit einem positiven Anfangsvermögen verrechnet werden darf, wäre es inkonsistent, ein originäres negatives Anfangsvermögen mit dem positiven Hinzuerwerb zu verrechnen.

d) Den Vertretern der Gegenmeinung ist allerdings einzuräumen, daß derjenige Ehegatte, dem die Zuwendung erst während der Ehe zugetlossen ist, besser steht als derjenige, der sie schon vor der Ehe erhalten hat, da im zweiten Falle eine Verrechnung mit dem überschuldeten Anfangsvermögen stattfindet (Soergel/Lange, a.a.O., Rd.-Nr. 10; Baumeister, a.a.O., Rd.-Nr. 19). Dieses Ergebnis ist indes Ausfluß der schematisierenden Stichtagsregelung für das Anfangsvermögen, die wie jede Stichtagsregelung gewisse Härten oder Ungereimtheiten mit sich bringen kann. Der Gesetzgeber hat derartige Folgen bewußt in Kauf genommen (Maßfeller/Reinicke, a.a.O., Anm. 4) und konnte dies auch, ohne sich dem Vorwurf einer unsachgerechten, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Regelung auszusetzen (vgl. BVerfGE 49, 260, 275; 80, 297, 311). Weder im Wortlaut des Gesetzes noch in der Entstehungsgeschichte findet sich ein Anhaltspunkt dafür, daß der gem. § 1374 Abs. 2 BGB privilegierte Erwerb dem erwerbenden Ehegatten nur dann allein zugute kommen soll, wenn er über ein originäres aktives Anfangsvermögen verfügt, dagegen bei einem passiven Anfangsvermögen ganz oder teilweise dem Zugewinnausgleich unterliegen soll. Es ist nicht einzusehen, warum derjenige, der mit einem überschuldeten Partner die Ehe eingeht, an dessen privilegiertem Erwerb teilhaben soll, während dies dann, wenn das Anfangsvermögen positiv oder jedenfalls gleich Null ist, ausgeschlossen ist (OLG Bamberg a.a.O.; vgl. auch Soergel/Lange, a.a.O., Rd.-Nr. 10). Denn der Ehegatte eines überschuldeten Partners kann um so weniger mit einem nennenswerten Zugewinn im Falle der Scheidung rechnen.

e) Es wird weiter vertreten, einer Systemkorrektur im Wege der Verrechnung des negativen Anfangsvermögens mit dem privilegierten Hinzuerwerb bedürfe es zumindest dann, wenn bei gleich hohem Vermögenserwerb während der Ehe der schuldenfreie Ehegatte dem anfänglich überschuldeten Ehegatten noch einen Zugewinnausgleich zahlen müsse. Durch die Anwendung der Härtel Klausel des § 1381 BGB könne, wenn nicht noch sonstige Billigkeitsgesichtspunkte hinzutreten, ein gerechtes Ergebnis nicht erreicht werden (Johannsen/Henrich/Jaeger, a.a.O., § 1374 BGB, Rd.-Nr. 16 und § 1381 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Lange, § 1381 BGB, Rd.-Nr. 18; gegen eine Anwendung des § 1381 auch Staudinger/Thiele, § 1381 BGB, Rd.-Nr. 34; MünchKomm/Gernhuber, § 1381 BGB, Rd.-Nrn. 2, 25;

a.A. RGRK/Finke, § 1381 BGB, Rd.-Nr. 13; Schwab/Schwab, a.a.O., VII, Rd.-Nr. 177). Dem liegt zwar der zutreffende Gedanke zugrunde, daß Härteklauseln nur der Durchsetzung der Einzelfallgerechtigkeit dienen, nicht aber der generellen Korrektur von systematischen oder methodischen Ansätzen des Gesetzgebers, die als rechtspolitisch verfehlt und unbillig angesehen werden (BGHZ 46, 343, 353; vgl. auch FamRZ 1982, 999, 1001 und 1989, 1163, 1165 m.w.N. für die rechtsähnliche Lage beim Versorgungsausgleich). Indessen vermag der Umstand, daß § 1381 BGB schon von seiner Zweckbestimmung her nicht geeignet ist, generell Abhilfe zu schaffen, eine vom gesetzlichen System des § 1374 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB abweichende Lösung nicht zu rechtfertigen.

Ob und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen § 1381 BGB im Einzelfall, z. B. in einem Fall wie dem oben geschilderten, gleichwohl angewendet werden kann, bedarf letztlich keiner abschließenden Stellungnahme. Denn ein solcher Fall liegt nicht vor. Beide Ehegatten hatten bei Beginn des Güterstandes gleich hohe Schulden, nämlich je 5.000,- DM. Lediglich durch die Verrechnung dieser Schulden mit ihrem jeweiligen aktiven Anfangsvermögen ergab sich ein unterschiedliches negatives Anfangsvermögen. Beide Ehegatten erhielten im übrigen während der Ehe Zuwendungen i.S.d. § 1374 Abs. 2 BGB, wenn auch in unterschiedlicher Höhe. Nur deren Berücksichtigung führte zu einem unterschiedlichen Zugewinn bei im übrigen fast gleich hohem Endvermögen. Der Mehrbetrag, den der Bekl. danach der Kl. noch schuldet, überschreitet auch der Höhe nach nicht die Grenze zur Unbilligkeit. Dies zeigt im einzelnen folgende Berechnung, wobei der privilegierte Hinzuerwerb mit den Indexzahlen für 1974 = 64,5 und für 1986 = 99,8 (Basisjahr 1985 = 100) hochgerechnet wurde (vgl. BGHZ 61, 385 f.):

Anfangsvermögen der Kl.:

Originäres Anfangsvermögen:

Bundesanleihe	200,- DM
abzgl. Darlehen	<u>- 5.000,- DM</u>
Anfangsvermögen =	0,- DM
Privilegierter Erwerb:	
a) Schenkung 1974	5.297,55 DM x <u>110,5</u> = indexiert 64,5 9.075,65 DM
b) weitere Schenkungen 1975-1991 wie festgestellt	indexiert <u>52.863,- DM</u>

Fiktives Anfangsvermögen

Zugewinn der Kl.:	
Endvermögen	80.558,06 DM
abzgl. fiktives	
Anfangsvermögen	<u>61.938,65 DM</u> 18.619,41 DM

Anfangsvermögen des Bekl.:

Originäres Anfangsvermögen:

Pkw	2.000,- DM
abzgl. Darlehen	<u>- 5.000,- DM</u>
Anfangsvermögen:	0,- DM

Privilegierter Erwerb:

Schenkung 1986	30.000,- DM x <u>110,5</u> = indexiert 99,8 33.216,43 DM
----------------	--

Fiktives Anfangsvermögen

Zugewinn des Bekl.:	
Endvermögen	80.005,17 DM
abzgl. fiktives	
Anfangsvermögen	<u>33.216,43 DM</u> 46.788,74 DM

6. Nach allem kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind, kann der Senat entsprechend der obigen Berechnung selbst entscheiden. Von der Differenz der beiderseitigen Zugewinne von (46.788,74 DM – 18.619,41 DM =) 28.169,33 DM steht der Kl. die Hälfte = 14.084,67 DM zu, so daß sie außer den zugesprochenen 11.633,06 DM noch 2.451,61 DM zu beanspruchen hat. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind entsprechend zu ändern.

### 3. Gesellschaftsrecht/Steuerrecht – Körperschaftsteuer-gutschrift – Keine Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen (m. Anm. Schuck)

(BGH, Urteil vom 30. 1. 1995 – II ZR 42/94)

#### HGB § 122

Bei Beteiligung einer Personengesellschaft des Handelsrechts an einer Kapitalgesellschaft ist die von dieser gezahlte Körperschaftsteuer auf ausgeschüttete Gewinne – anders als von ihr abgeführt Kapitalertragsteuer – nicht Teil des von der Personengesellschaft erzielten Beteiligungsertrags. Infolgedessen ist die dem Gesellschafter der Personengesellschaft vom Finanzamt erstattete Körperschaftsteuer keine Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen. Die Personengesellschaft hat deshalb gegen ihren Gesellschafter vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages keinen Anspruch auf Abführung des Erstattungsbetrages an das Gesellschaftsvermögen.

#### Zum Sachverhalt:

Die Bekl. ist neben ihren Geschwistern Kommanditistin der Kl. Als solche steht ihr nach § 10 des Gesellschaftsvertrages der Kl. das Recht auf Vorausnahme ihrer persönlichen Steuern zu, die sie aufgrund ihrer Beteiligung an der Gesellschaft zu entrichten hat. Alle weiteren Entnahmen sind nur möglich, soweit es die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft erlaubt. Sie bedürfen eines Gesellschafterbeschlusses. Die Kl., die ihrerseits zu 89 % an der H.-GmbH beteiligt ist, begeht von der Bekl. die Abführung angerechneter oder erstatteter Körperschafts- und Kapitalertragsteuern für die Jahre 1988 und 1989 im Gesamtbetrag von 142.315,21 DM zuzüglich 10 % Zinsen seit Rechtshängigkeit. Sie behauptet, der Bekl. seien vom FA für das Jahr 1988 44.935,42 DM Körperschaftsteuer und 19.971,34 DM Kapitalertragsteuer auf die ausgeschütteten Gewinne der H.-GmbH erstattet worden. Für 1989 hätten der Bekl. Steuerstattungen in Höhe von 53.590,40 DM und 23.817,95 DM zugestanden. Nach Ansicht der Kl. handelt es sich bei der Vereinahmung dieser Beträge um eine nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zulässige Entnahme. Nach Meinung der Bekl. kann die Klage bereits aus Rechtsgründen keinen Erfolg haben.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer Sprungrevision verfolgt die Kl. ihren in der Vorinstanz gestellten Klageantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Sprungrevision ist nur teilweise begründet.

I. Ohne Erfolg muß die Sprungrevision zunächst bleiben, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Rückzahlung erstatteter Körperschaftsteuern gerichteten Klageantrages wendet. Ein solcher Anspruch steht der Kl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

1. Nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung durch das KStG 1977 ist die Körperschaftsteuer, auch soweit sie nach § 27 KStG auf ausgeschüttete Gewinne zu entrichten ist, keine Einkommen- oder Körperschaftsteuer der Gesellschafter (Teilhabersteuer). Deshalb leistet die Kapitalgesellschaft mit der Entrichtung dieser Steuer keine Vorauszahlung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer ihrer Anteilseigner. Die Körperschaftsteuer ist vielmehr eine der Kapitalgesellschaft als solcher auferlegte Steuer. Infolgedessen tilgt die Kapitalgesellschaft mit der Zahlung dieser Steuer rechtlich ausschließlich ihre eigene Steuerschuld und nicht diejenige ihres Gesellschafters oder, wenn dies eine Personenhandelsgesellschaft ist, die Einkommen-

oder Körperschaftsteuerschuld der Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft (vgl. auch BFHE 135, 303, 305; 148, 129, 131). Zur Ausschüttung an die Anteilseigner steht deshalb von vornherein nur der nach Erfüllung der eigenen Steuerschuld der Kapitalgesellschaft verbleibende Teil des von ihr erwirtschafteten Gewinns zur Verfügung. Auf diesen Teil beschränkt sich dementsprechend auch das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter. Die von der Kapitalgesellschaft an das FA gezahlte Körperschaftsteuer ist zu keinem Zeitpunkt Teil des Dividendenanspruches des Anteilseigners. Infolgedessen kann die an das FA gezahlte Körperschaftsteuer auch nicht als dessen Einnahme und damit als Bestandteil seines Vermögens behandelt werden.

Im Ergebnis nichts anderes gilt für den Anspruch gegen den Finanzfiskus auf Anrechnung oder Erstattung der von der Kapitalgesellschaft gezahlten Körperschaftsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 4 EStG. Dieser Anspruch entsteht nach gelgendem Steuerrecht ausschließlich und originär in der Person des Anrechnungs- bzw. Erstattungsberechtigten. Dies ist zwar in der Regel der Anteilseigner. Dies folgt jedoch allein daraus, daß er im allgemeinen derjenige ist, der den von ihm bezogenen, von der Kapitalgesellschaft ausgeschütteten Gewinn als Ertrag seiner Beteiligung zu versteuern hat. Nach Sinn und Zweck der in § 36 Abs. 2 und 4 EStG getroffenen Regelung soll der Vorteil, die eigene Einkommensteuerschuld durch Anrechnung der von der Kapitalgesellschaft auf den ausgeschütteten Gewinn gezahlten Körperschaftsteuer mindern oder nach Bekanntgabe des Steuerbescheides Auszahlung eines etwaigen Überschusses (Erstattung, § 36 Abs. 4 S. 2 und 3 EStG) verlangen zu können, ausschließlich demjenigen zugute kommen, der *diesen* Gewinn als Einkommen zu versteuern hat. Ist Gesellschafter der Kapitalgesellschaft eine Personenhandelsgesellschaft, so ist dies nicht sie, sondern ihr Gesellschafter. Infolgedessen steht der Vorteil, die von der Kapitalgesellschaft gezahlte Körperschaftsteuer auf die eigene Einkommen- oder (bei juristischen Personen) Körperschaftsteuer anrechnen zu dürfen, allein dem Gesellschafter und nicht der Gesellschaft zu. Ein Anspruch der selber nicht einkommensteuerpflichtigen Personenhandelsgesellschaft auf diesen ihrem Gesellschafter als Folge seiner Verpflichtung zur Versteuerung der Dividende gewährten Anrechnungsvorteil ist nicht anzuerkennen.

Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den Anrechnungsvorteil dem Unternehmen der Personenhandelsgesellschaft nur deshalb zuordnen will, weil sie als Anteilseigner auch die Dividende vereinnahmt hat. Auch § 20 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 EStG kann nicht als Beleg für eine gegenständige Absicht des Gesetzgebers herangezogen werden. Die Vorschrift regelt lediglich den Zeitpunkt, in dem die Körperschaftsteuer in dem vom Gesetz vorausgesetzten Regelfall der Identität von Dividendenbezieher (Anteilseigner) und Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflichtigem als bezogen gilt. In diesem Fall sind Dividende und anzurechnende oder zu vergütende Körperschaftsteuer als zeitgleich bezogen anzusehen. Dagegen kann aus dieser Bestimmung nicht entnommen werden, daß sie auch eine Regelung hinsichtlich der Person des Anrechnungsberechtigten treffen und das Recht, die von der Kapitalgesellschaft auf den Ausschüttungsbetrag gezahlte Körperschaftsteuer auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer anzurechnen, unter Aufgabe des Grundsatzes des § 36 Abs. 2 EStG einer anderen Person als dem Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflichtigen zuordnen wollte (wie hier Döllerer, FS Stimpel, 1985, 729 ff. sowie Simon, BB 1981, 133 u. DB 1981, 1895). Bei dieser Sachlage hat auch der Anrechnungs- oder Erstattungsanspruch aus § 36 Abs. 2 und 4 EStG zu keinem Zeitpunkt zum Vermögen der Personenhandelsgesellschaft gehört. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß die nach § 44 KStG von der Kapitalgesellschaft auszustellende Steuerbescheinigung (Steuergutschrift) über die Anrechnungsbeträge den Gesellschaftern der Personengesellschaft erteilt wird. Nur aus Vereinfachungsgründen kann sie auch an die Personenhandelsgesellschaft adressiert werden (vgl. dazu Maul, DB 1981, 1104 i.V.m. DB 1982, 293).

Ohne Einfluß auf diese rechtliche Beurteilung ist es, ob man den Anspruch des Gesellschafters der Personenhandelsgesellschaft gegen das FA auf Anrechnung oder Erstattung der Körperschaftsteuer, weil durch seine Gesellschaftereigenschaft veranlaßt, seinem sog. Sonderbetriebsvermögen II zurechnet. Dies hätte lediglich zur Konsequenz, daß die Steuergutschrift steuerrechtlich zum Gesamtgewinn der Mitunternehmerschaft gehörte, könnte aber nichts daran ändern, daß der Anspruch gegen das FA aus § 36 Abs. 2 und 4 EStG zu keinem Zeitpunkt zum Gesamthandsvermögen der Personenhandelsgesellschaft gehört hat, sondern allein Teil des persönlichen Vermögens des Gesellschafters ist.

2. Die aus dem geltenden Recht folgende konkrete Entscheidung des Gesetzgebers, wonach der sich aus der Anrechnungsberechtigung ergebende Vorteil der Verminderung der persönlichen Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld nur demjenigen zugute kommen soll, der einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtig ist, kann weder unter bereicherungs- noch unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten durch die Verweisung auf eine „wirtschaftliche Betrachtung“ beiseite geschoben werden, die es erforderlich mache, die Körperschaftsteuer-gutschrift als Teil der Erträge der Personenhandelsgesellschaft anzusehen, der als gleichzeitig von ihren Gesellschaftern entnommen zu gelten hätte (so aber insbes. der HFA des IDW, HFA 2/93, WPg 1994, 22, 23 u. Marcks, WP 1977, 197). Es ist zwar richtig, daß der Anrechnungsvorteil des Gesellschafters die Beteiligung der Personenhandelsgesellschaft an einer Kapitalgesellschaft zur Voraussetzung hat und die Entrichtung der Körperschaftsteuer – wie auch der Senat in einem anderen Zusammenhang (vgl. WM 1982, 900) ausgeführt hat – wirtschaftlich wie eine Vorauszahlung auf die Einkommensteuer wirkt. Des weiteren mag es zutreffen, daß der Anrechnungsvorteil, den die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft erlangen, wenn sie diese eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erwerben lassen, beim Kauf mitbewertet und mitbezahlt wird (so die Begründung des HFA des IDW für den von ihm a.a.O. bezogenen gegenteiligen Standpunkt, vgl. dazu WPg 1994, 500, 502 ff.) und die Beweggründe des Gesetzgebers, die Körperschaftsteuer nicht abzuschaffen, sondern als eigene Steuer der Kapitalgesellschaft beizubehalten, vorwiegend außenwirtschaftlicher Art gewesen sind (vgl. W. Meilicke, FS Heinz Meilicke, 1985, 94 ff.). Derartige Erwägungen allgemein wirtschaftlicher Art berechtigen jedoch nicht dazu, sich darüber hinwegzusetzen, daß der Gesetzgeber bei der Körperschaftsteuerreform 1976 bewußt und gewollt gerade nicht eine an der Quelle abzuführende Vorauszahlung auf eine erhöhte Steuer der Anteilseigner eingeführt hat, sondern auszuschüttende Gewinne von Kapitalgesellschaften weiterhin mit einer Körperschaftsteuer belegt, deren Schuldner die Kapitalgesellschaften selbst und nicht deren dividendenberechtigte Anteilseigner sind, die deshalb als solche, wenn die ausgeschütteten Gewinne bei ihnen nicht steuerpflichtig sind, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, unter *keinem* rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf die von der Kapitalgesellschaft gezahlten Körperschaftsteuerbeträge oder deren Erstattung erheben können. Diesen Vorteil wendet das geltende Recht, wie oben unter 1. dargelegt, und zwar in Form eines persönlichen Anspruches gegen den Finanzfiskus, ausschließlich demjenigen zu, der den ausgeschütteten Gewinn im Rahmen seiner persönlichen Einkommen- oder Körperschaftsteuerpflicht zu versteuern hat. Wird der Anteil an der Kapitalgesellschaft von einer Personengesellschaft gehalten, so ist dies nicht sie, sondern ihr Gesellschafter. An dieser aus der geltenden Gesetzeslage folgenden rechtlichen Zuordnung, die (entgegen W. Meilicke, a.a.O., u. DB 1982, 291 ff.) auch Bereicherungsansprüche ausschließt, vermag der Umstand nichts zu ändern, daß der Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft den ihm als Steuerpflichtigem vom Gesetzgeber zugedachten Anrechnungsvorteil ohne die Beteiligung seiner Gesellschaft an der Kapitalgesellschaft nicht hätte erlangen können. Die Senatsentscheidung vom 28. 6. 1982, a.a.O., steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Auch sie geht davon aus, daß die zu erstattende Körperschaftsteuer kein Teil des von

dem Anteilseigner zu beanspruchenden Bilanzgewinns ist. Die dort für maßgeblich erachtete wirtschaftliche Wirkung der Körperschaftsteuerzahlung wie eine Einkommensteuervorauszahlung bezieht sich ausdrücklich nur auf den Fall, daß die Einkommensteuerschuld bei dem Anteilseigner liegt, Dividendenbezieher und Steuerpflichtiger mithin identisch sind. Eine Stellungnahme zu der Frage, wem der aus der Anrechnungsbefugnis erwachsene Vermögensvorteil zusteht, wenn beide – wie im Fall der Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft an einer Kapitalgesellschaft – verschiedene Personen sind, ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen.

II. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis zu Recht dagegen, daß das LG die Klage auch insoweit abgewiesen hat, als mit ihr die Rückführung erstatteter Kapitalertragsteuer begeht wird.

1. Anders als die Körperschaftsteuer ist die Kapitalertragsteuer keine von der Kapitalgesellschaft geschuldete Steuer. Sie ist vielmehr lediglich eine besondere Form der Erhebung der Einkommensteuer in Gestalt einer an der Quelle abzuführenden Vorauszahlung auf die Einkommensteuer (Einkommensteuer durch Abzug vom Kapitalertrag, vgl. § 43 Abs. 1 EStG). Mit der Einbehaltung und Abführung dieser Steuer tilgt die Kapitalgesellschaft demgemäß nicht ihre eigene, sondern eine fremde Steuerschuld, und zwar im Regelfall diejenige ihrer Gesellschafter, welche die vereinnahmten Kapitalerträge als Einkommen zu versteuern haben (vgl. § 44 Abs. 1 S. 1 u. 3 EStG). Zivilrechtlich bedeutet dies, daß die Kapitalgesellschaft die Forderung ihres Gesellschafters auf Ausschüttung der ihm zustehenden Dividende teils durch direkte Zahlung, teils dadurch erfüllt, daß sie für ihn und auf seine Rechnung an das FA eine Vorauszahlung auf seine Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuerschuld leistet. Im Verhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Anteilseigner liegt darin lediglich eine vor allem aus steuerpräventiven Gründen vorgeschriebene Abkürzung des Zahlungsweges, der sich ergeben würde, wenn der Anteilseigner die Dividende zunächst in voller Höhe selbst vereinnahmt und sodann aus ihr Vorauszahlungen auf seine Einkommensteuerschuld leistete. Bei dieser Sachlage gehört die an den Steuerfiskus vorweg abgeführte Kapitalertragsteuer als Teil des Dividendenanspruches des Anteilseigners nicht weniger zu seinem Vermögen als der an ihn direkt ausgekehrte Teil der Dividende. Ist der Anteilseigner eine nicht einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtige Personenhandelsgesellschaft, so kommt der an das FA als Kapitalertragsteuer abgeführte Teil der von dem Anteilseigner zu beanspruchenden Dividende nicht ihm, sondern seinen Gesellschaftern zugute, weil nur sie Einkommen- oder Körperschaftsteuer auf die von der Personenhandelsgesellschaft erzielten Erträge zu zahlen haben. Infolgedessen erlangen die Gesellschafter in Höhe der abgeführten Körperschaftsteuer unter entsprechender Verkürzung der der Personenhandelsgesellschaft als Anteilseignerin zustehenden Dividende aus deren Vermögen einen Vorteil, der im Verhältnis zwischen ihnen und ihrer Gesellschaft zivilrechtlich nicht anders bewertet werden kann, als wenn auch dieser Teil der Dividendenforderung zunächst an die Personenhandelsgesellschaft ausgezahlt und sodann von ihr zur Leistung einer Vorauszahlung auf die Einkommensteuerschuld ihres Gesellschafters verwendet worden wäre. Dies rechtfertigt es, die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer als Einnahme der Personenhandelsgesellschaft und als Entnahme ihres Gesellschafters zu behandeln (ebenso Döllerer, a.a.O., 735 u. Simon, a.a.O., sowie diejenigen, die der Personenhandelsgesellschaft auch einen Anspruch auf die Körperschaftsteuergutschrift zubilligen wollen, vgl. dazu oben unter I.; a.A. vor allem Maul, a.a.O.). Inwiefern die Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter einen Anspruch darauf hat, daß er den ihm im Rahmen seiner

Einkommen- oder Körperschaftsteuerveranlagung angerechneten oder vergüteten Teil der einbehaltenen Kapitalertragsteuer der Gesellschaft erstattet, richtet sich sodann nach dem Gesellschaftsvertrag. Da § 10 des Gesellschaftsvertrages der KI. ohne Gesellschafterbeschuß lediglich ein Entnahmerecht in Höhe ihrer persönlichen Steuern zubilligt, hat die Bekl. erhaltene Erstattungen der Kapitalertragsteuer der KI. jedenfalls unter Berücksichtigung der angespannten finanziellen Lage, in der sich diese gegenwärtig nach ihrem bisher von der Bekl. nicht bestrittenen Vortrag befindet, zur Verfügung zu stellen.

2. Damit kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit es die Klage auch in Höhe des auf Kapitalertragsteuererstattungen entfallenden Betrages abweist. Allerdings hat die KI. Anspruch auf diese Beträge ohne weiteres nur in dem Umfang, in dem der Bekl. die von der H.-GmbH abgeführte Kapitalertragsteuer tatsächlich vom FA erstattet worden ist. Anders kann es sich verhalten, soweit ihr diese Beträge lediglich auf ihre persönliche Einkommensteuerschuld angerechnet worden sind, da den Gesellschaftern nach § 10 des Gesellschaftsvertrages Entnahmen in Höhe ihrer persönlichen Steuern, die sie aufgrund ihrer Beteiligung an der KI. zu entrichten haben, ohne weitere Voraussetzungen gestattet sind. Die Erstattung der Kapitalertragsteuer ist zwar von der KI. vorgetragen worden. Der entsprechende Vortrag wird aber vom LG im Tatbestand seines Urteiles als (streitige) Behauptung wiedergegeben.

#### Anmerkung zum BGH-Urteil vom 30. 1. 1995 – II ZR 42/94

Das Rechtsproblem des vorliegenden Falles basiert auf dem Anrechnungsverfahren der Körperschaftsteuer. Schüttet eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft Gewinn aus, so muß sie gem. § 27 KStG eine Ausschüttungsbelastung von 30 % (im Streitfall noch 36 %) herstellen und diese an das FA abführen<sup>1</sup>. Daneben erfolgt der Abzug der Kapitalertragsteuer gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Höhe von 25 %, § 43 a Abs. 1 Nr. 1 EStG. Nur der dann verbleibende Betrag wird dem inländischen Anteilseigner gutgeschrieben<sup>2</sup>. Dennoch hat dieser sowohl den ausgezahlten Betrag als auch die Steuergutschriften als Einnahmen zu versteuern: Für die Dividende und die einbehaltene Kapitalertragsteuer ergibt sich dies aus §§ 20 Abs. 1 Nr. 1; 36 Abs. 2 Nr. 2; 12 Nr. 3 EStG, für die Körperschaftsteuergutschrift aus § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Die Kapitalertragsteuer ist nur eine besondere Erhebungsform der Einkommensteuer, gewissermaßen eine Quellensteuer, und wird gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf die Einkommensteuer angerechnet. Hingegen erfolgt die Anrechnung der von der Kapitalgesellschaft abgeführten und für eigene Rechnung gezahlten Körperschaftsteuer aufgrund § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG. Zielsetzung dieser Anrechnungsmöglichkeit, die erst 1977 eingeführt wurde, ist es, eine zweimalige volle Belastung mit Körperschaftsteuer bei der ausschüttenden Gesellschaft und Einkommensteuer beim Anteilseigner zu vermeiden. Diese beiden unterschiedlichen juristischen Ansätze und Zielsetzungen der Ausschüttungsbelastung und der Kapitalertragsteuer sind nach der Auffassung des BGH für die differenzierten Folgen entscheidend. Mit der Herstellung der Ausschüttungsbelastung erfüllt die Kapitalgesellschaft eine eigene Steuerschuld. Der entsprechende Betrag hat bei dieser Betrachtung für einen Zufluß beim Anteilseigner nie zur Verfügung gestanden. Die wirtschaftliche Zuordnung erfolgt ausschließlich über das vorstehende Anrechnungsverfahren (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG), an dem (vereinfacht gesagt) nur unbeschränkt steuerpflichtige Steueraufschüttungen teilnehmen, zu denen die Personengesellschaft bei der Ertragsteuer eben nicht gehört<sup>3</sup>. Dies soll bei der Kapitalertragsteuer anders sein, da diese lediglich eine Vorauszahlung auf die Steuerschuld des Anteilseigners ist, also für dessen Rechnung lediglich „vorgestreckt“ wird<sup>4</sup>.

1 Dabei muß sich für die Kapitalgesellschaft keine „neue“ Steuerbelastung ergeben. Je nachdem, mit welchem Steuersatz der ausgeschüttete Betrag bereits belastet ist, kann auch eine Steuergutschrift erfolgen. Entscheidend ist, zu welchem Teil des verwendbaren Eigenkapitals der Ausschüttungsbetrag gehörte, § 30 KStG.

2 S. u.

3 Es erfolgt lediglich aus Vereinfachungsgründen eine sog. gesonderte Gewinnfeststellung gem. §§ 179, 180 AO.

4 Gleichwohl gibt der BFH im Urteil vom 9. 11. 1994 (I R 5/94 BStBl. 1995 II S. 55, 257) zu erkennen, daß die Kapitalertragsteuer direkt den Gesellschaftern zuzuordnen ist.

Das Urteil stellt die Kautelarpraxis vor neue Aufgaben.

Gehört der Erstattungsanspruch auf die abgeführt Körperschaftsteuer nicht zum Ertrag der Gesellschaft, so kann die Weiterleitung dieses Betrages an die Gesellschafter nicht den Haftungsanspruch aus § 172 Abs. 4 HGB auslösen. Als Gestaltungsmittel eingesetzt, kann so die Ausschüttungsbelastung gem. § 27 KStG an der Gesellschaft vorbeimanövriert werden. Das Anrechnungspotential des § 15 a EStG wird, unabhängig davon, ob es sich um Sonderbetriebseinnahmen handelt oder nicht<sup>5</sup>, eingeengt.

Die Gesellschafter einer Personengesellschaft folgen im Gegensatz zum vorgenannten Urteil häufig einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wonach die „Dividende“ einer Beteiligung neben dem realen Zufluss auch die Kapitalertragsteuer sowie die Ausschüttungsbelastung umfaßt. Die Körperschaftsteuergutschrift soll nach dem Willen der Gesellschafter vielmehr Teil des Ertrages der KG sein. Die Begünstigung der Gesellschafter soll dabei aus unterschiedlichsten Gründen, beispielsweise dem Rücklagenaufbau, vermieden werden. Hier bieten sich meines Erachtens zwei Möglichkeiten zur Vermeidung der Urteilsfolgen an. Grundaussage des BGH ist, daß es zum Direktzufluss der Körperschaftsteuergutschrift an den Gesellschafter kommt, wenn zivilrechtlicher Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft ein Gebilde ist, das selbst nicht Ertragsteuersubjekt ist.

1. Die in der Praxis vorkommenden Personengesellschaften sind häufig in der Rechtsform einer (GmbH & Co.) KG organisiert. Die Konsequenzen des Urteils lassen sich teilweise vermeiden, wenn die Interessen der Gesellschafter der KG in einem unbeschränkt steuerpflichtigen Objekt gebündelt werden oder Anteilseigner der Beteiligungsgesellschaft selbst ein unbeschränkt steuerpflichtiges Steuersubjekt wird.

a) Die Kommanditisten (einer GmbH & Co. KG) könnten beispielsweise ihre Anteile in eine (Holding-)GmbH gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einbringen. Diese GmbH fängt damit die Körperschaftsteuergutschrift vor den Gesellschaftern auf. Nachteilig ist dabei jedoch der Wegfall der sofortigen Zurechnung des steuerlichen Ergebnisses gem. § 15 EStG<sup>6</sup>.

b) Sind die Kommanditisten im gleichen Verhältnis an der KG beteiligt wie an der Komplementär-GmbH, bietet sich eine Übertragung der Beteiligung auf die Komplementär-GmbH an. Die Komplementär-GmbH wird dann Steuersubjekt und Anteilseigner.

c) Demgegenüber ist die Bildung einer Zwischenholding unter der KG bzw. der Übertragung der Beteiligung auf die Komplementärin bei einer Einheitsgesellschaft weniger sinnvoll. Handels- und steuerrechtlich fließt der Ertrag der Tochter alleine der GmbH zu. Schüttet diese ihrerseits Gewinn aus, treten die genannten Folgen jedoch wiederum ein, da Gesellschafter der Kapitalgesellschaft wieder eine Personengesellschaft ist. Die Höhe und der Zeitpunkt der Gewinnausschüttung einer zu 100 % beherrschten GmbH lassen sich freilich besser steuern als bei einer Beteiligungsgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Fremdgesellschaftern.

d) Handelt es sich um eine 100%ige Tochter, so ist die Umwandlung der Tochtergesellschaft in eine Personengesellschaft leicht möglich, mit der Folge, daß die Herstellung der Ausschüttungsbelastung entfällt.

e) Selbstverständlich kann auch die KG in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt werden. Beträgt die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mehr als 10 %, kann dabei das Schachtelprivileg gem. § 102 BewG geltend gemacht werden. Es ist aber zu bedenken, daß beschränkt steuerpflichtigen Anteilseignern, vorbehaltlich eines Doppelbesteuerungsabkommens und etwaiger anderer inländischer Einkünfte, gem. §§ 49 Abs. 1 Nr. 5; 50 Abs. 5 EStG die Anrechnung verloren geht. Gleiches

gilt, wenn der inländische Anteilseigner steuerbefreit ist, § 36 Abs. 2 Nr. 3 f EStG.

2. In vielen Fällen einfacher ist es, im Gesellschaftsvertrag zu verankern, daß die Körperschaftsteuergutschrift als Entnahme der Gesellschafter fingiert wird. Dabei ist jedoch zu beachten, daß damit unter bestimmten Umständen die Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB (Minderung der Haftungssumme durch Entnahme unter den bezeichneten Betrag) wieder auflieben kann. Leider hat sich der BGH mit der Frage, ob bei verständiger Auslegung des KG-Vertrages eine solche Fiktion gegeben ist, nicht auseinandergesetzt<sup>7</sup>. Bei der formellen Betrachtungsweise des BGH handelt es sich im Ergebnis um eine Nachschußpflicht, so daß die Klausel nach der Rechtsprechung einen Hinweis darauf enthalten sollte<sup>8</sup>.

Im Hinblick darauf, daß nicht alle Anteilseigner das Anrechnungsguthaben nutzen können (s.o.), sollte die Entnahmefiktion darauf beschränkt werden, daß eine wirtschaftliche Verwertung erfolgen kann.

Notarassessor Dr. Stephan Schuck, Sinzig

#### 4. Gesellschaftsrecht/GmbH – Änderung des Gesellschaftsvertrages im Gründungsstadium

(OLG Köln, Beschuß vom 28. 3. 1995 – 2 Wx 13/95 – mitgeteilt von Richter am OLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

**GmbH §§ 2; 53 f.**

**BGB § 182 Abs. 1**

1. Auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages der GmbH noch während des Gründungsstadiums sind nicht die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister anzuwenden, sondern die Vorschriften über den Abschluß des Gesellschaftsvertrages.
2. § 182 Abs. 2 BGB wird durch § 2 Abs. 2 GmbHG dahin eingeschränkt, daß die Genehmigung einer vollmächtlos abgegebenen Erklärung in den Fällen des § 2 Abs. 1 GmbHG nicht formfrei erfolgen kann, sondern der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung bedarf.

#### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 28. 4. 1994 – UR-Nr. ... für 1994 des Notars S. – haben drei Gesellschafter, darunter die von Herrn F. als Geschäftsführer vertretene Fa. F. GmbH, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma „E. GmbH“ mit Sitz in E. gegründet. Unter dem 1. 6. 1994 hat der Notar S. – in UR-Nr. ... für 1994 – eine Erklärung von Herrn F. beurkundet, die dieser als Geschäftsführer der Fa. F. GmbH und als vollmächtloser Vertreter der beiden anderen Gründungsgesellschafter der Fa. E. abgegeben hat. Mit dieser Erklärung vom 1. 6. 1994 sollte die Satzung der Fa. E. in mehreren Punkten geändert werden. U. a. sollte ihre Firma nunmehr lauten „E. Euro-Institute for T. GmbH“. Mit dieser geänderten Firma hat der Bf. die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet, wobei er in der Anmeldung versichert hat, daß die übernommene Stammeinlage (von 50.000,- DM) zu „100 % bar eingezahlt“ sei, nämlich in Beträgen von „zweimal 8.750,- DM und einmal 7.500,- DM“. Später ist diese Angabe zur Einzahlung wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers dahin berichtigt worden, daß es statt „100 %“ richtig „50 %“ heiße.

Der Registrierer hat die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister abgelehnt, weil die Angaben zur Einzahlung auf das Stammkapital in der Anmeldung in sich widersprüchlich seien und ihre Berichtigung nicht öffentlich beglaubigt sei und weil die Genehmigung der Satzungsänderung durch die beiden anderen Gründungsgesellschafter nicht vorgelegt worden war.

Mit der gegen diesen Beschwerde hat der Bf. beglaubigte Abschriften von privatschriftlichen Erklärungen der übrigen Gründungsgesellschafter vorgelegt, daß die in der Ergänzungsurkunde Nr. ... für 1994 enthaltenen Erklärungen genehmigt würden.

5 Offen der BGH in der Entscheidung; nach Felix keine Sonderbetriebseinnahme, EWIR 1995, S. 699, 700.  
6 Dies könnte durch Bildung einer Organschaft i.S.d. §§ 14 ff. KStG korrigiert

werden.

7 Vgl. dazu die Besprechung von Bartholl, DB 1995, S. 1797, 1798.

8 Münch. Handbuch der KG, 1. Aufl. – von Falkenhausen, § 16, Rd.-Nr. 7.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Eintragung sei zu Recht abgelehnt worden, weil die Satzungsänderung nicht wirksam geworden sei. Die vorgelegten Genehmigungen der Satzungsänderung durch die vollmachtlos vertretenen Gesellschafter seien nicht wirksam, da nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben worden.

Gegen diesen Beschuß wendet sich der Bf. mit der weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Die in rechter Form eingelegte, an keine Frist gebundene weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, §§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO.

Auf den – hier gegebenen – Fall der Änderung des Gesellschaftsvertrages noch im Gründungsstadium, d.h. noch vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister, sind entgegen der von der weiteren Beschwerde vertretenen Ansicht im Einklang mit der st. Rspr. und ganz h. M. im Schrifttum (vgl. RGZ 106, 174; BGH LM § 11 GmbHG, Nr. 1; LG Dresden GmbHHR 1993, 590 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner, 15. Aufl. 1988, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 45) nicht die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages nach Eintragung der Gesellschaft (§§ 53 f. GmbHG), sondern die Regeln über den Abschluß des Gesellschaftsvertrages (§ 2 GmbHG) anzuwenden. Der Hinweis der weiteren Beschwerde auf eine (bei Scholz/Priester, 8. Aufl. 1995, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 186 dargestellte) im Vor- dringen befindliche neuere Auffassung vermag dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn diese Auffassung geht ganz überwiegend dahin, daß eine vor Eintragung der Gesellschaft nach § 53 GmbHG beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrages erst nach Eintragung wirksam werde, so daß die Gesellschaft dann zunächst nach dem ursprünglichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages im Handelsregister eingetragen werden müßte und erst danach die Änderungen des Vertrages im Handelsregister verlautbart werden könnten (vgl. Scholz/Priester, a.a.O., sowie eingehend Scholz/Karsten Schmidt, 8. Aufl. 1993, § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 47 m.w.N.).

Darauf, die Gesellschaft (zunächst) nach Maßgabe des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages vom 28. 4. 1994 im Handelsregister einzutragen, zielen Anmeldung und Beschwerde indes nicht.

Die der Anmeldung zugrunde gelegte Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 1. 6. 1994 ist, wie das LG zutreffend festgestellt hat, nicht wirksam geworden, weil bei dieser Änderung zwei der drei Gesellschafter vollmachtlos vertreten worden sind und die vorgelegten Genehmigungserklärungen nicht der durch § 2 GmbHG vorgeschriebenen Form genügen. Zwar bedarf die Genehmigung einer vollmachtlos abgegebenen Willenserklärung nach § 182 Abs. 2 BGB (i.V.m. §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB) – ebenso wie die Vollmacht zur Abgabe einer solchen Erklärung (§ 167 Abs. 2 BGB) – grundsätzlich nicht der für die Erklärung selbst vorgeschriebenen Form. § 2 Abs. 2 GmbHG bestimmt indes im Interesse des Verkehrsschutzes eine Ausnahme von § 167 Abs. 2 BGB und schreibt hier die notarielle Beurkundung oder Beglaubigung der Vollmacht vor, um so zu gewährleisten, daß die Zurechnung der abgegebenen Willenserklärung zum Vertretenen verlässlich festgestellt und belegt werden kann. Für den Fall der nachträglichen Genehmigung einer vollmachtlos für einen anderen abgegebenen Erklärung kann nichts anderes gelten. Es entspricht daher der ganz h. M., daß durch § 2 Abs. 2 GmbHG auch § 182 Abs. 2 BGB dahin eingeschränkt wird, daß die Genehmigung einer vollmachtlos angegebenen Erklärung im Fall des § 2 Abs. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung oder der notariellen Beglaubigung bedarf (vgl. nur Baumbach/Hueck, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 18 m.w.N.; a.a.O. Scholz/Emmerich, a.a.O., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 31).

Die Entscheidung des BGH vom 21. 1. 1980 (BGH MDR 1980, 737 = DNotZ 1981, 183) veranlaßt keine abweichende Beurteilung. Dort hatte der BGH die Genehmigung eines wegen Minderjährigkeit des Gesellschafters bei Gründung und Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister schwedend unwirksamen

Gesellschaftsvertrages durch diesen Gesellschafter selbst nach Eintritt seiner Volljährigkeit gem. § 108 Abs. 3 BGB nicht der Form des § 2 GmbHG unterworfen. Dies beruht indes – wie der BGH in dieser Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben hat – darauf, daß in diesem Falle über die Zurechnung der Genehmigung zu der Person des Genehmigenden (etwa durch Betätigung in der Gesellschaft nach Eintritt der Volljährigkeit, vgl. Scholz/Emmerich, a.a.O.) kein Zweifel bestehen konnte. So liegt es hier nicht, weshalb es hier auch des Nachweises in der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG bedarf, daß die Genehmigungserklärungen von den in ihnen genannten Personen abgegeben worden sind. Der von Emmerich (a.a.O.) für seine von der herrschenden Auffassung abweichenden Ansicht angeführten Entscheidung des RG vom 18. 3. 1921 (RGZ 102, 17, 21) liegt eine ganz andere Fallgestaltung zugrunde als dem Streitfall: In jedem Fall hatte eine der Form des § 2 GmbHG genügende Vollmacht vorgelegen.

Die weitere Beschwerde muß daher zurückgewiesen werden.

#### 5. Kostenrecht – Getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflösung

(OLG Düsseldorf, Beschuß vom 8. 11. 1994 – 10 W 123/94 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Lothar Jaeger, Köln)

##### KostO §§ 16; 156 Abs. 2

- Der Präsident des LG ist als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars nicht befugt, im Kostenbeschwerdeverfahren weitere Beschwerde einzulegen.
- Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflösung stellt keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht feststeht, in welcher Höhe zugunsten der Finanzierungsgläubiger des Käufers Grundpfandrechte bestellt werden sollen.

(Leitsätze nicht amtlich)

#### Aus den Gründen:

1. Das Rechtsmittel hat mangels Zulässigkeit keinen Erfolg. Zwar hat das LG in der angefochtenen Entscheidung die weitere Beschwerde gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen. Jedoch ist der Präsident des LG als die vorgesetzte Dienstbehörde des Kostengläubigers (§ 156 Abs. 1 S. 2 KostO) nicht beschwerdeberechtigt. Die weitere Beschwerde nach § 156 Abs. 2 KostO kann nur der Bet. des Verfahrens einlegen, der durch die Entscheidung des LG zur Rechtsfrage, wegen der die weitere Beschwerde zugelassen ist, beschwert ist (Korintenberg/Bengel, 12. Aufl., § 156 KostO, Rd.-Nr. 78 mit Hinweis auf OLG Hamburg Rpfleger 1958, 37). Nun ist aber in Notarkostensachen eine Beschwerde der vorgesetzten Dienstbehörde begrifflich nicht möglich, denn sie ist nicht Adressatin der notariellen Kostenrechnung (Korintenberg/Bengel, a.a.O., Rd.-Nr. 84 mit Hinweis auf BayObLG Rpfleger 1966, 154 = DNotZ 1966, 629); OLG Bremen DNotZ 1966, 116; KG Rpfleger 1968, 368). Dementsprechend ist in § 156 Abs. 5 KostO kein eigenes Recht der vorgesetzten Dienstbehörde zur Erhebung der weiteren Beschwerde gegen die Entscheidung des LG in Notarkostensache normiert. Sie ist lediglich befugt, den Notar in jedem Fall anzuweisen, die Entscheidung des LG herbeizuführen und gegen diese dann weitere Beschwerde zu erheben (§ 156 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 KostO). Über dieses Weisungsrecht hinaus hat die vorgesetzte Dienstbehörde keine weitergehenden Rechtsmittelbefugnisse (vgl. Rohs/Wederer/Belhaus, § 156 KostO, Rd.-Nr. 62 m.w.N.).

2. Im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß das Rechtsmittel der Bf. bei einer unterstellten Zulässigkeit auch in der Sache keinen Erfolg hätte. Das LG hat in der angefochtenen Entscheidung zu Recht eine unrichtige

Sachbehandlung durch den Bg. i.S.d. § 16 Abs. 1 KostO wegen der getrennten Beurkundungen des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung S.-Straße 5/7 in O. einerseits und der Auflassung andererseits verneint.

Zwar ist der Notar nicht nur zur richtigen, sondern auch zur kostensparenden und damit grundsätzlich zur billigsten Sachbehandlung verpflichtet; dies gilt insbesondere für die Verbundbeurkundung (Korintenberg/Bengel, § 16 KostO, Rd.-Nr. 46 a mit Hinweis auf OLG Frankfurt DNotZ 1978, 117 und OLG Oldenburg DNotZ 1980, 775; Rohs/Wedewer/Belchaus, § 16 KostO, Rd.-Nr. 9 m.w.Rsprn.). Denn der Notar steht gegenüber seinen Auftraggebern in einem Treueverhältnis, aufgrund dessen er verpflichtet ist, die Vermögensinteressen seiner Auftraggeber wahrzunehmen (RG JW 1937, 2699). Allerdings kann ihm im Rahmen seiner Pflichten zur richtigen Sachbehandlung kein Vorwurf gemacht werden, wenn er im Einzelfall aus Gründen der Sicherheit einen höhere Kosten verursachenden Weg wählt, insbesondere eine getrennte Beurkundung von Kauf und Auflassung vornimmt (Korintenberg/Bengel, a.a.O.; Rohs/Wedewer/Belchaus, a.a.O.; OLG Frankfurt KostRspr. Nr. 44 zu § 16 KostO sowie MDR 1989, 650; OLG Köln KostRspr. Nr. 52 zu § 16 KostO).

Werden – wie hier – Kauf und Auflassung eines Wohnungseigentums nicht in einer Verhandlung beurkundet, so wird jedoch nach der Rspr. des Senats die Sache wegen des erhöhten Gebührenanfalls (§§ 36 Abs. 2, 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO) in aller Regel durch den Notar falsch behandelt, es sei denn, besondere Umstände, insbesondere Sicherungsinteressen eines Beteiligten legen zeitlich divergierende Beurkundungen nahe (OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 392). Solche besonderen Umstände hat der Senat im Falle der getrennten Beurkundung des Kaufvertrages über ein noch zu vermessendes Grundstückstrennstück einerseits und der Auflassung des sodann vermessenen Trennstücks andererseits anerkannt (JurBüro 1980, 914 = DNotZ 1981, 74 = MittRhNotK 1980, 95). Zwar geht die durch den Kostengläubiger geäußerte Ansicht fehl, die getrennte Beurkundung der Auflassung sei stets dann geboten, wenn der Käufer eines Grundstücks beabsichtige, den Kaufpreis ganz oder teilweise zu finanzieren und daher Grundpfandrechte zu bestellen seien. Für eine kostenintensive Mehrfachbeurkundung besteht in einem solchen Fall grundsätzlich kein besonderes Sicherheitsinteresse eines Beteiligten. Das vom Kostengläubiger dargestellte Ziel der ranggerechten Eintragung der Grundpfandrechte ohne Benachteiligung durch eine erstrangig eingetragene Auflassungsvormerkung – an deren Stelle aufgrund einer früheren Pfändung des Anwartschaftsrechtes auf Eigentumsübertragung eine Sicherungshypothek gem. § 848 Abs. 2 ZPO treten kann – lässt sich – wie der Bf. zu Recht hervorhebt – in der Regel dadurch erreichen, daß in dem beurkundeten Kaufvertrag die Beteiligten den einzutragenden Grundpfandrechten den Vorrang gegenüber der Auflassungsvormerkung einräumen.

Aus den vom Kostengläubiger in seiner Stellungnahme vom 28. 7. 1994 dargelegten Erwägungen konnte im vorliegenden Fall allerdings eine derartige Verfahrensweise aus tatsächlichen Gründen nicht gewählt werden. Dies war darauf zurückzuführen, daß zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages wegen beabsichtigter umfangreicher Aus- und Umbauarbeiten an dem Kaufobjekt noch nicht abschließend festgelegt war, wie hoch die aufzunehmenden Fremdmittel sein und in welcher Höhe folglich die einzutragenden Grundpfandrechte bestellt werden sollten. Tatsächlich ist erst zwei Monate nach der Beurkundung des Kaufvertrages eine Grundschrift über einen Betrag zur Bestellung gelangt, der den Kaufpreis für die Eigentumswohnung um 15.000,- DM übersteigt. Wegen dieser besonderen Fallumstände kann dem Kostengläubiger der fragliche Gebührenanspruch hier nicht mit der Begründung versagt werden, die getrennte Beurkundung von Kauf und Auflassung stelle eine unrichtige Sachbehandlung dar.

## 6. Kostenrecht – Ermessensüberprüfung bei der Bestimmung des Geschäftswerts

(OLG Düsseldorf, Beschuß vom 6. 7. 1995 – 10 W 41/95 – mitgeteilt von Richter am OLG Rolf Krücker, Düsseldorf)

### KostO §§ 30 Abs. 1; 147 Abs. 2

1. Die Überwachung der Umschreibungsreihe durch den Notar bei einem Grundstückskaufvertrag rechtfertigt eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.
2. Der Geschäftswert für diese Gebühr ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen und beträgt regelmäßig 20 % bis 30 % des Grundstückskaufpreises.
3. Das LG darf bei der Prüfung der Geschäftswertbestimmung gem. § 30 Abs. 1 grundsätzlich nicht sein Ermessen an die Stelle der Ermessensausübung des Notars setzen (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung Rpfleger 1987, 219). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Notar sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat (Anschluß an OLG Köln MittRhNotK 1991, 226).

### Zum Sachverhalt:

Der Kostengläubiger beurkundete am 5. 10. 1990 einen Grundstücksveräußerungsvertrag, an dem die Kostenschuldner als Erwerber beteiligt waren. Hierbei vereinbarten die Parteien im schuldrechtlichen Teil, der Kaufpreis solle auf ein anzulegendes Notaranderkonto hinterlegt werden. Im dinglichen Teil hieß es unter Ziff. VI: „Der Notar wird angewiesen, den Umschreibungsantrag erst zu stellen, wenn der Verkäufer ihm die Zahlung des Kaufpreises schriftlich bestätigt hat oder der Kaufpreis bei dem Notar hinterlegt ist.“ Mit der angefochtenen Kostenberechnung hat der Kostengläubiger bei den Kostenschuldern unter anderem für die Überwachung der Eigentumsumschreibung eine Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO liquidiert, die auf der Grundlage eines Bezugswertes in Höhe von 100 % des Kaufpreises berechnet worden ist. Außerdem stellte er in der Folgezeit Hebegebühren nach § 149 KostO in Rechnung.

Der erstgenannte Gebührensatz ist bei einer Amtsüberprüfung des Kostengläubigers der Höhe nach beanstandet worden; der Bezirksrevier hat einen Bezugswert von 20 % des Kaufpreises für zutreffend erachtet. Der Präsident des LG hat den Kostengläubiger gem. § 156 Abs. 5 KostO angewiesen, die Entscheidung des LG herbeizuführen.

Durch die angefochtene Entscheidung hat das LG die bezeichnete Kostenrechnung teilweise abgeändert und neu gefaßt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kostengläubiger sei angesichts der getroffenen Vereinbarung der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto und der von ihm diesbezüglich berechneten Gebühren nicht berechtigt, eine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Umschreibungsreihe nach einem über 20 % des Kaufpreises hinausgehenden Bezugswert abzurechnen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kostengläubiger mit der aus eigenem Recht erhobenen weiteren Beschwerde.

### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO statthaft, weil das LG sie zugelassen hat. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 S. 1 KostO). Das Rechtsmittel des Kostengläubigers ist jedoch unbegründet.

1. Der angefochtene Beschuß betrifft eine Ermessentscheidung des LG, nämlich die Festsetzung des Geschäftswerts für die Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO, die sich auf die Überwachungstätigkeit des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung gem. Ziff. VI des dinglichen Teils des Grundstücksveräußerungsvertrages bezieht. Nach § 156 Abs. 2 S. 4 KostO kann die weitere Beschwerde nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Dementsprechend unterliegt eine Ermessentscheidung des LG nur in beschränktem Umfang der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Es darf nur nachprüfen, ob das LG von seinem Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften Gebrauch gemacht hat, insbesondere die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat oder ob es von fehlerhaften Tatsachenfeststellungen ausgegangen ist. Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist dagegen der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht entzogen; es darf nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des LG setzen (Rohs/Wedewer/Belchaus, § 156 KostO, Rd.-Nr. 67 mit zahlreichen Rsprn.). Es ist nicht ersichtlich, daß die angefochtene Entscheidung von fehlerhaften Ermessenserwartungen getragen ist oder daß sie auf nicht ordnungsgemäßigen Tatsachenfeststellungen beruht.

2. Nach der neueren Rspr. des Senats rechtfertigt die Überwachung der Umschreibungsreife durch den Notar eine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO (JurBüro 1992, 823 = DNotZ 1993, 279 = MittRhNotK 1993, 39; JurBüro 1992, 822 = DNotZ 1993, 280). Diese Rechtspraxis steht in Übereinstimmung mit der Rspr. des OLG Köln (vgl. MittRhNotK 1991, 89). Der Geschäftswert einer Betreuungsgebühr ist nach ganz h. M. nach Maßgabe des § 30 KostO zu bestimmen, ist also zu schätzen und liegt regelmäßig unter dem Betrag des Kaufpreises (JurBüro 1975, 501 = DNotZ 1975, 374 = MittRhNotK 1975, 34; Senat OLGR Düsseldorf 1993, 96; so auch BayObLG JurBüro 1980, 258 m.w.Rsprn.; KG DNotZ 1981, 204 = MittRhNotK 1980, 93; OLG Köln MittRhNotK 1989, 276 und MittRhNotK 1991, 226; a.A. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 12. Aufl., § 147 KostO, Rd.-Nr. 171 mit Hinweis auf OLG Braunschweig DNotZ 1963, 498 und Menzel, DNotZ 1981, 168, wonach die Vorschrift des § 30 KostO nur subsidiäre Anwendung finden soll, sofern nicht die Wertbestimmungen des allgemeinen Teils (§§ 19 ff. KostO) oder die speziellen Wertbestimmungen der §§ 39 ff. KostO eingreifen). Der Senat sieht im vorliegenden Fall keinen Anlaß, von seiner st. Rspr. abzuweichen und unter Außerachtlassung des § 30 Abs. 1 KostO für die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO den vollen Grundstückskaufpreis anzusetzen.

a) Gem. § 30 Abs. 1 KostO ist der Geschäftswert nach freiem Ermessen zu bestimmen, soweit er sich in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit aus den Vorschriften der KostO nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht. Der Geschäftswert für Tätigkeiten, die unter § 147 KostO fallen, ist – im Gegensatz zu der Vollzugsgebühr mit der Regelung des § 146 Abs. 4 KostO – nicht besonders geregelt (vgl. JurBüro 1975, 502 = DNotZ 1975, 374 = MittRhNotK 1975, 34); Mümmler, JurBüro 1980, 260). Die hier in Rede stehende Tätigkeit des Notars betrifft nicht die Begründung der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises. Ebenso wenig handelt es sich darum, daß der Notar die Grundstückskaufvertragsurkunde überhaupt dem GBA vorzulegen hat. Seine besonders zu vergütende Tätigkeit hat allein die Prüfung der Frage zum Gegenstand, zu welchem Zeitpunkt die Urkunde vorzulegen ist. Sie hängt zwar mittelbar mit dem Kaufpreis, nämlich dessen vollständiger Zahlung, zusammen. Der Wert der Überwachung der Umschreibungsreife ist aber nicht mit dem Kaufpreis gleichzusetzen. Auf dessen Umfang hat die Tätigkeit keinen Einfluß. Deshalb kann auch keine Rede von einem Feststehen i.S.d. § 30 Abs. 1 KostO sein. Es ist deshalb nur angebracht, den Kaufpreis als einen Beziehungswert für die Geschäftswertbestimmung heranzuziehen (BayObLG JurBüro 1980, 258, 259).

b) Nach der bisherigen Rspr. des Senats darf das LG nun aber unbeschränkt nachprüfen, wie der Notar gem. § 30 Abs. 1 KostO den Geschäftswert bestimmt hat, wobei es den Wert nach eigenem Ermessen anderweitig festsetzen darf (Rpfleger 1987, 219). Maßgeblich war dafür die Überlegung, es widerspreche den unterschiedlichen Gesetzesregeln über die Beschwerde einerseits und die weitere Beschwerde andererseits anzunehmen, schon das LG sei in der Nachprüfung nach revisionsrechtlichen Grundsätzen beschränkt. Überdies könnten Kosten- schuldner und Notar weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbaren, letzterer dürfe einen Geschäftswert nach seinem Ermessen festsetzen (§ 140 KostO). Diese Rspr. ist im Schriftum weitgehend auf Ablehnung gestoßen (vgl. Rohs/Wedder- wer/Belchaus, a.a.O., § 156 KostO, Rd.-Nr. 48 mit Hinweis auf OLG Zweibrücken JurBüro 1981, 1059; Baumann, Rpfleger 1987, 220; Klein, MittRhNotK 1991, 228, 229). Auch das LG hat sich in seiner angefochtenen Entscheidung kritisch mit der Rechtspraxis des Senats auseinandergesetzt (vgl. Bl. 7 der Be- schlußausfertigung).

Nach nochmaliger Überprüfung hält der Senat seine bisherige Rspr. nicht aufrecht und läßt sich dabei von den folgenden, bereits durch das LG mit Hinweis auf Baumann (a.a.O.) und Klein (a.a.O.) aufgezeigten Erwägungen leiten: Der Unterschied zwischen Revisions- und Tatsacheninstanz spielt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Frage, in welchem Umfang

ein Gericht überhaupt eine Ermessensentscheidung überprüfen kann, keine Rolle. § 140 KostO verbietet zwar Vereinbarungen zwischen dem Kosten- schuldner und dem Notar über die Kostenhöhe, schränkt jedoch das dem Notar durch § 30 KostO und damit das kraft Gesetzes gewährte Ermessen nicht ein. Außerdem stünde dem Notar im Ergebnis kein Ermessen im rechtstechnischen Sinne zu, wenn das LG uneingeschränkt seine Zweckmäßigs- und Angemessenheitsüberlegungen an die Stelle derjenigen des Notars setzen dürfte.

c) Es bleibt allerdings auch für das Beschwerdegericht in Anlehnung an § 40 VwVfg und § 114 VwGO die Geschäftswertbestimmung des Notars auf Ermessensfehler hin überprüfbar, also auf einen Ermessensfehlgebrauch oder eine Ermessensüberschreitung (BayObLG JurBüro 1980, 258, 259; OLG Köln MittRhNotK 1991, 226; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 156 KostO, Rd.-Nr. 65; Baumann, a.a.O.; Klein, a.a.O.).

3. Die Geschäftswertbestimmung des Bf. für die Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO ist schon deshalb fehlerhaft, weil er sich dabei, wie seine Antragsschrift vom 23. 1. 1994 eindeutig erkennen läßt, nicht auf die einschlägige Ermessensvorschift des § 30 Abs. 1 KostO gestützt hat, deren Anwendung er für eine „gesetzwidrige Systemverletzung“ hält. Vielmehr hat er von vornherein in drei der hier verfahrensgegenständlichen fünf Grundstücksveräußerungsangelegenheiten schematisch den vollen Kaufpreis als den maßgeblichen Geschäftswert zugrunde gelegt, als ob es sich um eine Geschäftswertbestimmung nach § 20 Abs. 1 KostO handele. Er beruft sich dabei auf die Abhandlung von Menzel zum Geschäftswert der Überwachung der Umschreibungsreife durch den Notar (DNotZ 1981, 168). Die von Menzel angeführten Gesichtspunkte vermögen indes keine von Ermessenserwägungen losgelöste, feste Geschäftswertbestimmung nach dem vollen Kaufpreis für die hier in Rede stehende Tätigkeit des Notars zu rechtfertigen.

a) So vermag schon nicht der gedankliche Ausgangspunkt zu überzeugen, Gegenstand der Betreuungstätigkeit sei nicht das Einreichen der notwendigen Unterlagen beim GBA, sondern im Gegenteil die zeitweilige Verhinderung der Umschreibung. Dieser Ansatz begegnet in formeller und materiell-rechtlicher Hinsicht Bedenken. Die Eigentumsumschreibung im Grundbuch tritt nicht ipso jure ein, sondern es bedarf eines förmlichen Antrages unter Berücksichtigung der Vorschriften der §§ 13 ff. GBO. Der Eigentumsumschreibung auf den Käufer ohne vorherige vollständige Zahlung des Kaufpreises stünde materiell die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB entgegen. Auch aus diesem Grund kann die Eigentumsübertragung nicht als eine zwangsläufig eintretende Rechtsfolge aus dem Kaufvertrag angesehen werden, die es zeitweilig zu verhindern gilt.

b) Zwar ist Zweck des an den Notar gerichteten Auftrages, die Umschreibung des Eigentums erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung vorzunehmen, die Sicherstellung, daß der Käufer seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommt (Menzel, a.a.O., 170). Gleichwohl kann dieser Auftragszweck nicht als ein Sicherungsmittel i.S.d. § 23 KostO – also vergleichbar mit Pfandrechten, Hypotheken und Grundschulden – qualifiziert werden. Vielmehr ist die beabsichtigte Sicherung Folge der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bei Austauschverträgen. Für die Beurkundung solcher Rechtsgeschäfte – wenn auch für die Beurkundung einseitig verpflichtender Verträge – fällt aber bereits nach § 36 Abs. 2 KostO das Doppelte der vollen Gebühr an, während die Beurkundung einseitiger Erklärungen nach § 36 Abs. 1 KostO nur mit einer einfachen vollen Gebühr verbunden ist. Es besteht kein Grund, das Austauschverhältnis bei gegenseitigen Verträgen im Rahmen der Vertragsabwicklung noch einmal mit dem vollen Geschäftswertansatz, also grundsätzlich mit dem Kaufpreis (§ 20 Abs. 1 KostO), in Verbindung zu bringen und es so zu einer Anhebung der Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO kommen zu lassen.

Wie bereits ausgeführt, ist für die in Rede stehende Überwachungstätigkeit keine der Geschäftswertbestimmungen der

§§ 19 ff. KostO oder §§ 39 ff. KostO einschlägig. Der Wert des Gegenstandes der hier in Rede stehenden Betreuungstätigkeit des Bf. ist entgegen Menzel (a.a.O.) noch nicht einmal ansatzweise mit dem Geschäftswert für Pfandrechte, Hypotheken und sonstige Sicherheiten in Verbindung zu bringen. Damit bleibt der Geschäftswert für die Überwachung der Umschreibungsreife nach der allgemeinen Vorschrift des § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen und kann deshalb – etwa im Gegensatz zu § 20 KostO oder § 23 KostO – nicht ohne weiteres mit dem Wert der Kaufpreisforderung aus dem Grundstücksveräußerungsvertrag gleichgesetzt werden. Da der Bf. dies jedoch schematisch in drei der hier verfahrensgegenständlichen Grundstücksveräußerungsangelegenheiten sowie erklärtermaßen ohne Berücksichtigung der einschlägigen Ermessensvorschrift des § 30 Abs. 1 KostO getan hat, ist seine Geschäftswertbestimmung allein schon deshalb als fehlerhaft anzusehen und nicht etwa – wie er meint – infolge der Nichteinhaltung eines „Schätzwertkataloges“.

4. Als zulässige Ermessensgesichtspunkte bei der Bestimmung des Geschäftswertes für die notarielle Tätigkeit des § 147 Abs. 2 KostO sind in erster Linie das wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers an deren Vornahme und deren Auswirkungen auf die Beteiligten zu berücksichtigen (OLG Köln JurBüro 1981, 93; Rohs/Wedewer/Belchaus, a.a.O., § 147 KostO, Rd.-Nr. 21 m.w.N.). Der Kaufpreis stellt lediglich einen Beziehungs-wert dar. Nur bei besonderer Schwierigkeit und Bedeutung des Geschäfts kann bis an die Höhe des Kaufpreises heran-gegangen werden (OLGR Düsseldorf 1993, 96; BayObLG JurBüro 1980, 258, 259; Göttlich/Mümmller, KostO, 11. Aufl., Stichworte „Betreuungsgebühr, Vollzugsüberwachung“; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 147 KostO, Rd.-Nr. 173 m.w.Rsprn.). Entgegen der Ansicht des Bf. kann grundsätzlich für die Geschäftswertbestimmung nicht sein Haftungsrisiko maßgeblich sein. Das System der KostO kennt nämlich keine über die Geschäftswertbestimmung nach dem Haftungsrisiko gesteuerte Gebührenhöhe. Das ergibt sich be-reits daraus, daß auch gebührenfreie Nebentätigkeiten des Notars mitunter erhebliche Haftungsrisiken in sich tragen kön-nen. Das Haftungsrisiko des Notars kann deshalb nur in Aus-nahmefällen bei der Ermessensausübung nach § 30 Abs. 1 KostO ein bestimmender Gesichtspunkt sein (Senat a.a.O.; BayObLG JurBüro 1980, 258, 259; a.A. Rohs/Wedewer/ Belchaus, a.a.O., § 147 KostO, Rd.-Nr. 21, Fn. 58 m. Rspn.).

5. a) Übt der Notar bei der Wertfestsetzung – wie hier – sein Ermessen fehlerhaft aus, darf das LG die Ermessensentschei-dung anstelle des Notars treffen (OLG Köln MittRhNotK 1991, 226). Auch ansonsten hat das Beschwerdegericht, wenn es aufgrund eigener Erkenntnisse zur Feststellung eines anderen Geschäftswerts gelangt, die Gebühren nach diesem Wert selbst zu berechnen; eine Zurückweisung an den Notar ist nur in Ausnahmefällen zulässig, denn regelmäßig muß das LG selbst die Kosten anderweitig festsetzen (OLG Köln a.a.O., 226, 227; Göttlich/Mümmller, a.a.O., Stichwort „Notarkostenbe-schwerde“, 3.7; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 156 KostO, Rd.-Nr. 65). Die Wertfestsetzung durch das LG begegnet jedenfalls dann keinen durchgreifenden Bedenken, wenn – wie hier – die für die Festsetzung maßgeblichen Tat-sachen abschließend geklärt sind. Nach den Feststellungen des LG, an die der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden ist, sind den Akten überdurchschnittliche Schwierigkeiten nicht zu entnehmen. Teilzahlungsabreden wurden nicht getroffen, die Höhe der Kaufpreissumme war bestimmt (in einem Fall eindeutig bestimmbar), und die Abreden zur jewei-ligen Zahlungsfrist hielten sich im Rahmen des Üblichen, näm-lich der kalendermäßigen Bestimmung oder einer Frist ab Notar-bestätigung oder beides unter Vereinbarung des Datums als Frühestzeitpunkt. Konkrete Anhaltspunkte für die durch den Bf. in seiner Antragsschrift geltend gemachten Kompliziertheit der Abwicklung des Grundstückskaufvertrages haben sich nicht ergeben.

b) Das LG hat in nicht zu beanstandender Weise den Ge-schäftswert für die Betreuungsgebühr mit einer Quote von 20 %

des Kaufpreises festgesetzt. Nach der Rspr. des Senats ist die bei einem Grundstückskaufvertrag für die Überwachung der Umschreibungsreihe durch den Notar anfallende Betreuungs-gebühr grundsätzlich nach einem Geschäftswert von 20 % bis 30 % des Kaufpreises in Ansatz zu bringen (OLGR Düsseldorf 1993, 96 sowie Beschlüß vom 30. 8. 1994). Dabei handelt es sich entgegen der Ansicht des Bf. nicht um einen „typisierten Schätzungs-katalog“, da auch die Annahme über dieser Bandbreite liegender Quoten auf einer richtigen Ausübung des durch § 30 Abs. 1 KostO eingeräumten Ermessen beruhen kann. Insbesondere ist die Erwägung des LG nicht zu beanstanden, den Geschäftswert wegen des Anfalls einer Hebegebühr nach § 149 KostO aufgrund der Abwicklung des Zahlungsverkehrs über Notaranderkonto im unteren Bereich anzusiedeln. Dabei hat das LG zutreffend berücksichtigt, daß der Bf. einerseits in-folge der Bindung der Umschreibung an die Kaufpreiszahlung die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Abwicklung des Grundstücksgeschäftes trug. Andererseits bedurfte es infolge der vereinbarten und durchgeführten Zahlungsabwicklung über Notaranderkonto keiner besonderen Überwachungstätigkeit außerhalb des abgewickelten Verwaltungsgeschäftes mehr. Nach der Rspr. des Senats ist bei der quotenmäßigen Bestim-mung des Geschäftswertes für die Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO nicht unberücksichtigt zu lassen, daß die Entgegennahme der Kaufpreisüberweisungen nebst der Über-wachung ihrer Auszahlungsreife bereits Gegenstand der Ge-bühr des § 149 Abs. 1 KostO ist (Senat Beschlüß vom 30. 8. 1994 mit Hinweis auf Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 149 KostO, Rd.-Nr. 7). Soweit das LG in seiner Ent-scheidung unter anderem allgemein auf die Vermeidung einer Unverhältnismäßigkeit zwischen Abwicklungskosten einerseits und Beurkundungskosten andererseits abgestellt hat (vgl. Bl. 5 Beschlüffausfertigung), ist dies keine unzulässige Billigkeitser-wägung, sondern eine durch die Gebührensystematik der KostO grundsätzlich gerechtfertigte Überlegung. Diese hat auch schon Klein mit seinem Hinweis auf das „berechtigte Unbehagen beim Vergleich der Beurkundungskosten und der Abwicklungskosten in manchen Fällen“ angesprochen (MittRh-NotK 1992, 237).

c) Zwar mag das OLG Köln – wie der Bf. darlegt – durch Beschlüß vom 6. 2. 1991 in einem dem vorliegenden Fall ver-gleichbaren Sachverhalt eine Wertquote von „20 % bis im Regelfall 50 %“ anerkannt und ermessenskonform beurteilt“ haben. Dies rechtfertigt allerdings keine Abänderung der ange-fochtenen Entscheidung, da das Rechtsbeschwerdegericht sein Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des LG setzen darf.

## 7. Kostenrecht – Bewertung von Grundbesitz in der ehema-lichen DDR

(LG Köln, Beschlüß vom 18. 5. 1995 – 11 T 15/94 – mitgeteilt von Notar Dr. Frank Klein, Köln-Porz)

### KostO § 107 Abs. 2

**Stand in der ehemaligen DDR belegener Grundbesitz „in Schutz und vorläufiger Verwaltung“ eines Dritten, ist bei der Bewertung des Gegenstandswerts eines Erbscheins nicht auf den Wert im Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen. Es ist statt dessen der Wert des Grundbesitzes in dem Zeit-punkt zugrunde zu legen, in dem mit Sicherheit von der künftigen Möglichkeit privater Nutzung und Verwertung ausgegangen werden konnte.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

### Zum Sachverhalt:

Als Testamentsvollstreckerin über den Nachlaß der am 29. 2. 1984 verstorbenen Frau A. O. beantragte die Bet. zu 1) in einer von dem Bet. zu 2) am 22. 9. 1993 beurkundeten Erklärung die Erteilung eines für das Vermögen in der ehemaligen DDR geltenden Erbscheins dahingehend, daß die Erblasserin von sieben im Antrag aufgeführten Personen zu Anteilen von je 1/7 beerbt worden sei und versicherte gleichzeitig an Eides

statt, ihr sei nichts bekannt, was der Richtigkeit Ihrer den Erbscheinsantrag stützenden Angaben entgegenstehe. Der Wert des betreffenden Vermögens wurde im Antrag mit 977.500,- DM angegeben. Die Erblasserin hatte zu der Erbgemeinschaft nach dem am 3. 9. 1937 verstorbenen Herrn H. O. gehört. Dieser war noch zur Zeit des Erbfalls vom 29. 2. 1984 als Eigentümer des Grundstücks S.-Allee in B. im Grundbuch eingetragen. In Abt. II war mit Ifd. Nr. 5 seit dem 4. 6. 1963 eingetragen, das Grundstück stehe „in Schutz und vorläufiger Verwaltung gem. § 2 der Verordnung vom 4. 9. 1952 (VOBL I, 445) des VEB Kommunale Wohnungsverwaltung B.“. Nach Erlangung der Verfügungsgewalt verkauften die Erben bzw. Erbesserer des Herrn H. O. das Grundstück durch Vertrag vom 24. 11. 1992. Der im Erbscheinsantrag vom 22. 9. 1993 angegebene Wert von 977.500,- DM entspricht mit 57,5 % des Kaufpreises von 1.700.000,- DM dem auf die Erbgemeinschaft nach Frau A. O. entfallenden Kaufpreisanteil.

Für seine den Erbscheinsantrag betreffende Tätigkeit hat der Bet. zu 2) der Bet. zu 1) eine Beurkundungsgebühr aus dem Wert 977.500,- DM nach § 49 Abs. 1 KostO in Höhe von 1.580,- DM nebst 3,- DM Schreibauslagen, 6,- DM Porto und einen Umsatzsteuerbetrag von 239,35 DM, insgesamt also Kosten in Höhe von 1.827,35 DM in Rechnung gestellt.

Mit der Beschwerde macht die Bet. zu 1) geltend, die Beurkundungsgebühr sei aus dem Geschäftswert 2.550,- DM in Ansatz zu bringen, den auch das AG als Geschäftswert für die Erteilung des gegenständlich beschränkten Erbscheins vom 3. 12. 1993 gem. § 107 KostO zugrunde gelegt habe. Maßgebend sei gem. § 107 Abs. 2 KostO der Wert des unbebauten Grundstücks zur Zeit des Erbfalls im Jahre 1984. Da es keine Verkehrswertschätzung für 1984 gebe, sei nach § 19 Abs. 2 KostO von dem Einheitswert auszugehen, den nach Eintritt des Fliegerschadens vom 23. 11. 1943 noch 51.000,- Reichsmark betragen habe, was nach Umrechnung in DDR-Mark im Verhältnis 10:1 den Betrag von 5.100,- DDR-Mark und nach Umrechnung in DM im Verhältnis 2:1 den Wert 2.550,- DM ergebe. Auch im Zeitpunkt des Erbfalles habe bereits ein Restitutionsanspruch bezüglich des Grundbesitzes bestanden; dieser sei lediglich nicht durchsetzbar gewesen. Für den Fall, daß dennoch bei der Bewertung auf einen späteren Zeitpunkt, nämlich den der Wiedererlangung der Verfügungsgewalt über das Grundstück, abzustellen sei, komme dafür der 9. 11. 1989, der Tag der Wende in der früheren DDR, in Betracht, nicht der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vermögensgesetzes, da das Grundstück nicht enteignet gewesen sei und nicht unter das Vermögensgesetz falle. Eine der ersten Grundstücksbewertungen sei durch das damalige DDR-Ministerium für Wirtschaft im Regierungssprees-dienst vom 31. 7. 1990 erfolgt. Grundstücke in B., S.-Allee, seien darin mit 502,03 DM/qm bewertet worden. Dies hätte für das unbebaute Grundstück S.-Allee mit einer Fläche von 811 qm einen Wert von 407.146,33 DM ergeben und bei einem Anteil von 57,5 % für die Erbgemeinschaft nach Frau A. O. einen Gegenstandswert von allenfalls 234.109,13 DM. Danach eingetretene Wertsteigerungen bis Ende November 1990 (Grundstückswert nach einem damals eingeholten Wertgutachten 487.000,- DM) und bis zur Beurkundung des Kaufvertrages mußten außer Betracht bleiben.

Der Bet. zu 2) vertritt die Auffassung, der Geschäftswert betrage 977.500,- DM, weil der Erbschein tatsächlich benötigt worden sei, um zugunsten der Erben die Auszahlung dieses Betrages zu erreichen. Was der Nachlaß früher wert gewesen sei, spielle keine Rolle.

## Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 1 KostO) und hat in der Sache zum Teil Erfolg. Die angefochtene Kostenrechnung ist dahin abzuändern, daß die Kosten insgesamt 550,85 DM betragen.

Der vom Bet. zu 2) angenommene Geschäftswert von 977.500,- DM für die unter § 49 Abs. 1 KostO fallende Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung des gegenständlich beschränkten Erbscheins erscheint zu hoch. Der Auffassung der Bet. zu 1), der Geschäftswert betrage nur 2.250,- DM, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Die Kammer hält die Annahme eines Geschäftswertes von 234.109,13 DM für gerechtfertigt aufgrund der Erwägung, daß die Besonderheiten des vorliegenden Falles trotz des Wortlauts des § 107 KostO nicht eine Anknüpfung an den Zeitpunkt des Erbfalls für die Grundstücksbewertung erlauben, eine Anknüpfung an den Zeitpunkt, in dem die Erben durch Änderung der politischen und rechtlichen Verhältnisse die bereits für die Erblasserin verlorengegangene Möglichkeit zur Durchsetzung von Vermögensrechten an den in der ehemaligen DDR gelegenen Grundbesitz erlangten, dem Sinn und Zweck der Vorschrift jedoch noch am ehesten entspricht.

Die Kammer teilt grundsätzlich die Auffassung von Lappe, NJW 1995, 1191 ff., 1195 f., daß die Bewertung des in der früheren DDR gelegenen Grundbesitzes im Erbscheinsverfahren deshalb besondere Probleme mit sich bringt, weil § 107 Abs. 2 S. 1 KostO von dem sonst geltenden Grundsatz des § 18 Abs. 1 KostO (Maßgeblichkeit des Wertes, den der Geschäftsgegenstand zur Zeit der Fälligkeit hat) abweicht und statt dessen grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erbfalls abstellt, d. h. auf einen Zeitpunkt, in dem – wenn er vor der politischen Wende in der DDR lag – viele „Vermögenswerte“ wegen Enteignung oder einer ihr in den praktischen Auswirkungen nahe kommenden Entziehung der Verfügung- und Nutzungsmöglichkeit für die Berechtigten nur noch Gegenstand vager Hoffnungen oder Träume waren. Ein starres Festhalten an dem Wortlaut des § 107 Abs. 2 S. 1 KostO mit der Folge einer Kostenberechnung, die die wirtschaftlichen Bedeutung des gebührenpflichtigen Geschäfts und dem damit verbundenen Haftungsrisiko des Notars überhaupt nicht entspricht, trägt dieser vom Normalfall des durch Erbfolge bewirkten Vermögensübergangs abweichenden Situation nicht Rechnung. Für den Fall, daß Grundbesitz enteignet war und seine Rückerstattung erst aufgrund des nach Änderung der politischen Verhältnisse in Kraft getretenen Vermögensgesetzes verlangt werden konnte, hat das OLG Celle (OLGR 1994, 13) die Ansicht vertreten, dieser Rückerstattungsanspruch sei zwar mit seiner Entstehung als zum Nachlaß gehörend anzusehen, aber dennoch erst nach dem Erbfall – und damit nicht in der Person des Erblassers – entstanden; der Zeitpunkt des Erbfalls als Bewertungsstichtag werde hier durch den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs ersetzt. Die Kammer hält dies, wie sie in ihrem Hinweisbeschuß vom 19. 12. 1994 ausgeführt hat, für richtig. Es erscheint widersinnig, einen Beurkundungsvorgang i.S.d. § 49 Abs. 1 KostO oder die Erbscheinserteilung (§ 107 KostO) wertmäßig so zu behandeln, als habe der Erbfall angesichts der damals bestehenden Enteignung nur den Erwerb vager Hoffnungen und Träume bewirkt, während in Wirklichkeit durch das jeweilige gebührenpflichtige Geschäft etwas ganz anderes dokumentiert wird, nämlich der Erwerb von Vermögen, über das der Erbe so frei verfügen kann, wie dies im Normalfall des § 107 KostO vorausgesetzt wird, wobei die hierfür maßgebliche Änderung der politischen und rechtlichen Verhältnisse überhaupt erst den entscheidenden Anlaß für die Beantragung des (gegenständlich beschränkten) Erbscheins gegeben hat. Insofern erscheint die einschränkende Auslegung der an den Zeitpunkt des Erbfalls anknüpfenden Vorschrift des § 107 Abs. 2 KostO ebenso gerechtfertigt wie etwa die Anknüpfung an den Zeitpunkt des Nacherbfalls – nicht des Todes des Erblassers (Erbfalls) – in Fällen, in denen ein Nacherbe einen Erbschein beantragt. Auch das BayObLG (KostRspr. § 107 KostO, Nr. 43) hält die Anknüpfung an den Zeitpunkt des Erbfalls bei der Bewertung von Grundbesitz, der damals enteignet war, nicht für möglich. Soweit das KG (KGR 1994, 107) demgegenüber meint, zu bewerten sei eine im Zeitpunkt des Erbfalls, und zwar mehrere Jahre vor Änderung der politischen Verhältnisse, bestehende bloße Möglichkeit, daß der Grundbesitz einmal wieder in die Verfügungsgewalt des Erben gelange oder Entschädigung gezahlt werde, hält die Kammer dies – wie in ihrem Hinweisbeschuß vom 19. 12. 1994 ausgeführt – nicht für überzeugend.

Vorliegend geht es allerdings nicht, wie bei den oben zitierten Entscheidungen, um die Bewertung eines dem Nachlaß zuzurechnenden Anspruchs auf Rückerstattung enteigneten Grundbesitzes, denn das Grundstück war nicht enteignet, sondern stand, wie in dem einer Entscheidung des OLG Schleswig (DNotZ 1994, 137) zugrundeliegenden Fall, „in Schutz und vorläufiger Verwaltung“. Aber auch dies bedeutete, daß den Eigentümern die Möglichkeit zur privaten Nutzung und wirtschaftlichen Verwertung des Grundbesitzes praktisch völlig entzogen war; vor der Änderung der politischen Verhältnisse war auch nicht abzusehen, ob und wann gegebenenfalls die Eigentümer wieder über ihr Eigentum in der genannten Weise verfügen können würden. Wenn es aus den oben dargelegten Gründen bei enteignetem Grundbesitz im Hinblick auf den Sinn

und Zweck der Geschäftswertvorschriften bedenklich erscheint, einen gebührenpflichtigen Vorgang, mit dem in Wirklichkeit der Erwerb wertvollen Vermögens gerade wegen der für die Erben entstandenen Möglichkeit zur privaten Nutzung und Verwertung dokumentiert wird, geschäftswertmäßig so zu behandeln, als hätten sie nur die zu DDR-Zeiten bestehenden Hoffnungen und Träume erworben, so gilt dies nach Auffassung der Kammer auch im vorliegenden Fall. Es wäre nicht gerecht, die Bewertung davon abhängig zu machen, ob der Grundbesitz enteignet war oder durch einen der Enteignung im wirtschaftlichen Ergebnis praktisch gleichkommenden Eingriff der DDR-Behörden von den Eigentümern nicht privat genutzt und verwertet werden konnte. Soweit das OLG Schleswig wegen des damaligen Entzugs der Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeit einen Geschäftswert letztlich auf der untersten Gebührenstufe angenommen hat, vermag sich die Kammer dem nicht anzuschließen.

Die von Lappe, a.a.O., vertretene einschränkende Auslegung des § 107 Abs. 2 KostO dahingehend, daß der Erbfallszeitpunkt für die Bewertung nur dann maßgeblich sei, wenn sich der Wert bis zur Erbscheinerteilung kaum verändere, jedoch der heutige Wert zugrunde zu legen sei, wenn eine wesentliche Wertveränderung – nach unten oder oben – stattgefunden habe, läßt sich dagegen nach Auffassung der Kammer auch mit dem Sinn und Zweck der Geschäftswertvorschriften nicht überzeugend begründen, zumal sich dann die Frage stellen würde, was als wesentliche Veränderung anzusehen ist und ob etwa auch bei einer zwischen Erbscheinsantrag und Erbscheinerteilung eingetretenen Werterhöhung unterschiedliche Geschäftswerte gelten sollen. Die Erwägungen, aufgrund deren die Rechtsprechung es unter dem Gesichtspunkt verfassungskonformer Auslegung der Kostenvorschrift für geboten gehalten hat, eine nach dem Erbfall eingetretene wesentliche Wertminderung zugunsten des Kostenschuldners zu berücksichtigen, lassen sich nicht ohne weiteres auf den umgekehrten Fall – daß sich der Wert nachträglich erhöht hat – übertragen. Wenn § 107 Abs. 2 KostO wegen der besonderen Problematik des zur Zeit des Erbfalls enteigneten oder jedenfalls den Berechtigten nicht zur Verfügung stehenden Grundbesitzes in der ehemaligen DDR einschränkend ausgelegt werden muß, so weit gebührenpflichtige Geschäfte zu bewerten sind, die den Erwerb des jetzt wieder zur privaten Verfügung stehenden Vermögens dokumentieren, kommt bei seinerzeit enteignetem Grundbesitz eine Anknüpfung an die Entstehung des durchsetzbaren Rückerstattungsanspruchs (OLG Celle, a.a.O.) dem Sinn und Zweck des § 107 KostO am nächsten, bei nicht enteignetem Grundbesitz eine Anknüpfung an den Zeitpunkt, in dem wegen der geänderten politischen Verhältnisse mit Sicherheit davon ausgegangen werden konnte, daß für die Eigentümer die Möglichkeit zur privaten Nutzung und Verwertung wieder eröffnet war. Die zuletzt genannte Voraussetzung war zu der Zeit, als die im Schriftsatz der Bet. zu 1) vom 7. 2. 1995 auf S. 4 erwähnten ersten Grundstücksbewertungen erfolgten, erfüllt. Für den insoweit in Betracht kommenden Anknüpfungszeitpunkt hat die Bet. zu 1) einen Grundstücks Wert von 407.146,33 DM dargelegt, der plausibel erscheint. Gegen die Richtigkeit des zugrundeliegenden tatsächlichen Vorbringens, dem der Bet. zu 2) nicht entgegengetreten ist, hat die Kammer keine Bedenken. Bei Berücksichtigung der auf Frau A. O. bzw. ihre Erben entfallenden Quote (57,5 %) ergibt sich ein damaliger Wert des betreffenden zum Nachlaß gehörigen Vermögens in Höhe von 234.109,13 DM. Daß der Grundstücks Wert in der Folgezeit stark gestiegen ist, muß nach Auffassung der Kammer außer Betracht bleiben.

#### **8. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Kein Freibetrag nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG bei Anspruch des Erben auf Vergütung für Pflegeleistungen**

(BFH, Urteil vom 28. 6. 1995 – II R 80/94)

#### **ErbStG 1974 §§ 10 Abs. 1; 13 Abs. 1 Nr. 9**

**Der Freibetrag nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 kann nicht gewährt werden, wenn dem Erben vom Erblasser ver-**

**sprochen worden ist, ihn zum Erben dafür einzusetzen, daß er ihn pflegt und der Erbe deshalb einen Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den Erblasser hat, der als Nachlaßverbindlichkeit i.S.d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG (BFH v. 9. 11. 1994 – II R 110/91, BStBl. II 1995, 62 = MittRhNotK 1995, 188) berücksichtigt werden kann.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. ist Alleinerbe nach seinem 1989 verstorbenen Bruder (Erblasser) geworden. Das vom Erblasser am 9. 9. 1983 errichtete privatschriftliche Testament hatte im wesentlichen folgenden Wortlaut:

„Anlässlich des Todes meines Sohnes H. F. möchte ich aufgrund meiner gesundheitlichen Verhältnisse und meines Alters folgendes festlegen. Unser sämtlicher Besitz, auch der meines verstorbenen Sohnes, der mir zufällt, kommt nach meinem Tode in die Hände meines Bruders Dr. W. F. in A. Solte mein Bruder vor mir versterben, setze ich als Ersatzerben dessen Ehefrau M. F. ein und als Ersatzerben für M. F. meinen Neffen M. und meine Nichte B. F., beide leibliche Kinder von W. und M. F.“

Mit der ErbSt-Erkundung machte der Kl. neben Erbfallkosten von 12.969,- DM als Nachlaßverbindlichkeiten Aufwendungen für im Rahmen der Pflege des Erblassers entstandene Fahrtkosten für Fahrten zwischen A., dem Wohnort des Kl., und R., dem Wohnort des Erblassers, i.H.v. insgesamt 14.696,- DM geltend. Er habe dem Erblasser zugesagt, ihn Zeit seines Lebens zu pflegen bzw. für seine Pflege zu sorgen. Dafür sei er als Erbe eingesetzt worden.

Das bek. FA gewährte bei der Steuerfestsetzung lediglich den Freibetrag von 2.000,- DM nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 für den Erblasser unentgeltlich gewährte Pflege. Mit der Klage begehrte der Kl. zusätzlich zu diesem Freibetrag den Abzug der Fahrtkosten i.H.v. 14.696,- DM als Nachlaßverbindlichkeiten. Das FG hat der Klage stattgegeben. Die Revision des FA führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### **Aus den Gründen:**

1. Die Vorentscheidung ist aufzuheben. Zu Recht rügt die Revision, daß das FG die vom Kl. geltend gemachten Aufwendungen gem. § 10 Abs. 5 Nr. 3 S. 1 ErbStG 1974 als Kosten beurteilt hat, die mit der Erlangung des Erwerbs von Todes wegen entstanden seien. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift sind nicht erfüllt. Eine wirksame Erbeinsetzung des Kl. gegen Entgelt aufgrund eines materiell gegenseitigen Vertrages, wie sie dem Urteil in BStBl. II 1984, 37 zugrunde gelegen hat, ist nicht erfolgt, weil die für einen Erbvertrag (§ 1941 Abs. 1 BGB, § 2274 BGB) erforderliche Form (§ 2276 Abs. 1 BGB) nicht gewahrt worden ist. Der erk. Senat hat im Urteil (BStBl. II 1995, 62 = MittRhNotK 1995, 188) entschieden, daß Gestaltungen, wie sie vom FG angenommen worden sind, nicht unter § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 fallen, sondern unter dem Gesichtspunkt der Erblasserschulden (§ 1967 Abs. 2 1. Alt. BGB, § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974) zu beurteilen sind. Denn das – unwirksame – Versprechen des Erblassers, jemanden als Entgelt für Dienstleistungen oder dergleichen durch eine letzwillige Verfügung zu bedenken, führt unter den Voraussetzungen des § 612 Abs. 1, 2 BGB zu einem Anspruch gegen den Erblasser auf angemessene Vergütung (ggf. auf Ersatz der Aufwendungen, Geschäftsbesorgung, § 675 BGB).

2. a) Zu einer abschließenden Entscheidung ist der erk. Senat aufgrund der Vorentscheidung nicht in der Lage. Zwar hat das FG unter Bezugnahme auf das Senatsurteil in BStBl. II 1988, 1006 ausgeführt, daß ein Abzug der geltend gemachten Fahrtkosten gem. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 ausscheide, weil es an einer rechtsgeschäftlichen Grundlage fehle. Die für diese Aussage maßgebenden Gründe hat das FG jedoch nicht angegeben (§ 96 Abs. 1 S. 3, § 105 Abs. 2 Nr. 5 FGO). Abgesehen davon bedarf es auch deshalb der weiteren Ermittlungen, weil die Ausführungen des erk. Senats in dem zeitlich erst nach der Entscheidung des FG ergangenen Urteil in BStBl. II 1995, 62 = MittRhNotK 1995, 188 (s. auch Urt. v. 9. 11. 1994, BFH/NV 1995, 598) und der sich hieraus ergebende rechtliche Rahmen für den vom FG zu ermittelnden Sachverhalt nicht bekannt waren. Das FG wird danach insbesondere zu prüfen haben, ob sich der Kl. gegenüber dem Erblasser verpflichtet hatte, Dienste zu leisten oder sonst für ihn tätig zu werden; evtl. Dienstleistungen der Ehefrau der Kl. bleiben, da nur dessen Erwerb zu ermitteln ist, dabei außer Betracht.

b) Sollte das FG zu dem Ergebnis kommen, daß ein Dienst- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis bestanden hatte, das nach den Umständen nicht unentgeltlich sein sollte, so steht dem Abzug der geltend gemachten angemessenen Fahrtkosten als Nachlaßverbindlichkeiten gem. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 nichts entgegen.

Entgegen der Auffassung des FG steht dem Kl. daneben der Freibetrag nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 für weitere von ihm erbrachte Pflegeleistungen nicht zu. Nach der genannten Vorschrift wird der Freibetrag (von 2.000,- DM) solchen Personen gewährt, die dem Erblasser unentgeltlich oder gegen unzureichendes Entgelt Pflege oder Unterhalt gewährt haben, soweit das Zugewandete als angemessenes Entgelt anzuge-

sehen ist. Danach kommt der Freibetrag nicht in Betracht, wenn – wie im Streitfall vorgetragen worden ist – die Pflege des Erblassers gegen Erbeinsetzung vereinbart gewesen ist und nach den im Urteil im BStBl. II 1995, 62 = MittRhNotK 1995, 188 dargelegten Grundsätzen ein Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den Erblasser entstanden ist. Denn in diesem Fall ist die Tatbestandsvoraussetzung des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG, daß die Pflege unentgeltlich erbracht worden ist, nicht erfüllt. Die Gewährung des Freibetrages hängt auch nicht davon ab, ob der Erbe die vom Erblasser geschuldete angemessene Vergütung in vollem Umfang oder nur zum Teil als Erblasserschulden (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974) geltend macht, denn dies ändert nichts daran, daß die Pflegeleistung entgeltlich erbracht worden ist.

## Mitteilungen

### 1. Schuldrecht/Grundbuchrecht – Landesrechtliche Vorkaufsrechte (zusammengestellt von Notariatsbürovorsteher Walter Grauel, Mettmann)

Über die landesrechtlichen Vorkaufsrechte sind in MittRhNotK 1993, 243 ff. und 1994, 190 f. Beiträge abgedruckt worden. Diese bedürfen einer Ergänzung.

#### Denkmalschutz

In Berlin ist im GVOBl. 1995, 274 das am 24. 4. 1995 beschlossene Gesetz zum Schutz von Denkmälern in Berlin (Denkmalschutzgesetz Berlin) verkündet worden. § 18 dieses Gesetzes sieht ein Vorkaufsrecht vor.

#### § 18

#### Vorkaufsrecht

(1) Dem Land Berlin steht beim Kauf von Grundstücken, auf oder in denen sich Baudenkmale, Gartendenkmale oder ortsfeste Bodendenkmale befinden, ein Vorkaufsrecht zu. Es darf im Einvernehmen mit der Denkmalfachbehörde nur ausgeübt werden, wenn dadurch die dauernde Erhaltung des Baudenkmales, Gartendenkmals oder ortsfesten Bodendenkmals gesichert werden kann. Im übrigen finden die Bestimmungen der §§ 24 bis 28 des Baugesetzbuches in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. 12. 1986 (BGBI. I, 2253), das zuletzt durch Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. 11. 1994 (BGBI. I, 3486) geändert worden ist, über das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde sinngemäß Anwendung.

(2) Das Land Berlin kann das Vorkaufsrecht auch zugunsten einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts ausüben. Es kann das Vorkaufsrecht zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts nur ausüben, wenn die dauernde Erhaltung der in oder auf einem Grundstück liegenden Baudenkmale, Gartendenkmale oder ortsfesten Bodendenkmale zu den satzungsmäßigen Aufgaben der juristischen Person gehört und bei Berücksichtigung aller Umstände gesichert ist. Abs. 1 S. 2 gilt entsprechend. Das Land Berlin kann das Vorkaufsrecht zugunsten eines anderen nur ausüben, wenn ihm die Zustimmung des Begünstigten vorliegt.

(grundbuchsperrnd; Vorkaufsrechtsverzichtserklärung oder Negativattest muß dem GBA vorgelegt werden)

### 2. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Grunderwerbsteuerliche Erleichterung bei der Umorganisation von Unternehmen und Unternehmensgruppen

(OFD Erfurt, Verfügung vom 20. 7. 1995 – S 4430 A – 01 – St 251)

Zur Anwendung der BFH-Urteile vom 20. 10. 1993 (BStBl. II 1994, 121 = DStR 1994, 203) und vom 12. 1. 1994 (BStBl. II 1994, 408 = DStR 1994, 699) vertreten die obersten Behörden

der Länder grundsätzlich die Auffassung, daß die neue Rechtsprechung auch für entsprechende Vorgänge innerhalb eines Konzerns anzuwenden sei.

Nach diesen Urteilen löst die Vereinigung aller Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft unmittelbar in der Hand einer Person abweichend von der bisherigen Rechtsprechung (BFH-Urteil v. 8. 11. 1978, BStBl. II 1979, 153 = MittRhNotK 1979, 49) keine Grunderwerbsteuer aus, wenn die Anteile der Gesellschaft zuvor bereits zum einen Teil unmittelbar von dieser Person und zum anderen Teil von einer Gesellschaft gehalten wurden, an der die Person zu 100 % beteiligt ist (mittelbare Anteilsvereinigung).

In diesem Zusammenhang haben die obersten Finanzbehörden der Länder ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die neuen BFH-Urteile nur die Fälle betreffen, in denen sich eine Beherrschung über die mittelbare und unmittelbare Innehabung von Anteilen zu einer vollständig unmittelbaren Innehabung der Anteile verstärkt.

Daraus ergibt sich im Umkehrschluß, daß diese Rechtsprechung nicht sinngemäß anzuwenden ist

- bei Rechtsgeschäften, die den Anspruch auf Übertragung aller Anteile der Gesellschaft begründen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG),
- auf den Übergang aller Anteile der Gesellschaft auf einen anderen, wenn kein schuldrechtliches Geschäft i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG vorausgegangen ist, oder
- auf die *unmittelbare* Übertragung von Grundstücken innerhalb eines Konzerns (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG).

Ebensowenig ist nach der Auffassung der obersten Finanzbehörden die neue Rechtsprechung anzuwenden, wenn im Rahmen einer Umorganisation von Unternehmen und Unternehmensteilen durch Zuerwerb von Anteilen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG) *erstmalig unmittelbar und/oder mittelbar* alle Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz in der Hand einer Konzerngesellschaft vereinigt werden.

### 3. Steuerrecht/Erbshaft- und Schenkungsteuer – Beschuß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 6. 1995 – 2 BvR 552/91

(FinMin. Baden-Württemberg, Erlaß vom 9. 10. 1995 – S 0338/18)

Nach dem o. a. Beschuß des BVerfG (DB 1995, 1745) ist § 12 Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG insofern mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, als er bei gleichem Steuertarif als Bemessungsgrundlage für Grundbesitz den seit 1964/74 der Wertentwicklung nicht mehr angepaßten Einheitswert und für das übrige Vermögen den Gegenwartswert zugrunde legt. Der Gesetzgeber wurde verpflichtet, bis zum 31. 12. 1996 eine Neuregelung zu